جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص:قانون اداري

رقم:.....

إعداد الطالب:

يزيد خالد أبو شريف

يوم:2023/06/19

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
هشام مغازي	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	رئيسا
عادل رزيق	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	مشرفا
ميمون مني	أستاذ مساعد أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية:2022 - 2023

الاهداء

أهدي هذا العمل:

-إلى الوالدين العزيزين أبي وأمي اللذان سهرا على تربيتي وتعليمي ونجاحي، حفظهما الله وأمدهما بالصحة والعافية.

-إلى أسرانا البواسل في سجون الاحتلال وإلى شهدائنا الأبرار في فلسطين والجزائر.

-إلى أساتذتي الكرام عبر مسيرتي العلمية الذين لم يبخلوا بعلمهم وجهدهم وتوجيهاتهم.

-إلى كل الأصدقاء والزملاء الذين رافقوني خلال مسيرتي العلمية.

يزيد أبو شريف

شكر وتقدير

يقول المولى عز وجل:

﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

يشرفني أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع والذي أمل من خلاله أن أكون قد قدمت شيئاً ولو بسيطاً.

ولا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور ((عادل رزيق)) الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه المذكرة وتحفيزه لي ليخرج في أحسن صورة.

كما أتقدم كذلك بالشكر لكل الذين وقفوا وتحملوا معنا مشقة البحث وأخص والدي ووالدتي والذين لم يتفانوا في تقديم الدعم المادي والمعنوي. وشكراً

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
ج، ر، ع	الجريدة الرسمية عدد
ع	عدد
ط	طبعة

مـــقـــدمـــــة

المقدمة:

إذا كان من الأمور المسلم بها في نطاق القانون المدني أنه لا يجوز لكل متعاقد في العقود القانونية الملزمة للجانبين أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المتعاقد الآخر بتعهداته فّإن له من بابّ أولى أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزامه أو يعرض على الأقل آدائها مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها.[1]

وعليه تعتبر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ من القواعد الأصولية المعروفة في القانون الخاص، حيث يمكن للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه في حالة تقصير الطرف الثاني في تنفيذ التزامه، حيث يتميز العقد المدني بالقوة الملزمة لطرفيه.

ولقد حاولنا من خلال هذا البحث تسليط الضوء على قاعدة الدفع بعدم التنفيذ من منظور العقود الإدارية و إلى أي مدى يمكن تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية ، على الرغم من الارتباط العقد الإداري بامتيازات السلطة العامة، والتي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ومنه فإن أطراف العقد الإداري ليس على نفس الدرجة، فدائما و أبدا المصلحة العامة أعلى درجة من المصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد ومع ذلك لمسنا هناك بعض الاستثناءات في تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، حيث يستطيع المتعامل المتعاقد التمسك بها.

العقد بصفة عامة هو توافق ادارتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه، المهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على أحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعني القانوني المقصود من هذه الكلمة ويتبين ذلك من الظروف و الملابسات.([2])

أما العقد الإداري فهو العقد الذي يبرمه شخص قانوني عام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره أو تنظيمه ، تظهر فيه نية اتباع أساليب القانون العام و أحكامه [3].

---

[1]– سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو المجد للطباعة بالعرم، ص 9

2– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 149

3– بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، 2011، ص 86

وتعرفة المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها " العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما و متصلا بمرفق عام و متضمنا شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص فإذا تضمن عقد هذه الشروط مجتمعه كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري [1].

الدفع بعد م التنفيذ هو وسيلة يلبي بها الدائن للضغط على مدينه، وحمله على التنفيذ بدون اللجوء إلى القضاء وفي العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاد للمتعاقد بدلا من أن يطلب فسخ العقد لعم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه.

والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي "إذا أردت أت تأخذ مالك فعليك أن تفي بما عليك" وهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت للمتعاقد الآخر. ومما لاشك فيه أنه من دون وجود قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لضاعت حقوق الأفراد و لتعسفت الإدارة في استعمال امتيازات السلطة العامة فقد جاء مبدأ الدفع بعدم التنفيذ ليكبح جماح الإدارة ويشكل نوعا من التوازن و الدفع بعدم التنفيذ له بناء قانوني مميز وفريد يميزه عن غيره من المبادئ و الأحكام .والدفع بعدم التنفيذ قديم النشأة و متجذر في الحضارات ومنصوص عليه في العديد من الديانات وخصوصا في الشريعة الإسلامية و هو لا يأتي عبثا و إنما له بناءا و أساس قانوني بحكمه و هذا ما سوف نتطرق إليه بشكل عام في بحثنا .

الأهمية العلمية:

ان البحث في موضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية له أهمية كبيرة وذلك من خلال ما يلي:

- أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة اثبات يلجأ اليها المدعي ليثبت أن دعوى خصمه على أساس غير قانوني فهي دفوع تتعلق بأساس الدعوة وموضوعها.
- يكتسي موضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية أهمية خاصة وذلك لقلة الدراسات المتخصصة التي تناولته بالبحث حسب علمنا.

1- المحكمة الإدارية العليا لسنة 29 ق 22/2/1987 المجموعة السنة 32، جزء 1، بند 128، ص855-856

- تتجلى أهميته كوسيلة دفاعية بسيطة وسريعة وغير مكلفة ماليا ودوره في ضمان استقرار العقد.

-يقوم الدفع بعدم التنفيذ بإيضاح التوازن بين ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وبين ضمان حقوق المتعامل معها لان هذا الأخير لا يملك الا اللجوء الي القضاء الإداري.

- ان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان في يد المتعاقد تجعله يضغط على الطرف الاخر كي يفي بما عليه وقد منحها القانون له بهدف تحقيق العدالة بين طرفي العقد.

أهداف الدراسة:

تتمثل الأهداف التي نسعى الي تحقيقها من خلال البحث فيما يلي:

-تحديد تعريف الدفع بعدم التنفيذ ونشأته.

-توضيح الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ.

-الكشف عن الأثار المترتبة على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

- بيان شروط ونطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

-تمييز الدفع بعدم التنفيذ عما يشابه من الأنظمة القانونية الأخرى القريبة منه.

إشكالية البحث:

إن الدفع بعدم التنفيذ فكرة راسخة في القانون الجزائري في نطاق العقود الإدارية الملزمة للطرفين، وعند دراستنا لموضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية فإنه تبادر الى اذهاننا الإشكالية التالية:

ما هو الأساس القانوني الذي يرتكز عليه الدفع بعدم التنفيذ؟وما مدى تنفيذ قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية؟

منهجية الدراسة:

سنتبع في إعداد هذه الرسالة المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال جمع معلومات واطلاع على النصوص القانونية وتحليلها للوصول الى قواعد وأحكام وعرض اراء توضح ما يحيط بها من غموض.

وبناء على ما تقدم فقد تم تقسيم الموضوع الى فصلين وخاتمة بها نتائج وتوصيات.

ولغرض بيان الموضوعات التي تعد داخله ضمن نطاق البحث وبغية إعطاء البحث ابعاده اللازمة والاحاطة بجميع لوازمه القانونية والنظرية منها والعملية، لقد ارتأينا تقسيم الموضوع **(الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية)** في فصلين وكل فصل يحتوي على عدة مطالب وفروع.

الفصل الأول: ماهية الدفع بعدم التنفيذ

الفصل الأول

ماهية الدفع بعدم التنفيذ

لقد تعددت المعاملات والتعاقدات بين الأفراد نظراً لتطور الحركة الاقتصادية والتجارية والاجتماعية وكثرت الصيغ للعقد الواحد الأمر الذي أربك المتعاقدين وحير الناس حين تعاقدهم وهذا ما يعرضهم لارتكاب أخطاء قانونية أودت بعقودهم ومصالحهم إلى القضاء، وذلك كله يرجع لعدم توفر الانضباط القانوني بشروط العقد ولعدم صياغة شروطه وفقاً للقانون، فكان لبد من راعاه مصالح الناس في وضع صيغ للعقود على اختلافها على ضوء أحكام القانون وروحه في إخراج سند التعامل"العقد" مطابقاً للقانون الذي يحكم هذا التعامل.

إذاكانمنالأمورالمسلمبهافينطاقالقانونالمدنيأنهيجوزلكلمتعاقدفيالعقودالملزمةللجانبينأنيطلبفسخالعقدلعد موفاءالمتعاقدالآخربتعهداته،فإنلهمنبابأولىأنيمتنععنالوفاءبالالتزاماتالتييفرضهاالعقدعليهولوكانتحالةا لأداءإلىأنيقومالمتعاقدالآخربأداءالتزامهأويعرضعلىالأقلأدائهامادامتهذهالالتزاماتالأخيرةحالةالأداءبدو رها([1]).

وقد ادي هذا الوضع الي البحث عن وسيلة تحقق المساواة بين المتعاقدين من ناحية قانونية، فكان الدفع بعدم التنفيذ هو السبيل الوحيد الذي يمكن ان يحقق ذلك، حيث تقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ أنه في العقود التبادلية إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، كان للدائن أن طلب الفسخ، فهو من باب أولى ان يقتصر على وقف تنفيذه، حتى ينفذ المدين التزامه، بدلاً من أن يتحلل من تنفيذ التزامه. ([2])

وسوف نتناول في هذا الفصل ماهية الدفع بعدم التنفيذ، من خلال مبحثين، نعرض في البحث الأول طبيعة الدفع بعدم التنفيذ، وفي المبحث الثاني تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المفاهيم القريبة منه.

المبحث الأول

[1]) سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو مجد للطباعة بالهرم، ص9.

[2]) عبد الكريم بلعيور، الفسخ في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،1986، ص148.

طبيعة الدفع بعدم التنفيذ

إن الدفع بعدم التنفيذ من الأمور المهمة في أي نوع من العقود سواء في القانون المدني أو الإداري لأنه إذا كان نشوء العقد صحياً ولكن قام أحد المتعاقدين بالإخلال بتنفيذ التزامه فإن المتعاقد الآخر يكون في وضع يدعو إلى القلق وعدم الارتياح من الناحيتين القانونية والعلمية معاً إذ يجد نفسه ملتزماً أمام الطرف الآخر من الناحية القانونية لأنه طرفاً في العقد والعقد لا يزال قائماً والدفع بعدم التنفيذ طبيعته تتشابه مع العديد من النظم القانونية والمتمثلة في الحق في الحبس والفسخ ووقف العقد والمقاصة وهذا التشابه يرجع إلى الأصل المشترك بينه وبين هذه النظم إضافة إلى اشتراكهم في شروط وخصائص، إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهم.
إلا أن الدفع بعدم التنفيذ يبقى له بناء قانوني يختلف عن غيره من النظم فهو متميز وفريد وهو أصل لذلك سيقت منه العديد من النظريات مثل نظرية ارتباط الالتزامات ومذكرة حسن النية ونظرية السبب.

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى المطالب التاليةتعريف الدفع بعدم التنفيذ مطلب أول،خصائص الدفع بعدم التنفيذ مطلب ثاني، أساس الدفع بعدم التنفيذ مطلب ثالث،شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، مطلب رابع.

المطلب الأول

تعريف الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

يعد العقد الإداري أحد أهم أساليب جهة الإدارة في ممارسة نشاطها، ولذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد لإشباع الحاجات الجماعية للأفراد.

شأنه سائر العقود – ينعقد بتوافق إدارتين تتجهان إلى احداث أثر قانوني ولقد استقر القضاء الإداري على أن العقد الإداري هو كل اتفاق يبرم بين طرفين أحدهما أو كلاهما من أشخاص القانون العام. وأن يكون متصلاً بنشاط مرفق عام من حيث سيره أو تنظيمه، وتظهر فيه نية تطبيق أحكام القانون العام. بما يحتوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[1]

[1]) محمد العرج،"القانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص324.

ولكن نعرف الدفع بعدم التنفيذ تعريفاً جامعاً مانعاً سوف نتطرق للتعريف الفقهي أولاً ثم التعريف القانوني للدفع بعدم التنفيذ ثانياً.

الفرع الأول

التعريف الفقهي للدفع بعدم التنفيذ

لقد تنوعت تعريفات الدفع بعدم التنفيذ من فقيه لآخر إلا أنها كانت تصب في معنى واحد فقد عرفه عميد القانون المدني عبد الرزاق السنهوري على أنه:"إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين، أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، فله من باب أولى، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه. والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي ذات الفكرة التي يقوم عليها فسخ العقد: الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى.[1]

وهناك من عرفه " الدفع هو حق أساس من حقوق الدفاع للخصم، ووسيلة المدعى عليه للرد على الدعوى تمكنا له من الاعتراض عليها أو على اجراءاتها.[2]

والدفع هو جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه والتي يقصد منها يتفادى الحكم عليه بالدعوى.[3]

وهناك من عرفه " الدفع هو حق أساسي من حقوق الدفاع للخصم، ووسيلة المدعى عليه للرد على الدعوى تمكينا له من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها. [4]ويمكن تعريفه أيضا بأنه: «رد يبديه أحد المتعاقدين على مطالبة المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته، إذا كان المطالب بالتنفيذ نفسه مقصرا، أو ممتنعا عن تنفيذ التزامه، فإذا طالب البائع المشتري بوفاء الثمن، وكان البائع لم يقم بتسليم المبيع إلى المشتري، كان للمشتري أن يدفع مطالبة البائع بالثمن، أي كان له أن يرد هذه المطالبة، بأنه لن يقوم بتنفيذ التزامه؛ لأن البائع لم ينفذ من جانب التزامه المقابل

---

[1]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دون طبقة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 2004، ص299.

[2]) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص487، فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص471.

[3]) رزق الله انطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، ب، ت، ن ص197..

[4]) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص487.

الالتزام المشتري، ولذا يقال: إن المشتري يدفع مطالبة البائع بعدم تنفيذ هذا البائع لالتزامه، ويسمى هذا الرد منه «الدفع بعدم التنفيذ)) .([1])

الفرع الثاني

التعريف القانوني للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

نصت المادة 123 من القانون المدني على أن: في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.([2])

الدفع بعدم التنفيذ هو 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 فالأصل في العقود الملزمة للجانبين وفقاً لنية طرفيه تعارض تنفيذ الالتزامات المتقابلة، والدفع بعدم التنفيذ ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة. ويفتقر الدفع بعدم التنفيذ الذي هو تطبيق الحق في الحبس، في العقود التبادلية.[(3)]

فالأصل في العقود الملزمة للجانبين ومنعا لنية ظرفية تعارض تنفيذ الالتزامات المتقابلة، والدفع بعدم التنفيذ ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف الى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة، ([4])أما القانون الفرنسي القديم فلم ينظم فكرة الدفع بعدم التنفيذ، وإنما بين بعض التطبيقات أو الحالات التي يوجد بشأنها نص، وقد سلك القضاء الفرنسي الطريق نفسه، بعد أن كان مترددا طويلا في إمكانية الدفع بعدم التنفيذ في غير الحالات المنصوص عليها، إلا أنه مع ذلك عمم فكرة الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين.

---

[1]) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979م، ص 380.

[2]) الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، عدد65.

[3]) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1997- ب- ط، ص315.

[4]) عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 1998م، ص 152 .

ففي عقد البيع أعطت (المادة 1612 مدني فرنسي) للبائع الحق بوقف تسليم البضاعة للمشتري إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن، ثم جاءت (المادة 1613 مدني فرنسي) فأعطت البائع الذي كان قد التزم بتسليم البضاعة قبل الحصول على الثمن (البيع بثمن مؤجل) من تسليمها إذا كان هناك مخاطر باحتمال عدم الحصول على الثمن؛ نظرا لإفلاس المشتري أو إعساره، ما لم يقم المشتري بتقديم ضمان على استطاعته أداء الثمن، كما أن المادة 1653 مدني فرنسي) أعطت المشتري الحق في الامتناع عن دفع الثمن إذا كان هناك مخاطر من دعوى استحقاق أو رهن البضاعة محل العقد، وهذا ما لم تزل هذه المخاطر أو يقوم البائع بتقديم ضمان.

وعليه فإن الحق الوحيد الذي أعطته كل من المواد (1912 و1913 و1953 مدني فرنسي) المتعلقة بعقد البيع هو وقف التنفيذ من قبل الدائن لالتزاماته، والحقيقة أن مثل هذا الوقف هو وقف مؤقت بطبيعته، لذلك فإن حقوق الطرفين والتزاماتهما العقدية تبقى قائمة، كما أن الطرف الذي يلجا إلى الدفع بعدم التنفيذ يبقى ملزما بجاهزيته للتنفيذ طالما يقوم المدين بتنفيذ التزامه. [1].

وفقاً لنص المادة 161 مدني يعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه امتناع مشروع عن الوفاء يلجأ إليه المتعاقد للضغط على مدينة، وحملة على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء وفق العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز للمتعاقد بدلاً من أن يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، أنّ يمتنع عن تنفيذ التزامه هو الآخر. وبالتالي يعد الدفع بعدم التنفيذ وفق تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حيث يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ. وقالت محكمة النقض أنه طبقاً للمادة 161 من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفي بالتزامه. فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين.[2]

[1]) يزيد أنيس نصير، توقع الإخلال، والإخلال المسبق في العقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، مج31، ع، اس 2007م، ص 235.

1) محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 60 لسنة 62 قضائية، جلسة 26\2\2022.

ويجد الدفع أساسه في فكرة السبب التي تقيم ارتباطاً بين الالتزامات في العقد الملزم للجانبين وإذا كان كل من الالتزامين المتقابلين مستحق الأداء كان مقتض فكرة الارتباط بينهما أن يتعاصر تنفيذها، فلا يمكن مطالبة المتعاقد بتنفيذ التزامه طالما أن المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه. ويقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ألا يطلب المتعاقد من الطرف الآخر تنفيذ التزامه إلا إذا كان هو بدوره قد قام بتنفيذ التزامه المقابل، والدفع بعدم التنفيذ بهذا المعنى، هو أحد تطبيقات الحق في الحبس الذي يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به.[1]

ومنه إن الدفع بعدم التنفيذ حق مقرر ومنصوص عليه في القانون الخاص كقاعدة عامة، ويقصد به، أنه إذا أخل أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزاماته. ويؤسس الدفع بعدم التنفيذ الدفع بعدم التنفيذ على فكرة الالتزامات المتقابلة، فالتنفيذ من جهة يكون مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى هو جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد. ([2])

أما في مجال العقود الإدارية يمكن تعريف الدفع بعدم التنفيذ، امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية في حالة أخلالالإدارة بالتزاماتها، والتجاه الغالب في الفقه والقضاء الإداري هو حظر مبدأ الدفع بعدم التنفيذ .فتوقيع المتعاملالمتعاقد للجزاء بنفسه أمر يصعب تصرفه . إلا في حالة الدفع بعدم التنفيذ، أي أن يمتنع عن التنفيذ التزاماته العقدية، إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها. وحتى هذا يستطيعالمتعاقدالاستفادة منه، أي أنه يستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في الوفاء بما يفرضه عليها العقد([3]).

المطلب الثاني

خصائص الدفع بعدم التنفيذ

يتميز الدفع بعدم التنفيذ أن له مفهوم مستقل ومختلف عن غيره من النظم القانونية التي تتشابه معه المتمثلة في الحق في الجبس والمقاصة وفسخ العقد ووقف العقد فهو يختلف عنها بنطاق تطبيقه وأساسه القانوني وآثاره وشروطه إضافة إلى العديد من الخصائص التي يتمتع بها التي

[1]) عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1925 ص199.

[2]) إيهاب أبو المعاطي محمد، الالتزام بالتسليم في عقود توريد المعلومات، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، سنة 2010، ص 2.

[3]) جمال عثمان جبريل و د. إبراهيم محمد على آثار العقد الإداري، جامعة المنوفية، سنة 2002، ص274

تتمثل في كونه وسيلة بسيطة وسريعة ولا تحتاج إلى إجراءات معقدة والدفع بعدم التنفيذ يتميز بأنه وسيلة ضمان من خطر إعسار الطرف الآخر كما أنه وسيلة لتحقيق العدل والمساواة بين طرفي العقد وأيضاً يقلل من قضايا النصب والاحتيال والهروب من التنفيذ، كما أنه حق قانوني مقرر في جميع القوانين وهو حق مجاز من الناحية الفقهية والدينية.

وسوف نتناول ذلك من خلال عدة فروع، كل فرع يمثل احدى خصائص الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الأول

من حيث نطاق الدفع

يتسع نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ليشمل الالتزامات المتقابلة الناشئة عن رابطة واحدة أو بسببها سواء كانت رابطة ناشئة عن عقد أو واقعة مادية بحيث يكون كل طرف من طرفي الالتزام دائنا ومديناً ملزماً وملتزماً له بذات الوقت.[1]

الدفع بعدم التنفيذ بأنه: «هو حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ«.[2]

سواء كان هذا العقد ناشئاً بإراديين إمّ بإرادة منفردة، أم كان ناشئاً عن علاقة مادية صالحة لأن تولد التزامين على طرف العلاقة مرتبطين ببعضهما على سبيل التبادل كما في الإنفاق على اللقطة والوديعة عند من أجاز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه الالتزامات.

وبهذا فإن نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام يتسع ليشمل الالتزامات الناشئة عن العقود سواء كانت هذه العقود قائمة أم مفسوخة بشرط أن ترتب التزامات قابلة للحجز حال فسخها، إضافة إلى شمولة الوقائع المادية بالوصف الذي ذكرت أما الالتزامات المنفردة أو الالتزامات الواجبة على الطرفين ولا رابط بينهما فلا تعتبر محلاً قابلاً لإثارة الدفع بعدم التنفيذ في الدعوى المتعلقة بها. على أن يؤخذ بعين الاعتبار ما سيرد قريباً حول التنفيذ المعيب وتعريف الصفقة فالتنفيذ الجزئي من قبل المدعي لا يسقط حق المتمسك بالدفع في إثارته له حيث مع قبوله بهذا التنفيذ.[3]

---

[1]) منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، رسالة دكتوراه، جامعة حزيران، الأردن، س 2005، ص83.

[2])عبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ،مصر،س1992،ص 442.

[3])عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد) الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981،ص 735.

لبنود العقد قوة تفوق قوة القواعد القانونية فإذا ما تعارضت بنود العقد مع قاعدة آمره أو قاعدة مكملة يتم إعمال بنود العقد.[1]

ومن هذا الأساس إذا تم الاتفاق على الحرمان من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا سيما وأن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عنه أو الاتفاق على مخالفته فلا يكون من حق أطراف هذا العقد التمسك بذلك الدفع بعد الاتفاق على الحرمان من التمسك به.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ لا يشترط إعذار

عندما بحث الفقهاء الالتزامات المتقابلة لم يشترطوا حال مشروعية امتناع المدعى عليه عن التنفيذ لامتناع مقابلة عن التنفيذ أن يقوم المدعى عليه بإعذار خصمه ليحصل إلى إقراره على تمسكه بالدفع.

فقد قالو إن الناشز لا نفقة لها وحقيقة سقوط نفقتها بنشوزها، أي أن الفقهاء قالو بمشروعية امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته حال إخلالها بشرط الطاعة بوصفة التزاماً ناتجاً عن عقد الزواج.

ولم يشترط الفقهاء عليه بأن ينذر زوجته بأنه لن ينفق عليها إذا لم تنفذ الالتزام بالطاعة الناشئ عن العقد، وكذلك الحال في البيع عندما أجاز بعض الفقهاء للبائع حبس المبيع، وأجاز البعض الآخر للمشتري الامتناع عن نقد الثمن لم يتعرض أي منهم لوجوب الإعذار لاستخدام الحق في الحبس.

وفي اللقطة عند أجاز من الفقهاء للمنفق الامتناع عن تسليمها لمالكها إلى أن يفي بما أنفق عليها مما هو ضروري لحفظها ولم يوجبوا عليه إعذار مالكها بأنه إذا لم يفي له بحقه سيمتنع عن تسليمه العين الملتقطة.

وتوجيه ذلك أنه مجرد الامتناع من قبل المدعى عليه عن تنفيذ ما عليه من التزام تجاه المدعي يعتبر في حد ذاته سواء كان التمسك بالامتناع عن التنفيذ قبل إقامة الدعوى أم بعد إقامتها إبدانا وإعذاراً للمطالب بالتنفيذ بوجوب تنفيذ ما عليه من التزام وإلا سيبقى الدافع متمسكاً بدفعه

[1]) أنور طلبة، شرح القانون المدني، الجزء الأول،ط1، دار المطبوعات الجامعية ، س1998 ، ص737.

مصراً على موقفه، ذلك أن ما يقوم به المدعى عليه ما هو إلا معارضة للمدعى في طلب التنفيذ وهذا حق خالص للمدعى عليه فلا يحتاج إلى إعذار للتمسك بهذا الحق.[1]

وقد نصت المادة 180 من قدم ج أنه ((يكون إعذار المدين بإنذاره – أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المدين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على إنفاق يقض بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر)).

فالمشرع لم يورد تعريفاً، بل اقتصر على بيان إعذار الدائن للمدين تم عدد رسائله.

إلا أن الفقه القانوني حاول إيجاد تعريف له يختلف باختلاف الزاوية التي عليها فيه.

ومن الفقهاء من عرف الإعذار من زاوية الغاية فعرفه بأنه وضع المدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه، حين يترتب على تأخره نتائج قانونية.[2]

ولقد اتجه الفقه المصري إلى أن الإعذار غير واجب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإذا كان الحق في الدفع بعدم التنفيذ يترتب ابتداء، فليس بالممتنع عن التنفيذ حاجة إلى الإعذار، كما أن امتناع المتمسك به عن تنفيذ التزامه إعذار كاف للطرف الآخر بوجوب تنفيذ ما في ذمته من التزام.[3]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به المعتصم بهذا الحق، وأنه لا حاجة لرفع دعوى على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعماله، أو توجيه تنبيه رسمي له.[4]

كما أن المشرعين المصري والجزائري لم يشترطا الإعذار للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في المادتين 161 ق. م. د. والمادة 123 ق. م. ج.

وإذا كان الإعذار غير ضروري للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري فإنه يكون ضرورياً لتوليد الالتزامات الذي يترتب على عدم تنفيذه الحق في التمسك بالدفع، فالالتزام بالتعويض عن التأخير لا ينشأ إلا بإعذار عملاً بالمادة 218 من ق. م. م. و

---

[1])السنهوري، الوسيط ج 1، المصدر السابق، ص734.

[2]) محمود جمال الدين ذكي، أحكام الالتزام، لعام 1974 بند 5 ص 6..

[3]) عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام. مصدر سابق، ص 1006.

[4]) نقض مدني، جلسه 1998\02\21 ، طعن رقم 2682 لسنة 59 مجموعة أحكام النقض، ص 49.

والمادة 171 ق. م. ج اللتان تنصان على أنه ((لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك)) كذلك الاخلال بالوفاء بالثمن لا يتحقق إلا بالإعذار أو بسعي البائع إلى المشتري في موطنه.

الفرع الثالث

الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلا إذن من المحكمة للتمسك به.

ذلك أن ما يتمسك به المدعى عليه دفع هو في حقيقته سلوك سلبي فلا يحتاج إلى حماية قضائية' [1]فالامتناع عن الوفاء حال مشروعيته هو حق يرتب للمتمسك به على إخلال الطرف المقابل بما عليه من التزام.[2]

إضافة إلى أن الامتناع عن الوفاء والتمسك بالدفع لا يشكل خطراً على وجود العقد كما هو الحال في الفسخ حيث لا يعود الامتناع عن التنفيذ والادعاء بمشروعيته من أن يكون وفقاً للعقد لا إنهاء له وهو كدفع يتفق مع غيره من الوقوع في خضوعه لرقابة السلطة القضائية بعد إثارته والتمسك به لتقرير مدى حق الدافعومشروعية التمسك بالدفع وأشبه أن يقال كما عبر عنه السنهوري رحمه الله إن الدفع بعدم التنفيذ يمر بمرحلتين:

الأولى: خارج مجلس الحكم يتمثل في الامتناع عن التنفيذ

الثانية: التمسك بالدفع أمام المحكمة المقامة أمامها دعوى وهنا تظهر سلطة القضاء في تقرير هذا الدفع وإقرار المتمسك به على سلوكه أو منعه.

الفرع الرابع

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط

اتجه بعض الفقهاء إلى تعريف الدفع بعدم التنفيذ بأنه: ((وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على التنفيذ دون حاجة إلى الترافع أمام القضاء أي أن هذه الوسيلة وسيلة دفاعية وليست هجومية تقع في مرحلة وسط بين التنفيذ وعدم التنفيذ

[1]) صلاح الدين الناحي، الامتناع المشروع عن الوفاء، ص 169.

[2])السنهوري ،ج 1، المصدر السابق، ص 727 و 735.

يقررها القانون، ولا داعي للجوء فيها إلى القضاء، فهي دفع وليست دعوى هذه الوسيلة تتضمن الاحتجاج في مواجهة الدائن بأنه لم ينفذ أصلاً التزامه الحال الأداء والمستحق للمدين.

فكيف له أن يطلب من المدين تنفيذ التزامه؟ فالمدين يدفع بأن الدائن لم ينفذ التزامه، وبالتالي وللارتباط القائم بين الالتزامات فإنه أيضاً يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه فالمدين بذلك يجبر الدائن على التنفيذ، تلافيا لطلب فسخ العقد إذ هو بذلك يجمد العقد حتى يحمل الدائن على التنفيذ.[1]

وبذلك تعد هذه الوسيلة أقل كلفة بالنسبة للمتعاقد، الذي تمسك بالدفع بعدم التنفيذ مقارنة بسلوك الفسخ القضائي.[2]

والفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي أنه ((إذا أردت أن نأخذ مالك، فعليك أن تفي بما عليك فلا عهد له.[3]

إن أهم أثر يترتب على الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد أي تجميد الالتزامات العقدية لأجل لاحق ومن ثم نبقي إمكانية تنفيذه مستقبلاً، 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.[4]

وهكذا يجد المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه نفسه في وضعية المضغوط عليه وذلك لعدة عوامل

أولها أنه صاحب سلوك خاطئ وعليه أن يبادر إلى اصلاح خطئة وذلك بتنفيذ التزامه.

ثانيها أن المتعاقد المدين كان هدفه من ابرام العقد حتماً تنفيذه.

وثالثها أن المتعاقد المدين بامتناعه عن تنفيذ التزامه قد يجد نفسه ملزماً بدفع تعويض للدائن.

ورابعها أن وقف تنفيذ العقد يترتب عليه وفق تنفيذ الالتزامات العقدية لمدة غير محددة.

---

[1]) عبد الحكيم فودة، إنهاء القوة الملزمة للقعد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،1998 ، ص 238 .

[2]) محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، آثار العقد، جزاءات الإخلال بالعقد، منشورات الجلب الحقوقية، بيروت، لبنان، د.س. ن، ص71.

[3]) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإدارة المنفردة، ج ح، د. د. ن. س سنة 1968، ص 575.

[4]) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة، بيروت، 1968 ، ص575.

وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ بعد وسيلة ضغط على إدارة المتعاقد لحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ولذلك فهو وسيلة أقل كلفة بالنسبة للمتعاقد الذي نمسك به.[1] وتجدر الإشارة إلى أن استعمال الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة ضغط يشعر معه الطرف الآخر،

بأنه لن يحصل على الأداء المقابل لالتزامه إلا إذا نفذ التزامه هو، فيدفعه ذلك إلى التعجيل بتنفيذ ما عليه.[2]

وهذا يعني أن المتعاقد يكون له الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا أخل المتعاقد معه في ذات العلاقة العقدية بتنفيذ، تعهداته، أي إن الدائن يمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه والهدف من ذلك هو الضغط على الممتنع بقصد التنفيذ كهدف أساس قبل طلب الفسخ.

الفرع الخامس

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة.

يعد الدفع بعدم التنفيذ 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 الآخر لا يقوم بتنفيذ ما عليه.[3]

وبذلك يتضح أن الواقع في العقود الملزمة للجانبين، ونظراً للارتباط بين الالتزامات المتبادلة والتقابل بينها يكون من غير المعقول أن يطالب المتعاقدين الآخر بالوفاء بالتزامه، بينما هو لم ينفذ تعهداته تجاه هذا المدين.[4]

غير أنه مهما كان للدفع بعدم التنفيذ دور يؤديه، فهو لا ينشئ إلا حالة مؤقتة ومركزاً سلبياً، وبذلك فهو ليس إلى اختباراً لنوايا المتعاقد الأخر المتخلف عن التنفيذ، فهو إما يدفع إلى الوفاء

---

[1]) سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، مرجع سابق، ص10.

[2])محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر العقد، مرجع سابق ص 571.

[3]) أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج 1. د. د. 1975، ص201.

[4]) محمد حسن قاسم، القانون المدني، مرجع سابق، ص 95.

بما عليه كاملاً، وإما أنه لا بأبه لهذا ويستمر في علم التنفيذ، فيلجأ الدائن مبدي الدفع إلى المطالبة بفسخ العقد.[1]

وبالتالي فإن الدفع بعدم التنفيذ شكل من أشكال العدالة الخاصة، تفرضه العدلة والحس السليم.

الفرع السادس

الدفع بعدم التنفيذ مجاز من الناحية الفقهية والدينية.

الشريعة الإسلامية لا تحتوي على نظرية عامة بشأن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ إلا أن كتب الفقهاء المسلمين تتضمن تطبيقات عدة لهذه القاعدة. وعلى الرغم من ذلك يعتقد بعض الفقهاء المعاصرين بأن الشريعة الإسلامية تجهل مفهوم الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأنها لا تعرف مبدأ الارتباط بين الالتزامات الناشئة من عقد ملزم لجانبين.

ولكن هذا الرأي محل نظر، وذلك لن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ لا تقوم فقط على الارتباط والتقابل بين الالتزامات، وإنما تقوم أيضاً على القصاص والتكافؤ في الحقوق وكذلك على مبدأ حسن النية والوفاء بالوعود، ومن ثم يرجع أن الفقه الإسلامي عرف تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، ولكنه كان يطبقها تحت غطاء الحق في الحبس.

المطلب الثالث

أساس الدفع بعدم التنفيذ

يرتكز كل نظام قانوني على أساس يعتمد عليه ويستمد منه إطاره القانوني كما أن للدفع بعدم التنفيذ ، [2] أساس خاص به ولكن اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لدفع بعدم التنفيذ فمنهم من أرجعه لفكرة السبب وبعض الأخر إلى الالتزامات المتقابلة والإدارة المفترضة أو حسن النية وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول

[1]) رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، مرجع سابق، ص 572.

[2]) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر 2006 ، ص 364.

السبب كأساس قانوني لدفع بعدم التنفيذ

تعد نظرية السبب من أعقد النظريات وأكثرها غموضاً بل إن فكرة السبب نفسها كانت محط للمناقشة والمجادلة فيما يتعلق بقائدتها وبالتالي في وجودها وبذلك انقسم المفكرون في شأنها إلى مدرستين، مدرسة على رأسها الفقيه (كابيتان) يدافع عنها، وتسمى مدرسة السببين، ومدرسة على رأسها الفقيه (بلانيول) ينكرها على اعتبار أنها عديمة الجدوى، ونسمي مدرسة اللاسببيين، وقد أخذت بعض التقنيات الحديثة، برأي هذا الفريق الأخير، غير أن هذا الانقسام لم يزن النظرية إلا غموضاً.

أما القضاء سواء كان في فرنسا أم في مصر فلم يشغل نفسه بهذا الجدل والانقسام الفقهي، بل استخدم فكرة السبب في كثير من الحالات في إبطال العقود، دون ان يكلف نفسه مؤونة البحث فيما من الناحية النظرية.[1]

يمثل السبب عنصراً جوهرياً في التراضِ، حيث أن العقد وآثاره ليسا غاية في ذاتهما بل هما مجرد وسيلة لغاية يتم بلوغها من خلال انعقاده صحيحا ونشوء آثاره.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء قام بتطبيق مبدأ الدفع على جميع العقود الملزمة للجانبين معتمداً على مبدأ السبب، حيث إن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر ومن ثم فإن عدم تنفيذ طرف لالتزامه يسوغ عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه المقابل.[3]

وبذلك يرى جانب من الفقهاء أن الدفع بعدم التنفيذ يمكن أن يتأسس على فكرة السبب في معناه الفني، حيث إنه في العقود الملزمة للجانبين يكون سبب كل من الالتزامين المتقابلين ارتقاب تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه، فإذا امتنع أحد المتعاقدين من تنفيذا التزامه، فللمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يكف المتعاقد عن امتناعه.[4]

---

[1]) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 1998، ص 142 وما بعدها.

[2]) مصطفى أحمد أبو عمرو، السبب غير الصحيح بين نظريتي السبب وعيوب الإدارة، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، مصر، س 2016م، ص 9.

[3]) يزيد أنيس نصير، الاخلال المسبق في العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج 31 ، ع 4، س 2007، ص 239.

[4]) عبد الحي حجازي، النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة السيد عبد الله وهبة، القاهرة مصر،د.س.ن، ص 350.

بمعنى أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وطلب، وطالب المتعاقد الآخر بهذا التنفيذ، استطاع الأخير أن يقف هو الآخر عن تنفيذ التزامه.[1]

وعليه فإن التزام كل متعاقد يكمن سبباً لالتزام المتعاقد الآخر، فمثلاً في عقد البيع يكون سبب التزام البائع ينقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه هو التزام المشتري بدفع الثمن، ويعد سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه.

وبذلك لا بد من وجود السبب حتى يقوم العقد، ففي العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوجد التزام المقابل، كأن يكون الالتزام باطلاً لأي سبب من الأسباب، كان الالتزام الآخر بدون سبب وبطل العقد.[2]

وبالتالي يقوم الدفع بعدم التنفيذ على قواعد الإدارة، وبالذات على الغرض من الالتزام، أي السبب.

إن تنفيذ الالتزام عمل إداري، وكل عمل إداري لا بد له من غرض يرمي ليه، وغرض المتعاقد من تنفيذ التزامه أن يحصل على تنفيذ الالتزام المقابل.[3]

فمثلاً إذا طلب المورد من المستورد تنفيذ التزامه بدفع الثمن الذي ترتب عليه من جراء عقد نقل التكنولوجيا، فهنا يجب على المورد أن يقوم بتنفيذ التزامه أولاً بنقل العناصر إلى المستورد، وعلى خلاف ذلك فإن المستورد الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتي يقوم المورد بتنفيذ الالتزام الذي على عاتقه، وإن هذا الحق للمستورد ضد المورد بالدفع بعدم التنفيذ لا يتوقف استناداً إلى تصريح من القضاء أو من هيئة التحكيم، ولا بأعذار من الدائن لمدينه.[4]

[1]) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجنينة، الإسكندرية، مصر، س 2020م، ص 158.

[2]) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2020، ص 218.

[3]) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، في نظرية الحق، ج 1، مطبعة نوري بالقاهرة مصر، س 1943م ف 354، ص 492.

[4]) محمد خان صبحي العاني، الاخلال بالتزام السرية في عقد نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، س 2016 م، ص 115.

تجدر الإشارة إلى أن الإدارة المفترضة للطرفين في العقد التبادلي لا تكون إلا لتحقيق غرض قانوني محدد هو الحصول على القمة التي تعهد بها الآخر، وأي تعطيلا لتلك الإدارة إرغام أيهما على تنفيذ ما التزم به، دون أن يتم المقابل الذي أراده بنفسه الحصول عليها.[1]

ويرى الأستاذ PILLEBOUT أن الغرض من إبرام العقد هو تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بتضافر جهود المتعاقدين معاً، فامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أي عرقلة في طريق الوصول إلى تنفيذ العقد، ومن ثم كان البحث عن التنفيذ الكلي للعقد هو أساس فكرة الدفع بعدم التنفيذ.[2]

فأساس الدفع بعدم التنفيذ، وفقاً للرأي السائد في الفقه، هي فكرة السبب اعتباراً بأنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذي فرضة العقد عليه، قبل أن يتحقق الغرض الذي سعى هو إليه عندما نعهد به، ومن هنا كان الأصل في العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين، هو تعاصر التنفيذ، أي إن الالتزامات المتقابلة الناشئة عنها تتنفذ في وقت واحد.[3]

وبالتالي لا غنى عن دور السبب في إطار العقد، والذي يتمثل في تحقيق التوازن العقدي، وضمان العدالة العقدية من ناحية، وفي حماية مصلحة المجتمع من ناحية أخرى، وذلك من خلال تعرف القاضي على الرغبات والبواعث المشروعة للطرفين، وتحديد مدى ملاءمتها لقواعد القانون وتوافقها معها وكيفية التوقيت بين تلك الأغراض والبواعث والمقاصد، كما يلعب السبب دوراً مهماً فيما بعد انقضاء العقد، كما في مجال تبرير الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وإلغاء الشروط الفاسدة في العقد.[4]

وعلى هذا نرجح أن تكون فقرة السبب هي الأساس القانوني بفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الثاني

[1]) محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة لجنة التطرف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، س1968 ، ص197.

[2]) زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، س2018-2019،ص29.

[3]) محمد حسن عبد الرحمان، أحكام الدفع بعدم التنفيذ، على ضوء قضاء محكمة النقض، مطبعة النهضة العربية القاهرة، مصر س 1997 ، ص 29. عبد الحكيم فودة إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، س 1993، هامش 2، ص 76.

[4]) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإدارة المنفردة، مرجع سابق، ص 667.

ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ.

يرى بعض أنصار فكرة ارتباط الالتزامات أن الدفع بعدم التنفيذ يتماشى مع طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين من حيث أنها تقضي ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل، وأضافوا بأنه إذا كان هذا الارتباط أو التدخل 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. وهذا الارتباط يصح أن يكون موجوداً بين التزام وآخر – من كانت هناك علاقة وثيقة فيما بين الالتزامين– ولو نشأ كل منهما من سبب مستقل.[1]

وبالتالي فإن الفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي نفس الفكرة التي بني عليها فسخ العقد، وهي الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى.[2]

ولذلك فالترابط بين هذه الالتزامات يعد من طبيعة هذه العقود، وحق الاحتباس في هذه العقود يأخذ اسماً خاصاً يتفق مع كونه من طبيعتها، هو الدفع بعدم التنفيذ.[3]

وبمعنى أن هذا الدفع يتمشى مع طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين من حيث أنها تقضي ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل.[4]

ولقد نص التقنين المدني والفرنسي على العقد الملزم للجانبين ضمن م 1102 على أنه: يكون العقد تبادلياً ملزماً للجانبين إذ التزم التعاقدين بالتقابل فيما بينهما نحو الآخر ولقد حذا حذوه المشرع الجزائري من خلال نص م 55 يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما البعض.

فالمبدأ الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ هو أن هناك واقعة معنوية أو مادية، ولدت التزاماً على طرفين كان كل واحد منهما دائناً للآخر ومديناً له في الوقت نفسه فوجب له حق ووجب عليه حق، وهذه العلاقة هي التي تمثل العلاقة فيما بين هذين الالتزامين الواجبين لداء على

---

[1]) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998 ، ص 712.

[2]) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص142، وما بعدها.

[3]) مصطفى جمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 1999، ف 268 ، ص 326

[4]) سعيد السيد على مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، المرجع السابق. ص 17.

الطرفين، فسببها ارتباط كل واحد من الطرفين بالآخر من حيث الالتزام الواجب له والواجب عليه.[1]

الفرع الثالث

العدالة وحسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ.

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، تفرض على المتعاقدين عدم المساس بالعقد سواء من حيث تعديله أو نقضه، إلا باتفاقهما أو في الأحوال التي يقررها القانون فإنه من مقتضيات هذه القاعدة أيضاً وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية هو أساس التعامل ويقضي حسن النية أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والنزاهة في التعامل فناقل البضاعة مثلاً أن ينقلها بأنسب الطرق إلى أصحابها ويعتبر حسن النية من المسائل في تنفيذ العقد من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها.

وعليه فإن حسن النية في العقود له مظاهر متعددة لا تعد ولا تحصى، لذا نجد الكثير من الفقهاء يذهبون إلى إمكانية ربط حسن النية التعاقدي بالالتزامات.

وبذلك يظهر حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني من خلال الالتزامات من أهمها: الالتزام بالأمانة، الالتزام بالتعاون، الالتزام باحترام الثقة المشروعة والالتزام بالنزاهة. وغيرها من الالتزامات التي يجب مراعاتها عند تنفيذ العقد وبالتالي وكأصل عام فإنه يتفق كل من الفقه والقانون أنه في التزام من هذه الالتزامات له طريقته في التنفيذ، وإن هذا التنفيذ لا بد وأن يتم بحسن النية وهو التزام يقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد.

يرى بعض الفقهاء إمكانية تأسيس الدفع بعدم التنفيذ على أساس فكرة العدالة، وبينوا بأنه يجب تحقيق المساواة بين المتعاقدين، حتى لا يجد أحد المتعاقدين نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد، في حين أن الطرف الآخر قد امتنع أو رفض تنفيذ التزاماته، يجعل امتناع الآخر عن التنفيذ امتناعاً مشروعاً، وما وجد الدفع بعدم التنفيذ إلا ليضمن تنفيذ الالتزامات المتبادلة تنفيذاً متقابلاً، وهذه هي العدالة بعينها.[2]

---

[1]) منصور عبد الله الطوابلة، الدفع بعدم التنفيذ الالتزام، المرجع السابق ،ص 75.

[2]) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 522، محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محمة النقض، مطبعة النهضة العربي، القاهرة، مصر، س 1997، ص 51.

فالعدالة تأبي أن يجبر أحد طرفي العقد على الوفاء بما تعهد به في الوقت الذي يتقاعس فيه الطرف الآخر عن الوفاء بالتزامه المقابل رغم حلول أجل الوفاء به.[1]

وبالتالي يكون الدفع بعدم التنفيذ نوع من العدالة الخاصة؛ لأن الالتجاء إليه أمر متروك لتقدير المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك بخلاف الفسخ الذي يقتضي الرجوع إلى القاضي الذي له سلطة تقديرية في الحكم به أو رفضه.

وعليه فإن ممارسة الدفع بعدم التنفيذ يجد أساسه في الدفاع الشرعي، حيث يقوم المتعاقد بإقامة العدالة لنفسه بالامتناع عن تنفيذ التزامه ما دام لم يحصل على حقه المقابل، فالدفع بعدم التنفيذ من وسائل تهديد المدين لتنفيذ التزامه، كما أنه يقدم للممتع ضمانة حيث لا يلزم بتنفيذ التزامه المقابل إلا إذا نفذ الطرف الآخر التزامه، مما يحميه من خطر إعسار مدينه فالممتنع دائن في التزام لم ينفذه خصمه، ومدين في التزام يمتنع بدوره عن تنفيذه، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي ألا يطالب المتعاقد من الطرف الآخر تنفيذ التزامه إلا إذا كان هو نفذ التزامه المقابل.[2]

وأضافوا أن فكرة العدالة كأساس للدفع بعدم التنفيذ، تنسجم مع المبدأ الاخلاقي الذي استند إليه الدفع بعدم التنفيذ في القانون الكنسي وهو ((لا عهد لمن لا عهد له)) وأن هناك العديد من الأنظمة القانونية التي يحتويها القانون المدني، والتي لا يمكن تبريرها إلا من خلال فكرة العدالة وضورة مراعاة حسن النية ونزاهة التعامل في العقود وعلى سبيل المثال، يتبين أن الدفع بعدم التنفيذ من مقتضيات مبدأ العدالة.[3]

فلو أن شخص تعاقد مع محامي على دفع دعوى معينة واتفق الطرفان على أن يؤدي العميل مبلغاً معيناً كتقدمه لسداد رسم الدعوى المدنية وجزء من الاتفاق فإنه لا يجوز للعميل أن يطالب المحامي بتنفيذ التزامه

---

[1]) رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني ، المرجع السابق، ص51

[2]) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، د . د.ن، ط الثانية، س 1995 م، ص 390. وكذلك د. محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د. د. ن، د. س. ن، ص 233.

[3])د. جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، س 2011 ، ص69.

برفع الدعوى طالما هو لم ينفذ التزامه أصلاً بسداد المبلغ المتفق عليه، فهذا ما تقتضي به العدالة، وبالتالي يكون له أن يدفع مطالبة العميل بعدم التنفيذ.[1]

المطلب الرابع

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

من غير المقبول تخصيص المشرع للإدارة جملة من الامتيازات الواسعة، لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، كفسخ العقد بالإدارة المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، ومصادرة الضمان، بالإضافة إلى فرض غرامات تأخيريه عليه وفي المقابل يجابه المتعاقد مع الإدارة مجموعة من الصعوبات في تنفيذ العقد الإداري، مما يطرح معه إشكالية اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء.

وأمام زيادة حاجة الدول إلى الاعتماد على العقود الإدارية لتلبية احتياجاتها لضمان سير المرافق العامة بانتظام، واعملا لقواعد العدالة التي من المفترض أن تحكم جميع العقود، فقد اتجه الاجتهاد القضائي في العديد من الدول إلى التخفيف من علو القاعدة السابقة، حتى يستقيم تنفيذ العقود الإدارية وذلك بإعفاء المتعاقد مع الإدارة حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في بعض الحالات.

بالرجوع للقضاء الإداري الفرنسي نجد أنه قد ساد فيه في البداية مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، وهذا يرجع للطبيعة الخاصة للعقد الإداري، الذي يهدف دائماً إلى تحقيق النفع العام والمصلحة العامة، وعلى ذلك أخذ قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ، وأقتصر على منح المتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بالتعويض فقط.

واستثناء فرغم أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ هو السائد في نطاق العقود الإدارية، إلا أنه يمكن الخروج عن هذه القاعدة وذلك في حالة القوة القاهرة، وكذلك في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها المتمثلة بعدم تقديم المعلومات الضرورية للمتعاقد من أحل تطبيق العقد يعفيه من مسؤوليته عن عدم التنفيذ.

[1])د. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 1993 ، هامش 2، ص 77.

لا يتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ إلا إذا طلب منه تنفيذ التزامه فيستطيع المطالبة بالدفع بعدم التنفيذ المتعاقد الآخر ما عليه من التزامات.

الفرع الأول

وجوب توفر التزامات متقابلة في عقد ملزم للجانبين

يعقد الدفع بعدم التنفيذ وسيلة من الوسائل التي أقرها الشارع، تمكن الدائن من الحصول على ماله في ذمة مدينه خصوصاً أن الدائن مستعد من جهته لتنفيذ ما بذمته إلى الطرف الآخر، فالعقود الملزمة للجانبين تتميز بأن كل طرف فيها دائن ومدين للآخر في الوقت ذاته.[1]

أشارت م 123 ق. م. ج صراحة على أن الدفع بعدم التنفيذ يقتصر على العقود الملزمة للجانبين دون غيرها، ويرجع ذلك إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وهو تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدان، حيث يكون هناك طرفان كل طرف منهما دائن للآخر ومدين له، ويرتبط التزام كل منهما بالآخر ويترتب عليه، فالبائع دائن بالثمن ومدين بالتسليم والمشتري دائن بالتسليم ومدين بالثمن، لذلك يجوز للبائع الامتناع عن التسليم، إذ لم يفي المشتري بالثمن المستحق.

لا يكفي للمتمسك بالدفع أن تكون 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 تابعة عن نفس العقد فلا يكفي لإعمال الدفع أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للطرف الآخر في نفس الوقت، بل يجب أن يكون هناك ترابط وتقابل يكمن أساسه في وحدة الأصل لكل من الدينين.

من الطبيعي أن يكون العقد الذي سيجري الدفع بعدم التنفيذ بعدده من العقود الملزمة لجانبين، لأن الدفع بعدم التنفيذ غير مقصور إذا كان محل الالتزام في العقد مقصور على جانب واحد، أي على أحد الأطراف فقط، كعقد الهبة مثلاً.[2]

---

[1]) عزيز كاظم جبر، الامتناع المشروع عن تنفيذ العقد، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (1) (الثامنة) عدد (16) سنة 2003 ، ص66.

[2]) محمد نجيب عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن التعويض في عقود المعارضات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 153.

الدفع بعدم التنفيذ كالفسخ من حيث مجاله الذي يقتصر على العقود الملزمة للجانبين، ويرجع ذلك إلى وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة على كل من المتعاقدين، حيث يكون للمتعاقد الذي لم يخل بالتزامه وقف تنفيذه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، وبالتالي لا مجال لهذا الموضوع إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، إذا يمكن التمسك بالحق في الحبس في هذا المجال.[1]

وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ غير مقصور في العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يوجد إلا الالتزام في جانب أحد المتعاقدين، ولا يوجد ما يقابله على عاتق المتعاقد الآخر. فالدائن في هذا العقد ليس مديناً، كما أن المدين ليس دائناً، أي أن المدين مدين فقط والدائن دائن فقط، ففي هذا النوع من العقود لا يوجد على الدائن التزام حتى يمتنع عن تنفيذه إذا لم يقم مدينه بتنفيذه التزامه المقابل فعلى سبيل المثال: نجد في عقد الوديعة من دون أجر أن المودع عنده يلتزم بحفظ الشيء ورده، أما الوديع فلا يلتزم بشيء بل هو مجرد دائن. فإذا ما امتنع المودع عنده عن التنفيذ التزمه برد الشيء فلا يوجد في جانب الدائن، وهو الوديع أي التزام يدفع بعدم تنفيذه.[2]

أما القانون الفرنسي بعد تعديله فلم يذكر في المادة (1219) من التقنين المدني الفرنسي العقود الملزمة للجانبين، وهذا واضح من صياغة المادة ذاتها.

وعليه فإن عدم ذكر العقود الملزمة للجانبين في صلب المادة يكون أفضل إذا يجعل نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ أوسع وأشمل، فيكفي أن نذكر هنا مجموعات العقود، والعلاقات المتبادلة في الفضالة، وبعد فسخ العقد الملزم للجانبين أو بطلاقة.[3]

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ يكون مقصوراً على ما يقابله من التزامات طرفي العقد، ومرد ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره.

---

[1]) موسى سلمان أبو ملوح، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزام، الكتاب الأول،المصادر الإدارية ، العقد ،والتصرف الانفرادي، (دراسة مقارنة) 1995، ص 353.

[2]) صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقات العقلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، س 2009، ص 239.

[3]) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مع المتحدث في تعديلات 2016 للمتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، س 2020 ، ص322 ص 323.

فيتعين للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يكون المتمسك به قد أخل بالتزامه عمدا أو قصرا في الوفاء به، وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا.

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من الطرفين، فيكون تنفيذ التزام طرف متوقف على تنفيذ التزام الطرف الآخر، فكلا الطرفين دائن ومدين في نفس الوقت، ويترتب على اخلال طرف الالتزام أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبي إلى تولد الآثار القانونية للعقد من فسخ أو الحق في عدم التنفيذ، ويعتبر العقد الملزم للجانبين من أشهر تقسيمات العقود وأبرزها، والذي يحدد نوع العقد وهو الأثر القانوني الناشئ عن إبرام العقد الذي يرتب التزامات إما أن يرتب التزامات على عاتق طرف واحد فيكون العقد من العقود الملزمة لجانب واحد مثل عقد الوديعة، وإما أن يرتب التزامات متبادلة على كل من الطرفين فيكون عقداً ملزماً للجانبين مثل عقد البيع.[1]

ويتمتع العقد الملزم للجانبين بمجموعة من الخصائص نميزه عن غيره من العقود وهي: –

1 العقد الملزم للجانبين من عقود المعاوضة:

حيث إن ترتيب التزامات على كل من طرفي العقد يجعل هذه الالتزامات متبادلة فكل طرف يقدم التزامات في سبيل الحصول على عوض أو منفعة من الطرف الآخر، ففي عقود الإيجار مثلاً يلتزم المؤجر بأن يقدم العين المؤجرة للمستأجر في مقابل الحصول على منفعة، وهي الأجرة، والمستأجر يقدم الأجرة في مقابل الحصول على الانتفاع من هذه العين.

2 العقد الملزم للجانبين من العقود الزمنية:

حيث أن عنصر الزمن في العقود الملزمة للطرفين عنصراً مهماً فهو يحدد موعد بدأ الالتزامات وانتهاءها كما يحدد ميعاد انقضاء العقد وآثاره.[2]

الفرع الثاني

[1]) حنون جعفر محمد، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، مجلة كلية القانون للقانون والسياسة، جامعة كركوك. 2013، ص 25.

[2]) خالد أمين صبري، آثار إلغاء قاعدة الامتداد القانوني لعقد الإيجار بموجب القانون المعدل لقانون المالكين والمستأخرين الأردني، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص 18 .

أن تكون التزامات المتقابلة مستحقة الأداء.

إن فلسفة الدفع بعدم التنفيذ تفترض وجود دين واجب الوفاء في ذمة المدين الذي يطالب بالتنفيذ، ليأتي الدفع بعدم التنفيذ بعد ذلك كوسيلة ضغط تعمل على ضمان الوفاء بهذا الدين. وعليه يجب حتى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء، أو بعبارة أخرى واجب التنفيذ من فورة.[1]

والحكمة من هذا الشرط الجوهري هي تختلف الفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ، وهي أنه لا يحق للشخص أن يطالب بما له طالما أنه مخل بأداء ما عليه فالدائن الذي يطالب مدينه بالتنفيذ، يجب أن يكون موعد التنفيذ قد حل فعلاً، أما إذا كان مؤجلاً فإنه لا يجوز أن يطالب به، ومن ثم فلا مجال أصلاً للتمسك بالدفع، لآن موعد التنفيذ لم يحل بعد، ويكفي أن يتمسك المدين بعدم الأحقية في المطالبة بالتنفيذ.[2]

إن الدفع بعدم التنفيذ إضافة إلى أنه يشترط أن يكون العقد ملزماً لجانبين يشترط شرط آخر لتمسك به ألا وهو أن يكون الالتزام واجب الوفاء حالا، فلا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف طبقاً لنص م 212 ق. م أي أنها إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقض فيه الأجل.[3]

يقصد باستحقاق الأداء أن يكون الالتزام الذي لم ينفذ هو التزام واجب الوفاء حالا.[4]

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. كما نجد في عقد العمل لا يحق تمسك بالدفع بعدم التنفيذ فالعامل يقوم بأداء عمله والأجرة تكون مثلاً بعد أسبوع أو شهر أي بعد أن ينفذ التزامه أولاً خلال هذه الفترة ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

---

[1])محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة النشر، القاهرة، مصر، س 1968، ص 198.

[2]) عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 88.

[3]) علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موضع لنشر، الجزائر، 20 ، ص 239.

[4]) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ،المرجع السابق، ص 1013.

كما أن الالتزام الطبيعي يكون غير قابل للتنفيذ، فإذا تحول الالتزام المدني إلى الالتزام طبيعي يصبح غير مستحق الأداء.

وبعدم تنفيذ يفترض وجود التزامات مرتبه متقابلة مستحقة الأداء في وقت واحد فالطرف الذي يتمسك بالدفع يمتنع عن تنفيذ التزامه المستحق الأداء رداً على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به من التزامات مستحقة الأداء أيضاً تجاه المتمسك بالدفع فيجب أن يكون الالتزامات غير مستحقة الأداء فلا يوجد اخلال بالعقد ويمتنع التمسك بالدفع فلا يجوز البائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ويحبس المبيع عن المشتري ألا إذا كان الثمن مستحق الوفاء ولم يدفع أما إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يسقط حق المشتري في الأجل فلا يحق للبائع إذا طالبه المشتري بالتعليم أن يدفع بعدم التنفيذ.

لأن التزام المشتري بدفع الثمن مؤجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيه إجباراً للمشتري لأحكام المادة 273 مدني أما إذا كان الأجل قد منحه القاضي للمدين كنظره ميسرة فإن الأجل لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيجوز للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن بالفعل إذا الأجل الذي لا يجوز معه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو الأجل الذي يتحدد باتفاق الطرفين وإذا كان أحد الالتزامين المقابلين قد سقط بالتقادم فأصبح التزاماً طبيعياً فإنه لا يجوز الدفع بعدم تنفيذه إذا أن تنفيذ هذا الالتزام غير واجب كذلك لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ التزامه قبل تنفيذ الالتزام المقابل فلا يحق لهذا الطرف أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا يجب عليه أن يفي بما التزم به قبل أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه كما في عقد العمل إذا التزام العامل واجب التنفيذ أولاً تنفيذ رب العمل لالتزامه فلا يجوز للعامل التمسك بعدم التنفيذ وإنما يجب عليه أن ينفذ التزامه دون انتظار تنفيذ التزامه المقابل، واستحقاق الالتزامات المتقابلة هو الشرط الجوهري الهام لأعمال الدفع، فالمتمسك[1] بالدفع بعدم التنفيذ يمتنع عن تنفيذ التزامه رداً على عدم قيام خصمه بتنفيذ ما التزم به نحو المتمسك بالدفع، ولهذا يجب أن تكون تلك الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء؛ لأنها لو لم تكن كذلك لما كان هناك أي اخلال 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 مقترن بأجل لم يحل بعد كان الدفع بعدم تنفيذه باعتباره وسيلة إجبار على وفائه غير مقبول للالتجاء غليه قبل الأوان.

[1]) أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصوابة عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، د. ط. ص 296.

والحكمة من هذا الشرط الجوهري هي تخلف الفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ؛ وهي أنه لا يحق للشخص أن يطالب بما له طالما أنه محل بأداء ما عليه، فالدائن الذي يطالب مدينه بالتنفيذ يجب أن يكون موعد التنفيذ قد حل فعلاً، أما إذا كان مؤجلاً فإنه لا يجوز أن يطالب به، ومن ثم فلا مجال أصلاً للتمسك بالدفع، لأن موعد التنفيذ لم يحل بعد، ويكفي أن يتمسك المدين بعدم الأحقية في لمطالبة بالتنفيذ.[1]

ولهذا يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء؛ لأنها لو لم تكن كذلك لما كان هناك أي اخلال بالتزام عقدي، ثم إن 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 وفاته، غير مقبول، للالتجاء إليه قبل الأوان.

وقد قضت محكمة النقض بأن: –

إذا كانت المادة 428 من القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إليه كمستندات الملكية وبيان حدود العقاد ألا أنه من كان هذا الالتزام يقابل التزام من جانب المشتري ولم يقم بتنفيذه جاذ للبائع – وعلى ما تقضِ به المادة 161 من القانون المدني– أن يتمتع من جانبه عن قيام بإجراءات اللازمة للتسجيل فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقاً لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد تحصل منهم على رسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر العقاري وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة إلى دفعه وانتهى الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهو من بعده في ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قلبهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون.[2]

الفرع الثالث

عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه

[1]) عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 88.

[2]) أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصوابة عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 297.

سبق وتمت الإشارة إلى أن طرفي الدعوى الإدارية غير متساويين، فالإدارة وأشخاصها الاعتبار بين يمتلكون من الوسائل القانونية والقضائية والإدارية ما يمكنهم من تنفيذ ما يصدر لصالحها من أحكام، وذلك لتمتعها بامتيازات وسلطات تعطيها القدرة على قهر المحكوم عليه.

أما بالنسبة للطرف الآخر فإنه لا يملك مثل الوسائل ليتمكن من اقتضاء حقه الذي أقر له بحكم واجب التنفيذ، ونتيجة لذلك فإن امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكامها يشكل مخالفة قانونية تستوجب على الإدارة التعويض.

ونجدر الإشارة هنا إلى أنه حتى مع القول بأن على الإدارة الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية لحيازتها على قوة الشيء المقضي به، إلا أن لك لا يكفي ولا بد من توافر قوة دواعه تساندها ليتحقق مبدأ سادة القانون ومبدأ الشرعية.[1]

يشترط بأن يكون الطرف الآخر قد أخل بتنفيذ التزامه وقصر به، وكان الامتناع عنه كلياً أو بشكل جزئي ناتج عن خطأ منه أو لقوة قاهرة أو كان التنفيذ معين.

فإن كان عدم التنفيذ يعود لقوة قاهرة ونتج عنه استحالة لتنفيذ، عندها يجب التفريق بين الاستحالة فيما لو كانت مطلقة أو نسبية.

فلو كانت استحالة مطلقة وقبل نشوء الالتزام فلا يصح الوقف، وإنما يكون العقد باطلاً، لاستحالة ركن محل الالتزام. أما لو كانت الاستحالة مطلقة بعد نشوء الالتزام أو استحالة نسبيه سواء أكانت قبل أو بعد نشوؤه، فيكون العقد قابلاً للفسخ.[2]

ولكن يوجد للقاضي سلطة تقديرية في حال عدم التنفيذ الجزئي حيث يمكن فسخ جزء من العقد باستثناء إن كان غير قابل للتجزئة، أو كان جزءاً جوهرياً في العقد.

ويعني بعدم تنفيذ المدين لالتزامه بأنه: الفعل أو الامتناع الصادر عن المدين والذي يجعل التنفيذ العيني غير ممكن.[3]

---

[1]) الليثي محمد سعيد إبراهيم، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة 2008، ص 31.

[2]) عبد الرازق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2 بيروت، منشورات العلي الحقوقية،1998،ص715.

[3]) بيان فاطمة حسن، فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقانون المدني الأردني، جامعة عدن، كلية الحقوق، 2010، ص 85.

وهو يعني توافر الخطأ العقدي من جانب الطرف المدين فهو: اخلال شخص بالتزامه مع ادراكه بهذا الاخلال أي انحراف سلوك الرجل العادي وهو شخص مجرد يمثل وسط بين الأشخاص من حيث الحرص والعناية والذكاء والعلم.

إذا كان الخطأ العقدي والذي بموجبة يتم تحريك المسؤولية العقدية، يمثل عدم تنفيذ المدين لالتزاماته الناجمة عن العقد، أو تنفيذها بشكل معيب أو حتى التأخير في عملية التنفيذ، سواء أكان ناتجاً عن إهمال أو كان معتمداً، بشكل كلي أو جزئي وسواء أكان التزاماً أصلياً أم تبعياً.[1]

لا بد لقبول طلب فسخ العقد هو عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب فسخ العقد، ويجعله مقبولاً أمام القضاء، ولكن يحب أن يلاحظ بأن الذي يبرر طلب فسخ العقد هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي، فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي لا بد له فيه. فالعقد ينفسخ بحكم القانون.[2]

لا يكفي أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين فيتوجب كذلك أحد المتعاقدان (المدين) بالتزامه المرتب عن العقد الذي أبرمه.[3] وهذا ما نستمده من المادة 119 من ق. م. ج «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته....».

وتجدر الإشارة إلى أنه يختلف الحال إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين، أو إلى سبب لا بد للمدين فيه، وأيضاً قد يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً[4]، فإذا لا مبرر لطلب الفسخ إذا قام كل متعاقد بتنفيذ التزامه اتجاه المتعاقد الآخر.

الفرع الرابع

[1]) عدنان إبراهيم خاطر السرحان، نوري حمد، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات ط 7، عمان، دار الثقافة، 2019. ص 302.

[2]) محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، ، ص ، موبرويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، 2008. ص 21.

[3]) عبد القادر الفاد، ملكاوي بشار عدنان، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الثالثة دار الثقافة، الأردن ،2011. ص 159.

[4]) أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 6-7.

وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

إن حسن النية من أساسيات التعامل مع الآخرين بغض النظر عن طبيعة هذا التعامل، فيجب أن يتعامل الشخص بكل صدق وأمانة، وأن يعقد النية الصادقة في جميع تصرفاته إلا أن التصرف الذي يقع عليه هذا المبدأ هو العقود المدينة، وتحديداً فيما يخص تنفيذ التزامات العقد، وحسن النية المقصود هو إدارة المتعاقد الصادقة في تنفيذ التزاماته، مع الإشارة إلى أن حسن النية يطبق في كثير من التصرفات المدينة، إلا أننا سنحصر الحديث عنه في نطاق المبدأ.

وإذا كان الدفع عدم التنفيذ امتناع حق خوله المشرع للمتعاقد للضغط على مدينه، وحمله على التنفيذ، بيد أن الحق في التمسك به شأنه شأن أي حق آخر، يتقيد في استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق، وقاعدة تنفيذ العقود بما يوجبه حسن النية، وبالتالي يلزم أن يكون المتمسك بالدفع مستعداً لأداء التزاماته فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بما التزم به وأظهر ذلك بوضوح وجلاء، فلا يقبل منه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ المتعاقد الآخر للالتزام المقابل.[1] كذلك لا يسوغ التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر من التزامه، ولم يبق منه إلا القليل الضئيل بما لا يتماشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم أدائه لامتناع الدائن عن وفاء ما عليه أو في الأقل يمتنع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا في حدود الجزء الذي لم ينفذ كوسيلة لحمل الآخر على إكمال الوفاء بالالتزام.[2] الأصل في أي عقد أنه شريعة المتعاقدين، أي العقد بما يرد فيه من شروط والتزامات هو بمثابة قانون يسري على المتعاقدين، وإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يتضمن مبدأ حسن النية، فمبدأ حسن النية يعد عنصراً أساسياً من عناصر هذه القاعدة وهو تعبير عن المحافظة على الثقة والصدق في التعامل ويستلزم الأمانة والإخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات المترتبة على كل طرف أطراف العقد، وعليه إن كان الأصل في تنفيذ العقود هو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعلى المتعاقدين تنفيذ التزاماتهم حرفياً، فإستثناء هو ألا يكون للمتعاقدين التمسك بالتنفيذ الحرفي للعقد إذا كان في ذلك خروجاً على ما يقتضيه مبدأ حسن النية.

---

[1]) محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 1202 لسنة 57 قضائية، جلسة 18\5\1989، السنة 40، صفحة 310، القاعدة 209.

[2]) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص671 .

وحسن النية هو من الشمول والفعالية بحيث أنه لا حاجة للنص عليه صراحة وإنما يطبقه القضاء من خلال مظاهره ومن خلال النظم القانونية التي تلتقي معه كفكرة عدم تنفيذ في استعمال الحق وانتقاء الغش وهذا ما يدل على أهميته، كما أن هذا المبدأ هو أيضاً مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون التي ظهرت الحاجة إليها والاهتمام بها كنتيجة للتطور السريع الذي تمر به غالبية الأنظمة القانونية، وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عاماً لكافة التصرفات والعقود القانونية، وبالتالي فإنه من الأهمية بمكان أن نوضح الموضوعات اليت تطرق إليها.

وحسن النية عرفه البعض بأنه كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه.[1]

وعرفه آخر بأنه (في تنفيذ العقود يعني الأمانة والاستقامة، وفي اكتساب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف هذا من جهة ومن جهة أخرى أن النية ذاتها هي فكرة كامنة في اعماق النفس ومن الصعب تقديرها.[2]

إن الدفع بعدم التنفيذ يقتضي حسن النية أي أن يكون المتعاقد مستعداً لأداء التزامه من جهة، ومن جهة أخرى ألا يكون من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو المتسبب في تأخير تنفيذ الطرف الآخر للالتزام، أو كان ما بقى من التزم هذا الأخير يسيرا بالنسبة إلى ما تم تنفيذه.[3]

وفي حالة إذا ما أعرب المتعاقد بوضوح وصراحة على عدم الوفاء بما التزم به ففي هذه الحالة كلها لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ عملاً لمبدأ حسن النية.

والحسن النية له شروط أي يجب على من يتمسك به أن يلتزم بشروط معينة ومنها أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية فالدفع يجب أن يكون بالقدر المناسب لدرع الاعتداء، لذلك

---

[1]) رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي، 2014 ، العدد 64 ، ص 185 .

[2]) مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، بحوث ومقالات، مجلة القصر المغرب منشورات دار المنظومة القضائية، 2002، ص 22.

[3]) توفيق حسن فرج، النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 341.

فإن تنفيذ الالتزام بحسن النية يقضي أن يكون الامتناع عن تنفيذ الالتزام متناسباً مع الالتزام المقابل الذي لم يتم تنفيذه.

من سوء النية تجاوز الامتناع عن التنفيذ حدود وقدر الاخلال بالالتزام المقابل.

المبحث الثاني

تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المفاهيم القريبة منه

من الطبيعي أن يتشابه الدفع بعدم التنفيذ مع العديد من النظم القانونية والمفاهيم القريبة منه مثل الحق في الحبس والفسخ والمقاصة ووقف العقد وهذا التشابه والتقارب يرجع إلى فكرة واحدة وهي تقابل الالتزامات ولهذا فإن تميز الدفع بعدم التنفيذ يكتسي أهمية كبيرة؛ لأنه مهم من الناحية المنهجية ولأن الدفع بعدم التنفيذ يعتمد تحلية على العديد من النظم الأخرى.

وسوف نتناول خلال هذا المبحث تمييز الدفع بعد التنفيذ عن المفاهيم القريبة من خلال أربعة مطالب، المطلب الأول الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، المطلب الثاني الدفع بعدم التنفيذ والفسخ، المطلب الثالث الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة، المطلب الرابع الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد.

المطلب الأول

الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

يعتبرالحققفيالحبسمنأكثرالأنظمةالقانونيةالتيأثارتصعوبةتمييزهاعنالدفعبعدمالتنفيذ،فهوحق مقررلكلشخصيكوندائناومدينافيآنواحدويجيزلهالاحتفاظبمالديهمنماليخصمدينهماداماأنهذاالدائن لايقومبمايجبعليه،([1]) وبهذاالوصفيتشابهالحققفيالحبسوالدفعبعدمالتنفيذ،فكلاهمايعملعلىتجميدالالتزام إلىأنيقومالطرفالآخربتنفيذالتزامهأووقفتنفيذالالتزامإلىأنيقومالطرفالآخربذلك،وكلاهماأيضايمثل وسيلةدفاعيستعملهاأحدالطرفينللحفاظعلىحقهواستيفائهمنالطرفالآخر .

[1]) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، 1974،ص74.

وسوف نقوم بتحديد أوجه الاتفاق بين الدفع بعدم التنفيذ و الحق في الحبس من خلال الفرع الأول، ثم توضيح أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم النفيذ والحق في الحبس من خلال الفرع الثاني .

الفرع الأول : أوجه الاتفاق بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس.

– يتفق الدفع بعدم التنفيذ مع الحق في الحبس في بعض النقاط، إلى الحد الذي يقرر فيه الفقه أن الحق في الحبس يتخذ صورة الدفع بعدم التنفيذ، أو أن الدفع بعدم التنفيذ تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس.[1]

–الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا على حفظها أو في تحسينها، وأراد المالك أن يستر العين، أعطى البريتور الروماني للحائز دافعا بالغش Exceptiodoli يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها، ولذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة الجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة، وكان له الحق في استرداد ما أنفق ([2]) .

– أنكلمنالدفعبعدمالتنفيذوالحقفيالحبسوسيلةمنوسائللضمان .

إنلكلمنالحقفيالحبسوالدفعبعدمالتنفيذيظهرمنخلالهاالموقفالسلبيويكونأكثروضوحافيعقدالبيعفا لبائعيحبسالعينالمملوكةللمشتريحتييحصلعلىالثمنوفيالوقتذاتهيدفعبعدمتنفيذالالتزامفلايقومبتسليم إلاّعندأداءالثمن([3])

–إن الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس طريق العدالة الخاصة، أو تطبيق لمبدأ اقتضاء الحق باليد فالمتمسك بهذا الحق أو ذاك يمنع عن التنفيذ متى تراءى له أن خصمه قد أخل بالتزامه دون حاجة للجوء إلى القضاء، ودون إعذار او تنبيه.[4]

–يتشابه الدفع بعدم التنفيذ مع الحق في الحبس، عندما يكون هناك التزام محله شيء معين بالذات، في هذه الحالة يشترك الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في طريقة الاستعمال، فكل منهما يترجم في الواقع في واقعة الحبس.[1]

---

[1]) محمد محمود نمرة، الحق في الحبس كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018 ، ص66.

[2]) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س 2020، ص 195.

[3])عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 320.

[4]) رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، المرجع السابق،ص 17.

-كما يتفق الدفع بعدم التنفيذ مع الحق في الحبس من حيث الحماية، فالحق في الحبس ذو طابع وقائي، فهو يمنع وقوع ضرر للدائن الحابس وهو ما نجده أيضاً في الدفع بعدم التنفيذ، فالبائع الذي يحبس المبيع نتيجة اخلال المشتري بدفع الثمن، إنما يستهدف رقابه نفسه من الضرر الذي قد يلحق به جراء تسليمه المبيع.[2]

كمايستندكلمنالحقفيالحبسوالدفعبعدمالتنفيذلفكرةالارتباطأيّأنهيوجدارتباطبينالتزامينفمثلافيعقدالبيع التزامكلمتعاقدمرتبطبالتزامالمتعاقدالأخرفإذاسلمالبائعالشيءالمتفقعليهعلىالمشتريدفعالثمنكمقابل لهذاالشيءوبالتالييحبسالبائعوالمشتريعليهأداءماالتزمبه،حتىيلتزمالمتعاقدالأخربتنفيذالتزامهوهنا تظهرفكرةالارتباطفيالعقودالتبادليةأوبعبارةأخربالعقودالملزمةللجانبين كتطبيقللحقفيالحبسالذييأخذصورةالدفعبعدمالتنفيذفيهذهالعقود.([3])

-إن كلا منهما لا يحتاج في التمسك به إلى إجراء قانوني كإنذار أو اعذار، وذلك يكون استثناء وفي حالات محددة قد يلجأ فيها الأطراف إلى المحكمة كما لو تمسك كلا المتعاقدين به في وقت واحد، وفي الحقيقة أن المحكمة في الغالب تقر المتمسك بالدفع على موقفه، وتدعو إلى ضرورة الوفاء من الأطراف، وفي هذه الحالة لا يسبق الدفع إعذار، لأن الذي يلجأ إلى القضاء هو المتمسك ضده بالدفع.

وكذلك الحق في الحبس قد يقترن بإذن من القاضي استثناء، حيث لا يشترط فيه الاعذار مسبقاً قبل التمسك به، وذلك كما في حق صاحب العلو في حبس الأسفل بعد أن يعيد بناءه، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو يستقلها حب يستوفي حقه في ثمرتها.[4]

– كل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ بعد عدم تنفيذ الالتزام فيهما امتناعاً مشروعاً عن الوفاء. فالمتعاقد الذي حبس الشيء والمتعاقد الذي امتنع عن التنفيذ الالتزام غير مسؤول ولا يتحمل تعويض عن التأخير الناجم عن ذلك.[5]

---

[1]) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر س 2020 ، ص 295.

[2]) زكريا سرايش، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسطنطينية، س 2017،2018، ص 71.

[3]) أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، نفس المرجع السابق ،ص284

[4]) محمد نجيب عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعارضات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. س. ت.، ص 81.

[5]) زكريا سرايش، الحق في الحبس وأثره في الضمان، المرجع السابق، ص71.

-أن كل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ لا يراد بهما حل الرابطة العقدية وإنما وقف العقد لحمل المدين على تنفيذ التزامه.[1]

-كما يتفق الدفع بعدم التنفيذ مع الحق في الحبس فكل منهما جوهره الحبس بحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين فيصبح هو الدفع بعدم تنفيذ العقد لنجد هذا الأخير محصور في العقود الملزمة للجانبين وهذا وفقا للرأي القائل '

أن الحق في الحبس أصل يتفرع عنه دفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الملزمة للجانبين...." فالحق في الحبس يشمل ويستغرق الدفع بعدم التنفيذ[2] .

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم النفيذ والحق في الحبس

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحيس من حيث نطاق تطبيق كل منهما، وأيضا من حيث بعض الشروط التي يسعى إلى تحقيقها كل منهما، ونتطرق بعد ذلك إلى الاختلاف الذي بينهما من حيث الأساس، وأخيرا نتناول الاختلاف من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما، وذلك على النحو الآتي:

أولا: منحيثنطاقالتطبيق.

نظما لمشرع المصري والمشرع الجزائري الحق في الحبس في شكل نظرية عامة، فقد خصها المشرع الجزائري، ونفسا لأمر بالنسبة للمشرع المصري فقد خصا لحق بالحبس بثلاثة مواد 202 و 201 و 200 بثلاثة مواد هي فقد نص المشرع الجزائري، من القانون المدني المصري، وبالنسبة للدفع بعدم التنفيذ 248 و 247 و 246 هي من ق.م. معلما أنه:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت 161 من ق.م.ج، والمادة 123 والمصري في المادة الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".[3]

كما يشمل الحق في الحبس شبه العقود كالفضالة فيحق للفضولي بمفهوم المخالفة حسب م 157 ق م ج فالفضولي حسب ما استولى عليه حتى يتقاضى المصروفات م رب العمل التي انفقها وتعويضها عن الضرر الذي لحق به بسبب أعمال الفضالة إضافة الي ذلك يدخل نطاق الحق

---

[1]) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص 199.

[2])لطفي محمد حسام محمود، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دون طبعة، دون دار النشر، القاهرة، مصر، 2005، ص116.

[3]) حورية لشهب، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي دراسة قانونية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، 2ع، سنة 2018، ص13 .

في الحبس في العلاقات التبادلية الناتجة عن إبطال م 103 ق مج أو فسخ م 123 ق م ج ، ففي هذه العقود يعاد المتعاقدين الي الحالة الت كانوا عليها قبل العقد وبالتالي في حالة رفض أحد المتعاقدين رد ما أخذه جاز للمتعاقد الأخر أن يحبس ما أخذه .([1])

– فهو يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به، سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد الملزم لجانب واحد، أو الواقعة القانونية الفضالة

– كما أن الحق في الحبس يثبت للدائن الذي يكون ملزما بتسليم شيء لمدينه – عقار أو منقول، فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفي حقه هذا من المدين، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتبط بسبب الحق الذي يطالب بالوفاء به ويترتب عليه، بينما لا يستلزم الدفع بعدم التنفيذ ذلك .([2])

وهذا يعني أن الحق في الحبس يكون أعم وأشمل من الدفع بعدم التنفيذ، الأمر الذي أدى بالفقهاء إلى اعتبار الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا من تطبيقات الحق في الحبس([3])، حيث يمتد ميدان تطبيق الدفع بعدم التنفيذ إلى جميع الالتزامات المترابطة التي تنشأ عن العقود التبادلية، ولا يستثنى هذا الحق إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه. أما الحق في الحبس اقلا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصصها القانون"، وتوجد حالات تشمل أساسا من حاز شيئا عن حسن نية، وهو ليس على ملكه، فيحق له حبسه إلى أن يؤدي له مالكه مقابل ما أنفقه لحفظه وصيانته، ويشترط بوجه عام الإجراء الحق في الحبس أن يكون الدين ناشئا من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه ([4]) .

فنطاق الدفع بعدم التنفيذ ينحصر في الالتزامات الرئيسة الناشئة عن عقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع مثلا، فالدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا بين التزامين بينهما علاقة سببية، حيث يعد تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشيء المبيع سببا لتنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن،

[1]) عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص321.

[2]) جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، س 2011 ، ص 72.

[3]) قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعارف، بالإسكندرية، مصر، 2002م، ص 55.

[4]) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط الثانية، تونس، د.د.ن، س 1997م، ف 391

فإذا لم ينفذ البائع التزامه، كان للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ، بينما الحق في الحبس يعد أجنبيا عن نظرية السبب([1]) .

ثانيا: منحيثالشروط

يختلفالدفعبعدمالتنفيذعنالحقفيالحبسمنحيثشروطالتطبيقبمايأتي:

–

يشترطالحقفيالحبستوافرارتباطماديبينالشيءوبينالدين،فيحينأنهيكفيلتطبيقالدفعبعدمالتنفيذتوافررابطةمع نويةبينالالتزاماتالمتقابلةلأنمصدرهذهالرابطةالعقودالملزمةللجانبين.

–

لايشترطفيالحقفيالحبسأنيكونالحابسحسنالنية،كلماهنالكهوأنهيجبألايكونالالتزامبالردناشئاعنعملغيرمش روع،علىالعكسمنذلكتمامافإنهيشترطفيالمتمسكفيالدفعأنيكونحسنالنيةوأنلا يتعسففياستعمالحقه([2]).

ثالثا: من حيث الأساس الذي يقوم عليه كل منهما:

وأكبر ما يفرق بين الوضعين الأساس الذي يقوم عليه كل منهما، هذا الأساس المختلف هو الذي يرسم لكل منهما دائرة للتطبيق مختلفة، فأساس حق الدفع بعدم التنفيذ نظرية السبب، بما يتفق مع قواعد الإرادة والغرض، أما حق الحبس فهو قائم على أساس المساواة بين مصلحتين متعارضتين، باعتباره وسيلة ضغط ووسيلة ضمان وعدالة، فمصلحة مالك الشيء الذي يطالب برده، ومصلحة حائزه الذي ترب له حق قبل المالك بمناسبة هذا الشيء، هو وسيلة لحث المالك على وفاء حق حائز الشيء، وضمان لهذا الأخير، أليس من المجحف أن يلزم الحائز برد الشيء أولا، على أن يطالب المالك فيما بعد بالمبالغ التي أصبح دائنا بها بمناسبة هذا الشيء ([3]).

فالأساس مختلف إذن، بل إن الملحوظ أن اعتبارات العدالة التي تفسر حق الحبس وتبرره ليست من تلك الاعتبارات التي تفرض نفسها على ذهن الإنسان فرضا لا يدع محلا لاختلاف الرأي والتقدير، فحق الحبس من الحقوق التي تباينت في شأنها التشريعات أشد التباين.

---

[1]) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س 2020 ، ص202 .

[2]) حورية لشهب، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدنيالفرنسي دراسة قانونية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، المرجع السابق ،ص15.

[3]) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، د.د.ن، د.س.ن، ص 321

فحق الحبس إذن ليس وضعا ثابت الحدود، حيث إن القضاء والفقه ما زالا مختلفين في جواز التوسع فيه أو التضييق في تفسيره وأحواله، ولا يرجع ذلك كله إلا إلى أن أساس هذا الحق ليس مفروغا منه، بل هو ما زال وضعا معروضا لاختلاف النظر والتقدير، والحال على خلاف ذلك في الدفع بعدم التنفيذ المستمد من نفس إرادة المتعاقدين، والذي يفرض نفسه فرضا يحكم القواعد العامة في الإرادة ([1]) .

رابعا : منحيثالآثار

إذاكانكلمنالدفعبعدمالتنفيذوالحقفيالحبسيتمتعبأثرموقفلفترةمؤقتة ،فإنهناكاختلافابينهمامن حيثالآثارأيضا،ويتمثلفي:

–

لايقبلالحقفيالحبسالتجزئة،إذيمكنللحابسإنيحبسالشيءحتىيستوفيكاملدينه،وذلكلأنهفيالحقفيالحبسيض منالشيءالمحبوسبأكملهكلجزءمنالدين،وبالمقابلكلجزءمنالشيءالمحبوسيضمنالوفاءبكاملالدين. فيحينأنالدفعبعدمالتنفيذيقبلالتجزئةإذاكانتالالتزاماتالمتقابلةوالمتبادلةتقبلفيذاتهاالتجزئة

–

حجيةالحقفيالحبسأوسعنطاقامنحجيةالدفعبعدمالتنفيذ،وذلكلأنالحقفيالحبسيتمتعبحجيةمطلقةتجاهالغي ر،وهذاهومصدرقوتهوفعاليته. فيحينأنحجيةالدفعبعدمالتنفيذفيمواجهةالغيرنسبية،فهولايسريفيحق الغيرالذيكسبحقهقبلثبوتالحقفيالتمسكبالدفع.([2])

خامسا :منحيثسوءالنية

لمينصالمشرعالجزائريفينص م 123 ق م ج صراحةعلىوجوبتوفر حسنالنية لدىالمتعاقدالذييتمسكبدفعبعدمالتنفيذإلاّأنهذاالمبدأيستنبطمن خلالالقواعدالعامةالتيتفرضوجودحسنالنيةفيتنفيذالعقودفإذاتمسكالمتعاقد بالدفعبعدمتنفيذبسوءالنيةوذلكلإلحاقالضررالمتعاقدالأخرففيهذهالحالةلايقره القاضينإلاّأنهبالنسبةللحقفيالحبسلايأخذبعينالاعتبارحسننيةالطرف

[1]) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، في نظرية العقد، ج1 ،مطبعة نوري بالقاهرة، مصر، س 1943 ، ف 358، ص497– 498.

[2]) حورية لشهب، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ ، المرجع السابق ،ص15.

الحابس لشيء محل حقا لحبس لأن من يحبس الشيء بنية الحصول على مقابل من الطرف الأخر و لا يتصور في هذه الحالة سوء النية إضافة إلى أن حسن النية مفترض و من يدعى العكس عليه أن يثبت تذلك([1]).

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

اتفق الفقهاء على أن الفسخ إنهاء للرابطة العقدية وحل لها لذلك تقاربت عباراتهم في تعريف الفسخ من ذلك، تعريف ابن نجم الحنفي قوله: (حل ارتباط العقد) وعرفه العز بن عبد السلام بقوله (الفسخ هو تراد العرضين أو رد أحدهما في مقابلة قيمة الآخر).

حقيقة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام أنه زعم بمشروعية الامتناع عن الوفاء ومطالبة بإقرار وقف تنفيذ الالتزام. ويستثمر هذا الامتناع حال كونه امتناعاً مشروعاً بصورة دفع بعدم تنفيذ صحيحاً معتبراً.

الفرع الأول: أوجه الشبه

وجه الاتفاق بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع باستحقاق الفسخ أن الدفع بعدم التنفيذ ناتج عن اخلال الطرف الآخر في الالتزام كما هو الحال بالنسبة للدفع باستحقاق الفسخ في كثير من الأحوال.

فالدفع بعدم التنفيذ ادعاء بمشروعية وقف تنفيذ العقد لإخلال الطرف الآخر وعدم مشروعية مطالبته القائمة، يتضمن طلب للمدعي في الدعوى الأصلية أو اصدار حكم للمدعي يحفظ حق ومصلحة المدعي عليه – المتمسك بالدفع– بإلزام المدعي بالتنفيذ من حق المدعي عليه وكذلك الدفع باستحقاق الفسخ ادعاء بعدم مشروعية مطالبة المدعي عليه اعتبار استحقاق فسخ مصدر الالتزام. ومن أسباب استحقاق الفسخ إخلال الطرف الآخر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه.[2]

–كما يتشابه كل من الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في أن كليهما لا يتصور حصوله إلا إذا وجدت حالة من حالات الامتناع عن التنفيذ فلا يجوز للقضاء الحكم بالفسخ، إلا إذا وجد

[1]) عبد الكريم بلعيور ، المرجع السابق ، ص154.

[2]) منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم التنفيذ الالتزام، المرجع السابق ، ص 61.

امتناع عن التنفيذ من جانب أحد المتعاقدين (المدين) كما لا يتصور الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا كان المطالب بالتنفيذ لم يقم بتنفيذ التزامه أصلاً.[1]

-كما يتشابه الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في أنه يشترط في الالتزام الممتنع عنه والذي يبرر كليهما أن يكون حالا، إذ إن الامتناع عن تنفيذ التزام لم يحل أداؤه بعد لا يبرر المطالبة بالفسخ.

وأيضاً يتفق الدفع بعدم التنفيذ مع الفسخ في عدم تعلقهما بالنظام العام، ولذلك لا يوجد ثمة ما يمنع اشتراط امتناعهما على أحد العاقدين أو على كليهما، كما لا يوجد ثمة ما يمنع التنازل عن هذا الحق أو ذلك صراحة أو دلالة وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ والفسخ يؤديان دوراً مزدوجاً فيما يتعلق بتنفيذ العقد.[2]

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

يتمثل وجه الاختلاف الأول بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في كون الفسخ يمثل وسيلة هجومية من الدائن في مواجهة المدين وذلك لحملة على التنفيذ إذا أراد جني ثمره العقد.

في حين يمثل الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط دفاعية وليست هجومية إذ يدفع بها الدافع بعدم التنفيذ في مواجهة المطالب بالتنفيذ والذي لم ينفذ التزامه وذلك لكي لا يجد الدافع نفسه مضطراً إلى التنفيذ في حين أن الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه.[3]

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في 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.

---

[1]) علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، 2009م، ص 324.

[2]) رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني ، مرجع سابق ص 27.

[3]) علاء السيد محمود الزهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ ، والانفساخ ، والتفاسخ ، مرجع سابق ، ص 325.

-ويختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ من حيث الإجراءات الشكلية، الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً وأن حكم القاضي بالفسخ يستلزم إعذار المدين وبالتالي يمنع فسخ العقد عن

-قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بعد اعذاره.([1])

بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يتطلب مثل هذه الإجراءات الشكلية، حيث لا يحتاج التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وهذا بخلاف المطالبة بالفسخ فإن الإعذار واجب.([2])

-يختلف الدفع بعدم التعويض عن الفسخ من حيث التعويض حيث أن المتعاقد الذي يطلب الفسخ يحكم له به يستطيع أن يحصل على تعويض إلى جانب الفسخ في حين لو أنه حكم له بالدفع وأصابه ضرر لا يستطيع الحصول على تعويض من المتعاقد الآخر، لأن المسؤولية بنوعيها العقدية والتقصيرية غير متوافرة في مثل هذه الحالة.([3])

المطلب الثالث

الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة

المقاصة في اللغة:

قاص قصاها ومقاصة، وأوقع به القصاص: جازاه وفعل به مثل ما فعل، وقاص الرجل بما كان له مثله وحبس عنه مثله، ونقاص القوم: قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره.
وقاصه مقاصة: كان له عليه دين مثل ما على صاحبه فجعل الدين في مقابلة الدين.
المقاصة Compensation هي أداة ضمان ووفاء بالدين في الوقت ذاته، هدفها سد فجوة الدين بين الدائن والمدين، فيخصم دين مقابل دين ويصير ما في ذمة المدين للدائن وما في ذمة الدائن للمدين، عن طريق اقتطاع جزء من ممتلكات الآخر لحق الطرف الدائن وربما العكس.

الفرع الأول: أوجه التشابه

[1]) حمو حسينة، المرجع السابق، ص15

[2]) عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص157.

[3]) عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص157.

1 يتشابه الدفع بعدم التنفيذ مع المقاصة في أنهما يشترطان شروط محددة فكلاهما يشترط الأجل فلا يمكن التمسك بهما دون وجود أجل استحقاق محدد.

يشتركالدفع بعدم التنفيذ مع المقاصة في شروط معينة تتمثل في أن كلاهما بفرض اشتراط وتحقق استحقاق الأجل فلا بمكن التمسك بالمقاصة أو الدفع بعدم التنفيذ دون استحقاق أجل الوفاء كما أن الأجل الذي يمنحه القاضي لا يمنع من وقوعهما.([1])

2 يعتبر كل من الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة وسيلة ضمان في استيفاء الديون.

فيستوفي الدائن حقه مقدما ويستأثر بالدين دون غيره وبهذا يتفادى إعسار المدين ومزاحمة سائر الدائنين فهو مستوفى بالدين من خلال ما في ذمته.([2])

3 كلاهما يشترط عدم التسبب بضرر للغير عند التمسك به.

4 الدفع بعدم التنفيذ وسيلة وضعها القانون في يد المتعاقد يعتصم وراءها لكي يبرر امتناعه عن الوفاء بها في ذمته للمتعاقد الآخر حتى يقوم هذا الأخير بالوفاء بما في ذمته، بمعنى أن الدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود طرفين كلاهما دائن للطرف الآخر ومدين له في الوقت نفسه، فيطلب أحدهما أن يستوفي الدين الذي له في ذمة الآخر حتى يقوم بالوفاء بالدين الذي عليه، وإلا اضطر إلى الامتناع عن أداء ما في ذمته.([3])

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة وضعها القانون في يد المتعاقد يعتصم وراءها لكي يبرر امتناعه عن الوفاء بها في ذمته للمتعاقد الآخر حتي يقوم هذا الأخير بالوفاء بما في ذمته بمعنى أن الدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود طرفين كلاهما دائن للطرف الآخر ومدين له في الوقت نفسه، فيطلب أحدهما أن يستوفي في الدين الذي له في ذمة الآخر حتى يقوم بالوفاء بالدين الذي عليه، وإلا اضطر إلى الامتناع عن أداء ما في ذمته.[(4)]

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن المقاصة في عدة أمور.

1 من حيث نطاق تطبيق كل منهما:

---

[1]) شوقي بناسي، المرجعالسابق، ص 45.

[2]) عبد السلام سعيد سعد، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر2003، ص 320.

[3]) رمزي فريد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 34

[4]) رمزي فريد محمد مبروك، المرجع نفسه، ص34.

الدفع بعدم التنفيذ العقد ليس إلا وسيلة ضمان وتهديد الطرف الملتزم بأداء التزامه دون أن يقصد منه أكثر من وقف الالتزام قد يفي بما عليه، فهو وسيلة امتناعية تهديدية فقط. أما المقاصة فهي وسيلة ضمان وسيلة وفاء، فهي ذات شقين: ضمان ينتهي بالوفاء، كما أنها تعد تسوية القضائية نهائية.[1]

إضافة إلى أن المقاصة أوسع نطاقاً وهذا يظهر من خلال نص م 972 ق. م. ج للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف بسبب الدينين، فالمقاصة يمكن أن تقع حتى ولو أحد الدينين سببه مختلف عن الآخر كأن يكون أحد الدينين سببه عادية استعمال وآخر عقد بيع أو شبه عقد فكل الديون المقابلة مهما كان مصدرها تصلح للمقاصة بينما الدفع بعدم التنفيذ لا ينطبق إلا على الديون المتقابلة الصادرة عن العقود الملزمة للجانبين.([2])

2 من حيث الشروط الواجب توافرها:

تقوم المقاصة مقام الوفاء، فوجب أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية متحدة في النوع والجودة، أو بعبارة أخرى: يشترط فيها اتحاد جنس المدينين، ومرجع ذلك أن المقاصة تتم بغير رضاء الدائن، فوجب أن يترتب عليها حصول كل من الطرفين على ما هو مستحق له بالضبط، ولذلك لا تجوز المقاصة إذا كان محل الالتزامين أو احداهما عملاً أو امتناعاً عن عمل.[3]

---

[1]) محمد نجيب عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعارضات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 90.

[2]) حورية لشهب، زينب سالم، مرجعسابق، ص 21.

[3]) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، مرجع سابق، 394 – 395. وكذلك هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الليبي أحكام الالتزام، ج ح ، منشورات معهد أفريقيا العالي، ليبيا. ط الأولى، س 2003، ص130.

وهذا مالا نجده في شروط الدفع بعدم التنفيذ فلا يشترط فيه أن يكون محل الدين مبلغ من النقود فيمكن أن يكون محل الدين مبلغا من النقود والأخر الالتزام بعمل أو التزام بإعطاء شيء معين إلى جانب غياب الشروط الأخرى مقارنة بالمقاصة.([1])

المطلب الرابع

الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد

يعتبر التعريف بوقف العقد وخصوصاً عقد العمل من أدق التعاريف، ويختلف الفقه والقضاء في وضع تعريف جامع مانع له لذلك نجد أن بعض الفقهاء أنكرو أن للوقف ذاتية خاصة به. إلا أنه ذهب اتجاه فقهي إلى تصنيف مفهوم الوقف وقصره على حالة القوة القاهرة المؤقتة فعرف بعض هؤلاء الفقهاء الوقف بأنه ((امتداد لآثار القوة القاهرة يسمح بوقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة للتنفيذ، ولكن ينتقد هذا التعريف أن هناك حالات تقع خارج إطار فكرة الاستحالة المؤقتة)).

الفرع الأول: أوجه الشبه

هناك تشابه بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد من حيث عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على كل طرف، ففي الدفع بعدم التنفيذ يحق للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه المترتب عليه في العقد، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، فيجوز لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين، أن يمتنع عن الوفاء عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليها، ولو كانت مستحقة الأداء. إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته المتقابلة أو يستعد على الأقل لأدائها، ما دامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة بدورها.

[1]) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 46.

- هناك تشابه كبير بين نظام الدفع بعدم التنفيذ ونظام وقف عقد العمل، من حيث امتناع الأطراف عن تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية المتقابلة، وإن هناك وقفاً مؤقتاً للعقد، وإن كلا النظامين لا يهدفان إلى إنهاء الرابطة العقدية، وعدم انتاج العقد لآثاره في بعض مراحله. وأن هناك انتقاض للالتزامات خلال مدة الوقف، وهذا التشابه كله ينتج عن كون الارتباط بين الأطراف التزاماً متقابلاً.

ويترتب على كل طرف أن يقوم بالتزام معين وفي المقابل يلتزم الطرف الآخر بتقديم التزامه مقابل ذلك، وهذا كله يكون في العقود الملزمة للجانبين.[1]

.-**التشابه من حيث الهدف** ان الهدف الاساس الذي تتبناه القوانين المنظمة للعقود هي المحافظة عليها عند اعترائها اي مشكلة فهي تولي اهتماما كبيرا بالابقاء على هذا العقد قدر الامكان، لهذا فعند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بالاضافة الى منحه القانون مكنة فسخ العقد والتحلل من العلاقة العقدية له ايضا ان يقتصر على إيقافتنفيذ التزامه حتى بنفذ المدين ما ترتب في ذمته من التزام. والاساس القانوني الذي يقوم علبه الدفع بعدم التنفيذ ووقف تنفيذالالتزام هي نفس الفكرة التي تقوم عليها الفسخ والتي سبب كل التزام هو تنفيذ لالتزام الاخر.([2])تتمثل بالارتباط بين الالتزامات المتقابلة و لهذا فان النظريةالتقليدية في السبب كانتتقضي بان فالشرط او المعيار الاساس للدفع بعدم التنفيذ هو ضرورة وجود ارتباط بين الالتزامات فالارتباط لابد من ان يفهم هنا بالمعنى العام الواسع فلايشترط ان يكون فيما بين التزامات ناشئة عن عقد ملزم للجانبين على ان الارتباط وحده لايكفي اذ يجب ان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ وهو يكون واجب التنفيذ اذا كان التزاما مدنيا حالا لم بنفذ([3])

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

على الرغم من التشابه الكبير بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد إلا أن هناك اختلاف بينهما.

[1]) مهند عزمي أبو مغلب، نظام وقف العقد في القانون الأردني، رسالة ماجستير، عمان الأردن، 2009، ص 21- 22.

[2]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٧٠٩.

[3]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٧١٤،د. انور سلطان، المرجع السابق، ص173.

إذ يختلف وقف العقد مع الدفع بعدم التنفيذ من حيث الآثار المترتبة عليه وكذلك من حيث الغاية أو الهدف لكل من هذين النظامين.

فالدفع بعدم التنفيذ هو امتناع عن الوفاء يتمسك به أحد المتعاقدين نتيجة لتقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه، ويؤدي ذلك إلى وقف تنفيذ العقد من الجانبين فهو حق للدائن في مواجهة المدين المقصر في التزامه.

أما وقف عقد العمل فهو نظام يستطيع أن يتمسك به كلا طرفي العقد سواء الدائن أو المدين على حد سواء، فالعامل مثلاً وعلى الرغم من أنه ملزم بتقديم العمل وهو مدين بتقديم العمل. فإنه إذا تحقق أحد أسباب الوقف يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الدائن حتى يعفى من يعفى من تنفيذ التزامه طيلة مدة الوقف.

-ونجد أن الدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى التأخير في تنفيذ الالتزامات ولا يؤدي إلى الاعفاء منها، بينما يؤدي نظام وقف عقد العمل إلى الإعفاء من تنفيذ الالتزام طوال مدة الوقف.[1]

- نجد أن مدة وقف العقد من خلال نظام الدفع بعدم التنفيذ، تكون خاضعة لإدارة المدين الذي لم يقم بتنفيذ التزامه أما في وقف عقد العمل تكون مدة الوقف خاضعة لإدارة الطرفين.

[1]) جعفر المغربي، حالات وقف عقد العمل الواردة في قانون العمل الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مع20، ع 40، 2005، ص 284.

الفصل الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية

الفصل الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية

تعتبر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ من القواعد الأصوليةالمعروفة في القانون الخاص، حيث يمكن للمدين الامتناع عن تنفيذ التزاماته في حالة تقصير الطرف الثاني في تنفيذ التزاماته، حيث يتميز العقد المدني بالقوة الملزمة لطرفيه.

العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. المهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة، ويتبين ذلك من الظروف والملابسات. ([1]) أما العقد الإداري فهو العقد الذي يبرمه شخص قانوني عام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وتنظيمه وتظهر فيه نية إتباع أساليب القانون العام وأحكامه، ([2])

وتعرفه المحكمةالإدارية العليا في مصر بقولها: ((العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاموامتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذاتضمن عقد هذه الشروط مجتمعة كان عقدإداريا يختص بالقضاء الإداري ([3])

من المعروف أن حق الدفع بعدم التنفيذ من الحقوق القانونية الجائزة في القانون المدني، لكن ذلك لا يمنع انتقاله إلى القانون الإداري في العقود الإدارية .

وهنا نفرق بين نوعين من العقود الإدارية، هما:

1. عقود إدارية داخلية: وهي العقود التي تتم باتفاق شخص أو جهة خارجية مع إدارة مؤسسة معينة، ونوضح بأن العقود الإدارية يراعى فيها تغليب المصلحة العامة، فالمصلحة الإدارية لا يجوز لها التعطل عن العمل ولا تأجيل المصالح، ويجب أن تضمن سير مرافقها العامة، مما يجعلها تفرض على المتعاقد منها حق الدفع بعدم التنفيذ

---

[1]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق ،ص 149 ،150.

[2]) بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية،المرجع السابق ،ص 7.

[3])المحكمة الإدارية العليا لسنة 29 ق، 21/2/1987 المجموعة السنة 32 ،جزء 1 بند 127 ،ص 855 ،856.

-عقود إدارية دولية: وهي مزيج بين القانون الإداري والقانون الدولي، وتتميز هذه العقود بمراعاة شروط التحكيم التي تقيد من سلطات الدولة المتعاقدة معها في تغيير بنود العقد وإنهائه وفقًا لرغبتها، مما أدى إلى تجلي حق الدفع بعدم التنفيذ في إقرار قضاء التحكيم.

وسنتناول في هذا الفصل مبحثين (المبحث الأول) حول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية و(المبحث الثاني) حول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول

الدفع بعد التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية.

من 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 تطلقعلبه العقود الإدارية، وببدو الاختلاف جوهرنا بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة. فالعقود المدنية للإدارة تحكمها من الناحيةالموضوعية قواعد القانون الخاص ويسري علبها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. أما العقود الإدارية فتحكمها قواعد القانون العام التي تتفق مع احتياجات المرافق العامة ومقتضياتالمصلحة. ([1])

إذا كان من الأمور المسلم بها في نطاق القانون المدني أنه يجوز لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المتعاقد الآخر بتعهداته، فإن له من باب أولى أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقدعليه ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزامه أو يعرض على الأقل أدائها مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها([2]).

وسوف نتناول الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإداريةالداخلية من خلال ثلاث مطالب، نحدد في المطلب الأول ماهية العقود الإدارية، وفي المطلب الثاني معايير تمييز العقد الإداري وفي المطلب الثالث، نعرض حالات تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية

[1])زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص120.

[2])سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، المرجع السابق، ص9.

المطلب الأول

ماهية العقود الإدارية.

تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري، بالقياس إلى المواضيع الأخرى كالقرار الإداري والضبط والإداري، حيث كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئها ففكرة العقد الإداري لم تنشأ في القانون الإداري الفرنسي إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي .وكان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءاً وفقها في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة كالقرار الإداري هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري، في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي([1]).

العقود بصفة هي توافق إدارتين فالعقد الإداري شانه شان العقد المدني وهذا ما قررته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه من مبادئ وأصول المسلم بها قانون العقد الإداري شانه شان أي عقد أخر لا ينهضإلا بتوافق إرادتين و تطابقهما، بقصد إحداث الأثر القانون([2]).

والعقد باعتباره عملا قانونيا لابد من أركان يجب توافرها هي:الرضا،المحل، السبب صحيحان، الذي يشترط في محل العقد أن يكون قابلا للتعامل فيه فلا يصح محال للعقد إذا كان التعامل فيه محضوراً قانوناوغير مشروع أو مستحيلا في ذاته كان العقد باطلاً

. كما يشترط أيضا شروط صحة و سالمة الرضا من العيوب كالغلط و التدليس والإكراه هذه العناصر الأساسية و الجوهرية تتشابه فيها مختلف العقود سواء عقود مدنية و إدارية ال أن هذه الأخيرة تختلف عن الأولى في أمور كثيرة تجعل للعقود الإدارية طبيعة خاصة من عقود القانون الخاصة هذه الطبعة مناطها الامتياز و مظاهر السلطة العامة و مقتضيات مبادئالمرفق العام ، هذا الأخير يستهدف العقد الإداري إلى تسيره([3]).

---

[1])سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي الطبعة الرابعة–، 1948، ص32.

[2]) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الادارية، القرار الاداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،1998 270، ص270.

[3])عمار عوايدي ، القانون الاداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الرابعة الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2002، ص186.

وسوف اتناول هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، **الفرع الأول** مفهوم العقود الإدارية، **والفرع الثاني** اركان العقد الإداري، والفرغ **الثالث** أنوع العقود الإدارية.

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري

لقد أجمع فقهاء القانون الإداري أن نظرية العقد الإدارية هي من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداتها من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه ، ورغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب في النشاط التعاقدي للإدارة إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد ، إلا أن تميز العقد الإداري يظل واضحا في كثير من الجوانب 1والأجزاء وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله([1]).

. حيث عرف الفقيه أندري دولوبادير العقد الإداري على أنه " توافق إرادتين عن إنشاء التزام وليس كل توافق يعتبر عقدا فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذاته المظهر التعاقدي التي تجريه الإدارة، بينما يعرفه الفقيه ديجي على أنه " العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائصوالآثار القانونية وإذا كان الاختصاص المتعلق للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غايةالعقد ذاته مثل العقود التجارية على سبيل المثال" ([2]).

ويشترط لقيام العقد و انعقاده صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية شروط صحة وسلامة الرضا من عيوب الغلط والتدليس والإكراه والغبن وسلامة المحل والسبب وعيوب عدم المشروعية وإذا كانت العقود الإدارية تشبه قطعا العقود المدنية والتجارية في هذه العناصر الأساسية والجوهرية للعقود ، حيث تشبه العقود الإدارية العقود المدنية في مسألة ضرورة قيام أركان العقد وضرورة تحقيق شروط صحته وسلامته، والعقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أمور ومبادئ كثيرة

[1])محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، منشأ المعارف، كلية الحقوق، مصر، 1989، ص 274

[2])مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، لعقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية مصر،2008 ص 15وما بعدها .

تجعل العقود الإدارية هذه طبيعتها الخاصة والذاتية المستمرة عن عقود القانون الخاص بطابع خاص مناط امتيازات ومظاهر السلطة العامة ومقتضيات مبادئ المرفق العام([1]).

يعرف العقد الإداري بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو ان يخول المتعاقد مع الإدارةالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)) ([2])

وتعرف أحكام المحكمة العليا لمجلس الدولة المصري العقد الاداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسيره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتمين العقد رطا أو شروطا غير مألوفة من القانون الخاص([3]).

ويخضع العقد الاداري لنفس أركان وشروط العقد المدني وهي الرضا والمحل والسب ، غير أن العقود الإدارية تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام مثل الوزرات والمحافظات والهيئات العامة وبين شخص أو شركاء عادين وتهدف تلك العقود الي تحقيق المصلحة العامة للدولة ([4]).

وأن الكتابة ليست شرطا لازما لإثبات وجود العقد الإداري حيث لا يشترط لقيامه إفراغه في وثيقة اذا وجد ما يدل على قيام هذا العقد من الوثائق متبادلة بين طرفين([5]).

وقد عرف المحكمة الدستورية العليا في مصر العقد الاداري باعتبارها محكمة تنازع أنه ((يتعين لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ، يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسيره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاجه لأسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنبة لروابط القانون الخاص))([6]).

---

[1])عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص186ومابعدها.

[2])سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص59.

[3])صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص59

[4]) حمدي أبو النور ، الوجيز في العقود الادارية، (د.ت)، القاهرة (د.ن) ص13.

[5])حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 5955 لسنة 43ق جلسة 2001/5/8.

[6])حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر القضية رقم 1 لسنة12 قضائية دستورية جلسة 1991/1/5، مجموعة أحكام الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص536.

و'تعّرفْ أحكام المحكمة الإدارية العليا لمجلس الدولة المصري العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة من القانون الخاص» ([1])

وهكذا يمكن تعريف العقد الإداري بانه « العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدما في ذلك أساليب القانون العام » ([2]) .

الفرع الثاني: أركان العقد الإداري.

العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية و إن كانت تخضع لنظامين مختلفين فان الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحد كضرورة توافر أركان العقد من رضا و محل و سبب ، فالعقد الإداري كالعقد المدني يتضمن توافق ارادتين على إنشاء التزامات و حقوق، و توافق الارادتين يقتضي وجود إيجاب صادر من احد المتعاقدين يصادفه قبول من المتعاقد الآخر .و سنتناول الأركان كما يلي :

1 -**الرضا** :يوجد الرضا بوجود ارادتين متوافقتين و يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن أرادتهما –الإيجاب و القبول –مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب إتباعها([3]).

والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادرا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقا للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل. وإبرام العقود باسم الإدارة لا يملكه إلا أشخاص حددهم المشرع ووفقا للقواعد العامة لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يحلوا غيرهم في ممارسة هذا الاختصاص كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع([4]).

ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي أن يكون هذا الرضا سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط والتغرير والإكراه والغبن، والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من العيوب، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26 ابريل سنة 1950 الذي أبطل

---

[1]) صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص968.

[2]) البنا عاطف، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة1978، ص116.

[3]) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،المرجع السابق،1984، ط4، ص 30

[4])لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري واهميتها في اداء السلطة العامة لواجبتها، مجلةديالى، العدد 53 ،2011،ص19.

عقدا إداريا بسبب الوقوع في الغلط ((...حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة..)) ([1]). ولما كانت الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد البحث عن إرادة ممثل الإدارة أمرا مهما وذلك لان إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود الإرادة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب. والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن إلا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد([2]).

ومن جانب اخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي ان يكون هذا الرضا سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط والتغرير والإكراه اضافة الى عيوب الأهلية ،والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في ابطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من هذه العيوب ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ابطال عقدا اداريا بسبب الوقوع في الغلط، وحيث تعاقد احد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية في حين ان الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة ،ولما كانت الإدارة طرفا في العقد الإداري لم يعد البحث عن ممثل الإدارة وذلك ان إجراءات ابرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود ممثل للإدارة ومن التعبير عنها او من سالمتها من العيوب([3])

2- المحل:

يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجودا أو ممكنا، معينا أو قابلاً للتعين ومما يجوز التعامل به.اي يشترط بمحل العقد ان يكون معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص او بذكر الأوصاف المميزة له كما يشترط محل العقد ان يكون مما يجوز التعامل به ان يكون مشروعا([4]).

---

[1]) محمود حلمي، العقدالاداري، ط2، دار الفكر العربي،القاهرة، س1977، ص 48.

[2])سليمانالطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،المرجع السابق،1984، ط4، ص 30.

[3])ماهر صالح علاوي الجبوري، القانونالإداري، ط1 ،جامعة الموصل ،1989،ص14.

[4]) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقد الإداري، المرجعالسابق، ص27.

والقضاء الإداري يطبق القواعد القانونية المدنية في هذا الشأن مما أستلتزم طبيعة هذه العقود، اذا محل العقد هو الذي يحدده اطراف العقد وان الإدارة تعدله بإرادته المنفردة وذلك استنادا الى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين , وان أهم شروط المحل ان يكون مشروعا ،ومما يجوز التعامل به فاذا كان غير مشروعا فان العقد يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، وكذلك من الشروط ايضا على صحة المحل فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة الى ما تفتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإداريةِ[1].

3- السبب:

اذ وجد الرضا كركن في العقد الإداري وكان صحيحا سالما من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز وممكن فأنه ال يكفي لإتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع ،والسبب سواء اكان مباشرا ام غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد اداريا ام مدنيا ،واذا فال العقد منه عد باطلا لتخلف ركن من اركان العقد، والحقيقة انه من النادر ان ينعدم السبب في تصرفات الإدارة ،كما تبدون ان تتعاقد الإدارة دون سبب او بسبب باطل ،وذلك الن الدوافع الشيء يحث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة[2].

أحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة ،واول حكم يشير بصراحة الى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في القضية(, Michanx) وتتعلق هذ القضية بعقد تطوع ابرامه احد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ،ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقرات ركن السبب رفض المجلس لدعوى وعد ان الحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة او الحق البرام العقد[3] .

وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن ان يتمسك به الطرفان في اية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع ابطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت من العقد سببا غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام[4] .

---

[1] لؤي كريم عبد،المرجع السابق، ص25.

[2] ماهر صالح علاوي الجبوري،المرجع السابق، ص32.

[3] سليمان محمد الطماوي،المرجع السابق، ص32.

[4] عبد المجيد فياض، المرجع السابق ، ص34.

4- **الشكلية:**

الاصلفيالعقودانهاتتمبرضاءاطرافهولايشترطانيكونالعقدمفرغامنالشكلالذييتمفيهالعقدالااذانصعليها لقانون ،

والعقودالاداريةتخضعللقواعدالعامةفيالقانونالمدنيبهذاالصددفلووهبشخصقطعةارضالجهةاداريةمع ينةوجباتباعالشكليةالمقررةلعقودبيعالعقارالتيتتمثلبالتسجيللدىدائرةالتسجيلالعقاري

،ولكنمنالملاحظعليهانالعقودالاداريةتمربمراحلمتعددةكإجراءاتالمزايدةوالمناقصةوقرارالارساءوتقت ضيانيكونالعقدالمبرممكتوبا،

وانالعقدالاداريكالعقدالمدنيمنحيثوجوبتوافراركانالعقدجميعهاحتىينتجاثراقانونياوانقواعدالقانونالمدنيهو المرجعفيذلكوهذايعودالىالاحكامالضابطةللعقدالتيتستلزمالعدالةولايختلففيتطبيقهابينروابطالقانونالخا صوالعاممعنجانباخرفانبطلانالعقودالاداريةاوسعنطاقامنالعقودالمدنيةتتعلقالعقودالاداريةبالصالحال عام([1]).

الفرع الثالث

أنواع العقود الإدارية.

نظرا لما طرأ على دور الدول وتدخلها في الحياة الاقتصادية والتزامها بتوفير الحياة الكريمة لأفراد الشعب، ممثلة في سلطتها التنفيذية بتوفير سبل الحياة الكريمة، أصبح هو الشغل الهام الذي تقوم به جهة الإدارة، وقد تقوم بذلك عن طريق التنظيم بإصدار اللوائح والأنظمة التي تنظم الحياة بكافة المجالات، وقد تقوم كذلك عن طريق إبرام عقود مع شركات أو أفراد للقيام بعمل معين وهو ما يسمى بالعقود الإدارية.

وستناول الباحث في هذا المطلب بعض أنواع العقود الإدارية وذلك من خلال خمسة أنوع على الترتيب الآتي عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد النقل، وأخيرا عقد القرض.

سيتناول الباحثفي هذا المطلب أهمثلاثةعقودإداريةأشارتإليهااغلبالتشريعاتالعربيةوهذهالعقودوهي: عقدالالتزامأوالامتياز، عقدالأشغالالعامة، عقدالتوريد([2]).

---

[1])حلميمجيدالمحمدي،كيفيةتميزالعقدالاداريعنغيرهمنالعقود،بحثمنشورفي 3 مجلةالعلومالقانونيةوالسياسية، جامعةبغداد،كليةالقانون، العددالاولوالثاني،1986، ص14.

[2])محمدعبدالوهاب،النظريةالعامةللقانونالإداري،مصر،دارالجامعةالجديدة،سنة 2012.ص556.

الفرع الأول: عقد امتياز المرفق العام.

عرف الدكتور سليمان الطماوي الامتياز على أنه ((عقد إداري بتولي الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصاد واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ،مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطةلسير المرافق العامة ،فضلا عن الشروط التي تضمنتها الإدارة عقد الامتياز))([1]).

وعرف أيضا بأنه ((بمقتضى هذا العقد تعهد الغدارة الي الشخص من أشخاص القانون الخاص (طبيعي أو معنوي) بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة معينة متحملا أخطاره المالية مقابل التي يحصلها من المنتفعين))([2]).

إذن الامتياز يتضمن كافة العقود الاتفاقية ما بين القطاع الخاص والعام التي تمنح شركة خاصة الحق من الحكومة في تزويد خدمة بشروط متفق عليها،ونستنتج من التعريفات السابقة أعلاه أن لعقد الامتياز عدة خصائص منها :([3])

1-عقد ذو طيعة خاصة، وغالبا ما يكون محله مرفقا عاما اقتصاديا كونه يحقق ربحا اقتصاديا

2- عقد زمني:- العقود الزمنية هي العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، بحث له تأثير ملحوظ على تقدير محل العقد([4]) .

3- يخضع عقد الامتياز للنظام القانوني للعقود الإدارية، واعتباره من الأمر التقديرية لسلطتين التنفيذية والتشريعية.

كما يتضمن أحاكما تعاقدية تعتبر عن توافق إدارة الإدارة مع إدارة المتعاقد معها ،أما عن أن عقد الامتياز فهي تنصرف إلى كل من الإدارة صاحبة الامتياز الملتزم و المنتفع من خلال ما يتمتع([5]).

---

[1])الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة لعقود الإدارية، المرجع السابق، ص108، سعاد الشرقاوي العقود الإدارية، دار النهضة العربية ،1995، القاهرة، ص123.

[2])فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ،1994، ص27

[3])عبدالرحيم، دراسة حول عقد امتياز المرافق العامة، (وحدة البحوث البرلمانية في المجلس التشريعي الفلسطيني، رام الله دراسة غير منشورة رقم 2001/9، ص6-8.

[4])دارسأمين، القانونالمدني، مصادرالالتزام دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، سنة2004، ص75.

[5])محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، س2005،ص 25.

الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة.

عقد الإشغال العامة هو اتفاق بين إدارة و أحدالأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد وهي الأكثر أهمية في الجزائر من حيث الاعتمادات المالية التي ترصد لها و ذلك بهدف التجهيز، مثل بناء سد، أو جامعة أو طريق توصيل قنوات المياه الصالحة للشرب، توصيلالأعمدة الكهربائية،لقد خصت المادة 117 من قانون البلدية على أن يتم إبرام العقود الخاصة بالإشغال طبق للتشريع و التنظيم الخاصين بالصفقات العمومية وهو نفس المعنى الذي قصدته المادة 113 1من قانون الولاية فيها يتعلق العقود الإدارية التي تبرمها([1]).

يمكن القول بأن عقد الأشغال العامة هو عقد بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص، محله القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب جهة الإدارة، في مقابل مادي متفق عليه، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة.

ولقد اعتنقت محكمة القضاء الإداري ذات التعريف إذ قالت "... إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد([2]).

وعقد الانشغال العامة هو من العقود الإدارية التي لها هذه الصفة على الدوام هناك مجال للقول بان هذا العقد قد يكون إداريا وقد يكون مدنيا بل أنه كعقد التزام المرافق العامة من العقود الإدارية وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون محل ذلك العقد الإداري عقارا وليس منقولا،

---

[1]) محمد الصغير بعلي، المرجعالسابق ص 22.

[2]) محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية،بنها،مصر، **ص41**.

فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة ولو كانت من الأموال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الإشغال العامة([1]).

الفرع الثالث: عقد التوريد

اتجه غالبية الفقه القانوني لتبني التعريف القضائي لعقد التوريد الإداري معتبرين عقد التوريد الإداري بأنه (اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأخد الأفراد أو الشركات، على توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ([2]).

في حين رأى البعض أن التصدي لتعريف هذا العقد يستلزم تحديد ما إذا كان العقد المراد تعريفه عقد توريد خاص أم عقد توريد إداري، فإذا كان عقد توريد خاص فقد عرفه بأنه: إنفاق ما بين الإدارة وفرد أو شركة على منقول لازم لها مقابل ثمن معين، أما عقد التوريد الإداري فهوا تفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام بما له من سلطة وبين شخص اخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين على أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويعرفه العض بأنه اتفاق بين شخصين معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ([3]).

ومن هذا التعريف يتضح الفارق بين عقد الأشغال العامة وعقد التوريد الإداري ففي حين لا يرد عقد الأشغال العامة إلا على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص فإن عقد التوريد الإداري يجد محله في المنقولات أيا كان محلها بالإضافة إلى أنه هو اتفاق بين أرادتين وتقابلهما من حيث الإيجاب والقبول– إرادة الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام أو إحدى الجهات الإدارية وإرادة الفرد أو الشركة أو أحد أشخاص القانون العام أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص([4]).

---

[1]) بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، سنة 2012. ص 493.

[2]) الحلو ماجد راغب، القانونالإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، الإسكندرية دون طبعة ص586.

[3]) بهبهاني عادل، العقود الإدارية، المبادئ الأساسية وتطبيقاتها في وزارة الداخلية، ط1،1997، ص241.

[4]) بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، المرجع السابق. ص 465

كما أن عقد التوريد الإداري لا يكون إداريا باستمرار كعقدي الأشغال العامة والتزامها بالمرافق العامة بل يكون كذلك بالنظر إلى طبيعته وقت التعاقد فقد يكون إداريا وقد يكون مدينا، فإذا تضمن شروط غي مألوفة في مجال العقود في إطار القانون الخاص وكان لمصلحة شخص معنوي عام وباستخدام وسائل القانون العام في علاقته بالمرافق المراد التوريد إليه ما فان العقد إداريا، أما إذا ما تخلفت في هذه الشروط وتلك الوسائل وكان لا يتصل بالمرافق العام فان العقد في هذا الحالة لا يكون إلا مدينا أو تجاريا.

من خلال ما تقدم يمكن القول بان عقد التوريد يتميز بالخصائص التالية:

1- أنه من العقود الرضائية: يعد عقد التوريد الإداري من العقود الرضائية، فالمورد يقوم بتسليم المنقولات المتفق عليها برضائه دون أن يكون مضطرا إلى ذلك يختلف عن الاستلام الذي تقوم به الدولة بقرار إداري بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا([1]).

2- من حيث محل عقد التوريد: إن محل عقد التوريد بنصب دائما على منقولات فقط- منتجات أم معدات كالبضائع أو مواد التموين او المواد الحربية، فلا يرد على العقارات أيا كانت عقارات بطبيعتها، أم عقارات بالتخصيص ، وهذا ما يميزه عن عقد الأشغال العامة حيث ينصب موضوع العقد فيه على العقارات بطبيعتها او بالتخصيص ([2]).

- من صور عقد التوريد الإداري: عن عقود التوريد في الواقع العلمي تأخذ صورا مختلفة وتعتبر جميعها عقودا إدارية طالما توافرت عناصرها المميزة ، فلا يقبل عقد التوريد من خانة العقود الإدارية إلى خانة العقود المدنية بسبب أن التوريد فد اقتصر على مرة واحدة طالما أنه احتوى على شروط العقود الإدارية ([3]).

كما ان عقد التوريد امتد ليشمل صورا جيدة من التوريد وهى عقود التوريد الصناعية، حيث يلتزم المتعاقد ليس بتسليم المنقولات فحسب وإنما أيضا صناعة البضائع المتفق على توريدها ،

[1]) الصرايرة شامات ممدوح، أحكام عقود التوريد التشريعات الأردنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مؤته،ص8.

[2]) البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3،2007، ص90.

[3]) الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص124.

كما يشمل عقود التحويل كما في حالة تسليم الغدارة للمتعاقد منقولا كمواد خام مثلا، ويلتزم هو بتحويلها إلي مادة أخرى ثم يعاد تسليمها للدولة ([1]).

– من حيث المقابل في عقد التوريد: المقابل في عقد التوريد الإداري يكون دائما نقدا، ونص حكم المحكمة المصرية يوضح ذلك، والذي جاء فيه بأن عقد التوريد عبارة عن اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام فردا أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المنوي لإدامة المرفق العام مقابل ثمن معين. لذلك فإن تحديد الثمن في عقد التوريد أمر ضروري، أما إذا كان المقابل دولة كنا في هذه الحالة أمام عقد نقل وليس عقد توريد، لأن من شروط عقد التوريد أن تدفع الإدارة ثمن السلعة وليس أجور نقلها([2])

المطلب الثاني

معيار تمييز العقد الاداري.

مر تميز العقد الاداري عن عقود الادارة الاخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الادارة بإدارته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الادارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة اخرى وضع فيها القضاء الاداري عدة معاير للتميز سميت بمرحلة التميز القضائي للعقود الإدارية.

انوجودنوعينمنالعقودتبرمهاالإدارة (عقودمدنيةوعقود

إدارية)تبرزهنامشكلةكيفيةتمييزالعقدالإداريعنالعقدالمدنيوبالتاليتحديدالقضاءالمختصلاسيمافيالبلدانالت ييختصالقضاءالإداريفيهابالنظرفيالمنازعاتالناشئةعنالعقودالإدارية.

إزاءهذهالإشكاليةحاولالمشرعالفرنسيوالمصري

تحديدالعقودالإداريةبنصوصقانونيةوقدأطلقالفقهاءعلىهذاالأمرتسميةالعقودالإداريةبتحديدالقانون.ويعت

---

[1]) الشريف عزيزة، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ،1998، ص130.

[2]) كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1،ص322، الشريف عزيزة، مرجع سابق، ص134.

قدالأستاذالطماويفيهذاالصدد((إنإسباغالمشرعالصفةالإداريةعلىعقديتضمنعناصرالعقدالإداريمنحيثطبيعتهفانهذاالنصيأتيمؤكدالهكعقدالأشغالالعامةوعقدالتزامالمرفقالعام))([1]) .

لكنالمشكلةتثارعندماينصالمشرععلىإداريةعقدماتكونطبيعتهمدنيةمنحيثهدفهوطريقةإبرامهوموقفالمشرعهنامنتقدوذلكعلىأساسإنالمشرععندمايكيفتصرفامنتصرفاتالإدارةعليهأنيأخذبنظرالاعتبارطبيعةالعقدمن حيثهدفهوطريقةإبرامهومضمونه([2]) .

ولقد ذهب غالبية فقهاء القانون الاداري الي التعويل على المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية وإن اختلف في بعض حيثياته، وإذا جعنا الي تعريف العقد الاداري الذي أورده القضاء الاداري الفرنسي أو المصري والذي يقول أن العقد الاداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فه نية الادارة بالأخذ بأساليب القانون العام.

وبناء علىماتقدمفإنمعاييرتمييزالعقدالإداري،وفقاًلمايمكناستنتاجهمنتعريفهذاالنوعمنالعقود،تتمثلفيوجودال شخصالاعتباريالعامطرفاًفيالعقد،هومايطلقعليهتسميةالمعيارالعضويفيتمييزالعقودالإدارية،وفيضرورةا تصالالعقدبالمرفقالعام،

واحتوائهعلىشروطغيرمألوفةفيالقانونالخاص،وهومايسمى (المعيارالموضوعي).

ومن هنا سوف نكر معايير تميز العقود الادارية عن غيرها.

وذلك من خلال الفرع الأول، المعيارالعضوي، والفرع الثاني ارتباط العقد الاداري مرفق عام، الفرع الثالث معيار الشروط غير المألوفة.

الفرع الأول: المعيار العضوي.

القاعدة العامة أن العقود الادارية ومن ظاهر التسمية توجب أن تكون الادارة أحد أطراف العلاقة القانونية وعليه فإن العقد المبرم بين الأفراد العادين لا يمكن أن يكون عقدا إداريا حتى وإن كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام ([3]).

على أساس هذا المعيار يعتبر العقد إداريا إذا كان طرفيه جهة ادارية عامة مختصة بإبرام العقود الادارية ،وهذا المعيار هو الوارد في المادة7 من الاجراءات المدنية ورغم أن هذا الشرع

[1])سليمانالمطاوي، المرجع السابق،ص49.

[2])محمودحلمي، المرجع السابق،ص208.

[3])لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللامة لمشروعية العقد الإداري،المرجع السابق، ص10.

أهمل كل مصطلح العقود الاداري الا أن أساسها موجود في نفس الاجراء هي عبارة « أيا كان طبيعتها »([1]).

وعليه حتى نكون أمام عقد إداري جب أن يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام وهم الدولة،الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصفة الإدارية.

ولكي يعتبر العقد إداريا يشترط بداية ان تكون الإدارة طرفا فيه وذلك تميزا له عن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ، فهذه العقود تعتبر من عقود القانون الخاص([2]) .

الفرع الثاني: ارتباط العقد الاداري بمرفق عام.

ليس من السهل تعريف المرفق العام ، ولعل صعبة تعريفه تعود إلى أن عبارة المرفق العام مبهمة ولها معنى عضوي ولآخر موضوعي([3]) . إن المرفق العام هو كل نشاط ذي نفع عام تباشره الإدارة بنفسها أو تتولى تنظيمه والإشراف عله لعدم إمكان ممارسته على الوجه الأكمل بواسطة النشاط الخاص ، وقد يكون المرفق العام إداريا كمرفق الدفاع ومرفق الشرطة ، وقد يكون مرفقا اقتصاديا كمرفق البريد أو الاتصالات الهاتفية ([4]).

والذي يميز العقد الإداري هو أن يكون موضوعا ومتعلق بمرفق عام سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسيره لأن شرط الاتصال بمرفق عام هـ سبب وجود عقود إدارية تخضع لقواعد تميزها عن قواعد العقود المدنية.

للمرفق العام مدلولان فقهيان اولهما: المدلول العضوي ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإداري الذي يمارس نشاطا عاما تابعا للدولة، وتعرف المرافق العامة وفق هذا المدلول بأنها الهيئات أو المشروعات التي تعمل باطراد وانتظام تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارة الأخرى المباشرة أو تحت إدارتها العليا، لسد حاجا الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة.

---

[1])عمادحكمية، العقود الادارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس ،2017-2018ص10 .

[2])أبو النور حمدي، الوجيز في العقود الإدارية، د.ت، القاهرة (د.ن) ص10،خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الكتب القانونية، س2007، ص15.

[3])ريمون أودان، النزاع الإداري، ترجمة سيدي الضياف، مركز النشر الجامعي، تونس 2000، ص316.

[4]) أبو النور حمدي، الوجيز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص13.

ثانيهما : المدلول الموضوعي ويقصد به النشاط الذي يصدر عن الشخص الإداري وبذلك ينصرف مفهوم المرق العام وفق هذا المدلول الي كل نشاط تباشره الدولة أ تتولى تنظيمه أو

الإشراف عليه، ويستهدف تحقيق النفع العام ، فهو نشاط تقوم به الدولة بوسائل القانون العام من دون وسائل القانون الخاص([1]) .

وتعرف المرافق العامة وفقا للمدلولين معا بأنها كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها، أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ، ورقابتها وإشرافها بقصد اشباع حاجة عامة للجمهور ([2]).

أما نحن فنؤيد التعريف المبسط للمرفق العام أنه ((مشروع يقوم على تحقيق نفع عام، وتديره الدولة بوسائل القانون العام من دون وسائل القانون الخاص)).

الفرع الثالث: معيار الشروط غير المألوفة.

حاول مجلس الدولة الفرنسي تعريف الشروط غير المألوفة في القانون الخاص فقرر في أحكامه، أنها الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا أو تحمله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلكالتي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في إطار القانون المدني أو التجاري،([3]) .

ما يكشف عن نية الإدارة الي الأخذ بأسلوب القانون العام أن يتضمن العقد شروطا استثنائية للمتعاقد معها.

والشروط الاستثنائية التي تعتبر المعيار المييز للعقد الإداري في الشروط التي لا ينظر لها عادة في العقود الخاصة، وهذه الشروط متعددة المظاهر متباينة الأوضاع، وغير محدد المعالم ومنها ،حق الإدارة في إدخال تعديلات على روط العقد في أي وقت ، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء الي القضاء، وحق الإدارة في توضيح الجزاءات

التعاقدية دون اشتراط إثبات الضر، وأيضا حق الإدارة في توضيح الجزء التعاقدي دون نص يقرره ، ومن ثم فهذه الشروط الاستثنائية لا يجوز للأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة.([1])

---

[1])عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية ،1993، ص19، ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص398.

[2]) -طعيمه الحرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم الإدارة ونشأتها) مكتبة القاهرة الحديثة، س1970، ص18.

[3]) محمود ماجد محمود ججوح، اساليب إبرام العقد الإداري الالكتروني في التشريع الفلسطيني، دراسة للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الجامعة الإسلامية غزة،2018، ص40.

وبهذا يكون العقد إداريا إذا تضمن بنودا غير مألوفة في القانون المشترك إن وجد، مثل هذه البنود هو حسب رأي الاجتهاد تعبير عن المظهر الأكبر للسلطة العامة وهو يستبعد تطبيق القانون الخاص.

ولقد عرف مجلس الدولة في رار مؤرخ في 20أكتوبر 1950 مجموعة قرارات مجلس الدولة 505 البند غير المألوف بالند الذي يحول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا أو يضع عل عاتقهم التزامات غريبة بطبيعته عن تلك الي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم ،وذلك ضمن القوانين المدنية وتبرر فقط لفائدة الأشخاص العامين الين يمثلون المصلحة العامة ([2])

المطلب الثالث

حالات تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الداخلية

الدفع بعدم التنفيذ حق خوله المشرع لمن كان طرفاً في العقد وخلفهما العام والخاص، وليس للغير أن يتمسك بهذا الدفع، كما لا يجوز للقاضي إعمال الدفع بعدم التنفيذ من تلقاء نفسه، بل يجب التمسك به من قِبل أحد المتعاقدين، ويجوز التمسك بالدفع في مواجهة الغير إذا تمسك هذا الغير بحق ناشئ عن العقد، فيمكن التمسك به في مواجهة الدائن الذي يمارس حقوق مدينه بموجب الدعوى غير المباشرة، ويجوز للمتعهد التمسك به في مواجهة المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير([3]) .

ويُترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به. فإما أن يمتنع فيه عن تنفيذ التزامه، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل ايجابي، وإما أن يلجأ إلى القضاء وهذا لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول، فيتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على

---

[1])تامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، دراسة لحول على درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط ،2011، ص17

[2]) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط،2005، ترجمة، د، محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1996،ص350 .

[3]) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ،2005، ص331.

الآخر يطالبه بالتنفيذ حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه([1]).

وسيتم تناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

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 مايحول دون اشتراط امتناعه على أحدهما أو على كليهما، كما لا يوجد ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صارحة أو ضمنيا. وذلك بحسبان أن الدفع بعدم التنفيذ غير متعلق بالنظام العام([2]).

أقر مجلس الدولة المصري حق المتعاقد مع الإدارة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بناء على اتفاق بينه وبين الإدارة، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا يمكن استخلاصه من بنود العقد، وذلك إعمالا للمبدأ العام المقرر في العقود عموما، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين التي تلاقت عليها إرادتهما، ومن ثم يتعين الالتزام بما جاء به([3])،.حيث قضت (ومن أحكام المحكمة الإدارية في هذا الصدد حكمها الصادر بتاريخ1971/12/18م.

من أحكام المحكمة الإدارية في هذا الصدد حكمها الصادر بتاريخ 1971/12/18 ،ن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود "من حيث أنه وا الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا 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."

وذهب الدكتور محمد ماهر أبو العينين في صدد التعليق على هذا القضاء أن المحكمة الإدارية وذهب الدكتور محمد ماهر أبو العينين العليا أشارت إلى تطبيق مقتضى نص في عقد إداري

---

[1]) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص673.

[2]) زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص174.

[3])حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 76 لسنة 11 ق، جلسة 1971/12/18، مجموعة أحكام مجلس الدولة في خمسة عشر عاما (1965 –1980، (الجزء الثاني، ص1916

يسمح للمتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ ورتبت 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([1]).

نختلف 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 اعمال أولوية النصوص ٍ ونصوص القانون نفسه كقانون المناقصات والمزايدات وذلك في مجال التفسير 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

و قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها صادر بتاريخ 2005/03/15 بأحقية المتعاقد في إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، استنادا للشروط التي أوردها المتعاقد في عطائه، وجاء في حكمها: "...إذ الثابت من مطالعة شروط المطعون ضده التي أرفقها بعطائه أنه اشترط على الإدارة في البند الحادي عشر منها أنه في حالة تأخر صرف الدفعات عن خمسة عشر يوما 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 1988/03/21 ،ومع ذلك لم تصرف

إلا بتاريخ 1988/12/03 لعدم توافر الاعتمادات المالية، أي أن الجهة الإدارية تأخرت في صرفها 252 يوما يخصم منها خمسة عشر يوما المقررة للمراجعة، ومن ثم مدة التأخير 237 يوما يتعين لإضافتها لمدة العملية طبقا لما اتفق عليه الطرفان، عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتقدم بيانها،وبالتالي يكون المطعون ضده قد سلم الأعمال خلال الميعاد المقرر

[1]) محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات المناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى 2009، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص288.

له، وطبقا لما تم الاتفاق عليه، ويكون توقيع غرامة تأخير عليه بمبلغ 00.25263 جنيها مفتقدا لسنده الذي يبرره ومخالفا للشروط التي تم التعاقد في ظلها([1]).

الفرع الثاني

التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين الي تنفيذ التزاماتهما.

أن تتجه إرادة الطرفين الإدارةوالمتعاقد معها إلى تنفيذ التزاماتهما المتقابلة في آن واحد، وعليه فإن إخلالالإدارة بتنفيذ الالتزاماتالمتقابلة يعطي للمتعاقد الحق في الامتناع عن تنفيذ التزاماته، وقد جاء بحكم المحكمة القضاء الإداري ما يلي: «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([2]).

ويرجعالأمر للقضاءفياستخلاصالنيةالمشتركةللمتعاقدين،مستعينافيذلكبشروطالعقد وطبيعته،وماينبغيأنيتوافرمنأمانةوثقةبينالمتعاقدينوفقاللعرفالجاري([3])وحيث أن الأصلفي نظام العقود الملزمة للجانبين هو ارتباط تنفيذ الالتزاماتالمتقابلة فيها على وجه التبادل، فإذا استحق لوفاء بهذه الالتزامات فلايجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذما التزم به قبل المتعاقدالآخر بتنفيذ الالتزامالمقابل ،وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزاماتالمتقابلة في وقت واحد، ويكون لكل من المتعاقدين أن يحبس مايجب أن يوفي به حتى تؤدي إليه ماهوا مستحق له، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ،وقد نصتالمادة161 من القانون المدني على أنه: « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزاماتالمتقابلة مستحقةالوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقدالآخر بتنفيذ ما التزم به([4]).

---

[1]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6870 لسنة 46 ق، الدائرة الثالثة، جلسة 2005/03/15.

[2]) جمال محمد إبراهيم البلقاسي ، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة 2011، ص22

[3])سعيدالسيدعلي،مبدأالدفعبعدمالتنفيذفيالعقد (دارسةتطبيقيةعلىأحكامالقضاءالإداريفي مصر ،دارأبوالمجدللطباعةبالهرم،2006ص96

[4]) زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص174.

الفرع الثالث

جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية التي لاتصل مباشرة بتسيير المرفق العام.

إذا كان مبدأ عدم جواز تمسك التعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية مؤسس على فكرة سير المرفق العام بانتظامواطراد، فقد رأى بعض الفقهاء عدم أعمال هذه القاعدة إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرققالعام،

لماكانأساسرفضتطبيقالدفعبعدمتنفيذفينطاقالعقودالإداريةهوضرورةسيرالمرافقالعامةبانتظامواطراد، فإنهمنالطبيعيأنيسمحبتطبيقهإذاكانهذاالدفعفيعقودلاتؤثرعلىسيرالمرفقالعام،فهناكعقودإداريةلا تتصلمباشرةبتسييرالمرفقالعام،ولايؤديالامتناععنتنفيذهاإلىتهديدهذاالتسيير،مثلعقودشراءسياراتر كوبللمديرينوعقودشراءوحداتتصييفللعاملين،فإذاأخلتالإدارةبالتزاماتهاالناتجعنهذهالعقود،وامتنع تمثلاعندفعالمقابلالمنصوصعليهفيالعقدفيوقتهالمحددللمتعاقدمعها،فإنهيمكنلهذاالمتعاقدأنيدفعبـ عدمالتنفيذحتىتفيالإدارةبالتزاماتها،لأنهذاالدفعلايؤثرعلىسيرالمرفقالعام.([1])

ومنجانبنانرىأنالتمسكبالدفعبعدمالتنفيذفيالعقودغيرالمتصلةمباشرةبالمرفقالعامهوأمرطبيعي،فكم اأنالطبيعةالخاصةلبعضالعقودالإداريةقدتتأبىأنيتمسكفيهابهذاالدفعفيحالةإخلالجهةإدارةبالتزاماته ا،فإنهكلماكانالعقدالإداريلايتصلمباشرةبتسييرالمرفقالعام،فإنهيمكنالتمسكفيهبالدفعبعدمالتنفيذفيحال ةإخلالجهةالإدارةبالزاماتها،وذلكإعمالالقواعدالعدالةومبدأحسنالنيةفيالعقودبصفةعامة

الفرعالرابع

حالةاستحالةتنفيذالمتعاقدلالتزاماتهبسببتقصيرالإدارةفيتنفيذالتزاماتها تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أن العقد المدني متى قام المتعاقدان بإبرامه والتوقيع عليه صار

[1]) سعيدالسيدعلي،مبدأالدفعبعدمالتنفيذفيالعقد، المرجعالسابق، ص.61

ملزما للطرفين ويجب على كل منهما تنفيذ التزاماته وكذلك التمتع بما يعطيه هذا العقد من حقوق لهما دون أن يكون لأي منهما الحرية في إنهائه أو فسخه أو إلغائه بالإرادة المنفردة ، إلا أن العقد الإداري يتيح للإدارة حقوقا لا يستطيع المتعاقد التمتع بها ، فالإدارة تستطيع أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة إذا ما توفر لديها المبرر المشروع لذلك آلا وهو المصلحة العامة والمتمثلة بضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد وبدون هذا السبب لا تملك الادارة إنهاء العقد الذي وقعت عليه أو الامتناع عن تنفيذ التزاماتها وإلا ترتبت مسؤوليتها التعاقدية([1]) .

ويجب على الإدارة أن تمكن المتعاقد معها من التنفيذ وألا تضع أمامه العراقيل، فإذا كانت الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه فأنها من باب أولى أن تكون ملزمة بتنفيذ كافة الالتزامات التعاقدية التي وقعت بالموافقة عليها ، فهي لا تستطيع أن تفلت أو تتحلل من تنفيذ جزء من التزاماتها بغية عرقلة العقد بشكل كلي([2]) .

كما يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقه سليمة فمن أولى الالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق الجهة الإدارية التزامها بتنفيذ العقد الإداري بحسن نية ، فلا يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد أو أن تقوم بتنفيذه بطريقة لا يمكن معها للمتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية كأن تقوم الإدارة بعرقلة تنفيذ العقد، كما أن الادارة لا تستطيع التحلل من التزاماتها العقدية بمجرد رغبتها في ذلك ،وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن ((الإدارة لا تستطيع أن تتحلل من التزاماتها المتولدة عن العقد الذي أبرمته مع احد المتعاقدين))([3]) .

فمن المبادئ التي تسود العقود الإدارية مبدأ التزام الإدارة بتنفيذ العقد الذي أبرمته بحسن نية ، هذا المبدأ الذي يعد واجبا تعاقديا عاما يفرض على طرفي العقد، فهو لا يعني التزام الإدارة بمراعاة الاعتبارات الفنية والتقنية في تنفيذ العقد فقط وإنما عليها احترام تنفيذه بحسن نية([4]).

---

[1]) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (15/12/ 1978) أشار أليه الدكتور حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثامن، 1996، ص195.

[2]) حكم مجلس الدولة الفرنسي في 18/ مارس/ 1959 أشار أليه: د. حمدي علي عمر، المصدر السابق، ص196.

[3]) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (25/ يوليو / 1939) في قضية (Hayem) أشار أليه طاهر طالب التكمه جي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد ،1976، ص25-26.

[4])1969.p.594. Aflamme (traite theorieque et pratique des marches publics) Bruxelles

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر ((أنه من المبادئ المسلمة إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه ، فأن حاد احدهما عن هذا السبيل كان مسئولا عن إخلاله بالتزامه العقدي ، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام))([1]). فمن المتفق عليه أن العقد الإداري هو رابطة قانونية أساسها حسن النية ، وهذا المبدأ يفرض على الإدارة التزاما مفاده أن تحترم الإدارة كافة التزاماتها التعاقدية وتنفذها بطريقة سليمة،([2]) وأن لا تلجأ لاستعمال سلطاتها العقدية في سبيل التخلص من التزاماتها من دون أن تكون هنالك مصلحة حقيقية،([3])وبالرغم من السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة فلابد أن تراعي الإدارة عندما تمارسها مبدأحسن النية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيجب على الإدارة أن تساعد المتعاقد معها في إتمامالعمل وان لا تتعسف في استخدام سلطاتها أو تقوم باتخاذ إجراءات من شأنها إلحاق الضرر بالمتعاقد([4]).

ونخلص مما تقدم كله أن إخلال الإدارة بأي من التزاماتها ذات الطبيعة الفنية يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها، فهذه الالتزامات عديدة ومتنوعة وتختلف بحسب طبيعة العقد، وان إخلال الإدارة بهذه الالتزامات قد يتمثل في خطأ الادارة في وضع المواصفات والتصاميم أو تأخرها أو تراخيها في القيام بالتزاماتها الفنية، أو قد يصل إلى عدم تنفيذها كليا،

([1]) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (25، 10/ 1961) أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الإداري، ط1، 2002، ص295.

([2]) الدكتور احمد محمود جمعة ، العقود الإدارية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2002 ،ص209 وما بعدها .

([3]) محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ، ص150 151.

([4]) الدكتور نصرت منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010، ص524.

كما قد يتمثل هذا الإخلال في تنفيذ الإدارة لهذه الالتزامات ولكن على نحو غير سليم ولا يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

الفرعالخامس

حالةعجزالمتعاقدعنالاستمرارفيالتنفيذأوالتنفيذفيالوقتالمحددبسببتقصيرالإدارة.

تعتبر هاتينالحالتينمنالحالاتالرئيسيةللخروجعنمبدأعدمجوازالدفعبعدمالتنفيذفيالعقودالإداريةوأكثرهاشيوعا،فغالباماتؤديإخلالالإدارةبالتزاماتهاإلىإرهاقالمتعاقدوعجزهعنالاستمرارفيالتنفيذأوالتنفيذفيالموعدالمحدد،وسنبينهاتينالحالتينعلىالنحوالآتي: ([1])

أولاً:عجزالمتعاقدعنالاستمرارفيالتنفيذبسببتقصيرالإدارة.

يعد التزام الإدارة بأداء المقابل الماليمن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة باعتبار هذا المقابل يمثل الدافع الرئيسي على تعاقده مع الإدارة ،فالمتعاقد مع الإدارة غالبا ما يسعى إلى الربح من وراء تعاقده ، وهذا السعي وراء الربح يعتبر أمرا طبيعيا ومشروعا ولا يمكن إنكاره علىالمتعاقد ،وان نشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة ، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد وهي الحق في اقتضاء المقابل المحدد في العقد ،أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية ،وتتنوع صور إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية وعليه سوف نختار من هذه الصور أكثرها شيوعا وتتمثل في تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد أولا([2])، وظهر ذلك واضحا من خلال ما يلي :.

1-: تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد:

يكاد يجمع غالبية الفقه على أن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد إنما هي شروط ذات طبيعة تعاقدية([3])، وهذا يعتبر أمر منطقي لان المقابل المالي يعتبر الباعث على التعاقد أو الغاية التييسعى المتعاقد إلى الحصول عليها ،ومن ثم فأن المقابل المالي الذي

[1]) زينب سالم، المرجع السابق، ص177.

[2]) سليمان محمد الطماوي،المرجع السابق، ص470-471.

[3]) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص472،

يستحقه المتعاقد يجب أن يكون وليد إرادتين هما إرادة المتعاقد وإرادة الإدارة ، فلا تنفرد بتحديده جهة الإدارة وحدها ([1]).

فالأصل انه متى اتفق الطرفان (المتعاقد والإدارة) على سعر معين فأنه لا يمكن لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الأخر، استنادا إلى قاعدة القوة الملزمة للعقد ، وترتيبا على ذلك لا يمكن للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه في العقد إلا بموافقة الطرف الأخر وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بأن ((الطاعن أسس دعواه على أن إلغاء الزيادة في كميات العمل ينشئ بالنسبة إليه ، تعديلا لا مبرر له لنصوص العقد المحدد للثمن المتفق عليه ، وهذا من شأنه أن يشكل خطأ من جانب الإدارة يرتب مسؤوليتها التعاقدية))([2]).

باعتبار أن التعديل يتعين أن لا يمس المزايا المالية للمتعاقد وان التعديل يقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام أو ما يسمى بالشروط اللائحية وليس الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقدوتأكيدا على ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى انه((من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع احد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الأخر ، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي في العقد الإداري ، ولهذا فأن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطابع الاستقرار ، ويجد ذلك أصله فيأن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد في وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في لك الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الأخر..))([3]).

---

[1])محمودحلمي، العقد الإداري، المرجع السابق، ص106.

[2]) حكم مجلس الدولة الفرنسي في (16/ مايو /1941) في قضية (Ste Heulin)أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر، مصدر سابق ، ص203-204.

[3]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم (2519 والصادر في 8/31/ 1993) أشار إليه الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2010، ص100-101. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ (1968/4/27) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص204.

ومن الجدير بالذكر انه لا يوجد ما يحول قانونا من الاتفاق على تعديل المقابل المالي ، إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد مع إرادة المتعاقد على هذا التعديل ، ففي هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزما لطرفيهحيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر ((بأن الثمن المتفق عليه في العقود الإدارية يقيد طرفيه كأصل عام ، إلا أن ذلك ، لا يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله إذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن ، كان واجب النفاذ وامتنع الخروج عليها إلا في حدود القانون ، وانتهت الجمعية العمومية إلى أحقية شركة المقاولين العرب في تقاضي الزيادة المتفق عليها مع جامعة المنصورة))([1]).

لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءين وهما :

الاستثناء الأول : يتعلق بعقود الامتياز حيث تعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسوم في عقود الامتياز من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية ، وعليه تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى رضاء المتعاقد معها([2])،الاستثناء الثاني :يتصل بالعقود التي تؤدي وظيفة الأعمال الشرطية حيث أن هذه العقود لايتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب ، وإنما تسند إلى المتعاقد مراكز نظامية[4] ، مثل عقود التوظيف فهي أداة للالتحاق بالوظيفة ، إما مركز الموظف التعاقدي ،فهو – لائحي– تحكمه قوانين ولوائح الخدمة المدنية بما فيها حقوقه والتزاماته ، وبالتالي يمكن أن تعدل الإدارة بالزيادة أو النقص فيها([3]) .

2-: تأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة:

أن الإدارة المتعاقدة لا يقع عليها فقط الالتزام بأداء المقابل المالي للعقد ، بل يجب عليها أيضا عدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام عن المواعيد المقررة في العقد، فلا شك أن احترام الإدارة لهذه المواعيد يؤدي إلى تشجيع الأفراد على التعاقد مع الإدارة ، وان الأثر المترتب على تأخر

---

[1]) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة في القضية رقم (368/2/47 في 1987/10/28) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص204-205.

[2]) ينظر المادة (5) من القانون رقم (129) الخاص بالتزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947.وينظر في ذلك الدكتور نصرت منصور نابلسي، مصدر سابق، ص501.

[3]) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص472.

الإدارة في الوفاء بالتزامها بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها يشكل خطأ من جانبها ، يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية ويعطي للمتعاقد معها الحق في اقتضاء التعويض القانوني ، دون حاجه منه لإثبات أن هناك ضررا قد أصابه من جراء ذلك التأخير[1].

ففي فرنسا طبق القاضي الإداري قواعد القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الإدارة التعاقدية الناتجة عن التأخر في أدائها للمقابل المالي التي تقضي على انه ((إذا لحق الدائن ضرر من تأخر مدينه بسوء نية وكان هذا الضرر مستقل عن هذا التأخير يجوز له طلب التعويض فضلا عن الفوائد التأخيرية عن الدين))[2]، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه ((بأن مجرد التأخر البسيط للإدارة فيدفع المبالغ المستحقة عليها، ينشئعلى عاتقها الالتزام بالتعويض تحت بند فوائد التأخير))[3].

أما في مصر فأن القواعد المطبقة هي قواعد القانون المدني المصري والتي تشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون هناك خطأ من جانب المدين يتمثل بتأخره في الوفاء بالمقابل المالي فمجرد التأخر المذكور يعد هو الخطأ [4]، هذا فضلا عن أن المشرع المصري لم يشترط لاستحقاق الفوائد المذكورة أن يثبت الدائن أنضررا قد لحقه من ذلك التأخير[5].

---

[1]) حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداريس2002، ط1، ص313

[2]) ينظر في ذلك الفقرة الرابعة من المادة (1153) من القانون المدني الفرنسي نقلا عن الدكتور حمدي حسن الحلفاوي، المصدر نفسه، ص316.

[3]) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (9/نوفمبر/ 1949) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر، مصدر سابق، ص207.

[4]) ينظر في ذلك المادة (226) من القانون المدني المصري والتي نصت على (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 (4%) في المسائل المدنية و(5%) في المسائل التجارية وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)).

[5]) ينظر في ذلك المادة (228) من القانون المدني المصري والتي نصت على (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا إلى أن القضاء الإداري في مصر مستقر على تطبيق أحكام القانون المدني المصري على الروابط الإدارية حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى انه ((وغني عن البيان أن هذه الإحكام (أحكام نص المادتين226،228 من القانون المدني) وان وردت في القانون المدني إلا أن قضاء هذه المحكمة مستقر على سريانها في نطاق العقود الإدارية باعتبارها من الأصول العامة في الالتزامات وان الأعمال المتعلقة بتوريد الأشياء أو بالمحلات والمكاتب التجارية أو بالمحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو بالملاعب العمومية تعتبر عملا تجاريا)) ([1]).

ثانيا: عجز المتعاقد عنالتنفيذفي الوقتالمحددبسببتقصيرالإدارة.

قدينصالعقدعلى ميعادمحدديجبعلى المتعاقدمع الإدارةأن ينفذالتزامهخلاله،فإذاأدى تقصيرالإدارةفي تنفيذ التزاماتهاإلى عجز هذاالمتعاقدعن تنفيذالتزامهالمحددبالعقد،كانلهأن يتمسكبالدفعفي حالةتجاوز توقفا لأعمال –

بعدمالتنفيذ،بلإن مجلسالدولةفي أحكامهوفتاويهجعل لجهةالإدارةالحدالمعقول بسببإخلالهابالتزامها– أن تعيدالنظر في الأسعارالمتعاقدعليها،وذلكفي ضوء الأسعارالسائدةعندمواصلةالتنفيذ،وذلكحتى لاتخت لاقتصادياتالعقودو تجورالمصلحةالعامةعلى المصلحةالفردية على نحو يعوقالمتعاقدمع الإدارةعنالنهو ض بتنفيذالتزاماته([2]).

1-: عدم مراعاة تقلبات الأسعار:

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري زيادة في الأسعار المحددة في العقد، ففي هذه الحالة إذا تضمن العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد شرطا يقضي بزيادة الأسعار المحددة في العقد في حالة زيادة أسعار المواد التي تساهم في تنفيذ هذا العقد فيعتبر هذا الشرط ملزما للطرفين، فلا تستطيع الإدارة المتعاقدة التحلل من هذا الشرط وذلك لان امتناعها عن تطبيقه يعتبر إخلالا من جانبها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية.

[1])ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم (3969 في 19 / 2000/9) أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص318.

[2]) زينب سالم، المرجع السابق، ص182.

ففي فرنسا اتجه القضاء الإداري الفرنسي إلى انه في حالة وجود شرط في العقد أو في الوثائق الملحقة به يمنح للملتزم في أن يعدل من الرسوم المقررة عند توافر ظروف اقتصادية استثنائية غير متوقعة فأن رفض الجهة الإدارية مانحة الالتزام دون سند شرعي يعد خطأ تعاقدي من جانبها يولد مسؤوليتها التعاقدية. ووفقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن ((الشركةالملتزمة لها الحق في إعادة النظر في قائمة الأسعار وان رفض مدينة (Toulon) طلبلشركة ليس له ما يبرره ومن شأن هذا الرفض تقرير مسؤولية المدينة التعاقدية))[1] .

فالملتزم ما كان يهدف من جراء إبرامه عقد الامتياز سوى تحقيق ربح أو أقصى معدل للربح من خلال ما سوف يحصل عليه من رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام ، ومن ثم إذا ما حدثت ظروف أدت إلى الانتقاص من معدل الربح الذي يحصل عليه أو أن أدت إلى تحمله خسائر فادحة من وراء إدارته لهذا المرفق وفي ذات الوقت رفضت الجهة الإدارية من تمكينه من اللجوء إلى استعمال الشرط المقرر في بنود العقد استقلالا أو في الدفاتر الملحقة أو بتعويضه عما تكبده من نقصان في فروق الأسعار أو الخسائر فأن له في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء لمطالبة الإدارة بتعويضه عن الإضرار التي حاقت به.

وبالمقابل إذا خلا العقد الإداري بالتزام المرافق العامة من هذا الشرط فأنه لا يجوز للملتزم أن يطالب الإدارة بالتعويض عن فروق الأسعار بناء على مسؤوليتها التعاقدية. حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن ((البلدية لا يمكن أن تعترض على شكل التعاقد لإدراج شرط إعادة النظر في السعر حيث يعتبرالملتزم بذلك قد قصر في التزاماته التعاقدية بعدم النص على ذلك الشرط في العقد))،[2]فالإدارة مانحة الالتزام إذا رفضت النص على ذلك الشرط في العقد بينها وبين المتعاقد فلا يمكن للقاضي المختص بنظر المنازعات التعاقدية أن يحل محلها في اشتراط هذا الشرط وبالتالي لا يستطيع أن يحكم بزيادة الرسم المقرر في العقد إلا إذا كان عقد الامتياز نفسه ينص على قواعد تتضمن تغيير السعر تلقائيا وفقا لتغير الظروف المحددة بمقتضى العقد وذلك إذا حدث خلاف بين الإدارة والملتزم حول نسبة الزيادة التي يجب تقريرها لمواجهة الظروف المستجدة.

[1]) حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1935/4/10) أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي،المرجع السابق، ص331.

[2]) حكم مجلس الدولة الفرنسي في (5/ 6 / 1967) أشار إليه حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص213.

وفي مصر يشترط لثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار أن يتضمن العقد نصا صريحا بمحاسبة المتعاقد عن الزيادة في الأسعار، فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط ، فلا يكون للمتعاقد مع الإدارة حق المطالبة في فروق أسعار مواد البناء التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، ولو تعلقت هذه الزيادة بأسعار المواد الخاضعة للتسعير الجبري ، وذلك لان المتعاقد قبل التعاقد بدون اشتراط الحصول على هذه الفروق وهذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها حيث ذهبت (إلى عدم أحقية المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار ، الناجمة عن زيادة أسعار الجمالون لأنه لم يحتفظ في عطائه المقدم لجهة الإدارة باستحقاقه لهذه الزيادة[1].)كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة إلى ((عدم أحقية المقاول في تقاضي فروق أسعار مواد البناء التي طرأت إثناء تنفيذ العقد ولو تعلقت بأسعارالمواد الخاضعة للتسعير الجبري في حالة قبوله التعاقد دون اشتراط الحصول على هذه الفروق.))[2].

أما إذا تضمن العقد نصا على أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على أية زيادة تطرأ في الأسعار فأنه يجب الاعتداد بهذا النص لأنه يعتبر من الشروط التعاقدية التي يترتب على الإخلال بها من جانب الإدارة قيام مسؤوليتها التعاقدية[2]. كذلك إذا قامت الإدارة بتسليم المتعاقد تصاريح مواد البناء بعد فوات المدة المحددة للتسليم فأنها بذلك تكون أخلت بالتزامها قبل المتعاقد، ومن ثم تنعقد مسؤوليتها التعاقدية بالتعويض، فتلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يكون أصابه بتحمله زيادة أسعار مواد البناء متى ثبت أن هذه الزيادة قد حدثت بعد فوات المدة المحددة لتسليمه هذه التصاريح، فتلتزم الجهة الإدارية في هذه الحالة بدفع فروق الأسعار في هذه الحالة[3] .

---

[1]) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعنين رقمي (373،425 بتاريخ 1999/3/2) أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي، مصدر سابق، ص328 هامش رقم (2).

[2]) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة (فتوى رقم 1045 بتاريخ 1991/11/28) أشار إليها الدكتور محمد ماهر أبو العينين: قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، ص357

[3]) احمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لإحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، بدون سنة طبع، بدون دار نشر، ص475.

أما في عقود التزام المرافق العامة فإذا احتوى العقد شرطا يجيز إعادة النظر في قائمة الأسعار في حالة تحقق بعض الظروف الاقتصادية غير المتوقعة، فأن الإدارة لا تستطيع أن توقف إعمال هذا الشرط لان ذلك يؤدي إلى تحقق مسؤوليتها التعاقدية.[1]

2-: إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي:

ابتداء يعرف التأمين، بأنه ضمان لجهة الإدارة، تتجنب به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره [2]، وينقسم التأمين إلى تأمين أولي وتأمين نهائي:

فالتأمين الأولي (المؤقت) غالبا ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد، والغرض من هذا التأمين هو ضمان جدية المتقدم للتعاقد وحمله على ذلك، أما التأمين النهائي فهو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد من اجل تنفيذ ما ألتزم به في العقد الإداري، ويكون التأمين مبلغا من المال أو خطاب ضمان صادر من احد المصارف بقيمة التأمين ويضمن التأمين ملائمة المتعاقد عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ[3]. وتلتزم الإدارة بالإفراج عن التأمين النهائي فور إتمام التنفيذ أو انتهاء مدة الضمان حسبالاتفاق، ومن دون طلب المتعاقد، فإذا أخلت الإدارة بتنفيذ التزامها سواء في عدم رد التأمين النهائي أو التراخي في رده للمتعاقد معها دون مبرر مشروع ولتعارض ذلك مع ما يستوجبه تنفيذ العقود الإدارية من توافر لمبدأ حسن النية، فأن ذلك يشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها التعاقدية.[4]

ففي فرنسا قضى مجلس الدولة الفرنسي (بالتزام الإدارة منذ التسليم النهائي برد مبلغ الكفالة ، ومن ثم تكون مسئولة عن الضرر الناتج عن ذلك))[5]،وتأسيسا على ما تقدم فأن التزام الإدارة بالرد ، مشروط بقيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماتهالتعاقدية ، أو انتهاء مدة التأمين في حالة

[1]) د. حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص212.

[2]) حسان عبد السميع هاشم، الجزاءان المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص101.

[3]) عمر حلمي فهمي: النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون جهة طبع ،1992، ص262.

[4])حمدي حسن الحلفاوي، مصدر سابق، ص336.

[5]) حكم مجلس الدولة الفرنسي في (3/ مارس / 1958) أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي، مصدر سابق، ص337.

الاتفاق على ذلك ، فإذا لم يتم التسليم النهائي لوجود عيوب لم يقم المتعاقد بإصلاحها ففي هذه الحالة يحق للإدارة مصادرة التأمين([1]) .

أما في مصر فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 على «... وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر ، إلا إذا اتفق على غير ذلك...»([2])

كما نصت على « .... ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقا للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية »([3]).

نخلص مما تقدم أن للإدارة التزامات تعاقدية ذات طبيعة مالية وان أي إخلال بهذه الالتزامات يكون مصدرا لترتيب مسؤوليتها التعاقدية واستحقاق المتعاقد للتعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الإخلال وتتنوع وتتعدد صور هذا الإخلال إلا أن أكثر هذه.

الصور شيوعا تتمثل بتعديل الادارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد وتأخرها في أداء أو الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة وعدم مراعاتها تقلبات الأسعار وأخيرا إخلالها برد التأمين النهائي للمتعاقد.

---

[1]) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 76. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم (582 في 1999/1/26) أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي، المصدر نفسه، ص336.

[2]) ينظر في ذلك المادة (70) من اللائحة لتنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم (89) لسنة 1998.

[3]) ينظر في ذلك المادة (72) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

المبحث الثاني
الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الدولية

المبحث الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الدولية

تعتبر العقود الإداريةالدولية –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 ماما ينجم عن طبيعة هذه العقود التي تجمع بين الصفة الإدارية والصفة الدولية مما يجعها عقودا ذات طبيعة مزدوجة أو مختلطة.

ومن هذه الصعوبات أيضا ما ينجم عن عدم تكافؤ مراكز أطراف العقود الإدارية الدولية، وهو **نوعان أولهما** عدم تكافؤ في المراكز القانونية لأطرف 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 الاجنبي في حالة اخلاله بتنفيذ التزاماته والحق في تعديل العقد وانهائه بالإرادة المنفردة مالم يتضمن العقد نصا على خلافذلك كشروطالثبات (شرط الثبات التشريعي و شرط ثبات العقد أو عدم المساس بالعقد) .([1])

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 .([2])

---

[1]) زينبسالم، المرجعالسابق، ص 188.

[2]) علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص57.

سنتناول تطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية من خلال ثلاث مطالب، المطلب الأول طبيعة العقد الدولي وأهم صوره، المطلب الثاني معايير تمييز العقد الإداري الدولي، والمطلب الثالث اللجوء الي التحكيم وأثره في العقود الادارية الدولية.

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 الاداري الدولي وصوره من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

لقدعُرفَالعقدالإداري الدوليبأنه: "عقدتبرمهالدولةبوصفهاسلطة عامةأويبرمهشخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي، من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعة استغلال الثروات الطبيعية بالدولة،([1]) وعُرفَ ايضا بأنه: "العقد الذي يبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وشخص أجنبي خاص، بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، وقد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة وقد لاتستخدمها([2])."

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 تحقيقا 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، كشراء الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من الخارج اللوازم والأعتدة والعقود البترولية. و

[1]) خليفة عبد العزيز عبد المنعم ، التحكيم في منازعات العقود الادارية، ط2 ، الاسكندرية ، دار منشأة المعارف ،2006 ،ص129.

[2]) مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط2، عمان، دار الثقافة، 2010، ص94.

ثانيهما تضمن هذه العقود بنودا خارقة، كما تحقق الدولة أو أشخاص القانون العام من خلالها تنفيذ المرفق العام([1]).

بينما ذهب جانبا أخر من الفقه:

العقودالإداريةالدوليةهي « عقودطويلةالمدةطرفاهاهماالحكومةأوجهاز تابعلهامنجهة،وشخصأجنبييتمتعبالشخصيةالقانونيةمنجانبآخر ،وتتعلق هذهالعقودباستثماراتضخمة،وتتضمنشروطا ومزاياغيرمألوفة »([2])،

عرفهالبعضمنالفقههعلىأنه:«عقودتبرمبيندولةنامية‌منناحيةأومنيعملللحسابهاومشروعخاصأجنبي،يكونم وضوعهاإماستغلالثروةطبيعية،أوإقامةمنشأةصناعيةبهدفالتنمية لأجلطويل»([3])

كماعرفهآخرونعلىأنه:

«العقدالمبرمبينالدولةأوأحدالأجهزةالتابعةلهامعشخصأجنبي،بغرضإنشاءالتزاماتتعاقدية،قدتستخدمفيه االدولةسلطتهاالعامةأولاتستخدمها».([4])

فيحينعرفهفريقا أخر من الفقه «عقديبرمبينجهةالإدارةمنناحية،وبينشخصأجنبي طبيعيأواعتباريمن ناحيةأخرى،ويهدفانتقالالقيمالاقتصاديةوالماليةعبرالحدودبهدفإقامة منشآتلهاطابعالدوامأواستثماراتضخمةفيإحدىالمرافقالعامة،ويتضمنهذا العقد شروطااستثنائيةغيرمألوفةفيالقانونالخاص». ([5])

ويرى الباحث أن العقد الإداري الدولي ما هو إلا: عقد يبرم بين طرفين تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنويةطرفًا آخر فيه، ويكون ذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبة بالدولة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية أو من أجل تعديل أو إنشاء مرفق عام.

يتبين من التعريفات السابقة أنه حتى نكون أمام عقد إداري دولي فيجب أن يتوفر أمران:

---

[1]) - سامي منصور، جواز التحكيم في عقود الإدارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 21، بيروت، 2002، ص1.

1) علاءمحىالدينمصطفىأبواحمد،التحكيمفيالعقودالاداريةذاتالطابعالدولي،رسالةدكتوراه،كليةالحقوق جامعة القاهرة. سنة 2005،49 ص

[3])عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، مكتبة النصر، 1991،ص22.

[4]) محمد عبد العزيز بكر: العقد الإداري عبر الحدود، القاهرة، دار النهضة العربية ،2000،ص56.

[5])علاء محى الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،2005، ص49.

1 – أنيكوندولى.

2 – أنيكونإداري

وحتى يكون العقد إداريجب أن تتو فر فيه ثلاثة عناصر، هي:

1–أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد الإداري باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان.

2– أن يسعى العقد لتسيير واستغلال مرفق عام.

3– أن تضع الإدارة شروطًا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

الفرع الثاني: صور العقد الدولي

تتنوع عقود التجارة الدولية بتنوع موضوعها وهي عديدة، نذكر منها على سبيل المثال عقود الامتياز التجاري وعقود المشروعات المشتركة للقيام بأنواع متنوعة من الأعمال، وعقود نقل التقنية في شكل تراخيص صناعية، وعقود بيع الخدمات، عقود الإنشاءات وبناء المصانع بأنواعها المختلفة سواء في شكل عقود تسليم المفتاح أو في شكل أعمال إنشائية، عقود القروض الدولية أو غيرها من الأشكال التعاقدية المختلفة والمطبقة في التجارة الدولية.

كل شكل من هذه الأشكال السابقة للعقود مصمم ليقوم بهدف محدد، كما أنه لكل منها تعقيداته وتركيباته، ونظرا لعدة هذه العقود وتنوعها سوف تقتصر على بعض أنواع هذه العقود والتي تعد أكثر شيوعا وهي:عقد البيع الدولي للبضائع، عقود الامتياز، وعقود المشروعات المشتركة.

أولا: عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات

تعد عقود البيوع الدولية للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود شيوعا، وقد تم البحث بصفة مستقلة في هذا النوع من العقود بشكل واسع ومكثف من قبل الكثير من الكتاب ([1])وكذلك لقيت مكانة هامة فيالاتفاقيات الدولية، فمثلا من أهم الأعمال التي أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارةالدولية UNCITRAL)هو قانون البيوع الدولية للبضائع الذي كان على جدول أعمالها منذ عام 1968 في دورتها الأولى.

كما أنجزت هذه اللجنة اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع فينيويورك سنة 1974 والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا عام ،1980كذلك

[1]) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، ،1998 ص 26.

نجد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة ،1980 والتي دخلت حيز النفاذ في أول يناير عام1988بالنسبة للدول التي انضمت إليها([1]).

وعقود البيع الدولي للبضائع في حقيقتها يعني بيع أي شيء محسوس بثمن محدد على النطاق الدولي أو هي البيوع التي تتعلق بالمنقولات المادية وغير المادية التي تقوم عليها التجارة الدولية ([2]).

أما عقود بيع الخدمات Vices of Sale تعد من ضمن عقود البيوع الدولية، لأنها أصبحتً شائعة ومطلوبة على نطاق واسع خارج النطاق الإقليمي لموقع الشركة التي تقوم بتقديم الخدمة أيًاكان نوعها وأمثلتها كثيرة منها: عقود بيع الخدمات المالية متمثلة في تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبيوشركات الإقراض الدولية ، كذلك نجد عقود خدمات مشهورة في الدول النامية، مثل عقد الخدمات الإدارية الذي هو في الحقيقة عقد شراء الخبرة التي لدى البائع أو الإداري، يطبقها المشتري على نشاطهأو أعماله([3])في كثير من الحالات نجد العقود المشتركة بين بيع بضائع ومواد وبيع خدمات مثل ما هو الشأنفي عقد تسليم المفتاح الذي من خلاله يقوم المقاول الأجنبي بإقامة المشروع أو المصنع كاملا، حيث يقومببناء وتجهيزه بالآلات والمعدات ويبدأ بتشغيله ثم يقوم بتسليمه جاهزا إلى الطرف المحلي ([4])، كما يقدم أيضا خدمات أكثر تتمثل في تقديمه المساعدة التقنية والمساهمة في تشغيله بنقل مثلا التكنولوجيا اللاّزمةلتشغيله([5]).

ثانيا: عقود الامتياز التجارية

تحقق عقود الامتياز التجارية الانتشار الدولي للشركات الكبرى ويساعد صغار المستثمرين على الاستثمار من المعارف الفنية والعلامات التجارية لتلك الشركات التي تمنحه م التدريب الفني والتسويقي و الإداري وأبحاث التطوير وتطبيقات التكنولوجيا الحديثة ([6]).

حيث أن عقود توزيع المنتجات هي العقود التي بموجبها يعطي المشروع لمشروع آخر الحق في احتكار توزيع منتجات أو خدماته طبقا للشروط التي يحددها العقد، أما عقود التراخيص فهي

---

[1]) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 9.

[2]) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، مرجع سابق، ص 27

[3]) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع نفسه، ص28-29.

[4]) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.س.ن)، ص 16-17.

[5]) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق ص26-27

[6]) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 24.

الاتفاق الذييقع بين مشروعين يمنح بمقتضاه المشروع الأول للمشروع الثاني حقوقه الناشئة على المخترعاتلصناعية براءات الاختراع باستغلالها نظير أجر يتفق عليه، كما يمكن أن تشتمل تراخيص الصناعة على حق استخدام علامة تجارية مميزة لسلعة ما ()[1]ففي عقود الامتياز عادة ما يتم استثمار أموال كبيرة، حيث نجد أن من يقوم بتشغيل المطاعم أوالفنادق أو غيرها من الأعمال وفق نظام الامتياز مستخدما العلامة التجارية للشركة الأم، يدفع لمالكلامتياز نسبة معينة من إجمالي الدخل وليس من الأرباح سواء حصل على الأرباح أم لا، فالمستثمريستفيد بدوره من الدعاية الكبيرة والشهرة العالمية للمالك ([2])

وهناك أشكال كثيرة جدا لهذا النوع من العقود للتعاقد على المستوى الدولي، فهي قد تكون بصيغةشركة مشتركة بين المالك للامتياز والممنوح له الامتياز، أو قد تكون عن طريق عقد إدارة للامتيازالممنوح له من مقره الر لإدارة الامتياز في البلد المضيف أو يكون المكتب على المستوى الإقليمي كما هو الحال بالنسبة لشركات الفنادق والمطاعم التي تعمل في الشرق الأوسط وشرق آسيا ([3])

ثالثا:عقود المشروعات المشتركة

تعتبر المشروعات المشتركة Ventures Joint من أهم أساليب التجارة الدولية في الوقت الحاضر خاصة بالنسبة للدول النامية، كما أصبح ملاحظا في العلاقات الاقتصادية الدولية أن الاستثمار في أغلب دول العالم لا يكون ممكنا إلاّ بواسطة المشاركة مع العناصر الوطنية سواء كانت حكومية أو خاصة، وهذه المشاركة تتم بأخذ شكل معين كشركة ذات مسؤولية محدودة ([4]) لكن لا يوجد تعريف محدد للمشروع المشترك، فهناك من عرف المشروع المشترك أنه هو

الاستغلال المشترك لما يقدمه الأطراف من مال ومهارات وتكنولوجيا في نشاط اقتصادي معين بهدف اقتسام ما ينشأ عنه من أرباح وغالبا ما يكون العقد طويل المدة بين اثنين أو أكثر من

[1]) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 23

[2]) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، مرجع سابق، ص 44.

[3]) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع نفسه، ص45

[4]) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم الجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، 2002، ص 51.

المشروعات المنتجة من دول مختلفة بغرض التعاون في إنتاج معين، ويلتزم الأطراف بالإخلاص والولاء المتبادل فيما بينهم([1]) كما أن غالبية الكتاب عرفوا عقود المشروعات المشتركة بأنها شركة أو مؤسسة تجارية شكلتبين شخصين أو شركتين أو منظمتين، يكون واحد منهما على الأقل شريكا مشغلا، تهدف إلى توسيعنشاطها بغرض الحصول على أعمال جديدة مربحة ومستقرة ودائمة، وتكون ملكية الأسهم مشاركة من قبل المشاركين بنسبة توزيع أقل أو أكثر دون أن يكون لأحدهم حق التحكم الكامل([2])

والمشروعات المشتركة تؤسس بأنواع متعددة من الأعمال التجارية الدولية، نظرا لأن المشروع المشترك ليس محددا بنوع معين من الشراكة، فقيام اتحاد المشاركة يعتمد على الأهداف التي يرغبالشركاء في تحقيقها من خلال الاتفاق على تكوين مشروع مشترك بينهم، فقد يتكون المشروع المشترك بين الأطراف للتعاون في البحوث اللاّزمة لتطوير صناعة أو منتج معين له علاقة بتجارة أو مجال عمل أحدالأطراف أو جميعهم. كما قد يتكون من أجل توريد مواد يحتاجها الشركاء جميعا في أعمالهم أو إنتاج نوعمعين من المنتجات لبيعه في السوق تحت علامة تجارية معينة، أو قد يتم الدخول في اتحاد مشاركةلتسويق المنتجات التي ينتجها الأطراف بصفة مستقلة إلى غير ذلك من الأعمال التجارية المختلفة([3]).

المطلب الثاني

معايير تمييز العقد الإداري الدولي

قام فقهاء القانون الدولي بالعديد من المحاولات الفقهية
لتحديدالصفةالدوليةفيالعقدوهومنأدقالأمورالتيواجههاالفقه،لأنهإذاكانالعقددااخلياافإنهسوفيخضعللقانونالوطنيللدولةالمعاقدة،أماإذاكاندوليافسوفنكونبصددااجتهاداتعديدةحولمدىخضوعهلقانونأجنبييختلفعنالقانونالوطنيوهوأحدمقتضياتالطبيعة
القانونيةالجديدةلهذهالعقود([4])،وقدانقسمالفقهبشأنالمعاييرالتيتحددالصفةالدوليةللعقدإلىثلاث

[1] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 17-18

[2] – صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، مرجع سابق، ص52

[3] – صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع نفسه، ص45-55.

[4]) سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة، رسالة دكتواره، جامعة القاهرة،1998، ص21.

أقسام ،فذهب جانبإلى تبني المعيار القانوني ،وذهب جانبآخرإلى تبني المعيار الاقتصادي ،وذهب جانب ثالثإلى تبني المعيار المختلط. وسنتناول من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: المعيار القانوني

يعد المعيار القانوني المحدد لدولية العقد الإداري وليد النظرية الشخصية ،والتي تبرر اعتقادها على أساس الجوانب الظاهرة في العقد ،فحسب أنصار النظرية فإن هذه الجوانب تتمثل في جنسية وموطن الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الإدارة ،([1]) إلا أن هذه النظرية شهدت اختلاف من حيث فعالية العنصر ،فرغم أخذ الكثير من الفقه بالنظرية الشخصية في تحديد الصفة الدولية غير أنهم لم يتفقوا حول العناصر التي تؤخذ في الاعتبار عند تحديدها.([2])

وأعطى الفقيه RABEL تفسيرا للعنصر الأجنبي الذي يضفي الصفة الدولية على العقد من ،خلال طرحه لمفهوم مخالفتها للعقد الداخلي حيث اعتبر هذا الاخير عقدا ارتبطت كافة عناصره ذات الأهمية بسيادة واحدة ، وبالتالي يكون خاليا من كل عنصر أجنبي يؤخذ في الاعتبار ،([3]) عند تحديد دولية العقد ، بمعنى أن دخول عنصر أجنبي على العقد الداخلي يعد كافيا لإطفاء الصبغة الدولية عليه، لأنه سيخرجه من دائرة السيادة الواحد الي سيادة مشتركة بتسيير من الأطراف أو الأنظمة القانونية. هذا لم يمع أيضا فريق من فقه النظرية الشخصية من التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بمجرد توفر الصفة الأجنبية، والتي تكتفي لوحدها إصباغ الصفة الدولية على العقد،([4]) ورغم وضوح هذا الرأي وسهولته العملية ، الا أنه تعرض للانتقاد من جان أنه يتسم بالجمود ، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص كلما توافر العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية أيا كان نسبة أهميته في العقد ،([5]) وكذلك لكونه غير كاف لوحده في إقرار السمة الدولية ، لعقد ، لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي .

لتفادي هذا الانتقاد ، خصوصا عند إضفاء الصبغة الدولية لعقد إداري ، نشير الا أن الصفة الأجنبية لمتعاقد مع الإدارة في القانون الجزائري لا تعد كافية لإضفاء الصبغة الدولية للعقد

---

[1]) الطيب زروتي، النظام القانوني لعقود الدولية في الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه جامعية الجزائر ،1991/990، ص10.

[2]) محمد البشير وحمان، العقود الإدارية الدولية، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية صادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس السويسي، المغرب،2012، ص5.

[3]) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص12.

[4]) هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر ،2007، ص98.

[5]) المرجع نفسه، ص99.

الإداري ،لأن المشرع قد ساوى بين المتعاقدين التبيعين والمعنويين، دون وضع أي تمييز بين الوطنيين والاجانب([1]) ، كما ساوى بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية ([2])، جاعلا أهداف المصلحة المتعاقدة هي المحدد لطبيعة العقد الدولية.

حتى أنه ساوى في سبيل ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، عن طريق منح هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات الوطنية ، في الاستفادة من هذا الهامش بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائريوالمؤسسات الأجنبية،ممايؤكدعلىأنمعيارالجنسيةاو توفرالعنصرالأجنبيفيالعقدلا يعدكافيا لإضفاء الصبغة الدولية على الاقل في القانون الجزائري،وقد تعرض هذا المعيارالانتقاد شديد لأنه يتسم بالجمود، ويعتبر العقد دوليا لمجرد أن يتوافر في الرابطة القانونية عنصر أجنبي، بغض النظر عن ثقل هذا العنصر، أو أهميته داخل الرابطة العقدية([3]) .

لذلك حاول الفقه الحديث من مؤيدي هذا المعيار تلافي هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصرالمؤثرة في العقود، والتي تكسبها الصفة الدولية، وبين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود. و قد اعتبرالفقه الحديث أن عنصر محل التنفيذ، وعنصر اختلاف موطن المتعاقدين، تعد من العناصر المؤثرة،والحاسمة في اكتساب العقد للصفة الدولية ،([4])

ومما سبق نخلص إلى أن المعيار القانوني هو اتصال الرابطةالعقدية بنظام قانوني أجنبي من خلال عنصر مؤثر في هذه الرابطة([5]).

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

---

[1]) تنص المادة 37 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومي: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة غما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81أدناه، المرجع السابق، ص11.

[2]) تنص المادة 38، المرسوم 15-247، يمكن المصلحة المتعاقدة من اجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ، خدماتها الى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري او المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم المرجع السابق، ص11.

[3])أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، الملجلد21 لسنة ، 1965ص76 وما بعدها.

[4]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص61.

[5]) محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة2002، ص61.

إنوجودعناصرأجنبيةفيالعقدوالتيتوحيإلىارتباطهبعدةنظمقانونية،الأمرالذييجعله متعديلحدوددولةمعينة،يبررمنخلالهاإصباغالصفةالدولية عليه .([1]) بالاعتمادعلىوجودمعايير موضوعية،تستلزمبالضرورةنظامقانونيخاص بهذاالعقد فعلىنقيضأنصارالنظريةالشخصية يعطيفقهاءالنظريةالموضوعية([2])للعقدمحتوىإقتصاديواقعي، لأن العقد حسب النظرية الموضوعية تصرف قانوني إداري يرتب أثار إقتصادية على المستوى الدولي .([3])

احدثهذاالمعيارتطورافيالمذهبالتقليديإلىأنوصلإلىاحدثتعريفللعقود الدوليةوالذيوضعمصالحالتجارةالدوليةأولويةلهذاالعقود،ومن ثم اعتبار دخول وخروج رؤوسالأموالبينالدولوتعدي أثارهاخارجحدودالدولة،عناصرإقتصاديةللعقد،تؤديبهللخروج إلىمجالالإقتصادالدولي،لتفسرفيمايليعلىأنهاعمليةمدوجزرفيماوراء الحدود.([4])

وعلاوةعلىذلك،يبينأحدالباحثين،أنعبارةالتجارةالدوليةحسبالنظريةالموضوعيةيجب أنتفهمبمعناهاالواسع،وعليه تدخلعملياتالاستثماراتذاتالطابعالاقتصاديضمنهذاالمعيار ويذهبإلىأبعدمنذلك،بعضالفقهاءالمتأثرينبقضاءالتحكيمالدولي،إلىإدخالعقودالامتياز وعقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها.([5])

على هذا الأساس، تبنى المشرع الجزائري في حدثه عن دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية رأيا مشابها لما تم ذكره أعلاه، حيثربطإبرامهذاالعقودبالسياسةالعموميةللتنميةوالالتزامبالاستثمار في شراكة ،بالنسبة للمتعاملين الأجانب والمتعاقدين مع الشخص المعنوي العام .([6])يعدهذابمثابةالاعترافبدوليةالعقدمنقبلالمشرع،موضحاعدةعواملمؤثرةفيالطابع الدولي للعقد الإداري.

[1]) هشام خالد، ماهية العقد الإداري، المرجع السابق، ص 75.

[2]) الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المرجع السابق، ص18.

[3]) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص18.

[4]) الطيبزروتي، المرجع السابق، ص18.

[5]) المرجع نفسه، ص19

[6]) الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص24.

ويجد هذا المعيار أساسه في تصور يرتكز أصلا على موضوع التعاقد نفسه، حيث يفترض هذا المعيار تحليل موضوع العقد وتحليل محتواه المادي والاقتصادي المتمثل في حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية ([1])

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صادر بتاريخ 19 فبراير 1930 أن التصرف العقدي يتصف بالدولية إذا كان من شأنه أن يمس مصالح التجارة الدولية([2])

فوفق هذا الموقف يعد دوليا ذلك العقد الذي بموجبه يقترض شخص مبلغا من المال في الخارج بغرض استخدامه في بلده ويشترط عليه المقترض أن يتم الوفاء في الخارج في مكان معين يتم الاتفاق عليه بينهما، وبالتالي يعد هذا العقد دوليا وفقا للمعيار الاقتصادي لأنه نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد لآخر، وذلك بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو غير ذلك من العناصر التي لحقتها الصفة الأجنبية في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فلا يعد العقد دوليا إلا بانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، أو كما عبر عنه البعض بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود .([3])

وبالتمحيص جيدا في التعريف الاقتصادي للعقد الدولي على النحو الذي ذكرناه، نجده أقرب إلى كونه مؤشرا لدولية العقد منه تعريفا محددا قابلا للإعمال في الواقع العملي ،([4])كما أن المتمعن في حقيقة المعيار الاقتصادي سيجد أنه لا يتعارض مع المعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية والقائم على التعددية في الأنظمة القانونية .

وقد تساءل البعض عن مدى إمكانية توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد دون أن تتحقق للرابطة العقدية دوليتها وفقا لمعيار القانوني، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 8 يوليوز 1931 إلى الاعتراف بدولية العقد بتوافر المعيار الاقتصادي لوحده وفي غياب العنصر القانوني على أساس أن العنصر الاقتصادي قائم على

---

[1]) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية 2004، ص.51

[2]) محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد – دراسة مقارنة لدور الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق – أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001 ص100

[3]) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص52.

[4]) علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995 الإسكندرية، ص.84

المساس بمصالح التجارة الدولية([1])، وبالتالي فإن دولية العقد قد تحققت وفقا لهذا القضاء على أساس المعيار الاقتصادي لتعلق لأمر بمصالح التجارة الدولية وهذه النتيجة يمكن كذلك الخلوص لها إذا ما أخذنا المعيار القانوني، ويعلق الأستاذ علي هشام صادق على ذلك قائلا " نخلص من ذلك إلى أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني."

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 لـ توزيع منتجاتها في بلد أجنبي ،ومن هذه أحكامه ما قضت به محكمة باريس 19/11/1984 بمناسبة نزاع على عقد وكالة في تجارية أبرم بين شركتين سويديتين و فرنسي ليمثلهما في فرنسا منا عتبار العقد دوليا لإبرامه في كل من السويد و فرنسا (معيار قانوني) ،وأنا العقد يخولا لوكيل إبرام تصرفات باسم شركات أجنبية بـ قصد زيادة صادارت منتجات هذه الشركات (معيار اقتصادي)([2])

في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 4 يوليوز 1972 إلى اعتماد أطروحة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي من أجل استخلاص دولية العقد، مؤيدة في ذلك قرار استئنافية باريس الذي أكد على صحة شرط التحكيم المدرج في عقد دولي، ذلك أن هذا الأخير كان قد تم إبرامه في هولندا بين شركة هولندية ومواطن فرنسي أصبح تبعا للاتفاق المبرم بينهما وكيلا للشركة المذكورة مما سمح له بالمتاجرة في منتوجاتها في بلده فرنسا،([3]) وقد ارتكزت محكمة النقض في موقفها من دولية العقد على المعيار القانوني الذي ينطوي

على إتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني ،ولم تكتفا المحكمة بتوافر العناصر الأجنبية فقط في الرابطة العقدي ة ،بل إلى ما تهدف إليه هذه الرابطة من مصالح التجارة الدولية ،أي تشجيع صادرت الشركة الهولندية إلى فرنسا وهو ما يف

[1]) محمد منير ثابت، المرجع السابق، ص100-101 .

[2]) زينب سالم، المرجع السابق، ص197.

[3]) محمد منير ثابت، المرجع السابق، ص102.

ضيإلىانتقالالأموالعبرالحدودطبقا للمعيار الاقتصادي ،([1]) وبالتالي فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في الحكم بدولية العقد على كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي دفعة واحدة. وإذا كان الجمع بين المعيارين على هذا النحو يفضي إلى دولية العقد، فإنه يمكن إدراك هذه الغاية ذاتها لو اكتفى القضاء بالالتجاء إلى المعيار المرن والذي لا يستند في دولية العقد إلا على عناصره المؤثرة، ذلك أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي ينطوي عليه العقد، إلا وكان مؤثرا وهو لا يكون كذلك إلا إذا أدى إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، ولعل ذلك هو

ما يرجح كفة المعيار القانوني الحديث بوصفه أكثر المعايير مقدرة على تخطي عقبة التباين في طبيعة الروابط العقدية على نحو يصعب معه إعمال معايير موحدة في شأنها ما لم يتسم هذا المعيار بالمرونة التي تمكنه من إدراك هدفه ([2])

نحن نتفق مع المؤيدين لهذا الاتجاه والعقود الادارية الدولية هي:» تلك العقود التي ينتج عنها انتقال للقيم الاقتصادية عبر الحدود وعلى الرغم من أهمية عنصر انتقال القيم الاقتصادية، إلا أنه لايكفي كمعيار يمكن الاعتماد عليه في تحديد دولية العقد الإداري، وذلك لأنه يستند فقط على الناحية التجارية وأثرها التجاري الاقتصادي، مع إغفاله للعنصر القانوني الذي يعد هو أساس العقد الإداري الدولي؛ فانتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر لايكون إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق إبرام العقد وجعله محل تنفيذ. للأموال والقيم الاقتصادية عبرً ومما سبق يعد العقد الإداري دوليا إذا تضمن انتقالا الحدود واحتواء العقد على العنصر القانوني المؤثر، مثل: اختلاف محل الإبرام أو اختلاف محل التنفيذ أو أي عنصر آخر يكون له ثقل في العملية التعاقدي.

المطلب الثالث

التحكيم وأثره في العقود الادارية الدولية.

[1]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص88.

3) علاءمحيالدينمصطفى: المرجعالسابق،ص.68، محمدعبدالعزيزبكر: المرجعالسابق، ص65، صالحشوقيعبدالعالحافظ: المرجعالسابق،ص178.

تقوم الدول على مبدأ سيادة القانون الذي يحدد الحقوق و الواجبات لجميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في الدولة، و الذي من أهم نتائجه أن تصبح الدولة دولة مؤسسات تحدد القواعد القانونية المعمول بها في الدولة، وتبين الاختصاصات قانونية لتلك المؤسسات أو الهيئات، و التي بالضرورة أن الأعمال التي تخرج عن نطاق تلك الاختصاصات القانونية تكون غير مشروعة.و لقد تباينت آراء الفقه و التشريعات حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية و لأهمية ذلك في دراستنا سيتناول الباحث في هذا المطلب من خلال عدة فروع : الفرع الأول تعريف التحكيم في العقود الإداري.

الفرع الأول: تعريف التحكيم في العقود الإدارية

بداية وقبل الخوض في الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية أود أن أتحدث عن التحكيم بصفة عامة لأضع إطارا لموضوع التحكيم ثم نخوض في تفاصيله ونتدرج إلى موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

لفظ التحكيم في اللغة:

التحكيم لغة يعني تفويض الأمر للغير اي اطلاق اليد في شيء و يقال حكم فلان للخصمان اي نظر في منازعتهما ، ومن يفوض اليه النظر يسمى محكما او حكما ،التحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح ،يقال حكمت فالنا في مالي اي فوضت اليه الحكم فيه([1])

وفي الاصطلاح الشرعي فقد عرف التحكيم بأنه تولية الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكونللمحكم ولاية القضاء بينهما([2])و اتفاق الخصوم على تولي رجل أو أكثر اصلاً في أن يفصل فيما تنازعا بحكم الشرع دون القاضي المولى،([3])وقد ورد ذلك التحكيم في كتاب الله تعالى بقوله: **"فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيماشجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما "**([4])

وقوله: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"

---

[1]) علاءمحيالدينمصطفىابو احمد، التحكيمفيمناز عاتالعقودالإداريةالدوليةفيضوءالقوانينالوضعيةوالمعاهداتالدوليةوأحكاممحاكمالتحكيم دار الجمعة الجديدة،الأزاريطة، مصر2008،ص21.

[2]) محمد ابن عرنوس، تاريخ القضاء في الاسلام، ط١، المطبعة المصرية الأهلية، ص175.

[3])محمد مذكور سلام، القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نش ص١٣

[4]) سورة النساء الأية65.

ولم يخرج فقهاء القانون الوضعي عما انتهإليه فقهاء الشرع الإسلاميً من تعريف التحكيم، حيث تم تعريفه، بأنه اتفاق ما بين فريقين أو أكثر علىتسويةمنازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم أو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين – ويتولى الأطراف تحديد الاشخاص المحكمين أو على الاقل ، يضمنون اتفاقهم علىالتحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين ، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح بهذه الهيئات أو المراكز.([1])

تعريف: التحكيم في المنازعات الإدارية

النصوص القانونية لم تتعرض لتعريف محدد للتحكيم في المنازعات الإدارية .فالقانون المصري مثلا لم يورد أي تعريف للتحكيم في المنازعات الإدارية كما فعل في التحكيم التجاري والتحكيم الدولي في المادة ١و٢من الباب الأول من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية .م في المنازعات الإدارية كماً وكذلك القانون الفرنسي فإنه لم يضع تعريفا للتحكيم فعل في التحكيم الدولي في المادة ١٤٩٢من الباب الخامس من قانون المرافعات المدنية الصادر بالمرسوم رقم ٨١ –٥٠٠ في ١٩٨١م .أما على مستوى الفقه فقد عرفه الفقه القانوني الفرنسي بأنه :نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو اجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريق التحكيم بناء علي نص قانوني يجيز ذلك، وخروجا من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولةوسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء للتحكيم.([2])

والتحكيم اصطلاحا 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 حكما أو هيئة محكمة. ([1]).

---

[1]) حمزة احمد حداد، التوجهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني والتجاري في اطار القانون الوضعي والشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية للفترة من ٢٦-٢٧ كانون الأول ٢—١، مجلة المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة ،ص٢.

[2])أيمن الزيني، التحكيم في العقود الإدارية منشور على الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت التالي الرابط على:/https://www.academia.edu

وتعددت تعريفات الفقهاء للتحكيم:

ولقدوضعفقهاء القانونعدةتعريفاتللتحكيم،فذهبCHALES JARRSON إلىأنالتحكيمهوالنظامالذيبموجبهيسويطرفمنالغيرخلافاقائمابينطرفينأوعدةأطرافممارسالمهنةقضائيةعه دتإليهمنقبلهؤلاء الأطراف([2])،بينما ذهب AUBYالي أن التحكيم عبارة عن اجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه ، ويحددن سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما. ([3])

يقصدبالتحكيمفيالاصطلاحالقانوني،اتفاقأطرافعلاقةقانونيةمعينة،عقديةأوغيرعقدية،علىأنيتمالفصل فيالمنازعةالتيثارتبينهمبالفعل،أوالتييحتملأنتثورعنطريقأشخاصيتماختيارهمكمحكمين،ويتولىالأطرافتح ديدأشخاصالمحكمينأوعلىالأقليضمنونااتفاقهمعلىالتحكيمبيانالكيفيةاختيارالمحكمين،أوأنيعهدوالهيئةأوم ركزمنالهيئاتأومراكزالتحكيمالدائمةلتتولىتنظيمعمليةالتحكيموفقاللقواعدأواللوائحالخاصةبهذهالهيئاتأوالم راكز ،([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])

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"([6])

تعريف التشريع الجزائري للتحكيم.

لا نجد تعريف من طرف المشرع الجزائري للتحكيم سواء في قانون الإجراءات المدنية،([7]) أو المرسوم التشريعي رقم 93/ 9([1])أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد

---

[1]) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد 1، الطبعة الاولى، عالم الكتاب، القاهرة، 2008، ص538،537.

[2]) .CHARLES JARRSON, La notion de l'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 1987, p5

[3]) (J-M).AUBY, L'arbitrage en matière administrative, A.J.D,A, 1955, p81

[4])إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، بدون طبعة، 2009، دار النهضة العربية، القاهرة، ص30.

[5])ماجد الحلو، العقود الإداريةوالتحكيم، المرجع السابق،ص223.

[6])سلامة محمود، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، ص11.

[7])الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

([2]) ولربما أن المشرع الجزائري، يأخذ الاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم والتعاريف هو من عملواختصاص الفقه لا التشريع ومن القوانين التي عاشت تعريف اتفاق التحكيم يمكن ذكر إلى جانب القانون الجزائري نجد القانون المغربي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون اللبناني والقانون الأردني والقانون السعودي والقانون الكويتي والقانون الإماراتي.

وكل ما تم النص عليه في الجزائر سواء في النصوص التشريعية التي سبقت صدور قانون 08-09 المشار إليه أعلاه أو ما تضمنه هذا الأخير هو التميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أو النص على الشرط التحكيمي الوارد في العقد والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع كما تبينه المادتان 1006و1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد على التوالي "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 .([4]) "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يصغها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي .([5])

الفرع الثاني

موقف بعض التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

تناول **المشرعالمصري** التحكيم من خلال القانون رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم، و لقد تضمنت المادةالأولى والتي جاء فيها مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون

---

[1]) المرسوم التشريعي رقم 93/9 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ا لمعدل والمتمم للأمر رقم 66 -154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 08 يونيو 1966.

[2]) القانون رقم 08 -09 المؤرخ في 18صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية 21 المؤرخ في /23/04 2008.

[3]) المادة 1006 من فانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق.

[4]) المادة 1007 من فانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق

[5]) المادة 1040 من فانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق

العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العالقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ([1])فوفقا لقانون التحكيم في الموادالمدنيةوالتجارية رقم 27 لسنة 1994 يجوز التحكيم في الخارج في المنازعاتالمثارة بشأن هذه العقود الا أنه بالنسبة للحكم الصادر في الخارج يشترط لإصدار أمر بتنفيذه في القضاء المصري شرطين، أن يكون صادرا في مسألة يجوز فيها التحكيم في القانون المصري، وعدم اختصاصالمحاكمالمصرية بنظر النزاع .لكن بالرجوع إلى المادةالأولى الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصريالمعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والتي جاء فيها (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة لأشخاصالاعتبارية العامة و ال يجوز التفويض في ذلك([2])38نجد بأن المشرعالمصري أعطى صراحة لأشخاصالاعتبارية العامة الحق في إبرام اتفاق التحكيم واشترط أخذ الموافقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة لأشخاصالاعتبارية، و الملاحظ أن تعديل نص هذه المادة أدى إلى عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القضاء المصري([3]).انتقد التعديل الذي جاء به القانونرقم 9 لسنة 1997 على أساس أنه لم يحقق ما كان منتظرا أن يحققه في المعاملات القانونية الخاضعة لنظام التحكيم، و لهذا وجب على المشرع أن يتدارك الصعوبات التي كشفت عنها الأحكام القضائية و الأحكام الصادرةمن الهيئات التحكيمية، حيث أن الاستقرارالاجتماعي يتطلب استقرارا في المعاملاتالاقتصاديةوالاجتماعية ([4])

أما بالنسبة للمشرع

الفرنسي،فإنالقاعدةالعامةللتحكيمفيالعقودالإداريةفيالقانونالفرنسيهيعدمجوازالتحكيم في هذه العقود ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك، و رغبة من المشرع الفرنسيفياستقطابرؤوسالأموالالأجنبيةفقد استثنى العقود الإدارية الدولية من هذه القاعدة، و ذلك بعد رفض مجلس الدولة

[1])قانون التحكيم المصري، قانون رقم 27 سنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذي القعدة سنة 1414 الموافق ل 18 أفريل 1994، منشورعلى الموقعwww.damascusbar.o

[2])قانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بصيغته المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، منشور على الموقعwww.int-wipo

[3])المهدي محمد أمين، عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة التحكيم العالمية، 2013، العدد20، ص 34.

[4]) المهدي محمد أمين، عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية المرجع نفسه، ص 50.

الفرنسيفيالفتوىالصادرةمنهبتاريخ 6 مارس 1986 الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين إحدى المحافظات الفرنسية و شركة (والت ديزني) الأمريكية بهدف إنشاء مدينة ملاهي في هذه المحافظة و بناءاً على ذلك صدر القانون رقم 972 الصادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية و ذلك استثناءاً من أحكام المادة 2060 من القانون المدني.([1])

موقف المشر ع الجزائري أجازت النصوص التشريعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولكن هناك اختلاف في طريقة معالجة المشرع الجزائري لهذا الموضوع على اختلاف التشريعات التي أصدرها

بالرجوع للمرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 نجد بأنه نص صراحة على عدم إمكانية قيام الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم 3التجارية الدولية، وهو ما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية،([2]) وكذا وجوب كون أحد الأطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ([3]) وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص المشرع الجزائري صراحة على عدم جوازية طلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية،([4]) ومن ثم فقد مكن المشرع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، وهو ما يعكس إمكانية إدراج الدولة أو الأشخاص التابعة لها إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي تقوم بإبرامها مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة الجزائر.

[1]) قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص229.

[2]) المادة 442 من المرسوم التشريعي رقم 0/93.

[3]) قاسم العيد عبد القادر، " تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الثاني، 2009، ص 198.

[4]) المادة 3/1006 من القانون رقم 0 8/ 09.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تورد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه، في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود، على خلاف القانون المصري والذي قام بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994، ([1])التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص على:" وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك([2]).

غير أنه وبالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد بأن الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، وحدد المشرع الجزائري هذه الأخيرة في أحكام المادة 2/8([3])منه ،ومن خلالها يفهم ضمنيا أن التحكيم المدرج ضمن العقد لا يكون نهائيا إلا إذا وافقت عليه الجهات السالفة الذكر، وبالنظر لما يترتب على إدراج شرط التحكيم من آثار على العقود الإدارية يمكن أن تكون سلبية في حالة ما إذا لم يتم صياغتها بشكل صديق في العقد أو الوثيقة التي تستند إليها، نرى أنه كان على المشرع أن يقوم بإيجاد آليات أخرى (غير موافقة الجهات السابقة) تضمن أن لا يكون للتحكيم آثار سلبية على الدولة بصفة عامة بسبب عدم دقة الصياغة القانونية لأحكام اتفاقية التحكيم كأن يقوم مثلا بالنص على إنشاء هيئة تتكون من خبراء قانونيين واقتصاديين تختص بالنظر في اتفاقيات التحكيم التي سيتم الموافقة عليها وذلك

---

[1]) تنص المادة 1 من القانون رقم 27 لسنة 1994 ": 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 هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا،" مجل ة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشرة، ديسمبر 08 20

[2]) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د، ص 363.

[3])وتتمثل في: الوزير فيما يخص صفقات الدولة، مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس م.ش.ب فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مدير مركز البحث والتنمية

قبل أن يتم اعتماد الصفقة بصفةنهائية، ولأداء هذه الأخيرة لمهامها بأكمل وجه يتعين العمل على تكوين أعضائها وإخضاعهم لفترة تربص أولا .كما يأخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه نص على إمكانية قيام أي سلطة من السلطات السابقة بتفويض صلاحياتها في مجال الموافقة النهائية على الصفقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها، وهذا أمر خطير جدا في هذه العقود لأن من شأن ذلك أن يؤدي لاستبعاد تطبيق القانون الوطني لاسيما وأن تشكيلتهم تتضمن أعضاء وجودهم ضروري لتحضير الصفقة وإتمام ترتيبها غير أنها لا تتضمن مختصين وخبراء في التحكيم([1])

الفرع الثالث

موقفالقضاءمنالتحكيمفيالعقودالإدارية

اختلفتالتطبيقاتالقضائيةفيالنظامالقضائيالفرنسيحولإمكانيةلجوءالدولةوأشخاصالقانونالعاماالأخربللتحك يمفيالعقودالإداريةمابينمؤيدومعارض،فبالنسبةللقضاء العاديفبالرغممنأنالمنعالوارد علىالتحكيمفيالعقود الإداريةنصعليهاالمشرعالفرنسيفيقانونا لإجراء اتالمدنية،إلاأنالقضاء العاديلميسلمبذلك،حيثتماستبعاد هذا الحظربشكلنهائيفيإطارالتحكيمالدولي،وذلكعلىأساسوجودقاعدةماديةفيمجالالقانونالدوليالخاصمفادها صحةتقريراتفاقالتحكيمفيالمعاملاتالدولية التيتجريهاالأشخاصالعامةواستقلالهذاالاتفاقعنحكمأيقانونداخ لي ([2])

وقدأقرتجهاتالقضاء الفرنسيالعاديعلىمختلفدرجاتههذاالموقفومنأمثلةذلك،ماذهبتإليهمحكمةالنقضالفرنسي ةفي قرارها الصادر في 1964/04/14 في قضية سان كارلو ، كما قررت في حكم أخر صادر بتاريخ 1966/04/05 في قضية وزارة النقل البحري الفرنسية ةومالكسفينةيوناني،حيثقضتبصحةشرطالتحكيمالواردفيالعقدوأنالحظرالواردفي نصوصالقانونالفرنسيقاصرعلىالعقودالداخلية ([3]) .

ترجعوقائعقضية (سانكارلو)

إلىوجودشرطالتحكيمفيسندالشحنطرفهأحدالأشخاصالمعنويةالعامةوطبقاالشرطالتحكيميتمإحالةكافةالم

---

[1])للاطلاع على تشكيلة اللجان السابق يمكن الرجوع لأحكام المواد: 137،135،134،133،130 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[2]) بنعمرحمد،أثرالتحكيمعلىالعقودالإداريةفيالتشريعالجزائريوالمقارن،الصفقاتالعموميةنموذجا،مذكرة ماستر في الحقوق،تخصصقانون اداري جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 9. جوان 2015، ص10.

[3]) نفس المرجع، ص10.

نازعاتللتحكيم،وقدقامالشخصالمعنويالعامبالطعنأمامممحكمةالنقضالفرنسيةببطلانشرطالتحكيمعلىأساسأنالمسألةتتعلقبالأهليةومنثميطبقالقانونالفرنسيلتحديدأهليةهذهالمنشأة العامة،وقدصدرحكمالنقضفي 14 افريل1964مقرراصحةشرطالتحكيمالذيتبرمهالدولةأوأحدالأشخاصالمعنوية العامةعلىأساسأنالمنعمنالتحكيملايشكلمشكلةالأهليةفيمعنىالمادة3 فقرة3 وأنهذهالمسألةتخضعلقانونجنسيةالأطرافالمتعاقدة،ومنثمفإنالمنعالمقرر في المادتين 1004و83 من قانون المرافعات الفرنسيالقديملايشكلعقبةأمام المنشآتالعامةوخضوعهاكباقيأطرافالقانونالخاصلقانونأجنبييجيزصحةشرطالتحكيمعندمايكونالعقددوليا .([1])

ففيقضيةالسفينة GALAKISوالتيتتعلقبنزاعخاصبعقدمشارطة تم ابرامه في لندن 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة اليونانية GALAKIS

وكانمنبينبنودالمشارطةشرطايقضيبإحالةأينزاعينشأعنهذاالعقدللتحكيمفيلندنوصدرحكمالتحكيم،إلاأنوزارةالنقلالبحريدفعتبعدمأهليتهاللتحاكموفقاالأحكامالقانونالفرنسيومنثمامتنعتعنالتحكيم،وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في 21 ماي 1966 هذا الدفع مقررة صحة شرط التحكيم ومنثمأقرتبوجودقاعدةموضوعيةفيالقانونالفرنسيتقضيبصحةشرطالتحكيمفي، العقودالدولية المبرمةلحاجاتووفقالشروطومقتضياتالتجارةالبحرية([2]) .

العقودالدولية المبرمةلحاجاتووفقالشروطومقتضياتالتجارةالبحرية([3])

وعلىالنقيضمنموقفالقضاء العاديحرصمجلسالدولةعلىالتطبيقالدقيقلمبدأالحظر ،لكنلميكنمنالمتصورأنيظ لمجلسالدولةالفرنسيمتمسكابالتطبيقالحرفيلمبدأحظرلجوء الدولةوأشخاصالقانونالعاملللتحكيمالذينصتعلي هالمادتان83و1004 من قانون المرافعات والمادة2060منالقانونالمدني،فقدكانمنالمتوقعأنيغيرمجلسالدولةالاتجاهالذياستقرعليهلزمنطويل،وبالف

[1]) بودالي خديجة، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكربلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014-2015، ص ص 97-98

[2]) بودالي خديجة، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص98.

[3]) بودالي خديجة، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص98.

علفقدقدممجلسالدولةتقريراللحكومةعام 1993بشأنالوسائل البديلةلحسمالمنازعاتالإدارية،وأهمهاالتوفيقوالصلحو التحكيم .([1])

بالنسبةلموقفالقضاء الجزائريمنالتحكيمفيالعقودالإدارية،فقدسايرالقضاء الجزائريموقفالمشرعالجزائريالم جيزللتحكيمفيالعقودالإدارية الدولية التيتكونالدولة الجزائرية أوإحدىهيئاتها العامةطرفافيها،فقدرضيتالجزائ ربالتحكيمفيكثيرمنعقودها التجارية،وعلىسبيلالمثالأخذتعينةمنهذهالعقود،حيثأنهفيسبعةعشرعقدامنعقو دالتجارةالدولية فإنعشرةعقودتضمنتشرطاتحكيمياًيحيلإلىتحكيممغرفةالتجارةالدولية،وأربعةعقودفقطأحال تالنزاع للقضاء،ثلاثةمنهاللقضاء الجزائري وواحد للقضاء الانجليزي

ومهمايكنمنأمر،فإنالجزائرعرفتالتحكيممنذعدةسنواتولوبشكلبسيط،ومنأمثلةذلكالنزاعالذيقامبينمؤسسةج زائريةوشركةيوغسلافية،فعرضالنزاععلىالمحاكمالجزائرية،فأصدرمجلسقضاء الجزائرقرارايقضيفيه بالغاء حكم محكمة بئر بئرمرادرايس محكمة أول درجة الذي فصل في النزاع مستندا الي المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية مقررا عدم الاختصاص بالموضوع ومعترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الاطراف([2]) .

الفرع الرابع

موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإداريةالدولية

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، وسو ف نعرض لهذه الحالات من خلال ما يلي:

أولا: 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

[1]) قمرعبدالوهاب،التحكيمفيمنازعات العقود الادارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر ،2009، ص235

[2]) قمرعبدالوهاب،التحكيمفيمنازعات العقود الادارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 248.

الأجنبي و في هذه الحالة يكون من حقه أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبلها، وقد أكد قضاء التحكيم ذلك من خلال حكم قضية شركة مقاولاتافريقية 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 و صرف 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[2]العمل وبدأت جهة الإدارة في إزالة العوائق لتمكين المقاول من العملحيث تم إعادة تسليم الموقع بعد سبعة أشهر .

وأضافت الجهة الإدارية بعض الأعمال الأخرى تمثل15 %من قيمة العقد بموجب خطاب موجه منها إلى المقاول. ونتيجة لإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وذلك بعدم ٍقيامها بسداد الدفعة المقدمة فور التعاقد وتسليم الموقع وإيقاف الأعمال بناء على تعليمات خاليا من الموانع، السلطات، وكذلك إصدار أوامر تعديل لتتماشى مع ظروف الموقع، فقد استمر العمل حتى منتصف عام 1996أي 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 استنادا 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 خطا

[1])محي الدين علم الدين اسماعيل،منصة التحكيم التجاري،المرجع السابق،ص65.

[2]) ع لاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009 ،ص151.

عقديا من جانبها يخول للمتعاقد الحق في طلب التعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا التأخير .

وبعد أن استعرضت محكمة التحكيم النصو ص القانونية خلصت إلى ثبوت ركن الخطأ في حق جهة الإدارة، وقضت بإلزام الحكومة الإفريقية بتعويض قدره 30%من إجمالي قيمة العقد.([1])

وما يهمنا هنا هو التأكيد على أن إخلال الجهة الحكومية الإفريقية بالتزاماتها الأساسية، وهي سداد الدفعة المقدمة، وتسليم الموقع خاليا من العوائق كان مبررا أساسيا 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 و خلال ا ها الجسيم بحقوق المتعاقد يستوجب الخروج عن الأصل العام في الدفع بعدمالتنفيذ، ويعطي المتعاقد الحق في التمسك به([2])

الفرع الخامس:

إقرار قضاء التحكيم لحق الجهة الإدارية المتعاقدة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

إن الدفع بعدم التنفيذ هو حق لكل من طرفي التعاقد في العقود المدنية الملزمة للجانبين، حيث يجوز لكل طرف من الأطراف الامتناع عن تنفيذ التزامه ,فيحالة إخلال المتعاقد الاخر بالالتزام الحال المرتبط به، ولا يخرج الحال في العقود الادارية عن هذا الامر، فكما يجوز للمتعاقد الحق في التمسك بعدم التنفيذ ,في حال إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها ,قي حالات معينة، فانه يجوز أيضا للجهة الإدارية حتى في العقود الإدارية الدولية التمسك بهذا الدفع والامتناع عن تنفذ

[1]) زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص234.

[2]) زينب سالم، مجلة القانون، تطبيقات قضاء التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنقيذ، المجلد 08/العدد1-2019 ،ت.خ 2019/11/23،ص180،

التزاماتها في حال إخلال المتعاهد معها بالتزاماته وهذا ما حصل في التحكيم في القضية التالية :([1])

التحكيم في قضية ضد KLOCKNER الحكومة الكاميرونية 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 أخلت 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 الشركةالألمانية أخفت عن الحكومة الكاميرونية الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها لامتنعت عن الاستمرار في المشروع .وقد لجأت الشركة الألمانية (شركة) KLOCKNERإلى 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 .

موقفهيئة التحكيم

و قد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تقدير التوقع والتنبؤ من قبل الشركة الألمانية لم يكن صحيحا بالمرة 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

[1]) هذه القضية مشار إليها لدى، حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص222؛زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص240–241.

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 و الآلات التي يقوم عليها المصنع وتقوم بإدارته واستغلاله، ويقع عليها أيضا التزام بالحصو ل 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 لأعادت الكاميرون حساباتها، ولما أنفقت كل هذه الأموال الباهظة ولما استمرت في تنفيذ العقد.([1])

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

[1]) علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص173

المحيطة بمسائل التعاقد، وهو ما يعني إقرار محكمة التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ الذي تمسكت به جهة الإدارة في نطاق العقود الإدارية الدولية .([1])

[1]) زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص241.

الخاتمة: -

تناولنا من خلال هذه الدراسة موضوع الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية واشتملت على مقدمة وفصلين وانتهت بخاتمة، وفي الفصل الأول تم تناول ماهية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية من خلال تقسيمه الي مبحثين، وكان المبحث الأول حول طبيعة الدفع بعدم التنفيذ ، وتطرقنا فيه تعريف الدفع بعدم التنفيذ من الناحية الفقهية والقانونية وعرض خصائصه وبيان أساسه القانوني، وشروط التمسك به ، وفي المبحث الثاني تطرقنا الي تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الأنظمة القانونية القريبة منه المتمثلة في الحق في الحبس والفسخ ووقف العقد و المقاصة واوجه الشبه والاختلاف بينهما ، ووجدنا أن الدفع بعدم التنفيذ له مفهومه المستقل والمختلف عن هذه الأنظمة.

وفي الفصل الثاني تناولنا الدفع بعدم التنفبذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية من خلال تقسيمه الي مبحثين، المبحث الأول الدفع بعد التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية، من خلال بيان طبيعة العقد الإداري، وذلك بتحديد تعريفه ومعيار تمييزه، ثم تطرقنا لحالات تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الداخلية، من خلال توضيح التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين، كما وضحنا حالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بسب تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها.

وفي المبحث الثاني تناولنا تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية من خلال تحديد طبيعة العقد الإداري الدولي وأنواعه ومعايير تمييز العقد الإداري الدولي، الذي تبين بأن له طبيعة مختلطة مركبة تجمع بين مقومات العقد الإداري ومقومات العقد الدولي، ثم تطرقنا لأثر التحكيم في العقود الادارية الدولية، وموقف بعض التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية ووضحنا موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية وتبين لنا انه تم تطبيقه في بعض احكامه.

وفي الختام أحمد الله عز وجل على عظيم فضله، وجزيل إحسانه، وأحمده سبحانه على ما من به علي وأعانني على إنهاء هذا البحث، والذي أسأله سبحانه أن يجعله مباركاً مسدداً، وأن يوفقني في الدنيا والآخرة.

ومن خلال دراستي في موضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية أختتم هذا البحث بتوضيح مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

1. إن فكرة الدفع بعدم التنفيذ ليست وليدة الحاضر وإنما هي فكرة قديمة قدم الحضارات ومتجددة ومنصوص عليها في العديد من الشرائع والديانات.
2. تبين لنا أن الدفع بعدم التنفيذ له مفهوم وبناء قانوني يختلف بها عن غيره من النظم القانونية المشابهة له والمتمثلة في الحق في الحبس والمقاصة ووقف العقد فهو يختلف عنها بنطاق تطبيقه وأساسه القانوني وأثارة شروطه إضافة إلى العديد من الخصائص.
3. ولقد اتضح لنا أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة دفاعية لنيل الحقوق وليس وسيلة هجومية فهو يقوم على أساس إذا أردت أن تحصل على مالك ليك أن تفي بما عليك.
4. تعتبر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ن القواعد الأصولية المعروفة في القانون الخاص، حيث يمكن للمدين الامتناع عن تنفيذ التزاماته في حالة تقصير الطرف ثاني في تنفيذ التزاماته، حيث يتميز العقد المدني بالقوة الملزمة لطرفيه ولهذا فإن نطاقه في القانون الإداري يكون ضعيفاً لأن طرفي العلاقة العقدية كونان في نفس الدرجة وهذا لما تتمتع به الإدارة من ميزات السلطة العامة.
5. ظهر لنا أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ لها آثار تعاقدية تلحق المتعاقدين، فبالنسبة لأثارة اتجاه المتعاقدين ينتج عنه أثر مهم وهو العقد وبذلك يبقا العقد قائماً لا ينحل وتكون الالتزامات الناشئة عنه غير واجبة.

وذلك لحمل الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل حيث أن وقف التنفيذ من أهمية الدفع بعدم التنفيذ، كما أن الدفع بعدم التنفيذ يحافظ على بقاء العقد كما هو عليه وبالتالي يجنبنا الفسخ.

6. قدمت للدفع بعدم التنفيذ العديد من التعريفات منها فقهية وقضائية وقانونية ولكن التعريف الأدق 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)).

7 إن مصطلح الدفع بعدم التنفيذ يختلف عن مصطلح وقف العقد على الرغم من التشابه واللبس بينهما وذلك من خلال هدف كل منهما فوقف العقد هدفه المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ، أما الدفع بعدم التنفيذ هدفه إجبار المتعاقد معه على تنفيذ التزاماته لإبقاء الحال على ما هو عليه حتى يتم اعمال الانفساخ.

8 -الدفع بعدم التنفيذ لا يكون عبثاً وإنما يحتاج إلى مجموعة من الشروط والأسباب وهذا ما نصت عليه المادة (161مدني مصري) ونص المادة (123مدني جزائري) فمن خلال نص هاتان المادتين يشترط أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء، وأن يخل المتعاقد الآخر بالتزامه المقابل للالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه، كما يجب المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يراعي حسن النية في تمسكه.

9- الدفع بعدم التنفيذ لا يثار إلا إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه وبالتالي لا يجوز اثارته في العقود الملزمة لجانب واحد، ولو فرض ذلك لكان حق في الحبس وليس دفع بعدم التنفيذ.

ثانياً: الاقتراحات

1 نقترح على المشرع أن يقوم بالنص على الدفع بعدم التنفيذ في مواد مستقلة وفصله عن الفسخ.

2 نقترح البحث المعمق والمتواصل في موضوع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؛ لأن ذكره جاء في العقود الخاصة بشكل كبير ومجال إعماله كان واضحاً فيها.

3 نقترح على المشروع أن يشترط الإعذار وأن ينص عليه لأن الإعذار ذو فائدة علمية كبيرة وإذا كان عدم اشتراطه للإعذار هو أن كل بنود العقد قد تم النص عليها إلا أن الإعذار ينبه الطرف الآخر بوقوع مشكلة.

4 كما ندعو المشرع إلى تحديد مدة وقف العقد منذ أجل وصول الإعذار فإذا انتهت هذه المدة يكون المتعاقد مخيراً بين المواصلة في امتناعه أو طلبة الفسخ على أن يكون المتعاقد الاتفاق على إنقاص هذه المدة أو زيادتها.

5 نأمل من المشرع أن يجيز للمتعاقد أن يوقف أداء التزامه إذا كان في شك وخوف من أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزامه، متى وجد أسباب جدية يخشى معها عدم التنفيذ.

قائـمة المصـادر والمراجــع

قائمة المصـــادر والمراجـــع

أولا: المراجع باللغة العربية

●الكتب:

1) أحمدسلامة،مذكراتفينظريةالالتزام،مصادرالالتزام،ج 1،د. د. 1975.
2) أحمدإبراهيمعطية،بطلانوفسخوصوريةعقدالبيعفيضوءالفقهوالقضاءدارالفكروالقانون.
3) أحمدمحيو،محاضراتفيالمؤسساتالإدارية،ط 2005 ديوانالمطبوعاتالجامعيةالجزائر، 1996.
4) احمدمحمودجمعة،العقودالإداريةطبقالإحكامقانونالمناقصاتوالمزايداتالجديد،بدونسنةطبع،بدوندار نشر.
5) أنورسلطان،الموجزفيالنظريةالعامةللالتزام،مصادرالالتزام،دارالمطبوعاتالجامعية،الإسكندرية،م صر، 1998.
6) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء السابع، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بخروت، لبنان، سنة 1993
7) أمين دارس، القانونالمدني، مصادرالالتزام دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، سنة 2004،
8) بلالأمينزينالدين،الإصلاحالإداريفيمصروالدولالنامية،دارالفكرالعربي،سنة 2012.
9) بيانفاطمةحسن،فسخالعقدفيالقانونالمدنياليمنيوالقانونالمدنيالأردني،جامعةعدن،كليةالحقوق 2010.
10) توفيقشحاتة،مبادئالقانونالإداري،القاهرة،دن، 1955
11) ثروت بدوي،القانونالإداري،القاهرة،دارالنهضة، 2010
12) حلميبهجتبدوي،أصولالالتزامات،فينظريةالحق،ج 1،مطبعةنوريبالقاهرة،مصر 1943.
13) حساماالدينكاملالأهواني،النظريةالعامةللالتزام،مصادرالالتزام،ج 1. د. د. طالثانية، 1995
14) حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

15) حاجسعيدعبدالله،أثرفعلالأميرعلىالتوازنالماليلعقدالأشغالالعامة،دراسةمقارنة،رسالةماجستير ، جامعةاليرموك،كليةالقانون 2015

16) حمدي القبيلات،القانونالإداري،الجزءالثاني،الطبعةالثانية،داروائلللنشر ،عمانالأردن، 2017.

17) حمدي أبوالنور ،الوجيزفيالعقودالإدارية،د.ت،القاهرة (د.ن)

ص10 ،خليفةعبدالعزيز ،الأسسالعامةللعقودالإدارية،القاهرة،دارالكتبالقانونية،س2007.

18) حمديحسنالحلفاوي،ركنالخطأفيمسؤوليةالإدارةالناشئةعنالعقد، الإداريسط1 ،2002.

19) خالدأمينصبري،آثارإلغاءقاعدةالامتدادالقانونلعقدالإيجاربموجبالقانونالمعدللقانونالمالكين،والم ستأجرينالأردني،جامعةالشرقالأوسطللدراساتالعليا، 2009

20) خليفةعبدالعزيز ،الأسسالعامةللعقودالإدارية،القاهرة،دارالكتبالقانونية 2007.

21) دواسالأمين،القانونالمدني (مصادرالالتزام)

دراسةمقارنة،الطبعةالأولى،دارالشروقللنشروالتوزيع،بدونبلدنشرسنة 2004.

22) رمضانأبوالسعود،مصادرالالتزام،دارالجامعةالجنينة،الإسكندرية،مصر ، 2020.

23) رزقاللهانطاكي،أصولالمحاكماتفيالموادالمدنيةوالتجارية،منشوراتجامعةدمشق،ب.ت.ن.

24) رمزيفريدمحمدمبروك،الدفعبعدمالتنفيذفيالقانونالمدنيالمصريمقارناًبالقانونالإماراتيوالفرنسي،مكتب ةالجلاء،المنصورة،مصر ، 2000.

25) رغدعبدالأميرمظلومالخزرجي،مبدأحسنالنيةفيتنفيذالمعاهداتالدولية،مجلةدبالي، 2014.

26) ريموناودن،النزاعالإداري،ترجمةسيديالضياف،مركزالنشرالجامعي،تونس 2000.

27) سعيدالسيدعلي،مبدأالدفعبعدمالتنفيذفيالعقد،دارسةتطبيقيةعلىأحكامالقضاءالإداريفيمصر ،دارأبوالمجدللطباعةبالهرم،2006.

28) سميرتناغو،مصادرالالتزام،الطبعةالاولى،مكتبةالوفاءالقانونية،الاسكندرية2009.

29) سليمانمحمدالطماوي،الأسسالعامةللعقودالإدارية،مطبعةعينشمس،القاهرة، 1991.

30) صالحناصرالعتيبي،فكرةالجوهريةفيالعلاقاتالعقلية،دارالمطبوعاتالجامعية،الإسكندرية،مصر ، 2009

31) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، 1998.

32) صلاحالدينفوزي،المبسوطفيالقانونالإداري،دارالنهضةالعربية،القاهرة، 1991

33) طعيمهالجرفالقانونالإداري (دراسةمقارنةفيتنظيمالإدارةونشاطهامكتبةالقاهرةالحديثة، 1970.

34) عاطفالبنا،مبادئالقانونالإداري،القاهرة،دارالنهضةالعربية، 1978

35) عادلمهبهاني، العقود الإدارية، المبادئ الأساسية وتطبيقاتها في وزارة الداخلية، ط1، 1997،

36) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، مكتبة النصر، 1991.

37) عبدالفتاحعبدالباقي،موسوعةالقانونالمدني،نظريةالعقدوالإدارةالمنفردة،ج2،د. د. نس، 1989.

38) عبدالمنعمالبداوي،النظريةالعامةللالتزام،الجزءالأول،دارالنهضة،بيروت، 1968.

39) عبدالحيحجازي،النظريةالعامةالالتزام،مصادرالالتزام،مكتبةالسيدعبداللهوهبة،القاهرةمصر،د .س. ن.

40) عبدالودوديحيى،الموجزفيالنظريةالعامةللالتزامات،دارالنهضةالعربية،القاهرة، 1925

41) عبدالحكيمفودة،إنهاء القوةالملزمةللعقد،دارالمطبوعاتالجامعية،الإسكندرية،مصر، 1993.

42) عبدالرزاقالسنهوري،نظريةالعقد،الجزءالثاني،الطبعةالثالثة،منشوراتالحلبي،بيروت،لبنان، 1998.

43) عبدالرزاقأحمدالسنهوري،الوجيزفيالنظريةالعامةللالتزام،المصادر،الأثار،الأوصاف،الانتقال، الانقضاء،دونطبعة،منشأةالمعارف،الإسكندرية،مصر، 2004.

44) عبدالحميدالشواربي،فسخالعقدفيضوءالقضاءوالفقه،الطبعةالثالثة،منشأةالمعارفالإسكندريةب. ط 1997.

45) عبدالعزيزعبدالمنعمخليفة،التحكيمفيمنازعاتالعقودالادارية.،ط2،الاسكندرية،دارمنشأةالمعارف، 2006.

46) عبدالقادرالفار ،ملكاويبشارعدنان ،مصادرالالتزاممصادرالحقالشخصيفيالقانونالمدني ،الطبعةالث الثة ،دارالثقافة ،الأردن ، 2011.

47) عبدالرحيم ،دراسةحولعقدامتيازالمرافقالعامة

(وحدةالبحوثالبرلمانيةفيالمجلسالتشريعيالفلسطيني ،راماالله ،دراسةغيرمنشورةرقم9/ 2001

48) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

49) عبدالوهاب

قمر ،التحكيمفيمنازعاتالعقودالإداريةفيالقانونالجزائري ،دراسةمقارنة ،دارالمعرفة ،الجزائر ، 2009.

50) عدنانإبراهيمخاطرالسرحان ،نوريحمد ،شرحالقانونالمدني ،مصادرالحقوقالشخصية ،الالتزاماتط 7 ،عمان ،دارالثقافة، 2019.

51) عزيزكاظمجبر ،الامتناعالمشروععنتنفيذالعقد ،قاعدةالدفعبعدمالتنفيذ ،مجلةالرافدينللحقوق ،مجل د (1) 2003.

52) عزيزة

الشريف ،دراساتفينظريةالعقدالإداريوتطبيقهافيالكويت ،مطبوعاتجامعةالكويتالطبعةالأولى، 1998.

53) عمرحلمي ،معيارتميزالعقدالإداري ،دارالنهضةالعربية، 1993.

54) عمارعوايدي ،القانونالاداري ،الجزءالثاني ،النشاطالإداري ،الطبعةالرابعةالديوانالمطبوعاتالجام عية ،الجزائر 2002.

55) عليعبدالأحمدأبوالبصل،

عقدالمقاولةوالتوريدفيالفقهالإسلاميوالقانونالمدنيالأردني ،دراسةفقهيةمقارنة ،مكتبةدارالثقافة ،عمان ، 2006.

56) علاءمحيالدينمصطفىأبواحمد ،التحكيمفيمنازعاتالعقودالإداريةالدولية ،دارالجامعةالجديدة ،الإس كندرية، 2012.

57) فوزيصلاح الدين، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص59

58) فتحيوالي ،الوسيطفيقانونالقضاءالمدني ،دارالنهضةالعربية ،القاهرة، 2001.

59) قدريعبدالفتاحالشهاوي،نظريةالحقفيالحبسودعوبالإعسارالمدني،منشأةالهادف،الإسكندرية،مص ر، 2002.

60) كنعاننواف،القانونالإداري،الكتابالثاني،ط1 دارالثقافةللنشروالتوزيع،عمان.2005.

61) مرادمحمودالمواجدة،التحكيمفيعقودالدولةذاتالطابعالدولي،ط2،عمان،دارالثقافة، 2010.

62) محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية،بنها،مصر.

63) محمدحسنعبدالرحمن،أحكامالدفعبعدمالتنفيذفيضوءقضاءمحكمةالنقض،دارالنهضةالعربية، 1997.

64) محمدحسنقاسم،القانونالمدني،ط1،منشوراتالحلبيالحقوقية، 2018.

65) محمدحسينمنصور،النظريةالعامةللالتزام،الكتابالأول،مصادرالالتزام،دارالجامعةالجديدةالاسكند رية،2005.

66) محمدصبريالسعدي،الواضحفيشرحالقانونالمدنيالنظريةالعامةللالتزامات،

67) مصادرالالتزامات،العقدوالإدارةالمنفردة،الطبعةالرابعة،دارالهدىللطباعةوالنشرالجزائر، 2006

68) محمدجمالالدينذكي،الوجيزفينظريةالالتزام،مصادرالالتزام،ج 1،مطبعةجنةالتصرفوالترجمةوالنشر،القاهرة،مصر، 1968.

69) محمدحسنعبدالرحمن،أحكامالدفعبعدمالتنفيذعلىضوءقضاءمحكمةالنقض،مطبعةالنهضةالعربيا لقاهرة،مصر،س 1997.

70) محمدمحمودنمرة،الحقفيالحبسكوسيلةللضمان،دارالجامعةالجديدةالإسكندرية،مصر، 2018.

71) محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، منشأ المعارف، كلية الحقوق، مصر، 1989.

72) محمدنجيبعوضينالمغربي،الامتناعالمشروععنالوفاءفيعقودالمعارضات،دارالنهضةالعربية،القاه رة،د. س. ن.

73) محمدأحمدعابدين،زوالالعقد،منشأةالمعارفالإسكندرية، 2013.

74) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، س 2005

75) محمدسعيدالرحو،النظامالقانونيللتعاقدبأسلوبالمناقصاتفيتشريعاتالدولالعربية،منشأةالمعارف،الإ سكندرية،2007.

76) ماجدراغبالحلو،القانونالإداري،دارالمطبوعاتالجامعية،الإسكندرية، 1987

77) مصطفىأحمدأبوعمرو،السببغيرالصحيحبينننظريتيالسببوعيوبالإدارة،دارالجامعةالجديدة،الإسكن درية،مصر، 2016.

78) مفتاحخليفةعبدالحميد،حمدمحمدحمدالشلماني،العقودالإداريةوأحكامإبرامها،دارالمطبوعاتالجام عيةمصر،2008.

79) موسىسلمانأبوملوح،شرحالقانونالمدنيالأردني،مصادرالالتزام،الكتابالأول،المصادرالإدارية،الع قدوالتصرفالانفرادي، 1995.

80) نبيلإبراهيمسعد،النظريةالعامةللالتزام،مصادرالالتزام،دارالجامعةالجديدة،الإسكندرية،مصر، 2020.

81) عليهشامصادق،القانونالواجبالتطبيقعلىعقودالتجارةالدولية،منشأةالمعارف، 1995 الإسكندرية.

82) هيثمحامدالمصاروة،الوجيزفيالنظريةالعامةللالتزامفيالقانونالمدنيالليبيأحكامالالتزام،ج 2،منشوراتمعهدأفريقياالعالمي،ليبيا،طالأولى، 2003

83) وجديراعب،مبادئالقضاءالمدني،الطبعة 3،دارالنهضةالعربية،القاهرة، 2001.

ϖالمقالات

1-جعفر حنون، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، مجلة كلية القانون للقانون والسياسة، جامعة كركوك، 2013.

2-جعفر المغربي، حالات وقف عقد العمل الواردة في قانون العمل الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مع20، ع 40، 2005.

3- حورية لشهب، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدنيالفرنسي دراسة قانونية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد،2ع، سنة2018

4-

حلميمجيدالمحمدي،كيفيةتميزالعقدالاداريعنغيرهمنالعقود،بحثمنشورفيمجلةالعلومالقانونيةوالسياسية، جامعةبغداد،كليةالقانون، العددالاولوالثاني،1986.

5- دنيا مباركة، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، بحوث ومقالات مجلة القصر المغربي، منشورات دار المنظومة القضائية، 2002.

6- عبدالقادرقاسمالعيد، تنفيذأحكامالتحكيموفقالبعضالتشريعاتالوطنية، المجلةالجزائريةللعلومالقانونيةوالاقتصاديةوالسياسيةكليةالحقوق،جامعةالجزائر ،الجزائر ،ا لعددالثاني، 2009.

عزيز كاظم جبر، الامتناع المشروع عن تنفيذ العقد، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (1) (الثامنة) عدد (16) سنة 2003.

7- لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري واهميتها في اداء السلطة العامة لواجبتها، مجلةديالى، العدد 53 ،2011.

8-محمد العرج "القانون الإداري المغربي" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، الطبعة الرابعة 2015.

9-محمد البشير وحمان، العقود الإدارية الدولية، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية صادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس السويسي، المغرب،2012.

10-يزيد أنيس نصير، الاخلال المسبق في العقد، محلة الحقوق، جامعة الكويت، مج 42،2007،31.

رسائل ومذكرات

1- الليثي محمد سعيد إبراهيم، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2008.

2- بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1983.

3- إيهاب أبو المعاطي محمد، الالتزام بالتسليم في عقود توريد المعلومات، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، سنة 2010.

4- بناسي شوقي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، سنة2001-2002.

5-بنعمرحمد،أثرالتحكيمعلىالعقودالإداريةفيالتشريعالجزائريوالمقارن،الصفقاتالعموميةنموذجا،مذكرة ماستر في الحقوق،تخصصقانون اداري جامعة محمد بوضياف، المسيلة، .9 جوان 2015.

6-

بودالياخديجة،إتفاقالتحكيمفيعقدالنقلالبحري،دراسةمقارنة،رسالةمقدمةلنيلشهادةالدكتوراهفيالقانونالخاص،جامعةأبوبكربلقايد،تلمسان،كليةالحقوق والعلوم السياسية 2014-2015.

7- تامر مبارك عوض المطيري، تحسن الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري، دراسة للحصول على ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2018.

8- جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2011.

9- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، سنة 2017.

10- زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2018.

11- سرايش زكريا، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،قسنطينة، سنة2018.

12- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة، رسالة دكتواره، جامعة القاهرة،1998.

13- صالح شوقي عبدالعال حافظ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادة منفردة رسالةدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

14- علاء السيد محمود الزهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ،والانفساخ،والتفاسخ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا،مصر، س 2006،

15- علاء محى الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،2005.

16- عمارة حكيمة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، جامعة عبد الحميد ابن باريس، 2017، 2018.

17-عيسى عبد القادر الحسن: التزامات وحقوق المتعاقدينفي تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعةالقاهرة.

18- محمدمنيرثابت،تنازعالقوانينفيمادةالتعاقد – دراسةمقارنةلدورالإدارةفيتحديدالقانونالواجبالتطبيق –

أطروحةلنيلالدكتوراهفيالقانونالخاص،جامعةالحسنالثاني،كليةالعلومالقانونيةوالاقتصاديةوالاجتماعية،عينالشقالدارالبيضاء،السنةالجامعية 2000-2001.

19- محمود ماجد محمود ججوج، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني، دراسة للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018.

20- منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، رسالة دكتوراه، جامعة حزيران، الأردن، س 2005.

ϖ

النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975والمتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، جريدة رسمية العدد 31 المؤرخة في 13 ماي2007.

2- المرسوم التشريعي رقم 93 -09 المؤرخ في 02 ذي القعدة 1413 الموافق ل 25 ابريل1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66 -154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية -القانون رقم 08 -09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3- الأمر رقم 66 -154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، عدد65

المراجع الأجنبية:

1)CHARLES JARRSON, La notion de l'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 1987

2) (J-M). AUBY, L'arbitrage en matière administrative, A.J.D, A, 1955,

3) 1969. Aflamme (traite theorieque et pratique des marches publics) Bruxelles

فهرس المحتوي

الفهرس

المحتوى	الصفحة
الاهداء	
شكر وتقدير	
قائمة المختصرات	
المقدمة	
الفصل الأول: ماهية الدفع بعدم التنفيذ	10
المبحث الأول: طبيعة الدفع بعدم التنفيذ	11
المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية	12-11
الفرع الأول: التعريف الفقهي للدفع بعدم التنفيذ	12
الفرع الثاني:التعريف القانوني للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية	15-13
المطلب الثاني: خصائص الدفع بعدم التنفيذ	15
الفرع الأول:من حيث نطاق الدفع	17-16
الفرع الثاني:الدفع بعدم التنفيذ لا يشترط إعذار	18-17
الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلا إذن من المحكمة للتمسك به.	19
الفرع الرابع: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط	21-19
الفرع الخامس: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة.	21
الفرع السادس: الدفع بعدم التنفيذ مجاز من الناحية الفقهية والدينية	22
المطلب الثالث: أساس الدفع بعدم التنفيذ	22
الفرع الأول: السبب كأساس قانوني لدفع بعدم التنفيذ	25-23
الفرع الثاني: ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ	26-25
الفرع الثالث: العدالة وحسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ	28-26
المطلب الرابع: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ	30-29
الفرع الأول: وجوب توفر التزامات متقابلة في عقد ملزم للجانبين	32-30
الفرع الثاني:أن تكون التزامات المتقابلة مستحقة الأداء	35-33

الفرع الثالث: عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه	35-37
الفرع الرابع: وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.	37-39
المبحث الثاني تميز الدفع بعدم التنفيذ عن المفاهيم القريبة منه وشروطه	39
المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس	40
الفرع الأول: أوجه الاتفاق	40-42
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف	42-46
المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ والفسخ	46
الفرع الأول: أوجه الشبه	46-47
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف	48
المطلب الثالث الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة	46
الفرع الأول: أوجه التشابه	49-50
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف	50-51
المطلب الرابع: الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد	51
الفرع الأول: أوجه الشبه	52-53
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف	53
الفصل الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية	55
المبحث الأول: الدفع بعد التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية.	56
المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية.	57-58
الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري	58-60
الفرع الثاني: أركان العقد الإداري.	60-63
الفرع الثالث: أنواع العقود الإدارية	63
أولا : عقد امتياز المرفق العام	64
ثانيا : عقد الأشغال العامة	65-66

ثالثا : عقد التوريد	66-68
المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري	68-69
الفرع الأول: المعيار العضوي.	69-70
الفرع الثاني: ارتباط العقد الاداري بمرفق عام	70-71
الفرع الثالث: معيار الشروط غير المألوفة	71-72
المطلب الثالث : حالات تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الداخلية	72-73
الفرع الأول: التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين.	73-75
الفرع الثاني: التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين الي تنفيذ التزاماتهما.	75-76
الفرع الثالث: جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية التي لاتصل مباشرة بتسيير المرفق العام	76
الفرع الرابع : حالةاستحالةتنفيذالمتعاقدلالتزاماتهبسببتقصيرالإدارةفيتنفيذالتزاماتها	76-79
الفرع الخامس : حالةعجزالمتعاقدعنالاستمرارفيالتنفيذأوالتنفيذفيالوقتالمحددبسببتقصيرالإدارة.	79
أولا: عجزالمتعاقدعنالتنفيذفيالوقتالمحددبسببتقصيرالإدارة	79
1- تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد	80-82
2- تأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة:	82-83
ثانيا: عجزالمتعاقدعنالتنفيذفيالوقتالمحددبسببتقصيرالإدارة	83
1- عدممراعاةتقلباتالأسعار	84-86
2- إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي	86-87
المبحث الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية الدولية	88-90
المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي وصوره	90
الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي	90-92
الفرع الثاني: صور العقد الدولي	92
أولا: عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات	93-94
ثانيا: عقود الامتياز التجارية	94-95
ثالثا: عقود المشروعات المشتركة	95-96

المطلب الثاني: معايير تمييز العقد الإداري الدولي	96-97
الفرع الأول: المعيار القانوني	97-99
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي	99-101
الفرع الثالث: المعيار المختلط	101-102
المطلب الثالث : التحكيم وأثره في العقود الادارية الدولية.	103
الفرع الأول: تعريف التحكيم في العقود الإدارية الدولية	104-107
الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.	107-111
الفرع الثالث : موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية	111-113
الفرع الرابع : موقف قضاء التحكيم من تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية الدولية	113-115
الفرع الخامس :إقرار قضاء التحكيم لحق الجهة الإدارية المتعاقدة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ	115-117
الخـــاتمـــة	118-119
قائمة المصادر و المراجع	122-132
الفهرس	132-138