رقم الايداع : 1257- 2006 الترقيم الدولي : 8623- 1112

الاتجـــاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقـــود الإدارية

Modern trend of the Egyptian administrative judiciary in application of non-implementation argumentation within the scope of administrative contracts

الباحثة : **سالـــم زينـــــب**
طالبـــة دكتـــوراه - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة محمد خيضر - بسكرة / الجزائـــــــر
Zins5555@yahoo.fr

الاستاذة الدكتورة : **لشهـــــب حوريــــــة**
أستاذة التعليم العالي - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة محمد خيضر - بسكرة / الجزائـــــــر
lechehebhouria@gmail.com

تاريخ الإرسال :	تاريخ القبول :	تاريخ النشر :
2018/10/27	2018/12/06	2019/02/04

الملخص:

سادت قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية، فليس للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أنها قصرت في تنفيذ التزاماتها،ليقتصر حق المتعاقد في هذه الحالة على المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية و ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة في هذه العقود، وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.ورغم ذلك اتجه مجلس الدولة المصري منذ وقت ليس بالقريب إلى الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية في العديد من أحكامه، وذلك في إطار التخفيف من غلو هذا المبدأ إعمالا لقواعد العدالة.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري؛ الدفع بعدم التنفيذ، المرافق العامة ؛ الصالح العام؛ القضاء الإداري.

Abstract:

The rule of inadmissibility of non-implementation argumentation has been prevailed in range of administrative contracts; the contracting party with the administration had no rights to refrain from carrying out its duties on the ground that the administration had failed to fulfil its obligations. In such a case, the right of the contractor was limited to claiming compensation where appropriate. This is due to the special nature of the administrative contracts, the broad powers of administration in these contracts and the necessity of public utilities to operate regularly and steadily.

Nevertheless, the Egyptian Council of State has for some time resorted, in many of its provisions, to the principle of non-implementation argumentation in the field of administrative contracts, in the context of alleviating the exaggeration of this principle in accordance with the rules of justice.

Keywords: administrative contract; non-implementation argumentation; public utilities; public interest; administrative judiciary.

مقدمة:

من المستقر عليه فقها وقضاء، أن الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود المدنية قد أصبح مبدأ مسلم به، بل وأقرته العديد من القوانين المدنية الحديثة، ومنها القانون المدني المصري، والذي نص عليه في المادة 161 منه.

ولكن الأمر في نطاق العقود الإدارية على خلاف ذلك، فالأصل العام في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري منذ بواكير أحكامه ولإفتائه هو عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ، أي لا يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بحجة أن جهة الإدارة قد قصرت من جانبها في الوفاء بما يفرضه العقد عليها من التزامات.

ويرجع ذلك إلى أن القاعدة الثابتة في القانون المدني والتي تجيز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود المدنية، تتنافى مع طبيعة العقود الإدارية، وما تملكه الإدارة من سلطات واسعة في هذه العقود، كما تتنافى مع ضمان انتظام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ومن هنا أكدت الأحكام القضائية على استبعاد هذا الدفع من العقود الإدارية، حتى ولو كانت الجهة الإدارية قد قصرت في

بعض التزاماتها حيال المتعاقد معها، ففي هذه الحالة على المتعاقد أن يستمر في التنفيذ ويطالب بالتعويض إن كان له مقتضى، وهذه قاعدة أصولية من قواعد تنفيذ العقود الإدارية.

و على الرغم من ذلك اتجهت أحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري إلى الخروج المشروط على قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ، ووضعت لها ضوابط تحد منها، فما هي الأسباب التي كان يبني عليها رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية وتكريسه هذا الرفض حتى أصبح قاعدة ومبدأ عاما؟ وماهي الحالات التي خرج فيها عن الأصل وأجاز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية ؟ وما هي الغاية التي يسعى القضاء الإداري المصري لتحقيقها من وراء اقراراه بجوازه ؟

وسنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي،ونستقرئ من خلاله أحكام و فتاوى مجلس الدولة المصري المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية،ونهدف من خلال هذا البحث إلى تحديد أسباب رفض مجلس الدولة المصري في البداية لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق هذه العقود، وحتى نتبين من خلالها غايته من عدوله عن مسلكه السابق، وإقراره في بعض الحالات بجواز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية.

و قد قسمنا خطة البحث إلى مبحثين نبين في المبحث الأول محددات الاتجاه التقليدي للقضاء الإداري المصري بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، ثم نوضح في المبحث الثاني حالات خروجه على قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

المبحث الأول : محددات الاتجاه التقليدي للقضاء الإداري المصري بعدم جواز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ

في نطاق العقود الإدارية

اتجه قضاء مجلس الدولة المصري منذ بواكير أحكامه إلى أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ والثابتة في المادة 161 من القانون المدني المصري لا يمكن تطبيقها في نطاق العقود الإدارية، فقد اطردت أحكام وفتاوى مجلس الدولة على أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية، وأنه لا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق العام حتى ولو قصرت جهة الإدارة في بعض التزاماتها حياله، وأنه يجب على المتعاقد أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب بالتعويض بعد ذلك إن كان له مقتضى، وهذه قاعدة أصولية من قواعد تنفيذ العقد الإداري.

ويرجع عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية إلى ثلاثة أمور، اولها الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، وما تتمتع به جهة الإدارة من سلطات واسعة في العقد الإداري،

وثالثها استمرار تنفيذ العقد الإداري ضمان لسير المرفق العام بانتظام واطراد، و سندرس هذه الاسباب من خلال المطالب الاتية:

المطلب الأول : طبيعة العقد الإداري

إذا كان العقد المدني يقوم على أساس فكرة المساواة بين مصالح طرفي العقد، فإن الأمر عكس ذلك في العقود الإدارية، فعندما تتعاقد الإدارة مع أحد الأفراد، فهي تمثل في مواجهة مصلحة هذا الفرد المصلحة العامة. إذا يوجد عدم مساواة في مصالح الأطراف، فأحدهما يمثل المصلحة العامة والاخر يمثل مصلحة فردية[1].

وقد أدى ذلك إلى خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي تخضع له العقود المدنية، فإذا كانت القواعد التي تحكم تكوين العقد وسلامته ترجع كقاعدة عامة إلى القواعد الأصولية في القانون المدني مع مراعاة الطبيعة الإدارية في بعض الأحوال، فإن القواعد التي تحكم مضمون العقود الإدارية واثارها تختلف اختلافا جوهريا يستند إلى أصالة وذاتية واستقلال قواعد القانون العام.[2]

وقد تواتر مجلس الدولة المصري على تأكيد وتكريس هذه الطبيعة الخاصة للعقد الإداري واختلافها عن طبيعة العقود المدنية. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم قديم لهت صادر في 1951/12/26 أن: **"العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة،وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري..."**[3]

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: **" العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري".**[4]

وفي فتواها الصادرة في 1956/10/23 أشارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى ذات المعنى، حيث قررت بأن **"العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية؛ ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ، إذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب**

الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره"[5]

وهذه الطبيعة الخاصة هي التي تؤدي إلى استبعاد تطبيق بعض القواعد المستقرة في العقود المدنية، ومنها الدفع بعدم التنفيذ، فلا يحق للمتعاقد مع الإدارة كأصل عام أن يتمسك بهذا الدفع في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها المستحقة الأداء، وإنما عليه أن يستمر في التنفيذ ويطالب بالتعويض إن كان له مقتضى[6]. وهذا ما أخذ ا به مجلس الدولة المصري ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: **"....لا وجه لما ذهب إليه الطاعن بصفته أنه يحق للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ حتى يؤدي له ما هو مستحق له تأسيسا على أن تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد إعمالا لحكم المادة 161 مدني.... ذلك أن هذا النص لا يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري، حيث أن الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يسوغ للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يتمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت إلى إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بأحد التزاماتها قبله، وإنما يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل، وذلك لأنه يرتبط بعقد إداري يسهم في تسيير أحد المرافق العامة، وهو ما يتجافى مع الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة"**[7]

المطلب الثاني: سلطات جهة الإدارة في العقد الإداري

تتمتع الجهة الإدارية بسلطات وامتيازات عديدة في العقد الإداري لا نظير لها في عقود القانون الخاص، ولعل ذلك هو أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني، ويجمع الفقه والقضاء على تبرير هذه السلطات بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد[8].

وتتمثل سلطات وامتيازات الإدارة في العقد الإداري في حق الإدارة في الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد، وسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة لدواعي الصالح العام، وحقها في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد في حالة اخلاله بتنفيذ العقد، وأيضا سلطتها في انهاء العقد باردتها المنفردةوسنتناول سلطات جهة الإدارة المشار اليها انفا مع بيان أثرها في اتجاه مجلس الدولة المصري في رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، و سنشير اليها بإيجاز وفي اطار ما يهم ويتعلق ببحثنا على النحو الاتي:

1-حق الإدارة في الرقابة

تملك الإدارة أثناء تنفيذ العقود الإدارية حق الرقابة عليها كونها من السلطات التي تملكها تجاه المتعاقد معها؛ لضمان سلامة التنفيذ، وتدارك الأخطاء، والأخطار المحتملة قبل وقوعها. وتنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة المتعاقدة في صورتين، فقد يقصد بها المعنى الضيق الذي يكون

مرادفا لحق الإشراف، وهو مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا صحيحا طبقا للبنود والشروط المتفق عليها في العقد، وتمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة[9].وقد تتجاوز سلطة الرقابة معناها الضيق فلا تقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ وإنما تتعدى ذلك إلى التوجيه وهو أن تتدخل الإدارة في التنفيذ بأن توجه أعمال التنفيذ كما تشاء وفقا للمصلحة العامة، ولها إلى جانب ذلك أن تطالب بتغيير طريقة التنفيذ، أو الإسراع في تعديله، أو المطالبة بأن يستعين المتعاقد بعمال آخرين وما إلى ذلك[10].

و قد يحدث أن تصدر الإدارة أوامر أو توجيهات للمتعاقد تمثل إخلالا منها بالتزاماتها أو تتجاوز بها نطاق هذه السلطة، ومع ذلك لا يستطيع المتعاقد أن يتمسك في مواجهتها بالدفع بعدم التنفيذ؛ بدعوى أن ذلك يعد تعطيلا لسلطة الإدارة في الرقابة، مما قد يؤثر على سير المرفق العام بانتظام. وهذا ما أثر على اتجاه قضاء ولإفتاء مجلس الدولة في رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: " **من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة اجراءات إدارية قد أدت إلى الأخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن نتيجة فعله السلبي**".[11]

2-حق الإدارة في تعديل العقد

يقصد بسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري أن جهة الإدارة تملك من جانبها - وحدها-وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر، أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل[12]، وهذا الحق مقرر قانونا لجهة الإدارة وفقا لقانون المناقصات والمزايدات، ولا تستطيع التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام؛ وذلك لأن العقود الإدارية تستهدف المصلحة العامة، وهي تسيير المرفق العام بانتظام واطراد. غير أن جهة الإدارة قد تستخدم هذه السلطة على نحو مخالف للقانون، ويترتب على ذلك إخلال بكل او بعض التزاماتها اتجاه المتعاقد معها، وفي هذه الحالة فإن تحصن المتعاقد معها بالدفع بعدم التنفيذ من شأنه الاضرار بسير المرفق العام، وهذا

ما أثر على اتجاه قضاء وافتاء مجلس الدولة المصري في رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: **" ليس للمتعاقد مع الإدارة التوقف عن تنفيذ التزاماته، كما لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ بحسبان هذا الدفع كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية، لما يتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد، ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق العام لأي سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الغدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية، فذلك يمثل إخلالا من جانبه بالتزاماته قبل الإدارة".** [13]

وذات النهج سارت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ونذكر من افتائها في هذا الخصوص، فتواها رقم 453 بتاريخ 1995/6/8 [14]، وفتواها رقم 328 في 1995/4/23 [15].

3-حق الإدارة في توقيع الجزاءات

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية كافة الكائنة ببنود العقد الإداري وشروطه، فإذا ما أخل بأي من هذه الالتزامات أو امتنع كلية عن تنفيذ العقد، أو تراخى أو تأخر أو أهمل في التنفيذ كان للإدارة بموجب سلطتها التي منحها لها القانون أن توقع عليه جزاءات تحثه على التنفيذ وفي المواعيد المحددة بالعقد الإداري.وهذه السلطة مستقلة عن نصوص العقد فلا يشترط أن ينص عليها العقد؛ حتى تتمكن الإدارة من ممارستها[16].والجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته عديدة ومتنوعة وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، والجزاءات الفاسخة[17].

وعلى ذلك تعد هذه السلطة من أهم امتيازات الإدارة في العقد الإداري، ولذلك فإن حرمانها منها يؤدي لإهدار الحكمة من منحها الا وهي جبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته بغية الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام، وهذا ما أثر على مجلس الدولة المصري في رفضه تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بشأن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري: **" أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر ترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها"** [18]

وفي حكم آخر لها منحت جهة الإدارة الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، رغم امتناعها عن الوفاء بأهم التزاماتها، وهو المقابل المالي[19].

4-حق الإدارة في انهاء العقد

تتمتع جهة الإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته، ودون أي خطأ من المتعاقد معه، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، إلا أن هذه السلطة يقابلها حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض الكامل عما فاته من كسب وعما لحق به من خسارة بسبب انهاء العقد[20].

وقد يترتب على انهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بعض الالتزامات، فمثلا يتعين على الملتزم اعادة المرفق إلى جهة الإدارة، ويتعين على جهة الإدارة منح المتعاقد مستحقاته لديها أو أية حقوق اخرى له لديها، وقد يؤدي تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ وعدم تسليمه للمرفق إلى أن يستوفي حقوقه من جهة الإدارة إهدارا للحكمة التي من أجلها لجأت جهة الإدارة إلى انهاء العقد الإداري وإعاقة المرفق العام عن سيره بانتظام، وهذا ما أثر على اتجاه مجلس الدولة في رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "**للإدارة دائما سلطة انهاء العقد إذا قدرت أن ظروفا استجدت تستدعي هذا الانهاء، كما أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق، أو أضحى لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغيير ظروف الحال عنها وقت التعاقد، وليس للطرف الاخر إلا الحق في التعويضات إن كان له وجه حق، وتوافرت الشروط الموجبة لاستحقاق التعويض**"[21].

المطلب الثالث: الالتزام بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد

يخضع تنفيذ العقود الإدارية لقاعدة رئيسة مؤداها أن المتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ التزاماته بحيث لا يعرض سير المنتظم للمرفق العام للخطر، فالمتعاقد مع الإدارة لا يلتزم فقط بتنفيذ التزاماته التعاقدية كما يفعل فرد ازاء اخر، وإنما تمتد هذه الالتزامات إلى كل ما يكون ضروريا لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام[22].

وهذه الصلة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام، وما يترتب عليه من تكييف علاقة المتعاقد بالإدارة بأنها علاقة تعاون وتعاضد من أجل تسيير المرفق العام الذي أبرم العقد الإداري من أجله [23]، هي التي حددت بشكل كبير جدا اتجاه مجلس الدولة المصري في رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "**من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك باستطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها إن كان له مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي**"[24]

ولم يخرج افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عن نهج المحكمة الإدارية العليا في رف تطبيق الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام في العقود الإدارية لارتباطها بالمرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وسد حاجته، ومن ذلك فتواها رقم 532 في 1993/7/4[25]، وفتواها رقم 541 في 1993/7/8 [26]، وفتواها رقم 181 في 2003/3/22[27].

المبحث الثاني : حالات خروج القضاء الإداري المصري على قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ

نظرا لزيادة حاجة الدولة وأجهزتها في الاعتماد على العقود الإدارية كوسيلة فعالة لتلبية احتياجاتها لضمان سير المرافق العامة بانتظام، وإعمالا لقواعد العدالة التي تظل العقود جميعا، فقد اتجه مجلس الدولة المصري إلى التخفيف من غلو هذه القاعدة حتى يستقيم أمر تنفيذ العقود الإدارية، وذلك بأن أعطى للمتعاقد مع الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالات كثيرة سنبينها من خلال المطالب الاتية:

المطلب الأول : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين

الأصل في العقود المدنية هو إباحة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من جانب طرفي العقد،وأنه لا يوجد ما يحول دون اشتراط امتناعه على أحدهما، أو على كليهما، كما لا يوجد ثمة ما يمنع نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو ضمنيا،وذلك بحسبان أن الدفع بعدم التنفيذ غير متعلق بالنظام،وقد أقر مجلس الدولة المصري حق المتعاقد مع الإدارة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ-خلافا للأصل العام وهو عدم جواز 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 عليهما إرادتهما، ومن ثم يتعين الالتزام بما جاء به.

ومن أحكام المحكمة الإدارية في هذا الصدد، حكمها الصادر بجلسة 1971/12/18[28]، حيث قضت "**من حيث أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن 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 التزامه قبلها، وقد صدر هذا الحكم في نزاع تتلخص وقائعه في أن مديرية التحرير قد تعاقدت مع أحد المقاولين على توريد عمال زراعيين وعمال تراحيل للقيام بأعمال الهندسة بالمديرية؛ إلا أن المقاول أخل بالتزامه فوقعت عليه المديرية المذكورة غرامات تأخير مما حدا به لإقامة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري، للإعفاء من هذه**

الغرامة استنادا إلى أن تأخره في توريد العمال كان إعمالا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ؛ لأن جهة الإدارة قعدت عن تنفيذ التزامها بسداد أجور العمال طبقا لشروط العقد، غير أن المحكمة رفضت دعواه، فطعن المقاول في حكمها أمام المحكمة الإدارية العليا والتي قضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري، وذلك استنادا إلى ما استخلصته من بنود العقد من وجود اتفاق ضمني بين مديرية التحرير والمقاول على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ".

وقد ورد في حكمها"**إن الثابت من الاطلاع على العقدين اللذين ابرمهما الطاعن مع مديرية التحرير أنه اشترط في البند 14 من العقد أن تصرف أجور العمال كل أسبوع، كما يتبين أن الطاعن لم يتمكن من دفع التأمين كاملا، وقام بدفع 25 جنيه منه وصرح للجهة الإدارية أن تخصم باقي التأمين وقدره 75جنيه على ثلث دفعات من المستحقات التي تستحق له عند تنفيذ العقد ومن ذلك يتبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى أن الطاعن تعهد في تنفيذ التزاماته قبل الجهة الإدارية على قيام الجهة الإدارية بصرف أجور العمال كل أسبوع، فإذا تراخت في ذلك فإنه يحق للطاعن أن يدفع بعدم تنفيذها العقد، وبالتالي يمتنع عليها أن توقع عليه غرامات خلال فترة تراخيها في تنفيذ التزاماتها، وقد ثبت أن الجهة الإدارية لم تقم بصرف أجور العمال عن الأسبوع الأول من يناير سنة 1960 إلا في 1960/6/16 بالمستند 6/3041 أي بعد استحقاقها بأكثر من خمسة أشهر، وكان من شأن هذا التراخي أن يعجزه عن تنفيذ التزامه كاملا، ومن ثم فلا يحق للجهة الإدارية أن توقع غرامات على الطاعن".**

وانتهت المحكمة إلى أن الجهة لم تنكر هذا التراخي في تنفيذ التزامها بدفع أجور العمال، وأن ما أبدته من دفاع من أنه لا يجوز للطاعن أن يدفع بعدم التنفيذ، وهو قول لا يتفق والأساس الذي قام عليه التعاقد على الوجه سالف بيانه ، وقضت المحكمة للطاعن بقيمة الغرامات التي وقعتها عليه الجهة الإدارية دون وجه حق.

وقد اتجه بعض الفقهاء[29] إلى أن هذا الحكم يعد مجرد تطبيق لنص ورد في العقد بالمخالفة للقواعد العامة، وأن وجود مثل هذا التحفظ في شروط العقد يجيز لجهة الإدارة استبعاد العطاء؛ لأن هذا الشرط مخالف للنظام العام في النطاق الإداري؛ لأن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من المبادئ الأصولية في العقود الإدارية التي لا يجوز الخروج عليه إلا من خلال حكم قضائي فقط.

واستخلاص المحكمة لوجود هذا الشرط كان من خلال بيان نية الطرفين وليس من خلال نص صريح في العقد أو تحفظ في شروط التعاقد، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فلا مخالفة لهذا الشرط للنظام العام في النطاق الإداري، بحسبان أنه يندرج ضمن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تظل العقود عموما سواء كانت مدنية أو إدارية، وقد سبق وأن قضت المحكمة الإدارية العليا بصحة بعض الشروط التي يتفق عليها الطرفين، ومن ذلك حكمها الصادر في 2008/3/11، والذي

خلصت فيه إلى أنه متى تضمن العقد تحديدا لمقدار غرامة التأخير التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسبما نص عليها العقد يكون هو الواجب التطبيق دون النص اللائحي؛ لأنه نص خاص والخاص يقيد العام.

وقد أقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أيضا صحة الاتفاق على الخروج على مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ، وذلك بإقرار صحة الاتفاق على إضافة مدة للتأخير في صرف المستخلصات إلى مدة التنفيذ،بل إن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد ذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث أجازت الاتفاق في العقود الإدارية على استحقاق المتعاقد لفوائد تأخيرية نظير تأخر الجهة الإدارية في تنفيذ التزامها بأداء مقابل الأعمال التي قام بتنفيذها، وأنه ليس في ذلك ما يخالف النظام العام، إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تتأبى أن تتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد وتتراخى في تنفيذ التزامها بأداء مقابل هذه الأعمال دون الإقرار بحق المتعاقد معها في التعويض عن التأخير في صرف هذا المقابل في المواعيد المتفق عليها[30].

وتأكيدا لفكرة جواز الاتفاق بين طرفي العقد الإداري على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها صادر بتاريخ 2005/3/15 بأحقية المتعاقد في إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، استنادا للشروط التي أوردها المتعاقد في عطائه، وجاء في حكمها «...إن الثابت من مطالعة شروط المطعون ضده التي أرفقها بعطائه أنه اشترط على الإدارة في البند الحادي عشر منها أنه في حالة تأخر صرف الدفعات عن خمسة عشر 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 1988/3/21، ومع ذلك لم تصرف إلا بتاريخ 1988/12/3 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 له، وطبقا لما تم الاتفاق عليه، ويكون توقيع غرامة تأخير عليه بمبلغ 25263.00 جنيها مفتقدا لسنده الذي يبرره ومخالفا للشروط التي تم التعاقد في ظلها[31].

المطلب الثاني : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ التزاماتهما في وقت واحد

قد تتجه نية الإدارة والمتعاقد معها إلى تنفيذ التزاماتهما المتقابلة في وقت واحد، وبالتالي فإن إخلال الإدارة بالتزاماتها في هذه الحالة يعطي المتعاقد معها الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه،ويرجع

الأمر للقضاء في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين مستعينا في ذلك بشروط العقد، وطبيعته، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري[32].

ومن التطبيقات القضائية لمجلس الدولة المصري في هذا الخصوص ما قضت به محكمة القضاء الإداري في 29 مارس 1970، من أنه في حالة التزام المتعاقد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها في محله، والتزام جهة الإدارة بدفع الثمن عند الاستلام، فإن كلا الالتزامين يكون واجب التنفيذ حالا في وقت واحد، فإذا تخلت الجهة الإدارية عن تنفيذ التزامها، حق للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه، وإنه بذلك لا يعتبر مقصرا في تنفيذ التزامه بما يسوغ لجهة الإدارة تنفيذ العقد على حسابه.وقد جاء في حكم المحكمة أنه: "**حيث أن الثابت من الوقائع المتقدمة هو أن طرفي العقد اتفقت على أن يكون بمجرد تسليم أمر التوريد، وأن يكون الدفع عند الاستلام، بمعنى أن يتم سداد الثمن عند تسليم الأصناف المتعاقد على توريدها،وحيث أن الظاهر من الأوراق أن الجهة الإدارية أوفدت مندوبا عنها لاستلام البضاعة، ولكن المدعى عليه امتنع عن تنفيذ ذلك لعدم دفع الثمن طبقا لما تحفظ به في عطائه، وصدر أمر التوريد على أساس قبول هذا الشرط، وهذه الواقعة ثابتة من إدعاء الجهة الإدارية وإقرار المدعى عليه في خطابه المؤرخ في 1966/9/22، فيتعين الاعتداد بثبوتها وترتيب الآثار القانونية المترتبة على ذلك.**

وحيث أن الأصل في نظام العقود الملزمة للجانبين هو ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل، فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، ويكون لكل من المتعاقدين أن يحبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون ناشئا عن عقد ملزم للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، وقد نصت المادة 161 من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به."[33]

المطلب الثالث : جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام

يذهب بعض الفقهاء[34]إلى جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، ويعود ذلك إلى أنه إذا كان الأساس القانوني لمبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد نظرا للصلة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، فإنه من الطبيعي أن يسمح بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان هذا الدفع في عقود لا

تؤثر على سير المرفق العام، فهناك عقود إدارية لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، ولا يؤدي الامتناع عن تنفيذها إلى تهديد هذا التسيير، مثل عقود شراء سيارات ركوب للمديرين وعقود شراء وحدات تصييف للعاملين، فإذا أخلت الإدارة بالتزاماتها الناتج عن هذه العقود، وامتنعت مثلا عن دفع المقابل المنصوص عليه في العقد في وقته المحدد للمتعاقد معها، فإنه يمكن لهذا المتعاقد-من وجهة نظرنا-أن يدفع بعدم التنفيذ حتى تفي الإدارة بالتزاماتها، لأن هذا الدفع لا يؤثر على سير المرفق العام.

وفي تقديرنا فإن الأمر مرده إلى القضاء، فهو الذي يقرر-بعد أن يصل إليه الأمر-مدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ أو عدم إمكانيته، وعما إذا كان العقد محل النزاع يتصل مباشرة بتسيير المرفق العام أم لا، ومدى تأثير الدفع بعدم التنفيذ على هذا التسيير.وعلى الرغم من بديهية هذه الحالة – كاستثناء من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية-إلا أنه لم يعرض وقائع تطبيقا لها في مجلس الدولة المصري، حيث لم نعثر على أي أحكام و فتاوى للمجلس في هذا الصدد.

ومن جانبنا فإننا نتفق مع هذا الاتجاه، ونعتبر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه العقود هو أمر طبيعي، فكما أن الطبيعة الخاصة لبعض العقود الإدارية قد تتأبى أن يتمسك فيها بهذا الدفع في خلال إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، فإنه كلما كان العقد الإداري لا يتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، فإنه يمكن التمسك فيه بالدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وذلك إعمالا لقواعد العدالة ومبدأ حسن النية في العقود بصفة عامة.

المطلب الرابع : جواز الدفع بعدم التنفيذ لدرء ضرر جسيم

قد يؤدي توقف الإدارة عن تنفيذ التزاماتها المنبثقة عن العقد أو تقصيرها في تنفيذ تلك الالتزامات إلى استحالة قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فلا يعقل في هذه الحالة أن نمنع هذا المتعاقد من الدفع بعدم التنفيذ إذا طلب منه تنفيذ التزامه، فكيف نطلب منه تنفيذ التزام يستحيل تنفيذه، خاصة إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها الواردة بالعقد.فعلى سبيل المثال قد تتعاقد الإدارة مع مقاول على بناء أو إنشاء مبنى بمواصفات خاصة وتتعهد في العقد أن تقدم الرسومات الخاصة بهذا المبنى المتضمنة للمواصفات المطلوبة، ثم تقصر الإدارة في تقديم تلك الرسومات للمقاول، فإذا طلبت منه تنفيذ التزامه الوارد بالعقد بإنشاء المبنى المتفق عليه، فله في هذه الحالة أن يدفع بعدم التنفيذ لأن إخلال الإدارة بالتزامها أدى إلى استحالة قيامه بتنفيذ التزامه.

وقد أقرت أحكام مجلس الدولة المصري هذه الحالة و أعطت للمتعاقد بالإضافة للدفع بعدم التنفيذ حق طلب فسخ العقد وتعويضه عما أصابه من ضرر.وإذا كان من النادر أن يؤدي إخلال الإدارة بالتزاماتها إلى استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، فإن الغالب أن يؤدي هذا الإخلال إلى إرهاق المتعاقد وعجزه عن الاستمرار في تنفيذ التزامه، والتطبيق الغالب لهذه الحالة عدم قيام الإدارة بصرف

مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر خاصة إذا كانت مبالغ بيرة تؤثر في مركزه المالي وفي إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ لكون عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد وبغيرها يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ الأعمال موضوع العقد[35].

وإزاء ما تقدم وإعمالا لقواعد العدالة التي تأبى أن تكلف المتعاقد مع الإدارة بما لا يطيق، فقد اتجه مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه إلى جواز تمسك المتعاقد في هذه الحالة بالدفع بعدم التنفيذ، ونذكر على سبيل المثال ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1997/5/6[36] من أنه: **"...وحيث أنه يكون ثابتا مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها، الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن تمويل مستحقاته عن أعمال تمت، ومن المعلوم أن عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد، وبغيره يتعذر على المقاول المتعاقد تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال، وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالي للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال.**

وحيث أنه مما تقدم أثار الطاعن من انه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله، ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض، فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية، إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا سوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه، كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التمويل فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق، وهذه أمور تختلف اختلافا جوهريا عن إخلال الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر، وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ، فيجب على جهة الإدارة وفقا للعقد، وجوب تنفيذه بحسن نية، ووفقا لما استقر عليه العمل في تنفيذ العقود أن تقوم جهة الإدارة بسداد مستحقات المقاول أولا بأول حسب تقدم الأعمال وتنفيذها، ولا يمنع عن سداد ما تم من أعمال بدون مبرر؛ لأن من شأن ذلك وقف مصدر تمويل التنفيذ وبسببه يتعثر المقاول في استكمال تنفيذ الأعمال،كما هو الحال في النزاع محل الطعن، وخاصة على ضوء ضخامة تلك المستحقات والتي بلغت حسب تقارير الخبراء 373.898 جنيه، وهي مبالغ من شأن عدم صرفها أن يجعل المقاول في موقف يتعذر معه الاستمرار في التنفيذ واستكمال الأعمال، فتوقف التمويل اللازم لإنجاز الأعمال يؤدي حتما إلى تعثر المقاول وتوقف التنفيذ، وإذا تقاعست الإدارة وأهملت في تنفيذ التزام جوهري في العقد بعدم سداد

مستحقات المقاول عما تم من أعمال بلغت مبلغا كبيرا، فإن توقف المقاول عن التنفيذ واستكمال الأعمال إنما يرجع إلى خطأ وإنما خطأ الإدارة هو السبب الجوهري في توقف الأعمال وتأخرها، بالإضافة إلى تأخر تسليم الرسومات الهندسية التي لا يتم التنفيذ إلا بها ولا يصلح ذلك سببا لسحب الأعمال من المقاول".

هذا و قد أكدت المحكمة قضائها السابق، في العديد من الأحكام الحديثة منها حكمها الصادر بتاريخ 2004/11/30 [37]، وحكمها الصادر بتاريخ 2005/9/4[38].

وتجدر الإشارة إلى أن تكرار حدوث هذه الحالة أي عدم قيام الإدارة بصرف مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر مما يؤثر على مركزه المالي وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال ويدفعه إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وما يترتب على ذلك من تعطيل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإزاء شكاوى المتعاقدين مع الإدارة في تأخرها عن الوفاء بالتزاماتها المالية في موعدها، فقد تدخل المشرع المصري مؤخرا بإصدار القانون رقم (لسنة 2005 بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 بإضافة المادة 22 مكرر، وبمقتضاها تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك خلال ستين يوما من تاريخ تقديم المستخلص لها، تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما تم اعتماده، وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضا يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي.

ولم يقتصر الأمر على هذا الحد بل أصدر المشرع المصري القانون رقم 2008 بتعديل القانون رقم 89 لسنة 1998 السالف الذكر، والذي عدل المادة 22 مكرر، والتي بمقتضاها تلتزم الجهة المتعاقدة في العقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر بتعديل قيمة العقد كل ثلاثة أشهر تعاقدية، وفقا للزيادة أو النقص في تأليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر وذلك وفقا لمعدلات يحددها المقاول في عطائه ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزم للطرفين، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية للقانون معدلات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة.

وقد سبق لقضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري قبل التدخل التشريعي السالف الذكر أن أعطى لجهة الإدارة في حالة توقف الأعمال عن الحد المعقول نتيجة إخلالها بالتزامها-أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ، وذلك حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته[39].

ومن التطبيقات القضائية لمجلس الدولة المصري في هذا الخصوص حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1999/2/9 والذي جاء فيه "**ومن حيث أنه كان ولئن كان لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا تأخرت في صرف مقابل الأعمال، وكان من الجائز الاتفاق على خلاف هذا الأصل متى كان عدم صرف هذا المقابل سوف يعجزه عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد، فإنه إذا استطالت مدة التأخير في صرف المقابل بسبب عدم توافر الاعتماد المالي، وتجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول نتيجة لذلك، فإن لجهة الإدارة في هذه الحالة أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة على النهوض بتنفيذ التزاماته، وليس في ذلك ما يخالف النظام العام، إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تتأبى وتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداءالتزاماتها المقابلة، وذلك متى قدرت الجهة الإدارية خروجا على الأصل المتقدم أن عدم تنفيذها لالتزاماتها على النحو المتقدم قد أعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد**"[40].

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ذات المبدأ الذي قررته المحكمة العليا في حكمها السابق، ومن ذلك فتواها الصادرة بتاريخ 2000/10/20.[41]

ووجه الاختلاف بين القضاء والإفتاء السابق، وبين التعديل التشريعي لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 رقمي 5 لسنة 2005 و191 لسنة 2008 السالف الإشارة إليهما، أن المشرع قد قرر مراجعة أسعار العقود التي تزيد مدة تنفيذها عن ستة أشهر، وذلك دون إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها، بينما القضاء والإفتاء السابق يعالج حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها على نحو يعوق المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد.

المطلب الخامس : إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية دون مسئولية على المتعاقد إذا كان التأخير راجعا

لسبب خارج عن إرادته أو فعل جهة الإدارة

مما لا شك فيه أن من أهم التزامات المتعاقد تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المحدد له، إذ أن تسيير المرفق العام بانتظام واطراد يرتبط ارتباطا وثيقا بأن يتم تنفيذه في الميعاد المحدد لذلك، ويترتب على مخالفة المتعاقد لهذا الالتزام توقيع الجزاء المناسب عليه من قبل جهة الإدارة المتعاقدة، والذي يبدأ بغرامة التأخير المقررة وينتهي بسلطة الإدارة في سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد المقصر أو فسخ العقدولكن قد يكون تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد راجعا إلى أسباب خارجة عن إرادته، أو

فعل جهة الإدارة، وقد أجاز المشرع في مثل هذه الحالات إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وذلك ما نصت عليه صراحة المادتين 23 من قانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998 [42]، والمادة 83 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون[43].وقد اتجه قضاء وإفتاء مجلس الدولة منذ بواكير أحكامه وإفتائه، إلى إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العقد الإداري وإعفاء المتعاقد عن مسئولية هذا التأخير، إذا كان راجعا إلى أسباب خارجة عن إرادته أو لفعل جهة الإدارة، وذلك إعمالا لقواعد العدالة التي تظل العقود عموما.

ومن أحكام مجلس الدولة في هذا الخصوص، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1969/1/11[44]والذي جاء فيه: " **أن الشركة كانت على استعداد لتنفيذ التزامها بتوريد السيارات قبل الميعاد المحدد بالعقد لولا أن حال بينها وبين التنفيذ أسباب أجنبية خارجة عن إرادتها مردها إلى الحكومة التي أصدرت قرارا بوقف الإفراج عن هذه السيارات، وعلى أثر إخطار الهيئة بذلك كتبت إلى مراقبة الاستيراد للموافقة على إعفاء الهيئة من التعليمات الصادرة من وزارة الاقتصاد، وظل الأمر معلقا حتى تمت الموافقة على الإفراج عن السيارات، فقامت الشركة بتسليمها فورا إلى الهيئة التي قبلتها وقبلت عذرها في التأخير فرفعت غرامة التأخير بعد توقيعها، وأسست الرفع على عدم مسئوليتها –الشركة-عن التأخير لحدوثه نتيجة أسباب خارجة عن إرادتها،كما أن الهيئة بإهمالها الشركة بعد انتهاء المدة المحددة للتوريد تكون قد اعتبرت العقد قائما، وأنه قد امتد حتى الميعاد الذي تم فيه التوريد فعلا**".

وقد أخذت الأحكام الحديثة لمجلس الدولة المصري بذات المبدأ، وهو إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العقد، متى كان ذلك راجعا لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد أو إلى فعل جهة الإدارة، حيث قررت إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان التأخير في تسليم الأعمال راجعا لأسباب ترجع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة أو لقوة قاهرة لا دخل للمتعاقد فيها، وهو ما يعني إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية دون مسئولية في ذلك على المتعاقد.

ومن أحكام المحكمة الإدارية الحديثة في هذا الخصوص حكمها الصادر في 27 /2005/5[45]والذي جاء فيه: **"من حيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصا على حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير،كما أن إقرار الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد ترتيبا على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة**

عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير، وأنه إذا تسلمت الإدارة الأعمال المسندة للمقاول تسليما ابتدائيا فلا يجوز لها بعد ذلك توقيع غرامة التأخير"

وقد أخذ إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى بذات النهج الذي أخذت به المحكمة الإدارية العليا، ومن ذلك فتواها بتاريخ 2000/10/20 [46]والذي جاء فيه: **"أن المشرع وضع أصلا من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، وأن الأصل في تعاقد الجهة الإدارية طبقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن تستهدف إشباع الاحتياجات الفعلية الضرورية لأنشطة الجهة فلا تتعدى هذه الاحتياجات الضرورية إلى ما عداها من احتياجات هي في غنى عنها، وأن التعاقد على تنفيذ المشروعات الاستثمارية يكون بالنسبة لما هو مدرج منها في الخطة العامة للدولة، وفي حدود التكاليف الكلية المدرجة في سنوات الخطة، بيد ان الصرف على هذه المشروعات لا يكون إلا في حدود الاعتمادات المالية المقررة في السنة المالية...**

والثابت من الأوراق أن المديرية المذكورة أبرمت عقدي العمليتين المشار إليهما بالفعل بعد اعتماد محاضر البت في العمليتين من السلطة المختصة بالاعتماد، وهو ما يفصح بجلاء عن قبول جهة الإدارة الشرط الذي جرى على أن يتم التنفيذ في حدود الاعتمادات المتاحة بكل سنة مالية، ومن ثم فقد اندمج الشرط بالعطاء المقبول وأصبح جزء منه ومن العقد، فلا تملك الجهة الإدارية التحلل منه إلا بموافقة الطرف الآخر،فضلا عن أن اشتراط المقاول بعطائه هذا الشرط لا يتضمن مخالفة للقانون، ولا يعد تحفظا يؤدي بذاته إلى استبعاد العطاء، وإنما يكون لجهة الإدارة في ضوء مقتضيات الصالح العام ومعطيات العملية المطروحة الخيرة بين قبوله أو رفضه على ما هو متوافر لديها من بيانات عن خطة تمويل العملية خلال مدة التنفيذ وغير ذلك من الملابسات، وجهة الإدارة وهي تتحرى أعمال هذه الرخصة يتعين أن لا تغض الطرف عن تحقيق التوازن العقدي في التزامات طرفي العقد مقدرة ما هو متاح لها بموجب أحكام القانون من مكنات، وما تمليه ضرورات تحقيق هذا الوازن من عدم إرهاق المتعاقد معها بتكليفه بتنفيذ أعمال لا يتاح لها التمويل اللازم في خلال مدة وجيزة وتعجز معها طاقته عن الاستمرار في إنجاز الأعمال دون الحصول على التدفقات النقدية اللازمة لإنجازه".

وقد انتهت أيضا العديد من إدارات الفتوى بمجلس الدولة إلى أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية تقتضي إضافة مدة التأخير في صرف المستحقات المقررة للمقاول إلى مدة تنفيذ العقد، حتى ولو لم يكن هناك شرطا في العقد يقرر ذلك[47].وكذلك إضافة مدد التوقف التي ترجع إلى الجهة الإدارية أو إلى وجود عقبات مادية عند تنفيذ العقد يجوز لمدة تنفيذ العملية[48].

الخاتمة:

ترتب على دراستنا لموضوع الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الدفع بعدم التنفيذ عدة نتائج وتوصيات نوردها على النحو الاتي:

النتائج:

-تتمثل المحددات التي أثرت على اتجاه القضاء الإداري المصري في الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية هي الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، وما تتمتع به جهة الإدارة من سلطات وامتيازات فيه، والتزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

-إن تأثر القضاء الإداري المصري بهذه المحددات يرجع إلى أمرين، أولهما عدم وجود تنظيم تشريعي خاص بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية على غرار العقود المدنية، وهذا ما فتح باب الاجتهاد القضائي بين مؤيد ومعارض للأخذ بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية،وثانيهما عدم وضع القضاء الإداري المصري نظرية عامة للأخذ بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية رغم أنه قضاء انشائي، وأن نظرية العقد الإداري ذاتها من انشائه.

-خرج القضاء الإداري المصري عن قاعدة عدم جواز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإداري في بعض الحالات تمثلت في حالة اتفاق طرفي العقد على جواز التمسك به، أو إذا اتجهت نيتهما إلى تنفيذ التزاماتهما في وقت واحد، وحالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها قبله إذا كان من شأن هذا الاخلال اصابته بضرر جسيم، أو يعجزه عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد، وحالة العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير مرفق عام، واخيرا حالة اضافة مدة التأخير في تنفيذ العملية إلى مدة العملية والاعفاء من غرامة التأخير، إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته أو إلى فعل جهة الإدارة.

-إن اتجاه القضاء الإداري المصري إلى تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية غايته التخفيف من غلو وشدة هذه القاعدة حتى يستقيم أمر تنفيذ العقود الإدارية، فلا شك أن إعطاء المتعاقد مع جهة الإدارة الحق في التمسك بالدفع في مواجهات ما تتمتع به جهة الإدارة من سلطات واسعة يحقق العدالة بين طرفي العقد.

التوصيات:

- نرى بأن رفض تطبيق الدفع بعدم التنفيذ -كما ذهب الاتجاه التقليدي للقضاء الإداري المصري- هو الذي يؤدي إلى الإخلال بفكرة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن التمسك به يؤدي إلى سيره بانتظام وتحقيق المصلحة العامة، وذلك للأسباب الاتية:

أولا: أن منح المتعاقد الحق في التمسك بالدفع من شأنه حث جهة الإدارة على الوفاء بالتزاماتها خشية الاخلال بسير المرفق العام، فمثلا في عقد الأشغال العامة لو أحجم المقاول عن تنفيذ الأعمال والالتزامات المنوطة به نتيجة التأخر في صرف المستحقات، فقد يكون ذلك دافعا لجهة الإدارة لحثها على صرف مستحقاته المالية، وهو ما يساعد المتعاقد على النهوض بالتزاماته التعاقدية في موعدها، الأمر الذي يؤدي إلى انتظام سير المرفق العام.

ثانيا: أن ذلك من شأنه الحد من التعويضات الكبيرة التي قد تتحملها جهة الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها، إذ رفض منح المتعاقد حق الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة ليس معناه براءة ذمتها، وإنما يكون من حق المتعاقد مطالبتها بالتعويض كلما كان له مقتضى، وهو ما يؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد، وقد يعيق سير المرفق العام في المستقبل لتآكل الاعتمادات المالية الخاصة به نتيجة التعويضات .

ثالثا: أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يمثل اختلالا واضحا بين طرفي العقد الإداري، فمثلا تستطيع جهة الإدارةتوقيع جزاءات على المتعاقد في حالة اخلاله بالتزاماته، بينما لا يستطيع المتعاقد مجرد الامتناع عن تنفيذ التزاماته عند اخلال جهة الإدارة بالتزاماتها مستحق الاداء، ولا شك أن هذا يجافي العدالة، وهو أمر لم تعد تحتمله العقود الإدارية الحديثة، كعقود البوت والعقود الدولية.

- إن إقرار مجلس المصري للمتعاقد بحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بمثابة تطور بسيط، ولما كان قضاء مجلس الدولة هو قضاء إنشائي وجب عليه أن يعمل على بناء نظرية متكاملة للدفع بعدم التنفيذ تتوافق مع طبيعة العقود الإدارية ولا تتنافى مع ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وذلك لخلق رادع فعال لتجاوزات الإدارة وحماية حقوق مصالح المتعاقد معها.

الهوامش:

---

(1)د/محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري (في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص25.

(2)د/عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص 13 و 14.

(3)حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 213 لسنة 4ق، جلسة 1951/12/26، مجموعة المكتب الفني، السنة 6، ج1، ص214. وفي ذات المعنى حكمها الصادر في 1957/06/30 في الدعوى رقم 983 لسنة 7ق، مجموعة أحكامها، السنة 13، ص625. وحكمها في الدعوى رقم 625 لسنة 4ق، جلسة 1952/12/2، مجموعة المكتب الفني، السنة 7، ج1، ص76.

(4)حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1957/4/20، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج18، ص833.وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 4611 لسنة 45ق، جلسة 2006/12/26 مجموعة أحكامها من عام 1965 حتى 2008.

(5)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 637 بتاريخ 1956/10/23، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، مجموعة ابو شادي، طبعة 1964، ص715.وكذلك فتواها الحديثة رقم 924 بتاريخ 1996/11/13، جلسة 1996/10/23، ملف رقم 54/1/335، مجموعة المكتب الفني، السنة 51، ص26.

(6)د/محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، حتى عام 2009،الكتاب الثاني، امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2008 ص282، 283.

(7)حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 9689، لسنة 49ق، جلسة 2006/1/17، مجموعة احكامها من عام 1965 حتى 2008 السابق الاشارة اليه. وفي ذات المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 532 في 1993/7/4، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في اربعين عاما، ص700.

(8) راجع: د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانيةدار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ، ص269؛ د/ محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص4؛ المستشار حمد ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي لمبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، ص204.

(9)د/محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداريّ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص، ص200 و 201

(10)« Le pouvoir de direction permet à la personne publique maitre d'ouvrage de déterminer les modalités d'exécution du marché dans le cadre de la réalisation de l'ouvrage ».voir : Christophe LAJOYE, Droit des marché publics, Bert éditions Alger, 2007, p172.

(11)حكمها في الطعن رقم 4912، لسنة 45ق، جلسة 2006/5/16، مجموعة احكامها من 1965 الى 2008.وكذلك حكمها في الطعن رقم 767 لسنة 11ق، جلسة 1969/7/5، مجموعة المكتب الفني، السنة 14، ص32

(12)د/عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص310

(13)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3177 لسنة 41 ق، جلسة 1998/5/12. وكذلك حكمها في الطعن رقم 1028، لسنة 15 ق، جلسة 1978/1/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 23، ص52

(14)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 453 في 1995/6/8، جلسة 1995/5/31، مجموعة الاربعين عاما، ص513

(15)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 328 في 1995/4/23، المجموعة السابقة، ص511

(16) د/جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص275

(17) لمزيد من التفاصيل حول الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها راجع: د/سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي، 2008، ص 487 وما بعدها. د/عبد المجيد فياض، نظرية

الجزاءات في العقد الإداري رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1974، ص167 وما بعدها. د/طارق سلطان سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2010، ص 143 وما بعدها. د/عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص27 وما بعدها

(18)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1027 لسنة 15، جلسة 1978/1/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 23، ص52. وكذلك حكمها في الطعن رقم 767 لسنة 11ق، جلسة 1969/7/5، مجموعة المحكمة في سنة 15، ج، ص1915 و 1916.

(19)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2606، لسنة 31 ق، جلسة 1990/4/24، مجموعة الاربعين عاما، ص660.

(20)راجع: د/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص131؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص250 و251

(21)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3986 لسنة 35ق، جلسة 1992/11/15، مشار اليه في مؤلف: المستشار عليوة فتح الباب، الموسوعة العملية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية، مكتبة كوميت، 1999، ص236.

(22)د/أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1987، ص145

(23)د/محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 1991، ص35

(24)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4912 لسنة 45ق، جلسة 2006/5/16، سالف الاشارة اليه. وكذلك حكمها في الطعن رقم 3177، لسنة 41، جلسة 1992/5/2، سالف الاشارة اليه.

(25)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 532 في 1993/7/4، مجموعة الاربعين عاما، ص711.

(26)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 541 في 1993/7/8، ذات المجموعة السابقة، ص713.

(27)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 181 في 3/22/، ملف رقم 54/1/395، مجموعة المكتب الفني، السنة 57، 2003، ص144

(28)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 62 لسنة 11 ق، جلسة 1971/12/18، مجموعة ال15 سنة من 1965-1980، ج2، ص1916.

(29)د/محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، هامش ص288

(30)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 181 في 2003/3/22، جلسة 2003/1/8، ملف رقم 54/1/395، مجموعة المكتب الفني السنة 57، ص144.وكذلك فتواها رقم 593 في 200/10/20، وقد أقرت فيها صراحة أن هذا الشرط لا يتضمن مخالفة للقانون، ولا يعد تحفظا يؤدي بذاته لاستبعاد العطاء.

(31)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6870 لسنة 46 ق، الدائرة الثالثة موضوع جلسة 2005/3/15.

(32)د/ سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دار المجد للطباعة بالهرم، 2006، ص96.

(33)حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 676 لسنة 22 ق، جلسة 1970/3/29، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر 1969 إلى آخر ديسمبر 1970، الشركة المصرية للطباعة والنشر، 1971، ص281 وما بعدها

(34)د/سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص81 و 82

(35) إذا كانت المستحقات التي توقفت الإدارة عن سدادها مبالغ قليلة ولا تؤثر في المرز المالي للمتعاقد فهنا لا يقبل منه التمسك بعدم التنفيذ، إذ من شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضرورة مراعاة حسن النية في التمسك به وعدم التعسف في استعماله، بأن يكون عدم التنفيذ المبرر للتمسك بالدفع منطويا على قدر من الأهمية، إذ يتعارض حسن النية ويندرج تحت بند الإساءة في استعمال الحق في الدفع بعدم التنفيذ أن يتم التمسك به بالرغم من أن ما لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية.

(36)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4483 لسنة 41 ق، جلسة 1997/5/6.

(37)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 10572 لسنة 47 ق، جلسة 2004/11/30.

(38)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 12231، لسنة 47 ق، جلسة 2005/9/4.

(39)د/جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص306 و307.

(40)حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 4063 لسنة 41، بجلسة 1999/2/9 مشار اليه في مؤلف: د/ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص94 و95

(41)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 593 في 2000/10/20، جلسة 2000/9/13، ملف رقم 72/2/50، مجموعة المكتب الفني السنة 54، ص44.وكذلك فتواها رقم 541 في 1993/7/8، جلسة 1993/5/16، ملف رقم 26/2/78، مجموعة المكتب الفني السنة 47، 48، ص370 و371.

(42)تنص المادة 23 على أنه: "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية.....، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر.ويعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة- عدا هذه الحالة-بعد أخذ رأي الإدارة المشار اليها. إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر...."

(43)حددت المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 نسبة الغرامة في عقود المقاولات وهي 1% عن كل أسبوع تأخير، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (10%) من قيمة العملية في عقود المقاولات، ورددت ذات قواعد الإعفاء من الغرامة السالف الإشارة إليها

(44)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 147 لسنة 11ق، جلسة 1969/1/11، مجموعة المكتب الفني السنة 14، ج1، ص232

(45)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13737 لسنة 50 ق، جلسة 2005/5/27.انظر أيضا في ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 9686 لسنة 45 ق، جلسة 2006/3/28.

(46) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 593 بتاريخ 2000/10/20. وكذلك فتواها رقم 532 بتاريخ 1993/7/4، جلسة 1993/5/16، ملف رقم 54/1/295، مجموعة المكتب الفني، السنة 47، ص364.

(47)فتوى إدارة الإسكان، سجل رقم 198 في 2003/3/18، ملف 412/18/31.

(48)فتوى إدارة الإسكان رقم 201 في 2005/2/26.