مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية

الدكتور/ إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب
أستاذ مساعد - قسم القانون - كلية العلوم والدراسات الإنسانية
حريملاء - جامعة بشقراء - المملكة العربية السعودية

ملخص:

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق رغم ما يكتنفه من غموض، كما يعد من المبادئ المتعارف عليها في العقود المدنية، إلا أنه لا يعد كذلك في مجال العقود الإدارية.

ومن خلال هذه الدراسة حاولت أن أضع تعريفاً محدداً لهذا المبدأ في اللغة وفي الإصطلاح القانوني العام، وفي مجال تنفيذ العقود الإدارية على وجه الخصوص، كما ناشدت القضاء الإداري بضرورة الاعتراف به، ثم عرضت للمشكلات التي تقف في طريق تطبيقه، وحاولت صياغة حلول لها، ليتم تطبيق هذا المبدأ في تنفيذ العقود الإدارية.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤلات الآتية:

١ – هل يحظى مبدأ حسن النية بتعريف محدد وواضح ؟.

٢ – هل يعد مبدأ حسن النية مبدأ معترفاً به من جانب القاضي الإداري ؟

٣ – ما هي المشكلات التي تواجه التمسك بمبدأ "حسن النية" أمام القاضي الإداري؟

٤ – ما هي الحلول القانونية لما يواجه مبدأ "حسن النية" من مشكلات؟

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية تلك الدراسة لكونها تمس أحد الموضوعات الشائكة في الفقه القانوني الإداري، والتي تثير العديد من المشكلات القانونية عند التطبيق، كما أنها تمثل تعريفاً واضحاً بهذا المبدأ الهام والضروري لحماية الطرف الضعيف (المتعاقد) في العلاقة التعاقدية بين الجهات الحكومية والمتعاملين معها عند تنفيذ العقود الإدارية.

وتضع تلك الدراسة حلولاً لما قد يثيره هذا المبدأ من مشكلات في التطبيق العملي قد تجعل إمكانية التمسك به أمام القاضي الإداري صعبة المنال.

وسوف ينعكس ذلك بطبيعة الحال على حسن سير وتنظيم العمل بالمرافق العامة الحكومية نتيجة الحد من الصدامات والمنازعات التي قد تنشأ بين تلك المرافق والمتعاملين معها عند تنفيذ العقود الإدارية محل التعاقد بينهما.

هدف الدراسة

١ – وضع حلول قانونية لمشكلات عملية تقع بين الإدارة والمتعاقدين معها.

إشكاليات الدراسة

من أهم إشكاليات البحث صعوبة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية، وكذلك تعدد وتنوع العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية المختلفة، وهو الأمر الذي يثير العديد من المشكلات حول منطقية تطبيق هذا المبدأ في العقود الإدارية.

ومن إشكاليات هذه الدراسة قلة الأبحاث العلمية والمؤلفات الفقهية؛ بل إن الأحكام القضائية الإدارية لم تتطرق إلى هذا المبدأ عند نظرها للمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية.

ولقد واجهت الباحث أيضاً مشكلة كبرى تتمثل في أن غالبية الأقلام والنصوص التي تناولت هذا المبدأ تناولته في مجال العقود المدنية (عقود القانون الخاص)؛ لذا فإن نقله من مجال القانون الخاص إلى مجال القانون العام وعلى الأخص إلى العقود الإدارية – رغم ما تتمتع به تلك العقود من ذاتية خاصة – يمثل مشكلة قانونية دقيقة وشائكة؛ في ظل عدم عناية المشرع بتحديد ماهية هذا المبدأ لا في النص القانوني ولا في مذكرته الإيضاحية.

منهج الدراسة

لقد اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي من خلال استنباط النظريات والآراء التي تحكم تحديد هذا المبدأ ومشكلات تطبيقه، والمنهج المقارن – كلما أتيح لي ذلك – بين كل من الفقه القانوني الفرنسي والمصري من ناحية وما ورد من أنظمة سعودية في هذا الشأن من ناحية أخرى، والمنهج النقدي حيث عرضت لبعض الآراء الفقهية في أجزاء مختلفة من البحث، متبعاً ذلك بما يراه الباحث ترجيحاً أو تأييداً لتلك الآراء.

الإطار النظري للدراسة

انطلاقاً من المقدمة السابقة، وتحقيقاً للهدف من هذه الدراسة؛ فلقد قسم الباحث بحثه إلى ثلاثة فصول: فصل تمهيدي تحدث فيه عن ماهية مبدأ حسن النية، ثم فصل أول يدور حول فكرة الاعتراف بهذا المبدأ في القضاء الإداري، وجاء الفصل الثاني ليتناول المشكلات القانونية لتطبيقه في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وطرق حلها، وهو ما سيتناوله الباحث على النحو الآتي:

فصل تمهيدي
ماهية مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ التي يصعب وضع تعريف محدد وواضح لها، وعلى حد قول الفقيه "Béatrice Jaluzot" فإن هذا المبدأ يعد من المبادئ الغامضة وصعبة التحديد(١).

ويرى الباحث أن صعوبة وضع مفهوم محدد لهذا المبدأ ترجع لعدة عوامل منها ما يلي:

١ – **النشأة الأخلاقية:** حيث بدأت فكرة هذا المبدأ في الظهور في ظل القانون الروماني كالتزام أخلاقي غير قانوني، بل إنه ارتبط لديهم بمعتقدات دينية، وأطلقوا عليه مسمى ''la fides'' نسبة إلى الإلهة "الفيدس" التي اعتقدوا أنها تراقب تصرفاتهم(٢).

ورغم تلك الصعوبة إلا أن هذا المبدأ تطور بعد ذلك إلى أن أصبح مبدأ قانونياً، ولكنه ظل متأثراً بأصله الأخلاقي والعقدي المرتبط بالنزاهة والأمانة، وتلك جميعها أمور يصعب وضع معيار محدد لها في ظل الأنظمة القانونية.

٢ – **حسن النية موقف داخلي:** يظل بداخل نفس صاحبه كعنصر نفسي داخلي، أما إذا تحول إلى سلوك خارجي فإنه قد يأخذ تسمية أخرى كالإرادة(٣)، ومن هنا

---

(١) وهذا ما أكد عليه الفقيه "Béatrice Jaluzot" حيث ذهب إلى القول بأن:
"Le droit des obligation fait référence a de notion morales souvent mal définies et floues qui sont sujettes a' des interprétation diverses, variables et subjectives, Ainsi la Bonn foi. Ces notions qui nous viennent du droit romains sont souvent irritants car elles laisses l'historien comme le juriste dans l'impuissance de les définir avec précision"
- Jaluzot (Béatrice):la bonne foi dans le contrats, Dalloz,Nouvelle bibliothèque de thèses volume 5, (2001),p.11.

(٢) Cizek (E.):Mentalités et institutions politiques romaines, Paris, France,1990,p:36;Baud(Jean Pierre): La bonne foi depuis la Moyen Age, Conférence a' l'Ecole doctorale des sciences juridiques de l'université Paris x-Nanterre, 2001,p.1.

(٣) يراجع: د. نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق المتنازع بين الحقوق والواقع المستقر، معهد البحوث والدراسات العربية لجامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٧م، ص ١٣٥.

كانت الصعوبة في استيضاح مفهوم هذا الموقف الداخلي وصياغته في معان واضحة من الناحية القانونية.

٣ – حسن النية موقف ذاتي وشخصي: لا يمكن تصوره إلا لشخص معين في موقف محدد، أو واقعة بذاتها، فمن غير المقبول الحكم على شخص بأنه حسن النية، أو على العكس سيّئ النية دون أن يثبت ذلك يقيناً[٤]، بمعنى آخر فإن ظروف كل منازعة قضائية هي التي تحكم على الشخص بأنه سيّئ، أو حسن النية في ضوء ما يستبين للقاضي من وقائع تقطع بالدليل الواضح بأنه كذلك.

ويتضح مما سبق أن حسن النية، أو سوءها لا يمكن أن يكون مفترضاً، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد هذا المبدأ الذي قد يختلف من شخص إلى آخر، وبالنسبة لنفس الشخص من موقف لآخر.

٤ – قلة البحوث القانونية: لم يهتم الفقه القانوني بشكل كبير بتحديد معنى هذا المبدأ، فما زالت المراجع القانونية قاصرة في هذا المجال ومحدودة؛ بل إن الكتابات القليلة التي تناولته تأرجحت بين التأكيد على كونه مبدأً أساسياً في كافة القوانين[٥]، أو الإشارة إلى صلته بالمبادئ الأخلاقية الأخرى كالأمانة والنزاهة، أو إثبات أنه مبدأ أخلاقي ينقصه التعريف الدقيق ليرقى لمرتبة المبدأ القانوني[٦].

ورغم المعوقات السابقة إلا أنه يلزم تحديد مفهوم هذا المبدأ من خلال بيان معناه في اللغة، والاصطلاح القانوني، ووضع تحديد لمعناه القانوني العام والخاص في مجال تنفيذ العقود الإدارية على النحو الآتي:

المبحث الأول
المعنى اللغوي لمبدأ حسن النية

يقتضي التعرف على مضمون هذا المبدأ التطرق إلى تحديد مفرداته على النحو الآتي:

---

(٤) يراجع: د. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود - دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، القاهرة، مصر، ١٩٨٦م، ص١٥٨.

(٥) Ching (Bin): General Principles of law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge, U.S.A, (1987), p.106-160.

(٦) I.C.J, Report, 1955, pp67-88.

– **المبدأ:** مبدأ الشيء أوله ومادته التي يتكون منها كالنواة مبدأ النخل، أو يتركب منها كالحروف مبدأ الكلام، والجمع مبادئ، ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها(٧).

– **حسن**: كلمة الحسن في اللغة ضد القبح والجمع محاسن، ويقال حسن الشيء حسناً، وحسن الشيء تحسيناً زينه، وأحسن إليه وبه وهو يحسن الشيء أي يعلمه ويستحسنه ويعده حسناً، والحسنة ضد السيئة والمحاسن ضد المساوئ والحسنى ضد السوءى(٨).

– **النية**: يقصد بها القصد مطلقاً تقول نويته أنويه، أي قصدته والاسم النية ثم خصت النية في غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر معين(٩).

ويعبر عن حسن النية في اللغة الفرنسية بمصطلح "la bonne foi"، وبالإنجليزية "good the faith "، وفي اللغة الألمانية يعبر عنه بمصطلحين هما "Daulve trea" و "guiter lund daluben".

ويرى الباحث أن المعنى اللغوي لمبدأ حسن النية إنما يقصد به "القاعدة الأساسية القائمة على حسن القصد والابتعاد عن القبح المذموم"، فلكل تصرف قاعدة سلوكية أساسية تقطع بأن إتيانه بطريقة معينة إنما ينم عن حسن نية صاحبه، وإتيانه بخلافها ينم على سوء نيته.

المبحث الثاني
المعنى القانوني لمبدأ حسن النية

رغم قلة الأبحاث القانونية في هذا المجال إلا أنه يمكن تحديد المعني الاصطلاحي القانوني لهذا المبدأ من خلال التعرف على أراء بعض الفقهاء في فرنسا، ومصر على النحو الآتي:

---

(٧) يراجع: إبراهيم مصطفى وآخرين، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج١، دار الدعوة، ص ٤٢، ويراجع: د. إكرامي بسيوني خطاب، المبادئ الضريبية في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، مصر، ص٥٧.

(٨) يراجع: محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٦م، ص ١٣٦-١٣٧.

(٩) يراجع: مختار الصحاح، المرجع السابق، ص ٦٨٧.

المطلب الأول
المعنى القانوني لمبدأ حسن النية في الفقه الفرنسي

يقسم الباحث موقف الفقه الفرنسي هنا إلى ثلاثة اتجاهات أحدها: ينكر تماماً وجود هذا المبدأ، بينما يرى الآخر أنه من أهم المبادئ القانونية ويشبهه بالروح لجسد العلاقات الاجتماعية، أما الثالث فيرى أنه يتعين النظر إليه من منظور شخصي ذاتي.

الفرع الأول
الاتجاه المنكر لوجود مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا المبدأ قد فَقَدَ أهميته أمام وجود مبدأ آخر يعد بمثابة الحاكم للعلاقات التعاقدية وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"؛ ذلك أن إرادة طرفي العقد هي القوة الملزمة بين طرفيه وبمقتضاها يجب عليهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بينهما(١٠).

الفرع الثاني
مبدأ حسن النية يمثل روح العلاقات الاجتماعية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مبدأ حسن النية يعد بمثابة الروح لجسد العلاقات الاجتماعية، ومن ثم فدوره في تنفيذ الاتفاقات لا يمكن إنكاره، وعلى القضاء أن يعتمد عليه عند تفسيره للعقد، بشرط ألا يتجاوز في هذا التفسير إرادة أطرافه، لذا يلزم تنفيذ الاتفاقات بالشكل الذي قصده أطراف العقد، وتحقيقاً للغاية التي أبرم من أجلها، ويعد هذا المبدأ بمثابة المعين والمساعد في تفسير إرادة طرفي العقد(١١).

ويعد هذا الاتجاه انعكاساً للأفكار السياسية لمجموعة من الفقهاء الفرنسين في تلك المرحلة أمثال الفقيه "Augest Cont" مؤسس "المذهب الاجتماعي" الذي يعلي مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، والفقيه "Duguit" مؤسس "نظرية التضامن الاجتماعي" التي تعترف للفرد كجزء من المجتمع بكيان مستقل عن الجماعة، وظهر

(١٠) Caen (G. Lyon): De l'évolution de la notion de bonne foi, R.T.D.C, France, 1946, p.75.

(١١) Aubry et Rau: Droit civil française, Tome VIII, les régimes matrimoniaux Librairies Techniques, Paris, 7e'me édition. France, 1973, p.223.

لأول مرة مصطلح "اجتماعية القانون" "La socialization du droit" الذي دافع عنه كل من الفقيه "Raymond Saleilles"، والفقيه "Léon Duguit"، والفقيه "Levy Emmanuel"(١٢).

ورغم اهتمام أنصار هذا الاتجاه بالنظرة الاجتماعية لمبدأ حسن النية إلا أنهم لم يمنحوه القدر الكافي من الاهتمام الذي يستحقه؛ حيث اقتصر تطبيقه في نطاق القانون العقاري؛ بل إن أنظار الفقه الفرنسي في تلك الفترة قد تحولت إلى أفكار قانونية أخرى كنظرية "التعسف في استعمال الحق"، أو "الانحراف في السلطة" "détournement de pouvoir"(١٣) ونظرية "الظروف الطارئة"(١٤)؛ رغم أسبقية مبدأ حسن النية تاريخياً على تلك الأفكار.

ويعد حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٨٥م بمثابة الباعث لروح هذا المبدأ من جديد بعد تهميشه، وعدم الاهتمام به بالقدر الكافي(١٥).

---

(١٢) Loir (romain): Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA. Université Lille 2, France, 2001/2002, p.104.

(١٣) أطلق المشرع الفرنسي في قانون مجلس الدولة مصطلح "إساءة استعمال السلطة"، والراجح فقهاً استخدام مصطلح "الانحراف في السلطة" لأن إساءة استعمال السلطة تعد صورة من صور الانحراف في استعمالها، ويقصد به "استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف به، ومن ثم فهو عيب موضوعي يشارك في هذه الخصيصة عيب مخالفة القانون"، يراجع: د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ١٩٧٩، ص ٤٥٩.

(١٤) يقصد بها "قيام الإدارة بإجراءات تعد غير مشروعة في الظروف العادية، ولكنها تعد مشروعة في ظل ظروف استثنائية كالكوارث والحروب والاضطرابات....الخ، وبمقتضى تلك الظروف تتحول المشروعية العادية إلى مشروعية استثنائية تمكن السلطة الإدارية من ممارسة اختصاصات واسعة ما كان لها أن تمارسها في ظل القوانين العادية "، يراجع: د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان١٩٨٢م، ص ١٩.

(١٥) ولقد جاءت عبارات هذا الحكم مؤكدة على أهمية هذا المبدأ على النحو الآتي:
Une compagnie d'assurance n'est pas de bonne foi si elle refuse de payer l'indemnité' pour vol d'un véhicule sous le prétexte que l'antivol n'était pas d'un mode l'agrée alors qu'elle n'établit' pas qu'elle avait indiqué a' l'assure' les types agrée et qu'elle avait encaissés les primes pendant trois ans », Ch.Civ.1.20 Mars 1985, B.1985, 1., N.102.

الفرع الثالث
الاتجاه الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية

يتبنى جانب من الفقه الفرنسي المفهوم الشخصي، أو الذاتي لمبدأ حسن النية معولين على البناء الذاتي الشخصي في تحديد مفهوم حسن النية؛ دون الاعتماد على معناه الموضوعي.

ومن بين أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "Beudant" الذي عرف هذا المبدأ بأنه "التصرف بأمانة وصدق مع المتعاقد الآخر؛ بعيداً عن الاستغلال اللامعقول لوضعيته القانونية، والمالية، والاجتماعية"(١٦).

المطلب الثاني
المعنى القانوني لمبدأ حسن النية في الفقه المصري

تأثر الفقه المصري كثيراً بنظيره الفرنسي؛ حيث اتجه في غالبه إلى إضفاء طابع شخصي ذاتي على مفهوم مبدأ حسن النية؛ بينما اتجه عدد قليل منه لتبني مفهوم موضوعي له يعول على الحالة الشخصية الداخلية للفرد؛ وذهب آخرون لتبني معيار موضوعي له.

الفرع الأول
الاتجاه الشخصي لمفهوم حسن النية

يمكن للباحث أن يقسم هذا الاتجاه إلى ثلاثة فرق: أحدهم ينظر إلى حسن النية كمفهوم شخصي أخلاقي، والآخر يراه مفهوماً شخصياً غير أخلاقي، أما الثالث فيراه من منظور شخصي واقعي.

أولاً – المفهوم الشخصي الأخلاقي:

يفرق أنصار هذا الاتجاه بين حسن النية في مجال كسب الحقوق، وبين حسن النية في مجال العقود، فَيُعرف أحدهم حسن النية في مجال كسب الحقوق بأنه "اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه"(١٧)؛

(١٦) Beudant(c.): Cours de droit civil français, 2e édition, Paris, France,1993, p.222.

(١٧) يراجع: م. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٦٠م، ص ٧٦: ٧٨.

بينما يرى آخر أن المقصود بحسن النية في مجال كسب الحقوق "الاعتقاد المخالف للحقيقة، أو اعتقاد الخلف بأنه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي"(١٨).

أما حسن النية في مجال العقود فيقصد به "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة، والعادلة التي أنشئ من أجلها، مع عدم الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع"(١٩).

وينتقد رأي في الفقه المفهوم السابق مقرراً أن وصف حسن النية بأنه اعتقاد مخالف للحقيقة إنما يجعله متطابقاً في مفهومه مع الغلط؛ كما أن ربطه بالقواعد الأخلاقية قد يؤدي إلى نتائج شاذة وغير مقبولة، إذ سيترتب على ذلك حتماً مكافأة المهملين والمستهترين، هذا فضلاً عن كون القواعد الأخلاقية تهتم بالمثالية، وتلك المثالية لا يقبلها القانون، ومن ثم لا يأخذ بها، ولا يحتاج إليها(٢٠).

ثانياً – المفهوم الشخصي غير الأخلاقي:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الهدف الأساسي للقانون؛ إنما هو استقرار النظام في المجتمع، وضمان حد أدنى من العدالة؛ لذا فإن رجال القانون يبحثون عن معنى قانوني محدد لحسن النية، أو سوئها، حتى ولو كان مخالفاً للمعنى الأخلاقي.

وانطلاقاً من المعنى السابق فإنهم يقررون أن حسن النية هو "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون"، ويفرقون في ذلك بين قصد الالتزام وبين الالتزام ذاته؛ فقد يقصد الشخص احترام القانون، ومع ذلك تقع المخالفة؛ إما لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع؛ وإما لجهله بالقانون، أو لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطيات؛ فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي له(٢١).

ثالثاً – المفهوم الشخصي الواقعي:

يذهب هذا الرأي إلى محاولة إيجاد حالات عملية واقعية يمكن أن يتحقق فيها

---

(١٨) يراجع: د. محمود جمال الدين ذكي، حسن النية، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية (د . ت)، ص ١٣١.

(١٩) د. عبد الجبار صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق، دون تاريخ، ص٣٧.

(٢٠) يراجع: د. عبد الحليم قوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٨١:٨٣.

(٢١) يراجع: د. يحيى أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنه مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧م، ص٥٢.

حسن النية مقرراً أن فكرة حسن النية تتأرجح بين أمور أربعة هي (الجهل والغلط وانتفاء الغش وانتفاء نية الإضرار)، ولا يعد الشخص حسن النية؛ إلا في حالتي انتفاء الغش، والإضرار بالغير(٢٢).

الفرع الثاني
الاتجاه الموضوعي لمفهوم حسن النية

يتبنى هذا الاتجاه جانباً من الفقه انطلاقاً من رفضهم للمفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية، ويقررون أن المقصود به "الغلط المبرر المشروع والذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب المتعاقد، أو الغير"(٢٣).

رأي الباحث:

يرى الباحث أنه يلزم لتحديد مفهوم مبدأ حسن النية أن نفرق بين معناه اللغوي، وبين معناه القانوني: فالمعني اللغوي – كما سبق القول – شخصي، وداخلي؛ لأنه يتعلق بالقصد والنية، وهذا المعنى ينبغي ألا يعتد به القانون تماماً؛ حيث لا يهتم القانون بالنوايا الداخلية للأفراد؛ إلا إذا صاحبها سلوك، أو ملابسات تقطع بحسن نية الشخص، أو العكس.

لذا يرى الباحث أن هذا المبدأ من الناحية القانونية يقصد به "قصد الالتزام بالقانون المصاحب لسلوك الشخص(٢٤)، ويستطيع القاضي أن يستخلص طبيعته، وآثاره القانونية باعتباره من مسائل الواقع".

ويتضح من التعريف السابق أنه يجمع بين المفهومين الشخصي والموضوعي: حيث لا يعتد بقصد الشخص ونيته الالتزام بأحكام القانون؛ إلا إذا صاحبه سلوك، وفي ذات الوقت يترك للقاضي سلطة تقديرية في استخلاص النية، والتي ستختلف حتماً من شخص إلى آخر ومن واقعة إلى أخرى.

---

(٢٢) يراجع د. السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، ١٩٨٩م، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص ٥٣١: ٥٣٢.

(٢٣) يراجع د. محمد عون الرحيم بن مسعد، أحكام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بين المعيارين الذاتي والموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، العدد الثامن عشر، م/٣، ٢٠١٣م، ص٢٩٩ وما بعدها

(٢٤) قصد الباحث استخدام مصطلح " شخص" ليشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية حيث يتصور عملاً سوء النية أو حسنها لكليهما.

ونظراً لتعلق موضوع هذا البحث بالعقود الإدارية[٢٥] وتنفيذها؛ لذا يرى الباحث أن المقصود بهذا المبدأ في مجال تنفيذ العقود الإدارية أنه "قصد الالتزام بالتنفيذ الأمثل للعقد الإداري المصاحب لسلوك طرفيه، يستخلصه القاضي في ضوء ما يحيط بالعقد من ظروف وملابسات"[٢٦].

(٢٥) العقد الإداري هو "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام" يراجع: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط ٥، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ١٩٩١م، ص٥٩.

(٢٦) استخدم الباحث مصطلح طرفيه ليؤكد إمكانية حدوث سوء النية في جانب (المتعاقد وجهة الإدارة)، وعدم استطاعة أي من طرفي العقد أن يقرر حسن نية الطرف الآخر، أو سوءها؛ بل إن الأمر متروك للقاضي باعتبار ذلك مسألة واقع، و" التنفيذ الأمثل" للعقد يستلزم الجمع بين الالتزام القانوني أيا كان مصدره (العقد، أو القانون) والالتزام الأخلاقي.

الفصل الأول
الاعتراف بمبدأ حسن النية في القضاء الإداري

عندما يجلس القاضي على منصة القضاء يتعين عليه أن يبحث ثلاثة أمور مهمة: مدى اختصاصه بنظر النزاع المعروض عليه، وتوافر الشروط الشكلية والموضوعية لنظر هذا النزاع، والنص أو مجموعة النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليه.

وببحث القاضي لهذه الأمور يتأكد لنا أنه لا يتمتع بسلطة مطلقة في قضائه؛ بل هو مقيد بما تلزمه به النصوص القانونية الحاكمة للنزاع المعروض عليه، ومن ثم لا يمكن له الاعتراف بمبدأ حسن النية إلا إذا كان هذا المبدأ معترفاً به في القانون الذي يُعنى بتطبيقه.

لذا يتعين علينا بداءة أن نبحث مدى اعتراف القانون بمبدأ حسن النية؛ فإذا كان معترفاً به قانوناً في الدولة التي يطبق القاضي قواعدها القانونية على المنازعات المعروضة عليه؛ فهنا يمكن الحديث عن الاعتراف القضائي بهذا المبدأ.

وبمطالعة النصوص القانونية في الأنظمة المقارنة يمكن أن أقسم اعتراف الأنظمة القانونية المختلفة، ومن ثم القضائية بالتبعية بهذا المبدأ إلى اتجاهين: أحدهما يوسع من نطاق الاعتراف بهذا المبدأ ليشمل نشأة الالتزام وتنفيذه، والآخر: يضيق منه ليجعله منحصراً في نطاق تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين طرفي التعاقد.

المبحث الأول
الاعتراف بمبدأ حسن النية: في نشأة الالتزام وتنفيذه

من بين التشريعات التي تبنت هذا التوسع في الاعتراف بذلك المبدأ القانون المدني لكيبيك الكندي لسنة ١٩٩٤، الذي نص في مادته ١٣٧٢ على أن "حسن النية يجب أن ينظم تصرفات أطراف الالتزام سواء عند إنشائه أو عند تنفيذه"(٢٧).

وإذا كان النص السابق قد ورد في ضوء القانون المدني، فهنا يثار تساؤل على

(٢٧) ورد النص بتلك المادة على النحو الآتي:
Article 1372: ''La bonne foi doit gouverner la conduit des parties, tant au moment de l'obligation qu'a' celui de son exécution».

قدر كبير من الأهمية حول مدى جواز تطبيقه في إطار قواعد القانون العام (القانون الإداري)، ومن ثم على العقود الإدارية؟

يرى الباحث إمكانية تطبيق هذا المبدأ في مجال نشأة الالتزام التعاقدي، وتنفيذه في العقود الإدارية رغم وروده ضمن نصوص القانون المدني، وذلك للأسباب الآتية:-

١ - إن مبدأ حسن النية يعد من المبادئ الأساسية في القوانين كافة حتى أنه يمكن تطبيقه، ولو لم يرد النص عليه في القانون صراحة؛ فإذا كان الأصل أن المتعاقدين يلتزمان بعدم مخالفة القانون فهما ملتزمان بالابتعاد عن القيام بأي عمل يخالف القانون؛ كالغش، والتواطؤ، وهما مظهران من مظاهر سوء النية(٢٨).

٢ - العقد الإداري كغيرة من العقود يحتاج إلى نية(٢٩)، والنية عند خروجها من النفس، ودخولها في إطار العلاقات القانونية يتعين أن تكون غير مخالفة لنصوص القانون المكون لها، ومن ثم يتعين أن تكون مشروعة.

٣ - الالتزام عند إنشائه، أو تنفيذه يتعين ألا يقتصر على مجرد القيام بعمل، أو الامتناع عنه؛ بل يتعين أن يتم في إطار القواعد القانونية والأخلاقية على حد سواء، ومن ثم يتعين الالتزام بما تقتضيه حسن النية من أمانه وصدق ونزاهة(٣٠).

٤ - تتفق العقود الإدارية مع العقود المدنية من حيث المضمون: فكلاهما عبارة عن تلاقي إرادتين، وتطابقهما على ترتيب آثار قانونية معينة تتمثل عادة في إنشاء التزامات متقابلة في ذمة كل من الجهة الإدارية والمتعاقد معها(٣١)، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا المبدأ على العقود الإدارية، كما هو الشأن في عقود القانون المدني.

٥ - القاضي الإداري قد يلجأ إلى القانون المدني في عدد غير قليل من المناسبات ليطبق من أحكامه بما لا يتنافى مع طبيعة المشكلات الإدارية(٣٢)؛ لذا فإنه لا يوجد تعارض بين تطبيق القاضي لهذا المبدأ على ما يعرض عليه من منازعات تتعلق

---

(٢٨) يراجع: أ. محمد حسين مجلي المجالي، الغش وأثره على العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٤م، ص ٢٤، ٢٧، ٢٨.

(٢٩) يراجع: د. السيد بدوي، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣٠) يراجع: د. محمد البعديوي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود التبادلية، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع ٧-٨، ٢٠٠٨م، ص ١٠٥.

(٣١) يراجع: د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦م، ص ١١٧- ١١٨.

(٣٢) يراجع أ. أحمد محمد هزاع، القوة الملزمة للعقد الإداري، رسالة ماجستير، ٢٠١٠م، جامعة القاهرة، مصر، ص٩.

بالعقود الإدارية، لأن تطبيقه لا يتنافى – في رأي الباحث – مع قواعد القانون بصفة عامة، أو القانون الإداري بصفة خاصه.

المبحث الثاني
الاعتراف بمبدأ حسن النية: في مجال تنفيذ الالتزام

يأتي على رأس هذا الاتجاه العديد من الدول التي اعترفت بمبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية منها فرنسا، ومصر، والمملكة العربية السعودية، وسوف أعرض لها بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

المطلب الأول
الاعتراف بمبدأ حسن النية: في مجال تنفيذ الالتزام في فرنسا

نصت المادة ١١٣٤ من قانون نابليون على أن "الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية"(٣٣)؛ كما أجبر القانون المدني الفرنسي الحالي المتعاقدين على ضرورة تنفيذ التزاماتهم بالشكل المتفق عليه والذي يرضي الطرف الآخر، وأكدت المادتان (٢٢٨٠، ٢٢٧٩) منه على ضرورة حماية حائز المنقول، بل وذهبت المادة (٥٥٥) من ذات القانون لأبعد من ذلك: حيث منحت الحق في التعويض لمن يبني في ملك الغير بحسن نية.

وفي مجال العقود الإدارية فإنه وإن كان القاضي الإداري الفرنسي يلتمس العذر لجهة الإدارة، حينما تبذل أقصى جهد من جانبها في سبيل أداء التزاماتها التعاقدية؛ إلا أنه في أحكام أخرى وإيماناً منه بضرورة تنفيذ الإدارة لالتزاماتها بحسن نية نجده يتشدد في تقدير مسلك الإدارة على ضوء الظروف التي تواجه العقد عند تنفيذه، وينعت مسلك جهة الإدارة بسوء النية المعتاد من جانبها(٣٤).

المطلب الثاني
الاعتراف بمبدأ حسن النية: في مجال تنفيذ الالتزام في مصر

ساير المشرع المصري نظيره الفرنسي في الاعتراف بهذا المبدأ: في مجال تنفيذ العقود، ولكنه أضاف من خلال نصوص متفرقة نماذج أخرى للاعتراف به؛ تعد في جوهرها تقنيناً لما استقر عليه القضاء في هذا الصدد.

---

(٣٣) Article 1134 précisant au troisième alinéa que" les conventions doivent être exécutés de bonne foi'', Loir (romain),op.cit,p.49.

(٣٤) يراجع: د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م، ص ٢٠٠.

ومن بين هذه النصوص ما ورد بنص المادة ١/١٤٨ من القانون المدني الحالي، والتي قررت أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، ونص م/ ٤٤٠ منه والتي أكدت على وجوب أن يخطر المشتري البائع بدعوى استحقاق المبيع في الوقت الملائم، ونص م/٤٤٩ من ذات القانون والتي أكدت على ضرورة أن يخطر المشتري البائع إذا اكتشف عيباً في المبيع خلال مدة معقولة(٣٥).

وتأكيداً لما ذكره الباحث من إمكانية تطبيق هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية فإن القضاء الإداري قد اعترف في مصر بهذا المبدأ بطريقتين إحداهما: الاعتراف الصريح، والأخرى: الاعتراف الضمني على النحو الآتي:

الفرع الأول
الاعتراف القضائي الصريح بمبدأ حسن النية: في تنفيذ العقود الإدارية

يتضح هذا الاتجاه من خلال الأحكام والفتاوى القضائية الإدارية الآتية:

١ – شددت المحكمة الإدارية العليا على وجوب الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقود باعتباره الأصل العام المقرر في الالتزامات عموماً؛ حيث قررت أنه " يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتملت عليه شروطه، وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر في الالتزامات عموماً" (٣٦).

٢ – أرست المحكمة الإدارية العليا – في حكم لها بتاريخ ١٩٩٣/١/٢٠م – مضمون هذا المبدأ بقولها: "إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة في مجال تنفيذ العقود عموماً مدنية كانت أو إدارية: أنه يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتملت عليه شروطه، وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر في الالتزامات عموماً، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقاً

(٣٥) يراجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م، ص ٧٠٢، د. عبد المنعم فرج الصدرة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٠م، ص ٢٠: ٢١.

(٣٦) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٢٧١ لسنة ٤٦ قضائية عليا في ١٦/ ٢٠١٠/٣م.

لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة، وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يفيد طرفيه كأصل عام، ويصبح واجب التنفيذ، ويمتنع عليه الخروج عليه، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا العقد هو شريعته التي تلاقت عندها إرادتهما، ورتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس"(٣٧).

٣ – اعتبرته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها أنه "أصل عام من أصول القانون؛ يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية"(٣٨).

٤ – من الفتاوى التي أكدت على الاعتراف الصريح بهذا المبدأ ما قررته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مؤكدة على أن "المشرع بعد أن ترك لطرفي التعاقد حرية تكوين العقد بإرادتهما، قضى بأنه لا يجوز نقض هذا العقد أو تعديله؛ إلا باتفاقهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، وعلى أن يتم تنفيذه وفقاً لموجبات حسن النية"(٣٩).

٥ – أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة أول مارس ١٩٩٢م على أن مبدأ مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية يطبق على كافة أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بما في ذلك العقود التي تتم بين الجهات الإدارية بعضها بعضاً، وبالتالي يجب ألا تتعسف أي جهة في المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد(٤٠).

الفرع الثاني

الاعتراف القضائي الضمني بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية

يتم هذا الاعتراف من خلال التأكيد على تطبيق أحكام نص م/١٤٨ من القانون المدني المصري فيما تضمنه من إلزام بتنفيذ العقود الإدارية بحسن نية، والتأكيد على أنه أصبح من المبادئ المسلم بها في مجال روابط القانون العام؛ رغم وجود اختلاف بينها وبين روابط القانون الخاص.

---

(٣٧) أشار إلى هذا الحكم د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٣٨) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ إبريل ١٩٥٧م، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية السنة الأولى، مجلد ٢، ص ٩٣.

(٣٩) يراجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ٢٨/ ٢/ ٢٠٠٠م ملف رقم ٨٨/ ١/ ٦٩.

(٤٠) أشار إليها د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام B.o.T دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣م، ص ٢٩٢.

ويعد هذا الاعتراف الضمني مؤكداً وجهة نظر الباحث في إمكانية تطبيق نصوص القانون المدني – التي أكدت على هذا المبدأ في تنفيذ العقود – في مجال القانون العام، وعلى الأخص في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ومن بين تلك الأحكام ما يلي:

١ – أكدت المحكمة الإدارية العليا التزام القاضي الإداري بتطبيق قواعد القانون الخاص في حال وجود نص قانوني يلزمه بذلك حينما قررت أنه "يجب التنبيه بادئ ذي بدء إلى أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، وأنها لا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما كما هي، وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة وقيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم"(٤١).

ويرى الباحث أن نص المادة / ١٤٨ من القانون المدني فيما قرره من أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" يعد من النصوص الملزمة للقاضي الإداري حيث وردت كلمة "عقد" عامة، ومن ثم فهي تشمل كافة أنواع العقود إدارية كانت أم مدنية.

٢ – أكدت محكمة القضاء الإداري على التزام جهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به طبقاً لما تقضي به م/١٤٨ من القانون المدني المصري الحالي؛ مقررة أن هذا الالتزام يعد "مبدأ مسلماً به في مجالات روابط القانون العام، كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص"(٤٢).

٣ – استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة "أن تنفيذ العقد يجب أن يتم طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في

(٤١) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ١ قضائية، جلسة ٢ يونيو سنة ١٩٥٦م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الأولى، ص ٨٠٧ وما بعدها.

(٤٢) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١١/٤/١٩٧٠م، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، السنة الخامسة عشرة، ص ٢٦٥.

إطار الضوابط الواردة بنص م/١٤٨ من القانون المدني باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين(٤٣).

ولم يتوقف الأمر عند حد الاعتراف الصريح والضمني بتطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من جانب القاضي الإداري المصري؛ بل اعترف الفقه القانوني الإداري صراحة بهذا المبدأ مؤكداً أهمية تطبيقه في مجال تنفيذ العقود الإدارية؛ حيث ذهب رأي في الفقه إلى أنه من الثابت أن العقد الإداري يعد رابطة قانونية أساسها حسن النية، ومن مقتضيات حسن النية في مجال تنفيذ العقد الإداري أن تحترم جهة الإدارة كافة التزاماتها الناشئة عن العقد وتنفيذها بطريقة سليمة، وتخضع هذا الفكرة (حسن النية) باعتبارها من الأمور الموضوعية لرقابة القاضي، وفقاً لظروف وملابسات العقد في أثناء تنفيذه؛ حيث يقدر القاضي مدى الجهد المبذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية(٤٤).

المطلب الثالث
الاعتراف بمبدأ حسن النية في مجال تنفيذ الالتزام: في المملكة العربية السعودية

نصت المادة السابعة والسبعون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر عام ١٤٢٧هـ على أنه "يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته، وعلى الوزارات والمصالح الحكومية والأجهزة ذات الشخصية المعنوية المستقلة إبلاغ وزارة المالية بحالات الغش والتحايل والتلاعب فور اكتشافها، وكذلك تزويدها بالقرارات التي تتخذ في هذا الخصوص، بما في ذلك قرارات سحب العمل".

ويعد هذا النص اعترافاً قانونياً بمبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية التي تبرم بين الدولة، أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة ضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

وتعتبر المنازعات التي تنشأ نتيجة تنفيذ تلك العقود من أكثر وأشهر المنازعات التي تعرض على ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية باعتباره جهة قضاء

(٤٣) يراجع فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٣٢١ في ٢٠٠٠/٦/١١م، ملف رقم ٩٧٨/٣/٨٦.

(٤٤) يراجع د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ١٩٨، ٢٠٠.

إداري مستقلة، طبقاً لما ورد بنص المادة الأولى من نظام ديوان المظالم السعودي الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم/ ٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، والتي قررت أنه "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة".

ولما كان النص القانوني السابق: يقرر صراحة وجوب تنفيذ العقود الإدارية بحسن نية؛ لذا فإن القاضي الإداري السعودي يعد ملتزماً بالبحث في مدى التزام طرفي العقد الإداري (جهة الإدارة والمتعاقدين معها) به؛ فهذا المبدأ بالنص عليه في النظام السعودي انتقل من مصاف المبادئ القانونية العامة ليصبح نصاً قانونياً ملزماً لطرفي التعاقد، وملزماً للقاضي الإداري بضرورة التحقق من تطبيقه، ومعاقبة الطرف المتخلف عن تنفيذه باعتباره قد أخل بالتزام قانوني، وليس أخلاقياً.

ورغم المنطق السابق فإن القاضي الإداري السعودي قد حاول البحث عن مبدأ آخر؛ يستطيع من خلاله أن يحمي المتعاقد حسن النية عند تعامله مع الجهة الإدارية، وذلك بطريق غير مباشر، واتبع في ذلك – في رأي الباحث – وسيلتين، الأولى: هي تطبيق مبدأ العدالة، والثانية: هي الخروج على القواعد الشكلية الحاكمة للعقود الإدارية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول
الاعتراف الضمني استناداً لفكرة العدالة

مما لا شك فيه أن تطبيق فكرة العدالة يتضمن في طياته حماية المتعاقد حسن النية في تنفيذه للعقود الإدارية، ولقد سعى القاضي الإداري السعودي في سبيل ذلك متبعاً الخطوات الآتية:

١ – الاستناد لفكرة العدالة فقط في إثبات أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على حقه رغم عدم اتباع جهة الإدارة للقواعد المنظمة للتعاقد؛ حيث أكد ديوان المظالم على أن: ".... عدم اتباع جهة الإدارة للقواعد المنظمة لطرق التعاقد لتوفير احتياجاتها لا يسقط حق المدعي في الحصول على حقه الثابت؛ وذلك استناداً إلى مقتضيات العدالة...."(٤٥)؛ فمما لا شك فيه أن المتعاقد يحسن الظن بالإدارة معتقداً أن إجراءات الإدارة في التعاقد معه تتفق مع صحيح القانون، فعندما يظهر للقاضي

(٤٥) يراجع حكم ديوان المظالم في القضية رقم ٦/٧٤/ق لعام ١٤٢٦هـ، الحكم الابتدائي ٥/د/إ/٢٤ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ١٤٢٧/٦/١٣هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الخامس، ص٢٣٥١.

خلاف ذلك فلا شك أنه يتجه نحو حماية المتعاقد من تنصل جهة الإدارة من التزاماتها.

٢ – الاستناد لفكرة العدالة وقرار مجلس الوزراء في قبول النظر في العقود التي تبرمها الإدارة ولو كانت مخالفة للنظام؛ حيث قرر ديوان المظالم أن "النظر في العقود التي تبرمها جهة الإدارة بالمخالفة لنظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية يكون بما يحقق العدالة بين أطراف العقد – أساس ذلك: قرار مجلس الوزراء رقم ٤٨٧ وتاريخ ٥/٨/١٣٩٨هـ"(٤٦).

ولقد أكد ديوان المظالم على نفس المعنى في حكم آخر مقرراً أنه: "...لما كان الثابت أن المدعية قد أبرمت عقداً مع المدعى عليها بترميم مبنى قديم، ومن حيث إن المدعى عليها عندما أبرمت العقد لم تلتزم في إجراءات إبرامه ومضمون نصوصه الأحكام الواردة في نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية، وقد ثبت ذلك من خلال ما قدمت المدعى عليها من مستندات أوضحت فيها عدم تطبيق نظام تأمين مشتريات الحكومة، فإن النظر في المنازعة في ظل مخالفة العقد للنظام سيكون بما يحقق العدالة بين أطراف الخصومة وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٤٨٧ وتاريخ ٥/ ١٣٩٨/٨هـ، المتضمن أنه في الحالات التي يتضمن أي عقد من العقود التي تبرمها أي وزارة نصوصاً تخالف نظام المشتريات الحكومية يحال العقد لديوان المظالم للبت فيه بما يحقق العدالة..."(٤٧).

الفرع الثاني
الاعتراف الضمني بالخروج على القواعد الشكلية للعقود الإدارية

إذا كان الأصل أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، إلا أن هذا الأصل مرهون بعدم وجود نص قانوني يلزم طرفي العقد بإفراغه في شكل كتابي؛ إذ يتعين في هذه الحالة الالتزام بتطبيق النص القانوني(٤٨).

(٤٦) يراجع حكم ديوان المظالم في القضية رقم ١/١١٩٣/ق لعام ١٤٢٤هـ، الحكم الابتدائي ١٢/د/إ/ ٢١ لعام ١٤٢٧هـ، والمؤيد بحكم التدقيق ٤١٨/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ٢٠/ ١٤٢٧/٦هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الخامس، ص ٢٣٦٨.

(٤٧) يراجع حكم ديوان المظالم في القضية ١/١١٩٣/ق لعام ١٤٢٤هـ، الحكم الابتدائي ١٢/د/ إ/ ٢١ لعام ١٤٢٧هـ، والمؤيدة بحكم التدقيق ٤١٨/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ٦/٢٠/ ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، م/٥، ص ٢٣٧٤.

(٤٨) يراجع د. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص١٧٦.

وحيث نصت الفقرة (أ) من المادة الثلاثين من نظام المنافسات والمشتريات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ على أن: "يُحرر العقد بين الجهة الحكومية ومن رست عليه الأعمال بعد إبلاغه بالترسية وتقديم خطاب الضمان النهائي".

ونصت المادة الحادية والثلاثون من ذات النظام على أنه: "يجوز للجهة الحكومية الاكتفاء بالمكاتبات المتبادلة بدلاً من تحرير العقد إذا كانت قيمة العقد ثلاثمائة ألف ريال فأقل".

كما نصت الفقرة (أ) من المادة الرابعة والأربعين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه: "يُحرر العقد من أربع نسخ على الأقل، نسخة للمتعاقد، ونسخة للمشرف على التنفيذ، ونسخة للإدارة المختصة بالمحاسبة، ونسخة لديوان المراقبة العامة".

يتضح من النصوص السابقة أن كتابة العقد الإداري السعودي هو التزام قانوني إذا ما بلغت قيمته ما يزيد عن ثلاثمائة ألف ريال، ومن ثم يتعين الالتزام بهذه الشكلية، وعدم الخروج عليها.

ونظراً لأن جهة الإدارة قد تتنصل من التزاماتها استناداً لعدم وجود عقد مكتوب بينها وبين المتعامل معها، وقد يحدث عملاً أن تكون جهة الإدارة سيئة النية وتعمد إلى عدم تسليم المتعامل معها الموقع لقيامه بما أسند إليه من أعمال بحجة توقيع العقد، أو تأخر هذا التسليم، وقد يكون من تمت الترسية عليه حسن النية ويقوم بإحضار معداته، ويتعاقد مع عمال ومهندسين، ويقوم بشراء آلات تساعده على إنجاز الأعمال التي تمت ترسيتها عليه، إلا أن جهة الإدارة تماطله في إبرام العقد النهائي، وقد لا تبرمه وتترك من تمت الترسية عليه فترات طويله في حيرة من أمره دون أن تمكنه من القيام بمهامه؛ بل وقد يحدث أن تتطالبه بغرامات تأخير.

وتداركاً من القاضي الإداري السعودي لمثل هذه الحالات خرج على القاعدة السابقة واعتبر أن مجرد ترسية المنافسة بمثابة عقد بين من تمت الترسية عليه وجهة الإدارة، وهذا الاتجاه بلا شك يمثل حماية للمتعاقد حسن النية الذي تقدم للمنافسة؛ إلا أن جهة الإدارة ماطلت في كتابة العقد معه.

ومن بين الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم في هذا الشأن ما قرره من أن: "....تقديم العروض في العقود الإدارية يأخذ حكم الإيجاب في عقد البيع، وبصدور موافقة المدعى عليها بتعميد المدعية بالتوريد، ما يدل على القبول منها خلال المدة

المحددة بإيجاب المدعي... بتأمين المطلوب، ومن ثم فإن العقد بين الطرفين قد تم إبرامه واستكمل شروطه وأركانه سوى أن العقد لم يكن محرراً تحريراً نهائياً، إلا أن الدعوة للمنافسة وشروط المنافسة والإيجاب والقبول وما يتضمنانه من شروط بين الطرفين تقوم مجتمعة مقام العقد النهائي"(٤٩).

ولم يكتف القاضي الإداري بالخروج على القواعد الشكلية الخاصة بكتابة العقد الإداري فقط: بل خرج على "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين" حين أعفى المستأجر من سداد الأجرة المقررة على عقد الإيجار المبرم بينه، وبين البلدية من التاريخ المحدد بالمادة السابعة من العقد المبرم بين المدعي (المستأجر) والمدعى عليها (البلدية)، واعتبرته من تاريخ دخول الضغط العالي للتيار الكهربائي. واستندت في ذلك إلى عدة أسانيد منها: تقاعس المدعى عليها عن الإيفاء بالتزاماتها وخدماتها التي من الواجب توفيرها للمستأجر، ومن ضمنها دخول الضغط العالي للكهرباء، وعدم إصدار الجهة الإدارية تراخيص البناء إلا بتاريخ متأخر وكذلك الرخص(٥٠).

رأي الباحث في موقف القاضي السعودي من هذا الاعتراف

يرى الباحث أن سعي القاضي الإداري السعودي نحو تحقيق العدالة في مجال تنفيذ العقود الإدارية إنما يرجع إلى مرجعيته الشرعية المرتبطة بالشريعة الإسلامية التي تأبى الظلم، وتأثره إلى حد كبير بالقضاء الشرعي، رغم التسليم بأن العقد الإداري لا يمكن أن يقوم على فكرة العدالة المطلقة؛ إذ يتميز بأنه يحوى شروطاً استثنائية غير متعارف عليها في قواعد القانون الخاص؛ كما يقوم على مبدأ انعدام التوازن بين المراكز القانونية وبين جهة الإدارة والمتعاقدين معها.

لذا فإنه كان من الأحرى بالقاضي الإداري السعودي أن يستند صراحة لمبدأ حسن النية في الوصول إلى فكرة العدالة، وليس العكس، وليته اهتدى بما فعله

---

(٤٩) يراجع حكم ديوان المظالم في القضية رقم ١/٣٤٦١/ق لعام ١٤٢٤هـ، الحكم الابتدائي ١٠٦/د / إ/١١ لعام ١٤٢٦هـ، المؤيدة بحكم التدقيق ٢٧٣/ت / ١ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ١٩/٤/١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، م/٥، ص٢٢٥٨:٢٢٦٦، والقضية ١/٥٠٧٩/ق لعام ١٤٢٥هـ، الحكم الابتدائي ٣١/د/ف / ٣٥ لعام ١٤٢٧هـ، حكم التدقيق ٤٧٧/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ١٨/٧/١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، م/٥، ص ٢٥٠٤.

(٥٠) يراجع حكم ديوان المظالم في القضية رقم ١/٤٣٣٨/ق لعام ١٤٢٥هـ، الحكم الابتدائي ٦٠/د/ف/٣٤ لعام ١٤٢٦ هـ، حكم التدقيق ٨٢/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ٢٧/١/ ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، م/٥، ص ٢١٤٨.

القاضي الإداري المصري من اعتراف صريح به؛ فالقاضي الإداري السعودي لديه نص قانوني صريح في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية يستطيع أن يطبقه مباشرة على كافة الوقائع المعروضة عليه؛ ومن ثم فهو غير مجبر على نقل نص في القانون المدني ليثبت إمكانية تطبيقه في مجال تنفيذ العقود الإدارية، كما هو الشأن في حال القاضي الإداري المصري.

إن خروج القاضي الإداري على القواعد الشكلية الملزمة للعقود الإدارية هو محل نظر؛ ذلك أنه ينطوي على مخالفة صريحة لنصوص قانونية إدارية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كما أن القول بأن العقد هنا هو مجرد تلاقي إرادتين يعد بمثابة خرق لقواعد القانون الإداري إذ يجعل العقد الإداري كالعقد المدني يمكن إثباته بكل طرق الإثبات كشهادة الشهود، وهذا الأمر يعد مستحيلاً في العقود الإدارية، ولعل القاضي الإداري في هذا الشأن يبدو متأثراً بالفقه والقضاء الشرعيين، وكان من الأحرى به – كما سبق القول – الاستناد إلى مبدأ حسن النية كمبدأ مستقل يستطيع من خلاله أن يعيد التوازن للعقد الإداري ويحقق العدالة، دون الحاجة إلى هذا الخروج عن القواعد القانونية الثابتة.

الفصل الثاني
المشكلات القانونية لتطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية وطرق حلها

المبحث الأول
المشكلات القانونية

يواجه تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية العديد من المشكلات القانونية، لعل أهمها ما يتمتع به العقد الإداري من طبيعة خاصة، وسيادة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتعدد وتنوع العقود الإدارية، وصعوبة الاستناد لهذا المبدأ كسبب للدفع بعدم تنفيذ الالتزام، وسوف نعرض لهذه المشكلات كل على حدة على النحو الآتي:

المطلب الأول
الطبيعة الخاصة للعقد الإداري

تمثل الطبيعة الخاصة للعقد الإداري إحدى أهم العقبات التي تواجه تطبيق "مبدأ حسن النية" في مجال تنفيذ العقود الإدارية؛ ذلك أن العقد الإداري تظهر فيه الدولة، أو أحد مؤسساتها العامة بمظهر السلطة الحاكمة المهيمنة على العقد، بل والعين الحارسة على تنفيذه بالكيفية، وعلى الوجه الذي تراه محققاً لمصلحة المرفق العام الذي تمثله.

ويذهب رأي في الفقه إلى القول: بأن العقود الإدارية وعقود القانون الخاص إنما يشتركان معاً في عدد من العناصر الرئيسية؛ كالتراضي والمحل والسبب، ومع ذلك يختلف العقد الإداري عن عقود القانون الخاص اختلافاً جوهرياً فيما يتعلق بالمبادئ والقواعد الخاصة التي تنظمه(٥١).

وهنا نجد أنفسنا أمام عدم مساواة بين طرفي العقد، أحدهما: طرف قوي (الجهة الإدارية) والآخر: طرف ضعيف (المتعاقد معها) ليس أمامه إلا قبول التعاقد مع الجهة، أو عدم الدخول في علاقة مع جهة الإدارة من الأصل.

(٥١) يراجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م، ص٢٤٩.

وهذا الانعدام في المساواة يجعلنا أمام اختلاف في المراكز القانونية بين جهة الإدارة، والمتعاقد معها حيث تتمتع الإدارة بسلطة وضع العديد من الشروط الاستثنائية التي لا وجود لها في مجال عقود القانون الخاص.

وهنا يعد تمسك المتعاقد مع الإدارة بأنه كان حسن النية عندما قام بعمل ما أو امتنع عن القيام به لا مجال ولا حكمة له من قبل الطرف الأقوى (الإدارة).

ومضمون هذه المشكلة إنما يتمثل جوهره في صعوبة قيام المتعاقد مع الإدارة بأي عمل يخالف ما ورد بالعقد المبرم مع الإدارة دون الرجوع إليها، ومن ثم لا يجوز له أن يحتج بحسن نيته في القيام بعمل ما دون الحصول على موافقة منها على القيام به.

المطلب الثاني
مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يمثل "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، الوجه الآخر والمكمل للعقبة الأولى في طريق مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية؛ إذ إن قيام المتعاقد مع الإدارة بعمل ما بحسن نية قد يصطدم في جل الأحيان بمخالفة لنص من نصوص العقد المبرم مع الإدارة.

ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تحكم العقود بصفة عامة، ولقد بلغ من الأهمية مبلغاً يوصف فيه بأنه "قانون العقود"؛ ذلك أن العقد الذي أبرم صحيحاً مكتملاً أركان انعقاده، وشروط صحته ينشأ عنه التزام يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون، وكما لا يجوز للفرد أن يتحلل من القانون فإنه لا يمكنه أن يتحلل من العقد(٥٢) ففكرة القوة الملزمة للعقد تعتبر في هذه الحالة جزءاً لا يتجزأ من تحديده وتعريفه(٥٣).

ويمكن للباحث تحديد الصعوبات التي يواجهها تطبيق "مبدأ حسن النية" في مواجهة "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" في مجال تنفيذ العقود الإدارية في النقاط الآتية:

---

(٥٢) يراجع د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٥م، ص٢١٨، د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ١١١.

(٥٣) يراجع د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، دراسة في القانون المدني المصري مع المقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٢م، ص١٣.

١ – إن "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" يتفق مع الطبيعة المميزة للعقد الإداري؛ حيث تستطيع الجهة الإدارية – كما سبق القول – أن تُضَمِنْ العقد كل ما تستطيع أن تلزم به الطرف الآخر من التزامات، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج بعكس ما هو مدون في تلك الوثيقة باعتبارها وثيقة قانونية ملزمة للطرفين.

٢ – يحظى "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" دعماً قضائياً كبيراً تزخر به الأحكام القضائية في مجال العقود المدنية والإدارية على حد سواء، ويستطيع القاضي بكل سهولة أن يستخلص المخالفات القانونية في ضوء ما ورد بنصوص العقد من التزامات متبادلة أو تلك الالتزامات الملقاة على عاتق أحد الطرفين دون الآخر.

٣ – يلقى "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" تأييداً وانتشاراً في الفقه القانوني نتيجة انتشار المذهب الفردي بعد الثورة الفرنسية؛ حيث لعب الفقه الفرنسي الدور الفاعل في تدعيم هذا المبدأ وإرساء قواعده، وكان من مظاهر هذا التدعيم ونتائجه صدور قانون نابليون مدعماً لتلك النظرة الفردية، ومعلياً من شأن حرية الأفراد؛ بعدما عاشت فرنسا عصور الظلام التي عانت فيها من سطوة وسيطرة طبقة النبلاء على مقدرات البلاد والعباد.

٤ – يعد هذا المبدأ مظهراً من مظاهر إعلاء دور الإرادة في العلاقة التعاقدية باعتبارها العنصر الأهم في تكوين العقد، بل ويعتبره الفقيه "Gounot" العنصر الوحيد في تكوينه(٥٤).

ولم يتوقف الأمر عند حد إعلاء دور الإرادة؛ بل إن أنصار هذا المبدأ يرون أن الأفراد أحرار في إبرام ما شاءوا من عقود، شريطة أن تكون صحيحة، وتصبح بعد ذلك لها قوتها الملزمة التي لا تختلف عن القوة الملزمة للقانون(٥٥).

ومما سبق يتضح أن تطبيق مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية يتعثر كثيراً في مواجهة تطبيق "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"؛ حيث ستتمسك الإدارة في كل الأحيان بما ورد بنصوص العقد كسبب مبرر لإثبات خطأ المتعاقد معها، ولو كان هذا الأخير حسن النية.

---

(٥٤) حيث ذهب هذا الفقيه للقول بأن
"Dans l'acte juridique,la volonté' est tout: elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme le seul élément de son interprétation" Gounot(E.): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé:contribution a' l'étude critique de l' individualisme juridique, Dijonm1912, p.136

(٥٥) يراجع: م. حسين عامر، مرجع سابق، ص٥.

المطلب الثالث
تعدد وتنوع العقود الإدارية وعصيانها على التقسيم

سبق القول أن "مبدأ حسن النية" يجمع – في رأي الباحث – بين عنصرين أحدهما شخصي والآخر واقعي؛ يحاول القاضي أن يستخلص وجوده، أو انعدامه من واقع وظروف وملابسات المنازعات المعروضة عليه.

لذا فإن هذا المبدأ يواجه صعوبة في استخلاصه مع تعدد وتنوع العقود الإدارية، فما يعد حسن نية في عقد ما، قد لا يعد كذلك في غيره من العقود الأخرى التي تتطلب يقظة في التعامل وحيطة وحذر أكثر منها، وهكذا.

ومما يزيد من صعوبة مهمة القاضي أيضاً في استخلاص هذا المبدأ تلك الحقيقة التي اعترف بها بعض فقهاء القانون الإداري، والمتمثلة في عدم إمكانية تقسيم العقود الإدارية؛ كما هو الحال في عقود القانون الخاص.

ولقد أكد رأي فقهي المعنى السابق: مقرراً أنه من غير الممكن اتباع التقسيم المتبع في العقود المدنية؛ حيث لا يمكن الجزم بتصنيف العقود الإدارية من حيث الآثار إلى عقود ملزمة لجانب واحد، وعقود ملزمة لجانبين إلا نادراً، لأن معظم العقود الإدارية تلزم الجانبين: الإدارة والمتعاقد معها(٥٦).

ويتضح مما سبق أن تعدد وتنوع العقود الإدارية، وعدم جواز خضوعها للتقسيم والحصر يمثل عقبة أمام القاضي الإداري في شأن إعمال وتطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية؛ حيث إنه قد يجعل القاضي يصنف عملاً ما بأنه مصحوب بحسن النية في منازعة ما معروضة عليه، وذات العمل قد لا ينطبق عليه ذات الوصف في شأن منازعة أخرى.

المطلب الرابع
غموض بعض النصوص والبنود الحاكمة للعقود الإدارية

قد يقع المتعاقد مع الإدارة في كثير من الأحيان في فهم خاطئ لبعض النصوص القانونية التي تحكم العلاقة التعاقدية؛ إما لغموض في صياغة تلك النصوص، أو لحداثة عهد المتعاقد بالتعامل مع الجهات الإدارية.

(٥٦) يراجع: د. محمود خلف الجبورى، العقود الإدارية، جامعة بغداد، بيت الحكمة، العراق، ١٩٨٩م، ص١٨.

وقد يصيب الغموض واللبس نصوص العقد الإداري نفسه، وهو الأمر الذي يدفع المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ الاتفاق على وجه معين قد يزيد من التزاماته، أو يجعل تنفيذ التزاماته مرهقة.

فعلى سبيل المثال لا الحصر ورد النص في المادة السابعة والسبعين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الحالي الصادر عام ١٤٢٧هـ على أنه "يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته، وعلى الوزارات والمصالح الحكومية والأجهزة ذات الشخصية المعنوية المستقلة إبلاغ وزارة المالية بحالات الغش والتحايل والتلاعب فور اكتشافها، وكذلك تزويدها بالقرارات التي تتخذ في هذا الخصوص، بما في ذلك قرارات سحب العمل".

ويتضح من النص السابق أنه أوجب على المتعاقدين تنفيذ عقودهم بحسن نية دون توضيح لمفهوم ومدلول هذا المصطلح، أو على الأقل عرض أمثلة لما يعد من قبيل حسن النية في تنفيذ العقد أم لا.

بل والأكثر من ذلك لم يقرر النص المذكور جزاء على مخالفة هذا المبدأ، كما ورد في حالات الغش والتحايل والتلاعب؛ حيث ألزم الجهة الإدارية بضرورة الإبلاغ عن مثل تلك الوقائع فور وقوعها.

أما في مجال صياغة العقود الإدارية فحالات الغموض وعدم التحديد – في رأي الباحث – كثيرة ومتشعبة، فهناك في بعض الأحيان صياغات بائسة يحررها أشخاص غير متخصصين في مجال صياغة العقود الإدارية، ومنهم من يضع عنواناً للعقد الإداري يكاد يكون فقرة كاملة، أو يسمي عقد المعاونة بأنه عقد استئجار، وعقد التأجير بأنه عقد معاونة.....الخ.

كما أنه قد يرد ببنود العقد عبارات تتنافي مع الأصول الفنية لصياغة العقود الإدارية، كأن تذكر عبارات متناقضة لمدة العقد، أو تاريخ سريانه، أو قيمته، أو الدفعات المستحقة عن كل فترة.....الخ.

كل هذا اللبس والغموض قد يدفع المتعاقد مع الإدارة بحسن نية إلى انتهاج سلوك قد يوقعه في مخالفة لبند من بنود العقد.

المطلب الخامس
الدفع بعدم التنفيذ استناداً لمبدأ حسن النية

إذا كان مبدأ حسن النية قد ثبت الاعتراف به – في رأي الباحث – على نحو ما سبق، فإن هذا الاعتراف يدفعه لطرح مشكلة قانونية أكثر دقةً وتعقيداً، وقد لا تقل أهمية عن تطبيق هذا المبدأ ذاته في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

وتتمثل هذه الإشكالية في طرح التساؤل التالي: إذا كان القاضي الإداري يعترف بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية؛ فهل يجوز لأي من طرفي العقد أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية استناداً إلى سوء نية المتعاقد الآخر وفي مواجهته؟

يتعين قبل الإجابة عن هذا التساؤل أن نتعرف أولاً على مفهوم هذا الدفع وشروطه بإيجاز، ثم مدى خطورة تطبيقه في مجال العقود الإدارية، وموقف الفقه الإداري من الاعتراف به في مجال تنفيذ العقود الإدارية على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ: هو "نظام قانوني مؤداه أنه في العقود المتبادلة يسوغ لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء موجباته المقابلة، أو يعرض على الأقل أداءها مادامت هذه الموجبات الأخيرة حالة الأداء بدورها[٥٧].

ويهدف الدفع بعدم التنفيذ إلى تحقيق المساواة والعدالة بين طرفي العقد حتى لا يجد أحدهما نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد في حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه[٥٨].

ثانياً: طبيعة الدفع بعدم التنفيذ: يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية موضوعية ومؤقتة لمواجهة مطالبة الدائن بالتنفيذ، إذ أن التمسك بعدم الدفع لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بصفة تامة وإنما يرمي فقط إلى وقف تنفيذه، ذلك لأن وقف التنفيذ في الأصل لا يؤثر على الالتزام الذي يبقى قائماً بكل مقوماته[٥٩].

---

(٥٧) يراجع: د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٧، طبعة ١، ٢٠٠٨م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص٣٤٥.

(٥٨) يراجع: د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مرجع سابق، ص ٩، ١٠.

(٥٩) De page (H.),Traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles, Tome 2,1964,p.828.

ثالثاً: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

١ – أن يكون العقد ملزماً للجانبين(٦٠): بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت(٦١)، ولقد أكدت على هذا الشرط محكمة النقض الفرنسية مقررة " أن تداخل الالتزامات المتبادلة ينتج من عقد ملزم للطرفين، أما العقد الملزم لطرف واحد فلا يتحقق فيه الدفع بعدم التنفيذ، لأن هذا العقد لا ينشئ التزامات إلا على عاتق طرف واحد(٦٢)؛ وبحيث يكون التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر(٦٣).

٢ – أن يكون الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه مستحق الأداء ومشروعاً(٦٤)؛ فلا يجوز أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مرتبطاً بأجل واقف؛ لأن هذا النوع من الالتزامات يعتبر التزاماً كامل الوجود، ولكن نفاذه قد تم إرجاؤه لبعض الوقت(٦٥).

٣ – يجب ألا يكون أحد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه حسب العرف، أو الاتفاق أولاً؛ فإذا كان العرف أو الاتفاق بين الطرفين يقضي بأن أحد المتعاقدين ملتزم بسداد التزامه قبل الآخر؛ فإنه لا يحق له أن ينتفع بالدفع بعدم التنفيذ، وإنما يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر.

٤ – يجب ألا يكون الجزء المنفذ من التزام الطرف الآخر قليل الأهمية؛ فلا يجوز التمسك بهذا الدفع في حال ما إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكتمل أو أصبح ما لم ينفذ منه ضئيلاً أو قليل الأهمية، ويعد هذا الشرط بمثابة تأكيد لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وعدم جواز تعسف المتعاقد في استخدام هذا الحق(٦٦).

---

(٦٠) ولقد عرف الفقيه لويس بوييه العقود الملزمة للجانبين بأنها العقود التي في كل منها يلتزم المتعاقدان بالتبادل فيما بينهما كل منهما تجاه الآخر، ومحكمة الموضوع هي التي تقرر ما إذا كانت الالتزامات متقابلة أم لا؟
- Boyer (Louis), Droit civil, Dalloz,1993,paris, France, p.163-207

(٦١) De page (H.),op.cit,p.828.

(٦٢) Cass 27/12/1960,Bull.civ.1961,no.1,p.630.

(٦٣) Casse 5/5/1926, B,no.1,p.63.

(٦٤) يراجع: د. منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م، ص ٩٦.

(٦٥) يراجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه العربي، ج٦، مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، نسخة منقحة، دون تاريخ، بيروت، لبنان، ص١٧٠ وما بعدها.

(٦٦) Reg.26oct.1925 D.h.1925,p.627.

ثالثاً: مراحل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يمر بمرحلتين إحداهما: غير قضائية، والأخرى قضائية؛ فالمرحلة الأولى لا تحتاج إلى عمل إيجابي، وإنما تتحقق بامتناع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه، أما الثانية فإنها تحتاج إلى تدخل القضاء، فهي لا تتحقق إلا بقيام المتعاقد الآخر برفع دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول، وفي هذه المرحلة يخضع هذا الدفع لرقابة القضاء(٦٧).

رابعاً – خطورة هذا الدفع في مجال العقود الإدارية:

يرى الباحث أن خطورة هذا الدفع في مجال تنفيذ العقود الإدارية تتمثل في كونه بحسب الأصل يرجع لتقدير المتعاقد المتمسك به وبإرادته المنفردة، فإن شاء تمسك به وإن شاء تركه، ومن ثم يؤثر هذا السلوك السلبي على حسن انتظام وسير المرافق العامة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

خامساً – موقف الفقه الإداري من هذا الدفع:

يستطيع الباحث في هذا الصدد أن يميز بين اتجاهين أحدهما: ينكر تماماً أحقية المتعاقد مع الإدارة في التمسك بهذا الدفع، والآخر: يجيز ذلك باعتباره من مقتضيات العدالة على النحو الآتي:

١ – ذهب رأي للقول بأن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع إزاء تعنتها، أو عدم التزامها بالعقد أن يدفع بعدم التنفيذ كما هو الحال في القانون المدني، بحجة أن الإدارة قصرت في تنفيذ التزاماتها ما لم يؤد ذلك التقصير إلى استحالة تنفيذ العقد، وعندئذ يحق له أن يطلب فسخ العقد وتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب(٦٨).

٢ – ذهب رأي في الفقه للقول: "إن أساس الدفع بعدم التنفيذ يتوافق مع مبدأ العدالة الذي ينبغي أن يسود بين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، لما ينطوي عليه ذلك من ضمان في تنفيذ الالتزامات المتبادلة تنفيذاً متقابلاً ومتعاصراً، علماً أنه ليس من العدل أن يؤذن للمتعاقد أن يجبر المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، طالما لم ينفذ هو التزامه المستحق بالأداء، إذ أن قاعدة عدم مراعاة" عهد من لا عهد له تعد صورة من تطبيقات العدالة وحسن النية"(٦٩).

---

(٦٧) يراجع: د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٤١٢.

(٦٨) يراجع د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٩م، ص٥٦٣.

(٦٩) De Page (H.),op.cit,p.828

كما أكد على هذا المعنى رأي آخر مقرراً أن الطرفين المتعاقدين لا يلتزمان فقط بما يصرح به في العقد، وإنما يمتد التزامهما ليشمل سائر المستلزمات الأخرى التي يقررها القانون، أو العرف، أو العدالة وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام التعاقدي(٧٠).

رأي الباحث:

يرى الباحث عدم جواز تطبيق هذا الدفع في مجال تنفيذ العقود الإدارية استناداً لمبدأ حسن النية في مرحلته السلبية؛ والمتمثلة في امتناع أحد طرفي التعاقد عن التنفيذ استناداً إلى سوء نية الطرف الآخر للأسباب الآتية:

١ – سيترتب حتماً على التمسك بهذا الدفع في تلك المرحلة زعزعة في استقرار المعاملات التعاقدية الإدارية، وهو ما سيؤثر على أداء المرافق العامة التي تسعى الإدارة لحسن سيرها بانتظام واطراد.

٢ – لا ينطبق الشرط الثالث من شروط التمسك بهذا الدفع في مجال تنفيذ العقود الإدارية، والمتمثل في ألا يكون أحد المتعاقدين ملزماً قانونًا أو عرفاً بتنفيذ التزامه أولاً؛ إذ أن العقود التي تبرمها الإدارة تلزم المتعاقد معها بتنفيذ التزامه أولاً بمقتضى العقد أو القانون، ثم تفي هي لاحقاً بالتزاماتها، كما هو الحال في عقود المقاولات أو الأشغال العامة، حيث يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفق المراحل الزمنية المتفق عليها، ثم يحصل في نهاية كل مرحلة على المستخلص المالي لهذا التنفيذ.

وإذا كان الباحث قد انتهى إلى عدم جواز التمسك بهذا الدفع استناداً لكون الطرف الآخر كان سيئ النية، وعدم أحقيته في الامتناع عن التنفيذ بإرادته المنفردة لحين وفاء الطرف الآخر بالتزاماته، فإنه يتعين أن يكون سوء النية محل اعتبار عند رفع دعوى أمام القاضي الإداري، فهنا يرى الباحث أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بهذا الدفع إذا ما ترتب عليه جعل تنفيذ الالتزام لأحد المتعاقدين مرهقاً، وحقه في طلب التعويض اللازم عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نية.

المبحث الثاني
الحلول القانونية

رغم ما يواجهه الاعتراف القانوني والتطبيق العملي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية من صعوبات ومشكلات قانونية – على نحو ما سبق – إلا أن أهمية

(٧٠) يراجع د. محمد البعديوي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

هذا المبدأ وضرورته لحسن تنفيذ العقود الإدارية يلقيان على عاتق الفقه القانوني مسؤولية جسيمة في محاولة البحث عن حلول قانونية لما يواجهه من عقبات، وهذا ما سيتناوله الباحث بالعرض والدراسة في المطالب الآتية:

المطلب الأول
التغلب على الطبيعة الخاصة للعقد الإداري

إذا كانت الطبيعة الخاصة للعقد الإداري تقف عقبة أمام التمسك بمبدأ حسن النية، ورغم أن تلك الخصوصية تعد أمراً لا يستطيع قانوني أن ينكره في الوقت الحاضر، إلا أن تلك الطبيعة الخاصة للعقد الإداري لا تتعارض مع تطبيق مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقود الإدارية وذلك للأسباب الآتية:

١ – العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني هو عمل قانوني، ومن ثم فإن الاختلاف بينهما هو اختلاف في طبيعة المراكز القانونية بين طرفيه؛ فبينما يقوم العقد المدني على قاعدة المساواة في المراكز القانونية، فإن العكس تماماً في العقد الإداري، وهذا الاختلاف لا يؤثر على الطبيعة القانونية لكلا العقدين، فكلاهما يعد عملاً قانونياً يرتب آثاره القانونية بين طرفيه باكتمال شروطه وأركانه القانونية(٧١).

٢ – إذا كان العقد الإداري يتميز عن نظيره المدني في سعيه لتحقيق المصلحة العامة بخلاف العقد المدني الذي يحقق مصلحة شخصية بين طرفيه؛ إلا أن هذا الهدف العام لا يتعارض مع تطبيق مبدأ حسن النية؛ بل على العكس من ذلك فإن التمسك بهذا المبدأ قد يكون عنصراً إيجابياً في حث المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته بأكبر قدر ممكن من النزاهة والشفافية.

٣ – يمثل تطبيق مبدأ حسن النية ضمانة أساسية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية (المتعاقد مع الإدارة)؛ بل إنه يعد بمثابة طوق النجاة له ضد تعسف الإدارة، ويحقق إعادة التوازن ولو جزئياً بين طرفي العقد الإداري؛ حتى لا تصبح الهوة كبيرة بينهما.

٤ – توجد أهمية واقعية وقانونية لتطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، وليس أدل على ذلك من حرص النصوص القانونية والأحكام القضائية على التأكيد عليه.

(٧١) يراجع د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ١١٢.

٥ – إذا كان أغلب الفقه القانوني الإداري يرى وجود طبيعة خاصة للعقد الإداري تميزه عن العقد المدني إلا أنه ما يزال هناك من الفقهاء مَن لا يعترف بتلك الطبيعة الخاصة للعقد الإداري ومنهم الفقيه "Duguit" والذي يقرر أنه "لا يوجد تمييز بين العقد المدني والعقد الإداري، حيث تنقسم الأعمال القانونية لديه إلى ثلاثة أقسام (القواعد القانونية، القواعد الموضوعية – أعمال الشرط، الأعمال القانونية الشخصية)، ويرى أن المثال المتكرر على العمل القانوني الشخصي في القانون العام والخاص هو العقد، وأن الاختلاف بين العقدين إنما هو اختلاف في الهدف الذي يترتب عليه اختلاف في جهتي القضاء، أما العقدان فيعد كل منهما من طبيعة قانونية واحدة(٧٢).

المطلب الثاني
التغلب على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

رغم أن مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" يمثل القانون الحاكم للعقود كافة، إلا أن هذا المبدأ – بما يقتضيه من حق طرفي العقد في التمسك بكل ما ورد بالعقد حرفياً – قد يؤدي إلى الغلو والإضرار بالطرف الآخر(٧٣).

ويرى الباحث أن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومبدأ "حسن النية" في مجال تنفيذ العقود الإدارية؛ يتعين النظر إليهما كمبدأين متكاملين، وليسا متضادين بمعنى أن طرفي العقد الإداري يتعين عليهما الالتزام بما ورد بنصوص العقد وبنوده، وفي ذات الوقت يتعين أن يتزامن هذا الالتزام مع ضرورة تنفيذ تلك البنود بحسن نية بما يحقق التنفيذ الأمثل لتلك البنود، فقد يضر التنفيذ الحرفي بأي من طرفي التعاقد.

ومن هنا يتضح أن مبدأ "حسن النية" يعد بمثابة الروح للعقد الإداري؛ بينما يعد مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" بمثابة جسده، ولأن الجسد لا حياة فيه بدون روح؛ والروح لابد لها من جسد تسكن فيه، فكذلك فإن هذين المبدأين يتعايشان، ويكمل كل منهما الآخر.

كما يرى الباحث أن مبدأ حسن النية مبدأ عام، ومن ثم فهو صالح للتطبيق في كافة القواعد القانونية رغم اختلافها نوعياً، وليس أدل على ذلك من نشأة هذا المبدأ

---

(٧٢) De laubadere (A.): Traité des contras Administratifs, Paris, France, 1983, p.39-40.

(٧٣) يراجع: د. الهادي السعيد عرفة، مرجع سابق، ص ١٤٥.

في أحضان القانون المدني، ثم انتقاله إلى قواعد القانون الدولي، بل والأكثر من ذلك فهناك من تحدث عن تطبيق هذا المبدأ في القانون الجنائي(٧٤).

هذا ويعد مبدأ حسن النية من المبادئ وثيقة الصلة بقواعد العدالة، ومن ثم يعد تطبيقه في كافة العقود على قدم المساواة إرساء لدعائم تلك الصلة وتعظيماً لدور القانون في تحقيق العدالة والنهوض بأعبائها(٧٥).

المطلب الثالث

التغلب على تعدد وتنوع العقود الإدارية وعصيانها على التقسيم

تلقي إشكالية التعدد وعدم القابلية لتقسيم العقود الإدارية بتبعة ثقيلة على القاضي الإداري في استخلاص "مبدأ حسن النية".

ويرى الباحث أن التغلب على تلك الصعوبة لا يمكن أن يتم إلا من خلال حث الفقه القانوني الإداري على وضع تقسيم محدد للعقود الإدارية يستطيع القاضي الإداري أن يستفيد منه، ويضع ضوابط لكل نوع من تلك الأنواع؛ وبحيث يسهل عليه أن يميز بين الأنواع المختلفة للعقود الإدارية.

ولقد بدأت تلك المحاولات الفقهية بالفعل منذ فترة بعيدة حينما ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول "بإمكانية تقسيم العقود الإدارية من حيث الآثار على النمط المعروف في القانون الخاص؛ فمنها ما يرتب التزامات في جانب كل من الطرفين المتعاقدين، ومنها ما يرتب التزامات في جانب واحد؛ إلا أنه عاد بعد ذلك وأقر بأن الأصل في العقود الإدارية أنها ملزمة للجانبين"(٧٦).

وذهب آخر إلى القول بأن: "العقود الإدارية وإن اختلفت باختلاف تشريعات الدول، أو اجتهادات القضاء إلا أنه يمكن القول بإمكانية وضع اسم معروف ونظام قانوني خاص بها"(٧٧).

---

(٧٤) يراجع: د. محمد العوايدة، فكرة حسن النية من الوجهة الجنائية دراسة تحليلية مقارنة (مدلولها - معيارها- آثارها)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م.

(٧٥) Newman (R.A (Equity in the World's Legal System, Brussels, U.S.A,1973,p.79.

(٧٦) يراجع: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه د. محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر٢٠٠٨م، ص١٠٥.

(٧٧) يراجع: د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩م، ص١٩١.

وذهب ثالث إلى القول بأنه: "بالإمكان اتباع بعض تصنيفات العقود المدنية في مجال العقود الإدارية؛ كتصنيف العقود الإدارية من حيث التنفيذ، شأنها في ذلك شأن العقود الإدارية، إلى عقود إدارية فورية التنفيذ كبيع مال من أموال الدولة، وعقود مستمرة التنفيذ كعقد التوريد الإداري، وعقد الإيجار الإداري، ويمكن تقسيم العقود الإدارية إلى عقود إدارية مسماة وعقود إدارية غير مسماة، فالنوع الأول منها يشمل العقود الإدارية المنصوص عليها في التشريعات الخاصة، مثل عقود الأشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة، وعقود القروض العامة في فرنسا، ويطلق عليها "العقود الإدارية بنص القانون" (٧٨).

المطلب الرابع
التغلب على غموض الصياغة أو النصوص القانونية لبعض العقود الإدارية

غموض الصياغة القانونية لبعض العقود الإدارية؛ يعد من أهم العقبات التي قد تدفع المتعاقد مع الإدارة – وهو حسن النية – لمخالفة النص الغامض، أو التحول به عن مضمونه المقصود له.

ويرى الباحث أن غموض الصياغة القانونية للعقود الإدارية يمكن التغلب عليه من خلال المقترحات الآتية:

١ – إسناد أمر الصياغة القانونية للعقود في كافة الجهات الإدارية لذوي الاختصاص من القانونيين، وتدريبهم على فنون وأدوات الصياغة القانونية.

٢ – يتعين أن يشار في العقد الإداري لجهة مشتركة بين طرفي العقد تكون مسؤولة عن تفسير ما قد يرد في العقد من نصوص غامضة أو مبهمة.

ويشيد الباحث في هذا الصدد بنص المادة /٥٨ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي ٤٧ لسنة ١٩٧٢م والتي أسندت لقسم الفتوى بمجلس الدولة مهمة إصدار فتواه القانونية في كل عقد تبرمه وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة؛ بل وألزمت تلك الجهات بضرورة الحصول على فتوى القسم المختص بمجلس الدولة قبل إبرام أو إجازة أي عقد إداري، ومن ثم يعد إبرام تلك العقود؛ أو إجازتها

(٧٨) يراجع: د. عثمان ياسين، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعويي الإلغاء والتعويض، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١م، ص ١٨.

دون العرض على قسم الفتوى المختص بمجلس الدولة عيباً شكلياً يعيب العقد الإداري.

ورغم التسليم بأن فتوى المجلس هنا استشارية غير ملزمة؛ إلا أن مجرد العرض على قضاة مجلس الدولة المصري؛ وأخذ فتوى بشأن إجازة هذا العقد من الناحية القانونية يعد بمثابة شهادة ضمان قانونية بصلاحية العقد للإبرام وخلوه من العيوب القانونية المختلفة، ومنها عيوب الصياغة القانونية.

المطلب الخامس
التغلب على مشكلة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يمثل التمسك بهذا الدفع – استناداً لإخلال الطرف الآخر بالتزامه بحسن النية في تنفيذ العقد الإداري – خطورة شديدة على حسن انتظام وسير العمل في مجال العقود الإدارية خاصة في مرحلته السلبية الأولى، والمتمثلة في امتناع المتعاقد بإرادته عن تنفيذ التزامه، بينما يجوز أن يكون الإخلال بمبدأ حسن النية سبباً موجباً للتعويض، أو موجباً لفسخ العقد عندما يترتب على سوء النية استحالة تنفيذ الالتزام أو جعله مرهقاً، أو الاثنين معاً وفق ما يراه القاضي الإداري في هذا الشأن، وقد سبق تناول هذا الموضوع في المبحث السابق، لذا يحيل إليه الباحث منعاً للتكرار.

مناقشة نتائج الدراسة

١ – مبدأ حسن النية من المبادئ التي يشوبها الغموض وعدم التحديد، وساعد في تأصيل هذا الغموض اكتفاء الفقه القانوني بالنذر القليل من الأبحاث القانونية لتحديد طبيعته ومفهومه، وعزوف الأحكام القضائية عن تحديد مفهومه وطبيعته، أو الحالات التي يمكن الاستدلال منها على وجوده أو انعدامه، مكتفية بترديد العبارات الدالة على أهميته، وضرورة الالتزام به.

٢ – المفهوم القانوني لمبدأ حسن النية يتعين أن يجمع بين المفهوم الشخصي الذاتي والسلوك المصاحب له؛ ذلك أن القانون لا يهتم بالقصد في ذاته؛ إلا إذا صاحبه سلوك خارجي، وبذلك يزول الغموض عن مفهوم هذا المبدأ، لأن الناظر له من جانب القصد يراه شيئاً داخلياً لا يمكن تحديده أو الوصول إليه، ومن ينظر إلى السلوك الخارجي فقط قد يقع في حيرة من أمره، هل كان هذا السلوك ناتجاً عن قصد سيّئ أم حسن؟!، لذا وجب ربط المفهومين معاً من أجل التعرف بدقة ووضوح على هذا المبدأ.

٣ – تطبيق مبدأ حسن النية ونقله من روابط وعلاقات القانون الخاص لروابط وعلاقات

القانون العام، وعلى الأخص في مجال تنفيذ العقود الإدارية؛ يكتنفه العديد من المشاكل القانونية، ولكن هذه المشاكل جميعها يمكن إيجاد حلول قانونية لها ضماناً لضرورة تطبيق هذا المبدأ وما يحققه من جودة في تنفيذ العقود الإدارية.

٤ – اعترف الفقه والقضاء الإداري المصري صراحة بتطبيق "مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية"، بما يؤكد صلاحية تطبيقه في مجال روابط وعلاقات القانون العام.

٥ – لم يعترف القاضي الإداري السعودي صراحة بتطبيق "مبدأ حسن النية" في تنفيذ العقود الإدارية، بل حاول تطبيقه بطريقة غير مباشرة من خلال الاعتماد على فكرة العدالة لحماية الطرف الضعيف حسن النية في العلاقة التعاقدية الإدارية.

٦ – عدم الاعتراف الصريح من القاضي الإداري السعودي بمبدأ حسن النية يرجع لتأثره بالقضاء الشرعي، الذي يتجه دائماً للبحث عن العدالة بغض النظر عن وجود اعتبارات قانونية، أو غير قانونية أخرى، كما أن فكرة العدالة تنسجم مع الشريعة الإسلامية لكونها أساس الحكم فيها، ومن ثم يجدها القاضي الإداري بمثابة الملاذ الآمن لحماية كل صاحب حق في النزاع المعروض أمامه، وهنا يستطيع أن يأتي بالنصوص والآراء الفقهية الشرعية التي توصله إلى هدفه بسرعة، ودقة.

٧ – التجاء القاضي الإداري السعودي لفكرة العدالة؛ كبديل عن تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية؛ دفعته للخروج على أصول قانونية ثابتة في مجال علاقات وروابط القانون العام؛ عندما قرر أن العقد الإداري ينعقد دون حاجة إلى كتابة، رغم وجود نص قانوني لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه لتعلقه بالنظام العام (م/٧٧ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي ١٤٢٧هـ)؛ مكتفياً بتلاقي إرادة الإدارة مع من تمت ترسية المنافسة عليه.

٨ – من الأفضل اعتراف القاضي الإداري السعودي صراحة بمبدأ "حسن النية" كالتزام قانوني ورد النص عليه في نظام المنافسات والمشتريات السعودي، بدلاً من اللجوء إلى فكرة العدالة كمبدأ عام من مبادئ القانون، يلجأ إليه القاضي في حال عدم وجود نص قانوني يحكم المسألة المعروضة عليه.

٩ – مبدأ حسن النية في النظام القضائي الإداري السعودي أصبح نصاً قانونياً، وليس مجرد مبدأ عام، وهو ما يؤكد ضرورة الالتزام بتطبيقه، بل وضرورة تحقق القاضي الإداري من التزام طرفي العقد به في ضوء ما يحيط بوقائع الدعوى من ظروف وملابسات.

١٠- لم ترتب الأنظمة القانونية التي اعترفت بهذا المبدأ جزاء على إخلال أي من طرفي العقد به، إلا إذا صاحبه سلوك غير مشروع كالغش أو التحايل أو التلاعب.

١١- لا يجوز لأي من طرفي العقد الإداري أن يستند لمبدأ حسن النية كسبب مبرر للدفع بعدم تنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر؛ لتعارض ذلك مع مقتضيات حسن سير وانتظام المرافق العامة، كما أن الالتزامات محل العقود الإدارية ليست متزامنة في وقت واحد؛ بل إن المتعاقد مع الإدارة هو في الغالب من يقوم بتنفيذ التزامه وفق نصوص القانون أو العقد الخاضع له، ويعقب ذلك قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها.

١٢- يحق للمتعاقد حسن النية المطالبة بالتعويض في مواجهة الطرف الآخر سيئ النية، إذا ما ترتب على الإخلال به ضرر له باعتباره إخلالاً بالتزام قانوني، وليس أخلاقياً، بل وقد يكون مبرراً لطلب فسخ العقد أمام القاضي؛ إذا ما ترتب على سوء النية صعوبة أو استحالة في التنفيذ.

١٣- مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ حسن النية" مبدآن متكاملان لا متضادان؛ فطرفا العقد يلتزمان بما ورد بنصوص العقد وبنوده، و بحسن النية في تنفيذ تلك النصوص وهذه البنود في الوقت ذاته.

التوصيات والمقترحات

١ - أُوصي كل من الفقه والقضاء الإداريين بمتابعة البحث والتدقيق؛ وصولاً لتعريف محدد وواضح لمبدأ حسن النية بوجه عام، وفي مجال العقود الإدارية بوجه خاص.

٢ - أوصي القاضي الإداري السعودي بضرورة الاعتراف الصريح بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، بدلاً من البحث في مبادئ عامة أخرى.

٣ - أقترح تعديل نص م/٧٧ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية؛ بما يسمح بإمكانية توقيع جزاء على المتعاقد المخل بالتزامه القانوني بتنفيذ العقد بحسن نية، من خلال السماح للقاضي الإداري بتعويض الطرف حسن النية عن الأضرار التي أصابته من جراء سوء نية الطرف الآخر، وحقه في طلب فسخ العقد إذا ترتب على سوء النية استحالة تنفيذه أو جعله مرهقاً، ولا يكتفى بمجرد سحب العمل منه في حال ثبوت الغش أو التحايل أو التلاعب.

٤ - أقترح استحداث نص تشريعي يلزم طرفي العقد الإداري صراحة بتنفيذ العقود الإدارية بحسن نية ضمن نصوص قانون المناقصات والمزايدات المصري، وتوقيع جزاء حاسم على مخالفته، تأكيداً لموقف القضاء الإداري في هذا الشأن.

المراجع

أولاً – المؤلفات والرسائل، والبحوث العلمية العربية

- **إبراهيم الشهاوي**، عقد امتياز المرفق العام B.o.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣م.
- **أحمد محمد هزاع**، القوة الملزمة للعقد الإداري، رسالة ماجستير، ٢٠١٠م، جامعة القاهرة، مصر.
- **إكرامي بسيوني خطاب**، المبادئ الضريبية في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م.
- **الهادي السعيد عرفة**، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول السنة الأولى، القاهرة، مصر، ١٩٨٦م.
- **إلياس ناصيف**، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٧، طبعة ١، ٢٠٠٨م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.
- **ثروت بدوي**، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م.
- **حسين عامر**، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٩٨م.

سليمان الطماوي:

أ – الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط ٥، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ١٩٩١م.

ب – الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه: د. محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨م.

ج – القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٥٥م.

د – مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٩م.

- **السيد بدوي**، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٨٩م.
- **سيف الدين محمد محمود البلعاوي**، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، دراسة في القانون المدني المصري مع المقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر١٩٨٢م.
- **عبد الجبار صالح**، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق، بدون تاريخ.
- **عبد الحليم القوني**، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م.
- **عبد الحي حجازي**، موجز النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٥م.

عبد الرزاق السنهوري:

أ – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م.

ب – مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه العربي، ج٦، مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، نسخة منقحة، دون تاريخ، بيروت، لبنان.

- **عبد الله حنفي**، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.

عبد المنعم فرج الصدة:

أ – مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.

ب – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٠م.

- **عثمان ياسين**، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعويي الإلغاء والتعويض، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١م.
- **ماجد راغب الحلو**، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩م.

- **محسن خليل**، القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢م.
- **محمد البعديوي**، الدفع بعدم التنفيذ في العقود التبادلية، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع ٧-٨، ٢٠٠٨م.
- **محمد العوايدة**، فكرة حسن النية من الوجهة الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة (مدلولها – معيارها- آثارها)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م.
- **محمد حسين مجلي المجالي**، الغش وأثره على العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٤م.
- **محمد سعيد أمين**، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م.
- **محمد عون الرحيم بن مسعد**، أحكام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بين المعيارين الذاتي والموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، العدد الثامن عشر، م/٣، ٢٠١٣م.
- **محمود جمال الدين زكي**، حسن النية، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية، دون تاريخ.
- **محمود خلف الجبوري**، العقود الإدارية، جامعة بغداد، بيت الحكمة، العراق، ١٩٨٩م.
- **مصطفى أبو زيد فهمي**، القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٩م.
- **منصور عبد الله الطوالبة**، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م.
- **مهند مختار نوح**، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م.
- **نعمان خليل جمعة**، أركان الظاهر كمصدر للحق المتنازع بين الحقوق والواقع المستقر، معهد البحوث والدراسات العربية لجامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٧م.
- **يحيى أحمد بني طه**، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع

القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧م.

ثانياً – المراجع الأجنبية

- Aubry et Rau (1973): Droit civil française, Tome VIII, les régimes matrimoniaux Librairies Techniques, Paris,7e'me édition. France.
- Baud(Jean Pierre) (2001): La bonne foi depuis la Moyen Age, Conférence a' l'Ecole doctorale des sciences juridiques de l'université Paris x-Nanterre, France.
- Beudant(c.) (1993), Cours de droit civil français, 2e'me édition, Paris, France.
- Boyer (Louis) (1993),Droit civil, Dalloz,,paris, Françe.
- Caen (G. Lyon)(1946), De l'évolution de la notion de bonne foi, R.T.D.C. Françe.
- Ching (Bin) (1987), General Principles of law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge:, Grotius publications, U.S.A.
- De laubadere (A.) (1983): Traité des Contras Administratifs, 2e'm édition, L.G.D.J, Paris, Françe.
- De page (H.) (1964): Traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles, Tome 2.
- Gounot(E.) (1912): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé:contribution a' l'étude critique de l' individualisme juridique, Dijon, Françe.
- Jaluzot (Béatrice) (2001): la bonne foi dans le contrats, Dalloz,Nouvelle bibliothèque de thèses, Françe.
- Loir (romain)(2001/2002): Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA. Université LILE, 2. Françe
- Mazeaud & chobasm (1990): leçons de droit civil, 2e'm édition, Paris, Françe.

- Newman (R.A) (1973), Equity in the World's Legal System, Brussels, U.S.A.

ثالثاً – الأنظمة:

- القانون المدني المصري.
- نظام ديوان المظالم السعودي الحالي الصادر عام ١٤٢٨هـ.
- نظام المنافسات والمشتريات السعودي.

رابعاً – القواميس:

- **مصطفى، إبراهيم وآخرين**، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج١، دار الدعوة، مصر.
- **الرازي**، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (١٩٨٦م)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان.

خامساً – مجموعات الأحكام القضائية:

- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم السعودي لعام ١٤٢٧هـ.
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة الأولى، الخامسة عشرة.