



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة محمد خيضر - بسكرة -



الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية " دراسة مقارنة "

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: قانون عام

إشراف:

أ.د/شهب حورية

إعداد الطالبة:

سالم زينب

أمام لجنة المناقشة المتكونة من:

رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/دبابش عبد الرؤوف
مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة	أستاذة التعليم العالي	أ.د/شهب حورية
ممتحنا	جامعة باتنة	أستاذة التعليم العالي	أ.د/زرارة صالح الواسعة
ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ الحاج عزام سليمان
ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ محاضر -أ-	د/بقة عبد الحفيظ
ممتحنا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر -أ-	د/عاشور نصر الدين

السنة الجامعية: 2018-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ
مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ * تُولِجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ وَتُولِجُ النَّهَارَ فِي اللَّيْلِ
وَتُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَتَرزُقُ مَنْ تَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾

صدق الله العظيم

آية 26- سورة آل عمران

الإهداء

إلى من غرسا فيّ ديناً وعلماً وأدباً

والدي الغالي.....الذي رباني وساندني طوال سنوات دراستي أطال الله عمره
وجزاه الله عني خير الجزاء.

والدتي الغالية.... التي لم تبخل علي بدعائها ودمعها وطيبتها أطال الله
عمرها وأمدّها بالصحة والعافية.

إلى إخوتي وأخواتي بهجة الحياة و سعادتها.

إلى أعز الناس علاء سيف الدين

إلى كل من قاسمني عناء الجهد في انجاز هذه الأطروحة

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

الباحثة

شكر وتقدير

قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "لا يشكر الله من لا يشكر الناس"؛ لذا يشرفني وقد وفقني الله لإكمال هذه الأطروحة المتواضعة أن أتقدم بوافر الشكر وأعظم الامتنان والعرفان إلى صاحبة القلب الكبير أستاذتي الجليلة والفاضلة الأستاذة الدكتورة/ لشهب حورية التي تفضلت سيادتها بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، على الرغم من كثرة مشاغلها، فقد كان لجهدا الكبير و رعايتها المستمرة، وحرصها الشديد على إثراء هذا العمل بتوجيهاتها ومقترحاتها السديدة الأثر الكبير في إنجاز هذه الأطروحة، فكانت لي نعم المشرفة فجزاها الله عني وعن طلابها وطلاب العلم خير الجزاء.

و أتوجه بعظيم شكري وامتناني للأستاذ الفاضل الدكتور/دبابش عبد الرؤوف أستاذ التعليم العالي و عميد كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة على تكرمه بقبول رئاسة لجنة الحكم على الأطروحة، رغم مشاغله الكثيرة، فله أسى آيات الشكر والتقدير وجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر للدكتور عاشور نصر الدين أستاذ محاضراً و رئيس قسم الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة لتفضله بالموافقة على مناقشة هذه الأطروحة وتحمله عناء قراءتها وإبداء الملاحظات فليسيادته كل الشكر والتقدير والاحترام وجزاه الله عني خير الجزاء.

ويطيب لي أن أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور الحاج عزام سليمان؛ أستاذ التعليم العالي بجامعة المسيلة، والدكتور بتقة عبد الحفيظ أستاذ محاضراً بجامعة المسيلة و الأستاذة الدكتورة زرارة صالحى الواسعة أستاذة التعليم العالي بجامعة باتنة، لتفضلهم بقبول مناقشة الأطروحة على الرغم من كثرة مسؤولياتهم وتعدد الأعباء الملقاة على عاتقهم؛ ولتحملهم عناء السفر، فليسيادتهم جزيل الشكر والتقدير و جزاهم الله عني خير الجزاء.

كما يسعدني أن أتقدم بوافر الشكر والعرفان لكل من قدم لي يد العون خلال مراحل إعداد هذا البحث والشكر لكل الشكر لكلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة والتي افتخر بالانتماء إليها .

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.م.م	القانون المدني المصري
ق.إ.م.إ.ج	قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق.إ.م.ف	قانون الاجراءات المدنية الفرنسي
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية.
د.د.ن.	دون دار نشر
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
ص	صفحة
ج	جزء

En français :

C.E	Conseil d'état
T.C	Tribunal des conflits
Op.cit	Ouvrage précité
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
R.D.P	Revue de Droit Public
R.F.D.A	Revue Française de Droit Administratif
A.J.D.A	Actualité Juridique de Droit Administratif
P	Page
Ed	Edition
T	Tome
Rec	Recueil
D	DALLOZ
P.U.F	Presse universitaire de France
R.T.D.CIV	Revue Trimestrielle de droit civil
BULL.CIV	Bulletin des arrêts de la cour de cassation, Chambre Civile
C.CASS	Cour de Cassation
MURCEF	mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier
ART.Pré	Article précité
J.C.P	Juris Classeur Périodique, Semaine Juridique
J.C.I	Juris Classeur
REV.ARB	Revue d' Arbitrage
A.F.D.I	Annuaire Français de droit international
R.D.C	Recueil des Cours
D.H	Recueil Dalloz Hebdomadaire
S	Sirey
Clunet	Journal du droit international

مقدمة

مقدمة

تلجأ الدولة وهي بصدد القيام بمزاولة نشاطاتها المختلفة إلى العديد من الأساليب، فقد تلجأ إلى إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا إلى ما تملكه من سلطة إصدار القرارات بمقتضى القوانين واللوائح، وقد تلجأ إلى أسلوب التراضي والاتفاق مع غيرها سواء أكانوا أفرادا أو شركات، وذلك بأن تبرم عقودا تقوم على توافق إرادتين وهو ما يعرف بالتعاقد بين الإدارة وغيرها من الأشخاص حال توافر الشروط اللازمة لذلك، وتتنوع عقود الإدارة إلى عقود مدنية وأخرى إدارية.

فقد تفضل الإدارة التعاقد طبقا لأسلوب القانون الخاص بحيث تقف مع المتعاقد معها على قدم المساواة، وبذلك تكون هذه العقود مدنية، وقد تفضل الإدارة التعاقد بأسلوب القانون العام وامتيازاته عبر تضمين العقد شروطا استثنائية لم يألف الأفراد أن يضمونها العقود التي تبرم بينهم، تجعل للإدارة مركزا ممتازا قبل المتعاقد معها طبقا لمقتضيات الصالح العام، فضلا عن إبرامها طبقا لأساليب محددة، وبذلك تكون هذه العقود إدارية.

فالعقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامها وتنفيذها على أساليب القانون العام ووسائله، وذلك بتضمينها شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيها حقوقا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله للصالح العام.

كما تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في عدم تكافؤ وتساوي مراكز المتعاقدين فيها إذ تتمتع جهة لإدارة في تلك العقود بسلطات وامتيازات واسعة لا نظير لها في العقود المدنية، هذه السلطات تتمثل في سلطة الرقابة على تنفيذ شروطها وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، وسلطة تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته، وسلطة إنهاء العقد، وتمارس جهة الإدارة هذه السلطات دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ودون رضاه ودون تدخل القضاء. هذه الطبيعة الخاصة والمميزة للعقود الإدارية عن العقود المدنية اقتضت اعتبارات تحقيق المصلحة العامة و ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وإلى جانب العقود الإدارية برز نوع آخر من العقود أطلق عليه مصطلح العقود الإدارية الدولية وهي عقود تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية طبيعية أو معنوية لتلبية حاجاتها المتزايدة، وتنفيذ طموحاتها الاقتصادية في إنجاز مشروعات حيوية لتحقيق الصالح العام، وتحقيق رغبتها في جلب رؤوس أموال أجنبية.

ويثير تنفيذ كل من العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية الدولية بعض الإشكاليات التي تتعلق بوجوب تنفيذ كل طرف من أطرافه لالتزاماته المتفق عليها، وفي المواعيد المحددة لذلك. ومن هذه الإشكاليات أنه إذا كانت جهة الإدارة تمتع في مرحلة تنفيذ العقد الإداري بسلطات وامتيازات واسعة لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، فإن المتعاقد معها لا يملك في المقابل سلطات مماثلة في مواجهتها عند تقصيرها في تنفيذ بعض أو كل التزاماتها، بل ولا يستطيع -وفقا للرأي الغالب فقها وقضاء- الامتناع عن تنفيذ التزاماته بعضها أو كلها في هذه الحالة، من خلال الوسيلة القانونية المعروفة في نطاق القانون الخاص والتي اصطلح على تسميتها بـ "الدفع بعدم التنفيذ".

كذلك من هذه الإشكاليات أنه إذا أساءت الدولة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري الدولي استخدام سلطتها في تعديل العقد أو سلطتها في إنهائه بإرادتها المنفردة كان للمتعاقد الأجنبي معها أن يتحصن بشروط الثبات التي تتضمنها عادة هذه العقود، والتمسك بما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ الذي من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة للدولة المتعاقدة وسير مرافقها العامة بانتظام واطراد.

ومن هنا جاءت فكرة دراسة مدى إمكانية تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية والدولية مقارنة بين النظم القانونية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني الفرنسي لا سيما بعد صدور الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات. وكذلك بيان تطبيقات هذه الفكرة في أحكام كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري، إضافة إلى عرض تطبيقاته في أحكام قضاء التحكيم.

أهمية الدراسة:

الأهمية العلمية:

تتمثل الأهمية العلمية والأكاديمية لموضوع الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية في ندرة الأبحاث والدراسات المتخصصة المتعلقة بهذا الموضوع، ونعتقد أن هذه الدراسة ستكون إضافة بسيطة لدراسات العقود الإدارية، لا سيما وأنها تمت في ظل نصوص كل من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، والقانون المصري رقم 182 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2018 المتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية والذي ألغى قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998.

كما أن هذه الدراسة عرضت الأحكام الحديثة لكل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري، إضافة إلى الأحكام الحديثة لقضاء التحكيم المتعلقة بهذا الموضوع.

الأهمية العملية:

تكمن الأهمية العملية لدراسة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية والدولية فيما يمثله الدفع من وسيلة لتحقيق التوازن بين ما تتمتع به الإدارة من سلطات وامتيازات استثنائية من ناحية، وضمان حقوق المتعاقد معها من ناحية أخرى، فهذا الأخير لا يملك في نطاق هذه العقود إلا اللجوء الى القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمات وتوجيهات تخص تنفيذ العقد الإداري، وأن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه الأوامر.

كما أن إتاحة استعمال هذه المكنة في نطاق العقود الإدارية الدولية يؤدي إلى ضمان استمرار تنفيذها وهو الهدف الذي من أجله أبرمت هذه العقود، والتقليل من حالات الفسخ، وذلك لما يوفره الدفع بعدم التنفيذ من فرصة أمام الطرفين لاستئناف تنفيذ العقد بعد وقفه.

أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- دراسة الدفع بعدم التنفيذ وبيان شروطه ونطاقه وطريقة التمسك به وآثاره الواردة في نصوص الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، ونصوص القانونين المدنيين المصري والجزائري.
- محاولة الاستفادة مما جاء في نصوص الأمر الفرنسي رقم 131-2016، خاصة وأن المادة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري لم يمسها أي تغيير منذ أن وضعها المشرعان المصري والجزائري.
- الوقوف على موقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية.
- بيان موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية.
- محاولة الاستفادة مما جاء في أحكام مجلسي الدولة الفرنسي والمصري لا سيما وأن أحكام مجلس الدولة الجزائري تخلو من أي اجتهاد قضائي يتناول مسألة تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية.

إشكالية البحث:

إن الدفع بعدم التنفيذ قاعدة ثابتة في القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري، والأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات. ما مدى اعمال قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية ونطاق العقود الإدارية الدولية؟

تدعيما للإشكالية الرئيسية نطرح بعض التساؤلات منها ما يلي:

- ما هي شروط تطبيق الدفع بعدم التنفيذ؟ وما هو نطاق تطبيقه؟
- كيف يتم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وما هي آثاره وطرق انقضائه؟
- ما هو عائق تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية؟
- ما هو موقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري من تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟
- ما أثر المتغيرات التي طرأت على العقود الإدارية في صورتها الدولية على تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق هذه العقود؟
- ما هو موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية؟

نطاق الدراسة:

لم تقتصر الدراسة على الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية فحسب، وإنما شملت أيضا العقود الإدارية الدولية، وذلك من خلال بيان وتحليل نصوص القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ، وإبراز أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري وأيضا أحكام قضاء التحكيم التي تناولت فكرة الدفع بعدم التنفيذ سواء بتطبيقها أو رفض تطبيقها في العقود الإدارية الداخلية والدولية.

الدراسات السابقة:

تمثلت الدراسات التي تناولت موضوع الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني فيما يلي:

- الدفع بعدم التنفيذ، منصور عبد الله الطويلة أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، حزيران 2005:

تناولت هذه الدراسة موضوع الدفع بعدم التنفيذ بدءا من بيان الدفع في الفقه الإسلامي والقانون في مبحث تمهيدي، ثم تناولت مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام وبيان أسسه وشروطه في فصل أول، كما تناولت تحديد صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ووقت إثارة الدفع بعدم التنفيذ في فصل ثاني، وتعرضت الدراسة أيضا لبيان نطاق الدفع بعدم التنفيذ في فصل ثالث، ومسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في فصل رابع، وعرضت التعديل الحاصل في الالتزام وأثره على الدفع بعدم التنفيذ في فصل خامس. ورغم أنها دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي إلا أن المَطَّلَع عليها يجد أنها ركزت على دراسة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الفقه الإسلامي وأسهببت في ذلك. أما دراسته في ظل القانون المدني الأردني كانت وجيزة جدا، وكان المفروض أن يولي هذه الدراسة في ظل القانون الوضعي اهتماما وتفصيلا أكثر.

- الدفع بعدم تنفيذ العقد في القانون المدني الجزائري، بناسي شوقي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة الجزائر 2001/2002:

تناولت الدراسة موضوع الدفع بعدم التنفيذ في فصلين، تطرقت في الفصل الأول لفعالية الدفع بعدم التنفيذ وأهميته، وتعرضت في الفصل الثاني للأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ وأهم تطبيقاته. يلاحظ في هذه الدراسة أنها اقتصرت على نصوص القانون المدني الجزائري، كما يلاحظ أيضا أنها لم تتطرق لشروط الدفع بعدم التنفيذ.

أما الدراسات المتخصصة التي تناولت الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية تمثلت في:
- أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة للباحث جمال محمد إبراهيم البلقاسي سنة 2012 بعنوان " الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية":

تناولت الدراسة بيان الطبيعة الخاصة للعقد الإداري وأثرها في نظامه القانوني في فصل تمهيدي، كما عرضت النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ في باب أول، وتطرقت لمنهج مجلس الدولة المصري والفرنسي في الدفع بعدم التنفيذ في باب ثان، وتناولت أيضا الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية في باب ثالث. والملاحظ في هذه الدراسة أنها تمت في ظل القانون المدني الفرنسي القديم أي قبل صدور الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح نظام العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، كما تضمنت أحكام قديمة وقليلة للقضاء الإداري الفرنسي.

ونظرا لوجود ما استجد في موضوع الدفع بعدم التنفيذ في الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، وأحكام القضاء الإداري الفرنسي كان من الضروري دراسة هذا الموضوع، وبيان ما استحدث فيه من إضافات بصورة دراسة تحليلية مقارنة.

الصعوبات التي واجهتها الباحثة:

اعترضتنا صعوبات عديدة منها ما يتعلق بأحكام القضاء الإداري وقضاء التحكيم، إذ كان من الصعب الإحاطة بأكبر قدر متيسر منها حتى تكون استنتاجاتها أقرب إلى الصحة، ومما زاد المهمة مشقة في هذه الدراسة أنها جاءت مقارنة بين أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر، وأحكام هيئات التحكيم الإقليمية والدولية، ولا يخفى مدى المعاناة التي واجهتنا في الحصول على أحكام التحكيم بصفة عامة لسريتها.

كما واجهتنا صعوبة قلة المؤلفات في الفقه العربي المتعلقة بالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي ففكرة العقد الإداري الدولي مازالت جديدة على فقه القانون العام.

منهج الدراسة:

منهج الدراسة هو المسلك أو الطريق الذي يساعدنا على فهم موضوع الدراسة وهو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، ويعتبر المنهج العلمي نسقا من القواعد والاجراءات التي يركز عليها الباحث في بحثه ويقوم على أساسها فرضياته، ونظرا لأهمية الموضوع ارتأينا أنه من المناسب الاعتماد على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية التي تناولته، مع الاستعانة بالمنهج المقارن حيث استعنا بنصوص القانون المدني في فرنسا ومصر والجزائر، ثم استعنا بأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر وأحكام قضاء التحكيم كلما أمكن ذلك، وعرضنا ما انتهينا إليه من اتفاق واختلاف بينهم، ثم عرضنا الرأي الذي اطمئنا إليه مؤيدا بالأسباب والأسانيد.

وقد التزمنا في هذه الدراسة بالحيطة والموضوعية التي يجب أن يتصف بها الباحث في الموضوعات العلمية والقانونية حتى تأتي الحقائق والنتائج التي توصلنا إليها مجردة عن الميل والهوى، مركزين في دراستنا على تناول التشريعات وآراء الفقه واتجاه القضاء الإداري وقضاء التحكيم دون الاغراق في الآراء المنحازة فجاء عرض الآراء ومناقشتها عرضا موضوعيا لخدمة موضوع البحث.

خطة الدراسة:

تنقسم خطة دراسة موضوع الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية إلى بابين يسبقهما مقدمة وتتبعهما خاتمة، تناولنا في الباب الأول النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ، وتضمن ثلاث فصول، عرضنا في الفصل الأول طبيعة الدفع بعدم التنفيذ، وفي الفصل الثاني تطرقنا لإثارة الدفع بعدم التنفيذ، وفي الفصل الثالث بينا آثار الدفع بعدم التنفيذ.

أما في الباب الثاني تناولنا الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية العقد الإداري ومتغيرات تدويله وتضمن فصلين، تعرضنا في الفصل الأول للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية، وفي الفصل الثاني تطرقنا للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية.

الباب الأول

النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ

الباب الأول

النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ

يعتبر العقد من أبرز الوسائل القانونية التي وضعها المشرع، فهو المرتكز الأساسي لتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد، ومتى انعقد صحيحاً بأن توافرت أركانه وشروط انعقاده أضفى القانون على موجبات طرفيه الصفة القانونية، وأصبح حقيقة قانونية وخلصت له قوته الملزمة. فالإلزامية أو القوة الملزمة هي العامود الفقري الذي يبنى عليه الوفاء بالعقد واحترامه والالتزام بمضمونه.

ويختص العقد بعدة مواصفات أهمها أنه أداة معبرة عن حرية الإرادة واستقلالها في تقرير التزامها، كما يتصف بالإلزامية اتجاه أطرافه مما يعطيه القوة التنفيذية.

وما يبرر حماية القانون للعقد فائدته الاقتصادية والاجتماعية، فيحرص على توفير عدالته اتجاه أطرافه وأحياناً اتجاه الغير، باعتبار أن الأصل يكون في نسبيته، أي سريان مفعوله فقط بين أطرافه، دون أن يتعداهم إلى أشخاص آخرين إلا في بعض الحالات التي نص عليها القانون.

على كل طرف في العقد أن ينفذ التزاماته تنفيذاً كاملاً وبحسن نية، فكل مدين فيه ملزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً مهماً كان محله عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل ملكية عقار أو منقول أو ترتيب حق عيني آخر، وإلا فإنه يجبر على ذلك إن كان ممكناً، فإن لم يكن كذلك فإنه يُلزم بتعويض الدائن عما لم لحق الأخير من أضرار جراء ذلك.

وما دام الأصل في العقد أن ينفذ فإن الامتناع عن تنفيذه لا يعد مشروعاً على أية حال، ورغم صحة هذا القول إلا أنه ليس مطلقاً، فامتناع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه طبقاً لما جاء في العقد قد يعتبر مشروعاً.

وقد أطلق على هذا الامتناع منذ القدم تسمية الدفع بعدم التنفيذ، كما يطلق عليه تسمية الامتناع المشروع عن الوفاء، والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي "إذا أردت أن تأخذ مالك فعليك أن تفي بما عليك"، فهو وسيلة دفاعية يقرها القانون للمتعاقد الذي يكون في نفس الوقت دائناً ومديناً للمتعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاها أن يمتنع عن الوفاء بما عليه لغريمه، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له، وهو لا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية نهائياً، كما في حالة الفسخ مثلاً ولكنه يضعفها فقط بصفة مؤقتة، فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على أحد طرفيه دون أن يزيلها.

وسوف نتناول دراسة أحكام النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ من خلال ثلاث فصول، نعرض في الفصل الأول طبيعة الدفع بعدم التنفيذ، ونتطرق في الفصل الثاني لإثارة الدفع بعدم التنفيذ، وفي الفصل الثالث نبين آثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه.

الفصل الأول

طبيعة الدفع بعدم التنفيذ

ترجع النشأة الحقيقية لفكرة الدفع بعدم التنفيذ لفقهاء القانون الكنسي، وقد تطورت هذه الفكرة الى أن اعترفت بها كافة التشريعات المدنية الحديثة وتبنت تطبيقاتها دون أن تتعرض لتعريف الدفع بعدم التنفيذ لنترك هذه المسألة لاجتهادات الفقهاء.

وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يشابه مع غيره من النظم القانونية والمتمثلة في الحق في الحبس والفسخ ووقف العقد والمقاصة، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى الأصل المشترك بينه وبين هذه النظم، إضافة إلى اشتراكه معها في بعض الشروط والآثار والخصائص، فإن هناك اختلافات وفروقات بين الدفع بعدم التنفيذ وبين هذه الأنظمة تثبت وتؤكد أن له مفهوما مستقلا ومتميزا عنها.

هذا الكيان المستقل للدفع بعدم التنفيذ يقوم على أساس قانوني يستمد منه وجوده ويضمن استمراره ولقد سبقت العديد من النظريات التي يمكن أن تصلح لذلك، منها نظرية الإرادة المفترضة للمتعاقدين ونظرية السبب ونظرية ارتباط الالتزامات، وفكرة حسن النية.

ويتميز الدفع بعدم التنفيذ بعدة خصائص هي أنه وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، إذ ليس من العدالة في شيء أن يجد أحد الطرفين نفسه مضطرا الى تنفيذ التزامه في حين أن المتعاقد الآخر لا يقوم بتنفيذ ما عليه من التزامات، كما أنه وسيلة بسيطة وسريعة الاستعمال لا يحتاج المتمسك به الى رفع دعوى قضائية لإعماله ولا يشترط فيه الاعذار، وهو أيضا وسيلة ضغط على المتعاقد الآخر لحمله على تنفيذ التزاماته المقابلة. كذلك هو وسيلة لضمان بقاء العقد وضمان مصالح الدائن.

وسوف نتناول في هذا الفصل طبيعة الدفع بعدم التنفيذ من خلال أربع مباحث، نعرض في المبحث الأول نشأة الدفع بعدم التنفيذ وتعريفه، ونبين في المبحث الثاني خصائص الدفع بعدم التنفيذ، ونحدد في المبحث الثالث أساس الدفع بعدم التنفيذ، ونميز في المبحث الرابع الدفع بعدم التنفيذ عن الأنظمة القانونية القريبة منه.

المبحث الأول

نشأة الدفع بعدم التنفيذ وتعريفه

إن الدفع بعدم التنفيذ قاعدة ثابتة في القانون المدني تجيز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته الى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المقابل، فهو اختبار لنوايا المتعاقد الآخر، فإما أن يبادر بالتنفيذ، وإما أن يستمر في عدم التنفيذ، فيتجه من يتمسك به الى البحث عن حل آخر. وللوقوف على حقيقة فكرة الدفع بعدم التنفيذ سنتناول نشأة الدفع بعدم التنفيذ في مطلب أول، ثم نحدد تعريفه في مطلب ثاني.

المطلب الأول

نشأة الدفع بعدم التنفيذ

مرت فكرة الدفع بعدم التنفيذ بعدة تطورات مختلفة حتى تحددت معالمها ووصلت الى الشكل الذي هي عليه الآن في نصوص القوانين المدنية الحديثة، وقبل التعمق في تحديد تعريف الدفع بعدم التنفيذ لا بد من بيان نشأته في الفقه الاسلامي والفقه الغربي من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

نشأة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الاسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات قواعد تنظم تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود كالبيع والايجار والاعارة وغير ذلك، وأسستها على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذه العقود، وأسستها أيضا على عدم أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾ وقوله تعالى أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾. وفي ضوء حرية المتعاقدين في وضع الشروط المناسبة أثناء إبرام العقد بما لا يخالف قواعد الحل والحرمة، فإنه يجوز للمتعاقدين في عقود المعاوضات التي تقوم على المقابلة في الأداء -إذا كان الأداء حالا- الاتفاق على أن يبدأ أحدهما في أداء ما عليه من التزام، و يجب عليه الوفاء بهذا الشرط وإلا كان للمشروط له الفسخ إذا لم يوف المشروط عليه بشرطه. ولكن قد لا يتفق المتعاقدان على من يبدأ بالوفاء بالالتزامات المتقابلة حالة الأداء التي يكون كل طرف فيها دائما ومدينا في ذات الوقت تبادلا، وقد جرى الفقهاء على أن المعاوضة إذا كانت عينا بعين أو دينا بدين أو نقدا بنقد، فإنه لا يجبر أحد الأطراف على الوفاء قبل الطرف الآخر، بل لا بد من المساواة في الأداء يدا بيد في ذات الوقت. أما إذا كان بيع العين بالنقد أي الثمن الحال الذي ليس فيه تأجيل ولم يتفق أطرافه على التأجيل، فقد اختلف الفقهاء حول من يبدأ بالوفاء قبل الآخر⁽³⁾ وانقسموا الى اتجاهين، ذهب الاتجاه الأول إلى تحديد البدء في الوفاء على أحد المتعاقدين بغض النظر عن الخلاف القائم داخل هذا الاتجاه في كون البادئ أحد المتعاقدين بعينه أي المشتري⁽⁴⁾ أو البائع⁽⁵⁾.

(1) الآية رقم (1) من سورة المائدة.

(2) الآية رقم (29) من سورة النساء.

(3) محمد عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعاوضات، دار النهضة العربية، ب.ت.ن، ص 39.

(4) رأي جمهور الأحناف والمالكية وقول للشافعية وذهب اليه الزيدية والإباضية. السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1978، ص 192.

(5) رأي الشافعية في قولهم المشهور، وأحد أقوال الحنابلة وقول للامامية. الامام الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، طبعة سنة 1967/1386، ص 102-103.

أما الاتجاه الثاني سوى بين المتعاقدين أي ضرورة قيامهما بالوفاء معا في وقت واحد دون إعطاء الأولوية لأحدهما في استيفاء حقه، وتحل المشكلة لديهم عند امتناعهما معا بجواز إجبارهما على الوفاء المتعاصر في آن واحد.⁽¹⁾

الفرع الثاني

نشأة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الغربي

لم يعرف القانون الروماني الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة⁽²⁾ على خلاف ما قد توحى به صياغته اللاتينية التي اشتهر بها « **exceptio non adimpleticontractus** »⁽³⁾، لأنه لم ينص عليه ضمن نصوصه، وإن كان هذا القانون قد أجاز للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه إذا كان الطرف الآخر لم يوف بالتزامه، فإن ذلك ليس إلا تطبيقا منه لقاعدة الدفع بالغش "**Exception de Dol**"، والتي أخذ بها في كافة العقود المبنية على حسن النية⁽⁴⁾.

وتعود النشأة الحقيقية للدفع بعدم التنفيذ إلى فقهاء القانون الكنسي الذين تنبهوا لفكرة تقابل الالتزامات في العقود التبادلية وقرروا مبدأ "**لا يراعى عهد من لا عهد له**" **Non servent fidem non fidessevanda**، وشرحوه بقولهم أنه لا يلزم العاقد بتنفيذ التزامه إلا إذا نفذ الطرف الآخر التزامه المقابل. ومن هنا ظهرت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي أخذها عنهم المتأخرون من شراح القانون الروماني **Postglossateurs** في العصور الوسطى، ثم صاغوا منها نظرية عامة ونسبوا إلى القانون الروماني فالاصطلاح إذن لم يكن رومانيا وإن كان لاتينيا⁽⁵⁾. ولم يُسلم فقهاء القانون الفرنسي القديم بفكرة الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة⁽⁶⁾، وهذا ما يفسر خلو القانون المدني الفرنسي القديم من نص عام يقرر هذه النظرية وقصروا تطبيقاتها على الحالات التي يوجد بشأنها نص⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ رأي الحنابلة في القول الراجح عندهم وقول لدى الشافعية و الظاهرية وهو الراجح لدى الامامية وبه قال الثوري. ابن قدامة المقدسي، المغني على الشرح الكبير، ج4، طبعة بيروت، ص114.

⁽²⁾ MALECKI CATHERINE, L'exception d'inexécution, Thèse, Paris, L.G.D.J, 1999, p23.

⁽³⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي) ب.د.ن، 1984، ص666.

⁽⁴⁾ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار المعارف، الاسكندرية، 1965، ص402.

⁽⁵⁾ محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، دار النهضة العربية، 1997، ص49.

⁽⁶⁾ PLANIOL. (M) et RIPERT. (G), Traité pratique de droit civil français, T.XII, 1954, n°439.

⁽⁷⁾ تنص المادة 1612 من هذا القانون على أن البائع لا يلزم بتسليم المبيع إذا طالبه المشتري بذلك من دون أن يكون قد نفذ التزامه بوفاء الثمن المستحق الأداء. وبالمقابل فإن المادة 1653 تجيز للمشتري إذا تعرض له أحد مستندا إلى حق سابق له على المبيع أو إذا خشي أن ينزع المبيع من يده أن يتمتع عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى زوال الخطر أو انقضاء التعرض.

اتبع القضاء الفرنسي نفس النهج، حيث رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في غير الحالات المنصوص عليها⁽¹⁾. غير أن الفقه الفرنسي الحديث اتجه إلى تعميم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ على جميع العلاقات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين⁽²⁾، وقد لاحظ الأستاذ GAUDEMET أن المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي القديم⁽³⁾ والتي تسمح بفسخ الاتفاق بأثر رجعي تعطي مبررا آخر لتعميم الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الملزمة للجانبين، لأن من لا يتلقى ماله من حق بموجب العقد، يستطيع طلب فسخه، ومن ثم يكون له -من باب أولى- أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مؤقتا⁽⁴⁾.

كما اتجه القضاء -بعد عدوله عن مسلكه السابق- أيضا إلى تعميم الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لكل العقود الملزمة للطرفين⁽⁵⁾. أما العقود الملزمة لطرف واحد فلا يتحقق فيها الدفع بعدم التنفيذ، لأن هذا النوع من العقود ينشئ التزامات تقع في عاتق طرف واحد.

المطلب الثاني

تعريف الدفع بعدم التنفيذ

للقوف على حقيقة فكرة الدفع بعدم التنفيذ لا بد من تحديد تعريفه من الناحية التشريعية والفقهية، ولكن قبل ذلك لا بد من بيان التعريف اللغوي والفقهي للدفع، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

التعريف اللغوي والفقهي للدفع

ورد تعريف الدفع في اللغة بعدة معان ووضع له الفقهاء تعريفات عديدة، نتناول منها ما يهم موضوع دراستنا على النحو الآتي:

¹⁾ Par exemple, en matière de bail d'habitation (V. not. Civ. 3e, 21 déc. 1987, RTD civ. 1988. 371, obs. Ph. Rémy ; V. aussi Baux d'habitation et mixtes [Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989]) de bail commercial (Civ. 3e, 1er mars 1995, no 93-13.812 , Bull. civ. III, no 60. - Civ. 3e, 15 déc. 1993, no 92-12.324 , Bull. civ. III, no 168), de bail rural (Civ. 3e, 26 nov. 1974, no 73-12.682 , Bull. civ. III, no 439. - Civ. 3e, 8 déc. 1971, no 70-12.392 , Bull. civ. III, no 607 ; V. aussi Baux commerciaux), de contrat de travail (V. not. Soc. 23 juin 2009, no 07-44.844 Bull. civ. V, no 158), de contrat d'entreprise (V. not. Civ. 1re, 19 juin 2008, no 07-15.643 Bull. civ. I, no 172)

²⁾ CHÉNEDÉ. (F), Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations, coll. Recherches juridiques, Economica, préf. A. GHOZI, 2008, no229.

³⁾ L'article 1148 du code civil français : « Les obligations contenues aux présentes ne seront pas applicables ou seront suspendues si leur exécution est devenue impossible en raison d'un cas de force majeure ».

⁴⁾ Gaudemet Eugène, Théorie générale des obligations publiée par (H). Desbois et (J).Gaudemet Sirey, Paris, 1965, p416.

⁵⁾ Cours Cass, 27/02/1960, Recueil civil, 1961, 1, n°360 ; Cass.Com. 22 mars 1994, no 92-10.663, Bull. civ. IV, no 119.

أولاً: التعريف اللغوي للدفع

- 1- التتحية والإزالة: فقولهم دفعته دفعا: نحيته فاندفع⁽¹⁾، ومنه عشيتنا سحابة فدفعناها، -مبني للمفعول- إلى غيرنا أي تبيت عنا، وانصرفت عنا اليهم⁽²⁾.
 - 2- الرد: ومنه دفعت القول: أي رددته بالحجة، ودفعت الوديعة إلى صاحبها رددتها إليه⁽³⁾.
 - 3- الانتصار ومنها دافع عنه: حامى عنه وانتصر له، ومنه الدفاع في القضاء⁽⁴⁾.
 - 4- المنع، دفع عنه الأذى⁽⁵⁾.
- ويطلق الدفع ويراد به معان أخرى⁽⁶⁾.

ثانياً: التعريف الفقهي للدفع

- الدفع هو جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم الاستعانة بها للإجابة على دعوى خصمه بقصد تقادي الحكم لخصمه بما يدعيه، أو تأخير هذا الحكم سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها⁽⁷⁾.
- الدفع هو حق أساسي من حقوق الدفاع للخصم، ووسيلة المدعى عليه للرد على الدعوى تمكيناً له من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها⁽⁸⁾.
- الدفع هو جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه والتي يقصد منها تقادي الحكم عليه بالدعوى⁽⁹⁾.
- وتظهر الصلة بين المعنى اللغوي والمعنى الفقهي للدفع في أن كلا من المعنيين يدور حول معنى الرد والاقصاء والمنع.

(1) محمد ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء 8، طبعة 1388-1968م، دار الصادر، بيروت، ص88؛ الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ج1، المطبعة الأميرة القاهرة، 1921، ص267.

(2) محمود الزمخشري أبو القاسم، أساس البلاغة، تحقيق محمد شاكر، مطبعة المدني، القاهرة، 1991، ص275.

(3) المصباح المنير، المرجع السابق، ص289.

(4) المعجم الوسيط، ج1، ص289.

(5) مجد بن يعقوب الفيروز اباي، القاموس المحيط، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، ص715.

(6) من معاني الدفع الرحيل عن الموضوع ومن معانيه أيضا الانتهاء كما في بلوغ نهاية طريق ومنها الاستمرار في الأمر كقولهم اندفع القوم في عملهم أي استمروا. ابن منظور، المرجع السابق، ص89؛ الفيومي، المرجع السابق ص267؛ المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص289.

(7) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة 6، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص11؛ أحمد السيد الصاوي الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص288.

(8) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص487؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص471.

(9) رزق الله انطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، ب.ت.ن، ص197.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للدفع بعدم التنفيذ

لم تتضمن نصوص القوانين المدنية في فرنسا ومصر والجزائر أي تعريف للدفع بعدم التنفيذ، ولعل ذلك يرجع إلى أن تعريف الأنظمة القانونية لا يدخل ضمن مهمة المشرعين، ولم ينص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ صراحة إلا بعد صدور الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فبراير 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات⁽¹⁾ الذي تضمن في الفرع الأول من القسم الخامس منه المعنون بـ"الدفع بعدم التنفيذ" مادتين هما المادة 1219 و1220، وتنص المادة 1219 من هذا الأمر على أنه: "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيماً بما فيه الكفاية".

وتنص المادة 1220 من نفس الأمر على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة"⁽²⁾. كما نصت المادة 1217 من نفس الأمر على أنه: "يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن:

- يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛
 - يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني للالتزام؛
 - يطلب تخفيض الثمن؛
 - يطلب فسخ العقد؛
 - يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عدم التنفيذ.
- يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز إضافة التعويض إليها دائماً"⁽³⁾.

⁽¹⁾ نشر الأمر رقم 2016-131 في الجريدة الرسمية رقم (0035) بتاريخ 10 فبراير 2016.

⁽²⁾ L'article 1219 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

L'article 1220 : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

⁽³⁾ L'article 1217 : « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

أما القانون المدني المصري القديم فلم ينص بدوره على مبدأ الدفع بعدم التنفيذ متأثراً في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم، وإنما اكتفى بالنص على بعض تطبيقاته (مثلاً المادة 345/274 والمادة 350/279 والمادة 411/331)⁽¹⁾. إلا أن هذا لم يمنع الفقه و القضاء في عهده من التسليم بقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد.

تم تدارك هذا النقص حيث قرر مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في المادة 22 من المشروع التمهيدي التي تنص على أنه: "1- في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين.

2- على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية".

حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية و أدخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى، وأصبح رقم المادة 165 في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب على النص، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة 161، ووافق عليه مجلس الشيوخ⁽²⁾.

ونصت المادة 161 من القانون المدني المصري الحالي على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، وبالإضافة إلى هذا النص العام ورد بالقانون تطبيقات جزئية متفرقة للمبدأ في عدة مواد نذكر منها المادة 457⁽³⁾ و المادة 459⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فقد نص صراحة على الدفع بعدم التنفيذ في المادة 123 من الأمر رقم 58-75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني وجاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الأول (العقد) الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981، ص1006.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1006.

⁽³⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة 457 ق.م.م على أنه: "2- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو أيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً". ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن: " يسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع"

⁽⁴⁾ تنص المادة 459 ق.م.م على أن: "1- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع.

2- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة 273".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتأثر بالمشرع الفرنسي - عكس نظيره المصري - لأنه نص على الدفع بعدم التنفيذ بمجرد صدور الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

وظل نص المادة 123 من الأمر رقم 75-58 دون تغيير خلال كل التعديلات التي مست القانون المدني الجزائري.

كما أورد المشرع الجزائري تطبيقات لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في الفقرة الثانية من المادة 388 ق.م.ج⁽¹⁾ والمادة 390 ق.م.ج⁽²⁾ المتعلقة بعقد البيع.

الفرع الثالث

التعريف الفقهي للدفع بعدم التنفيذ

اختلف الفقهاء حول تحديد تعريف الدفع بعدم التنفيذ فقد عرفه كل منهم حسب فهمه للدفع بعدم التنفيذ حيث عرف جانب من الفقه الدفع بعدم التنفيذ بأنه: "حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته"⁽³⁾. وعرفه جانب آخر أنه: "امتناع مؤقت عن التنفيذ، أي مجرد وقف للتنفيذ، لكنه امتناع مشروع. ذلك لأنه من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المقابلة فيها على وجه التبادل. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز ترتيبا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 388 ق.م.ج على أنه: "2- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ان لم يمنعه شرط في العقد، أن يمسك الثمن الى ان ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

⁽²⁾ تنص المادة 390 ق.م.ج على أنه: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا مالم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212".

⁽³⁾ PILLEBOUT.(J.-F), Recherches sur l'exception d'inexécution, LDGJ, 1971, nos 205; Dross (W), L'exception d'inexécution, essai de généralisation, RTD.CIV2014, p1.

عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص442؛ مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص604 و605؛ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، إسكندرية، 2009، ص198.

⁽⁴⁾ محمود عبد الرحمن محمد، نظرية العقد دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية السوداني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 783؛ مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 1996، ص404.

كما عرفه البعض بأنه: "وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء"⁽¹⁾.

واتجه البعض الآخر إلى تعريفه بأنه: " هو حق المطالب بالوفاء في العقود الملزمة للدائنين بأن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أو لم يعرض قيامه بالتنفيذ"⁽²⁾. وعرفه آخرون بأنه: "وسيلة دفاع متاحة للمتعاقد المطالب بالوفاء بالتزاماته عندما لا يفي المتعاقد الآخر-الذي يطلب هذا الأداء-بالتزاماته"⁽³⁾.

كما عرفه البعض بأنه: "سبيل للانتصاف من عدم تنفيذ العقد، فهو من الوسائل المتاحة للدائن في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه (حقوق الدائن في حالة عدم الأداء)"⁽⁴⁾.

واتجه البعض الآخر⁽⁵⁾ إلى تعريفه بأنه: " هو عبارة عن حق المطالب (ب) بالوفاء بموجب عقد تبادلي "كامل" في حمل المطالب "أ" على قبول تنفيذ الالتزامات المتقابلة قذة بفترة والاستيثاق من ذلك بالامتناع عن تسديد الالتزام المطالب به".

وعرفه آخرون بأنه: " هو الدفع الذي يجوز بمقتضاه لكل متعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه، في حالة عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن قد تحددت مواعيد مختلفة لتنفيذ كل من الالتزامين"⁽⁶⁾.

بينما عرفه البعض⁽⁷⁾ بأنه: "الوسيلة السلبية من الرد على عدم التنفيذ بعدم تنفيذ مثله وتسمى هذه الوسيلة الدفع بعدم التنفيذ فهو إذا لا يعدو أن يكون موقفا سلبيا متخذا من قبل المتعاقد يبتغي من ورائه حمل المتعاقد الآخر الممتنع عن التنفيذ على تنفيذ التزامه".

وعرفه البعض الآخر⁽⁸⁾ بأنه: " هو رد يبيده أحد المتعاقدين على مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه إذا كان المطالب بالتنفيذ نفسه مقصرا أو ممتنعا عن تنفيذ التزامه".

⁽¹⁾ أنور سلطان، المرجع السابق، ص402.

⁽²⁾ زهير البشير، قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد، منشور في مجلة القانون والسياسة، العدد الأول، لسنة 1976، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص192.

⁽³⁾ CalafusSorin : Exercising the Exception of Contract Non-Performance in the Extrajudicial Area, " In Ovidius University Annals", Economic Sciences Series, Volume XVII , Issue1/2017, p26.

⁽⁴⁾ Casanal.(M) : The common Historical basis of the exception for the non-performance and termination of contract "In Ovidius University Annals", Economic Sciences Series, Volume.13,Issue2, p18.

⁽⁵⁾ صلاح الدين ناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة العلوم، القاهرة، 1945، ص13.

⁽⁶⁾ عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة التقيض الأهلية بغداد، 1940-1941، ص188.

⁽⁷⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص348.

⁽⁸⁾ جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص38.

وعرفه آخرون بأنه: "نظام قانوني مؤداه أنه في العقود المتبادلة يسوغ لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء موجباته المقابلة أو يعرض على الأقل أداءها ما دامت هذه الموجبات الأخيرة حالة الأداء بدورها"⁽¹⁾. لاحظ جانب من الفقه أن أغلب التعريفات السابقة أكدت بأن للدفع بعدم التنفيذ طبيعة الحق⁽²⁾، وذهبوا إلى أن هذا التأكيد وإن كان مقنعا في جوهره، ويكشف عن غموض المسمى الذي تعرف به هذه الآلية. إلا أن الدفع بعدم التنفيذ في الحقيقة ليس له طبيعة الحق، فهو وسيلة دفاعية يواجه بها دائن غير مُسَدّد دينه ليبرر تعليق تنفيذ التزاماته وبالتالي لا يتحمل المسؤولية عن التنفيذ أو عن الفسخ الصادر عن المتعاقد الآخر. ووسيلة الدفاع هذه تفترض بالطبع وجود حق تتركز عليه فكرة الاحتجاج بعدم تنفيذ التزامات. وعلى ذلك فإننا نعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه وسيلة دفاعية يلجأ إليها المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين فيمتنع عن تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته، وهو امتناع مشروع مؤقت عن التنفيذ.

المبحث الثاني

خصائص الدفع بعدم التنفيذ

للدفع بعدم التنفيذ مفهومه المستقل والمختلف عن غيره من النظم القانونية الأخرى خاصة تلك التي تتشابه معه والمتمثلة في الحق في الحبس والفسخ ووقف العقد والمقاصة، فهو يختلف عنها بنطاق تطبيقه وأساسه القانوني وآثاره وشروطه، إضافة إلى الخصائص التي يتمتع بها، والتي تتمثل في كونه وسيلة بسيطة وسريعة لا تحتاج إلى إجراءات قضائية معقدة، وأنه وسيلة فعالة تعمل على الضغط على إرادة المدين المخل بتنفيذ التزامه من أجل حمله على التنفيذ، وهو في نفس الوقت وسيلة لضمان بقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا كما أنه وسيلة لحماية مصالح الدائن في مواجهة المدين، وفي مواجهة الدائنين العاديين والخلف الخاص، وسنتناول هذه الخصائص من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وفعالة

إن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام شكل من أشكال العدالة الخاصة، لذلك لا يحتاج المتعاقد المتمسك به إلى رفع دعوى قضائية، كما لا يحتاج حسب الفقه والقضاء حتى إلى الاعذار، ومن هنا اتصف بالسرعة والبساطة وقلة التكاليف المالية.

⁽¹⁾ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج7، حل العقود، 1993، ص345.

⁽²⁾ PILLEBOUT.(J.F), Op cit, , p11.

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لرفع دعوى قضائية

لا يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ رفع دعوى⁽¹⁾، فيكفي أن يمتنع الدائن عن أداء التزامه لتحقيق هذه الآلية⁽²⁾، ويعلل ذلك بعدم نص المشرع في المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ على ضرورة اللجوء إلى القضاء، باعتبار أن الدفع بعدم التنفيذ من الوسائل الدفاعية التلقائية المؤقتة التي تُمكن المتعاقد من تحقيق عدالته الخاصة إزاء مدينه قبل أن يؤول أمر المتعاقدين إلى القضاء للفصل في مدى وجاهة الاعتداد به. كما تتجافى مطالبة المتعاقد عن طريق القضاء مع المنطق القانوني، إذ كيف يعقل أن يلجأ شخص إلى القضاء للمطالبة بما هو مخول له بحكم العقد، لا سيما وأن الدفع بعدم التنفيذ من الآثار المباشرة للعقود التبادلية، فيكون تدخل القاضي لحماية ذلك الأثر لا لإنشائه. أضف إلى ذلك أن جوهر الدفع يكمن في إعماله بعيدا عن القضاء لأن فعالية الضغط الذي يسلط على المدفوع ضده من شأنه أن يقوي من احتمالات فض النزاع بعيدا عن ساحات المحاكم، كما أن الضمان الذي يوفره الدفع قد يكون كافيا مما يجعل اللجوء إلى القضاء غير ضروري.

ونتيجة لذلك أصبح الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وبسيطة وغير مكلفة ماديا، فهو وسيلة سريعة لأن التمسك به يكون ربحا للوقت، فعادة ما تستغرق إجراءات رفع الدعوى القضائية إلى غاية صدور الحكم وقتا طويلا نسبيا، فهي تحتاج إلى تسجيل الدعوى لدى كاتب الضبط وتبليغ المدعى عليه وانتظار جدولة القضية وربما تأجيلها لغياب المدعى عليه، أو لإجراء الخبرة، ثم صدور الحكم وانتظار الصيغة التنفيذية، فالدفع بعدم التنفيذ يتجنب كل هذه التعقيدات، ومن ثم ربح وقت طويل من الزمن.

وتتجلى بساطة الدفع بعدم التنفيذ في حالة ما إذا قارناه بالحلول الموازية له كدعوى الفسخ ودعوى التنفيذ، فمثلا دعوى الفسخ تتطلب جملة من الإجراءات المعقدة، وقد لا تتوافر بعض شروط فسخ العقد فلا يمكن التمسك به ومن هنا يمكن اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ.

كما أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مكلفة ماليا، فمن يسلك طريق دعوى الفسخ أو التنفيذ يجب أن يدفع بعض المصاريف، ومن ذلك حقوق تسجيل الدعوى ومصاريف تبليغ العريضة للمدعى عليه ومصاريف المحامي، ومصاريف الخبرة وغيرها. بينما طريق الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف كل هذه المصاريف مادام المتعاقد ليس في حاجة لرفع دعوى قضائية للتمسك به.

⁽¹⁾ هناك من يرى بأن الدفع بعدم التنفيذ يتم عن طريق دعوى مبتدأة، فليس هناك ما يمنع من أن يتخذ من يرغب في التمسك بالدفع جانب الحذر ويطلب من القضاء إقرار حقه في التمسك بالدفع. سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد (دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2006، ص 44 و 45).

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1016؛ حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ب.د.ن، ص 550؛ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام الإرادية، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص 522.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لإعذار

اتفق الفقه الفرنسي على أنه إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لرفع دعوى قضائية، فإنه أيضا لا يشترط للتمسك به توجيه إعذار من الدائن إلى المدين⁽¹⁾. إلا أن بعض الفقهاء عارضوا ذلك واشتروا الاعذار كإجراء من أجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وأبرز هؤلاء الأستاذ SAVATIER⁽²⁾، وأرجع ذلك لكون الدفع بعدم التنفيذ شكلا من أشكال قانون القصاص، لهذا لا يلتجئ إليه إلا عند الضرورة، فعلى الدائن الالتجاء إلى الوسائل القانونية العادية إذا كانت تحقق الهدف المطلوب.

وقد سار القضاء الفرنسي في بعض أحكامه على هذا المسلك خاصة في عقد الإيجار، فلا يمكن للمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأن المؤجر أخل بإجراء إصلاحات على العين المؤجرة إلا بعد توجيه إعذار بذلك⁽³⁾.

لكن محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير لها صادر بتاريخ 1970/01/27 قضت صراحة بأن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إعذار مسبق⁽⁴⁾، وتعددت أحكام النقض في هذا الاتجاه⁽⁵⁾.

ثم عاد القضاء الفرنسي لاعتبار الإعذار إجراءً ضرورياً، فقد قضت محكمة الاستئناف في تولوز بأن علاقة صانع التجهيزات الإعلامية عالية التكنولوجيا بمستعملها هي علاقة تبعية، فهو الوحيد القادر على صيانتها مما يجعله الطرف المهمين، وتبعاً لذلك لا يمكنه الامتناع عن تنفيذ التزامه قبل إعلام مدينه بذلك ومحاولة القيام بتسوية رضائية لحل الإشكالات المالية، خاصة وأن عدم احترام هذه الإجراءات من شأنه أن يجعل الشركة في خطر محقق⁽⁶⁾. كما رفضت محكمة النقض الفرنسية امتناع المشتري عن دفع الثمن رغم إخلال البائع بالتزامه بضمان المبيع بسبب عدم إعداره وإعلامه بنيته في إثارة الدفع وتذكيره بالإمكانات التي نصت عليها المادة 1653، وهو ما يعني إضافة شرط جديد للتمسك بالدفع⁽⁷⁾.

ولا شك أن تخبط رأي الفقه والقضاء الفرنسي فيما يخص اشتراط الاعذار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يعود لعدم وجود نص قانوني صريح بذلك طيلة هذه الفترة .

و بعد صدور الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات فصل المشرع الفرنسي في هذه المسألة حيث لم يشترط الإعذار وإنما اشترط الإخطار

¹⁾ 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.

²⁾ SAVATIER.(R), Nots sous cass. civ sect soc, 7 juillet 1955, D1957, p2.

³⁾ Cass.Com 7 juillet 1958.Bull.Civ.III.N°361.

⁴⁾ Cass.Com 27janvier 1970.JCP.1970.II.16554.Note HUET.

⁵⁾ Cass.Com10 décembre 1979.Bull.Civ.IV.N°327. Cass.Com 26 mai 1981.Bull.Civ.IV.N°248.

⁶⁾ Cour d'appel de Toulouse, 30octobre 1985.

⁷⁾ Cass.Civ, 26 mai1992, Bull.CIV.III ,1992, N°176.

(الإبلاغ)⁽¹⁾، فقد نصت المادة 1220 من نفس الأمر على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة".

وفقا لهذا النص نجد أن المشرع الفرنسي يستلزم أن يتم الإخطار بال تعليق في أقرب وقت ممكن، وهذا الشرط لا يستدعي حقيقة تفسيرات طالما وجدت عبارة "في أقرب وقت ممكن"⁽²⁾.

وهنا نطرح تساؤل حول غاية المشرع الفرنسي من اشتراط الإخطار، ذلك أنه إذا كان هذا الإخطار هو إبلاغ معلومة للمدين وذلك لتسجيل تنفيذ الإجراء، فسيكون ذلك شرطا لتطبيق النص.

وبالتالي، لن يكون من الممكن تبرير الإخلال بالتنفيذ في وقت لاحق ولا سيما في الدعاوى القضائية- على أساس المادة 1220- إذا لم يتم إرسال الإخطار. ولكن من الأرجح أن هذا الإخطار يتيح للمدين إمكانية أن يقدم للدائن جميع الضمانات التي تمكنه من الوفاء بالتزامه⁽³⁾. ومن شأن ذلك أن ينطوي على دافع ضروري للإخطار. والواقع، كيف يمكن للمدين أن يقنع دائته بقدرته على أداء الالتزام عند الاستحقاق إذا لم يكن يعرف ما هي أسباب اعتقاد الدائن بأنه لن ينجح؟ وفي مثل هذه الحالة، فإن عدم الإخطار لن يؤدي على الأرجح إلى إسقاط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، بل يؤدي فقط إلى الحصول على التعويضات بشرط وجود ضرر. ومن الناحية العملية، من الأصوب القيام بالإخطار بمجرد اتخاذ قرار بتعليق التنفيذ وتبرير هذا القرار، وبالإضافة إلى ذلك -وعلى بالرغم من عدم وجود أي شكل مطلوب- فمن الحكمة الاحتفاظ بالأدلة على كل من الإخطار وتاريخه.

ومن الجدير الإشارة إلى أن المادة 1220 من الامر رقم 131-2016 لم تسمح إلا لطرف واحد "بتعليق" أدائه. ونتيجة لذلك نتساءل هل سيتم إنهاء التعليق تلقائيا بمجرد قيام المدين بتنفيذ الالتزام؟ وعلى العكس من ذلك، هل يسمح للمدين بتعليق أداء التزامه عندما يشرع الدائن في الإخطار؟

⁽¹⁾ الاعذار *Mise en demeure* أمر يوجهه الدائن إلى المدين لينفذ التزامه، يثبت به رسميا تأخر المدين في التنفيذ لسبب راجع إليه. ونص عليه المشرع الفرنسي في الأمر رقم 131-2016 في المواد من 1344 الى 1345-3 ونص عليه المشرع الجزائري في المادتين 180 و 181 ق.م.ج ونص عليه المشرع المصري في المادتين 219 و 220 ق.م.م. حول تعريف الاعذار:

David François , De la mise en demeure, revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, P 95.

محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، ب.د.ن، القاهرة، 1974، ص6؛ محمد شتا أبو سعد، الاعذار، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1974، ص169.

أما الإخطار *la notification* هو إجراء يهدف الى تبليغ امر ما إلى شخص معين.

MARTIN DE LA MOUTTE. (J), L'acte juridique unilatéral, Thèse, Toulouse, 1949, p188.

⁽²⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas , L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat, AJ contrat, 2017, p20.

⁽³⁾ «une faculté d'interpellation destinée à permettre au débiteur d'offrir au créancier toutes garanties de ce qu'il honorera finalement son obligation» Bretzner. (J-D), «Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », JCP. 2016.p 999.

أما بالنسبة للفقهاء المصري فقد ذهب إلى أن الاعذار غير واجب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإذا كان الحق في الدفع بعدم التنفيذ يترتب ابتداءً، فليس بالمتنع عن التنفيذ حاجة إلى الاعذار، كما أن امتناع المتمسك به عن تنفيذ التزامه اعدار كافي للطرف الآخر بوجوب تنفيذ ما في ذمته من التزام⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "للمتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به المعتمص بهذا الحق، وأنه لا حاجة لرفع دعوى على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعماله، أو توجيه تنبيه رسمي له"⁽²⁾. كما أن المشرعين المصري والجزائري لم يشترطاً الإعدار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في المادتين 161 ق.م.م و المادة 123 ق.م.ج.

وإذا كان الاعذار غير ضروري للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري فإنه يكون ضروريا لتوليد الالتزام الذي يترتب على عدم تنفيذه الحق في التمسك بالدفع، فالالتزام بالتعويض عن التأخير لا ينشأ إلا بإعدار⁽³⁾ عملاً بالمادة 218 من ق.م.م والمادة 179 ق.م.ج اللتان تتصان على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك". كذلك الإخلال بالوفاء بالثمن لا يتحقق إلا بالإعدار أو بسعي البائع إلى المشتري في موطنه⁽⁴⁾.

ومن جانبنا نرى ضرورة اشتراط الاعذار للتمسك بعدم التنفيذ ونقترح تعديل المادتين 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج وإضافة شرط الاعذار وذلك لعدة أسباب نذكر منها:

1- إن الفقه⁽⁵⁾ متفق على أن فكرة الاعذار ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تضمين عقدهما شرطاً يقضي بأنه لا يمكن لأحدهما التمسك بالدفع بعدم التنفيذ اتجاه الآخر إلا بعد توجيه إعدار له.

2- إن الفقه⁽⁶⁾ متفق على أن الاعذار لا يخلو من فائدة عملية كبيرة ذلك أنه يرى أن توجيه إعدار من المستأجر مثلاً إلى المؤجر من أجل إصلاحات على العين المؤجرة دليل على حسن نية المستأجر، أي دليل على أن المؤجر فعلاً محل بالتزامه إخلالاً جسيماً⁽⁷⁾.

3- قد تصل المنازعة حول مشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى القضاء، لذلك من المستحسن للدائن توجيه إعدار للمدين قبل وصول الأمر للقاضي، من أجل إثبات حسن نيته، وبالتالي الحكم لصالحه.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1016؛ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص445؛ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص788.

⁽²⁾ نقض مدني، جلسة 1998/02/21، طعن رقم 2682 لسنة 59، مجموعة أحكام النقض، ص49.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1016.

⁽⁴⁾ نقض مدني، جلسة 1982/05/31، مجموعة أحكام النقض، ص29، ص607.

⁽⁵⁾ HUET. (A), Exception d'inexécution préc JCC. Art 1184, Fasc.49-3. N°198.p29.

⁽⁶⁾ STORCK. (M), Exception d'inexécution préc JCC .Art 1184, Fasc.49-4. N°18.p4.

⁽⁷⁾ MALECKI. (C), Op cit, p263.

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة للضغط على المتعاقد الآخر، حيث أن المتعاقد المتمسك به يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته، وبذلك يدخل العقد في مرحلة الوقف ولمدة غير محددة كأصل عام⁽¹⁾، وبذلك فإن فكرة الضغط تتكون من عنصرين نعرضهما من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

وقف تنفيذ العقد

إن أهم أثر يترتب على الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد أي تجميد الالتزامات العقدية لأجل لاحق ومن ثم تبقى امكانية تنفيذه مستقبلا، فتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ هدفه تنفيذ العقد لا حله وذلك عن طريق الامتناع عن تنفيذ التزامه من أجل الضغط على المتعاقد الآخر وحمله على التنفيذ⁽²⁾. وهكذا يجد المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه نفسه في وضعية المضغوط عليه وذلك لعدة عوامل أولها أنه صاحب سلوك خاطئ وعليه أن يبادر الى اصلاح خطئه وذلك بتنفيذ التزامه، خاصة وأن نصوص القانون تشترط التنفيذ وحسن النية، وحتما أن الامتناع عن تنفيذ الالتزام دون مبرر يضعه في وضعية المتعاقد سيئ النية.

ثانيها أن المتعاقد المدين كان هدفه من ابرام العقد حتما تنفيذه، وبالتالي تحقيق أهداف معينة، وعليه فإن عدم تنفيذه التزاماته قد يعرض العقد للانحلال إذا ما طالب الدائن بالفسخ، وهكذا يفوت على نفسه فرصة تنفيذ التزامه والعقد ككل والاستفادة منه، خاصة و أن المبادرة بيده.

وثالثها أن المتعاقد المدين بامتناعه عن تنفيذ التزامه قد يجد نفسه ملزما بدفع تعويض للدائن، ذلك أن هذا الأخير بإمكانه طلب فسخ العقد وطلب تعويض عن هذا الفسخ إذا ألحق به أضرارا⁽³⁾، ويتضح بذلك أن تنفيذ العقد من طرف المدين من شأنه أن يجنبه فسخ العقد وفي نفس الوقت تقادي الحكم عليه بتعويض. ورابعها أن وقف تنفيذ العقد يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزامات العقدية لمدة غير محددة، وعامل الزمن قد يكون بالغ الأهمية خاصة في العقود المستمرة لأن الزمن الذي يذهب لا يعود⁽⁴⁾، فوقف تنفيذ العقد من هذه الزاوية يضع المدين في وضعية المتسبب في ضياع الوقت.

⁽¹⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مطبعة النهضة، مصر، 1953، ص313.

⁽²⁾ عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام: المصادر الارادية)، الجزء الاول، درا النهضة العربية، بيروت، 1968، ص575.

⁽³⁾ انظر: المادة 1228 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131، والمادة 157 ق.م.م والمادة 119 ق.م.ج.

⁽⁴⁾ عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر الدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950، ص183.

الفرع الثاني

مدة وقف تنفيذ العقد

إن المدة الزمنية التي يمكن أن يستغرقها وقف تنفيذ العقد مبدئياً غير محددة الأجل، فالتمسك بالدفع لا ينفذ التزامه إلى أن ينفذ الطرف الآخر ما عليه من التزامات، ففي عقد البيع بإمكان البائع الامتناع عن تسليم المبيع إلى غاية قبضه الثمن من المشتري. ولكن هذه النقطة قابلة للمراجعة، ذلك أنه طالما كان الهدف الرئيسي من ترك مدة وقف تنفيذ العقد غير محددة بأجل معين هو محاولة الضغط على ارادة المدين المتعاس عن تنفيذ التزامه ألا يظهر أن تحديد هذه المدة بأجل معين يتماشى أكثر مع فكرة الدفع بعدم التنفيذ وذلك من عدة نواحي، أولها أن تحديد مدة وقف تنفيذ العقد يعني محاولة الوصول بفكرة الضغط إلى أقصى درجاتها، فكلما مر الوقت زاد الضغط. وثانيها أن تحديد مدة وقف تنفيذ العقد يتماشى مع فكرة منح المدين مهلة زمنية من أجل مراجعة موقفه وتدارك خطئه وبالتالي تنفيذ التزامه. وثالثها أن تحديد مدة الوقف يتناسب مع الفكرة الرئيسية للدفع بعدم التنفيذ المتمثلة في محاولة انقاز العقد من خطر الفسخ، ذلك أن الأصل في العقود هو تنفيذها لا حلها، وبانقضاء هذه المدة مع اصرار المدين على عدم التنفيذ دلالة على أنه لا مناص من فسخ العقد. ورابعها أن عنصر الزمن عامل مهم جدا في المعاملات المالية لهذا يجب استغلاله أحسن استغلال.

وانطلاقاً من هذا التصور نقترح تحديد مدة وقف العقد بـ 15 يوماً، تحسب من يوم وصول الاعذار إلى المدين، فإذا انتهت هذه المدة يخير الدائن بين المواصلة في امتناعه عن تنفيذ العقد وطلبه الفسخ، على أن يكون للمتعاقدین الاتفاق على إنقاص هذه المدة أو زيادتها، ونقترح اضافة فقرتين الى المادة 1219 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج على النحو الآتي: "2- إذا أصر المدين على عدم تنفيذ التزامه بعد انقضاء 15 يوماً، تحسب من يوم وصول الاعذار جاز للدائن المطالبة بالفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى.

3- يجوز للمتعاقدین بمقتضى الاتفاق أن يزيدا في المدة المذكورة في الفقرة السابقة أو ينقصا منها."

ونظراً للدور الكبير الذي تلعبه فكرة الضغط على ارادة المدين في حمله على تنفيذ التزامه، وبالتالي إنقاز العقد من خطر الفسخ، وما في هذا الأخير من خطورة على مصالح المتعاقدین وحتى على الاقتصاد فإنه يمكن للأطراف إستعارة فكرة الضغط وإدراجها في العقد خاصة العقود الكبرى ونظراً للتكاليف الباهظة التي يتطلبها إبرام مثل هذه العقود، فنتيجة للأضرار المترتبة على فسخها، تحرص الأطراف المتعاقدة أشد الحرص على تحرير بنود في مثل هذه العقود تحريراً دقيقاً واضحاً صريحاً من أجل تفادي كل المشاكل الممكن حدوثها مستقبلاً، ومن بين هذه المشاكل عدم تنفيذ أحد المتعاقدین التزاماته العقدية، لهذا درجت الأطراف المتعاقدة على تحرير بند يقضي بوقف العقد إذا أخل أحد المتعاقدین بالتزامه⁽¹⁾.

¹⁾ ARTZ. (J.F), La suspension du contrat à exécution successive, Dalloz, 1979, p99.

المطلب الثالث

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان

إن من مستلزمات التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يخل أحد الطرفين بالتزاماته، وهذا ما يمكن الطرف الثاني من الامتناع هو أيضا عن تنفيذ التزامه لأن مصالحه مهددة، ومن هذه الزاوية يتضح لنا أن الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لمن تمسك به يلعب دور الضمان⁽¹⁾، فهو من جهة ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا، ومن جهة أخرى ضمان لمصالحه المهددة من جراء إخلال المدين بالتزاماته.

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا

إن أهم ما يميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ أنه في حالة الدفع يكون الأثر المترتب عليه هو وقف تنفيذ العقد مؤقتا لغاية زوال سبب عدم التنفيذ، بينما الأثر المترتب على الفسخ هو حل الرابطة العقدية، ولا شك أن بقاء العقد موجودا خير من إحلاله، ومعنى بقائه أيضا إمكانية تنفيذه مستقبلا.

أولاً: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لبقاء العقد موجودا:

إن للدفع بعدم التنفيذ دورا هاما في حماية العقد من الزوال بمجرد تأخر أحد الطرفين عن التنفيذ وفي حماية المتعاقد المتمسك به مهما كان مآل العقد، فلا يؤدي الدفع بعدم التنفيذ نظرا لأثره الوقفي إلى قطع الرابطة التعاقدية بل يسمح بحمايتها من الزوال والمحافظة عليها كيفما كانت إلى حين حدوث ما من شأنه إنهاء فترة التعليق. وعدم تنفيذ المدين لالتزامه قد يكون راجعا لقوة القاهرة كما قد يكون راجعا لخطأ المدين:

- إذا كان راجعا لقوة القاهرة و نقصد هنا القوة القاهرة المؤقتة⁽²⁾ التي تمنع المدين من تنفيذ التزامه مؤقتا وبزوالها يصبح بإمكانه تنفيذ التزامه، فلو تمسك الدائن بفسخ العقد، فإنه جزاء لا يتناسب إطلاقا مع سبب عدم التنفيذ، ذلك أنه بالإمكان انتظار زوال القوة القاهرة، وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة يسمح ببقاء العقد موجودا وتنفيذه بعد زوال هذه القوة القاهرة، فمثلا إذا كنا بصدد عقد بيع لسلع ما، وتم الاتفاق على مكان وزمان التسليم، لكن حدث وأن أضرب عمال النقل، ففي هذه الحالة بإمكان المشتري الامتناع عن دفع الثمن لغاية إمكانية تسلمه للسلع بعد انتهاء الإضراب، فالدفع بعدم التنفيذ استطاع أن يحافظ على بقاء العقد طيلة إضراب عمال النقل.

- أما إذا كان راجعا لخطأ المدين وإهماله، فإنه يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء ومطالبة المدين بالتنفيذ (دعوى التنفيذ) أو المطالبة بالفسخ، لكن يلاحظ أن دعوى التنفيذ معقدة الإجراءات، ودعوى الفسخ تؤدي إلى

¹⁾ PILLEBOUT. (J.-F), Op. cit, p221.

²⁾ في حالة القوة القاهرة النهائية يستحيل على المدين تنفيذ التزامه نهائيا، ونكون أمام انفساخ للعقد بقوة القانون، ولنجا بعد ذلك لنظرية تحمل التبعة لتحديد من يتحمل تبعه الهلاك.

انحلال العقد، لهذا فإن الدفع بعدم التنفيذ يتوسط هذين الحليين، فهو يتفوق على دعوى التنفيذ لأنه يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه بطريقة غير مباشرة دون حاجة إلى إجراءات معقدة، وهو يتفوق على دعوى الفسخ لأنه يحافظ على وجود العقد، خاصة إذا كان المدين مهملًا لالتزاماته فقط لا منكرًا لها، أو أن عدم التنفيذ يقتصر على جزء من الالتزامات فقط وفي هاتين الحالتين من المستحسن المحافظة على بقاء العقد.

ثانياً: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لإمكانية تنفيذ العقد مستقبلاً:

إن أهم ما يميز الدفع بعدم التنفيذ أنه يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد، ومن ثم يبقى العقد موجوداً، وهذا ما يجعل الأمل قائماً في إمكانية تنفيذه مستقبلاً، خاصة إذا تعلق الأمر بالقوة القاهرة المؤقتة. فالقضية هنا قضية وقت، فبزوالها يزول المانع من التنفيذ، ففي المثال السابق إذا انتهى الإضراب أمكن نقل البضاعة وتسليمها وقبض الثمن، أي تنفيذ العقد ككل. لكن الأمر يطرح إشكالا إذا كان سبب عدم التنفيذ راجعاً لخطأ المدين، فهنا لا بد من تظافر جهود فكري الضمان والضغط من أجل تنفيذ العقد، ففكرة الضمان تضمن بقاء العقد وفكرة الضغط تدفع المدين إلى تنفيذ التزامه، ولكن إلى متى يمكن انتظار المدين حتى ينفذ التزامه؟ وما هي الأحكام التي تنظم إعادة تنفيذ العقد بعد وقفه لمدة زمنية معينة؟

بالنسبة للسؤال الأول، سبق التعرض له⁽¹⁾، أما بالنسبة للسؤال الثاني، فيمكن القول أن العقد نفسه هو الذي يجب أن ينفذ، أي أن ينفذ طبقاً لشروطه وبنوده السابقة مادام أن العقد قد تم وقفه فقط، ولهذا فليس هناك حاجة إلى اتفاق جديد بين المتعاقدين، فإعادة تنفيذ العقد تكون بقوة القانون لكن لا بأس بإضافة بعض الاشتراطات من أجل ملائمة العقد مع بعض الظروف الجديدة التي وجدت أثناء وقفه.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن

يشكل الدفع بعدم التنفيذ ضماناً حقيقياً لمصالح الدائن في مواجهة المدين المخل بتنفيذ التزاماته والأكثر من ذلك أنه يمكن للدائن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى في مواجهة دائني المدين وخلفه الخاص كأصل عام.

أولاً: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن في مواجهة المدين

يبرز دور الدفع بعدم التنفيذ في حماية مصالح الدائن في مواجهة المدين من خلال ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 459 ق.م.م والمادة 390 ق.م.ج المتعلقة بعقد البيع، وهي خاصة بحالة امتناع البائع عن تسليم المبيع للمشتري، وهذه المادة تقضي بسقوط الأجل إذا كان ثمن المبيع مؤجلاً، ومن ثم يجب على المشتري دفع الثمن فوراً، وهذا يعني أن هناك ظروف طرأت على وضعية المدين تهدد مصالح الدائن، مما يتوجب معه إسقاط الأجل ووجوب دفع الثمن، وتحيلنا الفقرة الثانية من المادة 459 ق.م.م إلى المادة 273

⁽¹⁾ راجع مدة وقف تنفيذ العقد ص 24.

ق.م.م، كما تحيلنا الفقرة الثانية من المادة 390 ق.م.ج الى المادة 211 ق.م.ج⁽¹⁾، وهذه الأخيرة تحدد لنا الحالات التي يسقط فيها الأجل وكل هذه الحالات تعتبر تهديدا حقيقيا لمصالح الدائن وهي:

1- حالة شهر إفلاس المدين وفقا لنصوص القانون⁽²⁾: ويتم شهر الإفلاس بحكم قضائي، وهو خطر حقيقي يهدد مصالح الدائن أي البائع في هذه الحالة، لأنه من جهة يعني عجز المشتري عن الوفاء بديونه نتيجة تدهور حالته المالية، ولأنه من جهة أخرى نظام يترتب عليه التنفيذ على أموال المدين بصورة جماعية من قبل الدائنين ويقتسمون أموال المدين قسمة الغرماء.

2- حالة إنقاص المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص: إن المقصود بالتأمين الخاص هنا، هو التأمينات الخاصة مثل الرهن، سواء كان مصدره العقد أو القانون، ويشترط أن يكون إضعاف التأمين إضعافا كبيرا⁽³⁾، بحيث لا يكفي لضمان الدين (ثمن المبيع)، وعليه نلاحظ أن الخطر الذي يهدد البائع هو عدم كفاية التأمين الخاص لضمان المبيع، وهذا سبب كاف لسقوط الأجل، ومن ثم المطالبة بدفع الثمن حالا. وإلا فإن الامتناع عن تسليم المبيع هو خير ضمان لمصالح البائع، على أنه يجب أن نشير إلى أن البائع بإمكانه المطالبة بتكملة الثمن إذا كان سبب إضعاف التأمين يرجع إلى خطأ المدين. أما إذا كان راجعا لسبب ليس للمدين يد فيه، فإنه يمكن لهذا الأخير لتفادي سقوط الأجل أن يقدم ضمانا كافيا.

3- حالة إخلال المدين بوعده في العقد بتقديم تأمينات للدائن: يوجد هنا أيضا خطر يهدد مصالح البائع، فالمشتري في هذه الحالة يخل بوعده في تقديم تأمين وعد به في العقد، وعليه وحرصا على حماية مصالح البائع، سمح المشرع للبائع الامتناع عن تسليم المبيع إلى غاية قبض الثمن. وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى حماية الدائن بحسب مآل التعليق، فإذا أدى التعليق، بفعل وظيفته الإكراهية إلى تنفيذ الطرف المقابل لالتزامه، فإن حماية الدائن تبرز من خلال تمتعه بفترة انتظار لا يمكن خلالها جبره على تنفيذ التزاماته⁽⁴⁾ أو حمله على دفع فوائد التأخير أو معارضته بالبند الفسخي⁽⁵⁾. وإذا لم يؤد التعليق إلى تنفيذ الطرف المقابل لالتزاماته وتحول الإخلال المؤقت إلى إخلال نهائي فإن المتعاقد بتعليق تنفيذ التزامه يتفادى خطر التنفيذ من جانب واحد وما يتبع ذلك من ضرورة القيام بدعوى استرداد ما وقع دفعه بكل ما نكتسيه هذه الدعوى من مخاطر الفشل خاصة في صورة إعسار المدين⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ المادة 390 ق.م.ج تحيلنا خطأ للمادة 212 من نفس القانون.

⁽²⁾ ذكرت المادة 273 ق.م.ج الإعسار إلى جانب الإفلاس ولم تذكره المادة 211 ق.م.ج.

⁽³⁾ أحمد خليل حسن ققادة، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص144.

⁽⁴⁾ CHAFFAI.(M.M), La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, faculté de droit et des sciences politiques et économique de Tunis, 1984, p223 ; (J).GHESTIN, (C).JAMIN, BILLIAU.(M), Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat , L.G.D.J, Paris , 1992, No 391.

⁽⁵⁾ Cass. Civ.24 Novembre 1999, D.2000, p291.

⁽⁶⁾ CHAFFAI.(M.M), Op cit, p223.

ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن في مواجهة دائني المدين وخلفه الخاص

أجمع الفقه⁽¹⁾ أنه يجوز للدائن المتمسك بالدفع أن يحتج به في مواجهة الدائنين العاديين للمدين المخل بتنفيذ التزامه، ولا يهم بعد ذلك أن يكون تاريخ دينهم سابقا أو لاحقا لثبوت حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أما بالنسبة لجواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة خلفه الخاص، فإن الرأي الراجح في الفقه⁽²⁾ أنه يجب التمييز بين حالتين، الحالة الأولى حالة ثبوت حق التمسك بالدفع بعد ثبوت حق الخلف الخاص والحالة الثانية حالة ثبوت حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبل ثبوت حق الخلف الخاص، ففي الحالة الأولى يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضد الخلف الخاص، ولا يجوز ذلك في الحالة الثانية، وميرر ذلك أن المشتري لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له من حقوق، وقد كانت حقوقه قبل البائع خاضعة لحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، والقول بغير ذلك يسلب الدفع بعدم التنفيذ كل قيمته العملية، وبالتالي كلما أراد المشتري التهرب من التمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ قام ببيع العين أو رتب عليها رهنا.

المبحث الثالث

أساس الدفع بعدم التنفيذ

يجب أن يرتكز كل نظام قانوني على أساس شرعي يستمد منه وجوده ويضمن استمراريته، وعند الحديث عن الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، نجد أن الفقهاء لم يتفقوا حوله، مما أدى إلى تعدد الاقتراحات حول الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وتتوعها، منها فكرة السبب، وفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، وفكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وفكرة حسن النية، وسنتناول هذه الاقتراحات الفقهية من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ

من بين الأفكار التي قدمها الفقهاء لاعتمادها كأساس يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وسنعرض هذه الفكرة في فرع أول، ثم نتناول تقديرها في فرع ثاني.

الفرع الأول

عرض فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ

يرى أصحاب هذه الفكرة أن الأطراف المتعاقدة عندما تقدم على إبرام عقد من العقود الملزمة للجانبين كالبيع مثلا يفترض أن يكون في ذهن كل متعاقد أن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد سيكون في آن واحد

¹⁾ HUET. (A), Art.Préc, N°249.p35 ; WEILL.(A) et TERRE.(F) ,Op cit , p536.

²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1021؛ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص446.

جنباً إلى جنب، إلا إذا منح أحد المتعاقدين الآخر أجلاً لتنفيذ التزامه، وبعبارة أخرى أن كل متعاقد لا يقدم على تنفيذ التزاماته العقدية إلا نتيجة افتراضه أن المتعاقد الآخر سينفذ التزامه في نفس الوقت، فمثلاً في عقد البيع، يفترض البائع أن تسليم الشيء المبيع سيكون في ذات الوقت الذي يقبض فيه الثمن، وبالمقابل يكون في ذهن المشتري أن دفع الثمن يكون أثناء تسلمه للشيء المبيع، وانطلاقاً من هذا الوضع، إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، جاز للآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هو أيضاً، وحق له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالبه المتعاقد الآخر، لأن هذا الأخير أدخل بالإرادة المفترضة التي تقضي بالتنفيذ في وقت واحد. ويبدو جلياً أن هذه الفكرة ما هي إلا نتيجة من النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، لهذا وجدت أنصاراً لها في الفقه الفرنسي، على رأسهم الإخوة MAZEAU⁽¹⁾، بل وجدت في الفقه المعاصر من يدافع عنها وذلك بإعطائها تحليلاً جديداً، حيث رأى الأستاذ PILLEBOUT⁽²⁾ أن الغرض من إبرام العقد هو تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بتظافر جهود المتعاقدين معاً، فامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يعتبر عرقلة في طريق الوصول إلى تنفيذ العقد، ومن ثم كان البحث عن التنفيذ الكلي للعقد هو أساس فكرة الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الثاني

تقدير فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ

مع الانتقادات العنيفة التي تعرض لها مبدأ سلطان الإرادة وجهت لهذه النظرية انتقادات شديدة أهمها:

- 1- أن الأطراف المتعاقدة عندما تُقدم على إبرام عقد ما، فإن تفكيرها الرئيسي يكون دائماً منصبا على تنفيذ العقد لأنه هو الأصل ولا يكون منصبا على عدم تنفيذه، وبالتالي فإن تفسير إرادة الأطراف على النحو الذي تتادي به فكرة الإرادة المفترضة تفكير مستبعد في الكثير من الأحيان، كما أنه تفسير ظني فقط⁽³⁾.
- 2- لو اتجهت إرادة الأطراف إلى الدفع نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات لنصت عليه صراحة في العقد.
- 3- لو كان الدفع بعدم التنفيذ يقوم على فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، فإنه يجب أن يقع بصورة أوتوماتيكية تلقائية بمجرد عدم التنفيذ، وهذا غير صحيح، ذلك أنه يجب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ⁽⁴⁾.
- 4- إذا امتنع المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن تنفيذ التزامه فإنه يجوز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقاضي وذلك عن طريق رفع دعوى يطالب فيها بالتنفيذ، وهنا يبسط القاضي سلطته التقديرية على موضوع النزاع فإذا رأى عدم توافر شروط الدفع بعدم التنفيذ، كأن يكون منصبا على التزام ثانوي فقط، أو أن التمسك كان على وجه يخالف حسن النية، فإنه يرفضه ويحكم لرافع الدعوى بطلباته سواء كان التنفيذ العيني أو التعويضي

¹⁾ MAZEAU. (J.H.L), Leçon de droit civil, 1^{er} Vol, Obligation, Théorie générale, T2, 6éd, Montchrestien 1978, p1126.

²⁾ PILLEBOUT. (J-F), Op.cit, p200.

³⁾ GUIHO.(P)., Cours de droit civil (les obligations), T4, éd L'Hermès, 1979, p409.

⁴⁾ MARTY et RAYMAND , Droit civil, Les obligations, T2, 2éd, 1962, p272.

أو الفسخ. وعلى العكس من ذلك إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، أقر القاضي موقف المتمسك به⁽¹⁾ فإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يقوم على فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، أي يقع بصورة تلقائية، فكيف نفسر تقدير القاضي لموقف المتمسك بالدفع إما بالإقرار أو بعدم الإقرار؟

المطلب الثاني

السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ

تعتبر نظرية السبب من أعقد النظريات وأكثرها غموضاً في مجال نظرية العقد، وذلك نظراً للخلاف الكبير الذي ثار بين الفقهاء في تحديد المعاني والدلالات المختلفة لكلمة السبب ذاتها، وتحديد ماهية السبب أو المقصود منه من الناحية القانونية، فمنهم من يعتبره ركناً في الالتزام، ومنهم من يعتبره ركناً في العقد ومنهم من يعتبره عنصراً من عناصر الإرادة، وسنعرض لهذه الفكرة كأساس للدفع بعدم التنفيذ في فرع أول ثم نتناول تقدير هذه الفكرة في فرع ثاني.

الفرع الأول

عرض فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ

إن عرض فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ يستلزم بيان أهم النظريات الفقهية التي تناولتها، ففكرة السبب جعلت الفقه ينقسم إلى طائفتين، الطائفة الأولى تمسكت بالنظرية التقليدية للسبب، والطائفة الثانية نادى بالنظرية الحديثة للسبب، ونستبعد هذه الأخيرة لأنها ترى أن السبب يقصد به الباعث الدافع للتعاقد وهو بهذا المعنى أمر خارج عن العقد، ولا يصلح لتفسير الدفع بعدم التنفيذ، وعليه نستبقي النظرية التقليدية للسبب التي تقوم في أساسها على التمييز بين الغرض المباشر القريب الذي يقصده الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام (السبب القسدي)، وبين الأغراض الأخرى البعيدة غير المباشرة، فهذه النظرية لا تعند إلا بالأول وترى فيه سبب الالتزام. في حين أنها لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام⁽²⁾، ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو وجود الالتزام الآخر⁽³⁾، ولذلك إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فهذا يعني أن المتعاقد الآخر يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه. ولكن الفقيه PLANIOL⁽⁴⁾ وجه نقداً لهذا الرأي بأنه في العقود الملزمة للجانبين تنشأ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد، فلا يتصور أن يكون أحد الالتزامين سبباً للآخر.

⁽¹⁾ سميّر تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص201.

⁽²⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص433 و434.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998، ص546.

⁽⁴⁾ PLANIOL. (M), RIPERT.(G) etBOULANGER. (J), Traité élémentaire de droit civil, T2, 2 éd ,LGDJ, p107.

وهذا النقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقير الكبير CAPITAN⁽¹⁾، إذ أن المقصود بالسبب هو السبب المنشئ، الذي يعتبر مصدرا للالتزام. في حين أن المقصود بالسبب الذي تقول به النظرية التقليدية هو ركن في العقد أي السبب القسدي، وليس هناك ما يمنع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سببا للآخر، وإن كانا يولدان في نفس الوقت، إذ أن السببية هنا نفسية تتواجد في ذات المتعاقد وليست مادية.

كما عمل الفقيه على إدخال تعديلات مهمة في النظرية التقليدية للسبب، فهو يرى أن السبب في العقود الملزمة للجانبين هو تنفيذ الالتزام المقابل وليس الالتزام المقابل، فمثلا في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو رغبته في الحصول على المبيع، فطبقا لهذا التصور يعتبر السبب عنصرا مستمرا يجب أن يكون موجودا وقت إنشاء العقد وتنفيذه فإذا تخلف السبب في أي وقت من الأوقات بعد نشوء الالتزام انقضى الالتزام، فاستمرارية السبب هي أساس الدفع بعدم التنفيذ⁽²⁾.

وقد تبع رأي الفقيه CAPITAN الكثير من الفقهاء نذكر منهم الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، الذي ذهب إلى أن "أساس الدفع وفقا للرأي الراجح في الفقه هو فكرة السبب، على اعتبار أنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذي فرضه العقد عليه قبل أن يحقق الغرض الذي سعى إليه عندما تعهد به"⁽³⁾. وفي المعنى نفسه ذهب الدكتور عبد الحي حجازي إلى أن "مبدأ الدفع بعدم التنفيذ يمكن تأسيسه على فكرة السبب في معناه الفني، لقد علمنا أنه في العقود الملزمة للجانبين يكون سبب كل من الالتزامين المتقابلين ارتقاب المتعاقد تنفيذ الالتزام المقابل للالتزامه. فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، فللمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يكف المتعاقد معه عن امتناعه، ويقول أيضا أن السبب يؤدي وظيفتين في الالتزام التعاقدية، فهو عنصر في نشوئه وعنصر في نفاذه، لذلك قلنا أن السبب يطلب وقت نشوء الالتزام ووقت تنفيذه، فإن تخلف وقت نشوء الالتزام كان الجزاء البطلان، وإن تخلف وقت تنفيذه، كان الجزاء هو الفسخ"⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة أن هناك العديد من الأحكام القضائية في القضاء الفرنسي ذكرت فكرة السبب لتبرير الدفع بعدم التنفيذ⁽⁵⁾.

¹⁾ CAPITANT. (H) , De la cause des obligations, 3 éd, Dalloz, Paris, 1927, p268.

²⁾ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص 195 و 196.

³⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 628.

⁴⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 307.

⁵⁾ Civ.5mai.1920.DP.1296.1.37 « Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties à pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une n'est pas exécutée pour quelque motif que ce soit, l'obligation de l'autre devient sous cause et n'a pas à être exécutée ».

الفرع الثاني

تقدير فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ

وجه جانب من الفقه العديد من الانتقادات لفكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ نذكر منها:

- 1- تقضي القواعد العامة أن تخلف ركن من أركان العقد، مثل السبب يؤدي إلى بطلان العقد، وليس لإمكانية امتناع المتعاقد الدائن عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- 2- من المقرر قانوناً أنه يجوز للمتعاقد أن يرفع الدعوى للتنفيذ على المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزاماته لجبره على التنفيذ، فهل يعقل السماح برفع دعوى لتنفيذ عقد فاقد لركن مثل السبب؟
- 3- تقضي القواعد العامة ببطلان العقد عندما يتخلف ركن من أركانه، وعليه إذا ما عرض الأمر أمام القاضي، فيجب عليه الحكم بالبطلان، لكن في حالة الدفع بعدم التنفيذ، نجد أن للقاضي سلطة تقديرية إزاءه فيمكنه أن يقره أو يرفضه.
- 4- إن الأخذ بفكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ يجعل مصير العقد معلقاً على إرادة أحد الطرفين فالقول بأن سبب التزام أحد المتعاقدين في العقد التبادلي هو تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه من شأنه أن يجعل الالتزام الآخر بغير سبب، ومن ثم يتعين فسخ العقد، خاصة إذا أصر المدين على عدم التنفيذ، وهنا يثور تساؤل هو كيف يتسنى للمدين أن يفقد بإرادته المنفردة ركناً من أركان العقد، بينما العقد يبنى على الإرادة المشتركة لطرفيه⁽¹⁾. ويضاف إلى ذلك أن هذه الفكرة تتعارض مع ما هو مستقر عليه قانوناً من أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقرها القانون.
- 5- إن ما ذهب إليه أنصار فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ من أن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر غير صحيح ومستحيل منطقياً؛ لأن الالتزامين ينشآن في وقت واحد من عقد واحد ومن ثم فلا يمكن القول بأن أحدهما سبب للآخر؛ لأن السبب يسبق المسبب⁽²⁾.
- 6- إن الأخذ بفكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ من شأنه أن يقصر نطاق الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين، وهو ما يخالف الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي الذي يوسع من نطاق الدفع بعدم التنفيذ، حيث يقر بوجود الدفع حيث يوجد ارتباط ما بين التزامين أياً كان مصدرها ولو كان غير عقدي⁽³⁾.

⁽¹⁾ رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في القانون المدني المصري (مقارناً بالقانون الإماراتي والفرنسي)، مكتبة الجلاء، المنصورة، 2000، ص 47.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 455.

⁽³⁾ PILLEBOUT. (J-F), Op cit, p191.

المطلب الثالث

ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ

بعد الانتقادات التي وجهت إلى فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ ارتأى جانب من الفقه هجر هذه النظرية والبحث عن أساس جديد يرجعون إليه الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾، واتجهوا إلى القول بأن فكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة تصلح لأن تكون أساساً يستند إليه الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الارتباط الذي يوجب تنفيذ الالتزامات المتقابلة في آن واحد هو الذي يبرر امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وسنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

عرض فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ

يرى بعض أنصار فكرة ارتباط الالتزامات أن الدفع بعدم التنفيذ يتمشى مع طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين من حيث أنها تقتضي ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل⁽²⁾، وأضافوا بأنه إذا كان هذا الارتباط أو التداخل بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين يبرر لأحد المتعاقدين طلب فسخ العقد عند قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، فإنه يبرر له ومن باب أولى الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه⁽³⁾.

ويرى البعض الآخر من أنصار هذا الاتجاه أن الارتباط بين الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ يجب أن يفهم بمعنى واسع، فلا يشترط أن يكون هذا الارتباط موجوداً فيما بين التزامات ناشئة عن عقد ملزم للجانبين، ولا يشترط أن يكون موجوداً فيما بين التزامات تعاقدية إطلافاً، بل يصح أن يكون موجوداً فيما بين التزام وآخر متى كانت هناك علاقة وثيقة فيما بين الالتزامين - ولو نشأ كل منهما من سبب مستقل⁽⁴⁾.

(1) هجر القضاء الفرنسي فكرة السبب كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ بعد الانتقادات التي وجهت لها وأصبح يستعمل مصطلح "ارتباط الالتزامات" صراحة وذلك منذ 1938، وتقريباً نفس العبارات تكررت لمحكمة النقض الفرنسية، نذكر منها: -Cass.Civ 10décembre 1946.

-Cass.Rep.17 mai 1938. «L'interdépendance des obligations réciproque résultant d'un contrat synallagmatique qui donne le droit à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne, suppose essentiellement des obligations dérivant d'un même contrat».

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 628؛ محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص 143؛ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزامات (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، 2009، ص 397.

(3) GABET-SABATIER.(C), Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations, RTD civ. 1980. 39, spéc. p. 41, no 7; AYNÈS.(A), Le droit de rétention, Unité ou pluralité, 2005, coll. Recherches juridiques, Economica, préf. LARROUMET.(C), nos 215.

(4) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998، ص 712.

يعود هذا الاختلاف في معنى الارتباط ضيقا واتساعا عند أنصار هذا الاتجاه إلى اختلاف وجهة نظرهم حول نطاق الدفع بعدم التنفيذ، فيضيق معنى الارتباط عند من يرى بأن نطاق الدفع محصور في دائرة العقود الملزمة للجانبين، ويتسع معناه عند من يرى بأن نطاق الدفع يشمل العقود الملزمة للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد وكل علاقة ناشئة عن التزامين.

ويضيف البعض الآخر من أصحاب فكرة الارتباط كأساس للدفع بعدم التنفيذ، أن هذا الارتباط يبقى قائما حتى بعد انحلال الرابطة (العقد) بالفسخ أو البطلان، فإذا فسخ عقد البيع أو بطل مثلا وتعين على كل من طرفي العقد المنحل أن يرد كل منهما للآخر ما كان قد تسلمه بموجب العقد، يكون لكل منهما أن يحبس ما هو ملتزم برده حتى يستوفي ما هو مستحق له⁽¹⁾.

ولقد انصرفت نية واضعي القانون المدني المصري إلى الأخذ بفكرة الارتباط كأساس للدفع بعدم التنفيذ و يستفاد ذلك مما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون من أنه: "من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل والقصاص فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريرا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل.

وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين، فكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفي به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر، فالعقد لا ينفصل في هذه الحالة، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ⁽²⁾.

الفرع الأول

تقدير فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ

وجهت لفكرة ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ انتقادات يمكن حصرها في نقطتين:

1- أن الاعتماد على فكرة ارتباط الالتزامات كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، يتعارض مع النشأة التاريخية لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، ففكرة الدفع عرفت بذورها الأولى في ظل القانون الروماني، لا سيما في عقد البيع، على أساس دفع كان يسمى الدفع بالغش⁽³⁾ « Exception de Dol » ليس على أساس ارتباط

⁽¹⁾ عبد الودود يحيى، أحكام الالتزام، الكتاب الثاني، د.د.ن، طبعة 1980، ص 87.

⁽²⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، ص 333.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1007.

الالتزامات، وإذا كانت فكرة الدفع بعدم التنفيذ قد عرفت ازدهارها في ظل القانون الكنسي، فإن ذلك لم يكن على أساس ارتباط الالتزامات وإنما على أساس مبدأ "لا يراعى عهد من لا عهد له".

2- لا تبرير لفكرة ارتباط الالتزامات إلا بالرجوع إلى فكرة السبب، فحينما أراد بعض أنصار فكرة الارتباط توضيحا لما قام الارتباط بين التزامات المتعاقدين في العقد الملزم لجانب واحد - كما هو الحال في عقد الوديعة، حيث يجوز للمودع لديه في حالة إنفاقه لبعض المصروفات على الوديعة أن يمتنع عن تسليمها إلا بعد سداد المودع لهذه النفقات - ردوا ذلك لفكرة السبب، فلا يكفي من وجهة نظر بعضهم أن نكون بصدد عقد ملزم، وإنما يلزم أن يكون هناك تقابل بين الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه والالتزام الذي لم ينفذ، بأن يكون كل منهما سببا للآخر، فانعدام التقابل بين الالتزامين بأن لم يكن كل منهما سببا للآخر يؤدي إلى عدم امكان التمسك بالدفع⁽¹⁾.

ولقد حاول بعض الفقهاء تبرير ارتباط الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، وذلك بالرجوع إلى أفكار قانونية غير فكرة السبب، ولكنها باءت بالفشل، فهناك من أرجع فكرة ارتباط الالتزامات إلى فكرة الإيجاب والقبول⁽²⁾، وهناك من أرجعها إلى فكرة العدالة⁽³⁾، وهناك من أرجعها إلى طبيعة العقد الملزم للجانبين⁽⁴⁾.

المطلب الرابع

حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ

إن فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ تعود في حقيقة الأمر إلى الرومان، ذلك أنه ليس من حسن النية تسلّم المبيع دون دفع الثمن، أو قبض الثمن دون تسليم المبيع، وانتقلت فكرة حسن النية إلى جميع القوانين المدنية الحديثة، دون تمييز بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد. لذلك تقدم العديد من الفقهاء بهذه الفكرة كأساس للدفع بعدم التنفيذ، وسنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

عرض فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ

اتجه بعض الفقهاء وعلى رأسهم RAU و AUBY إلى أنه من الممكن الاستناد إلى فكرة حسن النية لتبرير الدفع بعدم التنفيذ⁽⁵⁾، وتبعهما في ذلك الأساتذة LEREBOURS و PIGEONNIERE

⁽¹⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 51.

⁽²⁾ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، طبعة 1972، ص 171 و 172.

⁽³⁾ مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1998، ص 12.

⁽⁴⁾ زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1950، ص 148.

⁽⁵⁾ اشترط حسن النية في تنفيذ العقود في المادة 1104 من الأمر الفرنسي 2016 - 131 الصادر في 10/02/2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات والمادة 107 من ق.م.ج، والمادة 148 ق.م.م).

و **BEUDANT** و **MARTY** و **RAYANAUD**، ويرى هؤلاء أنه إذا ما طالب المدين من الدائن بتنفيذ التزامه، رغم أنه هو نفسه لم ينفذ التزامه، فإن تصرفه هذا يكون مخالفا حتما لمقتضيات حسن النية، فهو طرف سيء النية، وهو ما يبرر امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه.

كان الفقه الحديث أكثر دقة حيث ذهب الأستاذ **RIEG** إلى أن مبدأ حسن النية أصبح من أهم مبادئ القانون عموما، والقانون المدني خصوصا، فهو مبدأ قائم بذاته، وله مضمونه الخاص به، ويمكن حصره في نقطتين، واجب النزاهة **Devoir de Loyauté** وواجب التعاون **Devoir de Coopération** ويرى الأستاذ **RIEG** أن المقصود بواجب النزاهة أنه على المدين تنفيذ التزامه بصورة أمينة ومخلصة، رغم الصعوبات التي يمكن أن تعترضه أثناء التنفيذ، سواء كانت جدية أم لا، واعتبر أنه من النتائج المترتبة على فكرة الأمانة والإخلاص، أنه في العقود الملزمة للجانبين لا يمكن لأي طرف أن يطلب من الآخر تنفيذ التزامه دون أن يقدم ما عليه من التزامات، وهكذا الأمر بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، حيث يكون مخالفا لحسن النية مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ دون أن ننفذ ما علينا من التزامات، وبعبارة أخرى، لو طالب المتعاقد غير المنفذ لالتزاماته من الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فتصرفه هذا يكون غير نزيه، وهذا يعني أنه سيء النية ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ كجزاء لسوء نيته⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تقدير فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ

رغم الدعم الفقهي والمنطق السليم الذي تقوم عليه فكرة حسن النية إلا أنها تعرضت للنقد من طرف الأستاذ **PICOD**⁽²⁾ دون أن يقترح أساسا بديلا لها، حيث ذهب إلى أن الاعتماد على حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، سيؤدي إلى خلط بين حسن النية وفكرة العدالة. وأضاف بأن الفقهاء الذين اعتمدوا حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، يستندون دائما على أفكار أخرى مثل العدالة العقدية، ارتباط الالتزامات، المساواة والعدالة... من أجل تدعيم فكرة حسن النية، وهذه المفاهيم لا تزال تحتاج إلى تحديد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يدل استناد فكرة حسن النية على أفكار أخرى على أن العلاقة بين حسن النية والدفع بعدم التنفيذ مازالت بحاجة إلى الكثير من الدعامات.

كما انتقد الأستاذ **JESTAZ** فكرة حسن النية بقوله أن سوء نية الطرف الذي لا ينفذ التزامه لا تكفي لامتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه، فالخطأ لا يبرر خطأ آخر.

¹⁾ Picod.(y) , Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J , 1989, p171.

²⁾ عاب الاستاذ Storck على الأستاذ Picod أنه برر شروط الدفع بعدم التنفيذ وآثاره على أساس حسن النية، لكنه رفض اعتباره أساسا قانونيا للدفع.

وأضاف بأن الطرف الذي لا ينفذ التزامه، قد يكون ضحية قوة قاهرة، فلو قبلنا وقف التنفيذ في هذه الحالة، فإن حسن النية لا يكفي كأساس قانوني لتبرير الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾.

أما الأستاذ **PILLEBOUT** حصر نقده لفكرة حسن النية في نقطة واحدة هي أنها واسعة جدا وهي تغطي حقيقة لا بد من محاولة لتحديد⁽²⁾.

من خلال عرضنا للأسس السالفة الذكر توصلنا لتبني فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ ومبررنا في ذلك أن الانتقادات الموجهة لفكرة حسن النية لا يمكن التسليم بها، فأغلبها محل نظر وقابلة للنقاش، كما أن هناك عدة مبررات أخرى تاريخية وفقهية وقانونية، تقف إلى جانب فكرة حسن النية، وتؤكد صلاحيتها لتبرير الدفع بعدم التنفيذ.

يتمثل المبرر التاريخي في أن فكرة حسن النية تتماشى مع النشأة التاريخية للدفع بعدم التنفيذ، فالبذرة الأولى لفكرة الدفع عرفت عند الرومان عندما أجازوا للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه إذا كان المتعاقد الآخر لم يوف بما تعهد به، وكان ذلك تطبيقا منهم للدفع بعدم الغش (**Exception de dol**)، وإذا كان الفضل يعود إلى فقهاء الكنيسة في بلورة فكرة الدفع بعدم التنفيذ، فلم يكن ذلك إلا بناء على اعتبارات دينية أخلاقية، أبرزها قاعدة لالعهد لمن لا عهد له (**Non servantifidem non est servanda**) والتي لا تجد تبريرا لها إلا في فكرة حسن النية.

ويتمثل المبرر الفقهي في ميل الكثير من الفقهاء قديما وحديثا لفكرة حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، فقد اعتبر الأستاذ **STORCK** أن الأغلبية الساحقة من الفقهاء حاليا ترحب بربط فكرة حسن النية وفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

أما المبرر القانوني يتمثل في أن فكرة حسن النية من أبرز الضمانات التي ترسم صورة واضحة لحدود الدفع بعدم التنفيذ، سواء من حيث شروطه، أو من حيث آثاره القانونية، وهذا حتى لا يصبح وسيلة لتصفية الحسابات، وعرقلة سير تنفيذ العقد، وهذا ما سيتضح عندما نتناول بالدراسة شروط الدفع وآثاره.

المبحث الرابع

تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن بعض المفاهيم القانونية القريبة منه

هناك ارتباط وثيق بين الدفع بعدم التنفيذ و نظم قانونية أخرى هي المقاصة، والفسخ، والحق في الحبس ووقف العقد، فهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة وهي تقابل الالتزامات، فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر يكون من العدل أن يستوفي كل منهما ماله من حق، مما عليه من دين، وهذه هي المقاصة والفسخ، أو -على الأقل- يوقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفي ماله من حق، وهذا هو الدفع

¹⁾ JESTAZ (PH), L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèse, Paris, 1966, L.G.D.J, 1968, p180.

²⁾ PILLEBOUT. (J.-F) ,Op.cit, p221.

بعدم التنفيذ والحق في الحبس⁽¹⁾. ولما كان تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن النظم القانونية القريبة منه يكتسي أهمية بالغة، فإلى جانب الضرورة المنهجية، يعتبر الدفع بعدم التنفيذ من المفاهيم القليلة التي وقع تحليلها بالاعتماد على علاقتها مع الآليات الأخرى⁽²⁾.

لذلك سنحاول في هذا المبحث تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس في مطلب أول، وتمييزه عن وقف العقد في مطلب ثاني، ثم تمييزه عن الفسخ في مطلب ثالث، وأخيرا تمييزه عن المقاصة في مطلب رابع.

المطلب الأول

الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

يعتبر الحق في الحبس من أكثر الأنظمة القانونية التي أثارت صعوبة تمييزها عن الدفع بعدم التنفيذ وقد نظم المشرعان المصري والجزائري الحق في الحبس في شكل نظرية عامة، حيث خصه المشرع المصري بثلاث مواد هي 246 و 247 و 248 ق.م.م وخصه المشرع الجزائري أيضا بثلاث مواد هي 200 و 201 و 202 ق.م.ج، ونصت المادتان 246 ق.م.م و 200 ق.م.ج على أنه: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

فالحق في الحبس وسيلة من وسائل الضمان الخاص التي يتمتع بها الدائن الحابس لشيء هو مدين بتسليمه، ويستطيع بموجبها أن يمتنع عن تسليم ذلك الشيء لمالكه مادام لم يستوف دينه المترتب في ذمة مدينه، والمرتبط بالشيء المحبوس لديه⁽³⁾.

وبهذا الوصف يتشابه الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، فكلاهما وسيلة ضمان، وكلاهما أيضا وسيلة إكراه تمارس على المتعاقد الآخر حتى ينفذ التزامه، كما أن كلاهما يوقف بصورة مؤقتة تنفيذ التزام من يتمسك به إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1009.

⁽²⁾ MALECKI. (C), Op cit, p1.

⁽³⁾ فواز صالح، الطبيعة القانونية للحق في الحبس، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص 49.

ورغم هذا التشابه هناك اختلافات بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس سننعمد في ابرازها معايير أساسية و معايير ثانوية نعرضها من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

المعايير الأساسية للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

إن المعايير الأساسية للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس عديدة تتمثل في النطاق والشروط والآثار والغرض نبينها على النحو الآتي:

أولاً: من حيث النطاق

وضع المشرعان المصري والجزائري من خلال المادتين 123 ق.م.ج و 161 ق.م.م حدوداً فاصلة بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، فقد حصراً نطاق الدفع صراحة في العقود الملزمة للجانبين فحسب بينما يسري الحق في الحبس على العقود الملزمة للجانبين وغيرها، فهو يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتب به، سواء كان مصدر هذا الارتباط قانونياً ناشئاً عن علاقة تبادلية عقدية كالعقد الملزم لجانب واحد، أو غير عقدية كالفضالة، أو كان ارتباطاً مادياً ناشئاً عن وقائع مادية⁽¹⁾. وطبقاً لهذا التصور يكون الحق في الحبس أعم وأشمل من الدفع، الأمر الذي حدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للحق في الحبس⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي اختلف وضعه مقارنةً بنظيره المصري والجزائري، فقبل صدور الأمر رقم 131-2016 الصادر في 10 فبراير 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات كان المشرع الفرنسي لا ينص على الحق بالحبس ولا على الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة، واقتصر على إيراد تطبيقات معينة ضمناً في نصوص متناثرة⁽³⁾، مما جعل الحدود الفاصلة بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس غامضة. الأمر الذي أدى إلى تعدد النظريات الفقهية حول تحديد نطاق كل من الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، وانقسم الفقه الفرنسي في تحديده لنطاق الدفع بعدم التنفيذ إلى قسمين، حيث ذهب القسم الأول إلى قصر نطاق الدفع على العقود الملزمة للجانبين، وذهب القسم الآخر إلى أن دائرة الدفع ليست مقصورة على العقود الملزمة للجانبين فحسب، وأن دائرته أوسع من دائرة هذه العقود ويمكن التمسك به حيث

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص1010.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص1009-1010؛ قديري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط شهر الإعسار المدني والدفع بعدم التنفيذ أو نظرية الحق في الحبس، دار النهضة العربية، 2005، ص55؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص700.

⁽³⁾ من المواد المتعلقة بالحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي القديم 867، 1612، 1613، 1749، 1948، 2280.

يوجد التزامان مترابطان أحدهما بالآخر، فالارتباط إذا هو المعيار الذي يؤخذ به في هذه المسألة، وقد رجح أغلب الفقهاء الفرنسيين الاتجاه الثاني الموسع لنطاق الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾.

كما انقسم الفقهاء الفرنسيون في تحديد نطاق الحق في الحبس الى فريقين على طرفي نقيض وفريق وسط، فبعضهم قصر الحق في الحبس على الحالات التي تكون فيها حيازة الشيء مستندة إلى عقد ملزم للجانبين بخصوص هذا الشيء واعتبروا الحق في الحبس مجرد تطبيق للدفع بعدم التنفيذ بحيث لا يثبت إلا في تنفيذ العقود الملزمة للجانبين⁽²⁾.

وفريق آخر رأى الاعتراف به لكل دائن يوجد في يده -لأي سبب كان- شيء واجب التسليم إلى مدينه لأن العدالة تأبى إلزام الشخص بالوفاء بما عليه دون تمكنه من تحصيل ماله في ذمة دائنه، فيكفي أن يتقابل حقان في ذمة شخصين حتى يكون لكل من هذين الشخصين حق حبس ما هو مدين به للآخر⁽³⁾. ووفقا لهذا الرأي تتسع دائرة حق الحبس اتساعا كبيرا بحيث تشمل حالة كل دائن يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه.

أما الرأي الوسط فلم يقصر حق الحبس على حالات التعاقد الملزم للجانبين كما ذهب إليه الفريق الأول، ولا هو يكتفي بمجرد التقابل بين الحقين ولو كانت الصلة بينهما منبثة كما يذهب إلى ذلك الفريق الثاني، بل يشترط فيما عدا الحالات التي يسلم فيها الفريق الأول بوجود الحق في الحبس أن يكون حق الدائن ذا صلة بالشيء الذي يجب عليه تسليمه لمدينه أيا كانت تلك الصلة ولو لم يكن بين الطرفين أي تعاقد بشأن هذا الشيء أو بشأن ما يتصل به من دين، وهذا هو الراجح في الفقه الفرنسي⁽⁴⁾.

بعد صدور الأمر رقم 131-2016 وتضمنه نصوصا خاصة بالدفع بعدم التنفيذ لم يحدد المشرع الفرنسي صراحة نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، ولذلك ذهب أغلب الفقهاء الفرنسيين⁽⁵⁾، إلى أن نطاق الدفع بعدم التنفيذ في نص المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016 لا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فقط، بل يمتد إلى جميع المصالح المتبادلة (ومن أمثلة ذلك المبالغ المستردة الناتجة عن بطلان). أما نطاق الحق في الحبس فقد ظل دون تغيير بمعنى أنه ظل يشمل العقود الملزمة للجانبين وما يخرج عن دائرتها متى توافرت شروط التمسك به. وقد يتقاطع الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في إطار العقود الملزمة للجانبين، فهذه الحالة لا يوجد فيها إشكال عندما يكون الدائن ضحية عدم تنفيذ المدين لالتزامه ويكون مدينا بالتزام لا يتعلق بإرجاع أو إعطاء شيء فالدفع وحده ينطبق في هذه الحالة. ولكن إذا تعلق هذا الالتزام بإرجاع أو تسليم شيء هنا يقع لبس بين الدفع والحق في الحبس، وأكثر ما يلبس الدفع بحق الحبس

⁽¹⁾ راجع تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ القانون المدني الفرنسي ص 64.

⁽²⁾ BAUDRY-LACANTINERIE.(G), Précis de droit civil, T2, 4 éd, 1892, N°233 -238.

⁽³⁾ COLIN.(A) et CAPITANT.(H), Cours élémentaire de droit civil français, T 11,8 éd,1935, N°1482.

⁽⁴⁾ JOSSERAND.(L), Cours de droit civil français, Tom II, 2éd, Sirey, 1933, N°1473.

⁽⁵⁾ Cabrillac. (R), Droit européen comparé des contrats, 2éd, LGDJ, 2016, nos 237; Sylvia Guérin. Nicolas Gentey, Op .cit, p18.

في عقد البيع، فحق البائع في الامتناع عن تسليم المبيع، إلى حين الحصول على الثمن قد يرد في الدفع بعدم التنفيذ كما يرد في حق الحبس.

ويرى الأستاذ CASSIN أنه من غير المعقول قبول التمسك بالحق في الحبس في إطار العقود التبادلية باعتباره وسيلة استثنائية مع وجود تقنية أخرى أكثر تلاؤماً لهذه العقود⁽¹⁾. فخلافاً لحق الحبس الذي يفترض لإعماله نصاً خاصاً والتزاماً بتسليم شيء أو رده، فإن للدائن إثارة الدفع بعدم التنفيذ كلما توفرت شروطه ومهما كان موضوع الالتزامات⁽²⁾. ويرى الأستاذين PILLEBOUT و CASSIN بأن للدائن الاختيار بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس عند توفر شروط كل منهما⁽³⁾. بينما يرى الدكتور محمد حسن عبد الرحمن أنه يجوز تطبيق حق الدفع بعدم التنفيذ وتطبيق الحق في الحبس⁽⁴⁾. وأمام هذا الاختلاف الفقهي بين تطبيق الدفع بعدم التنفيذ والحبس معاً أو تطبيق أحدهما في نطاق العقود الملزمة للجانبين، لا بد أن نميز بينهما من حيث الشروط والآثار والغرض حتى تتضح معالم كل من هذين النظامين.

ثانياً: من حيث الشروط

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس من حيث شروط التطبيق بما يأتي:

- لا يمكن أن يكون محل الحق في الحبس إلا شيئاً مادياً⁽⁵⁾، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 246 من ق.م.م والمادة 200 ق.م.ج من خلال عبارة "لكل من التزم بأداء شيء...".

فهذه الصياغة لا تترك أي شك في لزوم مادية محل التزام الدائن، كما أن تطبيقات الحق في الحبس المذكورة في القانونين المدنيين المصري والجزائري ينصب محله على أشياء مادية ملموسة كما في عقد الوديعة أو المقايضة. كذلك تدور الحالات المذكورة في القانون المدني الفرنسي والتي تقر صراحة الحق في الحبس على أشياء مادية، من أمثلة ذلك المادة 570 منه التي تقر الحق في حبس المنتج للصانع الذي استعمل مواد مملوكة للغير⁽⁶⁾، والمادة 1743 منه التي تقر للمستأجر المطرود في حبس العين المؤجرة⁽⁷⁾.

¹⁾ CASSIN.(R),Op .cit, p182.

²⁾ حاتم الرواتبى، الحماية القانونية للدائن العادي، دار الميزان للنشر، تونس، 2008، ص449.

³⁾ PILLEBOUT.(J.F), Op cit, p35.

⁴⁾ عندما يكون موضوع العقد نقل مال-بيع-مقايضة فإن البائع غير المدفوع له الذي يرفض تسليم المبيع له أن يمارس الدفع بعدم التنفيذ، كما يجوز له أن يستخدم حق الحبس إذا كان حائز الشيء المملوك للغير قد التزم بموجب العقد بالمصاريف لضمان حفظ وتحسين الشيء. محمد حسن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص55.

⁵⁾ محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج2، في أحكام الالتزام، القاهرة، 1967، ص81.

⁶⁾ L'article 570 :«Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée en remboursant le prix de la main-d'oeuvre estimée à la date du remboursement ».

⁷⁾ L'article 1743 :« si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat ».

- لا يمارس الدفع بعدم التنفيذ إلا في حالة إخلال جسيم في تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العلاقة التعاقدية وهذا ما اشترطه صراحة المشرع الفرنسي في المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016، وبذلك لا يكفي إخلال أحد الطرفين ببعض التزاماته ليتمسك الطرف الثاني بالدفع بعدم التنفيذ، وإنما يجب أن يكون الإخلال جسيماً، والقاضي هو الذي يفصل فيما إذا كان الإخلال جسيماً حتى يمكن ممارسة الدفع بعدم التنفيذ. وهذا بخلاف المشرعين المصري والجزائري اللذين لم يشترطاً ذلك، إذ اكتفيا في نصي المادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج بإيراد عبارة "إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

- يشترط الحق في الحبس توافر ارتباط مادي بين الشيء وبين الدين، في حين أنه يكفي لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ توافر رابطة معنوية بين الالتزامات المتقابلة.

- لا يشترط في الحق في الحبس أن يكون الحابس حسن النية، كل ما هنالك هو أنه يجب ألا يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع، على العكس من ذلك تماماً فإنه يشترط في المتمسك بالدفع أن يكون حسن النية وأن لا يتعسف في استعمال حقه.

ثالثاً: من حيث الآثار

إذا كان كل من الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس يتمتع بأثر موقف لفترة مؤقتة⁽¹⁾، فإن هناك اختلافاً بينهما من حيث الآثار أيضاً، ويتمثل في:

- لا يقبل الحق في الحبس التجزئة، إذ أن الحابس يتمتع عن رد كل الشيء الموجود تحت حيازته حتى يستوفي كامل حقه من أصل وفوائد ومصروفات، ولا يكون للمدين أن يطالبه بتخليه عن جزء من الشيء المحبوس يقابل الجزء الذي وفاه⁽²⁾. في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يقبل التجزئة إذا كانت الالتزامات المتقابلة والمتبادلة تقبل في ذاتها التجزئة.

- حجية الحق في الحبس أوسع نطاقاً من حجية الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأن الحق في الحبس يتمتع بحجية مطلقة اتجاه الغير، وهذا هو مصدر قوته وفعالته. في حين أن حجية الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الغير نسبية، فهو لا يسري في حق الخلف الخاص الذي كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع.

رابعاً: من حيث الغرض

إن الغرض الذي يرمي إليه المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو الضغط على إرادة المدين المتعاسف لحمله على التنفيذ، وهو ما أشارت إليه المادة 1219 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج. بينما الغرض الذي يهدف الحابس إلى تحقيقه أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 200 ق.م.ج والفقرة الثانية من المادة 246 ق.م.م بقولها: "... فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له..." إذن الهدف المراد تحقيقه من قبل الحابس هو تأمين وضمان حقه في ذمة المالك. ومن ثم فإن هدف البائع من وراء رفضه تسليم المبيع للمشتري هو حمل الأخير على تنفيذ التزامه

⁽¹⁾ فواز صالح، المرجع السابق، ص 55.

⁽²⁾ عدنان هاشم جواد الشروفي، الحق في الحبس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2010، ص 31 و 32.

المتمثل في دفع الثمن، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، ومن هنا يبدو أن صياغة الفقرة الأولى من المادة 390ق.م.ج، وأيضاً صياغة الفقرة الأولى من المادة 459 ق.م.م كانت غير موفقة، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح "...جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن..." والمشرع المصري استعمل مصطلح "...للبيع أن يحبس المبيع..." ومصطلح "مسك" أو "حبس" هو الذي كان وراء الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. فمن المفروض أن صياغة الفقرة الأولى من المادة 390ق.م.ج والفقرة الأولى من المادة 459 ق.م.م تكون على النحو الآتي "جاز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى أن يقبض الثمن"، والغريب في الأمر أن هذا المصطلح استعمله المشرع الجزائري عند نصه على الحق في الحبس في الفقرة الثانية من المادة 200ق.م.ج.. فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء...". والتعبير الدقيق هو "... فإن له أن يحبس هذا الشيء...".

والغرض من اقتراح هذه الصياغة هو محاولة التوفيق بين المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ وتطبيقاته ذلك أن المادة 123 ق.م.ج والمادة 161 ق.م.م صريحة في استعمال مصطلح "...أن يمتنع..."، لهذا كان لا بد من أن تكون تطبيقات هذه المادة تستعمل نفس المصطلح.

الفرع الثاني

المعايير الثانوية للتمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس

هناك معايير أخرى صالحة للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس تقوم على بعض الخصائص التي يتميز بها كل نظام دون الآخر وهي تتمثل في ما يلي:

أولاً: تقديم التأمينات الكافية

لم ينص المشرعان المصري والجزائري صراحة على انقضاء الحق في الحبس إذا قدم المدين تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه، وإن كان ذلك يستنتج بمفهوم المخالفة للفقرة الأولى من المادة 200ق.م.ج ، والفقرة الأولى من المادة 246 ق.م.م، حيث جاء في نصهما أنه: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقدّم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا".

وتتجلى الحكمة من سقوط الحق في الحبس بتقديم تأمين في أنه لم يعد هناك مبرر للاستمرار في حبس الشيء إذا قدم المدين تأمينا كافيا للوفاء، وذلك أن الدائن الحابس كان يريد تأمين حقه والتأمين الكافي حقق هذا الغرض⁽¹⁾.

(1) عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، أحكام الالتزام، درا النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص126؛ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص491 و492.

ومن التطبيقات التشريعية لذلك ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 605 ق.م.م بشأن حق المستأجر في حبس العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض المستحق له عند بيع العين⁽¹⁾.

ورغم أن المشرعين المصري والجزائري أجازا انقضاء الحق في الحبس بتقديم تأمين يحل محل الحبس إلا أنهما لم يجيزاه في كل الحالات، حيث نصت المادة 459 من ق.م.م على أنه: "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع". ونصت المادة 390 ق.م.ج على أنه: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع". ويرجع هذا الاستثناء إلى أن البائع ليس في حاجة إلى تأمين لأن له حق امتياز على المبيع، وإنما هو في حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشتري حتى يوفي له الثمن.

ولا بد من الإشارة إلى أن المشرعين المصري والجزائري في الفقرة الأولى من المادة 200 من ق.م.ج والفقرة الأولى من المادة 246 ق.م.م لم يحددا طبيعة التأمين المقدم من الحابس، حيث جاءت عبارة النص "تقديم التأمين" بصورة مطلقة و كل ما اشترطه النص هو أن يكون التأمين الذي يقدم إلى الحابس إما تأميناً شخصياً أو عينياً.

ويتولى القاضي تقدير كفاية ما قدمه المدين لتأمين حق الحابس أو المتعاقد الممتنع عن التسليم إذا لم يقتنع الأخير بكفايته؛ لأن تقرير كفاية التأمين يعد مسألة واقع ترجع إلى تقدير القاضي عند الخلاف. أما بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ فلم تتضمن المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ وهي المادتين 1219 و1220 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج أية إشارة إلى انقضاء الدفع بعدم التنفيذ إذا قدم المدين للدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه.

ثانياً: حسن النية

طبقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يشترط في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر حسن النية لدى مستعمله. بينما في الحق في الحبس لا يشترط أحياناً حسن النية عند الحابس، حيث يجوز له الحق في الحبس حتى ولو كان سيء النية، وهذا ما قضت به المادة 980 ق.م.م حيث تنص على أنه: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية. وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتان 924 و925..."، وقضت به أيضاً المادة 839 ق.م.ج بنصها: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات اللازمة، وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتان 784 و785 ق.م.ج...".

⁽¹⁾ فواز صالح، المرجع السابق، ص55.

وعليه فإنه إذا كانت المصروفات التي أنفقها الحائز ضرورية، فله أن يستردها من المالك، سواء كان هذا الحائز حسن النية (أي يظن أن العين ملك له) أو سيء النية، فإذا رفض المالك دفع هذه المصروفات جاز للحائز حبس العين، وإذا كانت المصروفات التي أنفقها الحائز نافعة فإنه طبقاً للمادتين 924 ق.م.م و 784 ق.م.ج⁽¹⁾ والمادتين 925 ق.م.م و 785 ق.م.ج⁽²⁾ نميز بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها فإذا كان حسن النية كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين: مقدار هذه المصروفات أو زيادة ثمن العين بسببها، وإذا كان سيء النية كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين: الزيادة في ثمن العين بسبب

⁽¹⁾ تنص 924 ق.م.م على أنه: "1- إذا أقام شخص من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

وتنص المادة 784 ق.م.ج على أنه "1- إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها. ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقائها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة". وتنص المادة 784 ق.م.ج على أنه "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها. ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقائها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

⁽²⁾ تنص المادة 925 ق.م.م على أنه: "1- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

2- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

وتنص المادة 785 ق.م.ج على أنه "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الأهمية وكان تسديدها مرهقاً لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

المصروفات أو قيمة ما استحدثت في العين مستحق الإزالة، وانطلاقاً من هذا إذا رفض المالك رد هذه القيم كان للحائز حبس العين سواء كان حسن النية أو سيء النية⁽¹⁾. ويستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يعد تطبيقاً للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، وإنما هو مفهوم مستقل ومختلف عن الحق في الحبس في أمور عدة. ومن أجل ذلك وضع المشرعون الفرنسي والمصري والجزائري الدفع بعدم التنفيذ في مادة مستقلة، وفي مكان يختلف عن ذلك الذي خصه للحق في الحبس. والقول بأن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس يؤدي إلى إفراغ المادة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ من مضمونها، فلا يكون هناك داع للنص صراحة على الدفع في هذه المادة وإنما الاكتفاء بالمواد المتعلقة بالحق في الحبس.

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ و وقف العقد

اختلف الفقهاء حول طبيعة وقف العقد فقد جرى جانب من الفقه⁽²⁾ على معالجة الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان وقف العقد، و اعتبر جانب آخر من الفقه⁽³⁾ وقف العقد تطبيقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ. ويرجع سبب الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد إلى بعض الآثار الناشئة عنهما، وهذا ما يجعل التمييز بينهما من الأمور الدقيقة، لذلك سنحاول رفع هذا اللبس من خلال توضيح أوجه الشبه والاختلاف بينهما من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد

يشترك الدفع بعدم التنفيذ مع وقف العقد في بعض الأحكام التي تهدف إلى حماية العقد والمحافظة على استمرار العلاقة التعاقدية بين أطرافه لحين انقضاء السبب الذي أدى إلى الوقف. فمضمون الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد واحد من حيث كونهما امتناع مشروع عن التنفيذ، يعود بعدها العقد إلى السريان العادي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ب.ت.ن، ص1158.

⁽²⁾ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، 1976-1977، بند 248، ص293.

⁽³⁾ وفاء حلمي أبو جميل، وقف عقد العمل، دراسة مقارنة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، ب.ت.ن، ص21؛ رمضان عبد الله صابر، وقف عقد العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997، ص18.

⁽⁴⁾ حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص379.

كما أن كلا النظامين وقف مؤقت لأن كليهما يسمحان للدائن مؤقتاً بأن يوقف تنفيذ التزامه خلال فترة الوقف أو الامتناع⁽¹⁾، وإن كان الدفع بعدم التنفيذ قد يستمر مدة أطول طالما أن المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه.

كذلك وقف العقد والدفع بعدم التنفيذ هما نتيجة لعدم تنفيذ العقد، ويتطلبان حسن النية وتحقيق العدالة والمحافظة على الرابطة العقدية، وما نشأ الخلط بينهما إلا بسبب الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، كونه المجال الطبيعي لإعمالهما، إذ ما أراد أحد طرفي العقد التمسك بأحدهما. لا يشترط الاعذار في أي منهما، حيث يمكن وقف العقد دون حاجة إلى اعذار لأنه ليس هناك أي فائدة مرجوة من الاعذار باستثناء وقف العقد الناشئ عن عقد التأمين في حالة إخلال المؤمن له بالتزامه في دفع قسط التأمين، إذ يجب على المؤمن القيام بإعذار المؤمن له قبل وقف الضمان. وبالنسبة للدفع بعدم التنفيذ لا يشترط للتمسك به توجيه اعذار من الدائن إلى المدين وهذا ما يتضح من خلال المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ سواء في الأمر الفرنسي رقم 131-2016 أو في القانونين المدنيين المصري والجزائري. كما يتفق دفع بعدم التنفيذ مع وقف العقد في سريانها على العقود المستمرة منها والفورية حتى وإن لم تكن متراخية التنفيذ، فوقف العقد يسري على عقود المدة و يسري أيضا على العقود الفورية، مثال ذلك وجود عقد توريد مواد غذائية -لحوم- ثم صدور قرار من السلطات المختصة في الدولة بمنع الذبح أو الاستيراد مدة محددة، فإن أثر ذلك القرار على التزام المتعهد بتوريد اللحوم هو وقف العقد⁽²⁾، وبالتالي يلاحظ اتفاق وقف العقد مع الدفع بعدم التنفيذ في هذه الجزئية.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد

على الرغم من وجود تشابه وتقارب بين وقف تنفيذ العقد والدفع بعدم التنفيذ إلا أن هناك فروقا عديدة وجوهية بينهما، سنحاول توضيحها فيما يلي:

أولاً: من حيث الهدف أو الغاية

إن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية يستخدمها أحد الأطراف لإجبار المتعاقد معه على تنفيذ التزامه، وغالبا ما يتمسك به الدائن في مواجهة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه⁽³⁾. أما وقف العقد هو وسيلة ضمان هدفها المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ، يمكن أن يتمسك بها الدائن، أو المدين إذا طرأت مثلا قوة قاهرة مؤقتة حالت دون تنفيذ. وبعبارة أخرى يقوم الدفع بعدم التنفيذ على عدم وفاء المدين بالتزاماته

¹⁾ Ghestin Jacques et JAMIN.(C) et Billiau Marc, Op. Cit, p373.

²⁾ حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص525.

³⁾ محمد حسن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص44.

بخطأ منه في حين أن وقف العقد يمكن رده إلى استحالة أو صعوبة في التنفيذ لا يد للمدين فيها⁽¹⁾. وفي هذا الصدد أثير التساؤل عما إذا كان يجوز التمسك بالدفع إذا كان سبب عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي. اختلف الرأي حول الإجابة، فهناك من يرى أنه يجب لتوفر عدم التنفيذ أن يكون التنفيذ غير مستحيل وبالتالي لا مجال للدفع بعدم التنفيذ إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب القوة القاهرة، ولهذا فإذا كانت الاستحالة مؤقتة فإن وقف العقد يصعب تفسيره باللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ إذا اقتصرنا دوره كوسيلة ضغط. ويذهب اتجاه آخر إلى أنه إذا تم النظر للدفع بعدم التنفيذ على أنه وسيلة لضمان حقوق المتمسك به فإنه يجوز التمسك بالدفع حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعا لسبب أجنبي، فالإزام المتعاقد بالتنفيذ عندما يستحيل على الطرف الآخر تنفيذ التزامه، قد ينتج عنه إلحاق ضرر بحقوق الأول لذلك سيكون الدفع في هذه الحالة وسيلة عاجلة لحماية حقوقه⁽²⁾. وبذلك نخلص إلى أن هدف الوقف مغاير تماما لهدف الدفع بعدم التنفيذ، لأن الوقف لا يستهدف الضغط على المتعاقد لإجباره على تنفيذ التزاماته، بل يهدف إلى توقي الفسخ، والمحافظة على العقد. أما الدفع فيؤدي إلى بقاء الحال على ما هو عليه مؤقتا حتى يتم أعمال الانسحاب.

ثانيا: من حيث الأثر

1- الأثر المترتب على تنفيذ العقد:

الدفع بعدم التنفيذ يؤدي فقط إلى التأخير في تنفيذ الالتزام، لكن لا يعفي منه بصفة نهائية ولا حتى جزئية⁽³⁾. في حين أن وقف العقد يمنع الدائن والمدين من التنفيذ الكامل للعقد، بمعنى آخر يعفيهم من تنفيذ التزاماتهم طوال مدة الوقف، والجزء الذي لم ينفذ خلال مدة الوقف لا يمكن إعادته⁽⁴⁾، فمثلا إذا تم وقف عقد العمل بسبب التحاق العامل بالتجنيد أو نتيجة للاعتقال، فإن العامل يعفى كليا من تنفيذ التزامه بأداء العمل خلال فترة الوقف، ولا يطالب باستدراك التزاماته بعد انقضاء حالة الوقف⁽⁵⁾. وحول هذه المسألة ذهب الدكتور نبيل سعد إلى أن الدفع بعدم التنفيذ لا يلعب دورا إلا إذا كان هناك عدم تنفيذ كامل للالتزام، أما الوقف فهو يتعلق بعدم تنفيذ أحد الالتزامات الأصلية، وبقاء الالتزامات التبعية أو الثانوية⁽⁶⁾.

(1) أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، المكتبة العصرية، 2007، ص70.

(2) حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص545.

(3) محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق في الحبس، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة العاشرة، مطبعة جامعة عين شمس، يوليو 1968، ص11.

(4) Ghestin Jacques et. JAMIN.(C) et Billiau Marc, op cit, p375.

(5) خالد الهندياني، وقف العمل، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2000، ص193.

(6) Nabil saad, La suspension dans l'exécution du contrat (étude comparé en droit français et droit égyptien, thèse , Dijon, 1981, p190- 196.

غير أن هذا التحليل لم يلق قبولا لدى الاساتذة **Jacques Ghestin** و **(C).JAMIN** و **Marc Billiau**، وذهبوا الى القول أن عدم التنفيذ الجزئي يبزر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ طالما كان عدم التنفيذ الجزئي يشكل خطورة وجسامة لا يستهان بها، أما الوقف فعادة ما يتعلق بالتزام أصلي يكون عدم تنفيذه كاملاً⁽¹⁾.

وذهب الاساتذة **Boris Starck** و **Henri Roland** و **Laurent Boyer** إلى أنه طبقاً للقانون الوضعي لا يقبل الدفع بعدم التنفيذ التجزئة، معتبراً الدفع كالغرامة التهديدية، مستندا إلى نص المادة 1244 من القانون المدني الفرنسي، والتي بمقتضاها لا يمكن للمدين أن يجبر الدائن على قبول جزء من الدين حتى ولو كان الدين قابل للانقسام⁽²⁾.

2- الأثر المترتب في مواجهة المتعاقدين:

وقف العقد يشكل عائقاً مؤقتاً أمام طلب التنفيذ أو الفسخ، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للدائن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، حيث يجوز له اللجوء إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني أو لطلب الفسخ.

ثالثاً: من حيث مجال التطبيق

مدة الامتناع عن التنفيذ فقد تستمر فترة من الزمن طالما أن المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه⁽³⁾، وهنا تخضع مدة الامتناع عن التنفيذ لإرادة الدائن، ومقاومة المدين وبالتالي تصبح مدة الامتناع غير محددة. أما مدة الوقف عادة ما تكون محددة أو قابلة للتحديد، فالوقف قد يستمر مدة قد تطول وقد تقصر حسب بقاء الحادث الذي كان سبباً للوقف.

ويستفاد مما سبق أنه من خلال التمييز بين وقف العقد والدفع بعدم التنفيذ يتضح لنا أن وقف العقد نظام مستقل بذاته، فهو يمتاز عن نظام الدفع بعدم التنفيذ بأنه ليس وسيلة ضغط أو إكراه تستخدم ضد المدين، وإنما يتم إعماله لما يتطلبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، والذي يقتضي زوال كافة العقبات التي تعيق تنفيذ العقد بصفة مؤقتة، فوقف العقد مصيره استئناف تنفيذ العقد بمجرد زوال المانع المؤقت، أما الدفع بعدم التنفيذ فمصيره طلب الفسخ.

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص أن الفقه استبعد أن يكون مفهوم الوقف في عقد العمل مجرد تطبيق لفكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، والتي مؤداها أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته تنفيذاً سليماً فإن للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن التنفيذ مع التهديد بالفسخ النهائي للعلاقة العقدية⁽⁴⁾.

¹⁾ Ghestin Jacques et (C).JAMIN et Billiau Marc, op cit, p372 p 373.

²⁾ Starck Boris, Roland Henri et Boyer Laurent, Droit civil (Les obligations 2 contrat), 6éd, Litec, 1998,p 695.

³⁾ خالد الهندياني، المرجع السابق، ص192.

⁴⁾ محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، د.ت.ن، ص10.

كما لا يمكن التسليم بأن وقف الضمان في عقد التأمين يقترب من نظام الدفع بعدم التنفيذ أو هو تطبيق له، حيث أن وقف الضمان في عقد التأمين يحرر المؤمن من ضمان الخطر إذا تحقق خلال فترة الوقف، أما الدفع بعدم التنفيذ فلا ينتج عن التمسك به إلا مجرد تأخير ضمان الخطر إلى حين سداد المؤمن له قسط التأمين المستحق⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

الفسخ هو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، وهو جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي⁽²⁾ وقد نص المشرع الفرنسي على الفسخ في المواد من 1224 إلى 1230 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، ونص عليه المشرع المصري في المواد 157 إلى 161 من ق.م.م، كما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 119 إلى 123 من ق.م.ج. ويعتبر الفسخ من الأنظمة القانونية التي قد تختلط مع الدفع بعدم التنفيذ، وينشأ الخلط بين الآليتين عندما يمتد تعليق المتعاقد المتمسك بالدفع لالتزاماته مدة من الزمن بحيث يصبح استئناف التنفيذ مستحيلاً أو غير ذي جدوى، فإذا لم يؤد التمسك بالدفع إلى التنفيذ الكلي للعقد فإنه يؤدي إلى فسخه⁽³⁾. وسنتناول نقاط التشابه و نقاط الاختلاف بين الدفع والفسخ من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

لا شك أن هناك نقاط تشابه عديدة وهامة بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ نتناولها على النحو الآتي:

أولاً: من حيث النشأة التاريخية

لم يعرف القانون الروماني نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ ولا بالنسبة للفسخ، ولكن عرف بعض تطبيقاتها لا سيما في عقدي البيع والإيجار، ويعود الفضل الحقيقي لإبراز هاتين النظريتين لفقهاء القانون الكنسي وهذا تحت تأثيرات مبادئ الديانة المسيحية، لا سيما مبدأ "لا عهد لمن لا عهد له"⁽⁴⁾، وكان ثمرة هذا المجهود تقنين المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي القديم⁽⁵⁾، ولكن لأسباب تاريخية تم النص على

⁽¹⁾ رمضان عبد الله صابر غانم، المرجع السابق، ص31.

⁽²⁾ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 18.

⁽³⁾ GHESTIN. (J), l'exception d'inexécution, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, p50.

⁽⁴⁾ مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص6.

⁽⁵⁾ L'article 1184/2: «La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix..... : de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »

فسخ العقد صراحة، في حين تم إهمال النص على الدفع وإن كان قد نص عليها ضمناً من خلال عبارة **forcer** التي تشير إلى الدفع، لأنه ضغط على إرادة المدين لجبره على التنفيذ، كما أن هذه الفقرة لا تشير مطلقاً إلى تدخل القاضي عندما نصت على الفسخ⁽¹⁾.

ثانياً: من حيث درجة عدم التنفيذ

إن امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته كان نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وهذا الأمر مشترك بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ، والأكثر من ذلك أن نص المادتين 119 ق.م.ج و 157 ق.م.م يجيز الفسخ دون تحديد درجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات، ومادام النص جاء عاماً، فهي تشمل عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي والمعيب...، ونفس الأمر بالنسبة لنص المادتين 123 ق.م.ج و 161 ق.م.م الخاصة بالدفع.

وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط في الدفع بعدم التنفيذ والفسخ أن يكون عدم الإخلال جسيماً بما فيه الكفاية، إذ جاء في نص المادة 1224 من الأمر رقم 131-2016: "ينتج الفسخ إما عن طريق تطبيق الشرط الفاسخ، أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن للمدين، أو عن قرار من المحكمة"⁽²⁾. كما تنص في المادة 1219 من نفس الأمر: "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيماً بما فيه الكفاية". وتنص المادة 1220 من نفس الأمر على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة".

ثالثاً: من حيث النطاق

للدفع بعدم التنفيذ والفسخ نفس النطاق، وهو العقود الملزمة للجانبين⁽³⁾، وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة 161 ق.م.م والمشرع الجزائري في المادة 123 ق.م.ج بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ وفي المادة 157 ق.م.م وفي المادة 119 ق.م.ج بالنسبة للفسخ. ذلك أنه بالنسبة لمثل هذه العقود، كل متعاقد يكون دائماً ومديناً في نفس الوقت، وهذا ما ينشئ التزامات متقابلة بين طرفي العقد، مما يعني إمكانية امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته وإمكانية فسخ العقد نتيجة إخلال المدين بما عليه من التزام. ورغم أن المشرع الفرنسي لم يوضح صراحة في نص المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016 نطاق الدفع بعدم التنفيذ إلا أنه يفهم من عباراتها وفقاً للراجح عند أغلب الفقهاء الفرنسيين أن نطاق الدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر على

¹⁾ MALECKI. (C), OP cit, p63.

²⁾ L'article 1224 : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

³⁾ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 18؛ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 64.

العقود الملزمة للجانبين فقط، بل يمتد ليشمل جميع المصالح المتبادلة⁽¹⁾. أما بالنسبة للفسخ فلم يوضح المشرع الفرنسي نطاقه في المواد من 1224 الى 1230 من نفس الأمر.

ثالثا: من حيث السلطة التقديرية للقاضي

تحدد الفقرة الثانية من المادة 157 من ق.م.م و المادة 119 ق.م.ج سلطة القاضي اتجاه الفسخ وتجزئ له إما رفض الفسخ، وإما منح المدين أجل للتنفيذ، وذلك على النحو التالي: "...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ...". كما تنص المادة 1228 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "يجوز للقاضي حسب الظروف، إثبات الفسخ أو الحكم به أو الأمر بتنفيذ العقد ومنح مهلة للمدين عند الاقتضاء، أو يقضي بالتعويض فقط"⁽²⁾. وهذه السلطة التي يتمتع بها القاضي تنقلص نوعا ما بالنسبة للفسخ الاتفاقي. فهل الأمر كذلك بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ؟ لأول وهلة يبدو أنه ليس للقاضي سلطة إيقاع الدفع، مادام أن هذا الأخير شكل من أشكال العدالة الخاصة، يقع دون تدخل القاضي، لكن في حقيقة الأمر، إذا كان القاضي بإمكانه قبول أو رفض الفسخ، فإنه أيضا بإمكانه فيما يخص الدفع بعدم التنفيذ -إذا عرض النزاع- أن يقر الدفع بعدم التنفيذ أو يرفضه، وهذا حسب الظروف المحيطة بالعقد ومدى أهمية وجسامة ودرجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإن سلطة القاضي في الفسخ تكون قبلية، أي تبسط على موضوع النزاع قبل تقرير الفسخ، وهذا حماية للطرف المدين. بينما في الدفع بعدم التنفيذ قد لا يصل النزاع إطلاقا إلى القاضي، وحتى ولو وصل إليه، فإن سلطته في هذه الحالة ستكون بعدية، كما أنها ضيقة بالنسبة للفسخ⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

توجد فروق جوهرية بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ نعرضها على النحو الآتي:

أولا: من حيث الإجراءات الشكلية

الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا⁽⁵⁾، فنظرا لخطورته لا بد من عرض الأمر على القاضي، كما أنه لا بد من توجيه اعدار من الدائن للمدين (المادة 1226 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمادة 119

¹⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, Op. Cit, p18.

²⁾ L'article 1228: « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

³⁾ سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص182.

⁴⁾ STORCK.(M) , Art.Préc,49-4.N°18, p3.

⁵⁾ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص362؛ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص433؛ محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ب.ت.ن، ص245؛ مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1991، ص255.

من ق.م.ج والمادة 157ق.م.م). بينما الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري لا يتطلبان مثل هذه الإجراءات الشكلية، فهو شكل من أشكال العدالة الخاصة، فلا يشترط رفع دعوى قضائية للتمسك به. بخلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط الإخطار في نص المادة 1220 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 الذي جاء فيه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة".

ثانياً: من حيث الأثر القانوني

يرى أغلب الفقهاء⁽¹⁾ أن أهم ما يميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ هو الأثر القانوني المترتب على كل منهما، فالأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ العقد، بينما الأثر المترتب على الفسخ أثر نهائي يتمثل في حل الرابطة العقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن ترتيب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ الوارد في القانونين المدنيين المصري والجزائري غير منطقي، إذ لا يعقل أن يتم النص على الفسخ في المادة 157 ق.م.م والمادة 119 ق.م.ج ثم النص على الدفع في المادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج؛ لأن المنطق يقضي بأن يتم النص على الدفع ثم يليه الفسخ. كما أن النص على الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد الذي تضمن فسخ العقد يعد خطأً لأن الدفع بعدم التنفيذ ليس انحلالاً للعقد وإن كان يؤدي في بعض الحالات إلى الفسخ، فذلك غير كاف لإدراجه تحت عنوان الانحلال، وكان يفترض بالمشرعين المصري والجزائري أن يحذوا حذو المشرع الفرنسي الذي نص في الأمر رقم 131-2016 على الدفع بعدم التنفيذ في المادتين 1219 و1220 تحت عنوان عدم التنفيذ، ليلي ذلك النص على الفسخ في المواد 1224 إلى 1230 تحت عنوان الفسخ.

المطلب الرابع

الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة

إن المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام، الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به، وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما⁽²⁾. وللمقاصة أنواع تقليدية وهي المقاصة القانونية والاتفاقية والقضائية، ونوع جديد هو مقاصة

¹⁾ TERRE.(F), SIMLER. (PH), LEQUETTE(Y), Droit civil, Les obligations, 7éd, D, 1999, p577.

²⁾ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص508؛ عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي أحكام الالتزام، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006، ص526؛ حسن علي الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2 أحكام الالتزام، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص54.

الديون المترابطة، وتبعا لذلك ستميز بين الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة بأنواعها التقليدية ونوعها الجديد وهو مقاصة الديون المترابطة من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة التقليدية

للمقاصة التقليدية أنواع ثلاثة هي المقاصة القانونية التي تقع بحكم القانون، وتتمثل شروطها في التقابل بين الدينين، التماثل في المحل ما بين الدينين، وصلاحيه كل من الدينين للمطالبة به قضاء، وخلو الدينين من النزاع، واستحقاق الدينين للأداء، والمقاصة الاتفاقية التي تكون اختيارية في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، مثل عدم وجود التقابل أو عدم وجود التماثل، ففي هذه الحالات إذا كانت الأسباب المانعة لوقوع المقاصة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين، وتنازل هذا الأخير عن حقه فيكفي أن يعلن عن إرادته بذلك فتقع المقاصة الاتفاقية. أما إذا كانت الأسباب المانعة لوقوع المقاصة ترجع لرعاية مصلحة الطرفين معا، فيجب الاتفاق على وقوع المقاصة، والنوع الأخير هو المقاصة القضائية التي تقع بحكم من القاضي لتعذر إجراء المقاصة القانونية بسبب عدم توافر بعض شروطها خاصة خلو الدين من النزاع ومعلومية مقداره، أو لعدم امكانية اقامة المقاصة الاتفاقية⁽¹⁾.

وللتمييز بين المقاصة التقليدية والدفع بعدم التنفيذ يجب تحديد أوجه التشابه بينهما ونقاط الاختلاف على النحو الآتي:

أولا: أوجه الشبه بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ

1- كلاهما شكل من أشكال العدالة الخاصة: تقع المقاصة -على الأقل بالنسبة للمقاصة القانونية- بمجرد توافر شروطها (الشروط المنصوص عليها في المادة 1-1347 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 362ق.م.م والمادة 297ق.م.ج)، فهي تقع بقوة القانون، بل الأكثر من ذلك تقع بمجرد تلاقي الدينين ولو لم يعلم أصحابها، ونفس الأمر يقال بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، فالتمسك به له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، طالما أن مدينه لم ينفذ ما عليه، فلا يشترط رفع دعوى للتمسك بالدفع⁽²⁾.

2- إشتراكهما في بعض الشروط: قد تشترك المقاصة مع الدفع بعدم التنفيذ في بعض الشروط نذكر منها:

⁽¹⁾ نظم المشرع الفرنسي المقاصة في المواد من 1347 إلى 1347-7 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، ونص عليها المشرع المصري في المادة 362 إلى المادة 369 من القانون المدني، وعالجها المشرع الجزائري في المادة 297 إلى المادة 303 من القانون المدني.

⁽²⁾ BEGUIN.(J), Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français. Travaux Association Capitant. (H).T18,1966, p51.

أ- شرط استحقاق أجل الدين *l'exigibilité*: هو شرط لإجراء المقاصة إذ لا يمكن إجبار المدين على الوفاء إلا عند استحقاق أجل الدين⁽¹⁾، وشرط في الدفع بعدم التنفيذ، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون مستحق الأداء⁽²⁾، ويجب التنبية إلى أن الأجل القضائي لا يمنع من وقوع المقاصة (المادة 1347-3 من الأمر رقم 131-2016 والفقرة الثانية من المادة 362 ق.م.م والفقرة الثانية من المادة 297 ق.م.ج).

ب- شرط خلو الدين من النزاع *La liquidité*: المعروف في المقاصة أنه قد يستغنى عنه في بعض الحالات، كما في حالة مقاصة الديون المترابطة، وهو أيضا شرط لا يعرفه الدفع بعدم التنفيذ.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ

1- من حيث المجال: إن مجال المقاصة أوسع من مجال الدفع بعدم التنفيذ، وهذا واضح من خلال نص المادة 362 ق.م.م والمادة 297 ق.م.ج "للمدين حق المقاصة... ولو اختلف سبب الدينين". فالمقاصة يمكن أن تكون بين ديون أحدها سببه عارية والآخر عقد بيع، أو بين دين نشأ بسبب العقد أو شبهه عقد والآخر بسبب المسؤولية التقصيرية، إذ تنطبق على كل الديون المتقابلة أيا كان مصدرها. بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعمل به إلا في الديون المتقابلة الناشئة عن عقد ملزم للجانبين بالنسبة للمشرعين المصري والجزائري، أما المشرع الفرنسي لم يقصر أعمال الدفع على هذه الحالة، وإنما يعمل به أيضا في الديون المتقابلة الناشئة عن غير هذه العقود.

2- من حيث الشروط: تختلف شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في أغليبتها عن شروط أعمال المقاصة ومن بين هذه الشروط:

أ- شرط التماثل في المحل ما بين الدينين *la fungibilité*:

نصت الفقرة الثانية من المادة 1-1347 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 على أنه: "مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين... تعد مثلية الالتزامات المتعلقة بمبلغ من النقود، ولو بعملات مختلفة، بشرط أن تكون قابلة للصرف، أو الالتزامات التي يكون موضوعها كمية من الأشياء من الجنس نفسه"⁽³⁾.

ونصت المادة 297 ق.م.ج و المادة 362 ق.م.م على أنه: "للمدين حق المقاصةإذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة...".

⁽¹⁾ نصت المادة 263 ق.م.م والمادة 297 ق.م.ج على أنه: "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له...". كما نصت المادة 1-1347 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016: "مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين مؤكدين محددتي المقدار مستحقي الأداء...".

⁽²⁾ راجع شرط استحقاق الأداء في الدفع بعدم التنفيذ، ص 70.

³⁾ L'article 1-1347: « Sous réserve des dispositions prévues à la sous-section suivante, la compensation n'a lieu qu'entre deux obligations fungibles, certaines, liquides et exigibles. Sont fungibles les obligations de somme d'argent, même en différentes devises, pourvu qu'elles soient convertibles, ou celles qui ont pour objet une quantité de choses de même genre ».

والحكمة من هذا الشرط هي تمكين كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء، بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف مثل هذا الشرط، فيمكن أن يكون محل أحد الدينين مبلغا ماليا والآخر مثلا إيصال الكهرباء. والأكثر من هذا محل كل من الدينين في المقاصة يجب أن يكون التزاما بنقل الملكية، فلا يمكن إجراء المقاصة بين دينين كل منهما عمل أو امتناع عن عمل أو محل أحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل⁽¹⁾. بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف مثل هذا التحديد فيمكن التمسك به سواء كان التزام المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء معين بالذات والنوع.

ب- شرط خلو الدين من النزاع *la liquidité*:

نص المشرعين المصري والجزائري في المادة 362 ق.م.م والمادة 297 ق.م.ج على شرط خلو الدين من النزاع لإجراء المقاصة حيث جاء فيها أنه: **للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له اتجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منهما ثابتا وخاليا من النزاع...** أما المشرع الفرنسي فكان أكثر تحديدا حيث اشترط أن يكون الدين مؤكد الوجود ومحدد المقدار، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 1347-1 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 على أنه: **"مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين مؤكدين محددتي المقدار مستحقي الأداء..."**. وشرط خلو الدين من النزاع لا يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ وإنما يتعلق بالمقاصة فقط، فإذا كانت المقاصة القانونية تشترط خلو الدين من النزاع فهذا يعني وجوب توافر شرطين أولهما أن يكون الدين محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين وثانيهما أن يكون الدين معلوم المقدار، فالمقاصة أداة وفاء، والوفاء لا يكون إلا إذا كان الدين خاليا من النزاع. بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعتبر وفاء، فالدائن بإمكانه التمسك بالدفع ولو أن الدين مازال لم يعين مقداره.

3- من حيث الآثار: تنص الفقرة الثانية من المادة 365 ق.م.م والفقرة الثانية المادة 300 ق.م.ج **"...يترتب عليها انقضاء الدينين بمقدار أقل منهما منذ الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة..."**. ويتضح من هذا النص أن المقاصة يترتب عليها انقضاء الدينين بمقدار الأقل منهما. بينما الأثر المترتب على الدفع هو الوقف المؤقت لتنفيذ العقد.

نستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ يبدو أكثر فعالية من المقاصة، ذلك أن شروط الدفع بعدم التنفيذ بسيطة جدا، وأن آثار المقاصة أكثر فعالية من آثار الدفع بعدم التنفيذ؛ لأن المقاصة تؤدي إلى انقضاء الالتزامات. بينما الدفع يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزامات. ولكن عند تدقيق النظر في الآثار المترتبة على الدفع يظهر أنها لا تقل أهمية عن المقاصة، إذ أن الدفع قد يؤدي إلى فسخ العقد، وقد يؤدي أحيانا إلى إنقاص الالتزامات المتقابلة، كما قد يتحول إلى وقف نهائي إذا طالب الدائن بالفسخ.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثالث، (الأوصاف - الحوالة - الانقضاء)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1960، ص 891.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ ومقاصة الديون المترابطة

أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي إجراء المقاصة عند توفر شرط الارتباط بين الدينين بغض النظر عن توفر شرط تعيين المقدار أو شرط استحقاق الأداء⁽¹⁾، واصطُح على تسمية هذه المقاصة بمقاصة الديون المترابطة (**la compensation des dettes connexes**)، وقضت محكمة النقض الفرنسية بشرط الارتباط بين الدينين في العديد من قراراتها⁽²⁾.

نص المشرع الفرنسي في المادة 1-1348 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "ليس للقاضي أن يرفض مقاصة الديون المترابطة لمجرد أن أحد الالتزامين لم يكن محدد المقدار أو مستحق الأداء. في هذه الحالة تعتبر المقاصة متحققة من يوم استحقاق الدين الأول من بينها..."⁽³⁾.

وقد اختلف في تحديد التكييف القانوني لهذا النوع من المقاصة، فقد ذهب الأستاذ **(L).MAZEAUD** إلى القول بأنها مقاصة قضائية⁽⁴⁾. بينما اعتبرها الأستاذ **(R).MENDEGRIS** مقاصة قانونية⁽⁵⁾، في حين نادى الأستاذ **(N).NDOKO** باعتبارها نوعا من المقاصة مستقلة بذاتها⁽⁶⁾.

ومالت الاستاذة **(C).MALECKI** إلى اعتبارها صورة تطبيقية للدفع بعدم التنفيذ⁽⁷⁾، واستندت في ذلك إلى أن مقاصة الديون المترابطة تقوم على فكرة الضمان أكثر من فكرة الوفاء، ذلك أنها تقع ولو لم يتوافر شرطا استحقاق أجل الدين وخلوه من النزاع، كما أنها تقع ولو أضرت بحقوق كسبها الغير، فهي تقع ولو أفلس أحد المدينين، وبالتركيز على فكرة الضمان يتضح أنها الفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ فالخطوة التي يتبناها المتمسك بالمقاصة تقترب كثيرا من الغرض الذي يريد المتمسك بالدفع تحقيقه، وهي ضمان مصالحه اتجاه الطرف المتخلف عن تنفيذ التزامه، وهذا الهدف غير معروف في أنواع المقاصة

⁽¹⁾ لاحظ الفقه والقضاء الفرنسي أن الشروط الواجب توفرها في المقاصة القانونية من الصعب تحقيقها دفعة واحدة لا سيما في الشرطين أن يكون الدين مستحق الأداء، وأن يكون خاليا من النزاع، كما أنها من ناحية أخرى يجب ألا تضر بحقوق كسبها الغير، ولهذا وجدت المقاصة القضائية والاتفاقية، لكنهما لم يقدمتا نفعا كبيرا. لهذا انصب التفكير حول البحث عن شرط يعوض الشروط السابقة، وبالفعل وجد هذا الشرط وهو شرط الارتباط بين الدينين.

⁽²⁾ Par exemple : C. Cass. 18/10/1938. C.Cass.18/10/1967. C.Cass.30/03/1989.

⁽³⁾ L'article 1-1348: « Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible.

Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.

Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation ».

⁽⁴⁾ MAZEAUD. (L), Note sous cass. Civ 18 janvier 1967.D.1967. p358; MALAURIE. (PH) et AYNES(L), Droit civil, les obligations, 2eme éd, CUJAS, Paris, 1990, p598.

⁽⁵⁾ MENDEGRIS. (R), La nature judiciaire de la compensation, Thèse, L.G.D.J,1969, p145.

⁽⁶⁾ NDOKO. (N), Les mystères de la compensation, RTD.CIV, 1991, p392-693.

⁽⁷⁾ MALECKI. (C), Op. Cit, p183; PILLEBOUT, Op. Cit, p72.

التقليدية، ذلك أن هدف هذه الأخيرة هو انقضاء الديون، بينما في مقاصة الديون المترابطة، فإن انقضاء الديون هدف ثان سبقه هدف أولي هو رفض تنفيذ الالتزام، وتظهر هذه الفكرة بوضوح من خلال استعمال القضاء في أحكامه عبارة «*Rétention de dettes*».

وأضافت بأن الدفع بعدم التنفيذ ومقاصة الديون المترابطة يقومان على فكرة الامتناع عن التنفيذ فالدائن المتمسك بالمقاصة من أجل ضمان مصالحه، عليه أن يمتنع عن التنفيذ طالما أن الطرف الآخر لم ينفذ ما عليه من التزامات.

في حين ذهب الاستاذ GHESTIN إلى أن مقاصة الديون المترابطة ليست صورة تطبيقية للدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾، واحتج بأن الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ، أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، بينما الأثر المترتب على مقاصة الديون المترابطة، في نهاية الأمر، هو انقضاء الديون.

وأضاف بأنه منذ سنة 1967 أصبح القاضي ملزماً بإجراء المقاصة كلما توفرت شروط الارتباط بين الديون، وهذا منذ صدور قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1967/01/08، بينما في الدفع بعدم التنفيذ تبقى سلطة القاضي من حيث إقراره أو رفضه حسب أهمية وجسامته عدم التنفيذ الصادر من المدين.

ومن جانبنا نرى بأن حجج الفريق الأول أقوى، وهو الرأي الذي نفضله على أساس أنه إذا حللنا موقف المتمسك بالمقاصة نتبين بأنه يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى هي مرحلة الامتناع عن تنفيذ التزامه لأن الطرف الآخر أخل بما عليه من التزامات، فمثلاً رب العمل يمتنع عن تنفيذه التزامه المتمثل في دفع الأجرة للمقاول، لأن هذا الأخير أخل بالتزامه نتيجة تقديمه لعمل معيب، والمرحلة الثانية هي مرحلة المطالبة بإجراء المقاصة بين الأجرة المتفق عليها والتعويض عن الضرر الناتج عن التنفيذ المعيب.

إذا المرحلة الأولى هي في الحقيقة ليست إلا تمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ، بينما المرحلة الثانية كانت نتيجة مترتبة عليها، فرغم أن الأثر المترتب عليها هو انقضاء الديون، وهو أثر غريب عن الدفع بعدم التنفيذ، فإن هذا لا يضر في اعتبارها صورة تطبيقية للدفع؛ لأن انقضاء الديون كان هدفاً ثانوياً بالنسبة للمتمسك بالمقاصة، ذلك أن هدفه الأولي كان محاولة ضمان مصالحه اتجاه الطرف الآخر، فالهدف الأولي لرب العمل في المثال السابق هو عدم دفع الأجرة لأن العمل المقدم من طرف المقاول ليس هو العمل المتفق عليه.

كما أن جوهر فكرة الدفع بعدم التنفيذ متوافرة في هذه الحالة، فهو دفع من أجل التنفيذ، وإجراء المقاصة يساهم في تنفيذ العقد، فكان بإمكان رب العمل في المثال السابق فسخ العقد لأن المقاول لم ينفذ التزامه، لكن رغبة منه في المحافظة على العقد، قبل إجراء المقاصة، وهو نفس الهدف الذي يسعى الدفع إلى تحقيقه.

¹⁾ GHESTIN.(J), Note sous cass.com.15 janv 1973.p473.

الفصل الثاني

إثارة الدفع بعدم التنفيذ

رغم أن الدفع بعدم التنفيذ يحقق المساواة بين الأطراف المتعاقدة وذلك من خلال امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه طالما أن الطرف الآخر لم ينفذ ما عليه من التزام، فإنه يبقى مبدئياً من أوجه العدالة الخاصة التي تتسم بخطورتها، حيث يخضع الدفع لتقدير الطرف المتمسك به، فيكفي أن يقوم بتقدير مشروعية عمله ويتخذ موقفاً سلبياً مما يجعله في ذات الوقت خصماً وحكماً، وهو ما قد يؤدي إلى إساءة استعماله أو الانحراف به عن الهدف الذي يرمي إليه، فيصبح وسيلة لتصفية الحسابات، ووسيلة لعرقلة سير تنفيذ العقد، وكل هذه الاعتبارات لم تغب عن ذهن المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري، فقد عملوا على وضع نطاق وشروط للدفع بعدم التنفيذ.

ونعني بوضع نطاق للدفع بعدم التنفيذ تحديد المجال الذي يطبق فيه أي تحديد الالتزامات التي يشملها وهذه الالتزامات تتنوع بين التزامات ناشئة عن العقود الملزمة للجانبين، والتزامات ناشئة عن العقود الملزمة لجانب واحد، وتلك الناشئة عن العلاقات الناشئة عن انحلال العقد بالفسخ أو البطلان أو بأي سبب آخر والناشئة عن العلاقة غير التعاقدية.

وبالنسبة لشروط تطبيق الدفع بعدم التنفيذ فمنها ما ورد في نصوص القانون المدني الفرنسي ونصوص القانونين المدنين المصري والجزائري، ومنها ما استخلص من قواعد عامة أخرى في القانون.

أما بالنسبة لكيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإنه بعد توافر الشروط اللازمة للدفع بعدم التنفيذ وعدم وجود ما يمنع التمسك به يثبت للمتعاقد الحق في إعماله، ولما كان الدفع وسيلة دفاع لا وسيلة هجوم فإن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا طوّل بما عليه، حيث يسوغ له هنا أن يدفع المطالبة بعدم أداء ما له. فالأصل أن الدفع بعدم التنفيذ يتم بغير حاجة للجوء إلى القضاء، حيث يمتنع المتمسك به عن تنفيذ التزامه متى تراءى له أن خصمه قد أخل بالتزامه، فالمتعاقد يقيم العدالة لنفسه بالامتناع عن التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء، فإذا ما طالبه خصمه بالتنفيذ أبلغه بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهذه هي المرحلة غير القضائية للدفع، أما المرحلة القضائية فتتحقق إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول فيدفع الآخر بتمسكه بالدفع في شكل دفع موضوعي، وقد يأخذ الدفع أيضاً صورة أشكال في التنفيذ.

وسوف نتناول إثارة الدفع بعد التنفيذ من خلال ثلاث مباحث، نبين في المبحث الأول نطاق الدفع بعدم التنفيذ، ونحدد في المبحث الثاني شروط الدفع بعدم التنفيذ، ونعرض في المبحث الثالث كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

المبحث الأول

نطاق الدفع بعدم التنفيذ

نص المشرعان المصري والجزائري صراحة في المادتين 161 ق.م.م و 123 ق.م.ج على حصر نطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين. وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يحدد صراحة نطاق الدفع بعدم التنفيذ، وهنا نتساءل هل يقتصر نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي على العقود الملزمة للجانبين أم يشمل هذه العقود وكل ما يخرج عن دائرتها؟ وسوف نجيب على هذا التساؤل من خلال تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري في مطلب أول، ثم تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري

حدد المشرعان المصري والجزائري صراحة في نص المادتين 161 ق.م.م و 123 ق.م.ج نطاق الدفع بعدم التنفيذ، حيث اشترطا لتطبيقه وجود التزامات متقابلة ناشئة عن عقد من العقود الملزمة للجانبين والالتزامات المتقابلة الناشئة عن مصادر أخرى يطبق عليها الحق في الحبس، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

حصر نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين

حصر المشرعان المصري والجزائري نطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية، كالبيع والإيجار والقرض والمقاولة وغيرها من العقود الملزمة للجانبين. والعقود التبادلية الأصلية أو العقود الملزمة للجانبين هي العقود الذي تنشئ منذ تكوينها التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين⁽¹⁾، وتتميز هذه العقود بإنشائها التزامات متقابلة ومترابطة بحيث يجمع كل طرف بين صفة الدائن والمدين ويكون التزامه مرتبطا بالتزام الطرف المقابل⁽²⁾، ومن شأن هذا الارتباط أن يعطي نجاعة متميزة لهذه العقود، ذلك أن من طبع الالتزامات المتقابلة أن تنفذ في وقت واحد⁽³⁾، فالعبرة بأن

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 130.

⁽²⁾ بخلاف ذلك، في العقود الملزمة لجانب واحد هناك صفة واحدة لكل متعاقد فأحدهما مدين غير دائن والآخر دائن غير مدين. ومن ثم ليس هناك تقابل أو ارتباط بين الالتزامات حتى يمكن التمسك بالدفع ومن ثم تخرج هذه العقود من نطاق الدفع بعدم التنفيذ. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص 76، ص 85.

⁽³⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، ب.د.ن، تونس، 1997، ص 313.

يكون العقد ملزماً للجانبين مرتباً بالالتزامات متبادلة بين طرفيه، حيث يسوغ لكل من المتعاقدين حينئذ أن يتمتع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته المقابلة، أو يعرض على الأقل أدائها مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها⁽¹⁾. ونظراً لكونه يمثل نموذجاً للعقود التبادلية، فإن عقد البيع هو الأكثر عرضة إلى تطبيق الدفع بعدم التنفيذ سواء من جانب البائع أو المشتري⁽²⁾، وأعطى المشرعان المصري والجزائري من خلال المادتين 457 ق.م.م و 388 ق.م.ج المشتري الحق في الامتناع عن سداد الثمن للبائع إذا تعرض أحد مستندا لحق سابق على البيع، أو آيل إليه من البائع أو خاف على المبيع أن ينزع من يده، ما لم ينص العقد على غير ذلك كما أعطيا من خلال المادتين 459 ق.م.م و 389 ق.م.ج للبائع حق الامتناع عن تسليم المبيع إلى أن يستوفي الثمن المستحق له، حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، إلا إذا منح البائع أجلاً للمشتري. وقد استقرت على ذات النهج أحكام محكمة النقض المصرية، حيث جرى قضاؤها على أن مجال تطبيق ما تنص عليه المادة 161 ق.م.م مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي العقد ومناطق ذلك ما اتجهت إليه إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره⁽³⁾.

الفرع الثاني

الحالات الخارجة عن نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانونيين المدنيين المصري

والجزائري

لما كان نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ يقتصر على العقود الملزمة للجانبين في نصوص القانونيين المدنيين المصري والجزائري، فإن الحالات الأخرى تعتبر من تطبيقات الحق في الحبس، وهي تشمل الالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة لجانب واحد، وأيضاً تلك الناشئة عن العلاقات الناشئة عن انحلال العقد بالفسخ أو البطلان أو بأي سبب آخر، والناشئة عن العلاقات غير التعاقدية، وكذلك الالتزامات المتقابلة التي تجد مصدرها في مجرد واقعة مادية.

فبالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة لجانب واحد اختلف الفقهاء المصريون حول إمكانية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيها، فقد رفض الدكتور **عبد الرزاق السنهوري** فكرة العقود التبادلية الناقصة، ورأى بأن الأمر يتعلق بعقود ملزمة لجانب واحد باعتبار أن العقود تكتسب طبيعتها القانونية منذ تكوينها،

⁽¹⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 54.

⁽²⁾ MALECKI. (C), Op cit ,p367.

⁽³⁾ نقض مدني، 1955/04/14، مجموعة أحكام النقض 6 رقم 126 ص 969؛ نقض مدني، جلسة 1985/11/06، الطعن رقم 702 لسنة 51 ق مدني، مجموعة أحكام النقض، س 36، ص 970؛ نقض مدني، جلسة 1977/02/22، الطعن رقم 391 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، س 28، ص 505؛ نقض مدني، جلسة 1975/12/10، مجموعة أحكام النقض، س 26، ص 1606.

وليس في مرحلة تنفيذها. وحتى وإن تم التسليم بوجود مثل هذه العقود، فإنه لا وجود لأثر التقابل المميز للالتزامات موضوع الدفع بعدم التنفيذ، ذلك أن الالتزام بإرجاع المصاريف المبذولة مثلاً، وبخلاف الالتزام الأصلي ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد فهو لا يعدو وأن يكون إلا أثراً ثانوياً وتبعياً له، وبالتالي فإنه لا يمثل سبباً للالتزام الأول مما يجعل الترابط بين الالتزامات مفقود، لذلك فإن المتعاقد الذي يرفض إرجاع الشيء المودع لديه أو المستعار بحجة عدم قيام الطرف الآخر بإرجاع المصاريف التي سبق وأن قام بها لحفظ الشيء، إنما يقوم بذلك في إطار حق الحبس وليس في إطار الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾.

و حاول الدكتور **خليل جريح** توسيع نطاق الدفع بعدم التنفيذ وبسط حكمه على العقود التبادلية الناقصة، ويبرر جانب من الفقه التمسك بالدفع في إطار هذه العقود باعتبارها عقوداً ملزمة للجانبين بحجة أنها تنتج التزامات لفريق على آخر بسبب أعمال لاحقة للعقد ومتصلة بتنفيذه، وبالتالي تحظى بالحماية والضمان اللذان يوفرهما الدفع بعدم التنفيذ⁽²⁾.

وعلى الرغم من كون هذه المسألة محل جدل فقهي إلا أنه لا مجال لإعمال الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد أمام صراحة نص المادة 161 ق.م.م و المادة 123 ق.م.ج.

ولكن يثور التساؤل في حالة ما إذا أنفق المودع لديه نفقات ضرورية لحفظ وصيانة الشيء المودع لديه، أو اضطر المستعير إلى الإنفاق على الشيء حفاظاً عليه، أو أنفق الوكيل نفقات في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، فهل يحق للمودع لديه الامتناع عن رد الوديعة لحمل المودع على الوفاء بالالتزام برد هذه النفقات، أو يحق للمستعير عند الإخلال بأحد هذه الالتزامات أن يدفع بعدم رد العين المعارة إلى أن يتحصل على ما يستحقه، أو يحق للوكيل أن يتمتع عن رد ما في يده للموكل لحمله على الوفاء بالتزاماته برد هذه النفقات، وما هي طبيعة هذا الحق؟

للإجابة عن هذا التساؤل وضع الفقهاء المصريون في البداية أن مصدر التزام المودع لديه هو عقد الوديعة، وأن مصدر التزام المستعير هو عقد العارية، وأن مصدر التزام الوكيل هو عقد الوكالة. بينما مصدر التزام المودع أو الموكل برد النفقات المشار إليها هو الإثراء بلا سبب، ومن ثم فإن مصدر هذه الالتزامات المتقابلة ليس عقداً ملزماً للجانبين، ولا مجال لإعمال الدفع بعدم التنفيذ وإنما نكون بصدد محض تطبيق للحق في الحبس.

وكذلك بالنسبة للعلاقات الناشئة عن انحلال العقد بالفسخ أو البطلان أو بأي سبب آخر فقد رفض الدكتور **عبد الرزاق السنهوري** إثارة الدفع بعدم التنفيذ في هذا النوع من العلاقات باعتبار أن الدفع يفترض

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1010.

⁽²⁾ خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت، 1988، ص 450.

عقدا صحيحا ساري المفعول، فمتى انتهى أثره بالفسخ أو البطلان وامتنع كل طرف عن إرجاع ما بيده للطرف الآخر حتى يرجع له ما أخذه، يكون ذلك ممارسة منه لحقه في الحبس لا الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾. وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها أن "الصحيح في القانون -وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو التزام المشتري برد العقار المبيع بعد فسخ البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن، وأن التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن. بما مؤداه أن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفي منه فوائد ما دفعه من الثمن"⁽²⁾. وفي ذلك إفصاح من محكمة النقض بأنه في حالة زوال العقد بالفسخ -ويأخذ حكمه البطلان- لا محل لإعمال الدفع بعدم التنفيذ وإنما نكون بصدد ممارسة الحق في الحبس.

كذلك بالنسبة للعلاقات غير التعاقدية لا يطبق الدفع بعدم التنفيذ لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالتزامه، وإنما الحق في الحبس؛ لأن علاقة الفضولي برب العمل⁽³⁾ لا تستند إلى عقد قائم بينهما ملزم للجانبين، وإنما مصدر التزام الفضولي هو القانون ذاته، بينما مصدر التزام رب العمل هو الإثراء بلا سبب إذ يتعين على رب العمل رد ما تحمله الفضولي من نفقات ضرورية أو نافعة اقتضتها الظروف في سبيل تنفيذ الفضالة⁽⁴⁾.

وأخيرا بالنسبة للالتزامات المتقابلة التي يكون مصدرها واقعة مادية مثل حيازة أو إجرار شيء مملوك للغير، ودون أن توجد علاقة قانونية بين الحائز -أو المحرز- والغير، فإنه لا محل لإعمال الدفع بعدم التنفيذ وإنما ينطبق في هذه الحالة الحق في الحبس في حالة توافر شروطه.

ومن أمثلة ذلك ما تضمنته المادة 977 ق.م.م والمادة 836 ق.م.ج من حكم خاص بحالة من يشتري منقولاً مسروقاً أو ضائعاً في سوق أو مزاد علني بحسن نية، حيث يتعين على حائز المنقول رده إلى مالكة متى طلب ذلك قبل مضي ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، وعلى المالك أن يعجل له الثمن الذي دفعه، وبالتالي يكون من حق الحائز حبس المنقول حتى يستوفي الثمن، ومرد ذلك هو أن ما بين التزامي الطرفين من ارتباط يبرر في هذه الحالة تطبيق الحق في الحبس⁽⁵⁾، فلا يمكن تطبيق الدفع بعدم التنفيذ لانقضاء الرابطة العقدية بينهما.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1010.

(2) سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في العقود من عام 1998، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 678.

(3) نظم المشرع المصري الفضالة في المواد من 188 إلى 197 من القانون المدني المصري، ونظمها المشرع الجزائري في المواد من 150 إلى 159.

(4) انظر: المادة 1300-2 من الأمر رقم 131-2016، والمادة 195 من القانون المدني المصري، والمادة 157 من القانون المدني الجزائري.

(5) رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 60.

المطلب الثاني

تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي

قبل صدور الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات لم يضع المشرع الفرنسي نصا خاصا بالدفع بعدم التنفيذ، مما أدى إلى تعدد النظريات الفقهية حول تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وانقسام الفقهاء الفرنسيين إلى قسمين، حيث ذهب القسم الأول إلى قصر نطاق الدفع على العقود الملزمة للجانبين، وذهب القسم الآخر إلى أن دائرة الدفع ليست مقصورة على العقود الملزمة للجانبين، وأن دائرته أوسع من دائرة هذه العقود، ويمكن التمسك به حيث يوجد التزامان مترابطان أحدهما بالآخر، فالارتباط إذا هو المعيار الذي يؤخذ به في هذه المسألة، وقد رجح أغلب الفقهاء الاتجاه الثاني الموسع لنطاق الدفع بعدم التنفيذ وهو ما يتفق مع اتجاه القضاء الفرنسي الذي قَبِل تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الالتزامات المترابطة أيا كان مصدرها⁽¹⁾.

ولكن بعد صدور الأمر رقم 131-2016 المتعلق بقانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات نص المشرع الفرنسي صراحة على الدفع بعدم التنفيذ في المادتين 1219 و 1220، وأدرجهما في القسم الخامس المعنون بـ "عدم تنفيذ العقد".

والملاحظ من خلال النصين السابقين أن المشرع الفرنسي لم يحدد صراحة نطاق الدفع بعدم التنفيذ حيث ورد في المادة 1219 من هذا الأمر أنه "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه...، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه...". كما ورد في نص المادة 1220 من نفس الأمر أنه "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه". ولما كانت عبارات المادتين السالف ذكرهما تفيد تقابل الالتزامات وترابطها ذهب غالبية المؤلفين الفرنسيين⁽²⁾، ومنهم الأستاذان **Sylvia Guérin** و **Nicolas Gentey** إلى القول بأن نطاق الدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فقط، بل يمتد إلى جميع المصالح المتبادلة (ومن أمثلة ذلك المبالغ المستردة المتتالية الناتجة عن بطلان)⁽³⁾. وفيما يتعلق بإمكانية عدم التقيد بالنص، لا يشير أي شيء في صياغته أو في التقرير المقدم لرئيس الجمهورية المتعلق بالأمر رقم 131-2016⁽⁴⁾ إلى أنه يمكن أن يكون من النظام العام⁽⁵⁾.

¹⁾ MALECKI. (C), op.cit, p146. PILLEBOUT. (J.F), OP cit, p20.

²⁾ Cabrillac. (R), Op cit , nos 237.

³⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, Op.cit, p18.

⁴⁾ Le rapport indique: « En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception».

⁵⁾ Aucun auteur n'a envisagé que les dispositions de l'article 1220 puissent être qualifiées d'ordre public. Bretzner, (J.-D), Op cit, p999.

وبناء على ما تقدم فإن كافة الالتزامات المتقابلة سواء نشأت عن العقود الملزمة للجانبين أو غيرها تدخل في نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي الحالي، وبذلك يشمل هذا النطاق إضافة إلى العقود الملزمة للجانبين أحوالاً أخرى نتناولها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

العقود الملزمة لجانب واحد

العقود التبادلية الناقصة هي العقود الملزمة في الأصل لجانب واحد ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد⁽¹⁾. ومن تطبيقات هذا النوع من العقود عقد الوديعة بدون أجر وهو "عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عيناً"⁽²⁾، أيضاً عقد العارية وهو "عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال"⁽³⁾. كذلك عقد الوكالة بدون أجر وهو "عقد بمقتضاه يفوض شخصاً شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"⁽⁴⁾ ولا يلتزم الموكل في هذا العقد بأي التزام مقابل.

أسس أغلب الفقهاء الفرنسيين إمكانية الدفع بعدم التنفيذ في إطار هذه العقود باعتبار وحدة النشأة والتقابل بين الالتزام الأصلي والالتزام المنفرد عنه⁽⁵⁾، حيث لا يجب تفسير شرط الارتباط بصفة ضيقة، كما أن تقدير وجوده من عدمه لا يجب أن يقتصر على مرحلة تكوين العقد بل يُبحث عنه على امتداد مرحلة التنفيذ ومن خلال نية الأطراف المتعاقدة والتنظير وفق المصالح المتبادلة، فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً وأنفق عليه مصاريف ضرورية ونافعة كان له أن يرجع برد هذه المصاريف على وجه قانوني، وفي هذه الحالة يصبح حائز الشيء مديناً لمالكه برد هذا الشيء ودائناً باسترداد المصاريف، فيكون الارتباط واضحاً بين الالتزام بالرد والالتزام باسترداد المصاريف، ومن ثم يجوز للحائز أن يحبس الشيء حتى ينقاضي حقه من مالكه⁽⁶⁾.

وبالتالي يحق للمودع لديه الامتناع عن رد الوديعة لحمل المودع على الوفاء بالالتزام برد هذه النفقات في حالة ما إذا أنفق المودع لديه نفقات ضرورية لحفظ وصيانة الشيء المودع لديه، ويحق للمستعير عند الإخلال بأحد هذه الالتزامات أن يدفع بعدم رد العين المعارة إلى أن يتحصل على ما يستحقه في حالة ما اذا

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، (العقد)، المرجع السابق، ص 133.

⁽²⁾ انظر: المادة 718 ق.م.م والمادة 590 ق.م.ج

⁽³⁾ انظر: المادة 635 ق.م.م والمادة 539 ق.م.ج

⁽⁴⁾ انظر: المادة 699 ق.م.م والمادة 571 ق.م.ج.

⁽⁵⁾ CARBONNIER. (J), Droit civil, Les obligations, T4, 22^{éd}, PUF, Paris, 2000, n°194; CASSIN. (R), Op cit, p451.

⁽⁶⁾ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 336.

اضطر المستعير إلى الإنفاق على الشيء حفاظا عليه، ويحق أيضا للوكيل أن يمتنع عن رد ما في يده للموكل لحمله على الوفاء بالتزاماته برد هذه النفقات إذا أنفق الوكيل نفقات في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد.

الفرع الثاني

العلاقات الناشئة عن انحلال العقد بالفسخ أو البطلان أو بأي سبب آخر

يترتب على فسخ العقد أو إبطاله بموجب حكم قضائي زواله وانحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي من وقت إبرامه، فتتعدم جميع الآثار التي تتولد عنه، ويعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل قيامه، فيلتزم كل منهما برد ما كان قد استوفاه نفاذا للعقد، ويكون لكل من الطرفين حبس التزامه بالرد إلى أن يُوفى التزام الطرف الآخر بالرد⁽¹⁾.

ويساند الفقه الفرنسي إثارة الدفع بعدم التنفيذ في هذه العلاقات باعتبار أنها تفرز التزامات متقابلة ومترابطة تنفذ مثلا بمثل، فما هي إلا تعبير معاكس للالتزامات الأصلية⁽²⁾، وبالتالي لكل طرف أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة خصمه الممتنع عن إرجاع ما سبق له أخذه⁽³⁾.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "إذا تقرر بطلان عقد ملزم للجانبين أو فسخه فلكل من الطرفين أن يحبس ما أخذه حتى يسترد ما أعطاه"⁽⁴⁾.

ونص المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1229 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "...إذا كانت فائدة الأدعاء المتبادلة لا تتحقق إلا بالتنفيذ الكامل للعقد المفسوخ، فيجب على الأطراف رد مجمل ما حصلوا عليه من بعضهم البعض. أما إذا تحققت الفائدة من الأدعاء المتبادلة في التنفيذ المتبادل للعقد أولا بأول، فلا موجب للرد عن الفترة السابقة على الأداء الأخير الذي لم ينفذ مقابله في هذه الحالة وكيف الفسخ بأنه إلغاء.

يقع الاسترداد طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد 1352 إلى 1352-9.

كما نص في الفقرة الثانية من المادة 1178 من نفس الأمر على أنه: "...تعطى الأدعاء التي تم تنفيذها بناء على العقد الباطل الحق باستردادها طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد 1352 إلى 1352-9.

بصرف النظر عن بطلان العقد يجوز للطرف المضرور طلب تعويض الضرر الذي أصابه طبقا للشروط الواردة في القواعد العامة للمسؤولية غير التعاقدية".

⁽¹⁾ راجع: الفقرة الأولى من المادة 142 والمادة 160 ق.م.م و المواد 103 و 122 ق.م.ج.

⁽²⁾ CARBONNIER. (J), Op cit, p358.

⁽³⁾ CASSIN. (R), Op cit, p165.

⁽⁴⁾ Cours. Cass. 26/04/1900.D.1900-1-455-2 ; Cours.Cass.17/12/1929.D.1929-52.

الفرع الثالث

العلاقة غير التعاقدية

يرى بعض الفقهاء إمكانية إعمال الدفع بعدم التنفيذ في العلاقات غير التعاقدية (شبه العقد)⁽¹⁾، حيث أن من شأن أشباه العقود إنشاء التزامات متقابلة ومتساندة في ذمة الأطراف⁽²⁾.
ففي الفضالة مثلاً⁽³⁾ على الفضولي أن يستمر في تصرفه إلى أن يمكن لصاحب الحق أن يباشره بنفسه وعليه ما على الوكيل من تقديم الحساب وترجيح جميع ما تسلمه بمقتضى تداخله. في مقابل ذلك على صاحب الحق تيرئة الفضولي من تبعات تصرفه وأن يدفع له ما سبق أن صرفه أو خسره ، فإذا وقع الإخلال بهذا الالتزام أمكن حينئذ لهذا الأخير إثارة الدفع بعدم التنفيذ⁽⁴⁾.
وذهب البعض الآخر إلى أنه لا مجال لإعمال الدفع بعدم التنفيذ في مجال العلاقات غير التعاقدية باعتبار أن الالتزامات التي تنشأها هذه العلاقات لا تجد مصدرها في إرادة الأطراف بل في القانون، لذلك اعتبروا أن التمسك بالحق في الحبس أكثر تلاؤماً مع الميدان غير التعاقدية⁽⁵⁾.

المبحث الثاني

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

اشترط المشرع الفرنسي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ -بمفهومه الكلاسيكي- في نص المادة 1219 من الامر رقم 131-2016 عدم تنفيذ الالتزام المقابل و استحقاق الأداء وأن يكون عدم التنفيذ جسيماً بما فيه الكفاية، وفي نص المادة 1220 من نفس الأمر اشترط المشرع الفرنسي للتمسك بالدفع في حالة خشية المتعاقد من أن المتعاقد الآخر لن يقوم بتنفيذ التزامه توافر ثلاثة شروط هي وجود خطر واضح لعدم تنفيذ المدين لالتزامه في تاريخ استحقاقه، وأن تكون عواقب عدم التنفيذ "خطيرة بما فيه الكفاية" للدائن، وأن يتم الإخطار في أقرب وقت ممكن⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ يعرف المشرع الفرنسي أشباه العقود في المادة 1300 من الأمر رقم 131-2016 بأنها: "أعمال إرادية محضة ينتج عنها التزام يقع على عاتق الشخص المستفيد منها دون أن يترتب له حق فيها، وينتج عنها أحياناً التزام القائمين بهذه الأعمال إزاء الغير. أشباه العقود التي يحكمها هذا الفصل هي الفضالة ودفع غير مستحق والإثراء دون سبب".

⁽²⁾ PILLEBOUT.(J-F) , Op cit, p160 et s ; (R).CASSIN, Op cit, p455.

⁽³⁾ الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملتزماً بذلك. وقد نظم المشرع الفرنسي الفضالة في المواد 1301 إلى 1301-5 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات.

⁽⁴⁾ MALECKI. (C), Op cit, p250.

⁽⁵⁾ CATALA-FRANJOU.(N), De la nature juridique de droit de rétention, R.T.D.CIV, 1976 , p31.

⁽⁶⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, Op cit, p18.

أما المشرعان المصري والجزائري اشترطا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في نصي المادتين 161 ق.م.م و123 ق.م.ج توافر ثلاثة شروط أولها وجوب توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين، وثانيهما أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، وثالثها عدم تنفيذ الالتزام المقابل.

والملاحظ هو اشتراك القانونيين المدنيين المصري والجزائري والأمر الفرنسي رقم 131-2016 في شرطين هما، شرط عدم تنفيذ الالتزام المقابل، وشرط استحقاق الأداء. أما بالنسبة لشرط الجسامة فاشترطه فقط المشرع الفرنسي في نص المادتين 1219 و1220 من الأمر رقم 131-2016.

وإضافة للشروط السالفة الذكر هناك شرط وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ويستخلص من القاعدة العامة التي توجب مراعاة حسن النية، وكذلك قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق. وبناء على ما تقدم سنتناول شرط وجوب توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين في مطلب أول، ثم شرط استحقاق الأداء في مطلب ثاني، ثم شرط عدم تنفيذ الالتزام المقابل في مطلب ثالث وأخيرا شرط وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مطلب رابع.

المطلب الأول

شرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في القانونيين المدنيين المصري والجزائري وجوب توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين، وأكدت على ضرورة توافر هذا الشرط أيضا أحكام القضاء الإداري المصري وهذا ما سوف نتناوله من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

النصوص القانونية المقررة لشرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين

في القانونيين المدنيين المصري والجزائري

نص المشرعان المصري والجزائري في المادتين 161 ق.م.م و123 ق.م.ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". ووفقا للنصين السابقين اشترط المشرعان المصري والجزائري صراحة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ تقابل الالتزامات الذي يتحقق إذا نشأت عن عقد ملزم للجانبين، ففي مثل هذا العقد يكون الارتباط وثيقا بين تلك الالتزامات، وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يشترطه في المادة 1219 من الأمر رقم 131-2016 ولذلك ذهب أغلب الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن تطبيق الدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر على الالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين فقط بل يمتد إلى جميع المصالح المتبادلة.

ففي العقد الملزم للجانبين يوجد شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به، فالبائع مثلا في عقد البيع مدين بالتسليم ودائن بالثمن، والمشتري مدين بالثمن ودائن بالتسليم، وبالتالي يحق للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن طالما لم يكن الثمن مؤجلا وحل ميعاد الوفاء به، متمسكا في ذلك بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأن التزام كل من البائع والمشتري مترتب على التزام الآخر ومرتب به، ويسري ذلك على قائمة العقود الملزمة للجانبين مثل الإيجار والمقاوله وغيرها من العقود التبادلية، حتى ولو كانت لا تدخل في طائفة العقود المسماة، فالعبرة بأن يكون العقد ملزما للجانبين مرتبا لالتزامات متقابلة ومرتبطة لطرفيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الأحكام القضائية المقررة لشرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين

ذهب القضاء المصري في أحكامه إلى أن مجال اثاره الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقد الملزم للجانبين مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي العقد، ومناطق ذلك إرادتهما، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره⁽²⁾، وبعبارة أخرى يجب أن يكون كلا الدينين سببا للآخر في عقد تبادلي⁽³⁾.

فلا يكفي للتمسك بالدفع أن نكون بصدد عقد تبادلي وإنما يجب أن يكون هناك تقابلا بين الالتزام الذي لم ينفذ والالتزام الذي يقع على عاتق المتمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذه. ويفترض أن تكون هذه الالتزامات المتبادلة نابعة عن نفس العقد فلا يكفي لإعمال الدفع أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للطرف الآخر في نفس الوقت، بل يجب أن يكون هناك ترابط وتقابل يكمن أساسه في وحدة الأصل لكل من الدينين⁽⁴⁾.

قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لما كان من الثابت أن الشركة الطاعنة تمسكت في مرحلتي التقاضي بدفاع حاصله أن عدم وفائها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعي محل التداعي كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد الأقساط، وهو ما ثبت في الأوراق من تقرير الخبير ولم تنكره المطعون ضدها الأولى، فإن مؤدى ذلك أن يكون للطاعنة أن توقف التزامها بتنفيذ عقد التأمين، بما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه إلى المطعون ضده الثاني بحق، لما هو مقرر طبقا لنص المادة 161 من القانون المدني من أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء، ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للآخر ألا يوفي بالتزامه، فهو امتناع مشروع عن الوفاء

(1) محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص 153.

(2) نقض مدني 1955/04/14، طعن رقم 424 لسنة 21 ق، مجموعة المكتب الفني، السنة 6، رقم 126، ص 969.

(3) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يحول دون الحكم بصحة ونفاد القسمة عدم تنفيذ التزامات أخرى لا صلة لها بالقسمة، فلا يوجد تقابل بين تلك الالتزامات والتزام المتقاسمين بإجراءات الشهر". نقض مدني 1985/11/06، مجموعة المكتب الفني، السنة 36، ج 2، ص 970.

(4) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 26.

بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات المتقابلة، وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية أيضا بأن "مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي كل عقد على حدة، فإذا أورد الحكم أنه استخلص من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كلا منهما مستقل عن الآخر ورتب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشتري قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع، فإنه يتعين على البائع أن يوفي بالتزامه في هذا العقد، وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه إلى أن المشتري امتنعت عن تنفيذ التزامها في عقد الإيجار بدفع الاجرة، ذلك أن هذا الالتزام الأخير الذي يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث في الإخلال به في هذه الدعوى، إذ مجاله التداعي استقلالا"⁽²⁾.

ولكن يلاحظ أنه قد يكون أكثر من عقد، ومع ذلك تتقابل الالتزامات الناشئة عن كل عقد منهم بالالتزامات الناشئة عن العقد الآخر، بحيث يرتبطان معا، فإذا كان هناك عقدان، الأول بيع حصة عقارية من (أ) إلى (ب)، وعقد بيع أطيان زراعية من (ب) إلى (أ) أبرما في ذات التاريخ، ونص في العقد الأول على أن ثمن الأطيان المبيعة هي جزء من ثمن بيع الحصة العقارية خالية من الديون والرهن، فإن التقابل بين الالتزامات الواردة في كل من العقدين يرتب الدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال أحدهما بالتزامه في العقد الآخر⁽³⁾، ومن ثم العبرة بوجود رابطة عقدية تولد التزامات متقابلة سواء تمثلت تلك الرابطة في عقد واحد أو أكثر⁽⁴⁾. ولا يكفي لإعمال الدفع أن نكون بصدد التزامات ناشئة عن عقد واحد، بل إن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري مقصور على ما تقابل من التزامات الطرفين، فإذا تضمن عقد القسمة التزامات لا صلة لها بالقسمة، فإن عدم تنفيذ الأخيرة لا يبرر إعمال الدفع ولا يحول دون الحكم بصحة القسمة ونفاذها، فإذا تضمن المحرر عدة اتفاقات، وجب تحديد الالتزامات المتقابلة في كل اتفاق على حدة، وهي فقط التي يجوز إعمال الدفع بشأنها.

المطلب الثاني

شرط استحقاق الأداء

اشترط المشرعان المصري والجزائري صراحة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء في المادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج، واشترط المشرع

⁽¹⁾ نقض مدني، جلسة 1997/1/13، الطعن رقم 3279 لسنة 66 ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 48، ص 1239.

⁽²⁾ نقض مدني، 1977/02/22، مجموعة أحكام النقض، السنة 28، رقم 96، ص 505.

⁽³⁾ نقض مدني، 1979/04/11، مجموعة المكتب الفني، السنة 40، ج 2، ص 59، رقم 170.

⁽⁴⁾ حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 541.

الفرنسي استحقاق الأداء في المادة 1219 من الأمر رقم 2016-131 التي تنص على أنه: "يجوز لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه...". وتنص المادة 1220 من نفس الأمر على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه...".

ويقصد باستحقاق الأداء أن يكون الالتزام الذي لم ينفذ هو التزام واجب الوفاء حالاً⁽¹⁾، فالدفع بعدم التنفيذ يفترض أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، أو متعاصرة التنفيذ، بحيث لا يكون لأحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه إلا عند قيام الآخر بتنفيذ التزامه. أما إذا كان التزام أحد المتعاقدين غير حال أو مقترن بأجل، فلا يجوز للمتعاقد الآخر الدفع بعدم التنفيذ⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للمادة 161 من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع، فيجب عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه"⁽³⁾.

واستحقاق الالتزامات المتقابلة هو الشرط الجوهرى الهام لإعمال الدفع، فالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يمتنع عن تنفيذ التزامه رداً على عدم قيام خصمه بتنفيذ ما التزم به نحو التمسك بالدفع، ولهذا يجب أن تكون تلك الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، لأنها لو لم تكن كذلك لما كان هناك أي إخلال بالتزام عقدي كما أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مباشرة لإجبار المتعاقد الذي يوجه ضده الدفع على الوفاء بالدين الذي عليه، فإذا كان هذا الدين مقترناً بأجل لم يحل بعد كان الدفع بعدم تنفيذه باعتباره وسيلة إجبار على وفائه غير مقبول للالتجاء إليه قبل الأوان.

وفي معرض الحديث عن استحقاق الأداء لا بد من عرض الحالات التي لا يكون فيها تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة حالاً ومستحق الأداء وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولاً بموجب الاتفاق

الأصل أن تنفذ التزامات المتعاقدين المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين في آن واحد إعمالاً لفكرة التعاصر في تنفيذ الالتزامات، إلا أنه ليس هناك ما يحول دون أن يتفق المتعاقدان في عقد معين على أن

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1013.

⁽²⁾ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 28.

⁽³⁾ نقض مدني 1968/12/01، مجموعة أحكام النقض، السنة 19، رقم 229، ص 1504.

يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه أولاً ثم يليه المتعاقد الآخر، وهنا لا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن يتمسك بالدفع متعللاً بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزامه⁽¹⁾.

ففي عقد البيع مثلاً لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ويمتنع عن تسليم المبيع إلا إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يقدّم المشتري بالوفاء بالثمن، أما إذا كان تسليم المبيع معجلاً ودفع الثمن مؤجلاً ولم يسقط حق المشتري في الأجل فلا يجوز للبائع إذا طالبه المشتري بتسليم المبيع أن يدفع في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ؛ لأن التزام المشتري بدفع الثمن لم يحل بعد إلا إذا سقط الأجل لإفلاس أو إعسار أو نقص في التأمينات من جانب المشتري⁽²⁾. وأخذت بهذا النهج محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة 161 من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل الميعاد، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع⁽³⁾.

ولا شك أن مبنى عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة هو ما تقضي به قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين المقررة في المادة 147 ق.م.م والمادة 106 ق.م.ج، إذ يجب احترام ما اتفق عليه طرفي العقد، وهذا هو ما يسمى بالأجل الاتفاقي.

ويلاحظ أن الأجل الاتفاقي فقط هو الذي يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أما الأجل القضائي لأحد طرفي العقد، فلا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ⁽⁴⁾، فمثلاً للبائع أن يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه حتى يستوفي الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً لدفع الثمن وهو ما يعرف بنظرة لميسرة، وذلك لأن منحها لا يجعل التزام المدين غير مستحق⁽⁵⁾، وأن الغاية من منح الأجل القضائي هو الرغبة في مساعدة المدين المعسر ولا يصح أن يكون سبباً في سلب الدائن حقه في التمسك بالدفع⁽⁶⁾.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 669.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 714.

(3) نقض مدني، جلسة 1982/5/23، طعن رقم 1432 لسنة 48 ق، مجموعة أحكام النقض، س 33، ص 566؛ وفي نفس المعنى: نقض مدني، جلسة 1969/7/3، طعن رقم 366 لسنة 35 ق، مجموعة أحكام النقض، س 20، ص 118؛ نقض مدني، جلسة 1966/12/29، طعن رقم 379 لسنة 32 ق، مجموعة أحكام النقض، س 17، ص 2045؛ نقض مدني، جلسة 1966/3/3، طعن رقم 66 لسنة 32 ق، مجموعة أحكام نقض، س 17، ص 504.

(4) محمد حسن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 77.

(5) محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 293.

(6) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 32.

الفرع الثاني

التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولاً بمقتضى طبيعة العقد

تقتضي طبيعة بعض العقود أن يكون أحد المتعاقدين هو البادئ بالتنفيذ، مثل العقود المستمرة أو ما يسمى العقود الزمنية أو عقود المدة، مثل عقد العمل وعقد الإيجار وعقود التوريد أو التأمين، إذ لا يتعاصر التنفيذ في الالتزامات المتقابلة الناشئة عن تلك العقود، والقاعدة أنه عندما يكون العقد منشئاً للالتزامين متقابلين أحدهما مستمر التنفيذ والآخر فوري التنفيذ، فإن المتعاقد الملتزم بتنفيذ الالتزام المستمر هو الذي يجب عليه أن يبدأ بالتنفيذ، ومن ثم لا يمكنه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فمثلاً العامل في عقد العمل يجب أن يكون هو البادئ بالتنفيذ بأن يؤدي العمل المتفق عليه، ولا يسوغ له أن يمتنع عن أداء العمل حتى يدفع له صاحب العمل أجره⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن حظر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه العقود على المتعاقد الذي يجب عليه أن يبدأ بالتنفيذ لا يسري إلا في حدود فترة واحدة من فترات التنفيذ، بحيث إذا انتقل إلى فترة أخرى كان لهذا المتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيمتنع عن تنفيذ التزامه للفترة الثانية، إذا كان المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه عن الفترة الزمنية السابقة⁽²⁾.

الفرع الثالث

التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولاً اعمالاً للعرف

تواتر الناس في بعض العقود على أن يبدأ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فقد يعجل أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه قبل الطرف الآخر، وخير مثال على ذلك ما استقر عليه العرف في شأن الفندقية، حيث يبدأ صاحب الفندق بتنفيذ التزامه أي بتقديم خدماته للنزيل، ولا يطلب المقابل إلا في نهاية كل وحدة زمنية، أو عند مغادرة الفندق، ولذلك لا يجوز له أن يمتنع عن تقديم خدماته إلى النزيل قبل أن يستوفي الأجرة منه⁽³⁾. ومثال ذلك أيضاً عقد الاستصناع حيث يقضي العرف بأن يقوم الصانع بالعمل أولاً ثم يطلب أجره بعد ذلك، ومن ثم فلا يجوز للصانع الامتناع عن القيام بالعمل إلى أن يستوفي أجره، إلا أنه يجوز للطرفين الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفة العرف، فيصبح التزام كل منهما حالاً، ويصح في هذه الحالة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 83.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 105.

(3) رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 84.

(4) محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص 159.

الفرع الرابع

كون أحد الالتزامات المتقابلة في العقد التزاما طبيعيا

يشترط لاعتبار الالتزام واجب التنفيذ حتى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون هذا الالتزام مدنيا حالاً لم ينفذ، فإذا كان الالتزام المراد دفعه التزاما طبيعيا كما لو سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجانبين، فلا يجوز التمسك في هذه الحالة بالدفع بعدم التنفيذ؛ لأن في ذلك إجباراً على تنفيذ التزام طبيعياً بطريق غير مباشر، وهو ما أجمع عليه الفقهاء المصريون⁽¹⁾. أما الفقهاء الفرنسيون فقد ثار الخلاف بينهم بشأن إمكانية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس لحمل المدين بدين طبيعياً على الوفاء به، حيث ذهب البعض إلى القول بجواز التمسك بالدفع استناداً لفكرة العدالة التي تستوجب الوفاء بالالتزامات المتقابلة سواء كانت مدنية أو طبيعية، إضافة إلى عدم وجود نص بوجود توافر التزامين مدنيين. في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم جواز التمسك بالدفع في هذه الحالة لكون الدفع ينطوي على إكراه وإجبار غير مباشر للوفاء بالدين الطبيعي المقابل، مما يستتبع القول بعدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لحمل المدين على الوفاء بدين طبيعياً⁽²⁾.

المطلب الثالث

عدم تنفيذ الالتزام المقابل

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ من الوسائل القانونية التي منحها المشرع للدائن في مواجهة مدينه المخل بالتزامه، ويقصد بالإخلال بالتنفيذ عدم تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه⁽³⁾، وقد يتخذ عدم التنفيذ صورة عدم تنفيذ كلي أو عدم تنفيذ جزئي، كما قد يكون عدم التنفيذ جسيماً أو بسيطاً. وعلى ذلك سنتناول تعريف عدم التنفيذ و نعرض صورة التنفيذ الجزئي، ثم نتطرق لجسامة عدم التنفيذ ونتناول أخيراً الخشية من الإخلال بالالتزام كل ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف عدم التنفيذ

لم يُعرف المشرعون الفرنسي والمصري والجزائري المقصود بعدم التنفيذ، وانطلاقاً من أن عدم التنفيذ هو نقيض التنفيذ وبقراءة عكسية لتعريف تنفيذ العقد عُرف عدم تنفيذ العقد بأنه "عدم أداء الالتزامات التي يربتها"، ويعتبر التنفيذ المعيب أو الصوري في حكم عدم تنفيذ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص714.

⁽²⁾ PILLEBOUT.(J-F), Op cit, p253.

⁽³⁾ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص34.

⁽⁴⁾ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص417.

ولا يكفي مجرد عدم أداء أحد المتعاقدين لالتزامه التعاقدى المستحق الوفاء حتى ينشأ للمتعاقد الآخر الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته، وإنما يجب أن لا يكون المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو المتسبب في عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه⁽¹⁾.

ويجب أيضا أن لا يكون المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ قد أبدى استعداده لتنفيذ التزامه، حتى ولو كان المتعاقد الآخر هو الملتزم بالبدء بالتنفيذ⁽²⁾. كما يجب أن لا يكون عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه يرجع إلى عدم تعاون المتعاقد الآخر معه، مثل عدم سعيه للمطالبة بالثمن⁽³⁾، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من جانب من لم يسع للمطالبة بالثمن.

ويجب على المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ -طبقا للقواعد العامة- أن يثبت وجود الالتزام قبل خصمه الذي عليه بدوره إثبات أنه لم يخل بالتزامه، أو يثبت سبب عدم تنفيذه إذا كان من شأنه أن يخلصه من هذا الالتزام⁽⁴⁾.

ولا ينتفى عدم التنفيذ من جانب المتعاقد إلا إذا أثبت انقضاء الالتزامات أو أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقد الآخر⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

صورة التنفيذ الجزئي

اختلف الفقهاء حول امكانية تطبيق الدفع بعدم التنفيذ اذا كان عدم التنفيذ جزئيا، حيث ذهب الأستاذ CHAFFAI الى أن من حق الدائن إثارة الدفع بعدم التنفيذ حين يقتصر عدم تنفيذ المدين على

⁽¹⁾ مثال ذلك أن يكون عدم تنفيذ البائعة لالتزامها بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري طبقا لنص المادة 428 من القانون المدني المصري يرجع إلى إخلال المشتري ومن بعده ورثته بالتزامه بأن يدفع لها قيمة الرسم المطلوب سداه إلى مصلحة الشهر العقاري، وفقا للاتفاق المبرم بينهما. راجع: نقض مدني، جلسة 1967/07/25، طعن رقم 91 لسنة 34ق، مجموعة أحكام النقض المدنية، س18، ص1477.

⁽²⁾ مثال ذلك حالة ما إذا ما كان عدم قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري يرجع إلى عدم استعداد الأخير لدفع الثمن إلا بعد التسليم رغم الاتفاق بينهما على أن دفع الثمن يكون قبل التسليم، وكان المشتري قد أظهر استعداده لسداد الثمن عند تسلمه المبيع، فإنه لا يحق للبائع التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لعدم قيام المشتري بسداد الثمن؛ لكونه لم يظهر استعداده لتسليم المبيع رغم إنذاره من جانب المشتري بأنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع كما اشترط في الاتفاق راجع: نقض مدني مصري، جلسة 1952/12/25، مجموعة أحكام النقض، س4، ص233.

⁽³⁾ نقض مدني مصري، 1982/05/31، مجموعة أحكام النقض، س29، ص607.

⁽⁴⁾ حسام الاخواني، المرجع السابق، ص544.

⁽⁵⁾ حكم محكمة النقض المصري: نقض مدني، جلسة 1989/03/05، طعن رقم 223 لسنة 52ق، مجموعة أحكام النقض، ص40، ص701؛ حكمها في الطعن رقم 1529 لسنة 49ق، جلسة 1983/05/25، مجموعة أحكام النقض المدني، س34، ص1311.

جزء من الالتزام⁽¹⁾، ويؤسس الدفع في هذه الصورة على إرادة الأطراف المتعاقدة حيث لا يمكن جبر المتعاقد على تنفيذ التزامه والحال أنه تحصل على جزء فقط من الحقوق التي تعاقد على أساسها وعوّل على الحصول عليها كاملة.

كما أن عدم السماح للمتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في صورة عدم التنفيذ الجزئي من شأنه أن يحث المدين سيء النية على تنفيذ التزامه بصورة جزئية بهدف الحيلولة دون تمسك المتعاقد الآخر بالدفع⁽²⁾، لذلك مهما كان الإخلال بسيطاً أو جزئياً فهو يخول إثارة الدفع بعدم التنفيذ طالما كان الدائن حسن النية⁽³⁾. ذهبت الاستاذ MALECKI -في ظل نصوص القانون المدني الفرنسي القديم- إلى أن عدم التنفيذ الجزئي مرادف لعدم التنفيذ الكلي، فرغم وجود فروق بين هذه الاخلاطات فإنها قد تنتج آثاراً مماثلة⁽⁴⁾. وقد اشترط الاستاذ CASSIN -في ظل نصوص القانون المدني الفرنسي القديم- أن يكون الإخلال فادحاً لتبرير تعليق الطرف المقابل لالتزاماته⁽⁵⁾، فلا يمكن حينئذ للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ كامل التزامه والحال أن إخلال المتعاقد الآخر ضئيل أو غير فادح أو إذا كان ما تبقى من الالتزام المقابل دون تنفيذ يسيراً بالنسبة لما تم تنفيذه⁽⁶⁾.

الفرع الثالث

جسامة عدم التنفيذ

اشترط المشرع الفرنسي صراحة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون عدم التنفيذ جسيماً بما فيه الكفاية وذلك في نص المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، إلا أنه ذكر مصطلح الجسامة دون تحديد مقدار لهذه الجسامة أو درجتها واكتفى بعبارة "ما فيه الكفاية".

أما المشرعان المصري والجزائري لم يأتيا على ذكر هذا الشرط، وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الإخلال بتنفيذ الالتزام لا يشترط فيه أن يكون عدم التنفيذ منطوياً على قدر من الأهمية، بحيث يمكن القول بأنه أدى إلى عدم تنفيذ الالتزام⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ يكون عدم التنفيذ جزئياً عند إخلال المدين بأحد معطيات الالتزام كالمعطى الزمني أو الكمي... ومثال ذلك أن يسلم البائع

جزء من المبيع دون البقية. CHAFFAI. (M-M), Op cit, p74.

⁽²⁾ CHAFFAI.(M-M), Op cit, p77 -78.

⁽³⁾ PECAUD.(Y), Exécution de bonne foi des conventions, JCL,CIV, Art 1134, fasc.11, 2007, p1.

⁽⁴⁾ «Leurs effets peuvent être similaires dans la mesure où une infime inexécution peut causer un gêne importante. la rétention de deux phares d'un véhicule ou des documents administratifs nécessaires à sa mise en circulation en sont des illustrations ». (C). MALECKI, Op cit, p281.

⁽⁵⁾ CASSIN. (R), Op cit, p572.

⁽⁶⁾ MAZEAU.(H. L. J) et CHABAS.(F), Leçon de droit civil, Obligations théorie générale, T2 , 9 éd ,Montchrestien , 1998, p1171.

⁽⁷⁾ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص417.

ولا شك أن اعتماد المشرع الفرنسي لعبارة "إذا كان عدم التنفيذ جسيماً بما فيه الكفاية" يؤكد رغبته في عدم اشتراط قدر معين من الجسامة، بمعنى أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يكون بحسب نص المادتين 1219 و1220 من الأمر رقم 131-2016-جائزا في حالة عدم التنفيذ من قبل المدين أيا كان قدر الجسامة في هذا الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وفي هذا الصدد أشار التقرير المقدم لرئيس الجمهورية المتعلق بالأمر رقم 131-2016⁽¹⁾ إلى شرط جسامة عدم التنفيذ الوارد في نص المادتين 1219 و1220 من الأمر رقم 131-2016 وانتهى إلى أنه ينبغي تقييم خطورة عدم التنفيذ بطريقة نسبية بإجراء فحص للتناسب بين خطورة عدم الأداء وأهمية الالتزام الذي يرفض الطرف الآخر تنفيذه.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اشترط أيضا جسامة الإخلال لإمكان فسخ العقد حيث نص في المادة 1224 من نفس الأمر على أنه: "ينتج الفسخ إما عن تطبيق الشرط الفاسخ أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن المدين، أو عن قرار من المحكمة". كما نص في المادة 1226 من نفس الأمر على أنه: "يحق للدائن فسخ العقد على مسؤوليته، عن طريق إخطار فيمعدا حالة الضرورة، فيجب عليه أولا أن يعذر المدين العاجز عن الوفاء بالتزامه في ميعاد معقول.

يبين الإخطار بشكل صريح في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه، فللدائن الحق بفسخ العقد.

عند استمرار عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بفسخ العقد وبأسباب التي تبرره.

يحق للمدين أن يلجأ إلى المحكمة في أي وقت للطعن بالفسخ، يجب على الدائن حينئذ اثبات جسامة عدم التنفيذ".

ونلاحظ من خلال النصين السابقين أن المشرع الفرنسي استخدم عبارة "عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية" وعبارة "جسامة عدم التنفيذ" دون أن يحدد مقدار الجسامة اللازم لإمكان فسخ العقد.

والسؤال المطروح هنا هو هل يستبعد القضاة الآن في فرنسا أي "سلوك" لا يمكن تصنيفه على أنه "تقصير تعاقدي"؟ وحتى إذا تمسكوا بهذا الموقف، فإنهم سيعتبرون بعض "السلوكيات" التي لا تشكل "إخلالا" بالمعنى الدقيق انتهاكا لواجب حسن النية المنصوص عليه في القانون⁽²⁾.

باستقراء ما تقدم نرى أنه ينبغي تعديل هذه الصياغة لزيادة توضيح ما يعد من السلوكيات إخلالا جسيماً، وذلك من أجل الحد من مخاطر عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

¹⁾ Le rapport remis au président de la république :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539_01/08/2018.10:00

²⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas , Op cit, p22 -23.

الفرع الرابع

الخشية من الإخلال الفعلي بالالتزام

لا يقتصر حق المتعاقد في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على حالة إخلال المتعاقد الآخر بالفعل بالتزامه، وإنما يشمل أيضا حالة عدم وقوع إخلال بالفعل، متى وجدت أسباب جدية يخشى معها عدم التنفيذ. وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة 1220 من الأمر رقم 131-2016 التي جاء فيها: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة".

وفقا للنص السابق أقر المشرع الفرنسي تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في حالة الخشية، حيث أجاز للمتعاقد أن يوقف أداء التزامه إذا كان يخشى من أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزامه، وهذا الدفع استباقي، ولقد تضمن القانون المدني الفرنسي بالفعل حكما مماثلا في بعض الحالات المحددة المتعلقة بعقد البيع، ومن ذلك ما تضمنته المادتان 1613 و1653⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي، فقد نصتا على حالة "الإفلاس" حيث يكون البائع في هذه الحالة "في خطر وشيك بفقدان الثمن"، وعلى إمكانية قيام المشتري بتعليق دفع الثمن عندما "يخشى إجراء ما إما الرهن العقاري أو المطالبة"⁽²⁾. وأكثر من ذلك، يعتقد العديد من الكُتاب أن قرار كارتييه الذي صدر في 15 أبريل 2015 من قبل محكمة الاستئناف في باريس هو تطبيق لآلية الدفع بعدم التنفيذ المبكر في مسألة الإنهاء المفاجئ للعلاقات التجارية القائمة⁽³⁾.

وتتشرط المادة 1220 من الأمر رقم 131-2016 لإعمال الدفع في هذه الحالة أن يكون خطر عدم التنفيذ "واضحا" وأن تكون عواقب عدم التنفيذ "جسيمة بما فيه الكفاية". ولذلك سيتعين على القضاة التأكد من احترام هذه الشروط، وعلاوة على ذلك، ومن أجل الحد من التجاوزات في حالة الشك فقط، تم النص أيضا على شرط إجرائي هو وجوب إبلاغ قرار تعليق عدم التنفيذ في أقرب وقت ممكن إلى المتعاقد الآخر.

¹⁾ Les articles 1613 et 1653 restent applicables. C. civ., art. 1613: « Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme ». C. civ., art. 1653: « Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera ».

²⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, Op cit, p18.

³⁾ Paris, 15 avr. 2015, n° 13/20513. À notre sens, il s'agit d'une interprétation assez libre des termes de cet arrêt : « Considérant que la rupture des relations commerciales est la conséquence de l'impossibilité pour la société Marie Michaud Créations de continuer son activité en raison de sa situation financière et d'accepter les commandes proposées par la société Cartier Joaillerie International à compter du mois de mai 2006... ». Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, idem, p19.

وفي هذا الإطار أشار التقرير المقدم لرئيس الجمهورية السابق الإشارة إليه⁽¹⁾ إلى أن ما ورد في نص المادة 1220 من توسع في الدفع بعدم التنفيذ ليشمل الخطر البسيط لعدم التنفيذ هو وصف جديد⁽²⁾، ووفقا لهذا التقرير فإن الغرض من نص المادة 1220 هو "الحد من الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية" و "يشكل وسيلة فعالة للضغط من أجل حث المدين على التنفيذ"⁽³⁾. ولا يجوز للدائن أن يتمتع عن تنفيذ التزامه في وقت مبكر إلا إذا كان "من الواضح أن الطرف المقابل لن ينفذ عند الاستحقاق".

وفي هذا الصدد لا بد أن نناقش أمرين هامين أولهما أن مسألة طبيعة وأهمية الإخلال في التنفيذ تثير إمكانية تبرير الدفع بعدم التنفيذ، إلا أنه في الواقع، وخلافا للأحكام المنصوص عليها فيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ، فإن الإخلال في التنفيذ نفسه يعرض معيار الجسامة. لذلك يمكن التساؤل عما إذا كان الإخلال في التنفيذ الذي لا يقدم معيار جسامة كاف لتبرير الدفع بعدم التنفيذ يمكن أن يبرر الدفع بعدم التنفيذ لمجرد الخشية إذا ثبت المعيار الثاني الذي وضعه النص من خلال عبارة "التي تكون عواقبها جسيمة بما فيه الكفاية". وعلى الرغم من أن هذا قد يبدو نظريا، فمن المحتمل أن تكون هناك حالات يتعين على القضاة فيها تسوية هذه الصعوبة. غير أنه من المحتمل أن يطلب القضاة في فرنسا أن يكون الإخلال "خطير بما فيه الكفاية". أما الأمر الثاني فهو هل يجب أن يكون عدم التنفيذ المقترح كليا أم جزئيا حتى يمكنه تبرير الدفع بعدم التنفيذ لمجرد الخشية؟ لا شيء يبرر التباين في التفسير مقارنة مع الدفع بعدم التنفيذ "الكلاسيكي" من المادة 1219 من الأمر رقم 131-2016، وأنه من المرجح جدا أن عدم التنفيذ الجزئي كاف لتبرير الدفع بعدم التنفيذ لمجرد الخشية.*

فهل سيرضى القضاة في فرنسا عن مخاطر عدم التنفيذ عند الاستحقاق؟ إذا أخذنا بالمعنى العام، أي التعريف الذي قدمه القاموس لاروس لمصطلح «manifeste» هو ما يلي: "من الطبيعية، والواقع، والحقيقة واضحة". ولذلك، هل ينبغي أن يكون "من الواضح" أن المدين سينفذ التزامه عند الاستحقاق؟ ومن المرجح

⁽¹⁾ ليس للتقرير قيمة ملزمة، ولكنه يلقي الضوء على نية واضعي النظام ومن المرجح أن يكون بمثابة قاعدة تفسيرية للقضاة على الأقل في المراحل المبكرة. Sylvia Guérin. Nicolas Gentey , op cit, p17

⁽²⁾ يعد هذا الوصف جديدا على الصعيد التشريعي، لأن هناك سوابق قضائية أخذت بهذا الوصف نذكر منها: Cass. com, 11 févr. 2003, n° 00-11.085: « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que le moyen de la société Diriger a trait à l'existence d'une «contre-créance» qui l'autoriserait à suspendre l'exécution de son obligation de paiement et que l'exception d'inexécution a pour objet de contraindre l'un des cocontractants à exécuter ses propres obligations ou de prévenir un dommage imminent, tel qu'un risque caractérisé d'inexécution; qu'ainsi, sans méconnaître les termes du litige, la cour d'appel, qui s'est fondée sur une exception d'inexécution, a légalement justifié sa décision ».

⁽³⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, op cit, p19.

* لا نتصور أن تكون أحكام المادة 1217 من الأمر رقم 131-2016 والتي تنص على إمكانية حدوث عدم تنفيذ غير تام أساسا للتحليل لأنها لا تعالج صراحة الدفع بعدم التنفيذ لمجرد الخشية، وانما تنص على الدفع بعدم التنفيذ فقط.

جدا أن القضاة في فرنسا سيجرون تقييما في هذه الحالة لدرجة المخاطر التي يعتبرونها ضرورية، فتنشأ نتيجة لذلك أحكام قضائية متباينة تماما.

ومن الناحية العملية، سيكون من الضروري توخي الحذر في تنفيذ نص المادة 1220، فهناك عدة خيارات تمكن من الحد من المخاطر المرتبطة بهذا التقييم "للوضوح" من طرف القضاة، الخيار الأول هو أن يوافق على حذف هذا النص، والخيار الثاني وهو الأقل تطرفا، أنه يمكن للأطراف أن تتكيف معها، على سبيل المثال بالإعلان عن مسألة عدم الامتثال الجزئي (الكمي أو النوعي). وبالمثل، يمكن تحديد موعد للاخطارات من جانب المدين يسمح للدائن بضمان إحراز تقدم في العمل أو التمهيدات اللازمة لتحقيقه وعدم الامتثال لهذه الإخطارات يشكل افتراضات "عدم التنفيذ عند الاستحقاق"⁽¹⁾.

وعلى أي حال، سيكون من الصواب أن يسأل الدائن المدين قبل اتخاذ قرار التعليق وأن يدعو لتبرير مقدرته على التنفيذ عند الاستحقاق.

وأخيرا، وفي الحالات التي تكون فيها المخاطر كبيرة، يمكن اعتباره مقياسا للتوجيه في المستقبل على أساس المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي يمكن الرجوع إليها لجمع الأدلة، لا سيما فيما يتعلق بعدم التنفيذ الجزئي أو النوعي.

كما اشترط المشرع الفرنسي في المادة 1220 من الأمر رقم 2016-131 أنه يجب أن يكون الدائن قادرا على تبرير "أن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه"، وهذا اختلاف جوهري مع المادة 1219 المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ، فالدليل المطلوب هنا لا يتعلق بـ "جسامة عدم التنفيذ" بل بـ "جسامة عواقبه" بالنسبة للدائن، فموضوع الدليل مختلف (عدم التنفيذ وعواقب ذلك). ولذلك لم يعد التقييم موضوعيا و إنما ذاتيا بالنسبة لحالة الدائن⁽²⁾، ومن الممكن أن يبرر عدم التنفيذ نفسه الدفع بعدم التنفيذ لدائن دون الآخر.

وهناك أيضا مسألة تقييم القضاة في فرنسا لتعريف "جسامة العواقب" والفرضية الأولى التي تتبادر إلى ذهن أن الجسامة تقدر بالنظر إلى الوضع المالي للدائن، وثمة مسألة أخرى هي معرفة ما إذا كانت -على غرار المسؤولية التعاقدية- العواقب الوحيدة التي ينبغي أخذها في الاعتبار، هي تلك التي كانت متوقعة والتي يمكن أن تكون معروفة للطرف الآخر في يوم إبرام العقد أو إذا وقعت أحداث لاحقة أو غير معروفة للمدين يمكن أن تؤخذ في الاعتبار.

وفي مواجهة هذه الأسئلة، لا يمكن إلا أن يكون من الصواب تحديد مفهوم "عواقب جسيمة" تعاقديا. وفي حالة عدم وجود بند خاص بذلك يمكن إدراج هذه التوضيحات في البنود المفصلة للالتزامات الطرفين.

¹⁾ Guérin Sylvia et Gentey Nicolas, Op. cit, p19.

²⁾ Mazeaud. (D), La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, coll. « Thèmes & commentaires», Association H. Capitant-Dalloz, 2016, p89; V. égal. Bretzner (J.-D), Op. Cit, p999.

وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يتضمن نصا عاما يجيز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لمجرد الخشية من عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، وهو نص المادة 223 والذي كان ينص على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد، أو طرأ على مركزه المالي ما يخشى معه أن يكون عاجزا عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطي ضمانا كافيا لهذا التنفيذ". ولكن هذا النص حذف من قبل لجنة المراجعة واكتفى بإيراد بعض التطبيقات⁽¹⁾.

ومن هذه التطبيقات نذكر نص الفقرة الثانية من المادة 457 ق.م.م المطابق لنص المادة 388 ق.م.ج في خصوص البيع، حيث نصت على أنه: "...، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر...".

وطبقا لهذا النص يجوز للمشتري حبس الثمن الذي في ذمته للبائع في حالة خشيته من نزع المبيع كله أو بعضه في يده متى كانت هذه الخشية مبنية على أسباب معقولة، وتقدير جدية السبب الذي يولد في نفس المشتري الخشية من نزع المبيع من تحت يده هو من الأمور التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض، متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بأن "التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، فإذا وجدت أسباب جدية يُخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع، كان من حق المشتري أن يوقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بالتنفيذ. ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الأصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع إلى المطعون ضده، بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه إلى الغير بعقد مسجل مما يتهدد المطعون ضده بنزعه من تحت يده، فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى في قضاؤه إلى أن من حق المطعون ضده حبس باقي الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه"⁽³⁾. وإعمالا لما تقدم فإذا انتفى السبب الجدي الذي يبرر خشية المتعاقد من عدم تنفيذ المتعاقد الآخر بالتزامه فلا يجوز له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للامتناع عن الوفاء بما عليه⁽⁴⁾، وكذلك الحال إذا كان هناك شرط في العقد يمنعه من استعمال الدفع⁽⁵⁾.

(1) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء 2، ص 331 و 332.

(2) نقض مدني مصري، جلسة 1987/01/20، طعن رقم 954 لسنة 53ق، مجلة القضاة، عدد يناير/يونيو 1988، ص 90؛ نقض مدني، جلسة 1974/11/25، مجموعة أحكام النقض، س 25، ص 278.

(3) نقض مدني مصري، جلسة 1974/11/25، مجموعة أحكام النقض، س 25، ص 278.

(4) رمزي فريد ميروك، المرجع السابق، ص 94.

(5) نقض مدني، جلسة 1967/01/19، مجموعة أحكام النقض، س 18، ص 143.

المطلب الرابع

وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يرجع شرط حسن النية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى القاعدة العامة التي توجب مراعاة حسن النية⁽¹⁾ وكذلك قاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق⁽²⁾، ومما يتعارض مع حسن النية ويندرج تحت مفهوم الإساءة في استعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يتم التمسك به بالرغم من أن ما لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية أو أن يكون المتمسك به قد أخل بالتزامه، وهذا ما سنبينه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

يجب أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية

يجب أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية ليبرر التمسك بالدفع والامتناع عن تنفيذ الالتزام المقابل، فالدفاع يجب أن يكون بالقدر المناسب لدرء الاعتداء، لذلك فإن تنفيذ الالتزام بحسن النية يقتضي أن يكون الامتناع عن تنفيذ الالتزام متناسبا مع الالتزام المقابل الذي لم يتم تنفيذه. ومن سوء النية تجاوز الامتناع عن التنفيذ حدود وقدر الإخلال بالالتزام المقابل، ومن قبيل التعسف في استعمال الحق في الامتناع المشروع عن التنفيذ إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة إلى جملة الالتزام، فلا يتماشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم تنفيذ هذا الجزء لامتناع الدائن عن وفاء ما عليه⁽³⁾.

اتجه القضاء المصري منذ بواكير أحكامه إلى اعتبار المتعاقد متعسفا في استعمال حقه في الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الجزء الذي لم ينفذ من التزام خصمه قليل الأهمية، فقد قضت دائرة العرائض بعدم أحقية المستأجر في الامتناع عن دفع القيمة الإيجارية لعدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالضمان⁽⁴⁾. قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع، فلا يباح للعاقد أن يتمسك به 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 نية، وإنما يكفي في هذه الحالة إنقاص التزامه إلى الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ المادة 1104 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131، والمادة 148 ق.م.م، والمادة 107 ق.م.ج.

⁽²⁾ المادة 5 من القانون المدني المصري، وفي المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

⁽³⁾ حسام الاهواني، المرجع السابق، ص 547 و548.

⁽⁴⁾ نقض مدني، جلسة 1966/05/10، مجموعة احكام النقض، س17، رقم 141، ص1040.

⁽⁵⁾ نقض مدني، جلسة 1964/05/10، طعن رقم 224 لسنة 31 ق6، مجموعة أحكام النقض، س17ق، ص1040.

ومسألة تقدير مدى التناسب وأهمية التنفيذ يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فإخلال المؤجر بالالتزام بالصيانة لا يبزر حبس كل الأجرة وإنما جزء منها يتناسب مع قيمة الترميمات اللازمة، وفي عقد المقاول يكون الامتناع عن دفع مستحقات المقاول في حدود قيمة الإصلاحات اللازمة للتنفيذ المعيب، والإخلال بجزء ضئيل جدا من الثمن لا يبزر التمسك بالدفع، فلا يجوز لشركة الكهرباء مثلا أن تقطع التيار عن مشترك بحجة أنه لم يدفع مبلغا تافها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

يجب ألا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى مسلك المتمسك بالدفع

لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان عدم التنفيذ راجعا لمسلك المتمسك بالدفع، فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه المقابل لهذا الالتزام الذي يدعى عدم تنفيذه، أو إذا كان هو السبب في عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المتعاقد الذي أخل بالتزامه عمدا وقصر في الوفاء به وجدد تعهده وأعرب عن نيته في عدم التنفيذ، لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل⁽²⁾. ولا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتمسك به هو البادئ بعدم التنفيذ كما لو تراخى في تقديم المستندات اللازمة مما جعل نقل الملكية عسيرا أو عدم الوفاء بمستحقات المقاول. كما لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتمسك به قد تسبب في عدم تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر، كما لو تراخى في تحديد المواصفات التفصيلية اللازمة لقيام البائع بالالتزام بالتسليم أو رفض فحص الشيء تمهيدا لتسليمه. ولا محل للتمسك بالدفع إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى عدم تعاون المتمسك بالدفع مع المتعاقد الآخر مثل رفض إعطاء مخالصة بما يدفع له أو عدم سعيه للمطالبة بالثمن⁽³⁾.

المبحث الثالث

كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

المستقر عليه قضاء وفقها في فرنسا ومصر والجزائر أن يُترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير الطرف المتمسك به، ومن ثم لا يشترط اللجوء إلى القضاء أو الاعذار للتمسك به، وسنعرض الصور القضائية التي يتخذها الدفع بعدم التنفيذ، ثم نحدد صاحب الحق في أعمال هذا الدفع وموانع التمسك به من خلال المطالب الآتية:

¹⁾ Ghestien. (J), Op cit, p363.

²⁾ حسام الاهواني، المرجع السابق، ص549.

³⁾ Ghestien. (J), Op cit, p362.

المطلب الأول

الصور القضائية للدفع بعدم التنفيذ

الأصل أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتطلب رفع دعوى، فيكفي أن يتمتع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه متى أخل خصمه بالتزامه المقابل، وهنا تتجلى الطبيعة الخاصة غير القضائية للدفع بعدم التنفيذ كوسيلة دفاعية، ولم تتضمن المواد 1219 و1220 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 والمادة 161 ق.م.م. والمادة 123 ق.م.ج أية إشارة لكيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

ومع هذا يتخذ الدفع بعدم التنفيذ ثلاث صور قضائية أولها عندما يرفع المتمسك بالدفع دعوى مبتدأة يطلب فيها من القضاء إقرار حقه في التمسك بالدفع⁽¹⁾. وثانيها إذا رفع خصم المتمسك بالدفع دعوى يطالب فيها المتمسك بالدفع بتنفيذ التزامه، فيطالب المتمسك بالدفع من المحكمة إقرار حقه في التمسك بالدفع، وفي هذه الحالة يتخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة دفع موضوعي، و للقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع أي يقر دفعه أو يرفضه، فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعي بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته⁽²⁾.

وقد يأخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة إشكال في التنفيذ، وذلك إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ الالتزام⁽³⁾. وسنتناول الدفع بعدم التنفيذ في صورة دفع موضوعي، ثم صورته كإشكال في التنفيذ وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ في صورة دفع موضوعي

عند رفع الدعوى من قبل أحد طرفي العقد يطلب فيه إلزام مدينه بتنفيذ التزامه، فلا يسوغ للمحكمة إعمال الدفع بعدم التنفيذ ما لم يطلب ذلك صراحة صاحب الحق فيه، فللطرف الآخر أن يدفع ادعاء المدعي فيه بالدفع بعدم التنفيذ.

⁽¹⁾ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 44 و45.

قضت محكمة النقض بأنه: "ولئن كان المعتمس بالحق في الامتناع عن التنفيذ في غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق، بل له أن يترصب حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ، إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد إلى حقه هذا إذا ما أنكر عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته، وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع من خطأ في تقدير هذا المدى، ذلك أنه لكل ذي دعوى تحميه من الاعتداء وتقرره عند المنازعة فيه". نقض مدني 1965/11/11، المجموعة، السنة 16، رقم 159، ص 1018.

⁽²⁾ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 550.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، (العقد)، المرجع السابق، ص 1117.

وعليه وبما أن الدفع بعدم التنفيذ هو دفع يمارسه المتمسك به فالسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو إلى أي نوع من الدفوع ينتمي الدفع بعدم التنفيذ؟

وللإجابة على هذا السؤال نوضح بأن فقه المرافعات يقسم الدفوع إلى ثلاثة أقسام هي دفوع موضوعية ودفوع شكلية ودفع بعدم القبول.

فالدفوع الموضوعية هي التي توجه إلى الحق الذي يطالب به المدعي سواء تعلقت بأصل وجوده أو بمداه أو بانقضائه. أما الدفوع الشكلية فهي الدفوع التي توجه إلى صحة إجراءات الخصومة أو اختصاص المحاكم. والدفع بعدم القبول هو الذي يوجه إلى وسيلة حماية الحقوق، وهي الدعوى، فهي بمثابة إنكار حق المدعي في إقامتها.

وبالنسبة للدفع بعدم التنفيذ فهو لا يتوجه إلى صحة إجراءات الخصومة ولا اختصاص المحاكم، وعليه فلا يعد دفعا شكليا. كما أنه لا يوجه ضد الحق في رفع الدعوى، ولذلك لا يعد أيضا دفعا بعدم القبول وبذلك تبقى الدفوع الموضوعية وقد اعتبر جانب كبير من الفقه الدفع بعدم التنفيذ من الدفوع موضوعية⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية التي اعتبرت حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ دفوعا موضوعيا وبالتالي لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، فقد قضت في حكمها الصادر في 1957/12/10 بأن: "مجادلة الطاعنة في جدية الأسباب التي تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه في ذلك على أسباب سائغة ولها سندها في الأوراق وتكفي لحمله"⁽²⁾.

وإن كان الدكتور جبري محمد حبيب⁽³⁾ ذهب إلى أن الدفع بعدم التنفيذ لا ينتمي إلى أي من الدفوع الثلاثة السابقة الذكر، إنما هو دفع وقتي أو تأجيلي يرمي إلى تأجيل تنفيذ الالتزام، حيث سيتوقف العقد أو الالتزام عن إنتاج أثره حتى يبادر المدين إلى التنفيذ، ويكون الغرض من التمسك به هو منع الحكم بالمطلوب، ولكن هذا المنع ليس منعا مطلقا وإنما هو منع مؤقت⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، ج1، الدفوعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص1039؛ عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص791؛ مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص608؛ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، القاهرة، 2002، ص248.

⁽²⁾ حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1957/12/10. مشار إليه لدى: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص862.

⁽³⁾ جبري محمد حبيب، وسائل الضغط الخاص الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص23.

⁽⁴⁾ استند هذا الرأي إلى قول الفقيه Lois Boyer: "إن الدفع بعدم التنفيذ وإن كان يسمح بتحقيق التوازن بين الأطراف، إلا أنه لا يؤدي إلى هدم العقد، حيث يسمح فقط بتأجيل تنفيذه، فالدفع يعد دفعا مؤقتا وليس ذا مدى نهائي".

Boyer Lois, Dalloz encyclopédie juridique, 1982, N°261, p25.

ومن جانبنا نرى أن الدفع بعدم التنفيذ هو دفع موضوعي لأنه يتعلق بموضوع الدعوى وهو مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، والتمسك به يريد رد هذه الدعوى والحيلولة دون القضاء لصالح المدعي وهو ما يتوافق مع تعريف الدفوع الموضوعية⁽¹⁾. ونص عليها المشرع الجزائري في المادة 48 ق.إ.م.إ.ج⁽²⁾ كما نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 71 ق.إ.م.ف⁽³⁾.

ولما كان الدفع بعدم التنفيذ دفعا موضوعيا فإنه يخضع إلى ذات أحكام هذا الأخير، ويشترط لقبوله ما يشترط لقبول الدعوى بصفة عامة⁽⁴⁾، وهو أمر بديهي فالدفع ليس إلا وسيلة لممارسة الدعوى إلى جانب الطلبات القضائية.

ويمكن للمدعي عليه التمسك بالدفع لرد خصمه سواء بالطور الابتدائي أو الاستئنافي⁽⁵⁾، وعلى محكمة الاستئناف إن هي تعهدت بالنزاع أن تفصل في هذا الدفع حتى وإن وقع التمسك به لديها لأول مرة ولا يعد التمسك به من باب الطلبات الجديدة، وبالتالي للمدعي عليه أن يتمسك به حتى وإن سبق له أن أثار دفوعا شكلية، ولا يعتبر تنازلا عن الدفع بعدم التنفيذ مجرد تقديم دفع آخر عليه⁽⁶⁾.

ويترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم التنفيذ إنهاء النزاع في أصل الحق المدعى به، ويحرز الحكم متى أصبح باتا حجية الأمر المقضي به، فلا يجوز تبعا لذلك طرح النزاع مرة أخرى أمام المحكمة المصدرة له أو أي محكمة أخرى⁽⁷⁾. فإذا نوزع فيه مرة أخرى أمام هذه المحاكم أمكن دفع المنازعة بعدم جواز نظرها لسبق الفصل في موضوعها، وهو دفع متعلق بالنظام العام وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽⁸⁾.

ويستتفد الحكم الصادر في الدفع بعدم التنفيذ سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى، فإذا طعن في هذا الحكم أمام المحكمة الاستئنافية وقررت هذه المحكمة إلغائه بسبب بطلانه -على سبيل

⁽¹⁾ حول تعريف الدفوع الموضوعية:

- SOULS. (H).et PERROT.(R), Droit judiciaire privé, T1, paris, 1961, p281.
- GLASSON. (E). et TISSIER.(A), Procédure civile, T1, 2^e 2d, 1980, p79.
- LACOSTE. (L), Précis élémentaire de procédure civile, Bordeaux, 1983, p46.

أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ص210؛ وجدي راغب، المرجع السابق، ص489؛ أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص289.

⁽²⁾ تنص المادة 48 ق.إ.م.إ.ج على أنه: "الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"

⁽³⁾ L'article 71 de code procédures civiles «Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire».

⁽⁴⁾ معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص15.

⁽⁵⁾ والي فتحي، المرجع السابق، ص485 و486؛ أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص289 و290.

⁽⁶⁾ مصطفى صخري، المرافعات المدنية والتجارية والجبائية في القانون التونسي والمقارن، بدون دار نشر، 2001، ص705.

⁽⁷⁾ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص213.

⁽⁸⁾ أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص332.

المثال- تعين عليها أن تفصل في الموضوع لا أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة التي فصلت فيه واستنفذت بذلك ولايتها وسلطتها بالنسبة لهذا الموضوع⁽¹⁾. وآية ذلك أن إبداء الدفع بعدم التنفيذ هو في واقع الأمر تعرض للموضوع، والحكم فيه يعتبر صادرا في موضوع الدعوى، واستئنافا يعيد الموضوع وبقوة الأثر الناقل أمام المحكمة الاستئنافية، فيتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى⁽²⁾. ولا يمكن للخصوم التمسك أمام محكمة النقض (المحكمة العليا) لأول مرة بأي دفع موضوعي لم يقع التمسك به سابقا أمام محكمة الموضوع، فالدفع لا يمكن إثارته لأول مرة لدى محكمة النقض إذا كان لا يتعلق بالنظام العام.

ومن المعلوم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يتعلق بالنظام العام لا سيما وأن للأطراف التنازل عنه صراحة وذلك بتغيير نظام تنفيذ الالتزامات، كما أنه ليس للمحكمة أن تتمسك بأي دفع موضوعي لم يقع التمسك به من المدعى عليه⁽³⁾. ويكون المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند تعهد المحكمة بفسخ العقد أو تنفيذه في وضعية المدعى عليه، لذلك وعملا بقواعد الإثبات يتحمل الدائن (الطالب) عبء إثبات دينه، كما يتحمل المتمسك بالدفع عبء إثبات تحقق شروط إثارة الدفع⁽⁴⁾. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "في العقود الملزمة للجانبين على الطرف الذي يرفض التنفيذ لإخلال معاقده بما عليه إثبات الإخلال إضافة إلى إثبات توفر بعض الشروط في دينه⁽⁵⁾. غير أنه يصعب في بعض الأحوال إثبات امتناع المدين عن التنفيذ فيتدخل القاضي ليطالب من هذا الأخير إثبات قيامه بالتنفيذ كالإزام البائع بإثبات تسليمه للمبيع وتوابعه⁽⁶⁾."

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الإشكال

يأخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة إشكال في التنفيذ إذا ما قضى الحكم لكل من الطرفين بحق معين قبل الآخر وأراد أحدهما تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه، جاز للآخر أن يتمسك في نطاق الإشكال بالدفع بعدم التنفيذ ويجيبه إلى ذلك قاضي الأمور المستعجلة إذا ما استبان له جدية القول بتوافر شروط ذلك الدفع وذلك أخذاً من ظاهر المستندات⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ وجدي راغب، المرجع السابق، ص 486.

⁽²⁾ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 215.

⁽³⁾ الأصل في الدفع الموضوعية أنها لا تتعلق بالنظام العام بل هي تتعلق بالمصالح الخاصة، ولصاحبها أن يتمسك بها أو أن يسقط حقه في ذلك عن طريق عدم التمسك بها في الوقت المناسب وبالشكل الخاص بذلك. أما إذا تعلق بالنظام العام فيجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بها كما يجوز للمحكمة إثارتها والقضاء فيها من تلقاء نفسها. أحمد هندي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 258.

⁽⁴⁾ OUDIN.(M), Charge de la preuve, JCL,CIV, Art1315 et 1315-1, fasc20, 8-2005, p10.

⁽⁵⁾ Cass .Com, 27octobre1981, Bull, Civ, 1981,IV, n°372.

⁽⁶⁾ Cass.Com, 11décembre 2001, Juris-data, n°2001-012381.

⁽⁷⁾ PLANIOL.(M) et RIPERT.(G), Op cit, N°627.

لم يعرف المشرعون الفرنسي والمصري والجزائري إشكالات التنفيذ وإنما نصوا عليها في المواد من 1-151 إلى 4-151 ق.إ.م.ف، والمواد من 631 إلى 635 من ق.إ.م.إ.ج، والمواد من 312 إلى 315 ق.م.م.

وقد تعددت آراء الفقهاء حول تعريف إشكالات التنفيذ بحسب اختلاف المعيار الذي اعتمد عليه أو الزاوية التي نظر إليها⁽¹⁾، ومع تعدد التعريفات إلا أنها تتفق على أن إشكالات التنفيذ هي التي تنشأ بسبب التنفيذ الجبري، ويشترط أن تكون منازعة التنفيذ منصبية على إجراء من إجراءات التنفيذ أو مؤثرة في سير التنفيذ وإجراءاته، ويطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق إذا كانت منازعة موضوعية، أو يطلب فيها إجراء مؤقت يتمثل في وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً مع عدم المساس بالحق الموضوعي لحين الفصل في موضوع التنفيذ إذا كانت المنازعة وقتية.

ولما كان المتمسك بالدفع في نطاق الإشكال يسعى لوقف تنفيذ خصمه للحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه أي يطلب إجراء وقتياً لا يمس بأصل الحق، فإن طلبه هنا إشكال وقتي.

وعلى ذلك يجب أن يتوافر لقبول الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الإشكال ما يشترط توافره لقبول الإشكالات الوقتية، حيث يشترط لقبولها توافر الشروط العامة لقبول الدعوى⁽²⁾، ويشترط أيضاً توافر الشروط العامة لقبول دعاوى الاستعجالية و تتمثل فيما يلي:

- يجب أن تتوافر حالة الاستعجال بمعنى أن تكون هناك حاجة ملحة لحماية الحق أو المركز القانوني بالحصول على حكم مستعجل بالإجراء الوقتي المطلوب، وبالنسبة لإشكالات التنفيذ لم ينص القانون على ضرورة توافر شرط الاستعجال فيها ولكن من المتفق عليه أن شرط الاستعجال مفترض في هذه الإشكالات ولا حاجة إلى إثباته، إذ أن إشكالات التنفيذ مستعجلة بطبيعتها، ولكن هذا الافتراض ليس مطلقاً بل يقبل إثبات العكس فيجوز للمستشكل ضده إثبات عدم توافر الاستعجال، وإن كان ذلك أمراً نادر الوقوع في العمل إلا أنه إذا أفلح المستشكل ضده في ذلك فلن يقبل الإشكال، ولن يختص به قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، لأن القاعدة العامة في اختصاص القضاء المستعجل تقضي باشتراط توافر حالة الاستعجال⁽³⁾.

⁽¹⁾ حول تعريف الإشكال في التنفيذ: فتحي والي، التنفيذ الجبري، طبعة 1980، ص 605؛ أحمد ابو الوفاء، إجراءات التنفيذ، الدر الجامعية، بيروت، 1984، ص 341؛ أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، ج 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 261؛ نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 11.

⁽²⁾ أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 507؛ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 18.

⁽³⁾ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص 32.

- رجحان وجود الحق فلا محل للحماية الوقتية إذا لم يرجح احتمال وجود الحق من جانب طالبيها، أي أن يبدو من ظاهر المستندات أحقية الطالب فيما يطلبه، فالقاضي يستدل على رجحان الحق -الذي هو الأساس القانوني للحماية الوقتية- من ظاهر المستندات دون التعمق في بحثها⁽¹⁾.

وإلى جانب الشروط السالفة الذكر هناك شروط أخرى لا بد من توافرها لقبول الدفع بعدم التنفيذ كإشكال وقتي هذه الشروط تتمثل في:

- وجوب رفع الإشكال في تنفيذ الحكم قبل تمام تنفيذه وهو شرط منطقي، إذ أن هدف الإشكال هو الوقف المؤقت لتنفيذ الحكم، فإذا كان تنفيذ الحكم قد تم فعلاً فإن رفع الإشكال لوقف تنفيذه غير ذي موضوع والاستشكال طلباً لاستمرار تنفيذه بلا معنى⁽²⁾.

وإذا كان من غير الجائز إقامة إشكال في تنفيذ الحكم بعد تمام هذا التنفيذ، فإن هذا جائز إذا كان تنفيذ الحكم قد بدأ إلا أنه لم يكتمل، ويكون الإشكال في هذا الشأن مقبولاً، شريطة ألا يكتمل التنفيذ قبل الفصل في الإشكال، إذ يترتب على ذلك عدم قبول الإشكال لانعدام المصلحة فيه ولاستحالة ترتيب أثر الحكم الصادر بوقف التنفيذ⁽³⁾.

- يجب أن يؤسس الإشكال على وقائع لاحقة على الحكم المستشكل فيه؛ فالأصل أن الإشكال لا يجدي إلا إذا كان مبناه وقائع لاحقة على صدور الحكم. أما إن كان الإشكال مبنياً على وقائع سابقة على الحكم فالمفروض أن الحكم قطع فيها، وتحول حجيته دون إعادة طرحها على القضاء إلا بطريق من طرق الطعن في الأحكام التي نص عليها القانون⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الإشكال من المحكوم عليه لا يجوز قبوله إلا إذا كان سببه قد جد بعد صدور الحكم المستشكل في تنفيذه ولما كان الدفع بعدم التنفيذ الذي يتمسك به الطاعن كان قائماً قبل صدور الحكم الذي رفع الإشكال عنه هذا الدفع يكون قد اندرج ضمن الدفع في الدعوى التي صدر فيها الحكم المذكور ومن ثم يمتنع على المحكوم ضده التحدي به على من صدر له هذا الحكم وذلك سواء كان قد دفع به في تلك الدعوى أو كان لم يدفع به"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص 510؛ سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 904.

⁽²⁾ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 19.

⁽³⁾ أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص 512.

⁽⁴⁾ سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 902.

⁽⁵⁾ نقض مدني، جلسة 1966/11/10، مجموعة المكتب الفني، س 17، ص 1673.

المطلب الثاني

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

وموانع التمسك به

بعد دراسة الصور القضائية التي يتخدها التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا بد من تحديد صاحب الحق في اعمال هذا الدفع وبيان الموانع التي تحول دون التمسك به، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تحديد صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

أعطى المشرعان المصري والجزائري لكلا المتعاقدين الحق في أن يتمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، حيث ورد في المادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج عبارة "...جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه..."، فمثلا يجوز للبائع التمسك بهذا الدفع إذا أخل المشتري بالتزامه بسداد الثمن بعد إعداره بضرورة السداد، أو مطالبته بذلك. كما يحق للمشتري أيضا أن يتمسك بهذا الدفع فيمتنع عن تنفيذ التزامه بسداد الثمن لعدم قيام البائع بتسليم المبيع، ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه، فالقاضي يجب المتعاقد الذي يتمسك بالدفع إلى وقف تنفيذ التزامه إلى أن يفي غريمه بما يجب عليه، ولكنه لا يحكم بذلك من تلقاء نفسه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يجوز لغير البائع أن يرفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن؛ لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر"⁽¹⁾.

كما يجوز لكل من الخلف العام أو الخلف الخاص التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ولا يجوز للغير أن يتمسك بهذا الدفع، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، حيث قررت بأنه: "إذا كان الدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم للجانبين مقصورا على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق ذاتهما، أو بين أحدهما وبين الخلف العام أو الخاص للآخر، وكان الطاعنون مشترو العين-لا يعتبرون من قبيل الخلف العام أو الخلف الخاص للمستأجرة السابقة- فإنه ليس لهم حق التمسك في الدفع بعدم التنفيذ طالما ليس هناك حل قانوني"⁽²⁾. وقد يتمسك كلا المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ إذا كانت التزاماتهما المتقابلة متعاصرة، أي مستحقة الأداء في وقت واحد، حيث يتعين على كل منهما تنفيذ التزامه، ومثال ذلك أن يكون الثمن في عقد البيع واجب السداد وقت العقد، وكذلك الالتزام بالتسليم. وفي هذه الحالة يمكن الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي والإيداع لمعرفة المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه⁽³⁾.

⁽¹⁾ نقض مدني، جلسة 1967/12/28، طعن رقم 260 لسنة 34ق، مجموعة أحكام النقض، س18، ص1932.

⁽²⁾ نقض مدني، جلسة 1978/04/12، طعن رقم 442 لسنة 44ق، مجموعة أحكام النقض، س29، ص1021.

⁽³⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 116-117؛ محمد حسن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 88 و 89.

فإذا تبين للقاضي تعنت أحد المتعاقدين، فإن كان المدعي رفض دعواه، وإن كان المدعي عليه حكم عليه بتنفيذ التزامه دون تعليق ذلك على شرط تنفيذ المدعي لالتزامه كما هو الأصل، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أنه: "مادامت المحكمة قد اعتبرت أن التقصير جاء من جانب المشتري دون البائع، فلا يحق للمشتري قانوناً أن يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به، وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون انقضاء البيع بالفسخ"⁽¹⁾. أما إذا كان كلا المتعاقدين متعنتاً، أو كان كلاهما لا يثق بالآخر، ولم يلجأ أحد منهما إلى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع فلا يبقى أمام القاضي للخروج من المأزق سوى أن يحكم على الطرفين بأن يودع كلا منهما ما التزم به في خزنة المحكمة، أو تحت يد شخص ثالث يتولى التسليم والتسلم، وعندئذ يتم تنفيذ الالتزامين في آن واحد⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يخل بتوافر شروط الدفع بعدم التنفيذ لجوء من يحق له التمسك بعدم التنفيذ إلى إجراءات العرض والإيداع، فاللجوء إلى تلك الإجراءات يعتبر دليلاً على حسن النية من جانب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ولكن لا يلزم للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ اللجوء إلى إجراءات العرض والإيداع، لأن هذه الأخيرة تقوم مقام الوفاء طبقاً للمادة 339 ق.م.م. والمادة 274 ق.م.ج، ويحق للتمسك بالدفع عدم المبادأة في التنفيذ، فاللجوء إلى إجراءات العرض والإيداع لا يعتبر نزولاً عن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أعطى الحق في التمسك بهذا الدفع لأحد طرفي العقد حيث ورد في المادة 1219 من الأمر رقم 2016-131 "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه..."، وورد في المادة 1220 من نفس الأمر "يحق لأحد الطرفين أن يعلق تنفيذ التزامه...".

الفرع الثاني

موانع التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

قد تتوافر كافة شروط الدفع و مع ذلك لا يستطيع التمسك به أن يستعمله بسبب وجود مانع يحول دون استعماله، كأن يكون في استعمال الدفع مخالفة للنظام العام والآداب، أو يوجد نص قانوني أو شرط في العقد يقضي باستبعاد تطبيقه، أو لم تكن هناك جدوى من التمسك به، وسنتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: استبعاد الدفع بعدم التنفيذ بموجب نص في القانون أو شرط في العقد

قد يقضي نص قانوني بعدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك مراعاة لمصلحة معينة يقدر المشرع أنها أكثر أهمية من مصلحة المتعاقد الذي يرغب في التمسك به. وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي عند إصداره القانون رقم 58-98 الصادر في 25/01/1985 بشأن تقويم المشروعات وتصفياتها قضائياً، والذي أدخل تعديلاً على نظام الإفلاس المعمول به في فرنسا.

⁽¹⁾ نقض مدني، جلسة 1951/03/08، مجموعة أحكام النقض المدني، السنة 2، ص 423.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 717 و 718.

فطبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 37 من هذا القانون لا يجوز لدائن المدين المفلس التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ليمتنع عن الوفاء بتعهداته، بالرغم من أن خصمه لم ينفذ التزاماته السابقة على إفلاسه ومع ذلك فإن المتعاقد مع المدين المفلس لا يتقبل كاهله ذلك الالتزام إلا إذا قرر أمين التفليسة تنفيذ التزامات المفلس. فقد يرى أمين التفليسة أن مصلحة جماعة الدائنين في تنفيذ العقد، ويقوم بتنفيذه فعلاً، وفي هذه الحالة يمتنع على المتعاقد أن يرفض تنفيذ التزاماته.

وقد يتفق المتعاقدان في العقد المبرم بينهما أو باتفاق لاحق على عدم جواز استعمال الدفع بعدم التنفيذ وهذا الشرط قد يتضمن عدم جواز تمسك كلا المتعاقدين أو أحدهما فقط بالدفع بعدم التنفيذ أياً كان سبب عدم التنفيذ، وقد يقتصر هذا الاستبعاد للدفع بعدم التنفيذ على بعض أسباب عدم التنفيذ دون البعض الآخر كأن يتفق في عقد البيع على أنه لا يجوز للمشتري أن يحبس الثمن إلا إذا تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 457 ق.م.م والمادة 388 ق.م.ج⁽¹⁾، وهي عدم تسليم المبيع أو تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق أو آيل من البائع، أو وجود عيب في المبيع. ومعنى ذلك أنه لا يجوز للمشتري استعمال الدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال البائع بأي التزام آخر ناشئ عن عقد البيع لا يندرج في إحدى الحالات الثلاثة المشار إليها. وهذا الشرط الاستبعادي لا خلاف على صحته متى كان صريحاً ومحدداً تحديداً كافياً حتى يتمكن المتعاقد من معرفة الحدود التي يستطيع فيها التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وتلك التي لا يستطيع فيها التحصن بالدفع، ومن ثم فلا يجوز أن يكون هذا الشرط عاماً وغير محدد، بحيث يفرغ حق المتعاقد في الاستعانة بالوسائل المقررة في التمسك بالدفع كأحد الوسائل المقررة قانوناً لحمايته من مضمونه.

ثانياً: استبعاد الدفع بعدم التنفيذ لمخالفة النظام العام والآداب

إن تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في حال إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته مقيد بالأحكام التي يكون في تمسكه به مخالفة للنظام العام والآداب، كما هو الحال بالنسبة لامتناع التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مجال الالتزامات التي تتعلق بجسم الإنسان مراعاة لحرمة، فلا يجوز مثلاً لمتعهد الجنازة الامتناع عن تسليم جثة الميت لأهله لعدم دفعهم مصاريف الجنازة⁽²⁾.

ثالثاً: استبعاد الدفع بعدم التنفيذ لعدم جدوى التمسك به

إذا كان الهدف الأساسي من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو حمل المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزامه الحال على التنفيذ، فلا جدوى من التمسك به إن لم يتحقق هذا الهدف. فمثلاً إذا ما تعهد فنان بعدم المشاركة في إحياء حفل معين، ثم أخل بهذا الالتزام وشارك في الحفل، فلا يكون هناك جدوى من لجوء المتعاقد الآخر إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بل يكون من مصلحة المتعاقد الآخر هنا أن يطالبه بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى.

⁽¹⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 90.

⁽²⁾ مصطفى عبد الحميد العدوي، النظرية العامة، للالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، 1981-1982، ص 407.

الفصل الثالث

آثار التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وانقضائه

إن لجوء المتعاقد إلى آلية الدفع بعدم التنفيذ رهين بما تتميز به هذه الآلية من مزايا، فالدفع وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، حيث أنه ليس من العدالة في شيء أن يجد أحد الطرفين نفسه مضطراً إلى تنفيذ التزامه، في حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذ التزامه، وهو أيضاً وسيلة ضغط على المتعاقد الآخر حيث أن استعماله يشعر الطرف الآخر بأنه لن يحصل على الأداء المقابل للالتزامه إلا إذا نفذ التزامه هو، فيدفعه إلى التعجيل بتنفيذ ما عليه، كما أنه وسيلة ضمان لأن من يستعمله يؤمن نفسه ضد إفسار الطرف الآخر، فيضيق على الموفى كل ما أوفى أو جزء كبير منه، وبالإضافة إلى ذلك يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة بسيطة وسريعة وغير مكلفة.

كما أن اللجوء إلى هذه الآلية رهين أيضاً بما قد يفرزه من آثار ويقصد بها ما يترتب على التمسك بعدم التنفيذ المعني، فإذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ فإنه يُرتب آثاراً بين المتعاقدين حيث يصبح التزام المتعاقد الدافع موقوفاً بحيث لا يجبر على تنفيذه. ولكنه لا يزول كما هو الشأن في فسخ العقد، وإنما يبقى كما هو دون نقص في مقداره. ولكن حقوق الممتنع عن التنفيذ لا تصل إلى حد التمسك ببيع العين الممتنع عن تسليمها والاستيفاء من ثمنها سواء كان متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ أو متمسكاً بالحق في الحبس، فالدفع بعدم التنفيذ لا يؤثر على المبيع، وإنما يظل كما هو، ولكن يترتب على الدفع تجميد التنفيذ فقط لحمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه.

ولا تقتصر آثار الدفع بعدم التنفيذ على المتعاقدين فحسب، وإنما تمتد آثاره إلى آخرين هم الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.

كذلك اللجوء إلى آلية الدفع بعدم التنفيذ رهين بعدم وجود أسباب تؤدي إلى انقضائه، وتنقسم هذه الأسباب إلى أسباب تؤدي إلى انقضائه بطريق تبعية، وأسباب تؤدي إلى انقضائه بطريق أصلي.

وسنتناول آثار الدفع بعدم التنفيذ و انقضائه من خلال مبحثين، نبين في المبحث الأول آثار الدفع بعدم التنفيذ، ونعرض في المبحث الثاني انقضاء الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول

آثار الدفع بعدم التنفيذ

متى توافرت الشروط اللازمة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ رتب آثاراً معينة، منها ما يكون فيما بين المتعاقدين، ومنها ما يكون في مواجهة الخلف العام والخاص والدائنين العاديين، وسوف نتناول آثار الدفع بعدم التنفيذ من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ تجميد تنفيذ الالتزامات وتعليقها دون أن يزيلها، ويعتبر الأثر التعليقي أو الوقفي الأثر الرئيسي والمباشر للدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾، وسنتناول الأثر الوقفي، ثم مآل الوضعية المؤقتة التي يحدثها هذا الأثر من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الأثر التعليقي أو الوقفي

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ تجميد تنفيذ الالتزامات وتعليقها دون أن يزيلها كما في الفسخ، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالأثر التعليقي أو الوقفي. وإذا كان الفقهاء قد حددوا مفهوم التعليق إلا أنهم لم يتفقوا على كم الالتزامات المعلق، وسنحاول تحديد مفهوم الأثر التعليقي وتحديد كم الالتزامات المعلق على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الأثر التعليقي:

استخدم الفقهاء عبارة الوقف أو التعليق، ولا فرق بين العبارتين باعتبار أن تعليق العقد هو وقف تنفيذه وفي النظرية العامة للعقود الملزمة للجانبين هو توقيف تنفيذه من أحد المتعاقدين حتى ينفذ الآخر ما عليه. والتعليق هنا يخص الالتزامات الواقعة على عاتق المتمسك بالدفع، أما الالتزامات المقابلة لها فلا تعلق ويبقى المدين ملزماً بتنفيذها جزاء إخلاله⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ يؤدي بكل بساطة إلى تعليق تنفيذ التزام المتعاقد المتمسك به إلى حين تنفيذ الطرف الآخر ما عليه من التزامات، فالدفع بعدم التنفيذ يسمح فقط بتأجيل تنفيذ العقد، وبذلك هو دفع وقتي، وليس ذا مدى نهائي⁽³⁾. وقد أخذ بهذا المعنى الدكتور عبد الحي حجازي في قوله: "إن الأثر الجوهرى للدفع بعدم التنفيذ هو أن يوقف الدائن تنفيذ التزاماته، كما لو كان متمتعاً بأجل واقف. ويكون الدائن في موقف دفاعي"⁽⁴⁾. وذهب الدكتور حسين النوري إلى أنه: "يلاحظ أن الدفع بعدم التنفيذ ليس فيه أي مساس بالعقد. فالعقد لا يفسخ ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه. ويكفي أن ينفذ أحد الطرفين التزامه ليسقط حق الآخر في التمسك بهذا الدفع"⁽⁵⁾.

¹⁾ DUBUISSON. (B) et TRIGAUX.(J-M), L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétentention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, Thèse, Paris, 1914, p92.

²⁾ CHAFFAI.(M-M), Op cit, p217

³⁾ Aubry .(C) et Rau. (C) par Partin (E) , Cours de droit civil français, T12, 5 éd,1922 , No 747

⁴⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 1095.

⁵⁾ حسين النوري، نظرية الالتزام، المصادر، مكتبة عين شمس، مطبعة الرسالة، القاهرة، ب.ت.ن، ص 263.

ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ نتيجة أثره التعليقي وسيلة دفاعية ووقائية بيد الدائن تمكنه من تعطيل الطلب غير القضائي للمدين الهادف إلى الحصول على التنفيذ⁽¹⁾، أو مواجهة الدعوى الهادفة إلى التنفيذ أو فسخ العقد⁽²⁾، وبهم الأثر التعليقي للدفع بعدم التنفيذ التزامات المتمسك به سواء تعلق موضوعها بالالتزام بتسليم عين أو تعلق الالتزام بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن العمل. فإذا كان وقف التنفيذ يتعلق بالالتزام بتسليم عين، فإن لمثير الدفع أن يقوم بحبس الشيء حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر⁽³⁾ سواء كان هذا الشيء ماديا أو غير مادي، على أنه ليس للدائن في فترة التعليق أن يستعمل الشيء لغرض شخصي أو أن يستولي على غلته بل عليه أن يقدم حسابا عنها⁽⁴⁾، وتطبيقا لذلك تقول محكمة النقض المصرية: "...يجب على الحابس أن يبذل في حفظه (الشيء المحبوس) من العناية ما يبذل الرجل المعتاد، ويكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه، إلا إذا كان ذلك بسبب قهري قیاسا على القاعدة المقررة في الحيازة... لاتحاد العلة في الحالتين"⁽⁵⁾. ويجب عليه أيضا أن يحافظ على الشيء المحبوس⁽⁶⁾، وإذا أنفق عليه مصاريف ضرورية أو نافعة أمكنه استردادها⁽⁷⁾، وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء لبيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 1119 ق.م.م والمادة 971 ق.م.ج وينتقل الحبس من الشيء إلى ثمنه⁽⁸⁾. وإذا هلك الشيء أو تلف في هذه الفترة لسبب أجنبي تحمل المدين تبعه ذلك⁽⁹⁾.

وإذا كان وقف التنفيذ يتعلق بغير التزام بتسليم عين، وهو الالتزام بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن العمل، فإذا كان الالتزام بإعطاء كالتزام البائع بنقل الملكية، يحق لهذا الأخير الامتناع عن تسجيل العقد وإذا كان التزاما بعمل كالتزام المتعاقد بأداء خدمات أو صنع أشياء كان له أن يمتنع عن ذلك العمل. وإذا كان التزاما بالامتناع عن عمل كالتزام بعدم إحياء حفل معين في زمن معين لقاء مبلغ مالي، أمكن للمتعاقد أن يوقف التنفيذ وذلك بإحياء الحفل عند عدم دفع ذلك المبلغ.

¹⁾ STORCK. (M), Art pré, p6.

²⁾ STORCK. (M)., Note sous Cass.Civ, 15décembris1993,D.1994,Jurisprudence, p462.

³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الاول (العقد)، المرجع السابق، ص1019.

⁴⁾ كان المشروع التمهيدي لنص المادة 247 من القانون المدني المصري يجري على النحو التالي: "...وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن رهن الحيازة". أنور سلطان، المرجع السابق، ص289.

⁵⁾ نقض مدني، جلسة 1955/12/18، مجموعة أحكام النقض، س6، ص1545؛ نقض مدني، جلسة 1966/12/15، مجموعة أحكام النقض، س17، ص1926.

⁶⁾ الفقرة الثانية المادة 247 ق.م.م والمادة 201 ق.م.ج.

⁷⁾ الفقرة الثانية من المادة 246 ق.م.م ومن المادة 200 ق.م.ج.

⁸⁾ الفقرة الثالثة المادة 247 ق.م.م والمادة 201 ق.م.ج.

⁹⁾ تنص المادة 460 ق.م.م والمادة 391 ق.م.ج على انه: "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع...".

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يمكن وقف الالتزام فيها لأنها تتنافى مع مفهوم التعليق، حيث أنها تؤدي إلى نتائج مستمرة لا يمكن تجاوزها، كما لو التزم شخص بعدم منافسة تاجر آخر في مكان معين أو سلعة معينة لقاء مبلغ من المال، فإذا تأخر التاجر عن دفع المال المتفق عليه لا يسع المتعاقد الأول إلا خرق الالتزام عبر المنافسة ويكون فسحا للعقد لا وفقا له. وينطبق هذا الحكم على الالتزام بعمل إذا كان القيام به واجبا في وقت محدد وإلا فالتزام الغرض المقصود منه. كما لو التزم شخص بصنع بعض الأشياء لشخص ثان قصد عرضها في معرض معلوم الزمان والمكان. فإذا أوقف الصانع تنفيذ التزامه إلى حين فوات ميعاد المعرض لأنه لم يتوف أجره يكون ذلك فسحا لا تعليقا له⁽¹⁾.

وإذا كان الأثر التعليقي للدفع بعدم التنفيذ في العقود الفورية التنفيذ لا يؤدي إلى تعديل مقدار الالتزام حيث أن الالتزام يبقى بمقداره المتفق عليه، ذلك أنه إذا عاد المتمسك بالدفع إلى تنفيذ التزامه، فإنه ينفذه بذلك المقدار دون نقص فيه، فإن ذلك لا يسري في عقود المدة، وقد أخذ بهذا المعنى الدكتور عبد الحي حجازي: "نرى أنه من الأوفق في هذا الصدد أن نفرق بين عقد فوري التنفيذ وعقد المدة، ففي العقد الفوري يكون دائما للدفع بعدم التنفيذ مجرد أثر تأجيلي، فمركز المتعاقدين واحد قبل وبعد إبداء الدفع بعدم التنفيذ فإذا امتنع البائع مدة من الزمان عن تسليم المبيع لا يترتب على ذلك أي تعديل في كم التزامه، فكم المبيع بعد مرور شهرين على إبداء الدفع هو نفسه قبل مرور هذين الشهرين وكذا الحكم بالنسبة لالتزام المشتري بدفع الثمن. أما بالنسبة لعقد المدة، وعلى الأخص العقد المستمر التنفيذ فلا يقتصر أثر الدفع على مجرد الأثر التأجيلي، بل أنه ينقص من كم التزام المتعاقد بقدر مدة استعمال الدفع، فإذا قطعت الشركة التيار الكهربائي عن المتعاقد بسبب تخلفه عن دفع ثمن الاستهلاك، واستمر الانقطاع مدة من الزمان، فلا يعد هذا فسحا وإنما هو دفع، ولكن يترتب عليه محو جزء من كم العقد بقدر مدة استمرار قيام الدفع"⁽²⁾.

ويذكر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أيضا: "إن الالتزام الذي يوقف تنفيذه دون نقص في مقداره لا يصدق على عقود المدة. فهذه العقود يؤدي وقف تنفيذ الالتزام فيها إلى نقص في مقدار الأداء الواجب بقدر الزمن الذي وقف التنفيذ خلاله، إذ أن الزمن معقود عليه في هذه العقود، فلا يمكن استيفاء الأداء إلا مقرونا بالزمن، وما مضى من الزمن بسبب وقف التنفيذ لا يمكن تعويضه فلو أن المستأجر تأخر عن دفع الأجرة فامتنع المؤجر عن تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة من الزمن، فإن المؤجر أثناء هذه المدة يعتبر أنه لم ينفذ التزامه نهائيا لا مؤقتا، وبذلك ينقص التزام المؤجر بهذا المقدار"⁽³⁾.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المتمسك بالدفع لا يكون مسئولا عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ. وبهذا المعنى قال الدكتور عبد الودود يحي أنه "إذا توافرت شروط التمسك

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص 1019.

⁽²⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 356.

⁽³⁾ عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج 3، آثار العقد وانحلاله،

بالدفع بعدم التنفيذ، كان لمن يتمسك به أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، وهو امتناع مشروع، فلا يترتب عليه مسئولية عن الأضرار التي تلحق الطرف الآخر نتيجة هذا الامتناع⁽¹⁾.

كما ذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي إلى "إن امتناع المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن أداء التزامه إلى أن يفي غريمه بما عليه نحوه. هو حق له طالما أن شروط الدفع متوافرة. ومن ثم فهو لا يعد مقصراً، بل إن امتناعه عن تنفيذ التزامه هنا لا يرفع عن غريمه وصمة التقصير في أداء التزامه هو ويترتب على ذلك أن الاعتصام وراء الدفع بعدم التنفيذ لا يمنع العاقد من أن يطالب غريمه بالتعويض إذا كان هو المقصر في الوفاء بالتزامه"⁽²⁾.

ثانياً: تحديد نطاق تعليق الالتزامات

تكتسي مسألة تحديد نطاق تعليق الالتزامات أهمية بالغة، فطالما مثلت مصدراً لاختلاف فقهي وفقه قضائي وحاجزاً أمام بلورة نظام قانوني واضح للدفع بعدم التنفيذ، ولدراسة هذا النطاق نطرح الإشكال الآتي: هل يمكن للمتعاقد تعليق تنفيذ كامل التزاماته والحال أن إخلال المتعاقد الآخر لم يشمل إلا جزء من التزاماته، أم أن شرط التناسب بين التعليق وعدم التنفيذ يبقى ضرورياً؟

يعتبر تعليق المتعاقد لالتزامه إعمالاً للدفع بعدم التنفيذ بمثابة الرد على نكول المتعاقد الآخر، ونظراً لوجوب التناسب بين الدفاع والهجوم، يقر الأستاذ (J-F).PILLEBOUT ضرورة التناسب بين امتناع الطرف الدافع عن تنفيذ التزامه من جهة، وجسامة إخلال الطرف المدفوع ضده من جهة أخرى، ويؤسس هذا التناسب من خلال المقارنة بين الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة دفاعية والدفاع الشرعي المعروف في القانون الجنائي والذي يشترط لإقراره التناسب بين الفعل ورد الفعل، وجب حينئذ أن يكون الإخلال جسيماً بما يكفي لتبرير الامتناع عن تنفيذ الالتزامات⁽³⁾. ويتوافق هذا القول مع مبدأ حسن النية في المادة التعاقدية والمساواة بين طرفي العقد واللذان يقتضيان منع مثير الدفع من تعليق تنفيذ التزامه بصفة كلية في مواجهة المتعاقد الذي لم يخل إلا بجزء بسيط من التزامه.

والحقيقة أن اشتراط تناسب التعليق مع الإخلال لم يحرز إجماعاً فقهيّاً نظراً لهشاشة الأسس المقترحة وعدم تلاؤم نتائجها مع خصائص الدفع بعدم التنفيذ. ذلك أن القول بالتناسب بالرجوع إلى تعريف الدفاع الشرعي غير مقبول إذ أنه يجعل من الدفع مجرد فعل مادي وجسدي متناسياً خصوصيته التعاقدية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص201.

⁽²⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ناشر، 1983، ص633.

⁽³⁾ PILLEBOUT. (J-F), Op cit, p212.

⁽⁴⁾ MALECKI. (C), Op cit, p294 et 295.

ومن ناحية أخرى، يتعارض التدرج في التعليق مع وظيفتي الضغط والضمان اللذين يؤديهما الدفع بعدم التنفيذ، إذ يفترض الدفع عدم تجزئة الالتزامات المتقابلة وهو شرط أساسي لتحقيق هاتين الوظيفتين⁽¹⁾، فكل جزء من التزام المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يضمن تنفيذ كامل التزام المتعاقد الآخر⁽²⁾.

وفي ظل غياب نص خاص بالدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي القديم ذهبت الأستاذة MALECKI إلى أنه في غياب الموانع النظرية للقول بعدم ضرورة تناسب التعليق مع الإخلال، إذ لا يوجد نص يفرض عكس ذلك. كما أن شروط الدفع تكرر بصفة ضمنية عدم التناسب باعتبار أنها لا تقيد الدائن بزمن محدد ولا تستوجب الإنذار أو إثبات جسامته الإخلال. هذا إضافة إلى أن القاضي لم يعتمد مبدأ التناسب في حالات عديدة ومنها حين يتعلق الأمر بإعمال المادة 1653 من القانون المدني الفرنسي، أو حين يتعلق الالتزام الموقوف بتسليم عين حيث يقوم المتعاقد بحبس تلك العين حتى يستوفي حقه. كما أن الأحكام التي ترفض الدفع ترتكز أساساً على عدم توفر أحد شروطه، لا على أساس الشكل الذي يتخذه الامتناع عن التنفيذ. ورغم أن التناسب في التعليق ليس ضرورياً، فإن القاضي يقوم في مرحلة لاحقة بمعاينة موقف مثير الدفع وبالتثبت من مدى ملاءمته وتناسبه مع إخلال المدين وذلك بهدف تحديد مآل العلاقة التعاقدية⁽³⁾. أما بعد صدور الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وأثبات الالتزامات، نجد أن المشرع الفرنسي في المادتين 1219 و1220 من هذا الأمر اشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون عدم التنفيذ جسيماً بما فيه الكفاية، ولم يتعرض لمسألة التناسب بين التعليق والإخلال بتنفيذ الالتزامات رغم ما أتاحه إصدار هذا الأمر من فرصة لتدارك هذا النقص. ولم يتطرق المشرعان المصري والجزائري أيضاً في نصي المادتين 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج لمسألة التناسب بين التعليق والإخلال بتنفيذ الالتزامات.

الفرع الثاني

مآل الوضعية التعاقدية

يؤدي الدفع بعدم التنفيذ بمجرد التمسك به إلى إنشاء وضعية مؤقتة وجب وضع حد لها⁽⁴⁾ فما هو إلا أداة تؤدي إلى تجميد مؤقت للرابطة التبادلية في انتظار حدث جديد من شأنه إنهاء هذه الوضعية. ويميز أحد الفقهاء بين الآثار التي عول عليها الأطراف أو التي أرادوا تحقيقها، وتلك التي يمكنهم الحصول عليها بصفة فعلية، فعادة ما يهدف المتمسك بالدفع إلى الحصول على تنفيذ الالتزام المقابل وبالتالي التنفيذ الكامل للالتزامات التبادلية. إلا أنه إذا لم يتسن له ذلك فإن الالتزامات لا تبقى معلقة إلى ما لا نهاية⁽⁵⁾.

¹ STORCK. (M), Mise en œuvre et effets de l'exception d'inexécution, JCL. CIV.5-2003, Art 1184, fasc. 20, p7.

² CASSIN.(R), Op cit, p633.

³ MALECKI(C), Op cit, p299.

⁴ DUBUISSON.(B). et TRIGAUX.(J-M), Op cit, p99.

⁵ MALECKI.(C), Op cit, p305.

وتستوجب دراسة مآل الوضعية المؤقتة التي يحدثها الأثر التعليقي التعرض إلى الصورة التي يتمكن فيها المتمسك بالدفع من الحصول على تنفيذ المدفوع ضده لالتزاماته، وتلك التي يكون فيها إخلال هذا الأخير نهائياً. وسنبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: تنفيذ المدفوع ضده لالتزاماته

إن الدفع بعدم التنفيذ يهدف بالأساس -من خلال الأثر التعليقي- إلى استئناف العلاقة التعاقدية وتحقيق إرادة الأطراف في الحصول على التنفيذ العيني للالتزامات، فهو يوفر الظروف التي من شأنها المساعدة على استئناف هذه العلاقة، حيث أنه يُبقى بفضل أثره التعليقي على العقد كيفما اتفق عليه الأطراف دون مساس بمحتواه مانعاً المتمسك به من إثبات ما قد يجعل التنفيذ مستحيلاً⁽¹⁾.

ويهدف أيضاً إلى حمل المدين على تنفيذ التزاماته وحثه على التنفيذ حتى يتحصل على مقابل التزامه من الدائن، وإلا فلا مطمع له في إلزامه بأي شيء⁽²⁾، فأمام امتناع الطرفين عن التنفيذ، فإن الطرف الآخر علماً منه بأنه لا يمكنه الحصول على المنافع التي عول عليها دون إعطاء المنافع التي وعد بها قد يسعى جاهداً لتنفيذ التزامه⁽³⁾، ويؤدي هذا التنفيذ -إن تم- إلى وضع حد لفترة التعليق وإلى استئناف الالتزامات التعاقدية.

وتفترض هذه الوظيفة الإكراهية وجود إمكانية للتنفيذ، أما إذا استحال التنفيذ وكانت الاستحالة نهائية أو إذا لم يعد للتنفيذ جدوى فإن الضغط يفقد جدواه.

وتختلف فعالية الضغط المسلط على المدين بحسب درجة الإخلال، فإذا تعلق الإخلال بكامل الالتزام فإن المفعول الإكراهي يختلف حسب مصلحة المتعاقد المرتبطة بقيمة المنافع التي قد يتحصل عليها إن هو قام بتنفيذ التزامه⁽⁴⁾. وتجدر الإشارة إلى أن الخسارة التي يتعرض لها المتعاقد المخل في هذه الحالة هي مجرد خسارة سلبية فهي تتعلق بعدم الحصول على المنافع الموعود بها، وقد تكون هذه الوضعية الناتجة عن الإخلال مريحة له لا سيما وأنه المتسبب الأول فيها⁽⁵⁾. وفي صورة تعلق الإخلال بجزء من الالتزام، فإن المفعول الإكراهي للتعليق يختلف بحسب أهمية الجزء المنفذ، فكلما كان هذا الجزء كبيراً زاد مفعول الضغط⁽⁶⁾.

كما يختلف هذا المفعول بحسب وجود بداية تنفيذ من قبل المتعاقد المتمسك بالدفع وحسب أهمية هذا التنفيذ، ذلك أنه كلما بدأ الطرف الدافع بتنفيذ التزامه وكان هذا التنفيذ هاماً كلما انخفض الضغط المسلط على الطرف المدفوع ضده.

¹) GHESTIN. (J), ART, préc, p50.

²) MAZEAUD. (H-L-J). et CHABAS(F)., Op cit, p1173.

³) CHAFFAI. (M), Op cit, p220.

⁴) CHAFFAI. (M), idem, p221.

⁵) GERBAY. (PH), Moyens de pression privés d'exécution du contrat, thèse, 1976, p219.

⁶) CASSIN. (R), Op cit, p633.

غير أنه يكفي في بعض الحالات أن يبدأ الدائن بتنفيذ التزامه حتى يجد المدين نفسه مجبرا على الوفاء، ويبرز ذلك خاصة في إطار بعض العقود المستمرة، حيث يكون المدين مجبرا على التنفيذ. فإذا ما امتنع مزود الأجهزة عالية التكنولوجيا عن القيام بالإصلاحات وصيانة هذه الأجهزة نتيجة عدم دفع معاقده ثمن الخدمات السابقة، فإن المدين يجد نفسه في وضع حرج لأن العقد يمنعه من القيام بهذه الأعمال بنفسه أو بواسطة الغير وهو ما يدفعه إلى التنفيذ⁽¹⁾.

ويمكن القول عند رضوخ المدين للجبر وذلك بتنفيذ التزامه أن الدفع قد حقق أهدافه⁽²⁾، ويؤدي هذا التنفيذ إلى وضع حد لفترة التعليق، ويستأنف العقد آثاره دون حاجة لاتفاق جديد إذ ليس للدفع أي أثر قطعي أو تجديدي⁽³⁾، وفي هذه المرحلة لا يمكن للدائن طلب فسخ العقد أو التماخي في معارضة معاقده بالدفع في ظل زوال سبب المعارضة⁽⁴⁾. فإذا ما رفض تنفيذ الالتزامات المحمولة عليه رغم وفاء معاقده فإنه يصبح بمثابة المتعاقد المخطئ المخل بالتزامه دون سبب شرعي⁽⁵⁾، وهو أمر منطقي إذ لا يمكن أن يتحول الدفع بعدم التنفيذ من وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات إلى وسيلة للتوصل من تنفيذها لا سيما وأن الدائن يتعهد بمجرد الدفع بعدم التنفيذ وبصفة ضمنية بتنفيذ التزامه حال وفاء مدينه.

ثانياً: الإخلال النهائي بالالتزامات

إذا لم يؤد الأثر التعليقي للدفع إلى تنفيذ الالتزامات المتقابلة، فإنه قد يؤدي إلى وضع يكون فيه الإخلال بالالتزامات نهائياً، ويوصف الإخلال بالنهائي لأنه لن يقع تنفيذ الالتزامات التعاقدية كيفما أراها الأطراف عند التعاقد⁽⁶⁾. ويكون إخلال المدين بالتزاماته نهائياً عندما يتمادى الإخلال في الزمن أو حينما يعبر المدين صراحة أو ضمناً عن نيته في عدم التنفيذ ما يؤدي إلى مخالفة ما سبق للأطراف الاتفاق عليه عند التعاقد.

يرى الأستاذ GHESTIN أنه من الأفضل لتحديد مآل العقد أن نعتبر أن دور القاضي لا يقتصر على إعمال الدفع، بل أنه يقوم بتحقيق وإعمال الحلول والجزاءات التي وقعت المطالبة بها، ويحتفظ المتمسك بالدفع خلال فترة الانتظار بإمكانية جبر مدينه على التنفيذ إن كان ممكناً أو طلب فسخ العقد عند استحالة التنفيذ.

¹⁾ CHAFFAI. (M), Op cit, p222.

²⁾ DUBUISSON. (B) et TRIGAUX.(J-M), Op cit , p99.

³⁾ STORCK. (M), Mise en œuvre et effets de l'exception d'inexécution, Art. Prec, p6- p8.

⁴⁾ GERBAY. (PH), Op cit, p203.

⁵⁾ Cour d'appel Orléans, 23 octobre 1975, D.1976, p37. « L'obligation trait pour trait étant affrété, le contrat synallagmatique doit reprendre ses effets temporairement suspendue et que par conséquent un architecte et en faute d'avoir mis fin unilatéralement à sa mission si le maitre de l'ouvrage s'est décidé à payer ses honoraires».

⁶⁾ DUBUISSON. (B) et TRIGAUX. (J-M), Op cit, p107-108.

وهذا ما قضت به الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 223852 الصادر في 24/05/2000، حيث جاء فيه: "من الثابت قانوناً إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك"⁽¹⁾.

1-التنفيذ الجبري:

الأصل أن يقوم الملتزم بمقتضى العقد بتنفيذ ما التزم به اختياراً ويسمى هذا التنفيذ العيني الاختياري فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني اختياراً جاز جبره عليه متى كان ذلك ممكناً. وعلى ذلك يحتفظ المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بحقه في مطالبة معاقده بالتنفيذ الجبري، وهو ذلك التنفيذ الذي يجبره موظف عام لتنفيذ حكم أو سند تنفيذي آخر يعطيه قوة تنفيذية وبالقوة الجبرية عند الاقتضاء⁽²⁾.

ويتم التنفيذ الجبري عن طريق السلطة العامة، حيث يتولاه موظف مختص بالتنفيذ، يطلق عليه اسم "المحضر"، ويتولى عمله تحت إشراف القضاء. ولا يلتجأ إلى التنفيذ الجبري إلا إذا توافر في حق الدائن عدة شروط هي أن يكون الحق محقق الوجود أي غير متنازع فيه منازعة جدية، وأن يكون معلوم المقدار، وحال الأداء، وثابتاً في سند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والمحركات الموثقة⁽³⁾.

ويكون التنفيذ الجبري بعين ما التزم به المدين في مواجهة الدائن وهذا هو التنفيذ العيني⁽⁴⁾، فإذا استحال التنفيذ العيني، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو إلى خطأ المدين، لا يبق أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض أو التنفيذ بمقابل إذا رجعت استحالة التنفيذ إلى خطأ المدين⁽⁵⁾. أما إذا رجعت الاستحالة لسبب أجنبي، فإنه يترتب عليها انقضاء الالتزام، ويمتنع بالتالي الرجوع على المدين بالتعويض⁽⁶⁾. ولقد نص المشرع المصري على هذا المبدأ في المادة 203 ق.م.م حيث جاء فيها أنه: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

ونص عليه أيضاً المشرع الجزائري في المادة 164 من ق.م.ج حيث جاء فيها أنه: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1221 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "يجوز للدائن بالتزام معين أن يقيم دعوى بعد الاعذار، طلباً للتنفيذ العيني، إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلًا أو إذا وجد عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن".

(1) موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، اسطوانة، شركة كليك، المحمدية، الجزائر، 2014.

(2) عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 17.

(3) رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 47.

(4) عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، 2001، ص 13.

(5) راجع: المواد من 215 الى 233 ق.م.م، المواد من 176 الى 187 ق.م.ج، والمواد من 1231 الى 1231-7 من الأمر رقم 131-2016.

(6) راجع: المادة 373 ق.م.م والمادة 307 ق.م.ج والمواد 1351 و 1-1351 من الأمر رقم 131-2016.

كما تنص المادة 1222 من نفس الأمر على أنه: "يحق للدائن أيضا، بعد الاعذار، في مهلة وكلفة معقولتين، أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه أو أن يزيل بترخيص مسبق من القاضي ما تم القيام به مخالفة لهذا الالتزام، ويجوز له أن يطلب من المدين رد المبالغ المرصودة لهذا الغرض. ويجوز للدائن أن يطلب من القضاء أن يقدم المدين المبالغ الضرورية لهذا التنفيذ أو هذه الإزالة".

ونص المشرع الفرنسي في المادة 1341 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "للدائن الحق في تنفيذ الالتزام، فيجوز له أن يجبر المدين على تنفيذه طبقا للشروط التي نص عليها القانون". ولاحظت الأستاذة MALECKI بعد معاينة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية، أن طلب التنفيذ الجبري كثيرا ما يتجسد في تخفيض لديون الأطراف بصفة متوازية، ذلك أن السماح للمتمسك بالدفع بعدم ملاءمة دفاعه مع إخلال معاقده، يوجب السماح للقاضي بجبره على تخفيض ما عليه من دين⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة حدوث تغيرات استثنائية مخلة بتكافؤ الالتزامات ومرهقة للمدين يجيز القانون للقاضي التدخل، فقد نصت المادة 1195 من الأمر رقم 131-2016 على أنه: "إذا جعل التغير غير المتوقع في الظروف وقت إبرام العقد، التنفيذ مكلفا بشكل باهظ بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل المخاطر، يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد، ويستمر الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض".

في حال رفض إعادة التفاوض أو فشله، يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد، في التاريخ والشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا باتفاق مشترك من القاضي أن يحكم طبقا لتكييفه. عند عدم وجود الاتفاق في مهلة معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب طرف واحد إعادة النظر في العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 147 ق.م.م التي تطابق الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج على أنه: "... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".*

وأقر الاستاذ (J).CARBONNIER⁽²⁾ ضرورة السماح للقاضي بتعديل الالتزامات التعاقدية خاصة وأن تعديل العقد غالبا ما يكون الضمان الوحيد لتنفيذه.

¹⁾ MALECKI. (C), Op cit, p315.

²⁾ CARBONNIER. (J), Op cit, n°69, p270.

2- فسخ العقد:

يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن المتمسك بالدفع يحتفظ طوال مدة فترة التعليق وخاصة عند تمادي المدين في الإخلال بالتزامه، بإمكانية فسخ العقد إلى جانب إمكانية جبره على التنفيذ، فإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يهدف بالأساس إلى تنفيذ العقد فإنه غالبا ما يمهد إلى انقضائه⁽¹⁾. وكان هذا الموقف يتأسس على المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، وقد كانت هذه المادة تعطي الدائن خيارا بين أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ، ويقر الفقه نتيجة ذلك بالطابع الاختياري للفسخ سواء بالنسبة للدائن أو بالنسبة للمحكمة التي تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة للحكم بما تراه مناسبا.

ولكن بعد صدور الأمر الفرنسي رقم 131-2016 أصبحت المادة 1184 تنص على بطلان العقد وحل محلها المادة 1217 التي تنص على أنه: "يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن:

- يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛

- يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني للالتزام؛

- يطلب تخفيض الثمن؛

- يطلب فسخ العقد؛

- يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عدم التنفيذ.

يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز إضافة التعويض إليها دائما".

الملاحظ من خلال المادة السابقة أن المشرع الفرنسي في فقرتها الأولى عدد جميع الجزاءات المتاحة للدائن في مواجهة مدينه المخل بالتزامه، وليس لهذا التعداد قيمة تراتبية، فالدائن ضحية عدم الأداء حر في اختيار العقوبة الأنسب لحالته. وعلاوة على ذلك أتاح المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من نفس المادة للدائن الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، مع جواز إضافة التعويض دائما إلى هذه الجزاءات.

أما المشرعين الجزائري والمصري فقد نصا في المادة 157 ق.م.م و119 ق.م.ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...".

الملاحظ من خلال نص المادتين السابقتين أن المشرعين المصري والجزائري كرسا للدائن الخيار فقط بين طلب تنفيذ العقد والفسخ مع إمكانية التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

¹⁾ MAZEAUD. (H-L -J) et CHABAS. (F), Op cit, p1173; STORCK. (M), Mise en œuvre et effets de l'exception d'inexécution, Art .préc, p8.

وقد أقر الأستاذ **ROCHE DAHAN** بحق المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في قطع العقد من جانب واحد سواء عبر اللجوء إلى القضاء أو بصفة مسبقة، وذلك في الحالات التي يفقد فيها تنفيذ الالتزام المقابل الأهمية الاقتصادية نتيجة جسامه الإخلال أو امتداده في الزمن⁽¹⁾.

ولاحظ الأستاذ **ROCHE DAHAN** بعد معاينة الفقهاء قضاء محكمة النقض الفرنسية أنه كثيرا ما يؤدي الدفع بعدم التنفيذ إلى قطع العلاقات التعاقدية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، واستخلص من ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة لفسخ العقد بصفة مسبقة⁽²⁾. ونتيجة لذلك فهو يقترب من الفسخ الأحادي الجانب للعقد الذي تقره المحاكم الفرنسية كلما تسبب الإخلال في وضعية لا يمكن معها مواصلة العلاقة التعاقدية.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1224 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات على أن: "ينتج الفسخ إما عن تطبيق الشرط الفاسخ أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن المدين، أو عن قرار من المحكمة". كما نص على الفسخ أحادي الجانب للعقد في نص المادة 1226 من نفس الأمر⁽³⁾.

وبالنسبة للقانونين المدنيين المصري والجزائري لا يقران بالفسخ الأحادي، فلا نجد في صلب التشريعين أي أثر لما يعبر عنه المشرع الفرنسي بحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة؛ لأنه لا يتلاءم مع حرصهما على إقرار إلزامية العقود وعلى ضمان استقرارها والحيلولة دون فسخها، وتوفير سبل تنفيذها باعتبار الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية التي تقوم بها، ولكونه أيضا يتناقض مع مفهوم الفسخ في القانونين المصري والجزائري الذي يكون ضرورة حكما. وقد قضت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى في الجزائر في قرارها رقم 34951 الصادر في 1985/10/30 بأنه: "من المقرر قانونا أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"⁽⁴⁾.

¹⁾ ROCHE DAHAN. (J), L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D, 1994, chronique, p255.

²⁾ «L'exception d'inexécution s'intègre dans un droit général d'anticipation sur la décision judiciaire dont disposent les parties à un contrat synallagmatique lorsque la situation contractuelle apparaît bloquée». ROCHE DAHAN. (J), idem, p258.

³⁾ تنص المادة 1226 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات على أنه: "يقع للدائن فسخ العقد على مسؤوليته، عن طريق الإخطار فيما عدا حالة الضرورة، فيجب عليه أولا أن يعذر المدين العاجز عن الوفاء بالتزامه في ميعاد معقول.

يبين الإخطار بشكل صريح في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه، فللدائن الحق بفسخ العقد.

عند استمرار عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بفسخ العقد و بالأسباب التي تبرره.

يقع للمدين أن يلجا إلى المحكمة في أي وقت للطعن بالفسخ-يجب على الدائن حينئذ إثبات جسامه عدم التنفيذ".

⁴⁾ موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، اسطوانة، المرجع السابق.

وأخيرا لا بد من الإشارة إلى أن آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين لا تقتصر على وقف مؤقت لتنفيذ الالتزامات العقدية، وإنما قد تمتد إلى الإنقاص في الالتزامات المتقابلة، وهو ما يتلاءم مع دور الدفع الحقيقي الذي يتمثل في محاولة تنفيذ العقد وإنقاذه من خطر الفسخ. فإذا وجد المشتري أن المبيع لا يتطابق مع ما رآه عند إبرام العقد، فليس له فقط أن يرفض تسلمه، بل له أيضا أن يرفض دفع الثمن نتيجة إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها عند إبرام العقد، وأول ما تمسك به المشتري هو الدفع، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضتين، الفرضية الأولى أن يقترح البائع إنقاص ثمن المبيع حتى يتناسب مع النقص الذي طرأ على المبيع، وهنا لا يتحقق إنقاص الثمن إلا بعد التمسك بالدفع بعدم دفع ثمن المبيع المتفق عليه، فما الإنقاص إلا نتيجة للدفع بعدم التنفيذ. والفرضية الثانية أن يرفع المشتري الأمر للقاضي لفسخ العقد، فإذا وجد القاضي أن عدم تنفيذ البائع لالتزامه لم يكن جسيما (أي لم يكن النقص جسيما) فبإمكانه إنقاص ثمن المبيع فقط، ولا يحكم بفسخ العقد، وهذا يعني استبعاد فكرة الفسخ والأخذ بفكرة إنقاص الثمن التي كانت نتيجة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

كانت فكرة انقاص الالتزامات⁽¹⁾ تطبق بشكل كبير من قبل القضاء كلما تعلق الأمر بدعوى الفسخ فعند استبعاد فسخ العقد نتيجة إخلال المدين بالتزاماته بشكل جزئي، يحكم القاضي بإنقاص التزامات الدائن⁽²⁾. أجاز المشرعان المصري والجزائري للقاضي رفض الفسخ بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 157 ق.م.م والمادة 119 ق.م.ج: "...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ..."، فإذا رفض الفسخ فإنه قد يحكم بإنقاص الالتزامات المتقابلة، فقد جاء في نفس الفقرة السالفة الذكر "...إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات". ومن هنا قد يحكم بإنقاص الثمن أو الأجرة. أما المشرع الفرنسي فقد أجاز في المادة 1217 من الأمر رقم 131-2016 للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله له أن يطلب تخفيض الثمن، أي ينقص من الالتزامات المقابلة له، وأضاف إلى ذلك التعويض. كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1223 من نفس الأمر على أنه: "يحق للدائن، بعد الاعذار قبول التنفيذ الناقص للعقد ويلتمس تخفيضا نسبيا للثمن. أما إذا لم يتم الوفاء بعد، فيخطر الدائن مدينه بقراره تخفيض الثمن بأقرب فرصة"

⁽¹⁾ فكرة إنقاص الالتزامات ليست فكرة قانونية حديثة، بل عرفت منذ القانون الروماني، واتضحت معالمها في ظل القانون الكنسي، وأبرز مجال لها كان عقد البيع التجاري، بحيث كان يحق للمشتري المطالبة بإنقاص الثمن كلما وجد المبيع على غير الحالة التي رآها عليه.

(C).MALECKI, Op cit, p77.

⁽²⁾ تعرض هذا الرأي للانتقادات من أهمها أن من آثار الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فهو حل للرابطة العقدية. بينما إنقاص التزامات الدائن كما هو في عقد البيع نتيجة نقص في مقدار المبيع مثلا، لا يبدو أنه يندرج ضمن آثار الفسخ، فهو إبقاء للعقد وليس حل له كما في الفسخ (راجع المواد 160 ق.م.م و122 ق.م.ج).
بليور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1983، ص191.

المطلب الثاني

آثار الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والدائنين العاديين

إن كان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية بيد أحد الأطراف في إطار علاقة تبادلية تمكنه من التصدي للطلب القضائي أو غير القضائي الهادف أساساً إلى التنفيذ، فليس من الضروري أن يكون أحد المتعاقدين هو القائم بطلب التنفيذ، بل يمكن أن يكون من الخلف العام أو الدائنين العاديين أو الخلف الخاص ممن لهم مصلحة في تنفيذ الالتزامات، فهل يمكن الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ إزاءهم لا سيما في ظل غياب نص تشريعي ينظم هذه المسألة؟

سوف نعرض سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والدائنين العاديين والخلف الخاص من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والدائنين

اتفق الفقهاء⁽¹⁾ حول سريان الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ على الخلف العام للمدين⁽²⁾ ودائنيه، فمثلاً للبايع الذي لم يستوف الثمن له أن يجلس العين في مواجهة المشتري، وكذا في مواجهة ورثته ودائنيه الشخصيين، سواء كانت حقوقهم سابقة على ثبوت الحق في الدفع أو لاحقة عليه، وسواء كان ذلك في مواجهة كل دائن أو كل الدائنين مجتمعين في حالة إفلاس المشتري⁽³⁾، وليس للخلف العام للمدين ودائنيه سوى حقوق المدين أو السلف⁽⁴⁾. ويترتب على ذلك أنه إذا قام أحد الدائنين العاديين بالتنفيذ على المبيع، فإن للبايع أن يمتنع عن تسليمه إلى الدائن وذلك حتى يستوفي حقه كاملاً⁽⁵⁾، والقول بغير ذلك يجرّد الدفع من

¹⁾ MALECKI. (C), Op cit, p320 ; PILLEBOUT.(J-F) , Op cit, p248.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول (العقد)، المرجع السابق، ص1021.

²⁾ الخلف العام كل من يخلف المتعاقد الذي أخل بالتزاماته في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها وهذا يشمل الوارث والموصى له بكل التركة أو بجزء شائع منها كالثالث أو الربع. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة جامعة بغداد، 1986، ص319 و320.

³⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص721؛ سلمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول في نظرية العقد، بدون دار نشر، 1987، ص601.

⁴⁾ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص217؛ جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1985، ص181 و182.

⁵⁾ PILLEBOUT. (J-F), Op cit, p248.

الناحية العملية من كل ماله من أثر كوسيلة ضمان، إذ سيطرت على ذلك أن لكل دائن للمتعاقد المتمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ أن يبيع العين جبرا، ومن ثم يفقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حقه في الحبس⁽¹⁾.

الفرع الثاني

سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص

لبيان سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص⁽²⁾ يتعين التفريق بين ما إذا كان الخلف الخاص قد اكتسب حقه بعد ثبوت الحق في الدفع، وما إذا كان قد اكتسب حقه قبل ثبوت هذا الحق، حيث يسري الدفع بعدم التنفيذ في مواجهته في الحالة الأولى ولا يسري في مواجهته في الحالة الثانية. ففي الحالة الأولى يسري الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص، متى كان هذا الخلف قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في الدفع بعدم التنفيذ⁽³⁾، فمثلا إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن، وتمسك البائع بالدفع وحبس العين المبيعة، فإن كل من كسب حقا من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسري الدفع في حقه، فإذا باع المشتري العين إلى مشتري ثاني أو رهنها لدائن مرتهن، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن⁽⁴⁾. ويرجع ذلك إلى أن المشتري لا ينقل إلى خلفه أكثر مما يملك، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين، فتنقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق⁽⁵⁾. أما في الحالة الثانية فلا يسري الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص، إذا كان قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فمثلا لو أن شخصا بعد أن رهن منزله رهنا رسميا سلمه للمستأجر بعقد غير ثابت التاريخ وحبسه المستأجر حتى يستوفي التزاما في ذمة المؤجر، فإن الحبس لا يسري قبل الدائن المرتهن الذي ثبت حقه قبل ثبوت الحبس⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 90.

⁽²⁾ الخلف الخاص هو كل من تلقى شيئا سواء كان هذا الشيء حقا عينيا أو حقا شخصيا، فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة، والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف في حق شخصي. والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، (العقد)، المرجع السابق، ص 546.

⁽³⁾ قررت محكمة النقض المصرية أنه: "الحق في الحبس يحتج به في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع، إلا أن هذا الحق لا يسري على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس الشيء". نقض مدني، جلسة 1978/03/20، مجموعة أحكام النقض، س 29، ص 932.

ومؤدى ذلك إعمالا لمفهوم المخالفة إذا كان الحق في الحبس سابقا على شهر هذه الحقوق العينية، فإن الدفع يسري في حقها.

⁽⁴⁾ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص 163.

⁽⁵⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 720.

⁽⁶⁾ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص 192 و 193.

وتجدر الإشارة أن هناك من الفقهاء من ذهب إلى القول بأن الدفع بعدم التنفيذ يسري في مواجهة الخلف الخاص إطلاقاً سواء نشأ حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع أم بعده⁽¹⁾، ففي المثال أعلاه يحق للمستأجر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المشتري والدائن المرتهن. ونرى أن الرأي الأول هو الأدق فكرياً والأكثر صواباً فلا يوجد هناك مبرر قانوني سليم يمكن الركون إليه في إجازة سريان الدفع في مواجهة الخلف الخاص الذي ثبت حقه قبل ثبوت الحق في الدفع.

المبحث الثاني

انقضاء الدفع بعدم التنفيذ

لما كان الدفع بعدم التنفيذ وقف مؤقت لتنفيذ العقد فإنه لا بد أن ينقضي، ويمكن تقسيم طرق انقضاء الدفع بعدم التنفيذ إلى طريق تبعي وطريق أصلي، ففي الأول ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بانقضاء الالتزام الأصلي الذي يحميه، وفي الثاني ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بانقضاء الدفع وحده مع بقاء الالتزام الأصلي قائماً، وسوف نعرض هذين الطريقين من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول

انقضاء الدفع بعدم التنفيذ بطريق تبعي

لما كان الدفع بعدم التنفيذ قد شُرِعَ ضماناً لحصول الدائن على حق ترتب له في ذمة المدين، فهو إذن حق تابع للالتزام المضمون به، ولذلك إذا انقضى هذا الالتزام انقضى الدفع تبعا له، وينقضي الدفع بالوفاء أو بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل والتجديد والإنابة في الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة، وقد ينقضي دون وفاء كانقضائه بالإبراء وباستحالة التنفيذ. ولا ينقضي الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا انقضى حق التمسك به من أجل الوفاء به كله، سواء بالوفاء أو بغيره، فإذا بقي جزء منه فإن للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يستمر على موقفه حتى يستوفي هذا الجزء الباقي، ويتقيد في ذلك بضرورة مراعاة مقتضيات حسن النية في التنفيذ، وعدم التعسف في استعمال الحق.

وسنتطرق لطرق الانقضاء بإيجاز في حدود ما يتطلبه موضوع دراستنا من خلال الفروع الآتية:

⁽¹⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1948، ص252؛ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة لالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ب.ت.ن، ص217.

الفرع الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وقد نصت عليه المواد من 1342 إلى 1342-10 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمواد من 258 إلى 284 ق.م.ج، والمواد 323 إلى 349 ق.م.م. والوفاء هو تنفيذ ذات الالتزام الذي تعهد به المدين أيا كان محله، سواء كان نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽¹⁾، كأن يقوم المشتري بسداد الثمن للبائع، فلا يكون هناك محل حينئذ لامتناع البائع عن تسليم المبيع. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض حق المؤجر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لالتزامه بالصيانة مادام أن المستأجر كان يدفع الأجرة بصورة منتظمة⁽²⁾. وبالعكس في قضية أخرى قضت برفض حق المستأجر في الامتناع عن دفع الأجرة مادام أن المؤجر قام بكل الترميمات اللازمة لجعل العين صالحة للانتفاع بها⁽³⁾.

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضي هذا الالتزام بما يعادل الوفاء بالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة، وسنوضح هذه المفاهيم ما عدا المقاصة⁽⁴⁾ على النحو الآتي:

أولاً: الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين مؤداه أن يأخذ الدائن من المدين شيئاً آخر بدلاً من الشيء المتفق عليه أصلاً وبذلك يستوفي الدائن حقه وتبرأ ذمته⁽⁵⁾، نصت عليه المادتان 285 و 286 ق.م.ج والمادتين 350 و 351 ق.م.م.

ثانياً: الإنابة في الوفاء

الإنابة في الوفاء هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص حيث يقوم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين، فالمدين ويطلق عليه (المنيب) قد أناب الأجنبي ويطلق عليه (المناب) أو المفوض إليه في وفاء الدين للدائن ويطلق عليه (المناب لديه) أو المفوض لديه⁽⁶⁾. نصت عليه المواد 1336 إلى 1340 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمواد من 294 إلى 296 ق.م.ج، والمواد 359 إلى 361 ق.م.م.

⁽¹⁾ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 420.

⁽²⁾ Cass.Civ.I.27 décembre 1962.Bull.Civ.I.N°630.

⁽³⁾ Cass.Civ.I.30 juin 1966.Bull.Civ.IV.N°662.

⁽⁴⁾ راجع المقاصة في هذا البحث ص 53.

⁽⁵⁾ عصام أنور سليم، نظرية الالتزام بوجه عام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 390.

⁽⁶⁾ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 381.

ثالثا: التجديد

التجديد هو الاتفاق على أن يستبدل التزام قديم بالتزام جديد يقوم مقامه ومغاير له في عنصر من عناصره، فالتجديد يعد -وفي وقت واحد- سبب من أسباب انقضاء الالتزام القديم، وسبب من أسباب إنشاء الالتزام الجديد⁽¹⁾. وللتجديد صور ثلاث فهو إما أن يكون بتغيير محل الالتزام أو مصدره، وقد يكون بتغيير الدائن ويحصل ذلك بتراضي ذوي الشأن جميعا وهم المدين والدائن الجديد والدائن القديم، وإما أن يكون بتغيير المدين وقد ينعقد في هذه الصورة بمعزل عن المدين القديم بمقتضى اتفاق يتم بين الدائن والمدين الجديد⁽²⁾.

نصت عليه المواد 1329 إلى 1335 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمواد من 287 إلى 292 ق.م.ج، والمواد 352 إلى 357 ق.م.م.

رابعا: إتحاد الذمة

يتحقق إتحاد الذمة إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، وهو يقع إما بالوفاة أو حال الحياة، حيث يقع بالوفاة إذا توفي الدائن وكان الوارث مدينه، فإنه يتلقى الحق عنه بالميراث وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين في الدين ذاته، فينقضي الدين عن طريق إتحاد الذمة. ويقع حال الحياة وذلك عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء ومثاله ما يحدث في الكميالة التي قبلها المسحوب عليه فأصبح مدينا بقيمتها وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه، فتصبح ملكه أي يصير دائئا لنفسه، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين وتتحد الذمة في الدين⁽³⁾. ونصت عليه المادتين 1349 و 1-1349 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمادة 304 ق.م.ج والمادة 370 ق.م.م.

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء

ينقضي الالتزام أيضا دون وفاء كإبراء الدائن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ مدينه من الدين، أو إذا سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي أو التقادم.

أولا: الإبراء

الإبراء لغة هو التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء. وأما في الاصطلاح فهو إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر أو قبله.

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 399.

(2) أنور العمروسي، صور انقضاء الالتزام في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 148.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 398 و 399.

ويعرف الإبراء بأنه نزول الدائن عن حقه اتجاه المدين دون مقابل⁽¹⁾، وقد نصت عليه المواد من 1350 الى 1350-2 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمادتين 305 و306 ق.م.ج، والمادتين 371 و372 ق.م.م.

ثانياً: استحالة التنفيذ

قد ينشأ التزام ممكن تنفيذه ثم يصبح تنفيذه مستحيلاً وليس مرهقاً أو صعباً بالنسبة للمدين وكانت هذه الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فيتربط على ذلك إنقضاء الالتزام وملحقاته وتأميناته، فإن انقضى هذا الالتزام انقضى الدفع تبعاً له⁽²⁾. وقد نصت عليها المادتين 1351 و1-1351 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016، والمادة 307 ق.م.ج، والمادة 373 ق.م.م.

ثالثاً: التقادم

الدفع بعدم التنفيذ لا ينقضي بالتقادم، فقد قرر الفقه الفرنسي أن الدفع بعدم التنفيذ يبقى قائماً ولا يسقط بالتقادم وهذا طبقاً لقاعدة أبدية الدفع⁽³⁾، وقد قرر بعض الفقه المصري ذلك على اعتبار أن انشغال ذمة المدين بدين دائنه دون إنكار يعتبر إقراراً ضمناً ومتجدداً من جانبه بحق المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهو ما يستتبع قطع التقادم الخاص بهذا الدين، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 384 من ق.م.م والمادة 318 ق.م.ج بقولها: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً..."، وبقاء الدين في ذمة المدين يستتبع الدفع بعدم التنفيذ⁽⁴⁾.

كما أنه إذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين معينة، فإن بقاء العين المحبوسة تحت يد الحابس يمنع تقادم الدفع بعدم التنفيذ؛ لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم، وأن بقائها تحت يد الحابس يعتبر إقراراً ضمناً ومتجدداً من جانب المتمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ بهذا الحق⁽⁵⁾. وأخيراً لا بد أن نشير إلى أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ينقضي أيضاً بصورة تبعية لانحلال الرابطة العقدية بالفسخ والبطان، إلا إذا كان العقد المنحل قد نُفذ قبل انحلاله من الجانبين⁽⁶⁾. وقد أشارت المواد من 1224 إلى 1230 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 إلى الفسخ، وأشارت إليه أيضاً المادتان 119 ق.م.ج و157 ق.م.م بنصهما على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحاليتين ان كان له مقتضى (إذا اقتضى الحال ذلك)..."

(1) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص247.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 403 و404.

(3) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations, T8, 2 éd, LAR. Paris, 1936, p573.

(4) رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص149.

(5) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص150.

(6) صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص311.

فللبائع أن يدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه إذا طالبه بتسليم المبيع، وللبائع اعدار المشتري بدفع الثمن لقاء تسلم المبيع، وللبائع أن يطلب فسخ العقد وإذا ماتم الفسخ انقضى الالتزام و انقضى الدفع بعدم التنفيذ تبعاً لذلك.

كذلك إذا العقد انقضى بالبطلان سواء كان البطلان مطلقاً إذا فقد العقد ركن من أركانه أو نسبياً إذا تخلف شرط من شروط صحة العقد⁽¹⁾، فإن الدفع بعدم التنفيذ ينقضي تبعاً لذلك. وقد نص المشرع الفرنسي على بطلان العقد في المواد 1178 إلى 1185 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، ونص عليه المشرع المصري في المواد من 138 إلى 144. أما المشرع الجزائري فقد نص عليه في المواد من 99 إلى 105 ق.م.ج.

المطلب الثاني

انقضاء الدفع بعدم التنفيذ بطريق أصلي

قد ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بطرق خاصة مستقلة عن انقضاء الالتزام المضمون به، وتؤدي هذه الطرق إلى انقضاء الدفع بعدم التنفيذ بالرغم من بقاء الالتزام المضمون به، ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية:

الفرع الأول

تنازل المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عنه صراحة أو ضمناً

يجوز للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ التنازل عنه، وذلك بعد ثبوت حقه فيه، كأن يتنازل البائع بعد أن يثبت له الحق في حبس المبيع لعدم سداد المشتري للثمن عن استعمال هذا الحق⁽²⁾. والتنازل عن الحق في الدفع بعدم التنفيذ يمكن أن يكون صريحاً من جانب المتمسك به، وذلك بأن يعبر عن إرادته صراحة بالتنازل عن هذا الحق. غير أن هذا التنازل الصريح عن الحق في التمسك بعدم التنفيذ لا يعتد به إذا كان قائماً على الغش⁽³⁾، كما قد يكون التنازل عن الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضمناً، وهذا التنازل يجب أن يقتصر بظروف تقطع في الدلالة على حدوثه؛ لأن التنازل عن الحق لا يفترض وإذا كانت الإرادة محل شك وجب حملها على معنى مناقض للتنازل⁽⁴⁾، ومن أمثلة ذلك أن يقوم المتمسك بتنفيذ التزامه مختاراً بعد أن كان ممتنعاً، أو أن يطلب الحابس بيع الشيء المحبوس في المزاد حتى يستوفي حقه من ثمنه دون أن يكون

⁽¹⁾ حول بطلان العقد: عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 463؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 487.

⁽²⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 149.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 716.

⁽⁴⁾ عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية)، المرجع السابق، ص 556.

سبب طلب البيع هو خشية هلاك المبيع أو تلفه⁽¹⁾. ومتى تم التنازل عن الحق في التمسك بالدفع فلا يجوز العدول عنه بعد ذلك⁽²⁾، هو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها أن حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً، ومتى تم هذا التنازل فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك⁽³⁾.

الفرع الثاني

التخلي الإرادي عن العين

إذا كان الالتزام المتمسك بعدم تنفيذه التزاماً بتسليم عين معينة كالالتزام البائع بتسليم العين المباعة، فإن الحق في التمسك بالدفع في هذه الحالة ينقضي بما ينقضي به الحق في الحبس من أسباب. من هذه الأسباب التخلي الإرادي عن العين المحبوسة، وذلك إعمالاً لنص المادة 248 ق.م.م⁽⁴⁾ والمادة 202 ق.م.ج⁽⁵⁾.

وفي هذا الصدد يجب التمييز بين فرضين أولهما أن يخرج الشيء من تحت يد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بتخليه عنه اختياراً، وهنا ينقضي الدفع بعدم التنفيذ في الحال، فلا يستطيع المتمسك بالدفع من بعد أن يرد العين ممارسة الحبس عليها، ويحدث هذا التخلي الاختياري بقيام المتمسك بالدفع بتسليم الشيء إلى مالكه أو قيامه بالتنفيذ على الشيء المحبوس بحقه، فيتخذ إجراءات البيع الجبري، وعندئذ عليه تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد. أما الفرض الثاني وهو خروج الشيء من تحت يد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته، هنا لا ينقضي الدفع بعدم التنفيذ في الحال، بل له أن يسترد حيازة العين شريطة أن يطلب ردها خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده، أو قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده⁽⁶⁾.

ويجوز للحابس استرداد حيازة العين المحبوسة حتى ولو كانت منقولة وانتقلت حيازته من المختلس أو المغتصب إلى شخص حسن النية، لأن اختلاس الشيء أو اغتصابه من الحابس يعد سرقة ضمان، وإذا

(1) عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 716.

(2) عبد الوود يحيى، أحكام الالتزام، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 127.

(3) نقض مدني، جلسة 1968/05/16، مجموعة أحكام النقض، س 19، ص 962.

(4) تنص المادة 248 ق.م.م على أنه: "1- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه.

2- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال 30 يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه".

(5) تنص المادة 202 ق.م.ج على أنه: "1- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه.

2- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال 30 يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده، ما لم تنقضي سنة من وقت خروجه".

(6) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 250 و 251.

انتقلت الحيازة من المختلس أو المغتصب إلى حائز حسن النية فإن الحيازة بحسن نية لا تمحو أثر سرقة الضمان⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه في حالة عودة الشيء إلى يد الحابس بعد خروجه من يده طواعية واختياراً، فإن الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ لا يعود له إلا إذا كانت عودة الشيء إليه لنفس السبب الذي تسبب في وجوده في يده من قبل، كما لو عهد مالك السيارة إلى ورشة سيارات لإصلاحها فسلمها صاحب الورشة إلى صاحبها قبل أن يستوفي ما هو مستحق له، فإذا وجد صاحب السيارة عيباً في الإصلاحات وعاد لصاحب الورشة لاستكمال إصلاحها من نفس العيب، فإنه يجوز لصاحب الورشة أن يمتنع عن إعادتها قبل استيفاء ما هو مستحق له، أي يكون له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لوحدة السبب الذي من أجله عادت السيارة إليه وهو الإصلاح المبني على عقد المقاول⁽²⁾.

أما إذا عاد الشيء إلى يد الحابس لسبب آخر غير السبب الأول الذي كان الشيء محبوساً من أجله فإن حقه في الحبس وقتئذ يكون استناداً لهذا السبب الجديد⁽³⁾. فمثلاً لو باع صاحب معرض وورشة للسيارات سيارة بثمن حال وسلمها للمشتري قبل أن يستوفي الثمن، ثم عادت إليه السيارة للإصلاح فليس للبائع أن يحبسها استيفاء لدين الثمن لانقضائه بتسليم السيارة للمشتري، ويقتصر حقه في حبسها هنا على مقابل الإصلاح فقط؛ لأنها عادت إليه بمقتضى عقد جديد هو عقد المقاول الخاص بإصلاح السيارة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

هلاك العين المحبوسة

إذا كان الالتزام المتمسك بعدم تنفيذه التزاماً بتسليم عين معينة، ثم هلكت فإن الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ ينقضي بهلاكها الكلي لانعدام المحل⁽⁵⁾. أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ يستمر على الجزء المتبقي. وهلاك العين المحبوسة إما أن يكون بخطأ الحابس، وفي هذه الحالة يكون مسئولاً عن تعويض المالك (المتعاقد الآخر)، أو أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس وفي هذه الحالة لا يتحمل الحابس مسئولية هلاكها، وإنما يتحمل ذلك مالك العين⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "أن من حق الحابس استرداد الحيازة ولو من يد حائز حسن النية باعتبار أن الأمر ينطوي على سرقة الضمان". مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص656.

⁽²⁾ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص155.

⁽³⁾ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص108.

⁽⁴⁾ سليمان مرقص، التأمينات العينية في القانون المدني، ب.د.ن، 1959، الفقرة 424.

⁽⁵⁾ يلاحظ في هذه الحالة بأن حق الحابس يبقى في ذمة المدين ويكون كدائن عادي له الحجز على بقية أموال المدين وبيعها وفقاً للإجراءات القانونية.

⁽⁶⁾ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص293.

وقد تناولت المادة 460 ق.م.م هذا الحكم حيث نصت على أنه: "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع".
وتناولته أيضا المادة 391 ق.م.ج حيث نصت على انه: "إذا تلف المبلغ في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع".
وإذا كانت العين التي هلكت مؤمنا عليها أو استُحق تعويض عن هلاكها بخطأ الغير، انتقل الحبس أو الامتناع عن التنفيذ بمقتضى فكرة الحلول العيني إلى مبلغ التأمين أو التعويض وللمتعاقد الحابس أن يحبس هذا المبلغ إلى حين استيفاء حقه من المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

الفرع الرابع

إخلال أو عدم قيام المتعاقد الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين

إذا كان التزام المتعاقد المتحصن بالدفع بعدم التنفيذ هو التزام بتسليم العين، فإنه يلتزم بالمحافظة عليها وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، فإذا أخل بهذا الالتزام أو لم يحم به على الإطلاق جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال هذا الحق، وليس هذا إلا إعمالا للقواعد العامة⁽²⁾.

غير أن بعض الفقه اتجه إلى القول بأن حق الحابس في الحبس يسقط إذا أخل بأي التزام يفرضه القانون، وبما أن القانون ألزم الحابس أن يحافظ على الشيء ويقدم حسابا عن غلته، فإن الإخلال بأي من هذين الواجبين يسقط حق الحابس في الحبس⁽³⁾.

ولا نميل إلى هذا الرأي إذ لا يوجد أي مساع قانوني لترتيب سقوط الحق في الحبس على الإخلال بأحد الالتزامات التي فرضها القانون دون الآخر، وإلا كان في ذلك تعطيل للواجب الذي فرضه القانون، على ضوء ذلك فإن إخلال الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة إخلالا خطيرا أو الإهمال في تقديم الحساب عن غلة الشيء المحبوس يجيز لمن يحق له أن يطلب من القضاء إصدار حكم ينتزع فيه العين من يد الحابس ليتم وضعها عند عدل يتم تعيينه بالاتفاق عليه وفي ذلك ضمان لحق صاحب الشيء في المحافظة عليه، وفي الوقت ذاته يكون سلاحا بوجه الحابس الذي يخل بواجباته.

* كلمة المبلغ في نص المادة 391 ق.م.ج خطأ يقصد المشرع المبيع.

⁽¹⁾ قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 105.

⁽²⁾ رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 250.

⁽³⁾ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1970، ص 85.

الفرع الخامس

تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون

سبق وأن ذكرنا بأن المشرعان المصري والجزائري لم ينصا صراحة على انقضاء الحق في الحبس إذا قدم المدين تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه، وإن كان ذلك يستنتج بمفهوم المخالفة للفقرة الأولى من مادة 200 من ق.م.ج، والفقرة الأولى من المادة 246 ق.م.م.

أما بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ فلم تتضمن المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ وهي المادتين 1219 و1220 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج أيه إشارة إلى انقضاء الدفع بعدم التنفيذ إذا قدم المدين للدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه.

ولكن نص المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 459 ق.م.م على أنه: "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع". كما نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 390 ق.م.ج على أنه: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهناً أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع".

والملاحظ في النصين السابقين أن المشرعان المصري والجزائري لم يجيزا انقضاء حق البائع في الحبس حتى يستوفي ما هو مستحق له حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. وهنا يطرح التساؤل هل هذين النصين استثناء من القاعدة العامة للحق في الحبس التي تذهب إلى سقوط الحق في الحبس في حالة التأمين؟ أم أنهما تطبيق لسقوط الدفع بعدم التنفيذ؟

أورد كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري الدفع بعدم التنفيذ في مادة مستقلة هي المادة 161 ق.م.م. والمادة 123 ق.م.ج في حقل خاص بانحلال العقد. وعلى ضوء ذلك انقسم الفقه المصري حول هذه المسألة إلى اتجاهين، اعتبر الاتجاه الفقهي الأول الفقرة الأولى من المادة 459 ق.م.م استثناء عن القاعدة العامة للحق في الحبس⁽¹⁾. أما الاتجاه الثاني اعتبر الدفع بعدم التنفيذ بأسره هو استثناء عن القاعدة العامة للحق في الحبس، ففي سائر العقود الملزمة للجانبين لا يسقط حق التمسك بالدفع في حالة تقديم تأمين للدائن من قبل المدين⁽²⁾.

⁽¹⁾ محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، الطبعة الأولى، 1979-1980، ص 145؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 258 و 259.

⁽²⁾ عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود للبناني والقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 225؛ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 187؛ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1967، ص 246.

ومن جانبنا نقول أن القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ هي عدم قبول التأمين الكافي، وأن الفقرة الأولى المادة 457 ق.م.م و الفقرة الأولى من المادة 390 ق.م.ج هي تطبيق صريح لهذه القاعدة، فهي تجيز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع للمشتري المتخلف عن دفع الثمن ولو قدم هذا الأخير رهانا أو كفالة ولكن استثناء من هذه القاعدة العامة، يمكن قبول التأمين الكافي، كما في حالة الفقرة الثانية من المادة 388 ق.م.ج لأن المشتري عندما ثبت له حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كان سببه الخشية من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسرا عند الرجوع عليه بضمان العيوب الخفية، لهذا فإن تقديم هذا التأمين الكافي كفيل بإزالة مخاوفه، وهكذا هي استثناء عن القاعدة العامة. ويستند رأينا هذا إلى سببين هما:

1- أن الدفع بعدم التنفيذ كما هو مستقر عليه هو أحد وسائل الضمان التي يلجأ إليها الدائن لتأمين حقه قبل مدينه، وهو ليس وسيلة وفاء، ومن ثم فإن تقديم تأمين كاف يحل محله للدائن يكفي في حد ذاته لتحقيق الغاية من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

2- إن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قد يعطل على المدين مصالح جسيمة، وأن الضرر الذي يلحقه من جراء ذلك يزيد بكثير على الضرر الذي يلحق الدائن من جراء سقوط الدفع، وأنه يكفي لضمان مصلحة الدائن أن يقدم له تأميناً كافياً، وهذا متفرع عن المبدأ القاضي بأنه يجب توافر حسن النية في التمسك بالدفع وعدم التعسف في استعماله⁽¹⁾.

ونرى أيضا أن تقدير مدى كفاية التأمين المقدم من جانب المدين المتمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ سيكون مآله إلى الدائن المتمسك بالدفع، فإن رآه كافياً تنازل عن الدفع وإلا فإنه لن يقبله، وفي هذه الحالة يرجع الأمر إلى القاضي ليقدر مدى كفاية هذا التأمين، وهو ما يتفق وقواعد العدالة؛ لأن القاضي هو أداة تحقيق هذه العدالة.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص716.

الباب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية

العقد الإداري ومتغيرات تدويله

الباب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية العقد الإداري

ومتغيرات تدويله

من المستقر عليه فقها وقضاء أن الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود المدنية قد أصبح مبدأ مسلماً به بل وأقرته العديد من القوانين المدنية الحديثة، ومنها القانون المدني المصري في المادة 161 منه، والقانون المدني الفرنسي الذي أقره مؤخراً بموجب الأمر رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 2016/02/10 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، والقانون المدني الجزائري في المادة 123 منه. إلا أن الأمر في نطاق العقود الإدارية على خلاف ذلك، حيث لا يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة أن يدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية كأصل عام، ويرجع ذلك إلى أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ الثابتة في كل من القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري تتنافى مع أهم أصوليات نظرية العقد الإداري، وهو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، والذي يُحتم على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته حتى ولو أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها ولا يملك إلا اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض عما ما فاته من ربح ولحقه من خسارة إن كان لذلك مقتضى.

وبعد اتساع نشاط الدولة وحاجتها لتنفيذ طموحاتها الاقتصادية في إنجاز مشروعات حيوية لتحقيق الصالح العام، أو جلب رؤوس أموال أجنبية، لجأت الدولة إلى التعاقد مع أشخاص أجنبية طبيعية أو معنوية وهو ما أُصطلح على تسميته بالعقود الإدارية الدولية، والتي تتضمن شروطاً متميزة هي شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد، هذه الشروط تؤثر على مركز جهة الإدارة وتجعله أقرب إلى مركز المتعاقد الأجنبي مما يطرح إمكانية تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق هذه العقود.

وقد أقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر -بعد موقفهما الرفض- تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية في إطار شروط معينة وفي حالات محددة، وبالنسبة للقضاء الإداري الجزائري لم يكن موقفه بوضوح موقف نظيره المصري والفرنسي، إذ لا يوجد في أحكام مجلس الدولة الجزائري ما يدل على رفضه أو إقراره تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية.

أما بالنسبة لقضاء التحكيم فقد أقر تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية في بعض أحكامه، ورفض تطبيقه في أحكام أخرى.

وسنتناول دراسة الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية العقد الإداري ومتغيرات تدويله من خلال فصلين، نتعرض في الفصل الأول للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية، ونتطرق في الفصل الثاني للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية.

الفصل الأول

الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية

نشأت نظرية العقد الإداري وهي إحدى نظريات القانون الإداري نشأة قضائية شأنها شأن معظم قواعد ونظريات هذا القانون، فلقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي لعقود الإدارة من القواعد ما يميزها عن غيرها من عقود الإدارة الأخرى التي احتفظت بالصفة المدنية، ولهذا يعد القضاء الإداري الفرنسي هو المصدر الأصيل لهذه النظرية التي استلهمها القضاء المصري والجزائري في كثير من أحكامهما.

فمن المسلم به أن عقود الإدارة تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، فهي إما تخضع لقواعد القانون الخاص، وهي عقود الإدارة المدنية، أو تخضع لقواعد القانون العام وهي ما يطلق عليه العقود الإدارية ويبدو الاختلاف جوهريا بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة. فالعقود المدنية للإدارة تحكمها من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص ويسري عليها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. أما العقود الإدارية فتحكمها قواعد القانون العام التي تتفق مع احتياجات المرافق العامة ومقتضيات المصلحة العامة.

ومن أجل ذلك اعترفت لجهة الإدارة بسلطات وامتيازات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها، فهي تملك سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وسلطة تعديل بعض شروطه بإرادتها المنفردة، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، بل ولها سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة كل ذلك دون حاجة لرضا المتعاقد معها أو موافقته، ومن دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، ومن دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يحكمها في ذلك إلا المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ولما كانت فكرة الدفع بعدم التنفيذ تطبق كأصل عام في نطاق العقود المدنية كان من الصعب تطبيقها في نطاق العقود الإدارية لتنافي هذه الفكرة مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، لذلك لا يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة -وفقا للرأي الغالب في الفقه والقضاء- أن يتمتع عن تنفيذ التزاماته حتى ولو أخلت جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها حياله، فعليه أن يستمر في التنفيذ ويطالب بالتعويض إن كان له مقتضى.

وسوف نتناول الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية من خلال ثلاث مباحث، نحدد في المبحث الأول طبيعة العقد الإداري، ونبين في المبحث الثاني عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية، ونعرض في المبحث الثالث تطبيقات القضاء الإداري للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية.

المبحث الأول

طبيعة العقد الإداري

إذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني في أنّ كلا منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد. إلا أنّ العقد الإداري يتميز عن العقد المدني في كثير من الجوانب، وهذا ما تولّى الفقه والقضاء الإداريين توضيحه وتحليله. وسنحاول في هذا المبحث تحديد طبيعة العقد الإداري من خلال تحديد تعريف العقد الإداري، ثم تحديد معيار تمييز العقد الإداري من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري

العقد Le contrat في اللغة هو الربط أو التوثيق مادياً كان أو معنوياً⁽¹⁾، فيقال عقْدَ الحبل أي ربط بين طرفيه، ويقال عقْدَ العزم أي ألزم نفسه. والعقد في الاصطلاح العهد الذي يأخذ الإنسان على احترامه بمعنى الأمر الذي يرتضي المرء الالتزام به، اعتباراً بأنه قد قبل أن يربط نفسه به، وعقد النية على الإذعان له، وأصل معنى لفظ العقد في لغتنا العربية هو الربط المحكم⁽²⁾.

أما من الناحية القانونية فقد عرفه الأساتذة **De Laubadère** و **Venezia** و **Gaudemet** بأنه اتفاق إرادتي طرفي العقد على إنشاء التزامات فردية ذاتية⁽³⁾ وعرفه الأستاذ **Péquignot** بأنه اتفاق إرادتين على إنشاء مركز قانوني شخصي⁽⁴⁾. كما عرفه الدكتور **ثروت بدوي** بأنه عمل قانوني من جانبين، بقصد إنشاء التزام، أو تعديله، أو إلغائه وهو يقوم على العناصر الآتية: (1) توافق إرادتين متقابلتين (2) ينشئ العقد التزاماً أي مركزاً قانونياً فردياً (3) العقد عمل من جانبين وليس عملاً من جانب واحد فهو التقاء إرادتين متقابلتين على خلاف القرار الإداري الذي ينشأ من جانب واحد⁽⁵⁾.

ولقد نشأت فكرة العقد -أساساً- في كنف القانون المدني بصدد علاقات الأفراد بعضهم ببعض، إذ تناول فقهاؤه بيان ماهية العقد، وشروط انعقاده، وصحته، والآثار المترتبة عليه حتى أصبحت فكرة العقد مرتبطة بأحكام هذا القانون مصطبغة بصبغته⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ يقول القرطبي "العقود الربوط واحدها عقد. يقال عقدت العهد والحبل، وعقدت العسل، فهو يستعمل في المعاني والأجسام. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المجلد الثالث، الجزء السادس، ص5.

⁽²⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص38.

⁽³⁾ «Un accord de volontés générateur pour les deux parties d'obligations individuelles subjectives». De Laubadère André et Venezia Jean-Claude et Gaudemet Yves, Droit administratif, 14^eéd, L.G.D.J, 1996, p239.

⁽⁴⁾ Péquignot, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris 1944, p15.

⁽⁵⁾ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، طبعة 1963، ص5.

⁽⁶⁾ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص59.

عرف المشرع الفرنسيّ العقد في المادة 1101 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات⁽¹⁾ بأنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو عدة أشخاص يهدف إلى إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو انقضاءها"⁽²⁾.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 55 ق.م.ج بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء". أما المشرع المصري فلم يورد تعريفا للعقد في نصوص القانون المدني، إلا أن ذلك لم يمنعه من أن يورد تعريفاً له في مشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة 122) مؤداه أن "العقد اتفاق ما بين شخصين، أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها أو إنهائها"⁽³⁾.

وعلى ذلك يمكن القول أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، إذ أن كلاهما يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالالتزامات متقابلة.

تعددت تعريفات العقد الإداري من الناحية التشريعية والقضائية والفقهية. ولما كان التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى، وبالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري كان علينا أن نسوق أولاً التعريف التشريعي للعقد الإداري في فرع أول، لنتبعه بالتعريف القضائي في فرع ثاني، ثم نتوج جهود المشرع والقضاء بتبيان جهود الفقه في فرع ثالث.

الفرع الأول

التعريف التشريعي للعقد الإداري

لم يعرف المشرع الفرنسيّ العقد الإداري، وإنما عرف الصفقات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية code des marchés publics على النحو الآتي: "الصفقات العمومية هي عقود تبرم بمقابل بين السلطات المانحة (المحددة في المادة 2) والمتعاملين الاقتصاديين العموميين أو الخواص لتلبية حاجاتها في مجال الأشغال، واللوازم، أو الخدمات"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ كان المشرع الفرنسي يعرف العقد في المادة 1101 من القانون المدني قبل صدور الأمر رقم 131-2016 بأنه: «Une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

⁽²⁾ تنص المادة 1101 الأمر رقم 131-2016 على أنه:

«Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

⁽³⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، ص 10.

⁽⁴⁾ L'article 1 de code des marchés publics « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services».

ولم يعرف المشرع الجزائري بدوره العقد الإداري، وإنما خص بالتعريف الصفحة العمومية⁽¹⁾ في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر في 16/09/2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت على أن: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وقد أشار المشرع الجزائري إلى مصطلح العقد الإداري في الفقرة الرابعة من المادة 804 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبًا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه: ...
2° في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.
3° في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه..."

6° في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيمًا به..."

⁽¹⁾ حرص المشرع الجزائري على تعريف الصفحة العمومية عبر القوانين المختلفة المنظمة لها حيث عرفها في المادة الأولى من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

وعرفها في المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي بأنها: "عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

ولم يتعد المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرًا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفًا للصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

وعرفها في المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

أما المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية لم ينص على أي تعريف للصفحة العمومية.

وفي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 عرفها في المادة الثالثة منه بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفقًا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

ولم يورد المشرع المصري بدوره تعريفا للعقد الإداري في القانون رقم 182 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2018/10/03 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة⁽¹⁾. وأشار المشرع المصري إلى مصطلح العقد الإداري في المادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 الخاص بمجلس الدولة والتي نصت على اختصاصه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

الفرع الثاني

التعريف القضائي للعقد الإداري

لا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما خاصة إن كانت هذه الجهة في قمة هرم القضاء الإداري، فهو يفصل في بعض المنازعات - وإن كان ملزما بالتعريف الوارد في التشريع- يجب عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى. ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء و محاولاته لتعريف العقد الإداري.

لم يستقر القضاء الإداري الفرنسي في البداية على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام، فيعرف العقود الإدارية بأنها العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها، وينطلق تارة أخرى من طبيعة الشروط التي تضعها الإدارات العامة بقصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم العقود الإدارية. إلا أنه ومنذ 1950 تبنى القضاء الإداري الفرنسي مبدأ الشروط الخاصة وعلى ضوءه عرف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد وتضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد حقوق والتزامات المتعاقد معها وذلك لضمان تسيير المرافق العامة"⁽²⁾.

أما مجلس الدولة الجزائري عرف الصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوية ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 جاء فيه: "...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."⁽³⁾.

⁽¹⁾ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2018/10/03 في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 39 مكرر (د).

⁽²⁾ Long. (M), Weil. (P), Delvove. (P), Generois. (B), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13éd, Dalloz, Paris, 2001, p521.

⁽³⁾ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص31.

يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أنّ مجلس الدولة الجزائري حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنّها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص. في حين أنها يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأنّ القوانين الجاري العمل بها تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانون المدني في نص مادتيه 49 و 50، وقانون البلدية لسنة 90 في نص مادته الأولى، وكذلك المادة 60 منه، وقانون الولاية لسنة 90 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 87 منه، وتنظيمات أخرى كثيرة.

ولم يصرف التعريف القضائي أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلا أنّ الصفقة العمومية تتمّ وفقا لأشكال وإجراءات محدّدة قانونا رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب.

ولا تقوتنا الإشارة إلى أن التعريف أيضا استعمل مصطلح مقالة بقوله: "حول مقالة أو إنجاز مشروع...". وكان حريا بمجلس الدولة الجزائري أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني⁽¹⁾. ويستعمل عوضا عنه عقد الأشغال العامة تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية، وأن يقتصر على ذكر عبارة إنجاز أو تنفيذ أشغال لينصرف المفهوم لعقد الأشغال العامة وهو عقد إداري، ولا ينصرف لعقد المقالة وهو عقد مدني لما للعقدين من اختلاف كبير وجوهري على مستوى طرق الإبرام وإجراءاته أو على مستوى سلطات الإدارة وامتيازاتها أو على مستوى رقابة تنفيذ العقد وطرق إنجاءه، وهي في مجملها تشكّل نظرية العقد الإداري والتي تتميز بأحكام خاصة تجعلها تستقل عن نظرية العقد المدني.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽²⁾. فالعقد يكون إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ومتصلا بنشاط مرفق عام وملحوظا فيه سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره، بما لها من سلطة عامة، ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري⁽³⁾.

وذهب قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أنه يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، وأن يكون تعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية التي تتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما

(1) عرّفت المادة 549 ق.م.ج عقد المقالة بأنه: "عقد يتعهّد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدّي عملا مقابل أجر يتعهّد به المتعاقد الآخر".

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 576 لسنة 11 قضائية، جلسة 1967/12/30؛ حكمها في الطعن رقم 1278 لسنة 28 قضائية، جلسة 1984/02/11.

(3) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 2184 لسنة 29 قضائية، جلسة 1987/02/21.

يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص⁽¹⁾. وأنه يتعين لاعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص⁽²⁾.

الفرع الثالث

التعريف الفقهي للعقد الإداري

تعددت تعريفات الفقهاء للعقد الإداري، إذ عرفه الأستاذ **André de laubadère** بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام ويتم هذا التوافق من خلال الأشكال والإجراءات المقررة في القانون الإداري⁽³⁾، وعرف الأستاذ **Duguit** العقد الإداري بأنه عقد شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص ويرتب آثارا قانونية وإذا كان الاختصاص المتعلق به للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته⁽⁴⁾، وعرفه أيضا جانب من الفقه الفرنسي بأنه: "العقد الذي تكون الإدارة بطريقة أو بأخرى طرفا مشاركا فيه ويخضع هذا العقد للقواعد الخاصة بالقانون الإداري كما يخضع لاختصاص القضاء الإداري"⁽⁵⁾. كذلك عرف جانب آخر من الفقه الفرنسي العقد الإداري بأنه: "نتاج تكافؤ اتفاق إرادات، ويجب أن يكون هذا الاتفاق للإرادات واصفا العقد ثم واصفا له بالصفة الإدارية أو الخاصة، وهذا يقودنا إلى النظر في الهوية التعاقدية ثم الهوية الإدارية للعقد الإداري"⁽⁶⁾.

أما الدكتور **سليمان الطماوي** عرفه بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير

⁽¹⁾ المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 8 لسنة 5 قضائية عليا(تنازع)، جلسة 1975/04/05.

⁽²⁾ المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 12 لسنة 4 قضائية عليا(تنازع)، جلسة 1976/04/03.

⁽³⁾ De laubadère (A) et Moderne(F) et Delvolv.(P), Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J, 1984, p17.

⁽⁴⁾ Duguit Léon, Traité de droit constitutionnel, T3, 2 éd, p4.

⁽⁵⁾ « Le contrat administratif est un contrat dans lequel l'administration est d'une manière ou d'une autre, partie prenante, soumis à des règles spéciales de droit administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative ». Pastorel Jean-Paul, Droit administratif, DUNOD, Paris, 1995, p10. Voir aussi: Delamarre Manuel et Paris Timothée, Droit administratif, Ellipses, 2009, p291 ; Xavier Philipe, Droit administratif général, 2éd, Librairie De l'université, 1996, p153.

⁽⁶⁾ « Le contrat administratif est le produit d'une double qualification d'un accord de volontés ». Cet accord de volontés doit être qualifié de contrat puis être déclaré administratif ou privé. Cela nous conduit à envisager l'identité contractuelle puis l'identité administrative du contrat administratif ». Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016, p35.

المرفق العام⁽¹⁾. كما عرفه الدكتور **توفيق شحاته** بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يكون هذا الشخص المعنوي العام أظهر نيته في الأخذ بشأنه بأسلوب القانون العام وتستخلص هذه النية مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القانون العادية أو غير مألوفة في تلك النصوص"⁽²⁾.

يذهب الدكتور **ماجد راغب الحلو** إلى أنه: "لكي يكون العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص من أشخاص القانون العام سواء تعلق الأمر بالدولة أم بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية ويجب أن تكون الإدارة قد اختارت في تعاقدها الالتجاء إلى وسائل القانون العام والأخذ بأساليبه"⁽³⁾.

كما اتجه الدكتور **محمد فؤاد مهنا** إلى أن: "العقد الذي يبرمه شخص إداري يعتبر عقدا إداريا بتوافر شرطين هما: أن يكون العقد متصلا بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره، وأن تأخذ فيه الإدارة بأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽⁴⁾. ويذهب الدكتور **محمود حلمي** بأن العقد الإداري ليس إلا عقدا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، ولا يعتبر أي عقد تبرمه الإدارة من العقود الإدارية، بل يشترط أن يكون للعقد صلة بالمرفق العام"⁽⁵⁾.

ونخلص بعد عرض تعريفات العقد الإداري من الناحية التشريعية والقضائية والفقهيّة إلى القول بأن القضاء والفقهاء ضمّن تعريف العقد الإداري عناصر ثلاث هي أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما، وأن يتصل هذا العقد بالمرفق العام، وأخيرا أن تختار الإدارة وسائل القانون العام. نعتقد بأن التعريفات السابقة للعقد الإداري غير جامعة وغير مانعة، وأن الوقوف على حقيقة العقد الإداري لا تتأتى إلا بعد التطرق لمعايير تمييز العقد الإداري، وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني

معايير تمييز العقد الإداري

تبرم الإدارة نوعين من العقود، النوع الأول هو عقود القانون الخاص تبرمها الإدارة مع أحد الأشخاص -أيا كان وصفه- متخلية عن سلطتها العامة وكأنها شخص عادي تنطبق عليها قواعد القانون الخاص منها القاعدة الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين"، و يختص بنظر المنازعات التي تنشأ عن مثل هذه العقود القضاء

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 50.

(2) توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1955، ص 758.

(3) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، الإسكندرية، ص 518.

(4) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، طبعة 1978، ص 711.

(5) محمد حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1977، ص 3.

العادي. أما النوع الثاني هو العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة وتخضع للقانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري.

ونظرا لتنوع العقود التي تبرمها الإدارة واختلاف القانون الواجب التطبيق بشأنها والقضاء الذي ينظر في المنازعات الناشئة عنها ويفصل فيها، فإنه تعين إجراء التفرقة على وجه الدقة بين هذين النوعين من العقود، وقد وضع الفقه والقضاء وحتى التشريع معايير متعددة لتمييز ما يعد من هذه العقود إداريا. وسنعرض في هذا المطلب المعيار القانوني لتمييز العقود الإدارية في فرع أول، ثم المعيار القضائي في فرع ثاني.

الفرع الأول

المعيار القانوني

يقصد به أن تشير النصوص القانونية صراحة إلى بعض العقود وتصفها بأنها عقود إدارية، وهناك نصوص لا تشير صراحة إلى طبيعة العقد، بل يستنتج ذلك من خلال اسناد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها إلى القضاء الإداري، فيفهم من مثل هذا النص أنها عقود إدارية⁽¹⁾. فإذا حدد التشريع طابع العقد المبرم، فلا يملك طرفا العقد تعديل هذه الطبيعة أيا كانت الشروط التي تضمنها العقد⁽²⁾. وبذلك فإنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على اعتبار أحد العقود إداريا، أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع العقود مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء⁽³⁾.

وظهر هذا التحديد التشريعي لأول مرة في فرنسا في نهاية القرن الثامن عشر، عندما أدرج المشرع الفرنسي بعض العقود الإدارية في اختصاص القضاء الإداري سواء في اختصاص المجالس الإقليمية -التي أصبحت تسمى بالمحاكم الإدارية- أو في اختصاص مجلس الدولة.

وقبل ظهور التحديد التشريعي سادت نظرية السلطة العامة التي ابتدعها الفقه الفرنسي، وكانت طريقة لتوزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية تقوم على التمييز في أعمال الإدارة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، بحيث ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري إذا كانت المنازعة متعلقة بعمل من أعمال السلطة أما المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة العادية فتترك للقضاء العادي، وذلك على أساس أن أعمال السلطة تتمثل فيما تصدره الإدارة بوصفها سلطة آمرة من أوامر ونواهي وقرارات ملزمة للأفراد بإرادتها المنفردة. أما أعمالها العادية الشبيهة بتصرفات الأفراد هي الأعمال التي تمارسها الإدارة بنفس الأساليب التي يمارسها الأفراد فلا تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة، وتعتبر هذه الأخيرة من قبيل أعمال الإدارة

¹⁾ Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 5 éd, L.G.D.J, Paris, 1995, p96.

²⁾ Debbasch Charles Hubert, Institutions et droit administratif (2 /l'action et le contrôle de l'administration), presses universitaires de France, p169.

³⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص33.

العادية التي تدخل في اختصاص القضاء العادي. غير أنه استثناء عن هذه القاعدة نص المشرع الفرنسي لأسباب خاصة⁽¹⁾ على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة، ومنها:

• عقود الأشغال العامة: Les marches de travaux publics

نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون 28 pluviôse an VIII على أن جميع المنازعات التي تنشأ بمناسبة عقود الأشغال العامة هي من اختصاص مجالس الأقاليم (المحاكم الإدارية منذ 1953)⁽²⁾.

• عقود القرض العام: Les contrats d'emprunt public

صدرت بشأنها قوانين تتعلق بالاختصاص القضائي مثل قانون 17 جويلية 1790 وقانون 26 سبتمبر 1793، إذ اعترف هذا القانون بالصفة الإدارية لعقود القرض العام⁽³⁾.

• عقود التوريد: Les marchés de fournitures de l'état

وهي العقود التي صدر بشأنها مرسوم 11 جوان 1806 تنص المادة 14 منه على أن القضاء الإداري هو الذي يختص بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة⁽⁴⁾.

• عقود شغل الدومين العام: Les contrats d'occupation du domaine public

وفقا لنص المادة 84 من المرسوم المتعلق بأموال الدولة الصادر في 17 جوان 1938⁽⁵⁾ يمنح الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود لمجالس المحافظات أو المديريات وهي مختصة بهذا النوع من المنازعات الإدارية أيا كان شكلها.

كما اعتبر المشرع الفرنسي منذ صدور القانون رقم 1168 لسنة 2001 المؤرخ 11 ديسمبر 2001 بشأن التدابير العاجلة للإصلاحات الاقتصادية والمالية (القانون المعروف باسم "MURCEF") أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ منها أن يكون تطبيق نظام القانون العام عليها أكثر ملائمة لحل المنازعات المتعلقة بها من تطبيق نظام القانون الخاص.

⁽²⁾ « L'article 4 alinéa 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII dispose que Le conseil de préfecture est compétent «sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marchés». Richer Laurent, op cit, p96.

⁽³⁾ De Laubadère (A) et Venezia (J-C) et Gaudemet (Y), Traité de Droit Administratif, T1, 11^eéd, L.G.D.J, 1990, p618.

⁽⁴⁾ Richer Laurent, op cit, p99.

⁽⁵⁾ Debbasch Charles, op cit, p170.

⁽⁶⁾ Depuis la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi dite « MURCEF »), les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs. Ce texte met fin à la jurisprudence du Tribunal des conflits selon laquelle le fait qu'un contrat était soumis, en raison de son montant, au Code des marchés publics, ne pouvait suffire à lui conférer le caractère de contrat administratif (TC, 5 juillet 1999, requête numéro 3142, Commune de Sauve c. Société Gestetner, AJDA, 1999, p 554).

أما المشرع الجزائري فرغم اهتمامه بالصفقات العمومية إلا أنها لم تحظ بنص خاص يصنفها ضمن العقود الإدارية⁽¹⁾.

أما في مصر فإن العقود الإدارية تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها، ووفقا لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، ولا وفقا لإرادة المشرع⁽²⁾. ذلك أنه بالرجوع إلى القوانين التي نظمت اختصاص مجلس الدولة المصري نجد أن القانون رقم 112 لسنة 1946 لم يتضمن أية إشارة إلى العقود الإدارية. ثم ورد النص بعد ذلك في القوانين اللاحقة على النحو الآتي:

أولاً: المادة 5 من القانون رقم 9 لسنة 1949 ونصها: "تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية...".

ثانياً: المادة 10 من القانون رقم 165 لسنة 1955 والقانون رقم 55 لسنة 1959 وتقول: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".

ثالثاً: الفقرة رقم 11 من المادة العاشرة من القانون الحالي وتقتصر على محاكم مجلس الدولة الفصل "في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

كانت صياغة المادة 5 من القانون رقم 9 لسنة 1949 توحي بأن العقود الثلاثة الواردة بها هي عقود إدارية بتحديد القانون. ولكن فحص النص عن كثب يؤدي إلى العكس، فالمسلم به فقها وقضاء أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هي عقود إدارية دائما وفقا لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام. أما العقد الثالث وهو عقد التوريد، فهو العقد الذي قد يكون إداريا أو غير إداري وفقا لإرادة الإدارة ولهذا فقد حرص نص المادة 5 على أن ينبعثه بالصفة الإدارية مما كان يستتبع من اختصاص المجلس المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غير الادارية.

أما صياغة المادة 10 من القانون رقم 165 لسنة 1955 والقانون رقم 55 لسنة 1959 وكذلك الفقرة 11 من القانون رقم 47 لسنة 1972، فهي قاطعة إذ جاء فيها ذكر العقود الإدارية الثلاثة على سبيل المثال، ويؤيد ذلك نهاية الفقرة التي تقول "...أو بأي عقد إداري آخر".

ومن ثمة ننتهي إلى استبعاد فكرة "العقود الإدارية تحديد القانون" من نطاق القانون المصري. وحسنا فعل المشرع المصري لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام. أما تطبيق قواعد القانون الخاص فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإداري. وهو ما انتهت إليه أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 9 ديسمبر 1956 -بعد أن استعرضت مختلف المراحل التي مر بها اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الإدارية- حيث تقول: "...فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الإدارة بل انطوى على كافة العقود الإدارية

⁽¹⁾ كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، 2012، ص14.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص33.

وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود... فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقودا إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة الشارع...⁽¹⁾.

وبعد عرض التدخل التشريعي لتحديد العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر، يجب في تقديرنا أن نفرق بين صورتين من صور تدخل المشرع في حالة منحه الاختصاص بنظر ما قد يثور من منازعات حول عقد معين للقضاء الإداري⁽²⁾، تتمثل الصورة الأولى في أن يمنح المشرع الاختصاص للقاضي الإداري بنظر ما قد يثور من منازعات حول عقد تم تحديد موضوعه وخصائصه ومضمونه بصورة كافية بواسطة النص. في هذه الحالة فإن دور القاضي يكون محدودا حيث يقتصر على التأكد مما إذا كان العقد المعروض أمامه يدخل أو لا يدخل في الإطار المرسوم بواسطة النص، فإذا ثبت له أنه يحمل نفس الخصائص والمضمون أعلن اختصاصه بنظره، بل حتى ولو لم تتوافر فيه المعايير القضائية من ذلك في فرنسا عقد بيع أملاك الدولة، عقود شغل الدومين العام. أما الصورة الثانية فتتمثل في أن يمنح المشرع الاختصاص للقاضي الإداري بنظر المنازعات التي قد تثار حول عقد دون تعريفه بصورة واضحة بتحديد مضمونه وخصائصه بل يكتفي بتسمية العقد "عقد الأشغال العامة، عقد توريد...". كما فعل المشرع الجزائري، في هذه الحالة لا يمكن القول بأن النص قد حل المشكلة، حيث يجب على القاضي اللجوء إلى المعايير القضائية لتحديد طبيعة العقد وهو ما كان سيفعله دون حاجة إلى نص عندما يعرض عليه النزاع، مما يعني أن النص على هذه العقود لم يحل المشكلة تماما، وبالتالي فإن إطلاق وصف العقد الإداري بتحديد المشرع على هذه الطائفة من العقود يعد تجاوزا في هذه الحالة. وفي تقييمنا لهذا المعيار يمكن القول أن تحديد العقود الإدارية بنص القانون ليس حاسما وقاطعا في تكييف العقد بأنه إداري، فمثل هذا التحديد يساعد على توضيح الأمر مبدئيا، ويظل الأمر متروكا للقاضي ليقوم بالتكييف الدقيق للعقد، وإعطائه الوصف القانوني الحقيقي، وما إذا كان من عقود القانون الإداري أو من عقود القانون الخاص.

الفرع الثاني

المعيار القضائي

استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ 1956 على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص عام سواء تضمن شروطا استثنائية أو تعلق بتسيير مرفق عام أو خضع لنظام استثنائي⁽³⁾، كما استقر القضاء الإداري المصري على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 56 و 57.

⁽²⁾ محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 16 و 17.

⁽³⁾ « La jurisprudence semble s'être stabilisée depuis 1959(20 avril 1956 époux Bertin et ministre de l'Agriculture c/consorts Gimouard, Rec, 167 et 168) : est un contrat administratif le contrat passé par une personne publique et comportant soit des clauses exorbitantes, soit la participation à l'exécution même du service public, ou soumis à un régime exorbitant ». Debbasch Charles, op. cit, p171.

بمناسبة تسييره، وأن تظهر فيه نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽¹⁾.

ومما تقدم نجد أن القضاء الإداري الفرنسي والمصري استلزما توافر ثلاثة شروط في العقد حتى يكون إداريا⁽²⁾، وهي أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يتضمن شروطا استثنائية. ولكن الوضع يختلف حسب ما إذا كنا نبحث في أحكام القضاء المصري أو في أحكام القضاء الفرنسي، فالقضاء المصري يستلزم لكي يصبح العقد إداريا أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام وأن يتعلق العقد بتسيير أو تنظيم مرفق عام وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام، ويمثل العنصر الأول في التعريف الجانب العضوي ويمثل العنصران الآخران الجانب الموضوعي، وقد حرص مجلس الدولة المصري على أن يكون أمينا على المعيار المزوج وحرص في أحكامه المتعددة على ضرورة توافر الشروط الثلاثة السابقة إلا فيما ندر.

أما في فرنسا فقد تطور معيار العقد الإداري بصورة كبيرة أدت إلى هجر التصور التقليدي الذي بنيت عليه فكرة العقد الإداري، حيث جرت محاولات فقهية أيدتها أحكام القضاء استهدفت استبعاد المعيار المزوج والاكتفاء في مجال تحديد الطبيعة الإدارية بعنصر واحد فقط إلى جانب المعيار العضوي اختلف الفقه في تحديده، فأيد جانب من الفقه كفاية عنصر المرفق العام، وأيد جانب آخر فكرة السلطة العامة التي تتجلى في تضمين العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة، ولذا فقد أصبح من المستقر أن العقد الإداري في فرنسا يقوم على عنصر ثابت هو المعيار العضوي وعنصر آخر متغير أو ما يسمى بالمعيار التخييري **Le critère alternatif**، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة أو إشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام ذاته فتوفر أحدهما يُسبغ على العقد الصفة الإدارية⁽³⁾.

⁽¹⁾ من أحكام محكمة القضاء الإداري المصري: حكمها في الدعوى رقم 222 لسنة 10 ق، جلسة 1956/12/13 المجموعة 10، ص 1855؛ حكمها في الدعوى رقم 13 لسنة 4ق، جلسة 1951/12/16 والدعوى رقم 193 لسنة 14 جلسة 1960/11/13؛ حكمها في الدعوى رقم 1894 لسنة 10 ق جلسة 1957/03/10؛ وفي الدعوى رقم 105 لسنة 11 ق جلسة 1961/06/04؛ في الدعوى رقم 3109 لسنة 38 ق جلسة 1986/06/02؛ في الدعوى رقم 146 لسنة 6ق جلسة 1956/03/11.

من أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية: حكمها في الطعن رقم 1889 لسنة 6ق جلسة 1962/03/11، س7، ص527؛ في الطعن رقم 1965 لسنة 6ق جلسة 1962/05/31 س7، ص535؛ في الطعن رقم 1059 لسنة 7ق جلسة 1963/05/25؛ في الطعن رقم 1558 لسنة 7ق جلسة 1964/03/07، س9، ص763؛ في الطعن رقم 1401 لسنة 12ق جلسة 1972/02/26 س15، ص185؛ في الطعن رقم 3049 لسنة 32 ق جلسة 1990/02/20.

⁽²⁾ جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص37.

⁽³⁾ «Le critère alternatif l'existence d'une mission de service public ou d'une clause exorbitante». Deviller -Jacqueline Morand, Cours de droit administratif, 4éd , Montchrestien 1995, p366 ; Debbasch Charles, op cit, p175. ; Philippe Xavier, op cit, p157.

أما في الجزائر فقد اعتمد المشرع الجزائري المعيار العضوي وحده، حيث نصت المادة 800 ق.إ.م.إ.ج الصادر بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". ووفقا للنص السابق لا يكون العقد إداريا إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصا من الأشخاص المحددة في هذا النص.

كما نصت المادة 6 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات: - الدولة،

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

ووفقا للمادة السالفة الذكر لا نكون أمام صفقة عمومية ينعقد اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاتها والفصل فيها إلا إذا كان أحد أطرافها شخصا من الأشخاص المحددة في هذا النص. ولقد كرس القضاء الإداري الجزائري مسلك المشرع في اعتماده المعيار العضوي، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽¹⁾، وبعدها مجلس الدولة، وكذلك محكمة التنازع⁽²⁾. ومما تقدم نجد أن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية يخضع لمعيارين هما:

أولاً: المعيار العضوي (Le critère organique)

المعيار العضوي للعقد هو أطرافه **Les contractants**، فلكي يكون العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام⁽³⁾، ولعل السبب في ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة، وبالتالي فالمبدأ أن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصا من

⁽¹⁾ على سبيل المثال من هذه القرارات: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في 1989/05/29، قضية (رئيس المجلس الشعبي) ضد (بن أ ب)، المجلة القضائية رقم 1، 1989، ص 222.

⁽²⁾ قرار محكمة التنازع الصادر في 2000/05/08، قضية رئيس بلدية رابيس حميدو ضد ص.ج، مجلة مجلس الدولة رقم 1، 2000، ص 153.

⁽³⁾ Provost. (J-F), A la recherche du critère du contrat administratif, La qualité des contractants, R.D.P, 1971, p817.

سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 62؛ جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعياري تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 29.

أشخاص القانون العام لا يعتبر عقدا إداريا⁽¹⁾. وهذا الشرط مفترض في كل العقود الإدارية، وبذلك فإن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص هو عقد مدني يختص به القضاء العادي أيا كان موضوعه⁽²⁾.

وأشخاص القانون العام في مصر⁽³⁾ هي الدولة والأشخاص العامة الإقليمية كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة، وكذلك الأشخاص الاعتبارية الأخرى التي يعترف لها القانون أو القضاء بالصفة العامة أو ببعض الامتيازات العامة كالنقابات المهنية (نقابة المحامين والأطباء والمهندسين) وهي ما يمكن أن نطلق عليها نظام المرافق العامة المهنية⁽⁴⁾، وتعتبر قراراتها إدارية تدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة سواء بالنسبة إلى طلب إلغائها أو التعويض عنها، وبطرحا الأقباط الأرثوذكس⁽⁵⁾ والمجلس الصوفي الأعلى⁽⁶⁾ وكنائس نهضة القداية⁽⁷⁾.

نصت المادة الأولى من القانون المصري رقم 182 الصادر بتاريخ 2018/10/03 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على أنه: 'في تطبيق أحكام هذا القانون يُقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها:

الجهة الإدارية: أي من الجهات العامة أو الهيئات أو الوحدات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون، وما يتبعها من صناديق خاصة أو حسابات على النحو المبين في المادة المشار إليها.

السلطة المختصة: الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق، أو من يعادلهم من سلطات في الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون كل في نطاق اختصاصه...".

وأشخاص القانون العام في فرنسا تتمثل في الدولة، الوحدات المحلية، المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية، وكذلك أشخاص القانون الخاص المكلفين بمهام المرفق العام⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، 1963، ص 58.

⁽²⁾ Auby. (j.M) et Drago. (R), Traité de contentieux Administratif, T1, 3 éd, L.G.D.J, Paris, 1984, p343.

⁽³⁾ عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997، ص 21؛ عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص 19؛ جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 54.

⁽⁴⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في 11/06/1983، المجموعة، ص 28 ق، ص 790، ص 1513.

⁽⁵⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في 6/04/1954، المجموعة، ص 8 ق، ص 1171.

⁽⁶⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في 17/11/195، المجموعة، ص 8 ق، ص 171.

⁽⁷⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في 20/12/1980، المجموعة، ص 26 ق، ص 175.

⁽⁸⁾ Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 3éd, L.G.D.J, 2001, p14.

أما أشخاص القانون العام في الجزائر تتمثل في الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإدارية⁽¹⁾، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية⁽²⁾.
والعبرة في تحديد صفة الشخص العام هي بوقت إبرام العقد لا قبل ذلك ولا بعد ذلك أي بوقت الإبرام وليس رفع الدعوى⁽³⁾، وعلى ذلك فإن تغيير هذه الصفة بعد إبرام العقد لا تأثير لها على تكييف العقد ذاته فتحول الشخص الاعتباري من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بعد إبرام العقد لا يغير من صفة العقد ولا يفقده صفة العقد الإداري⁽⁴⁾، وعلى النقيض فإن تحول الشخص الخاص إلى شخص من أشخاص القانون العام بعد إبرام العقد لا يسبغ الصفة الإدارية على مثل هذا العقد⁽⁵⁾.

لدراسة المعيار العضوي لتمييز العقود الإدارية نتناول بالشرح النقاط الآتية:

1- العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام: Les contrats entre personnes publiques

منذ صدور حكم محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 1983/02/21 في قضية اتحاد شركات التأمين في باريس Union des assurances de paris⁽⁶⁾ أصبح القضاء والفقهاء الفرنسي⁽⁷⁾ يقيم قرينة مقتضاها أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام من حيث المبدأ هي عقود إدارية وذلك على أساس أن الأشخاص العامة تتبع عادة أسلوب الإدارة العامة أو القانون العام في القيام بتصرفاتها. غير أن محكمة التنازع أثارت الشك حول قيمة هذا مبدأ في حكمها الصادر سنة 1983، واستندت إلى اعتبار آخر لكي يعتبر العقد إدارياً، وهو أن موضوع العقد يتعلق بالتنفيذ ذاته للمرفق العام، فان كان أشخاص القانون العام يغلب على تصرفاتها اتخاذ أساليب الإدارة العامة إلا أنها قد تستخدم أساليب القانون الخاص، ومن ثمة فلا تكون هناك جدوى من الأخذ بمعيار أن يكون أحد أطراف العقد أو كلا طرفيه من أشخاص القانون العام.

⁽¹⁾ المادة 800 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

⁽²⁾ المادة 6 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

⁽³⁾ محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص 71.

⁽⁴⁾ حكم محكمة القضاء الإداري 16/03/1969 مجموعة المبادئ القانونية من 01/10/1966 حتى 30/09/1969 ص 609 قاعدة 333 قضية 287؛ حكمها في 05/05/1968، مجموعة المبادئ في ثلاث سنوات من 01/10/1966 حتى آخر سبتمبر 1969، ص 312 رقم 189 السنة 19 ق.

⁽⁵⁾ T.C.17 juin 1972, S.N.C.Fr.R, p944.

تعلق هذا الحكم بعقد أشغال عامة لشركة السكة الحديدية قبل أن تتحول إلى مؤسسة عامة بمقتضى القانون 30/12/1982.

⁽⁶⁾ T.C.21 Mars 1983, Union des assurances de paris et a.c.Secr.Etat aux p.et T, Rec, Lebon, p597, A.J.D.A,1983,p356; Concl Labetoulle, D,1984, p33,note Auby (J.B) et Hubrecht .(H.G).

⁽⁷⁾ Douence, Les conventions entre personnes publiques, Mélanges Stassinopoulos, 1974, P113; Moderne.(F), Les conventions entre personnes publiques ,R.F.D.A ,1984, p1.

من الأحكام المؤيدة لذلك الحكم الصادر في 1991/10/07 في قضية أحد المراكز الإقليمية للأعمال الجامعية والمدرسية، وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد مبرم بين هذا المركز وهو مرفق عام ومن أشخاص القانون العام وبين إدارة الإسكان منخفض الأجر أو المدعمة وهي مرفق عام -أيضا- يتعلق بتخصيص بعض الشقق والمسكن التابعة لهذا المركز الجامعي وذلك لإسكان الطلاب والدارسين بأجرة مدعمة ومنخفضة، ففي هذه القضية يتضح أن محكمة التنازع اعتبرت أنها بصدد عقد إداري لا استنادا إلى أن طرفيه من أشخاص القانون العام ولكن استنادا إلى أن موضوع العقد يتعلق بالتنفيذ للمرفق العام⁽¹⁾.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي -في بعض أحكامه- لم يأخذ بهذه القرينة مطلقا، وذهب إلى اعتبار مثل هذا العقد من عقود القانون الخاص رغم أن طرفيه من أشخاص القانون العام. ونذكر على سبيل المثال حكمه الصادر في 1990/05/11 في قضية أحد مكاتب المساعدة أو الإعانة الاجتماعية، حيث اعتبر الاتفاق بين هذا المكتب وبين إدارة الإسكان المعتدل الأجرة H.L.M لتخصيص بعض عمارات هذا الإسكان للمكتب عقدا من عقود القانون الخاص بالنظر إلى موضوعه بالرغم من أن طرفيه من أشخاص القانون العام⁽²⁾.

إذن لم يعد إبرام العقد بين أشخاص القانون العام عقدا إداريا على طول الخط، فقد يبرم العقد بين هؤلاء الأشخاص ورغم ذلك يعتبر عقدا من عقود القانون الخاص، وذلك إذا لم يكن العقد يتعلق بتسيير مرفق عام، أو لم يوجد فيه أساليب القانون العام أي أن القضاء يبحث عن قرائن أخرى للوقوف على حقيقة العقد.

2- العقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص

Les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée

تتنوع العقود التي تبرم بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص ويمكن حصرها في ثلاثة أنواع:

أ- عقود تندرج تحت طائفة العقود المسماة: وهي عقود الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد المعاونة، وعقد القرض العام... الخ، وهذه العقود هي عقود إدارية بطبيعتها أو بموضوعها ولا تثير مشاكل بالنسبة للقواعد التي تخضع لها، فهي تخضع لقواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري⁽³⁾.

ب- العقود التي تبرم بين المرافق العامة الاقتصادية Les services publique : économique سواء كانت صناعية Industriels أو تجارية Commerciaux وبين المنتفعين بالخدمات⁽⁴⁾ التي تقدمها لهم هذه المرافق مثل عقود توريد الغاز والكهرباء والماء. ورغم أن أحد طرفي هذه العقود هو شخص من

¹⁾ T.C.7 octobre 1991; Cours de L'académie de nancy-metz, Rec, A.J.D.A, 1992, P472.

²⁾ C.E.11mai 1990, O.P.H.L.M de Meurthe-et-moselle , R.D.P,1990,p270.

³⁾ T.C.20 Jan1986, Coop. Agricole de L'arne, Rec, P446 ; D.A, 1986 , N°155.

⁴⁾ يستثنى من هذه العقود تلك المبرمة بين هيئة البريد والاتصالات الفرنسية والمشاركين فقد كانت قبل 1990 عقودا إدارية وبصدور قانون 1990/07/02 دخلت المنازعات المتعلقة بها ضمن اختصاص القضاء العادي.

أشخاص القانون العام، إلا أن القضاء الفرنسي اعتبرها من عقود القانون الخاص أيا كانت درجة تعلقها بالمرفق الصناعي أو التجاري وأيا كانت الشروط التي تتضمنها، ومن ثمة يختص بنظرها القضاء العادي وتطبق عليها قواعد القانون الخاص. وفي بعض الأحيان يلجأ القضاء الفرنسي إلى التحايل على هذا المبدأ ويعمل على تعديل طبيعة المرفق لطبع عقده بالطابع الإداري، فيصفه بأنه مرفق إداري بالرغم من أنه بطبيعته يعد مرفقا تجاريا أو صناعيا، من ذلك مرفق البريد والاتصالات، وكذلك عقد اشتراك التليفونات في فرنسا يعد عقدا إداريا إذا توافرت مقومات العقد الإداري⁽¹⁾. أما في مصر فإن القضاء المصري كان أكثر وضوحا منه في فرنسا، فقد استقرت أحكامه وعلى رأسها المحكمة الإدارية العليا على اعتبار العقود التي تنظم العلاقات بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها من روابط القانون الخاص لانتهاء مقومات وخصائص العقود الإدارية⁽²⁾، وبناء على ذلك قررت المحكمة بأن العقد الذي يربط بين الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية وهي مرفق اقتصادي وبين المنتفعين بخدماتها عقدا مدنيا لانتهاء مقومات العقد الإداري⁽³⁾.

ج- عقود توظيف العاملين في المرافق العامة الإدارية: يميز القضاء الفرنسي بين نوعين من هذه العقود النوع الأول هو عقود توظيف العاملين المشاركين بشكل مباشر في تنفيذ المرفق العام وهي العقود التي تعهد إلى المعيّنين بوظائف تتفق مع مهام وطبيعة الخدمات التي يقدمونها مثل تعيين الأطباء في مركز طبي أو صحي أو تعيين مدرسيين أو أساتذة في مرفق تعليمي وقد اعتبرها القضاء عقودا إدارية ليس استنادا إلى أطراف العقد ولكن استنادا إلى موضوع العقد⁽⁴⁾. أما النوع الثاني هو عقود توظيف العاملين في الوظائف المختلفة وهي عبارة عن أعمال لا تدخل ضمن المهام الأصلية المنوطة بالمرفق، مثال ذلك على وجه الخصوص أعمال النظافة، والصيانة لمواقع العمل والإنشاءات الخاصة بالمرفق العام فمثل هؤلاء العاملين يعينون لحاجة المرفق، ولا يشاركون مباشرة في تنفيذ الخدمة الأساسية التي يقوم بها المرفق، ولا يعتبر مثل هذه العقود إدارية إلا إذا تضمنت شروطا غير مألوفة⁽⁵⁾.

¹⁾ C.E.22 juillet 1972, Muringer, Rec, p342 ; C.E.8 juin 1979, Mme, Veuve Bourgeois, R, P293, A.J.D.A, 1980, p301-Note Brand.

²⁾ حكم 33-1194 (18/02/1989) 568/87/34 مجموعة العقود الإدارية في 40 عاما ص122.

³⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1977/02/5 والمنشور في مجموعة العقود س7 ص 380 ؛ حكمها رقم 182 لسنة 29 جلسة 1985/02/28 ق 19 لسنة 98 المتعلق بتخصيص الهيئة العامة للاتصالات وجعلها شركة مساهمة مصرية فهذا ينفي صفة الشخص العام عن الهيئة وتصبح من أشخاص القانون الخاص ومن ثم تعتبر كافة العقود المبرمة بينها وبين المنتفعين من عقود القانون الخاص.

⁴⁾ C.E.4 juin 1954, Vingtain et Affortit , Rec,P342,concol Chardeau; C.E.20 Avril 1956, E.P Bertin, Rec, P167.

⁵⁾ T.C.12 Jan 1982,Vallauri, D.A,1982,N°98 ; C.E. 9 avril 1986 ; Hidous ,D.A, 1986 N°281:ouvriers engages par hôpitaux public. ; T.C.16 Mars 1990, Rambur D A 1990, N° 318, Agent d'entretien Recruté par un office d' H.L.M.

3- العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص: Les contrats Entre personnes privées

إذا كانت القاعدة هي أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص عقود خاصة⁽¹⁾، وتخضع لاختصاص القاضي العادي⁽²⁾، فإن الأمر يختلف إذا كان أحد أطراف العقد على الأقل إن لم يكن الطرفان يمثلان في هذا العقد أحد أشخاص القانون العام، والتمثيل قد يأخذ مظهرا من مظاهر ثلاثة:

أ- التعاقد بالوكالة لحساب الشخص العام: pour le compte

يمكن تكييف بعض العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص على أنها عقود إدارية، إذا كان أحد أطراف العقد يتصرف ويتعاقد لحساب الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى⁽³⁾. ومن الأحكام التي صدرت في هذا المعنى وكان لها انعكاسات كبيرة في الوسط القانوني الفرنسي هو حكم محكمة التنازع الصادر في 1963/07/08 في قضية **peyrot**، حيث قضت باعتبار العقد المبرم بين إحدى شركات الاقتصاد المختلط ملتزمة بأشغال عامة وإنشاء واستغلال طريق سريع للسيارات وأحد المقاولين لمعاونتها في إنشاء هذا الطريق عقد أشغال عامة أي أنه عقد إداري يدخل في اختصاص القضاء الإداري، بالرغم من كون شركات الاقتصاد المختلط تعتبر من أشخاص القانون الخاص، وذلك على أساس أن الشركة في هذه الحالة لا تتصرف إلا لحساب الدولة⁽⁴⁾.

ب- التعاقد بالوكالة لشخص عام: Le Mandat

يمكن اعتبار العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا إذا كان أحدهما يتصرف بصفته وكيفا عن أحد أشخاص القانون العام سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية⁽⁵⁾. وتم مد هذا الحل إلى العقود الخاصة بمختلف الأشغال استنادا لفكرة الوكالة الضمنية، ففي حالة ما إذا تعاقدت شركة خاصة مكلفة بإنجاز أشغال عامة مع شركة أخرى خاصة، عندئذ يمكن اعتبارها بمثابة الوكيل عن الشخص العام، وأنها قد تصرفت لحسابه وهنا يأخذ العقد الطابع الإداري⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ ذات القاعدة التي تبناها القضاء المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1964/03/07، قضية رقم 1558 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ص1042.

⁽²⁾ زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981، ص62.

⁽³⁾ حكم محكمة النقض في القضية رقم 776 لسنة 10 ق جلسة 1957/2/24، وحكمها في القضية رقم 22 لسنة 10 ق جلسة 1956/12/16، حكمها في 1957/05/12 مجموعة 11 قاعدة رقم 219 ص 454.

⁽⁴⁾ C.E.18 décembre 1936, Prade.D.1938, III, P70, note P.L.J.

⁽⁵⁾ T.C.16 mai 1983, Compagnie Toulousaine de Transort, R.D.P, 1983, P778.

⁽⁶⁾ T.C.8 juillet 1963, Entreprise PEYROT C. Société De L'autoroute Estérel-Cote D'Azur; T.C 12 novembre 1984, S.E.M.Tunnel Sainte Marie aux Mines, AJDA 1985 p156. concl. B. Genevois. Xavier Philipe, op. cit, p156.

لا يعتبر هذا استثناء حقيقيا لأن المبدأ العام يقضي بأن الوكيل يمثل الموكل قانونا ويحل محله كما لو كان هو -شخصيا- المتعاقد، وفي هذا الفرض يعتبر أحد أطراف العقد هو الأصيل أي الشخص العام وليس الشخص الخاص الوكيل الذي يمثله، ذلك أن الوكيل ليس إلا وسيطا بالعقد المبرم بواسطته، ويعد كما لو كان تم إبرامه بواسطة الشخص العام نفسه.

Chapus René, Droit administratif général, T1, 9^{éd}, Montchrestien, 1995, p508.

ج- التعاقد باسم الشخص العام: **Au nom**

وضع القضاء شروطا لمنح الصفة الإدارية للعقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص منها أن يكون الشخص الخاص ممثلا للشخص العام فيتصرف إما بناء على توكيل من هذا الأخير أو على الأقل داخل إطار فكرة التصرف لحسابه. ولا يمكن اعتبار العقد إداريا إذا ادعى أحد أطرافه أنه يتصرف باسم الشخص العام دون أن يكون هناك تمثيل قانوني أو وكالة قانونية أو تمثيل فعلي في إطار فكرة التصرف لحساب الشخص العام⁽¹⁾. ونلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يسو بين فكرة الوكالة وبين اصطلاح لحساب الدولة حيث يقرر نفي الوصف الإداري عن العقد موضوع النزاع باعتبار "روان" المختلطة تعد من أشخاص القانون الخاص، ولا يظهر من الأوراق أنها أبرمت بوصفها وكالة عن الدولة⁽²⁾.

نخلص إلى القول أنه لا يكفي لمنح صفة العقد الإداري التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يتعاقد باسم الدولة أو باسم شخص عام آخر، وإنما يجب أن يكون وكيلها عنها أو أن يكون تعاقدته لحسابها أو لحسابه.

ثانيا: المعيار الموضوعي: **(Le critère matériel)**

لا يكفي المعيار العضوي وحده لاعتبار العقد إداريا لأن الإدارة قد تبرم عقودا خاصة تتخلى فيها عن امتيازات السلطة العامة، وعليه لا يكون العقد إداريا رغم توفر المعيار العضوي، هذا ما أكدته القضاء الفرنسي إذ اعتبر المعيار العضوي في العقد مجرد قرينة بسيطة على طبيعته الإدارية⁽³⁾، وهو ما يعني قابليتها لإثبات العكس مما استوجب اشتراط المعيار الموضوعي في تحديد طبيعة العقد الإداري⁽⁴⁾ إلى جانب المعيار العضوي. ويتعلق المعيار الموضوعي بموضوع العقد والغاية منه، والذي يظهر في صلة العقد الإداري بالمرفق العام وتسييره أو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽⁵⁾.

اختلف موقف كل من القضاء الفرنسي والمصري بالنسبة للمعيار الموضوعي، فإذا كانت أحكام القضاء الإداري الفرنسي قد ترددت بين استلزام أو عدم استلزام اجتماع شقي المعيار الموضوعي لوصف العقد بأنه إداري، فتارة نجده اكتفى بشرط اتصال العقد بمرفق عام لوصف العقد بأنه إداري⁽⁶⁾، وتارة أخرى يستلزم توافر جانبي المعيار الموضوعي معا⁽⁷⁾.

¹⁾ C.E.6 juillet 1976, Sté d'aménagement de la Région, de Rouen D.A 1976 N°260.

²⁾ T.C. 10jan 1983, centre d'action pharmaceutique, Rec, p535, A.J.D.A , 1983, p359 Note j.Moreau, D 1983,p114.

³⁾ Monin Marcel, Arrêts fondamentaux du droit administratif, Ellipses, Paris, 1995, p1901.

⁴⁾ Gaudemet Yves, Traité de droit administratif, Tome1, droit administratif général, 16éd, Delta, paris, 2001, 673.

⁵⁾ صبري عبد الفتاح أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، بين النظرية والتطبيق، ب.د.ن، 1994، ص83.

⁶⁾ C.E.4 Mars 1910.thérond R.P.193 ;S.1911.3.17 conclpichat.R.D.P.1910 .p253.note jèze; S. 1911.3.17.note Houriou.

⁷⁾ T.C.4 juin 1910.Cie d'assurance le soleil.R.p449 ; R.D.P 1920.p474 note jeze ; C.E.11 Nov 1910.Département de Maine et Loire.R.p777.D.1912.3.128.S.19133. 343.

ولكن استقر منذ صدور حكم الزوجان برتان **Epoux Bertin** في 20 ابريل 1956⁽¹⁾ وحكم جوندران **Sté Française des transports Gondrand** في 11 مايو 1956⁽²⁾ على معيار موضوعي تخييري **alternatif** وليس جمعي لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد. ونعني به أن كل عنصر من عناصر المعيار الموضوعي يكفي لوحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فالعقد يعد إداريا إذا كان موضوعه يرتبط بنشاط مرفق عام حتى ولو لم يكن يحتوي على شروط استثنائية، فإذا لم يكن يتصل بتنفيذ أو تسيير مرفق عام أو كان اتصاله به غير كاف فإنه لا يعد إداريا إلا إذا كان يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة⁽³⁾. ونتناول فيما يلي شقي المعيار الموضوعي وهما:

1- اتصال العقد بنشاط مرفق عام

إن اشتراط أن يكون العقد ذا صلة بالمرفق العام مبرره الحقيقي أن مبادئ القانون الإداري تقوم على أساس فكرة المرفق العام ذلك لأن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد هي وحدها التي تعطينا المبرر الواضح لما يحتويه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص⁽⁴⁾.

أ- تعريف المرفق العام:

للمرفق العام مدلولان فقهيان أولهما المدلول العضوي وهو يركز على المنظمة التي تدير المرفق العام وعلى الرابطة العضوية التي تربط بين هذا التنظيم والجهاز الإداري في الدولة، وتعرف المرافق العامة وفقا لهذا المدلول بأنها الهيئات أو المشروعات التي تعمل باطراد وانتظام تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى المباشرة أو تحت إدارتها العليا لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة⁽⁵⁾.

وثانيهما المدلول الموضوعي وهو يعتد بطبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة، وبذلك ينصرف مفهوم المرفق العام وفق هذا المدلول إلى كل نشاط تباشره الدولة، أو تتولى تنظيمه، أو الإشراف عليه ويستهدف تحقيق النفع العام، فهو نشاط تقوم به الحكومة مباشرة أو يقوم به ملتزم تحت إشرافها⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ في هذه القضية استند المجلس لكي يحكم باختصاصه بنظر النزاع إلى أن العقد موضوعه هو أن يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته، وهذه الواقعة تكفي وحدها لأن تطبع العقد بصفة العقد الإداري دون حاجة للبحث عما إذا كان العقد يحتوي أم لا يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

⁽²⁾ في هذه القضية حكم المجلس بأن العقد المبرم بين الإدارة وبين إحدى الشركات للتخليص على البضائع ونقلها يعد عقدا مدنيا وذلك على أساس أن العقد لم يتضمن إحالة إلى أحد دفاتر الشروط، وأنه ليس من بين أحكامه ما يعد شروطا استثنائية، وأنه وإن كان العقد قد أبرم لخدمة مرفق عام إلا أن موضوعه لم يكن تكليف الشركة المدعية بتنفيذ المرفق العام ذاته.

⁽³⁾ HOEPFFNER HELENE, Op cit, p88.

⁽⁴⁾ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص73.

⁽⁵⁾ ماجد راغب الحلو القانون الإداري، المرجع السابق، ص398؛ حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة (المرافق العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص45.

⁽⁶⁾ علي خطار شنتاوي، القانون الإداري الأردني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص220؛ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة محمد اعراب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص425.

أما الرأي الراجح يتجه إلى الجمع بين المدلولين العضوي والموضوعي لتعريف المرفق العام، وقد عرّف استنادا إلى دمج المعيارين بأنه: "كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجات عامة للجمهور"⁽¹⁾.

وقد تبنى القضاء الفرنسي في بداية نشأة نظرية المرفق العام المعنى العضوي للمرفق العام، ثم تطورت أحكامه بعد ذلك حيث ساد المدلول المزدوج الذي يجمع بين المعيارين العضوي والموضوعي، ومن ثم أصبح المرفق العام يعرف بأنه: "المنظمة التي تقوم بنشاط معين"، ثم استقر القضاء الفرنسي على المعنى الموضوعي الذي يعتمد على طبيعة النشاط والهدف الذي يمارس هذا النشاط في ظلّه فأصبح المرفق هو "كل نشاط ذي نفع عام تباشره الإدارة أو تتولى تنظيمه والإشراف عليه"⁽²⁾.

أما في مصر فقد أخذ القضاء بالمعنى الموضوعي للمرفق العام، ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في 1963/01/06 من أن: "...قرار مجلس الوزراء الصادر في 1950/05/17 بشأن مكافحة الغلاء بالاستعانة بالجمعيات التعاونية في توزيع السلع الضرورية على المستهلكين بأسعار التكلفة هو في حقيقته إنشاء لمرفق عام لمكافحة الغلاء"⁽³⁾. ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا بهذا الخصوص حكمها الصادر في 1961/05/20 جاء فيه: "...لما كانت إدارة مشروع الغاب تهدف إلى تحقيق مشروع ذي نفع عام لتنمية الإنتاج الاقتصادي في البلاد، فهي بهذا تعتبر مرفقا عاما تديره الدولة عن طريق نظام خاص"⁽⁴⁾.

ب- كيفية اتصال العقد بالمرفق العام:

إن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ليس له صورة بذاتها، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو باستغلاله أو تسييره أو بالمعاونة في تسييره وإدارته، ويمكن عرض ثلاث صور لاتصال العقد بالمرفق هي الأكثر شيوعا⁽⁵⁾:

(1) - العقود التي يعهد فيها للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام

يعتبر العقد إداريا إذا كان يتضمن تنفيذ المتعاقد للمرفق العام، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية Bertin⁽⁶⁾ العقد إداريا لأن موضوعه هو تنفيذ مرفق عام.

⁽¹⁾ طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم الإدارة ونشاطها)، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970، ص242.

⁽²⁾ ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 27، 1975، ص 122، أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 12.

⁽³⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في 1963/01/06 المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات رقم 74، ص174.

⁽⁴⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 65 لسنة 2ق، جلسة 1996/05/20، مجموعة المكتب الفني، السنة السادسة، ص1133.

⁽⁵⁾ De laubadère André et Moderne. (F) et Delvolvé. (P), Op cit, p193.

⁽⁶⁾ C.E.20 avril 1956 Epoux Bertin. Xavier Philippe, op cit, p158.

(2) - العقد الذي يكون موضوعه أو هدفه إشراك المتعاقد في تنفيذ مرفق عام

مثل عقد توريد مواد أو تقديم خدمات للمرفق كما هو الشأن بالنسبة لعقود النقل وعقود الإيجار أو البيع أو خدمات الأشخاص، فالمتعاقد في هذه الصورة يشارك في تنفيذ المرفق لكن دون أن تصل هذه المشاركة إلى حد اضطراره وحده بها كما هو الحال في الصورة السابقة المتعلقة بكل جوانب تسيير المرفق العام فهو يشارك في جزئية من العقد وليس في كافة جوانبه⁽¹⁾.

(3) - العقد الذي يكون موضوعه ذاته تنفيذ المرفق العام

يعتبر العقد إدارياً متى حقق بصورة مباشرة وحالة غرض المرفق العام أو بمعنى أدق أن المرفق هو الهدف الحال المباشر، ومن أمثلة ذلك اعتبار العقد إدارياً ذلك العقد الذي يتعهد أحد الأفراد فيه بنقل الجنود والمؤن بواسطة سفينة مملوكة له وتحت قيادته لأن نشاط المتعاقد هو تنفيذ هدف المرفق العام ذاته كخدمة وبالتالي يتحقق غرض المرفق العام مباشرة⁽²⁾.

يجب التأكيد على أن صور اتصال العقد بالمرفق العام السالفة الذكر تمثل الوضع الغالب في القضاء ولا يمنع من وجود صور أخرى، وأن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام مسألة موضوعية يراعيها القاضي في كل حالة على حدة⁽³⁾.

ج- مدى صلة العقد بالمرفق العام:

إن مسألة مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة⁽⁴⁾، ولكن ماذا لو انقطعت هذه الصلة بين العقد والمرفق العام؟ وما هي درجة الاتصال المطلوبة لاعتبار العقد المتصل بالمرفق العام عقداً إدارياً؟

بالنسبة لحالة انقطاع صلة العقد بالمرفق العام نجد في هذه الحالة أن العقد الذي تنقطع صلته بالمرفق العام يعتبر عقداً خاصاً، فعلى سبيل المثال تنقطع صلة العقد بالمرفق العام إذا استهدفت الإدارة تحقيق مصلحة خاصة بها. وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار العقود التي تبرمها الإدارة لإدارة الدومين الخاص أو لتحقيق أغراض مالية بحتة عقوداً مدنية حتى ولو كانت متعلقة بأحد المرافق العامة أو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص⁽⁵⁾. ويتجه القضاء الإداري في مصر إلى تأييد ذات المبدأ، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بخصوص بيع الدولة لثمار بعض الحدائق المملوكة لها بأنه: "لا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام وإنما تنصرف العقود الثلاثة... إلى استغلال الدولة للدومين المملوك

(1) عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، ب.د.ن، 1981، ص58.

(2) T.C.7Nov1922, Manon,R.D.P,1923, p433; C.E.16décembre1992,S.Ainternational d'ecor, Rec Lebon, p207.

(3) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص84.

(4) سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص82.

(5) C.E.17 Décembre 1954, Grony, R.J.P.UF, 1955, p623.

لها ملكا خاصا تتصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم تصرف السيد في ماله وفقا لقواعد القانون المدني⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمسألة مدى درجة الاتصال بين العقد والمرفق العام، فبالنظر إلى أن القضاء الإداري الفرنسي يكتفي بتوافر شرط المرفق العام غير مقترن بعنصر الشروط المألوفة في مجال القانون الخاص لإضفاء الصفة الإدارية على ما تبرمه الإدارة من عقود، فإنه يستلزم كأصل عام أن يكون اتصال العقد بالمرفق على درجة عالية من القوة والمتانة. فإن لم يكن اتصال العقد بالمرفق على هذه الدرجة أو إذا لم يتصل بأي مرفق عام على الإطلاق، فهنا يستلزم القضاء توافر عنصر الشروط غير المألوفة في القانون الخاص⁽²⁾.

أما القضاء الإداري المصري فلم يكن بحاجة إلى استلزام أن يكون اتصال العقد بتنفيذ المرفق العام على هذه الدرجة من القوة والمتانة؛ لأن فكرة المرفق العام في المعيار الذي يأخذ بها مكملة لفكرة الشروط غير المألوفة في مجال علاقات القانون الخاص وبدرجة متساوية، وعلى ذلك فيكفي لكي يكون العقد إداريا أن يتصل بنشاط مرفق عام بأية صورة من الصور (بإنشائه مثل عقود الأشغال العامة، تنظيمه أو استغلاله مثل عقود الامتياز، بتسييره مثل عقود التوريد أو عقود تقديم الخدمات) ما دامت مقومات العقد الإداري قد توافرت له. لذلك فإن أحكام القضاء الإداري المصري تجري على استخدام صيغة عامة ومرنة تتسع لكل صور اتصال العقد بالمرفق العام. فقد قررت محكمة القضاء الإداري المصري أن هذا الشرط يتحقق "متى اتصل العقد بمرفق عام على أية صورة من الصور، سواء كانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد"⁽³⁾.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أيضا بهذا الخصوص "مناطق العقد الإداري... وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة..."⁽⁴⁾.

2- إتباع أسلوب القانون العام

بعد تراجع نظرية المرفق العام أساسا وحيدا للقانون الإداري ومعيارا لتمييز العقد الإداري، دعت طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري، وذلك بالبحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في 09/12/1956 القضية رقم 870 لسنة 5 قضائية.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط، آثار العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 45 و 46.

(3) محكمة القضاء الإداري، قضية 1184 لسنة 14 ق، 25/06/1961، المجموعة السنة 15 بند 199 ص 270.

(4) المحكمة الإدارية العليا، طعن 559 لسنة 11 ق، 24/03/1968 مجموعة المحكمة في 15 سنة، ج 2، ص 1831.

وعلى ذلك لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافيا لكي يكتسب الصفة الإدارية، إنما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام، والوسيلة في ذلك هي تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ونظرا لأهمية هذه الشروط أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفقتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي وتخضع العقد لنظام القانون العام⁽¹⁾.

وسوف نتناول شرح هذا الشرط من خلال تحديد تعريف الشروط الاستثنائية، ثم بيان أهم صورها وذلك

على النحو الآتي:

أ- تعريف الشروط الاستثنائية:

لم يقدم القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر صورة واضحة عن ماهية الشرط الاستثنائي، فقد اكتنف تحديد ماهية الشرط الاستثنائي في القضاء الفرنسي صعوبة كبيرة، فبينما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية السلطة التقديرية في فسخ عقد الإيجار شرطا استثنائيا⁽²⁾، فإن محكمة التنازع الفرنسية رفضت إعطاء هذا الوصف لشرط يقضي بفسخ العقد تلقائيا في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بأي التزام من التزاماته التعاقدية⁽³⁾. في حين أن مجلس الدولة الفرنسي يقضي بعكس ذلك، حيث اعتبر أن احتواء العقد على شرط فاسخ يقضي بمنح جهة الإدارة فسخ العقد من تلقاء نفسها في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته شرطا استثنائيا يكفي وحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد⁽⁴⁾. أما بالنسبة للقضاء المصري نجد في العديد من أحكامه أن القاضي يكتفي بالإشارة إلى أن العقد يتمتع بالصفة الإدارية لاحتوائه على شروط استثنائية أو ينفي عنه هذه الصفة لعدم احتواء العقد عليها دون أن يحدد ماهية هذه الشروط، وأحيانا يحاول إبراز الشروط التي تعتبر في تقديره استثنائية وتكفي لإضفاء الصفة الإدارية للعقد، وفي أحيان أخرى يحرص على نفي الصفة الإدارية عن العقد إذا تضمن شروطا لا تعد في تقديره استثنائية⁽⁵⁾.

ورغم ذلك هناك بعض المحاولات لمجلس الدولة الفرنسي لتعريف الشروط الاستثنائية، ومنها ما أورده في حكمه الصادر في 1950/10/20 بأنها تلك الشروط التي تمنح الأفراد حقوقا أو تحملهم التزامات غريبة عن تلك التي يتفق عليها الأفراد في عقودهم الخاصة المدنية والتجارية⁽⁶⁾. وحاولت محكمة التنازع الفرنسية تعريفها بأنها: "تلك الشروط التي تختلف في طبيعتها عن تلك التي يمكن إدراجها في القانون الخاص"⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص19.

⁽²⁾ Cas-civil, 20Nov1973, Ste maison du livre français Bul, Civ, IN316.

⁽³⁾ T.C.15 Juin 1970 de comblanchien, R, p889.

⁽⁴⁾ C.E.13Nov 1981Ste les papeteries de la madeleine, R.D.P, 1983, p230.

⁽⁵⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1965/01/02، المجموعة العشرية، ص1045. حكمها في 1962/03/31، المجموعة، السنة 7، ص527، مجموعة العقود في خمسة عشر عاما، ص101. وحكمها في 1967/12/30، المجموعة السنة 13 ص359، المجموعة في خمسة عشر عاما، ص1831.

⁽⁶⁾ C.E.20 octobre 1950,Stein. Rec, p505.

⁽⁷⁾ T.C.14Novembre 1960, Société coopérative agricole de stockage de la région d'ablis, R, p867.

وعرفت في حكم حديث لها بتاريخ 2014/10/13 بأنها: "على وجه الخصوص، الامتيازات الممنوحة للشخص العام المتعاقد المشترك في تنفيذ العقد، تنطوي على المصلحة العامة وتندرج ضمن النظام الاستثنائي في العقود الإدارية"⁽¹⁾. وقد أخذت بهذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ 2016/02/17⁽²⁾. وحاولت المحكمة الإدارية العليا المصرية تعريفها أيضا بأنها: "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها. وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة"⁽³⁾.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي للشروط الاستثنائية، فقد كانت هناك محاولات فقهية عديدة لوضع تعريف لها، حيث عرفها الأستاذ **Waline** بأنها كل شرط سيكون باطلا لو أدرج في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام⁽⁴⁾.

وعرفها الأستاذ **Jean Rivero** بأنها: "تلك الشروط التي تتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية ليمنح أحد الطرفين حقوقا والتزامات لا يتصور أن توجد في عقود القانون الخاص: إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة فتكون بالتالي غير مشروعة في إطار هذه العلاقات، وإما لأنها نادرا ما توجد في عقود الأفراد الخاصة لاستهدافها نفعاً عاماً لا نفعاً خاصاً"⁽⁵⁾.

وذهب الدكتور **ثروت بدوي** أن الشروط الاستثنائية لا تنحصر فقط في الشروط الباطلة بالنسبة لعقود القانون الخاص، بل تشمل كذلك الشروط غير المألوفة في تلك العقود أي من الممكن تصور وجودها في عقد مدني دون أن تعتبر باطلة. ويميز الفقهاء بين نوعين من الشروط⁽⁶⁾:

- الشروط التي تحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، وهي الشروط التي تنطوي على عنصر السلطة العامة وتعد أحد أهم مظاهرها، وهذا النوع من الشروط يمثل الشروط الاستثنائية الحقيقية ويستحيل تحققها في عقود الأفراد لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة كطرف في العقد.

¹⁾ Le tribunal des conflits a jugé que la clause exorbitante révélant un contrat administratif se définit comme celle que : «notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitants des contrats administratives".T.C.13/10/2014, SA Axa France IARD, AJDA, 2014, p 2180, chron.J.Lessi et L.Dutheillet de Lamothe.

²⁾ CASS.CIV, 1/17/2016/, N°14-26.632, ANRES, CMP2016, comm.93, J-P.Pietri.

³⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1993/02/25 ومجموعة الأحكام ص1225.

⁴⁾ Waline. (M), Droit administratif, 7éd, p499.

⁵⁾ «Sont certainement dérogoires des clauses excédant cette liberté (la liberté contractuelle), et dès lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraies à l'ordre public. Sont parfois aussi jugées telles celles qui en pratique ne sont guère usitées dans les relations privées parce qu'elles répondent à des préoccupations d'intérêt général étrangères aux particuliers». Jean Rivero, Droit administratif, 1973, p112.

⁶⁾ ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 153.

- الشروط التي لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بطريق غير مباشر وتتمثل في الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص؛ لأن دورها يتمثل في الكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام بحيث إذا وجد ما يدل على عكس ذلك أي إذا تبين أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى إبرام عقد من عقود القانون الخاص فقدت هذه الشروط كل أثر في تحديد طبيعة العقد، فهي مجرد قرينة بسيطة على إتباع وسائل القانون العام وهذه القرينة تسقط إذا قام دليل عكسي.

الواضح مما تقدم مدى صعوبة تحديد المقصود بالشروط الاستثنائية على وجه الدقة، ونعتقد أنه في خارج الحالات التي ترتبط فيها الشروط بامتيازات السلطة العامة والتي تعد وحدها مستحيلة التحقق في عقود الأفراد لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة كطرف في العقد، فإنه بالنسبة لباقي الشروط فهي ليست مستحيلة التحقق في عقود الأفراد ولكنها غير مألوفة، ولكن ليس كل شرط غير مألوف يعد شرطاً استثنائياً فلكي يعد كذلك يستلزم أن يكون محركاً لقاعدة من قواعد القانون العام.

وفي جميع الأحوال فإن الأمر مرجعه في النهاية إلى القاضي والذي يجب أن ينظر في هذه الحالة إلى مجموع الشروط التي اشتمل عليها العقد وموضوعه ثم يحكم بعد ذلك باعتبارها استثنائية أو عادية بعد مراعاة ظروف وملابسات الحالة المعروضة.

ب- صور الشروط الاستثنائية:

نظراً لأنه من الصعب وضع قائمة تشمل كل الشروط التي يمكن وصفها بأنها استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، فإننا نكتفي بعرض الصور الأكثر شيوعاً لهذه الشروط:

(1) - الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

وهي الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة، حيث أنها تثير امتيازاً من امتيازاتها، وبالتالي فهي غريبة على عقود القانون الخاص أو مستحيلة التحقق. وبطبيعة الحال فإن هذه الشروط لا تقرر كلها لصالح الإدارة، فمنها ما يقرر لصالح المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير⁽¹⁾، وبذلك تتخذ هذه الشروط صورتين:

(أ) - الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة قبل المتعاقد معها:

تعد هذه الشروط من أهم الشروط الاستثنائية لأنها تخل بمبدأ المساواة بين المتعاقدين، وتتجلى هذه الشروط منذ الخطوات الأولى لإبرام العقد الإداري، فالفرد الذي يتقدم للتعاقد في مناقصة أو مزادة عامة يلتزم بمجرد تقدمه لها. أما الإدارة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر يبدأ عند التعاقد. غير أن غالبية الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة تظهر أثناء تنفيذ العقد من أمثلة هذه الشروط⁽²⁾:

- الشروط التي تعطي الإدارة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة سواء بالنقص أو بالزيادة وإلزام المتعاقد بهذا التعديل.

- الشروط التي تعطي الإدارة الحق في فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر.

⁽¹⁾ محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص 132.

⁽²⁾ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 86.

- الشروط التي تعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته اتجاهها أو بأي شرط من شروط العقد.

(ب) - الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير:

هي الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة التي تمارسها الإدارة عادة وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الإداري. وتعد هذه الشروط غريبة بطبيعتها على عقود الأفراد، حيث أنه من المفروض أن الإدارة وحدها هي التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وبالتالي فإن هذه الشروط التي تقررها تعد استثنائية بل مستحيلة التحقق في عقود الأفراد فيما بينهم. من أمثلة هذه الشروط في عقود امتياز المرافق العامة الشروط التي تخول الملتزمين حق تحصيل رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق أو حق ممارسة بعض سلطات البوليس، أو حق نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة لتسيير المرفق العام. كذلك في عقود الأشغال العامة كثيرا ما نجد شروطا تخول المقاولين سلطة شغل العقارات الخاصة شغلا مؤقتا رغم إرادة أصحابها وسلطة الاستيلاء الجبري على الأموال المنقولة⁽¹⁾.

(2) - الشروط التي تحمل طابع القانون العام:

وهي تلك الشروط التي وإن لم تكن تتطوي على عنصر السلطة العامة، إلا أنها ترتبط بنظريات وأهداف القانون العام بحيث لا يمكن تفسيرها إلا في ضوءها، والتي يقتضي تنفيذها أعمال الأحكام والقواعد الخاصة بهذا القانون⁽²⁾. من أمثلة ذلك الشروط التي تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في إعادة التوازن المالي للعقد إذا تم الإخلال به نتيجة تدخل الإدارة أو تلك التي تمنحه ضمانات ضد الاستعمال التعسفي لسلطات الإدارة. كذلك الشروط المتعلقة بتعديل الثمن وفقا لقواعد معينة في حالة تقلب الأسعار نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة، فهذه الشروط لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعتها القضاء الفرنسي.

(3) - تحديد طبيعة بعض الشروط

إلى جانب الشروط التي تثير امتيازات السلطة العامة أو قاعدة من قواعد القانون العام وبصفة خاصة أحكام النظرية العامة للعقود الإدارية، فإن العقد قد يتضمن شروطا تثير الشك حول طبيعتها الاستثنائية نبينها كالاتي:

(أ) - الإحالة إلى نوع معين من العقود:

هذه الإحالة من شأنها أن تحدد طبيعة العقد المدنية أو الإدارية تبعا لنوع العقد الذي أحال إليه المتعاقدين. غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة فهذه الإحالة ليس لها قيمة إلا إذا كانت متفقة مع المضمون الحقيقي للعقد المبرم بمعنى أنه يجب ألا يوجد من بين شروط العقد نصوص تتعارض مع تلك الإحالة⁽³⁾.

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 92 و 93.

⁽²⁾ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 84.

⁽³⁾ محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص 139 و 140.

(ب) - الإحالة إلى دفاتر الشروط:

كثيرا ما تُعد الإدارة شروطا موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مقدما قبل التعاقد، وتعتبر جزءاً من العقد الإداري بعد إبرامه بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين الإدارة وبين المتعاقد الآخر، فإذا لم يتضمن العقد شرطاً غير مألوف ولكنه أحال إلى دفتر الشروط فهل تعد هذه الإحالة بمثابة شرط استثنائي يضيف الصفة الإدارية على العقد؟

تتوقف الإجابة هنا على طبيعة الشروط الواردة في الدفتر المشار إليه فإذا كانت شروطا استثنائية غير مألوفة فلا شك أن العقد يصبح إداريا؛ لأن الإحالة إلى دفتر معين يعد دليلا على اتجاه نية المتعاقدين في اختيار أسلوب القانون العام في تعاقدتهما وجعل الشروط الواردة بهذه الدفاتر بمثابة جزء لا يتجزأ من العقد بل وكأنها وردت به صراحة. أما إذا كانت الشروط الواردة بتلك الدفاتر مألوفة وعادية فإن الإحالة إليها لا تغير من طبيعة العقد ولا يجعله عقدا إداريا حتى ولو تضمن العقد بعضا منها صراحة⁽¹⁾.

(ج) - الشروط الخاصة بتحديد جهة الاختصاص القضائي:

قد تُضمّن الإدارة العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها شرطاً تسند فيه للقضاء الإداري الاختصاص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن ذلك العقد. ولقد ذهب الفقه إلى أن النص على هذا الشرط في العقد لا قيمة له إذا ما استوفى العقد جميع شروطه من تعلقه بالمرفق العام وتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة فإنه يغدو عقدا إداريا، ونتيجة ذلك ينعقد اختصاص القضاء الإداري بنظر ما ينشأ عنه من منازعات. ولا تظهر للشرط السالف الذكر في الواقع العملي قيمة في تغيير طبيعة العقد إلا بالنسبة للعقود غير واضحة المعالم -بأنها عقود إدارية- ولكن بشرط توافر قرائن أخرى في هذه الحالة يدعم النص الوارد بالعقد المتعلق باختصاص القضاء الإداري باقي القرائن ويقترّب بالعقد إلى الصفة الإدارية⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية الشروط الاستثنائية كمعيار وحيد للعقد الإداري لم تسلم من النقد، فقد ذهب الاستاذ LAMARQUE إلى القول أن معيار الشرط غير المألوف أثار صعوبات كبيرة ساهم فيها عجز القضاء الإداري عن وضع تعريف للشرط غير المألوف، واتساع مفهومه ليشمل أنواعا عديدة من الشروط من قبيل الشروط المانحة للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحق الرقابة والتوجيه، فهي وإن كانت من الشروط غير المألوفة فإنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكرا على عقود القانون العام، إذ من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان والعقود المبرمة بين الشركات المتفاوتة القدرة والاتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملي شروطا أحادية الجانب من حيث الأسعار وظروف الدفع. ومن

(1) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 93 و 94.

(2) محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص 143 و 144.

هؤلاء الأساتذة LAMARQUE الذي يضيف بالقول أن "الدور الذي نسب إلى الشرط غير المؤلف هو دور مصطنع مجرد من كل قيمة منطقية جوهرية"⁽¹⁾.

لم تقض هذه الانتقادات على معيار الشروط غير المؤلفات إنما جعلت دوره ثانويا، فهو يتمتع بأهمية خاصة عندما لا يكون العقد إداريا في مضمونه باتصاله بالمرفق العام، إذ يتم البحث عن الشروط غير المؤلفات في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار التخييري. وبالالتجاه نفسه يذهب CHAPUS إلى أنه يجب أن لا يعتقد أن معيار البند أو الشروط المخالفة دائما معيار مبدأ، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المؤلف، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسبا من غيره ويجب أن لا ننسى أن معيار الشرط غير المؤلف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد"⁽²⁾.

المبحث الثاني

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية

إذا كان الأصل العام في العقود المدنية أنه يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه من التزامات، وهو ما أقرته العديد من القوانين الحديثة ونظمتها في نصوص خاصة، فإن الأمر في نطاق العقود الإدارية على خلاف ذلك، فالأصل العام هو عدم جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة، فلا يحق للطرف المتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن جهة الإدارة قصرت من جانبها في الوفاء بما يفرضه العقد عليها من التزامات. ولا يحق للمتعاقد في هذه الحالة إلا أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى. ويرجع سبب رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهو الذي يقف حائلا وعائقا أمام تطبيقه وسنتناول ذلك من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية في أحكام القضاء

الإداري الفرنسي

رفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية لتنافيه مع مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، و قد كرس هذا النهج في العديد من أحكامه سواء القديمة أو الحديثة وسنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

¹⁾ LAMARQUE JEAN, Le déclin du critère de la clause exorbitants, TII, Mélanges offerts à Marcel Waline, 1974, p489.

²⁾ CHAPUS RENE, Droit administratif général, TI, Paris, 1995, p505.

الفرع الأول

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري الفرنسي القديمة

تأثر مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وقد أوضح ذلك المفوض **CORNEILLE** في تقريره المقدم عن قضية **Sté.d'éclairage de poissy** حيث قال: "في كل عقد يتصل بسير المرافق العامة فإن الدولة لا تتعاقد كأبي فرد عادي، فهي لا تبحث عن تحقيق مصلحة فردية، وإنما تتعاقد من أجل المجموع من أجل الشعب من أجل المنتفعين بالمرفق العام، ومن أجل المصلحة العامة، وبالتالي في كل مرة تبرم فيها عقدا متعلقا بمرفق عام، فإنها تستهدف شيئا مختلفا عما يستهدفه الخاضع للقانون المدني أو التجاري، وبما أنها تستهدف شيئا آخر، فإنه لا يجب أن يطبق على الشيء نفس القواعد التي تخضع لها عقود القانون الخاص"⁽¹⁾.

ولا شك أن علة ذلك هي أن المصلحة العامة تأتي أن يتعطل أو يتأخر تسيير المرفق العام لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه في مواعده، لاسيما وأن الإدارة قصرت في الوفاء بتعهداتها، بل إن مراعاة المصلحة العامة وتغليبها عند التعارض مع المصلحة الخاصة جعلت الفكر القانوني في تنظيمه للعقد الإداري ينظر للمتعاقد مع الإدارة لا على أنه متعاقد عادي، بل على اعتبار أنه إلى جانب صفته التعاقدية يؤدي واجب التعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ بدعوى إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها مهما كانت الظروف أو المبررات، إلا في حالة وجود قوة قاهرة حالت بين المتعاقد وبين تنفيذ التزامه، وهي الوحيدة التي يمكن أن تنهض مبررا لذلك، حيث قرر في قضية **Gasnos** بأنه: "على فرض صحة زعم المتعاقد بأن اقتصاديات العقد قد فقدت توازنها على إثر الزيادة غير المتوقعة في أعباء الاستغلال، فإن ذلك يمكن أن يكون سببا لطلب التعويض من جانبه، ولكن لا يبرر له أن يترك المرفق العام الذي كُف باستغلاله معطلا"⁽²⁾. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن رفض الإدارة طلب المتعاقد زيادة امتيازاته المالية لا يعتبر مبررا لتخلفه عن التنفيذ"⁽³⁾.

ويقول مفوض الحكومة **Odent** بصدد نزاع حول عقد التزام مرافق عامة "في جميع الأحوال لا يمكن أن ننكر على فرد أو شركة أن تدافع عن مصالحها، ولكن مستغل المرفق يشغل مركزا خاصا ويجب عليه أن يقوم بأداء الخدمة طالما أنه لم يواجه بعقبة مادية أو استحالة مطلقة تمنعه من أداء الخدمة بل حتى ولو أدى هذا الأداء إلى حد إفلاسه مع الاحتفاظ بحقه في طلب الفسخ، والحكم بطريقة أخرى معناه تجاهل أن استمرار سير المرفق العام يعد مبدأ أساسيا في قانون الالتزام بالمرافق العامة ومعناه تقديم مصلحة فردية على المصلحة العامة"⁽⁴⁾.

1) CORNEILLE, Concl sur C.E. Fev 1918, Gaz de Poissy, R, P124, R.D.P, 1918, p249.

2) C.E.23 Juillet 1931, Gasnos, R, p838.

3) C.E.7 Juin 1939, Pichol, R, p379.

4) ODENT conclu sur C.E.23 juin 1944-Ville de Toulon, R.D.P, 1945, p106.

وتواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، تطبيقاً لمبدأ استمرارية المرافق العامة في حكمه الصادر بتاريخ 28 مايو 1952⁽¹⁾، و قضى أيضاً بعدم جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ حتى في حالة إخلال جهة الإدارة بأهم التزاماتها التعاقدية على الإطلاق، وهو أداء مستحقته المالية أو التأخير فيها، حيث لم يعتبر عدم أداء الإدارة الدفعات المالية المستحقة للمتعاقد أو تأخرها في هذا الأداء مبرراً قانونياً بذاته لعدم التنفيذ⁽²⁾.

وشدد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة تنفيذ العقد الإداري ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فقد أوجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد حتى ولو طلب فسخ العقد، حيث قضى بأنه يجب على المقاول أن يواصل تنفيذ الأعمال حتى ولو كان قد تقدم بطلب لفسخ عقده⁽³⁾. ورغم رفض مجلس الدولة الفرنسي تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية إلا أنه اعترف مع ذلك بالحق في الحصول على تعويض لاستعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حكمه الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 1982⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الحديثة

من أحكام القضاء الإداري الفرنسي الحديثة التي رفض فيها تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية -دون أن يحدد سبب هذا الرفض- حكم المحكمة الإدارية للاستئناف ب "دوي" الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2007⁽⁵⁾.

ونتخلص وقائع القضية التي صدر فيها الحكم في أن شركة IDTOAST ومجموعة البلديات لساحل ألباترا أبرما عقداً للقرض الإيجاري. ولكن شركة IDTOAST توقفت عن تسديد الإيجار بحجة أن مجموعة البلديات لم تحترم التزامها الرئيسي المتمثل في تسليمها مبنى صناعي يسمح لها بممارسة نشاطها طبقاً للالتزامات التعاقدية.

¹⁾ CE. 28 mai 1952, Commune de Sainte-Barbe, Rec. p282.

²⁾ C.E.21Nov 1952, Macquart, R, p527.

³⁾ C.E.29Janv 1958, Société l'urbaine-travaux, R, p49.

⁴⁾ CE. 5 novembre 1982, Société Propétrol, Rec. p381.

⁵⁾ [151](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CAA_DOUAI_2007-12-13_05DA01520&ctxt=0_YSR0MT1sYSBzb2Npw6l0w6kgSUQgVE9BU1QgZXQgbGEgY29tbXVvYXV0w6kgZGUgY29tbXVvZXMgZGUgbGEgY8O0dGUgZCdBbGLDonRyZcKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPThCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRYdWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUz1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0_TGldGU=.02/02/2019.14:45.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ورفع النزاع للمحكمة الإدارية بـ "روان" التي قضت في حكمها الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 2005 برفض طلبات شركة IDTOAST الرامية إلى إلغاء السندات التنفيذية الصادرة خلال السنوات 1996 2001 إلى 2004 وكذا الأوامر بالدفع المؤرخة في 2003/08/11 و 2004/09/08 الصادرة عن مجموعة البلديات لساحل ألباترا التي تطالبها بمبلغ الإيجارات المستحقة عن قرض الإيجار العقاري الذي منحت له بشغل مشغل إبدال، وقد طبقت المحكمة الإدارية بـ "روان" في هذه القضية مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

وقد تم استئناف حكم المحكمة الإدارية بـ "روان" الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 2005 أمام المحكمة الإدارية للاستئناف بـ "دوي".

وقد قضت المحكمة الإدارية للاستئناف بـ "دوي" في حكمها الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2007 بأنه: "حيث أن عريضة شركة IDTOAST موجهة ضد الحكم المؤرخ في 2005/10/04 الذي بموجبه رفضت المحكمة الإدارية بروان طلباتها الرامية إلى إلغاء السندات التنفيذية الصادرة ضدها خلال السنوات 1996 2001 إلى 2004 من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا التي جاءت من مقاطعة جهة باليال وكذا الأوامر بالدفع المؤرخة في 2003/08/11 و 2004/09/08 والمتعلقة بمبلغ بدلات الإيجار المستحقة في إطار عقد القرض الإيجاري العقاري المبرم في 1991/07/24 من أجل شغل مشغل محطة.

حيث أن شركة IDTOAST تتمسك بأن القضاة الأولين لم يردوا على الدفع والذي أثارته المأخوذ عن أن السندات التنفيذية الصادرة ضدها في 1996 لا تستند إلى أي أساس قانوني مادام أنه تم إلغاؤها بموجب مداولة مجلس مقاطعة جهة باليال المؤرخة في 2000/02/24، أنه يستخلص بالفعل من دراسة ملف أول درجة بأن هذا الدفع أثير.

وأن المحكمة الإدارية أغفلته كما أغفلت الفصل في طلبات مجموعة البلديات لساحل الباترا المقابلة الرامية إلى فسخ عقد القرض الإيجاري على المسؤولية المنفردة لشركة IDTOAST.

وأنه بذلك يكون حكم المحكمة الإدارية بروان بتاريخ 2005/10/14 يشويه البطلان ويجب إلغاؤه. حيث أنه يتعين التصدي والفصل فورا في الطلب المقدم من شركة IDTOAST أمام المحكمة الإدارية بروان وفي الطلبات المقابلة المقدمة من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا أمام نفس المحكمة.

حيث أنه إذا كان قرار المجلس الإداري للاستئناف رقم DA 0046803 المؤرخ في 2005/06/28 الذي رفض عريضة شركة IDTOAST الرامية إلى إلزام مجموعة البلديات لساحل الباترا بأن تدفع لها مبلغ 13.173.047.20 يورو تعويضا عن الخلل الناجم في المبنى الموضوع تحت تصرفها من طرف مقاطعة باليال والضرر الناجم عنه كان محل طعن بالنقض أمام مجلس الدولة، هذا الظرف نظرا لطبيعة النزاع المعروف على مجلس الدولة لا يقتضي وقف الفصل من طرف المجلس في العريضة الحالية المقدمة من طرف شركة IDTOAST.

عن الدفع بعدم القبول المحتج به من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا حيث أن مجموعة البلديات لساحل الباترا تتمسك بأن الدعوى الموجهة من طرف شركة IDTOAST ضد السندات التنفيذية الصادرة من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا التي تضمنت طرق وأجال الطعن تقادمت، فإن مجموعة البلديات لم تقدم ما يثبت تبليغ السندات المذكورة، وبذلك فإن الدفع بعدم القبول المحتج به من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا يجب استبعاده.

عن طلب إلغاء السندات التنفيذية الصادرة ضد شركة IDTOAST في 1996، 2001 إلى 2004 وكذا الأوامر بالدفع المؤرخة في 2003/08/11 و 2004/09/08.

حيث أن طلبات شركة IDTOAST الرامية إلى إلغاء السندات التنفيذية والأوامر بالدفع المذكورة أنفاً يجب أن ينظر إليها كأنها ترمي إلى تفريغ الالتزام بالدفع الناجم عن مجموع السندات التنفيذية الصادرة ضدها مادام أنه يستخلص من أوراق الملف وأن أوامر مبلغة في 1998، 2002، 2004، 2007 قد قطعت تقادم دعوى التحصيل.

فيما يتعلق بالدفع المثار من طرف شركة IDTOAST المأخوذ من عدم توقيع السندات التنفيذية. حيث أن الدفع المأخوذ من عدم توقيع السندات التنفيذية لا يمكن أن يرتبط خلافاً لما تتمسك به الشركة المدعية بعدم اختصاص صاحب العقد بل بعيب شكلي محتمل في الإجراءات، وأن هذا الدفع في المشروعية الخارجية تم إثارته من طرف شركة IDTOAST لأول مرة في مرحلة الاستئناف ومبني على سبب قانوني مستقل عن الدفوع في المشروعية الداخلية المثارة في الدرجة الأولى، وبذلك فإن هذا الدفع غير مقبول. فيما يتعلق بطلب إفراغ الالتزام بالدفع الناجم عن السندات التنفيذية الصادرة ضد شركة IDTOAST في 1996.

حيث أنه بموجب مداولة بتاريخ 2000/02/24 فإن مجلس مقاطعة جهة باليال قرر إلغاء السندات التنفيذية الصادرة ضد شركة IDTOAST بين 2001 و 2004.

حيث أن شركة IDTOAST تتمسك بأن السندات التنفيذية والأوامر بالدفع محل النزاع تكون خالية من الأساس القانوني بسبب أن المبنى الصناعي الموضوع تحت تصرفها من طرف مجموعة البلديات لساحل الباترا تضمن عيوباً خطيرة من شأنها أن تحمل المسؤولية التعاقدية لهذه الأخيرة.

ومع ذلك وفي جميع الحالات فإن هذا التبرير المأخوذ من الأخطاء المرتكبة من مجموعة البلديات لساحل الباترا من وضع المحلات تحت التصرف لا يمكن أن يبرر من طرف شركة IDTOAST الرامية إلى تفريغها من الالتزام بالتسديد الناجم عن السندات التنفيذية الصادرة ضدها بين 2000 و 2004 يجب أن تكون مرفوضة.

حيث أنه يستخلص من السندات التنفيذية الصادرة ضدها بين 2001 و 2004 يجب أن تكون مرفوضة.

المطلب الثاني

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية في أحكام القضاء

الإداري المصري

رفض قضاء مجلس الدولة المصري تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وذلك لتنافيه مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولتنافيه أيضاً مع خصائص العقد الإداري، وقد سار على هذا النهج في أحكامه القديمة و الحديثة على حد سواء، وسنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري المصري القديمة

قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم قديم لها صادر في 1951/12/26 أن: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، 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..."⁽¹⁾.

كما قضت في حكمها الصادر في 30 يونيو 1957 بأن: "العقود الإدارية... تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، ذلك بأنه إذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصلحة شخصية، فإن الأمر في العقود الإدارية يختلف عن ذلك، لأن جهة الإدارة -وهي أحد طرفيه- لا تبغي مصلحة شخصية، بل تتعاقد لمصلحة المجموع وهدفها المصلحة العامة، وهي القوامة عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها، فهي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق وانتظامه واستمراره، وإنجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرضي وفي المواعيد المقررة، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة..."⁽²⁾.

⁽¹⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 213 لسنة 4ق، جلسة 1951/12/26، مجموعة المكتب الفني، السنة 6، ج1، ص214.

⁽²⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 7ق، جلسة 1957/06/30، مجموعة أحكامها، السنة 13، ص625.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الصدد حكمها الصادر في 16 يناير 1982 والذي تؤكد فيه أن العقد الإداري يتميز بأن: "الإدارة تعمل في ابرامه بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق"⁽¹⁾.

وحرص مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه على أن يبين أن سر الاختلاف بين القواعد القانونية التي تخضع لها كل من العقود الخاصة والعقود الإدارية إنما هو مقتضيات سير المرافق العامة⁽²⁾.

فالعقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه من اللازم ألا ينظر إلى العقد الإداري باعتباره مصدرا للالتزامات تعاقدية فحسب - كما هو الشأن في القانون الخاص - بل يتعين أولا وقبل كل شيء أن يوضع في الاعتبار أن العقود الإدارية تؤدي دورا هاما في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر⁽³⁾. ولهذا فإن المتعاقد مع الإدارة هو في الأساس مساعد ومعاون لها في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة.

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المعنى وأكدت عليه في عدة أحكام لها، منها حكمها الصادر في 17 يونيو 1972 والذي جاء فيه: "أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات"⁽⁴⁾.

وهذه الصلة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام، وما يترتب عليها من تكيف علاقة المتعاقد بالإدارة بأنها علاقة تعاون وتعاضد من أجل تسيير المرفق العام الذي أبرم العقد الإداري من أجله هي التي تقف عائقا أمام تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، حيث أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في الوفاء بما يفرض عليها العقد، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب مادام في وسعه أداء تلك الخدمة⁽⁵⁾.

وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1969/07/05 حيث جاء فيه: "من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 16 يناير 1982، مجموعة المبادئ، السنة 27، ص 216. أنظر أيضا من أحكام المحكمة الإدارية العليا في ذات الموضوع: حكمها الصادر في 20 أبريل 1957، س 2، ص 937؛ حكمها الصادر في 2 يناير 1965، مجموعة أحكام مجلس الدولة، س 10، ص 316.

⁽²⁾ حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة 1 أبريل 1956، مجموعة أحكام مجلس الدولة، السنة العاشرة، ص 273.

⁽³⁾ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 409.

⁽⁴⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1 يونيو 1972، المجموعة، س 17، ص 576.

⁽⁵⁾ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 64 و 65.

عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك باستطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها إن كان له مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي⁽¹⁾.

ومن أحكامها في هذا الصدد أيضا حكمها الصادر في 1978/11/28 والذي جاء فيه: "ومن حيث الثابت أن مجلس مدينة الأقصر قد وقع هو الآخر في خطأ كان له شأن في زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه، ويتمثل هذا الخطأ في تراخيه في اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضمنا لحسن سير المرفق بانتظام واطراد بعد أن أفصح المتعاقد في إخطارته المتعاقبة في 10 ابريل 1965، 20 ابريل 1965، 8 مايو 1965 عن عدم رغبته في التمسك بالعقد واعتباره مفسوخا، وظل المجلس ساكنا منذ إخطاره المتعاقد بفتح البوقيه في 30 مايو 1965 حتى طالبه في 23 أكتوبر 1965 أي بعد قرابة خمسة أشهر بسداد الجعل من مايو 1965 حتى آخر أكتوبر 1965، ثم أصدر قراره في 22 نوفمبر 1965 بفسخ العقد ومصادرة التأمين والمطالبة بالتأخرات، وأخطر المتعاقد معه بهذا القرار في 28 نوفمبر 1965 وطالبه بسداد مبلغ 80.500 جنيها قيمة الايجار عن المدة من مايو 1965 حتى آخر نوفمبر 1965، وعاد وطالبه بمبلغ 103.5 جنيها قيمة المستحقات المقول بها من مايو 1965 إلى آخر يناير 1966، وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقي هذه الأضرار المادية فضلا عن توقف نشاط المقصف لو بذل جهدا معقولا في اتخاذ اجراءات فسخ العقد وإعادة طرح مزاد المقصف في الوقت المناسب، أما وقد تراخى في اتخاذ هذه الاجراءات فترة استطالت إلى أكثر من سبعة أشهر في حين أن مدة العقد سنة واحدة، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته.

ومن حيث أنه لما كان الأمر كذلك، وكانت جهة الإدارة قد ساهمت فيما ترتب من ضرر بأن تقاعست عن اتخاذ الاجراء اللازم في الوقت المناسب والذي تقدره المحكمة بثلاثة أشهر تكفي لأن تتخذ فيه جهة الإدارة ما تشاء من اجراءات تضمن استمرار استغلال المقصف، وبذلك يكون المتعاقد معها ملتزما بسداد الجعل المستحق عن ثلاثة أشهر تنفيذا لنصوص عقد استغلاله وما يقدر بمبلغ 34.5 جنيها.

ومن حيث أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكورة قد حرم من استغلال المقصف نتيجة لعلقه في 8 ابريل 1965 تنفيذا لحكم جنائي لا يد له فيه، وكان قد سدد الجعل كاملا عن شهر ابريل سنة 1965 فإن جهة الإدارة تكون قد حصلت على مبلغ 8.800 جنيه دون مقابل، الأمر الذي يتعين معه خصم هذا المبلغ من الجعل المستحق عليه عن الثلاثة أشهر المذكورة، وبالتالي يكون صافي المبلغ المستحق للجهة

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 767 لسنة 11ق، جلسة 1969/07/05، مجموعة المكتب الفني السنة 14، قاعدة رقم 124، ص 932.

الإدارية قبله هو 25.700 جنيها، بالإضافة إلى مبلغ التأمين المصادر وقدره 27.600 جنيها على ما سلف بيانه.

ومن حيث أنه لم يثبت في الأوراق أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكور ظل شاغلا المقصف بمنقولاته حتى نهاية مدة العقد في آخر يناير 1966، أو أنه استلم المقصف من الشرطة في 24 مايو 1965، إذ كل ما ثبت في محضر فتح المقصف أنه تم فض الأختام تنفيذا لقرار النيابة العامة ولم يذكر في هذا المحضر وجود المتعاقد أو أحد تابعيه أثناء تنفيذ هذا القرار، فضلا عن ذلك فقد سجل المدعي عليه بكتبه الموجهة إلى مجلس المدينة أنه رفع يده عن المقصف من تاريخ غلقه وطلب من المجلس استلام الاشياء التي سبق تسليمها إليه، وبذلك يكون ما يزعمه مجلس المدينة من بقاء المتعاقد معه شاغلا للمقصف بمنقولاته حتى آخر يناير 1966 على غير أساس سليم من الواقع.

ومن حيث أن المادة 226 من القانون المدني تنص على أنه: "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره، ولما كان المطعون ضده قد تأخر في الوفاء بمقابل ايجار البوفيه سالف الإشارة اليه، وكان هذا المبلغ معين المقدار، فمن ثم تستحق عليه الفوائد القانونية بواقع 4% سنويا من تاريخ المطالبة.

ومن حيث أنه لكل ما تقدم يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى والزام الجهة الادارية بالمصاريف قد جاء مخالفا للقانون فيتعين الحكم بإلغائه والقضاء بالزام المدعى عليه بأن يدفع لمجلس مدينة الاقصر مبلغ 25.700 جنيها فقط، والفوائد القانونية بواقع 4% سنويا عن هذا المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في 7 نوفمبر 1967 حتى تمام الوفاء ونصف مصروفات كل من الدعوى والطعن⁽¹⁾.

وتأكيدا لرفض قضاء مجلس الدولة المصري تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، لم تمنح المحكمة الإدارية العليا المتعاقد مع الادارة الحق في الامتناع عن تنفيذ التزاماته حتى في حالة وجود ظروف طارئة خارجة عن إرادة المتعاقد معها، حيث قضت المحكمة بتاريخ 1985/11/30 بأنه: "يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط أولها: أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية. وثانيها: أن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1027 لسنة 15 ق، جلسة 1978/11/28، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما، 1965-1980، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1983.

للمتعاقدين أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحميل نصيب من الخسارة التي حاققت به نتيجة تنفيذ هذا العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء".

وكذلك حكمها الصادر في 24/04/1990⁽¹⁾ في دعوى تتعلق بنزاع بين الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية وبين شركة لصيانة المصاعد (الشركة المصرية للهندسة والتجارة ايتا) حيث ارتبطت الهيئة مع الشركة بعقد مؤرخ في 16/07/1980 تلتزم الشركة بمقتضاه بأن تقوم بصيانة ثمانية مصاعد مملوكة للهيئة لقاء مبلغ 420 جنيها شهريا، ونص في البند الثاني من العقد على أنه في حالة وجود عطل في أي من هذه المصاعد تلتزم الشركة بإرسال فني لمعاينتها خلال 24 ساعة على الأكثر من وقت إخطارها بهذا العطل وفي حالة التأخير توقع عليها غرامة تأخير بواقع 10 جنيهات عن كل يوم تأخير أو جزء منه حتى تاريخ انتهاء العقد. واعتبارا من 01/11/1980 توقفت الشركة عن أعمال الصيانة بحجة عدم قيام الهيئة بسداد مستحقاتها، مما دعا إلى قيام الإدارة الهندسية بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بعملية الصيانة الأمر الذي أدى إلى اعتراض شركة الصيانة وقيامها برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري⁽²⁾ مطالبة بقيمة الصيانة، عن مدة العقد بأكمله بحجة أنها لم توقف أعمال الصيانة إلا بعد إخلال الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالتزاماتها التعاقدية والمتمثلة في مستحقاتها مقابل أعمال الصيانة التي قامت بها وفوائدها القانونية، ومن جانبها قامت الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية برفع دعوى تطالب شركة الصيانة فيها بغرامات التأخير المنصوص عليها في العقد⁽³⁾، وقد قامت محكمة القضاء الإداري بضم الدعويين المشار إليهما وأصدرت حكمها بتاريخ 12/05/1985 رافضة طلب شركة الصيانة ومقررة حق الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية في غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد على أساس أن شركة الصيانة لا يجوز لها أن تدفع بعدم التنفيذ استنادا لتأخر مستحقاتها، وإذا لم يلق حكم محكمة القضاء الإداري قبولا لدى شركة صيانة المصاعد، فقد قامت بالطعن فيه ناعية عليه أنه قد أخطأ في تطبيق القانون لأن توقف الهيئة لشئون المطابع الأميرية عن سداد التزاماتها مقابل أعمال الصيانة التي قامت بها، يعطيها الحق في أن توقف التزاماتها بالصيانة إعمالا لنص المادة 246 من القانون المدني.

ولكن المحكمة الإدارية العليا المصرية رفضت طعن الشركة وأيدت محكمة القضاء الإداري فيما ذهبت إليه مقررة أنه لا يسوغ للشركة الطاعنة أن تتمسك بالامتناع عن أعمال الصيانة في فترة من الفترات، وذلك لأنها ترتبط بعقد إداري يسهم في تسيير أحد المرافق العامة وهو ما تتجافى طبيعته في الدفع بعدم التنفيذ من جانب الإدارة، ومن ثم فإنه لا يوجد مبرر لدى الشركة بمنحها الحق في التوقف عن تنفيذ التزاماتها، وعلى

⁽¹⁾ حكم المحكم الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2606 لسنة 31 ق، جلسة 24/04/1990، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون، من أول مارس إلى آخر سبتمبر 1990، اصدار سنة 1994.

⁽²⁾ دعوى رقم 5520 لسنة 37 ق 06/09/1983.

⁽³⁾ دعوى رقم 208 لسنة 32 ق في 16/10/1982.

ذلك فإن توقف الشركة عن أعمال الصيانة اعتباراً من 1980/11/01 يلزمها بفوائد التأخير المستحقة عن الفترة من 1980/11/01 حتى 1981/08/15 بما قيمته 3990 جنيهاً، ولا يكون لها من حق في مواجهة الهيئة سوى تقاضي مقابل الصيانة حتى نهاية شهر أكتوبر 1980... وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بذلك فإنه قد صدر على مقتضى صحيح حكم القانون، ويكون فيه غير قائم على سند من القانون خليقاً بالرفض".

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر 1994/07/05 بأنه: "ومن حيث أنه لما كان الثابت بالأوراق أن قيمة الأعمال التي تم تنفيذها بلغت 127572.141 جنيهاً وأن قيمة ما نفذه المقاول (الطاعن) في الميعاد المقرر لتنفيذ العملية هو 76412.645 بينما قام بتنفيذ باقي الأعمال بعد الميعاد المقرر للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة، فإنه يكون من حقه أن يحصل على أية زيادة تحمل بها في تنفيذه لهذه الأعمال نتيجة لارتفاع الأسعار وهو ما تقدره المحكمة بما يوازي 10% سنوياً من قيمة الأعمال التي تم تنفيذها بعد الميعاد باعتبار أن ذلك يمثل نسبة التضخم السائدة صدقاً وحقاً، ومن ثم فإنه لما كانت قيمة الأعمال التي تم تنفيذها بعد الميعاد هي مبلغ 51159.496 جنيهاً وإذ انتهت الأعمال وتم تسليمها للمحافظة في ديسمبر 1981 أي أن مدة التأخير بلغت قرابة الثلاثين شهراً أي سنتين ونصف. فمن ثم يستحق الطاعن فروق أسعار تقدرها المحكمة بمبلغ 12790 جنيهاً تقريباً وهو ما يوازي 10% سنوياً من قيمة الأعمال التي تم تنفيذها بعد الميعاد.

ومن حيث أنه لا وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن الطاعن قد قبل تنفيذ هذه الأعمال دون تحفظ يتعلق بزيادة الأسعار إذ الأصل أن المتعاقد مع جهة الإدارة يلتزم بتنفيذ العقد دون أن يكون له الحق في الدفع بعدم التنفيذ، إذ أن ذلك غير جائز في العقود الإدارية كأصل عام ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ العقد على الرغم من الخطأ أو التقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية وذلك حتى لا يتوقف سير المرفق العام لأي سبب، ويكون من حق المتعاقد في هذه الحالة أن يطالب الإدارة بالتعويض مادام أن العقد قائم لم يفسخ بقرار من جهة الإدارة أو بحكم القضاء الإداري.

ولا وجه كذلك لما جاء الحكم المطعون فيه من أن إقرار الطاعن المحرر في 1983/08/03 وتعهده بإنهاء العمل بخزان أبو الغيط خلال مدة أقصاها شهرين من تاريخه وخزان طخوريا خلال مدة أقصاها تسعة أشهر و لما كان لجهة الإدارة الحق في سحب الأعمال المسندة إليه وتنفيذه على حسابه، وأن الطاعن لم يدرج أية تحفظات بإقراره المشار إليه لا وجه لهذا القول ولا وجه لحمل الإقرار المشار إليه، على معنى أنه يفيد تنازل الطاعن عن المطالبة بفروق الأسعار فيما قام بتنفيذه من أعمال بعد الميعاد المقرر لتنفيذ العقد ونهوه الأعمال، لأن النية المشتركة للمتعاقدين - وقت تحرى هذا الإقرار - لم تتصرف إلى شيء من ذلك.

ومن حيث أنه لما كان الثابت من الأوراق على النحو السالف الذكر أن الطاعن قد قام بتنفيذ العقد في غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة، ومن ثم فإن من حق الطاعن على ما سلف بيانه أن يحصل على أية أعباء إضافية نتيجة لتنفيذه للأعمال محل العقد في فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها على النحو السالف الذكر، ولما كانت أعمال الحراسة خلال الفترة التالية للفترة المحددة للتنفيذ قد حملت الطاعن بأجر الخفراء الذي قدره الخبير بمبلغ 3960 جنيهه والمحكمة هي بصدد تقدير أجر الخفراء عن المدة المشار إليها تظمن إلى تقدير الخبير المشار إليه وتقضي بإلزام المطعون ضده الأول بصفته بأن يدفع للطاعن هذا الأجر وهو مبلغ 3960 جنيها⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 12/05/1998 في نزاع بين الهيئة العامة لشئون المعارض والأسواق الدولية وإحدى الشركات الخاصة التي تعاقدت معها الهيئة للقيام بأعمال صيانة السنترال الخاص بها، وكذلك توريد قطع الغيار، والمرور الدوري وإزالة الأعطال مع عمل عمرة شاملة للسنترال كل ستة أشهر، وأثناء تنفيذ العقد نشب خلاف بين الهيئة والشركة أدى إلى توقف الأخيرة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية حيث اعتبرت الهيئة ذلك إخلالا من الشركة بالالتزامات التي يفرضها عليها العقد مما دعاها إلى سحب الأعمال منها وإسنادها للغير وقيامها برفع دعوى لدى محكمة القضاء الإداري مطالبة إياها بفروق تنفيذ العملية حيث استجابت المحكمة وألزمت الشركة بمبلغ 1200 جنيه، ولما لم ترتض الشركة المتعاقدة هذا القضاء قامت بالطعن عليه لدى المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف التزاماته التعاقدية بحجة حدوث خلاف بينه وبينها أثناء التنفيذ، وقررت بأن: "ومن حيث أنه من المستقر عليه أن ليس للمتعاقد مع الإدارة التوقف عن تنفيذ التزاماته، كما لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ بحسبان أن هذا الدفع كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص والاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية بحيث إذا أوقف المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته حتى ولو كان تمنعه لعدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها، فإن ذلك يمثل إخلالا من جانبه لالتزاماته قبل الإدارة"⁽²⁾.

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 416، 4623 لسنة 35ق، جلسة 1994/07/05. مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثالث (حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة)، ب.د.ن، 2009، ص 120 و 121.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3177 لسنة 41ق، جلسة 12 مايو 1998، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والأربعون، الجزء الثاني، من أول مارس 1998 إلى آخر ديسمبر 1998.

الفرع الثاني

عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري المصري الحديثة

من أحكام القضاء الإداري المصري الحديثة التي رفض فيها تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية لتنافيه مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتنافيه مع خصائص العقد الإداري حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 2004/03/16 حيث قضت فيه بأن: "مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد يظل العقود جميعها سواء تلك التي تبرم بين الأفراد فيما بينهم أو بين الجهات الإدارية والأفراد ومن مقتضى إعماله ألا يتعدى أي طرف في العقد في المطالبة بحقوقه الناشئة منه والمنبثقة عنه ويلتزم طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد. وطبقا للعقد تلتزم الجهة الإدارية بتسليم الموقع للمتعاقد معها خاليا من موانع التنفيذ حتى يتسنى له البدء في التنفيذ وانه لا يجوز للمتعاقد بعد أن يبدأ التنفيذ أن يتوقف على العمل بحجة الدفع بعدم تنفيذ جهة الإدارة لالتزاماتها العقدية ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام واطراد ولا يكون للمتعاقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه حق"⁽¹⁾.

وقضت في حكمها الصادر بتاريخ 2005/03/29 بأن: "ومن حيث أنه من المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق 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 بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها العقدية قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، وكان له وجه حق فيه، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة ولاحقت مساءلته على تبعة فعله السلبي.

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أنه ولئن كانت قيمة الأعمال التي رست على الشركة المطعون ضدها بلغت 341903 جنيها والتزمت الجهة الإدارية بمقتضى نص البند 05 من العقد بسداد دفعة مقدمة بنسبة 20% من قيمة الأعمال، والتي قامت بسدادها لتلك الشركة، إلا أن الثابت أيضا أن الارتباط في ميزانية 1987/86 كان مبلغ مائة ألف جنيه فقط، ومع ذلك تراخى تدبير قيمة المبالغ اللازمة للتنفيذ حتى ميزانية 1990/89 لعدم إدراج المشروع ضمن السنة الأولى من الخطة الخماسية الثانية، مما أدى إلى توقف العمل، وهو وإن كان يشكل خطأ من جانب الجهة الإدارية يسوغ معه للشركة المطعون ضدها المطالبة بالتعويض إن تحققت أسبابه، أو حتى المطالبة بفسخ العقد، إلا أنه لا يؤثر في صحة هذا العقد الذي يظل

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 6337 لسنة 46 جلسة 2004/03/16. مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات المناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى 2009، الكتاب الثاني، امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، ب.د.ن، 2009، ص283.

قائماً ومنتجاً لآثاره، طالما لم يبلغ أو يفسخ، ولا يعطي لها الحق في الامتناع عن تنفيذ الأعمال بعد ورود الاعتمادات، أو أن تربط ذلك بزيادة الأسعار أولاً قبل الشروع فيها طالما كان في مقدورها القيام بتلك الأعمال ثم تطالب بما تراه حقا لها من تعويض و آية ذلك أن احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره -في ظل ما هو ثابت بورود معدات وتجهيزات ومصنع الأعلاف- تتأبى تعليق وفاء الشركة المطعون ضدها بالتزاماتها بإنهاء الأعمال على استجابة الجهة الإدارية للزيادة المطلوبة في الأسعار، لا سيما وأن الأوراق كشفت عن قيام هذه الشركة بالتعاقد مع مقاولين من الباطن لتنفيذ الأعمال موضوع العقد وذلك بالمخالفة لنص المادة 75 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر رقم 9 لسنة 1983 الذي يحكم النزاع وأن جانباً من الزيادة في الأسعار التي تطالب بها الشركة بررتة بالزيادة التي يطالب بها مقاول الباطن الذي تعاقدت معه على إثر إسناد الأعمال إليها، ومن ثم وإذا أصرت الشركة على موقفها الرافض لاستكمال الأعمال، فإن قيام الجهة الإدارية بسحب الأعمال منها وتنفيذها على حسابها إعمالاً لحكم المادة (82/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المشار إليه يكون قائماً على سببه المبرر له⁽¹⁾.

كما قضت في حكمها الصادر بتاريخ 2005/10/18⁽²⁾ بأنه: "...أما عن توقف الجهة عن صرف بعض مستحقات الطاعن فإنه على فرض حدوث ذلك فإنه لا يخول الطاعن التوقف عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لما هو مقرر في قضاء المحكمة من أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بالمرفق العام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن الجهة الإدارية قد أخلت بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليها إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام في استطاعته ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان له مقتضى".

كما قضت في حكم حديث آخر في 2006/01/17 بأنه: "ومن حيث أنه لا وجه لما ذهب إليه الطاعن بصفته من أنه يحق للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ حتى يؤدي له ما هو مستحق له تأسيساً على أن تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد إعمالاً لحكم المادة 157 مدني، ذلك أن هذا النص لا يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري، حيث أن الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يسوغ للمتعاقد مع الجهة الإدارية 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 بالتعويض إن كان له محل

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1313 لسنة 46ق، جلسة 2005/03/29. مشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات المناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى 2009، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 264 و 265.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 834 لسنة 46ق، جلسة 2005/10/18، مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين، نفس المرجع، ص 283 و 284.

وذلك لأنه يرتبط بعقد إداري يسهم في تسيير أحد المرافق العامة، وهو ما يتجافى بطبيعته مع الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾.

كذلك قضت في حكمها الصادر بتاريخ 2006/12/26 بأنه: "العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري"⁽²⁾.

ولم يخرج إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عن نهج المحكمة الإدارية العليا في عدم الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ كأصل عام في العقود الإدارية لارتباطها بالمرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وسد حاجته، حيث أفنت بأن "العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ، إذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره"⁽³⁾.

كما أفنت بأن: "هذه العقود (العقود الإدارية) تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وسد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية 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، وهذه الفكرة هي التي أملت الاصل العام المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة"⁽⁴⁾.

وتواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على تأصيل قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، ونذكر من إفتائها في هذا الخصوص، فتواها رقم 453 بتاريخ 1995/06/08⁽⁵⁾، والتي جاء فيها: "...ولما كان الثابت من الأوراق أن الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية انتهت من توريد

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 9689 لسنة 49 ق، جلسة 2006/01/17. مشار إليه لدى: نفس المرجع السابق، ص 265 و 266.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4611 لسنة 45 ق، جلسة 2006/12/26، مجموعة أحكامها من عام 1965-2008.

⁽³⁾ فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع رقم 637 بتاريخ 1956/10/23، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، مجموعة أبو شادي، طبعة 1964، ص 715.

⁽⁴⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 532 في 1993/7/4، مجموعة الاربعين عاما، ص 711. وفتواها رقم 541 في 1993/7/8، ذات المجموعة السابقة، ص 713. وفتواها رقم 181 في 2003/3/22، ملف رقم 54/1/395، مجموعة المكتب الفني، السنة 57، 2003، ص 144.

⁽⁵⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 453 في 1995/6/8، جلسة 1995/5/31، مجموعة الاربعين عاما، ص 513. وكذلك فتواها رقم 328 في 1995/4/23، جلسة 1995/4/19، المجموعة السابقة، ص 511.

المطبوعات المتعاقد عليها بتاريخ 18، 1993/12/28، وذلك بعد انتهاء مدة التوريد المتعاقد عليها في 1993/12/09، ومن ثم فإن قيام الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية بتوقيع غرامة تأخير على الهيئة الموردة لتأخيرها عن توريد المطبوعات محل البندين السادس والرابع عشر من المناقصة والحالة هذه يكون قد صادف سنده، ولا تثريب عليه، ويكون ما تطالب به الهيئة الأخيرة من استرداد غرامة التأخير الموقعة عليها في هذا الشأن وتبلغ 368.98 جنيه غير قائم على سند صحيح يظهره، إذ كان جديرا بها أن تلتزم بالتوريد خلال المدة المتفق عليها.

ولا يشفع للهيئة المطالبة أن مرد تأخيرها في التوريد راجع إلى عدم إضافة ضريبة المبيعات إلى قيمة أمر التوريد، لذلك طلبت إلى الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إضافة الضريبة إلى أمر التوريد وذكرت في كتابها الموجه إلى الهيئة الأخيرة أن مدة التوريد تبدأ من تاريخ ورود الرد بإضافة ضريبة المبيعات وأي تأخير في الرد يقابله تأخير مماثل في التوريد، لا يشفع لها ذلك، بالنظر إلى أن اشتراط إضافة ضريبة المبيعات إلى أمر التوريد أو ورود الرد، بالإضافة هو محض تعديل لشروط التعاقد من جانب واحد بلا سند يتيح ذلك، بالإضافة إلى أنه من المقرر أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تنفرد به من خصائص تميزها عن غيرها من العقود".

وانتهت الجمعية إلى رفض المطالبة بإلزام الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية بأداء مبلغ غرامة التأخير ومقدار 368.98 جنيه.

كذلك فتواها الصادرة بتاريخ 2003/03/22⁽¹⁾ التي قضت بأن: "الأصل في تعاقدات الجهة الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات أن تستهدف إشباع الاحتياجات الفعلية والضرورية لأنشطة الجهة فلا تتعدى هذه الاحتياجات الضرورية إلى ما عداها من احتياجات هي في غنى عنها... وبما ينطوي عليه ذلك من تغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة 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 أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتعاس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزامها بأداء مقابل الأعمال أو الأصناف الموردة...".

من كل ما تقدم يتضح لنا أن قضاء مجلس الدولة المصري و فتاويه مطردة على إقرار مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية بسبب ما تتميز به هذه العقود من خصائص تميزها عن العقود المدنية ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد، ومراعاة للمصلحة العامة وتغليبها عند التعارض مع المصلحة الخاصة، والنظر إلى المتعاقد مع الإدارة على أنه يؤدي واجب التعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام، الأمر الذي لا يصح ولا يحق معه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه لأي سبب كان، حتى ولو

⁽¹⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 181 في 2003/03/22، جلسة 2003/01/08، ملف رقم 54/1/395، مجموعة مبادئها الصادرة عن المكتب الفني السنة 57، ص 144.

كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة؛ لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إيقاف سير المرفق، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق، وفي حالة امتناعه عن التنفيذ فإن ذلك يمثل إخلالا من جانبه لالتزاماته قبل الإدارة يستوجب مساءلته عن تبعته، ويعطي لجهة الإدارة الحق في توقيع الجزاءات عليه، وهو أمر ولا شك يجافي قواعد العدالة إذ كيف يمكن للمتعاقد المقصر في التزاماته أن يوقع جزاءات على المتعاقد الملتزم في أدائه لالتزاماته.

وأخيرا بعد عرض عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري نقول أن تبني مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد كأساس لرفض تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يعود حقيقة إلى عدم وجود تنظيم تشريعي دقيق للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية على غرار العقود المدنية وهو ما فتح الباب واسعا للاجتهاد القضائي بين مؤيد ومعارض لتطبيقه في نطاق هذه العقود.

إضافة إلى عدم تطور القضاء الإداري في هذا الشأن، فمن المعلوم أنه قضاء إنشائي، وأن نظرية العقود الإدارية ذاتها هي من صنعه⁽¹⁾، إلا أنه حتى الآن لم يتطور قضاؤه إلى حد وضع نظرية عامة لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية.

كما نرى أن رفض تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية بحجة أن ذلك يؤدي إلى الإخلال بفكرة دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد قول مردود عليه بأن منح المتعاقد مع الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من شأنه حث الإدارة على الوفاء بالتزاماتها خشية الإخلال بسير المرفق العام فمثلا في عقد الأشغال العامة لو تمسك المقاول بحق الدفع بعدم التنفيذ بأن امتنع عن تنفيذ أعماله والتزاماته نتيجة تأخر جهة الإدارة في صرف مستحقاته، فقد يكون ذلك دافعا لها لحثها على صرف مستحقاته المالية وهو ما يساعد المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية في موعدها، الأمر الذي يؤدي إلى سير المرفق العام بانتظام واطراد.

كما أن منح المتعاقد الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من شأنه أن يجنب جهة الإدارة دفع تعويضات كبيرة والتي قد تتحملها نتيجة إخلالها بتنفيذ التزاماتها، إذ يلجأ المتعاقد في هذه الحالة إلى مطالبته بالتعويض⁽²⁾، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد مما يعيق سير المرفق العام بانتظام واطراد لتآكل الاعتمادات المالية الخاصة به.

⁽¹⁾ حول نشأة نظرية العقود الإدارية: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص35؛ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص15.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 6337 لسنة 46ق، جلسة 2004/03/16؛ حكمها في الطعن رقم 834 لسنة 46ق، جلسة 2005/10/18؛ وحكمها في الطعن رقم 9689 لسنة 49ق، جلسة 2000/01/17.

وعلى ذلك فإن إقرار الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة دفاعية للمتعاقد في حالة تقصير جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها يتيح له خياراً آخر إلى جانب مطالبتها بالتعويض.

ولا ينال من ذلك القول أنه يمكن أن يتخذ المتعاقد من الدفع بعدم التنفيذ ذريعة للتوقف عن التنفيذ وتعطيل المرفق العام بدعوى إخلال الإدارة بالتزاماتها على خلاف الحقيقة، إذ أن ذلك مردود عليه بأنه في حالة ثبوت تحايل المتعاقد فإنه سوف يتحمل المسؤولية كاملة عن ذلك، ويمكن لجهة الإدارة توقيع الجزاء المناسب عليه، فضلاً عن الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمرفق مما سيجعل المتعاقد يفكر ملياً قبل التمسك بالدفع دون وجه حق.

كذلك يمكن التوفيق بين فكرة الدفع بعدم التنفيذ وضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك من خلال وضع تنظيم قانوني خاص للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يراعي ذلك من خلال وضع شروط وضوابط للتمسك به أكثر شدة من تلك الموجودة في نطاق العقود المدنية مثل وجوب اعدار جهة الإدارة قبل التمسك به، ومنحها مهلة لا تقل عن 30 يوماً للوفاء بالتزاماتها التي أخلت بها، وأن يكون نظر المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع على وجه السرعة بحيث يتم الفصل فيها في مدة لا تزيد عن 30 يوماً حرصاً على دوام انتظام سير المرفق العام.

المبحث الثالث

تطبيقات القضاء الإداري للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية

على الرغم من أن قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية سادت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، إلا أنه نظراً لزيادة حاجة الدولة وأجهزتها في الاعتماد على العقود الإدارية كوسيلة فعالة لتلبية احتياجاتها لضمان سير المرافق العامة بانتظام، وإعمالاً لقواعد العدالة التي تظل العقود جميعاً، فقد اتجه إلى التخفيف من غلو هذه القاعدة وذلك بأن منحا المتعاقد مع جهة الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في بعض الحالات نبيها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حالات تطبيق القضاء الإداري الفرنسي للدفع بعدم التنفيذ

كرس القضاء الإداري الفرنسي مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية وذلك لتنافيه مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، فلا يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة ان يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا أخلت جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها المقابلة، ولم يكن يملك في هذه الحالة سوى اللجوء إلى قاضي العقد ليطلب منه فسخ العقد بسبب خطأ جهة الإدارة والمطالبة بالحصول على تعويض عن الضرر الناتج.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن مسلكه الرفض، وأجاز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية في حكمه الصادر في 8 أكتوبر 2014 في قضية متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض المتوسط وشركة جرينك للتأجير، وسنتناول عرض هذه القضية، ثم نبين أبعاد الحكم الصادر فيها من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

عرض قضية متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض المتوسط وشركة جرينك للتأجير

تتلخص وقائع قضية حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2014/10/08⁽¹⁾ في أن متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض المتوسط وهو مرفق ذو اختصاص وطني لوزارة الثقافة والاتصال، وشركة جرينك للتأجير أبرما بتاريخ 2008/04/10 عقدا التزمت بموجبه شركة جرينك للتأجير بشراء من مورد معين خمسة ناسخات من أجل تأجيرها للمتحف لمدة 63 شهرا بواقع إيجار قدره 5.563 يورو لكل ثلاثي وقد توقف المتحف عن دفع الإيجار الثلاثي ابتداء من تاريخ 2008/05/27 فقامت شركة جرينك للتأجير بفسخ العقد طبقا للشرط المتفق عليه لهذا الغرض، وذلك بموجب مراسلة بتاريخ 2009/03/17 وطلبت تسديد مبلغ التعويض عن الفسخ المتفق عليه في العقد، وكذا استرداد الأجهزة.

ألزمت المحكمة الإدارية بستراسبورغ في حكمها الصادر بتاريخ 2012/05/31 الدولة بأن تدفع لها مبلغ 101.042.39 يورو مع الفوائد بالنسبة القانونية ورفض طلب التعويض المقدم من طرف شركة جرينك للتأجير، إلا أن هذه الأخيرة طعنت بالنقض في القرار المؤرخ في 2013/05/27⁽²⁾.

وجاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي: "حيث أن المتعاقد المرتبط مع شخص عمومي بموجب عقد إداري ملزم بتنفيذه -ماعدا في حالة القوة القاهرة- لا يمكن له على وجه الخصوص أن يحتج بتقصير الإدارة وعجزها أو تملصها من تنفيذ التزاماتها التعاقدية أو المبادرة إلى فسخ العقد من جانب واحد، وأنه يستحسن أن يتفق الأطراف في عقد لا يتعلق موضوعه بتنفيذ المرفق العام على الشروط التي تسمح للمتعاقد مع الشخص العمومي بفسخ العقد في حالة عدم قيام هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية، وأن المتعاقد لا يمكنه الفسخ قبل أن يتيح للشخص العام الاعتراض على إنهاء العلاقات التعاقدية لسبب المصلحة العامة الناجم على وجه الخصوص عن متطلبات المرفق العام، ذلك أن المصلحة العامة تفرض على المتعاقد مواصلة تنفيذ التزاماته العقدية، وأن عدم وفائه بهذا الالتزام من شأنه أن يؤدي إلى فسخ العقد على مسؤوليته المنفردة، وأنه يستحسن بالنسبة للمتعاقد أن ينازع أمام القاضي بسبب المصلحة العامة الذي يواجهه به لكي يتحصل على فسخ العقد

¹⁾ LAFFITTE OLIVIER, Résiliation et responsabilité, Le contrat, rien que le contrat, Responsabilité contractuelle: dernier état de la jurisprudence, Contrats Publics -n°161- janvier 2016, p48.

²⁾ FOULQUIER NOBERT, L'exception d'inexécution et les conventions domaniales, RDI, 2015, p183.

وأنة لما استبعد المجلس شرعية تطبيق بنود المادة 12 من الشروط العامة الملحقة بالعقد المبرم بين المتحف وشركة جرينك للتأجير لسبب وحيد أنها تسمح للمتعاقد مع الإدارة بفسخ العقد من جانب واحد في حالة التأخير في تسديد الإيجار بدون البحث في مدى استجابة هذه البنود للشروط المذكورة أعلاه ارتكب المجلس خطأ قانونيا، وأنه بدون مناقشة أوجه الطعن الأخرى يجب إبطال قراره.

حيث أن وزير الثقافة والاتصالات طلب من قاضي النقض أن يستبدل السبب الخاطئ الذي اعتمده محكمة الاستئناف والذي أخذ من البنود محل النزاع التي تكتسي طابعا تعسفيا حسب مفهوم أحكام المادة 1-132 من قانون الاستهلاك، وأن هذا الاستبدال يفرض في جميع الحالات تقدير الظروف الواقعية ومن ثم يتعين عدم القيام بالاستبدال المطلوب.

حيث أنه يتعين في هذه الحالة تحميل الدولة مبلغ 3.000 يورو قيمة المصاريف المعروضة من طرف شركة جرينك للتأجير والتي لا تشملها المصاريف القضائية طبقا لأحكام المادة 1-761 من قانون العدالة الإدارية، وأن هذه الأحكام بالمقابل تحول دون وضع هذا المبلغ المطلوب من الدولة على عاتق الشركة المدعية التي ليست هي خاسرة الدعوى في قضية الحال.

وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى إبطال القرار الصادر من محكمة الاستئناف بنانسي بتاريخ 2013/05/27، كما قضى المجلس بأن تدفع الدولة لشركة جرينك للتأجير مبلغ 3.000 يورو طبقا لأحكام المادة 1-761 من قانون العدالة الإدارية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أبعاد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض

المتوسط وشركة جرينك للتأجير

الواقع أن حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض المتوسط وشركة جرينك للتأجير الصادر في 2014/10/08 لا يشير إلا إلى الإنهاء من جانب واحد وليس إمكانية قيام الطرف المتعاقد بالتعليق المؤقت لأداء التزاماته. ورغم ذلك تضمن حكم جلس الدولة دلالات بشأن نطاق مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ وقد حدد مجلس الدولة وفقا لممارسته المعتادة "الإجراء الواجب إتباعه" بالنسبة للأطراف الذين تواجههم مثل هذه الحالة، ووضع دليلا منهجيا بشأن الدفع بعدم التنفيذ، وقد جرى منطبق مجلس الدولة على أربع مراحل:

• بعد التنكير بمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من جانب الطرف المتعاقد من الإدارة، يقدم مجلس الدولة استثناء للعقود "غير المتصلة بالمرفق العام، ولذلك فإن الخطوة الأولى هي التحقق مما إذا كان العقد المعني متعلقا بمرفق عام، إذا كان هذا هو الحال، يتم استبعاد الإلغاء.

¹⁾ 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.

- عندما لا يتصل العقد مباشرة باستمرارية المرافق العامة، يجوز للطرفين أن ينصا تعاقديا على الشروط التي يمكن بموجبها الإنهاء (شروط إنهاء العقد والتعويض للطرف الآخر)، ولذلك فإنه ليس مبدأ تكميليا، ينطبق في صمت العقد، ولكن على العكس من ذلك يفترض أن الأطراف قد نصت صراحة على تطبيقه.
- لا يمكن تنفيذ الفسخ إلا بعد السماح للإدارة بمعارضة سبب المصلحة العامة الذي يتطلب استمرار العقد وبالتالي، عندما لا يتعلق العقد بالمرفق العام، لذلك لن ترى الإدارة في استمرار العقد مصلحة عامة كافية.
- أخيرا إذا عارضت الإدارة لسبب المصلحة العامة، لا يمكن للطرف المتعاقد إلا أن يطعن أمام قاضي العقد في أسس المصلحة العامة ويطلب الفسخ.
- وفي نهاية المطاف، فإن الحل الذي اعتمده مجلس الدولة يهدف إلى منح قدر من المرونة من خلال التقيد، في إطار مؤطر جدا، بحظر الدفع بعدم التنفيذ. ولا يزال يتعين النظر إلى ما إذا كان النهج الضيق لهذا الاستثناء سيستوعبه الممارسون على نحو جيد.
- كما أن هذا الاتجاه القضائي هو جزء من حركة أوسع تؤثر على قانون العقود العامة، والهدف الرئيسي منها هو الحفاظ على مسألة علاقات الاستقرار على سبيل الأولوية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حالات تطبيق القضاء الإداري المصري للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

اتجه مجلس الدولة المصري إلى التخفيف من غلو قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ حتى يستقيم أمر تنفيذ العقود الإدارية، فوضع أسسا وضوابط وشروطا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، حيث أعطى مجلس الدولة المصري تحت رقيبته للمتعاقد مع الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عدة حالات نتناولها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين

الأصل في العقود المدنية هو إباحة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من جانب طرفي العقد، وأنه لا يوجد ما يحول دون اشتراط امتناعه على أحدهما أو على كليهما، كما لا يوجد ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو ضمنا. وذلك بحسبان أن الدفع بعدم التنفيذ غير متعلق بالنظام العام.

¹⁾ LAFFITTE OLIVIER, Op cit, p48.

وذاً الأمر يسري بالنسبة للعقود الإدارية مع ملاحظة أن المبدأ العام في هذه العقود عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ وإباحة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستخلص من بنود العقد⁽¹⁾.

أقر مجلس الدولة المصري حق المتعاقد مع الإدارة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بناء على اتفاق بينه وبين الإدارة، سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً يمكن استخلاصه من بنود العقد، وذلك إعمالاً للمبدأ العام المقرر في العقود عموماً، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين التي تلاقت عليها إرادتهما، ومن ثم يتعين الالتزام بما جاء به.

ومن أحكام المحكمة الإدارية في هذا الصدد حكمها الصادر بتاريخ 1971/12/18⁽²⁾، حيث قضت "من حيث أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزاماته قبلها".

وقد صدر هذا الحكم في نزاع تتلخص وقائعه في أن مديرية التحرير قد تعاقدت مع أحد المقاولين على توريد عمال زراعيين وعمال تراحيل للقيام بأعمال الهندسة بالمديرية. إلا أن المقاول أخل بالتزامه فوفقت عليه المديرية المذكورة غرامات تأخير مما حدا به لإقامة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري للإعفاء من هذه الغرامة استناداً إلى أن تأخره في توريد العمال كان إعمالاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ؛ لأن جهة الإدارة قعدت عن تنفيذ التزامها بسداد أجور العمال طبقاً لشروط العقد، غير أن المحكمة رفضت دعواه، فطعن المقاول في حكمها أمام المحكمة الإدارية العليا والتي قضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري، وذلك استناداً إلى ما استخلصته من بنود العقد من وجود اتفاق ضمني بين مديرية التحرير والمقاول على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

وقد ورد في حكمها: "إن الثابت من الاطلاع على العقدين اللذين أبرمهما الطاعن مع مديرية التحرير أنه اشترط في البند 14 من العقد أن تصرف أجور العمال كل أسبوع. كما يتبين أن الطاعن لم يتمكن من دفع التأمين كاملاً، وقام بدفع 25 جنيه منه وصرح للجهة الإدارية أن تخصص باقي التأمين وقدره 75 جنيه على ثلاث دفعات من المستحقات التي تستحق له عند تنفيذ العقد، ومن ذلك يتبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى أن الطاعن تعهد في تنفيذ التزاماته قبل الجهة الإدارية على قيام الجهة الإدارية بصرف أجور العمال كل أسبوع، فإذا تراخت في ذلك فإنه يحق للطاعن أن يدفع بعدم تنفيذها العقد، وبالتالي يمتنع عليها

(1) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 100.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 76 لسنة 11 ق، جلسة 1971/12/18، مجموعة أحكام مجلس الدولة في خمسة عشر عاماً (1965-1980)، الجزء الثاني، ص 1916.

أن توقع عليه غرامات خلال فترة تراخيها في تنفيذ التزاماتها، وقد ثبت أن الجهة الإدارية لم تقم بصرف أجور العمال عن الأسبوع الأول من يناير سنة 1960 إلا في 16/06/1960 بالمستند 6/3041 أي بعد استحقاقها بأكثر من خمسة أشهر، وكان من شأن هذا التراخي أن يعجزه عن تنفيذ التزامه كاملاً، ومن ثم فلا يحق للجهة الإدارية أن توقع غرامات على الطاعن".

وانتهت المحكمة في حكمها إلى أن الجهة لم تنكر هذا التراخي في تنفيذ التزامها بدفع أجور العمال وأن ما أبدته من دفاع من أنه لا يجوز للطاعن أن يدفع بعدم التنفيذ، وهو قول لا يتفق والأساس الذي قام عليه التعاقد على الوجه سالف بيانه، وقضت المحكمة للطاعن بقيمة الغرامات التي وقعت عليها الجهة الإدارية دون وجه حق.

وذهب الدكتور محمد ماهر أبو العينين⁽¹⁾ في صدد التعليق على هذا القضاء أن المحكمة الإدارية العليا أشارت إلى تطبيق مقتضى نص في عقد إداري يسمح للمتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ وترتبت المحكمة على هذا الأمر عدم جواز توقيع غرامات التأخير عليه. وأضاف أن هذا الحكم يعد مجرد تطبيق لنص ورد في العقد بالمخالفة للقواعد العامة، فوجود مثل هذا التحفظ في شروط العقد يجيز لجهة الإدارة استبعاد العطاء لأن هذا الشرط مخالف للنظام العام في النطاق الإداري، فمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من المبادئ الأصولية في العقود الإدارية التي لا يجوز الخروج عليها إلا من خلال حكم قضائي فقط.

ونختلف مع هذا الرأي في أنه ولئن كان الأصل المقرر في المبادئ الأصولية لنظرية العقد الإداري هو عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا أن النصوص الخاصة عادة تسمو على النصوص العامة، بل ونصوص القانون نفسه كقانون المناقصات والمزايدات وذلك في مجال التفسير وإعمال أولوية النصوص وأيهما يسمو على الآخر، فالنصوص التعاقدية تسمو على النظام العام الإداري لا سيما وأن الأخير تمت مخالفته بأحكام قضائية متعددة طيلة العقود المنصرمة صادرة من المحكمة الإدارية العليا.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها صادر بتاريخ 15/03/2005 بأحقية المتعاقد في إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، استناداً للشروط التي أوردها المتعاقد في عطاءه، 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 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 21/03/1988، ومع ذلك لم تصرف إلا بتاريخ 03/12/1988 لعدم توافر الاعتمادات المالية، أي أن الجهة الإدارية تأخرت في صرفها 252 يوماً يخصم منها خمسة عشر يوماً المقررة للمراجعة، ومن ثم مدة التأخير 237 يوماً يتعين لإضافتها لمدة العملية طبقاً لما اتفق عليه الطرفان، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتقدم بيانها

⁽¹⁾ محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات المناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى 2009، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 288.

وبالتالي يكون المطعون ضده قد سلم الأعمال خلال الميعاد المقرر له، وطبقا لما تم الاتفاق عليه، ويكون توقيع غرامة تأخير عليه بمبلغ 25263.00 جنيها مفتقدا لسنده الذي يبرره ومخالفا للشروط التي تم التعاقد في ظلها⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر صادر في 2008/03/11 بصحة بعض الشروط التي يتفق عليها الطرفين⁽²⁾، وخلصت فيه إلى أنه متى تضمن العقد تحديدا لمقدار غرامة التأخير التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسبما نص عليها العقد يكون هو الواجب التطبيق دون النص اللاتحي؛ لأنه نص خاص والخاص يقيد العام.

وقد أكدت هذا الاتجاه افتاءات الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث أقرت بصحة الاتفاق على إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة التنفيذ⁽³⁾. بل وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث 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 أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تتأبى أن تتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد وتتراخي في تنفيذ التزامها بأداء مقابل هذه الأعمال دون الإقرار بحق المتعاقد معها في التعويض عن التأخير في صرف هذا المقابل في المواعيد المتفق عليها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ التزاماتها في وقت واحد

إذا اتجهت نية الإدارة والمتعاقد معها إلى تنفيذ التزاماتها المتقابلة في وقت واحد، فإن إخلال الإدارة بالتزاماتها يعطي المتعاقد معها الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه. أما إذا اتجهت نية الإدارة والمتعاقد إلى قيام الأخير بتنفيذ التزامه أولا، فلا يحق له هنا التمسك بالدفع.

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6870 لسنة 46 ق، الدائرة الثالثة، جلسة 2005/03/15.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3140 لسنة 51 ق، جلسة 2008/03/11.

⁽³⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 532 في 1993/07/04، جلسة 1993/05/16، ملف رقم 54/1/295، مجموعة المكتب الفني السنة 47، ص364؛ الفتوى رقم 593 في 2000/10/20، ملف رقم 78/2/50، المجموعة السابقة، السنة 54، ص44؛ الفتوى رقم 43 في 2002/01/16، جلسة 2001/09/05، ملف رقم 7/2/206، مجموعة المكتب الفني، السنة 55.

⁽⁴⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 181 في 2003/03/22، جلسة 2003/01/08، ملف رقم 54/1/395، مجموعة المكتب الفني السنة 57، ص144؛ الفتوى رقم 593 في 2000/10/20، وقد أقرت فيها صراحة أن هذا الشرط لا يتضمن مخالفة للقانون، ولا يعد تحفظا يؤدي بذاته لاستبعاد العطاء.

ويرجع الأمر للقضاء في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين مستعينا في ذلك بشروط العقد وطبيعته، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري⁽¹⁾.

ومن التطبيقات القضائية لمجلس الدولة المصري في هذا الخصوص ما قضت به محكمة القضاء الإداري في 29 مارس 1970⁽²⁾، من أنه في حالة التزام المتعاقد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها في محله والتزام جهة الإدارة بدفع الثمن عند الاستلام، فإن كلا الالتزامين يكون واجب التنفيذ حالا في وقت واحد، فإذا تخلت الجهة الإدارية عن تنفيذ التزامها، حق للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه، وبذلك لا يعتبر مقصرا في تنفيذ التزامه بما يسوغ لجهة الإدارة تنفيذ العقد على حسابه.

وقد ورد في حكم المحكمة: "حيث أن الثابت من الوقائع المتقدمة هو أن إرادة طرفي العقد اتفقت على أن يكون التسليم بمحل التاجر المدعى عليه، وأن يتم التوريد فورا بمعنى أن يكون بمجرد تسليم أمر التوريد وأن يكون الدفع عند الاستلام، بمعنى أن يتم سداد الثمن عند تسليم الأصناف المتعاقد على توريدها. وحيث أن الظاهر من الأوراق أن الجهة الإدارية أوفدت مندوبا عنها لاستلام البضاعة، ولكن المدعى عليه امتنع عن تنفيذ ذلك لعدم دفع الثمن طبقا لما تحفظ به في عطاءه، وصدر أمر التوريد على أساس قبول هذا الشرط، وهذه الواقعة ثابتة من إدعاء الجهة الإدارية وإقرار المدعى عليه في خطابه المؤرخ في 22/09/1966، فيتعين الاعتداد بثبوتها وترتيب الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

وحيث أن الأصل في نظام العقود الملزمة للجانبين هو ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل، فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، ويكون لكل من المتعاقدين أن يحبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون ناشئا عن عقد ملزم للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، وقد نصت المادة 161 من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

وحيث أنه بتطبيق هذه القواعد على الدعوى الحالية فإنه لما كان المدعى عليه ملتزما بتسليم الأصناف المتعاقد عليها، كما تلزم الجهة الإدارية بدفع الثمن عند الاستلام، وكلا الالتزامين واجب التنفيذ حالا وفي وقت واحد، فإذا تخلت الجهة الإدارية عن تنفيذ التزامها حق للمدعى عليه الامتناع عن تنفيذ التزامه، وذلك طبقا للشروط التي قبل التنفيذ على مقتضاها، ولا يعتبر بهذه المثابة مقصرا في تنفيذ التزامه بما يسوغ لجهة الإدارة تنفيذ العقد على حسابه، ثم مطالبته بالفروق المالية المترتبة على ذلك.

(1) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 96.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 676 لسنة 22 ق، جلسة 29/03/1970، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر 1969 إلى آخر ديسمبر 1970، الشركة المصرية للطباعة والنشر، 1971، ص 281.

وحيث أنه لا يقدر في هذا النظر ما هو مقرر في العقود الإدارية من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لتوفير احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وما يترتب على ذلك من عدم جواز امتناع المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها، لا احتجاج بذلك، إذ أن الأصل في العقود الإدارية هو وجوب تنفيذها بحسن نية، ويمكن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين من شروط التعاقد وطبيعته، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف التجاري.

وفي الدعوى الحالية تنطق وقائع الموضوع بأن نية الطرفين اتجهت إلى تنفيذ العقد في وقت واحد ومرة واحدة، فيسوغ لأي من المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا تقاعس الآخر في الوفاء بما هو ملتزم به وإذ ليس في الأوراق ما يدل على قيام الجهة الإدارية بتنفيذ التزامها الخاص بأداء الثمن عند الاستلام، ولا ترى المحكمة مقنعا عبارة (رفض التسليم) الموجودة على إيصال استلام أمر التوريد المؤرخ في 1965/08/30، إذ فضلا عن أنها غير مذيلة بأي توقيع، فإنها لا تقيد في عرض الثمن على المدعى عليه وامتناعه رغم ذلك عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها، وكان الأجدر لو صح ما تدعيه جهة الإدارة أن يثبت ذلك في محضر خاص، فيكون ولا تثريب على المدعى عليه إذ امتنع عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها ويكون قيام الإدارة بالتنفيذ على حسابها طبقا لحكم المادة 105 من لائحة المناقصات والمزايدات على غير أساس من القانون، وبالتالي تكون مطالبتها بالمبالغ الناتجة عن هذا التنفيذ واجبة الرفض قانونا".

الفرع الثالث

جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام

لما كان أساس رفض تطبيق الدفع بعدم تنفيذ في نطاق العقود الإدارية هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإنه من الطبيعي أن يُسْمَح بتطبيقه إذا كان هذا الدفع في عقود لا تؤثر على سير المرفق العام، فهناك عقود إدارية لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، ولا يؤدي الامتناع عن تنفيذها إلى تهديد هذا التسيير، مثل عقود شراء سيارات ركوب للمديرين وعقود شراء وحدات تصفيف للعاملين، فإذا أخلت الإدارة بالتزاماتها الناتج عن هذه العقود، وامتنتعت مثلا عن دفع المقابل المنصوص عليه في العقد في وقته المحدد للمتعاقد معها، فإنه يمكن لهذا المتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ حتى تفي الإدارة بالتزاماتها، لأن هذا الدفع لا يؤثر على سير المرفق العام⁽¹⁾.

والأمر مرده إلى القضاء، فهو الذي يقرر بعد أن يصل إليه الأمر - مدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ أو عدم إمكانيةه، وعمّا إذا كان العقد محل النزاع يتصل مباشرة بتسيير المرفق العام أم لا، ومدى تأثير الدفع بعدم التنفيذ على هذا التسيير.

(1) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 81 و 82.

وعلى الرغم من بديهية هذه الحالة -كاستثناء من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية- إلا أنه لم تُعرض وقائع تطبيقاً لها في مجلس الدولة المصري، حيث لم نعثر على أي أحكام وفتاوى للمجلس في هذا الصدد.

ومن جانبنا نرى أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود غير المتصلة مباشرة بالمرفق العام هو أمر طبيعي، فكما أن الطبيعة الخاصة لبعض العقود الإدارية قد تتأبى أن يتمسك فيها بهذا الدفع في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، فإنه كلما كان العقد الإداري لا يتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، فإنه يمكن التمسك فيه بالدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وذلك إعمالاً لقواعد العدالة ومبدأ حسن النية في العقود بصفة عامة.

الفرع الرابع

حالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بسبب تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها

قد يؤدي توقف الإدارة عن تنفيذ التزاماتها المنبثقة عن العقد أو تقصيرها في تنفيذ تلك الالتزامات إلى استحالة قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فلا يعقل في هذه الحالة أن نمنع هذا المتعاقد من الدفع بعدم التنفيذ إذا طلب منه تنفيذ التزامه، فكيف نطلب منه تنفيذ التزام يستحيل تنفيذه، خاصة إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها الواردة بالعقد، فعلى سبيل المثال قد تتعاقد الإدارة مع مقاول على بناء أو إنشاء مبنى بمواصفات خاصة وتتعهد في العقد أن تقدم الرسومات الخاصة بهذا المبنى المتضمنة للمواصفات المطلوبة، ثم تقصر الإدارة في تقديم تلك الرسومات للمقاول، فإذا طلبت منه تنفيذ التزامه الوارد بالعقد بإنشاء المبنى المتفق عليه، فله في هذه الحالة أن يدفع بعدم التنفيذ لأن إخلال الإدارة بالتزامها أدى إلى استحالة قيامه بتنفيذ التزامه.

وقد أقرت أحكام مجلس الدولة المصري هذه الحالة و أعطت للمتعاقد بالإضافة للدفع بعدم التنفيذ حق طلب فسخ العقد وتعويضه عما أصابه من ضرر.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها الصادر في 1967/06/03 في نزاع بين الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي وأحد المقاولين حيث أسند إليه إنشاء بعض المصارف بمنطقة المنصورة التابعة لمركز إمبابة محافظة الجيزة، وعندما ذهب هو وعماله إلى الموقع حسبما هو محدد بالخرائط المعتمدة من الهيئة لتسلم العمل والبدء في التنفيذ طبقاً لما هو متفق عليه في العقد الذي تحرر بينه وبين الهيئة في هذا الشأن، تعرض له رجال الإصلاح الزراعي ومنعوه هو وعماله من العمل بحجة أنه لم تصدر إليهم أوامر بذلك، فقام بإخطار الهيئة بذلك، إلا أنها لم تهتم بالأمر ولم تحاول تمكين المدعي من استلام الموقع ليباشر العملية، بل أرسلت إليه خطاباً تنذره فيه بضرورة البدء في تنفيذ العملية فوراً وإلا اضطرت إلى توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد مع تحميله المسؤولية، وأنه بامتناعه عن تنفيذ العقد يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً يستوجب مساءلته عنه، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا حق المقاول في الدفع بعدم التنفيذ

وقررت أن عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل يعد إخلالا جسيما من جانب الإدارة بواجباتها، بل وقررت المحكمة أن هذا الإخلال من جانب الإدارة لالتزاماتها يستوجب فسخ العقد واستحقاق المتعاقد معها تعويضا عما أصابه من ضرر .

وقد جاء في هذا الحكم أنه: "متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعي له، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ، فمن ثم فإنه إذا لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، وأنها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك".

الفرع الخامس

حالة عجز المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ أو التنفيذ في الوقت المحدد بسبب تقصير

الإدارة

تعتبر هاتين الحالتين من الحالات الرئيسية للخروج عن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وأكثرها شيوعا، فغالبا ما يؤدي إخلال الإدارة بالتزاماتها إلى إرهاب المتعاقد وعجزه عن الاستمرار في التنفيذ أو التنفيذ في الموعد المحدد، وسنبين هاتين الحالتين على النحو الآتي:

أولا: عجز المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ بسبب تقصير الإدارة

إن التطبيق الغالب لهذه الحالة هو عدم صرف الإدارة مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر خاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر على مركزه المالي وعلى إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ لكون عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد وبغيرها يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ الأعمال موضوع العقد.

أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه الحالة في حكمها الصادر بتاريخ 1997/05/06⁽¹⁾ أنه: "...وحيث أنه يكون ثابتا 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 تمويل مستحقاته عن أعمال تمت، ومن المعلوم أن عنصر

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4483 لسنة 41 ق، جلسة 1997/05/06. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 258 و 259.

التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد، وبغيره يتعذر على المقاول المتعاقد 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 أنه مما تقدم آثار الطاعن من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق العام 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 التمويل فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق، وهذه أمور تختلف اختلافا جوهريا عن إخلال الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر، وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانية الاستمرار في التنفيذ، فيجب على جهة الإدارة وفقا للعقد تنفيذه بحسن نية ووفقا لما استقر عليه العمل في تنفيذ العقود أن تقوم جهة الإدارة بسداد مستحقات المقاول أولا بأول حسب تقدم الأعمال وتنفيذها، ولا يمنع عن سداد ما تم من أعمال بدون مبرر؛ لأن من شأن ذلك وقف مصدر تمويل التنفيذ وبسببه يتعثر المقاول في استكمال تنفيذ الأعمال. كما هو الحال في النزاع محل الطعن وخاصة على ضوء ضخامة تلك المستحقات والتي بلغت حسب تقارير الخبراء 373.898 جنية، وهي مبالغ من شأن عدم صرفها أن يجعل المقاول في موقف يتعذر معه الاستمرار في التنفيذ واستكمال الأعمال فتوقف التمويل اللازم لإنجاز الأعمال يؤدي حتما إلى تعثر المقاول وتوقف التنفيذ، وإذا تقاعست الإدارة وأهملت تنفيذ التزام جوهري في العقد بعدم سداد مستحقات المقاول عما تم من أعمال بلغت مبلغا كبيرا، فإن توقف المقاول عن التنفيذ واستكمال الأعمال إنما يرجع إلى خطأ وإنما خطأ الإدارة هو السبب الجوهري في توقف الأعمال وتأخرها، بالإضافة إلى تأخر تسليم الرسومات الهندسية التي لا يتم التنفيذ إلا بها ولا يصلح ذلك سببا لسحب الأعمال من المقاول".

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا أيضا في هذا الصدد حكمها الصادر في 1997/06/24 والذي جاء فيه: "ومن حيث أن الثابت من تقرير لجنة الخبراء المودع بالطعن وكتاب مديرية الإسكان والمرافق بمحافظة المنوفية المؤرخ في 1996/09/15 والموجه إلى مكتب خبراء وزارة العدل بطنطا أن الهيئة العامة لتعاونيات البناء لم تقدم للمقاول المطعون ضده في (الطعن رقم 4697 لسنة 39ق) والطاعن في (الطعن رقم 4717 لسنة 39ق) تصاريح مواد البناء اللازمة لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، كما وأنها تأخرت في تقديم الرسومات الهندسية اللازمة لتغيير استخدامات الدور الأرضي للعمارات من وحدات سكنية فضلا عن عدم صرف المبالغ المستحقة للمقاول والتي بلغت وقت توقفه عن مباشرة الأعمال مبلغ 1645300.300 جنية، وأنها المتسببة في تأخير موعد استلام 13 عمارة بسبب عدم إيفاد مندوب عنها لاستلام تلك العمارات ومن ثم فإن تلك الهيئة تكون قد أخلت بالتزاماتها التعاقدية، الأمر الذي تعذر معه على المقاول استكمال

الأعمال لعدم توافر مواد البناء والرسومات الهندسية اللازمة لتنفيذ تلك الأعمال، فضلا عن عدم توفير التمويل اللازم بسبب توقفها عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت ومن المعلوم أن عنصر التمويل هو عنصر أساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد، وبغيرها يتعذر على المقاول تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال، وخاصة إذا كانت تلك المبالغ كبيرة مما تؤثر على مركزه المالي وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال، هذا فضلا عن امتناع الإدارة عن سداد تلك المبالغ قد صاحبه تراخي الإدارة في صرف مواد البناء اللازمة لمباشرة العمل وتقديم الرسومات الهندسية لبعض تلك الأعمال، الأمر الذي يبرر للمقاول التوقف عن العمل دون ما وجه للاحتجاج مما استقرت عليه أحكام تلك 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 قبله، ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل، ذلك لأنه ولئن كان هذا هو الأصل العام الذي يحكم تنفيذ العقود الإدارية إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا وغير مقيد، ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون أن يصيبه ضرر جسيم، بحيث إذا تقاعست الإدارة عن توفير كميات كثيرة من مواد البناء بحيث لا يستطيع معها المقاول تدبير تلك الكميات من السوق إلا بأضرار جسيمة، أو إذا تقاعست الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر وكانت تلك المبالغ قد وصلت إلى مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانية الاستمرار في التنفيذ، فإنه لا يجوز إعمال المبدأ المشار إليه، ويكون للمقاول والحالة هذه التمسك بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى تنهض الإدارة لتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد تطبيقا لمبدأ حسن النية الواجب مراعاته في تنفيذ العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، وتقوم بسداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي تم تنفيذها، ولا تمتنع عن سدادها بغير مبرر، لأن من شأن ذلك وقف مصدر تمويل التنفيذ، وبسببه يتعثر المقاول في استكمال تنفيذ الأعمال، كما هو الحال في النزاع محل الطعن وخاصة على ضوء ضخامة تلك المستحقات التي بلغت حسبما جاء بتقرير لجنة الخبراء... وهي مبالغ من شأن عدم صرفها أن تجعل المقاول في موقف يتعذر معه الاستمرار في تنفيذ الأعمال خاصة وأنه قد ارتبط بهذا الإخلال من جانب الهيئة تراخيها في صرف مواد البناء طبقا لما هو متفق عليه، فإن توقف المقاول عن التنفيذ واستكمال الأعمال حسبما سلف إنما يرجع لخطأ الإدارة بعدم صرف مواد البناء ومستحقات المقاول، وبالتالي فإن هذا المقاول لا يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مجازاته بأحد الجزاءات المقررة بالنسبة للعقود الإدارية، وإنما يرجع توقف الأعمال إلى خطأ الإدارة، ومن ثم فإنه ما كان يجوز للهيئة العامة لتعاونيات البناء سحب الأعمال من المقاول المطعون ضده في (الطعن رقم 4697 لسنة 39ق) والطاعن في (الطعن رقم 4717 لسنة 39ق)، الأمر الذي يعتبر معه هذا القرار قد صدر على خلاف صحيح القانون، ويكون الحكم المطعون عليه وقد ذهب غير هذا المذهب مخالفا للقانون جديرا بالإلغاء في هذا الشأن.

ومن حيث أنه وقد ثبت مما سلف أن تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها عن التنفيذ إنما يرجع إلى خطأ الإدارة فإنه لا يكون هناك محل لتوقيع غرامة تأخير على هذا المقاول، هذا فضلا عن أن المحكمة وقد انتهت إلى عدم مشروعية قرار الهيئة العامة لتعاونيات البناء بتنفيذ الأعمال المتبقية على حساب المقاول جاء على خلاف القانون، فإنه لا يجوز تحميله بفروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ تلك الأعمال عن طريق جهة أخرى، فضلا عن عدم جواز تحميله بمصروفات إدارية بحسبان أن مناط إلزام المتعاقد بتلك المصروفات أن تكون الإدارة قد نفذت الأعمال على حساب المتعاقد المقصر طبقا لصحيح القانون، كما أنه لما سبق لا يكون احتجاز الهيئة العامة لتعاونيات البناء على الآلات والمعدات والتشوينات الخاصة بالمقاول له سند في الواقع والقانون⁽¹⁾.

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 2000/03/14⁽²⁾ أنه: "ومن حيث أنه عن الوجه الثاني من أوجه الطعن والمتعلق بمخالفة الحكم المطعون فيه 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، لما كان ذلك، وكان الثابت أن الجهة الإدارية عجزت عن تدبير المبالغ المالية اللازمة لاستكمالها خلال السنوات 1988، 1989، 1990. كما عجزت عن سداد مستحقات المقاول، واستبان للمحافظة أن المشروع مدين للغير بمبلغ مليونين من الجنيهات ويعرض الأمر على سكرتير عام المحافظة بالمذكرة المؤرخة في 1990/07/23 طلبت الجهة المتعاقدة إنهاء العقد مع مقاول المشروع وعمل مستخلص ختامي لما قام به من أعمال، ومن ثم فإن توقف المقاول المطعون ضده عن التنفيذ في هذه الحالة يكون متققا مع اتجاه الإدارة ويكون له ما يبرره، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى إنهاء العقد المبرم بين الطرفين في 1987/04/18 مع ما يترتب على ذلك من آثار، فإنه

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم "4697، 4717"، لسنة 39 ق، جلسة 1997/06/24. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص251.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 291 لسنة 43ق، جلسة 2000/03/14. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص286.

يكون قد صادف صحيح حكم القانون، ويصبح الطعن المائل في هذا الوجه غير قائم على سند صحيح من القانون".

وأكدت المحكمة قضائها السابق، في العديد من الأحكام الحديثة منها حكمها الصادر بتاريخ 2004/11/30⁽¹⁾.

وتتلخص وقائع النزاع الذي صدر فيه الحكم في أن معهد بحوث الأراضي والمياه التابع لمركز البحوث الزراعية، قد تعاقد مع شركة النصر لصناعة المراجل البخارية وأوعية الضغط بتاريخ 1988/06/09 على تصنيع وتوريد عدد 2 تنك نشادر و2 نصف مقطورة 289231.900 جنيها، ومدة التنفيذ أحد عشر شهرا من تاريخ التعاقد واستلام الدفعة المقدمة، وتمتد المدة إلى مدة مساوية لمدة التأخير من قبل معهد بحوث الأراضي، وإذا كانت هناك مشاكل أو عقبات يلتزم المعهد بحلها، وقد تم صرف 85 من قيمة العقد بشيك في يونيه 1988، على أن يتم سداد النسبة الباقية وهي 15% بمبلغ 43384.790 جنيها بمجرد حلول شهر أغسطس 1988، إلا أن المعهد لم يصرف هذا المبلغ في ميعاده فتوقفت الشركة عن التنفيذ، حيث لم يتم التسليم إلا في 1991/03/18، فقام المعهد بتوقيع غرامة تأخير على الشركة، فأقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري للمطالبة بإعائها من غرامة التأخير، وقضت المحكمة برفض الدعوى، فطعنَت الشركة على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا فأصدرت حكمها بتاريخ 2004/11/30 برفض الطعن استنادا إلى أن النسبة التي تراخى المعهد في سدادها ليس من شأنها أن تحول بين الشركة المتعاقدة وبين الاستمرار في تنفيذ التزاماتها وتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد المتفق عليه⁽²⁾.

كما جاء في حكمها أنه: "وإن كان الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله، ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا، إذ لا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يمكن فيها للمتعاقد مع الإدارة تدليل هذه الإجراءات الإدارية وتجاوزها والاستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه، أما إذا كان إخلال الإدارة بالتزام جوهرى يقع على عاتقها تنفيذه حتى يستطيع المتعاقد معها الاستمرار في التنفيذ ومع ذلك تقاعست عن القيام به، فلا وجه للتمسك بالأصل المشار إليه.

كما لو لم تقم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الرسومات الهندسية التي يتم التنفيذ استنادا إليها، أو توقفت عن سداد مستحقاته المالية باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية محل التعاقد لا سيما إذا كانت هذه المستحقات بمبالغ كبيرة، ففي مثل هذه الأحوال يكون من حق المتعاقد مع الإدارة التوقف عن تنفيذ التزاماته حتى توفى الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وحين ذلك لا يجوز لها أن توقع عليه غرامة تأخير باعتبار أن خطأها هو السبب الجوهرى في توقف الأعمال أو تأخيرها عن الميعاد المتفق عليه، ولا شك أن كل ذلك

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 10572 لسنة 47 ق، جلسة 2004/11/30.

⁽²⁾ الدعوى رقم 5600 لسنة 52 ق.

من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير المحكمة في ضوء ما يثبت لها من واقع الأوراق وظروف كل نزاع على حده. ولما كان الثابت من الأوراق حسبما سلف البيان أن الجهة الإدارية صرفت للشركة 85 من قيمة العقد قبل أن تبدأ في التوريد ولم يتبق لها سوى 15% من هذه القيمة، فإن هذا المبلغ ليس من شأنه أن يحول بينها وبين الاستمرار في التنفيذ وتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد المتفق عليه يمثل نسبة بسيطة من قيمة العقد كان بإمكانها التوريد ثم الحصول عليها، وبالتالي لم يكن لها حق في مد مدة التوريد ثانية بعد تعديلها تبعا لتعديل المواصفات الفنية للتكئين المشار إليهما، وعلى ذلك فإن توريدها للأصناف المتعاقد عليها بعد الميعاد الذي تم الاتفاق عليه وارتضته يبرر توقيع غرامة التأخير عليها على النحو سالف البيان وخصم قيمتها من مستحقاتها، ويتعين لذلك الالتفاف عن هذا الدفاع".

ثانيا: عجز المتعاقد عن التنفيذ في الوقت المحدد بسبب تقصير الإدارة

قد ينص العقد على ميعاد محدد يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزامه خلاله، فإذا أدى تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها إلى عجز هذا المتعاقد عن تنفيذ التزامه المحدد بالعقد، كان له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، بل إن مجلس الدولة في أحكامه وفتاويه جعل لجهة الإدارة -في حالة تجاوز توقف الأعمال الحد المعقول بسبب إخلالها بالتزامها- أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ، وذلك حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته، وقد أشارت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى المعاني السابقة في فتواها الصادرة بتاريخ 1993/07/08 التي جاء فيها: "استبان للجمعية العمومية أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي أصلت الأصل المقرر في العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخي في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة، هذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لالتزاماته يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد، ويكون لها في هذه الحالة إذا ما جاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم توفر الاعتماد المالي -على مثل الحالة المعروضة- أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقد، وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعيق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته، وليس في ذلك ما يخالف النظام

العام، إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعاً، تتأبى وتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداء التزاماتها المقابلة⁽¹⁾.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذات المعاني في حكمها الصادر بتاريخ 1999/02/09 مرددة نفس العبارات بل نفس الألفاظ التي وردت بفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع السالفة الذكر، حيث جاء بهذا الحكم أنه: "ومن حيث أنه إذا كان لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا ما 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 استطلت مدة التأخير في صرف المقابل بسبب عدم توفر 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 أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعاً، تتأبى وتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداء التزاماتها المقابلة وذلك متى قدرت الجهة الإدارية خروجاً على الأصل المتقدم، أن عدم تنفيذها لالتزاماتها على النحو المتقدم قد أعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد".

ولابد من الإشارة إلى أنه مع تطور الحياة الاقتصادية وارتفاع قيمة العقود الإدارية في بعض الأعمال إلى مبالغ كبيرة قد يعجز عنها الأفراد والشركات على حد سواء، وفي ضوء تكرار عدم قيام الإدارة بصرف مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي قام بتنفيذها أو تأخرها في ذلك دون مبرر مما يؤثر على مركزه المالي وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ، وهو ما يدفعه في النهاية إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وما يترتب ذلك من تعطيل سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

فقد سعى المشرع المصري للتدخل بإصداره القانون رقم 5 لسنة 2005 بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، والذي عدل المادة 22 مكرر (1) وبمقتضاها تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم المستخلص لها، فتلتزم خلالها بمراجعتة والوفاء بقيمة ما تم اعتماده، وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضاً يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير، وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي.

⁽¹⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في 1993/07/08، ملف رقم 26/02/78، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، السنتان السابعة والأربعون والثامنة والأربعون، من أول أكتوبر 1992 إلى آخر سبتمبر 1994، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999، ص 370 و 371.

كما أصدر المشرع المصري القانون رقم 191 لسنة 2008 بتعديل القانون رقم 89 لسنة 1998 والذي عدل المادة 22 مكرر (1) والتي بمقتضاه تلتزم الجهة المتعاقدة في العقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر بتعديل قيمة العقد كل ثلاثة أشهر تعاقدية، وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقا لمعدلات يحددها المقاول في عطاءه ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية للقانون معدلات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة.

ونص المشرع المصري -بعد الغاء قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998- في المادة 47 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بتاريخ 2018/10/03 على أن: "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 الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء، ويكون هذا التعديل ملزما لطرفي التعاقد ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك.

وعلى الجهة الإدارية تحديد البنود المتغيرة أو مكوناتها بكراسة الشروط والمواصفات وفقا للقائمة التي تصدرها وزارة الإسكان، على أن يضع المقاول معاملاتها في الطرف الفني ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والإجراءات المتبعة في هذا الشأن ومعادلة تغيير الأسعار واشترطات تطبيقها".

ولا شك أن هذا التطور التشريعي رفع حملا ثقيلًا من على عاتق المقاول في ظل الزيادة الكبيرة والمتتالية في أسعار مواد البناء، حيث أصبح مبدأ ثبات الثمن مخالفا للعدالة، ومن شأنه الإخلال باقتصاديات العقد، ويهدد بالتالي مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ويعد هذا التعديل التشريعي بمثابة تجاوب من المشرع مع ما اتجهت إليه أحكام مجلس الدولة المطردة والتي أقرت للمتعاقد مع الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها الأساسية، ومن أهمها بالطبع الالتزامات المالية حيث يهدف ذلك التعديل إلى ضمان وفاء الإدارة بتلك الالتزامات، بل ومراجعة الأسعار كل ثلاثة أشهر، وأبطل كل اتفاق على خلاف ذلك والهدف النهائي من ذلك هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

(1) سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 92.

وقد سبق لقضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري قبل التدخل التشريعي السالف الذكر أن أعطى لجهة الإدارة في حالة توقف الأعمال عن الحد المعقول نتيجة إخلالها بالتزامها أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ، وذلك حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته⁽¹⁾. ومن التطبيقات القضائية لمجلس الدولة المصري في هذا الخصوص حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1999/02/09 والذي جاء فيه "ومن حيث أنه كان ولئن كان لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتعاس 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 استطلت 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 أصلا، 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 أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تتأبى وتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداء التزاماتها المقابلة، وذلك متى قدرت الجهة الإدارية خروجها على الأصل المتقدم أن عدم تنفيذها لالتزاماتها على النحو المتقدم قد أعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد.

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ذات المبدأ الذي قرره المحكمة العليا في حكمها السابق، ومن ذلك فتاها الصادرة بتاريخ 2000/10/20⁽²⁾.

ووجه الاختلاف بين القضاء والإفتاء السابق، وبين التعديل التشريعي لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 رقمي 5 لسنة 2005 و 191 لسنة 2008 السالف الإشارة إليهما، أن المشرع قد قرر مراجعة أسعار العقود التي تزيد مدة تنفيذها عن ستة أشهر، وذلك دون إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها بينما القضاء والإفتاء السابق يعالج حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها على نحو يعوق المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد.

وأخيرا بعد عرض تطبيقات القضائين الإداريين المصري والفرنسي للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية لا بد أن ننوه إلى أن القضاء الإداري الجزائري لم يحذو حذوهم، إذ لم نجد له أي قرارات تتعلق بإقرار تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، وإنما وجدنا قرارا لمجلس الدولة الجزائري رقم

⁽¹⁾ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 306 و 307.

⁽²⁾ فتوى رقم 593 في 2000/10/20، جلسة 2000/9/13، ملف رقم 72/2/50، مجموعة المكتب الفني السنة 54، ص 44. الفتوى رقم 541 في 1993/07/08، جلسة 1993/05/16، ملف رقم 26/2/78، مجموعة المكتب الفني السنة 47، 48، ص 370 و 371.

10062 في قضية السيد (ب-خ) ضد بلدية الرحوية الصادر بتاريخ 2003/06/17⁽¹⁾، وقد تمسك المتعاقد مع الإدارة وهو السيد (ب-خ) بالدفع بعدم التنفيذ، ولكن مجلس الدولة الجزائري لم يصرح برفض هذا التمسك ولم يعلق على ذلك أصلا، وإنما فصل في النزاع مباشرة حيث أيد القرار المستأنف فيه.

وتتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 1998/04/12 تمت المزايدة على حقوق استغلال السوق ورسا العرض عليه في الفترة بين 1998/04/15 و 2000/04/04 بمبلغ 1.800.000.00 دج، وقد رخصت بلدية الرحوي للسيد (ب-خ) شفوياً بالإيواء عشية السوق الأسبوعي في غرفة شاغرة بالحظيرة التابعة للبلدية لتفادي الأخطار الناجمة عن التنقل بين واد رهيو والرحوية بسبب الظروف الأمنية، وسدد السيد (ب-خ) للقباض البلدي بالرحوية مبلغ 300.000.00 دج كضمان وياشر في قبض الحقوق كل أسبوع ابتداء من 1998/04/15 إلى 1998/07/17 وبتاريخ 1998/07/18 وجهت له بلدية الرحوية رسالة يطلب منه إخلاء الغرفة الواقعة بحظيرة البلدية.

وبتاريخ 1998/08/11 وجهت له رسالة أخرى لمنعه من قبض حقوق المذبج البلدي، وبالإضافة إلى هذا قررت السلطات المحلية غلق السوق الأسبوعي الرحوية لأسباب أمنية من تاريخ 1998/10/27 إلى غاية 1998/02/23 فحرم المدعي من حقوق القبض خلال ثلاثة عشر أسبوعاً.

وأمام هذه المعطيات وجه السيد (ب-خ) لبلدية الرحوية رسالة بتاريخ 1998/11/28 يطلب فيها فسخ العقد المبرم بين الطرفين إلا أن رئيس البلدية أجابه بتاريخ 1998/12/13 بأن السوق قد أعيد فتحها بعد استيفاء الشروط المطلوبة، فعاد السيد (ب-خ) من جديد إلى بلدية الرحوية، لكنه لاحظ أن ظروف العمل لم تتغير وأكثر من ذلك قد حرم من حقوق القبض الخاصة بسيارات الأجرة المتوقفة بالبلدية وعلى المقاهي التي تقام كل أسبوع بالسوق الأسبوعي وعلى أصحاب المطاعم وبتاريخ 1998/04/24 بلغته بلدية الرحوية بأنه نظراً للمشاكل المطروحة التي حالت دون تسوية جدية في تنظيم السوق وعدم دفع مستحقات البلدية منذ شهر أكتوبر 1998، فإنه تم فسخ العقد الذي يربط بين الطرفين.

وقد رافع السيد (ب-خ) البلدية طالبا استرجاع مبلغ الضمان المقدر بـ 300.000.00 دج مع تعويض 500.000.000 دج عن الأضرار اللاحقة من جراء فسخ العقد من جانب واحد وصدر القرار المستأنف.

وقد برر السيد (ب-خ) الاستئناف بأن قضاة الدرجة الأولى اعتمدوا على المادة 31 من دفتر الشروط التي توجب على المستأجر دفع المستحقات في أوانها مهما كانت طبيعة النزاع الناشب بين الطرفين وعلى المادة 10 من نفس الدفتر التي تسمح للإدارة بحجز مبلغ الضمان للتعويض عن عدم دفع المستحقات في حين أن المجلس لم يراع ما جاء في المادة 26 من دفتر الشروط التي تلزم الإدارة بضمان قبض الحقوق للمزايدة وتوفير المساعدة له في حالة امتناع التجار عن تسديد تلك الحقوق وأن المستأنف عليه امتنع عن

⁽¹⁾ موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، المرجع السابق.

تقديم أية مساعدة للمستأنف من أجل قبض الحقوق من التجار في ظروف ملائمة رغم الاحتجاجات المقدمة لمسييري البلدية.

كما قررت الإدارة غلق السوق لمدة ثلاثة عشر أسبوعاً دون إشعار.

وأن امتناعه عن دفع بعض المستحقات المالية تبرره القاعدة القانونية العامة في العقود الملزمة للجانبين التي تجعل لكل من المتعاقدين الحق في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حسب المادة 123 من القانون المدني.

وقد طلب السيد (ب-خ) قبول استئنافه شكلاً وموضوعاً وإلغاء القرار محل الاستئناف والتصدي من جديد بإلزام بلدية الرحوية بإرجاع مبلغ الضمان المقدر بـ 300.000.00 دج للسيد (ب-خ) مع تعويض قدره 500.000.00 دج مقابل الفسخ التعسفي للعقد المبرم بين الطرفين.

قد أجابت بلدية الرحوية أن السيد (ب-خ) توقف عن تسديد حق الإيجار الشهري المقدر بـ 150.000.00 ابتداءً من 1998/11/1 إلى غاية 1999/4/5 وأن المادة 10 من دفتر الشروط تنص على سحب الضمان كتعويض عن عدم دفع المستحقات وكعقوبة على التأخير في الدفع.

وأن السيد (ب-خ) هو الذي طلب فسخ العقد وأصر على ذلك، وأنه لم يتوقف في قبض الحقوق ما عدا 13 أسبوعاً التي غلق فيها السوق لأسباب أمنية، وأن السيد (ب-خ) توقف عن دفع المستحقات لمدة 22 أسبوعاً ابتداءً من 1998/11/1 التي تقدر بـ 825.000.00 دج، وأنها قد استدعت السيد (ب-خ) وطلبت منه تسديد المبلغ الباقي في ذمته والمقدر بمبلغ المستحقات الواجب على المستأنف دفعها ناقص مبلغ التعويض عن مدة غلق السوق رغم أن المادة 26 من دفتر الشروط تنص على غير ذلك. وطلبت بلدية الرحوية تأييد القرار المستأنف.

الفصل الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية

تعتبر العقود الإدارية الدولية -شأنها شأن العقود الإدارية الداخلية- وسيلة قانونية تلجأ إليها الإدارة لإشباع حاجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

وتثير العقود الإدارية الدولية العديد من المشاكل ذات الصعوبة البالغة، هذه الصعوبات منها ما ينجم عن طبيعة هذه العقود التي تجمع بين الصفة الإدارية والصفة الدولية مما يجعلها عقوداً ذات طبيعة مزدوجة أو مختلطة.

ومن هذه الصعوبات أيضاً ما ينجم عن عدم تكافؤ أطراف العقود الإدارية الدولية، وهو نوعان أولهما عدم تكافؤ في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود والتي تبرم بين طرفين غير متكافئين هما جهة الإدارة والطرف الأجنبي، فجهة الإدارة تتمتع كشخص من أشخاص القانون العام بسلطات سيادية استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد الأجنبي معها والذي يعد من أشخاص القانون الخاص، هذه السلطات تتمثل في الرقابة على تنفيذ الطرف الأجنبي لالتزاماته، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد الأجنبي في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته، والحق في تعديل العقد وإنهائه بالإرادة المنفردة مالم يتضمن العقد نصاً على خلاف ذلك كشروط الثبات (شرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد أو عدم المساس بالعقد).

وثانيهما عدم تكافؤ في المراكز الاقتصادية، فجهة الإدارة تتمتع بسلطات سيادية استثنائية لا يتمتع بها الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلا أنها في كثير من الأحيان تكون في مركز أضعف بكثير من المركز الذي تتمتع به الشركات العملاقة العابرة للدول، والتي تبلغ ميزانيات بعضها ميزانيات الدول النامية مجتمعة⁽¹⁾.

كذلك من هذه الصعوبات ما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقود الإدارية الدولية، فقد يخل أحد طرفي هذه العقود بالتزاماته وخصوصاً جهة الإدارة، وذلك بأن تسيء استخدام سلطتها في تعديل العقد أو سلطتها في إنهائه بإرادتها المنفردة، وفي هذه الحالة يتحصن المتعاقد الأجنبي معها بشروط الثبات التي تتضمنها عادة هذه العقود، ويتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الذي من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة للدولة المتعاقدة وسير مراقبها العامة بانتظام واطراد. ولعل ذلك ما جعل قضاء التحكيم متأرجحاً بين إقرار تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية في بعض أحكامه، ورفض تطبيقه في نطاق هذه العقود في أحكام أخرى.

سنتناول تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية من خلال ثلاث مباحث، نحدد في المبحث الأول طبيعة العقد الإداري الدولي، ونبين في المبحث الثاني أثر شرط التحكيم وشروط الثبات على مركز جهة الإدارة في العقد الإداري الدولي، ونعرض في المبحث الثالث موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية.

⁽¹⁾ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 57.

المبحث الأول

طبيعة العقد الإداري الدولي

يتسم العقد الإداري الدولي بخصائص معينة تجعل من الصعوبة تحديد طبيعته القانونية على هدى من الأفكار الأصولية التقليدية للعقد الإداري⁽¹⁾ في النظام القانوني الفرنسي والمصري والجزائري، وقد نتجت هذه الصعوبة من ما يتضمنه هذا العقد من شروط جعلت من العسير إدراجه ضمن العقود الإدارية كما ترسمها النظرية التقليدية للعقد الإداري، وهذه الشروط هي شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي و شرط ثبات العقد (عدم المساس بالعقد). وسنتناول طبيعة العقد الإداري الدولي من خلال عرض تعريف العقد الإداري الدولي وصوره، و تحديد معيار تمييزه، ثم بيان شرط التحكيم وشروط الثبات من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري الدولي وصوره

إن فكرة العقد الإداري الدولي كفكرة حديثة العهد دفعت الفقه الى محاولة البحث عن مفهوم موحد لهذا العقد، والمسألة لم تكن بهذه السهولة نظرا لأن صور العقد الإداري الدولي متنوعة تجعل من عملية البحث عن تعريف جامع مانع له أمرا في غاية الصعوبة، وسنحاول الوقوف على تعريف العقد الإداري الدولي وصوره من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف العقد الإداري الدولي

تعد العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات التعاقدية الدولية لذلك اهتم الفقهاء بهذا النوع من العقود واختلفت تعريفاتهم له، حيث عرفه الأستاذ **Jean Pierre Regli** بأنه: "عقد طويل المدة طرفاه الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة"⁽²⁾. وعرفه جانب من الفقه بأنه: "عقد يبرم بين دولة نامية من ناحية أو من يعمل لحسابها، ومشروع خاص أجنبي من ناحية أخرى يكون موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل"⁽³⁾.

⁽¹⁾ محمد عبد المجيد اسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدول، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص51.

⁽²⁾ Jean Pierre Regli, Contrat d'état et arbitrage entre états et personnes privés, Genève, 1983, p8.

⁽³⁾ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر القاهرة، 1991، ص22.

كما عرفه جانب آخر بأنه: "العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي، بغرض إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها"⁽¹⁾.

وعرفه البعض بأنه "العقد الذي تبرمه الدولة أو الأجهزة القانونية التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والذي يتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد"⁽²⁾.

بينما عرفه البعض الآخر بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، ومستخدماً وسائل القانون العام، وتتصل عناصره بأكثر من دولة واحدة، ويحكمه القانون الداخلي، بغض النظر عن الظروف المحيطة به، ومن حيث أنه تم إبرامه أو تنفيذه في دولة أخرى، إلا تلك القواعد المتصلة بالنظام العام في الدولة التي يتم تنفيذ العقد فيها، كالقواعد التي تنظم مسائل اكتساب الملكية العقارية، والحصول على التراخيص، والقواعد الخاصة بالعمل"⁽³⁾.

وعرفه آخرون بأنه: "عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو شخص معنوي عام وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري بغرض انتقال القيم الاقتصادية والمالية عبر الحدود وبهدف إقامة منشآت لها طابع الدوام -مرفق عام- أو استغلال الثروات الطبيعية للدولة لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽⁴⁾.

وعرفه البعض بأنه: "العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه أو أعمال تنفيذه أو مكان وجود محله يهم أكثر من نظام قانوني، ويفهم من هذا التعريف أن العقد لا يعد دولياً إلا إذا تعلق بمعاملة دولية، يتطلب البضائع، أو أموال أو خدمات بين دول مختلفة ولا يعد العقد دولياً لمجرد اختلاف جنسية أطرافه أو مواطنهم إذا لم يوجد مثل هذا التبادل"⁽⁵⁾.

كذلك عرفه البعض الآخر بأنه: "عقد يبرم بين جهة الإدارة من ناحية وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من ناحية أخرى، ويهدف إلى انتقال القيم الاقتصادية والمالية عبر الحدود بهدف إقامة منشآت لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة في إحدى المرافق العامة، ويتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ محمد عبد العزيز بكر، العقد الإداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000، ص 56.

⁽²⁾ عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 10.

⁽³⁾ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 8.

⁽⁴⁾ محمد طه سيد أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء النظام القانوني المصري والفرنسي والكويتي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 38.

⁽⁵⁾ خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا عام 1980، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 12.

⁽⁶⁾ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 61.

كما عرف آخرون العقود الدولية الإدارية بأنها: "العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من امتيازات السلطة العامة تحقيقاً لمرفق العام، فهي لهذه الجهة من العقود الإدارية. ولكن في المقابل إن هذه العقود تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهي لهذه الجهة من العقود الدولية، فالعقود الإدارية إذن هي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام واجتمع فيها خاصتان، أولهما اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كسواء الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من الخارج للوزم والأعددة والعقود البترولية. وثانيهما تضمن هذه العقود بنوداً خارقة، كما تحقق الدولة أو أشخاص القانون العام من خلالها تنفيذ المرفق العام"⁽¹⁾.

وعرفها البعض أيضاً بأنها: "عقود تجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيها شخصاً معنوياً عاماً، ويتعلق بمرفق عام، وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة إلى العقود المدنية، وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة"⁽²⁾.

ومن جانبنا نرى أن أية محاولة لتعريف العقد الإداري الدولي سوف تفتح باب الجدل لأنه يتعذر الوصول إلى تعريف ينطبق على كافة العقود الإدارية الدولية بجميع أنواعها، فضلاً عن أن وضع تعريف عام موحد لها قد يكون غير مفيد نظراً لخصوصية بعض أنواع هذه العقود، إضافة إلى غموض بعض التعريفات المقترحة، لذلك نرى أن تحديد مفهوم العقد الإداري لن يتأتى إلا بعد بيان وتوضيح معايير تمييزه.

الفرع الثاني

صور العقد الإداري الدولي

تتعدد النماذج القانونية للعقود الإدارية الدولية، فهي عقود تتطور بسرعة، ومنها عقود التكنولوجيا وعقود الهندسة والمشورة، وعقود توريد المصنوعات المختلفة، وعقد المشاركة، وعقد المشروع المشترك وعقد مقولة البترول وعقد تسليم المفتاح. ولن نبحت كافة الأشكال القانونية للعقود الإدارية الدولية، وإنما سنكتفي بعرض نوعين اثنين من العقود الإدارية الدولية فقط حازا اهتمام الفقه، وإن بنسب متفاوتة وهما عقد الأشغال العمومية الدولي وعقد البترول الذي يعتبر من أبرز العقود الإدارية الدولية، وستناول هذين العقدين على النحو الآتي:

أولاً: عقد الأشغال العمومية الدولي:

يعتبر هذا العقد من العقود الإدارية الدولية و يعرف بأنه توافق إرادتين جهة الإدارة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام وتحقيقاً لمصلحة عامة

⁽¹⁾ سامي منصور، جواز التحكيم في عقود الإدارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 21، بيروت، 2002، ص 11.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 47.

على نحو معين ولقاء ثمن معين. ويبرز هذا التعريف خصائص وسمات عقد الأشغال الدولي⁽¹⁾ - إضافة إلى الصفة الدولية⁽²⁾ - وسنبين هذه الخصائص على النحو الآتي:

1- أن يكون محل عقد الأشغال عقارا:

لكي يوصف عقد ما بأنه عقد أشغال عامة لا بد أن يكون محل هذا العقد عقارا وليس منقولاً كإنشاء قناطر أو سد أو بناء كوبري أو مطار أو مترو أنفاق و خلافه مما يرد على العقار من أعمال انشائية. ويستوي أن ترد الأشغال العامة على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء. أما إذا كان موضوع العقد من المنقولات فلا يمكن اعتبار العقد من عقود الأشغال العامة، وإن أمكن اعتباره عقدا اداريا تحت مسمى آخر.

2- أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة:

اقتصرت فكرة عقد الأشغال العامة في البداية على فكرة الدومين العام فكانت عقوداً للأشغال العامة تلك العقود التي يكون محلها عقارات تدخل في الدومين العام بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد ادريا. إلا أن هذه الفكرة عدلت عنها محاكم التنازع الفرنسية وعللت ذلك باستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة، فالأعمال التي ينفذها شخص عام تكتسب الصفة العامة إذا ما تمت على عقارات لحساب شخص خاص من أجل تنفيذ مهمة المرفق العام.

كذلك تستقل فكرة الأشغال العامة عن المرفق العام، فمجلس الدولة الفرنسي في عام 1921 اعتبر مرفق العبادة مرفقا عاما منذ صدور قانون 1905/12/09 الخاص بفصل الكنيسة عن الدولة إلا أن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة (وهي ليست مرفقا عاما) لحساب شخص عام ومن أجل النفع العام تعتبر من الأشغال العامة، مما يبين معه أهمية فكرة النفع العام في إضفاء وصف الأشغال العامة.

3- أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام:

يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ولو كان العقار خاصا لكي نسبغ الصفة العامة على عقد الأشغال، ويكون العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام، في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع الدعوى أو كان مآل العقار إلى الشخص العام بعد مدة معينة.

وقد أقر القضاء الفرنسي الصفة العامة لعقود الأشغال التي أبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة. فقد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود، ومع ذلك يعتبر العقد اداريا إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ومصلحة الإدارة.

⁽¹⁾ محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص26.

⁽²⁾ راجع معيار تمييز العقد الإداري الدولي من هذا البحث، ص194.

ثانياً: عقد البترول:

تعتبر عقود البترول⁽¹⁾ من العقود الحديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في مجال المعاملات الداخلية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة، فهذه العقود بالنظر الى كونها بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية لم تظهر الى حيز الوجود إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته، أي منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. ومع ذلك فإنه بانتشار عقود البترول في النصف الأول من القرن الحالي أصبحت هذه العقود محلاً للكثير من الدراسات الفقهية ومجالاً خصباً لإعمال العديد من الأفكار والنظريات التقليدية والحديثة على حد سواء. هذا ويخضع عقد البترول باعتباره عقداً للنظرية العامة للعقود شأنه في ذلك شأن بقية العقود الأخرى، وعلى ذلك يجب لقيام عقد البترول وانعقاده أن تتفق ارادتان أو أكثر على إحداث الأثر القانوني المطلوب. فأساس أي عقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئ العقد وتقيمه كما أنها هي التي تحدد آثاره⁽²⁾. ومع ذلك يلزم لتمام عقد البترول أن يتم التصديق عليه من قبل السلطة التشريعية المختصة في الدولة المتعاقدة.

ففي معظم الدول المنتجة للبترول -خصوصاً في منطقة الشرق الأوسط- تستلزم الأنظمة القانونية البترولية أن يتم التصديق على عقد البترول من قبل السلطة التشريعية وصدور قانون به وذلك نظراً لأهمية الثروة التي يعد العقد وسيلة لاستثمارها، ولكن ذلك ليس معناه انتفاء الطابع التعاقدية عن العقد. وأنه يعتبر بالتصديق عليه بمثابة قانون، إن الاجراء المتمثل في التصديق على العقد من قبل السلطة التشريعية هو نوع من الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية على بعض أعمال السلطة التنفيذية التي تكون ذات أهمية حيوية للمجتمع بأسره.

ويعتبر عقد البترول -بالنظر الى تقسيمات العقود- من العقود الملزمة للجانبين، حيث أنه يرتب حقوقاً والتزامات متبادلة على عاتق كلا الطرفين، كما أنه يعتبر من العقود طويلة المدة وذلك لأن البحث والتنقيب عن البترول وكذلك إنتاجه واستغلاله يستغرق فترات طويلة.

وإلى جانب هذه الخصائص التي يشترك فيها عقد البترول مع غيره من العقود، يتمتع عقد البترول بخصائص ذاتية تميزه عن بقية العقود الأخرى سواء من حيث أطرافه أو المحل الذي يرد عليه. أو من حيث الأشكال المختلفة التي يتخذها أو الحقوق و الالتزامات المتبادلة التي يرتبها على عاتق طرفيه أو من حيث الشروط التي يتضمنها. فمن حيث أطراف عقد البترول فإن هذا العقد غالباً ما يتم إبرامه بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة التابعة لها، وإحدى الشركات الأجنبية العامة في هذا المجال. ومن حيث المحل فإن عقد البترول يتعلق باستخراج واستغلال مورد من الموارد الطبيعية ذات أهمية

⁽¹⁾ أطلق على عقود البترول تسميات عديدة منها اصطلاح الاتفاقيات البترولية. (أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات الدولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1975). كما أطلق عليها اصطلاح عقد الامتياز البترولي. (محمد طلعت الغنيمي، تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، بحث مقدم الى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد 1967).

⁽²⁾ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 40.

حيوية للدولة المالكة والدول المستهلكة على حد سواء. ومن ناحية الأشكال المتنوعة التي تتخذها عقود البترول، فقد تتخذ هذه العقود في بداية الأمر شكل عقد الامتياز ثم ظهرت الى الوجود بعد ذلك أشكال تعاقدية جديدة مثل المشاركة والمقاولة واقتسام الانتاج، ومن ناحية الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقود البترول، فإن هذه العقود ترتب حقوقا ليست تعاقدية محضة مثل الحق في الاستيراد والتصدير مع التمتع بالإعفاءات الجمركية، والحق في التمتع بالإعفاءات الضريبية. وأخيرا تتضمن عقود البترول بعض الشروط غير المألوف إدراجها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة، ومنها ما يسمى بشرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد⁽¹⁾.

المطلب الثاني

معيير تمييز العقد الإداري الدولي

تعددت المحاولات الفقهية لتحديد الصفة الدولية في العقد وهو من أدق الأمور التي واجهها الفقه، لأنه إذا كان العقد داخليا فإنه سوف يخضع للقانون الوطني للدولة المعاقدة، أما إذا كان دوليا فسوف نكون بصدد اجتهادات عديدة حول مدى خضوعه لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني وهو أحد مقتضيات الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود⁽²⁾. وقد انقسم الفقه بشأن المعايير التي تحدد الصفة الدولية للعقد إلى ثلاث أقسام، فذهب جانب إلى تبني المعيار القانوني، وذهب جانب آخر إلى تبني المعيار الاقتصادي، وذهب جانب ثالث إلى تبني المعيار المختلط. وسنتناول من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

المعيار القانوني

استقر الفقه التقليدي الفرنسي على تبني المعيار القانوني الذي مؤداه أن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بعدة أنظمة قانونية، وليس بنظام قانوني واحد⁽³⁾، فقد ذهب الأستاذ **Batiffol** إلى أن العقد يعتبر دوليا إذا ما اتصل هذا الأخير بعدة أنظمة قانونية، وذلك من خلال ملابسات انعقاده أو تنفيذه أو جنسية أطرافه أو محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص17.

⁽²⁾ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص21.

⁽³⁾ SAVATIER, Cours de droit international, 2 éd, Paris, 1953, n°297; NIBOYET, Traité de droit international privé français, Sirey, T.V, 1948, n°1394; Maury, Règles général de conflits de lois, R.C.D.I.Vol.57, n°43; Mayer, Droit international privé, Paris, 1977, n°679; Lalive. (P), Tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I, 1977, II, p16; Kassis. (A), Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Lyon, 1993, p53.

⁽⁴⁾ Batiffol. (HENRI), Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, T1, Contrats et conventions, 1968, n°9, p564.

ويذهب الأستاذان LOUSSOUARN و BREDIN إلى أنه ذلك العقد الذي يتصل بعدة أنظمة قانونية، أي العقد الذي لا ينحصر داخل نظام قانوني واحد⁽¹⁾. كما يرى الأستاذ ALFONSIN كفاية تحقق أي مكون أجنبي من مكونات العقد المعني حتى يكتسب الأخير الصفة الدولية⁽²⁾. وقد تبنى أغلب الفقه المصري أيضا المعيار القانوني⁽³⁾، وقد ظهر خلاف بينهم حول مدى فاعلية وأثر العناصر القانونية للرابطة العقدية على اتسام هذه الرابطة بالطابع الدولي، فقد ذهب جانب من الفقه إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد الطابع الدولي⁽⁴⁾.

أما الدكتور أحمد الشقيري يذهب إلى التفرقة بين العناصر القانونية للعقد والتي قد تنطبق لها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة والمؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة⁽⁵⁾.

وعلى ذلك إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي بال من عناصر العقد، أي لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في الرابطة التعاقدية المطروحة، فإنه لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة. فلا يعقل أن يعد العقد دوليا بمجرد أنه حرر على ورق مصنوع في دولة أجنبية، أو الجنسية الأجنبية للمتعاقد، فهي لا تعد عناصر مؤثرة في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، ومحل إبرام العقد لا يصلح أساسا لإضفاء الطابع الدولي على الرابطة العقدية من حيث الموضوع، نظرا لطابع الصدفة الذي قد يعتريه، أما محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا من حيث الجنسية يعتبران من العناصر المؤثرة.

وعليه، فإن تحديد دولية العقد من عدمه -وفقا لهذا الرأي- مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية، فيكتسب العقد الصفة الدولية إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية. بينما لا يكتسب هذه الصفة إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر محايد في الرابطة العقدية.

¹⁾ LOUSSOUARN(Y), BREDIN. (J-D), Droit du commerce international, Préface: Batiffo (HENRI), Sirey, 1969, n°511, p593-594.

²⁾ ALFONSIN.(Q), Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé, T I, Mélanges offerts à(J) Maury, , p28-29.

³⁾ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995، ص15؛ فؤاد رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص255؛ عوض الدين شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص504-505؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص440.

⁴⁾ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص62 و63.

⁵⁾ أحمد الشقيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21، لسنة 1965، ص76.

على أن تطرق الصفة الأجنبية إلى العناصر الفاعلة أو المؤثرة في الرابطة العقدية، لا يكفي لدولية هذه الرابطة، إذ لا بد من اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني واحد للقول بدوليته، فإذا كان العقد ينتمي بكافة عناصره المؤثرة إلى قانون دولة واحدة، ولو كانت دولة أجنبية، فإن العقد في هذه الحالة لا يتصل إلا بنظام قانوني واحد مما يجرده من الطابع الدولي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

يتمثل المعيار الاقتصادي في التركيز على موضوع النزاع، بحيث اذا تعلق بالتجارة الدولية؛ أي انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، فإن هذه العملية تكفي في حد ذاتها لوصم العقد بالطابع الدولي، وهذا المعيار قضائي النشأة، فقد ابتدعه القضاء الفرنسي، وقد ظهر في البداية في صورة معيار المد والجزر، ثم انتهى إلى معيار مصالح التجارة الدولية⁽²⁾.

ووفقا لمعيار المد والجزر يعتبر العقد دوليا إذا استتبع حركة مد وجزر للأموال عبر الحدود؛ أي حركة ذهاب وإياب للقيم الاقتصادية مثل النقود والبضائع، فكل عقد لا يستتبع حركة تبادل بين الدول ولا يتجاوز إطاره حدود الاقتصاد الداخلي لا يعد عقدا دوليا⁽³⁾.

ويرجع الفضل في بلورة هذا المعيار إلى النائب العام **MATTER**، حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1927/05/17 في قضية **Pélissier du Basset** بالمعيار الذي وضعه في تقريره المقدم بشأنها، وذلك من أجل تقرير صحة الشرط النقدي (الدفع بالذهب أو بالعملة الأجنبية) إذا ورد في عقد دولي بالرغم من أن هذا الشرط يعد باطلا إذا ورد في عقد داخلي⁽⁴⁾.

أما معيار مصالح التجارة الدولية فقد تم إعماله في قضية **Menicucci** التي عرضت على القضاء الفرنسي، حيث أن محل العقد فيها بيع أنابيب في أمريكا، تم صنعها بمعرفة فرنسي، وهذا هو العنصر الوحيد في الدعوى الذي أدى إلى اعتبار العقد دوليا وفقا لمعيار مصالح التجارة الدولية⁽⁵⁾، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها في هذه القضية أن العقد الدولي هو ذلك الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن تتضمن مثلا استيراد بضائع

⁽¹⁾ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص70.

⁽²⁾ انتقد الفقه الفرنسي المعيار الاقتصادي لعدم وضوحه ومرونته الكبيرة:

(Y) LOUSSOUARN, (J-D).BREDIN, Op cit, p75; BELLET MEZGER, L'arbitrage international dans le nouveau code de procédures civile, R,Crit.dr.int.pr, 1981, p611.

⁽³⁾ MEZGHANI. (A), Droit international privé, éd Cérès, 1991, p109.

⁽⁴⁾ Monsieur Matter dit que : « Il faut que le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre seront par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer du prix du second dans le premier». KASSIS.(A), Op cit, p54.

⁽⁵⁾ منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص17.

من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود. ولم يكتف القضاء الحديث لإضفاء الصفة الدولية على العقد أن يتصل بالتجارة الدولية فحسب وإنما يجب أن تتعدى آثاره وتبعاته إلى خارج حدود الدولة، فخرج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد دولية هذا العقد⁽¹⁾.

الفرع الثالث

المعيار المختلط

يجمع هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في معيار واحد، فيستلزم توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية. وقد أيد القضاء الفرنسي الحديث هذا الاتجاه خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تتم بين شركة أجنبية ووكيل لتوزيع منتجاتها في بلد أجنبي، ومن هذه أحكامه ما قضت به محكمة باريس في 19/11/1984 بمناسبة نزاع على عقد وكالة تجارية أبرم بين شركتين سويديتين وفرنسي ليمثلهما في فرنسا من اعتبار العقد دولياً لإبرامه في كل من السويد وفرنسا (معيار قانوني)، وأن العقد يخول الوكيل إبرام تصرفات باسم شركات أجنبية بقصد زيادة صادرات منتجات هذه الشركات (معيار اقتصادي)⁽²⁾.

ومن جانبنا نؤيد الأخذ بالمعيار المختلط، وذلك لأن معظم العقود الإدارية الدولية يترتب عليها انتقال القيم الاقتصادية هو عنصر جوهري في تحديد دولية العقد إلا أنه عنصر منقوص، لأنه يركز على نتيجة العملية التجارية فقط وأثرها التجاري الاقتصادي ويهمل أساس العملية، وهو التصرف القانوني، فانتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر لا يكون إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق هذا الانتقال. وخلاصة هذا الرأي أن العقد يعد دولياً إذا تضمن انتقالاً للأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود واحتوى على عنصر قانوني مؤثر مثل اختلاف محل الإبرام أو اختلاف محل التنفيذ أو أي عنصر آخر يكون له ثقل في العملية التعاقدية⁽³⁾.

المطلب الثالث

شرط التحكيم

يتميز العقد الإداري الدولي بلجوء أطرافه وهما الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، وتلجأ الدولة إليه لتلافي اللجوء إلى محكمة دولة أخرى⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ راجع: حكم محكمة باريس الصادر في 11/04/1972 CUNET ص 620 مع تعليق Audit وحكمها الصادر في 30/11/1973 ص 390 مع تعليق ClUNET ص 390 مع تعليق Oppetit و 24/03/1973 Gaz Pal ج 2، ص 613.

⁽²⁾ جميل الشرفاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، 1996-1997، ص 21.

⁽³⁾ محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص 65.

⁽⁴⁾ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، المرجع السابق، ص 348.

بينما يلجأ إليه الطرف الأجنبي المتعاقد رغبة في عدم المثل أمام القاضي الوطني⁽¹⁾، ربما لقلّة ثقته في القاضي الوطني لاستشعاره باحتمال تحيزه ضده ومحاباته للدولة التي ينتمي إليها⁽²⁾.

قد يتخذ اتفاق طرفي العقد الإداري الدولي على التحكيم إحدى صور ثلاث، أولها صورة الشرط حيث يرد ضمن نصوص العقد الإداري الدولي ويتعهد بمقتضاه الطرفان قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلاً بشأن هذا العقد⁽³⁾.

والصورة الثانية هي المشاركة وتكون في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي⁽⁴⁾ إذا عقدت تنفيذاً لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه قبل النزاع، وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشاركة التحكيم استكمال العناصر اللازمة لإعمال هذا التحكيم والمسائل المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم وتعيين النزاع الذي يطرح عليها والمسائل المتعلقة بالإجراءات، أو بالقواعد الموضوعية التي تتخذ أساساً لحكم التحكيم⁽⁵⁾.

وتتمثل الصورة الثالثة في شرط التحكيم بالإحالة، والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم، بل اكتفت الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم، أو عقد نموذجي، أو وثيقة فيها شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم الأصلي، وكان العقد النموذجي أو تلك الشروط العامة تتضمن شرط التحكيم وفي هذه الحالة ينسحب أثر الشرط إلى العقد الأصلي بطريق التحكيم دون أن تستطيع الأطراف التصل من ذلك بدعوى استقلال العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها والمحتوية على شرط التحكيم⁽⁶⁾.

والملاحظ أن الاتجاه الحديث يطلق اصطلاح اتفاق التحكيم على كلتا الصورتين دون تحديد ما إذا كان شرط تحكيم أم مشاركة تحكيم، وذلك لأنه بحسب رأي هذا الاتجاه لا يوجد فرق بين الصورتين من حيث

(1) عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 2.

(2) حفيدة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 257.

(3) حول تعريف شرط التحكيم: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 91؛ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن، 246.

(4) تتعلق مشاركة التحكيم عادة بنزاع ولد وقائم فعلاً. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 25؛ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 75.

(5) مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، د.د.ن الإسكندرية، 1998، ص 358.

(6) عمر نوري عابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله، رسالة دكتوراه، جامعة عمان للدراسات العربية، 2006، ص 37.

المضمون، ففي كلاهما تتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع⁽¹⁾، مع الإشارة إلى فارق وحيد بينهما ألا وهو أنه بالنسبة لمشاركة التحكيم أي الاتفاق الذي يبرم بعد قيام النزاع يجب أن ينصب الاتفاق على موضوع النزاع المراد تسويته عن طريق التحكيم بذاته، أما إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم فإنه لا يلزم ولا يتصور أن يشار فيه إلى نزاع معين بالذات⁽²⁾. وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم، ونعرض لمدى جواز أو صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وسندرس ذلك في حدود ما يستلزمه موضوع بحثنا ودون التعمق في التفاصيل من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف التحكيم

الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، وأول ذلك الحُكْم، وهو المنع من الظُّم⁽³⁾، ومصدر كلمة التحكيم في اللغة هي حَكَمَ: حَكَّمَهُ في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحَكَّمُوهُ بينهم أمره أن يَحْكَمَ ويقال حَكَّمْنَا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا⁽⁴⁾، وتحاكمنا إليه واحتكمتنا، وهو يتولى الحكومات ويفصل الخصومات⁽⁵⁾، فالتحكيم في اللغة هو التفويض، أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه. والتحكيم اصطلاحاً هو ما يقوم به أطراف متنازعة من عرض مسألة النزاع ليتم الحكم فيها من فرد محايد أو مجموعة من الأفراد، فهو تسوية نزاع بين فريقين على يد فرد يكون حكماً أو هيئة محكمة⁽⁶⁾. وتعددت تعريفات الفقهاء للتحكيم حيث ذهب الأساتذة **(E).GAILLARD (PH).FOUCHARD** و**(B).GOLDMA** إلى أن: "اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه"⁽⁷⁾. وذهب الأستاذ **(CH).JARROSSON** إلى أنه "النظام الذي يسمح لشخص آخر غير طرفي أو أطراف النزاع في ممارسة اختصاص قضائي في نطاق ما هو مقرر له بوساطة هؤلاء"⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص212.

⁽²⁾ كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص44.

⁽³⁾ يقال حكم فلان في كذا، إذا جعل أمره إليه. والمحكم: الشيخ المنسوب إلى الحكمة انظر: ابن فارس أبو الحسين (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، المجلد الرابع، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1991، باب الحاء والكاف وما يتلثهما.

⁽⁴⁾ محمد ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء 12، الطبعة الأولى، دار الصادر، بيروت، ص140.

⁽⁵⁾ محمود الزمخشري أبو القاسم، أساس البلاغة، تحقيق محمد شاکر، مطبعة المدني، القاهرة، 1991، ص337.

⁽⁶⁾ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد 1، الطبعة الأولى، عالم الكتاب، القاهرة، 2008، ص537 و538.

⁽⁷⁾ FOUCHARD.(PH), GAILLARD.(E), GOLDMAN.(B), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Delta, 1996, p11.

⁽⁸⁾ JARROSSON. (CH), La notion de l'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 1987, p785.

وعرفه الاستاذ **DAVID (R)** بأنه: "تقنية تهدف إلى إعطاء الحل لمسألة تهم العلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص بوساطة شخص أو عدة أشخاص آخرين (محكم أو محكمين) يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص يشكل القاعدة التي تركز عليها تلك السلطة، دون أن توليهم الدولة تلك المهمة"⁽¹⁾.

ويعرفه الاستاذ **ANTOINE KASSIS** بأنه: "حل للنزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص اختارهم الطرفان بمحض إرادتهم للرجوع إليهم لحل النزاع الذي قد يقوم من جراء إبرام وتنفيذ عقود تجارة دولية"⁽²⁾.

وعرفه الاستاذ **TARKI NOUREDDINE** بأنه: "إجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى أشخاص خواص يختارهم من حيث المبدأ الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم"⁽³⁾.

وعرف الدكتور **أحمد أبو الوفا** والدكتور **محمود مختار بريري** التحكيم أيضا بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه، دون المحكمة المختصة"⁽⁴⁾.

وعرف الدكتور **ماجد راغب الحلو** التحكيم بأنه: "اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه"⁽⁵⁾.

وعرفه الدكتور **محسن شفيق** بأنه: "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة و إما عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها"⁽⁶⁾.

وذهب جانب من الفقه الى أن التحكيم "نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية، عقدية أو غير عقدية"⁽⁷⁾. وعرفه الدكتور **جابر جاد نصار** بأنه: "أسلوب لفصل المنازعات ملزم لأطرافها، يبنني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع"⁽⁸⁾.

¹⁾ DAVID. (R), L'arbitrage dans le commerce international, Économica, 1982, p9.

²⁾ KASSIS ANTOINE, Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T I, L'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel, L.G.D.J, Paris , 1987, p13.

³⁾ (T) NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p1.

⁴⁾ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص15؛ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1998، ص9.

⁵⁾ ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص233.

⁶⁾ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997، ص13؛ ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص19.

⁷⁾ سلامة محمود، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، ص11.

⁸⁾ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص219.

كذلك ذهب جانب آخر الى أنه: "تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه شخص أو أكثر يسمى محكما أو محكمون يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"⁽¹⁾.

ونحى البعض إلى تعريفه بأنه: "مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة، تبدأ باختيار المتنازعين طرفا محايدا -شخصا أو هيئة- توكل له مهمة الفصل في النزاع بموجب اتفاق بينهما على أن يقبل هذا الطرف هذه المهمة ويتحرى واقع النزاع وقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه وينتهي بحكم يجسد القانون أو العدالة"⁽²⁾.

كذلك نحى البعض الآخر إلى تعريفه بأنه: "سلطة الالتجاء إلى إجراءات التحكيم أو استبدال قضاء الدولة بالمحكمين، وذلك بالمخالفة لقواعد توزيع ولاية القضاء في الدولة، بناء على اعتراف النظام القانوني بنظام التحكيم وتنظيم قواعده بصدد النزاع أو المنازعات المحددة في اتفاق التحكيم سواء ورد هذا الاتفاق كشرط في عقد معين يذكر في صلبه فيسمى شرط تحكيم لعرضه على شخص معين أو أشخاص معينين يختارون بواسطة الأطراف ذوي الشأن، أو تعيينهم المحكمة في بعض الأحوال للفصل فيه بحكم حاسم بين الخصوم أنفسهم، بدلا من المحكمة المختصة"⁽³⁾.

عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: "يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"⁽⁴⁾.

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية: "هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة -إن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء للقضاء ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام- الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع..."⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص8.

⁽²⁾ عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص20.

⁽³⁾ محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994، ص26.

⁽⁴⁾ انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1943/04/21 مشار اليه لدى: خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص86.

⁽⁵⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها الصادر في 1994/01/18، في الطعن رقم 886 لسنة 30 ق.

أما في النصوص القانونية فقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في الفقرة الثانية لمادة 1442ق.إ.م.ف بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم" وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة بخصوص مشاركة التحكيم بأنها: "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر"⁽¹⁾.

ونصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري⁽²⁾ على أن التحكيم:

"1- اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

2- ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية...".

كما نصت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 على أن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006⁽³⁾ أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

بعد استعراض المحاولات الفقهية والتشريعية لتحريف التحكيم نجد أنه من الصعب وضع تعريف جامع مانع للتحكيم بعيدا عن الانتقادات، ورغم ذلك نعرف التحكيم بأنه: " نظام قانوني يمثل قضاء وعدالة من نوع خاص خروجاً عن الأصل العام بإرادة من المشرع وضمن الحدود التي يرسمها، وفق إجراء اختياري يتم بموجبه سحب الاختصاص من محاكم الدولة ويرتكز على اتفاق مكتوب، بمقتضاه يعهد إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين للفصل في نزاع قائم أو محتمل أن يقوم بينهما بحكم ملزم".

¹⁾ Art 1442 du code de procédures civiles français n°2011-48 :« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

⁽²⁾ قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 في 1994/04/21.

⁽³⁾ تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08-09 على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

الفرع الثاني

مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

سبق الإقرار بجواز أو صلاحية تطبيق التحكيم في نطاق العقود الإدارية الدولية جدل فقهي وقضائي بين مؤيد للجوء للتحكيم في العقود الإدارية و معارض له، ولكل دعائمه وحججه⁽¹⁾، ولن نعرض لهذا الجدل وإنما سنكتفي بمتبع مواقف المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري حول هذه المسألة على النحو الآتي:

أولاً: موقف التشريع الفرنسي

كان المشرع الفرنسي يتخذ موقفاً متشدداً إزاء لجوء الدولة والأشخاص المعنوية إلى التحكيم⁽²⁾، وتتمثل النصوص التشريعية التي تضمنت هذا الحظر في نصي المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1806، حيث نصت المادة 1004 منه على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يجب إبلاغها للنيابة العامة⁽³⁾، ونصت المادة 83 على المنازعات الواجب إبلاغها للنيابة العامة وهي تلك المتعلقة بالنظام العام والدولة والدومين والبلديات والمؤسسات العامة⁽⁴⁾.

ويستفاد من نص المادتين السابقتين أن المنازعات التي تتعلق بالدولة أو أشخاص القانون العام المعنوية التابعة لها والتي ينبغي إبلاغ النيابة العامة في شأنها لا يجوز خضوعها للتحكيم باعتبار أن عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم سوف يحرم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من تواجد النيابة العامة وحضورها، ثم ألغيت المادتين 1004 و 83 بموجب المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 5 جويلية 1972 وحلت محلها، ونصت على أنه: «لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة (...)، وفي المنازعات المتعلقة بوحدة الإدارة العامة، أو بالمؤسسات العامة، وبوجه عام جميع الموضوعات التي تمس النظام العام»⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997، ص 101؛ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، المرجع السابق، ص 206؛ عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 157؛ محمود نوري حسن، التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 138.

⁽²⁾ (G).VEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, (travaux du congrès international de 1961), Rev. Arb, 1961, p117.

⁽³⁾ L'article 1004 du code procédures civile pour l'année 1806: «On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtement ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui serait sujettes à communication au ministère public».

⁽⁴⁾ L'article 83 du code procédures civile du 1806: «Celles qui concernent l'ordre public, l'état, le domaine, les communes, les établissements publics».

⁽⁵⁾ L'article 2060 du code civil de la loi n°626-72 du 05/07/1972 : «On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public».

ولكن المشرع الفرنسي اتجه إلى التخفيف من حدة الحظر رويدا رويدا⁽¹⁾ عن طريق تقرير بعض الاستثناءات التشريعية بهدف تخفيف تكس القضايا لدى القضاء الإداري، كما أن ضغط الاحتياجات العامة وحالات الضرورة في التطبيق العملي أجبرت المشرع الفرنسي على التدخل لتقرير اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وذلك من خلال القانون الصادر في 17 أفريل 1906، والقانون الصادر في 09 جويلية 1975. كما أجاز المشرع الفرنسي بإصداره القانون رقم 86/972 المؤرخ في 19 أغسطس 1980 التحكيم في منازعات العقود الدولية ومن ثم منازعات العقود الإدارية الدولية، حيث أن العقود الدولية إما أن تكون إدارية أو عقودا تجارية أو مدنية. وقد صدر هذا القانون بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند العالمية لإنشاء مدينة ملاهي أوروديزني بفرنسا على غرار ديزني لاند العالمية في الولايات المتحدة الأمريكية، وأصررت الشركة على ضرورة تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين أطرافه وعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي الذي رفض إقرار شرط التحكيم وأفتى بعدم جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم إلا في ظل نص تشريعي يجيز ذلك، وأمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم من ناحية، ورغبة الجانب الفرنسي في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وحفاظا على المصالح القومية للبلد، لم يجد المشرع الفرنسي مناصا من إصدار هذا القانون الذي أجاز في المادة التاسعة منه للدولة وللمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الإدارية مع شركات أجنبية⁽²⁾. أما عن شروط تطبيق هذا القانون تمثلت في ثلاث شروط هي، أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية، أي أن يكون العقد دوليا، وأن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي، وصدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم.

ورخص المشرع الفرنسي في قانون 2 يوليو 1990 في المادة 28 منه لهيئة البريد فرنس تيليكوم والمؤسسات الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم⁽³⁾. وأجاز أيضا في القانون الصادر في 1 أغسطس 2000 للمؤسسات العامة التعليمية والثقافية اللجوء إلى التحكيم بغرض تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة مع المنظمات الأجنبية في إطار المهام الخاصة بها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ وصف الأستاذ fousard مبدأ الحظر المفروض على التحكيم في العقود الإدارية بأنه ظاهرة بدأت تتآكل، وأن هذا المبدأ محكوم عليه بالاضمحلال:

FOUSSARD. (D), L'arbitrage en matière administrative, (Histoire, Hasard, Préjugés, Raison), La revue des juristes, Trimestre N°2, Avril 2010, p29-31.

⁽²⁾ LAURENT RICHER, Op. Cit, 5 éd, 1996, p256-257.

⁽³⁾ L'article 28 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relatif à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications : « La Poste et France Télécom dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ».

⁽⁴⁾ L'article 2 du décret n°2000-764 du 1er août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage: «Les établissements mentionnés à l'article 1er du présent décret sont autorisés à conclure des conventions d'arbitrage en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions.

كما نظم المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 599-2004 الصادر في 17 يونيو 2004 نوعاً جديداً من العقود يسمى بعقود الشراكة واعتبرها عقود إدارية⁽¹⁾، ويقوم هذا العقد على فكرة أساسية مؤداها أن يعهد أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها، وإذا اقتضى الأمر تأدية الخدمات للمرفق والمساهمة في أداء وظيفته التي يكلف بها في الأصل الشخص العام وذلك مقابل مكافأة تدفعها الإدارة للمتعاقد معها بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية⁽²⁾. وقد نصت المادة 11 من المرسوم السالف الذكر على أن هذا العقد يجب أن يتضمن بالضرورة شرطاً يتعلق بطرق تقاضي وحل النزاعات والشروط التي يمكن بها اللجوء إلى التحكيم -إذا اقتضت الضرورة ذلك- مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي⁽³⁾.

وفي 13 جانفي 2011 أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 48-2011 والمتعلق بتعديل قانون التحكيم غير أنه لم يشر إلى موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

وفي 7 أبريل 2006 طلب وزير العدل من نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي تشكيل مجموعة عمل مهمتها وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في مجال المنازعات الإدارية وضمت هذه المجموعة في تشكيلتها نخبة من أساتذة القانون والمحامين وقضاة المحاكم العادية وممثل عن وزارة العدل، وقد ترأس المجموعة السيد **Daniel Labetoulle** الرئيس الأسبق لدائرة المنازعات بمجلس الدولة الفرنسي، وقد ارتأت اللجنة ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات⁽⁴⁾.

وقد أصدرت اللجنة مشروع قانون يحتوي على 14 مادة نصت الأولى على إمكانية التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية⁽⁵⁾.

¹⁾ L'article 1 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004: «Le contrat de partenariat est un contrat administratif...»

²⁾ Pour plus des détails sur le contrat de partenariat : LICHÈRE. (F), Les contrats de partenariats (fausse nouveauté ou vraie libération dans la commande publique), RDP, 2004, p1547-1568. AUBY. (J-F), Le cas des contrats de partenariats, RFDA, 2004, p1095-1102; Martor. (B) et THOUVENOT. (S), Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public, RDAI, 2004, p111-149 ; GROUD. (H), Réflexions sur les contrats de partenariats deux ans après, LPA, 2007, p4-13.

³⁾ L'article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004: «Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives: ...Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

⁴⁾ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص173 و174.

⁵⁾ L'article 1 de projet de loi: «Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de service peut par clause compromissoire ou par compris, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants».

ثانيا: موقف التشريع المصري

نظم المشرع المصري موضوع التحكيم بصفة عامة في إطار قوانين المرافعات المتعاقبة، فمنذ صدور أول تقنين لقانون المرافعات المختلط سنة 1875 وقانون المرافعات الأهلي سنة 1883 كان المبدأ العام المقرر هو حفظ التحكيم في قضايا الحكومة، واستمر الوضع كذلك لغاية صدور القانون رقم 25 لسنة 1912 والذي أجاز للحكومة ومصالحها اللجوء إلى التحكيم في منازعات الأشغال العمومية والتوريدات والامتيازات على وجه العموم⁽¹⁾.

وعقب إنشاء مجلس الدولة المصري 1946 صدر قانون المرافعات الموحد رقم 77 لسنة 1949 ونظم التحكيم في 33 مادة غير أنها لم تفرد نصا يفيد إجازة أو حظر التحكيم في عقود الدولة⁽²⁾، ثم صدر قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 والذي نصت المادة 501 منه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"⁽³⁾.

وفي محاولة لإنهاء الخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية الذي خلفه عموم وعدم وضوح التشريعات السابقة الذكر أصدر المشرع المصري بتاريخ 18 ابريل 1994 قانون رقم 27 بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية تنظيما شاملا لهذا النظام القانوني لتسوية المنازعات، وذلك بعد إلغائه للمواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1986 والمتعلقة بتنظيم التحكيم، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا ويجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه إلى أحكام هذا القانون".

ولكن هذا النص جاء عاما ولم يحسم الخلاف بصفة قطعية، حيث صدرت فتوى من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ 18/12/1996 ذهبت إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية⁽⁴⁾، وبعد ذلك صدر حكم محكمة استئناف القاهرة يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ نصت المادة 792 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1912 على أنه: "... ومع ذلك يجوز للحكومة ومصالحها أن تشتترط التحكيم كما هو منصوص عليه في المواد الآتية من هذا الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود المختلطة بالأشغال العمومية و بالتوريدات وبالامتيازات التي تعطىها على وجه العموم".

⁽²⁾ سليمان الطماوي، التحكيم في النظرية في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص297.

⁽³⁾ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص234.

⁽⁴⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، القضية رقم 339/54 بتاريخ 18/12/1996 بين المجلس الأعلى المصري للأثار وشركة جلتسيرسلفرنايت.

⁽⁵⁾ حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 63 تجاري، جلسة 19/03/1998.

لذلك ارتأى المشرع المصري التدخل بتعديل تشريعي ينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية حيث أصدر بتاريخ 13 مايو 1997 قانون التحكيم رقم 27⁽¹⁾، وقد نصت المادة الأولى منه على أنه: "تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها الآتي: "وبالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض بذلك".

ويطبق هذا القانون على كافة أنواع العقود الإدارية وطنية أو دولية، حيث لم يخص المشرع المصري نوعا منها تتم تسوية نزاعاته عن طريق التحكيم⁽²⁾، ويتطلب هذا القانون لإمكان اللجوء التحكيم في العقود الإدارية توافر شرطين هما:

الشرط الأول: موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية

ووفقا لهذا الشرط فإنه لا يجوز لأية جهة حكومية أن تضمّن العقد شرطا أو مشاركة التحكيم إلا بموافقة الوزير المختص، ومن المفترض أن الوزير المختص يراجع مشروع العقد قبل إبرامه، ثم بعد ذلك يرخص اللجوء إلى التحكيم، ويررت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا الشرط ضمانا لاعتبارات الصالح العام ويجب أن يكون الأمر في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية. **الشرط الثاني: لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصها بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية**

إن عدم التفويض يعني حصر المسؤولية عند تضمين العقد شرطا أو مشاركة تحكيم للوزير المختص أو من يمارس اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا سيما المسؤولية السياسية، ويرجع ذلك إلى أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم في العقد ضمانا لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية.

كما يوجد شرط ثالث ينبغي مراعاته بجانب الشرطين السابقين ويتمثل في ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عند إبرام عقد إداري يتضمن شرطا أو مشاركة تحكيم إذا كانت قيمة هذا

⁽¹⁾ جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المذكور أعلاه في تبرير هذا التدخل التشريعي: "... وعندما صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نص في مادته الأولى... وكان المأمول من هذه العبارة أن تشكل سندا لا يختلف عليه سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، بحيث يكون جائزا قانونا الاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم، خاصة وأن الأعمال التحضيرية لذلك القانون تكشف عن هذا المعنى وتشهد عليه، ورغبة في حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع الآراء معه، وتلتقي عنده وتستقر الاتجاهات".

⁽²⁾ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص246؛ سليمان الطماوي، التحكيم في النظرية في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص398؛ عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص186.

العقد تتجاوز خمسة آلاف جنيه وفقا للفقرة الثالثة من المادة 58 من القانون رقم 47 لعام 1972 بشأن مجلس الدولة⁽¹⁾.

وقد تأكد اتجاه المشرع المصري إلى إمكان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك بمقتضى القانون رقم 89 لسنة 1998 في شأن المناقصات والمزايدات الذي حسم الخلاف بنصه في المادة 42 منه على أنه: "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 23 من نفس القانون على أنه: "وفي حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة ذلك، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 معدلا بالقانون رقم 9 لسنة 1997".

كما أصدر المشرع المصري القانون رقم 8 لسنة 1997 المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار والذي ينص في مادته السابعة على أن: "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 90 لسنة 1971، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات، أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي"⁽²⁾.

كما أصدر المشرع المصري القانون رقم 182 الصادر بتاريخ 2018/10/03 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة و الذي ألغى قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 وقد نصت المادة 91 منه على أن: "يجوز لطرفي العقد في حالة 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 أو في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

(1) جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص253.

(2) جاء هذا القانون محل قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم43 لسنة 1974، والذي أجازت المادة الثامنة منه: "الاتفاق على أن تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام ذلك القانون بطريق التحكيم".

كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة إخلال الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، مالم يوافق الوزير المختص بالجهة الإدارية على اللجوء إلى التحكيم وتتضمنه شروط العقد، ويتفق عليه الطرفان وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1994". يتضح من النص السابق أن المشرع المصري يتطلب في هذا القانون لإمكان اللجوء التحكيم في العقود الإدارية توافر شرط هو موافقة الوزير المختص بالجهة الإدارية.

ثالثاً: موقف التشريع الجزائري

نظم المشرع الجزائري التحكيم الداخلي في الكتاب الثامن من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، حيث نصت المادة 442 منه على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. - ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. - ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

حظر هذا القانون على الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم، ويعود ذلك لتأثره بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي لم يكن على وفاق مع التحكيم، وكان يحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم⁽²⁾.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد خصص له المشرع الجزائري فصلاً لأول مرة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154⁽³⁾ جاء فيه: "المادة الأولى تلغي المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام التالية:

- يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. - ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية". وصدور هذا القانون يكون المشرع الجزائري قد دخل مجال التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع⁽⁴⁾.

(1) الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع47، مؤرخة في 09 يونيو 1966.

(2) عبد الحميد أحذب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص7.

(3) المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 02 ذي القعدة 1413 الموافق ل25 ابريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 27، مؤرخة في 27 ابريل 1993، ص154.

(4) كمال عليوش قروبوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص25.

وفي سنة 2008 أكد المشرع الجزائري اتجاهه إلى إقرار التحكيم في مجال التجارة الدولية، حيث أصدر قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ ونظم التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس في المواد من 1006 إلى 1038 فقسم هذا الباب إلى أربعة فصول تناول في الأول صور التحكيم (شرط واتفاق التحكيم)، وكيفية تعيين المحكم ورده، وخصص الفصل الثاني للخصومة التحكيمية، والفصل الثالث لأحكام التحكيم، وأفرد للفصل الرابع طرق الطعن في أحكام التحكيم، وقد نصت المادة 1006 من هذا القانون على أنه:

"- يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

نص القسم الأول من الفصل الثاني والمتعلق بالإجراءات في المادتين 975 و 976 على ما يلي:

المادة 975: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه⁽²⁾ أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

المادة 976: "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

- عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

ووفقا للمادة 976 ق.إ.م.إ. نجد أن المشرع الجزائري قيد الحرية التي كانت ممنوحة للدولة والأشخاص العامة في ممارسة التحكيم، فإذا كان التحكيم متعلقا بالدولة فلا يكون إلا بمبادرة من الوزير المعني، وبذلك فإن المشرع الجزائري لم يذهب بعيدا عما أقره التشريع المصري، غير أنه لم يمنع التفويض في ذلك، كما أن عبارة "بمبادرة" تستوجب النظر، فبادر إلى الشيء إذا سبق إليه، فهل يعني ذلك عدم إمكانية المبادرة

⁽¹⁾ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 مؤرخة في 2008/04/23.

⁽²⁾ نصت المادة 800 ق.إ.م.إ.ج على: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه".

بالتحكيم من قبل الطرف الآخر، لذلك نجد أن عبارة "مبادرة" ليست عبارة قانونية رغم أن المقصود منها الموافقة، وقد كان حريا بالمشرع الجزائري إدراج كلمة "مصادقة" أو "ترخيص" بما لهذه العبارة من ثقل قانوني⁽¹⁾.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر في 2015/09/16 على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط للجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة. ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

ومما تقدم يمكن القول أنه إذا كان المشرعان الجزائري والمصري متشددان في موضوع التحكيم المتعلق بالدولة من حيث اشتراطهما مبادرة الوزير المعني، إلا أننا نرى أن القانونين الجزائري والمصري أكثر مرونة من غيرهما من القوانين، ولا سيما القانون الفرنسي الذي اشترط بموجب القانون الصادر في 1986/08/19 ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص.

⁽¹⁾ حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص138 و171.

المطلب الرابع

شروط الثبات

تتضمن العقود الإدارية الدولية شروطاً تعرف بشروط الثبات وظيفتها ضمان بقاء العقد ثابتاً دون تغيير، حيث تعمل هذه الشروط على تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة وتمنع السلطات العامة في هذه الدولة من اتخاذ أية إجراءات أو إصدار أية قوانين أو لوائح تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي تعرض مصالح الطرف الأجنبي المتعاقد للخطر⁽¹⁾.

وتعد شروط الثبات من أهم الشروط التعاقدية التي تضي على العقد الإداري الدولي الخاصة المركبة، والتي تمكنا من أن نؤكد أن طبيعة هذا العقد قد غيرت من كونه عقداً إدارياً صرفاً إلى عقد ذي طبيعة مختلطة تتلاءم مع ما به من تغيرات وشروط تعاقدية جديدة على مفهوم العقد الإداري التقليدي⁽²⁾.

ويتم التمييز في إطار شروط الثبات التي يتم إدراجها في عقود الإدارية الدولية بين شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

شرط الثبات التشريعي

شرط الثبات التشريعي⁽³⁾ هو ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه الشركة الأجنبية⁽⁴⁾، فهو محاولة من جانب الطرف الضعيف لعزل

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2006، ص293.

⁽²⁾ محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص58.

⁽³⁾ ظهرت شروط الثبات التشريعي في الستينات من القرن الماضي في عقود التنقيب عن البترول والغاز والتعدين، حيث يشير البعض إلى أن تلك العقود -أكثر من غيرها- تظهر الحاجة الملحة إلى تحقيق الاستقرار التعاقدية من خلال تقليل المخاطر السياسية التي قد تؤثر على العقد نظراً لطول مدة تلك العقود مقارنة بغيرها من عقود الاستثمار ولضخامة الاستثمارات ورؤوس الأموال التي يضحها المستثمر بصورة أولية، وأخيراً بالنظر إلى احتمالات الفشل العالية في مراحل الاستكشاف والحفر.

THOMAS WAELD and GEORGE NDI, Stabilizing international investment commitments: International law versus contract interpretations, 31 Tex. Int 1, L.J.215(1996). Published in : R.DOAK BISHOP, JAMES CRAWFORD, W.MICHAEL, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer International (2005), p286.

حول تعريف شرط الثبات التشريعي : حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص324؛ أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والأربعون، 1987، ص68؛ محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص57 و58؛ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص293.

⁽⁴⁾ (PH). LEBOULANGER, Les contrats entre états et entreprises étrangères Économica, 1985, p92, N°179.

القانون الوطني للدولة المضيفة عن العقد الذي يجب أن يحكمه، وذلك بتجميده زمنيا بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام ذلك العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل⁽¹⁾.

وجود هذا الشرط يحول بين الدولة واستخدامها للميزة التي تتمتع بها كونها سلطة عامة تملك حق التشريع وخلق قانون وإعماله على العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأجنبي مما يخلق نوعا من عدم المساواة بين الطرفين. ويضرب الفقه مثلا لذلك بأن شركة أجنبية أبرمت عقدا مع دولة ما لإنشاء خط أنابيب بترول ومعملا لتكرير الإنتاج، وقد بدأت الشركة في تنفيذ الأعمال، وأثناء التنفيذ غيرت الدولة خطتها الإدارية وأهدافها الاقتصادية وأصدرت قوانين ومراسيم جديدة وضعت نهاية للتعاقد أو ربما عدلته على نحو يلحق ضررا بالمتعاقد معها، الأمر الذي لا يعدو وأن يكون سوى تعديلا أو إنهاء للصالح العام، وإن لم يكن في حد ذاته تأميما⁽²⁾.

وشروط الثبات التشريعي قد يكون مصدرها تعاقدية أي يتضمنها العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها، وقد يكون مصدرها تشريعي أي تستند إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق، والتي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد باستمرارها في حالة تعديل القانون.

ومن أمثلة شروط الثبات التشريعي الواردة في العقود نذكر عقد إنشاء قناطر اسنا وهو أحد عقود الأشغال العامة الدولية الكبرى في مصر، والذي تضمن في مادته الثلاثين شرطا للثبات التشريعي، وذلك بشأن قوانين الضرائب والتأمين الاجتماعي، وكذلك تثبيت الأسعار الرسمية للإسمنت اللازم لتنفيذ الأعمال والحديد والأخشاب والزيوت والكهرباء اللازمة، وذلك حماية للمتعاقد مع الدولة من تغيير الأسعار الذي قد يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد.

وقد نصت المادة السالفة الذكر على أن الأسعار ورسوم الضرائب والتأمينات الإضافية تعاد للمقاول بفاتورة منفصلة أو تخصم منه في حالة النقصان، وذلك بالخصم من مدفوعاته، وذلك بعد الفحص والموافقة على المستندات المناسبة خلال ستين يوما من تقديم المستندات اللازمة.

وتتم عملية التثبيت من تاريخ رسو المناقصة وحتى تاريخ التسليم النهائي للأعمال المبينة بالعقد بالإضافة إلى الوقت الإضافي الذي قد يمنح للمتعاقد، حيث غالبا ما يشير المتعاقد مع الدولة في عطاءه إلى عملية التثبيت من تاريخ رسو المناقصة حتى نهاية الأعمال⁽³⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص305.

(2) Voir l'exemple à: LALIVE. (J-F), Contrats entre état ou entreprises étatique et personnes privées Académie de droit international, II, 1983, p5.

(3) محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، مرجع سابق، ص108.

أما أمثلة شروط الثبات التشريعي الواردة في النظام القانوني للدولة نذكر ما نصت عليه المادة 22 من قانون الاستثمارات الجزائري رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق ل 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار على شرط الثبات التشريعي حيث جاء فيه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁽¹⁾.

وتتخذ شروط الثبات التشريعي أشكالاً متنوعة، ويمكن تقسيمها من حيث المضمون إلى شروط عامة وهي التي تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد، وشروط خاصة وهي التي تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالضرائب والجمارك سواء أكانت هذه التشريعات تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أم تشريعات مستقبلية).

كما يمكن تقسيم شروط الثبات التشريعي من حيث الأشخاص المستفيدين إلى نوعين، النوع الأول هو الشروط المطلقة وهي التي لا تحدد على وجه التعيين من هو المستفيد منها وهل هو المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط، كشخص اعتباري أم أيضاً الأشخاص العاملين فيه، والنوع الثاني هو الشروط النسبية وهي المحددة لمن هو مستفيد منها، فتتص على أن المستفيد من هذه الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، وأن كافة الامتيازات والإعفاءات الخاصة به لا يستفيد منها سواء ولا تسري على الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة له⁽²⁾.

الفرع الثاني

شروط ثبات العقد

تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بسلطة تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة، وهو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة، لا يمكنها أن تنتازل عنه وليس هناك حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد⁽³⁾.

⁽¹⁾ نص المشرع الجزائري على الثبات التشريعي منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، حيث نصت المادة 39 منه على أنه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

⁽²⁾ RIAD. (F), Les contrats de développement et arbitrage international, Rev. Eg, Vol 42, 1986, p261; IBRAHIM. (Y-A), Contrats internationaux d'états et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985, p 158-159; LÉBOULANGER. (PH), Les contrats entre états et entreprises étrangères Économica, 1985, p93.

⁽³⁾ علي عبد العزيز فحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1975، ص121 و122.

لكن الوضع يختلف عندما تبرم الدولة عقداً مع طرف أجنبي وتدرج ضمن هذا العقد شرط عدم المساس بنصوصه، ويقصد بهذا الشرط هو تعهد الدولة بعدم إجراء أية تغييرات في العقد بإرادتها المنفردة مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية أو بوصفها سلطة إدارية، حيث يشكل هذا الشرط نوعاً من الحصانة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به الدولة من سيادة وسلطان لصفاتها الإدارية⁽¹⁾.

وقد حرصت بعض الشركات الأجنبية على إدراج شرط عدم جواز تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين وخصوصاً في عقود البترول، ومن أمثلة ذلك الاتفاقية المبرمة بين شيخ الكويت وشركة البترول البريطانية، حيث نصت المادة 17 منها على أنه: "لا يجوز للشيخ إلغاء الاتفاقية بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو بأي طريق آخر...".

وفي مصر نصت الفقرة (1) من المادة 45 من عقد وبيكو سنة 1963 بين مصر وشركة فيلبس والفقرة (ب) من المادة 66 من عقد الشركة الشرقية للبترول سنة 1963 بين مصر والشركة الدولية الإيطالية على المعنى ذاته⁽²⁾.

كما نصت اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار التي وقعت الولايات المتحدة الأمريكية في 1982/12/29 على شرط عدم المساس، حيث جاء فيها أن: "المصادرة يجب ألا تمس أي نص محدد أو تخل بأي توازن تعاقدية في اتفاقات الاستثمار المبرمة بين الشركة أو أي طرف وطني والطرف الذي قام باتخاذ المصادرة"⁽³⁾.

وبالرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالعقد فإن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي قد يتضمن كل من النوعين من الشروط في آن واحد، بالإضافة إلى ذلك فإن التفرقة بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد قد تبدو أقل وضوحاً عند إعمال كل من هذين الشرطين، فشروط الثبات التشريعي تهدف في النهاية إلى عدم المساس بالعقد، إذ أنها تسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، كما إن شرط الثبات نفسه لا يحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس به⁽⁴⁾.

ويتبين مما تقدم أن شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد يعتبران شرطان أساسيان للمستثمر المتعاقد مع الدولة، وذلك لما يضيفانه من قدرة على توقع المستقبل، فضلاً عن توفير قدر كبير من الحماية للمستثمر فهما يعتبران عنصراً مهماً من عناصر الأمان التي تبحث عنها الشركات المتعاقدة مع الدولة، فهذه الشركات تتحصن ضد الإجراءات السيادية التي تقوم بها الدولة المتعاقدة.

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 326 و 327.

(2) عبد الرحيم سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1980، ص 226.

(3) محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص 154.

(4) حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 327.

ويرى الاستاذ (P).LEBOULANGER⁽¹⁾ أن هذه الشروط إن وجدت في العقد فهي ليست شروطا غير طبيعية؛ لأنها من ناحية تسمح بضمان التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته، ومن ناحية أخرى فالدولة المتعاقدة تسعى دائما إلى إعطاء امتيازات للمتعاقد الأجنبي إذا كانت هناك أسبابا لذلك، كأن يكون تمويل المشروع من جهة أجنبية في صورة منحة أو قرض، لا سيما إذا كان هذا المشروع من مشروعات البنية الأساسية ذات الطبيعة القومية والتي تحرص الدولة على القيام بها.

ومن جانبنا نرى بأن هذه الشروط لا يمكن النظر إليها على أنها شروط طبيعية في مجال العقود الإدارية الدولية، وذلك لأنها تتال من مركز الجهة الإدارية في العقود الإدارية بصفة عامة، حيث تحد من سلطانها في تعديل أدواتها التشريعية، كما أنها تحد من سلطات الإدارة في العقد الإداري حيث تحظر عليها تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وكذلك فسخ العقد أو إنهائه.

المبحث الثاني

أثر شرط التحكيم وشروط الثبات على مركز جهة الإدارة في العقود الإدارية الدولية

تتمتع جهة الإدارة في نطاق النظرية التقليدية للعقود الإدارية بالعديد من السلطات في مواجهة المتعاقد معها والتي لا نجد لها مثيلا في نطاق العقود المدنية، ورغم أن الكثير من الفقهاء ذهبوا إلى أن استخدام هذه السلطات في نطاق العقود الإدارية الدولية أمر غير مسلم به. إلا أنه في واقع الأمر لا مفر من وجود هذه السلطات بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة هذا النوع من العقود؛ لأن القول بغير ذلك يخرج العقد عن طبيعته الإدارية وينزل بمركز جهة الإدارة فيها إلى مستوى الأفراد مما يهدد مستقبل المرفق العام ويهدر المصلحة العامة⁽²⁾، وتتأثر سلطات الإدارة في العقد الإداري الدولي بشرط التحكيم وشروط الثبات، لا سيما سلطتها في تعديل العقد وسلطتها في إنهائه بالإرادة المنفردة⁽³⁾.

وسوف نتناول أثر هذه الشروط على تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أثر شرط التحكيم سلطات جهة الإدارة

يلجأ الطرف المتعاقد الأجنبي غالبا في العقود الإدارية الدولية إلى اشتراط التحكيم، لما يتسم به هذا النظام من السرعة في إجراءاته وبساطتها وسريتها مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء، إضافة لما يتمتع

¹⁾ (P). LEBOULANGER, Op cit, p100.

²⁾ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ب.ت.ن، ص197.

³⁾ حازم بيومي، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص286.

به المحكمون من مستوى عال من الكفاءة العلمية والقانونية والخبرة العملية للفصل في المنازعات المسندة لهم، ولما يمنحه لأطراف النزاع من قدر كبير من الحرية في اختيار المحكمين ومكان التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

كما يتميز التحكيم بأنه حماية للمتعاقد الأجنبي، فهو لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقد معها أو في قوانينها، ولأن القاضي قد يتأثر بالدوافع الوطنية التي تتعارض وتخالف مصالحه⁽²⁾. وعلى ذلك فإن قبول الدولة إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري الدولي يعد بمثابة امتياز ممنوح من قبلها للشركات الأجنبية المتعاقدة معها، وهو امتياز لا يجب التقليل من الآثار المترتبة عليه⁽³⁾.

وقد ذهب الدكتور **حازم بيومي**⁽⁴⁾ إلى أن وجود شرط التحكيم ضمن نصوص العقد الإداري الدولي يحرم الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد الأجنبي المخل بالتزاماته.

وذهب الدكتور **محمد عبد المجيد اسماعيل**⁽⁵⁾ إلى أن وجود هذا الشرط ضمن نصوص العقد الإداري الدولي يؤثر على سلطة الدولة المتعاقدة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فلا يمكنها فسخ العقد لأن ذلك يتناقض مع التزاماتها، فربما تكون الدولة قد قبلت التحكيم بناء على إحدى المعاهدات الدولية، فإتفاقية **ICSID** نصت على أن أي طرف ليس من حقه سحب موافقة من جانب واحد على التحكيم أيا كان شكل هذه الموافقة سواء أكانت شرط تحكيم أم توفيق أم نص تشريعي أم قانوني. والقاعدة الشرعية التي تقضي بأن "من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه" تؤيد هذا الرأي، فالدولة إذا ما التزمت بشرط التحكيم سواء في العقد أو بناء على معاهدة دولية فيتعين عليها ألا تنقض هذا الالتزام.

وليس معنى ذلك أن الدولة المتعاقدة لا تستطيع توقيع جزاءات أخرى على المتعاقد الأجنبي في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته، فلها مثلا في حالة تأخر المقاول في عقد الأشغال الدولي أن توقع عليه غرامة التأخير⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ حول مزايا التحكيم: أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص94؛ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص21؛ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص18؛ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ص68؛ حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص8.

⁽²⁾ بشار الأسعد، المرجع السابق، ص353.

⁽³⁾ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، مرجع سابق، ص286.

⁽⁴⁾ حازم بيومي، المرجع السابق، ص293.

⁽⁵⁾ محمد عبد المجيد اسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص70.

⁽⁶⁾ محمد عبد المجيد اسماعيل، نفس المرجع، ص240 و241.

بينما ذهب الدكتور جابر جاد نصار⁽¹⁾ إلى أنه لما كان التحكيم في العقود الإدارية الدولية يقتضي في الغالب أمرين، أولهما استبعاد تطبيق القانون الوطني واختيار قانون أجنبي يطبق على النزاع، وثانيهما استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم من اختيار الأطراف يعهدون إليها بفض المنازعات التي تنشأ بينهم، فإنه يترتب على ذلك خضوع العقد الإداري لنظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الإداري كما هي معروفة في مصر وفرنسا والدول التي تأخذ بهذا النظام مما يؤثر على طبيعته وعلى مركز الإدارة فيه. ويضيف بأن خضوع العقد الإداري للتحكيم يؤثر على معيار تمييز العقد الإداري، فالإدارة قد تيرم نوعين من العقود، عقود مدنية وعقود إدارية. والعقود الإدارية لا يكفي أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، وإنما يجب علاوة على ذلك أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن تضمنه الإدارة حين إبرامه شروطاً غير مألوفة استثنائية تجعل للإدارة مركزاً متميزاً عن مركز المتعاقد معها، ومرد ذلك بطبيعة الحال تحقيق المصلحة العامة.

ولما كان التحكيم أسلوباً لفض المنازعات ينبني على إرادة الأطراف فهم الذين يختارونه، ويحددون الإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم إتباعها حين الفصل في المنازعة⁽²⁾، فإن التساؤل يثور عن أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإداري من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد الشروط الاستثنائية.

فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد في القانون المدني وبها تكون الإدارة في مركز متميز عن مركز الأفراد، فإن مرد ذلك هو اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يستهدف أساساً إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة، فإنه يخضع لمبادئ حاكمة لنشاطه أهمها دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد وهذا المبدأ يقتضي أن يحتوي العقد من الشروط ما يضمن قيام المرفق بأداء الخدمة بانتظام واطراد.

وعلى ذلك فإن خضوع العقد الإداري للتحكيم الدولي يصعب معه التسليم بذلك إلا إذا خضع العقد لنظام قضائي يمايز العقد الإداري من العقد المدني، كما يؤدي إلى تجرد جهة الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري⁽³⁾.

ومن جانبنا نتفق مع رأي الدكتور عصمت الشيخ الذي ذهب إلى أن التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد، ولكن ما يؤثر على تلك الطبيعة هو أن يطبق النزاع محل التحكيم قواعد غير تلك التي تقرها نظرية العقد الإداري، وعلى هذا الأساس فإنه إذا سُمح للإدارة أن تلجأ إلى التحكيم بصدد نزاع ناشئ عن تنفيذ عقد إداري، فإنه بإمكانها أن توفق بين ما يبتغيه المتعاقد معها من سرية وسرعة في حسم النزاعات وبين مطلبها في سمو مركزها بالنسبة لهذا المتعاقد، وهو ما يتحقق من خلال الآتي:

(1) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 255.

(2) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 27.

(3) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 257.

الفرع الأول

العمل على تضمين العقد المبادئ القانونية للعقد الإداري

في ظل إصرار المتعاقد الأجنبي على تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الإداري الدولي عن طريق التحكيم و قبول الدولة لهذا الشرط، بل و صدور قوانين تسمح بذلك، فإنه يتحتم على جهة الإدارة أن تنص في صلب العقد على أن القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري هي الواجبة التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذا العقد، ولا يجوز للإدارة أن تتعلل بأن النص على ذلك يكون بمثابة عامل غير مشجع للتعاقد مع الإدارة خاصة الشركات التي تملك الخبرة الفنية والإمكانات المالية، فإن هي تمسكت بذلك فستجد من يقبل هذا الحل ممن تتوافر فيه الشروط المتطلبة لتنفيذ المشروع خاصة في الوقت الحالي حيث انفتاح الحدود أمام الشركات العاملة في مختلف القطاعات، وقيام منافسة شرسة بين تلك الشركات. كما يجب على الإدارة أن تختار محكمها في هيئة التحكيم من بين المتخصصين في مجال القانون العام بحكم فهمهم لطبيعة العقد الإداري، والتي قد تصعب على غير المتخصص معرفتها والدفاع عنها.

ولما كان تضمين العقد مبادئ القانونية للعقد الإداري يتطلب أن يقوم به أهل الدراية بطبيعة هذا العقد فإنه يجب أن يشارك قضاة مجلس الدولة عند إبرام عقد إداري ذي طابع دولي وذلك بأن ينيب عددا من مستشاريه ليشارك الإدارة في صياغة بنود العقد، وعلى أن تكون هذه المشاركة ملزمة للإدارة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تطبيق التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية قدر الإمكان

ينقسم التحكيم من حيث المكان الذي يجري فيه إلى تحكيم داخلي يتم داخل الدولة حتى ولو تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر المنازعة المعروضة على التحكيم، وتحكيم خارجي يتم خارج الدولة.

ولما كان التحكيم الدولي -في أغلب الحالات- يكون بين أيدي محكمين أجانب يطبقون قانونا أجنبيا ونظرا لما لهذا الأمر من خطورة لا سيما إذا تعلق الأمر باستغلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز، أو عقود تمس الأمن القومي، فإنه يتحتم على جهة الإدارة في حالة إصرار المتعاقد الأجنبي على إدراج شرط التحكيم أن تجعل التحكيم داخليا إذ سيكون القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الوطني وسيكون المحكمين في الغالب وطنيين، وبالتالي تضمن الحفاظ على خصائص العقد الإداري وسلطات جهة الإدارة فيه⁽²⁾. وذلك ما طبقته مصر في عقدها للبحث عن البترول بالصحراء الغربية واستغلاله الذي تم سنة 1963 بين جمهورية مصر العربية و شركة فيليس للبترول والمؤسسة المصرية العامة للبترول على أن يحال إلى التحكيم طبقا لقانون الإجراءات المدنية لجمهورية مصر العربية أي نزاع يتعلق بين الحكومة والأطراف

⁽¹⁾ عصمت الشيخ، المرجع السابق، ص 238 و 239.

⁽²⁾ عصمت الشيخ، نفس المرجع، ص 241.

يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو الادعاء بمخالفته ولا تستطيع الحكومة والأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم⁽¹⁾.

وقررت في عقد البحث عن البترول واستغلاله في الدلتا وخليج السويس المبرم بناء على قرار رئيس الجمهورية رقم 164 لسنة 1963 في 1963/11/22 بين حكومة جمهورية مصر العربية والشركة الدولية للزيت المعدني (التابعة لمؤسسة أيني الإيطالية الحكومية) والشركة الشرقية للبترول والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة الجمعية التعاونية للبترول على أن يحال على التحكيم طبقاً للمادة 45 من القانون رقم 26 لسنة 1953 كل نزاع ينشأ بين الحكومة وبين طرف أو أكثر من أطراف هذا العقد يتعلق بتفسير هذا العقد أو تنفيذه أو كليهما.

الفرع الثالث

تطبيق القانون الوطني (الإداري) في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون معين إذا كان النزاع

يتعلق بعقد إداري دولي

من المسلم به أن للأطراف في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي الحق في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع⁽²⁾. وفي غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم، فإن استظهار نيتهم المفترضة توجد عدة مؤشرات موضوعية ومقبولة يستعين بها المحكم مثل قانون محل إبرام العقد، قانون محل تنفيذ العقد، محل إقامة المتعاقدين، موضوع العقد، مكان التحكيم. وإذا كانت الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفاً في عقد من العقود المتعلقة بالتجارة الدولية مع طرف آخر من أشخاص القانون الخاص كالأفراد أو الشركات الخاصة من رعايا الدول الأخرى، فإن هذا يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع⁽³⁾، لأن الأمر يتعلق بمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد اللذان تنعكس آثارهما بصورة أو بأخرى على الحلول القانونية للمنازعات التي تثار بشأنها.

وترتيباً على ذلك إذا كان النزاع المعروض على هيئة التحكيم ناتجاً عن تنفيذ عقد إداري ذي عنصر أجنبي، ولم يبين الخصوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة أو التي يتبعها الشخص القانوني العام المتعاقد، لو كان تنفيذ هذا العقد يجري خارج الدولة، حيث يكون متصلاً بمرفق عام موجود في دولة أخرى، كالعقد الذي تبرمه وزارة الخارجية مع إحدى

(1) أحمد أبو الوفاء، التحكيم التجاري والإجباري، المرجع السابق، ص 98.

(2) أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 129.

(3) مثال ذلك عقد القرض المبرم بين الدانمارك وملوي في أغسطس 1966 حيث نص في المادة 12 من العقد على خضوعه للقانون الدانماركي. وكذلك عقد القرض المبرم بين الولايات المتحدة وبريطانيا سنة 1957 حيث خضع العقد لقانون ولاية نيويورك. مشار إلى هذين العقدين لدى: محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص 452.

الشركات الأجنبية لترميم وصيانة إحدى السفارات الموجودة في دولة أخرى. ففي الفرض الأخير يمكن لهيئة التحكيم أن تراعي بجانب تطبيقها لقانون الدولة المتعاقدة أو التي يتبعها الشخص القانوني العام المتعاقد القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام في الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد، كقواعد اكتساب الملكية والقواعد التي تنظم تملك المباني، وعلاقات العمل، والحصول على تراخيص البناء⁽¹⁾.

نخلص مما سبق أن التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد وعلى سلطات الدولة المتعاقدة، ولكن ما يؤثر على تلك الطبيعة هو أن يطبق على النزاع محل التحكيم قواعد غير تلك التي تقرها نظرية العقد الإداري، أي يطبق عليه قانون آخر غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وبذلك تفقد الدولة المتعاقدة سلطاتها وامتيازاتها.

المطلب الثاني

أثر شروط الثبات على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي

بإرادتها المنفردة

يسعى المتعاقد الأجنبي إلى إدراج شروط الثبات ضمن العقد الإداري الدولي الذي يبرمه مع الدولة بهدف عدم المساس بهذا العقد مما يوفر له قدرا كبيرا من الحماية والحصانة في مقابل ما تتمتع به الدولة المتعاقدة من سلطات، فهي تؤثر على سلطتها في تعديل العقد وسلطتها في إنهائه بإرادتها المنفردة وسنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أثر شروط الثبات التشريعي على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي

بإرادتها المنفردة

تعرض الفقه وقضاء التحكيم لمسألة صحة شروط الثبات التشريعي والآثار التي تترتب عليها وسنتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف الفقه

يمكن التمييز في هذا الخصوص بين ثلاثة اتجاهات فقهية، حيث ذهب الاتجاه الأول إلى أن شروط الثبات تتفق مع الحرية التعاقدية للأطراف، وذهب الاتجاه الثاني إلى أن هذه الشروط لا تتفق مع سيادة الدولية، بينما ذهب الاتجاه الثالث إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين، وهذا ما سنبينه على النحو الآتي:

⁽¹⁾ عصمت الشيخ، المرجع السابق، ص 257 و 258.

1- الاتجاه الأول: شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد تتفق والحرية التعاقدية للأطراف

يستند هذا الاتجاه على مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها الذي يقتضي أن الدولة المتعاقدة لا يمكنها بأي حال من الأحوال إلغاء أو تعديل القانون الذي سبق و أن اتفقت مع متعاقدتها الخاص على تطبيقه على العلاقة التعاقدية⁽¹⁾، طالما أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بنصوص العقد. وبالتالي فإن شرط الثبات التشريعي الذي وافقت الدولة على إدراجه في صلب العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص الأجنبي يصبح شرطا صحيحا مرتبا لآثاره الملزمة⁽²⁾ أي مقيدا لسلطات وامتيازات الدولة المتعاقدة، ولا تستطيع الدولة -على إثر ذلك- مخالفتها وإلا تحققت المسؤولية الدولية في حقها. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الشروط تعد شروطا صحيحة في حد ذاتها استقلالا عن كل نظام قانوني، فشرط الثبات وعدم المساس شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم المدرجة في العقود الدولية، فكما تم الاعتراف لهذه الشروط الأخيرة بالاستقلال والذاتية عن العقود التي ترد فيها وذلك استقلالا عن كل نظام قانوني وطني، فكذلك الشأن بالنسبة لشروط الثبات وعدم المساس⁽³⁾.

رغم أن هذا الاتجاه لا يخلو من الوجهة، فمن جهة يؤدي تمتع هذه الشروط بالاستقلالية والذاتية إلى مقدرتها على ترتيب آثارها بغض النظر عن التعديلات التي تطرأ على القانون الوطني، نظرا لأن هذه الشروط تم سلعها عن كل قانون وطني وهو ما يُمكن المحكمة من الحكم بصحتها في جميع الأحوال وأيضا وفقا لهذا الرأي يمكن للمحكمة تقرير خطأ الدولة والقضاء بعدم إمكانية الاحتجاج بالتغيير الذي أجرته الدولة في مواجهة المتعاقد معها. إلا أنه أيا كانت المزايا التي تنسب إلى هذا الاتجاه فإنه لا يخلو من المساوئ أهمها أن إجبار الدولة على إدراج هذه الشروط في عقودها طويلة المدة وإنكار حقها في سريان تشريعاتها المتماشية مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية يؤدي إلى نوع من التحجر القانوني الذي لا يتناسب مع دورها كدولة يتعين عليها تطوير القانون بما يتلاءم مع تغير الظروف.

كذلك فإن هذا الرأي يعيبه أنه يقوم على افتراض يحتاج إلى إثبات، فهو يقيس ذاتية شروط الثبات وعدم المساس على ذاتية بعض الشروط الأخرى المعتاد إدراجها في العقود لا سيما شرط التحكيم، فإذا كانت استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه تعد مبدأ مستقرا ومعترفا به في غالبية الأنظمة القانونية، فإن الزعم باستقلالية شرط الثبات التشريعي يحتاج إلى إقامة الدليل عليه وهو ما لم يتحقق بصدد الرأي المعروض⁽⁴⁾.

¹⁾ TSCCHANZ. (P-Y), Contrats d'états et mesures unilatérales de l'état devant l'arbitre international, Rev. crit, DIP, p74.

²⁾ REGLI. (J-P), Contrats d'état et arbitrage entre états et personnes privées, Genève, Librairie de l'université Georg et S.A, 1983, p122.

³⁾ KAHN. (PH), Contrats d'état et nationalisation, les apport de la sentence arbitral du 24 mars, clunet 1982, p849-8950.

⁴⁾ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص346؛ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص112.

2- الاتجاه الثاني: عدم اتفاق شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد و سيادة الدولة

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات السيادة، حيث يعتبر أن شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية بما فيها العقود الإدارية الدولية، ليس لها أي قيمة قانونية ولا يترتب عليها أي أثر، فهذه الشروط عبارة عن شروط تعاقدية شأنها في ذلك شأن بقية الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، ومن ثم فإن هذه الشروط ليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد نفسه الذي يتضمنها، وبالتالي فإن شروط الثبات التشريعي تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة مثلها في ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد. هذا بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتخلى عن حقها السيادي، كما لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي لا غنى لها عنها للقيام بالمهام المكلفة بها⁽¹⁾.

تعرض هذا الاتجاه للنقد، حيث ذهب الأستاذ **Lalive**⁽²⁾ إلى القول بأن هذا الاتجاه يتبنى نظاما يسمح لأحد الأطراف من أن يتنصل بحرية من الالتزامات الواقعة على عاتقه، فهو يؤدي في نهاية الأمر إلى أن تحل بدلا من الرابطة التعاقدية رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الأضعف في العلاقة سواء كان هذا الطرف هو الدولة أو المتعاقد معها، وهو ما يؤدي إلى نوع جديد من أشكال النظام الإقطاعي، وهذه النظرية الجديدة نظرية هدامة تؤدي في نهاية المطاف إلى تعطيل ازدهار التجارة الدولية وتضر بالتنمية.

3- الاتجاه الثالث: التوفيق بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة

يذهب هذا الاتجاه إلى التوفيق بين فكرتي العقد والسيادة⁽³⁾، ووفقا له يتوقف الفصل في صحة شروط الثبات التشريعي أو عدم صحتها على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة.

ويقصد به النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له والذي يستمد منه صحته، وهو إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة وإما أن يكون القانون الدولي، وعلى هذا النحو فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين، الفرض الأول والذي يتم فيه إسناد العقد إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويكون خاضعا من حيث شروطه الموضوعية للقواعد التي يتضمنها هذا القانون ولا سيما القواعد التي تقرر مبدأ التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، ففي هذا الفرض يستقل القانون الوطني للدولة المتعاقدة بتحديد صحة شرط الثبات المدرج في هذا العقد ويقرر ما إذا كان هذا الشرط صحيحا أو باطلا، ويؤدي خضوع شرط الثبات إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة في الفرض السابق إلى تنوع واختلاف الآثار المترتبة تبعا لاختلاف موقف القوانين الوطنية الوضعية من صحة هذه الشروط وآثارها.

¹⁾ Weil. (P), Problèmes relatifs au contrats passés entre un état et un particulier, R.D.C, 1969, p32.

²⁾ Lalive. (J-F), Op cit, p13.

³⁾ Weil. (P), Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in mélanges offerts a Charles Rousseau, La communauté internationale, 1974, p812.

فهناك أنظمة قانونية قد تبيح على نحو مطلق إدراج هذه الشروط في العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي، وهناك أيضا أنظمة قانونية قد تحظر إبراد مثل هذه الشروط على نحو كامل وتحكم ببطلانها. وفي هذا الفرض يعتبر الشرط الوارد في العقد باطلا ولا تترتب أية مسئولية على عاتق الدولة المتعاقدة إذ لم تحترم هذا الشرط في علاقتها التعاقدية بالطرف الأجنبي.

ولكن إذا أدرجت الدولة المتعاقدة شروط الثبات في العقد مع علمها أن هذا الشرط محظور في قوانينها الداخلية فإنها تكون سيئة النية مما يحرك مسئوليتها الدولية.

أما الفرض الثاني هو الذي يكون فيه العقد مرتكزا على القانون الدولي العام، فإن هذا القانون هو الذي يحدد القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي، والآثار المترتبة على مخالفتها وعدم احترامها.

ويتحقق هذا الفرض عندما تتفق الأطراف المتعاقدة على إخضاع العقد للنظام القانوني الدولي، وذلك على الرغم من كون هذا العقد يخضع جزئيا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وعلى ذلك فإن صحة شروط الثبات التشريعي في هذا الفرض تعد نتيجة مترتبة على تدويل العقد، ولا يتضمن هذا الشرط أي تنازل من قبل الدولة المتعاقدة عن ممارستها لاختصاصها التشريعي ويتمتع هذا الشرط بالقوة الملزمة، ويترتب على مخالفته من قبل الدولة المتعاقدة إثارة مسئوليتها التعاقدية⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه حاول التوفيق بين الاتجاهين المتعارضين السالف عرضهما إلا أنه لم يكن بمنأى عن النقد، فهو يستند على إقامة تفرقة مصطنعة وعديمة الفائدة من الناحية العملية بين النظام القانوني الذي يستند إليه العقد ويستمد منه صحته وقوته الملزمة والقانون واجب التطبيق على العقد⁽²⁾، فلو أن العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبي أشار إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا العقد لا يخضع فقط من حيث الموضوع للقواعد القانونية التي يتضمنها هذا القانون، بل يندرج كلية تحت سلطان هذا القانون بحيث أن كل تغيير أو تعديل لهذا القانون يكون واجب التطبيق عليه بشكل تلقائي، ومن ثم يتعين الرجوع في هذا الفرض إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتحديد ما إذا كان شرط الثبات الوارد في العقد صحيحا أم لا، ولا يختلف هذا الحل بالضرورة في حالة العقد المدوّل، فقبول الدولة المتعاقدة خضوع العقد الذي تكون طرفا فيه للقانون الدولي على فرض تضمينه قواعد قانونية تنظم هذه العقود، أو للمبادئ العامة للقانون لا يعني مطلقا أن قانونها الوطني أصبح مستبعدا على نحو كامل، فمن ناحية لا يمدنا الواقع العملي إلا بحالات نادرة يتم فيها تدويل العقد على نحو كامل، ومن ناحية أخرى فإن إخضاع

(1) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، نفس المرجع السابق، ص 369.

(2) حول موضوع التفرقة بين فكرة النظام القانوني الأساسي والقانون الواجب التطبيق راجع:

MAYER. (P), Le mythe de l'ordre juridique de base(ou Grudlegung); études offerts ab. Goldman, 1982, p199; Lalive (J-F), L'état en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissements conclus avec des sociétés privées étrangères colloque uni droit, Rome, 1977, p323.

العقد للنظام القانوني الدولي ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات التي تتمتع بها كدولة لصالح الأجانب المتعاقدين معها⁽¹⁾.

ثانيا: موقف أحكام التحكيم

أثيرت مسألة صحة شروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عليها أمام محاكم التحكيم التي شكلت للفصل في المنازعات التي ثارت بين أطراف هذه العقود ونعرض أهم هذه الأحكام على النحو الآتي:

1- حكم التحكيم في قضية TEXACO/CALASIATIC⁽²⁾:

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في أن الحكومة الليبية أبرمت في الفترة من ديسمبر 1955 وحتى ابريل 1971 بعض عقود امتياز البنترول مع الشركتين الأمريكيتين **California Asiatic Oil Company** و **Texaco Overseas Petroleum Company**. ففي أول سبتمبر 1972 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 لسنة 1973 بتأميم (51%) من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين المذكورتين، ثم أصدرت الحكومة في 11 فبراير 1974 القانون رقم 11 لسنة 1974 بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين سالفتي الذكر ولقد أخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية في 2 سبتمبر 1972 بعزمهما اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما وذلك إعمالا لنص المادة 28 من عقود الامتياز المبرمة بينهما وبين الحكومة.

ولما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها ورفضت اللجوء إلى التحكيم توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية - طبقا لشرط التحكيم الوارد في المادة 28 سالفة الذكر - من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينهما وبين الحكومة، والذي قام بتعيين الأستاذ الفرنسي DUPUY كمحكم وحيد للفصل في النزاع.

ولقد تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة، منها مسألة صحة شروط الثبات والآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

وفي هذا الصدد بدأ المحكم بالتأكيد على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم لم يعد اليوم محل نقاش وأنه يعد تعبيراً عن سيادتها، بيد أنه تساءل عما إذا كانت ممارسة الدولة لهذا الحق لا تعرف أية قيود على الصعيد الدولي، وعما إذا كان الحق في التأميم على وجه الخصوص، والذي يعد تعبيراً عن سيادة الدولة، يخول لها الإخلال بالتزاماتها الدولية التي تعهدت بها في إطار هذه السيادة.

¹⁾ LÉBOULANGER. (P), Op .cit, p97, N°186 -187.

²⁾ le résumé de la sentence arbitrale publiée à: Clunet, 1977, p350.

- les commentaires sur la sentence de Texaco: LALIVE.(J-F), Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (arbitrage texaco-calasaiatic) C/Gouvernement libyen), Culnet, 1977, p319 ; RIGAUX. (F), Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale, Rev.Crit, 1978, p435; JONATHAN. (G-C), L'arbitrage texaco-calasaiatic contre gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 janvier 1977), A.F.D.I, 1977, p452.

ولقد أجاب المحكم بأن القانون الدولي يعترف بإجراءات التأميم سواء اتخذت في مواجهة المواطنين أو في مواجهة الأجانب الذين لم تتعهد الدولة قبلهم بأي التزام خاص يضمن لهم الاستمرار في مراكزهم، ثم فرق بين فرضين:

- الفرض الذي تبرم فيه الدولة المؤممة مع الشركة الأجنبية عقدا أساسه القانون الداخلي لهذه الدولة ويخضع له بالكامل، وفي هذا الفرض فإن تسوية المركز الجديد الناشئ عن التأميم يخضع للنصوص القانونية واللائحية النافذة في هذه الدولة.

- الفرض الذي تبرم فيه الدولة مع المتعاقد الأجنبي عقدا مدولا سواء يخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة (باعتباره قانونا تمت الإحالة إليه) المطبق في تاريخ نفاذ العقد والمثبت في هذا التاريخ ذاته بموجب شروط خاصة، أو لأن هذا العقد كان موضوعا مباشرة تحت سلطان القانون الدولي. وفي هذا الفرض فإن الوضع يختلف عن الوضع في الفرض السابق، فالدولة وضعت نفسها في إطار النظام القانوني الدولي لكي تتعهد اتجاه المتعاقد معها الأجنبي بضمان الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة معينة.

وفي مقابل هذا التعهد يلتزم الطرف الأجنبي بالقيام باستثمارات ضخمة وبعملات اكتشاف واستغلال للموارد البترولية في إقليم هذه الدولة متحملا كافة المخاطر الناجمة عن ذلك. وعلى هذا النحو فإن القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعتبر بمثابة ممارسة لاختصاص من القانون الداخلي بيد أنه يتضمن آثارا دولية منذ اللحظة التي تمس فيها إجراءات التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي التي تعد الدولة المؤممة طرفا فيه.

وعلى ذلك فإن الدولة لا يمكنها التمسك بسيادتها من أجل التنكر للتعهدات التي وافقت عليها بحرية في إطار هذه السيادة ذاتها. ولا يمكنها بالاستناد إلى إجراءات خاضعة لقانونها الداخلي وحده إهدار حقوق الطرف المتعاقد معها والذي قام بتنفيذ الالتزامات المتنوعة الملقاة على عاتقه بموجب العقد.

وفي ضوء هذه المبادئ قدر المحكم أنه من المناسب فحص ما إذا كانت إجراءات التأميم من قبل الحكومة الليبية ضد الشركتين المدعيتين يمكنها أن تتجاهل تعهدا معيناً من قبل الحكومة بعدم اتخاذها مثل هذه الإجراءات.

ولقد أوضح المحكم عدم وجود أي شرط في عقد الامتياز المبرم بواسطة الأطراف يحظر على الحكومة الليبية اللجوء إلى التأميم، ومع ذلك لاحظ المحكم أن هذا العقد يتضمن المادة 16 والتي تنص على أن "الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف. ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها".

ولقد ذهب المحكم إلى أن هذا النص الذي يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد الأجنبي لا يحمل من حيث المبدأ مساسا بسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن الدولة قد التزمت به بحرية، بل أيضا لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي في مجال البترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية لدولة ليبيا، فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين واللوائح في مجال البترول اتجاه كل من المواطنين والأجانب -على حد سواء- الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذا الالتزام. وينحصر دور المادة 16 فقط في عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية في مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد. ومن ثم فإن التعديلات التي يمكن أن تتجم عن تبني قوانين ولوائح جديدة لا يمكنها المساس بحقوق هؤلاء الأطراف إلا بالموافقة المتبادلة من قبل كل من الطرفين.

وهكذا فإن الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولي لا يكفي لتحويل الدولة الحق في أن تتجاهل تعهداتها، إذ أن القانون الدولي ذاته يعترف أيضا للدولة بالقدرة على أن تتعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق وذلك بقبولها إدراج شرط ثبات في عقد مبرم مع شخص أجنبي⁽¹⁾.

2- حكم التحكيم في قضية AMINOIL⁽²⁾:

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في أنه في عام 1948 أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاما، ولقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس بحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريان العقد. ولكن عندما رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للاتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للبترول والتي تم التوقيع عليها في طهران عام 1971 وفي جنيف عامي 1972 و1973 قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد وتأميم الشركة بموجب القرار بقانون رقم 124 لسنة 1977. وتمسكت الشركة باللجوء إلى التحكيم وتم إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في 22 يوليو 1979 وتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة من كبار فقهاء القانون الدولي هم الأستاذ (P).REUTER بصفته رئيسا والأستاذ (G).FITZMAURICE، والأستاذ حامد سلطان بصفتهما عضوين.

وكان من بين المسائل التي عرضت على محكمة التحكيم المسألة محل البحث وهي مدى صحة شروط الثبات والآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

⁽¹⁾ سراج حسين ابو زيد، المرجع السابق، ص 129 و 130.

⁽²⁾ la sentence arbitrale publiée à: Clunet, 1982, p869.

les commentaires sur la sentence d'AMINOIL :

KAHN. (PH), Op cit, p844 ; BURDEAU, Droit international d'état, La sentence Aminiol C, Kouit du 24 Mars 1982, A.F.D.I, 1982, p454 ; LAVILE.(J-F), Contrats entre états ou entreprises étatique et personnes privées, Développements récents, Op cit, p147.

وفي هذا الخصوص أكدت محكمة التحكيم على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأمين ليس محلا للنقاش. وأن شروط الثبات المدرجة في العقد قد قصد الأطراف من ورائها الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة. ولما كان التأمين لا يعد من قبيل اعمال المصادرة إذ أنه يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب، فإن شروط الثبات الواردة في العقد موضوع النزاع لا تستهدف إجراءات التأمين.

ولقد رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التي تمسكت بها الشركة ومفادها أن شروط الثبات الواردة في العقد قد تم صياغتها بعبارات مطلقة وفضفاضة بحيث تكفي بذاتها لحظر اللجوء إلى التأمين، وأكدت على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأمين تعد جائزة قانونا. بيد أن مثل هذا التعهد الخطير بعدم التأمين يجب أن يكون محل نص صريح وأن يكون لفترة زمنية محددة. ومن ثم فإن التعهد بعدم التأمين لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التي وردت في العقد بعبارات عامة، ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة ستين عاما.

ومما تجدر الإشارة إليه أن محكمة التحكيم قد حرصت على التأكيد على أنه إذا كان من غير الممكن تفسير شروط الثبات على أنها تعد بمثابة عقبة في طريق التأمين، فليس معنى ذلك أن هذه الشروط تفقد كل مالها من قيمة وفعالية، فهذه الشروط نظرا لكونها تقتضي ضمنا أن لا يكون للتأمين طابع المصادرة فإنها تعزز من ضرورة التعويض المناسب باعتباره شرطا لصحة التأمين⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أثر شرط ثبات العقد على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي بإرادتها

المنفردة

الأصل في عقود القانون الخاص سريان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين للأسباب التي يقرها القانون، هذا المبدأ غير مطبق في العقد الإداري، بل إن من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية هو حق الإدارة في تعديل شروط العقد وحققها في إنهائه بإرادتها المنفردة، وهذان الحقان مقرران للإدارة دون حاجة للنص عليهما في العقد، ولا يجوز للإدارة التنازل عنهما⁽²⁾.

⁽¹⁾ سراج حسين ابو زيد، المرجع السابق، ص 139.

⁽²⁾ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 430؛ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 274؛ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204؛ علي فحام، المرجع السابق، ص 3؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1993.

وفي العقود الإدارية الدولية يحرص المتعاقد الأجنبي عند إبرامه لمثل هذه العقود أن يضمنها شرط ثبات العقد وعدم المساس به، وهنا تثار مسألة تأثير هذا الشرط على سلطات الدولة المتعاقدة، وسنتناول موقف الفقه وقضاء التحكيم من هذه المسألة من خلال الفرعين الآتيين:

أولاً: موقف الفقه

أثار وجود شرط ثبات العقد وعدم المساس به ضمن شروط العقد الإداري الدولي اختلافاً بين الفقهاء حول مدى تأثيره على سلطات الدولة المتعاقدة، وانقسم الفقه إلى اتجاهين، حيث ذهب الاستاذ SAMUAL ASANTE إلى القول: "عقود الدولة مجال خصب تتصارع فيه الأفكار المتضادة، فبينما يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة تأسيساً للمبادئ السائدة في النظرية التقليدية للعقد إلى ضرورة المحافظة على قدسية العقد وعدم المساس به وثباته منذ لحظة إبرامه وحتى انتهاء تنفيذه، فإن الدولة النامية الطرف الآخر في العقد ترى ضرورة الانحياز عن هذه المبادئ التقليدية من أجل أن يتمتع العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي بمرونة أكبر.

ومن أجل الفوز بمبدأ ثبات العقد وعدم تعديل أحكامه فإن الشركات الأجنبية تركز بالضرورة على النظر إلى العقد المبرم بينها وبين الدولة على أنه مجرد عقد تقليدي تم إبرامه والاتفاق على شروطه وأحكامه من خلال الإرادة الحرة لطرفيه. ويتمخض عن هذا التكييف التقليدي لعقد الدولة أن هذا العقد يعتبر نظاماً ثابتاً يحدد حقوق الأطراف والتزاماتهم على نحو نهائي وفاصل لا يقبل أي تعديل أو تغيير طوال مدة سريانه. ومن هنا فإن أي خروج على مقتضى نصوص هذا الاتفاق يعتبر انتهاكاً لقدسية العقد. فعقود الدولة ليست إلا مجرد نموذج ثابت يعبر عن الأفكار السائدة في النظام الغربي والذي يرى في العقد الوسيلة التقليدية للتفاوض في إطار المعاملات التجارية.

فوفقاً للاتجاه الغربي لا يعتبر عقد الدولة معبراً عن علاقة تعاقدية بين أطرافه على نحو يقبل معه إجراء التعديل والتغيير تبعاً لتغير الظروف، وإنما مجرد اتفاق يحدد فيه حقوق الأطراف والتزاماتهم على نحو نهائي، فيكسب أحدهما ويخسر الآخر".

كما يرى الاستاذ SAMUAL ASANTE أنه لا بد من تبني نظرية موضوعية أو وظيفية للعقد تسمح بالأخذ بعين الاعتبار التطورات السياسية وما يتبعها من تغير في الظروف الاقتصادية للدولة المتعاقدة وأيضاً تضع في اعتبارها فكرة المصلحة العامة للدولة المتعاقدة. كذلك فإن هذه العقود يجب أن تتضمن شروطاً تقتضي مراجعة النصوص التعاقدية غير العادلة وغير المنصفة لأحد أطرافها⁽¹⁾.

أما الدكتورة **حفيظة السيد الحداد** تذهب إلى أن شرط ثبات العقد أخفق في تحقيق وظيفته المنوط به القيام بها ألا وهي تقييد ارادة الدولة وغل يدها عن المساس بالعقد سواء تمثل هذا المساس في صورة انتهاء العقد بالإرادة المنفردة أو تعديله أو سريان القواعد الجديدة عليه والتي يحظر شرط الثبات سريانها على العقد.

¹⁾ SAMUEL K.B.ASANT, Stability of contractaul relations in the transnational investment process», Inter. Com.L.Q, 1979, p404.

واخفاق شرط ثبات العقد عن أداء وظيفته لا يعني فشله كشرط تعاقدى في لفت الأنظار الى الصراع القائم بين مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة، مصلحة الدولة الطرف في تأكيد سيادتها على مواردها الاقتصادية وتوجيه استغلال هذه الموارد الى الاستغلال الافضل والمحقق لمصالحها. تلك المصلحة العامة التي تبرر للدولة بوصفها سلطة سيادية حق المساس بالتوازن الأصلي للعقد عن طريق تعديله أو إنهائه بالإرادة المنفردة أو تعديل القوانين الجديدة الصادرة لتسري عليه على الرغم من وجود شرط ثبات العقد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى مصلحة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة والذي يستثمر على أراضيها رؤوس أموال ضخمة في ثبات العقد واستقراره وعدم المساس به؛ لأن في ذلك المساس انهيار للتوازن المالي والاقتصادي الذي بناء عليه قام هذا الطرف بالتعاقد مع الدولة.

وتضيف الدكتورة **حفيظة السيد الحداد** الحل الوحيد لتعويض هذا الفشل الذي قابل شرط ثبات العقد هو تحويل وظيفته من شرط يهدف الى تجميد دور الدولة الى شرط يلعب نفس الدور الذي تؤديه فكرة الشرط الجزائي في القانون المدني⁽¹⁾.

ثانياً: موقف قضاء التحكيم

ذهب قضاء التحكيم في بعض أحكامه إلى أنه إذا لم يتضمن العقد الإداري الدولي شرط ثبات العقد أو عدم المساس به، فإن من حق جهة الإدارة تعديل العقد، ومن أمثلة ذلك قضية شركة بريطانية ضد هيئة آثار افريقية⁽²⁾، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد الشركات البريطانية قد تعاقدت مع هيئة آثار افريقية على تهيئة الواجهة الخاصة لأحد المتاحف مع اجراء أعمال خاصة بالعزل على الأسطح والأرضيات وتضمن العقد تحديد الأعمال المطلوبة وأسعارها ومواعيد تنفيذها، كما تضمن شرط التحكيم تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري.

وقد لاحظت الجهة الإدارية بعد توقيع العقد وتنفيذ جزء منه أن أعمال العزل للأسطح قد حدد لها ثمن يقل عن أعمال عزل الارضيات، ورأت الجهة الإدارية أن التشابه بين البندين شديد، وأنه لا داعي لفرق الثمن في كل متر مربع، فقررت تخفيض ثمن عزل الارضيات وأن يطبق عليها سعر عزل السطح رغم أن سبعة أثمان المساحة قد تم عزلها بالفعل، واعترضت الشركة المنفذة على ذلك وقررت اللجوء إلى قضاء التحكيم.

وخلصت محكمة التحكيم إلى أن هذا العقد هو عقد إداري، وأن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي من أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، وأن مقتضى هذه السلطة أنه لما كانت جهة الإدارة تستهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد في أداء الخدمات العامة

(1) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص 400.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 2002، ص 20.

على النحو الذي يحقق الصالح العام، فإنها تملك وحدها وإرادتها المنفردة -وعلى خلاف ما هو مألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم- حق تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها، دون أن يحتج عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وقررت محكمة التحكيم بناء على ذلك تعديل العقد، بحيث يتم تنفيذ الجزء الباقي وهو 8/1 من إجمالي مساحة السطح حسب رغبة جهة الإدارة في التعديل على أساس السعر الرخيص⁽¹⁾.

كما أنه في حالة خلو العقد الإداري الدولي من شرط ثبات العقد، فإن من حق جهة الإدارة إنهائه بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته ودون خطأ من جانب المتعاقد معها، وذلك تجاوبا مع مقتضيات المصلحة العامة وحاجة مرافق الدولة، وليس للطرف الآخر معها سوى المطالبة بالتعويض عما لحق به من خسارة وما فاته من كسب.

ومن أمثلة ذلك أيضا قضية مكتب هندسي استشاري إفريقي ضد بنك زراعي إفريقي⁽²⁾، وتتلخص وقائع القضية في أن بنك زراعي (إفريقي) أراد أن يقوم بإنشاء مخازن للأسمدة والغلل وجلب المعدات، وعهد إلى مكتب هندسي استشاري (إفريقي) بعمل الدراسات اللازمة وتصميم الأعمال المطلوبة خلال فترة ثمانية وأربعين شهرا من تاريخ بدء الخدمات الاستشارية على أن يقوم البنك بدفع الأتعاب المتفق عليها، إلا أن البنك قد توقف عن دفع الأتعاب منذ شهر ابريل 1993 مما دفع المكتب الاستشاري إلى اللجوء إلى التحكيم وفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وطالب بالتعويض مستندا في ذلك إلى أن العقد ينص على أن تصرف الأتعاب بواقع مبلغ معين سنويا وتسد على هيئة دفعات شهرية ثابتة.

وقدم البنك مذكرة أوضح فيها أنه قد خرج من الاتجار في مستلزمات الإنتاج وتركها للقطاع الخاص نتيجة لسياسة التحرر الاقتصادي وتعليمات صندوق النقد الدولي مما دفع البنك إلى خفض قرض مشروع التخزين وإعادة هيكلته والاكتفاء بما تم تنفيذه من مخازن ومستودعات، وأشار إلى أن ذلك يدخل في إطار نظرية الظروف الطارئة وفقا لقضاء المحكمة الإدارية العليا. وقد دفع المكتب الاستشاري بأن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق لكون قرض البنك الدولي لا يمثل سوى 40% من تمويل المشروع محل التعاقد، وأن القرض لم يبلغ كلية وإنما تم تخفيضه من 40 مليون دولار إلى 18 مليون، ومن ثم لا يمكن القول بأن إمكانية تنفيذ 78% من المشروع يتوازى مع القول بانطباق نظرية الظروف الطارئة.

وقد أوضحت محكمة التحكيم في قرارها أن العقد المبرم بين الطرفين قد نظم علاقتهما على نحو كامل، وقد نص على حق البنك في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وعلى ذلك يكون للبنك أن ينهي العقد في

⁽¹⁾ لمزيد من الأمثلة عن التعديل في العقود الإدارية الدولية: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، ب.د.ن، 1986، ص293؛ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص359.

⁽²⁾ محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص135. ولمزيد من الأمثلة عن إنهاء العقود الإدارية الدولية بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص172.

الوقت الذي يراه مناسباً وفقاً للأسباب والدواعي التي يقدرها، وهو في ذلك لا يحتاج للاحتماء بنظرية الظروف الطارئة أو غيرها.

ويلاحظ أن محكمة التحكيم قد أقرت سلطة جهة الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد الإداري الدولي بالإرادة المنفردة، وبالضوابط التي أقرها الفقه والقضاء في نظرية العقود الإدارية، وهي مراعاة مصلحة المرفق والمصلحة العامة، وعدم الانحراف بالسلطة التقديرية المخولة لها.

وأخيراً بعد استعراض موقف الفقه وقضاء التحكيم في مسألة أثر شروط الثبات على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي بالإرادة المنفردة نرى من جانبنا أنه لما كان الطرف الأجنبي يسعى إلى الحماية من التغييرات التشريعية أو اللائحية أثناء فترة التعاقد و من تدخل الدولة لتعديل العقد بإرادتها المنفردة، فإنه يكون لزاماً على الدولة في مثل هذه الظروف التعاقدية أن تقبل هذه الشروط التي تقلص امتيازاتها في العقد الإداري الدولي، والتي تغير إلى حد كبير من طبيعته القانونية من عقد إداري صرف إلى عقد ذو طبيعة مركبة جديدة على العقد الإداري.

كما أن رفض كل قيمة قانونية للتعهد الصادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها، فإذا كان الأطراف يدرجون عادة شروط الثبات وعدم المساس في العقود التي يبرمونها، فإن ذلك لأنهم يقدرون -بكل وضوح- بأنها تعد صحيحة وفعالة في آن واحد، ولا يعتبرونها عديمة الجدوى فالدولة التي توافق على إدراج مثل هذه الشروط في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية مع إيمانها بأن هذه الشروط لن يكون لها أدنى أثر على ممارسة سلطاتها السيادية تخالف بكل وضوح مبدأ حسن النية. كذلك لما كانت شروط الثبات وسيلة الدولة المتعاقدة لطمأنة الطرف الأجنبي من أجل جذب الاستثمارات فإن القول بحق الدولة المطلق في تغيير العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي يؤدي إلى صعوبة -إن لم نقل استحالة- إقناع الطرف الأجنبي بأن يتعاقد مع الدولة في أمور تكون في أشد الحاجة إليها⁽¹⁾.

المبحث الثالث

موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية

لما كان التحكيم وسيلة مهمة من وسائل حسم المنازعات الناشئة عن العلاقات الدولية لأهميته الكبيرة المتأتمية من المميزات التي يوفرها لأطراف تلك العلاقات، لذلك غالباً ما يلجأ أطراف العقود الإدارية الدولية للتحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود. ومن هذه المنازعات امتناع أي من طرفي العقود الإدارية الدولية عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإذا كان القضاء الإداري الفرنسي والمصري قد تشددا في رفض تطبيقه في نطاق العقود الإدارية، ثم عدلا عن هذا الموقف وأجازا تطبيقه -في بعض الحالات- في نطاق هذه العقود، فإن قضاء التحكيم تأرجح بين رفض وإقرار تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود

(1) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص 396.

الإدارية والدولية، حيث أقره في بعض الحالات ورفض تطبيقه في حالات أخرى، وسوف نتناول ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حالات إقرار قضاء التحكيم تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية

أقر قضاء التحكيم في بعض المنازعات التي عرضت عليه حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ سواء من جانب الدولة ذاتها أو ممثلة في أجهزتها المختلفة، أو من جانب المتعاقد الأجنبي، كما أقر قضاء التحكيم الدفع بعدم التنفيذ إذا اتفق الأطراف على إدراج شرط التمسك به في العقد، وسوف نعرض لهذه الحالات في الفروع الآتية:

الفرع الأول

إقرار قضاء التحكيم حق المتعاقد الأجنبي في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

على الرغم من ما تتمتع به جهة الإدارة من سلطات واسعة في العقد الإداري مردها مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، و إلى ما استقرت عليه أحكام القضاء من تغليب للمصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فإنه قد تخل جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها مع المتعاقد الأجنبي وفي هذه الحالة يكون من حقه أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبلها، وقد أكد قضاء التحكيم ذلك من خلال حكم قضية شركة مقاولات افريقية ضد جهة حكومة افريقية⁽¹⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن حكومة دولة افريقية قامت بالإعلان عن مناقصة محدودة لتنفيذ قطاع معين من الطريق الدائري، وبعد تقديم العطاءات تم إسناد المناقصة إلى شركة مقاولات افريقية، وتم الاتفاق بين الطرفين على تنفيذ 12 عملا صناعيا، منها خمسة مشايات وسبعة كباري، وذلك خلال ثمانية أشهر تبدأ من تاريخ استلام الموقع خاليا من الموانع وصرف دفعة مقدمة، ونظرا لضيق الوقت وضخامة العمل المطلوب من الشركة، فقد قام المقاول بتوفير المعدات والعمالة والمواد في ضوء البيانات المتاحة بقائمة الكميات والمواصفات، إلا أن جهة الإدارة لم تقم بسداد الدفع المقدمة إلا بعد سبعة أشهر من تاريخ توقيع العقد، كما لم تقم بتسليم موقع الأعمال نتيجة لوجود عوائق تحول دون ذلك، وهو ما يعد إخلالا من جانب جهة الإدارة بالتزاماتها.

وقد أدى ذلك إلى أن المقاول لم يستطع الوفاء إلا بنسبة 10% من التزاماته بعد مرور أربعة أشهر كاملة، ونظرا لكثرة العوائق توقف العمل وبدأت جهة الإدارة في إزالة العوائق لتمكين المقاول من العمل

⁽¹⁾ حكم التحكيم الصادر عن مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 14/07/1996 في القضية رقم 77 لسنة 1996. محي الدين علم الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص65؛ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص151.

حيث تم إعادة تسليم الموقع بعد سبعة أشهر. وأضافت الجهة الإدارية بعض الأعمال الأخرى تمثل 15% من قيمة العقد بموجب خطاب موجه منها إلى المقاول. ونتيجة لإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وذلك بعدم قيامها بسداد الدفعة المقدمة فور التعاقد وتسليم الموقع خالياً من الموانع، وإيقاف الأعمال بناءً على تعليمات السلطات، وكذلك إصدار أوامر تعديل لتتماشى مع ظروف الموقع، فقد استمر العمل حتى منتصف عام 1996 أي بزيادة قدرها أربع سنوات عن مدة العملية الأصلية وقدرها ثمانية أشهر، وهو ما أدى إلى وجود زيادة في أسعار مواد البناء والعمالة وضغط برنامج التنفيذ واختلال التوازن المالي للعقد وتحمل المقاول خسارة فادحة لأسباب لا ترجع له.

وقد طالب المقاول -الشركة المتعاقدة- بالتعويض استناداً إلى فتاوى مجلس الدولة المتعددة، وما استقرت عليه الأحكام من أن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها المتمثلة في عدم تسليمها الموقع المتفق عليه في المواعيد المحددة إلى تاريخ لاحق للتاريخ المحدد للانتهاء من تلك المرحلة يشكل خطأ عقدياً من جانبها يخول للمتعاقد الحق في طلب التعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا التأخير. وبعد أن استعرضت محكمة التحكيم النصوص القانونية خلصت إلى ثبوت ركن الخطأ في حق جهة الإدارة، وقضت بإلزام الحكومة الإفريقية بتعويض قدره 30% من إجمالي قيمة العقد.

وما يهمننا هنا هو التأكيد على أن إخلال الجهة الحكومية الإفريقية بالتزاماتها الأساسية، وهي سداد الدفعة المقدمة، وتسليم الموقع خالياً من العوائق كان مبرراً أساسياً لعدم نسبة أي إخلال لشركة المقاولات رغم تأخرها في التنفيذ، وهو ما يعني أن محكمة التحكيم قد أقرت حق الشركة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبل الجهة الإدارية، وبالتالي عدم توقيع جزاءات عليها نتيجة تأخرها في تنفيذ التزاماتها في الميعاد المحدد وهو ما يتماشى مع ما سبق أن خلص إليه قضاء مجلس الدولة المصري من أن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها الأساسية وإخلالها الجسيم بحقوق المتعاقد يستوجب الخروج عن الأصل العام في الدفع بعدم التنفيذ، ويعطي المتعاقد الحق في التمسك به⁽¹⁾.

وأكد قضاء التحكيم اتجاهه السابق في عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام B.O.T، فقد نصت المادة 16 منه⁽²⁾ على أنه: "يمنح المالك خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد، وينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة، وفي حالة التأخير في تسليم الموقع

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 12231 لسنة 47 ق، جلسة 2005/09/04. وكذلك حكمها في الطعن رقم 10572 لسنة 47، جلسة 2004/11/30. وحكمها في الطعن رقم 2801، لسنة 45 ق، 2002/01/15، مجلة المحاماة، العدد الثالث، 2003، ص 355.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي تراخي الإدارة في تسليم المقاول خرائط العمل اللازمة للتنفيذ مبرراً لعدم تنفيذه العقد في الميعاد: C.E 9Avril 1954, société d'études générales optiques et radiophonique, R.D.P, 1954, p835.

⁽²⁾ أنظر المادة 16 من عقد منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الB.O.T، الوقائع المصرية، العدد رقم 264، تابع (أ) بتاريخ 19/11/1998.

بسبب المالك فإنه يجب أن تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع".

ويمثل هذا النص حالة من الحالات التي يجوز فيها للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من خلال منحه الحق في إضافة مدة التأخير في تنفيذ جهة الإدارة لأحد التزاماتها الأساسية، وهو تسليم موقع العملية خالياً من العوائق إلى مدة تنفيذ العملية، وذلك من خلال تمديد فترة الالتزام، ودون أي مسؤولية عليه في هذا الشأن.

كما أكد قضاء التحكيم اتجاهه السابق في قضية شركة أوروبية ضد مؤسسة عامة في إحدى الدول العربية⁽¹⁾ والتي تتلخص وقائعها في أن مؤسسة عامة في إحدى الدول العربية تعاقدت مع شركة أوروبية على إنشاء مرافق عامة، وتم الاتفاق على تعيين مهندس استشاري للعملية (شركة أوروبية أخرى)، وأثناء تنفيذ العقد قامت المؤسسة العامة بعزل المهندس الاستشاري المتفق عليه، وبدلاً من الاتفاق مع الشركة المتعاقدة على تعيين مهندس بديل قامت بتكليف أحد الأجهزة التابعة لها بالقيام بدور المهندس الاستشاري وقد اعترضت الشركة المتعاقدة على ذلك.

وبعد استكمال الأعمال تقدمت الشركة المتعاقدة بطلب إلى غرفة التحكيم الدولية للمطالبة بالأجور الزائدة، والمتمثلة في تكاليف العمالة والمواد والمعدات الناتجة عن إخلال المؤسسة العامة بالتزامها بتعيين مهندس استشاري للعملية، وقد دفعت الجهة المتعاقدة ذلك بأن الشركة المتعاقدة لم تتقدم بهذه الطلبات في الميعاد المنصوص عليه في العقد، وهو ما يؤدي لسقوط حقها.

وذهبت محكمة التحكيم عند نظرها للموضوع إلى تكليف العقد بأنه عقد إداري، وأقرت بحق الجهة المتعاقدة في عزل المهندس الاستشاري، إلا أنها اعتبرت أن عزل المهندس الذي وافقت عليه الشركة المتعاقدة عند إبرام العقد وتعيين شخص بديل تابع لها يشكل مبرراً للشركة المتعاقدة يؤخذ في الاعتبار عند تقدير عدم التزامها بالمواعيد المنصوص عليها في العقد.

وما يهمنا في هذا المقام هو أن هيئة التحكيم قد اعتبرت أن إخلال الجهة المتعاقدة بالتزامها بتعيين مهندس استشاري للعملية، وذلك بعزلها للمهندس المتفق عليه عند إبرام العقد وعدم تعيين مهندس بديل له وتعيين أحد أجهزتها للقيام بالإشراف على العملية مبرراً لعدم التزام الشركة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها في المواعيد المتفق عليها، سواء تمثلت في تقديم طلب الزيادة في تكاليف العمالة والمواد والمعدات، أو تنفيذ العملية في المواعيد المتفق عليها، حيث لم تلزم هيئة التحكيم الشركة المتعاقدة بأية غرامات أو تعويضات للجهة المتعاقدة عن مدة تأخيرها في التنفيذ، بل لم تسقط حقها في المطالبة في الأجور الزائدة.

وذلك يعني أن هيئة التحكيم أضافت مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية وأعفت الشركة المتعاقدة من المسؤولية عنها، لكونها ناتجة عن إخلال الجهة المتعاقدة بالتزاماتها، وهو ما يتماشى مع قضاء وإفتاء

⁽¹⁾ هذه القضية مشار إليها لدى: محمد نور شحاته، عقود تسليم المفتاح، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس عشر، ديسمبر

مجلس الدولة في إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية وإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير عنها، متى كانت راجعة إلى إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها كلها أو بعضها، ومن أحكام مجلس الدولة في هذا الخصوص، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1969/1/11⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "أن الشركة كانت على استعداد لتنفيذ التزامها بتوريد السيارات قبل الميعاد المحدد بالعقد لولا أن حال بينها وبين التنفيذ أسباب أجنبية خارجة عن إرادتها مردها إلى الحكومة التي أصدرت قرارا بوقف الإفراج عن هذه السيارات، وعلى إثر إخطار الهيئة بذلك كتبت إلى مراقبة الاستيراد للموافقة على إعفاء الهيئة من التعليمات الصادرة من وزارة الاقتصاد، وظل الأمر معلقا حتى تمت الموافقة على الإفراج عن السيارات، فقامت الشركة بتسليمها فورا إلى الهيئة التي قبلتها وقبلت عذرها في التأخير فرفعت غرامة التأخير بعد توقيعها، وأسست الرفع على عدم مسؤوليتها - الشركة - عن التأخير لحدوثه نتيجة أسباب خارجة عن إرادتها. كما أن الهيئة بإهمالها الشركة بعد انتهاء المدة المحددة للتوريد تكون قد اعتبرت العقد قائما، وأنه قد امتد حتى الميعاد الذي تم فيه التوريد فعلاً".

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا أيضا حكمها بتاريخ 1994/01/15⁽²⁾ والذي جاء فيه: "توقيع غرامة التأخير يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة في ضوء ما تراه محققا للمصلحة العامة، وعدم صرف المستخلصات في الميعاد المعقود من جانب جهة الإدارة يترتب عليه عدم وجود سيولة مالية لازمة للاستمرار في التنفيذ مما يجوز معه لجهة الإدارة احتساب هذه المدة مدة توقف تدخل في حساب مدة التأخير التي توقع فيه غرامة التأخير".

وقد أخذت الأحكام الحديثة لمجلس الدولة المصري بذات المبدأ، وهو إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العقد، متى كان ذلك راجعا لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد أو إلى فعل جهة الإدارة، حيث قررت إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان التأخير في تسليم الأعمال راجعا لأسباب ترجع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة أو لقوة القاهرة لا دخل للمتعاقد فيها، وهو ما يعني إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية دون مسؤولية في ذلك على المتعاقد.

ومن أحكام المحكمة الإدارية الحديثة في هذا الخصوص حكمها الصادر 2007/01/09⁽³⁾ من أنه: "... يجب على المقاول إنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، ويجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة منح المقاول مهلة إضافية لإتمام التنفيذ مع توقيع غرامة تأخير عليه عن المدة التي تأخر فيها حتى ميعاد التسليم المؤقت، وهذه الغرامة طبقا

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 147 لسنة 11ق، جلسة 1969/1/11، مجموعة المكتب الفني السنة 14، ج1، ص232.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1208 لسنة 36ق، جلسة 1994/01/15، مجموعة المكتب الفني السنة 39، ج1، ص649.

⁽³⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 5628 لسنة 47ق، جلسة 2007/01/09.

للمستقر عليه في قضاء هذه المحكمة هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في الموعد المتفق عليه حرصا على سير المرفق العام بانتظام، ومناطق توقيعتها أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في إتمام تنفيذ الأعمال خلال المدة المقررة، ويعفى منها إذا كان التأخير في تسليم الأعمال لأسباب ترجع للجهة الإدارية المتعاقدة أو لقوة قاهرة لا دخل له فيه".

ومن أحكام المحكمة الإدارية الحديثة أيضا حكمها الصادر في 27 مايو 2008⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "من حيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصا على حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير. كما أن إقرار الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد ترتيبا على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير، وأنه إذا تسلمت الإدارة الأعمال المسندة للمقاول تسليما ابتدائيا فلا يجوز لها بعد ذلك توقيع غرامة التأخير".

وقد أخذ إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى بذات النهج الذي أخذت به المحكمة الإدارية العليا ومن ذلك فتوها بتاريخ 1991/06/05 والتي انتهت فيها إلى إضافة مدة التأخير التي لا دخل لإرادة المتعاقد فيها إلى مدة تنفيذ العملية، وإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير وقد جاء في هذه الفتوى أن: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المقابلة هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدرا أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد، فيحق للطرفين أن يتفقا على زيادة مدة التنفيذ بقدر ما تأخرت الجهة في تنفيذ التزامها بأداء مقابل الأعمال، أما إذا خلا التعاقد من هذا الاتفاق أو الشرط فلا يحق للمتعاقد أن يطلب إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية.

وتبين للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن المادة 81 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 بتنظيم المناقصات والمزايدات تنص على أنه: "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز لسلطة الاعتماد إذا اقتضت المصلحة العامة لإعطائه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13737 لسنة 50 ق، جلسة 2005/5/27. أنظر أيضا في ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 9686 لسنة 45 ق، جلسة 2006/3/28.

إنهاء العمل بعد الميعاد المحدد إلى أن يتم التسليم المؤقت، ولا يدخل في حساب مدة التأخير مدة التوقف التي تثبت لجهة الإدارة نشوؤها عن أسباب قهرية".

ومتى كان ما تقدم وكان البين في الحالة المعروضة في التقرير الفني عن أسباب تأخير الشركتين المذكورتين في إتمام الأعمال التي أسندت إليهما أن هذا التأخير يرجع إلى ظروف لا دخل لإرادتهما فيها وأن الجهة الإدارية قررت بناء على ذلك إعفاؤهما من غرامة التأخير لما قدرته من عدم مسؤوليتهما في هذا الشأن، ومن ثم يجوز إعفاء الشركتين من هذه الغرامة، ولا يقتضي هذا اتخاذ إجراءات التنازل عن أموال الدولة طبقاً للقانون رقم 29 لسنة 1958.

ومن فتاوى الجمعية العمومية في هذا الخصوص أيضاً فتواها الصادرة بتاريخ 13/06/1996 والتي خلصت إلى أنه متى كان توقف المتعاقد عن العمل راجعاً لأسباب خارجة عن إرادته، فإنها تحسب مدة توقف خارجة عن إرادة المتعاقد، ولا يفرض عليه بالتالي غرامة تأخير عنها. وقد جاء بهذه الفتوى أنه: "تبين للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن المادة 147 من القانون المدني تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون...". وتنص المادة 148 من القانون على أن: "(1) يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". كما تبين لها أن المادة 81 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات تنص على أن "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها، ولا يدخل في حساب مدة التأخر مدد التوقف التي يثبت لجهة الإدارة نشؤها عن أسباب قهرية".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أنه من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وأنه في مجال العقود بصفة عامة يتعين أن يتم تنفيذ الالتزام في الموعد المتفق عليه وإلا استتهدت جهة الإدارة حقها المخول لها قانوناً باقتضاء غرامة تأخير من المتعاقد المتعاس عن إنهاء الأعمال في موعدها، بيد أنه إذا تبين من واقع الحال أن التأخير كان مرده حادثاً فجائياً أو أسباب قهرية كان من أثرها الإعفاء من تنفيذ الالتزام، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث وينحسر في هذه الحالة - عن مدة التوقف مناط توقيع غرامة التأخير، ومن الأمور المسلمة أنه يشترط في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع، فإذا أمكن توقع الحادث ولو استحاله دفعه لما ترتب عليه إعفاء المدين من توقيع غرامة التأخير علة النحو السالف.

ومتى كان الثابت على ما تقدم أن هيئة المساحة قامت على تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها حتى 1990/11/21، حيث انفجر لغم في أحد عامليها نظراً لعدم تطهير منطقة العمل تطهيراً كاملاً من الألغام مما أدى إلى توقف الهيئة عن العمل حتى يقوم الجهاز بتوفير الأفراد المتخصصين في الكشف عن الألغام

لمرافقة وتأمين أفراد هيئة المساحة، وهو ما تم فعلا في 1991/05/06، وهو التاريخ الذي يعتد به قانونا في حساب مدة تنفيذ الأعمال، وتعتبر الفترة من 1990/11/22 حتى 1991/05/09 مدة توقف خارجة عن إرادة الهيئة، بحسبان أن وجود ألغام بمنطقة العمل غير ممكن التوقع كم أنه يستحيل دفعه بأي حال من الأحوال.

ولما كان الثابت أن هيئة المساحة قد سلمت لآخر الأعمال المتعاقد عليها على تنفيذها في 1992/02/09، وبذلك تكون مدة التنفيذ قد بلغت 6 شهور تقريبا، ومن ثم فما كان يجوز لجهاز البحوث القيام بتوقيع غرامة تأخير عن مدة توقف الهيئة عن العمل للأسباب السالف ذكرها، مما يتعين معه إلزامه برد ما سبق خصمه من استحقاقات هيئة المساحة".

ولم يقتصر إفتاء الجمعية العمومية على إضافة مدة تنفيذ العملية وإعفاء المتعاقد من المسؤولية عن التأخير، وإنما أجازت لجهة الإدارة إذا ما تجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها مقابل الأعمال لعدم توافر الاعتماد المالي، أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقد وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد عن النهوض بتنفيذ التزاماته.

ومن فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الخصوص فتواها الصادرة بتاريخ 2000/10/20⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "أن المشرع وضع أصلا من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، وأن الأصل في تعاقد الجهة الإدارية طبقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن تستهدف إشباع الاحتياجات الفعلية الضرورية لأنشطة الجهة فلا تتعدى هذه الاحتياجات الضرورية إلى ما عداها من احتياجات هي في غنى عنها، وأن التعاقد على تنفيذ المشروعات الاستثمارية يكون بالنسبة لما هو مدرج منها في الخطة العامة للدولة، وفي حدود التكاليف الكلية المدرجة في سنوات الخطة، بيد أن الصرف على هذه المشروعات لا يكون إلا في حدود الاعتمادات المالية المقررة في السنة المالية...".

والثابت من الأوراق أن المديرية المذكورة أبرمت عقدي العمليتين المشار إليهما بالفعل بعد اعتماد محاضر البت في العمليتين من السلطة المختصة بالاعتماد، وهو ما يفصح بجلاء عن قبول جهة الإدارة الشرط الذي جرى على أن يتم التنفيذ في حدود الاعتمادات المتاحة بكل سنة مالية، ومن ثم فقد اندمج الشرط بالعطاء المقبول وأصبح جزء منه ومن العقد، فلا تملك الجهة الإدارية التحلل منه إلا بموافقة الطرف الآخر. فضلا عن أن اشتراط المقاول بعطائه هذا الشرط لا يتضمن مخالفة للقانون، ولا يعد تحفظا يؤدي بذاته إلى استبعاد العطاء، وإنما يكون لجهة الإدارة في ضوء مقتضيات الصالح العام ومعطيات العملية

⁽¹⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 532 بتاريخ 1993/7/4، جلسة 1993/05/16، ملف رقم 54/1/295، مجموعة المكتب الفني، السنة 47، ص364؛ الفتوى رقم 593 بتاريخ 2000/10/20.

المطروحة الخيرة بين قبوله أو رفضه على ما هو متوافر لديها من بيانات عن خطة تمويل العملية خلال مدة التنفيذ وغير ذلك من الملابسات، وجهة الإدارة وهي تتحرى أعمال هذه الرخصة يتعين أن لا تغض الطرف عن تحقيق التوازن العقدي في التزامات طرفي العقد مقدره ما هو متاح لها بموجب أحكام القانون من مكنات وما تمليه ضرورات تحقيق هذا التوازن من عدم إرهاق المتعاقد معها بتكليفه بتنفيذ أعمال لا يتاح لها التمويل اللازم في خلال مدة وجيزة وتعجز معها طاقته عن الاستمرار في إنجاز الأعمال دون الحصول على التدفقات النقدية اللازمة لإنجازه.

وقد انتهت أيضا العديد من إدارات الفتوى بمجلس الدولة المصري إلى أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية تقتضي إضافة مدة التأخير في صرف المستحقات المقررة للمقاول إلى مدة تنفيذ العقد، حتى ولو لم يكن هناك شرطا في العقد يقرر ذلك⁽¹⁾. وكذلك إضافة مدد التوقف التي ترجع إلى الجهة الإدارية أو إلى وجود عقبات مادية عند تنفيذ العقد يجوز لمدة تنفيذ العملية⁽²⁾.

الفرع الثاني

إقرار قضاء التحكيم لحق الجهة الإدارية المتعاقدة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

لم يُفصر قضاء التحكيم حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على المتعاقد الأجنبي في العقود الإدارية الدولية في حال إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها في حالات معينة، وإنما أجاز أيضا للجهة الإدارية التمسك بهذا الدفع والامتناع عن تنفيذ التزاماتها في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، وهذا ما خلص إليه قضاء التحكيم في قضية ضد **KLOCKNER** الحكومة الكاميرونية⁽³⁾ وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الكاميرونية أبرمت مجموعة من العقود المتتالية مع مجموعة شركات **KLOCKNER** الألمانية بغرض نقل العمليات التكنولوجية والهندسية الحديثة في مجال السماد، وقد اتفق على إنشاء مشروع مشترك هو عبارة عن مصنع يتم تسليمه للحكومة الكاميرونية وفقا للصيغة القانونية المعروفة بتسليم "المفتاح في اليد"، وقد تم توقيع العقد في 14 مارس 1972.

ولكن حكومة الكاميرون امتنعت عن الوفاء بالقيمة الكاملة للمصنع مستندة في ذلك إلى إخلال الشركة الألمانية بالتزاماتها المتعاقد عليها، حيث أحلت بالتزامها بإخبار حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالتعاقد، واستندت الحكومة الكاميرونية إلى دراسة الجدوى التي أعدتها الشركة الألمانية في عام 1971 وتوقعت فيها أن المصنع المذكور قادر على تحقيق الربح بمجرد إتمامه، وهو ما لم يتحقق، وأن الشركة

⁽¹⁾ فتوى إدارة الإسكان، سجل رقم 198 في 18/3/2003، ملف 412/18/31.

⁽²⁾ فتوى إدارة الإسكان رقم 201 في 26/2/2005.

⁽³⁾ هذه القضية مشار إليها لدى: حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 222؛ علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص 173.

الألمانية أخفت عن الحكومة الكاميرونية الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها لامتنعت عن الاستمرار في المشروع.

وقد لجأت الشركة الألمانية (شركة KLOCKNER) إلى التحكيم وطالبت الحكومة الكاميرونية بضرورة دفع القيمة الكاملة للمصنع الذي أقامته، وردت الحكومة الكاميرونية على طلب الشركة الألمانية بأنها قد أخلت بالتزاماتها مما أدى إلى امتناعها عن سداد كامل قيمة المصنع.

وقد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تقدير التوقع والتنبؤ من قبل الشركة الألمانية لم يكن صحيحا بالمرّة على نحو يكون من المسموح معه التساؤل -كما تتمسك به حكومة الكاميرون- عما إذا كانت الشركة الألمانية تعمدت إيقاع الحكومة الكاميرونية في الغلط، ومع ذلك ذهبت محكمة التحكيم إلى أنها لم تجد أية أدلة أو قرائن تقطع على نحو كاف بوجود خداع -تدليس- عمدي حقيقي من جانب شركة KLOCKNER، سواء في دراسة الجدوى المقدمة عام 1971 أو في تاريخ لاحق، ورغم ذلك ذهبت المحكمة إلى تأكيد أن شركة KLOCKNER لم تتصرف مع حكومة الكاميرون متوخية في ذلك مبدأ الصراحة الضرورية المتطلبة في مثل هذه الظروف، وذلك لأن الحكومة الكاميرونية قد قدمت الضمانات المطلوبة لإنجاز المشروع.

وأضافت محكمة التحكيم أنه لما كانت حكومة الكاميرون تفتقر للخبرة في مجال إنتاج السماد الذي تخصصت في إنتاجه الشركة الألمانية، وأن العقد ينص على أن الشركة الألمانية يقع على عاتقها أن تقوم بشراء كل الأجهزة والآلات التي يقوم عليها المصنع وتقوم بإدارته واستغلاله، ويقع عليها أيضا التزام بالحصول على المواد الأولية اللازمة للإنتاج وتسويق منتجات المصنع، فإنه يقع على الشركة الألمانية واجب إخبار حكومة الكاميرون بكل أمر من شأنه أن يؤثر على قرار الحكومة الكاميرونية في الاستمرار في المشروع لا سيما وأنها -الحكومة الكاميرونية- قد تحملت التكاليف الباهظة التي تطالب بها الشركة الألمانية، إلا أن الشركة قد أخلت بهذا الالتزام وأخفت عن حكومة الكاميرون الكثير من المعلومات والحقائق والتغيرات التي حدثت في السوق الاقتصادي للسماد في الأعوام 1973، 1974، 1975، بل على العكس أكدت الشركة للحكومة الكاميرونية قدرتها على تحقيق الربحية، ولو أنها أخبرتها بالتغيرات التي طرأت على السوق الاقتصادي للسماد لأعدت الكاميرون حساباتها، ولما أنفقت كل هذه الأموال الباهظة ولما استمرت في تنفيذ العقد.

وخلصت محكمة التحكيم إلى أن شركة KLOCKNER الألمانية لم تحترم الالتزام الواقع عليها والذي يتعلق بضرورة إخبار الحكومة الكاميرونية بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد، وبالتالي تكون الشركة الألمانية قد خالفت أحد الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين حكومة الكاميرون ولا يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة الحكومة الكاميرونية بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده.

وانتهت محكمة التحكيم إلى تأييد حق الحكومة الكاميرونية في الامتناع عن سداد كامل ثمن المصنع الذي تم تشييده، وذلك نظرا لإخلال شركة **KLOCKNER** الألمانية بأحد الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد، والذي يتعلق بضرورة إخبار الحكومة الكاميرونية بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد، وهو ما يعني إقرار محكمة التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ الذي تمسكت به جهة الإدارة في نطاق العقود الإدارية الدولية.

كما أقر قضاء التحكيم حق الجهة الإدارية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في قضية الشركة الألمانية ضد الحكومة اليمينية⁽¹⁾ وتتلخص وقائعها في أن الحكومة اليمينية قد اتفقت مع شركة ألمانية لتتولى إدارة مشروع لتربية الماشية، وتدريب العمالة، واستخدام أفضل الوسائل الفنية، إلا أن الشركة المذكورة رغم مرور ثلاث سنوات على التعاقد لم تحافظ على المواعيد المتفق عليها لتقديم المعدات، بل ولم تقم ببعضها نهائيا. وبناء على ذلك امتنعت الحكومة اليمينية عن سداد باقي مستحقات الشركة الألمانية، وذلك بعد أن تسلمت المشروع حتى يتم تسوية الخلاف بينهما حول غرامة التأخير، مما حدا بالشركة الألمانية اللجوء إلى التحكيم والمطالبة بباقي المبالغ المستحقة لها والتعويض عن عدم سدادها في المواعيد المحددة.

وقد ارتأت محكمة التحكيم بعد بحثها لكافة جوانب النزاع، أن التعويض المطالب به من جانب الشركة الألمانية يكون مستحقا إذا لم يكن للجانب اليميني سند في الاحتفاظ تحت يده بالمبلغ المستحق من الجانب الألماني، إلا أن الشركة الألمانية لم تنفذ التزامها في المواعيد المتفق عليها، وبناء عليه فإن من حق الجانب اليميني أن يتمسك بالمبدأ القائل بأن امتناع أحد الطرفين عن التنفيذ يتيح للطرف الآخر أن يمتنع عن التنفيذ وهذا المبدأ تطبيقا لفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

وخلصت محكمة التحكيم إلى أن الجزء الذي امتنع الجانب اليميني عن تنفيذه كان جزءا يسيرا بالنسبة إلى العقد كله، واعتبرت أن الجانب اليميني غير مخطئ في الامتناع عن دفع هذه القيمة اليسيرة في العقد. ويلاحظ هنا أن محكمة التحكيم قد أقرت صراحة مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في عقد من العقود الإدارية الدولية حيث منحت جهة الإدارة -الحكومة اليمينية- الحق في الامتناع عن تنفيذ التزاماتها، وذلك بأن أقرت امتناعها عن سداد باقي مستحقات الشركة الألمانية حتى تستوفي الغرامات المستحقة لها لإخلال الشركة بالتزاماتها، ومن ثم فإنها أخذت بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، وأعطت الحق في التمسك به لجهة الإدارة.

الفرع الثالث

إقرار قضاء التحكيم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين

أقر قضاء التحكيم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية إذا أدرج الطرفان شرطا للتمسك به في العقد، وهذا ما يتجلى في حكم قضية الشركة الأمريكية ضد قطاع عام بالجزائر⁽²⁾ وتتلخص

⁽¹⁾ محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 282.

⁽²⁾ أنظر في عرض تفاصيل هذه القضية: علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 163 و 164.

وقائع هذه القضية في أن إحدى شركات القطاع العام في الجزائر كانت تقوم باستغلال مناجم حديد في منطقة جبال جارا بالجزائر، ويحتاج هذا الاستغلال إلى إنشاء طرق ومد السكك الحديدية، لذلك تعاقدت في ابريل 1974 مع شركة أمريكية على إجراء الدراسات الخاصة بهذه المشروعات وبنقل الحديد من هذه المنطقة.

وفي أكتوبر 1975 تم تحرير ملحق للعقد يتضمن إسناد الأعمال التمهيدية اللازمة لمد الخط الحديدي من منطقة جبال جرا إلى ميناء ماكتا المزمع إنشاؤه لهذا الغرض إلى ذات الشركة الأمريكية. وفي مارس 1977 تم إبرام عقد جديد بين الشركتين الأمريكية والجزائرية لتنفيذ الخط الحديدي وإنشاء الأرضية، وهذا المشروع يحتاج إلى خرائط طبوغرافية للمناطق التي سيجري العمل فيها، وقد كلفت الشركة الجزائرية المكتب الفني للخرائط بالجزائر بإعدادها وتسليمها للشركة الأمريكية، وعهدت للشركة الأمريكية بالإشراف على إعدادها.

وقد تضمن الاتفاق تحديد مدة تنفيذ المشروع بـ 25 شهرا، وقد حاولت الشركة الأمريكية الحصول على الخرائط من المكتب الوطني دون جدوى مما أدى إلى تأخرها في تنفيذ الأعمال المسندة إليها. وعرض النزاع على التحكيم، حيث رأت محكمة التحكيم أن القانون الجزائري هو واجب التطبيق واستعرضت نصوص العقد المبرم بين الطرفين ووجدت هيئة التحكيم أن الشركة الأمريكية كانت قد اشترطت في العقد أنها لن تكون مسئولة عن عدم التنفيذ في حالة عدم تسليم المستندات المطلوبة (الخرائط الطبوغرافية) ووضعها تحت تصرفها، وأن الشركة الجزائرية تضمن تسليم المستندات إلى الشركة الأمريكية. وبناء على ذلك قضت هيئة التحكيم بأن إخلال الشركة الأمريكية بتأخرها في تنفيذ التزامها في الوقت المناسب لم يكن راجعا إليها، وإنما كان راجعا لإخلال الإدارة بالتزاماتها لتنفيذ الخرائط، ومن ثم قضت بالتعويض لصالح الشركة الأمريكية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هيئة التحكيم قد استندت إلى الشرط الموجود بالعقد المبرم بين الطرفين والذي يلزم جهة الإدارة بتسليم الخرائط للشركة الأمريكية، وأنه في حالة إخلالها بذلك فإنه من حق الشركة الامتناع عن التنفيذ ولا مسئولية عليها في ذلك، وهو ما يعني التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين. وهو ما يعني أن إرادة الطرفين ذات أثر حاسم في بعض الأحيان في الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ وبالنظر لطبيعة العقود الإدارية الدولية ومركز الطرف الأجنبي فيها والذي غالبا ما يكون أفضل من مركز المتعاقد في العقود الإدارية الداخلية، حيث تمنحه الجهة الإدارية في الغالب بعض الامتيازات، مثل الإعفاء من الجمارك أو الضرائب أو منحه مساحة من الأرض للعمل عليها⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ب.ت.ن، ص413.

والدولة عادة لا تلجأ للتعاقد مع طرف أجنبي إلا لتلقي التكنولوجيا المتطورة، أو القيام بمشروعات كبرى تحتاج فيها إلى استثمارات أجنبية، وتحقيق أكبر استفادة ممكنة من المرفق المعني⁽¹⁾، ومن ثم فمن الطبيعي أن يشترط في العقد حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وبالتالي إعفاؤه من المسؤولية عن امتناعه عن تنفيذ التزاماته.

المطلب الثاني

حالات رفض قضاء التحكيم تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الإدارية الدولية

رغم أن قضاء التحكيم أقر في بعض أحكامه الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية، إلا أنه رفض تطبيقه في أحكام أخرى، منها حكم محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في قضية تتعلق بعقد أشغال عامة مبرم بين مقالو إيطالي ودولة إفريقية، وسنعرض موقف هذه المحكمة وتقديره من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس

تولت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس نظر قضية تتعلق بعقد أشغال عامة مبرم بين مقالو إيطالي ودولة إفريقية⁽²⁾ وتتخلص وقائعها في أنه سنة 1989 أبرمت هيئة عامة تابعة لدولة إفريقية عقدا من عقود الإنشاءات مع شركة إيطالية، بشأن مشروع من مشروعات الموانئ. وكان هذا العقد لاحقا لعقد سابق بين الطرفين بشأن أعمال إنشائية خاصة بذات الموانئ، وفي عام 1990 قام المقالو -الشركة الإيطالية- بفسخ العقد استنادا إلى إخلال الدولة الإفريقية بالتزاماتها بفتح خطابات الاعتماد التي ينص عليها العقد، وإحالة النزاع إلى التحكيم للحصول على التعويض اللازم من الدولة الإفريقية عن الضرر الذي لحق به جراء فسخ العقد. وقد أبدت الدولة الإفريقية بعض الدفوع في التحكيم منها الآتي:

- 1- أن عقد الإنشاءات والذي يعتبر عقدا إداريا وفقا لقانون الدولة الإفريقية والواجب التطبيق على العقد يعد عقدا باطلا إذا لم تتم صياغته باللغة العربية كما هو لازم وفقا للقانون المذكور.
 - 2- إن فسخ الشركة الإيطالية للعقد يعد فسخا غير صحيح وباطل.
- خلصت محكمة التحكيم إلى رفض الدفع الأصلي الخاص المبدى من الدول الإفريقية الخاص ببطان العقد بوصفه عقدا إداريا.

(1) حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص32.

(2) حول تفاصيل هذه القضية: عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص747.

وما يهمننا هنا هو ما انتهت إليه محكمة التحكيم فيما يتعلق بدفاع الدولة الإفريقية بعدم جواز فسخ العقد من قبل المقاول واعتبار الفسخ الواقع من الشركة الإيطالية غير صحيح، حيث قررت محكمة التحكيم أن العقد هو عقد إداري لاتصاله بأشغال عامة، وتم إبرامه مع هيئة عامة حكومية، ومن ثم فهو يتعلق بالصالح العام، وهو ما يستتبع عدم إمكانيته وقف الأعمال إعمالاً لحق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، ما لم ينص صراحة على منح المقاول هذا الحق، وذلك رغم إخلال الدولة الإفريقية بالتزامها بفتح خطابات الاعتماد، وقد استخلصت هيئة التحكيم أن النظام القانوني للدولة رب العمل متأثر بالقانون الفرنسي، ومن ثم فإن الصفة الإدارية للعقد محل النزاع ثابتة بتوافر صفة المرفق العام، وبثبوت صفة القانون العام لرب العمل باعتباره هيئة عامة، وعليه فإن العقد يتعلق بالصالح العام، ولا يمكن للمقاول التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لوقف الأعمال ما لم ينص صراحة على منح المقاول هذا الحق.

وقد قضت محكمة التحكيم بناء على ذلك بأن قرار الشركة الإيطالية -المقاول- منفرد الجانب بوقف الأعمال كان غير مبرر، ومن ثم فهو مسئول عن هجره للمشروع.

الفرع الثاني

تقدير موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس

إن قضاء التحكيم وإن كان قد رفض الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ من جانب الشركة الإيطالية، مستندا في ذلك إلى ذات المبررات التي ساقها الفقه والقضاء لرفض الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ، وهو كون العقد الإداري يتصل بنشاط المرفق العام، وإلى قاعدة انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

إلا أن هذا القضاء لم يحظر أو يبطل الاتفاق على أعمال مبدأ الدفع بعدم التنفيذ، حيث خلص إلى أن حظر الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ قاصر فقط على الحالات التي لا ينص فيها صراحة على منح المقاول هذا الحق، وهذا النهج هو ما يتماشى مع ما خلص إليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، وذلك ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"⁽²⁾.

⁽¹⁾ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص304؛ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص55.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 76 لسنة 11 ق، جلسة 1971/12/18؛ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 593 في 20/10/2000، جلسة 13/9/2000، ملف رقم 78/2/50.

وذلك كله لكون الدفع بعدم التنفيذ غير متعلق بالنظام العام، كما أن الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين هو إعمال للمبدأ العام المقرر في العقود عموماً وهو أن العقد شريعة المتعاقدين التي تلاقى عليها إرادتهما، ومن ثم يتعين الالتزام بما جاء به.

وتجدر الإشارة أن الطرف الأجنبي في العقود الإدارية الدولية غالباً ما يحيط العقد بعدد من الضمانات التي تكفل وتضمن له حقوقه قبل الدولة المتعاقد معها، ومن ثم فإن اشتراطه لهذا الحق -حق الدفع بعدم التنفيذ- في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها هو أمر غير مستبعد، بل ربما يحرص عليه المتعاقد الأجنبي. كما أنه لا غضاضة أيضاً في أن ينص المتعاقد الوطني على هذا الشرط أيضاً بحسبان أن ذلك وأمر مباح وجائز قانوناً وأقره القضاء طالما تم باتفاق طرفي العقد.

الختامة

خاتمة

تناولت الدراسة موضوع الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الادارية واشتملت على مقدمة وبابين وانتهت بخاتمة، في الباب الأول تناولنا النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ من خلال ثلاثة فصول، تطرقنا في الفصل الأول لطبيعة الدفع بعدم التنفيذ، وذلك من خلال بيان نشأته وتعريفه، وعرض خصائصه وبيان أساسه القانوني، وتمييزه عن الأنظمة القانونية القريبة منه المتمثلة في الحق في الحبس والفسخ ووقف العقد والمقاصة، ووجدنا أن الدفع بعدم التنفيذ له مفهومه المستقل والمختلف عن هذه الأنظمة.

وفي الفصل الثاني تناولنا إثارة الدفع بعدم التنفيذ من خلال تحديد نطاق الدفع، وتطرقنا أيضا للشروط اللازم توافرها للتمسك به المتمثلة في شرط وجوب توافر الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين هذا بالنسبة للمشرعين المصري والجزائري. أما المشرع الفرنسي فلم يستلزم توافر هذا الشرط، أيضا شرط استحقاق الأداء، وشرط عدم تنفيذ الالتزام المقابل، وشرط وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

ثم عرضنا كيفية التمسك به حيث تبين أن إعماله لا يحتاج لرفع دعوى ولا يشترط فيه الإعدار، وأن الدفع قد يتخذ صورة الدفع الموضوعي، أو صورة اشكال في التنفيذ.

أما في الفصل الثالث تناولنا آثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه، وتبين أن آثاره لا تقتصر على المتعاقدين فحسب، وإنما تمتد إلى الخلف العام والخاص والدائنين العاديين، أما بالنسبة لانقضاء الدفع بعدم التنفيذ، فهو ينقضي بطريقتين، طريق تبعية وطريق أصلي.

أما الباب الثاني من الدراسة تناولنا فيه فكرة الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية العقد الإداري ومتغيرات تدويله من خلال فصلين، تناولنا في الفصل الأول تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية من خلال بيان طبيعة العقد الإداري، وذلك بتحديد تعريفه ومعياري تمييزه، ثم تطرقنا لعائق تطبيق الدفع في نطاق هذه العقود، وتبين أن ما يعيق الأخذ بالدفع في أحكام القضاء الإداري الفرنسي هو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وبالنسبة لأحكام القضاء الإداري المصري فإن ما يعيق الأخذ بالدفع فيها إضافة إلى مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد هو خصائص العقد الإداري. أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فلم نجد من أحكامه ما يدل على رفضه أو إقراره بتطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية. كذلك تعرضنا لتطبيقات كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية.

وفي الفصل الثاني تناولنا تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية من خلال تحديد طبيعة العقد الإداري الدولي الذي تبين بأن له طبيعة مختلطة مركبة تجمع بين مقومات العقد الإداري ومقومات العقد الدولي، ثم تطرقنا لأثر شرط التحكيم وشروط الثبات على مركز الإدارة في العقد الإداري الدولي، وقد بدا واضحا أن هذه الشروط تقيد من سلطات الدولة المتعاقدة في هذا النوع من العقود. كذلك

تعرضنا لموقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية، وقد تبين لنا أنه أقر تطبيقه في بعض أحكامه، ورفض تطبيقه في أحكام أخرى.

وخلصنا من دراستنا لموضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات نوردها على النحو الآتي:

النتائج:

- لم ينص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ إلا بعد صدور الأمر رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، وذلك في المواد 1217 و1219 و1220 منه. وقد تأثر المشرع المصري بنظيره الفرنسي فلم ينص على الدفع في القانون المدني إلا بعد صدور القانون رقم 131 الصادر في 1948/07/29 وذلك في المادة 161 منه. أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتأثر بنظيره الفرنسي حيث نص صراحة على الدفع بعدم التنفيذ منذ صدور الأمر رقم 58-75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني في المادة 123 منه.

- نص المشرع الفرنسي على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة الخشية في المادة 1220 من الأمر رقم 131-2016، حيث أجاز للمتعاقد أن يوقف أداء التزامه إذا كان يخشى من أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزامه، متى وجدت أسباب جدية يخشى معها عدم التنفيذ.

- لم ينص المشرعان المصري والجزائري على حالة الخشية رغم أن ما ورد في الفقرة الثانية من المادتين 457 ق.م.م و 388 ج.م.ج ويعتبر تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ في حالة الخشية.

- قدمت للدفع بعدم التنفيذ التعريف الآتي: "هو وسيلة دفاعية يلجأ إليها المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين فيمتنع عن تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته، وهو امتناع مشروع مؤقت عن التنفيذ".

- إن كان الحق في الحبس أكثر الأنظمة القانونية تشابها مع الدفع بعدم التنفيذ إلا أن هذا الأخير لا يمكن أن يعد تطبيقا له في نطاق العقود الملزمة للجانبين، فالدفع بعدم التنفيذ مفهوم مستقل ومختلف عن الحق في الحبس في أمور عدة وفق ما تقدم، ومن أجل ذلك وضع كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري الدفع بعدم التنفيذ في مادة مستقلة، وفي مكان يختلف عن ذلك الذي خصصه للحق في الحبس. والقول بأن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس يؤدي إلى إفراغ المادة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ (1219 و1220 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 161 من القانون المدني المصري والمادة 123 من القانون المدني الجزائري) من مضمونها.

- رغم أن المشرع الفرنسي خصص للدفع بعدم التنفيذ المواد 1219 و1220 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، إلا أنه لم يخصص موادا للحق في الحبس خلافا لنظيره المصري والجزائري، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المواد 200 و201 و202 ق.م.ج، ونص عليه أيضا المشرع المصري في المواد 246 و247 و248 ق.م.م.

- إن وقف العقد ليس تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ حيث أن هدف وقف العقد هو المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ يمكن أن يتمسك بها الدائن أو المدين إذا طرأت قوة قاهرة حالت دون التنفيذ. أما الدفع فهو وسيلة ضغط دفاعية يستخدمها أحد الأطراف لإجبار المتعاقد معه على تنفيذ التزاماته لإبقاء الحال على ما هو عليه حتى يتم أعمال الانفساخ.

- إن ترتيب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ الوارد في القانونين المصري والجزائري غير منطقي، إذ لا يعقل أنه يتم النص على الفسخ (المادتين 157 ق.م.م-119 ق.م.ج) ثم يلي ذلك النص على الدفع بعدم التنفيذ (المادتين 161 ق.م.م-123 ق.م.ج)، فالمنطق يقضي بأن يتم النص على الدفع بعدم التنفيذ ثم يليه النص على الفسخ.

- ورد النص على الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري تحت عنوان انحلال العقد الذي تضمن فسخ العقد، وهذا خطأ إذ أن الدفع بعدم التنفيذ ليس انحلالاً للعقد وإن كان يؤدي في بعض الحالات إلى الفسخ، فذلك غير كاف لإدراجه تحت عنوان الانحلال.

- نص المشرع الفرنسي في المادة 1226 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات على الفسخ أحادي الجانب للعقد، وذلك بخلاف المشرعين المصري والجزائري اللذان لا يقران بالفسخ الأحادي، فلا يوجد في صلب القانونين المدنيين المصري والجزائري أي أثر لما يعبر عنه في القانون الفرنسي بحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة.

- إن الدفع بعدم التنفيذ أكثر فعالية من المقاصة التقليدية، ذلك أن شروط الدفع بعدم التنفيذ بسيطة جداً. بينما المقاصة تتطلب شروطاً معقدة، قليلاً ما تجتمع دفعة واحدة.

- إن مقاصة الديون المترابطة صورة تطبيقية للدفع بعدم التنفيذ، فإذا حللنا موقف المتمسك بالمقاصة يتبين لنا بأنه يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى هي مرحلة الامتناع عن تنفيذ التزامه لأن الطرف الآخر أدخل بما عليه من التزامات، والمرحلة الثانية هي مرحلة المطالبة بإجراء المقاصة بين الأجرة المتفق عليها والتعويض عن الضرر الناتج عن التنفيذ المعيب، فإن المرحلة الأولى هي في الحقيقة ليست إلا تمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ، بينما المرحلة الثانية كانت نتيجة مترتبة عليها، فرغم أن الأثر المترتب عليها هو انقضاء الديون وهو أثر غريب عن الدفع بعدم التنفيذ، فإن هذا لا يضر في اعتبارها صورة تطبيقية للدفع لسببين أولهما أن انقضاء الديون كان هدفاً ثانوياً بالنسبة للمتمسك بالمقاصة، ذلك أن هدفه الأولي كان محاولة ضمان مصالحه اتجاه الطرف الآخر. وثانيهما لأن جوهر فكرة الدفع بعدم التنفيذ متوافرة في هذه الحالة، فهو دفع من أجل التنفيذ، وإجراء المقاصة يساهم في تنفيذ العقد.

- لم يتفق الفقهاء حول الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ فقد تعددت اقتراحاتهم وتنوعت وبعض هذه الاقتراحات لم يعرف رواجاً كبيراً عند الفقهاء، مثل فكرة العدالة، وفكرة الدفاع الشرعي..، في حين عرفت بعض الاقتراحات الأخرى انتشاراً كبيراً نذكر منها فكرة السبب، وفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، وفكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وفكرة حسن النية، ولقد تعرضت كل هذه الأفكار للنقد، وتبين

لنا أن فكرة حسن النية هي التي تصلح أساسا للدفع بعدم التنفيذ، ومبررنا في ذلك أن الانتقادات الموجهة لفكرة حسن النية لا يمكن التسليم بها، فأغلبها محل نظر وقابلة للنقاش، كما أن هناك عدة مبررات أخرى تاريخية وفقهية وقانونية، تقف إلى جانب فكرة حسن النية وتؤكد صلاحيتها لتبرير الدفع بعدم التنفيذ.

- لا يشترط لإعمال الدفع بعدم التنفيذ رفع دعوى، فيكفي أن يمتنع الدائن عن أداء التزامه لتتحقق هذه الآلية، ويعمل ذلك بعدم نص المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ (1220 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج) على ضرورة اللجوء إلى القضاء.

- إن تخطب الفقه والقضاء الفرنسي فيما يخص اشتراط الاعذار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يعود لعدم وجود نص قانوني صريح في الفترة السابقة لصدور الأمر الفرنسي رقم 2016-131 المتعلق بإصلاح نظام العقود والنظام العام واثبات الالتزامات. وبعد صدور لم يشترط المشرع الفرنسي الإعذار في المادة 2219 من الأمر رقم 2016-131، وإنما اشترط في المادة 1220 من هذا الأمر الاخطار (الإبلاغ) وذلك في حالة الخشية، أي وجوب إبلاغ قرار تعليق عدم التنفيذ في أقرب وقت ممكن إلى المتعاقد الآخر في حالة خشية المتعاقد من أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزاماته، وذلك بهدف وضع حد للتجاوزات التي قد تحدث في هذه الحالة. أما الفقه المصري والمشرعين المصري والجزائري لم يشترطوا الاعذار ولا الاخطار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة هامة للضغط على المتعاقد الآخر، حيث أن المتعاقد المتمسك به يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته، وبذلك يدخل العقد في مرحلة الوقف ولمدة غير محددة كأصل عام، وهكذا يجد المتعاقد المخل نفسه في وضعية المضغوط عليه، لأنه قد يفوت على نفسه تحقيق الأهداف التي سعى إليها من وراء تعاقدته إذا فسخ العقد. كما يلعب الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لمن يتمسك به دور الضمان، فهو من جهة ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا، ومن جهة أخرى ضمان لمصالحه المهددة من جراء إخلال المدين بالتزاماته. كذلك يعتبر الدفع وسيلة بسيطة وسريعة لأن إعماله لا يحتاج لرفع دعوى ولا يشترط فيه الاعذار.

- حصر كل من المشرع المصري والجزائري نطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية، كالبيع والإيجار والقرض والمقاولة وغيرها من العقود الملزمة للجانبين. أما المشرع الفرنسي فقبل صدور الأمر رقم 2016-131 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات لم ينص على الدفع بعدم التنفيذ، مما أدى إلى تعدد النظريات الفقهية حول تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وانقسام الفقهاء الفرنسيين إلى اتجاهين، حيث ذهب القسم الأول إلى قصر نطاق الدفع على العقود الملزمة للجانبين، وذهب القسم الآخر إلى أن دائرة الدفع ليست مقصورة على العقود الملزمة للجانبين، وأن دائرته أوسع من ذلك، ويمكن التمسك به حيث يوجد التزام مترابطان أحدهما بالآخر، فالارتباط إذا هو المعيار الذي يؤخذ به في هذه المسألة، وقد رجح أغلب الفقهاء الاتجاه الثاني الموسع لنطاق الدفع بعدم التنفيذ وهو

ما يتفق مع اتجاه القضاء الفرنسي الذي قبل الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الالتزامات المترابطة أيا كان مصدرها.

وبعد صدور الأمر رقم 131-2016 المتعلق بنظام العقود والنظام العام واثبات الالتزامات نص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ دون أن يحدد نطاقه صراحة، الأمر الذي جعل غالبية المؤلفين الفرنسيين يذهبون إلى القول بأن نطاق الدفع بعدم التنفيذ في نص المادتين 1219 و 1220 لا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فقط، بل يمتد إلى جميع المصالح المتبادلة (ومن أمثلة ذلك المبالغ المستردة المتتالية الناتجة عن بطلان).

- اشترط المشرعان المصري والجزائري للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر ثلاثة شروط أولها وجوب توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين، وثانيهما أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وثالثها عدم تنفيذ الالتزام المقابل، واشترط المشرع الفرنسي بدوره في المادة 1219 من الأمر رقم 2016-131- للتمسك بالدفع ثلاثة شروط هي عدم تنفيذ الالتزام المقابل وأن يكون الأداء مستحقا، وأن يكون عدم التنفيذ جسيما بما فيه الكفاية.

وبذلك اشترك القانونين المدنيين المصري والجزائري والأمر الفرنسي رقم 131-2016 في شرطين للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هما، شرط عدم تنفيذ الالتزام المقابل، وشرط الاستحقاق. أما بالنسبة لشرط الجسامة فاشترطه فقط المشرع الفرنسي في نص المادة 1219 من الأمر رقم 131-2016. وبالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر هناك شرط رابع هو وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهذا الشرط يفهم من القاعدة العامة التي توجب مراعاة حسن النية، و قاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

- اشترط المشرع الفرنسي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة الخشية توافر ثلاثة شروط هي وجود خطر واضح لعدم تنفيذ المدين لالتزامه في تاريخ استحقاقه، وأن تكون عواقب عدم التنفيذ "خطيرة بما فيه الكفاية" للدائن"، وأن يتم الإخطار في أقرب وقت ممكن.

- ذكر المشرع الفرنسي في المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016 مصطلح الجسامة دون تحديد مقدارها أو درجتها واكتفى بكلمة "ما فيه الكفاية"، واعتماد المشرع الفرنسي لعبارة "إذا كان عدم التنفيذ جسيما بما فيه الكفاية" يؤكد رغبته في عدم اشتراط قدر معين من الجسامة لإمكان التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، بمعنى أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يكون جائزا في حالة عدم التنفيذ من قبل المدين أيا كان قدر الجسامة في هذا الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

- لم يحدد المشرعان المصري والجزائري شكل وصورة عدم التنفيذ الذي يُمكن المتعاقد من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

- لم تتضمن المواد 1219 و1220 من الأمر الفرنسي رقم 2016-131 والمادة 161 من القانون المدني المصري والمادة 123 من القانون المدني الجزائري أية إشارة لكيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. ولكن المستقر عليه قضاء وفقها في فرنسا ومصر أن يُترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير الطرف المتمسك به، ومن ثم لا يشترط اللجوء إلى القضاء أو الإعداء للتمسك به.

- رغم أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتطلب رفع دعوى إذ يكفي أن يتمتع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه متى أخل خصمه بالتزامه المقابل. إلا أن الدفع بعدم التنفيذ قد يتخذ صور قضائية تتمثل في ثلاث صور أولها أن يرفع المتمسك بالدفع دعوى مبتدأة يطلب فيها من القضاء إقرار حقه في التمسك بالدفع. وثانيها إذا رفع خصم المتمسك بالدفع دعوى يطالب فيها المتمسك بالدفع بتنفيذ التزامه، فيطالب المتمسك بالدفع من المحكمة إقرار حقه في التمسك بالدفع، وفي هذه الحالة يتخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة دفع موضوعي، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع أي يقر دفعه أو يرفضه، فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه، فإن هذا لا يمنع من الحكم عليه بالتنفيذ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعي بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته، وقد يأخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة إشكال في التنفيذ، وذلك إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ الالتزام.

- أعطى المشرعان المصري والجزائري للمتعاقدين الحق في التمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، حيث ورد في المادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج عبارة "...جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه...". أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أعطى الحق في التمسك بهذا الدفع لأحد طرفي العقد، حيث ورد في المادة 1219 من الأمر رقم 2016-131 "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه..."، وورد في المادة 1220 من نفس الأمر عبارة "يحق لأحد الطرفين أن يعلق تنفيذ التزامه...".

- تتمثل الموانع التي تحول دون استعمال الدفع بعدم التنفيذ في أن يكون في استعمال الدفع مخالفة للنظام العام والآداب، أو أن يوجد نص قانوني أو شرط في العقد يقضي باستبعاد تطبيقه، أو أن لا تكون هناك جدوى من التمسك به.

- عدد المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1217 من الأمر رقم 2016-131 جميع الخيارات المتاحة للدائن في مواجهة مدينه الخل بالتزامه، ومنح الدائن -ضحية عدم الأداء- حرية اختيار الجزاء الأنسب لحالته. وعلاوة على ذلك أتاح المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من هذه المادة للدائن أن يجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، مع جواز إضافة التعويض دائماً إلى هذه الجزاءات.

أما المشرعان الجزائري والمصري كرسا للدائن في المادة 157 ق.م.م و المادة 119 ق.م.ج الخيار فقط بين طلب تنفيذ العقد والفسخ مع امكانية التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

- اكتفى المشرعون الفرنسي والمصري والجزائري بالنص على الأثر الوقفي للدفع بعدم التنفيذ دون الخوض في المسائل المتعلقة بمدته وحقوق وواجبات الأطراف خلاله، ودون الخوض أيضا في مرحلة ما بعد التعليق خاصة عندما لا يؤدي الدفع بعدم التنفيذ إلى تنفيذ الطرف المقابل لالتزاماته.
- لم يتعرض المشرع الفرنسي في المواد 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات لمسألة التناسب بين التعليق والاخلال بتنفيذ الالتزامات رغم ما أتاحة إصدار هذا الأمر من فرصة أمام المشرع الفرنسي لتدارك هذا النقص، وهو ما لم يتطرق له أيضا المشرعان المصري والجزائري في نص المادتين 161 ق.م.م و 123 ق.م.ج.
- لم يرد في المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ في الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والقانونين المدنيين المصري والجزائري ما يشير صراحة إلى سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والخاص والدائنين العاديين، وقد اتفق الفقه على سريان الاحتجاج به في مواجهة الخلف العام للمدين ودائنيه. أما بالنسبة لسريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص، فإنه يتعين التفرقة بين ما إذا كان الخلف الخاص قد اكتسب حقه بعد ثبوت الحق في الدفع، وما إذا كان قد اكتسبه قبل ثبوت الحق في الدفع حيث يسري الدفع بعدم التنفيذ في مواجهته في الحالة الأولى ولا يسري في مواجهته في الحالة الثانية.
- لم تتضمن المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ في الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والقانونين المدنيين المصري والجزائري أية إشارة لطرق انقضائه، ورغم ذلك فإن طرق انقضاء الدفع بعدم التنفيذ تنقسم إلى طريق تبعي وطريق أصلي، ففي الأول ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بانقضاء الالتزام الأصلي الذي يحميه وفي الثاني ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بانقضاء الدفع وحده مع بقاء الالتزام الأصلي قائما.
- لم تتضمن المواد 1219 و 1220 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.ج أية إشارة إلى انقضاء الدفع بعدم التنفيذ إذا قدم المدين للدائن تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه.
- استلزم مجلس الدولة المصري توافر ثلاثة شروط لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وتتمثل في شرط كون الإدارة بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام طرفا فيه، واتصاله بمرفق عام، وتضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فقد اشترط كون الإدارة وبوصفها سلطة عامة طرفا في العقد، بالإضافة إلى توافر أحد الشرطين الآخرين وهما اتصال العقد بمرفق عام، وتضمنه لشروط استثنائية غير مألوفة، إذ يكفي توافر أحدهما لإضفاء الصفة الإدارية على العقد. أما القضاء الإداري الجزائري فقد اعتمد المعيار العضوي وحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري.

- جرى كل من القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري على اعتبار أن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد هو الذي يقف عائقاً أمام تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، وإن كان القضاء الإداري المصري قد أضاف له خصائص العقد الإداري.
- اتجهت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري إلى التطبيق المشروط للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، وهذا الخروج المشروط مرده إلى مبادئ العدالة، فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي تطبيقه في حكمه الصادر في 8 أكتوبر 2014 بشرط أن لا تتعلق هذه العقود بالمرفق العام.
- كما أجاز القضاء الإداري المصري تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية في حالة ما إذا كانت هذه العقود لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، بالإضافة إلى حالات أخرى تتمثل في حالة اتفاق طرفي العقد على جواز التمسك به، أو إذا اتجهت نيتهما إلى تنفيذ التزاماتهما في وقت واحد، وحالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بسبب تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها، وحالة إذا ما أدى إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها قبله عجزه عن الاستمرار في التنفيذ أو التنفيذ في الوقت المحدد.
- لم تُعرض أي قرارات لمجلس الدولة الجزائري عن موضوع تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، والملاحظ في قراراته أنها عادة ما تأتي موجزة ولا تحمل أية توضيحات لتبرير اتجاهه في إصدار هذه القرارات، بعكس نظيره الفرنسي والمصري اللذان يعدان بحق قضاء إنشائيان.
- تتميز العقود الإدارية الدولية بطبيعتها المركبة فهي تجمع بين مقومات العقد الإداري والعقد الدولي كما تتضمن شروط متميزة هي شرط التحكيم و شروط الثبات التي تتمثل في شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد (عدم المساس به).
- إن شرط التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد، ولكن ما يؤثر على تلك الطبيعة هو أن يطبق النزاع محل التحكيم قواعد غير تلك التي تقرها نظرية العقد الإداري
- إن شروط الثبات تآثر في سلطات الإدارة في العقد الإداري الدولي، لا سيما سلطة تعديل العقد وإنهائه بالإرادة المنفردة. أما بالنسبة لسلطة جهة الإدارة في الرقابة (الإشراف والتوجيه)، فإن الشروط السابقة الذكر ليس لها أي تأثير هذه السلطة؛ لأنها لا تمتد إلى تغيير شروط العقد وبنوده ويتم ممارستها في إطار نصوص العقد وشروطه.
- إذا كان قضاء التحكيم قد أقر في بعض أحكامه الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. إلا أنه رفض الأخذ به في أحكام أخرى.

الاقتراحات:

- نقترح على المشرعين المصري والجزائري أن يحذوا حذو المشرع الفرنسي في نصه على الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان عدم التنفيذ في المادتين 1219 و 1220 من الأمر رقم 131-2016، ثم نصه بعد ذلك على الفسخ في المواد 1224 الى 1230 تحت عنوان الفسخ.

- نأمل من المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري اشتراط الاعذار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ونقترح تعديل المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ وإضافة شرط الاعذار، وذلك لسببين أولهما أن الاعذار لا يخلو من فائدة عملية كبيرة، ذلك أن توجيه اعدار من المتعاقد إلى المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه دليل على حسن نية المتعاقد الأول، فإذا وصلت المنازعة حول مشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى القضاء، حكم القاضي لصالحه. وثانيهما أنه لا يوجد مانع قانوني من اشتراط الاعذار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

- نقترح على المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري تحديد مدة وقف العقد ب15 يوما، تحسب من يوم وصول الاعذار إلى المدين، فإذا انتهت هذه المدة فإن الدائن يخير بين المواصلة في امتناعه عن تنفيذ العقد وطلبه الفسخ، على أن يكون للمتعاقدين الاتفاق على إنقاص هذه المدة أو زيادتها. ولذلك نقترح أن إضافة فقرتين للمواد 1219 من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 والمادة 161 ق.م.م والمادة 123 ق.م.م ج على النحو التالي: "

" 2- إذا أصر المدين على عدم تنفيذ التزامه بعد انقضاء 15 يوما، تحسب من يوم وصول الاعذار جاز للدائن المطالبة بالفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى.

3- يجوز للمتعاقدين بمقتضى الاتفاق أن يزيدا في المدة المذكورة في الفقرة السابقة أو ينقصا منها." ومبرر اقتراحنا تحديد مدة وقف تنفيذ العقد هو أن تحديدها يصل بفكرة الضغط إلى أقصى درجاتها، فكلما مر الوقت كلما زاد الضغط.

- نقترح التوفيق بين المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ وتطبيقاته، في القانونيين المدنيين المصري والجزائري ذلك أن المادة 123 ق.م.ج والمادة 161 ق.م.م صريحة في استعمال مصطلح "...أن يمتنع..."، لهذا كان لا بد من أن تكون تطبيقات هذه المادة تستعمل نفس المصطلح، ذلك أن المشرع الجزائري استعمل في المادة 390 ق.م.ج مصطلح "المسك" حيث ورد فيها "...جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن..." والمشرع المصري استعمل في المادة 459 ق.م.م مصطلح "الحبس" حيث ورد فيها "... للبائع أن يحبس المبيع..."، ومصطلح "مسك" أو "حبس" هو الذي كان وراء الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. فمن المفروض أن صياغة الفقرة الأولى من المادة 390 ق.م.ج و الفقرة الأولى من المادة 459 ق.م.م تكون على النحو الآتي "جاز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى أن يقبض الثمن".

- نأمل من المشرعين المصري والجزائري أن يحذوا حذو المشرع الفرنسي، ويجيزا للمتعاقد أن يوقف أداء التزامه إذا كان يخشى من أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزامه، متى وجدت أسباب جدية يخشى معها عدم التنفيذ، كما يجب عليهما أن يشترطا في هذه الحالة وجوب إبلاغ قرار تعليق عدم التنفيذ في أقرب وقت ممكن إلى المتعاقد الآخر.

- نقترح على المشرع الفرنسي تحديد المقصود بالجسامة التي أوردها في نص المادتين 1219 و1220 من الأمر رقم 131-2016، كما يجب على المشرعين المصري والجزائري تحديد صوة وشكل عدم التنفيذ الذي يُمكن المتعاقد من التمسك بالدفع.

- نقترح على المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري اشتراط التناسب بين التعليق والاخلال بتنفيذ الالتزامات.

- نقترح أن ينص المشرعون الفرنسي والمصري والجزائري في النصوص المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ انقضاء الدفع بعدم التنفيذ اذا قدم الدائن للمدين تأميناً كافياً، وذلك لسببين أولهما أن الدفع بعدم التنفيذ كما هو مستقر عليه هو أحد وسائل الضمان التي يلجأ إليها الدائن لتأمين حقه قبل مدينه، وهو ليس وسيلة وفاء ومن ثم فإن تقديم تأمين كاف يحل محله للدائن يكفي في حد ذاته لتحقيق الغاية من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وثانيهما أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قد يعطل على المدين مصالح جسيمة، وأن الضرر الذي يلحقه من جراء ذلك يزيد بكثير على الضرر الذي يلحق الدائن من جراء سقوط الدفع، وإنه يكفي لضمان مصلحة الدائن أن يقدم له تأميناً كاف، وهذا متفرع عن المبدأ القاضي بأنه يجب توافر حسن النية في التمسك بالدفع وعدم التعسف في استعماله.

ونقترح أيضاً أن يتم تقدير مدى كفاية التأمين المقدم من المدين (التمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ) من قبل الدائن المتمسك بالدفع، فإن رآه كافياً تنازل عن الدفع وإلا فإنه لن يقبله، وفي هذه الحالة يرجع الأمر إلى القاضي ليقدر مدى كفاية هذا التأمين، وهو ما يتفق وقواعد العدالة.

- إن التوفيق بين فكرة الدفع بعدم التنفيذ وضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد ممكن، وذلك من خلال وضع تنظيم قانوني خاص للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يراعي ذلك من خلال وضع شروط وضوابط للتمسك به أكثر شدة من تلك الموجودة حالياً في نطاق العقود المدنية مثل وجوب اعدار جهة الإدارة قبل التمسك به، ومنحها مهلة لا تقل عن 30 يوماً للوفاء بالتزاماتها التي أخلت بها، وأن يكون نظر المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع على وجه السرعة بحيث يتم الفصل فيها في مدة لا تزيد عن 30 يوماً حرصاً على دوام انتظام سير المرفق العام.

- إن للقضاء الإداري دوراً انشائياً وخلقاً يعمل على تدارك القصور التشريعي - إلى أن يصدر قانون ينظم أحكام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية - فهو يساهم بصورة فعالة في تطوير أداء المشروعات العامة لخدمة الاقتصاد الوطني، لا سيما وأن فكرة الدفع بعدم التنفيذ باتت قابلة للجدل إلى حد ما، لا سيما مع تداعيات العولمة وما تفرضه من آليات وأفكار واتجاهات جديدة ما انفكت تزلزل عرش الأفكار الأصولية

للعقد الإداري ويؤازر هذا النظر ويعضده أن فكرة النظام العام سواء في المجال الإداري أو في غيره من فروع القانون الأخرى هي فكرة متغيرة ديناميكية وليست ثابتة، ففكرة عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في المجال الإداري أساسا من صنع القضاء الإداري وهي استثناء على الأصل العام الوارد في المواد المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ والواردة في القوانين المدنية، وهذا الاستثناء غير مقنن تشريعا وهو من صنع مجلس الدولة إعمالا لفكرة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وذلك يقطع بأن فكرة النظام العام الإداري فكرة متغيرة يمكن التغول فيها لتحقيق العدالة التعاقدية بحكم قضائي أو باتفاق الأطراف بحسبان أن النصوص العقدية أحيانا تسمو عليها.

لذلك نهيب بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري أن يضعوا نظرية متكاملة لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، باعتبار أن قضاء مجلس الدولة هو قضاء انشائي ومصدر رئيسي لنظريات وقواعد القانون الإداري بصفة عامة ونظرية العقود الإدارية بصفة خاصة. كما نتوسم في مجلس الدولة الجزائري أن تصبح قراراته قائمة على أصول قانونية واضحة وكافية حتى يمكن الرجوع إليها واستخلاص المبادئ القانونية منها، ونتوسم فيه أيضا الاهتمام بالاجتهاد في محاولة للحاق بركب الاجتهاد القضائي الفرنسي والمصري.

- العمل على التوفيق بين شرط التحكيم وشروط الثبات الواردة في العقود الإدارية الدولية كمطلب للمتعاقد الأجنبي، وبين ما توفره نظرية العقد الإداري للإدارة من امتيازات وسلطات، فإذا تعذر تحقق ذلك لا بد من النص في هذه العقود على تحمل الدولة لأية فروق مالية نتيجة الاعباء التي قد ترتبها التعديلات التشريعية للقانون الوطني، وتعوض المتعاقد الأجنبي عن أية اجراءات تتخذها الجهة الادارية بإرادتها المنفردة يكون من شأنها تعديل العقد وانهاؤه، وذلك هو ما يدل ويقطع بحسن نية الدولة، وهذا الحل العملي من شأنه أيضا أن يطمئن المستثمر الأجنبي بأن هناك قواعد للعدالة في القانون الوطني، ومن ثم يشجعه على قبول الخضوع لأحكامه، ويحقق بالتالي المصلحة العامة للمرفق العام، والهدف الاساسي للدولة، وهو جذب الاستثمارات الأجنبية والقيام بمشروعات البنية الأساسية.

- نقترح النص في الاتفاقيات الاقليمية والدولية المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية على امكانية الدفع بعدم التنفيذ، لاسيما و أن المادة 71 من اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980 منحت الدائن مكنة وقف تنفيذ التزامه إذا توقع أو خشي إخلال مدينه بتنفيذ التزام هام من الالتزامات التي يرتبها العقد بذمته، ونبرر اقتراحنا بأهمية الدفع بعدم التنفيذ في المحافظة على العقد وتقليل حالات الفسخ والبطلان وعدم وضع الدائن حسن النية تحت رحمة المتعاقد المماطل في تنفيذ التزامه، وهذه المبررات تقوم على أسس مبادئ العدالة ومبدأ حسن النية، والموازنة بين المصالح المتعارضة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين

1- القوانين الجزائرية:

- القانون العضوي رقم 01-98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة الجزائري وتنظيمه وعمله.
- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.
- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 02 ذي القعدة 1413 الموافق ل25 ابريل 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 المتضمن قانون الصفقات العمومية.
- المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بتاريخ 2015/09/16.

2- القوانين المصرية:

- القانون المدني المصري رقم 131 الصادر في 1948/07/29.
- القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري.
- القانون رقم 27 بشأن الصادر 18 ابريل 1994 التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الصادر في 1994/04/21.
- قانون التحكيم رقم 27 الصادر في 13 مايو 1997 .
- القانون رقم 8 لسنة 1997 المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار.
- القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات.
- القانون رقم 182 لسنة 2018 لتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بتاريخ 2018/10/03.

3- Les lois françaises :

- Code civil de la loi n°626-72 du 05/07/1972
- La loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relatif à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

Les décrets :

- Décret n°2000-764 du 1 août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage

Les ordonnances :

- L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004.
- L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

1/الكتب العامة:

1. ابن قدامة المقدسي، المغني على الشرح الكبير، طبعة بيروت، ج4.
2. أبو الوليد بن رشد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، الجزء السادس.
3. أحمد ابن فارس أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، المجلد الرابع، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1991.
4. الامام الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، طبعة سنة 1386/1967.
5. السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1978.
6. الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح ج1، المطبعة الأميرة القاهرة، 1921.
7. مجد بن يعقوب الفيروز اباي، القاموس المحيط، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة.
8. محمد ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء 8، طبعة 1388-1968م، دار الصادر، بيروت.
9. محمود الزمخشري أبو القاسم، أساس البلاغة، تحقيق محمد شاكر، مطبعة المدني، القاهرة، 1991.

2/الكتب القانونية:

1-الكتب القانونية العامة:

1. أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة 6، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب.ت.ن.
2. _____، قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970.
3. _____، إجراءات التنفيذ، الدر الجامعية، بيروت، 1984.

4. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ (الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن)، المكتبة العصرية، 2007.
5. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة. طبعة 200.
6. أحمد خليل حسن قداة، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
7. احمد هندي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية، 199.
8. _____، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
9. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1967.
10. أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، ج3، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.ت.ن.
11. أنور العمروسي، صور انقضاء الالتزام في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 2004.
12. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار المعارف، الإسكندرية، 1965.
13. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
14. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1970.
15. جبري محمد حبيب، وسائل الضغط الخاص الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
16. جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ب.د.ن، 1985.
17. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
18. حاتم الرواتبى، الحماية القانونية للدائن العادي، دار الميزان للنشر، تونس، 2008.
19. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ب.د.ن.
20. حسن علي الرجوح، محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2 أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، 2004.
21. حسين النوري، نظرية الالتزام، المصادر، مكتبة عين شمس، مطبعة الرسالة، القاهرة، ب.ت.ن.

22. خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني: مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت، 1988.
23. رزق الله انطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، ب.ت.ن.
24. رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في القانون المدني المصري (مقارنا بالقانون الإماراتي والفرنسي)، مكتبة الجلاء، المنصورة، 2000.
25. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
26. زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1950.
27. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في العقود من عام 1998، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
28. سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد (دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2006.
29. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول في نظرية العقد، بدون دار نشر، 1987.
30. _____، التأمينات العينية في القانون المدني، بدون ناشر، 1959.
31. سمير تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009.
32. _____، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
33. سيد احمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
34. صلاح الدين ناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة العلوم، القاهرة، 1945.
35. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، 2004.
36. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971.
37. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد (دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقص)، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
38. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
39. _____، الدفوع المدنية الإجرائية الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
40. عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة التفيض الأهلية بغداد، 1941-1940.

41. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة.
42. _____، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
43. _____، عقد المدة أو العقد المستمر الدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950.
44. عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي أحكام الالتزام، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006.
45. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، طبعة 1972.
46. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الأول (العقد)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981.
47. _____، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998.
48. _____، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998.
49. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ب.ت.ن.
50. _____، الوسيط، المجلد الثالث، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1960.
51. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
52. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ب.د.ن، 1984.
53. _____، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ب.د.ن، 1983.
54. _____، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1948.
55. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة جامعة بغداد، 1986.
56. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام الارادية، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
57. _____، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، ج1، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ب.ت.ن.

58. عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1992.
59. _____، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج3، آثار العقد وانحلاله، 1960.
60. عبد الودود يحي، أحكام الالتزام، الكتاب الثاني، د.د.ن، طبعة 1980.
61. _____، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
62. عدنان هاشم جواد الشروفي، الحق في الحبس، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2010.
63. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، 2001.
64. عصام أنور سليم، نظرية الالتزام بوجه عام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
65. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997.
66. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
67. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط شهر الإعسار المدني والدفع بعدم التنفيذ أو نظرية الحق في الحبس، دار النهضة العربية، 2005.
68. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، ب.د.ن، تونس، 1997.
69. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، القاهرة، 2002.
70. محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، دار النهضة العربية، 1997.
71. محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، ب.ت.ن.
72. محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، الطبعة الأولى، 1979-1980.
73. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزامات (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، 2009.
74. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، 1976-1977، بند 248.
75. محمد نجيب عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعاوضات، دار النهضة العربية، ب.ت.ن.
76. محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، د.ت.ن.
77. محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، ب.د.ن، القاهرة، 1974 .
78. _____، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج2، في أحكام الالتزام، القاهرة، 1967.

79. محمود عبد الرحمن محمد، نظرية العقد دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية السوداني والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
80. مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1991.
81. مصطفى صخري، المرافعات المدنية والتجارية والجبائية في القانون التونسي والمقارن، بدون دار نشر، 2001.
82. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 1996.
83. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1998.
84. مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
85. معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفع، ج1، الدفوعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، المكتب الجامعي الحديث، 2001.
86. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
87. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
88. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
89. وفاء حلمي أبو جميل، وقف عقد العمل، دراسة مقارنة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، ب.ت.ن.
90. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج7، حل العقود، 1993.

2- الكتب المتخصصة:

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
2. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن.
4. _____، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
5. _____، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
6. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

7. أحمد محيو، المنازعات الإدارية (ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
8. _____، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة محمد اعراب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
9. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
10. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2006.
11. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1955.
12. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، ب.د.ن، طبعة 1963.
13. _____، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، 1963.
14. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
15. _____، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
16. _____، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ب.ت.ن.
17. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.
18. جميل الشرفاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، 1996-1997.
19. جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
20. _____، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997.
21. حازم بيومي، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
22. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
23. حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

24. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
25. _____، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2004.
26. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2014.
27. خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.
28. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
29. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2010.
30. سلامة محمود، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، ب.ت.ن.
31. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
32. _____، التحكيم في نظرية العقود الإدارية في النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
33. طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم الإدارة ونشاطها)، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970.
34. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر القاهرة، 1991.
35. عبد الحميد احديب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
36. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
37. _____، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
38. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ب.ت.ن.
39. عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

40. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
41. عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، ب.د.ن، 1981.
42. عصام الدين القصيبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993.
43. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
44. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
45. علي خطار شطاوي، القانون الإداري الأردني، نشاط الإدارة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
46. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
47. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993.
48. عوض الدين شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن.
49. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
50. فؤاد رياض و سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1990.
51. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
52. كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، 2012.
53. كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
54. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية بالإسكندرية.
55. _____، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
56. _____، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
57. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
58. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997.

59. محمد حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1977.
60. محمد طه سيد احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء النظام القانوني المصري والفرنسي والكويتي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
61. محمد عبد العزيز بكر، العقد الإداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000.
62. محمد عبد المجيد اسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
63. _____، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
64. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري "في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
65. محمد فؤاد عبد الباسط، آثار العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
66. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، طبعة 1978.
67. محمد ماهر ابو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات المناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى 2009، الكتاب الثاني، امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، ب.د.ن 2009.
68. _____، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثالث حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة، ب.د.ن، 2009.
69. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1998.
70. محمود نوري حسن، التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
71. محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، ب.د.ن.
72. _____، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، ب.د.ن، 1986.
73. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، د.د.ن، الإسكندرية، 1998.
74. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995.

75. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.
76. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، لباد، سطيف، الجزائر، 2006.
77. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
78. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

2/ الرسائل الجامعية:

1. رمضان عبد الله صابر، وقف عقد العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997.
2. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981.
3. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.
4. صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1993.
5. عبد الرحيم سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1980.
6. علي عبد العزيز فحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1975.
7. عمر نوري عبابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله، رسالة دكتوراه، جامعة عمان للدراسات العربية، 2006.
8. محمد شتا أبو سعد، الاعذار، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1974.
9. محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994.
10. بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1983.

3/ المقالات والمدخلات:

1. أحمد الشقيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21، لسنة 1965.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والأربعون، 1987.

3. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 27، 1975.
4. خالد الهندياني، وقف العمل، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2000.
5. زهير البشير، قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد، مجلة القانون والسياسة، العدد الأول، 1976، دار الحرية للطباعة، بغداد.
6. سامي منصور، جواز التحكيم في عقود الإدارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 21، بيروت، 2002.
7. فواز صالح، الطبيعة القانونية للحق في الحبس (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، دمشق، 2013.
8. محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق في الحبس، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة العاشرة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، يوليو 1968.
9. محمد نور شحاته، عقود تسليم المفتاح، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس عشر، ديسمبر 2010.

مجموعات الأحكام والفتاوى:

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا منذ 1946 وحتى عام 1985، المجلد العاشر، ب.د.ن، ب.ت.ن، نعيم عطية وحسن الفكهاني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والأربعون، الجزء الثاني، من أول مارس 1998 إلى آخر ديسمبر 1998.
- مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، مجموعة ابو شادي، طبعة 1964.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما، 1965-1980، الجزء الثاني، (د.ع)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1983.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون، من أول مارس إلى آخر سبتمبر 1990، اصدار سنة 1994.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر 1969 إلى آخر ديسمبر 1970، الشركة المصرية للطباعة والنشر، 1971.
- مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، السنتان السابعة والأربعون والثامنة والأربعون، من أول أكتوبر 1992 إلى آخر سبتمبر 1994، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999.
- موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، أسطوانة، الاصدار الخامس، شركة كليك، الجزائر، 2014.

Les ouvrages généraux :

1. **ARTZ .(J.F)**, La suspension du contrat à exécution successive, Dalloz, 1979.
2. **Aubry. (C) et Rau. (C) par (E). Partin** , Cours de droit civil français, T12, 5éd,1922.
3. **AYNÈS. (A)**, Le droit de rétention, Unité ou pluralité, coll. Recherches juridiques, economica, préf. 2005.
4. **BAUDRY-LACANTINERIE. (G)**, Précis de droit civil, T2, 4éd, 1892.
5. **BEGUIN. (J)** , Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français. Travaux Association. (H).Capitant.T18.1966.
6. **BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE**, Cours de droit civil français, .Les contrats et les obligations, T8, 2éd, LAR .Paris, 1936.
7. **Boris Starck**, Henri Roland et Laurent Boyer, Droit civil (Les obligations 2 contrat), 6éd, Litec, 1998.
8. **Cabrillac. (R)**, Droit européen comparé des contrats, 2éd, LGDJ, 2016.
9. **CAPITANT. (H)**, De la cause des obligations, 3éd, Dalloz, Paris, 1927.
10. **CARBONNIER. (J)**, Droit civil, Les obligations, T4, 22éd, PUF, Paris, 2000.
11. **CHÉNED. (F)**, Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations, coll. Recherches juridiques, Economica, préf. A. GHOZI, 2008.
12. **COLIN. (A) et CAPITANT.(H)**, Cours élémentaire de droit civil français, T11, 8éd, 1935.
13. **Eugène Gaudemet**, Théorie générale des obligations publiée par (H). desbois Gaudeme. (J).t , Sirey, Paris, 1965.
14. **GHESTIN. (J)**. l'exception d'inexécution, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles.
15. **GHESTIN. (J), JAMIN. (C), BILLIAU. (M)**, Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat, L.G.D.J, Paris, 1992.
16. **GLASSON. (E) et TISSIER. (A)**, Procédure civile, T1, 22éd, 1980.
17. **GUIHO. (P)**, Cours de droit civil (les obligations), T4, éd L'Hermès, 1979.
18. **JESTAZ. (PH)**, L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèse, Paris, 1966, L.G.D.J, 1968.
19. **JOSSERAND. (L)**, Cours de droit civil français, T II, 2éd, Sirey, 1933.
20. **LACOSTE.(L)**, Précis élémentaire de procédure civile, Bordeaux, 1983.
21. **MALAURIE. (PH) et AYNES. (L)**, Droit civil, les obligations, 2éd, CUJAS, Paris, 1990.
22. **MARTY et RAYMAND**, Droit civil, T2, Les obligations, 2éd, 1962.

23. **MAZEAU (H- L- J)**, Leçon de droit civil ,1^{er} Vol, Obligation, T2, Théorie générale, 6éd, Montchrestien ,1978.
24. **MAZEAU.(H- L-J) et CHABAS.(F)**, Leçon de droit civil, ,Obligations théorie générale, T2 , 9éd ,Montchrestien, 1998.
25. **Mazeaud. (D)**, La réforme du droit des contrats du projet à l'ordonnance, coll. « Thèmes & commentaires », Association H. Capitant-Dalloz, 2016.
26. **MENDEGRIS. (R)**, La nature judiciaire de la compensation, Thèse, L.G.D.J.1969.
27. **Picod. (y)**, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J, 1989.
28. **PILLEBOUT.(J-F)**, Recherches sur l'exception d'inexécution, LDGJ ,1971.
29. **PLANIOL. (M), RIPERT.(G) et BOULANGER.(J)** , Traité élémentaire de droit civil, T2, 2éd, LGDJ.
30. **PLANIOL. (M). et RIPERT(G)**, Traité pratique de droit civil français, T.XII, 1954,
31. **ROCHE DAHAN(J)**, L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D, 1994, chronique.
32. **SOULS. (H) et PERROT.(R)**, Droit judiciaire privé, T1, paris, 1961.
33. **TERRE. (F), SIMLER.(PH), LEQUETTE.(Y)** , Droit civil, Les obligations, Dalloz, 7éd, 1999.
34. **WEIL et TERRE**, Droit civil. Les obligations, 2éd, Dalloz, 1975.

Les ouvrages spéciaux :

01. **ALFONSIN. (Q)**, Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé, TI, Mélanges offerts à (J) Maury.
02. **Auby (j.M) et Drago (R)** , Traité de contentieux Administratif, T1,3éd, L.G.D.J, Paris, 1984.
03. **Batiffo. (HENRI)**, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, Contrats et conventions, T1, 1968.
04. **Chapus René**, Droit administratif général, T1, 9éd, Montchrestien,1995.
05. _____, Droit administratif général, TI, Paris, 1995.
06. **DAVID. (R)**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982.
07. **De Laubadère. (A) et Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet**, Droit administratif, 14éd, L.G.D.J, 1996.
08. _____, Traité de Droit Administratif, Tome1, 11éd, L.G.D.J, 1990.

09. **De laubadère. (A) et Moderne.(F) et Delvolvé. (P)**, Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J, 1984.
10. **Debbasch Charles Hubert**, Institutions et droit administratif (2 /l'action et le contrôle de l'administration), presses universitaires de France.
11. **Delamarre Manuel et Paris Timothée**, Droit administratif, Ellipses, 2009.
12. **Douence**, Les conventions entre personnes publiques, Mélanges Stassinopoulos, 1974.
13. **Duguit Léon**, Traité de droit constitutionnel, T3, 2éd.
14. **FOUCHARD. (PH),GAILLARD.(E),GOLDMAN.(B)**,Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Delta, 1996.
15. **Gaudemet Yves**, Traité de droit administratif, T1, droit administratif général, 16éd, Delta, paris, 2001.
16. **GROUD. (H)**, Réflexions sur les contrats de partenariats deux ans après, LPA, 2007.
17. **Hoepffner Hélène**, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016.
18. **Jacqueline Morand-Deville**, Cours de droit administratif, 4éd, Montchrestien, 1995.
19. **JARROSSON.(CH)**, La notion de l'arbitrage, Paris, L.G.D.J, 1987.
20. **KASSIS. (A)**, Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, TI, L'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel, L.G.D.J, Paris , 1987.
21. _____, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Lyon, 1993.
22. **LALIVE. (J-F)**, Contrats entre état ou entreprises étatique et personnes privées Académie de droit international, II, 1983.- L'état en tant que partie a des contrats de concession ou d'investissements conclus avec des sociétés privées étrangères colloque uni droit, Rome, 1977.
23. **LAMARQUE JEAN**, Le déclin du critère de la clause exorbitants, TII, Mélanges offerts à Marcel Waline, 1974.
24. **LEBOULANGER. (PH)**, Les contrats entre états et entreprises étrangères Economica, 1985.
25. **Long(M), Weil(P), Delvove(P), Generois(B)**, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, 13éd, Dalloz, 2001.
26. **LOUSSOUARN. (Y), BREDIN. (J-D)**, Droit du commerce international, Préf :(H). Batiffo, Sirey, 1969.
27. **MAYER. (P)**, Le mythe de l'ordre juridique de base(ou Grudlegung) ; études offerts ab. Goldman, 1982.

28. **MEZGHANI. (A)**, Droit international privé, éd Cérés, 1991.
29. **Monin Marcel**, Arrêts fondamentaux du droit administratif, Ellipses, Paris, 1995.
30. **NIBOYET**, Traité de droit international privé français, Sirey, T.V, 1948.
31. **Pastorel Jean-Paul**, Droit administratif, DUNOD, Paris, 1995.
32. **Provost.(J-F)**, A la recherche du critère du contrat administratif, La qualité des contractants, R.D.P,1971.
33. **Regli Jean Pierre**, Contrat d'état et arbitrage entre états et personnes privées, Genève, 1983.
34. _____, Contrats d'état et arbitrage entre états et personnes privées, Genève, Librairie de l'université Georg et S.A, 1983.
35. **Richer Laurent**, Droit des contrats administratifs, 5éd, L.G.D.J, Paris, 1995. _____, Droit des contrats administratifs,3éd, L.G.D.J, 2001.
36. **Rivero Jean**, Droit administratif, 1973.
37. **SAVATIER**, Cours de droit international, 2éd, Paris, 1953.
38. **TARKI NOUREDDINE**, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999.
39. **Waline. (M)**, Droit administratif, 7éd.
40. **Weil. (P)**, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in mélanges offerts a Charles Rousseau, La communauté internationale, 1974.
41. **Xavier Philipe**, Droit administratif général, 2éd, Librairie De l'université, 1996.

Les thèses :

01. **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.
02. **CHAFFAI.(M.M)**, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, faculté de droit et des sciences politiques et économique de Tunis, 1984.
03. **DUBUISSON.(B) et TRIGAUX.(J-M)**, L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, Thèse, Paris, 1914.
04. **GERBAY. (PH)**, Moyens de pression privés d'exécution du contrat, thèse, 1976.

05. **IBRAHIM. (Y-A)**, Contrats internationaux d'états et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985.
06. **MALECKI CATHERINE**, L'exception d'inexécution, Thèse, Paris, L.G.D.J, 1999.
07. **MARTIN DE LA MOUTTE. (J)**, L'acte juridique unilatéral, Thèse, Toulouse, 1949.
08. **Nabil saad**, La suspension dans l'exécution du contrat (étude comparé en droit français et droit égyptien, thèse ; Dijon, 1981.
09. **Péquignot**, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris 1944.

Les articles :

01. **AUBY. (J-F)**, Le cas des contrats de partenariats, RFDA, 2004.
02. **BELLET MEZGER**, L'arbitrage international dans le nouveau code de procédures civiles, R, Crit.dr.int, pr, 1981.
03. **Boyer Lois**, Dalloz encyclopédie juridique, 1982.
04. **Bretzner. (J-D)**, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », JCP .2016.
05. **BURDEAU**, Droit international d'état, La sentence Aminiol C, Kouit du 24 Mars 1982, A.F.D.I, 1982.
06. **CATALA-FRANJOU.(N)**, De la nature juridique de droit de rétention, R.T.D.CIV, 1976.
07. **David François**, De la mise en demeure, revue critique de législation et de jurisprudence, 1939.
08. **Dross. (W)**, L'exception d'inexécution, essai de généralisation, RTD.CIV, 2014.
09. **FOULQUIER NOBERT**, L'exception d'»inexécution et les conventions domaniales, RDI, 2015.
10. **FOUSSARD. (D)**, L'arbitrage en matière administrative, (Histoire, Hasard, Préjugés, Raison), La revue des juristes, Trimestre N°2, Avril 2010.
11. **GABET-SABATIER. (C)**, Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations, RTD civ. 1980.
12. **GHESTIN. (J)**, Note sous cass.com.15 janv 1973.
13. **Guérin Sylvia et Gentey Nicolas**, L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat, AJ contrat, 2017.
14. **HUET. (A)**, Exception d'inexécution préc.J.J.C.Art1184, fasc49-3.

15. **JONATHAN. (G-C)**, L'arbitrage texaco- calasaiatic contre gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 janvier1977), A.F.D.I, 1977.
16. **KAHN.(PH)**, Contrats d'état et nationalisation, les apport de la sentence arbitral du 24 mars, clunet 1982.
17. **LAFFITTE OLIVIER**, Résiliation et responsabilité, Le contrat, rien que le contrat, Responsabilité contractuelle : dernier état de la jurisprudence, Contrats Publics – n° 161 - janvier 2016.
18. **LALIVE. (J-F)**, Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (arbitrage texaco-calasaiatic) C/Gouvernement libyen), Culnet, 1977.
19. **Lalive. (P)**, Tendances et méthodes en droit international privé, II, R.C.A.D.I, 1977.
20. **LICHERE. (F)**, Les contrats de partenariats (fausse nouveauté ou vraie libération dans la commande publique), RDP, 2004.
21. **Martor. (B) et THOUVENOT. (S)**, Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public, RDAI, 2004.
22. **Maury**, Règles général de conflits de lois, R.C.D.I.Vol.57
23. **Mayer**, Droit international privé, Paris, 1977.
24. **MAZEAUD. (L)**, Note sous cass. Civ 18 janvier 1967.D.1967.
25. **Moderne. (F)**, Les conventions entre personnes publiques, R.F.D.A 1984.
26. **NDOKO. (N)**, Les mystères de la compensation, RTD.CIV, 1991.
27. **LOUDIN. (M)**, Charge de la preuve, JCL,CIV, Art1315 et 1315-1, fasc20, 8-2005.
28. **PECAUD. (Y)**, Exécution de bonne foi des conventions, JCL, CIV, Art 1134, fasc.11, 2007.
29. **RIAD.(F)**, Les contrats de développement et arbitrage international, Rev.Eg, Vol 42, 1986.
30. **RIGAUX.(F)**, Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale, Rev.Crit, 1978.
31. **SAVATIER.(R)**, Nots sous cass. civ sect soc, 7 juillet 1955, D1957 .
32. **STORCK.(M)**, Exception d'inexécution préc JCC .Art 1184, Fasc.49-4.
33. **TSCCHANZ. (P-Y)**, Contrats d'états et mesures unilatérales de l'état devant l'arbitre international, Rev. crit, DIP.
34. **Weil.(P)**, Problèmes relatifs au contrats passés entre un état et un particulier, R.D.C,1969.

Les ouvrages en anglais :

01. **Calafus Sorin**, Exercising the Exception of Contract Non-Performance in the Extrajudicial Area, “In Ovidius University Annals”, Economic Sciences Series, Volume XVII , Issue1/2017.
02. **Casanal. (M)**, The common Historical basis of the exception for the non-performance and termination of contract “In Ovidius University Annals”, Economic Sciences Series, Volume.13,Issue2.
03. **(R). DOAK BISHOP, JAMES CRAWFORD, (W). MICHAEL**, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer International (2005).
04. **SAMUEL (K.B.ASANT**, Stability of contractaul relations in the transnational ivestment process », Inter. Com. L.Q, 1979.
05. **THOMAS WAELD and GEORGE NDI**, Stabilizing international investment commitments: International law versus contract interpretations, 31 Tex. Int 1, L.J.215(1996).

الفهرس

الفهرس

الصفحة	المحتوى
	الإهداء
	شكر وتقدير
	قائمة المختصرات
أ - و	المقدمة
8	الباب الأول: النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ
9	الفصل الأول: طبيعة الدفع بعدم التنفيذ
9	المبحث الأول: نشأة الدفع بعدم التنفيذ وتعريفه
10	المطلب الأول: نشأة الدفع بعدم التنفيذ
10	الفرع الأول: نشأة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الاسلامي
11	الفرع الثاني: نشأة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الغربي
12	المطلب الثاني: تعريف الدفع بعدم التنفيذ
12	الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي للدفع
14	الفرع الثاني: التعريف التشريعي للدفع بعدم التنفيذ
16	الفرع الثالث: التعريف الفقهي للدفع بعدم التنفيذ
18	المبحث الثاني: خصائص الدفع بعدم التنفيذ
18	المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وفعالة
19	الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لرفع دعوى قضائية
20	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لإعذار
23	المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط
23	الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد
24	الفرع الثاني: مدة وقف تنفيذ العقد
25	المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان
25	الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا
26	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن
28	المبحث الثالث: أساس الدفع بعدم التنفيذ
28	المطلب الأول: الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ
28	الفرع الأول: عرض فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ

29	الفرع الثاني: تقدير فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس للدفع بعدم التنفيذ
30	المطلب الثاني: السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ
30	الفرع الأول: عرض فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ
32	الفرع الثاني: تقدير فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ
33	المطلب الثالث: ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ
33	الفرع الأول: عرض فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ
34	الفرع الأول: تقدير فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ
35	المطلب الرابع: حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ
35	الفرع الأول: عرض فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ
36	الفرع الثاني: تقدير فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ
37	المبحث الرابع: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن بعض المفاهيم القانونية القريبة منه
38	المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس
39	الفرع الأول: المعايير الأساسية للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس
43	الفرع الثاني: المعايير الثانوية للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس
46	المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد
46	الفرع الأول: أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد
47	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد
50	المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ والفسخ
50	الفرع الأول: أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ
52	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ
53	المطلب الرابع: الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة
54	الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة التقليدية
57	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ ومقاصة الديون المترابطة
59	الفصل الثاني: إثارة الدفع بعدم التنفيذ
60	المبحث الأول: نطاق الدفع بعدم التنفيذ
60	المطلب الأول: تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري
60	الفرع الأول: حصر نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين
61	الفرع الثاني: الحالات الخارجة عن نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري

64	المطلب الثاني: تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي
65	الفرع الأول: العقود الملزمة لجانب واحد
66	الفرع الثاني: العلاقات الناشئة عن انحلال العقد بالفسخ أو البطلان أو بأي سبب آخر
67	الفرع الثالث: العلاقة غير التعاقدية
67	المبحث الثاني: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
68	المطلب الأول: شرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين
68	الفرع الأول: النصوص القانونية المقررة لشرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين في القانونين المدنيين المصري والجزائري
69	الفرع الثاني: الأحكام القضائية المقررة لشرط توافر التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين
70	المطلب الثاني: شرط استحقاق الأداء
71	الفرع الأول: التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولا بموجب الاتفاق
73	الفرع الثاني: التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولا بمقتضى طبيعة العقد
73	الفرع الثالث: التزام أحد طرفي العقد بالتنفيذ أولا إعمالا للعرف
74	الفرع الرابع: كون أحد الالتزامات المتقابلة في العقد التزاما طبيعيا
74	المطلب الثالث: عدم تنفيذ الالتزام المقابل
74	الفرع الأول: تعريف عدم التنفيذ
75	الفرع الثاني: صورة التنفيذ الجزئي
76	الفرع الثالث: جسامة عدم التنفيذ
78	الفرع الرابع: الخشية من الإخلال الفعلي بالالتزام
82	المطلب الرابع: وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
82	الفرع الأول: يجب أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية
83	الفرع الثاني: يجب ألا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى مسلك المتمسك بالدفع
83	المبحث الثالث: كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
84	المطلب الأول: الصور القضائية للدفع بعدم التنفيذ
84	الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ في صورة دفع موضوعي
87	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الإشكال
90	المطلب الثاني: صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وموانع التمسك به

90	الفرع الأول: تحديد صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
91	الفرع الثاني: موانع التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
93	الفصل الثالث: آثار التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وانقضائه
93	المبحث الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ
94	المطلب الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين
94	الفرع الأول: الأثر التعليقي أو الوقي
98	الفرع الثاني: مآل الوضعية التعاقدية
106	المطلب الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والخاص والدائنين العاديين
106	الفرع الأول: سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف العام والدائنين
107	الفرع الثاني: سريان الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الخلف الخاص
108	المبحث الثاني: انقضاء الدفع بعدم التنفيذ
108	المطلب الأول: انقضاء الدفع بعدم التنفيذ بطريق تبعي
109	الفرع الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء
109	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
110	الفرع الثالث: انقضاء الالتزام دون الوفاء
112	المطلب الثاني: انقضاء الدفع بعدم التنفيذ بطريق أصلي
112	الفرع الأول: تنازل المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عنه صراحة أو ضمناً
113	الفرع الثاني: التخلي الإرادي عن العين
114	الفرع الثالث: هلاك العين المحبوسة
115	الفرع الرابع: إخلال أو عدم قيام المتعاقد الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين
116	الفرع الخامس: تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون
119	الباب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ بين أصوليات نظرية العقد الإداري ومتغيرات تدويله
120	الفصل الأول: الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية
121	المبحث الأول: طبيعة العقد الإداري
121	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري
122	الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإداري
124	الفرع الثاني: التعريف القضائي للعقد الإداري
126	الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الإداري

127	المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري
128	الفرع الأول: المعيار القانوني
131	الفرع الثاني: المعيار القضائي
149	المبحث الثاني: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية
149	المطلب الأول: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية في أحكام القضاء الإداري الفرنسي
150	الفرع الأول: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري الفرنسي القديمة
151	الفرع الثاني: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الحديثة
155	المطلب الثاني: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية في أحكام القضاء الإداري المصري
155	الفرع الأول: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري المصري القديمة
162	الفرع الثاني: عائق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في أحكام القضاء الإداري المصري الحديثة
167	المبحث الثالث: تطبيقات القضاء الإداري للدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية
167	المطلب الأول: حالات تطبيق القضاء الإداري الفرنسي للدفع بعدم التنفيذ
168	الفرع الأول: عرض قضية متحف حضارات أوروبا والبحر الأبيض المتوسط وشركة جرينك للتأجير
169	الفرع الثاني: أبعاد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية متحف حضارات أوروبا والبحر المتوسط وشركة جرينك للتأجير
170	المطلب الثاني: حالات تطبيق القضاء الإداري المصري للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية
170	الفرع الأول: التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين
173	الفرع الثاني: التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ التزاماتهما في وقت واحد
175	الفرع الثالث: جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام
176	الفرع الرابع: حالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بسبب تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها
177	الفرع الخامس: حالة عجز المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ أو التنفيذ في الوقت المحدد بسبب تقصير الإدارة
188	الفصل الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية
189	المبحث الأول: طبيعة العقد الإداري الدولي
189	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي وصوره

189	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي
191	الفرع الثاني: صور العقد الإداري الدولي
194	المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري الدولي
194	الفرع الأول: المعيار القانوني
196	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي
197	الفرع الثالث: المعيار المختلط
197	المطلب الثالث: شرط التحكيم
199	الفرع الأول: تعريف التحكيم
203	الفرع الثاني: مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية
212	المطلب الرابع: شروط الثبات
212	الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي
214	الفرع الثاني: شروط ثبات العقد
216	المبحث الثاني: أثر شرط التحكيم وشروط الثبات على مركز جهة الإدارة في العقود الإدارية الدولية
216	المطلب الأول: أثر شرط التحكيم سلطات جهة الإدارة
219	الفرع الأول: العمل على تضمين العقد المبادئ القانونية للعقد الإداري
219	الفرع الثاني: تطبيق التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية قدر الإمكان
220	الفرع الثالث: تطبيق القانون الوطني (الإداري) في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون معين إذا كان النزاع يتعلق بعقد إداري دولي
221	المطلب الثاني: أثر شروط الثبات على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي بإرادتها المنفردة
221	الفرع الأول: أثر شروط الثبات التشريعي على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي بإرادتها المنفردة
228	الفرع الثاني: أثر شرط ثبات العقد أو عدم المساس به على سلطتي جهة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري الدولي بإرادتها المنفردة
232	المبحث الثالث: موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية
233	المطلب الأول: حالات إقرار قضاء التحكيم تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية
233	الفرع الأول: إقرار قضاء التحكيم حق المتعاقد الأجنبي في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

240	الفرع الثاني: إقرار قضاء التحكيم لحق الجهة الإدارية المتعاقدة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
242	الفرع الثالث: إقرار قضاء التحكيم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين
244	المطلب الثاني: حالات رفض قضاء التحكيم تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الإدارية الدولية
244	الفرع الأول: موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس
245	الفرع الثاني: تقدير موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس
247	الخاتمة
260	قائمة المصادر والمراجع
281	الفهرس

الملخص

إن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ من القواعد الأصولية في القانون المدني مؤداها جواز امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه العقد إذا كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء الالتزامات المقابلة أو يعرض على الأقل أداءها.

وإذا كانت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ثابتة وواضحة بالنسبة للعقود المدنية التي يتساوى فيها المركز القانوني للمتعاقدين، فإن الأمر مختلف في نطاق العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية الدولية.

بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية فهي تخضع لنظام قانوني مغاير للنظام القانوني المتعارف عليه في العقود المدنية، وهو يقوم على قاعدتين جوهريتين، الأولى هي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد مما يستدعي تمتع جهة الإدارة في هذه العقود بسلطات وامتيازات عديدة لا يملكها المتعاقد معها. والثانية هي ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد مما يحتم على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته معها حتى ولو أخلت جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها.

وعلى الرغم من أن المفترض هو أن يقف مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد عائقاً أمام تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الداخلية. إلا أن القضاة الإداريين المصريين والفرنسي أقر تطبيقه في نطاق هذه العقود في حالات محددة وضمن شروط معينة.

أما بالنسبة للعقود الإدارية الدولية فهي تنتم بالطبيعة المزدوجة التي تجمع بين مقومات العقد الإداري ومقومات العقد الدولي، والتي حولته من عقد اداري صرف إلى عقد اداري مختلط، وتنتم هذه العقود أيضاً بتضمنها لشروط التحكيم وشروط الثبات التي تقيد من سلطات الدولة المتعاقدة في تعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة، مما جعل المركز القانوني للدولة المتعاقدة أقرب إلى المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي الأمر الذي طرح إمكانية تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق هذه العقود، وهذا ما تجلّى في اقرار قضاء التحكيم في بعض أحكامه تطبيق الدفع في نطاق هذه العقود، وإن كان قد رفض تطبيقه في أحكام أخرى.

Abstract

The rule of the Exception of Contract Non-Performance of the fundamental rules of civil law is that a contractor may not perform the obligations imposed by the contract if the performance is until the other party has performed the corresponding obligations or at least has performed its performance.

If the rule of the Exception of Contract Non-Performance is consistent and clear for civil contracts where the legal status of the contractors is equal, it is different in the scope of internal administrative contracts and international administrative contracts.

In terms of internal administrative contracts, they are subject to a legal regime that is different from the legal system of civil contracts based on two fundamental rules. The first is to give priority to the public interest over the private interests of individuals. This requires the management of these contracts to have many powers and privileges that the contractor does not have. The second is to ensure that the general facility is maintained regularly and steadily, which obliges the management contractor to fulfill its obligations even if the management has failed to fulfill its obligations.

Although these two fundamental rules are supposed to impede the application of non-payment in the scope of internal administrative contracts, the Egyptian and French administrative cases have been applied within the scope of these contracts in specific cases and under certain conditions.

As for international administrative contracts, they are characterized by the dual nature that combines the elements of the administrative contract and the elements of the international contract, which have been transformed from a purely administrative contract into a mixed administrative contract. These contracts also include the arbitration clause and the conditions of stability that restrict the contracting authority. Which made the legal status of the Contracting State close to the legal status of the foreign contractor, which raised the possibility of applying the payment of non-implementation within the scope of these contracts, as evidenced by the approval of the arbitration court in some of its provisions the application of payment within the scope of these contracts has refused to apply it in other provisions.