الإهداء

إلى **وطني الحبيب الذي نكبر فيه ويكبر فينا.**

وطني سوريا

لكل امرئ من إسمه نصيب..

زوجتي الوفية ... د. وفاء

إلى **كل زهرة رمان** في **أشجار هذا الوطن الغالي.**

ابنتي جُـلّنار

إلى **من اشتق اسمه من الجولان**
ليبقى الوطن والولد في **الذاكرة والضمير.**

إبني جُول

إلى **كل الشرفاء الناطقين بالضاد**
على امتداد وطننا العربي الحبيب.

تمنياتي لهم بالعزة والنصر

الشكر الجزيل

إلى الدكتور أحمد إسماعيل الذي كرّمني بقبوله الإشراف على هذا البحث، فكان مصدراً علمياً لا غنى عنه، وكان خير من يتمتع بحكمة العلماء وعطاء الكرماء.

جامعة دمشـق
كليـة الحقوق

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة

[دراسة مقارنة]

بحث علمي وقانوني أعدَّ لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب

حسام سليمان فيصل

إشراف الدكتور

أحمد إسماعيل

العام الدراسي ٢٠٠٩ / ١٤٣٠ -

مقدمـــة

تتعدد الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتحقيق هدفها المتمثـل في تحقيـق الصالح العام، وإشباع الحاجات الضرورية للأفراد.

فقد تلجأ إلى فرض إراداتها وحدها على الأفراد دون اعتبار إراداتهم، وذلـك مـن خلال **القرار الإداري (La decision administrative)**، إلا أن هذا الأسلوب القانوني (القرار الإداري) لا يمكنه تحقيق احتياجات الإدارة العامة دائماً، لا سيما بعـد اتساع وظيفة الدولة المعاصرة، وتعدد مسؤولياتها وانتشار الأفكار التي تدعوها للتدخل في مختلف المجالات وصولاً لتحقيق الرفاهية لمواطنيها، فكثيراً ما تحتاج الإدارة العامة إلى خدمات الأفراد أو سلعهم دون أن تستطيع إلزامهم على تقـديم تلـك الخـدمات أو السلع، كما أن القرار الإداري لا يكون دائماً قابلاً للتطبيق في مواجهة غير المـواطنين من أفراد أو شركات، لذلك تلجأ الإدارة إلى وسيلة قانونية أخرى تتطلـب اجتمـاع إرادتين بغرض إحداث أثر قانوني معين لإنشاء التزام، أو تعديله أو إلغائه، وهذه الوسيلة القانونية هي ما تسمى **بعقود الإدارة (Les contrats d' administration).**

وعقود الإدارة تنقسم إلى نوعين:

أولاً - عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص:

وهي في حقيقتها عقود مدنية، نظراً لتخلي الإدارة عن مظاهر السـلطة العامـة في معرض تعاقدها، حيث يختص القضاء العادي بالنظر في المنازعات الناشئة عنها، ومـن أمثلتها عقود الشراء والبيع وغيرها، والتي ينطبق عليها القانون الخاص.

ثانياً - عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، والتي تسمى بالعقود الإدارية

(Les contrats administratifs)

العقد الإداري حسب الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر وسوريا هو: **الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة المرفق العام أو تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم مع بعض، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات غير مألوفة في مواجهة غيره لا يتمتع بها لو تعاقد مع أفراد آخرين، ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تنشأ بشأنه.**

وما يهمنا في مجال دراستنا هو العقود الإدارية فقط دون غيرها من عقود الإدارة الأخرى.

نطاق البحث:

إن أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو مركز الإدارة فيه، حيث تتمتع بسلطات لا مثيل لها في العقد المدني، ويبرر ذلك بمقتضيات الصالح العام، وضرورة المحافظة على سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

والسلطات غير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة خلال تنفيذ العقود الإدارية هي:

أولاً - سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه (pouvoir de contrôle et de direction)، وذلك من خلال إصدار أوامر ملزمة للمتعاقد مع الإدارة، تشمل طرق وأساليب تنفيذ التزاماته العقدية.

ثانياً - سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري:
(pouvoir de modification Unilatérale)

تعد هذه السلطة أهم ما يميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وتستند سلطة الإدارة في التعديل إلى متطلبات سـير المرافق العامة واحتياجاتها ومراعاة المصلحة العامة، حيث أن اتصال العقـود الإداريـة بنشاط المرافق العامة يقتضي إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقدين مع الإدارة لمقتضيات المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة، التي تعهدوا بالتعاون من أجل تحقيقها.

ثالثاً - سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها:

(pouvoir de sanction)

تهدف الإدارة من خلال فرض الجزاءات في معرض تنفيذ العقد الإداري إلى المحافظة على حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام، وضمان اسـتمراره وانتظامـه تحقيقـاً للمصلحة العامة، فالمصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيـان في مجـال الـروابط القانونية التي تحكم العقد الإداري، إذ يجب تغليب المصلحة العامة.

ومن هنا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أحـد امتيازاتهـا لضمان حسن تنفيذ العقد الإداري.

وللجزاءات الإدارية صور عديدة منها:

١ – الجزاءات المالية: وهي الغرامات والتعويضات ومصادرة التأمين.

٢ – وسائل الضغط والإكراه، أو ما يسمى بالجزاءات الضاغطة: وتشمل وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الالتزام، وسحب العمل من المقاول أو وضع المشـروع تحت الإدارة المباشرة في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المـورد في عقـد التوريد.

٣ – الفسخ الجزائي: وهو جزاء شديد الجسامة توقعه الإدارة على المتعاقد معهـا نتيجة إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية، ويهدف إلى إنهاء العلاقات التعاقدية مع المتعاقد وانقضاء العقد، ويسمى هذا الجزاء في عقد الالتزام (بإسقاط الالتزام)، أمـا في بقيـة العقود فيحافظ على تسميته (الفسخ الجزائي للعقد).

٤ – الجزاءات الجنائية: يعتبر القانون أحياناً عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته العقديـة جريمة يعاقب عليها جنائياً، وعندئذ تلجأ الإدارة إلى القاضي لتوقيع العقوبة الجنائية على المتعاقد معها، ولا يجوز فرض مثل هذه الجزاءات من قبـل الإدارة إلا بـنص قـانوني صريح، لأن إنشاء العقوبات الجنائية حق يخص المشرع فقط.

رابعاً - سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لـدواعي المصـلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

(pouvoir de resiliation unilatérale pour motifs de I' intérêt public et sans Faute du contractant)

تستطيع الإدارة بموجب قرار إداري صادر من قبلها، أن تنهي العقد الإداري قبـل انقضاء المدة المحددة للعقد، أو قبل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية (النهايـة الطبيعيـة للعقد) إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، رغم عدم ارتكاب المتعاقد أي خطأ من جانبه، وسواء عارض هذا الأخير في ذلك أم وافق عليه.

وعلى هذا، نجد أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة موضـوع بحثنا تتمثل في صورتين:

الصورة الأولى: إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

الصورة الثانية: الفسخ الجزائي، وهو إنهاء العقد الإداري نتيجـة خطـأ المتعاقـد الجسيم.

وتجدر الإشارة إلى أن هاتين الصوريتين تعتبران من حالات الإنهاء المبتسـر للعقـد الإداري والتي تشمل بالإضافة إليهما كل من اتفاق الطرفين على الفسخ، والفسخ بقوة القانون كهلاك محل العقد، أو الفسخ بسبب القوة القاهرة بما فيهـا القـوة القـاهرة الإدارية، والفسخ لتحقيق شروط معينة منصوص عليها في العقد.

أهمية البحث:

ينتج عن استخدام الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة بصورتيها السابقتين انقضاء العقد الإداري بصفة قطعية وفورية، وانقطاع الروابط العقدية بـين الإدارة والمتعاقد معها قبل نهاية المدة المتفق عليها أو تنفيذ موضوع العقد.

وكل ذلك ينتج بمجرد قرار إداري صادر عن الإدارة وحدها بمقتضـى سـلطتها التقديرية، ودون حاجة للجوء إلى القضاء (باستثناء حالة إسقاط الالتزام في فرنسا).

ونتيجة لخطورة هذه السلطة، وما يترتب عليها من آثار سواء على حسـن سـير المرافق العامة التي تبرم العقود الإدارية أصلاً من أجل ضمان سيرها بانتظام واطـراد، أم على حقوق المتعاقدين مع الإدارة إذا أساءت الإدارة استخدامها، اخترت هذا الموضوع ورغبت البحث فيه للوقوف على أحكام هذه السلطة الخطيرة وتأثيراتها على حسن سير المرافق العامة وحقوق المتعاقدين، ولتحديد الضمانات التي أقرها القضاء والفقه الإداري لكفالة استخدام هذه السلطة التقديرية من جانب الإدارة على نحو مشروع.

منهج البحث:

يعتمد بحثنا على دارسة سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري بـالإرادة المنفـردة بصورتيها:

الصورة الأولى: إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

الصورة الثانية: الفسخ الجزائي لارتكاب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً.

وينتهج البحث أسلوب المقارنة، حيث يقف في مختلف أفكاره على آراء الفقهـاء واجتهادات القضاء الإداري والقانون سواء في فرنسا أم مصر أم سوريا، دون أن يمنعنا ذلك من إبداء وجهة نظرنا كلما أمكن.

ونختم بحثنا بأهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي نقترحها في هذا المجال.

وبناء على ذلك رأينا تقسيم موضوع هذه الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: مظاهر إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على ممارسة سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري والرقابة القضائية على قرار الانهاء.

الفصل الأول

مظاهر إنهاء العقد الاداري بإرادة الادارة المنفردة

تتمتع الادارة – في مجال عقودها الادارية – بسلطة إنهاء العقـد الاداري بإرادتهـا المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً ودون أن يصدر خطأ من المتعاقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما أن الادارة تملك سلطة فسخ العقد كجزاء تلجأ إليها عندما يشـكل إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية خطأ جسيماً.

وسنقوم في هذا الفصل بدراسة هذين المظهرين لإنهاء العقد الاداري بإرادة الادارة المنفردة من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد.

المبحث الثاني: إنهاء العقد الاداري نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم (الفسخ الجزائي).

المبحث الأول

إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد

تملك الإدارة إنهاء العقد الإداري بقرار انفرادي من جانبها سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص، وفي أي وقت تشاء قبل انتهاء المدة الأصلية للعقد، ودون أن يصدر خطأ من المتعاقد معها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك دون أن يحق للمتعاقد معها أن يعترض طالما أنه سوف يستحق تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب نتيجة هذا الإنهاء، وهذه السلطة تعتبر من الخصائص المميزة للعقود الإدارية.

وسوف نتناول دراسة هذا الموضوع في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التنظيم القانوني لامتياز الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

المطلب الثاني: استرداد الالتزام كصورة من صور الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

أما بالنسبة لتطبيق سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد على عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، فإننا نكتفي بالإحالة إلى الأحكام العامة لهذه السلطة، والتي سنبحثها في المطلب الأول من هذا المبحث.

المطلب الأول
التنظيم القانوني لامتياز الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد

سنقوم بدراسة التنظيم القانوني لامتياز الإدارة في إنهاء العقـد الإداري لـدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد من خلال:

أولاً - الأساس القانوني لسلطة الإنهاء.

ثانياً - التكييف القانوني لسلطة الإنهاء.

ثالثاً - الطبيعة القانونية لسلطة الإنهاء.

رابعاً - شروط ممارسة الإدارة للإنهاء.

أولاً - الأساس القانوني لسلطة الإنهاء:

انقسم الفقهاء في معرض تحديدهم الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد، حيث ذهب بعضهم إلى أن الإنهاء يقوم علـى فكـرة الصالح العام واحتياجات المرافق العامة، في الوقت الذي اعتبر فيه آخـرون أن سـلطة الانهاء تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، بينما تحدث فريق ثالث عن أساس مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين أي فكرة السلطة العامـة وامتيـازات القانون العام إلى جانب فكرة الصالح العام واحتياجات المرافق العامة.

وسنقوم بعرض آراء الفقهاء المؤيدين لكل اتجاه وموقف القضاء الإداري منـها، ثم نعرض رأينا في هذا الموضوع.

١ - أساس الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة[١]:

يرى الفقيه الفرنسي **Benoit** وهو أحد أنصار هذا الاتجاه: أن مصلحة المرفق الذي يرتكز عليه العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجاتـه أو يشكل عبئاً ثقيلاً عليه، كما يرى أن هذه السلطة ناتجة عن المصلحة المالية للدولة[٢].

كما ذهب الفقيه الفرنسي**Rivero** إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد بدون خطأ من المتعاقد تجد تبريرها في ضرورة توافق العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، وإن الإدارة تستطيع دائماً أن تنهي العقود التي أبرمتها عندما تتطلـب المصلحة العامة ذلك[٣].

أما في **مصر** يرى **الدكتور سليمان الطماوي** أن للإدارة دائماً أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لاتحقق المصلحة العامة المنشودة[٤].

كما يرى **الدكتور حسين درويش** أن حق الإدارة في الفسخ الإداري للعقد يـتم بإجراء صادر من جانب الإدارة، لأن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقرر

---

(١) **المرفق العام هو عبارة عن مشروع يعمل بانتظام وإطراد تحت اشراف الدولة لسد حاجة عامة مع خضوعه لنظام قانوني معين.**

للإطلاع على تعريف الفقهاء الاداريين للمرفق العام راجع:

Gilles J. Guglielmi et genevieve koubi, droit du service public, Montchrestien E.J.A, Paris, 2000,P.62 et 63.

- د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٣٧ و٣٣٨.

- د. خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر، عمـان، الطبعـة الأولى، ١٩٩٧، ص٢٥ ولدى

(٢) (F.B).Benoit, Le droit administratiF Français- Dalloz-paris- 1968- p 664

(٣) (J) Rivero , droit administratiF, 11e éd, Dalloz-paris-1985.P.139.

(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعـة الخامسة، ١٩٩١ ص ٧٧٩.

أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وأن هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء لحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها[١].

وأيضاً يرى **الدكتور أحمد حافظ** نجم أن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري مستمد من كون العقد الإداري يتسم بطابع خاص يستند أساساً إلى رعاية الصالح العام وحماية المرافق العامة[٢].

أما في **سوريا** يرى **الدكتور عبد الله طلبه** أن إنهاء العقد يجب أن يستخدم في نطاق مقتضيات المصلحة العامة وحسن أداء المرافق العامة، ويراقب القضاء الإداري انحراف السلطة الذي يقع من جانب الإدارة في ذلك[٣].

أما عن **أحكام القضاء الإداري** في **مصر وسوريا**، فإننا نجدها تؤسس هذه السلطة على فكرة المصلحة العامة ومقتضيات سير المرافق العامة.

ففي مصر نجد أن المحكمة الإدارية العليا تقرر في حكم لها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥: (إن للإدارة سلطة إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق للإدارة مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر)[٤].

---

(١) د. حسين درويش- السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية- القاهرة- الطبعة الأولى- ١٩٦١- ص ١٦٤

(٢) د. أحمد حافظ نجم- القانون الإداري- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٨٢- ص١٠٢.

(٣) د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الاداري –الجزء الثاني- منشورات جامعة دمشق ١٩٩٢/١٩٩١، ص٣٣٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٥ ١٠ ١٩٩٢/١١/١٠، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٥٢.

وفي **سوريا** نجد أن المحكمة الإدارية العليا تقرر في حكم لها عام ١٩٧٤: (إن حـق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف أو إساءة استعمال السلطة حق أصيل لاينازعها فيه أحد طالما أنهـا استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة المتعاقد لشرط من شروط العقد حق للمتعاقد أن يطالبها بـالتعويض الـذي يغطي مالحقه من خسارة ومافاته من ربح)[١].

وفي حكم آخر صادر عنها عام ١٩٧٥ نجدها تقرر: (إن القانون الإداري يسـمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار)[٢].

٢ - أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام:

إن العناصر الأساسية لفكرة السلطة العامة تكمن في الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة قبل الأفراد، والتي تضفي على الأعمال القانونية التي تتضمنها طابعاً متميزاً عن الأعمال المماثلة في القانون الخاص[٣].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢، لسنة ١٩٧٤، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣٢، في القضية رقم ١٨، لسنة ١٩٧٥، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص٢٤١، المبدأ ١٠٢.

(٣) د. أحمد عثمان عياد- مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية- دار النهضة العربيـة- القـاهرة- ١٩٧٣، ص(ب).

ومن أنصار هذا الاتجاه في **فرنسا** الفقهاء **Vedel et Delvolve** حيث ذهبا إلى أن الامتيازات الاستثنائية للإدارة ومن بينها سلطتها في إنهاء العقد الإداري هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالاً عن اشتراطات أطراف العقد(١).

وفي مصر يؤيد **الدكتور أحمد عثمان عياد** هذا الاتجاه حيث يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي، وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات سير المرافق العامة فهي تصلح شرطاً لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساساً قانونياً لها(٢).

٣ - الأساس المزدوج:

يرى أنصار هذا الاتجاه في **فرنسا** أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنما تستند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام(٣).

---

(١) G.Vedel et P.Delvolve: Droit administratiF, 9e ed, Presses universitaires de France, Paris, 1984, P353

نقلاً عن - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص٤٤٣.

وعن – د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام ٢٠٠٧، ص٨١ .

(٢) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٣) A .de Laubadere, F .Modern et P . Delvolve, Traite des contrats administratifs, 2e éd , L.G.D.J, paris, T.2, 1983-1984, P.633

وفي **مصر** يؤيد هذا الاتجاه **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** الذي يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى.

فمن ناحية أولى، فإن سلطة إنهاء العقد تقوم أساساً على فكرة الصالح العام، فلابد من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة عند تعارض كلتـا المصلحتين.

من ناحية أخرى، فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد تعتبر من امتيازات القانون العـام التي تميز النظام القانوني للعقود الإدارية عن عقود القانون الخاص والتي تفقـد بـدونها نظرية العقد الإداري خصوصيتها، حيث تملك الإدارة في مجال العقد الإداري سلطات استثنائية غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص في مواجهة المتعاقد معها لكي تمكنها من إجبار المتعاقد على تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد[1].

وفي **تقديرنا أن سلطة الإدارة** في **إنهاء العقد من جانب واحد لدواعي المصـلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد تقوم على أساس الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة، وذلك لأننا نرى أنه** تم **الاعتراف** بهذه **السلطة** لجهة **الإدارة** تحقيقاً **للمصلحة العامة عند تعارضها مع المصلحة الخاصة، وللاطمئنان** إلى **حسن سير المرافق العامـة بانتظام وإطراد، وعلى القضاء أن** يمارس **رقابته على قرار الإنهاء ويتحقـق مـن أن الإدارة كانت تهدف** إلى **الصالح العام، وحسناً فعل القضاء الإداري** في **سوريا عندما تبنى هذا الاتجاه.**

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد- المرجع السابق- ص ٤٤٥.

ثانياً - التكييف القانوني لسلطة الإنهاء:

اختلف فقهاء القانون الإداري حول التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفـرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وانقسموا إلى فريقين، حيث يرى الفريق الأول أن هذه السلطة ماهي إلا صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقـد الإداري، بينمـا ذهب الفريق الثاني إلى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد تعتبر سلطة مستقلة وقائمـة بذاتها وليست من صور التعديل الانفرادي للعقد.

١ - الاتجاه الفقهي المؤيد لاعتبار هذه السلطة صـورة مـن صـور التعـديل الانفرادي للعقد.

ذهب غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد ما هي إلا صورة من صور سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من جانب واحد، وعلى أساس أن الإنهاء ما هو إلا تعديل للشرط الخاص بالمدة.

ففي **فرنسا** ذهب الفقيه **Rivero** إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري تعتبر الامتداد المنطقي لسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد(١).

كما ذهب الفقهاء **A. de laubadere F. Moderne et P. delvolve** إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد في وقت سابق لأوانه ليست إجمـالاً إلا صـورة مـن سلطتها العامة في إحداث بعض التغييرات في الشروط التعاقدية أثناء تنفيذ العقـد، لأن الإنهاء ينصب على تعديل الشرط المتعلق بمدة العقد(٢).

---

(١) J. Rivero, droit administratiF, oP. cit., P.135

(٢) A. de laubadere et autres , contrats, OP .Cit, T.2, P.663

وفي مصر يرى **الدكتور سليمان الطماوي** أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد هي بحق صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد[١].

ويرى **الدكتور أحمد عثمان عياد** أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية هـي صورة من صور التعديل الانفرادي[٢].

٢ - الاتجاه الفقهي المؤيد لاعتبار هذه السلطة مستقلة وقائمة بذاتها:

ذهب أقلية من الفقهاء في **فرنسا ومصر** إلى اعتبار سلطة الإدارة في إنهـاء العقـد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد بمثابة سلطة مستقلة وقائمة بذاتها.

ففي **فرنسا** يرى الفقيه **Benoit** أن هذه السلطة تختلف عـن سـلطة التعـديل الانفرادي، فلكل منها نطاقها المستقل، إذ أن التعديل معناه أن يفرض علـى المتعاقـد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإنهاء كل حـذف جزئي أو كلي لالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها[٣].

أما في **مصر** فإن **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد سلطة أصلية قائمة بذاتها ومستقلة عـن سـلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد وليست صورة من صورها للسببين التاليين:

أ- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يترتب عليها انقضاء الروابط العقدية بين الإدارة ومتعاقدها ووضع نهاية حتمية وقاطعة للعقد، على عكس سلطة الإدارة في تعديل العقد التي لايترتب عليها انقضاء العقد، بل يستمر العقد قائماً.

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٧٩.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٦٣

(٣) (F-P). Benoit , OP.Cit , P. 664

ب- أحكام القضاء في مصر وفرنسا لم تتحدث عن سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري باعتبارها صورة من صور سلطة الإدارة في تعديل العقد، بل اعتبرتها أحكـام القضاء سلطة مستقلة بذاتها[1].

وفي تقديرنا إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصـلحة العامـة ودون خطأ من المتعاقد هي سلطة مستقلة عن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة، وذلك استناداً إلى الأسباب التي ذكرها أصحاب هـذا الاتجـاه، واستناداً إلى موقف المحكمة الإدارية العليا السورية، التي اعتبرت في حكمها رقـم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢ عام ١٩٧٤ لسنة ١٩٧٤سابق الذكر (أن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية حق أصيل لاينازعها فيه أحد).

فاستخدام كلمة (حق أصيل) بتقديرنا تدل دلالة قطعية بأنها سلطة مستقلة عن أي سلطة أخرى من سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري.

ثالثاً - الطبيعة القانونية لسلطة الإنهاء:

سنتناول موقف الفقه والقضاء الإداري والمشرع من تحديد الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة على النحو التالي:

١ - موقف الفقه الإداري من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء:

انقسم **الفقه الفرنسي** بشأن هذا الموضوع إلى **ثلاثة اتجاهات**:

حيث ذهب غالبية الفقه إلى اعتبار أن سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري مـن جانب واحد من **النظام العام،** وهي حق ثابت لها في جميع العقود الإدارية سواء وجد

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٣٧

نص يجيز لها ذلك صراحة أم لم يوجد، وحتى لو لم يقررها نص في القانون[١]، كما تستطيع الإدارة أن تقضي بإنهاء العقد من جانب واحد حتى في خارج الحالات التي يعترف فيها العقد للإدارة بهذه السلطة[٢].

في حين يرى قلة من الفقه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد ليست من النظام العام، فهي لاتوجد إلا إذا كان منصوصاً عليها في شروط العقد بشكل صريح أو بمقتضى نص في القانون[٣].

أما الاتجاه الثالث فهو يجمع بين الاتجاهين السابقين، حيث ذهب أصحابه إلى أن الإدارة تستطيع أن تنهي العقد الإداري في أي وقت إلا إذا وجد حظر تشريعي أو لائحي يحرمها من هذا الحق، أو إذا كان العقد من العقود ذات الطابع المالي مثل عقود القروض العامة، لأن إنهاء العقد سوف يكون أكثر تكلفة للإدارة من تنفيذ العقد، حيث يجب عليها أن تسدد في الحال إلى المتعاقد مبلغ القرض، وأن تدفع إليه جملة الفوائد المستحقة عن هذا المبلغ، وبالتالي فإن إنهاء عقد القرض من جانب الإدارة لايتفق مع الأساس القانوني الذي يبرر للإدارة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد وهو المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام[٤].

وفي **مصر** أجمع الفقه على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد هي من النظام العام، حيث تتمتع بها الإدارة ولو لم ينص عليها صراحة في العقد ذاته[٥].

---

(١) A. de laubadere et autres , contrats, OP .Cit, T.2, P.658 et 663

(٢) J.Rivero, oP. ciT, P.135

(٣) J. duFau, Concessions de service Public, Juris – Classeur administratiF,1984, P.172.
نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٢٢

(٤) (F-P) Benoit , OP.Cit , P. 661-662

(٥) د. ماجد راغب الحلو- القانون الإداري، المرجع السابق، ص٤٩٥.

فقد ذهب **الدكتور سليمان الطماوي** إلى أن حق الإدارة في إنهاء عقودها هو أمـر مسلم به حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ، وتتجلى أصالة هذا الحق في حالة عدم النص عليه في العقد[١].

كما ذهب **الدكتور حسين درويش** إلى أن حق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد، بل هو حق مقرر للإدارة حتى في حالة عدم وجود نـص في العقد وحتى دون صدور خطأ من المتعاقد[٢].

كما يرى **الدكتور أحمد حافظ نجم** أن الإدارة تتمتع بسلطة إنهاء العقد الإداري ولو لم يتم النص عليها صراحة في العقد[٣].

كما ذهب **الدكتور أحمد عثمان عياد** إلى أنه قد ينص في العقـد أو في القـوانين واللوائح على حق الإدارة في إنهاء عقودها إنهاء انفرادياً وفي هذه الحالة تطبق القواعـد العامة، إذ يستند الإنهاء إلى النص الوارد في العقد أو في القانون، وقد يغفل العقد النص على مثل هذا الحق، وقد لاتقرره أية نصوص قانونية أو لائحية، وهنا نكـون بصـدد سلطة الإنهاء الانفرادي وهي من أهم خصائص العقود الإدارية[٤].

وكذلك **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري طبقاً لسلطتها التقديرية لدواعي المصلحة العامة تعتـبر مـن النظام العام، حيث تتمتع بها الإدارة بقوة القانون، حتى ولو لم ينص عليها صـراحة في العقد الإداري ذاته أو في كراسة الشروط الملحقة به[٥].

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٧٦

(٢) د. حسين درويش، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د. أحمد حافظ نجم، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ٢٥٤ و ص ٢٦٧.

(٥) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

كما ذهب **الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله** إلى أن السلطة الإدارية تملك الحـق في إلغاء العقد الإداري إذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك، ويتم إجـراء الإلغـاء بإرادة الإدارة المنفردة دون حاجة إلى النص عليه في العقد، باعتباره حقاً أصيلاً مقـرراً لها لحماية المصلحة العامة[1].

وفي **سوريا** استقر الفقه على أن الإدارة تتمتع بهذا الحق دون وجود نص قـانوني أو نص في العقد عليه، كما يقع باطلاً تنازل الإدارة عنه، لأن من واجبـها - كـإدارة مسؤولة عن حسن تنظيم المرفق العام- تأمين حسن تسييره بما يتلاءم مـع التطـورات والتغييرات التي تحصل أثناء التنفيذ حتى تحقيق المصلحة العامة التي يرغبها الأفراد[2].

ويترتب على اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة من النظام العام النتائج التالية[3]:

- هذه السلطة مقررة لصالح الإدارة حتى في حالة سكوت العقـد الإداري ذاتـه عنها.
- لايحق للإدارة أن تتنازل سلفاً عن استخدام هذه السلطة بإدراج نص يمنعها من ممارسة هذا الحق في مواجهة المتعاقد معها، وكل شرط تعاقدي يمثـل تحديـداً مباشراً لهذه السلطة يعتبر باطلاً لمخالفتـه للنظـام العـام، فممارسـة الإدارة لإختصاصها من أجل حسن سير المرفق العام يعتبر غير قابل للتصرف فيه.

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣، ص ٢٠١.

(٢) - د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الادارية، منشورات جامعة دمشـق، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص٢٥٩.

- د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الاداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٣٣٨

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٨.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٢٥.

- عندما يرد نص في العقد الإداري يسمح للإدارة بممارسة سلطة الإنهاء، فإن هذا النص يكون كاشفاً لحق الإدارة في ممارسة سلطة الإنهاء وليس مقرراً لها.
- إن الإدارة تتمتع بهذه السلطة طبقاً لامتيازها في التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء لتقرير إنهاء العقد، ومع ذلك فإن القضاء قد أقر للإدارة التي قامت بالإنهاء الانفرادي للعقد بالحق في أن تطلب من قاضي العقد أن يأمر بتنفيذ قرارها بإنهاء العقد، ويجعله نافذاً بكافة آثاره في مواجهة المتعاقد معها.
- للإدارة الحق في أن تنهي العقد الإداري للمصلحة العامة، ولها ذلك حتى قبل انقضاء المدة المحددة بالعقد إذا كان هذا العقد مقترناً بمدة.
- لايحق للمتعاقد الاعتراض على ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد، مادام حقه بالتعويض الكامل مضمون.

وفي تقديرنا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة تعتبر من النظام العام، حيث تتمتع بها الإدارة حتى ولو لم ينص عليها بشكل صريح في العقد الإداري أو في دفاتر الشروط الخاصة بالعقد أو في دفاتر الشروط العامة، وإن أي نص في العقد يقضي باستبعادها لايعتد به لأنها تعتبر حقاً أصيلاً تقرره المبادئ العامة لقانون العقود الإدارية لصالح الإدارة من أجل مقتضيات سير المرافق العامة والمحافظة على المصلحة العامة، كما أن الإدارة تتمتع بهذه السلطة في مجال جميع العقود الإدارية المختلفة باعتبارها إحدى الخصائص المميزة لنظرية العقود الإدارية بالمقارنة بعقود القانون الخاص.

٢ - موقف القضاء الإداري من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء:

اعترف القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسوريا للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة قبل نهاية مدته المتفق عليها في حالة عدم وجود

نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط يمنح الإدارة الحق في ممارسة هذه السـلطة، وفي حالة عدم وجود نص في القانون، وذلك نظراً لاعتبارها من النظام العام.

ففي **فرنسا** اعترف مجلس الدولة الفرنسي صراحة للإدارة بهذه السلطة التقديريـة بالنسبة للعقود الإدارية كافة، حيث ذهب في حكمه الصادر في ١٩٨٧/٢/٢ إلى أنه: (تستطيع الإدارة ممارسة سلطة إنهاء عقد التزام المرفق العام حتى ولو لم يوجد أي نـص تشريعي أو لائحي أوتعاقدي ينظم ممارسة هذه السلطة)[١].

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٥٧/٦/٤ أن: (لـلإدارة سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة استناداً إلى سـلطتها العامـة في الإنهـاء الانفرادي للعقود الإدارية في أي وقت لدواعي المصلحة العامة ولو لم يـنص عليهـا صراحة في عقد الأشغال العامة)[٢].

وكذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بسلطة الإنهاء الانفرادي لعقود التوريـد في الأحوال التي لايكون منصوصاً عليها في تلك العقود صراحة، فقد قـرر في حكمـه الصادر في ١٩٥٨/٥/٢ أنه: (يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقـة علـى العقـود الإدارية مع مراعاة حقوق المتعاقد صاحب الشأن في التعويض، أن تنهي في أي وقـت عقود التوريد التي أبرمتها)[٣].

---

(١) C.E 2 Fev 1987, sté TV6, Rec. p.29

مشار إلى هذا الحكم في لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٢) C.E 4 Juin, 1957, Ville de Paris, Rec. P11.

مشار إلى هذا الحكم في لدى د.. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) C.E 2 Mai 1958, distillerie de magnac- Lavel, Rec. P.282.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السـابق، ص ٤٧١، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٩٥.

وفي مصر اعترف مجلس الدولة المصري للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ولو لم ينص على هذه السلطة في العقد، أو في القوانين واللوائح، وذلك بالنسبة لجميع العقود الإدارية، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليـا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥المبدأ التالي: (للإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق للإدارة مقرر بغير حاجة إلى النص عليـه في العقد، أو إلى موافقة الطرف الآخر)[1].

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٦إلى: (أن سلطة الإدارة التي تتمتع بها في فسخ العقد الإداري من جانبها وحدها من أبرز الخصائص التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني، فأحكام العقد المدني تقضي بأن العقـد شـريعة المتعاقدين، فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسـباب الـتي يقررهـا القانون، بينما في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقـد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وحق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد بل هو حق مقـرر للإدارة، حتى في حالة عدم وجود نص في العقد ودون حاجة إلى خطأ من المتعاقـد، وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صـاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطـأ

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٩٨٦، السنة ٣٥ق، جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٢.

من المتعاقد حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض)[1].

أما في **سوريا** فنجد أن مجلس الدولة السوري سار على خطـى مجلسـي الدولـة الفرنسي والمصري، فاعترف للإدارة بسلطة تقديرية لإنهاء عقودها الإدارية كافة وفقـاً لمقتضيات المصلحة العامة ودون وجود نص في العقد على ذلك، باعتبارها القوامة على تسيير المرافق العامة.

فقد قررت محكمة القضاء الإداري في حكم لها عام ١٩٧٠: (أن ما استقر عليـه اجتهاد القضاء الإداري أن الإدارة المتعاقدة مع الأفراد بعقد إداري تملك حق إلغاء هذا العقد في أي وقت إذا ما تبدى لها وجه مصلحة في هذا الإلغاء يستلزمها سير المرفـق العام)[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على ما ذهبت إليه محكمـة القضـاء الاداري في حكم لها صادر عام ١٩٧٩، جاء فيه: (أن من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شـاءت باعتبارها القوامة على تسيير المرفق العام ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عينيـاً لأن هذا التنفيذ يعود أصلاً إلى تقديرها، لهذا كانت مطالبة المدعي إلزامها بالتنفيذ غير قائمة على أساس قانوني)[3].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٧/١٦، المجموعة، س ١١، رقم ٣٤٩، ص٥٦٩، مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

(٢) حكم محكمة القضاء الادري رقم ٢٩٠، في القضية ٢٦٥، لسنة ١٩٧٠، مشار إليه لدى العميـد صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، دمشق، الطبعة الأولى، عام ١٩٩١، ص٤٠٧.

(٣) قرار دائرة فحص الطعون رقم ٢٦٤، في الطعن رقم ٣٦٥، سجلات المحكمة الإدارية العليا لعـام ١٩٧٩، الجزء الرابع، مشار إليه لدى المحامي مصباح نوري المهايني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥، ص٢٠٥.

كما قررت في حكم آخر لها صادر عام ١٩٨٦: (أنه إذا كان من حق الإدارة إنهاء العقد في أي وقت كان فإن من حق المتعهد في المقابل اقتضاء تعويض عادل ومناسب عن هذا الانهاء في ضوء أسبابه وظروفه ومداه)[١].

٣ - موقف المشرع من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء:

سنتناول موقف المشرع من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد في كل من فرنسا ومصر وسوريا في حالة سكوت العقد، وعدم وجود نص صريح في العقد أودفاتر الشروط الخاصة يمنح الإدارة الحق في ممارسة هذه السلطة، من خلال استقراء نصوص التشريعات في الدول المذكورة أعلاه.

ففي **فرنسا** اعترف المشرع صراحة بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة من خلال دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية، حيث نص في المادة ١/٤٦ من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة على إمكانية إنهاء تنفيذ الأشغال موضوع العقد قبل إنجاز هذه الأشغال بواسطة قرار إنهاء العقد الذي يحدد تاريخ سريان هذا الإنهاء.

كما نص في المادة ١/٢٤ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد والخدمات على قدرة الشخص العام دائماً - سواء وجد خطأ من المتعاقد أم لا - على أن ينهي تنفيذ التوريدات موضوع العقد قبل انجاز هذه التوريدات بواسطة قرار إنهاء العقد، كما تنص المادة ١/٣٥ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود تأدية الخدمات الذهنية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٦، في القضية ٥٦١، لسنة ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص٣٨٧، المبدأ ٨٢.

(٢) مشار إلى هذه المواد لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١١٠-١١١.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي تدخل عدة مرات، وأصدر قوانين تضمنت تقرير سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية نذكر منها:

أ- تدخل المشرع الفرنسي في اليوم التالي للهدنة خلال الحرب العالمية الثانية عـام ١٩٤٠، وأصدر قانون في ١٩٤٠/٧/٢٠ قرر فيه إنهاء جميع العقود المبرمـة بواسـطة الدولة من أجل احتياجات الدفاع القومي والتي مازالت تحت التنفيذ ولم تلـغ بعـد، حيث تعتبر منتهية بقوة القانون، باستثناء العقود التي تقرر الإدارة المختصة استمرارها أو تقبل تعديلها من أجل إعادة البناء الاقتصادي للدولة.

ب- كما تدخل المشرع الفرنسي على أثر التوقف النهائي للقتال، وأصدر قانون في ١٩٤٦/١٠/٧ حدد فيه القواعد التي يتم طبقاً لها تصفية العقود أياً كانـت طبيعتـها المبرمة بواسطة الدولة من أجل قيادة الحرب، خاصة لمساعدة القوات الحليفة، والـتي تم إنهاؤها بواسطة الإدارة المتعاقدة قبل أو بعد انتهاء العمليات الحربية[١].

أما في **مصر** فإن المشرع لم يعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقـد الإداري بـالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد بدلالة نصوص قـانون تنظـيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ النافذ، ولائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٩٧ لسنة ١٩٩٨م، كما أنه لم يعترف للإدارة بسلطة فسـخ العقد إلا في حالتين منصوص عليهما في المادة ٢٤ التي تنص على أنه (يفسـخ العقـد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد.

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر...).

---

(١) A.de Laubadere et autres, Contrats, OP.Cit, T.2,P.672 et s.

كذلك بينت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية حالة فسخ العقد الإداري عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، حيث نصت على أنه (إذا أخل المقاول بأي شـرط مـن شروط العقد، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثـر ذلـك خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد، بالقيام بهذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

- فسخ العقد.
- سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها، وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصـات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة...).

أما في **سوريا** ومن خلال الاطلاع على أحكام القوانين السابقة، كالمادة (٦٣) من المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ تاريخ ١٩٦٩/٩/٢٣ الناظم لعقود الهيئات العامـة ذات الطابع الإداري التي تنص على أنه:

أ- يحق للوزير فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناء علـى مقتضـيات المصلحة العامة. كما يحق له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً.

ب- .....

ج- يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقاً لأحكام هذه المادة حق المتعهـد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء.

وبعد الاطلاع على نص المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ المتضمن نظام العقود الموحد النافذ حالياً المطابق لنص المادة /٦٣/ من المرسوم التشريعي

رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩، نجد أن المشرع السوري قد اعترف للإدارة منذ زمن بسـلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

وفي تقديرنا يجب أن لايفهم أن المقصود بعبارة (فسخ التعهد عند العدول عن تنفيـذه نهائياً) الواردة في المادتين **السابقتين أن الإدارة لاتستطيع أن تفسخ العقد إلا عنـد إلغـاء موضوع العقد نهائياً، وإنما المقصود أنها لاتستطيع أن تنفذ المشروع بنفس الشروط** التي تم **التعاقد عليها** في **العقد المفسوخ، وإلا تكون الإدارة قد أساءت استخدام سلطتها التقديرية** في **الفسخ لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.**

رابعاً - شروط ممارسة الإدارة للإنهاء:

إن استقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهيـة يقودنـا إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصـلحة العامـة ودون خطأ من المتعاقد ليست سلطة مطلقة تستعملها دون ضوابط[1]، بل هي سلطة مقيـدة بشرطين أساسيين لابد من توافرهما معاً لمشروعية ممارستها لهذه السلطة:

الشرط الأول: أن يكون إنهاء العقد الإداري قد صدر من قبل الإدارة مـن أجـل تحقيق المصلحة العامة وليس كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

الشرط الثاني: أن يكون قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري قد صدر وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح النافذة.

١ - أن يكون إنهاء العقد الإداري قد صدرمن أجل تحقيق المصلحة العامة:

يتوجب على الإدارة أن تسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة ومتطلبـات تسـيير المرفق العام عندما تقوم بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتـهاء مدتـه، لأن

(١) A.De Laubadere et autres, Contrats, OP. Cit, T.2,P.665

المصلحة العامة تشكل الغاية والباعث لأي عمل إداري، إلا أن الأمثلة على تحقيق المصلحة العامة كثيرة ومتنوعة ولايمكن حصرها بدقة، ومع ذلك فإن القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسوريا قد حدد بعض الحالات التي يتحقق فيها شرط المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد الإداري، وحالات أخرى رفض فيها الاعتراف بتوافر هذه المصلحة، وهذه الحالات تعتبر على سبيل المثال لا الحصر.

أ - الحالات التي اعترف فيها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري بتوافر شرط المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد[1]**:**

(١) - انتهاء احتياجات المرفق العام التي أبرم العقد الإداري من أجل توفيرها، ومن الأمثلة على ذلك:

- توقف القتال الذي يعطي الإدارة الحق في إنهاء عقد التوريد، وهو ما التزم به مجلس الدولة الفرنسي في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، حيث أقر للإدارة بالحق في إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي بسبب توافر شرط المصلحة العامة المتمثل في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة توقف القتال في أعقاب الحرب وزوال الحاجة إلى هذه العقود نتيجة لذلك[2].
- انعدام الفائدة من العقود المبرمة نظراً لزوال حاجة المرفق العام إليها، كإنهاء عقد اشغال عامة مخصص لإصلاح وتحسين منشأة توصيل المياه في إحدى

---

(١) د.محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٠١ .

(٢) C.E 9 Jan 1925, Chantiers de st – Nazaire, Rec. P.28.

هذا الحكم خاص بإنهاء عقد تشييد وبناء سفن حربية مضادة للغواصات بسبب توقف القتال، مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٠٢.

المدن نتيجة انضمام هذه المدينة لمشروع عام لتوصيل المياه، حيث تصبح الأشغال المنصوص عليها في العقد غير ذي فائدة[١]

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في **مصر** للإدارة بسلطة إنهاء عقد توريد بوية أحذية للجيش بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، وبالتالي عدم صلاحية البوية المتعاقد عليها للغرض الذي تم التعاقد من أجله[٢].

وفي **سوريا** اعترفت المحكمة الإدارية العليا للإدارة بسلطة الإنهاء بعد أن تبين لها وجود مصور طبوغرافي سابق لمدينة القامشلي يمكن الاستفادة منه والاستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته[٣].

(٢) - إنهاء العقد بسبب تغير الظروف الاقتصادية، فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة إنهاء العقود التي تثقل كاهل الميزانية العامة للدولة[٤].

(٣) - إنهاء العقد بسبب التعديلات في احتياجات وطريقة سير المرفق العام، كاسترداد إحدى المقاطعات لمرفق شبكة الترومواي من أجل توسيع نطاقها، وإنشاء خطوط

---

(١) C.E 6mai 1955, ste chabal, Rec. P.244.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢/١٥٢٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٧٧، في القضية ٤٦٧، لسنة ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص٣٠٨، المبدأ ١٣٤.

(٤) C.E 2 mai 1958 distillerie de Manrac- Lavel Rec. P.246.

مشار إليه لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١١٩.

جديدة قابلة لتحسين استغلالها، وكذلك عدول الإدارة عن تنفيذ التصميم الأصلي لتوسيع مدرسة من أجل وضع خطة لتنفيذ هذا التصميم[١].

(٤) - إنهاء العقد لأسباب فنية من شأنها تعريض التنفيذ الجيد للعقد للخطر، كإكتشاف أن موقع الأعمال المنتقى من قبل الادارة غير صالح للتنفيذ[٢].

(٥) - إنهاء العقد بسبب إلغاء المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله، أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتلائم مع التطورات العلمية الحديثة، كإنهاء عقد التزام المرفق العام عن طريق استرداد الالتزام قبل نهاية مدة العقد المتفق عليها بقصد تحويل نظام إدارة المرفق إلى نظام الادارة المباشرة، أو إلى شركة ذات اقتصاد مختلط بدلاً من الالتزام[٣]، وكإنهاء عقد حق استثمار صيد الأسماك، وذلك بإصدار الإدارة قراراً بمنع الصيد في المنطقة المحددة في العقد[٤].

ب - الحالات التي رفض فيها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري الاعتراف بتوافر شرط المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد:

(١) - إنهاء العقد لأسباب مالية:

---

(١) C.E 11 Juillet 1913. Compagnie des chemins de fer du sud.Rec. P.854.
مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد المرجع السابق، ص٥٠٤.

(٢) الحكم الصادر عن دائرة فحص الطعون في مجلس الدولة السوري، رقم ١٢، في الطعن رقم ١٥٣، لسنة ١٩٧٦، مشار إليه لدى المحامي مصباح نور المهايني، المرجع السابق، ص٢٢٥.
- حكم محكمة القضاء الاداري، رقم ١٤٩، في القضية رقم (١)، لسنة ١٩٧١، مشار إلى هذا الحكم لدى العميد صبحي سلوم، المرجع السابق، ص٤٠٩.

(٣) A.De Laubadere et autres, Contrats, OP. Cit, T.2.P.666.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٦١، في القضية رقم ١٨٨، لسنة ١٩٨٣، مشار إليه لدى المحامي مصباح نور المهايني، المرجع السابق، ص١٢٨.

قرر مجلس الدولة الفرنسي في معرض أحكام عديدة له عدم مشـروعية تأسـيس الادارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بناء على اعتبارات المصلحة المالية للإدارة[1].

وكذلك فعل مجلس **الدولة المصري**، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١٢/٦ إلى: (أن حق الإدارة في الإنهاء لايجوز أن يؤخذ علـى إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعاً على وجه يسمح لجهة الإدارة أن تهدد العقود المبرمـة معها والساري تنفيذها كلما عنت لها فرصة أولاح أمل في سبيل الحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود دون أن يكون هناك مصلحة عامة أخرى تقتضـي إنهاء هذه العقود، وعلى ذلك فإنه لايجوز للإدارة إنهاء العقد لمجرد رغبتـها في طـرح محله- إدارة وتشغيل عملية بائعي أرصفة محطة القاهرة- في مزايدة جديدة للحصـول على جعل أعلى من الجعل القديم، لأن هذا فضلاً عما فيه من إهدار للثقة في معاملاتها وزعزعة الايمان بعدالتها لايصلح في ذاته سبباً مشروعاً يبرر لها الافتئات على مصـالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة)[2].

وفي **سوريا** ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها عام ١٩٦٣ إلى: (أن للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، ومجرد وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كاف لمنح الإدارة حق فسخ العقد)[3].

---

(١) C.E 26 Fev 1975, ste du port de peche de Lorient, Rec. P.155.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥١٢.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، تاريخ ١٩٧٠/١٢/٦، س٢٥ ق، ص ١٧٢، مشار إليه لـدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٢١، ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسـؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية، المركز القومي للإصدارات القانونيـة، القـاهرة، الطبعـة الأولى، ٢٠٠٨، ص١٣٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٨، لايوجد رقم للقضية، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية الـتي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠- ١٩٦٤، ص٢١٨، المبدأ ١٧٨

(٢) - إنهاء العقد لأسباب ذات طابع سياسي أو لأسباب تتعلق بالنشاط النقابي للمتعاقد:

حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة المتضمنة فصل العمال المتعاقدين وذلك لاستناد هذه القرارات على أسباب ذات طابع سياسي وعلى النشـاط النقـابي للعامل، حيث اعتبر هذه الأسباب أجنبية عن مصلحة المرفق العام[١].

(٣) - إنهاء العقد لأسباب شخصية:

لايحق للإدارة أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة من أجل أسباب شخصية لاعلاقة لهـا بالمصلحة العامة، كالعداء الشخصي للمتعاقد[٢].

(٤) - إنهاء العقد لأسباب تتعلق بحرية العقيدة الدينية:

إن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري من أجل أسباب تتعلق بحرية العقيـدة الدينيـة يكون مشوباً بعيب تجاوزالسلطة من جانب الإدارة كونه صادراً من أجل أسباب أجنبية عن حسن سير المرفق العام، ومخالفاً لحرية العقائد الدينية[٣].

---

(١) C.E 26 Oct 1960, sieur Rioux, Rec. P.558.

مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد المرجع السابق، ص٥١١.

- جاء في المادة (٣٩) من دستور الجمهورية العربية السورية لعـام ١٩٧٣: للمـواطنين حـق الاجتماع والتظاهر سلمياً في إطار مبادئ الدستور وينظم القانون ممارسة هذا الحق .

كما جاء في المادة (٢٦): لكل مواطن حق الاسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعيـة والثقافية وينظم القانون ذلك.

(٢) C.E 24 Nov 1982, commune de Bouxwiller, R.Marches Publics, No.201,1984,P.48.

مشار إليه لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٢٠.

(٣) C.E 8 Dec 1948, Pastiau.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥١٠.

- ينص دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٧٣ في المادة (٣٥):

١- حرية الاعتقاد مصونة وتحترم الدولة جميع الأديان.

وتجدر الاشارة في هذا المجال إلى أنه يجب أن يتوافر في تاريخ صدور قـرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد كلاً من شرط المصلحة العامة، والسند القانوني الذي تسـتند إليه الإدارة في إصدار قرارها بإنهاء العقد، وإلا كان قرارها غير مشروع، ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٨٧/٢/٢ بأنه: (لا يحق للسلطة مانحـة الالتزام أن تنقض تعهداتها إلا لأسباب من المصلحة تبرر في التاريخ الذي صـدر فيـه قرارها..... واستناد المرسوم الصادر من الحكومة (والمتضمن إنهاء عقد الالتـزام) على مشروع قانون لم يصدر بعد في البرلمان في تاريخ نشر وتطبيق هذا المرسوم، لايعتبر سبباً مشروعاً يبرر قرار إنهاء العقد)[١].

وبهذا قضى مجلس الدولة السوري، حيث جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٦٣ أن: (١- مشروعية القرار الإداري مناطها في القوانين القائمة وقـت صدوره.

٢ - تصرف الادارة تجاه حق مكتسب لايكون إلا بنص قانوني.....)[٢]

٢ - أن يكون قرار الإدارة بالإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري قد صـدر وفقـاً للإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين واللوائح.

٢- تكفل الدولة حرية القيام بجميع الشعائر الدينية على أن لايخل ذلك بالنظام العام.

- شجع ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥ في المادة (١) الفقرة الثالثة على تعزيز احتـرام حقـوق الانسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك اطلاقاً بلا تمييز بسبب الجـنس أو اللغة أو الدين ولاتفريق بين الرجال والنساء.

(١) C.E 2Fev 1987, sté TV6, Rec. P. 29

مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥١٦.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٣١، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمـة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص٧١، المبدأ ٥٦.

يجب على الإدارة عند قيامها بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة أن تراعي جميـع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين، وإلا كان قرار الإنهاء غير مشروع، وسنتناول الحديث عن هذا الشرط من خلال بحث النقاط التالية:

أ - السلطة المختصة بإصدار قرار إنهاء العقد:

إن صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد الإداري هو الجهة التي أبرمت العقد، وهي تمارس سلطة إنهاء العقد عن طريق أجهزتها المختصة، مالم يحدد العقد ذاته سلطة أخرى تختص بإنهاء العقد، أما في حالة سكوت العقد، فإنه طبقاً لمبدأ توازي الإختصاصـات فـإن الشخص العام الذي أبرم العقد هو ذاته الشخص المختص بإنهاء العقد(١).

ومن الأمثلة القضائية على عقود إدارية تضمنت النص صراحة على السلطة الإدارية المختصة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٣/٦/٢٤ المتعلق بإنهاء عقد تدفئة صادر على أساس نصوص العقد والذي يسمح للشخص المعنوي العام بأن يلغي العقد بحسب تقديره مقابل تعويض المستغل(٢).

ولابد في معرض حديثنا عن السلطة المختصة بإصدار قرار إنهاء العقد أن نبحث عن ما إذا كان للجهات الوصائية التي يخضع إبرام العقد لتصديقها دور في التصديق أيضـاً على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة(٣).

---

(١) C.E 26 NOV 1969, sté Civil Vincent

مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١٧.

(٢) C.E 8 Déc 1978, Bergerioux, Rec. P. 500.

مشار إليه لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٣) تخضع العقود الإدارية في الجمهورية العربية السورية التي يكون الحد الأدنى لقيمتها خمسـة عشـر مليون ليرة سورية لتصديق مجلس الدولة استناداً إلى قرار مجلس الوزراء رقـم /٣٤/ م.و تـاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٦، كما تخضع العقود الإدارية المتعلقة بالإنفاق الاستثماري والتي تتجـاوز قيمتـها

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر إلى وجـوب تطبيـق مبـدأ تـوازي الاختصاصات، فإذا كان تصديق سلطة الوصاية واجباً عند إبرام العقد، فإن تصـديق هذه السلطة يكون أيضاً واجباً عند إنهاء هذا العقد حكماً في حالة غياب نص في العقد أو القانون يستلزم ذلك، لكن المجلس خرج في أحكامه التالية عن المبدأ السابق، وقـرر أن قيام الإدارة بفسخ العقد لايخضع بالضرورة لتصديق سلطة الوصاية حتى ولو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة، إلا إذا ورد نص على خلاف ذلك يلزم الإدارة بضرورة الحصول على تصديق سلطة الوصاية على قرارها بفسخ العقد[1].

وفي **مصر** لم نجد أحكام قضائية تؤيد ما ذهب إليه مجلـس الدولـة الفرنسـي أو تعارضه، أما فقهياً فنجد **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى عدم تطلـب تصديق الجهات الوصائية على قرارات الإدارة بالإنهاء الانفـرادي للعقـود الإداريـة لدواعي المصلحة العامة، لأن للإدارة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى ملاءمة إنهـاء العقد للمصلحة العامة، خاصة وأنها هي المسؤولة أصلاً عن إدارة تسيير المرفـق العـام الذي أبرم العقد لخدمته[2].

خمسين مليون ليرة والعقود المتعلقة بالإنفاق الجاري التي تتجاوز قيمتها خمسة وعشرين مليون ليرة سورية إلى تصديق اللجنة الاقتصادية التابعة لمجلس الوزراء، أما العقود التي تقل عن القـيم الماليـة السابقة فيتولى الوزير المختص صلاحية تصديقها، ويجوز للوزير إعطاء صلاحية تصديق هذه العقود إلى سلطة أدنى نافذة شريطة أن لاتتجاوز قيمة العقد الذي تصدقه هذه السلطة عشرة ملايين لـيرة سورية وذلك استناداً إلى المرسوم التشريعي رقم /٧/ تاريخ ٢٠٠٢/١/٣٠م.

(١) C.E 3 Août 1910, Gilles , Rec.p. 686.

C.E 17 Mars 1972, Dame Figaroli, Rec.p.224

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١٨.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١٨.

وفي **سوريا** لم نجد أيضاً أحكاماً قضائية تبين رأي مجلس الدولة السوري حول هذا الموضوع، ولكن بالعودة إلى نص المـادة /٦٠/ مـن القـانون رقـم /٥١/ تـاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ المتضمن نظام العقود الموحد، والنافذ حاليـاً في الجمهوريـة العربيـة السورية، نجد أن المشرع السوري قد أعطى لآمر الصرف في الجهة العامـة المتعاقـدة سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون العـودة إلى الجهـات الوصائية على العقد[1].

ب - مدى وجوب خضوع قرار إنهاء العقد الإداري للتسبيب من جانب الإدارة:

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٧٩/٥٨٧ بتاريخ ١٩٧٩/٧/١١، وتم العمل به في ١٩٨٠/١/١١، حيث استوجب هذا القانون تسبيب جميع القرارات الفردية الـتي تلحق ضرراً بالأفراد، وقد تعددت الآراء حول وجوب تطبيق هذا القانون على قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة.

فقد ذهب مفوض الحكومة الفرنسي Fornacciari إلى: (أن المرسوم الصادر عن الحكومة الفرنسية في ١٩٨٦/٧/٣٠، والذي يقضي بإنهاء عقود الالتزام التي تسـري على قناتي التلفزيون الفرنسي الخامسة والسادسة لدواعي المصلحة العامـة يـدخل في نطاق تطبيق القانون الصادر في ١٩٧٩/٧/١١ من حيث ضرورة التسبيب، ويرجـع ذلك إلى أن إنهاء الالتزام يعتبر العمل العكسي لقرار منح الالتزام إلى ملتـزم معـين، فالمقصود هنا تصرف يلغي قراراً منشئاً لحق)[2].

---

(١) جاء في نص المادة (٦٠) من نظام العقود الموحد في سوريا الصادر بالقـانون رقـم /٥١/ لعـام ٢٠٠٤: (يحق لآمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناء على مقتضيات المصلحة العام، .....)

(٢) M. Fornacciari, conclusions sur C.E2 Fevrier 1987, 2 especes, societé Tv6 et autres, societe France 5, R.F.D.A, 1987, P.29

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

ويرى **الدكتور سليمان الطماوي** أن القرار الصادر بإنهاء العقد الإداري ليس من اللازم أن يكون مسبباً، ولكن هذا المبدأ لابد وأن يطرأ عليه بعض التغيير في فرنسا بعد صدور قانون في ١٩٧٩/٧/١١[١].

وقد وقف جانب من الفقه الفرنسي والمصري الحديث موقفاً مخالفاً للموقف السابق[٢]، حيث ذهب إلى أن قرارات الإدارة بإنهاء العقود الإدارية كجزاء على متعاقديها لأخطائهم الجسيمة هي التي يجب على الإدارة تسبيبها وفقاً للقانون السابق، وأن قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد ليس لها طابع الجزاءات وبالتالي فإنها ليست واجبة التسبيب من جانب الإدارة.

ولقد أيد هذا الرأي قضاء **مجلس الدولة الفرنسي**، فقد جاء في حكمه الصادر في ١٩٨٦/٦/٢٣ - بخصوص قرار للإدارة بالإنهاء الانفرادي لعقد يتضمن شغل الأملاك العامة لدواعي المصلحة العامة- أن هذا القرار ليس له طابع الجزاء ولايلزم بالتالي أن يكون مسبباً[٣].

وفي **سوريا** ذهب مجلس الدولة السوري في أحكامه إلى عدم إلزام الإدارة بتسبيب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري، حيث نص حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٦٥ على أن: (آ- لاتلزم الإدارة بتسبيب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري طالما أن ظروف هذا الإنهاء وما رافقه من وقائع تشكل بحد ذاتها أسباباً جدية لهذا

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٨٢.

(٢) A.DE Laubadere et autres, Contrats, op, cit, T.2, p.664.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

(٣) C.E 23 Juin 1986, Thomas, R.D.P 1986, P.1743.

مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

القرار، خصوصاً إذا كان الإنهاء متصفاً بأنه جزاء لمخالفـات الملتـزم أثنـاء تنفيـذ عقده.....)[1]

وجاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية صادر في عام ١٩٦٢: (١- الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها مالم يكن ثمة نص قانوني صريح على وجوب التسبيب.

٢ - حيثما تتطوع الإدارة ببيان سبب قرارها تعود رقابـة القضـاء الإداري إلى ممارسة سلطتها المعتادة)[2].

ج - مدى جواز صدور القرار بأثر رجعي:

إن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة لايمكن أن يسري بأثر رجعي، وهذا ما قضى به **مجلس الدولة الفرنسي** في حكمه الصادر في ١٩٧٧/٤/١٢، والذي جاء فيه: (أن قرار الإدارة بإنهاء العقد يسري ابتداء من تاريخ إبلاغه إلى المتعاقد وليس من تاريخ سابق على هذا الإبلاغ)[3].

أما بالنسبة لـ**مجلس الدولة السوري**، فإنه تبنى نهج مجلس الدولة الفرنسـي، حيـث يشترط بالقرارات الإدارية أن تكون حالة مباشرة مالم يكن ثمة نص بالقـانون يخـول الإدارة تضمينها مفعولاً رجعياً)[4].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣، في القضية ١٢، لسنة ١٩٦٥، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص٩٧، المبدأ٣٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٣، في القضية ٣، لسنة ١٩٦٢، مجموعة المبادئ الـتي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص٣١٣، المبدأ ٢٥٥.

(٣) C.E 2 Avril 1971, Sieur Tlatli salah – Eddine, A.J.D.A, 1972, II. P. 171.
مشار إليه لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا رقم٩، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتهـا المحكمـة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص٨٤، المبدأ ١٤٥.

د- الإنهاء المشوب بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الصادرة بنـاء على سلطة تقديرية:

إن قرار الإدارة بإنهاء العقد يكون بلامبرر إذا كان مشوباً بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناء على سلطة تقديرية، كـالغلط في الواقـع إذا سببت الإدارة قرارها بإنهاء العقد تسبيباً معيباً، وكالانحراف في السلطة إذا اسـتهدفت الإدارة في إنهاء العقد منفعة مالية فقط، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسـي في حكمه الصادر في ١٩٣٠/٥/٢١ في قضية Santoni، وهو خاص بإنهاء عقد تصـنيع ملابس بسبب نقص الإمكانيات الضرورية لدى المورد، وقد تبين عند نظر الدعوى أن الفسخ قد بني على غلط في الواقع لأن المورد كانت لديه الإمكانيات اللازمة للإنتاج.

وقد تبنى **القضاء المصري** ذلك المسلك، فقررت محكمة القضاء الإداري أن سـلطة الإدارة في إنهاء العقد وإن كانت سلطة تقديرية تمارسها الإدارة متى رأت أن الصـالح العام يقتضي إعمالها، إلا أن مناطها هو عدم الانحراف بالسلطة[١].

وفي **سوريا** اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقـد سـلطة تقديرية، إلا أنها لم تقصد بذلك اعتبارها عملاً تقديرياً بحتاً مما لايخضع لرقابة القضـاء، إذ اشترطت لصحة ممارسة هذه السلطة أن يقتضي الصالح العام إنهاء العقد، وإلا يكون قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة[٢].

---

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٨، في القضية ٢٢٢، لسنة ١٩٧٤، مجموعة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

المطلب الثاني
استرداد الالتزام كصورة من صور الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد

نشأت- نتيجة لسعي الإدارة الدائم لتأمين احتياجات مرافقها العامة واستمرارها بانتظام- طائفة من العقود الإدارية، أطلق عليها عقود تفويض المرفق العام، وهي عائلة العقود الإدارية التي تسند إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص عبء القيام بإدارة مرفق عام، وذلك لقاء تحصيل رسوم من المنتفعين بما يغطي تكلفة إدارةالمرفق، وهامش من الربح يتقاضاه المتعاقد، مثل عقد الالتزام La concession de service public، وعقد الامتياز L' affermage du service public، ومشاطرة الاستغلال La regie interesse، والتزام الأشغال العامة La concession des Travaux publics، وعقد التزام شغل الأملاك العامة La concession d' occupation du domine public، وعقد التزام المناجم La concession de mines[1].

وتتميز هذه العقود بطول مدة سريان العقد من جهة، كما أن تنفيذها يتطلب من جانب المتعاقد استثمارات مالية ضخمة لايستطيع المتعاقد تحصيلها من خلال ايرادات استغلال المرفق محل العقد إلا خلال مدة طويلة، لذلك فإن القضاء يولي متعاقدي هذه العقود أهمية خاصة وعناية أكبر من متعاقدي الإدارة في العقود الإدارية الأخرى، سواء من حيث التشدد في شروط فسخ هذه العقود، أو من حيث الرقابة على قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لهذه العقود.

---

(١) - د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، الصفحات ٨١ و ١٠٣ إلى ١٠٨.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥١.

وسوف نقوم بتقديم لمحة موجزة عن عقد التزام المرفق العام كنموذج عـن عقـود تفويض المرفق العام باعتباره أهمها، ثم نتناول موضوع استرداد الالتزام كصـورة مـن صور الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، بحيث تطبق أحكام الاسترداد الخاصة بعقد التزام المرفق العام على جميـع الملتـزمين في عقود تفويض المرفق العام، بالإضافة إلى الأحكام العامة التي تخضع لها هـذه الطائفـة كبقية العقود الإدارية في مجال تطبيق سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقـد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

أولاً - تعريف عقد التزام المرفق العام وتعريف الاسترداد:

سنتحدث عن تعريف عقد التزام المرفق العام والشروط التي يتضمنها، وعن تعريف استرداد الالتزام وأهميته العملية.

١ - تعريف عقد الالتزام:

يمكن تعريف عقد التزام المرفق العام بأنه تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيـذ مرفق عام وإدارته بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبـدأ بملء حريتها، وتسـمى الإدارة في هـذه الحالـة بالسـلطة المانحـة (L' autorité concedante)، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتـزم (concessionaire)، وتتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم علـى نفقتـه ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام لمدة محدودة هي مدة العقد ذاته، والتي بعد انقضائها يلتزم المتعهد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة[١].

(١) - د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٨٣.

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا في **مصر** في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠، بأنـه (التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام علـى نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محـددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، وعقد الالتزام هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، موضـوعه إدارة مرفق عام لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً يحصله من المنتفعين)[١].

وفي **سوريا** نجد أن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة السوري رقم /٥٥/ لعـام ١٩٥٩ قد ذكرت عقد الالتزام كعقد من العقود الإدارية المسماة دون أن تتطـرق إلى تعريفه، حيث تولى هذه المهمة القانون المدني السوري الصادر عـام ١٩٤٩ في المـادة ٦٣٤، حيث جاء فيها: (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذو صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فـرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).

ويتضمن عقد الالتزام نوعين من الشروط[٢]:

- جورج فوديل وبيارد لفولفيه، القانون الاداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسـة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص٥٧١.

- د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الاداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٣٠٥ و٣٠٦.

R. CHApus, Droit administratiF général, Montchrestien E.J.A, T.1, 9é éd, Paris, 1995.P.560.

Gilles J. Guglielmi et genevieve koubi, OP.cit .P.345.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٩٧، لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مشار إليـه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٥٣٩.

(٢) - د. عبد العزيزعبد المنعم خليفة- الأسس العامة في العقود الإدارية-، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٨٢.

R.chapus, oP.cit .P.442.

- **شروط تعاقدية** تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي تتعلق بالحقوق المالية للملتزم، لايجوز تعديلها إلا بموافقة الملتزم، كما أنها لاتمتـد إلى كيفيـة أداء الخدمـة للمنتفعين، حيث يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولت استغلال المرفق بنفسها.

- **شروط لائحية** وهي الشروط المتعلقة بقواعد وتنظيم المرفق وتسييره، حيث تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وتملك الإدارة تعديلها في كل وقت وفقاً لحاجة المرفـق العام موضع الاستغلال.

وهذا ما أيدته المحكمـة الإداريـة العليـا في **مصـر** في حكمهـا الصـادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠، حيث تقول: (ومن حيث أن المسلم به فقهاً وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية، وشـروط تعاقديـة، والشـروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت، وفقـاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتـزم، والمسـلم بـه أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بـإرادة مانح الالتزام المنفردة..)[١].

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الالتزام يكون محدداً بمدة مؤقتة، ولايمكـن أن يكـون دائماً، ولهذا تم تحديد الحد الأعلى لمدة عقد الالتزام في **فرنسا** بـ ـ ٩٩ عامـاً[٢]، وفي **مصر** نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه لايجوز منح التزامات المرافق العامة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠، القضية رقم ١١٠، السنة القضائية ١٣، مجموعة المكتب الفني، مبدأ رقم ٢٣، ص ٢٧، مشار إليه لدى د. سليمان الطمـاوي، المرجـع السابق، ص١١٠.

(٢) Gilles J. Guglielmi et genevieve koubi, OP.cit.P. 326 et 327.
R. chapus, oP.cit .P.557.

لمدة تزيد على ثلاثين سنة، ومقتضى ذلك عدم جواز زيادة مدة الالتزام في مجموعها (أي المدة الأصلية مضافاً إليها أي تجديد) عن هذا الحد الأقصى.

وقد قدر المشرع أن هذا الحد الأقصى للإلتزام يكفل للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات على إنشاء أو تحسين المرفق، وأوضحت المذكرة الايضاحية لهذا القانون بقولها: (لم يعد من المقبول إزاء ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزامات لما يقارب من قرن).

والمدة الجديدة (الثلاثون عاماً كحد أقصى) لاتسري على الالتزامات الجديدة فحسب، بل تسري على الالتزامات التي كانت قائمة بالفعل، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً، طبقاً لنص القانون في سريان أحكامه من وقت صدوره على الالتزامات السابقة، مع عدم الاخلال بأحكام أي اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون[1].

ولكن يلاحظ أن أغلب التشريعات الخاصة بنظام الالتزام في بعض المجالات الاقتصادية، والتي صدرت حديثاً، قد خرجت عن أحكام المدة المنصوص عليها في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وعادت إلى إطلاق المدة، ومن هذه القوانين على سبيل المثال: القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بكهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الخاص بالمطارات، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالتزام إنشاء وتشغيل الموانئ البحرية، فقد جعلت هذه القوانين مدة الامتياز ٢٥ عاماً قابلة للتجديد مرة أخرى[2].

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص١١٩.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص٨٩.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٥٠٢.

(٢) د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص٥٣ و٥٤.

وهذا الطابع المؤقت لعقد الالتزام يستند إلى الأسباب الآتية[1]:

أ - عدم قابلية سلطة الإدارة في تنظيم إدارة المرفق العام للتصرف فيها، فعقد الالتزام المؤبد يتضمن تصرفاً مؤبداً في سلطة الإدارة، حيث تتنازل الإدارة إلى الأبد عن المرفق العام محل الالتزام، ولذلك فإن عقد الالتزام المؤبد غير ممكن قانوناً، وهذا يعتبر من النظام العام.

ب - الطابع الاستثنائي لعقد الالتزام، فالأسلوب العادي لإدارة المرافق العامة هو الإدارة المباشرة للمرفق بواسطة الإدارة ذاتها، فالالتزام يعتبر الأسلوب الاستثنائي، وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تتخلص من هذا الأسلوب الاستثنائي (الالتزام) وتعود إلى الإدارة المباشرة للمرفق العام.

ج - غالبية المرافق العامة تحتاج بعد تاريخ معين للتغيير والتطوير، فالإدارة مانحة الالتزام تملك سلطة تعديل المرفق من جانب واحد، ولكن هذه السلطة غير كافية، فالإدارة لايمكن أن تجري إلا تعديلات جزئية وليست جذرية، فمثل هذه التغيرات تتطلب أن تقوم الإدارة باسترداد المرفق من أجل أن تقوم بإجراء هذه التغيرات بنفسها.

وفي شأن أداة منح الإلتزام، فقد تكون قانوناً صادراً عن السلطة التشريعية (مجلس الشعب)، أو مرسوماً صادراً عن السلطة التنفيذية العليا كرئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء وذلك حسب النظام القانوني المعمول فيه في الدولة، أو بقرار وزاري، أو بقرار يصدر من جهة إدارية معينة.

ففي **فرنسا**، لا الدستور ولا القانون فرضا تصديق عقد الإمتياز بقانون، ويتم هذا التصديق عادة بمرسوم أو أحياناً بقرار وزاري، أو بقرار يصدر عن جهة إدارية معينة

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٨٥.

أخرى، كل ذلك تبعاً لما تقضي به الأحكام التي ترعى كـل فئـة مـن الامتيـازات المختلفة[1].

وفي **مصر** نصت المادة (١٢٣) من دستور سنة ١٩٧١ على أنه (يحـدد القـانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعيـة والمرافق العامة.....).

ولما كان القانون المشار إليه في هذه المادة لم يصدر، فإن العمل قد جـرى علـى الرجوع في هذا الشأن إلى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨، الذي صدر في ظل دسـتور ١٩٥٨، والمعدل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠.

ووفقاً للمادة الأولى المعدلة من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فإنه (يكـون مـنح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقـه أو الأتـاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب، ويكون تعديل مـا عدا ذلك من الوزير المختص.

على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الـدفاع يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الدفاع إذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات)[2].

إلا أنه في الآونة الأخيرة، يلاحظ أن كثيراً من القوانين الخاصـة بالالتزامـات في مجالات معينة، قد جعلت أداة منح الالتزام هي قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح

---

(١) د. يوسف سعد الله الخوري، مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص٢٧٩.

(٢) - د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٣٨٦.

- د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص٥٠٠.

من الوزير المختص، مثل القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المطـارات، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الطرق العامة، والقانون رقـم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات محطات الكهرباء[١].

أما في **سوريا** فقد بينت المادة ٧١ من دستور عام ١٩٧٣ ضرورة موافقـة مجلـس الشعب بالنسبة لعقود الالتزام التي تبرمها الدولـة مـع الشـركات أو المؤسسـات الأجنبية[٢]، ويرى كل من **الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح** أن هذا يعني- بمفهوم المخالفة- أنه إذا أبرم عقد الالتزام مع شركات أو مؤسسات غير أجنبية فـإن موافقة المجلس لاتكون واجبة[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن التزام المرافق العامة يختلف عن الترخيص باسـتغلال المرافـق العامة، ذلك أن التزام المرافق العامة يعهد فيه إلى الملتزم بالمشاركة في تسيير المرفق العام ولمدة طويلة نسبياً وليست قصيرة، بينما التراخيص التي قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة هي بطبيعتها مؤقتة وتمنح لآجال قصيرة وغير قابلة للتجديد، ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤها في أي وقت[٤].

---

(١) د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤.

(٢) جاء في المادة (٣٠) من عقد التنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه المبرم بـين الحكومـة السـورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغـاز المحـدودة (مـول) والموقـع بتـاريخ ١٩٩٦/١٢/٢١ مايلي: (لايكون هذا العقد ملزماً لأي شخص من أطرافه مالم وحتى يصدر نص تشريعي ينشر في الجريدة الرسمية في الجمهورية العربية السورية يقر ويصدق أحكامه ويضفي عليها قوة القانون، بصرف النظر عن أي تشريع حكومي مخالف في الجمهورية العربية السورية) .

(٣) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٤٤٠، لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٧٠/١/١٧- سن ١٥ ص ١٤٠، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السـابق، ص ٥٣٥، ود. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، دار الثقافـة الجامعيـة، ٢٠٠٠، ص١٢٦ و١٢٧.

٢ - تعريف استرداد الالتزام:

يعرف الفقهاء De Laubadere , Moderne et Delvolve الاسترداد بأنه إجراء انفرادي صادر بواسطة الإدارة مانحة الالتزام في أثناء تنفيذ الالتزام، وبغرض إنهاء هذا الالتزام قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض للملتزم[١].

ويعرفه **الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح** بأنه إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول موعده دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، ومن ثم فإن الاسترداد يتم بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في اللجوء إليه، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لامقرر لحق جديد[٢].

كما يعرفه **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** الاسترداد بأنه قرار انفرادي من جانب الإدارة مانحة الالتزام ولايتضمن اتفاق الإدارة مع الملتزم على إنهاء العقد، بل هو إجراء يتم دون موافقة الملتزم ورغم معارضته، كما أنه قرار يصدر من الإدارة طبقاً لسلطتها التقديرية، حيث تستطيع الإدارة أن تحدد بحسب تقديرها ما إذا كان يوجد سبب لاسترداد الالتزام من عدمه، ولكن يجب عليها أن تتبع الهدف المحدد للإسترداد وإلا كان قرارها مشوباً بالانحراف بالسلطة[٣].

أما **الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد** فيعرف الاسترداد بأنه قيام الإدارة بإنهاء عقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، بشرط تعويضه تعويضاً عادلاً، وبإجراء إداري منها دون اللجوء للقضاء[٤].

---

(١) A.de Laubadere et autres, contrats, op. cit, T.2, p. 704.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٩٩.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٦.

(٤) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٢٩.

من التعاريف السابقة نجد أن:

أ - إسترداد الالتزام هو إجراء صادر من جانب الإدارة مانحة الالتـزام وحـدها، وغالباً ما ينظم عقد الالتزام أوضاع الاسترداد، ويطلق عليه في هذه الحالة الاسـترداد التعاقدي، وقرار الإدارة بإنهاء الاسترداد يعد ضمانة للمتعاقد من شأنه أن يعلم بموجبه نية الإدارة بالاسترداد، ويمكن أن ينصب عليه الطعن أمام القضاء كإجراء منفصل عـن العملية التعاقدية.

ب - الاسترداد يختلف عن حالات إنهاء العقد الإداري بناء على طلب الملتـزم، أو بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة، أو لإنتهاء مدته، أو انتهائه بالفسـخ القضـائي، أو إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الملتزم.

وتكمن الأهمية العملية للإسترداد في أنه يجب في مجال عقد التزام المرفق العام الموازنة بين الاعتبارين التاليين:

أ - إن عقد الالتزام يتميز عن بقية العقود الإدارية بأنه يسمح بتدخل المتعاقد في تسيير الجهاز الإداري، ولذلك فإنه من المستحيل ألا تتمكن الإدارة من أن تتخلص من هذا العقد إذا أرتأت إلغاؤه طالما أن هناك أسـباب ضرورية لحسن سير الجهاز الإداري وإدارة المرفق بالأسلوب المباشـر، وذلك حرصاً من الإدارة على استمرار عمل المرفـق العـام بانتظـام وإطراد.

ب - إن الملتزم يخصص أموالاً كبيرة لاستثمارها في إنشاء وتشغيل المرفـق العام بموجب عقد الالتزام الذي بحكم طبيعته يمتد لمدة طويلة، وذلـك لكي يستفيد الملتزم ويحصل على المبالغ التي صرفها على إنشـاء هـذا المشروع.

لذا لابد من إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقـد الالتـزام، وذلـك لايتحقق إلا بتنظيم سلطة الإدارة في استرداد الالتزام، وهو ما فعله المشرع في **مصـر** عندما نص في المادة الرابعة من القانون رقم ٢٩ لعام ١٩٤٧ الخاص بـالتزام المرافـق العامة على أنه (يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبـل انتـهاء مدته)[١].

ولكن ذلك لايمنع من وجود الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد أو القانون[٢].

وقد أكدت المحكمة الإداريـة العليـا المصـرية في حكمهـا الصـادر بتـاريخ ١٩٩٢/١١/١٥ على ضرورة هذا التوازن، حيث قـررت (إن الإدارة في ممارسـتها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً وهذه السلطة لاتسـتمدها الإدارة مـن نصوص العقد، بل من النظام العام لسير المرافق العامة والتي تحكم كفالة حسن سـيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، وللإدارة التحلـل مـن تعاقـدها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضـرر، والتعـويض مقياسه الضرر المباشر، ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسـارة الـتي لحقـت المضرور والكسب الذي فاته) [٣].

وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا في سوريا الاتجاه السابق بضرورة إيجاد هذا التوازن، وذلك في حكمها الصادر عام ١٩٧٥، حيث جاء فيه (القانون الإداري يسمح للإدارة

---

(١) مشار إلى هذا القانون لدى د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقـود الإداريـة، المرجع السابق، ص٩٠. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٩٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٩٨٦، لسنة ٣٥ ق، تاريخ ١٩٩٢/١١/١٥، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٦٢.

أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الضرر) [1].

ثانياً - التكييف القانوني للإسترداد:

ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه **Colson**[2] إلى تكييف الاسترداد بأنه من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣٢، في القضية ١٨ لعام ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١، المبدأ ١٠٢.

(٢) مشار إلى هذا الرأي لدى الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٩٦، و د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٦٠١، و د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق ص١٣٤.

(٣) يعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة أو التحسين، مقابل تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الحرمان. راجع:
- د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠، دار الألفي القانونية، المنيا، ٢٠٠٧، ص٩.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص٢٧٨ .
- جاء في المادة (١٥) من دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٧٣ (١- لاتنزع الملكية الفردية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ووفقاً للقانون).
- يطلق على نزع الملكية للمنفعة العامة في سوريا مصطلح (الاستملاك)، وقد جاء في المادة الثانية من قانون الاستملاك الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٢٠) تاريخ ١٩٨٣/٨/٢٤، المعمول به حالياً في سوريا أنه (يجوز للوزارات وللإدارات والمؤسسات العامة والجهات الإدارية ولجهات القطاع العام أن تستملك العقارات المبنية وغير المبنية سواء كانت ملكاً صرفاً أو ملكاً للوقف، أو مثقلة بحق وقفي وذلك لتنفيذ مشاريعها ذات النفع العام المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي).
- يرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار أن المشرع قد ألقى قيداً خطيراً على حق الملكية من خلال الاستملاك للمنفعة لعامة الذي يسمح بإرغام الأفراد على النزول للدولة عن ملكية عقاراتهم الضرورية لاشباع الحاجات العامة. راجع مؤلفه شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة السادسة، ١٩٩٤، ص ٢٨٣.

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد بأنه غير صحيح لاختلاف النظام القانوني لكل من الإجراءين، فالاسترداد لاينصب على نقل ملكية عقار، بل ينصب على ملكية منقولات وأموال ليست مملوكة للملتزم، فهو ليس إلا مجرد فسخ لعقد الالتزام استعمالاً لحق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ من المتعاقد، وذلك لدواعي المصلحة العامة[١].

وذهب فريق آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بأن عملية استرداد الإلتزام هي بمثابة بيع حقيقي بعوض ويخضع بالتالي لرسوم التسجيل[٢].

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن الاسترداد يعطي الملتزم الحق في تعويض موازن للأضرار التي لحقت به نتيجة التوقف السابق للأوان عن نشاطاته، وليس ثمناً عن شيء مباع[٣].

كما ذهب **الفقيه Lecomete** إلى أن الاسترداد لايعتبر بيعاً، لأن الاسترداد لايكون بحسب طبيعته نقلاً للملكية، ولكنه إنهاء للعقد، حيث ينهي الاسترداد مركزاً قانونياً (الالتزام)، في حين أن التنازل عن الملكية يكون بقصد مدها لمصلحة شخص من الغير، كما أن الاسترداد لايعتبر بيعاً كذلك لأن الاسترداد لايستوجب دفع ثمن، ولكنه يستوجب دفع تعويض، ولايوجد بيع بدون ثمن، كما أن مقدار التعويض عن الاسترداد يكون أعلى كثيراً من ثمن التنازل عن الملكية بسبب الطابع التعويضي للمقابل عن الاسترداد، فضلاً عن أن الملتزم لايكون مالكاً للمرفق العام الذي يتولى مهمة استغلاله[٤].

---

(١) A. DE Laubadere et autres, contrats, op. cit, T.2, p.707.

(٢) G. Monsarrat, concessions des communes et des syndicats de communes, publications administratives, paris, 1948,p132.
نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠٢.

(٣) A.DE laubadere et autres, contrats , op. cit, T.2, p.708.

(٤) F.lecomete, le rachat des concessions, thése, paris, 1942, p.78.
نقلاً عن الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠٣، و الدكتور. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق ص١٣٥.

أما **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى أن استرداد الالتزام في الحقيقة - كما يرى جمهور الفقهاء- ليس إلا تطبيقاً خاصاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفـرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في مجال عقد التزام المرفق العام، ولايمكن تشبيهه بنزع الملكية للمنفعة العامة، أو بعقد البيع، وذلك لإختلاف النظام القانوني للإسـترداد عن النظام القانوني الخاص بكل منهما[1].

وفي تقديرنا أن النظام القانوني لاسترداد التزام المرافق العامة يختلف عن النظـام القانوني الخاص لكل من الاستملاك والبيع، فهو بمثابة تطبيـق لسـلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في مجال عقد التزام المرفـق العام.

ثالثاً - الطبيعة القانونية للإسترداد:

يعتبر استرداد الالتزام من **النظام العام**، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- تتمتع الإدارة بالحق في استرداد الالتزام سواء أكان منصوصاً عليه في العقد أم لا، حيث توجد سلطة الإدارة في استرداد الالتزام حتى في حالة عدم نص العقد عليها، وإذا ورد نص في العقد يقضي بحق الإدارة في استرداد الالتزام، فإن مثل هذا الـنص يعتـبر كاشفاً ومنظماً لحق موجود أصلاً، وليس مقرراً لحق جديد[2].

- لايجوز للإدارة أن تتنازل عن حق الاسترداد، فإذا قيدت نفسها بعـدم ممارسـة سلطتها في الاسترداد لفترة معينة، فإن قرارها يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام[3].

---

(١) د . محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٩٥.

(٣) F.Lecomete, op. cit, P.87.

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٣٦.

- إذا ورد نص في العقد يحظر على الإدارة استرداد الالتزام طوال مدة معينة من الوقت تالية على إبرام العقد، فإن هذا النص لايعني تنازل الإدارة عن سلطتها في الاسترداد خلال هذه المدة، ولايمنع الإدارة من ممارسة سلطتها في الاسترداد في أي وقت من الأوقات المحظور الاسترداد خلالها، ولايحق للملتزم أن يتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكل ما في الأمر أن الاسترداد في هذه الحالة سوف يكلف الإدارة نفقات مالية باهظة كتعويض للملتزم، ذلك لأن التعويض في هذه الحالة سوف يتم طبقاً للقواعد العامة، وليس طبقاً لما هو منصوص عليه في العقد(١).

- يحق للإدارة استرداد الالتزام بموجب قرار إداري صادر من جانبها دون حاجة للقضاء، فقاضي العقد لايستطيع أن يأمر بالإسترداد التعاقدي أو غير التعاقدي، لأن ذلك يعتبر تدخلاً من جانب القاضي في نشاط المرفق العام(٢).

رابعاً - التمييز بين استرداد الالتزام والنظم القانونية المشابهة له:

توجد نظم قانونية تتشابه مع الاسترداد باعتباره يمثل سلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام بالإرادة المنفردة، ودون خطأ من المتعاقد، دون أن تتفق معه في كل أحكامه القانونية.

وسنتناول التفرقة بين الاسترداد والنظم المشابهة له وفق مايلي:

١ - التمييز بين الاسترداد والفسخ الإتفاقي(٣):

- يوجد الفسخ الإتفاقي والمسمى أحياناً بالإسترداد الودي عندما يضع أطراف عقد الالتزام اتفاقاً من أجل إنهاء الالتزام قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في العقد وقبل

---

(١) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P713.

(٢) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P709.

(٣) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠٥.

A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P705.

تنفيذ موضوعه، في حين أن الاسترداد يكون بقرار صادر من الجهة مانحة الالتزام دون موافقة الملتزم.

- يترتب عن استرداد الالتزام تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً، في حين أن الفسخ الإتفاقي قد يحدث بدون تعويض لصالح الملتزم، وقد يحدث بتعويض، ولكن تقدير التعويض عنه يكون محدداً إما بواسطة خبراء يقتصر عملهم على تقديم اقتراحات لأطراف العقد، وإما بواسطة محكمين يفرض قرارهم على المتعاقدين، بينما يتم تقدير التعويض عن الاسترداد التعاقدي بناء على مايقضي به اتفاق أطراف عقد الالتزام في هذا الشأن، ويتم تقدير التعويض عن الاسترداد غير التعاقدي بواسطة قاضي العقد أو اتفاق الأطراف، كما يتم تقدير التعويض من قبل المشرع في حالة الاسترداد القانوني.

- تهيمن على استرداد الالتزام نظرية المصلحة العامة، في حين أن الفسخ الإتفاقي يمكن أن ينشأ عن نزاع في حساب المنافع الخاصة.

- يمكن أن تظهر بعض الصعوبات عندما يتفق أطراف العقد على الفسخ الإتفاقي لعقد الالتزام، في حين أن دفاتر الشروط تنص عادة على إجراءات الاسترداد التعاقدي للإلتزام.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان هناك محل لتطبيق القواعد المنصوص عليها في العقد من أجل الاسترداد التعاقدي للإلتزام على حالة الفسخ الإتفاقي، وذلك من أجل تصفية حقوق الملتزم؟

يرى **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** أن هذه مسألة تفسير للنية المشتركة لأطراف العقد، فقد يتفق أطراف العقد على تطبيق قواعد الاسترداد التعاقدي للإلتزام على حالة الفسخ الإتفاقي للعقد من أجل تصفية حقوق الملتزم.

٢ - التفرقة بين الاسترداد والإنهاء الودي لعقد الالتزام بناء على طلب الملتزم:

ينص عقد الإلتزام أحياناً على حق الملتزم في مطالبة الإدارة باسترداد الالتزام، عندئذ لايحق لها رفض طلبه، حيث أنها قد تعهدت في العقد بالاستجابة لطلبه، وبالتالي فإن هذه الحالة

لاتعتبر استرداداً للإلتزام لأنها تتم بناء على طلب الملتزم وموافقة الإدارة، في حين الاسترداد يتم بقرار إداري انفرادي من جانب الإدارة وفقاً لتقديرها بإنهاء العقد[١].

٣ - التمييز بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة:

يتفق نزع الملكية للمنفعة العامة مع الاسترداد في النواحي التالية[٢]:

- إن كلاً منهما إجراء استثنائي يصدر بإجراء إداري من الإدارة العامة دون اللجوء إلى القضاء بمقتضى سلطتها التقديرية، كما أن كلاً منهما يعتبر من مظـاهر السـلطة العامة التي تفرض على الأفراد بطريقة مطلقة دون أن يمكنهم أن يعترضوا عليها.

- يهدف النظامان إلى تحقيق المصلحة العامة.

- يحصل كل من الملتزم الذي أنهي عقده قبل ميعاده الطبيعي، وكذلك مالك العقار الذي انتزع عقاره جبراً على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهما.

ورغم ذلك فإن الاسترداد يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة في النواحي التالية[٣]:

- إن محل نزع الملكية هو دائماً عقارات مملوكة للأفراد، بينما محل الاسترداد هـو مشروع عبارة عن منقولات وعقارات ليست بالضرورة ملكاً للملتزم، كما أن الإدارة لاتستطيع أن تتنازل عن الحق في ملكية المرفق العام إلى الملتزم، لذلك فإن الالتزام لايمنح الملتزم أي حق في الملكية.

- إن الاسترداد يتم في إطار العلاقة التعاقدية بين الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، أما نزع الملكية فيتم بعمل منفرد من جانب الإدارة وحدها.

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠٦.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٣٨.

(٣) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P707.

٤ - التمييز بين استرداد الالتزام وإسقاط الالتزام:

يمكن تعريف إسقاط الالتزام -كما سنرى فيما بعد- بأنه قيام الإدارة مانحة الإلتزام برفع يد الملتزم عن إدارة المرفق العام قبل انتهاء مدته، لارتكابه أخطاء جسيمة وعلى مسؤوليته.

ويتفق الاسترداد مع الإسقاط في أن كلاً منهما يضع نهاية لاستمرار عقد الالتـزام قبل نهاية مدته المنصوص عليها في العقد، واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق العام محل العقد، غير أن الاسترداد يختلف عن الإسقاط في النواحي التالية:

- يتقاضى المتعاقد تعويضاً كاملاً من الإدارة في مقابل سلطة الاسـترداد يغطـي مالحقه من خسارة ومافاته من كسب، بينما في حالة الإسقاط تحصـل الإدارة علـى تعويض من المتعاقد وذلك نتيجة لإخلاله بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً.

- الهدف المنشود من الاسترداد يختلف عن الهدف من الإسقاط، فالإسقاط يهدف إلى حرمان الملتزم من الاستمرار في استغلال وتشغيل المرفق العـام نتيجـه أخطائـه الجسيمة، للحفاظ على سير المرفق العام، وبذلك فهو يحمل صفة الجزاء، بينما الاسترداد لايحمل صفة الجزاء، حيث يتم دون أن يرتكب المتعاقد خطأ في تنفيذ التزاماته، وذلك حماية للمصلحة العامة والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

- يشترط للإسقاط في فرنسا ضرورة صدور حكم قضائي من قاضي العقد، وليس من الإدارة مانحة الالتزام، إلا إذا احتفظت الإدارة بحقها في توقيـع جـزاء الإسـقاط بمقتضى شرط صريح في العقد أو دفاتر الشروط، بينما الاسترداد يتم بإجراء من الإدارة مانحة الالتزام بناء على سلطتها التقديرية في تقرير احتياجات المرفق العـام والمصـلحة العامة، ولايمكن أن يصدر الاسترداد من جانـب قاضـي العقـد، لأن ذلـك مـن اختصاصات الإدارة التي لايمكن التصرف فيها أوالتنازل عنـها، كمـا أن القاضـي لايستطيع أن يتدخل في اختصاصات الإدارة العامة أو في سير المرفق العام[١]

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٧.

٥ - التمييز بين استرداد الالتزام والتأميم:

التأميم هو نقل ملكية المشروعات الإقتصادية الخاصة والحيوية من الأفراد أو الشركات إلى الدولة مع تعويض أصحابها تعويضاً عادلاً[١].

ومن هذا التعريف يمكن أن نميز بين استرداد الالتزام والتأميم من عدة وجوه:

- تقوم الإدارة باسترداد الالتزام، ووضع نهاية مبتسرة لعقد الالتزام عن طريق إصدار قرار إداري بإرادتها المنفردة، ودون اللجوء للقضاء، بينما التأميم يكون بقانون[٢].

- يخضع قرار الإدارة باسترداد الالتزام للرقابة القضائية إلغاء وتعويضاً، بينما يعتبر التأميم إجراءً تشريعياً لايخضع للرقابة القضائية باعتباره عملاً من أعمال السيادة، إلا في الحدود المتعلقة بالرقابة على عدم دستورية القوانين[٣].

- يتقاضى الملتزم في حالة استرداد الالتزام تعويضاً كاملاً من الإدارة يغطي مالحقه من خسارة ومافاته من كسب، وعادة يتضمن عقد الالتزام أو دفاتر الشروط كيفية تقدير التعويض، وفي حالة عدم ورود نص في العقد أو دفاتر الشروط يحدد مقدار التعويض وأسس تقديره نعود إلى المبادئ العامة التي توجب أن يكون التعويض كاملاً،

---

(١) - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١، ص٢٠٩.
- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٦.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٣٩.

(٢) نصت المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية الدائم لعام ١٩٧١: (لايجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون، ومقابل تعويض)

(٣) - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٤٠.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦١١.

بينما في التأميم فإن المشرع هو الذي يحدد مقدار التعويض، وطريقة تقديره بناء على الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وعادة لايكون تعويضاً كاملاً.

- تستطيع الإدارة بعد إصدار قرارها باسترداد الالتزام أن تصدر قراراً جديداً بمنح المشروع لملتزم جديد وبشروط جديدة، بينما التأميم ينتج عنه دائماً استبعاد الإدارة الخاصة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري استخدم كلمة التأميم في عدة قوانين ومراسيم تشريعية منها:

- القانون رقم ١٧ تاريخ ١٩٦١/٧/٢٠، المتضمن تأميم جميع البنوك وشركات التأميم في اقليمي الجمهورية العربية المتحدة.
- المرسوم التشريعي رقم /٥٦/ تاريخ ١٩٦٤/٤/١٩ المتضمن تأميم الشركة العربيةالمتحدة (الدبس)، وشركة المغازل والمناسج المساهمة المغفلة.
- المرسوم التشريعي رقم /٩/ تاريخ ١٩٦٢/٥/٢١، المتضمن تأميم الشركة التجارية الصناعية المتحدة (الخماسية).

في حين أن دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٧٣ لم يستعمل كلمة التأميم، وإنما استعمل كلمة المصادرة الخاصة، ونزع الملكية للمنفعة العامة بدلاً من كلمة التأميم، حيث جاء في المادة/١٥/:

١- لاتنزع الملكية الفردية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون.

٢- لاتفرض المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي.

٣- تجوز المصادرة الخاصة بقانون لقاء تعويض عادل.

وذلك بدلالة المادة /٣/ من المرسوم التشريعي رقم /٨/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٧ الخاص بالاستثمار في سورية التي تنص على: (تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها إلا إذا كان لغرض النفع العام ومقابل دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة.....).

خامساً - صور الاسترداد:

يلاحظ من الواقع العملي أن للإسترداد ثلاث صور هي:

١ - الاسترداد التعاقدي:

وهو الاسترداد المنصوص عليه في عقد الإلتزام بموجب نص صريح، يحدد شروطه وكيفية ممارسته، لذا تعتبر إجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها، كما يتعين على القضاء احترامها، والاسترداد التعاقدي هو الوضع الغالب في عقود الالتزام في **فرنسا** حيث أن دفاتر الشروط لعقود الالتزام تحتوي دائماً على شروط الاسترداد[١].

وفي **مصر** أوجبت المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته[٢].

وبناء على هذا النص، أصبح من الضروري أن تتضمن عقود الالتزام التي تعقد في ظل هذا القانون شرطاً ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده[٣].

---

(١) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P709.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٩٧.

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الشروط لممارسة الإدارة الإسـترداد التعاقدي وهي:

- ضرورة النص صراحة في عقد الالتزام على حق الإدارة في استرداد الالتزام قبـل نهايـة مدته، ويلتزم القضاء بالتحقق من هذا الشرط بدقة عند وجود أي منازعة بشأن الاسترداد.

ومع ذلك فإن عدم النص صراحة في العقد على شرط الاسترداد لايعـني أن الإدارة لاتملك مطلقاً استرداد الالتزام، ولكنها تستطيع ممارسة الاسترداد غير التعاقدي للإلتزام بموجب سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية[١].

- أن لايتم الاسترداد التعاقدي إلا بعد انقضاء المدة التي ينص عقد الالتزام علـى عـدم جواز استرداد المرفق خلالها، فغالباً ما تتضمن عقود الالتزام حداً أدنى من المدة لايجوز للإدارة استرداد المرفق خلاله، ولكن هذا لايعني أن الإدارة قد تنازلت عـن اسـتعمال حقهـا في الاسترداد خلال هذه المدة، وإنما يعني أن شروط الاسترداد التعاقدي لايمكن تطبيقها إلا من التاريخ المحدد في العقد، وإذا ما أرادت الإدارة الاسترداد قبل هذا التـاريخ، فلـها ممارسـة سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية في كل وقت دون خطأ المتعاقد، وهـو مـا يسـمى الاسترداد غير التعاقدي، بشرط تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً[٢].

- أن يصدر قرار الإدارة بالاسترداد التعاقدي من نفس الجهة التي قامت بإبرام عقد الالتزام، مالم ينص على خلاف ذلك في العقد أو دفاتر الشروط[٣].

---

(١) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P710.

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٩٨.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٤٦.

(٣) A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.Cit, T.2, P715.

C.E 26 Mars 1920, Compagnie generale des eaux, Rec.P.336.

C.E 16 Nov 1956, ste (B.A.B) et (B.L.B) ,Rec.P.436.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٢٦.

- يجب على الجهة مانحة الالتزام أن تعلم الملتزم بموجب إنـذار بأنهـا ترغـب في استخدام حقها في استرداد المرفق قبل قيامها بالاسترداد بمدة كافية، أو في المـدة الـتي يحددها العقد أو دفاتر الشروط، وهذا الانذار ضروري جداً حتى يستطيع الملتزم ترتيب أوضاعه.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة قيام الإدارة بإخطار الملتزم قبل استرداد الالتزام ولو لم يتطلب العقد ذلك، على أساس أن ضرورة إخطار الملتزم قبل الاسترداد يعتبر مبدأ من المبادئ العامة للقانون العام للعقود الإدارية[1].

- يجب على الإدارة أن تتقيد بالأسباب المنصوص عليها في العقد لممارسـة حـق الاسترداد، ولكن إذا لم ينص العقد على مثل هذه الأسباب فإن الإدارة لاتسـتطيع أن تلجأ إلى الاسترداد إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فإذا لجأت الإدارة إلى اسـترداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي يقضي بـأن مثـل هـذا الاسترداد يكون مشوباً بعيب الانحراف[2].

٢ - الاسترداد غير التعاقدي:

وهو الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ الالتزام وقبل نهاية مدته دون أن يكون حقها في ممارسة الاسترداد وتنظيمه منصوصـاً عليـه صراحة في عقد الالتزام.

ويظهر من التعريف السابق أنه يوجد فرضان لتطبيق الاسترداد غير التعاقدي:

- الفرض الأول: عندما لايتضمن عقد الالتزام أي نص صريح يسـمح لـلإدارة باسترداد الالتزام.

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٩٩.

- الفرض الثاني: عندما يتم استرداد الالتزام خلال الفترة التي لايجيز العقـد فيهـا للإدارة الاسترداد وذلك عندما ينص العقد على جواز الاسترداد بعد مضي مدة معينـة من إبرامه[١].

وبالرغم من إقرار أغلبية الفقهاء لهذا النوع من الاسترداد كوسيلة بيد الإدارة، إلا أن هناك من يرى أن الاسترداد لايكون إلا بطريقة النص عليه في العقد، أي أنهم لايعترفون إلا بالاسترداد التعاقدي.

أ - الرأي الرافض لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي:

يرى قلة من **الفقه الفرنسي** أن سلطة الاسترداد لاينبغي أن توجد إلا في الحـالات والأوضاع التي ينص عليها العقد، أو دفاتر الشروط، أو ينص عليه في قانون خاص.

وحجة أصحاب هذا الرأي، أن للملتزم حقاً مكتسباً في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة الالتزام المنصوص عليها في العقد، نظراً للإستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها من أجل تشييد المنشآت واستغلال المرفق، مما يقتضي تمتعه بضمان الاستقرار والثبات، على خلاف متعاقدي الإدارة الآخرين كمقاولي الأشغال العامة أو الموردين، مما يترتب عليه أن الإدارة لاتستطيع فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا لم يوجد نص في العقد أوفي دفاتر الشروط يعطيها هذا الحق صراحة[٢].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٧٦.

(٢) J.DUFAU, Les concessions de service public,Editions du Moniteur, Paris, 1979, P.166.

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٨١.

وذهب الفقيه **MADIOT** إلى اعتبار انقضاء مدة الالتزام شرطاً تعاقدياً، ولذلك فإن السلطة مانحة الالتزام لاتستطيع أن تختصر مدة الالتزام، ولاتستطيع أن تنهي الالتزام بقوة القانون، إلا في حالة القوة القاهرة، أو وجود نص في دفاتر الشروط(١).

وفي **مصر** يرى **الدكتور توفيق شحاته** أنه في حالة عدم وجود نص في العقد يجيز الفسخ، لايكون أمام الإدارة إلا اللجوء للقضاء للحصول على حكم قضائي بالفسخ، وذلك راجع إلى اعتبار مدى ما يترتب من اضطراب على فسخ عقد الالتزام، وإلى أهمية رؤوس الأموال الموظفة في المرفق موضوع الالتزام(٢).

ب - الرأي المؤيد لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي:

يتبنى غالبية الفقه الفرنسي والمصري فكرة الاسترداد غير التعاقدي، ففي فرنسا ذهب الفقيه **Benoit** إلى أنه (بالنسبة لعقد الالتزام، فإن الإنهاء الانفرادي للعقد لايمكن أن يتخذ إلا شكل الاسترداد غير التعاقدي)(٣).

كما ذهب الفقيه **NEGRIN** إلى أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي (الإسترداد القانوني)، أو شروط منصوص عليها في العقد (الاسترداد التعاقدي)، فإنه مما يتفق مع قواعد تنظيم المرافق العامة التسليم بأن الإدارة تملك الحق في الاسترداد(٤).

---

(١) Y.MADIOT,Aux Frontièrs du contrat et de L' acte administratiF unilatéral, éd:L.G.D.J, Paris, 1971, P.167.

(٢) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، ١٩٥٥ م ص ٨٠١، نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٣) (F-P). Benoit, OP.ciT,P.661.

(٤) (J-P). NEGRIN, L' intervention des Personnes morales de droit privé dans L' action administrative, L.G.D.J,Paris, 1971,P85

أما الفقهاء الثلاثة A.De laubadere, F.Moderne et P. Delvolve فإنهم يقرون بوجود حق الإدارة في الاسترداد، ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، ويستندون في رأيهم إلى وجود عدة أحكام تقر بوجود الاسترداد غير التعاقدي، ولكنها قليلة نظراً لأن عقود الالتزام في فرنسا تنص عادة على الإسترداد[1].

وفي **مصر** يرى **الدكتور سيمان الطماوي** أنه لاشك في حق الإدارة في استرداد المرفـق دون حاجة لانتظار نهاية المدة، فالإدارة تملك حقاً أصيلاً - لايمكنها أن تنزل عنه أو تقيـد حريتها في استعماله – في أن تنظم المرفق العام في كل وقت بما يجعله أصـلح لأداء الخدمـة المنوطة به، وبالتالي فإن لها دائماً أن تلغي المرفق، فينقضي الالتزام، أو تستبدل بطريقة الإدارة القديمة طريقة جديدة، كالاستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة (هيئة عامـة)... الخ، ثم أن المسلم به كقاعدة عامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري أن للإدارة دائماً حق إنهاء العقود الإدارية قبل نهايتها الطبيعية وفقاً لمقتضيات الصالح العام، وما استرداد المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز إلا من قبيل حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية[2].

كما يرى **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** أن (حق الإدارة في اسـترداد المرفق العام يعتبر من النظام العام، بمعنى أن الإدارة تستطيع أن تمارس الاسترداد في جميع الأحوال، وفي أي وقت حتى ولولم يكن منصوصاً عليه صراحة في عقـد الالتـزام أو كراسة الشروط، ولو لم يقرره أي نص قانوني).

ويبني الدكتور السيد رأيه استناداً إلى الاعتبارين التاليين:

- إن استرداد الالتزام ليس إلا تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقـود الإداريـة لدواعي المصلحة العامة في مجال عقد الالتزام، وطالما أن الإدارة تملك سلطة الإنهاء الانفرادي في

---

(١) A.DE Laubadere et autres, contrats, op. cit, T.2, p.735.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٣.

أي وقت حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد الإداري، فإنه يترتب على ذلك وجـوب أن تملك الإدارة سلطة الاسترداد في جميع الأحوال، حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقـد أو كراسة الشروط أو القانون، فما يسري على الأصل لابد أن يسري على الفرع.

- إن الإدارة هي المسؤولة وحدها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة، لذلك لابد من أن تتمتع بحق أساسي لايجوز لها التنازل عنه أو التصرف فيه في تعديل أركان المرفـق العام أو إلغائه أو تعديل طرق إدارته أو استغلاله أو إعادة تنظيمه بما يتفق مع احتياجات الجمهور وبما يتلائم مع التطورات العلمية الحديثة، ولاشك أن عدم النص صـراحة في عقد الالتزام على حق الإدارة في استرداد الالتزام لايعني أن الإدارة قد تنازلت عن حقها في تعديل المرفق العام أو إعادة تنظيمه بواسطة استرداد الالتزام وإحلال ملتزم آخر محل الملتزم القديم أو إلغاء المرفق العام ذاته محل الالتزام[1].

أما عن **موقف القضاء الإداري** من وجود حق الإدارة في الإسترداد غير التعاقدي للإلتزام، فإننا نجد أن مجلس **الدولة الفرنسي** قد اعترف بوجود حق الإدارة في الإسترداد غير التعاقدي، حيث قرر في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٢ أنه (لما كان يحق للإدارة مانحـة الإلتـزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق التعويض للملتزم أن تنهي عقد الإلتزام قبل ميعاده مادامت توجد أسباب من المصلحة العامة تبرر لها إتخاذ هذا القرار، فإن السلطة مانحة الإلتزام تستطيع أن تمارس هذا الحق، حتى ولو لم ينظم ممارسته أي نص تشريعي أو لائحي أو أي شرط تعاقدي)[2].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٩١.

(٢) C.E 22 Avril 1988, sté France 5 , R.D.P, 1988, P.1437.

مشار إليه لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٩٤، ود. مفتاح خليفـة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٥٢.

كما أن **القضاء الإداري المصري** تبنى الإعتراف بالإسترداد غير التعاقدي، حيث أقرت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ (أن حق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة عدم وجود نص في العقد ودون صدور خطأ من المتعاقد، وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض)[١].

وفي **سوريا** ساير مجلس الدولة السوري ما هو متبع في فرنسا ومصر، فقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر عام ١٩٧٤ (أن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان لذلك وجه قانوني)[٢].

ومن جانبنا نؤيد إعتراف كل من القضاء والفقه الإداري – في **فرنسا ومصر وسوريا** – بحق **الإدارة** مانحة **الإلتزام** في **الإسترداد غير التعاقدي- بالإضافة إلى الإسترداد التعاقدي- باعتباره حقاً مقرراً لايحتاج إلى النص عليه** في **العقد أو** في **دفاتر الشروط الخاصة، كما نفضل أن تلجأ الإدارة** في **سوريا إلى الاسترداد التعاقدي عند تنظيم عقود الالتزام، عن طريق ذكر قواعده والآثار التي تترتب عليه، أو أن تلجأ إلى فسخ العقد بالتراضي، وذلك لأن الاسترداد غير التعاقدي**

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٨٦٢، ١٠ ق، تاريخ ١٩٥٧/٦/١٦، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢٣، في القضية ٢٢١، لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٢٠٥، المبدأ ٩٤.

يكلف الدولة نفقات طائلة من خلال دفع تعويض كامل للملتزم يغطي جميع مالحقه من خسارة وما فاته من كسب.

٣ - الاسترداد القانوني (التشريعي):

يقوم المشرع أحياناً بإصدار قوانين خاصة ينظم بموجبها اسـترداد بعـض المرافـق العامة، بقصد تمكين السلطة مانحة الالتزام من ممارسة الاسترداد غير المنصوص عليـه في عقد الالتزام، أو تنفيذ الاسترداد بشروط وطرق مختلفة عن تلك الشـروط والطـرق المنصوص عليها في هذا العقد، وهذا التدخل طبيعي من المشرع، فطالما منح الالتزام في بعض الحالات لايكون إلا بقانون، فالمشرع يستطيع أن يقـرر لاعتبـارات يقـدرها استرداد أحد المرافق العامة بقانون.

وعندما يصدر هذا القانون يجب تنفيذ ما يتضمنه من شروط، واتباع ما يقضي بـه من إجراءات وما يرتبه من التزامات، ويحرص المشرع على أن يكون هذا الاسـترداد مقابل تعويض يحدده أو يبين كيفية تحديده في ذات قانون الاسـترداد. وقـد تـدخل المشرع الفرنسي والمصري عدة مرات وأصدر بعض القوانين لاسترداد بعض المرافـق الحيوية منها.

أ - الاسترداد القانوني في فرنسا:

تدخل المشرع الفرنسي منذ سنة ١٨٤٥ في مجال عقود الالتزام، فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة، والتي تدار عن طريق الالتزام، وأهم هذه القوانين[١]:

---

(١) مشار إلى هذه القوانين لدى:

A. DE Laubadere et autres, contrats, OP.cit, T.2, P737 et s.

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٤ و ٨٠٥.
- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٥٥و ١٥٦.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٧٠٣و ٧٠٤.

- القانون الصادر في ٢٩ مايو ١٨٤٥ باسترداد امتيازات قنوات الملاحة.

- القانون الصادر في ٣٠ يوليو ١٨٨٠ باسترداد الكباري التي يتم استخدامها بمقابل.

- القانون الصادر في ١١ يونيو ١٨٨٠ بإنهاء عقود امتياز السكك الحديدية المحلية.

- القانون الصادر في ١٣ يوليو ١٩٠٨ بإنهاء عقود امتياز شركة سكك حديد المغرب.

ب - الاسترداد القانوني في مصر:

أصدر المشرع المصري عدة قوانين لاسترداد بعض المرافق التي تدار بطريقة الامتيـاز نذكر منها[١]:

- القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ القاضي بتأميم الشركة العامة لقنـاة السـويس البحرية[٢].

- القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٥٧ القاضي باسترداد مرفق مياه القاهرة.

- القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٦١ القاضي باسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينـة الإسكندرية.

---

(١) مشار إلى هذه القوانين لدى:
- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٥٦.
- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٥.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٧٠٤و ٧٠٥ و٧٠٦.

(٢) إن القانون رقم ٢٨٥ لعام ١٩٥٦ بالرغم من تسميته بأنه خاص (بتأميم الشركة العالميـة لقنـاة السويس البحرية)، فإنه في حقيقته ليس تأميماً، لأن التأميم بمعناه الفني ينصرف إلى نـزع ملكيـة المشروعات الخاصة الحيوية من الأفراد أو الشركات لمصلحة الجماعة، أما شركة قناة السويس، فإنها لم تملك قناة السويس، وإنما كانت تتولى إدارة المرفق نيابةعن الدولة، وهكذا يكون القانون السابق مجرد استرداد قانوني لمرفق القناة.
راجع في ذلك د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٦.

المبحث الثاني

إنهاء العقد الإداري نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم

(الفسخ الجزائي)

إذا حدث إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد بأن امتنع عن تنفيذه، أو تأخر في انجاز الأعمال، أو نفذها بعد المواعيد المحددة، أو نفذها على غير مقتضى الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو غير ذلك من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد، فإنه يجوز لجهة الإدارة كأصل عام أن توقع عليه الجزاءات التي حددها القانون.

وتتنوع الجزاءات التي تستطيع أن توقعها الإدارة على المتعاقد في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته، فهناك الجزاءات الجنائية، والجزاءات المالية، كما أن هناك وسائل الضغط والإكراه، وأخيراً هناك إنهاء العقد الإداري (الفسخ الجزائي)، وذلك عندما يرتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً يؤثر على سير المرفق العام، ويكون على درجة كافية لتوقيع مثل هذه العقوبة البالغة الجسامة.

ويهدف توقيع هذه الجزاءات إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة.

وسوف نتناول في هذا المبحث دراسة الفسخ الجزائي للعقد الإداري كجزاء تستطيع الإدارة فرضه بإراداتها المنفردة على النحو التالي:

المطلب الأول
النظام القانوني للفسخ الجزائي

تملك الإدارة توقيع الجزاء وتنفيذه بنفسها دون انتظار لحكم القضاء، بما في ذلـك فسخ العقد نتيجة لإخلال المتعاقد بالالتزامات العقدية، وذلك استناداً إلى سـلطتها في التنفيذ المباشر(١).

وقراراتها في هذا الشأن تخضع للرقابة القضائية اللاحقة بواسطة القضاء الإداري، من حيث المشروعية، سواء من ناحية الاختصاص، أو الإجراءات، أو مخالفة القـانون، أو التعسف في استعمال السلطة، بل تمتد هذه الرقابة اللاحقة أيضاً إلى مدى ملاءمة هـذه الجزاءات للتقصير المنسوب إلى المتعاقد(٢).

أولاً - تعريف وطبيعة الفسخ الجزائي:

سوف نلقي الضوء على مفهوم وخصائص الفسخ الجزائي للرابطة العقدية بموجب الإرادة المنفردة لجهة الإدارة، ثم نوضح الطبيعة القانونية المميزة للفسخ الجزائي.

---

(١) يعني امتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة أن لها الحق في تنفيذ ما تصدره من قرارات تنفيـذاً مباشراً بدون أن تلجأ إلى القضاء، بل إنها تستطيع أن تنفذ قراراتها بالقوة عند اللزوم.
راجع بشأن حق التنفيذ المباشر:
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص٢٦٩.
- د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٥٢٥.
- د. ابراهيم محمد علي- آثار العقود الإدارية- كلية الحقوق- جامعة المنوفية- ١٩٩٧- ص٦٥.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، كلية الحقوق-، جامعـة حلـوان، بدون تاريخ، ص١٢٦.

١ - تعريف وخصائص الفسخ الجزائي:

الفسخ الجزائي هو ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، والـذي يترتـب عليـه استبعاد المتعاقد معها نهائياً من تنفيذ موضوع العقد أو من الاستمرار في تنفيذه[١].

ويتميز هذا الجزاء بخاصتين جوهريتين هما:

- إن الإدارة تقرر ذلك الإنهاء بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها، بناء على سلطتها التقديرية وحقها في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى اللجوء للقاضي، باستثناء جزاء الإسقاط الذي لايتم إلا بحكم قضائي.

- يترتب على توقيع هذا الجزاء انتهاء العقد، واستبعاد المتعاقد معها بصورة نهائيـة من تنفيذ الأعمال محل العقد[٢].

ولقد صدرت الأحكام القضائية المتواترة عن مجلس **الدولة الفرنسي** معترفة للإدارة بالحق في فسخ العقد إذا اتضح لها بصفة نهائية أن المتعاقد لم يعـد في إمكانـه تقـديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة مرضية وفعالة[٣].

وكذلك استقر مجلس **الدولة المصري** على (أن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد

---

(١) السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بـالإرادة المنفـردة، رسـالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٤، ص ١٢٢

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣٢ في القضية رقم ١١١لسـنة ١٩٧٤ – مجموعـة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٢٠٦.

(٣) C.E 4 Janvier 1956 , Ville de Paris,P.11.

مشار إليه لدى د. مفتاح عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٢، والسلال سعيد جمعة الهويـدي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعـب في معلوماته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة ومن حـق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء، فإنه لاوجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأي صورة من الصور مهما يكـن مـن أمـر مايدعيه المدعي في هذا الشأن.....)[1].

وقد ساير مجلس **الدولة السوري** ماوصل إليه مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، فقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٧٢:

(أن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخـاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد اخل بالالتزامات العقدية إخلالا جسيما يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض أن كان له موجب وثبت أن الفسخ وقع تعسفياً)[2].

كذلك يجمع الفقه الإداري على أن للإدراة أن تنهي العقد الإداري عندما يتبين لها أن المتعاقد معها لم يعد قادرا على تنفيذ العقد، أولم يعد قادرا على المشاركة في تنفيذه بدرجة كافية مما يعرض المرفق العام للخطر[3].

ومما يجب التنويه إليه أن القضاء في فرنسا ومصر وكذلك في سـوريا يسـتلزم أن يقترن توقيع هذا الجزاء بخطأ جسيم يرتكبة المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وبـذلك فهـو

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، مشار إليـه لـدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٢ – مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص٢٢٨.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

يختلف عن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام، وبدون خطأ من المتعاقد[1].

٢ - الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي:

سنتناول هذا الموضوع من خلال استعراض موقف كل من الفقه والقضاء الإداري.

أ - موقف الفقه الإداري:

انقسم الفقه الإداري حول الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي، فاعتبره البعض من النظام العام، وبذلك فهو يتواجد ولو لم ينص عليه في العقد، كما لايمكن الاتفاق على استبعاده، بينما رفض فريق آخراعتباره من النظام العام، وذلك وفق التفصيل الآتي:

(١) - الفقه المعارض للفسخ الجزائي بالإرادة المنفردة للإدارة:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي[2] إلى أن الفسخ الجزائي لعقود الإدارة ليس من النظام العام، حيث لم يعترف هذا الفقه للإدارة بحق في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد معها ما لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط المتعلقة به، وترتيباً على ذلك فإنه في حالة عدم النص صراحة في العقد الإداري أو دفاتر الشروط المتعلقة به على جزاء الفسخ، فإنه يجب على الإدارة أن تلجأ إلى قاضي العقد ليقرر فسخ العقد أسوة بالمتعاقد الآخر طبقاً لنص المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي[3]، التي تقوم

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص٤٤٠ و ٤٤١.

(٢) P.L JOSSE, Travaux Publics et L'expropriation, Sirey,1958

مشار إليه لدى د. مفتاح عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٣، والسلال سعيد جمعة الهوبدي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٣) راجع نص المادة ١٥٨من القانون المدني السوري الصادر عام ١٩٤٩ والذي يشابه نص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي.

على فكرة أنه في العقود الملزمة للجانبين يعتبر طرفا العقد قد اتفقا ضمناً على شـرط بمقتضاه يتم فسخ العقد، إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته، فالاختصاص هنا قضـائي أساساً.

(٢) - الفقه المؤيد للفسخ الجزائي بالإرادة المنفردة للإدارة:

ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى إعتبار جزاء الفسخ في العقود الإدارية مـن النظـام العام، وأنه يتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون، حتى ولـو لم يكـن منصوصاً عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، وذلك لضمان حسن سير المرافـق العامة[١].

ويؤيد **الدكتور عبد المجيد فياض** هذا الاتجاه رافضاً الرأي الذي لايعتـبر الفسـخ الجزائي من النظام العام، باعتباره يناقض مبدأ مجمعاً عليه فقهاً وقضاء، يعترف للإدارة بحق تطبيق الجزاء بنفسها[٢].

ومن جانبنا نرجح رأي الفقه المؤيد لإعتبار الفسخ الجزائي بـالارادة المنفـردة للإدارة من النظام العام، وذلك لأن جهة الإدارة هي المكلفة من قبل المجتمع بمتابعة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، ولأن أي إخلال منه يؤدي إلى اضطراب سير المرفـق العام الذي كلف المتعاقد بإدارته.

ب - موقف القضاء الإداري:

هناك نوعان من الفسخ الجزائي للعقود الإدارية وفق أحكام القضاء الإداري لمجلس الدولة الفرنسي، يتمثل الأول في الفسخ الجزائي المجرد، وهو مقرر للمصلحة العامـة،

---

(١) A. DE Laubadere et autres,Contrats, op.ciT,T.2, P.163.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ٢٧٤.

ويوجد في جميع العقود الإدارية، سواء نص عليه في العقد أو دفاتر الشروط أم لم ينص، ويعتبر من النظام العام، أما النوع الثاني من الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، فهو ذلك الذي يتم تقريره على مسؤولية المتعاقد المستبعد من دائرة تنفيذ العقد، بمعنى أنه يتم فسخ العقد مع إعادة طرح موضوعه في مناقصة جديدة على مسؤولية هذا المتعاقد، ولايعتبر هذا النوع من الإنهاء الجزائي من النظام العام، كما لايوجد بقوة القانون لصالح الإدارة، بل لابد من النص عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط[1].

أما في **مصر** فنجد أن القضاء الإداري اعتبر الفسخ الجزائي للعقود الإدارية من النظام العام، فقد أقرت محكمة القضاء الإداري ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، والذي جاء فيه (أن القانون الإداري....يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل لها حق إنهاء العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة، أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات، حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام[2].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على أن للإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق للإدارة مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر، وهذه السلطة لاتستمدها الإدارة من نصوص العقد،

---

(١) C.E 15 oct 1965, ste entreprise perignon, Rec.P.522.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٤، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٥.

بل من النظام العام لسير المرافق العامة، والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامهـا في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة[1].

أما في سوريا نعتقد - من خلال استعراض أحكام مجلس الدولـة- أن القضـاء الإداري اعتبر الفسخ الجزائي من النظام العام، دون أن يذكر ذلك صراحة، ولكن يمكن استنتاج ذلك من خلال عرض بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا[2] التي تبين أن الفسخ الجزائي هو حق أصيل للإدارة، تملـك اسـتخدامه إذا أخـل المتعاقـد بالتزاماته إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر، وهذا الحق قد شرعه القـانون الإداري، وسمح للإدارة باستخدامه متى وجدت مصلحة المرفق العام تقضي بذلك، ومنع على الإدارة التنازل عن هذا الحق، فإذا قامت بذلك اعتبر تصرفها باطلاً.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٩٨٦، لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٢) قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم ١٢٠، في القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧٢: (أن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل، تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقـد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر...).
راجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ١٩٧.
- قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم ٣٢، في القضـية رقـم ١٨ لسـنة ١٩٧٥: (أن القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار).
راجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١.
- قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم ١٣، في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٥ (أن مـن خصائص العقد الإداري وهو واسطة لتسيير مصلحة عامة بطلان تنـازل الإدارة عـن مفعـول إجراءاتها إلا بداع من المصلحة العامة).
راجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٣٣.

ج - النتائج المترتبة على اعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام:

- إن جزاء الإنهاء في العقود الإدارية ليس في حاجة إلى النص عليـه صـراحة في العقد أو دفاتر الشروط، أي أنه يوجد دائماً لصالح الإدارة حتى في حالة سـكوت العقد أو دفاتر الشروط عن ذكره، حيث تملك الإدارة صاحبة العمل سلطة الفسخ الجزائي للعقد بقوة القانون لضرورات تأمين وضمان تنفيذ الأعمال العامة.

- لايمكن لطرفي العقد تقرير حرمان جهة الإدارة من سلطتها التقديرية في الإنهـاء الجزائي للعقود الإدارية بمقتضى شرط عام ومطلق يتم إدراجه في العقد بالاتفاق فيمـا بينهما، لأن مثل هذا الشرط يعد في حكم الإعفاء من المسؤولية، ومن ثم فإنـه يعتـبر باطلاً قانوناً على وجه العموم لمخالفته للنظام العام في القانون الخاص، وبالتالي فهو أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام[1].

ويذهب جانب من الفقه - استناداً إلى ذلك الوصف المتعلق بالنظـام العـام - إلى عدم مشروعية التنازل الإداري عن سلطة الفسخ، حيث لايجوز للإدارة أن تتنازل بصفة عامة عن استخدام سلطتها في فسخ العقد، لأن هذه السلطة ليست حقاً شخصياً لهـا، وإنما هي وظيفة وواجب مكلفة به ملقى على عاتقها مهما كان مبرر الفسخ، خطـأ المتعاقد أو أسباب أخرى تتعلق بالمصلحة العامة، وذلك أننا نكـون دائمـاً بصـدد اختصاص يهدف إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد[2].

---

(١) G.JEZE, les Principes généraux du droit administratiF, 3 éme édition, Paris, 1934, P. 1032.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض المرجع السابق، ص٢٧٢، ود. مفتاح خليفة عبد الحميـد، المرجـع السابق، ص١٦٤، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص١٣١.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القـاهرة، ١٩٩٠، ص١٥٣.

- إن النص في العقد الإداري أو دفاتر الشروط على حق الإدارة في توقيع بعـض الجزاءات التعاقدية مثل جزاء وضع المرفق تحت الإدارة المباشرة، لايحرم الإدارة في حقها من توقيع جزاء فسخ العقد بعد دعوة المتعاقد معها المقصر إلى تنفيذ التزاماته[1].

- تستطيع الإدارة استخدام سلطة الفسخ الجزائي للعقود الإدارية بنفسـها، دون إلزامها باللجوء إلى قاضي العقد لتقرير هذا الجزاء، وذلك بمقتضـى إمتيازهـا في التنفيذ المباشر، أو بمقتضى حقها في توقيع الجزاء على متعاقديها.

ثانياً - مدى سلطة الإدارة في ممارسة **الفسخ الجزائي للعقد الإداري:**

سوف نعرض موقف القضاء والفقه الإداري في كل من فرنسا ومصر وسوريا حول الإعتراف أو عدم الإعتراف لجهة الإدارة بالتمتع بسلطة الإنهاء الجزائي للعقـد الإداري خارج نطاق العقد ودفاتر الشروط من خلال:

١ - مدى سلطة الإدارة في ممارسة **الفسخ الجزائي** في **فرنسا:**

اتجه مجلس الدولة الفرنسي - في البداية - إلى عدم جواز لجوء الإدارة إلى توقيع أية جزاءات خارج نصوص العقد كجزاء بديل عن الجزاء العقدي، حيث كانـت الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات في بادئ الأمر من النصوص التعاقدية، فـإذا حـدد العقد أو دفاتر الشروط جزاءات معينة لبعض المخالفات ولم يقرر للمخالفات الأخرى جزاءات معينة، فلا تستطيع الإدارة مخالفة هذه الشروط[2].

---

(١) C.E 30 Septembre, 1983. Comexp. Rec. P.393.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٥، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص١٣٣.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي تراجع عن هذا الموقف في حكمه الشهير الصادر بتاريخ ١٩٠٧/٥/٣١، في قضية DEPLANQue[١]، حيث أبرم السيد DEPLANQue عقد التزام مع إحدى القرى لإضاءتها، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وقد نسب بعد ذلك إلى السيد DEPLANQue التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة في العقد، ومن ثم عرض الأمر على القضاء الإداري للفصل فيه، وكان على القاضي إما أن يتقيد بنصوص العقد، فيحكم بالإسقاط، أو يوقع جزاء آخر.

وقد اقترح مفوض الحكومة ROMiEU في تقريره المقدم في هذه الدعوى المبادئ الجديدة التالية[٢]:

- إذا العقد - عند تحديده التزامات الطرفين - أغفل جزاءات مقابلة لتلك الالتزامات أو الإخلال بها، فإنه يجب ألا يترتب على ذلك تقرير عدم وجود جزاءات.
- إذا كان العقد قد حدد صراحة وجود جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة، وأغفل تحديد الجزاءات المقابلة لباقي المخالفات، فلا يترتب على ذلك بقاء هذه الأخيرة بدون جزاء.
- إن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصاً صريحة على خلاف ذلك، أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة، وإعمالاً للقواعد العامة، أن يقرر إما فسخ العقد أو الحكم بالتعويضات.

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٠٣.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٨.

وقد أخذ مجلس الدولة بما تضمنه تقرير مفوض الحكومة، وقضى بتعويض الإدارة عن المخالفات التي ارتكبها الملتزم، وكرس هذا الحكم مبدأ حق الإدارة في فـرض الجزاءات الإدارية حتى في حال سكوت العقد.

ورغم اعتراف مجلس الدولة بهذا المبدأ، إلا أن هذا الاعتراف كان ينطـوي علـى قيدين واردين على فكرة الجزاءات هما:

- وجوب اللجوء مسبقاً إلى القضاء إذا أرادت الإدارة الحصول علـى تعـويض مقابل الأضرار التي أصابتها من مخالفة الملتزم لأداء التزاماته، حيث لايجوز لـلإدارة أن تحدد التعويض الذي تستحقه مسبقاً بإرادتها المنفردة.
- يجب أن تتقيد الإدارة بالشروط التي ينظمها العقد في شأن توقيـع الجـزاءات والمخالفات المحددة المقابلة لها، بحيث لايحق للإدارة أن توقع أي جزاء آخر في نفس هذه المخالفة.

وبعد ذلك شهد القضاء الإداري الفرنسي تطوراً مهماً، حيث حررت الإدارة مـن هذين القيدين، وذلك في حكم مجلس الدولة في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي عام١٩٢٩[١]، حيث أقر سلطة الإدارة في فرض الجزاء بنفسها سواء أكان منصوصـاً عليه بالعقد، أو في لوائح تنظيم المرفق العام، أم لم يكن منصوصاً عليه في حال إخـلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وذلك في جميع العقود الإدارية باستثناء عقود الإلتزام، حيث أن إسقاط الالتزام يتطلب قراراً قضائياً من قاضي العقد، إلا إذا ورد نص صـريح في العقد أو دفاتر الشروط أو القانون يسمح للإدارة بأن تقرر بنفسها إسقاط الالتزام[٢].

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٤٦.

(٢) - د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٤٧.

- د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٤٦

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء آخـر أشد منـه أو أقـل منه[1]، وظهر ذلك في حكمه بتاريخ ٢ يوليـو سـنة ١٩٢٤ في قضية (Girou)[2]، حيث قرر: (أن وضع المرفق تحت الإدارة المباشرة المنصوص عليـه في العقد بالنسبة لحالة توقف المرفق عن السير خلال ثمانية أيام متتاليـة، لايحـول دون إسقاط الالتزام بسبب عدم التنفيذ المستمر من جانب الملتزم).

وأكد على ذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ مـارس سـنة ١٩٢٨، في قضـية (Ville de Louchans)[3]، حيث جاء فيه: (أن الأخطاء المنسوبة للملتزم لاتسـتأهل إسقاط الالتزام المنصوص عليه في العقد بالنسبة لها، ولكنها تسمح فقط بوضع المرفـق تحت الحراسة).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الفرنسي يعترف للإدارة بحقها في الـنزول عـن توقيع الجزاء بنفسها، وبحق اللجوء إلى القضاء لتوقيعه بدلاً منها، وذلك حتى تضـمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ثبت أنها قد أساءت استعمال هذا الحـق، أو استعملته استعمالا غير مشروع[4].

ويرى الفقيه Fougerolle أن الإدارة من حقها فسخ العقد بنفسها بعد أن تقـدم دعوى الفسخ، وحتى إذا وجد حكم قضائي يرفضها، فان هذا الحكم ليس من أثـره إبطال هذا الحق للإدارة[5].

---

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٦٩.

(٢) مشار إلى هذا الحكم في لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص٢٤٥.

(٣) مشار إلى هذا الحكم في لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص٢٤٥.

(٤) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٧٣.

(٥) مشار إلى هذا الرأي لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٧٤.

ويرى الفقيه A. DE Laubadere أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من الإدارة، وأن الإدارة – بعكس الوضع في القانون الخاص- ليست في حاجة لأن تطلب مـن القضـاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر، كما أن الإدارة في فرنسـا ليست مقيدة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد، فهي تستطيع توقيع جزاءات أخرى أذا رأت أنها أكثر تناسبا مع المخالفات التي ارتكبها المتعاقد[١].

٢ - مدى سلطة الإدارة في ممارسة الفسخ الجزائي في مصر وسوريا:

أ - في مصر:

جرى مجلس الدولة المصري على وجوب التزام الإدارة بتوقيع الجزاء المنصوص عليه تعاقدياً دون غيره، بحيث إذا ماتوقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً، ووضعا له جزاءً بعينه، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد في هذا الشأن.

وقد أرست المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكم لهـا صـادر بتـاريخ ١٢/١١/ ١٩٦٥، والذي جاء فيه: (إذا تضمنت الشروط الخاصة للمزايدة تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فان مقـدار الغرامـة، حسبما نصت عليه هذه الشروط، يكون هو الواجب إعماله، دون النص اللائحـي، وذلك لأنه نص خاص، ومن المسلم به فقهاً أن الخاص يقيد العام، ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة)[٢].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على ذلك في حكم لهـا صـادر بتـاريخ ٨/ ١٩٦٧/٤، جاء فيه (إذا ماتوقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعا له جزاءً

---

(١) A.de Laubadere, Traité théorique et pratique des contrats administratiFs, L.G.D.J. Paris, T.2, 1956, P.134 et137

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٦.

بعينه، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات المشار إليها لأن الأحكام التي تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد)[1].

والمعنى ذاته أوردته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٣/١٢/١، والذي جاء فيه (أن الأصل في العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، أن يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، هو إنشاء التزام أو تعديله، ومن ثم فإذا ماتوقع المتعاقدان في العقد الإداري أخطاء معينة، ووضعا لها جزاءات بعينها، فانه يتعين التقيد بما جاء في العقد في هذا الصدد، دون الرجوع إلى أحكام لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧، باعتبار أن ما أتفق عليه المتعاقدان هو شريعتهما، وأن الأحكام التي تضمنتها اللائحة المذكورة في هذا الشأن هي من الأحكام التكميلية لإرادة الطرفين، والتي يجوز الاتفاق على ما يخالفها)[2].

ويرى **الدكتور محمود عاطف البنا** أنه (قد ينص القانون[3] أو العقد على حق الإدارة في فسخ العقد في حالات معينة، والقاعدة في القانون المقارن أن ذلك لايمنع الإدارة من فسخ العقد في حالات أخرى تحت رقابة القضاء، فالفسخ جائز حتى لو لم يرد عليه نص في العقد، حتى لايتعطل سير المرافق العامة إذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامات جوهرية، والفارق انه في الحالات التي يقرر فيها القانون أو العقد جزاء الفسخ لخطأ معين، فليس للقضاء أن يراقب مدى ملاءمة هذا الجزاء، أما إذا استعملت الإدارة

---

(١) مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٦.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٦.

(٣) راجع المادتين ٢٤ و٢٥ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن تنظيم لمناقصات والمزايدات في مصر والمواد٧٥- ٧٧- ٨٤- ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

حق الفسخ في غير الحالات المنصوص عليها فأنها تخضع لرقابة القضاء من حيث رقابة مدى ملاءمة هذا الجزاء لجسامة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فالإدارة لها حق أصيل في فسـخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته، وهو حق مستمد من اتصال العقد بالمرافق العامة، واستهدافه المعاونه في تسييرها، ويعتبر مظهراً لسلطة الإدارة في التنفيذ المباشر)[1].

ب - في سوريا:

تبنى مجلس الدولة السوري - بإعتقادنا - موقف مجلس الدولة المصـري بضـرورة التزام الإدارة بتوقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد الإداري دون غيره، بحيث إذا ماتوقع المتعاقدان في العقد خطأ معيناً، ووضعا له جزاءً بعينه، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد في هذا الشأن.

ونجد ذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر عام ١٩٦٦، والذي جاء فيـه: (إذا حددت إحدى مواد العقد مقدار غرامه التأخير اليومية ونصت على أنه إذا تجاوزت مدة التأخير عشرين يوما حق للإدارة شراء المواد المناسبة على حساب المتعهد المقصر، فإن تطبيق هذا النص تطبيقاً صحيحاً يؤدي إلى حصر حق الإدارة إذا لم تلجأ إلى إنذار المتعهد لدى تأخره بالتسليم بالشراء على حسابه في تغريم هذا المتعهد غرامة تأخير عن كل يوم بالنسبة المحددة في نص العقد ولغاية عشرين يوما فحسب لا سيما وأن ليس في هذا النص مايخالف النظام العام)[2].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على ذلك في حكمها الصادر عام ١٩٧١، والـذي جاء فيه (استقر اجتهاد القضاء الإداري على عدم جواز فرض غرامة التأخير عن مـدة

---

(١) د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٧٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥١، في القضية رقم ١٢، لسنة ١٩٦٦، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٦، ص١١٩.

تتجاوز المدة المحددة بالعقد إذا ورد النص فيه على تخويل جهـة الإدارة إنذار المتعهـد بالشراء على حسابه بعد انقضاء هذه المـدة ولم تستعمل حـقها في ذلك)[1].

كما نلاحظ أن مجلس الدولة السوري قد تبنى القاعدة السائدة في القانون المقـارن وهي حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية حتى ولو لم يرد عليه نص في هذه العقود إذا أخل المتعاقد بالتزاماته العقدية اخلالاً جسمياً.

ونجد ذلك في حكم المحكمة الإدارية الصادر عام ١٩٧٢، والذي جاء فيه: (أن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية اخلالاً جسمياً يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الأخر الحق بالمطالبة بالتعويض أن كان له موجب وثبـت للقضـاء أن الفسخ وقع تعسفياً)[2].

ويرى **الدكتور** محمد الحسين **والدكتور مهند نوح** أن النص على غرامة التـأخير بنسبة محدده بالعقد لايعطي الحق للإدارة بزيادتها أي أن تفرض عقوبة أعلى من المبلـغ المنصوص بالعقد مهما تكن الحجة[3].

وما سبق نجد أن هناك اختلافاً بشأن الاعتراف لجهة الإدارة بتوقيع الجزاءات في **كل من فرنسا ومصر وسوريا، ففي حين اعترف لجهة الإدارة** في **فرنسـا بسـلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد خارج نصوص العقد الإداري، اقتصر الأمر** في **مصـر**

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥، في القضية رقم ٢٩٧، لسنة ١٩٧١، مجموعـة المبـادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧١، ص٢٢٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠، في القضية رقم ٢٢، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص٢٢٨.

(٣) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٥١.

وسوريا على أنه في حال وجود نص في العقد يحدد الجزاءات التي توقع على المتعاقد مع الإدارة عند أخلاله بالتزاماته، فيجب أن تكون هي الأولى بالتطبيق.

ومن جانبنا نؤيد ماذهب إليه الفقه والقضاء في مصر وسوريا، لان ذلك يحد من اتساع سلطة الإدارة في تعديل العقد، وبالتالي يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة.

ثالثاً - الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الأساس القـانوني لسـلطة الإدارة في توقيـع الجزاءات الإدارية يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاءات التي توقعها الإدارة علـى المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السـلطة العامـة في العقـود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة الـتي تملكهـا الإدارة قبل الأفراد، وهو امتياز التنفيذ المباشر[1].

ويرى الفقيه DE laubadere أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي مـن الإدارة، وأن الإدارة -بعكس الوضع في القانون الخاص- ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشـر، هـذا ولقد ثبت حق الإدارة في استعمال امتياز التنفيذ المباشر في موضوع الجزاءات الإدارية بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركة ملاحة جنوب الأطلنطي) بحيث أصبح استعمال الإدارة لامتياز المبادرة أو التنفيذ المباشر هو القاعدة في توقيع الجزاءات والاستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط، بل أن هذا الاستثناء الأخير لـيس مطلقـاً، لأن المتعاقدين يستطيعان منح الإدارة حق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفـردة، وذلـك بمقتضى نص صريح في العقد[2].

---

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٤١.

(٢) A.de Laubadere, Traité théorique et pratique des contrats administratiFs, op. cit,T.2, P.134.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيـق الجـزاء بنفسها يقوم على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام الذي يتصل به العقد[1]، وأن فكرة السلطة العامة من الصعب قبولها، إذ تقف هذه الفكرة عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية، فضلاً عما تهيئه من فرص لاستبداد الإدارة اعتماداً على السلطة وتعسفها وشططها في استعمالها، لا سيما في الوقت الحالي الذي كثر فيه تدخل الدولة في شتى النواحي.

وعلى ذلك فإن السلطة العامة لا يجب أن تكون سلطة قانونية، وإنما وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها الدولة إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، وبذلك فهـي مقيـدة بهدف المرفق العام الذي يسبغ على تصرفاتها طابع الشرعية[2].

وقد دعم القضاء الإداري في **مصر** هذا الرأي، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر عام ١٩٦١ (أن التنفيذ على حساب المتعاقد هو تطبيـق لقاعـدة تنفيـذ الالتزام عيناً، تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها، ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق)[3].

وجاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا صادر عام ١٩٦٣ (أن جزاءات فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من سجل المتعهدين المقبولين لدى الإدارة هي جزاءات تملك الإدارة توقيعها في حالة تخلفه عن الوفاء بالتزاماته أو استعماله الغش أو التلاعب في معاملته معها- لاوجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الإدارة هذا

---

(١) - د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٤٧.
- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٢٤٦-٢٤٧.
- د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص١٦٨.

(٢) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٦٥ و ٦٦.

(٣) مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٩٩

الحق مهما يكن من أمر يدعيه المتعهد- أساس ذلك إتصاله بمبدأ عدم توازي المصـلحة الفردية مع المصلحة العامة في مجال روابط القانون المتعلقة بتسيير المرافق العامة، ومدى سلطة الدولة الضابطة لهذه المرافق ومسؤوليتها عن إدارتها بانتظام وإطراد)[1].

أما في سوريا فقد تبنى مجلس الدولة السوري - في **تقديرنا - مبـدأ اسـتمرار وانتظام المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجـزاءات الإداريـة، ومنها الفسخ الجزائي، ويظهر ذلك من خلال إعطاء الإدارة سلطات واسعة، يـتم من خلالها تطبيق مختلف الجزاءات الإدارية بقرار انفـرادي مـن الإدارة، دون أن تطلب من القضاء توقيع هذه الجزاءات، وذلك لسد حاجات المرفق العام ضـماناً لاستمرار سيره بانتظام وإطراد.**

ويظهر ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر عام ١٩٧٢، والـذي جاء فيه (أن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعـرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان له موجـب وثبت للقضاء أن الفسخ وقع تعسفياً)[2].

كما جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا عـام ١٩٧٢ (أن تقـاعس الملتزم عن الوفاء بتعهداته أو امتناعه عن القيام بها يخول الإدارة سلطات واسعة فهي من جهة تستطيع أن تفسخ العقد وتقوم بتأمين المواد بالطريقة التي تراها لسـد حاجـات المرفق الذي ترعاه فهي تملك لذلك الشراء على حساب المتعهد السابق أو تلزيم التعهد

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١١٠٩- السنة ٨ق، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، مشار إليه لـدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠، في القضية رقم ٢٢، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص٢٢٨.

إلى ملتزم آخر بالشروط التي تراها ولايحق للمتعهد تحديد النـهج الـذي ترغـب في إتباعه)[1].

وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية إنما هي سلطة تقديريـة، لايقيـدها إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة صادراً بقصد تحقيق الصالح العام، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها الصادر عام ١٩٦٤، حيث جاء فيه: (الحكمة في فرض غرامة التأخير هي ضمان تنفيذ العقد الإداري في المواعيد المتفق عليها واقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية وهي توقعها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها، وبدون أن تلتزم بإثبات حصول ضرر في التأخير)[2].

رابعاً - شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي:

إن سلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي بإرادتها المنفردة ليست سـلطة مطلقـة، تمارسها كيفما تشاء أو يحلو لها، بل إنها سلطة مقيدة، تخضع الإدارة في ممارستها لعدة شروط وضوابط جوهرية، سوف نتناول دراستها فيمايلي:

١ - عدم تنازل الإدارة عن سلطة الفسخ الجزائي للقضاء:

رأينا مما سبق أن جهة الإدارة - باعتبارها صاحبة العمل ذات النفع العام المستهدف تحقيقه من وراء إبرام العقد الإداري - تملك الحق في توقيع الفسخ الجزائـي للعقـود الإدارية على المتعاقد معها بنفسها، ودون اللجوء لقاضي العقد ليقضي بهذا الجزاء بدلاً منها، وهذا هو مايعرف بامتياز المبادرة أو التنفيذ المباشر، والذي تملك الإدارة بمقتضاه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٠، في القضية رقم ١٣٣، لسنة ١٩٧٢، مجموعـة المبـادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص١٩٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٩، في القضية رقم /../، لسـنة ١٩٦٤، مجموعـة المبـادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية ، للأعوام ١٩٦٠- ١٩٦٤، ص٢١٤، المبـدأ ١٧٦.

في مجال عقودها أن تمارس الحق في إنهاء العقد بمقتضى قرار انفرادي من جانبها، ودون حاجة بها إلى اللجوء للقاضي، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة لجزاء الإسـقاط في مجال عقد الالتزام، حيث أن إسقاط الالتزام لايجوز توقيعـه - كقاعـدة عامـة- إلا بواسطة قاضي العقد، مالم تحتفظ الإدارة صراحة بمقتضى نص في عقد الالتزام بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها.

وقد رتب **الفقه الفرنسي** على تمتع الإدارة بالحق في الإنهاء الجزائي بنفسـها، ودون اشتراط ضرورة اللجوء إلى قاضي العقد استناداً إلى امتياز المبادرة أو التنفيذ المباشـر، عدم قدرة القضاء على إصدار أحكام بالإنهاء الجزائي من تلقاء نفسه انطلاقاً من قاعدة حظر التدخل في إدارة المرافق العامة المفروضة قانوناً عليه(١).

كما رتب الفقه الفرنسي من ناحية ثانية على الاعتراف بسلطة الإنهاء الجزائي المنفرد لجهة الإدارة، تمتعها بهذه السلطة حتى ولو لم ينص صراحة في العقد أو دفاتر الشـروط على حقها في ذلك الإنهاء الجزائي، أي الإدارة تستطيع ممارسة الإنهاء الجزائي للعقـد حتى في حالة التزام العقد الإداري أو دفاتر الشروط جانب الصمت على ذلك(٢).

ولكن هل تستطيع الإدارة لكي تتجنب مسؤوليتها- فيما بعد- أن تلجأ إلى قاضي العقد لتعرض عليه منازعاتها، وتطلب منه أن يقرر بنفسه الإجراءات الجزائية التي تضمن تنفيذ العقد بدلاً منها؟

---

(١) C.E. 29 Juin 1966. sté pour le traitement industriel du bois. Rec. p423.

مشار إلى هذا الحكم لدى السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص١٣٤.

(٢) A.de Laubadere et autres, contrats. Op.cit.T.2.p .163

التزم مجلس **الدولة الفرنسي** – في بداية الأمر- بمبدأ أساسـي مـؤداه: أن الإدارة لاتستطيع أن تتنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاء الممنوحة لها بمقتضى العقد باللجوء إلى القاضي بطلب توقيعه بدلاً منها[١].

وقد انتقد الفقيه **Jeze** هذا الحل، على أساس أنه ليس ضرورياً لسير المرفق العـام، لأن الإدارة المتعاقدة سوف لاتلجأ إلى قاضي العقد إلا إذا لم يكن هناك ثمة استعجال، ومن جهة أخرى إن اللجوء إلى القاضي لايمس اختصاص أية سلطة رقابة، فضلاً عن أن هذا الطريق يدعم ضمانات المتعاقد بدون أن يتعرض المرفق العام للخطر، ومـن ثم لا يجب التمسك بالحل المذكور[٢].

وقد عدل المجلس عن قضائه هذا في حكم لاحق لـه بتـاريخ ١٩٢٤/١٢/٢٦ في قضية (compagnie du chemin de Fer metropolitain)، فقد نـص فيـه صراحة على أنه (إذا كان من حق السلطة مانحة الالتزام أن توقع الغرامة بنفسها طبقـاً لشروط الاتفاق، فإنه لاينتج من ذلك أن تحرم هذه السلطة من رخصـة الالتجـاء إلى قاضي العقد لتحصل منه على إدانة مالية ضد ملتزمها تنفيذاً للشرط الجزائي المنصوص عليه في هذا الاتفاق)[٣].

وقد تأكد هذا العدول في حكم آخر له بتاريخ ١٩٣٤/٣/١٧ في قضية

(Gouvernement general de l Algerie)، وقد قرر فيه صراحة بأن (نص دفتر الشروط الذي يسمح للإدارة بأن تفسخ العقد بذاتها في الأحوال وطبقاً للإجراءات

---

(١) C.E. 21 nov. 1913 , prefet de l' Eure.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٢.

(٢) مشار إلى رأي الفقيه Jeze لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٢.

(٣) مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٣.

المبينة به لا يجب أن يكون عقبة أمام الإدارة في أن تطلب من القاضي الحكم بالفسـخ لعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته)[1].

كذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بالحق في أن تطلب من القاضي بـأن يجعل فسخ العقد الذي سبق أن قررته بذاتها نافذاً بكافة آثـاره، وذلك في حكم لـه بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٠ في قضية (Ville de Nice)[2].

وفي **مصر** يرى **الدكتور سليمان الطماوي** (أن الإدارة إذا كان لها أن توقع الجـزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية)[3].

كما يذهب **المستشار حمدي ياسين عكاشة** إلى أنه (جرى قضاء مجلـس الدولـة المصري في كافة المنازعات التي عرضت عليه في شأن طلب الإدارة إنزال الجزاء المناسب على المتعاقدين معها على الفصل في هذه المنازعات بتطبيق الجزاء العقـدي المقـرر أو المتفق مع القواعد العامة، ومن ثم فإن القضاء يعترف للإدارة بحقها في النزول عن توقيع الجزاء بنفسها، وبحق اللجوء إلى القضاء لتوقيعه بدلاً منها)[4].

أما **الدكتور عبد المجيد فياض** فإنه يرى (أن مجلس الدولة المصري قد تعرض مباشرة لمسألة تنازل الإدارة عن سلطتها في تطبيق جزاء التعويض بإرادتها المنفردة الممنوحة لهـا بموجب نص صريح في العقد، فقد أقر لها بحق اللجوء إلى القضاء بطلبه، مع تمسكها في ذات الوقت بإجراءاتها المباشرة، ويبدو ذلك في حكم للمحكمة الإدارية العليا بتـاريخ

---

(١) مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٣.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٠٢.

(٤) المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٤.

١٩٦٢/٦/٩، وكان وجه المنازعة أمامها أن الإدارة وقد استعملت حقها الممنوح لها طبقاً لنصوص العقد في تقدير تعويضاتها قبل المتعاقد وخصمها من مستحقاته، فإنها بالتجائها إلى القضاء وإقامتها الدعوى الفرعية ضد هذا المتعاقد بطلب إلزامه بتعويضاتها هذه تكون قد نزلت عن هذا الحق نزولاً صريحاً، فقد قضت هذه المحكمة بأن هذا الفهم لايستقيم مع تمسك الإدارة بإجراءاتها المباشرة والتي كانت على حق فيها إعمالاً لسلطتها الممنوحة لها من العقد، كما أن المقصود من وراء دعواها الفرعية هو حسم النزاع في المستقبل فيما قدرته من تعويض).

ويسلم الدكتور فياض بصوابية رأي الفقه والقضاء المصري والفرنسي الذي يعترف للإدارة بالحق في أن تتنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة، سواء استمدت سلطتها هذه من العقد أومن القواعد العامة، وأن تسلك طريق القضاء وهو طريق الأصل، إلا أنه يرى أن تنازل الإدارة عن استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر لايبدو مقبولاً في إطار الجزاءات التي تعتبر بطبيعتها إجراءات سريعة تتطلبها الضرورة لمواجهة حالة مستعجلة تهدد انتظام سير المرفق، والتي بصورتها هذه لايمكن أن تحقق فاعليتها مع البطء الذي يتميز به طريق القضاء[1].

أما في سوريا لم يتبين لنا - من خلال الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة السوري - موقف المجلس من حق الإدارة في التنازل عن سلطتها في الفسخ الجزائي للقضاء.

وفي تقديرنا تستطيع الإدارة – في سوريا – أن تلجأ إلى قاضي العقد ليحكم بالفسخ الجزائي بدلاً عنها لعدم تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية، حتى ولو كان العقد ودفتر الشروط يسمح للإدارة بأن تفسخ العقد من تلقاء نفسها،

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٧٩.

وذلك إذا قدرت أن الصالح العام سوف لايضار بذلك، وحتى تتفادى المسـؤولية والتعويضات الجسيمة إذا نفذت امتيازاتها مباشرة واتضح أنها أخطأت في التصرف، كما أن الأفراد لن يتضرروا من التجاء الإدارة للقضاء، لأن القضاء فيـه ضـمان لحقوقهم.

٢ - مخالفة المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية:

تمثل كل مخالفة من جانب المتعاقد لالتزاماته العقدية خطأ تعاقدياً من ناحية، كمـا تمثل من ناحية أخرى خطأ مرتكباً ضد المرفق العام[١]، حيث أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لايقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما فيـه مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، إلا أنه ليس كل خطأ صادر من المتعاقد يعتبر سبباً مبرراً لتوقيع الفسخ الجزائي عليه، بل لابد أن يرتكب المتعاقد خطأ على درجـة معينة من الجسامة يبرر فسخ العقد[٢].

ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[٣].

وقد ينص القانون أو العقد على حق الإدارة في فسخ العقـد في حـالات معينـة، والقاعدة في القانون المقارن أن ذلك لايمنع الإدارة من فسخ العقد في حالات أخـرى تحت رقابة القضاء، فالفسخ جائز حتى ولو لم يرد عليه نص في العقد، حتى لايتعطـل

---

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٢٢.
د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٨٧.

(٢) د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص١٨٣.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٧٦.
- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص١٤٢.

سير المرافق العامة إذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامات جوهرية، فللإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، إخلالاً يستلزم هذه العقوبة الصارمة، وهذا الحق مستمد من اتصال العقد بالمرافق العامة واستهدافه المعاونة في تسييرها، والفارق أنه في الحالات التي يقرر فيها القانون أو العقد جزاء الفسخ لخطأ معين، فليس للقضاء أن يراقب مدى ملاءمة هذا الجزاء، أما إذا استعملت الإدارة حق الفسخ في غير الحالات المنصوص عليها فإنها تخضع لرقابة القضاء من حيث رقابة مدى ملاءمة هذا الجزاء لجسامة الإخلال بالالتزامات التعاقدية[1].

ومن الأخطاء التي تبرر فسخ العقد الإداري في فرنسا ومصر وسوريا مايلي:

أ - في فرنسا:

من خلال الاطلاع على تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي يتضح أن الأخطاء المبررة للفسخ الجزائي هي[2]:

- أفعال الغش والاحتيال الصادرة من المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- صدور حكم جنائي بالإدانة على مدير الشركة المتعاقدة.
- غياب المهندس المسؤول عن الإشراف على مراقبة الورش وأماكن العمل.
- قيام المقاول بمنع ممثلي الإدارة صاحبة العمل من ممارسة الرقابة على أماكن العمل والأشغال المنفذة.

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٥٤.
- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٧٠.

(٢) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٧٦ إلى ٢٨٠.
د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٨٢.
د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٨.

- عدم تكملة المقاول لمبلغ التأمين المالي خلال الموعد المقرر لذلك.
- عدم احترام المقاول للشروط القانونية والتعاقدية المتعلقة بأشخاص العـاملين، مثل الضرائب والمرتبات والراحة الأسبوعية.
- رفض المهندس المسؤول عن العمل الخضوع لتعليمـات المهنـدس المعمـاري المكلف من جانب الإدارة.
- عدم احترام المقاول، عند تنفيذ الأشغال العامة، لمتطلبات الرسم البياني الخاص بالمشروع وأوزان العمل المنصوص عليها.
- عدم قيام المقاول بتنفيذ الأشغال موضوع العقد في المواعيد المقررة لذلك.
- رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة إليه من رجـال الإدارة.
- ترك المقاول مكان العمل، وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد، فهو ملـزم بالاستمرار في تنفيذ الأعمال والأشغال المكلف بها، ولا يجوز إيقـاف تنفيـذ الأشغال محل العقد، ولو تقدم بطلب لفسخ عقده.
- قيام المقاول بتغيير الأشغال العامة بصورة معيبة جداً، مما يجعلها غـير صـالحة للإستخدام.
- تنازل المقاول عن عقده للغير، بدون ترخيص مسبق من الإدارة صاحبة العمل.
- التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة.

ب - في مصر:

استقرت الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري على اعتبار عمليـة تنـازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده لغيره أو قيامه بالتعاقد بشأن العمل محل التعاقد مع الغـير

من الباطن ودون الحصول على موافقة الإدارة على ذلك خطأ جسيماً يبرر لتلك الأخيرة توقيع جزاء فسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة.

ففي حكم صادر عنها في ١٩٥٧/١/٢٧ ذهبت إلى القول بأن (العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عنها في العقد، وخصوصاً فسخ العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن، إذ أنه مالم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر...)[1]

أما عن الفسخ الجزائي في التشريع المصري، فنجد أن القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨، والخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات والنافذ حتى الآن، قد جعل الفسخ وجوبياً ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه في بعض الحالات، كما اعتبر الفسخ جوازياً يعود فرضه للسلطة التقديرية للإدارة في حالات أخرى في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري- الدعوى رقم ١٩٨-١١ق تاريخ ١٩٥٧/١/٢٧ مشار إليه لدى:
- د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص١٨٥.
- د. محمد سعيدحسين أمين، المرجع السابق، ص٦٧.
- المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٣٥٩.

(١) - الفسخ الوجوبي:

يتمثل الفسخ الوجوبي في حالتين:

الحالة الأولى: إذا استعمل المتعاقد الغش.

الحالة الثانية: إذا أفلس المتعاقد مع الإدارة أو أعسر.

فقد نصت المادة (٢٤) على أنه يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويلاحظ من نص هذه المادة، أن الغش يؤدي إلى فسخ العقد إذا وقع أثناء تنفيذ العقد بالتحايل على التنفيذ الصحيح لنصوصه، كما يقع الفسخ إذا كان المتعاقد ماكان ليحصل على العقد لولا استعماله للغش والتلاعب، كما لو قدم وثائق مزورة عن أعماله السابقة أدت إلى خداع الإدارة ودفعها للتعاقد معه.

وفسخ العقد للغش والتلاعب يجد مبرره في أن المتعاقد بسلوكه هذا قد فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه، إضافة إلى افتقاده لشرط تنفيذ العقد بحسن نية وهو الأمر الذي يجب أن يسود تنفيذ كافة العقود الإدارية[١].

أما مدعاة الفسخ التلقائي للتعاقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، فهي أن المتعاقد أصبح غير قادر على الاضطلاع بأعباء العقد المالية، حيث فقد مصدر التمويل اللازم للتنفيذ، الأمر الذي يجعل من استمرار التعاقد معه غير مجدي في تحقيق الفائدة المرجوة من التعاقد.

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٣١٠.

(٢) - الفسخ الجوازي:

ورد النص على ذلك في مواضع عديدة من قانون المناقصات والمزايدات رقـم ٨٩ لعام ١٩٩٨، فقد نصت المادة (٢٥) منه على أنه (يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، أذا أخل بأي شرط من شروطه.

ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصـة، يعلـن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد).

ويلاحظ أن هذا النص قد جاء عاماً على جواز فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد بأي شرط من شروطه، حيث يترك هنا للإدارة سلطة تقدير مدى أهمية الشرط الـذي أخل به بالنسبة للعقد في مجمله، وعلى ضوء تلك الأهمية تقرر الإدارة فسخ العقـد أو الإبقاء عليه، فللإدارة أن توازن ما بين الإضرار بالمصلحة العامة الذي يخلفـه فسـخ العقد، والأضرار التي تصيب تلك المصلحة من جراء استمرار التعاقد في ظـل مخالفـة المتعاقد لشرط تعاقدي، وتتخذ قرارها بالإبقاء على العقد أو فسخه، على النحو الذي يجنب المصلحة العامة الضرر الأكبر.

كما نصت المادة (٢١) على أنه (إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التـأمين النهائي في المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية - بموجب إخطار بكتاب موصى عليـه بعلم الوصول ودون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر – إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولويتها...).

ومدعاة الفسخ الجوازي هنا هي أن الغاية من دفع التأمين النهائي للإدارة من قبـل المتعاقد هي إظهار التزام وجدية المتعاقد في تنفيذ العقد من جهة، وتقديم ضمان للإدارة في حال إخلاله بالتنفيذ من جهة أخرى، فإذا لم يقدم المتعاقد التأمين النهائي سقط أحد أهم ضمانات الإدارة لتنفيذ العقد، وقام الدليل على سوء نية المتعاقد وبالتـالي علـى

الإدارة المتعاقدة – في ضوء المحافظة على المصلحة العامة- إما أن تقرر فسخ العقـد أو تكليف متعاقد آخر بالتنفيذ حسب ما تقتضيه المادة (٢١).

كما أجازت اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لعـام ١٩٩٨ والخاصة بتنفيذ القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ والنافذة حـتى الآن، فسـخ العقـد في الحالات الآتية:

- إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد (المادة ٧٥).
- إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحـد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ كتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقـد بالقيـام بـإجراء هـذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءين التاليين، وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

  * فسخ العقد.
  * سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط المعلن عنها والمتعاقد عليها... (المادة ٨٤).

- إذا تأخر المورد في توريد الكميات المطلوبة، أو جزء منها في الميعـاد المحـدد بالعقد فإنه يجوز للسلطة المختصة - إذا اقتضت المصلحة العامة - إعطاءه مهلة إضافية للتوريد، وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقـد أو خلال المهلة الإضافية، فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجـراءين التـاليين طبقاً لما تقرره السلطة المختصة، ووفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعـد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم لوصول على عنوانه المبين بالعقد:

  * شراء الأصناف التي لم يقم بتوريدها من غيره على حسابه.
  * إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف (المادة ٩٤).

وتعليقاً على المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية، يرى الدكتور محمود عاطف البنا أنه رغم ظاهر النص، فإن جهة الإدارة لاتكون ملزمة باتخاذ إجراء الفسخ أو الشراء على حساب المتعاقد، فلها أن تلجأ إلى إجراءات أخرى، وخاصة أن الإدارة تتخذ تلك الإجراءات- على ما ذكره النص المشار إليه- وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل، على أن النص على هذا النحو بأن على الإدارة أن تتخذ أحد الإجراءين المشار إليهما، يكون مبرراً كافياً لاتخاذ ما تراه من فسخ أو شراء على حساب المتعاقد، دون أن يراقب القاضي ملاءمة الإجراء المتخذ[1].

ج - في سوريا:

منح المشرع السوري الإدارة حق جزاء الفسخ بموجب القانون رقم (٥١) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٤، والمتضمن نظام العقود الموحد والنافذ حالياً.

حيث جعل الفسخ الجزائي وجوبياً تارة، ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه، كما اعتبره جوازياً يعود للسلطة التقديرية للإدارة فرضه تارة أخرى.

(١) - الفسخ الوجوبي:

يتمثل الفسخ الجزائي الوجوبي في حالة واحدة وهي:

التعاقد مع الكيان الصهيوني (اسرائيل).

وقد نصت عليها المادة (٥٩) حيث جاء فيها (يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

أ -

(١) د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٧٢.

ب -

ج -

د - في حال ثبوت مخالفة أحكام الفقرة (٦) من البند (آ) من المادة (١١) من هذا النظام تصادر تأمينات المتعهد دون إخلال بحق الجهة العامة في ملاحقته بالتعويضـات الناجمة عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة هذا الفسخ)[1].

(٢) - الفسخ الجوازي:

وقد نص عليه البند (ج) من المادة (٥٩) التي تناولت حالات الفسخ الحكمي حيث جاء فيها (يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

أ -

ب -

ج - التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك.

---

(١) نص البند (أ) من المادة (١١) على مايلي:

آ- يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة مايلي:

١-

٢-

٣-

٤-

٥-

٦- ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في اسـرائيل وألا يكـون مشـتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها وألا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو للتجميع أو التـرخيص أو المسـاعدة الفنية مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في اسرائيل وألايزاول مثل هذا النشاط في اسرائيل سـواء بشخصه أم عن طريق وسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم اسرائيل أو مجهودها الحربي.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري في سوريا، فنجد أن المحكمة الإدارية العليا قـد ذكرت بعض الحالات التي تعتبر خطأ جسيماً يبرر للإدارة الفسخ الجزائي للعقد، كما أنها اعتبرت هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، لأن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً، يعـرض المرفق العام للخطر، كما أن سلطة الإدارة في الإنهاء الجزائي للعقود الإدارية هي سلطة قائمة بذاتها ومستقلة عن نصوص العقد ودفاتر الشروط، تتمتع بها الإدارة باعتبارهـا سلطة تقديرية لتأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٦٥:

(أ - .....

ب - لئن كان يشترط لقيام مشروعية قرار الإدارة فسخ العقد الإداري توفر الخطأ الجسيم من جانب الملتزم كما يحق للقضاء الإداري في هذه الحالة البحث عن مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقد إلا أنه من المبادئ الـتي سـارت عليها المحكمة الإدارية العليا أنه إذا ما قرر المشرع أو القاعدة المرعية بين المتعاقدين جزاء الفسخ كمؤيد لخطأ معين صادر عن الملتزم وجعل لهذا الجزاء صفة خاصـة تظهره كسبب وحيد للفسخ فليس للقضاء أن يعقب على ذلـك وبالتـالي فـإن الحالات التي تذكرها اللائحة أو القاعدة والتي تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملاءمة.

ج - من المقبول عموماً أن تعتبر من الخطأ الجسيم حالات معينة بحد ذاتها كإهمال المتعاقد للأعمال أو عدم احترام المدد للأعمال أو التوريدات أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة إليه بدون مبرر مقبول)[1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣ في القضية رقم ١٢لسنة ١٩٦٥ – مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص٩٧، المبدأ ٢٢٩..

كما جاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا صادر في عـام ١٩٧٢ (أن حـق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان له موجب وثبـت للقضـاء أن الفسخ وقع تعسفياً)[١].

أما بالنسبة لموضوع التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، نجد أن المادة (٣٠) - من المرسوم رقم (٤٥٠) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ المتضمن دفتر الشروط العامة الموحد - نصت على أنه (لايحق للمتعهد أن يتنازل عن أي عمل أو جزء منه من الأعمال التي أبرم العقد مـن أجـل تحقيقها، ولا أن يعهد بها أو يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثـانويين إلا بموافقة خطية من الجهة العامة وأن حصول المتعهد على مثل هذه الموافقة لايعني بأي حال مـن الأحوال إلزام الجهة العامة بأن تدخل في أي علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثـانويين، كما لايعفى المتعهد من التزاماته ومسؤولياته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الجهة العامة بموجب أحكام العقد).

ومن هذا النص، نجد أن موافقة الإدارة للمتعاقد الأصلي على التنازل عن العقـد أو التعاقد من الباطن، لاتؤثر على حقوق جهة الإدارة تجاه المتعاقد الأصلي، كما لاتلـزم بالدخول مع المتنازل له أو المتعاقد معه من الباطن (المتعهد الثانوي) بأية علاقة، نظـراً لأن المشرع السوري يعتبر المتنازل له أو المتعاقد معه من الباطن لاوجود لهمـا علـى الإطلاق بالنسبة للإدارة المتعاقدة، ولايتحمل أية مسؤولية أمـام الإدارة، ولايسـتطيع مطالبتها بأي شيء، لأنها تتجاهل وجوده بالأصل[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠ في القضية رقم ٢٢لسنة ١٩٧٢ – مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص٢٢٨.

(٢) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٦٤.

وفي تقديرنا أنه يجوز للإدارة أن تلجأ إلى الفسخ الجزائي في حالة قيام المتعاقد معها بالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها المسبقة رداً على عدم شرعية التصرف من قبل المتعاقد، كونه خالف إرادة المشرع (قانون العقود رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقانون رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤)، وشروط العقد، لأن نص المادة (٣٠) يذكر في جميع أنواع العقود الإدارية في سوريا، عملاً ببلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٨/ب-١٥/٨٧٨ تاريخ ١٩٧٨/٤/١١ المتضمن نسخة عن العقدين النموذجيين لأعمال الأشغال والتوريد.

وإن كنا لانحبذ أن تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي لمجرد تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها المسبقة باعتباره خطأ جسيماً، وذلك لأن المتعاقد سيبقى هو المسؤول عن تنفيذ العقد بموجب القانون والعقد، كما أنه إذا كان السبب وراء الفسخ الجزائي هو الارتكاز على فكرة الاعتبار الشخصي، فإن الإدارة يمكنها التأكد من توافر الاعتبارات الشخصية في المتنازل له أو المتعاقد معه من الباطن[1].

أما عن موقف القضاء الإداري السوري تجاه موضوع قيام المتعاقد مع الإدارة بالتعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، فنجد أن أحكام مجلس الدولة – في بداية الأمر - قد تبنت ما ذكر أعلاه، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر عنها عام ١٩٧٢ أن: (١- التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه، وبذلك يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته العقدية، بغير موافقة الإدارة المسبقة.

(١) د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص١٨٥.

٢ - إن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن هي علاقـة عادية تحكمها قواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأن ما يثور من منازعـات بينهما إلى محاكم القضاء العادي)[١].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على ذلك في حكم آخر لها صادر برقم (١٦٤) تاريخ ١٩٧٤/١١/١١ جاء فيه: (من حيث أن المتعهد الثانوي الذي يقوم بتنفيذ بعض الأعمال أو التوريدات التي يكلفه بها المتعهد الأصلي، أو التنازل إليه عن قسـم مـن المشروع بموافقة الإدارة صاحبة العمل، يعمل في المشروع في ظل المتعهد الأصلي وعلى مسؤوليته وتحت رقابته، فتقوم بينهما علاقة عقدية كاملة ولكنها بعيدة عـن علاقـة المتعهد الأصلي بالإدارة، ومستقلة عنها، فالمتعهد الثانوي لايصبح بمجرد ارتباطه مـع المتعهد الأصلي، طرفاً في الرابطة العقدية القائمة بين هذا الأخير وبين الإدارة، فهـذه تحكمها قواعد القانون العام وخصائص العقد الإداري، وتلك تنظمها قواعد القـانون الخاص.

فإنه ينبني على ما تقدم أنه ليس للمتعهد الثانوي أن يطالب الإدارة مباشرة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهد الأصلي وإنما يتولى ذلك المتعهـد الأصـلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الادعاء بالحقوق التي يطالب بهـا كنتيجة للعقد، بوصفه الطرف الوحيد في الرابطة العقدية الإدارية)[٢].

إلا أنه من الملاحظ أن المحكمة الإدارية العليا قد رجعت عن موقفها هذا، واعترفت بوجود المتنازل له كطرف في العقد، له أن يطالب بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بين

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٨في القضية رقم ٧٢لسنة ١٩٧٢ – مجموعة المبادىء القانونيـة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص٢٤٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٤ تاريخ ١٩٧٤/١١/١١ المعمم ببلاغ وزارة الماليـة رقـم ٣٣/ب.ع-٣٩/٨ تاريخ ١٩٧٦/٥/٤.

الإدارة والمتعهد الأصلي، نظراً لقبول الإدارة التعامل مع المتنازل له طيلة فترة تنفيذ العقد، وقد جاء ذلك في حكم صادر عنها في عام ١٩٨١، والذي جاء فيه: (

١- إن المتعاقد الأصلي مع الإدارة هو السيد (د) وقد تنازل عن هذا العقد للمدعي (م) بموجب صك التنازل المؤرخ في ١٩٧٦/١/٣٠ وقد أقام وكيله الدعوى بطلباته حول فروق الأسعار وكانت محكمة القضاء الإداري قد قررت إدخال السيد (د) طرفاً منظماً في الدعوى إلى المدعي وأبرز وكيله سند التوكيل عنه فقبلته المحكمة واعتبرت دفع الإدارة غير وارد والدعوى مقامة من صاحب الصفة المعتبرة في هذا المجال.

٢- إن الواضح أن الإدارة قد تعاملت طيلة فترة تنفيذ العقد مع المتنازل له على ما تنطق به الأوراق وإن صك التنازل عام بالنتيجة فيتضمن التنازل عن التعهد وخاصة لفعله ورأيه ذكر أم لم يذكر ولم يعد من المجدي فيما بعد تمسك الإدارة بعدم اعترافها بالتنازل له ويغدو ذو صفة في مداعاة الإدارة بحقوقه أو بحقوق المتنازل منه عن تنفيذ العقد إضافة إلى أن وكيل المتنازل له قد أبرز في الدعوى سند وكالة صادر عن نقابة المحامين)[1].

وهذا بإعتقادنا اتجاه محمود لمجلس الدولة السوري، لأن من شأنه توسيع نطاق المسؤولية العقدية في مجال العقود الإدارية، لتشمل كل من شارك في تنفيذ العقد الأصلي، حيث تستطيع الإدارة أن تطالب المتنازل له بتنفيذ التزاماته العقدية إلى جانب المتعاقد الأصلي، وفي ذلك ضماناً لتنفيذ العقد، والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٦٤، في القضية رقم ٥٨٩، لسنة ١٩٨١، مشار إليه لدى المحامي مصباح المهايني، المرجع السابق، ص١٩٩.

٣ - إعذار الإدارة المتعاقد بالفسخ الجزائي:

الاعذار mise en démeur هو إجراء رسمي، صادر عـن الإدارة، يهـدف إلى إثبات حالة تأخير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية من جهة، ودعوتـه إلى ضرورة تنفيذ التزاماته على نحو ما جاء في العقد من جهة ثانية[١].

وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح هذه المخالفة، وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني أيضاً إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة، إذا اسـتمر في هذه المخالفة[٢].

ونظراً لأهمية النتائج المترتبة على توقيع جهة الإدارة جزاء الفسخ على حقوق المتعاقد معها، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الإنهاء الجزائي للعقود الإدارية، يجـب أن يكون مسبوقاً بإعذار المتعاقد من جانب الإدارة صاحبة العمل، ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته، وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيباً من الناحية الإجرائية، ويعفى المتعاقد من نتائجه الباهظة[٣].

---

(١) - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٩٣.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٠٤.

(٢) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٣٦.

(٣) C.E . 2 octobre 1959, minister resident en Algerie, R.D.P. 1960, P.1960.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨١.
C.E. 13 dec . 1961 , Durand, Rec.P. 1095.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢١٥، ود. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨١.
C.E. 6 Mai 1988, Mabileau, R.D.P, 1988,P.1429.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢١٥.

وعلى الرغم من أن التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ يكون منصوصاً عليه عادة في العقود الإدارية، أو في دفاتر الشروط المطبقة على هذه العقود، إلا أن إغفال العقد اشتراط ضرورة الاعذار، أو عدم وجود أي شرط في دفاتر الشروط يلزم جهة الإدارة بالإعذار المسبق لمتعاقديها، لايعفي الإدارة من ضرورة الإعذار.

وقد تحدث – بعد أن تعذر الإدارة متعاقدها المقصر- بعض الوقائع التي يمكـن أن يستخلص منها صراحة أو ضمناً أن هذا الاعذار لم يعد قائماً، وعلى ذلك يتطلب الأمر إجراء إعذار جديد إذا رأت الإدارة العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ ٢٨/ديسمبر سـنة ١٩٢٧ في قضية (Soc. L' industrielle Fonciere) بأن الإدارة إذا تفاوضت مع متعاقدها – بعد إعذاره- من أجل استئناف الأعمال على أسس جديدة، ولكن هذا المسـعى لم يحقق أية نتيجة، فإن الاعذار لايعتبر في هذه الحالة قائماً قانوناً، ولايجوز للإدارة توقيـع الجزاء المعذر به دون اعذار المتعاقد من جديد[1].

وفي شأن فوات وقت طويل على إعذار المتعاقد مع الإدارة دون توقيع الجزاء، ومـا إذا كان يعد بمثابة تنازل من الإدارة عن إنزال أحكام العقد وتوقيع الجزاء، فقد قضـى مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر عنه في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٥، في قضية

(Soc.generale Francaise de publicite et d edition) بـأن (فـوات وقت طويل بعد الاعذار دون توقيع الجزاء، لايعتبر بالضرورة تنازلاً ضمنياً عن تطبيـق الجزاء، ولايلزم معه إعذار جديد)[2].

(١) مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٩.

وعلى الرغم من الاجماع القضائي والفقهي في فرنسا على ضرورة الاعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ للعقد، سواء ورد نص في العقد أو دفاتر الشروط أو لم يرد نص فيهما، فإن هذه القاعدة- وفقاً لأحكام القضاء والفقه الإداري في فرنسا- ليست مطلقة، حيث يرد عليها عدة استثناءات، يترتب على توافر إحداها إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الإنهاء عليه، وهذه الاستثناءات هي:

أ - النص صراحة على إعفاء الإدارة من الاعذار المسبق[1]:

إذا ورد نص صريح في عقود الإدارة العامة أو دفاتر الشروط بإعفاء الإدارة من الالتزام بالاعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الإنهاء عليه، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر هذا النص تفسيراً ضيقاً، وما ذلك إلابسبب ما ينطوي عليه من مخاطر جمة بالنسبة للمتعاقد، فضلاً عن أنه يمثل استثناء على القاعدة العامة المقررة في هذا الشأن، ولذلك فإنه يجب لأعمال الاستثناء هنا، أن يكون تعبير أطراف العقد عن رغبتهم في إعفاء الإدارة من الالتزام بإعذار المتعاقد صريحاً وواضحاً حتى يأخذ به قاضي العقد عندما يثور الخلاف حول تطبيقه.

ب - تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقده النهائي للقدرة عليه:

إذا أعلن المتعاقد صراحة من تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته، أو عدم قدرته بصفة نهائية على تنفيذها، فإنه يكون من شأن ذلك إعفاء جهة الإدارة من التزامها بالاعذار المسبق قبل اتخاذها لقرار الفسخ الجزائي بالإرادة المنفردة، وذلك لفقدان هذا الالتزام

---

(١) C.E 18 December 1912, Bouyssy. Rec.p. 1216 .

مشار إلى هذا الحكم لدى د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٤، ود. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨١.

C.E 10 Juin 1953. commune de saint Denis en val. Rec. p.276.

مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٤٨.

لقيمته وجدواه المستهدفة من وراء إلزام جهة الإدارة به، والمتمثلة في منح المتعاقد المهلة الكافية للوفاء بالتزاماته بعد أن أعلن المتعاقد صراحة عدم رغبته القيام بها، أو انعـدام مقدرته بصفة نهائية على الوفاء بها.

ج - حالات الضرورة والاستعجال:

لا محل للإعذار في حالة الاستعجال أو الضرورة التي تحتم إنهاء العقد بصورة فورية، وعلى سبيل الجزاء، ويحدث ذلك عندما تقضي الظروف الملابسة للمخالفة أو الخطـأ الذي ارتكبه المتعاقد غض الطرف عن تنفيذه فوراً وفي الحال، كمـا هـو الشـأن في توريدات المواد والمهمات العسكرية خلال فترة الحرب، فإن المورد يعتبر كأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ دون القيام به[١].

د - ثبوت عدم جدوى الإعذار:

لامحل للإعذار المسبق المقيدة بإجرائه جهة الإدارة قبل الفسخ الجزائي للعقـد، إذا كانـت الظروف المحيطة باتخاذه تقطع بعدم جدوى ذلك الاعذار أو عدم فائدته، ولأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، مثل مخالفته لالتزام جوهري يتعذر تداركه أو إصلاحه[٢].

هـ - تنازل المتعاقد عن العقد للغير:

لاضرورة للإعذار إذا قام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن عقده للغير، أو ارتكـب واقعة التعاقد من الباطن، بدون تصريح مسبق من الإدارة[٣].

---

(١) C.E.27 Mars 1920, chelas. Rec. p. 11 9.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٩٤.

(٢) A. De Laubader Traité théorique et pratique des Contrats administratiFs.OP. Cit, T.2.,P .158.

(٣) H.PRIEUX, Traité pratique du droit des Travaux publics et des marchés publics, T.3, 6e éd,paris, 1968, P1600

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص ٢١٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميـد، المرجع السابق، ص١٩٠، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ١٦٣.

و - غش المتعاقد:

لاضرورة للإعذار، إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة أفعال الغش في تنفيذ التزاماتـه، وما ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم إمكان التمسك بقواعد الحمايـة العقدية التي تكلفها المبادئ العامة للقانون عند توافر سوء النية أو الغش مـن جانـب المخاطب بها[1].

ز - عدم تكرار الالتزام بالاعذار المسبق:

تعفى الإدارة من إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ إذا كان جزاء الفسخ تاليـاً لجزاء وضع المشروع محل التعاقد تحت الإدارة المباشرة، وكان هذا الجزاء الأخـير قـد سبقه اعذار الإدارة للمتعاقد، هذا ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون جزاء الفسخ قد صدر بالاستناد إلى نفس الأخطاء التي أوجبت توقيع جزاء وضع المشـروع تحـت الإدارة المباشرة، أما إذا أرادت الإدارة توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد عـن أخطـاء أخرى بخلاف الأخطاء التي أدت إلى توقيع جزاء وضع المشروع تحت الإدارة المباشرة، فإنه يلزم في هذه الحالة توجيهها إلى المتعاقد إعذاراً قبل توقيع الإنهاء[2].

أما في **مصر**، فإن المشرع لم يجعل الاعذار المسبق وجوبياً في جميع الحالات[3]، حيث تتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والنافـذ حالياً، بعض النصوص التي تستلزم إعذار المتعاقد في أحوال معينة، ومثال ذلـك نـص المادة (٨٤) التي تشترط الاعذار صراحة، حيث تنص هذه المادة على: (إذا أخل المقاول

---

(١) H.PRIEUX, op.cit, T.3, P.1600.

(٢) C.E 26 mai 1930, Thibon, Rec.P.572.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص ٢١٨، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٤.

بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخـاذ أحد الإجرائيين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

أ- فسخ العقد.

ب- سحب العمل من المقاول.....

ورغم وجود هذا النص، فإن هذه اللائحة تتضمن عدة نصوص تعفي الإدارة صراحة من إعذار المتعاقد قبل تطبيق الجزاء عليه، مكتفية بإخطار المتعاقد بتوقيع الجزاء عليـه بكتـاب موصى عليه بعلم الوصول في بعض الحالات، مثال ذلك نص المادة (٧٥) من اللائحة والذي جاء فيه (يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يخطر به بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد).

وأيضاً المادة (٩٤) من اللائحة التي تقضي بجواز فسخ العقد في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية وذلك بعد إخطـاره بكتـاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانه المبين في العقد.

وكذلك المادة (٨٣) من اللائحة المذكورة التي تمنح الإدارة سلطة توقيع غرامـات التأخير المبينة بها بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر.

كما أن المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨ تقضي بجواز فسخ العقد لعدم أداء صاحب العطاء المقبول التأمين النهائي في المدة المحددة لـه بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر.

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري، فإن أحكامه لم توجب في جملتـها علـى الإدارة اعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ[١]، حيث أرست محكمة القضاء الإداري في قرارها بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٧ المبدأ التالي: (تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد، ودون إعذار، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبـل الأوان بحجة عدم حصول الاعذار دفع متقين الرفض)[٢].

ويرى فقهاء القانون الإداري في مصر أن نصوص القانون المدني المتعلقة بالإعـذار يجب إعمالها في دائرة جزاءات العقود الإدارية، باعتبار أنها قواعد عامة، وطبقاً لهـذه النصوص يلزم إعذار المتعاقد قبل تطبيق الجزاء عليه، وأنه لاضرورة لهذا الاعذار عندما يتفق الأطراف على عدم تطبيق هذه القواعد، أو عندما يقرر المتعاقد بأنه لاينوي تنفيذ التزاماته، أو عندما يصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد، أو بسبب الطابع العاجل للعمل المتفق عليه، أو في حالة الغش، أو بحكم القانون[٣].

كما أن الاعذار ضمانة هامة للمتعاقد من أجل المحافظة على حقوقه، فضلاً عن أن المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام تتطلب أحياناً اعذار المتعاقد لعله يستجيب لتنفيذ التزاماته بدلاً من فسخ العقد مع ما يحمله هذا الفسخ من مخاطر للمرفق العـام، فـإذا أرادت الإدارة إعفاء نفسها من ضرورة أعذار المتعاقد معها قبل توقيع جـزاء فسـخ

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٩

د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٩٧.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٩١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٨٢٧، ١٠ق، بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٧، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٣) (FOuad). EL ATTAR, le marché de Travaux publics, Thése, Paris, 1953, éd: le caire, 1955, P.252.

- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨٢.

عقده، فلابد أن تشترط ذلك صراحة بمقتضى نـص صـريح في العقـد أو دفـاتر الشروط[1]، ودون ذلك تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يرتب مسؤوليتها التعاقديـة، كما يتعين أن يتم هذا الإعذار بواسطة السلطة المختصة بالتعاقد[2].

أما فيما يتعلق بمدى وجوب الاعذار قبل توقيع جزاء الفسخ في **سوريا**، فإنه مـن الملاحظ أن المشرع السوري- ومن خـلال أحكـام القـانون رقـم (٥١) تـاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، المتضمن نظام العقود الموحد النافذ حالياً، ولائحته التنفيذية الصـادرة بالمرسوم رقم (٤٥٠) تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩- لم يجعل الاعذار المسبق وجوبياً في جميع الجزاءات، بل اقتصر وجوبه على حالة سحب التعهد فقط الواردة في المادة (٥٤) مـن القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ حيث جاء فيها: (

أ- يحق لآمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه في الحالات الآتية:

١-

٢-

٣-

٤-

٥-

٦- إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ التعهد.

ب - ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الإنـذار قبـل سحب التعهد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات /١-٢-٣-٤-٥-/ من البنـد السابق.....).

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٢١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص١٣٣.

أما بالنسبة للفقرة رقم (٦) فإن القانون أعفى الإدارة من الإنذار لعدم فائدته.

وباستثناء نص المادة ٥٤، نجد ان المشرع قد أعفى الإدارة من ضرورة الاعذار قبل توقيع الجزاء، وجعله جوازياً يخضع للسلطة التقديرية للإدارة.

مثال ذلك نص المادة (٥٧) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، والذي جاء فيه (يعتبر المتعهد معذراً بما يترتب عليه من التزامات ومن غرامات التأخير وجميع الجزاءات الأخرى بمجرد حلول الأجل المحدد في العقد أو دفاتر الشروط دونما حاجة لأي إجراء).

وجاءت المادتان (١٥) و(٤١) من اللائحة التنفيذية لتؤكدان مضمون المادة (٥٧) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

ومن الأمثلة أيضاً على جوازية الإنذار من قبل الإدارة نص المادة (٤٠) من اللائحة التنفيذية، والذي جاء فيه(آ- إذا أوقف المتعهد الأشغال دون سبب معقول تقبله الجهة العامة، وإذا رأت الجهة العامة أن المتعهد قد تباطأ أو قصر أو أهمل أو عجز في تنفيذ أي عمل من الأعمال المطلوبة من العقد أو خالف في العمل وفق أي من أحكامه، **فإن لها أن تنذره** بوجوب بذل الاهتمام والنشاط والتقيد بالأحكام والشروط المطلوبة منه خلال مدة لاتقل عن خمسة أيام إلا في الحالات العاجلة مبينة في هذا الإنذار نوع الإهمال أو التقصير أو المخالفة الواقعة.....).

كما أن نسخة العقدين النموذجيين لأعمال الأشغال والتوريد الصادرة بموجب بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٨/ب-١٥/٨٧٨ تاريخ ١٩٧٨/٤/١١، والمعمول بها حالياً في جميع الوزارات والادارات والمؤسسات وشركات القطاع العام والمشترك والبلديات وسائر الجهات العامة في حال التعاقد من أجل الأشغال والتوريد، لم تشترط الاعذار وفق المادة (٣١) من نموذج عقد الأشغال والمادة (٢٨) من نموذج عقد التوريد، حيث اعتبرت المتعهد مسؤولاً عن جميع التزاماته وغرامات التأخير المترتبة عليه

فور حلول الآجال المحددة له بموجب العقد دونما حاجة لأي انذار أو اعذار أو إجـراء من قبل الإدارة.

أما بالنسبة لمجلس الدولة في سوريا، فقد تبنى وجوبية الاعذار قبـل فـرض جـزاء الفسخ، ويتضح ذلك من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر في عام ١٩٨٠، جاء فيه (١- إن شروط فسخ العقد من قبل الإدارة كمؤيد جزائي عقدي دون تبعـة عليها هي نوعان شروط موضوعية وشروط إجرائية فالشروط الموضوعية هي ثبـوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده أو إساءة تنفيذه رغم تنبيهه مراراً أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة بموقف ايجابي من المتعهد أو دخول عنصر الضرر في مشـروعات الإدارة دون إرادة المتعهد ولكن بتكرار ملحوظ من قبله لم ينفع فيه التنبيه سواء بإطالة أمد التنفيذ بحيث يفوت الفرص على سير المرفق العام سيراً منتظماً ومقرراً أو بغير ذلك من الوسائل أما الشروط الإجرائية فهي توفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط مارة البيان ومنها الإنذارات المتكررة.

٢ - .....

٣ - .....)[1].

أما بالنسبة لموقف الفقه الإداري في **سوريا،** فيرى كل من الدكتور محمد الحسـين والدكتور مهند نـوح (أنه إذا كان الانذار يعتبر شرطاً أساسياً ضمن العقود المدنيـة، فهو ليس كذلك ضمن العقود الإدارية إلا إذا نص العقد على ذلك للأسباب التالية:

أ - إن مسؤولية الإدارة عن حسن تسيير المرفق العام وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يعطي الإدارة دوراً تقديرياً لإنذار المتعاقد أم لا.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٠، في القضية رقم ٢٠، لسنة ١٩٨٠، سجلات المحكمة الإدارية العليـا، الجزء الأول. مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح المهايني، المرجع السابق، ص٢٢٤.

ب - إن الهدف من فرض الجزاء ضمن العقود الإدارية هو مـن أجـل ضـمان استمرارية المرفق العام.

جـ - تشكل رقابة القاضي الإدارية، على كيفية استخدام العقوبـات المختلفـة، الضمانة الحقيقية لحماية المتعاقد ضد أي تجاوز من قبل الإدارة)[1].

وفي تقديرنا يجب على الإدارة القيام بإعذار المتعاقد معها قبل اللجوء إلى الفسخ الجزائي، إلا في حالة وجود نص صريح في القانون أو في العقد أو في دفاتر الشروط ينص على خلاف ذلك، أو في حالة ثبوت عدم صلاحية المتعاقد معها في التنفيـذ، وأنه لاجدوى من استمراره في العقد، أو إذا أعلن امتناعه بشكل صريح عن تنفيذ العقد، نظراً لأن الاعذار بمثابة تنبيه للمتعاقد مع الإدارة لإصلاح خطأه، والنهوض بما التزم به بمقتضى العقد المتفق عليه، وهو ضمانة هامة للمتعاقد من أجل المحافظـة على حقوقه، كما أنه من الأفضل للإدارة أن يستمر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب، وتوجيهه بدلاً من فسخ العقد لما قد يحمله هذا الفسـخ مـن مخاطر على استمرار عمل المرفق العام.

٤ - التزام الإدارة بتسبيب قرار الإنهاء الجزائي للعقد:

قبل صدور قانون ١٩٧٩/٧/١١ في **فرنسا**، لم تكن الإدارة ملزمة بتسبيب قرارات الجزاءات الصادرة ضد المتعاقدين معها، والتي من بينها قرار فسـخ العقـد الإداري، بسبب إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، حيث تنص جميع دفاتر الشروط في فرنسا بطريقة واضحة على الأسباب التي تسمح لجهة الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها، ولم يلزم أي من نصوص هذه الدفاتر الإدارة بتسبيب قرارها بفسخ العقد، حتى تاريخ صدور هذا القانون.

---

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٤٩.

وأما بعد صدور القانون السابق الخاص بتسبيب قرارات الإدارة، فقد أجمع الفقـه الفرنسي على أن يطبق هذا القانون على قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على متعاقديها أياً كانت هذه الجزاءات، وأنه يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتسبيب قراراتها بفسـخ عقودها، ثم تأكد ذلك بصفة نهائية بعد صدور المنشور الدوري لـرئيس الـوزراء في ١٩٧٩/٨/٣١، والذي ذكر الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها مـن بـين القرارات الواجبة التسبيب، والمنشور الصادر في ١٩٨٠/١/١٠، والذي ذكر عدداً من القرارات المتعلقة بالجزاءات الواجبة التسبيب ومن بينها فسخ العقود، فضلاً عن المنشور الصادر في ١٩٨٧/٩/٢٨، المتعلق بتسبيب القرارات الإدارية والذي ينطبق على العقود الإدارية.

وبالتطبيق للقانون الصادر في ١٩٧٩/٧/١١ والمنشورات الدورية التالية له، فـإن الإدارة في فرنسا تعتبر ملزمة بتسبيب قرارها بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية.

ويشترط أن يكون التسبيب مكتوباً وأن يتضمن شرحاً للأسباب القانونية والفعليـة التي بني عليها هذا القرار[1].

أما في **مصر** فإننا لم نجد ما يلزم الإدارة بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعهـا علـى متعاقديها في مجال العقود الإدارية، ويرى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد أنـه يجب إلزام الإدارة في مصر بأن تقوم بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية، وخاصة الجزاءات الفاسخة للعقود، وذلك حتى يستطيع قاضي العقد أن يمارس رقابته على الأسباب التي تستند عليها الإدارة في إصدار الجزاء في يسر وسهولة كما هو الحال في فرنسا، وذلك من أجل حماية حقوق متعاقدي الإدارة ضـد قرارات الجزاء غير المشروعة والتي لامبرر لها، وبالطبع فإن في ذلـك ضـمانة هامـة

(١) A. de laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2, p.124 et 125.

لمتعاقدي الإدارة ضد تعسف الإدارة وإساءة استعمال سـلطتها في توقيـع الجـزاءات ضدهم، خاصة الفسخ الجزائي للعقد، الذي يترتب عليه انقضاء العقد بصـفة نهائيـة، واستبعاد المتعاقد المفسوخ عقده نهائياً من تنفيذ العقد، ومن التمتع بالمزايا والأرباح التي يجنيها من عقده مع الإدارة[1].

أما بالنسبة لموضوع التزام الإدارة بتسبيب قرارات الفسخ الجزائي للعقد في **سوريا**، فإنه استناداً إلى القوانين النافذة، وأحكام مجلس الدولة السوري، فإن الإدارة في سوريا غير ملزمة بتسبيب القرارات الإدارية الصادرة عنها، بما فيها قرار الفسخ الجزائـي في العقود الإدارية، مالم يوجد نص قانوني يوجب التسبيب.

فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صادر عـام ١٩٦٠ المبـدأ التـالي: (الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلـك ويفتـرض في قراراتها السلامة والمشروعية حتى يتبين العكس)[2].

وأكدت المحكمة على هذا المبدأ في حكم آخر لها صادر عام ١٩٦٢ جاء فيه (

١- الأصل أن تكون الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها مالم يكن ثمة نص قـانوني صريح على وجوب التسبيب.

٢- حيثما تتطوع الإدارة ببيان سبب قرارها تعود رقابة القضاء الإداري إلى ممارسة سلطتها المعتادة)[3].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦ في القضية (-) لسنة ١٩٦٠- مجموعة المبادئ القانونية الـتي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠/١٩٦٤ ص٣١٦، المبدأ ٢٥٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم٧٣، في القضية (٣) لسنة ١٩٦٢- مجموعة المبادئ القانونية الـتي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠/١٩٦٤، ص٣١٣، المبدأ ٢٥٥.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا بشكل صريح عدم الحاجة إلى تسبيب قـرار الفسخ الجزائي للعقود الإدارية في حكمها الصادر عام ١٩٦٥، حيث جاء فيـه (آ- لاتلتزم الإدارة بتسبيب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري طالما أن ظروف هذا الإنهاء وما رافقه من وقائع تشكل بحد ذاتها أسباباً جدية لهذا القرار خصوصاً إذا كان الإنهـاء متصفاً بأنه جزاء لمخالفات الملتزم أثناء تنفيذ عقده.

ب - .....

ج - .....

د - .....)[1].

وبإعتقادنا أن في **موقف مجلس الدولة السوري تجاهل وإغفال لضمانة مهمة مـن ضمانات المتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها وإساءة اسـتعمال سـلطتها** في **توقيـع الجزاءات ضده، لذلك يجب إلزام الإدارة بضرورة تسبيب قرارات الجزاءات الـتي تفرض على المتعاقد معها بعقد إداري، والذي يساعد بدوره قاضي العقد** في **رقابتـه على صحة القرار، فإذا ثبت له مخالفته للقوانين، يحكم بعدم تحمل المتعاقد النتـائج الباهظة المترتبة على هذا الفسخ مع تعويضه عن ذلك إذا كان لذلك مقتضى.**

خامساً - أنواع الفسخ الجزائي:

هناك نوعان من الفسخ الجزائي في فرنسا لعقد الأشغال العامة وعقـد التوريـد – استناداً إلى نصوص القانون وأحكام مجلس الدولة وآراء الفقهاء- يشتركان في بعـض الآثار، ويختلفان في البعض الآخر، هما الفسخ الجزائي المجرد والبسيط، والفسخ الجزائي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم١٣، في القضية (١٢) لسنة ١٩٦٥- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥-، ص ٩٧ المبدأ ٣٣.

على مسؤولية المتعاقد، والإدارة هي صاحبة التقدير في تقرير هذا الفسـخ أو ذاك[١]، ومع ذلك قد لايترك العقد لها هذا الخيار إذا مانص على نوع الفسخ الواجب اتخاذه في صدد حالات معينة، ومثل ذلك في حالتي الإفلاس أو التصفية القضائية للذمـة الماليـة للمتعاقد، فإنه غالباً ماينص على أن يكون الفسخ في هاتين الحالتين مجرداً[٢].

ويعود سبب التمييز بين هذين النوعين إلى إختلاف مدى قسوة آثار الفسخ علـى المتعاقد المفسوخ عقده، وسوف نتناولهما بشيء من التفصيل على النحو التالي:

١ - الفسخ الجزائي المجرد والبسيط:

يقصد بالفسخ المجرد إنهاء الرابطة التعاقدية تماماً، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليهـا قبل التعاقد كلما كان ذلك ممكناً عملاً، فتقوم الجهة الإدارية بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، أو قيمة ماقام به من أشغال، والتأمينات التي دفعها، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتطاع غرامات التأخير، والمطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تلحق بها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد[٣]، على أن يرد هو بدوره للجهة الإدارية مايكون قد حصل عليه تنفيذاً للعقـد، وقد تلجأ الإدارة إلى هذا الفسخ دون أن تحمله أية تعويضات، مكتفية بحجز الـتأمين السابق دفعه من المتعاقد كله أو بعضه مع الفسخ[٤].

---

(١) CE . 15 Fev, 1895, Ville de Nantes, Rec.p. 161

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨٢.

(٢) C.E. 12 nov , 1915, Bardonneau, Rec.p. 316

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨٢.

(٣) – د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٣١.

- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٧٣.

(٤) - د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص١٨٧.

- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٤.

وهكذا نجد أن الأثر الأساسي للفسخ المجرد لعقد الأشغال العامة أو عقد التوريـد، هو أعفاء المتعاقد المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة للعقود الجديدة المخصصة عند اللزوم لضمان التوريدات أو تنفيذ الأشغال العامة[1].

ولا بد أن يكون قرار جهة الإدارة بالفسخ الجزائي المجرد صريحاً ومكتوباً، إذ أنـه لايمكن أن يستنتج ضمناً من قرار الإدارة بالتصرفات الجانبية لها[2].

أما في **مصر** فإنه يبدو لنا أن المشرع المصري قد أخذ بالفسخ الجزائي المجرد في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، والمـواد التاليـة توضح ذلك:

- المادة (٢١) من القانون تجيز للإدارة – إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بـأداء التـأمين النهائي في المهلة المحددة- إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولويتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصـم قيمة أي خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سـبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تـتمكن مـن استيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

- المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية، تعطي الحق للإدارة في فسخ العقد أو تنفيـذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه.

- المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية، تعطي الحق للإدارة- إذا أخل المقـاول بـأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثـر

(١) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥٢

(٢) – د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٩٩

ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه – فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالإضـافة إلى مصادرة التأمين النهائي.

- المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية، تعطي الحق للإدارة- في حال عدم التوريد في الميعاد المقرر في العقد أو في المهلة الإضافية- في أن تشتري الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها على حسابه- أو إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف بالإضافة إلى فـرض غرامة التأخير ومصادرة التأمين النهائي.

أما في **سوريا فإننا** لم نجد **من خلال مواد القـانون رقـم (٥١) لعـام ٢٠٠٤ ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ ما يدل على أن المشرع السوري قد أخذ بالفسخ الجزائي المجرد، فقد وردت** في **هذا القانون حالات الفسخ الحكمي فقط** في **المادة (٥٩)، حيث لايوجد أي سلطة تقديرية للإدارة بشأنها.**

أما بالنسبة لمجلس الدولة السوري فإنه - باعتقادنا- قد أخذ بالفسخ الجزائـي المجرد، ويتضح ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في عـام ١٩٨١، حيث جاء فيه: (- إن الإدارة بعد أن ثبت لها تقاعس الجهة الطاعنة عند تنفيذ عقدها قررت فسخ العقد ومصادرة التأمينات ولم تعمد إلى شراء المواد على حساب الجهـة المتعاقدة، وبذلك أصبح حقها محصوراً بمصادرة تأمينات العقد.....)[١].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على موقفها هذا من الفسخ الجزائي المجرد في حكم صادر عنها في عام ١٩٨٦، حيث جاء فيه (أن عدول الإدارة عن استثمار الحديقة محل

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٨، في القضية رقم ٢٤٨، لسنة ١٩٨١، سجلات المحكمـة الإدارية العليا، الجزء الثاني، مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح المهايني، المرجـع السـابق، ص٢٨٠.

الاستثمار واتجاهها إلى جعلها حديقة عامة يجعل المحكمة تكتفي بالحكم بأحقية الإدارة في مصادرة التأمينات الأولية التي كان دفعها ذلك المستثمر الناكل)[1].

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صادر عام ١٩٧٢ جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض وبين الفسخ الجزائي للعقد، حيث جاء في هذا الحكم (إن مصادرة التأمين عملية مستقلة عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار في خصوصية المنازعة المعروضة إذ لكل منهما سببه ومبرراته ولاتعارض بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض المطالب به ولا بين أيهما وبين فسخ العقد فليس ما يمنع من الجمع بينهما)[2].

٢ - الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد:

تقوم الإدارة في هذا الفسخ بإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر لاستكمال تنفيذ الأشغال أو التوريدات، ويتحمل المقاول أو المورد المقصر جميع الأعباء المالية المترتبة من إبرام عقد جديد مع الغير بدلاً من عقده، وللفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد نتائج قاسية جداً بالنسبة للمتعاقد، لأنه يضع نهاية قطعية للعلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، كما أنه يضع على عاتق المتعاقد نفقات ابرام عقد جديد مع شخص آخر من الغير.

ويختلف الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد عن التنفيذ على حسابه، ذلك لأن سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد لايترتب عليه إنهاء العقد الأصلي، ومن جهة أخرى فإن الأمرين يقتربان من بعض الجوانب في آثارهما، فالفسخ على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته يترتب عليه كما هو في التنفيذ على حسابه أن يتحمل

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٠، في القضية رقم ١٢٠، لسنة ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص٢٥٧، المبدأ ٥٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨، في القضية رقم ١١٧، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص١٦٩.

المتعاقد النفقات الزائدة عن قيمة العقد الأصلي، ولايستفيد من الوفر، كما أن له، طالما أنه يتحمل النفقات الزائدة عن قيمة العقد الأصلي أن يتابع تنفيذ الأشغال للتحقق من عدم المبالغة في نفقات التنفيذ[١].

ونظراً لخطورة الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وجسامة آثاره بالنسبة للمتعاقد، فإن الفقه الفرنسي متفق على أن الإدارة لاتستطيع أن تقرر هذا الجزاء القاسي إلا إذا كان منصوصاً في عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد أو دفاتر الشروط على حـق الإدارة في توقيعه بمقتضى نص صريح[٢]، كما أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر في أحكامـه علـى ذلك[٣]، وقد حكم بأن القاضي لايملك تقرير الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة علـى مسؤولية المقاول المفسوخ عقده في حالة سكوت العقد، وعدم ورود نص يعطـي الإدارة الحق في ذلك، كما أن العقد لايتيح للإدارة الحق في اختيار أحد نوعي الفسخ إذا ما نص العقد على نوع الفسخ، الواجب اتخاذه في حالات محددة، حيث أن عقود الاشغال العامة ودفاتر الشروط تنص في الغالب على توقيع الفسخ الجزائي المجرد والبسيط في حالتي إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لذمته المالية[٤].

وعلى الإدارة بعد اتخاذها قرار فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد الأصلي إعلانه به، وأن تخبره أيضاً بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته، وأن تعين له أسم المقاول أو المورد

---

(١) د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٢٧٣.

(٢) A.De Laubadere et autres,contrats, op.cit,T.2,p.163.

(٣) C.E 5Juillet 1950, Sté Francaise de construction, Rec. p .416.

C.E 15 oct 1965, Ste entreprise perignon, Rec. p .522 .

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(٤) C.E. 17 Dec 19.9, double, Rec. P.1001.

C.E. 12 nov 1919 , Bordeau, Rec. P.317.

مشار إلى هذين الحكمين لدى السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٩٣.

الجديد، حتى يستطيع المقاول أو المورد الأصلي أن يباشر حقه في متابعة العمليات المنفذة على حسابه ومسؤوليته بواسطة المتعاقد الجديد، وذلك من أجل المحافظة على حقوقـه ومصالحه، ويجب على جهة الإدارة أن تجري المناقصة الجديدة بأسرع وقت ممكن، وأن تتم طبقاً لقواعد المناقصة الأصلية، وتشمل كافة شروطها الشكلية والموضـوعية، وإلا جاز للمتعاقد أن يطعن في قرار الفسخ، ويجنبه ذلك المبالغ المالية التي تترتب على إبرام العقد الجديد على حسابه[1].

أما عن موقف المشرع في **مصر**، فإن القانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بتنظـيم المناقصات والمزايدات والنافذ حالياً في مصر ولائحته التنفيذية، لم يعترف بهذا النوع من الفسخ الجزائي إلا في حالة واحدة ورد ذكرها في المادة (١٢٠) من اللائحة التنفيذية، والتي تبين أنه في حالة إخلال مشتري العقار أو المشروع غـير المتمتـع بالشخصـية الاعتبارية من الإدارة بشروط عقده معها، فإنه يحق للإدارة دون حاجة إلى إنـذاره أو اللجوء إلى القضاء أن تفسخ العقد وتقوم باتخاذ إجراءات البيع من جديد على حسابه مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسـعار والمصروفات الإدارية والتعويضات المستحقة ولاترد إليه أية زيادة قد تحققت في ثمـن البيع[2].

وكذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر لاتعترف بهذا الجزاء، حيث أكدت على ذلك في حكمها الصادر في ١٩٦٤/٢/١، والذي جاء فيه: (من المسـلمات أن إحلال الإدارة شخص آخر محل المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته تقصيراً جسـيماً،

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٩٢-٢٩٣.

(٢) د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص١٨٧.

لاينهي العقد بالنسبة له، وبذلك لايقبل قانوناً أن تلجأ الإدارة إلى توقيع الجزاءين معـاً على المتعاقد المقصر)[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على موقفها هذا من الفسـخ الجزائـي علـى مسؤولية المتعاقد في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/٣١، والذي جاء فيـه: (إذا لجأت جهة الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ، فإنه يجب أن تقف عند توقيع هذا الجـزاء دون أن تجعله مصحوباً بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقـد المقصـر وتحميلـه بالنتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة، وأساس ذلك تعارض النتائج المترتبة على فسـخ العقد مع نتائج التنفيذ، فجزاء فسخ العقد يترتب عليه إنهاء العقد، في حين أن التنفيـذ على حساب المتعاقد قائماً ومنتجاً آثاره.وعليه فلا يجوز الجمع بينهما)[2].

أما عن موقف الفقه الإداري في مصر، فنجد بعض الفقهاء المصريين مثل الـدكتور فؤاد العطار يحبذ نظام فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد المعتـرف بـه في القـانون الفرنسي، نظراً لأن هذا النظام يبدو أكثر عدلاً، إذ يأخذ في اعتباره ليس فقط طبيعـة الجزاء بل صالح الخزانة أيضاً، فهذا الفسخ بسبب خطأ المقاول له صـفة عقابيـة لأن المقاول إنما يرتكب خطأ بمخالفته الالتزامات العقدية ويجب أن يتحمل نتائج هذا الخطأ، وليس من حق الإدارة متى قررت مواصلة تنفيذ الأعمال أن تعفي المقـاول المفسـوخ عقده من مسؤوليته المالية المفروضة عليه بسبب تقصيره، ذلك أن تنـازل الإدارة عـن الفائدة التي تعود عليها من المناقصة المعادة والتعاقد الجديد علـى مسـؤولية المقـاول

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٤/٢/١، مجموعة المكتب الفـني، سـنة ٩، رقـم ٤٨، ص٥٧١. مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٩٧، ود. مفتـاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٠٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٧٥٩، لسنة ٤٣ ق، جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١، . مشـار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٠٢.

المستبعد هو في حقيقته تنازل عن دين مستحق للدولة دون مبرر قانوني، إذ يجب عليها أن تحتفظ بالمسؤولية المالية ضد مقاولها هذا بوجوب تحمله كافة النفقات الزائدة الـتي يقتضيها الاستمرار في تنفيذ العقد، فهي لا تستحق إذا تنازلت الإدارة عـن مواصـلة تنفيذ الأعمال[1].

ويرى الفقه الإداري المصري في غالبيته أن المشرع المصري لم يأخذ بنظام الفسـخ الجزائي للعقد على مسؤولية المتعاقد في جميع القوانين التي أصدرها، وكذلك في اللوائح التنفيذية التي أصدرها لتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، لكنه اعتـرف بالفسـخ الجزائي المجرد[2].

أما عن الوضع في **سوريا**، ومن خلال استعراض مواد القانون رقـم (٥١) لعـام ٢٠٠٤، المتضمن نظام العقود الموحد، ومواد اللائحة التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقـم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤، نجد أن المشرع السوري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائـي علـى مسؤولية المتعاقد، بل اكتفى بجزاء سحب التعهد والتنفيذ على حسـاب المتعاقـد في حالات معينة، وبالفسخ الحكمي للعقد في حالات محددة[3]، دون أن يكـون للجهـة الإدارية المتعاقدة أية سلطة تقديرية في هذا الموضوع.

أما مجلس الدولة السوري – باعتقادنا- قد أخذ بالفسخ الجزائي علـى مسـؤولية المتعاقد، ويظهر ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصـادر عـام ١٩٧٢،

---

(١) EL- ATTar (F) , op.cit, p .280.

(٢) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربيـة، القـاهرة، ١٩٨١، ص١٩٠.
د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٩٧.

(٣) وردت هذه الحالات في المادتين ٥٤، ٥٩ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد.

والذي جاء فيه: (إن تقاعس الملتزم عن الوفاء بتعهداته أو امتناعه عن القيام بها يخـول الإدارة سلطات واسعة فهي من جهة تستطيع أن **تفسخ العقد** وتقوم بتـأمين المـواد بالطريقة التي تراها مناسبة لسد حاجات المرفق الذي ترعاه فهي تملك لذلك الشـراء على حساب المتعهد السابق أو تلزيم التعهد إلى ملتزم آخر بالشروط التي تراها ولايحق للمتعهد تحديد النهج الذي ترغب في إتباعه)[1].

ومن جانبنا نرى أنه يمكن تطبيق الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقـد في حـال ثبوت مخالفة المتعاقد لأحكام الفقرة /٦/ من البند /آ/ من المادة /١١/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، وتعامله مع الكيان الإسرائيلي الصهيوني، وذلك جزاء ما اقترفـت يداه، فيكون للجهة الإدارية بعد أن تقوم بفسخ العقد بموجب قوة القانون، أن تلجأ إلى التعاقد مجدداً وبالطريقة التي تراها مناسبة، وذلك على حساب المتعاقد السابق مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسعار والمصروفات الإدارية والتعويضات المستحقة، ولاترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت نتيجـة إعـادة التعاقد مجدداً.

كما أن عدم اعتراف المشرع السوري- في نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ النافذ حالياً ولائحته التنفيذية- بسلطة الفسـخ الجزائـي بنوعيـه (الفسخ على مسؤولية المتعاقد والفسخ المجرد) هو اتجاه محمود، لأن تمتع الإدارة بسلطة فرض جزاء سحب التعهد والتنفيذ على حسابه- من خلال اطلاعنا على الواقع العملي لسير العقود في الجمهورية العربية السورية- يفي بضمان استمرار سير المرفـق العـام بانتظام واطراد في حالة مخالفة المتعاقد لشروط العقد المتفق عليها.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٠، في القضية رقم ١٣٣، لسنة ١٩٧٢، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص١٩٧.

المطلب الثاني
إسقاط الالتزام كصورة من صور الفسخ الجزائي للعقد الإداري

تختلف سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي للعقد الإداري - في شكلها وأحكامها - من عقد إلى آخر,حيث تأخذ شكل جزاء إسقاط الالتزام بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام, وشكل الفسخ الجزائي بنوعيه -المجرد والبسيط أو على مسؤولية المتعاقد - بالنسبة لعقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

ولما كان فسخ عقود تفويض المرفق العام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة إلى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق وتهيئته لأداء الخدمة المنوطة به,كما يتضمن خطورة على الاقتصاد الوطني, فإن المشرع والقضاء يولي المتعاقدين مع الإدارة في هذه العقود عناية أكبر من المتعاقدين في العقود الإدارية الأخرى.

واستناداً إلى هذه الأهمية, سنقوم في هذا المطلب بدراسة الفسخ الجزائي في عقود تفويض المرفق العام، أو ما يسمى (إسقاط الالتزام),كصورة من صور الفسخ الجزائي للعقد الإداري، أما بالنسبة للفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة وعقود التوريد فتطبق عليه الأحكام العامة للفسخ الجزائي للعقود الإدارية التي قمنا بدراستها في المطلب الأول من هذا البحث.

أولاً - تعريف جزاء إسقاط الالتزام La déchéance du concession:

جزاء إسقاط الالتزام هو فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب مخالفته الجوهرية للالتزامات المفروضة عليه[1].

---

(١) G. Jeze, op. Cit ,P.911.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٤٧ و د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥ و د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٠٩.

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٩٣.

- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص١٠١.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: (سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتـهاء مدتـه لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً عن الملتزم)[1].

وتتضمن عادة عقود الالتزام أو دفاتر الشروط الخاصة بها النص صراحة على حـق جهة الإدارة في إسقاط الالتزام كجزاء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على الملتزم، سواء في فرنسا أو مصر.

ولهذه النصوص الواردة في العقد أو دفاتر الشروط الخاصة به والمتعلقة بجزاء الإسقاط أهمية عملية كبيرة، فمن ناحية أولى هذه النصوص تنظم ممارسـة الإسـقاط وآثـاره القانونية، ومن ناحية أخرى فإن الإدارة مانحة الالتزام تستطيع - مـن خـلال هـذه النصوص- أن تحتفظ لنفسها في مجال جزاء الإسقاط بامتياز المبادرة أو التنفيذ المباشـر (Le privilége du préalable)، ذلك الامتياز الذي لايوجد لصالح الإدارة مـن تلقاء نفسه في حالة عدم النص صراحة على جزاء الإسقاط في العقد أو دفاتر الشروط، حيث لاتملك الإدارة سلطة تقرير جزاء الإسقاط من تلقاء نفسها –كما سنرى لاحقاً- إلا إذ كان منصوصاً عليه صراحة لصالح الإدارة في العقد أو دفاتر الشروط، أما إذا لم يكن هذا الجزاء منصوصاً عليه في العقد أو دفاتر الشروط، فإن القاضي وحده- وليس الإدارة- هو صاحب الحق في تقرير جزاء الإسقاط بناء على طلب الإدارة[2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١١٠-١٣ ق تاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٨٣، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجـع السابق، ص٢٠٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ٥٦.

(٢) - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٦.

A.De Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2, p.156.

وإذا كان غالباً ينص على إسقاط الالتزام في العقد أو دفاترالشروط، فهذا لايعني أنه جـزاء تعاقدي يجب النص عليه في العقد، بل هو جزاء أصيل يوجد حتى ولو لم ينص عليه في العقد.

وفي الماضي كان الإسقاط هو الجزاء الوحيد الذي يوجد بذاته، والذي يجوز للقضاء توقيعه مستقلاً عن نصوص العقد أو دفاتر الشروط[١].

وقد استعملت بعض دفاتر الشروط في فرنسا اصطلاح الفسخ (resiliation)، في حين استعمل البعض الآخر اصطلاح السحب (retrait) للدلالة على الإسقاط[٢].

ويرى الدكتور **محمد صلاح عبد البديع السيد** أن كـلا الاصـطلاحين مرادفـاً للإسقاط في مجال عقد الالتزام، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر، حيـث قررت: (أنه وإن كان عقد الالتزام قد نص صراحة على سحب الالتزام وليس إسقاطه، إلا أن الإسقاط والسحب يتفقان في مدلولهما وفي الآثار المترتبة عليهما، وإن القصـد منهما توقيع جزاء رادع على الملتزم لإخلاله الجسيم بشروط الالتزام، يضاف إلى ذلك أن التكييف القانوني للتصرف إنما يرجع فيه إلى حقيقة الواقع لا إلى ما يطلق عليه مـن تسميات، إذ العبرة دائماً بالمعاني لا بالألفاظ، فسحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما مـن الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هـذه الحالـة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً على الملتزم)[٣].

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٥.
- د. احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٦.

(٢) A.De Laubadere et autres, contrats op.cit, T.2, p.156.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧.
كما أن هذا الحكم (حكم المحكمـة الإداريـة العليـا – الطعـن رقـم ١١٠-١٣ ق تـاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠) مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، من ص٥٨٣ إلى ص ٥٩٢.

كما يشير الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد إلى أن الفقه المصري يقرن جزاء الإسقاط بالالتزام ويطلق عليه جزاء إسقاط الالتزام، في حين أنه يفضل اصطلاح إسقاط الملتزم (La déchéance du concessionaire) أخذاً بكتابات الفقه وبأحكام القضاء في فرنسا التي نشأ فيها هذا النظام ونقل عنها في مصر[1].

وباعتقادنا لا يوجد فرق بين المصطلحين استناداً إلى الآثار المترتبة على إسقاط الالتزام أو إسقاط الملتزم، والتي سندرسها لاحقاً، فكلاهما يعبر عن الغرض المقصود وهو الفسخ الجزائي لعقد الالتزام.

ثانياً - الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط:

اختلفت آراء الفقهاء بشأن الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط، حيث رأى جانب من الفقه الفرنسي أن إسقاط الالتزام يعتبر إجراءً تعاقدياً بحتاً، وبذلك فهو لايوجد إلا إذا نص العقد عليه، وأن جزاء الفسخ لأخطاء الملتزم هو الجزاء الذي يحل محل الإسقاط في حالة عدم النص صراحة على جزاء الإسقاط في العقد[2].

فجزاء الإسقاط طبقاً لهذا الرأي هو تدبير تعاقدي وليس من النظام العام، حيث لاتستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم في حالة سكوت العقد.

بينما ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط من النظام العام، وأنه يوجد حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو دفاتر الشروط الخاصة.

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٣.

(٢) A. Blondeau , La concession de service public, thése, Grenoble, 1929- 2 éme édition 1933, P. 239

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٠، ود. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٤٨

فقد انتقد الفقيه **Jeze** رأي الفريق الأول - الذي يرى أن جزاء الإسقاط ليس من النظام العام - على أساس أنه من الخطأ تمييز الفسخ بسبب خطأ الملتزم عـن إسـقاط الالتزام بمعناه الدقيق، فكلاهما يستهدف غرضاً واحداً، وهو استبعاد الملتـزم نهائيـاً، واستبداله بملتزم آخر، فلايوجد بينهما – في الحقيقة- سوى اختلاف في التعبير، كمـا أن كليهما يفترض أخطاء جسيمة من الملتزم ويرتبان نتائج واحدة، فضلاً عن أن كـلاً منهما يجب طلبه من القاضي ابتداء في حالة سكوت دفتر الشروط، فالفسخ من النظام العام، وأن هذه قاعدة مسلم بها، ويمكن تبريرها في أن استبعاد الإسقاط كجزاء عـن أخطاء الملتزم، وحتى الأخطاء الجسيمة يتساوى مع شرط بعدم المسؤولية وهـو مـا لايجوز، وأن سير المرفق العام بانتظام يستلزم أن يكون للسلطة مانحة الالتزام الحـق في تغيير الملتزم إذا تعرض سير المرفق محل الالتزام للخطر بدرجة كبيرة[١].

ويرى **الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد** أن جزاء الإسقاط مقرر لصـالح الإدارة، ويعتبر من النظام العام، ويجب على الإدارة أن توقعه من تلقاء نفسـها دون اللجـوء للقضاء للحكم بذلك، فهو موجود بقوة القانون، وإذا وجد شرط يمنع الإدارة من ذلك اعتبر شرطاً باطلاً لمخالفته النظام العام، ولوجوده عقبة أمام المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من توقيع مثل هذا الجزاء الصارم[٢].

وكذلك يرى **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** أن جزاء الإسقاط من النظام العام، وأنه دائماً يوجد لصالح الإدارة في جميع الأحوال حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه

---

(١) G.Jeze, op.cit, T.3 , p.912 → 919.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٤٨ و د. محمد صلاح عبد البـديع السـيد، المرجع السابق، ص٦٠، و د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢١٠.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢١١.

صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، بل أنه يوجد في حالة وجود نص يحظر على الإدارة ممارسته أو طلب توقيعه من القاضي[1].

ويترتب على اعتبار جزاء الإسقاط من النظام العام النتائج التالية:

- إن جزاء الإسقاط مقرر لمصلحة الإدارة دون حاجة لأن ينص عليه في عقد الالتزام، أو في دفاتر الشروط الخاصة أو في قانون، أو لائحة، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر[2]، فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن: (للإدارة بما لها من رقابة وإشراف على سير المرفق إسقاط الالتـزام كجزاء على إخلال الملتزم بما يفرضه عليه عقد الامتياز من التزامات.

والذي يبين مما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة في فرنسا أن إسقاط الالتزام هو جزاء متعلق بالنظام العام يكون للإدارة الالتجاء إليه حتى ولو لم يرد عليـه نص في عقد الالتزام كلما وقعت من الملتزم أخطاء جسيمة في إدارة المرفق وأن هذا الإسقاط جائز حتى لايتعطل سير المرفق إذا تخلف الملتزم عن تنفيذ التزامات جوهرية أخرى كالوفاء بالتزاماته المالية من قبل الحكومة)[3].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٢.

(٢) A.De Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2, p.156

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٥.
- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٦.
- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٩٠.

C.E 3 mai 1943,prefet de la cores,Rec.P123.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٤٨، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٢.

(٣) الفتوى رقم /٣١/ الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في ١٩٥٣/١/٢٨. مشار إلى هذه الفتوى لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السـابق، ص٥٤٧، والمستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٧٧.

- لا يجوز للإدارة مانحة الالتزام والملتزم كطرفين لعقد الالتزام - الاتفاق على منع الإدارة من ممارسة حقها في فرض جزاء الإسقاط بموجب نص صريح في العقد، وكل شرط من هذا القبيل يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام، ويتساوى مع شرط بعدم مسؤولية الملتزم، ويعتبر إعلاناً عن إهمال وعـدم مبـالاة الإدارة مانحـة الالتزام[1].
- إذا ورد نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط يسمح للإدارة بممارسة جـزاء الإسقاط، فإن مثل هذا النص لايعتبر نصاً منشأً لحق الإدارة في توقيـع جـزاء الإسقاط، بل هو مجرد نص مقرر لحق موجوداً أصلاً بمقتضى القواعد العامـة لنظرية العقد الإداري، ومثل هذا النص ليس له فائدة إلا تحديد الحالات الـتي يجوز عند توافرها إسقاط الالتزام وتحديد إجراءاته ونتائجه.

ثالثاً - شروط إسقاط الالتزام:

يتحمل الملتزم عادة أعباء مالية ضخمة من أجل إعداد المرفق العام محـل الالتـزام واستغلاله، وتهيئته لأداء خدماته للمنتفعين بها، ولذلك يجب على جهة الإدارة مراعـاة تلك الاعتبارات عند ممارستها لسلطة الإسقاط في مواجهة الملتزم، فالملتزم يحتـاج إلى مدة طويلة من الوقت، حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه من أموال عن طريق الرسـوم التي يحصلها من مستخدمي المرفق نتيجة انتفاعهم بخدماته.

ونظراً لخطورة جزاء الإسقاط على حقوق الملتزم المالية، فقد تم إحاطته بمجموعة من الشروط، يجب على الجهة مانحة الالتزام مراعاتها قبل توقيع هذا الجزاء وهي:

---

(١) G.Jeze,op.cit,T.3,p.919

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٣.

١ - ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم:

يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الملتزم والمسبب لتوقيع قرار الإسقاط ذو درجـة عالية من الجسامة أو الخطورة، حيث يصلح دليلاً واضحاً على عدم قدرة الملتزم علـى تسيير المرفق العام، أو تعرض المرفق للمخاطر.

ولذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يرفض تقرير جزاء الإسقاط على الرغم من ثبوت خطأ الملتزم، كما قضى كذلك بإلغاء قرار الإدارة بإسقاط الالتزام متى اتضح له أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً وغير كاف لتبرير توقيع هذا الجزاء[١].

كما أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن جزاء الإسقاط لا يجب توقيعه على الملتزم إلا عندما يتضح أن الجزاءات الأخرى المالية أو الضاغطة مثل وضع المرفق تحت الحراسة غير كافية فعلاً[٢].

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه إذا اشترط العقد أو دفاتر الشروط جزاءً محدداً بخصوص خطأ محدد، فإن الإدارة لاتستطيع أن تطبق جزاء آخر على المتعاقد خـلاف هذا الجزاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذه القاعدة في مجال جـزاء الإسـقاط، واستبعدها بسبب مقتضيات العمل، وقضى بإحلال جزاء الإسقاط محل جزاء وضـع المرفق تحت الحراسة، وبإحلال جزاء وضع المرفق تحت الحراسة محل جزاء الإسقاط[٣].

---

(١) C.E 23 Decembre 1925, Houssin, Rec.p.1048.

C.E 11 Juillet 1941, Grenouiller, Rec.p.124.
C.E 3 Mai 1946, prefet de la corse, Rec.p.123.
C.E 30 Avril 1948, Ville de Nantes, Rec.p.188.
C.E 6 Juillet 1955, Ville de Bastia , Rec.p.393.
مشار إلى هذه الأحكام لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٤٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٩٠.

(٢) A. DE laubadere et autres , contrats, op. cit, T.2 , p. 156.

(٣) C.E 30 Mars 1923, Ville de lauhans , Rec.p.481.

ويرى **الدكتور سليمان الطماوي** أنه يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسـامة لاتجدي في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الإدارة، وهو ما أخذت به محكمـة القضاء الإداري في مصر في حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣، حيث تقول: (....وإذا كان سحب الالتزام... يعتبر جزءاً شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطرة، فإن التجاء الإدارة لاستخدامه لايكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة...)[١].

ويرى **الدكتور أحمد عثمان عياد** وجوب ارتكاب الملتزم خطأ فادحاً، وعلى درجة من الجسامة ذلك أن إسقاط الالتزام له صفة الجزاء الاستثنائي، ومن ثم لايجوز تقريـره إلا إذا ثبت أن الجزاءات المالية وإجراءات الضغط المؤقتة غير كافية لمواجهـة الخطـأ المرتكب، كأن يكون الخطأ الذي ارتكبه الملتزم غير مغتفر أو على درجة خاصة مـن الجسامة، أو أن يكون الملتزم قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الالتزام[٢].

ويرى **الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد** أنه يجب أن ينظر إلى المتعاقد مـع الإدارة على أنه معاون لها، ويتحتم على الإدارة حل مشاكل الملتزم والأخذ بيده ليتخطى بعض الصعوبات التي قد تعترضه في تنفيذ التزاماته، فإذا لم يتوفر هذا الشرط (الخطأ الجسيم) فلايجوز إسقاط الالتزام، نظراً لكونه على درجة كبيرة من الخطورة على حقوق الملتزم المالية، وأن تتيقن من الأخطاء التي ارتكبها الملتزم من أنها عمدية ومقصودة، وبالتـالي

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٩٢.

C.E 11 Aout 1923, société d eclairage de la Ville d' oloron

مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٧، ود.عبد المجيد فيـاض، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٦.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٦.

تبرر هذا الجزاء[1]. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠(.....كما يثبت لمانح الالتزام دائماً بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً كلياً أو جزئياً أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو أن يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام.....)[2].

وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي بعض الأخطاء، واعتبرها من الأخطاء الجسيمة الموجبة لجزاء الإسقاط وهي[3]:

- الإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية أو بالقوانين واللوائح المطبقة على عقد الالتزام من جانب الملتزم.
- عدم احترام مدد التنفيذ المنصوص عليها في دفاتر الشروط، إذ يمكن إسقاط الالتزام عندما لايبدأ الملتزم الأعمال في التاريخ المحدد، وأيضاً عندما لاينهي هذه الأعمال في الميعاد المقرر.
- ترك المرفق دون استغلال، فالملتزم يجب أن يضمن سير المرفق العام بانتظام واستمرار مهما كانت الصعوبات، حتى في حالة الصعوبات غير المتوقعة والتي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، والإخلال بهذا الالتزام الجوهري يعتبر خطأ بالغ الخطورة، يبرر دائماً إسقاط الالتزام.

---

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٢٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن ١١٠، ١٣ق، تاريخ ١٩٧٧/١٢/١٣، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٩٢.

(٣) - د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، من ص٢٤٩إلى ص ٢٥٢.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، من ص ٩٢ إلى ص ٩٩.
- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٨.
- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢١٨.
- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص١٨٧.

- عدم تنفيذ الملتزم للأشغال المنصوص عليها في العقد أو دفاتر الشروط.
- تعديل الملتزم للغرض الأساسي للمشروع محل العقد، وإضرار الملتزم بالأمن العام وتعريضه للخطر.
- رفض الملتزم للخضوع لأوامر السلطة مانحة الالتزام.
- استخدام الملتزم لأدوات وآلات معيبة في استغلال المرفق.
- رفض الملتزم تأمين وتشغيل المرفق على الرغم من عروض المساعدة المالية من جانب مانح الالتزام.
- عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بواسطة مانح الالتزام، ورفضه إمداد مانح الالتزام بالحسابات التفصيلية لعملياته.
- عدم أداء الأتاوات والأقساط المستحقة للجهة مانحة الالتزام.
- تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقده من الباطن مع الغير بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام.

كما أن جانباً من الفقه يرى أن تنازل المتعاقد عن عقده عن طريق إحلال متعاقد آخر محله في تنفيذ التزاماته سواء كلياً أو جزئياً بدون إذن مسبق من الجهة مانحة الالتزام يعتبر من الأخطاء الجسيمة الموجبة لجزاء الإسقاط[1].

ويرى **الدكتور سليمان الطماوي** (أن تنازل الملتزم كلياً أو جزئياً عن عقده للغير بدون ترخيص السلطة مانحة الالتزام يمثل خطأ من جانب الملتزم يبرر توقيع جزاءات عليه ومن بينها جزاء الإسقاط)[2].

---

(١) A.De Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2, p.42

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٨.

وقد نصت المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقـم ٨٩/ لسـنة ١٩٩٨ في مصر على أنه (لايجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة لـه كليـاً أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لايخل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق).

كما جاء في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري في مصـر في ١٩٥٧/١/٢٧ (إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقـد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقـد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقـة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانـب المتعاقـد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عنها في العقد، وخصوصاً فسخ العقد أو إلغاؤه باعتبار أن الخطأ المذكور خطأ جسيماً، وكذلك الحال في شأن التعاقد من البـاطن، إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهـد بتنفيـذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر.....)[1].

ويرى الفقيه **Jeze** أن من بين الالتزامات المالية المفروضة على الملتزم والمنصـوص عليها غالباً في عقد الالتزام، الإلتزام بإنشاء شركة مساهمة برأسمال محدد خـلال فتـرة

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الدعوى رقم ١٩٨-١١ ق تاريخ ١٩٥٧/١/٢٧، مشـار إليه لدى:

- المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٣٥٩.
- د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص٦٧.
- د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص١٨٥.

محددة والتي سوف تحل محل الملتزم، وعدم تنفيذ الملتزم لهذا الالتزام الجوهري يعتبر سبباً لإسقاط الالتزام، حتى ولو لم يكن هذا الجزاء منصوصاً عليه صراحة في العقد[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأخطاء التي سبق ذكرها واردة على سبيل المثال لاالحصر، حيث يتعذر حصر حالات الأخطاء الجسيمة التي توجب جزاء الإسقاط.

ويلاحظ أن عقود الالتزام ودفاتر الشروط الخاصة بها تنص عادة على المخالفات التي تبرر تقرير جزاء الإسقاط إذا ما ارتكبها الملتزم، ومن أهم المخالفات التي تنص عليها دفاتر الشروط في فرنسا كمبرر لتوقيع جزاء الإسقاط[2]:

- عدم انجاز العمل أو عدم البدء في تنفيذه في المواعيد المحددة.
- عدم وفاء الملتزم بالالتزامات المفروضة عليه بواسطة دفاتر الشروط.
- عدم البدء في الأشغال وعدم إنجاز الأعمال المنصوص عليها في عقد الالتزام.
- عدم الوفاء بالمبالغ الواجب على الملتزم أداءها وبالضرائب والأتاوات المستحقة عليه.
- التنازل الكلي أو الجزئي عن عقد الالتزام بدون ترخيص مانح الالتزام.

وهذه الأخطاء الجسيمة من جانب الملتزم تعتبر على سبيل المثال لاالحصر، إذ أنه من المستحيل حصر الأخطاء العقدية التي تبرر جزاء الإسقاط، فالنص على بعض الأخطاء الموجبة لإسقاط الإلتزام- سواء في العقد أو في القانون- لايعني استبعاد هذا الجزاء في غير هذه الأخطاء، إذ أن إسقاط الالتزام جزاءً موجوداً وقائماً حتى في حالة عدم النص

---

(١) G.Jeze, op.cit,T.3 ,p.929

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٥٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٠٠.

(٢) A.De Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2, p.157.

عليه، يمكن تطبيقه- كقاعدة عامة- بمناسبة أي خطأ جسيم من الملتزم، ولو لم يكن من بين الأخطاء المنصوص عليها.

ولكن النص على حالات معينة لإسقاط الالتزام- في العقد أو في القانون- يدل على أن المتعاقدين أو المشرع قد افترضوا خطورتها وبذلك لاتخضع لرقابة القضاء من ناحية الملاءمة، أما بالنسبة للحالات غير المنصوص عليها، فإنها تخضع لهذه الرقابة للتحقق من جسامة الخطأ ومدى كفايته كمبرر لهذا الجزاء[1].

وفي **سوريا** فإن عقود تنقيب النفط وتنميته وانتاجه تنص عادة على اعتبار بعض الأفعال التي يقوم بها المقاول أخطاء جسيمة، تعطي الحق للحكومة (الجهة مانحة الالتزام) سلطة إلغاء العقد لإخلال الملتزم به، ومن هذه الأخطاء الجسيمة الموجبة لإلغاء العقد[2]:

- تقديم المقاول عن علم إلى الحكومة بيانات غير صحيحة، وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري في إبرام العقد.
- إذا استخرج عمداً دون ترخيص من الحكومة أية فلزات غير النفط مما يسمح به هذا العقد، وذلك باستثناء مالا يمكن تجنب استخراجه نتيجة للعمليات الجارية بموجب هذا العقد وفقاً للأصول المقبولة في صناعة النفط.
- إذا لم ينفذ أي حكم قضائي نهائي صدر نتيجة نزاع أو خصومة أو مطالبة تنشأ بين الحكومة والمقاول أو الشركة العاملة يتعلق بتفسير هذا العقد أو تطبيقه أو تنفيذه.

---

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٥٤.

(٢) المادتان (٢٠) و (٢١) من عقد التنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه بين حكومة الجمهورية العربية السورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغاز المحدودة (مول) الموقع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٢١.

- إذا تنازل عن أي من مصالحه الناشئة عن هذا العقد دون موافقة خطيـة مـن الحكومة في الحالات التي تقتضي هذه الموافقة، حيث لايجوز للشركة أو المقاول (الملتزم) التنازل لأي شخص أو شركة أو مؤسسة ليست طرفاً في هذا العقد عن كل أو بعض حقوقهما أو امتيازاتهما أو واجباتهما أو التزاماتهما المقررة بموجب هذا العقد دون موافقة خطية من الحكومة، ومع ذلك فلكل من الشركة أو أيـة شركة تؤلف المقاول الحرية من دون موافقة الحكومة الخطية، في التنـازل عـن حقوقها وامتيازاتها وواجباتها والتزاماتها بموجب هذا العقد إلى بعضهم البعض أو إلى شركة تابعة والتي ستكون مؤهلة مثل المتنازل فيما يتعلق بمقدرتـه الفنيـة والمالية وإذا رغبت الشركة أو أي شركة من الشركات التي يتكون منها المقاول التنازل عن كل أو بعض حقوقها أو امتيازاتها أو واجباتها أوالتزاماتهـا المقـررة بموجب هذا العقد على نحو ما سلف ذكره، فإنه لايجوز للحكومة أن تمتنع عن الموافقة الخطية على هذا التنازل بدون مبرر، إذا لزمت هذه الموافقـة بموجـب العقد.
- إذا ارتكب مخالفة جوهرية لهذا العقد أو لأحكام القانون رقم /٧/ لسنة ١٩٥٣ والتي لاتتعارض مع نصوص هذه العقود.

٢ - أن يتم الإسقاط بحكم قضائي:

القاعدة العامة في فرنسا أن الإدارة لاتملك إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها، إذ يجب أن يتم إسقاط الالتزام بحكم قضائي من قاضي العقد باستثناء بعض الحالات التي ينص فيها العقد أو دفاتر الشروط على منح الإدارة هذا الاختصاص بموجب شرط صـريح، وذلك خلافاً لما يجري العمل به في مصر وسوريا، حيث تستطيع الإدارة إنهـاء العقـد الإداري بإرادتها المنفردة، وذلك بقرار منـها دون حاجـة إلى اللجـوء إلى القضـاء لاستصدار حكم بإنهاء العقد.

فالإدارة في فرنسا لاتملك مباشرة امتياز التنفيذ المباشر في هذا النطـاق، فالقاضـي وحده يستطيع أن يحكم بإسقاط الالتزام، مالم ينص صراحة في العقد على حق الإدارة في توقيعه بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، وفي هذه الحالة فإن قرار الإسـقاط الذي تصدره الإدارة يخضع لرقابة الالغاء، فيجوز للقضاء إلغاءه إذا صدر بلا مـبرر أو كان غير مشروع[١]، وقد جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي مؤكدة هذا الاتجاه[٢].

ويرجع الفقه ضرورة صدور جزاء الإسقاط من قاضي العقد، ومخالفة هذا الاتجـاه لنظام الجزاءات الفاسخة للعقود الإدارية الأخرى - والذي يقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء- إلى أن عقود الالتزام تقوم في الغالب على رؤوس أموال ضخمة موظفة في إدارة واستغلال المرفق العام من جانب الملتزم، يتم استهلاكها خلال مدة طويلة، مما يستوجب جعل سلطة فسخها في يد القاضي من أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرداي وتعسفي من جانب الإدارة مانحة الالتزام، فضلاً عن النتائج الخطيرة والمدمرة للإسقاط على المركز المالي للملتزم[٣].

وفي الحالات التي يحتفظ فيها العقد أو دفاتر الشروط لجهة الإدارة المتعاقدة أو لجهة إدارية أخرى خلاف الجهة الإدارية مانحة الالتزام بالحق في تقرير الإسقاط، فإن القاضي

---

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٢) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٤٩.

C.E 20 Jan 1905 , compagnie departementale des eaux, Rec.p. 54.
C.E .17 nov 1944, ville d Avallon, Rec.p. 294.
C.E 21 nov 1980, syndicat intercommunal d organistion de la station de sports d' hiver de peyresourde- Balestas, Rec.P.438

مشار إلى هذه الأحكام لدى د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٧. ود. محمد صـلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٧١. ود. مفتاح خليفة عبد الحميـد، المرجـع السـابق، ص٢٣٢.

(٣) A.DE Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2 p 159

- د. محمود عاطف البنا، المرجع لسابق، ص٢٧٣.

لايستطيع أن يقضي بنفسه بجزاء الإسقاط، وإذا فعل ذلك فإنه يكون قد تجاوز حدود اختصاصه، ويمثل ذلك اعتداء على اختصاص السلطة الإدارية، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بإلغاء حكم المحكمة الإدارية لتقريرها جزاء الإسقاط بنفسها، على الرغم من أن العقد يحتفظ للسلطة الإدارية بالحق في تقرير هذا الجزاء[١].

ولكن يمكن للسلطة الإدارية مانحة الالتزام أن تتنازل عن السلطة الممنوحة لها بمقتضى العقد من أجل تقرير جزاء الإسقاط، وأن تطلب من القاضي أن يقوم بتقرير هذا الجزاء بدلاً منها[٢]، والقاضي في هذه الحالة لايقضي مباشرة بإسقاط الالتزام بناء على طلبها، بل إنه يملك سلطة تقديرية في هذا المجال، فهو يستطيع أن يقضي بالإسقاط إذا قدر أن هذا الجزاء يتناسب بالفعل مع جسامة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم، ويستطيع كذلك أن يرفض الحكم بالإسقاط متى يثبت له عدم تناسب جزاء الإسقاط مع جسامة المخالفات المنسوبة للملتزم، كما أن القاضي يمكنه أن يقضي بجزاء أخف مثل وضع المرفق تحت الحراسة بدلاً من الإسقاط الذي طلبته الإدارة متى كان الجزاء الأول متناسباً مع خطأ الملتزم[٣].

وبالمقابل إذا قامت الجهة مانحة الالتزام بتقرير جزاء الإسقاط بنفسها، في حالة اختصاص القاضي بذلك بمقتضى نصوص العقد، أو في حالة عدم النص في العقد على إعطائها هذا الحق، فإن قرارها يكون غير مشروع، ويحق للملتزم الطعن فيه أما قاضي العقد لإلغائه والمطالبة بالتعويض عن خطأ الإدارة[٤].

---

(١) C.E 22 Nov 1967, ste générale téchnique, Rec.P.859.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٧٧.

(٢) A.D. E Laubadere et autres, contrats, op.cit, T.2,p.652

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٨٢.

(٤) C.E 15 Mai 1888, commune de villers – sur- Mer, Rec.p. 455.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٣٣ ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٧٤.

أما في **مصر** فقد تبنى مجلس الدولة موقفاً مغايراً لموقف مجلس الدولة الفرنسي، حيث استقرت أحكامه على أن للإدارة إنهاء عقد الالتزام بقرار إداري صادر منها عندما يرتكب الملتزم خطـأ جسيماً دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بذلك، فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن: (للإدارة بما لها من رقابة وإشراف على سير المرفق إسقاط الالتزام كجزاء على اخلال الملتزم بما يفرضه عليه عقد الامتياز من التزامات، وأن لها قبل اتخاذها هذا الاجراء في حالة تعطيل المرفق أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سيره وذلك لحساب الملتزم وتحت مسؤوليته، فإن استطاع الملتزم أثناء المدة التي تستمر فيها هذه الاجـراءات الوقتية إثبات قدرته على إعادة تسيير المرفق كان بها، وإلا حق للإدارة إسقاط الالتزام لإنهاء حق الملتزم في الاستغلال ثم عرض المرفق وإدارته في المزايدة تمهيداً لمنح حق الاسـتغلال إلى ملتـزم جديد.....)[1].

وكذلك جـاء في الحكـم الصـادر عـن المحكمـة الإداريـة العليـا في عـام ١٩٧٧(..... وليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء لايجوز توقيعه إلا بحكـم من المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالـة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله –بقرار منه- توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له أن يتخذ مايراه كفيلاً لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً- بجانـب هـذه الجزاءات- إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة،.....)[2].

---

(١) الفتوى رقم /٣١/ الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشـريع بمجلـس الدولـة المصـري في ١٩٥٣/١/٢٨، مشار إلى هذه الفتوى لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٧٦-٥٧٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم ١١٠-١٣ ق تاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، مشار إلى هـذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٩٠، ود. سليمان الطمـاوي، المرجع السابق، ص٧٩٣.

وقد رأى جانب من الفقه الإداري المصري صواب قاعدة مجلس الدولة الفرنسي التي تلزم الإدارة بطلب إسقاط الالتزام من القاضي إن لم يكن هناك نص عقدي أو تشريعي يمنحها سلطة تقريره بنفسها، لما تحمله هذه القاعدة من ضمان مؤكد للملتـزم الـذي يعتبر إسقاط الالتزام بالنسبة له جزاء مدمراً دون شك، لأنه يحرمه من حـق الانتفـاع بالتزامه حتى نهاية أجله، وفي وقت لايكون فيه قد اسـتهلك أغلـب رؤوس أموالـه الضخمة الموظفة في المرفق، وكذلك رأى هذا الفقه أنه يجب الاعتراف للإدارة في مصر بالحق في أن تتنازل عن سلطتها الممنوحة لها بمقتضى العقد أو دفاتر الشروط في إسقاط الالتزام، وأن تلجأ إلى القاضي ليحكم بإسقاط الالتزام بدلاً منها، وذلك لكي تتجنب مسؤوليتها- فيما بعد- عن عدم صحة تصرفها الفردي والتي قد تحملها مبالغ ماليـة كبيرة كتعويضات في حالة ثبوت عدم مشروعية قرارها بإسقاط الالتزام[1].

أما في **سوريا** فإن مجلس الدولة لم يستعمل في أحكامه مصطلح الإسقاط، وكذلك فعلت الجهات العامة في عقودها، وإنما تم إستخدام مصطلح الفسخ أو الإنهاء أو الإلغاء للدلالة على الفسخ الجزائي لعقد الإلتزام.

ومن الملاحظ أن الفسخ الجزائي لعقد الإلتزام لايحتاج - في سوريا – إلى تـدخل القضاء الإداري للحكم به، سواء أكان عقد الإلتزام مبرم مع جهة أجنبية أو مع جهـة وطنية، حيث تنص عقود الإلتزام عادة على الجهة المخولة للقيام بهذا الفسخ.

فقد جاء في العقد المبرم بين المؤسسة العامة للإتصالات وبين شـركة انفسـتكوم كلوبال ليمتد البريطانية كمتعهد وشركة سبيستل سوريا كمشغل لإقامة نظام هـاتف خلوي عام ٢٠٠١ م مايلي:

---

(١) - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٥٧.
- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٨.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٨٢.

(المادة ٤٠ – إنهاء العقد:

إذا قام المتعهد / المشغل بمخالفة الشروط الفنية الواردة في دفتر المواصـفات الفنيـة ودفتر الشروط الحقوقية والقانونية المتعاقد عليها يحق للإدارة (أو الجهـة المخولـة في الدولة) إنهاء العقد حسب الأصول بعد أن يعطى المشغل مدة ٦ ستة أشـهر لإزالـة المخالفات من تاريخ تبليغه الرسمي، وبعد إستنفاذ ماورد في المادة /٣١/ تؤول ملكيـة المشروع إلى الإدارة مجاناً ويطالب المتعهد /المشغل بالعطل والضرر ويلاحق بموجـب القوانين والأنظمة السورية المتعلقة بهذا العقد).

كما جاء في عقد التنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه المبرم بين الحكومة السـورية والشركة السورية للنفط والشركة الهينغارية للنفط والغاز المحدودة (مـول)، والموقـع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٢١ مايلي:

(المادة٢١– الإخلال بالعقد وسلطة الإلغاء:

٢١-١- للحكومة بحسب المادة ٢١ -٢ من هذا العقد، الحق في إلغاء هذا العقـد بموجب مرسوم جمهوري بالنسبة إلى المقاول في الأحوال الآتية:.....).

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية بعدم الحاجة للجوء الإدارة إلى القضـاء للاستصدار حكم بالفسخ الجزائي لعقود الإلتزام، وذلك من خلال أحكامها المتاليـة، ومثال ذلك حكمها الصادر عام ١٩٧٢، والذي جاء فيه (أن تقاعس الملتزم عن الوفاء بتعهداته أو إمتناعه عن القيام بها يخول الإدارة سلطات واسعة فهي من جهة تستطيع أن تفسخ العقد وتقوم بتأمين المواد بالطريقة التي تراها مناسبة لسد حاجات المرفق الـذي

ترعاه فهي تملك لذلك الشراء على حساب المتعهد السابق أو تلزيم التعهد إلى ملتـزم آخر بالشروط التي تراها ولايحق للمتعهد تحديد النهج الذي ترغب في اتباعه)[1].

كما جاء في حكم آخر صادر عنها عام ١٩٨٦: (إن تصرف الإدارة بفسخ عقـد الاستثمار لمخالفة المستثمر شروط الاستثمار بتأجيره الفرن محل الإستثمار من الغير دون موافقة خطية من الإدارة إنما يعتبر مبرءاً من العيوب المنسوبة إليها مما يجعـل دعـوى المتعهد بطلب إلغاء قرار الفسخ في غير محلها)[2].

ومن جانبنا نعتقد أنه إذا لم **ينص العقد على حق الإدارة مانحة الإلتزام بإسـقاط الإلتزام بإرادتها المنفردة، فإنه يجب الإعتراف -** في **سوريا - للقضـاء الإداري أو لجهة إدارية عليا – مثل رئاسة الجمهورية أو رئاسة مجلس الوزراء - بتقرير الفسخ الجزائي لعقد الالتزام، ففي ذلك ضمانة مهمة للملتزم الذي ينفق مبالغ طائلـة** في **إعداد المرفق العام، فلا تبقى مصالحه عرضة لقرار الجهة مانحـة الالتـزام بموجـب سلطتها** في **التنفيذ المباشر، كما أن ذلك يشكل حافزاً لتشجيع المستثمرين الأجانب على توظيف رؤوس أموالهم** في **القطر.**

٣ - إعذار الملتزم:

القاعدة العامة في فرنسا- المسلم بها فقهاً وقضاءً- أن الإدارة ملزمة بإعذار الملتـزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، وذلك نظراً لخطورة هذا الجزاء الذي يترتـب عليـه استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق، وضياع المبالغ المالية الضخمة التي أنفقهـا في

---

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٠، في القضية رقم١٣٣، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام١٩٧٢، ص ١٩٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٧٣، في القضية رقم٥٠٨، لسنة١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص ٢٥٤. المبدأ ٤٩.

سبيل إعداد المرفق واستثماره، ولأن الإعذار يمنح الملتزم فرصة لتوقي توقيع هذا الجزاء في مواجهته، ويعلمه بنية الإدارة نحوه، فيحاول بذل كل عناية ممكنة تجنبه هذا الجـزاء الصارم، وبالتالي يصبح الاعذار ضمانة مهمة للملتزم.

وإذا كان الوضع الغالب يتمثل في أن تنص عقود الالتزام، أو دفاتر الشروط الخاصة على هذا الشرط، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطاً أساسياً للقضاء بالفسخ حتى ولو خلا العقد من النص عليه، حيث لاتتحرر جهة الإدارة منه إلا بناء على شرط صريح في العقد، أو في دفاتر الشروط، أو إلا إذا ثبت من ظروف الحال أن الاعـذار لافائدة منه، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن إدارة المرفق، وكمـا في حالـة إفلاس الملتزم، أو التصفية القضائية.

ولم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في رفض طلب الإدارة، أو في إلغاء قرارها المباشر به عندما يتبين أن الملتزم لم يعذر(١).

وفي مصر لم نجد في كل من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /٨٩/ لسـنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية أية مواد تشير إلى وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه.

أما عن موقف القضاء الإداري المصري، فإن المحكمة الإدارية العليا قـد أصـدرت حكماً بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، أكدت فيه وجوب إعذار الملتزم قبل توقيـع جـزاء

---

(١) A.DE Laubadere e autres, contrats, op.cit,T.2, p.158.

C.E 5 Juillet 1967, commune de Donville- les-Bains, Rec. p 297
C.E 16 nov , 1955 . ville de Versailles , Rec . p. 514.
مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٠٥، ود. عبد المجيـد فياض، المرجع السابق، ص٢٥٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٢٨.

C.E 23 Mars 1984, commun de Lavaur, R.D.P, 1985, P.244.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٢٢٨. ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٠٥

الإسقاط، حيث جاء في هذا الحكم: (.....كما يثبت لمانح الالتزام دائماً – بجانب هذه الجزاءات- إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطيين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء.....)[1].

أما بالنسبة لموقف الفقه في مصر، فإن **الدكتور عبد المجيد فياض** يرى أنه (يجب إعذار الملتزم مسبقاً بإسقاط الالتزام، تطبيقاً لتلك القاعدة الأصولية التي تملي ضرورة الاعذار بالجزاء أياً كان، ولما تحمله- على الأخص- للملتزم من ضمان إزاء سلطة الإدارة في اتخاذ هذا الجزاء الشديد)[2].

وكذلك **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى أنه يجب إعذار الملتزم قبل قيام الإدارة بإسقاط الالتزام باعتبار أن الإعذار ضمانة هامة للملتزم إزاء سلطة الإدارة في اتخاذ هذا الجزاء القاسي، اللهم إلا إذا ورد نص في العقد ينص صراحة على إعفاء الإدارة من ضرورة الاعذار، أو كانت ظروف الحال تجعل الإعذار غير ذي فائدة كما لو أقر الملتزم بعدم تنفيذ التزاماته[3].

بينما يرى **الدكتور أحمد عثمان عياد** أنه لايشترط إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه[4].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم ١١٠-١٣ ق تاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٩٠.

(٢) د. عبد المجيد فياض،، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٠٦.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٣٦٨.

أما في **سوريا** لم نجد في مواد القانون رقم (٥١) تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩المتضمن نظام العقود الموحد النافذ حالياً ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقـم (٤٥٠) تـاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ما يشير إلى وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه.

كما أن الفقه الإداري - في سوريا- لم يعتبر الاعذار شرطاً أساسياً ضمن العقـود الإدارية إلا إذا نص العقد على ذلك[١].

أما بالنسبة لمجلس الدولة السوري فقد تبنى وجوبية الاعذار قبل فرض جزاء الفسخ في جميع العقود الإدارية، ويتضح ذلك من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر في عام ١٩٨٠، والذي جاء فيه (

١. إن شروط فسخ العقد من قبل الإدارة كمؤيد جزائي عقدي دون تبعة عليها هي نوعان شروط موضوعية وشروط إجرائية فالشروط الموضوعية هـي ثبـوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده أو إساءة تنفيذه رغم تنبيهه مراراً أو دخول عنصـر الضرر في مشروعات الإدارة بموقف ايجابي من المتعهد أو دخول عنصر الضـرر في مشروعات الإدارة دون إرادة المتعهد ولكن بتكرار ملحوظ من قبله لم ينفع فيـه التنبيه سواء بإطالة أمد التنفيذ بحيث يفوت الفرص على سير المرفق العـام سـيراً منتظماً ومقرراً أو بغير ذلك من الوسائل أما الشـروط الاجرائيـة فهـي تـوفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط مارة البيان ومنها الانذارات المتكررة.

٢.....

٣.....)[٢]

---

(١) د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٠، في القضية رقم ٢٠، لسنة ١٩٨٠، سـجلات المحكمـة الإدارية العليا، الجزء الأول، مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح المهايني، المرجـع السـابق، ص٢٢٤.

وقد لاحظنا من دراسة بعض النماذج لعقود الالتزام في سوريا، أنها تنص عادة على ضرورة إعذار الملتزم قبل اللجوء إلى إنهاء العقد من قبل الجهة مانحة الالتـزام، ومثـال ذلك ما جاء في المادة (٢١) من عقد التنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه المـبرم بـين حكومة الجمهورية العربية السورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للـنفط والغاز المحدودة (مول) والموقع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٢١، والتي جاء فيها: (٢١-٢- إذ أرتأت الحكومة أن هناك سبباً قائماً لإلغاء هذا العقد - بخلاف سبب القـوة القـاهرة المشار إليها في المادة ٢٢ من هذا العقد- فيجب على الحكومة أن تبلغ المقاول بإخطار خطي يرسل للمدير العام شخصياً بالطريق القانوني الرسمي، يثبت أنه هـو أو أحـد مستخدميه القانونيين قد استلمه، لإزالة هذا السبب وتصحيح الوضع في مدى تسـعين يوماً (٩٠) يوماً، ولكن إذا حدث لأي سبب من الأسباب أن أصـبح هـذا التبليـغ مستحيلاً نتيجة تغيير العنوان وعدم الاخطار بهذا التغيير، فإن نشر الاخطار في الجريدة الرسمية يعتبر للحكومة بمثابة تبليغ صحيح للمقاول من تاريخ النشر.

٢١-٣- وإذا لم يتدارك السبب أو تصحيح الوضع في نهاية التسعين (٩٠) يومـاً، وهي فترة الاخطار، فإنه يجوز إلغاء هذا العقد على الفور بمرسوم جمهوري....).

كما جاء في المادة (٤٠) من العقد المبرم في عام ٢٠٠١ بـين المؤسسـة العامـة للإتصالات وبين شركة انفستكوم كلوبال ليمتد البريطانية كمتعهد وشركة سبيسـتل سوريا كمشغل لإقامة نظام هاتف خلوي: (إذا قام المتعهد/ المشغل بمخالفة الشـروط الفنية الواردة في دفتر المواصفات الفنية ودفتر الشروط الحقوقية والقانونية المتعاقد عليها يحق للإدارة -أو الجهة المخولة في الدولة- إنهاء العقد حسب الأصول بعد ان يعطـى المشغل مدة ستة أشهر لإزالة المخالفات من تاريخ تبليغه الرسمي، وبعد استنفاذ مـاورد في المادة (٣١) تؤول ملكية المشروع إلى الإدارة مجاناً ويطالب المتعهد /المشغل بالعطل والضرر ويلاحق بموجب القوانين والأنظمة السورية المتعلقة بهذا العقد).

وفي تقديرنا أن موقف المحكمة الإدارية العليا السورية المتضمن ضرورة إعـذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه هو اتجاه محمود، وذلك لأن الإعـذار يحقـق مصلحة للجهة مانحة الإلتزام، فقد يكون من غير المناسب من الناحيتين الزمنيـة أو المادية معاودة التعاقد مع متعاقد آخر لمدة جديدة وسعر جديد، كمـا أنـه يحقـق مصلحة للملتزم المقصر، فقد يجعله الإعذار ينتبه إلى الأخطاء التي ارتكبها، والخسائر التي تنتظره في أمواله الضخمة التي أنفقها على إعداد المرفق وتهيئته للإستثمار، إذا لم يبذل أقصى جهد وعناية للمحافظة على العقد، وبالتالي يجب ألا تعفى الإدارة مـن الأعذار إلا إذا اشترطت ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الخاصة، وكذلك في حالة إقرار الملتزم بعجزه بالاستمرار في تنفيذ الالتزام أوإفلاس المتعهد أو التصفية القضائية.

٤ - التزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط:

أصبحت الجهة مانحة الالتزام –في فرنسا- ملزمة بتسبيب قرار جزاء الإسقاط، وذلك بعـد صدور قانون ١٩٧٩/٧/١١ الذي ألزم جهة الإدارة بتسبيب جميع قراراتها الإدارية.

وقد أجمع الفقه الفرنسي على أن هذا القانون يطبق على قرارات الإدارة بتوقيع الجـزاءات على متعاقديها أياً كانت هذه الجزاءات دون استثناء[1]، ولاتعفى مـن ذلـك إلا في حالـة الاستعجال، ثم تأكد ذلك بصيغة نهائية بعد صدور المنشور الـدوري لـرئيس الـوزراء في ١٩٧٩/٨/٣١ الذي ذكر الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها مـن بـين القـرارات الواجبة التسبيب، والمنشور الصادر في ١٩٨٠/١/١٠ الذي ذكر عدداً من القرارات المتعلقـة بالجزاءات الواجبة التسبيب ومن بينها فسخ العقـود، فضـلاً عـن المنشـور الصـادر في ١٩٨٧/٩/٢٨ المتعلق بتسبيب القرارات الإدارية والذي ينطبق على العقود الإدارية.

(١) A.DE laubadere , et autres, contrats, op. cit, T.2 p. 125

أما في **مصر وسوريا** لم نجد مايلزم الإدارة بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية[1].

رابعاً - التمييز بين جزاء الإسقاط والنظم القانونية المشابهة له:

تتشابه بعض النظم القانونية مع الإسقاط في بعض الأحكام، رغم الاختلاف في طبيعتها والغرض منها، وهذه النظم هي وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام، واسترداد الالتزام.

ولقد بحثنا سابقاً الفرق بين استرداد الالتزام وإسقاط الالتزام، وذلك في معرض التفرقة بين استرداد الالتزام والنظم القانونية المشابهة له[2]، وسنكتفي هنا بالحديث عن التفرقة بين جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة.

المقصود بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة قيام الإدارة برفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة واستغلال المرفق محل الالتزام، وذلك لإخلاله الجسيم بالتزاماته المنصوص عليها في عقد التزام المرفق العام، مع قيام الإدارة بإدارة المرفق بنفسها، أو تكليف حارس مؤقت تختاره لهذه المهمة حتى تضمن السير المنتظم والمستمر للمرفق، على أن يكون هذا الاستغلال المؤقت على نفقة الملتزم وتحت مسؤوليته[3].

ويتفق جزاء الإسقاط مع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة في أن كليهما يفترض حتماً وقوع خطأ جسيماً من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق أو انتظامه للخطر، كالتوقف الكلي أو الجزئي من جانب الملتزم عن تنفيذ التزاماته، أو

---

(١) راجع الصفحات ١٢٣ و ١٢٤ و ١٢٥ من هذا البحث.

(٢) راجع الصفحة ٥٩ من هذا البحث.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٢٩٨.
- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٠٠.

توقف المرفق كلياً أو جزئياً عن الاستغلال، أو عجز الملتزم عن تنفيـذ التزاماتـه، أو تقصيره، أو عدم كفايته.

كما أن جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة يوجدان دائمـاً لصـالح الإدارة مانحة الالتزام، ولو لم يكن منصوصاً عليهما في العقـد، أو دفـاتر الشـروط الخاصة[١].

ورغم هذا الاتفاق إلا أن جزاء الإسقاط يختلف عن جزاء وضع المرفق العام تحـت الحراسة في عقد الالتزام من عدة وجوه[٢]:

- يترتب على جزاء الإسقاط استبعاد الملتزم نهائياً من إدارة المرفق محـل الالتـزام، وانتهاء عقد الالتزام بصفة قطعية، في حين أن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة –علـى العكس من ذلك- لا يترتب عليه الاستبعاد النهائي للملتزم، بل يترتب عليه الاستبعاد المؤقت للملتزم وحلول مانح الالتزام مؤقتاً في إدارة المرفق، كما أنه لايترتب على هذا الجزاء نهاية العقد، لكنه يحرمه مؤقتاً من ممارسة حقوقه التي اكتسبها من العقد[٣].

- يعتبر جزاء الإسقاط جزاءً فاسخاً لعقد الالتزام، في حين أن جزاء وضع المرفـق تحت الحراسة يعتبر جزاءً ضاغطاً يقصد به تهديد الملتزم المقصـر في تنفيـذ التزاماتـه، وإرغامه على تنفيذها على الوجه الصحيح وفقاً لنصوص العقد والقانون[٤].

---

(١) A.DE Laubadere et autres, contrats, op. cit, T.2, p. 147

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٢٩.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥.

(٣) C.E 29 octobre 1926, ville de st- Etinne, Rec. p.911.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٢١٣. ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦.

(٤) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص٢٥٢-٢٥٣.

- نظراً لأن جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يعتبر جزاءً مؤقتاً، فإنه ينتهي بإحدى الصورتين:

إما أن يستعيد الملتزم إدارة المرفق بناء على انتظامه في تنفيذ التزاماته العقدية، وإما أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط على الملتزم في حالة استمراه في تجاهل التزاماته وعدم تنفيذها، سواء بنفسها إذا احتفظت بالحق في تقرير الإسقاط بمقتضى نص في العقد أو دفاتر الشروط، أو أن تطلب من القاضي تقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نص يعطيها هذا الحق[1].

وعادة لاتلجأ الإدارة إلى فرض جزاء الإسقاط إلا عندما يتبين لها عدم نجاح جزاء وضع المرفق تحت الحراسة في حث الملتزم على تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولكن ذلك لايعني عدم قدرة الإدارة على توقيع جزاء الإسقاط مباشرة دون أن تسبقه بتوقيع جزاء أخف منه مثل وضع المرفق تحت الحراسة، حيث تملك الإدارة مطلق الحرية في تقدير مدى جسامة المخالفة التي ارتكبها الملتزم، وفي توقيع الجزاء المناسب لهذه المخالفة تحت رقابة القاضي[2].

- المتفق عليه في فرنسا- فقهاً وقضاءً- أن الإدارة تستطيع توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، في حين أن الإدارة لاتستطيع فرض جزاء الإسقاط بنفسها بل لابد من اللجوء إلى القضاء لتقريره إلا إذا احتفظت لنفسها بهذا الحق بمقتضى نص في العقد أو دفاتر الشروط الخاصة[3].

---

(١) A.DE Laubadere et autres, contrats, op. cit, T.2, p. 151

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٧.

(٣) د. عبد المجيد فياض،، المرجع السابق، ص٢٠٦ و ٢٥٤.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري والرقابة القضائية على قرار الإنهاء

يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفـردة - سـواء لـدواعي المصلحة العامة أو نتيجة لإخلال المتعاقد الجسيم بالتزاماته التعاقدية - مجموعة من الآثار القانونية، وتختلف هذه الآثار حسب نوع الإنهاء.

والإدارة لا تستطيع أن تمارس سلطة الإنهاء كيفما تشاء، بل يخضع قرار الإنهاء لرقابة القضاء الإداري.

ولذلك سوف نتناول دراسة هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهـاء العقـد الإداري بإرادتهـا المنفردة.

المبحث الأول

أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري

عندما تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، أو لفرض جزاء على المتعاقد (الفسخ الجزائي) تثور مسألة تحديد الحقوق والواجبات المترتبة على عاتق كل من الإدارة والمتعاقد معها نتيجة هذا الإنهاء، وسنحاول الإجابة على هذه المسألة بالشرح والتحليل، ففي مطلب أول نتناول أثر ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، ثم نوضح في مطلب ثان أثر ممارسة سلطة الإدارة للفسخ الجزائي للعقد الإداري.

المطلب الأول
أثر ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد

ينتج عن ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد نتيجة هامة وهي حق المتعاقد في التعويض، كما يختلف مصير الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها، ومصير الأدوات والآلات والمواد الخام التي استخدمها المتعاقد في تنفيذ عقده تبعاً لنوع العقد الإداري، وسوف نقصر الحديث هنا على عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد.

أولاً - حق المتعاقد في التعويض:

تستطيع الإدارة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون وقوع خطأ من المتعاقد، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض، فالمتعاقد لايتحمل النتائج المترتبة على قيـام الإدارة بهذا الإنهاء، لذا فإن القضاء الإداري أقام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ علـى عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لاسـتخدام الإدارة لهذا الامتياز، شريطة أن يثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء[1].

وهذا التعويض للمتعاقد ليس سببه خطأ الإدارة المتعاقدة، لأن هذه الإدارة تتمتـع بهذا الحق استناداً إلى العقد الإداري –كما أشرنا سابقاً- الذي أعطـى الإدارة هـذا الامتياز، وقد يرد نص في العقد ينظم قيمة التعويض، أو قد تنظمه القوانين واللوائح.

---

(١) C.GALLAY, les contrats entre personnes publiques, Thése, Toulouse,1978, p.2 76.

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣١٩. ود. محمد صلاح عبـد البـديع السيد، المرجع السابق، ص٥٣٧، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٠.

وقد اعترفت محكمة القضاء الإداري في مصر بحق المتعاقد بالحصول على التعـويض لجـبر الأضرار التي أوجدها هذا الإنهاء، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/١٦، والذي جاء فيه: (إن سلطة الإدارة التي تتمتع بها في فسخ العقد الإداري من جانبها وحدها هي مـن أبـرز الخصائص التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني، فأحكام العقد المدني تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، بينما في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر مـن جانبـها وحـدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصـلحة العامة أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وحق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد، بل هو حق مقرر للإدارة حتى في حالة عدم وجود نـص في العقـد ودون صدور خطأ من المتعاقد، وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض)[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على حق المتعاقد في الحصول على هـذا التعويض، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٤/١١، والذي جـاء فيـه: (إن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه)[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداررري، الدعوى رقم ٨٦٢-١٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/١٦، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٥٤، ١٢ ق، جلسة ١٩٧٠/٤/١١، مشـار إلى هـذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٥.

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية مبدأ شمول سلطة الإدارة في الإنهاء لكافة العقود الإدارية، وذلك في حكم لها صادر بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٥، وقد جاء فيه: (يسري حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة على كافة طوائف العقود الإدارية، فبوسعها إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة إذا رأت في ضوء مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه)[١].

وكذلك هو الحال في سوريا، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا بحق الإدارة في إنهاء كافة عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد معها، وذلك مقابل حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض، وجاء ذلك في الحكم الصادر عنها عام ١٩٧٤، والذي جاء فيه: (إن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف أو إساءة لاستعمال السلطة حق أصيل لاينازعها فيه أحد طالما أنها استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة المتعاقد معها لشرط من شروط العقد حق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض الذي يغطي مالحقه من خسارة وما فاته من ربح)[٢].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على حق الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، وحق المتعاقد بالحصول على التعويض مقابل هذا الإنهاء في حكم آخر صادر عنها عام ١٩٧٥، والذي جاء فيه: (القانون الإداري يسمح

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٥٦٧، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، مشار إلى هذا الحكم لدى الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨، في القضية رقم ٢٢٢، لسنة ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار)[1].

وقد يتضمن العقد مدى استحقاق هذا التعويض وعناصره في حالـة إنهـاء الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة، وهنا يجب إعمال شروط العقد بخصوص هذا التعويض حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، أما إذا لم ينظم العقد أو القوانين أو اللـوائح كيفية استحقاق التعويض عند إنهاء الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة لـدواعي المصـلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، يقوم القاضي بتقدير ما يستحقه المتعاقد من تعويض وفقاً للقواعد العامة، ويقترب النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص فيما يتعلق باشتراط توافر أركان المسؤولية العقدية من خطـأ وضرر ورابطة السببية بينهما، وفيما يتصل بتقدير التعويض أيضاً[2].

وسوف نتناول بالشرح هاتين الحالتين ثم نتطرق إلى دراسة مبدأ التعويض الكامل، وذلك وفق التفصيل التالي:

١ - التعويض الإتفاقي والقانوني:

قد ينظم العقد الإداري أو القوانين أو اللوائح الخاضع لها ذلك العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو مضمون القوانين واللوائح بصدد إقرار مبدأ التعويض وأسس حسابه ومقداره، حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، ذلك أن حرية الأطراف المتعاقدين هنـا كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق للمتعاقد نتيجة الإنهاء الانفرادي من جانـب

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٢، في القضية رقم ١٨، لسـنة ١٩٧٥، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص٢٤١، المبدأ ١٠٢.

(٢) - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٢٣.
- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص٢٧٢.

الإدارة لعقده لدواعي المصلحة العامة، حيث يستطيع طرفا العقـد –الإدارة والمتعاقـد معها- أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعاقد في هذه الحالة، أياً كانت طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن، وبحيث يمكنهما الاتفاق بمقتضى شرط صريح في العقد على استبعاد منح أي تعويض للمتعاقد عن إنهاء العقد، أو تحديد مبلـغ جـزافي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مـع اسـتبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتت عليه، أو اشتمال التعويض على عنصري التعويض أي تعويض المتعاقد عمالحقه من خسارة وعما فاته من كسب[1].

٢ - التعويض القضائي:

إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقـد، ومـن الملاحظ أنه في حالة عدم وجود نص اتفاقي في العقد، أو حكم في القانون ينظم مقدار التعويض في حالة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإنه لاتوجد في هذه الحالة أية قواعد محددة يتعين الالتزام بتطبيقها من أجل تحديد مبلغ التعويض، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقـد عن هذا الإنهاء المبتسر للعقد شاملاً الربح الفائت، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض تعويض المتعاقد مع الإدارة الذي أنهي عقده من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة في حالتين:

---

(١) F. lecomte, le rachat des concessions, Thése, paris, 1942.p.11 et 12

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٢. ود. محمد صلاح عبـد البـديع السيد، المرجع السابق، ص٥٣٨.

أ - إذا نص العقد ذاته على أن المتعاقد لايستحق أي تعويض في حالة إنهاء عقـده لدواعي المصلحة العامة[1].

ب - إذا لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء إنهاء عقده، حيث أن المبادئ العامة للحصول على التعويض تقتضي وقوع ضرر فعلي تكبـده المتعاقـد، ولذلك لا محل للتعويض إذا لم يحدث إنهاء العقد أي ضرر للمتعاقد.

وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن إنهـاء عقـده لأن استمرار تنفيذه للعقد كان في الحقيقة مرهقاً ومكلفاً للمتعاقد، ولذلك فإن إنهاء العقـد لم ينتج عنه أي ضرر للمتعاقد[2].

وقد سار مجلس الدولة المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر مبدأ عدم استحقاق المتعاقد أي تعويض إذا لم يلحق به أي ضرر نتيجة إنهاء عقده بالإرادة المنفردة من جهة الإدارة لدواعي المصلحة العامة، فقد جاء في حكم لمحكمة القضـاء الإداري صادر بتاريخ ١٩٦١/٦/٢٥:

(إن إنهاء العقود الإدارية بقرارات تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة هو من الخصائص المميزة للعقود الإدارية التي تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق

---

(١) C.E 7 Mai 1952 , Epoux Eloy, Rec.p. 225.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٢٣، ود. صـلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٣٩، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السـابق، ص ٢١٣.

(٢) C.E 7 nov 1930 , Teysseyre Rec.p. 912 .

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٣٢٣. ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٣٩، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٣.

الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجهة المصلحة العامة على مصـلحة الأفـراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود وأن لها تعديل شروط العقد إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وأن لها سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعـويض إن كان له وجه، ويخضع التعويض للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد ومنـها شـرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضرراً للمتعاقد فلا محل للتعويض)[1].

وكذلك فعل مجلس الدولة السوري، حيث اشترط حدوث الضرر لنشـوء التـزام الإدارة بتعويض المتعاقد بسبب إنهاء عقده بالإرادة المنفردة لدواعي المصـلحة العامـة، وذلك في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٩ جاء فيه:

(١ - إن من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شاءت باعتبارها القوامة على تسـيير المرفق العام، ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عيناً لأن هذا التنفيذ يعود أصلاً إلى تقديرها لهذا كانت مطالبة المدعي إلزامها بالتنفيذ غير قائمة على أساس قانوني.

٢ - إن هذا الحق يقابله التزامها بالتعويض في حال الضرر وقد تكونـت لـدى المحكمة القناعة للأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها التقرير (الخبرة) عن اسـتحقاق المتعهد التعويض لقاء لجوء الإدارة إلى فسخ العقد)[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداررري، الدعوى رقم ٩٦٠، ١٠ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٦.

(٢) قرار دائرة فحص الطعون رقم ٢٦٤، في الطعن رقم ٣٦٥، سجلات المحكمة الإدارية العليا لعـام ١٩٧٩، الجزء الرابع، مشار إليه لدى المحامي مصباح المهايني، المرجع السابق، ص٢٠٥.

٣ - مبدأ التعويض الكامل:

عندما يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن إنهاء جهة الإدارة لعقـده لـدواعي المصلحة العامة، فإن هذا التعويض يطبق عليه مبدأ التعويض الكامل الذي يشتمل على عنصرين هما: تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة، وتعويضه عما فاته من كسب.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي التعويض الكامل في عدة أحكام لـه منـذ القـرن الماضي[١].

ويشتمل التعويض الكامل على عنصرين هما:

أ - تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده، وهو عنصر ثابت لا مجال للمنازعة حوله، ولاترد عليه أية استثناءات، شريطة أن تكون علاقة السـببية ثابتة بين إنهاء العقد والخسارة التي تكبدها المتعاقد، ويكون التعـويض هنـا عـن الخسائر التي لحقت بالمتعاقد نتيجة إنهاء عقده من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة.

ويمكن عند اللزوم أن يدخل في نطاق هذا العنصر الأول للتعويض الكامل (مـالحق المتعاقد من خسارة) التعويض عن الضرر المعنوي (le préjudice morale) الـذي لحق بالمتعاقد نتيجة إنهاء عقده إذا ما أثر إنهاء العقد مـثلاً علـى السـمعة التجاريـة للمتعاقد[٢].

---

(١) C.E 15 Juill 1959 , Ministre des Finaces, Rec, p. 452 .

C.E 20 Jan 1978, centre Hospitalier de lisieux, Rec.p.872.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٥. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٠، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٨٣.

C.E 17 Fev 1926, ste carrette, Rec. p. 185.

مشار إلى هذه الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤١، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٦.

كما أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار غير المنسوبة مباشـرة إلى فترة تنفيذ العقد، حيث لا يستطيع المتعاقد أن يطالب على أساس تعاقدي بالتعويض عن خسائر الاستغلال السابقة على التوقيع على العقد وإبرامه أو اللاحقة على إنهـاء العقد[1].

ب - تعويض المتعاقد عما فاته من كسب:

أقر مجلس الدولة الفرنسي عنصر الربح الفائت للمتعاقد إلى جانب عنصر الخسـارة المحقق له، كعنصرين للتعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد نتيجة إنهاء عقده[2]، على أن يحسب التعويض من تاريخ إنهاء جهة الإدارة للعقد[3].

ورغم اعتراف مجلس الدولة الفرنسي بعنصري التعويض(الخسارة والربح الفائت) إلا أنه استبعد التعويض عن الربح الفائت في الحالات التالية:

(١) - استبعاد الربح الفائت بسبب الظروف الخارجة عن إرادة الإدارة:

استبعد مجلس الدولة الفرنسي من التعويض الذي يمنحه للمتعاقد عنصر الأرباح التي تفوته نتيجة إنهاء عقده، في جميع الحالات التي يثبت فيها أن إنهاء العقد كان راجعاً إلى

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤١.

(٢) C.E 29 juin 1983, ste commerciale de représentations, Rec.p. 783.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤١.

(٣) C.E 23 mai 1962, Ministre des Finances, Rec.p. 342.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٢. والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٧.

ظروف خارجية لا يد للإدارة فيها، والتي جعلت من إنهاء العقد نتيجة لايمكن بالفعل تجنبها[1]، كحالة نشوب الحرب أو توقفها أو انتهائها[2].

وأخذاً بموقف مجلس الدولة السابق، فإن المشرع في فرنسا قد استبعد التعويض عن الربح الفائت عن إنهاء العقود التي أبرمت أثناء الحرب لاحتياجات الدفاع القومي وذلك في القوانين الصادرة في ١٩٤٠/٧/٢٠ في اليوم التالي للهدنة، وفي ١٩٤٦/١٠/٧ على أثر التوقف النهائي للقتال[3].

وقد تبنى مجلس الدولة السوري هذا الموقف في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٩١، جاء فيه:

١-)

٢-

٣- لا يستحق المتعهد أي تعويض عن فوات الربح في حال كان تعذر تنفيذ العقد راجعاً لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة)[4].

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 670

(٢) C.E 9Jan 1925, chantiers et ateliers de sté Nazaire, Rec.p.28.

C.E 8 Juill 1925,chantier de la loire, Rec.p.656.
C.E 6 Juin 1930,chantiers maritimes du midi Rec.p.610.
مشار إلى هذه الأحكام لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٢. والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢١٨. ود. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٨٣.

(٣) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 672

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٣، في القضية رقم ٦٩٤، لسنة ١٩٩١، ص ٧٨٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٩١، ص ٤٧٩، المبدأ ١٢٧.

وقد اختلف الفقه الفرنسي بصدد تبرير القضاء السابق لمجلس الدولـة الفرنسـي، وانقسم إلى فريقين متقابلين، ذهب أحدهما إلى اعتبار وقوع الحرب وتوقـف القتـال حالتين من حالات القوة القاهرة التي ترجع إلى ظروف خارجية ومستقلة عـن الإرادة الخاصة للإدارة المتعاقدة مما يجبرها على إنهاء عقودها[1].

وطبقاً لهذا الرأي يجب استبعاد الأرباح التي تضيع على المتعاقد نتيجة إنهاء عقده من نطاق التعويض الذي يستحقه.

وقد انتقد الفريق الآخر هذا الرأي على أساس أن هذا الرأي يمد نظرية القوة القاهرة إلى الحالات التي لايتوافر فيها شرط الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، كما أن هذا الرأي يجب أن يقود منطقياً إلى استبعاد أي تعويض عن إنهاء العقد بمافيها التعويض عمـا الحق المتعاقد من خسارة، وأن القضاء الفرنسي الذي يستبعد الربح الفائـت مـن نطـاق التعويض الممنوح للمتعاقد هو قضاء من العدالة، حيث يبدو من العدل أنه عندما تفرض أحداث خارجية على الإدارة إنهاء العقد، أن يكون المتعاقد ملزماً بالتنازل عن مكاسبه التي يمكنه أن يتوقعها من العقد، طالما أن المتعاقد يعوض عن كل خسائره التي تلحق به نتيجة إنهاء عقده[2].

وقد أيد هذا الاتجاه في الفقه العربي الدكتور سليمان الطماوي، الذي ذهب إلى عدم صحة التبرير السابق، ذلك أن إنتهاء الحرب ليس دائماً من قبيل القوة القاهرة، علـى الأقل إذا أخذناها بمعناها التقليدي، كسبب خارجي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على هذا المعنى التقليدي، فيما يتعلق بتطبيق

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٨٣ – ٧٨٤ .
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٢.
- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٦.

(٢) A.DE Laubadere et autres, contrats, op.cit. T.2, p.670

نظرية الظروف الطارئة، فإنه ليس من المصلحة العامة أن نتوسع في تطبيقـات هـذا التوسع، ومن ثم فإنه لايمكن تبرير قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلا على أساس العدالـة المجردة، ذلك أن من العدل متى فرض على الإدارة إنهاء العقد، أن يقتصر التعويض على ما يتحمله المتعاقد من خسائر فعلية دون حساب للأرباح المحتملة[1].

ويرى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد أن أساس استبعاد التعويض عن الربح الفائت هو الاستناد على العدالة المجردة[2].

وأيضاً الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد، يرى أن أسس استبعاد التعويض عن الربح الفائت يستند إلى قواعد العدالة، لأنه ليس من العدالة أن تتحمل جهـة الإدارة أعبـاء إضافية نتيجة إنهاء عقد المتعاقد بإرادتها المنفردة، فيكفيها أن تعوضه عن الخسارة فقط، وليس عن كل الأرباح المحتملة التي قد لاتتحقق حتى ولو استمر العقد إلى نهايته[3].

(٢) - استبعاد الربح الفائت بسبب تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد:

يستبعد مجلس الدولة الفرنسي دائماً التعويض عن الربح الفائت في حالة ما إذا كان الإنهاء للعقد من جانب الإدارة راجعاً إلى تخلي المتعاقد عـن تنفيـذ العقـد بموافقـة الإدارة[4].

(٣) - استبعاد الربح الفائت إذا كان العقد مبرماً بين شخصيين عاميين:

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٨٤.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٥.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٤) C.E 19 Juill 1930, Ministre de la guerre, Rec.p. 633.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٥، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد المرجع السابق، ص ٣٢٧، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجـع السـابق، ص٢٢٣.

لايتم تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الربح الفائت عندما يكون العقد الإداري قد أبرم بين شخصيين عاميين، حيث لايستطيع أي منهما مطالبة الشخص الآخر بالتعويض عن الربح الفائت بسبب انتهاء العقد نهاية غير طبيعية، وذلك لأن الشخص العام يهدف دائماً من تعاقده إلى تحقيق الصالح العام سواءً أكان هذا الشخص العام هو صاحب المرفق العام أو المتعاقد معه.

وتجدر الإشارة إلى أنه عند تقدير عنصري التعويض - مالحق من خسارة وما فات من كسب - للمتعاقد عن إنهاء عقده، فإنه يضاف إلى هذا التعويض الفوائد المستحقة عن هذا التعويض مالم ينص على خلاف ذلك، وهذه الفوائد تكون مستحقة من تاريخ يوم المطالبة بالتعويض وليس من يوم إنهاء العقد.

كما أنه يجب على المتعاقد من أجل الحصول على التعويض عند إنهاء عقده من جانب الإدارة أن يقيم الدليل على الخسائر التي لحقت به، وعلى الربح الفائت الذي ضاع عليه، وإلا فلا يمنح له أي تعويض[1].

ثانياً - تصفية الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها ومصير الأدوات المستخدمة في تنفيذ العقد:

يختلف أمر تقدير مآل الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها، ومصير أدواته المستخدمة في التنفيذ- نتيجة ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة- تبعاً لنوع العقد المبرم بينهما.

---

(١) C.E 7 Jan 1927 , Niclausse, Rec.p. 32.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٥. ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٧. والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٢٣.

وسوف نقصر الحديث هنا على ثلاثة عقود من العقود الإدارية هي عقد الالتـزام، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد وذلك على النحو التالي:

١ – تصفية عقد الالتزام:

درسنا سابقاً أن استرداد المرفق العام موضوع عقد الالتزام هو تطبيق لحـق الإدارة في إنهـاء عقودها الإدارية في أي وقت، عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك، وحق الاسترداد إما أن يكون منصوصاً عليه في عقد الالتزام ويسمى بالاسترداد الإتفاقي، أو لايكون منصوصاً عليه في عقـد الالتزام وعندئذ تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها وبإرادتها وحدها أثناء سريان العقد.

ويترتب على الاسترداد - بنوعيه - من جانب الإدارة مانحة الالتزام الآثار التالية:

أ - انقضاء عقد الالتزام وعودة المرفق إلى الإدارة المباشرة للإدارة مانحة الالتزام:

يترتب على الاسترداد عودة المرفق العام محل الالتزام للجهة مانحة الالتزام قبل انقضاء المدة المحددة في عقد الالتزام، وتحرر الملتزم من التزاماته بإدارة المرفق محل الالتزام، ورفع يده من التاريخ الذي يصبح فيه قرار الاسترداد نافذاً[١].

وإذا استمر الملتزم في استغلال المرفق بعد صدور قرار الاسترداد، فإنه يجـب علـى الملتزم أن يرد للسلطة مانحة الالتزام الأرباح التي حققها بعد تاريخ الاسـترداد وحـتى تاريخ نفاذ هذا الاسترداد[٢]، ويملك قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر الملتـزم القـديم بإيقاف استغلال المرفق العام بعد تاريخ إنهاء عقده[٣].

---

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٩.

(٢) C.E 8Juill 1949, Gautheron, Rec.p. 766.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السـابق، ص٦٤١، . ود. سـليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٩٩. ود.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٢٩..

(٣) C.E 24 Fev 1982, sté entreprise industrielle et Financiér, Rec.p. 87.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤١.

والسلطة مانحة الالتزام نفسها هي التي تختص بتحديد تاريخ نفاذ الاسترداد في حالة عدم تحديد السلطة التي تختص بذلك[١]. وعند اشتراط ضرورة تصديق سلطة الوصـاية على قرار الاسترداد الصادر من السلطة مانحة الالتزام، فإن لهذا التصديق أثـراً رجعيـاً يعود إلى تاريخ الاسترداد[٢].

ب - ضرورة أن يشمل قرار الاسترداد –كقاعدة- المرفق العام محل الالتـزام بأكمله:

يجب أن يكون الاسترداد شاملاً للمرفق العام بأكمله، مالم يرد نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط يجيز للإدارة الاسترداد الجزئي للمرفق العام[٣]، وذلك لأن الالتـزام يكون كلاً لا يصح تجزئته، كما أنه ليس من العدل أن يحرم الملتزم من جزء من الالتزام قد يكون الأكثر ربحاً له، ويترك الجزء الأكثر تكلفة وعبئاً عليه[٤].

ويرى الفقيه JEZE أن الاسترداد الجزئي يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، لذا فإن الاسترداد الكلي للإلتزام هو الوضع المناسب للملتزم، وهو الأكثر عدالة أيضاً، كما أنه لا يعرض سير المرفق العام محل الالتزام للخطر[٥].

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 719

(٢) C.E 16 Nov 1956, sté B.A.B et B.L.B, Rec.p.436.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤١.

(٣) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 719
- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٧٩٩.
C.E 25 Nov 1934, compagnie des tramways du loir-et- cher, Rec.p. 1020.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٢.

(٤) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 720

(٥) مشار إلى رأي الفقيه JEZE لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٣.

جـ - مصير العقود التي أبرمها الملتزم مع الغير قبل استرداد الالتزام[1]:

يجب التمييز هنا بين العقد الذي أبرم مع شخص من الغير لا علاقة له بالمرفق العام، وبين العقد المبرم مع شخص من المنتفعين بخدمات المرفق العام.

(١) - فيما يتعلق بعقود الملتزم مع الغير قبل استرداد الالتزام، فإن القاعدة في هـذا الشأن أن عقود الملتزم تبقى في ذمته، ولاتنتقل إلى ذمة كل من مـانح الالتـزام أو الملتزم الجديد في حالة إسناد المرفق إلى ملتزم جديد، إلا إذا نص في عقد الالتـزام على أن تسري عقود الملتزم السابق قبل مانح الالتزام أو الملتزم الجديد عند استرداد الالتزام، نظراً لأن مانح الالتزام أو الملتزم الجديد لايعتبر خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم السابق.

(٢) - فيما يتعلق بعقود الملتزم السابق مع المنتفعين بخدمات المرفق العام، فإنه نظراً لأن الشروط اللائحية في عقد الالتزام والتي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين تظـل محافظة على قوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام أو الملتـزم الجديد، فإن العقود المبرمة بين الملتزم السابق وبين المنتفعين بخدمات المرفق العام تظل سارية المفعول في مواجهة مانح الالتزام، أو في مواجهة الملتزم الجديد، مع مراعاة أن السلطة مانحة الالتزام تستطيع أن تعدل تلك النصوص اللائحية المتعلقة بكيفيـة أداء الخدمة للمنتفعين بما تراه ملائماً للمصلحة العامة وموافقاً للوضع الجديد، وهذا مـا أعلنته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمهـا الصـادر في ١٩٥٦/١/٣١، والذي جاء فيه: (.....إنه وإن كانت النصوص اللائحية في عقود الالتـزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتـزام، إلا أن

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٠.

- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٨.

هذا لايقيد سلطة الحكومة في تعديل تلك النصوص بما تراه ملائماً للمصلحة العامة، وموافقاً للوضع الجديد.....)

وليس للمنتفعين الاحتجاج على مثل هذا التعديل، لأنه متى استردت الإدارة المرفق العام فإنها تسترد كذلك حريتها في إمكان تعديل نظام المرفق العام بما يحقق خدماته للجمهور.

د - مصير عقود العمل التي أبرمها الملتزم مع عماله ومستخدميه العاملين في إدارة المرفق العام محل الالتزام قبل استرداد الالتزام:

الأصل أن هذه العقود لاتسري في حق مانح الالتزام أو الملتزم الجديد لأن كليهما لايعتبر خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم السابق[1]، وتبقى حقوق العمال تجاه الملتزم السابق عالقة بذمة هذا الملتزم ويسأل عنها في مواجهة هؤلاء العمال.

وقد تبنى المشرع المصري هذا الاتجاه في القانون رقم ٦٦٠ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٤، والذي ورد فيه أنه إذا انتهى عقد الالتزام بإدارة مرفق عام وتولت الدولة إدارته بالطريقة المباشرة، جاز لمجلس الوزراء أن يعين –للمدة التي يحددها- بخدمة المرفق من تقتضي المصلحة تعيينه من الموظفين الذين كانوا بخدمته قبل تولي الدولة إدارته.

ويرى الدكتور فتحي عبد الصبور أن ذلك يدل على أن عقود العمل المبرمة بين الملتزم السابق وعماله قبل انتهاء الالتزام- بسحبه أو استرداده- لاتسري قبل الإدارة بعد عودة المرفق إليها، إذ لو كانت هذه العقود باقية بعد سحب الالتزام أو عودة المرفق

---

(١) الفتوى رقم (٣٩٤) الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ ١٩٨٨/٤/٥، والتي تبين أن الجهة مانحة الالتزام لاتكون خلفاً للملتزم في حالة الاسترداد، مشار إلى هذه الفتوى في لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٩٣.

في نهاية مدته، لما كان المشرع في حاجة إلى إصدار القانون السابق بإجازة تعيين بعض مستخدمي وعمال الملتزم السابق بخدمة المرفق مرة أخرى[1].

غير أن الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد يرى أن تطبيق هذا المبدأ على عمال الملتزم السابق سوف يلحق بهم الأضرار، خاصة إذا كان الملتزم أجنبياً وكانت أموالـه موجودة في الخارج، ومن ثم يصعب على هؤلاء العمال أن ينالوا حقوقهم بالتنفيذ على أمواله في الخارج، ولهذا كان من المستحسن أن تقوم الدولة بأداء حقوق عمال المرفـق الملتزم به على أن تقوم هي بالرجوع على الملتزم في الخارج، ويقوم هذا الوفـاء مـن جانب الدولة على أساسيين:

الأول - أن العمال المذكورين حين يقاضون الملتزم فإنهم يختصمون جهـة الإدارة التي قامت باسترداد المرفق الملتزم به لصدور الحكم في مواجهتها، ومن هنـا تسـتطيع الإدارة أن تقوم بالوفاء للعمال على أن ترجع على الملتزم فيما بعد.

الثاني - هو نص المادة السابعة من دستور سنة ١٩٧١ الذي يقرر قيـام المجتمـع المصري على التضامن الاجتماعي[2].

وهو ما قررته محكمة القضاء الإداري في مصر، في حكم صـادر عنـها في عـام ١٩٥٣. والذي جاء فيه:

(إن حلول المجلس البلدي لمدينة أسيوط محل شركة المياه لم يغير من طبيعة العمل ولا من مسؤولية المجلس عن تنفيذ جميع التزامـات الشـركة السـابقة قبـل موظفيهـا وعمالها.....

---

(١) د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانوية للتأميم والحراسة الإدارية على الأمـوال، عـالم الكتـب، القاهرة،، الطبعة الثانية، ١٩٦٧، ص١٥٤.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٠.

ومن ثم فليس للمجلس أن يمتنع عن تنفيذ ما كانت قد ارتبطت به الشـركة مـن التزامات لموظفيها وعمالها ومنهم المدعي من حيث المرتب وعلاوة غلاء المعيشة- كما أنه لايترتب على حلول المجلس محل الشركة وانتقال موظفيها إليه اعتبار ذلـك تعينـاً جديداً لهم بالمجلس يبيح له تخفيض مرتباتهم التي كانوا يتقاضونها من قبل ولهذا يكـون المدعي على حق إذ يطلب الحكم باستحقاقه المرتب وعلاوة غلاء المعيشة الـتي كـان يتقاضاها بالشركة من وقت استيلاء المجلس عليها)[1]

ولكن إذا ورد نص صريح في عقد الالتزام القديم يتضمن بقاء سريان مفعول عقود العمل السابقة بعد استرداد الالتزام سواء أكان الاسترداد تعاقـدياً أو جبريـاً، أو إذا اشترطت السلطة مانحة الالتزام على الملتزم الجديد بمقتضى نص في عقد الالتزام الجديد، بأن يبقي على عقود العمال السابقة مع الملتزم السابق سارية المفعـول طبقـاً لنظريـة الاشتراط لمصلحة الغير، فإن بقاء عقود العمل في هذه الحالة لايعني مسـؤولية مـانح الالتزام أو الملتزم الجديد عن ديون الملتزم السابق تجاه عماله عن المدة السـابقة علـى استرداد الالتزام، حيث تظل هذه الديون في ذمة الملتزم السابق ما لم يتفق على خلاف ذلك.

أما إذا لم يرد نص في عقد الالتزام يتضمن سريان عقود العمل السابقة في مواجهـة مانح الالتزام أو الملتزم الجديد، ولم يتفق كذلك على مثل هذا السريان، ومـع ذلـك استمر مانح الالتزام أو الملتزم الجديد في تنفيذ هذه العقود ضـمناً وذلـك بالسـماح باستمرار العمال في أداء عملهم في إدارة المرفق وتسييره، فإن معنى ذلك قيـام علاقـة قانونية جديدة بين هؤلاء العمال ومانح الالتزام أو الملتزم الجديد مستقلة عن العلاقـة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٨٦ تاريخ ١٩٥٣/١٢/٢٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٥٥.

السابقة بين هؤلاء العمال والملتزم السابق، ولايسأل مانح الالتزام أو الملتزم الجديـد إلا عن آثار العلاقة الجديدة فقط دون آثار العلاقة السابقة[١].

هـ - مصير المنشآت الإضافية التابعة للملتزم عند استرداد الالتزام:

يميز الفقه الفرنسي بين فرضين[٢]:

الفرض الأول - عندما لاتكون المنشآت الإضافية التابعة للملتزم جزءاً مكملاً للإلتزام، فـإن الاسترداد لايتناول هذه المنشآت، لأن الاسترداد لايتعلق إلا بالمرافق العامة محل الالتزام.

الفرض الثاني - عندما تكون المنشآت الإضافية التابعة للملتزم تمثل جزءاً مكمـلاً ومتمماً للإلتزام، فإن الاسترداد مع التعويض يمتد إلى هذه المنشآت بشرط أن تكـون هذه المنشآت منصوصاً عليها في عقد الالتزام ومصرحاً بها من جانب السـلطة مانحـة الالتزام، فإذا لم تكن هذه المنشآت منصوصاً عليها في العقد ولم يكن مصرحاً بها مـن مانح الالتزام، فإن الاسترداد يمتد إليها بدون تعويض.

أما قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يميز بين نوعين من المنشآت، النوع الأول هو المنشآت التابعة للإلتزام والنوع الثاني هو المنشآت المستقلة وغير التابعة للإلتزام، بحيـث يتناول الاسترداد النوع الأول دون النوع الثاني إلا إذا تنازل الملتزم لمانح الالتزام عـن المنشآت المتعلقة بالنوع الثاني بشكل ودي دون مقابل، أو مقابل تعويض يتفق عليـه مانح الالتزام والملتزم[٣].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥١.

(٢) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 720

(٣) C.E 4 Mars 1921 compagnie générale des eaux, Rec.p. 251..

C.E 15 Jan 1932 commune de vizille, Rec.p. 45.
C.E 28 Dec 1945, sté électrique de Dôle, Rec.p. 270.
مشار إلى هذه الأحكام لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٤.

و - مصير الالتزامات التي ارتبط بها الملتزم مع الغير أثناء استغلال الالتزام وقبل استرداده:

يميز الفقه والقضاء الفرنسي بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ورد نص في العقد أو دفاتر الشروط يقرر صراحة حلـول الإدارة مانحة الالتزام محل الملتزم على أثر استرداد الالتزام في الالتزامات التي تحمّلها الملتزم تجاه الغير أثناء تنفيذ العقد، فإنه يجب على الإدارة في هذه الحالة احترام هذا النص والتقيد به والحلول محل الملتزم في هذه الالتزامات تجاه الغير طالما أن الملتزم قد تحمـل التزامـات يقتضيها التفسير المعقول للعقد بغرض الإدارة العادية للمرفق[١]، ولا تستطيع الإدارة أن تتحلل من التزامات المتعاقد في مواجهة الغير، إلا إذا أثبتت أن ذلك المتعاقد قد تحمـل التزامات لايقتضيها التفسير المعقول للعقد[٢].

الحالة الثانية: إذا لم يتول العقد تنظيم هذا الموضوع، فإن الإدارة مانحة الالتزام تتحمل كافـة الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق العام، والتي تعهد بها الملتزم في مواجهة الغير مثل عقود التوريد الضرورية والتي لاغنى عنها لسير المرفق العام، أما بالنسبة لغيرها من الالتزامات، فلا يكفي الشرط السابق والذي يقضي بأن تكون تلك الالتزامات في حدود التفسير المعقول للعقد، بل يـتعين أن تكون الإدارة قد علمت بتلك الالتزامات ولم تعترض عليها[٣].

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 721.

(٢) C.E 16 Juin 1922, compagnie générale des eaux contre ville de Lyon.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٠. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٥.

(٣) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 721.

C.E 24 Mars 1926, compagnie générale des eaux contre ville de Toulon.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٠. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٦.

كما يتحمل مانح الالتزام الالتزامات التي تتجاوز التفسير المعقول للعقد طالما أنـه أقرها صراحة أو ضمناً.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولـة المصـري في فتوى لها بتاريخ ١٩٩٨/٤/٥ بمايلي: (.....لما كان من المسلم به أن الدولة متى استردت التزام استغلال المرفق أو أسقطته لإخلال الملتزم بالتزاماته العقدية فإنه يـؤول إليها باعتبارها السلطة مانحة الالتزام والمسؤولة أصلاً عن تقديم خـدمات للجمهـور وليس بوصفها خلفاً للملتزم، وبالتالي فلا تتحمل بالتزاماته وديونه، وعلى ذلك فـإن الهيئة القومية لسكك حديد مصر لا تعتبر خلفاً للشركة الملتزمة المشار إليها ولاتتحمل ديونها ومنها المبلغ الذي قضت محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم /٧/ لسنة ١٧ ق بإلزام الشركة بإدائه إلى وزارة الأشغال حيث لا حجية لهذا الحكـم علـى الهيئـة المذكورة لأنها لم تكن طرفاً في الخصومة الصادر فيها الحكم)[١].

ويرى الدكتور مصطفى كمال وصفي أنه في حالة الاسترداد، فإن الإدارة هي التي تواجه مسؤولية التزامات الملتزم الذي تم استرداد التزامه، لأن الإدارة هي التي تسـترد المرفق بمحض إرادتها ولغير معاقبة الملتزم بسبب سوء إدارته، ولذلك فهي تتكفل بسداد الالتزامات التي تتخلف عن المشروع القديم أو الديون التي تظهر بعدها[٢].

---

(١) - الفتوى رقم (٣٩٤) الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلـس الدولـة المصري بتاريخ ١٩٩٨/٤/٥، مشار إلى هذه الفتوى لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٩٣.

(٢) - د. مصطفى كمال وصفي، تأثير إنهاء التزام المرفق العام على عقود العمل، مجلة العلوم الإدارية، السنة السابعة، ١٩٦٥، العدد الثاني، ص٢٥٦ نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٧.

بينما يرى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد – ونحن نؤيد في ذلك - أنـه في حالة عدم ورود نص في العقد أو دفاتر الشروط ينظم مصير الالتزامات الـتي تحملـها الملتزم تجاه الغير، فإن الإدارة تستطيع أن تتحلل في مواجهة الغير من الالتزامات الـتي تتجاوز التفسير المعقول للعقد، كما تستطيع أن تتحلل كذلك من الالتزامـات الـتي يقتضيها التفسير المعقول للعقد، طالما أن مانح الالتزام لم يعلم بها، وحتى إذا علم بهـا طالما أنه اعترض عليها، أما إذا كانت هذه الالتزامات لاتتجاوز التفسير المعقول للعقد، أو كانت تقتضيها أعمال إدارة المرفق العام، فإن على الإدارة أن تتحملـها في حالـة استرداد الالتزام، وذلك حتى لايتقاعس الملتزم عن القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق العام مما يعرض حسن سير هذا المرفق للخطر[1].

ز - مصير الأموال المادية والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام:

يستعمل الملتزم عادة في سبيل إعداد المرفق موضوع الالتزام أنواعـاً مختلفـة مـن الأموال، بعضها من قبيل العقارات كمباني، ومحطات السكك الحديدية، ومحطات توليد الكهرباء.....الخ.

وبعضها من المنقولات، كالسيارات والقطارات والسفن والمـواد الخـام اللازمـة للإستغلال.....الخ، وبعض هذه الأموال قد تكون مملوكة للملتزم، وبعضها قد تسلمه له الإدارة، كأن تضع تحت تصرفه أجزاء من المال العام اللازمـة للإسـتغلال، كالسماح له بشغل جانب من الطريق، أو مد أسلاك فوقه، أو حفر أنفاق تحتـه..... إلخ، والبعض الثالث قد يمتلكه الملتزم أثناء استغلال المرفق ويخصصه لهذا الاستغلال.

ويهيمن على موضوع مصير الأموال والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام قاعـدة أساسية، وهي أن وثيقة الالتزام هي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام.

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٤٥ و٦٤٧.

وطبقاً لما يجري عليه العمل في فرنسا فإن عقود الالتزام تنص عادة على أيلولة بعض هذه الأموال والأدوات إلى السلطة مانحة الالتزام مجاناً، مع بقاء مالم ينص عليه في العقد ملكاً للملتزم، مع إعطاء السلطة مانحة الالتزام أحياناً الخيار في شراء ما يلزمها من هذه الأدوات، أو إلزامها بشراء هذه الأدوات في بعض الأحيان الأخرى[1].

وسوف نوضح بيان حكم كل نوع من هذه الأموال، وذلك على التفصيل التالي:

(١) - الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً (Biens de retour):

وهي الأموال التي تعتبر كلاً لايتجزأ فيما يتعلق باسغلال المرفق العام، وينبغـي أن ينص عليها صراحة في العقد.

والعادة أن تشمل هذه الأموال العقارات المسـتعملة في المشـروع، كالأراضـي، والمصانع، والطرق، والعقارات بالتخصيص.

ولكن قد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في قائمة الأموال التي تؤول مجاناً، كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية، أو السيارات، أو قطع الغيـار اللازمـة للإدارة.....الخ[2].

وإذا كان الأصل أيلولة الأموال السابقة إلى الدولة بقوة القانون بمجـرد انقضـاء الالتزام، فإنه يحدث أن يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة الاختياري في ترك بعـض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها غدت غير صالحة لإستغلال المرفق، وفي هذه

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٩- ٨١٠.

- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥١ إلى ٦٥٣.

(٢) - د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣١

الحالة فإن الملتزم يكون ملزماً بإبعاد هذه الأدوات عن المرفق العام وعلى نفقته وبـدون تعويض الأدوات التي لم يأخذها مانح الالتزام[١].

ونظراً لأن الملتزم يعلم مقدماً أن الأموال السابقة سوف تؤول مجاناً إلى الدولة، فإنه قد يهمل صيانتها والمحافظة عليها، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأربـاح، لـذلك غالباً ما تتضمن عقود الالتزام على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصيانة تلك الأموال، بحيث تسلم في حالة جيدة عند نهاية المدة، ويقع هذا الالتزام على عـاتق الملتزم ولو لم يرد نص صريح بذلك في عقد الالتزام[٢].

وللإدارة الحق في أن تخصم المبالغ اللازمة لهذه الصيانة أو لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها مما يكون مستحقاً له عند تصفية الحساب النهائي بينه وبين الإدارة.

كما أن من حق الإدارة –استناداً إلى سلطتها في رقابة الملتزم – أن تجبره على القيام بكافة الاصلاحات اللازمة، لأن قاعدة استمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد تقضي بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها في كل وقت، وإهمال الملتزم في الصيانة يعرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة، ومن ثم يكون من حق الإدارة أن تعمل بـالطرق المشروعة على تجنب تلك النتيجة[٣].

ولمانح الالتزام الحق في أن يطالب بتعويض من الملتزم عن عدم إعادته لأدوات المرفق العام في حالة جيدة[٤].

---

(١) C.E 11 mai 1956, compagnie des transports de Douai, Rec.p. 203.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٦.

(٢) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٦.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨١١.

(٤) C.E 23 Mars 1934, compagnie des tramways du Loir-et-cher, Rec.p. 417.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٦.

وهذه الأموال تؤول بقوة القانون إلى الجهة مانحة الالتزام مجاناً على أساس أن الملتزم كان لديه الوقت الكافي لاستهلاك ثمنها من الأرباح.

واستناداً إلى ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر عدم تطبيق مبدأ الأيلولة بالمجـان لهذه الأموال والأدوات بلا مقابل في حالة الإنهاء المبتسر للالتزام والسابق للأوان قبـل نهاية مدته العادية المنصوص عليها في العقد، ولو لم ينص على ذلك في العقد، وحتى في حالة ما إذا كان انقضاء العقد راجعاً إلى خطأ الملتزم.

ففي هذه الحالات قرر القضاء الفرنسي حق مانح الالتزام في الاستفادة من أيلولـة الأموال والأدوات الموجودة في المرفق إليه بشرط أن يدفع تعويضاً للملتزم عنها[1].

كما أن مبدأ الأيلولة المجانية لايطبق كذلك في حالة الانقضاء العـادي أو المبتسـر للإلتزام عندما لايجد الملتزم لديه الوقت الكافي لاستهلاك الأمـوال الـتي تملكهـا في السنوات الأخيرة من مدة الالتزام، حيث يجب تعويض الملتزم في هذه الحالة عن أيلولة هذه الأموال والأدوات إلى مانح الالتزام[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المواد الأولية والآلات التي تؤول إلى مانح الالتزام مجاناً تقتصر على الكمية اللازمة لتأمين وضمان الاستغلال العادي للمرفق[3].

---

(١) C.E 5 Juill 1967, commune de Donville-les-Bains, Rec.p. 297.

مشار إلى هذا الحكم لدى د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٥

(٢) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٥

(٣) C.E 21 Mars 1934, Département du Loir-et-cher, Rec.p. 383.

مشار إلى هذا الحكم لدى د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٥

(٢) - الأموال التي يحق للإدارة مانحة الالتزام أن تشتريها (biens de reprise):

هي الأموال التي تعتبر كلاً لايتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع، غير أنها تكون من المنقولات عادة مثل المواد الخام والمؤن والمعدات المتحركة والمفروشات والقطع التبديلية، بينما ينتمي النوع الأول إلى طائفة العقارات غالباً[١].

وغالباً ما تحدد شروط العقد أو دفاتر الشروط الأموال التي يحق لمانح الالتزام شراؤها، وكذلك مدى حرية مانح الالتزام في شراء هذه الأموال، واستناداً إلى ذلك، فإن الإدارة مانحة الالتزام تكون ملزمة أحياناً بشراء ما يكون ضرورياً للمرفق من هذه الأموال وفقاً لما يحدده العقد أو دفاتر الشروط، بينما يكون لها الخيار في حالات أخرى في شراء هذه الأموال أو عدم شراؤها[٢].

فبالنسبة للأموال التي يحوزها الملتزم في صورة احتياطات مثل المؤن، فإنه يجب على مانح الالتزام أن يشتري الكميات اللازمة والتي لاغنى عنها لاستغلال المرفق خلال أقل مدة ممكنة للإستغلال، كما أن مانح الالتزام يمكن أن يحتفظ علاوة على ذلك بالحق في أن يشتري ما يتجاوز الكميات السابقة.

وبالنسبة للأموال التي اقترضها أو استأجرها الملتزم من أجل استغلال المرفق، فإذا كانت بعض هذه الأموال ضرورية لاستمرار المرفق العام، فإنه من الأفضل النص في العقد على أن السلطة مانحة الالتزام تحتفظ بإمكانية الإبقاء عليها تحت تصرفها مقابل دفع مبلغ الإيجار خلال مدة محددة ينص عليها العقد، كما أن هذه الأموال يمكن أن

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨١١.

(٢) - مؤلف د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٣.

يشتريها مانح الالتزام بمقتضى اتفاق مع الملتزم أو تقديرها عند الاقتضاء طبقـاً لـرأي الخبراء[١].

ومجلس الدولة الفرنسي قرر أن الأجهزة والمواد الخام الضرورية لتنفيذ المرفق محـل الالتزام تصبح عند نهاية الالتزام ملكاً لمانح الالتزام بشرط تعويض الملتزم أياً كان سبب وأشكال نهاية الالتزام[٢].

وهكذا فإن الفرق الجوهري بين هذا النوع من الأموال، والأموال الأخـرى الـتي تؤول مجاناً للملتزم، أن الأموال التي يحق لمانح الالتزام شراؤها تكون ملكاً للملتزم طوال مدة الالتزام، فضلاً عن أن النوع الأول يؤول مجاناً إلى مانح الالتزام عكـس النـوع الثاني[٣].

وعادة تتولى شروط العقد أو دفاتر الشروط تحديد القواعد ولأسس التي يقوم عليها تقدير ثمن هذه الأموال أو مقدار التعويض عنها، فإذا لم تمارس السلطة مانحة الالتـزام حقها في شراء هذا النوع من الأموال، فإن الملتزم يكون ملزماً بأن يرفع على حسـابه وبدون تعويض هذه الأموال التي توجد في المرفق العام المدار بطريق الالتزام[٤].

---

(١) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٧.

(٢) C.E 4 oct 1978, sté Marseillaise de credit, R.D.P 1980, p.1485

مشار إلى هذا الحكم لدى د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٨.

(٣) C.E 10 Jan 1938, compagnie industrielle maritime, Rec. P100.

مشار إلى هذا الحكم لدى د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٣٣٣، و د. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٧.

(٤) C.E 11 Mai 1955, compagnie des transports de Douai, R.D.P. 203

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٩.

(٣) - الأمـوال الـتي تبقـى ملكـاً للملتـزم (biens propres du concessionaire):

الأصل أن يحدد عقد الالتزام أو دفاتر الشروط الأموال التي تؤول إلى الإدارة مانحـة الالتزام عند انقضاء المدة، ويجري التقليد في فرنسا على النص أن تؤول إلى الدولـة – مجاناً أو بمقابل- الأموال التي تعتبر كلاً لايتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق، وعلى هذا الأساس يبقى للملتزم الأموال المملوكة له والتي لا تعتبر كلاً لايتجزأ عـن المشـروع الأساسي للإمتياز، ومثال ذلك مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع[١].

أما بالنسبة للوضع في **مصر** بخصوص مصير الأموال المادية والأدوات المسـتعملة في استغلال المرفق بعد استرد الالتزام، فإنه لاتوجد قاعدة قانونية في هذا المجـال تقضـي بخلاف مايرد في وثيقة الالتزام، كما أنه لاتوجد قاعدة تقضي بأيلولة هذه الأموال إلى الدولة مجاناً عقب نهاية الالتزام خارج حدود الاتفاق[٢].

وبهذا المعنى أفتت إدارة الرأي لمصلحة السكك الحديدية بتاريخ ١٩٥٥/٦/٤ بقولها: (لايتضمن القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة نصاً صريحاً يقضي بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الالتزام، وما نصت عليه المادة الثانيـة مـن هـذا القـانون مـن أنه.....لايكفي وحده لتقرير حق الدولة في الاسـتيلاء دون مقابـل علـى موجودات المرفق في نهاية مدة الالتزام، ذلك أن ما ذهب إليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التي يغلها المرفق لايعدو أن يكون تقريراً للقواعد العامة

---

(١) C.E 10 Mai 1929, compagnie générale d' eclairage de Bordeaux, Rec.485

مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٩. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٤.

(٢) - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٩.

في الاستغلال التجاري، أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام، فأمر موضوعي محض يتعين الاتفاق عليه سلفاً بين السـلطة مانحـة الالتـزام والملتزم، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان ما لم يقم على ذلك نص في عقد الالتزام)[1].

وقد أيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري هـذا المبدأ في الفتوى الصادرة في ١٩٥٥/٣/٢٣ بقولها: (عند أيلولة المرفـق لجهـة الإدارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره سواء نص في عقـد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص، وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم، مـا لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء دون مقابل.....)[2].

ح - المحاسبة المالية بين الملتزم والإدارة مانحة الالتزام:

عندما تنهي الإدارة مانحة الالتزام عقد الالتزام نهاية مبتسرة بإصدار قرار اسـترداد الالتزام، ينشأ لكلا الطرفين حقوق لدى الطرف الآخر يجب تصفيتها، فقد يستحق كل من الطرفين تعويضاً من الطرف الآخر عن الأخطاء التعاقدية المرتكبة أثنـاء اسـتغلال الالتزام، وقد يكون للملتزم الحق في التعويض عن بعض الأموال التي تـؤول مجانـاً إلى الإدارة عند نهاية الالتزام، وقد يكون الملتزم مقصراً في التزامه بصيانة الأموال التي سوف تعود إلى الدولة مجاناً في نهاية مدة الالتزام، وقد يضمن مانح الالتزام حـداً أدنى مـن الأرباح للملتزم، وقد يحدث خلاف بين الطرفين على الأتاوة التي يجب علـى الملتـزم دفعها إلى مانح الالتزام، وقد يستحق مانح الالتزام تعويضاً من الملتزم عن عدم قيامـه

---

(١) مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٨. ود.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٩.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨٠٨. ود.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٥٩.

بتنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، كما قد يثور خلاف حول كيفية تقدير مبلغ التعـويض المستحق للملتزم من مانح الالتزام نتيجة استرداد الالتزام قبل نهاية مدته العادية....الخ، فكل هذه العلاقات المالية بين مانح الالتزام والملتزم يجب تصـفيتها وتسـويتها عنـد استرداد الالتزام.

والقاعدة الأساسية التي تحكم تصفية هذه العلاقات المالية، تنحصر في إعمال شروط العقد، على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد الالتزام في هذا الصدد هي نصـوص تعاقدية ملزمة لطرفي العقد، تمثل الجانب التعاقدي وليس التنظيمي في وثيقة الالتزام، لأن هذه النصوص لاتتعلق بتنظيم وسير المرفق العام، وبالتالي لايجـوز لـلإدارة أن تنفـرد بتعديلها بإرادتها المنفردة.

ومن ثم فإن مهمة القضاء عندما يطرح عليه نزاع بشأنها، أن يعمل على تفسير تلك النصوص بدقة، وأن يلتزم بأحكامها وأن يطبقها على النزاع وفقاً للنية المشتركة لطرفي العقد[1].

ومن بين العمليات التي تقتضيها التصفية المالية للحساب بين الملتزم والإدارة مانحـة الالتزام مايلي:

(١) - إبراز الملتزم قيود حساباته فيما يتعلق بالنفقات التي تكبدها لإقامة كل مـا يستلزمه حسن سير واستثمار الالتزام منذ البداية، وهذا الموجب إلزامي بالنسبة إليه، حتى ولو لم ينص عليه العقد[2].

---

(١) - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٨١٢.

A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 759.

(٢) C.E 14 Juill 1933, compagnie Tramways du Loir-et-Luc Rec. p.619

مشار إلى هذا الحكم لدى د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السابق، ص ٣٩٨، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦١، ود.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٧.

(٢) - إعادة الكفالة أو التأمين المدفوع من قبل الملتزم إلى الإدارة مانحة الالتزام عند إبرام العقد، أو ما بقي منها إذا كان قد أعيد إليه جزء منها أثناء الاستثمار، ويمكن لمانح الالتزام عند اللزوم اقتطاع جزء من التأمين من أجل إصلاح أشغال ومنشآت الالتزام[١].

(٣) - يجب على الملتزم تسديد السلف والقروض التي أبرمها مانح الالتزام لصالح الملتزم أثناء تنفيذ الالتزام.

المبدأ المعمول به - في هذا الصدد - في القواعد العامة للقانون المدني، هو أن الدائن يتمتع بحق الضمان العام على الذمة المالية للمدين، وهذا المبدأ يسري على الالتزام على أساس أن الجانب الايجابي للإلتزام يجب أن يدخل في الضمان العـام لحقـوق مـانح الالتزام.

وبناء على ذلك، فإن المقاصة تعتبر مقبولة في العقود الإدارية[٢]، حيث يستطيع مانح الالتزام إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين جميع الديون التي يمكن أن يكـون

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 762

(٢) - جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية صادر في عام ١٩٧٠:
(إن من حق الإدارة في معرض تصفية استحقاقات المتعاقد أن تضم تلك المبالغ المحكوم بها كأتعاب محاماة إلى ما يترتب لها بذمة المتعهد من غرامات ونفقات بصدد العقود المبرمة معها وحـق الإدارة في هذا الشأن حق أصيل تملكه بمقتضى سلطاتها في التنفيذ المباشر)، مشار إلى هذا الحكم في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠، ص١٣٤.
- كما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية صادر في عام ١٩٨٦:
(إن مطالبة المتعهد بصرف رصيد استحقاقاته دون مراعاة لترتب ذمم عليه لصالح الإدارة يجـري استيفاؤها وفقاً لقانون جباية الأموال العامة التي لاتجد لها سنداً في القانون) مشار إلى هذا الحكم في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص٢٦١.

مديناً بها في مواجهة الملتزم[1]، كما لو تم تنـزيل المبالغ المستحقة لمانح الالتـزام قبـل الملتزم من ثمن الأدوات التي يتعين على مانح الالتزام شراؤها من الملتزم، أو من مبلـغ التعويض المستحق للملتزم نتيجة استرداد التزامه.

وهكذا فقد اعترف القضاء الفرنسي لمانح الالتزام بالحق في إجراء المقاصـة بـين حقوقه لدى الملتزم وبين ما عليه من ديون للملتزم، كما اعترف بهذا الحـق كـذلك للملتزم[2].

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر في هذا المجال أن مانح الالتزام لايتمتع على الجانب الايجابي للإلتزام بحق الضمان العام، ولكنه يتمتع فقط بحق ضمان مقيـد ينصب على بعض عناصر هذا الجانب الايجابي للإلتزام، وبالتالي لايحق لمانح الالتزام أن يطالب بسداد ماله من ديون في حدود هذه العناصر، وأن يجري المقاصة بينـها عنـد الحاجة.

وقد برر مجلس الدولة الفرنسي استبعاد حق الضمان العام في مجال عقد الالتزام بأن الطابع العام لعقد الالتزام يتعارض مع إمكانية إعطاء الجهة مانحة الالتزام حق ملاحقـة تحصيل ديونها بالشروط ذاتها التي يلجأ إليها الدائن العادي وترعاها القواعـد العامـة للقانون المدني، وإن أي اعتراف للسلطة المذكورة بحق ملاحقة تسديد أي من الـديون المترتبة لها من جراء عمليات استثمار الالتزام، على كامل الموجودات المنقولـة وغـير المنقولة التي يملكها صاحب الالتزام، بما فيها مدخراته وأملاكه الخاصة، يعتبر واقعـاً في

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 760.

(٢) C.E 12 Mars 1982, sté pour le développement touristiquc,Rec.P.553.
C.E 31 oct 1988, sté du port de pêche de Lorient,Rec.P.401.
مشار إلى هذين الحكمين لدى د.مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٧، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٣.

غير محله لأنه يعطي لمفهوم حقوق السلطة المعنية في هذا الشأن، معـنى ومجـالاً جـد واسعين ولايمكن تبريرهما، مما يشكل إجحافاً بحق الملتزم[١].

وفي المقابل على الإدارة مانحة الالتزام أن تسدد لصاحب الالتزام السلف والقروض التي حصل عليها لصالح الالتزام باستعمال عقاراته وأمواله الخاصة[٢].

(٤) - إذا استمر صاحب الامتياز في تأمين تنفيذ المرفق العام بعد تاريخ استرداده، فإنه لايحق له الاحتفاظ بإيرادات المرفق، حيث يحق له فقط المطالبة باسـترجاع قيمـة النفقات التي تكبدها أثناء إدارته الواقعية (gestion de Fait)، وعلى الجهـة مانحـة الالتزام تسديدها له طالما أنه أنفقها في سبيل تأمين استمرارية الالتزام[٣].

(٥) - بالنسبة للأموال المنصوص عليها في العقد والتي لم يتم انفاقها على استغلال الالتزام مثل الأموال الاحتياطية، وأموال التشغيل المتبقية، فإن العقـد ذاتـه أو دفـاتر الشروط هو الذي ينظم التصرف في هذه الأموال، وفي الغالب فإن دفاتر الشـروط في فرنسا تنص على أيلولة النوع الأول للملتزم، والنوع الثاني إلى الجهة مانحة الالتزام[٤].

---

(١) C.E 11 Aout 1922, compagnie des chemin de Fer de L'est algerien , Rec.P.736.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السـابق، ص ٣٩٩، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٣.

(٢) C.E 20Mars 1942, Bastit , Rec.P.92.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السـابق، ص ٣٩٩، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٤.

(٣) C.E 20Mars 1942, Bastit , Rec.P.92.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السـابق، ص ٣٩٩، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٤.

(٤) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p.762.

ط - حق الملتزم في الحصول على التعويض الكامل عن استرداد الالتزام (L'indemnite de rachat):

يترتب على ممارسة الإدارة لحقها في استرداد الالتزام –سواء الاسترداد التعاقدي أو غير التعاقدي- استحقاق الملتزم للتعويض من جانب الإدارة، ويتم تحديد مقدار التعويض عن الاسترداد التعاقدي طبقاً للقاعدتين التاليتين[1]:

القاعدة الأولى: يجب تعويض الملتزم تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب، كما هو الحال في جميع حالات الانهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة.

القاعدة الثانية: نصوص العقد المتعلقة بتحديد مقدار التعويض عن استرداد الالتزام تعتبر نصوصاً تعاقدية تفرض على مانح الالتزام والملتزم، ويجب على القاضي أن يتقيد بها، فالقاضي لايستطيع أن يعدل في شروط العقد بدون موافقة الأطراف، وإذا أراد الأطراف استبعاد قاعدة التعويض الكامل، فيجب عليهم إدراج ذلك بمقتضى نص صريح في عقد الالتزام.

ويجب أن يتناول التعويض عن الاسترداد كل الالتزام الذي تم استرداده، فمن الممكن أن يمنح التزام واحد على عدة مرافق عامة بمقتضى عقد التزام واحد ودفاتر شروط واحدة، كما لو تم منح التزام واحد على مرفقي توزيع الغاز وتوزيع الكهرباء، فإذا تناول الاسترداد كل الالتزام، فإن التعويض عن الاسترداد يجب أن يكون محسوباً بشكل يشمل كل الالتزام، وليس لكل مرفق من كلا المرفقين، لأن كلا المرفقين محل التزام واحد وليس التزامين[2].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٥.

(٢) C.E 10 Mai 1929, compagnie générale d éclairage, Rec.P.486.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٦٧.

وقد تنص عقود الالتزام أو دفاتر الشروط - عندما يكون الاسترداد منصوصاً عليه فيها - على إحدى طريقتين لدفع التعويض للملتزم، إما طريقة دفع تعويض إجمالي للملتزم، أو طريقة دفع أقساط سنوية لمدة محددة، وقد تنص في بعض الأحيان على الجمع بين هاتين الطريقتين على أن يكون لمانح الالتزام أو الملتزم الحق في اختيار إحدى هاتين الطريقتين[1].

الطريقة الأولى: دفع التعويض في صورة مبلغ إجمالي للملتزم، ويشمل ما تكبده الملتزم من أجل مواجهة النفقات اللازمة لتغطية رأس المال أي الأموال التي أنفقها على استغلال المرفق ولم يتم استهلاكها كتجهيز المرفق وإعداده في صورة إنشاءات ومعدات وفقاً للأسس المتفق عليها في عقد الالتزام، والوفاء بقيمة الأسهم والسندات والوفاء بالإلتزامات تجاه الغير، كما يشمل أيضاً تعويض الملتزم عن فقدان الأرباح التي كان يمكنه أن يحصل عليها من استغلال المرفق في حال استمرار هذا الاستغلال حتى تاريخ انقضاء العقد، أي تعويض الملتزم عما فاته من كسب.

الطريقة الثانية: دفع التعويض عن الاسترداد في صورة أقساط سنوية حتى التاريخ المنصوص عليه في العقد أو دفاتر الشروط للإنقضاء العادي للإلتزام، وهذا التعويض يغطي النفقات والأرباح التي تم ذكرها في الطريقة الأولى.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن اللجوء إلى خبير من أجل تحديد عناصر التعويض السابقة، حيث أقر القضاء الإداري اللجوء إلى نظام الخبرة في هذا المجال.

كما أن الملتزم لايستطيع أن يستفيد من توقف الاستغلال بسبب حوادث الحرب لكي يطالب بإرجاء وتأجيل النهاية العادية للإلتزام، وبناء على ذلك يطالب بزيادة عدد الأقساط السنوية للتعويض عن استرداد الالتزام[2].

---

(١) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 722 et s.

(٢) C.E 31 cct 1980, Ministre de L'équipement, Rec.P.399.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٦٧٣.

ي - مدى تأثير بطلان شرط التعويض المغالى فيه على العقد ذاته:

يرى الفقيه Delvolve أن الحل يعتمد على مدى العلاقة بين هذا الشرط وبقيـة شروط العقد، فإذا كان هذا الشرط لايعتبر جوهرياً بالمقارنة مع مجموعة شروط العقد، أي شرط ثانوي، فإن هذا الشرط فقط هو الذي يكون باطلاً ويبقى العقد قائماً، وفي هذه الحالة يجب تعويض الملتزم طبقاً للقواعد العامة.

أما إذا كان هذا الشرط عنصراً حاسماً في إتمام العقد، فإن مثل هذا الشرط يؤثر على العقد في مجموعه، ولذلك يجب اعتبار العقد باطلاً في مجموعه، وفي هذه الحالة فإنه يجب تعويض الملتزم طبقاً لأوضاع المسؤولية غير التعاقدية[١].

ك - تحديد مبلغ التعويض عن الاسترداد غير التعاقدي للإلتزام بالتراضي بـين مانح الالتزام والملتزم:

التعويض المستحق للملتزم في هذه الحالة يشمل عنصري التعويض الكامل، أي مـا لحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب، دون الرجوع إلى قواعد التعويض المتعلقة بالاسترداد التعاقدي والمنصوص عليها في عقد الالتزام أو دفـاتر الشـروط، وعنـد الاختلاف بين الملتزم ومانح الالتزام في ذلك، فإن القاضي هو الذي يقوم بتحديد مقدار التعويض دون أن يتقيد بنصوص العقد في هذا الشأن، وعندئذ يجب على القاضـي أن يطبق المبادئ العامة المتعلقة بالتعويض[٢].

أما في سوريا فإننا لم نجد في القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد، والمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظـام

---

(١) مشار إلى رأي الفقيه Delvolve لدى د. محمد صلاح عبد البـديع السـيد، المرجـع السـابق، ص٦٧٤.

(٢) A.DE laubadere et autres, contrats,op.cit,T.2 p. 737.

العقود الموحد، وكذلك القانون المدني في مواده المتعلقة بالتزام المرافق العامة، قواعد قانونية تتعلق بمصير الأموال المادية والأدوات المستعملة في استغلال المرفق العام بعد استرداد الالتزام، وكيفية تسديد التعويض في حالة الاسترداد التعاقدي أو غير التعاقدي، كما لم نجد أحكاماً قضائية تتناول هذه الأمور.

ونظراً إلى قيام الدولة بتشجيع وتسهيل الاستثمار في سوريا في جميع المجالات، وظهور عقود الالتزام كحل لقيام بعض المرافق العامة، أو لمعالجة ضعف خدمات بعض المرافق العامة القائمة، فقد أصبح من الضروري وضع نظام قانوني خاص بعقود الالتزام، يتناول مراحل تنفيذ هذا العقد، والمسائل التي تثور خلال هذا التنفيذ، ومنها مصير الأموال المادية والأدوات المستعملة في التنفيذ، ومسألة التعويض عند استرداد الالتزام.

٢ – تصفية عقد الأشغال العامة[١]:

ينتج عن قيام الإدارة صاحبة الأشغال العامة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ودون خطأ من المتعاقد، انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي العقد، وتصفية هذا العقد، وتستند هذه التصفية على المبالغ المستحقة للمقاول أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال.

وتستطيع الإدارة صاحبة الأشغال عند قيامها بالإنهاء الكلي أو الجزئي لعقد الأشغال العامة أن تصرف للمقاول الذي أنهى عقده دفعة تحت الحساب بـ ٨٠% على الأكثر

(١) يعرف عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة لحساب هذا الشخص المعنوي العام، تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد.
راجع: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٢١١، ود. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ص ٤٨٠، ود. خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

من المبالغ المستحقة له على الإدارة، وذلك كتصفية مؤقتة إلى حين التصفية النهائيـة، ويقع على عاتق المقاول عبء إثبات الأشغال التي تم تنفيذها، أو الأجزاء الـتي قـام بتنفيذها فعلاً، كما عليه القيام بإجراء جرد لكل المواد والمهمات الموجودة، موضـحاً استلام الأشغال المنفذة أو الأجزاء التي تم استلامها، وذلك حتى يتم سريان مدة الضمان التعاقدي لهذه الأشغال، ويحق للإدارة شراء كل أو بعض الإنشاءات المؤقتـة والأدوات والمواد الخام المستخدمة في العمل، ويجب على المقاول أن يخلي مستلزماته وأدواته مـن أماكن الأشغال في المهلة التي تحددها الإدارة، وذلك كله طبقاً لنص المادة (٤٦) مـن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا[١].

كما تملك الإدارة عند اللزوم، وبعد إعذار المقاول الحق في أن تباشر بنفسها رفـع المواد والأدوات والتجهيزات الخاصة بالمقاول طبقاً للمبادئ العامة المطبقة في مجال عقود الأشغال العامة[٢].

أما عن الوضع في **سوريا، والخاص بعقد الأشغال العامـة،** لم نجـد في **القـوانين والبلاغات وأحكام مجلس الدولة السوري، ما يتوجب فعلـه عنـد قيـام الإدارة صاحبة الأشغال العامة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقـد لتصفية هذا العقد وتصفية المبالغ المستحقة.**

---

(١) مشار إلى المادة (٤٦) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا لدى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٤٧ و٥٤٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٩.

(٢) C.E 21 Juill 1970, Ministre de L' équipement , Rec.p. 1116.

مشار إلى هذا الحكم لدى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٤٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣٩.

ويمكن القياس – باعتقادنا - على الفقرة (آ) من المادة (٤٢) من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم رقم (٤٥٠) تـاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ والمتضمنة أحكام سحب تنفيذ الأعمال، حيث يمكن للإدارة صاحبة الأشغال العامة، عندما تقرر فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة، ودون خطأ من المتعاقد، أن تـدعو المتعهد للحضور في موعد تحدده للإشتراك بقياس جميع الأعمال التي تم إنجازها حتى تاريخ الفسخ، وتنظيم جرد كامل لجميـع الآلات والعـدد والأدوات واللـوازم والمهمات التي استحضرها إلى موقع العمل وسائر المنشآت المؤقتة التي أقامها فيـه، فإذا رفض المتعهد الحضور أو انتداب وكيل عنه أو تمنع عن توقيع الكشـف بعـد تنظيمه، فإن للجهة العامة أن تقوم بالعمل بمفردها، وترسل نسخة عن الجرد المنظم ولائحة القياسات إلى المتعهد بالبريد المسجل للإدلاء باعتراضاته عليه خلال عشرة أيام من تاريخ التبليغ ولاتقبل الجهة العامة بعد مضي هذه المدة أي اعتراض بهـذا الشأن.

كما أن الإدارة – باعتقادنا - غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات إلا بالقدر الذي يلزم لاتمام الأعمال فقط، على شرط أن تكون صالحة للإستعمال، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل، فإذا رفض إخلاء موقع العمل مـن هذه المهمات والأدوات، يحق للإدارة القيام بذلك على أن تقوم بخصم ما تكبدته من التعويض المستحق للمقاول.

٣ – تصفية عقد التوريد:

عندما تقوم الإدارة بإنهاء عقد التوريد بإرادتها المنفردة، ودون خطأ مـن المـورد، يترتب على ذلك انقضاء الالتزامات العقدية بين الإدارة والمورد، وتتم تسـوية المبـالغ المستحقة لكلا الطرفين، ويحق للإدارة القيام بتصفية مؤقتة ودون انتظار التصفية النهائية

إذا كان المورد دائناً لها، وتصرف له ٨٠% كحد أقصى من المبالغ المستحقة له من قبل الإدارة[١].

كما تستطيع الإدارة أن ترفض استلام باقي المواد التي لم تورد بعد إنهاء العقد[٢]، وعلى المورد عند إنهاء عقده أن يتوقف عن توريد المواد والمهمات إلى الإدارة بمجرد نفاذ قرار الانهاء في حقه، إلا أن المورد في بعض عقود التوريد الصناعية قد يكون ملزماً بإتخاذ الإجراءات التحفظية، وأن يسلم للإدارة المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد[٣].

وفي **سوريا** لاتوجد أحكام خاصة في القوانين والبلاغات وأحكام مجلس الدولة السوري تبين كيفية التصفية المالية لعقد التوريد عند إنهائه من قبل الإدارة لدواعي المصلحة، ودون خطأ من المورد، ومع ذلك نعتقد أن عقد التوريد ينقضي بإبلاغ الإدارة للمورد بإنهاء عقده وعلمه بذلك، وتصرف له قيمة المواد التي تم توريدها فعلاً بموجب محاضر الاستلام التي سلم بها هذه المواد للجهة المتعاقدة، أما بالنسبة للكميات التي لم يتم توريدها، فإن عقد التوريد ينتهي بالنسبة لها، مالم تكن هذه الكميات ضرورية لتشغيل الكميات الموردة قبل إنهاء عقد التوريد.

---

(١) المادة (٢/٣٠) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد في فرنسا، مشار إلى هذه المادة لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٤٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٤١.

(٢) C.E 14 Mai 1926 , Bathiat, Rec.P. 497.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٤٨، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٤١.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

المطلب الثاني
أثر ممارسة سلطة الإدارة للفسخ الجزائي للعقد الإداري

درسنا سابقاً أن فسخ العقد الإداري لايقع إلا إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة خطأً جسيماً يبرر هذا الجزاء الصارم، وأن الإدارة توقعه بقرار إداري صادر عنها دون الحاجة للجوء إلى القضاء، باستثناء حالة إسقاط الالتزام في فرنسا التي تتطلب صدور حكم قضائي من قاضي العقد.

وينتج عن ممارسة سلطة الإدارة للفسخ الجزائي للعقد الإداري مجموعة من الآثار، تختلف باختلاف نوع العقد الإداري، وسوف ندرس في هذا المطلب أثر ممارسة هذه السلطة على عقد الالتزام، وعقد الأشغال، وعقد التوريد وفق التفصيل الآتي:

أولاً - الآثار القانونية لإسقاط الالتزام:

ينتج عن إسقاط الالتزام مجموعة من الآثار القانونية نوردها فيمايلي[1]:

١ - إنهاء العقد بصفة قطعية، واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الالتزام، ولكن نهاية العقد لاتعني نهاية المرفق العام، لأن ذلك ليس هو الهدف من الجزاء المذكور، وإنما للإدارة السلطة في أن تعمل على استمرار المرفق بالرغم من استبعاد الملتزم.

٢ - يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد، حيث تنص دفاتر الشروط عادة على أنه في حالة إسقاط الالتزام يصبح التأمين أو الجزء الباقي منه ملكاً للإدارة مانحة الالتزام.

٣ - يحق للإدارة - فضلاً عن إسقاط الالتزام - المطالبة بتعويض من الملتزم، وهو ما تنص عليه دفاتر الشروط أحياناً.

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,OP. cit, T.2,P.161 et 162.

٤ - تنص غالبية دفاتر الشروط عادة على أن إسقاط الالتزام يكون متبوعاً بإقامـة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملتزم جديد يحل محلـه في الالتزام ذاته، وذلك من أجل ضمان استمرار المرفق، وتصفية حقـوق الملتـزم المستبعد في ذات الوقت، على أن تحكم هذه المزايدة المبادئ الآتية:

أ - تتضمن المزايدة الحق في الالتزام ذاته، وتبعاً له الاعانات والضمانات التي كانت الإدارة قد تعهدت بها للملتزم المستبعد، كما يطرح في المزايدة- فضلاً عـن ذلـك- الأراضي والمشروعات والأعمال السابق تنفيذها، وغيرها من الأشياء طبقاً لما ينص عليه دفتر شروط الالتزام.

ويرى الفقيه POLACK أن الإدارة لاتستطيع أن تحدث تغييراً في تنظيم الالتـزام بالمرفق العام قبل المزايدة، لأن مثل هذا التغيير سوف يمس حقوق الملتزم، باعتبار أن ثمن المزايدة يجب أن يؤول له، كما أن الإدارة ليس من حقها إلغاء هذه الإعانات وتلـك الضمانات، إذ يجب أن يجد الملتزم الجديد نفسه في ذات وضع سابقه، ومـن ناحيـة أخرى لايمكنها إعطاء هذا الأخير تسهيلات لم يكن الملتزم الأول يتمتع بها[١].

والقضاء الفرنسي مستقر على تفسير النصوص المتعلقة بالأشياء الداخلة في المزايـدة بمقارنتها بالنصوص الأخرى التي تعدد الأشياء التي يجب أن تؤول إلى السـلطة مانحـة الالتزام دون مقابل بعد انتهاء مدته[٢].

---

(١) H. POLACK, Les sanctions pouvant atteinder Le concessionaire de service public en cas de manquemenets á ses obligations, Thése, paris, 1958 p.86
نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦٠.

(٢) C.E 7 Fevrier 1915 , Tramways d Aix- Les - Bains, Rec.P. 179.
C.E 21 Juillet 1914 , Bergaud, Rec.P. 950.
مشار إلى هذين الحكمين لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦١، ود. محمد صـلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١١٨.

ويرى الفقيه Jeze[1] أن أساس ذلك وجود تطابق وثيق من حيث المبدأ بين الأشياء التي يمكن طرحها في المزايدة، وتلك التي تصبح من حـق الإدارة في نهايـة الالتـزام، فإسقاط الالتزام في -الحقيقة- إنهاء مبتسر للإلتزام، ومقتضاه تجـد الإدارة نفسـها في الوضع الذي سوف يصادفها عند النهاية العادية لهذا الالتزام، فـإذا كـان الأطـراف يرغبون بالنسبة لحالة إسقاط الالتزام في الأخذ بحل آخر خلاف ما هو مقرر بالنسـبة لحالة الانتهاء العادي له، فإنه يجب عليهم ذكره صراحة في وثيقة الالتزام.

ب - بالنظر إلى أن الملتزم المستبعد سوف يتحمل خسارة أقل أو أكثر جسامة تبعاً لنتيجة المزايدة، فإن دفاتر الشروط تعترف له عادة بالحق في المشورة والاخطار المسـبق بالثمن الأساسي الذي تفتتح به المزايدة[2].

جـ - إذا نجحت المزايدة، فإن الملتزم الجديد يكون خاضعاً لنصوص دفتر الشروط المطبقة على عقد الالتزام الأول الخاص بالملتزم المستبعد، كما أن المبلغ المـدفوع مـن الملتزم الجديد يصبح من حق الملتزم القديم، على أن يتحمل هذا الأخير جميع المصروفات التي تستلزمها هذه العملية[3].

د - في حالة فشل المزايدة الأولى، تجري مزايدة ثانية دون تحديد ثمن أساسي، فـإذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من المزايدة الثانية وفشلت، عندئذ يفقد الملتزم المستبعد جميع حقوقه نهائياً، حيث تسقط جميع الإعانات، وضمانات الحد الأدنى للربح، والتي كـان من المحتمل أن تمنح للملتزم من الإدارة بقوة القـانون، ومـع ذلـك يـرى الفقيـه

---

(١) G.Jeze, op.cit, T.3 , p.946.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦١، ود. محمد صلاح عبد البـديع السـيد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) A.DE Laubadere et autres, contrats, OP. cit, T.2, P.162.

(٣) A.DE Laubadere et autres, contrats, OP. cit, T.2, P.162.

POLACK أنه إذا خصصت هذه الإعانات والضمانات للمرفق العـام في صـورة أوراق مالية- أسهم وسندات- أصدرها الملتزم، فإنها تبقى على أساس أن أصحاب هذه الأوراق يجب ألا يتحملوا نتائج إسقاط الالتزام(١).

كما تصبح الأعمال والانشاءات والأجهزة والأدوات والمواد التي يستلزمها استغلال المرفق ملكاً للسلطة مانحة الالتزام بدون تعويض(٢).

ويمكن الرجوع إلى عقد الالتزام أو دفاتر الشروط المطبقة على الالتزام لمعرفة الأموال والأشياء التي تبقى ملكاً للملتزم السابق، وتلك الأشياء التي تصبح من حـق السـلطة مانحة الالتزام بدون مقابل.

هـ- للملتزم المستبعد الحق في المنازعة في مشروعية المزايدة أمام القضـاء الإداري، ويرى الفقيهان POLACK وJeze أن هذه المنازعة تتم أمام قاضي العقـد ولـيس قاضي الالغاء، فالملتزم يستمد حقه في ذلك من عقد الالتزام ذاته، لأنـه مـا دامـت العمليات الخاصة بالالتزام لم تتم نهائياً، فإن الملتزم لايعتبر من الغير بالنسبة لمانح الالتزام، بل هو أحد الطرفين المتعاقدين، أما إذا كان الطعن في مشروعية المزايدة مرفوعاً من أحد المشاركين فيها، فإن الاختصاص ينعقد في هذه الحالة لقاضي الالغاء بناء على دعـوى تجاوز السلطة، وذلك على أساس أن المشاركين في المزايدة يستمدون حقهم في ذلـك من النصوص اللائحية التي تنظم تلك المزايدة وليس من العقد، وينتج عـن ذلـك أن الدفوع التي يملك الملتزم المستبعد أن يثيرها أمام قاضي العقد هي أكثر من الدفوع التي يثيرها المشاركون في المزايدة أمام قاضي الالغاء، حيث يحق للملتزم المستبعد أن يعترض على الثمن الأساسي للمزايدة والأموال والأشياء الداخلة في المزايدة وقائمة المشـاركين

---

(١) H. POLACK, op, cit, p.88

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦٢.

(٢) A.DE Laubadere et autres , contrats,OP. cit, T.2,P 162.

فيها، بينما لا يحق للمشاركين في المزايدة إلا أن يثيروا دفوعاً تتعلق بعدم مراعاة الأشكال التنظيمية للمزايدة ومخالفة المبادئ العامة التي تسري عليها[1].

ز - إذا لم تجر الإدارة هاتين المزايدتين فإنها تلزم بدفع المصروفات التي أنفقها الملتزم المستبعد على إعداد المرفق وتهيئته للإستغلال[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة ليست ملزمة بأن تطرح الالتزام بالمرفق في مزايدة عامة لتعيين ملتزم جديد إذا لم ينص العقد أو دفاتر الشروط على وجوب ذلك، بل من حقها إدارته بالطريقة المباشرة رجوعاً منها إلى الطريقة الأصلية في إدارة المرافق العامة[3]، فإجراء المزايدة على مسؤولية الملتزم المستبعد ليس إلا أثراً من الآثار الممكنة المترتبة على إسقاط الالتزام، حيث يمكن أن يفرض إجراء المزايدة على مانح الالتزام كحل إلزامي إذا نص العقد أو دفاتر الشروط على ذلك صراحة، وقد يكون إجراء المزايدة أحد الحلول التي يمكن توقيعها حسب اختيار مانح الالتزام، وقد لاينص مطلقاً على ضرورة إجراء المزايدة، وقد ينص على أن مانح الالتزام يمكنه أن يواصل بنفسه مهمة الملتزم المستبعد على مسؤولية هذا الأخير[4].

---

(١) H.POLACK, op. cit, p.91 et G. Jeze, op. cit, T.3, p.951 ets.
نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٧٠، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٢١و ١٢٢.

(٢) د. عمر حلمي فهمي ود. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية (الأحكام العامة والاختصاص القضائي)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٧٠.
C.E 22 Mars 1902 , chambon, Rec. p. 244
مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٣) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص٢٦٣. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٢٣.

(٤) A.DE Laubadere et autres , contrats,OP. cit, T.2,P 163.

وقد التزمت بهذه القواعد جميعها فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة بتاريخ ١٩٥٣/١/٢٨، حيث جاء فيها: (

١ - أن للحكومة إذا شاءت أن تقرر إسقاط التزام منح لشركة تدير مرفقاً عاماً ومصادرة التأمين المدفوع منها ويكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء وذلك دون حاجة إلى إعذار سابق.

٢ - بعد أن يتقرر إسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامـة لتلـزيم المرفق ومعداته وإدارته وفقاً لأحكام عقد الالتزام تمهيداً لإختيار ملتـزم جديد وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق في ذاته..... وتجـري هـذه المزايدة على أساس أحكام عقد الالتزام والشروط الملحقة به.

٣ - إذا رأت الحكومة بعد الإسقاط أن المصلحة العامة تقضي استمرار سير المرفق أثناء المدة التي تستغرقها إجراءات المزايدة فتكون إدارة المرفـق في هذه الحالة بمعرفتها وعلى حسابها وتحت مسؤوليتها لحين إتمام المزايدة ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق)[1].

٥ - تتوقف مسؤولية الملتزم عن استغلال المرفق العام من يوم إسقاط التزامـه، إذ تتحمل الإدارة نفقات هذا الاستغلال إذا قررت الاستمرار فيه بطريق الإدارة المباشـرة حتى يتم لها اختيار ملتزم جديد، فإذا تولت الإدارة بعد إسقاط الالتزام استغلال المرفق بنفسها نهائياً بطريق الإدارة المباشرة، فإنها تلتزم بأن تدفع للملتزم قيمة الأدوات الـتي ترى أخذها ولم تكن قد آلت إليها دون مقابل، وذلك حسب تقرير الخبراء، فـإذا لم

(١) الفتوى رقم (٣١) الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ ١٩٥٣/١/٢٨، مشار إلى هذه الفتوى لدى المستشار حمدي ياسـين عكاشـه، المرجـع السابق، ص٥٧٧.

تأخذ هذه الأدوات، فإنها بذلك تبقى للملتزم، وتلتزم الإدارة بدفع ايجار عنها عن فترة استعمالها لها، كما تتحمل مصاريف استهلاكها خلال هذه الفترة[١].

٦ - ذهب الفقيه Polack إلى أنه ليس من حق الإدارة أن تستعمل حق الحـبس على أدوات الملتزم لكي تحصل على مستحقاتها لديه، وعلى الأخص ما نشأ منها أثناء وضع المرفق تحت الحراسة قبل إسقاط الالتزام، وأساس ذلك أن شرط استعمال حـق الحبس طبقاً لمفهومه في القانون الخاص أن يكون الدائن حائزاً للشيء من أجل سـبب قانوني مشروع، وأن توجد رابطة بين حيازة الشيء وسبب الدين.

وفي الحقيقة فإن الدين المستحق للإدارة لايرتبط من حيـث السـبب بـالأدوات المستعملة في الاستغلال أو تنفيذ الأعمال[٢].

٧ - لاتعتبر الإدارة مانحة الالتزام – بعد أن تتولى إدارة المرفق بنفسها- خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم المستبعد، وبذلك لاتلتزم بحقوق دائنيه مالم ينص على خلاف ذلـك، وقد أقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في فتوى لها بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٦ ما يلي: (استظهرت الجمعية العمومية مـن الأوراق أنـه في ١٩٦٤/٦/٣٠ انتهى أجل عقدي امتياز شركة سكك حديد وجـه بحـري بشـأن استغلال وإنشاء بعض الخطوط الحديدية بالوجه البحري وآل إلى الدولة هـذا المرفـق وأصبح يدار كهيئة عامة مستقلة ملحقة بوزارة النقـل إلى أن صـدر قـرار رئـيس

---

(١) C.E 3 Mai 1895, sté du chemin de Fer de La Test, Rec. 381.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص٢٦٣. ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٢٤.

(٢) H.POLACK, op. cit, p.91.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص٢٦٥، ود. محمد صلاح عبد البـديع السـيد، المرجع السابق، ص١٢٥.

الجمهورية رقم ٢٠٥٩ لسنة ١٩٦٧ بإلحاقة بالهيئة العامة للسكك الحديدية «الهيئة القومية لسكك حديد مصر» ولما كان المسلم به أن الدولة متى استردت التزام استغلال المرفق أو أسقطته لإخلال الملتزم بإلتزاماته العقدية فإنه يؤول إليها باعتبارها السلطة مانحة الالتزام والمسؤولة أصلاً عن تقديم خدماته للجمهور وليس بوصفها خلفاً للملتزم، وبالتالي فلا تتحمل بالتزاماته وديونه، وعلى ذلك فإن الهيئة القومية لسكك حديد مصر لاتعتبر خلفاً للشركة الملتزمة المشار إليها ولاتتحمل ديونها.....)[١].

وعلى دائني الملتزم المستبعد الرجوع بكافة الطرق القانونية على ما قد يستحقه الملتزم المستبعد من ثمن مهمات المرفق وأدواته الذي يرسو به المزاد على الملتزم الجديد، أو على ما يستحقه الملتزم المستبعد لدى جهة الإدارة بعد تصفيه الالتزام، وذلك في حالة قيامها بالإدارة المباشرة للمرفق، من مقابل موجوداته وأدواته التي تؤول إلى الإدارة بمقابل، ويلاحظ أن الملتزم الجديد الذي يقوم باستغلال المرفق بدلاً من الملتزم المستبعد لايتحمل ديون والتزامات هذا الأخير، لأن الملتزم الجديد الذي يؤول إليه المرفق بعد إسقاط الالتزام لايعتبر خلفاً للملتزم الأول، إذ لم ينتقل إليه المرفق من الملتزم القديم بعمل إرادي أو بحكم القانون[٢].

ويمكن للقانون أن يقرر مسؤولية الإدارة عن الديون التي ترتبت في ذمة الملتزم، ومثال ذلك ما نص عليه القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠ من تحمل الحكومة المصرية التزامات شركة ترام القاهرة التي أسقط عنها التزامها بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦٠[٣].

---

(١) الفتوى رقم (٣٩٤) الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ ١٩٨٨/٤/٥، جلسة ١٩٨٨/٣/١٦، مشار إلى هذه الفتوى لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص٥٩٣.

(٢) د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص ١٤٩ وص ١٥٠.

(٣) مشار إلى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠ لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص٢٦٥. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٢٧.

٨ - لاتسري في مواجهة الجهة مانحة الالتزام أو الملتزم الجديد عقود العمل المبرمـة بين الملتزم المستبعد وعماله، بل تبقى عقود العمال وغيرهم من الدائنين متعلقة بذمـة الملتزم المستبعد، غير أنه قد ينص في عقد الالتزام أو في قانون الإسقاط علـى خـلاف ذلك، فتكون تلك العقود نافذة بحق الإدارة أو المتعاقد الجديد[١].

على أن جهة الإدارة إذا قبلت استمرار عمال الملتزم السابق في أداء عملهم بـالمرفق فإن ذلك يؤدي إلى نشوء علاقة قانونية جديدة منفصلة عن علاقة العمـل القديمـة، وتكون الإدارة مسؤولة عن آثار هذه العلاقة الجديدة فقط[٢].

ويذهب **الدكتور مصطفى وصفي** إلى أنه ليس حلاً مثالياً أن نقول بأن عقود العمل تنتهي حتماً بانتهاء التزام المرفق العام، لأن المشروع يظل قائماً متماسـكاً بموجوداتـه والعاملين فيه، ولاينتهي في الواقع بإسقاط الالتزام، وذلك ما يجعـل علاقـة العامـل بالمشروع علاقة عينية وليست شخصية، لاتنتهي بانتهاء الالتزام بل تظل باقية.

على أنه يجوز للإدارة إجراء أعمال تطهيرية، وهي على بينة من أسبابها خلال مـدة معقولة، ويجب أن يكون قرارها مسبباً وإلا اصطدم مع قواعد الفصل التعسفي التي تأبى أن يكون الفصل طرداً بلا مبرر[٣].

كما يرى **الدكتور محمود خلف الجبوري** أن المبدأ في قوانين العمل هو اسـتمرار عقود العمل بالنسبة للعمال، لأن العامل يرتبط بالمشروع وليس بصاحب العمل[٤].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٢٨

(٢) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص٢٦٦.

(٣) مشار إلى رأي الدكتور مصطفى وصفي لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٦٧، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٢٨.

(٤) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة والنشر، الأردن، ١٩٩٨، ص٢٤٦.

٩ - تبقى عقود الملتزم المستبعد مع المنتفعين بالمرفق العام سارية المفعول في مواجهة الإدارة أو الملتزم الجديد، باعتبار أن الشروط اللائحية في عقد الالتزام والتي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين تظل محتفظة بقوتها الملزمة إذا ما انتقل الالتزام بالمرفق ليد السلطة المانحة أو الملتزم الجديد[١].

١٠ - لايستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الالتزام، باعتبار أنه جـزاء توقعـه الإدارة عليه نتيجة أخطائه الجسيمة التي ارتكبها، وأنه من حق الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمرفق، التي كانت سبباً للإسقاط[٢].

١١ - عندما يتقرر إسقاط الالتزام، تثور مسألة تحديد الأموال والأشياء التي تبقـى بعد إسقاط الالتزام ملكاً للملتزم المستبعد، وتلك الأموال والأشـياء الـتي تـؤول إلى السلطة مانحة الالتزام وتصبح ملكاً لها بلا مقابل، وتلك الأموال والأشياء التي يكـون لمانح الالتزام حق الخيار في شرائها مقابل تعويض الملتزم عنها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التصفية المالية لهذه الأموال والأشياء عند تقريـر جـزاء إسقاط الالتزام تتشابه مع التصفية المالية لهذه الأموال والأشياء عند تقريـر اسـترداد الالتزام، وتنطبق عليها نفس الآثار، وقد سبق أن تناولنا ذلك عند الحديث عـن آثـار الاسترداد[٣].

ويرى الفقيه الفرنسي Polack أن أية قاعدة عامة - في هذا الصدد - تبدو غـير ممكنة[٤].

---

(١) د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص١٥٣.

(٢) A.DE Laubadere et autres , contrats,OP. cit, T.2,P 691.

(٣) راجع من الصفحة ١٩٠ إلى الصفحة ١٩٧.

(٤) H.POLACK, op. cit, p.89.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ٢٦٧.

أما في **سوريا**، لم نجد في **القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقـود الموحد، والمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظـام العقود الموحد، والقانون المدني** في **مواده المتعلقة بالتزام المرافق العامـة، وكـذلك أحكام مجلس الدولة السوري، قواعد قانونية أو أحكام قضائية، تتناول الآثار المترتبة على جزاء إسقاط الالتزام.**

ولا نرى مانعاً من تطبيق القواعد المطبقة في **فرنسا ومصر بهذا الشأن والتي** تحدثنا **عنها** في **هذا المبحث ريثما يتم وضع نظام قانوني خاص بعقود الالتزام.**

ثانياً - الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

درسنا سابقاً أن الفقه والقضاء في فرنسا يميز بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقـد الأشغال العامة، الفسخ الجزائي البسيط المجرد، والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك تبعاً لجسامة وخطورة آثاره على حقوق المقاول المفسوخ عقده، والإدارة هـي صاحبة التقدير في تقرير هذا الفسخ أو ذاك[1]، وقد لايترك لها العقد هذا الخيار إذا ما نص على نوع الفسخ الواجب اتخاذه في صدد حالات معينة.

١ - الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

ينتج عن فرض الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة سواء المجرد أو على مسـؤولية المقاول من قبل الإدارة عدة آثار مشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي، وأهم هذه الآثـار المشتركة:

(١) راجع من الصفحة ١٢٥ إلى الصفحة ١٣٠.

أ - انتهاء العقد وانفصام الرابطة العقدية بين طرفيه نهائياً، حيث يجد المقاول نفسه بناء على هذا الفسخ مستبعداً نهائياً من تنفيذ الأشغال محل العقد[١]، وعلى المقاول أن يتوقف عن تنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد بشكل نهائي.

ب - يشمل الفسخ الجزائي لعقد الأشغال بنوعيه العقد كله، فلا يوجد فسخ جزئي، إذ لايجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد بأن تفسخ الجزء المربح وتبقي على الجزء الخاسر[٢].

جـ - يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل خلال مهلة تحددها الإدارة، وإلا تحققت مسؤوليته في حالة رفض الاخلاء[٣]، وتستطيع الإدارة بعد إعذار المقاول أن تقوم بنفسها بإزالة أدوات المقاول الرافض للإخلاء على حسابه[٤]، كما تستطيع أن تفرض غرامة تهديدية لاجباره على الاخلاء[٥].

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2, P.167.

(٢) G. JEZE, op. cit, T.3, p. 1047.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٣٨.

(٣) G. JEZE, op. cit, T.3, p. 1047.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٤) G. JEZE, op. cit, T.3, p. 1047.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٥) G. JEZE, op. cit, T.3, p. 1047.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

هـ - يمكن أن يعطي العقد للإدارة الحق في حجز التأمين السابق دفعه من المتعاقد كله أو بعضه مع الفسخ، وهنا يرى البعض أن هذا التأمين المحجوز لصالح الإدارة يعتبر بمثابة تعويض جزافي لها بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية[1].

و - إن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ليس تلقائياً، بل هو اختياري للإدارة، فعلى الرغم من النص عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، فإن الإدارة يمكنها أن توقع هذا الجزاء على المقاول، فقد أعطت دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا والصادرة سنة ١٩٧٦ الخيار للإدارة بين أن تقرر هذا الجزاء الفاسخ للعقد، أو أن تقرر جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة[2]، فإذا كان الفسخ الجزائي مسبوقاً بجزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، فإن للمقاول أن يعاود تنفيذ العقد فيما بعد انتهاء هذا الجزاء، فإذا لم يفعل ذلك بعد انقضاء مدة الشهر التالي على ابلاغ المقاول بقرار جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، فإن الفسخ الجزائي يمكن أن يكون صادراً من الإدارة لعقد المقاول المقصر، وهذا ما نصت عليه المادة ٣/٤٩ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا[3].

ز - يترتب على الفسخ الجزائي ضرورة إجراء تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ينظم العقد هذه المسألة، فإذا لم ينص في العقد على ذلك، فإن

---

(١) الدكتور عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٤.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٠.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٠.

الإدارة لاتكون ملزمة باكتسابها، كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها[١]، فإذا نص العقد على بعض هذه الأدوات والمواد التي تكتسب بواسطة الإدارة فإن هذا النص ليس من شأنه إلزام المقاول بتقديمها إذا ما فقدت نتيجة القـوة القاهرة[٢].

ح - حق الإدارة في الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبها سواء أكـان هذا الضرر ناتجاً عن وقف تنفيذ الأشغال حتى تاريخ الفسخ، أو كـان هـذا الضرر ناتجاً عن الفسخ الجزائي ذاته[٣].

كما يحق للإدارة أن تطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها أثناء فترة العقد بسبب التأخيرات المنسوبة إلى المقاول في تنفيذ العقد، والسابقة علـى فسـخ العقد[٤].

ط - يترتب على مقاول الأشغال العامة المفسوخ عقده نفقـات صـيانة وأمـن الأشغال المنفذة قبل إغلاق أماكن العمل، ونفقات هدم هـذه الأشـغال إذا قررت الإدارة ذلك، وذلك وفق ما جاء في المادتين /٤٦/ و/٤٩/ من دفتـر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود الأشغال[٥].

---

(١) G. JEZE, op. cit, T.3, p. 1049.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السابق، ص٢٣٩.

(٢) الدكتور عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٣

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 167.

(٤) C.E 26 Mars 1969, o.p.H.L. M de L'Ariége, R.D.p, 1969,p.1141.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٣٨.

(٥) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٣٩.

ي - أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة الجمع بين الفسخ الجزائي لعقد الأشـغال العامة بنوعيه، وتوقيع غرامة التأخير على المقاول[1]، إلا أن غرامات التـأخير التي توقع على المقاول يجب أن تكون سابقة لصدور قرار الفسخ.

٢ - الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ الجزائي:

إضافة إلى الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، فإن كـل نوع من الفسخ الجزائي ينفرد بآثار خاصة به، وسنوضح ذلك من خلال:

أ - الآثار الخاصة بالفسخ المجرد والبسيط لعقد الأشغال العامة:

(١) - تبدو الإدارة هنا أقل صرامة في ممارسة سلطتها في فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة، فإذا قدرت استبعاد المتعاقد نهائياً بلا تحفظ ودون أن يتحمل مخـاطر التعاقد الجديد، فإنها تكتفي بالفسخ المجرد للعقد.

فالفسخ الجزائي المجرد والبسيط ينقذ المتعاقد من النتائج الباهظة للعقـود الجديـدة المخصصة عند اللزوم لضمان استمرار العقد، فالفسخ المجرد والبسيط لايسمح بمباشرة إجراء إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية المقـاول[2] كـون الفسخ الجزائي مع إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية المقاول يعتبر متناقضاً مع الفسخ المجرد والبسيط الصادر من قبل[3].

---

(١) C.E 12 Fev 1931, charbonnie, Rec.p. 163

C.E 4 Mars 1981, C.H.A de Limoges, Rec.p. 119.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. مفتاح خليفة عبـد الحميـد، المرجـع السـابق، ص٣٥٤، و ص٣٦٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٣ و ص٢٦٠.

(٢) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 168.

(٣) C.E. 13 Janv 1962, Association syndicale de reconstruction de strasbourg-ville, Rec,p. 18.

ويذكر الفقيه FOUGEROLLE أن هذا النوع من الفسخ يبدو ملائماً جـداً للمتعاقد إذ يعفيه من النتائج الباهظة لإخلاله بالتزاماته، ويسـتعمل أصـلاً في تلـك الحالات التي يكون فيها حق الإدارة مشكوكاً فيه، على أساس أن أخطاء المتعاقد ليست جسيمة، أو كان لدى هذا الأخير حجج قوية يمكن أن يقبلها القضاء لتبرير موقفـه، وهذا الفسخ غالباً ما يكون أثراً لصلح معقود بين الأطراف[1].

ويرى الفقيه Jeze أنه من الضروري جداً أن تبين الإدارة بجلاء تام في قرارهـا أن الفسخ الذي تقصده هو فسخ مجرد، تفادياً لما قد يثور من شك حول طبيعة هذا الفسخ إذا لم تفصح عن ذلك، لأن المتعاقد سوف يمكنه أن يحاول فيما بعد التمسـك بـأن الإدارة قد استعملت سلطتها العامة في الفسخ بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وبذلك فهي ملزمة بتعويضه عنه، في حين أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط يستبعد أي تعويض لصالح المقاول نتيجة لهذا الفسخ، على أنه يمكن لقاضي العقد- وهـو يقـدر جسامة خطأ المتعاقد- أن يحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد إلى فسخ مجـرد عندما يتحقق من أن هذا الخطأ كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء من الإدارة[2].

(٢) - يؤدي الفسخ الجزائي المجرد والبسيط إلى تسليم الأشغال طبقاً للقواعد العامة المطبقة على تصفية العقد والواردة بعقد الأشغال العامة أو دفتر الشروط.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٥، ود. محمد صـلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(١) (ph) FOUGEROLLE, La déchéance de Léntrepreneur, thése, Paris, 1933, p.78.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٥، ود. مفتاح خليفة عبـد الحميـد، المرجـع السابق، ص٣٥٥ ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(٢) G.Jeze, op. cit, T3, p.1039.

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٥، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السابق، ص٢٤٣.

ب - الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول:

(١) - تنص المادة ٤/٤٩ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة والصادرة سنة ١٩٧٦ في فرنسا على أنه: (في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول، فإنه يتم إبرام عقد مع مقاول آخر من أجل إكمال الأشغال)، ولذلك لابد من إبرام عقد جديد مع مقاول جديد لاكمال الأشغال عندما تقرر الإدارة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول، ولكن اسناد العقد لمقاول جديد لايستوجب بالضرورة الاستخدام الالزامي لأسلوب المناقصة[١]، فلإدارة تختار بحرية تامة الشخص الذي يقوم بإنهاء تنفيذ الأشغال سواء عن طريق المناقصة أو التعاقد بالتراضي.

(٢) - يسلم الفقه الفرنسي بأن الإدارة لاتستطيع أن تقرر الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول إلا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط بمقتضى نص صريح[٢]، كما أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر في أحكامه على ذلك[٣].

وعلة ذلك- طبقاً لما يراه الفقيه FLAMME تكمن في الخطورة البالغة للفسخ بهذا الشكل، وما يؤدي إليه من نهاية قاسية بالنسبة للمقاول، لأنه يتحمل جميع الأعباء المالية المترتبة على اختيار مقاول جديد بدلاً منه، ولذلك يجب أن يكون هذا الجزاء مقبولاً من المقاول الذي يقر بناء على شرط في العقد بإمكان تطبيق هذا الفسخ عليه[٤].

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2, P.168 et 169.

(٢) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2, P 163.

(٣) C.E 5 Juillet 1950, sté Française de construction, Rec.p.416.

C.E 15 oct 1965, sté enterprise perignon, Rec.p. 522.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(٤) (M-A) FLamme, Traité théorique et pratique des marches publics, Bruxelle, 1969, T.2,p.711.

(٣) - تستطيع الإدارة صاحبة العمل مواصلة تنفيذ الأشغال العامة موضوع العقد بنفسها وعلى مسؤولية المقاول المفسوخ حتى تاريخ التصديق على العقد الجديد المـبرم على أثر فسخ العقد الأصلي[١].

كما تستطيع أن تستمر في تنفيذ الأشغال العامة عن طريق الإدارة المباشـرة إذا لم ينتج عن إعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة أية نتيجة في اختيار مقاول جديد[٢].

ويعود ذلك إلى أن الإدارة هي في الأصل صاحبة الأشغال العامة والمسؤولة عن سير المرافق العامة، وبالتالي لها سلطة الملاءمة التي تمكنها من اختيار أفضل الوسائل لضـمان حسن سير المرافق العامة.

(٤) - إذا تم النص في عقد الأشغال العامة أو دفتر الشروط على الفسخ الجزائـي المجرد والبسيط في حالات معينة، فإن ذلك لايمنح الإدارة الحق في أن تقـرر الفسـخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في هذه الحالات[٣].

نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٧، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السابق، ص٢٤٩.

(١) C.E 24 Avril 1885, Goupil, Rec.p.439.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٧.

C.E 10 Juillet 1987, centre nationale de La Recherché scientiFique, Rec No.60843.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٦٤.

(٢) C.E 5 Août 1920, Sanvoisin, Rec.p.819.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٣) C.E Juillet 1950, sté Française de construction, Rec.p. 416.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٣٦٢، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٠.

(٥) - تستطيع الإدارة فرض الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مع إعادة طـرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة دون اللجوء إلى القضاء، فالقاضـي لايسـتطيع أن يصدر هذا الجزاء[١]، ولكن يبقى قاضي العقد يراقب في حالة التعاقد بأسلوب الممارسة ما إذا كانت الإدارة قد تعاقدت إضراراً بالمقاول الأصلي بأثمان مغالى فيها من عدمه[٢].

(٦) - يستطيع المقاول الأصلي المفسوخ عقده التوجه إلى قاضي العقد للمنازعة في مشروعية إبرام العقد الجديد على مسؤوليته، ولكن قاضي العقد لايسـتطيع أن يقـرر إلغاء هذا الاجراء، ولكنه يستطيع أن يعفي المقاول في حالة عدم مشروعية هذا الاجراء من النتائج والأعباء الباهظة المترتبة عليه، وأن يمنحه عند اللزوم تعويضاً عن ذلك[٣].

(٧) - تم الاعتراف للمقاول المفسوخ عقده بعدة ضمانات – بالإضافة إلى وجوب إعذاره – تمكنه من حماية مصالحه إزاء هذا الاجراء الجزائي الشديد، وهذه الضمانات هي:

- يجب أن يتم العقد الجديد – سواء تم بمناقصة أو بالتراضي – في إطـار العقـد الأصلي، وعلى أساس دفتر الشروط ذاته الذي أبرم العقد بمقتضاه[٤]، كما يجب

---

(١) C.E 17 Déc 1909, Doublé, Rec.p. 1001.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٠.

(٢) C.E 4 Nov 1920, Worms, Rec.p. 903.
C.E 14 Mars 1928,Sagne, Rec.p. 358.
مشار إلى هذين الحكمين لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٨، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٤٨.

(٣) M. Lubrano-Lavadera, Les Marchés de L' Etat et des collectivités Locales, paris.1960, p.45.
نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٥، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٤) C.E10 Juin 1932, Bigot, Rec.p. 572.

أن يكون العقد الجديد منصباً على جملة الأشغال المنصوص عليهـا في العقـد المفسوخ، فإذا انصب على بعض الأشغال، فإنه لايمكن الاحتجاج به في مواجهة المقاول المستبعد[١].

- يجب أن يكون قرار الإدارة بإبرام العقد الجديد على مسؤولية المقاول المفسـوخ عقده صادراً في نفس لحظة صدور قرار فسخ العقد[٢]، كما يجب علـى الإدارة أن تبرم العقد الجديد في أسرع وقت ممكن بعد فسخ العقد، فإذا طرأ تغيير على أسعار العقد المفسوخ نتيجة تأخر الإدارة في إجراء العقد الجديد، فإن المقـاول يستطيع أن يرفع لقاضي العقد، الذي يستطيع أن يقضي عند اللزوم بعدم شرعية العقد الجديد، وأن يقضي بإعفاء المقاول من نتائج هذا العقد[٣].

- يجب على الإدارة صاحبة الأشغال العامة أن تعلم المقاول الأصلي بقرارها بفسخ العقد على مسؤوليته، وكذلك أعلامه بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته، وأن تدله على اسم المقاول الجديد، حتى يستطيع المقاول الأصلي أن يباشر حقـه في متابعة العمليات المنفذة على حسابه ومسؤوليته بواسطة المقاول الجديد، وذلـك

مشار إلى هذا الحكم لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٩٢.

C.E 30 Nov 1938, Roudier, Rec.p. 900.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٦٢

(١) G.JEZE, op.cit, T.3, p.1054.

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٢) C.E 20 Mars 1957, Ruiz, Rec.p. 184.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٣) C.E 15 Mars 1939, Eonta, Rec.p. 170.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥١.

من أجل المحافظة على حقوقه ومصالحه كونه هو من سيتحمل النتائج الباهظـة للعقد الجديد، وهذا ما نصت عليه المادة (٥/٤٩) من دفتر الشروط الإداريـة العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا، والصادرة سنة ١٩٧٦، والتي تقضي بأن المقاول المفسوخ عقده مع إبرام عقد جديد على حسابه ومسـؤوليته مسموح له بأن يتابع تنفيذ الأشغال بواسطة المقاول الجديد بدون أن يسـتطيع عرقلة أوامر صاحب العمل أو نوابه[١].

ولذلك فإن إعلان الإدارة قرارها بالفسخ إلى المقاول الأصلي، لايعفيها من ضـرورة إعلانه بقرارها بإبرام العقد الجديد، حتى يستطيع أن يدافع عن مصالحه.

فإذا لم تراع الإدارة كل الاجراءات السابقة، يستطيع المقاول الأصلي أن يطعن أمـام قاضي العقد بعدم شرعية التعاقد مع المقاول الجديد من حيث الشكل والإجـراءات، ويستطيع القاضي هنا إعفاء المتعاقد الأصلي من النتائج المالية الباهظة المترتبة على إبرام العقد الجديد، دون أن يكون له الحق بإلغاء الاجراءات المعيبة[٢].

(٨) - يتحمل المقاول المفسوخ عقده جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سـبيل ابرام عقـ ـد جديد مع مقاول آخر[٣]، بما في ذلك الزيادة في النفقات، والتي نتجت

---

(١) مشار إلى هذه المادة لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٢.

(٢) C.E 5 Aout 1920, Sanvoisin, Rec.p. 322.

مشار إلى هذا الحكم لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٩٣.

C.E 1 er mars 1967, sté technical, Rec.p. 104.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٣.

(٣) C.E 14 Nov 1947, Ministre de L'air, Rec.p. 422.

C.E 20 Mars 1957, Ruiz, Rec.p. 184.

C.E 17 Mars 1972, Figaroli, Rec.p. 224.

مشار إلى هذه الأحكام لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٨، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٣.

عن إبرام العقد الجديد بالمقارنة بالعقد الأصلي، بشرط ألا تكون هذه الزيادة مبالغ ـ اً فيه ـ ا[1]، وتخصم الزيادة في النفقات التي يتطلبها اختيار المتعاقد الجديد من المبالغ المس ـ تحقة للمق ـ اول المستبعد من الإدارة، فإذا لم يكن له شيء لدى الإدارة، فإنه يتم خصم هذه الزيادة من مبل ـ غ التأمين الذي دفعه المقاول المستبعد من قبل عند إبرام عقده مع الإدارة، وذلك دون المساس بحق الإدارة في الرجوع عليه في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين[2].

وتشتمل النتائج والأعباء الباهظة التي يتحملها المقاول المفسوخ عقده والمترتبة على التعاقد مع المقاول الجديد على الثمن الناتج عن العقد الجديد، وك ـ ذلك الارتف ـ اع في الثمن الناتج عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال، ولكن في حدود الأشغال المدرجة في العقد الأصلي، ويستبعد من هذه الأعباء التي يتحملها المقاول المفسوخ عقده النفقات ال ـ تي ترجع إلى خطأ الإدارة أو خطأ المقاول الجديد[3].

أما في حالة نقص نفقات عملية اختيار المقاول الجديد بالمقارنة بالعقد الأصلي، فإن الإدارة وحدها هي التي تستفيد من هذا النقص، أما المقاول المفسوخ عقده لايحق ل ـ ه المطالبة بالاستفادة من هذا النقص في النفقات، إذ لايمكن أن يستفيد من تقص ـ يره في تنفيذ التزاماته العقدية[4].

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2, P170.
G.JEZE, op.cit, T.3, p.1056.
نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٩. ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٤.

(٢) J. MONTMERLE, Passation et execution des marchés des Travaux publics, 2e éd, Eyrolles, Paris, 1967,p.214.
نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٨٩. ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرج ـ ع السابق، ص٢٥٥.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P170.

(٤) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P.170.

ولقد نصت المادة (٦/٤٩) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا على الأحكام السابقة الخاصة بحالتي زيادة أو نقص نفقات إبرام العقد لجديد بالمقارنة بالعقد الأصلي، فقد جاء في هذه المادة (أن زيادة النفقات الناتجة عن إبرام عقد الأشغال العامة الجديد تكون على عاتق المقاول المفسوخ عقده، وهذه الزيادة في النفقات تقتطع من المبالغ التي من الممكن أن تكون مستحقة له، فإذا لم توجد أية مبالغ مستحقة له لدى الإدارة، فإن الزيادة في النفقات تقتطع من التأمينات المتفق عليها، بدون المساس بحقوق الرجوع عليه في حالة عدم كفايتها، أما في حالة نقص النفقات- الخاصة بإبرام العقد الجديد- عن نفقات العقد الأصلي، فإن المقاول المفسوخ عقده لايمكن أن يستفيد من ذلك ولو جزئياً)[١].

وفي حالة ما إذا كانت كمية الأعمال – في نهاية الأمر – قد نفذت بكميات أقل مما كان مقدراً لها، أو كانت الإدارة قد تخلت عن تنفيذها، فإن المقاول المفسوخ عقده من حقه المطالبة باسترداد كل أو بعض المبالغ التي سبق أن دفعها من أجل المحافظة على حقوق الدولة[٢].

وقد أيد الفقيه الفرنسي FOUGEROLLE قضاء مجلس الدولة السابق، حيث ذهب إلى أن: (هذا القضاء يحقق العدالة، إذ يعطي في نهاية الأمر لكل ذي حق حقه، وفي حالة تجاوز كميات الأشغال المنصوص عليها تستطيع الإدارة –نظراً لتشابه أسباب – مطالبة المقاول الأصلي بمساهمة تكميلية)[٣].

---

(١) مشار إلى هذه المادة لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٥.

(٢) C.E 29 Juin 1900, Tissier, Rec.p. 445.

مشار إلى هذا الحكم لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٩١، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٥، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٩.

(٣) (ph). FOUGERLLE, op. cit, p.86.

كما يرى الفقيه البلجيكي FLAMME أن هذا الحل له ميزة مؤكدة، لأنه يحافظ على المصالح المشروعة للإدارة، إذ تستطيع بموجبه أن تسترد فوراً من مدينها الزيادة في النفقات، وبذلك تتجنب مخاطر التزاحم المحتمل مع دائني المقاول إذا ما أشهر إفلاسـه بعد ذلك، كما يحافظ على حقوق المقاول، إذ يسمح له بأن يتمسك ضد الإدارة فيما بعد بنصوص العقد، كما في حالة التغيير في كميات الأشغال أو التخلي عن تنفيذ هذه الأشغال[١].

كما ذهب الدكتور فؤاد العطار إلى أن: (الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي يعتـبر منطقياً، فمن ناحية، يحمي هذا القضاء المصالح المشروعة للإدارة، حيث يدفع المقـاول الأصلي الفرق بين ثمن كل من المناقصة الأصلية والمناقصة الجديدة، ومن ناحية أخـرى فإن هذا الحل يحمي أيضاً مصالح المقاول، حيث إنه يسمح له بأن يتمسـك بحقوقـه الناشئة عن العقد في مواجهة الإدارة)[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة، هي التي تحدد بنفسها مبلغ دين المقاول الأصلي عن طريق أمر بالدفع، ما لم يرد نص خاص في العقد أو دفاتر الشروط على خلاف ذلك، ويحق للمقاول الأصلي أن ينازع في هذا المبلغ بدفع الأمر إلى قاضي العقد[٣].

نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٩١، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٦٥، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٥٩.

(١) (M-A) FLAMME, op.cit, T.2, p. 702.

نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ٢٩١، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السابق، ص٢٥٩و ص٢٦٠.

(٢) (Fouad). EL-ATTAR, op. cit, p. 407.

(٣) G.JEZE, op.cit, T.3, p.1058.

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٦٠.

ثالثاً - الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد التوريد[1]:

يعرف القانون الفرنسي –كما ذكرنا سابقاً – نوعين من الفسخ الجزائي لعقد التوريد[2]، فإذا كانت الإدارة تريد فسخ العقد دون أن تحمل المورد نفقات ابرام عقد جديد مـع مـورد آخر، فإننا نكون أمام الفسخ المجرد والبسيط لعقد التوريد، أما إذا كانت الإدارة تريد تحميـل المورد نتائج فسخ العقد، ونفقات ابرام عقد جديد مع مورد آخر لتنفيذ التوريدات التي مازالت لم تسلم للإدارة، فإننا نكون أمام فسخ عقد التوريد على مسؤولية المورد، وللإدارة مطلق الحرية في تقرير هذا الفسخ أو ذاك تحت رقابة القاضي.

وسوف نتحدث عن الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد التوريد من خلال:

١ - الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

أ - استبعاد المورد من تنفيذ عقده نهائياً، وتحريره من التزاماته الـواردة في عقـد التوريد الباقية دون تنفيذ.

فالفسخ الجزائي لعقد التوريد يجب أن يكون فسخاً كلياً، يشمل العقد كله ولـيس فسخاً جزئياً، حيث أنه لايجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي لعقد التوريد بأن تفسـخ الجزء المفيد للمورد وتبقي على الجزء الخاسر له حتى في حال خطئه.

---

(١) يعرف عقد التوريد بأنه عقد يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شـركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ويمكن أن يتم التوريد دفعة واحدة أو على دفعات خلال فترة زمنية محددة.
راجع: د. خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص ٢٥٣، ود. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٤٨٠، ود. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص٢١٢.

(٢) راجع من الصفحة: ١٢٥ إلى الصفحة ١٣٠ من هذا البحث.

ب - تستطيع الإدارة أن تفرض على المورد المفسوخ عقده غرامات التأخير عن الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لاختلاف الغرض من كلا الجزاءين، بينما لاتستطيع الإدارة فرض غرامات التأخير عن الفترة التالية للفسخ [١].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في سوريا، حيث جاء في حكم صادر عنها عام ١٩٧٤: (يترتب على فسخ التعاقد إنهاء الرابطة العقدية ويعتبر هذا التاريخ نهاية لمسؤولية التأخير الملقاة على عاتق المتعهد)[٢].

كما جاء في حكم آخر لها صادر عام ١٩٧٦: (أن القضاء الإداري لايستطيع أن يقبل فكرة الإدارة التي بني عليها طعنها والقائلة أن غرامة التأخير تستمر في أن تسجل مبالغها على المتعهد المتقاعس حتى تاريخ التعاقد مع المتعهد الجديد فإن فسخ العقد يكفي لوقف سريان هذه الغرامة ذلك أن الغرامة عن التأخير وفروق الأسعار لدى الشراء على حساب المتقاعس لا يجتمعان)[٣].

جـ - مصادرة التأمين السابق دفعه من المورد المفسوخ عقده، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية الصادر في عام ١٩٦٣ (أن مصادرة التأمينات كلاً أو بعضاً حق من حقوق الإدارة مستقل تمام الاستقلال عن قرار فسخ العقد....)[٤].

---

(١) G.JEZE, op.cit, T.3, p.1132.

نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٨٣، وص٢٨٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٤٧ و ص٣٤٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣٢، في القضية ١١١، لسنة ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٢٦٠، المبدأ ١٠٥.

(٣) مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح نوري المهايني، المرجع السابق، ص٢٦٠.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢٩، في القضية (..)، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠/١٩٦٤، ص ٢٢٨، المبدأ ١٨٧.

د - تستطيع الإدارة أن تحصل على التعويض من المورد عن الأضرار التي تلحقها من الفسخ الجزائي لعقد التوريد نتيجة توقف التوريدات، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٨٤: (أن تقاعس المتعهد عن تنفيذ العقد وفقاً لشروطه يبرر للإدارة فسخ العقد ويعطيها الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار اللاحقة بها)[١].

هـ - يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض بسبب عدم تنفيذ العقد بشرط ألا يحظر العقد هذا الجمع، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية صادر عنها بتاريخ ١٩٧٥/٢/٢٢: (أنه لا تترتب على الجهة الإدارية أن يجتمع لها في حالة فسخ العقد مصادرة التأمين مع استحقاق التعويض، إذ لايعتبر الجمع بينهما إزدواجاً للتعويض يحظره القانون، على أن الجمع بينهما مشروط بأن لا يحظر العقد صراحة هذا الجمع)[٢].

وقد اتبعت المحكمة الإدارية العليا في سوريا ما تبنته مثيلتها في مصر، فقد جاء في حكم صادر عنها عام ١٩٧٢: (أن مصادرة التأمين عملية مستقلة عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار في خصوصية المنازعة المعروضة إذ لكل منهما سببه ومبرراته ولاتعارض بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض المطالب به ولابين أيهما وبين فسخ العقد فليس ما يمنع من الجمع بينهما)[٣].

و - ليس للمورد الحق في التعويض، بل على عكس ذلك، فإن كل نتائج الفسخ تكون على عاتق المورد المخطئ.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢١١، في القضية ٥٣، لسنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤، ص٣٥٢، المبدأ ٩٥.

(٢) مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٤٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٨، في القضية ١١٧، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص١٦٩.

ز - ينتج الفسخ الجزائي لعقد التوريد بنوعيه (المجرد أو على مسؤولية المورد) آثاره اعتباراً من التاريخ المحدد في قرار الفسخ، فإذا لم يوجد تاريخ محدد في قرار الفسخ، فإن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يصبح نافذاً اعتباراً من تـاريخ إعـلان قـرار الفسـخ للمورد[1].

ح - إن المورد المفسوخ عقده ملزم بأن يعيد المواد المسلمة إليه من الإدارة من أجل تنفيذ التوريد المتعاقد عليه، فإذا كانت هذه المواد قد ابتدأ في استبدالها أو تصنيعها ولا يمكن إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها وقت استلامها فإن هذا المورد يكون ملزمـاً بدفع قيمتها للخزانة العامة، ومن حق الإدارة خصم هذه القيمة من تأميناته[2].

ط - إن الفسخ الجزائي لعقد التوريد لايكون حائلاً دون الدعاوى الجنائية والمدنية التي يرى الشخص العام إقامتها ضد المورد المفسوخ عقده[3].

ي - يترتب على الفسخ الجزائي لعقد التوريد بنوعيه تصفية العقد وإقامة كشـف حساب للفسخ.

---

(١) المادة (٢٩) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريدات والخدمات الصادرة سنة ١٩٧٧ في فرنسا، مشا ر إلى هذه المادة لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السـابق، ص٣٤٧.

(٢) C.E 10 nov 1926, Banque des Travaux publics, Rec, p. 949.
C.E 29 Juin 1927, Huguenin, Rec,p. 723.
مشار إلى هذين الحكمين لدى د.عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٨٤، ود. محمد صـلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٤٨.

(٣) المادة ٢/٢٤ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريد والخدمات.
المادة ٤/٣٧ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريد الصناعية.
المادة ٤/٣٧ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود أداء الخدمات الذهنية.
مشار إلى هذه المواد لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥٠.

ويلاحظ أن التوريدات المنجزة والمسلمة للإدارة هي فقط التي توضع في الاعتبـار عند تصفية عقد التوريد المفسوخ، وبالتالي فإن المورد لايستحق أي تعويض عن الجـزء غير المنفذ من العقد، كما لايستحق أي تعويض كذلك عن التوريدات التي قام بها أثناء تنفيذ العقد طالما أن الإدارة لم تقبل استلامها.

٢ - الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

رغم أن هناك تشابه في بعض الآثار التي تترتب على الفسخ الجزائي المجرد والبسيط والفسخ الجزائي على مسؤولية المورد لعقد التوريد، فإن كل نوع من هذين الفسـخين ينفرد بآثار خاصة به.

أ - الآثار الخاصة بالفسخ المجرد والبسيط لعقد التوريد:

إن الأثر الأساسي للفسخ الجزائي المجرد والبسيط لعقد التوريد هو إعفاء المورد المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة لابرام عقد توريد جديد، حيث تكتفي الإدارة في هذا النوع من الفسخ الجزائي لعقد التوريد بإنهاء العلاقات العقدية التي تربطها بالمورد، واستبعاده من تنفيـذه دون أن تحمله أية نفقات إضافية أخرى ناشئة عن إبرام عقد جديد مع مورد آخر.

وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من الفسخ الجزائي، عندما لاترغب في استمرار عملية التوريد، أو إبرام عقد جديد مع مورد آخر لتوريد الأداءات التي لم تسلم بعد من المورد المفسوخ عقده.

ويستطيع قاضي العقد عند النظر في جسامة خطأ المورد، أن يحول الفسخ الجزائـي على مسؤولية المورد الصادر من الإدارة إلى فسخ مجرد وبسيط، عندما يجد أن خطـأ المورد كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الإدارة، وأن يعفي عندئذ المورد المفسوخ عقـده من نفقات إبرام عقد جديد مع مورد آخر[١].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥١.

ب - الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد على مسؤولية المورد:

آثار هذا النوع من الفسخ أشد وأقسى من الفسخ الجزائي المجرد والبسيط لعقد التوريد، فعندما تختار الإدارة هذا الجزاء فإنها تقوم بإبرام عقد جديد على نفقة المورد المقصر، وذلك لإيجاد مورد جديد يقوم بتنفيذ كافة التوريدات التي لم تنفذ بعد، وبذلك يتحمل المورد المفسوخ عقده جميع المصروفات الناتجة عن إبرام العقد الجديد، ولو كانت أكثر كلفة من العقد الأصلي[1].

وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من الفسخ الجزائي لعقد التوريد عندما لاتقبل أن تحرم من الأداءات المنصوص عليها في العقد، ولذلك فإنها تتخلص من ناحية من المورد المتخلف عن تنفيذ التزاماته، كما أنها تقوم من ناحية أخرى بإحلال مورد جديد محل المورد الأصلي المفسوخ عقده عن طريق إبرام عقد جديد على مسؤوليته وحسابه.

ونظراً للنتائج الخطيرة المترتبة على هذا الفسخ، فإن الإدارة تلتزم بأن توضح في قرارها بفسخ العقد أن هذا الفسخ صادراً على مسؤولية المورد المفسوخ عقده[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة ليست ملزمة عند فسخ العقد على مسؤولية المورد أن تبرم عقداً جديداً مع مورد آخر، ولكنها تستطيع أن تقوم بنفسها بتنفيذ التوريدات على حساب المورد، وذلك باستعمال المواد والورش الخاصة بالمورد، ولكن في هذه الحالة يجب النص في العقد على ذلك، وإما في مؤسسة خاصة بها[3].

---

(١) C.E 10 Juillet 1972, sté BoeuF de France, Rec. p. 540.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨٠، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥٦.

(٢) R. ZiEGEL , Les marchés Publics dans Les Pays en voie de dévelopement, Librairi Armand – Colin, Paris, 1968,p.288.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2, P.171.

وتخضع عملية اختيار مورد جديد يحل محل المورد المفسوخ عقده للأحكام التالية[1]:

(١) - يجب أن تكون شروط العقد الجديد – باستثناء الثمن- هي نفس شـروط عقد التوريد الأصلي، وللمورد الأصلي أن يرفض تحمل النتائج المترتبة على إبـرام عقد جديد على مسؤوليته في حالة مخالفة هذا العقد لشروط العقد الأصلي.

(٢) - يتم عادة اختيار المورد الجديد عن طريق مناقصة عامة، ولكن ذلك لـيس التزاماً قانونياً عليها، حيث تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى اختيار المورد الجديد عـن طريق أسلوب الممارسة في حالة الاستعجال[2].

(٣) - الإدارة ملزمة بالسماح للمورد المفسوخ عقده بمراقبة عملية اختيار المـورد الجديد، وذلك للمحافظة على مصالحه، ومتابعة العمليات المنفذة بواسطة المورد الجديد، وذلك من خلال قيام الإدارة بإبلاغ المورد الأصلي المفسوخ عقده في الوقت المناسـب بنيتها في إبرام عقد جديد مع مورد جديد، وفي حال تخلف الإدارة عن القيام بمثل هذا الابلاغ، فإنه يسقط حقها في مطالبة المورد المفسوخ عقده بتحمل النتائج المالية الباهظة المترتبة عن تنفيذ العقد الجديد[3].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٣٥٧.

(٢) G.JEZE, op.cit, T.3, p.1134.

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٣٥٧.

(٣) C.E 16 Juin 1978, sté d'achats et de consignations, R.D.P. 1980,p.1484.

C.E 3 nov 1978, OFFice public départemental, R..D.P, 1980, p.1485.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨١، ود. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٣٥٨.

(٤) - إن فسخ عقد التوريد وإبرام عقد توريد جديد مع مورد جديد في حالة الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المورد إجراءان لايرتبطان بالضرورة معاً، كما أن عدم مشروعية أحدهما لاتؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية الآخر.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بأن الفسخ الجزائي لعقد التوريد المبرم مع الشركة الموردة، والصادر أثر إجراء غير مشروع ليس له تأثير على صحة العقد الجديد المبرم لتنفيذ التوريدات التي لم تنفذ بعد، فعدم مشروعية الفسخ الجزائي ذاته ليس له أثر على مشروعية العقد الجديد المبرم فيما بعد[١]

ويترتب على عملية اختيار مورد جديد بدلاً من المورد المفسوخ عقده جملة من النتائج أهمها:

(١) - يتحمل المورد المفسوخ عقده كل المصروفات وفروقات الأسعار الزائدة عن قيمة العقد الأصلي، والتي تنتج عن إبرام عقد جديد مع مورد جديد، بينما لايستفيد المورد المفسوخ عقده من نقص النفقات والفرق في السعر في حالة قيام الإدارة بالتعاقد مع مورد جديد بأقل من القيمة الواردة في العقد الأصلي، حيث تحتفظ الإدارة بهذا الفرق لحسابها[٢].

ويستطيع المورد المفسوخ عقده أن يطلب تخفيض المبالغ المستحقة عليه نتيجة إبرام العقد الجديد مع المورد الجديد، إذ ارتكبت الإدارة خطأ جسيماً في عملية إبرام العقد

---

(١) C.E 5 Nov 1982, sté propétrol, R.D.P, 1983, p.1437.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٣٦٠.

(٢) R.ZIEGEL, op.cit, p.289.

A.DE Laubadere et autres, contrats,oP. cit, T.2,P 171
C.E 5 nov 1982, sté Propetrol, Rec.p.381.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨١، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥٨.

الجديد، أو إذا ارتكب المورد الجديد أخطاء فادحة أثناء التوريد[1]، أو إذا كان الـثمن يتجاوز القيمة المحددة في اللوائح التنظيمية للثمن[2].

(٢) - لا يحق للمورد المفسوخ عقده المشاركة بشكل مباشر أو غـير مباشـر في عملية التوريد الجديدة المنفذة على مسؤوليته[3].

(٣) - يلتزم المورد المفسوخ عقده على مسـؤوليته في مجـال عقـد التوريـدات الصناعية، وعقود أداء الخدمات الذهنية، أن يتنازل إلى المورد الجديـد عـن بـراءات الاختراع والرخص الضرورية[4].

---

(١) C.E 10 Juillet 1972, sté BoeuF de France, Rec.p.

C.E 5 nov 1982, sté propetrol Rec.p. 381. 546.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨١، ود. محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٣٥٩.

(٢) C.E 6 Déc 1967, pascal, Rec.p. 463.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٢٩٥، ود.مفتاح خليفة عبـد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨١، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٣٥٩.

(٣) - المادة ٣٢ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريدات الجارية والخدمات.

- المادة ٣٨ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريد الصناعية.

- المادة ٣٨ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود أداء الخدمات الذهنية.

مشار إلى أرقام هذه المواد لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السـابق، ص٣٦٠و ص٣٦١، ولدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨٢.

(٤) - المادة ٣٢ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقـود التوريـدات الجاريـة والخدمات.

- المادة ٣٨ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريد الصناعية.

- المادة ٣٨ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود أداء الخدمات الذهنية.

مشار إلى أرقام هذه المواد لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجـع السـابق، ص٣٦٠و ص٣٦١، ولدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨٢.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة

يخضع قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لرقابـة القضـاء الإداري، سواء تم ذلك لدواعي المصلحة العامة، أو نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، أو ما يسمى بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، حيث لاتعتبر سلطة الإدارة في إنهـاء العقـد الإداري بإرادتها المنفردة سلطة مطلقة تمارسها كيفما تشاء، بل هي سلطة تقديرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري، حيث يمارس القاضي الإداري المختص رقابته على الإدارة، ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب الالتزام بها من جانب الإدارة لممارسة هذه السلطة، وهذا في حد ذاته يعد ضمانة أساسية للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في الانهاء.

وسوف نتناول دراسة هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسـخ الجزائـي للعقـد الإداري.

المطلب الأول
رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة

سوف نتحدث عن هذا الموضوع من خلال:

أولاً - تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة.

ثانياً - نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفـردة لدواعي المصلحة العامة.

ثالثاً - سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهـاء العقـد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته.

أولاً - تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة:

استناداً إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي الإداري المكلف بممارسة سلطة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري في حالتي الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة أو الطعن المقدم من الغير الذي يعتبر أجنبيـاً عـن العقد.

وسوف نبين ذلك من خلال:

١ - الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة:

استقر القضاء الإداري في فرنسا –كقاعدة عامة- على أنه يجب على المتعاقـد أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار تصدره جهة الإدارة المتعاقدة يتعلق بتنفيذ أو

نهاية العقد الإداري الذي يربطه بها، وأن هذه الدعوى تأخذ شكل دعـوى القضـاء الكامل، ولذلك لا يجوز للمتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي الإلغاء في أي قرار إداري يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري[١].

فدعوى القضاء الكامل المقامة أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكهـا المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، وليست دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء[٢].

وقد جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢ أنه (نظراً لأن قـرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لايعتبر قراراً منفصلاً عن العقـد بالنسبة للملتزم، فإن هذا الملتزم لايستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد)[٣].

وفي مصر تبنى مجلس الدولة المصري ذلك، حيث اعتبر القضاء الكامل هو الأصـل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية، حيث جعل اختصاص محكمـة

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 1056.

(٢) C.E 5 Jan 1945, saintard, Rec.p.3

C.E 11 Déc 1959, sté générale technique, Rec.p. 670.
C.E 19 nov 1971, Dlle Leduc, Rec.p.688.
C.E 17 Déc 1971, Association syndicale des embranches, Rec.p.785.
مشار إلى هذه الأحكام لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٨٩، ود. محمـد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٥٥١، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجـع السـابق، ص٢٣٦.

(٣) C.E 19 Fev 1987, sté France 5, Rec. p.28.

مشار إلى هذه الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٣٨٩، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥١، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٣٦.

القضاء الإداري يمتد ليشمل كل ما يتعلق بعملية التعاقد ولجميع العقود الإدارية، وهـو اختصاص شامل ومطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها[1].

فقد جاء في حكم لمحكمة القضـاء الإداري بتـاريخ ١٩٥٦/١١/١٨: (لم يعـد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية (عملية التعاقد) ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافـة العلاقـات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وأصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود مـن إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعـة الأصـلية في حـدود

---

(١) - تنص المادة (١٧٢) من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ (أن مجلـس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى التأديبية، ويحـدد القانون اختصاصاته الأخرى).

- تنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢: تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:

(أولاً)..... (ثانياً)..... (ثالثاً)..... (رابعاً).....

(خامساً)- الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

(حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر.

- تنص المادة (١٣): تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المـادة (١٠) عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية.....

- تـنص المـادة (١٤): تختـص المحـاكم الإداريـة: ١-.....٢-.....

٣- بالفصل في المنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة (١٠) متى كانت قيمة المنازعـة لاتتجاوز خمسمائة جنيه.

اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصرها العمليـة بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صور قرار إداري وما لايتخذ هذه الصورة، طالما تـوافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري، وعلى هذا النحو يكون لمحكمة القضاء الإداري في هذه المنازعـات أن تفصل في القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها تفريعاً على ذلك أن تراقب مطابقـة القـرار للقانون وأن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الواقع.

ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم، فإنه متى توافرت في المنازعة حقيقـة العقـد الإداري، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضـائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء)[1].

وقد أكدت على ذلك أحكام كثيرة للمحكمة الإدارية العليا، نذكر منها حكمهـا بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩، والذي جاء فيه: (.....من المسلم بـه أيضـاً أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصـدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وبجميع ما يتفرع عنها.....)[2].

وحكمها أيضاً بتاريخ ١٩٩٥/٣/٧، والذي جاء فيه: (من حيث أن قضاء هـذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقـدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ق- جلسة ١٩٥٦/١١/١٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجـع السـابق، ص٩٩، ود. سـليمان الطماوي، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٦٨٣- ٣٦ق تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩، مشار إلى هـذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١١٠.

القسم القضائي بمجلس الدولة حتى ولو انصب النزاع على طلب المتعاقد إلغـاء قـرار إداري اتخذته الإدارة قبله ذلك لأن ما تصدره الإدارة مـن قـرارات تنفيـذاً للعقـد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد وينشأ عنه وبالتالي فإن المنازعات التي تتولـد عـن تلـك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها علـى أسـاس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليهـا بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء)[1].

وفي سوريا فإن المنازعات التي تترتب على العقود الإدارية تدخل أصـلاً في ولايـة القضاء الكامل لمجلس الدولة[2]، وبناء عليه يدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٨٤- ٣٦ق تاريخ ١٩٩٥/٣/٧، مشـار إلى هـذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١١٢.

(٢) - تنص المادة (١٣٨) من دستور الجمهورية العربية السورية الصادر بالمرسوم رقم ٢٠٨ تاريخ ١٩٧٣/٣/١٣: (يمارس مجلس الدولة القضاء الإداري ويعين القانون شروط تعيين قضاته وترفيعهم وتأديبهم وعزلهم).

- جاء في مواد قانون مجلس الدولة السوري رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩ مايلي:

المادة (١٠): (يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر).

المادة (١٤): (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في كل الطلبات والمنازعات المنصوص عليها في المواد ١١,١٠,٩,٨ عدا ما تختص به المحاكم الإدارية).

المادة (١٥): (يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة عن محكمـة القضـاء الإداري أو المحاكم الإدارية أو المحاكم التأديبية.....).

- تنص المادة (٦٦) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية على: (القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد).

النظر في كافة المنازعات الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، وهي تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء[1]

وقد أكدت على ذلك أحكام كثيرة للمحكمة الإدارية العليا السورية، نذكر منها حكمها الصادر عام ١٩٧٣، والذي جاء فيه: (إن المحكمين في تصديهم للفصل في نزاع ناشئ عن عقد إداري يكونون قد حلوا محل محكمة القضاء الإداري في اختصاصهم وبالتالي فإن حكمهم يقبل الطعن أمام المحكمة الأعلى مرتبة)[2].

وحكمها أيضاً في عام ١٩٧٨، والذي جاء فيه: (إن صك التحكيم الوارد في المادة (٧٥) من نظام عقود هيئات القطاع الإداري لم ينص على أن المحكمين في مثل هذه النزاعات مفوضين بالصلح أو أن قرار لجنة التحكيم ملزم للطرفين وغير قابل للطعن بأي طريق من طرق المراجعة والطعن، لذا يعتبر قرار لجنة التحكيم بالاستناد إلى المادة (٧٥) آنفة الذكر وكأنه صادر عن محكمة الدرجة الأولى وهي محكمة القضاء الإداري المختصة أصلاً للنظر في النزاع ويكون بالتالي قابلاً للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا)[3].

وحكمها أيضاً الصادر في عام ١٩٨٧، والذي جاء فيه: (إن عقد استثمار الفرن موضوع الدعوى وقد أبرمته إحدى جهات القطاع العام وتضمن شروطاً استثنائية غير

---

(١) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢- ١٩٩٣، ص١٦٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٠٦، في القضية رقم ٢١١ لعام ١٩٧٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٣، ص٢٢٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٧٤ في القضية رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨، ص١٩٦، المبدأ ٨٣.

مألوفة في القانون الخاص إنما يعتبر عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العـام ويخـتص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنه)[1].

وهكذا فإن حدود ولاية قاضي العقد على المنازعات المتعلقة بتنفيذه مشروطة بثلاثة قيود[2]:

القيد الأول: أن تتعلق المنازعات بقرارات صدرت في مرحلة تنفيذ العقد، أي بعـد تمام اكتماله.

القيد الثاني: أن تثور المنازعات بين أطراف العقد.

القيد الثالث: أن تصدر هذه القرارات مستندة إلى بنود العقد واشتراطاته الصـريحة والضمنية سواء كانت جزء من نصوص العقد أم اشتراطات خارجة عن نصوص العقد اتفق الطرفان على الاحالة إليها أو استقر القضاء على اعتبارها جزء من بنود العقد متى لم يستبعدها الطرفان صراحة.

ويرجع عدم قبول دعوى الالغاء من المتعاقد أمام قاضي الالغاء إلى:

- افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الالغاء وأهم شروطها وهو القـرار الإداري، حيث لاتدور المنازعة حول قرار إداري معيب أصدرته الإدارة بالإرادة المنفـردة، بـل تدور حول عقد إداري يمثل توافقاً لإرادتين إحداهما إرادة الإدارة[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٤، في القضية رقم ٤٩ لعام ١٩٨٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٧، ص١٧٣، المبدأ ٣٣.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإداريـة، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٨٣-٢٨٤، نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٩١.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٣٢٣.

- إن دعوى الالغاء وجدت لأجل حماية مبدأ المشروعية بصفة عامة، والمنازعة التي تنظرها تدور حول تهديد المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتـداء عليها، ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو دعوى القضاء الكامل بما تكفله من حماية للحقوق وإجبار على تنفيذ الالتزامات حتى لو تطلب ذلك تعديلاً للعقد، الأمر الذي يعجز عنه قضاء الالغاء الذي يقتصر دوره على قبول الدعوى أو رفضها، دون أن يملك حقاً في أن يأمر الإدارة بإتيان عمل أو الامتناع عنه[١].

وقد تأكد ذلك بقضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر حين ذهـب إلى أن: (مـن المسلم به في فقه القانون الإداري أن سلطة قاضي الالغاء تقف عند الحكم بإلغاء قـرار معيب، وأما القضاء الكامل فيخول القاضي تصفية النزاع كليـه، فيلغـي القـرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الايجابيـة أو السلبية، ومن ثم للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري ولجميـع مـا يتفرع عنها.....)[٢].

- إن المتعاقد يملك دعوى أخرى موازية، أو طريق طعن مواز أمام قاضي العقـد، فضلاً عن أن قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لايعتبر بالنسـبة للمتعاقـد قراراً منفصلاً عن هذا العقد، أو عن العلاقات التعاقدية التي تربط الإدارة مع المتعاقد[٣].

وتجدر الاشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج عن الاجماع السابق، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٥/٢، حيث قبل المجلس دعوى الالغاء المقامـة مـن

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٦٨٣- ٣٦ق تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩، مشار إلى هـذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١١٠.

(٣) C.E 20 Jan 1965, sté Les Pompes Funebres générales, D, 1965,J, p.788.

C.E 2 Fev 1987, sté France 5, Rec.p. 28.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٢.

المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لـدواعي المصلحة العامة، والذي اتخذ شكل مرسوم لائحي واحد صادر من الإدارة بإنهاء طائفة من العقود معاً لدواعي المصلحة العامة.

ولقد ذهب الفقهاء DE Laubadere, MODERNE et DELVOLVE في تفسيرهم للقضاء السابق إلى أن القرارات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة بصفة أخـرى خلاف صفتها التعاقدية تنفصل عن العقد، فهذه القرارات تنضم إلى القـرارات الـتي تتخذها جهة إدارية أخرى خلاف الجهة الإدارية التي تعاقدت، فهذه القرارات علـى الرغم من أنها تؤثر في تنفيذ العقد، إلا أنها ليست مرتبطة بالعلاقات التعاقدية، ولـذلك يجب منطقياً أن يتمكن المتعاقد من الطعن فيها عن طريق دعوى الالغاء مثلما يمكن لأي شخص صاحب مصلحة أن يفعل، والتبرير المناسب تماماً لذلك هو أنه عندما تكـون تدابير الإدارة صادرة بمقتضى سلطات خارجية تماماً عن العقد، مثل السلطات المعترف بها للإدارة بواسطة القوانين واللوائح، أو عندما يكون التدبير محل الشأن متعلقاً بإنهـاء العقد وصادراً بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية تحت شكل مرسوم يسـري على طائفة كاملة من العقود، فإن هذا المرسوم اللائحي بسبب مداه العام يكون قـابلاً للطعن فيه بواسطة دعوى الالغاء من جانب متعاقدي الدولة[1].

ولقد ذهب الفقيهان TERNEYRE et LLORENS إلى أن هذا الاسـتثناء الذي أورده الحكم الصادر في ١٩٥٨/٥/٢ يعتبر استثناء كاذباً ومزيفـاً، لأن قـرار الإدارة بإنهاء العقد في هذه الحالة يعتبر صادراً طبقاً لسلطات الإدارة غير التعاقدية[2].

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 1058.

(٢) مشار إلى هذا الرأي لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٣٩٣، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٥.

وعلى الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي قد قبل في الحكم الصادر في ١٩٥٨/٥/٢ دعوى الالغاء المقامة من المتعاقد ضد المرسوم اللائحي الصادر من الحكومة، والمتضمن إنهاء طائفة كاملة من العقود معاً، إلا أن مجلس الدولة قد رفض على العكس من ذلك قبول دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد مرسوم صادر بإنهاء عقد إداري واحد فقط وليس مجموعة عقود[١].

ويرى **الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد** – بناء على ما تقدم- أن ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية واختصاصه في هذا الشأن هو اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وأن المتعاقد مع الإدارة ليس أمامه إلا دعوى القضاء الكامل التي يستطيع أن يتقدم بها إلى قاضي العقد ضد جميع المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري سواء تعلق الأمر بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضاءه أو كانت متفرعة عنه، وأن الاستثناء الذي أورده مجلس الدولة الفرنسي هو استثناء غير حقيقي أو استنتاج غير واقعي ولم يطبقه مجلس الدولة في أحكامه اللاحقة[٢].

كما يرى **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد**، أن دعوى القضاء الكامل (دعوى العقد) التي يملك المتعاقد إقامتها أمام قاضي العقد ضد قرار الإدارة بالانهاء الانفرادي للعقد الإداري هي الأصل والقاعدة في القضاء الفرنسي، وأن دعوى الالغاء من جانب المتعاقد أمام قاضي الالغاء ضد قرار إنهاء العقد هي الاستثناء على القاعدة السابقة، وإن كان هذا الاستثناء غير حقيقي ووهمي لأن الإدارة تقوم بإنهاء العقد في

---

(١) C.E 11 Dec 1959, sté général technique, Rec.p.p 670.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٩٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٥. والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٩٤

هذه الحالة، ليس استناداً إلى سلطاتها التعاقدية، وإنما استناداً إلى سلطاتها غير التعاقدية[1].

ومن جهة أخرى، فقد اعترف القضاء الإداري في فرنسا ومصر بحق المتعاقد في الالتجاء إلى قضاء الالغاء إذا ما صدرت من الإدارة قرارات غير مشروعة، ولم تستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقدة، وإنما بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، فحينئذ يكون للمتعاقد - كسائر المواطنين - أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، وكان القرار المطلوب إلغاؤه غير مشروع[2].

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أساس التفرقة السابقة في حكمه الصادر في ١٩٠٧/١٢/١٦ في قضية (Grands compagnies) حيث فرق المفوض Tardieu في هذا الصدد بين حالتين: حالة صدور القرارات الإدارية استناداً إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط، وحينئذ يتعين على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى أن تطرق باب القضاء الكامل، أمام قاضي العقد المختص، أما إذا صدرت القرارات المطعون فيها استناداً إلى القوانين واللوائح، فإن لتلك الشركات أن تلجأ إلى قضاء الالغاء للحكم على مشروعية قرارات الإدارة في ذاتها، وبغض النظر عن العقد وأحكامه[3].

وقد عملت محكمة القضاء الإداري المصرية على تأصيل هذا الموضوع على نحو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي، وذلك في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧، حيث جاء فيه: (..فإذا كان الالغاء - إلغاء العقد - مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالالغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الالغاء، ويدخل في نطاقها، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٥

(٢) د. محمود عاطف البنا،، المرجع السابق، ص٣٤٢.

(٣) مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، ص٢١٩.

بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له، فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس اسـتعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء....)[1].

وأكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في فتوى صادرة عنها بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢ على ذلك، حيث جاء فيها: (بالنسبة للمتعاقد مـع الإدارة، فإنه يمكن أن يسترد حقه في الالتجاء إلى قضاء الالغاء إذا ما صـدرت مـن الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى، أي لم تسـتند في إصـدارها إلى صـفتها كمتعاقدة، فيجوز له مثله مثل سائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القـرارات إذا مـا استوفى شروط طلب إلغاؤها)[2].

٢ - الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة:

يعتبر غير المتعاقد مع الإدارة شخصاً أجنبياً عن العقد، وغريباً عن العلاقات التعاقدية الناشـئة بين الإدارة والمتعاقد، وذلك طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد الإداري، وبالتالي ليس للغير الأجنبي عن العقد أن يتمسك بأي حق، أو أن يحمل بأي التزام استناداً إلى هذا العقد[3]، كما ليس لـه أن يطعن في قرارات الإدارة الصادرة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، والتي تتعلق بتنفيذ أو نهاية هـذا العقد، من خلال دعوى مباشرة أمام القضاء الكامل (قضاء العقود).

وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٩٥٢/١٠/٢٤، والذي جاء فيه: (لايقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الالغاء في قرار متعلق بتنفيذ العقـد،

---

(١) مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، ص٢٢٠.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، رقم ٢٣/٢/٧٨ جلسـة ١٩٩٢/٢/٢، مشار إلى هذه الفتوى لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٠٤.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 1062.

ولكن أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد)[1].

ثم قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٩٧٥/٧/٩: (بأن الغير يمكنهم عند اللزوم أن يقيموا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي أحدثه لهم تدبير صادر منها يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الذي يربطها بالمتعاقد)[2].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عاد وأقر - استثناء على القاعدة السابقة- بقبول الطعن المقدم من الغير أمام قاضي الالغاء في جميع القرارات المتعلقة بإبرام العقد، أو المتعلقة بتنفيذه أو بفسخه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها على أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير[3]، وباعتبار رفع الدعوى أمام قاضي تجاوز السلطة يعتبر بالنسبة لهذا الغير الوسيلة الوحيدة للدفاع عن مصالحه[4].

---

(١) C.E 24 oct 1952, chambre syndicale de La bonneterie, Rec.p.465.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٩٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٦.

(٢) C.E 9 Juillet 1975, Felix Faure, Rec.p.410.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٩٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٥٦.

(٣) تعني نظرية القرارات القابلة للإنفصال عن العقد (actes detachables) أنه إذا كانت عملية التعاقد مركبة، أي تشتمل على إجراءات وقرارات إدارية متعددة، وأمكن فصل أحد هذه القرارات دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد، فإن هذا القرار يمكن الطعن فيه بدعوى الالغاء على انفراد.
راجع: د. جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٣ و ص١٣٣.
ود. عبد الله، طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٢١٤.

(٤) د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص٩٣-٩٤.

وقد كانت أول أحكام مجلس الدولة الفرنسي بقبول دعوى الالغاء المرفوعة من الغير ضد قرار الإدارة برفض فسخ العقد، حكمه الصادر في ١٩٦٤/٤/٢٤ [١].

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٨٧/٢/٢ بقبول دعـوى الالغاء المقامة من الغير أمام قاضي الالغاء ضد قرار الإدارة بالانهاء الانفـرادي لعقـد الالتزام لدواعي المصلحة العامة على أساس أن هذا القرار يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للغير[٢].

وهكذا يجوز للغير أن يطعن بالالغاء في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد أمام قاضي الالغاء بشرط أن يكون الطعن المقدم مؤسس على عدم المشروعية فقـط، وليس على أساس حقوق شخصية ناتجة عن العقد نفسه.

كما ذهب الفقهـاء DE Laubadere, MODERNE et DELVOLVE إلى أن قبول دعوى الالغاء من جانب المتعاقدين ضد التدبير اللائحي الصـادر بإنهـاء طائفة من العقود معاً – كما رأينا سابقاً - يجب أن يقود إلى قبول دعـوى الالغـاء المرفوعة من الغير ضد هذا التدبير بشرط توافر شرط المصلحة للغير، فإذا كانت صـفة القرار المنفصل لهذا التدبير تعتبر أمراً مسلماً بالنسبة للمتعاقدين، ويتيح لهم رفع دعوى الالغاء، فإنه يجب التسليم بها من باب أولى للغير[٣].

---

(١) C.E 24 Avril 1964, sté anonyme de livrasion industrielles, Rec.p.239.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، ص٥٥٨، ود. جـورجي شـفيق ساري، المرجع، ص٩٣.

(٢) C.E 2 Fev 1987, sté TV6 , Rec.p.29

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، ص٥٦٠، ود. جـورجي شـفيق ساري، المرجع، ص٩٤.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats,oP. cit, T.2,P 1067.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي طبق فكرة القرارات القابلة للإنفصال على القرارات السابقة على عملية إبرام العقد، وقبل الطعن فيها أمام قاضي الالغاء بشكل مستقل عن العقد، وكذلك قرار رفض إبرام العقد[1].

وفي مصر اتبع مجلس الدولة المصري الاتجاه نفسه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي من حيث التمييز بين العقد ذاته، والذي تدخل المنازعات الخاصة بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه في نطاق ولاية القضاء الكامل لقاضي العقد، وبين القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، والتي تعتبر مستقلة عن العقد، ويجوز الطعن فيها بالالغاء استقلالاً في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بإلغاء القرارات الإدارية، متى كان القرار يرتب بذاته أثراً قانونياً فورياً.

ومن أوضح أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص حكمها الصادر في ١٩٥٦/١/٨، والذي جاء فيه: (إن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل افصاح الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني، وبتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل، أما العقد ذاته

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، من ص٣٦٠ إلى ص٣٦٢.

د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٣٤٠.

د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، من ص٨٨ إلى ص٩١.

فإن المنازعة بشانه تدخل أو لاتدخل في اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعـة العقـد والاختصاص المعقود للقضاء الإداري.....)[1].

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المقصود بالقرارات المنفصلة، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥، والذي جاء فيه: (ينبغي التمييز في مقام التكييـف بـين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تعهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن من هذه الإجراءات ما يـتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته مـن حيـث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القـوانين واللـوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء اسـتقلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها.....

مثال القرار المنفصل: قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة يعد قراراً منفصلاً إذ هو في طبيعته على ما سلف البيان قرار إداري نهائي اجتمعت لـه مقومـات القـرار الإداري)[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري – الدعوى رقم ٣٤ لسنة ٧ ق. تاريخ ١٩٥٦/١/٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١٢١، ود. سليمان الطمـاوي، المرجع السابق، ص٢١٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية– الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٧ ق. تاريخ ١٩٧٥/٤/٥، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١٢٣، والدكتور مفتاح خليفـة عبـد الحميد، المرجع السابق، ٣٩٧، ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٣٥٧.

كما قامت المحكمة الإدارية العليا بالتمييز بين القرار المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤، والذي جاء فيـه: (ومـن حيث أنه ينبغي في ضوء عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القـرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية:

النوع الأول: وهو القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، وقبـل إبرام العقد، وهي تسمى القرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصـادر بطرح العمل في مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين، والقـرار الصـادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

والنوع الثاني: القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية، واستناداً إلى نص من نصوصه، كالقرار الصادر بسحب العمل من تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين، أو بإلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضـاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القـرارات الإداريـة النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للبند الحادي عشر من المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، والذي يقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

ومن حيث إنه وقد ثبت مما تقدم أن الجهة الإدارية لم تبرم أي عقد مـع الشـركة الطاعنة، وإن كل ما سلكته بخصوص هذا النوع لايعدو أن يكون من قبيل الاجراءات التمهيدية والتحضيرية السابقة على التعاقد، وهي إجراءات تشكل في طبيعتها القانونية

قرارات إدارية مستقلة، ومن ثم فإنها تخضع لما تخضع له القرارات الإدارية النهائية من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذها أو إلغائها)[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا مبادئها في شأن الطعن بالقرارات الإدارية المنفصلة، وجواز مخاصمتها بدعوى الإلغاء، واستبعدت قرار فسخ العقد من نطاق القرارات الإدارية المنفصلة، ولم تجز الطعن فيه بدعوى الإلغاء، ولم تقبل وقف تنفيذه وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢، والذي جاء فيه: (ومن حيث إنه بالنسبة لطلب الطاعن وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإنهاء التعاقد ومصادرة التأمين النهائي، فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته، ولما كان القرار الإداري على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فإنه يتعين أن توجه الدعوى إلى قرار الذي هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح أي تستند الإدارة في إصداره إلى أحكام القوانين واللوائح وبالتالي يخرج عن نطاق هذا القرار الذي يكون محلاً لدعوى الإلغاء كل ما يصدر عن الإدارة استناداً إلى أحكام العقود التي تبرمها الجهة الإدارية حيث لايشمل ما صدر من الإدارة من إجراءات استناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له، وبالتالي فلا تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى العقود التي تبرمها أو إجراءات تنفيذها محلاً لدعوى الإلغاء، وإنما تدخل المنازعات التي تتولد عن تلك الإجراءات التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء ما اتخذته الإدارة بحسبان دعوى الإلغاء هي جزاء

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا– الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ ق. تاريخ ١٩٧٩/٤/١٤، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١٢٤، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ٣٩٨، ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٣٥٧-٣٥٨.

لمخالفة المشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية، وعليه فإنه لما كان القرار المطعون عليه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استناداً إلى ما نسب إليه من إخلاله بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة، فإنه والحالة هذه يكون مستنداً إلى أحكام العقد، ومن ثم فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل، وتخرج من ثم عن نطاق ولاية الإلغاء الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا القرار بحسبانه لايكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء)[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر أجاز للمنتفعين - وهم أجانب عن العقد في حالة عقد التزام المرافق العامة – أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة بالمخالفة لشروط العقد المنظمة لكيفية أداء الخدمة للمنتفعين[2]، ومرجع ذلك الطبيعة اللائحية لجانب من الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز[3]، فلقد ذكرنا سابقاً إن الشروط الواردة في هذا العقد والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين هي شروط لها طبيعة اللائحة التنظيمية، وبالتالي فإن خروج الإدارة أو الملتزم عليها لايتضمن مجرد إخلال بالتزام شخصي مرجعه إلى العقد، بل ينطوي على مخالفة للقاعدة التنظيمية الواردة في العقد، الأمر الذي يجعل القرار غير مشروع، وبالتالي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٥٤ – لسنة ٣٦ ق بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٢) C.E 21 Déc 1906, Syndicat Croix de seguey.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢٢٠، ود. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص١٧٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١٠ – لسنة ١٣ ق بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٥٨٧.

يكون الطعن متعلقاً بالشروط اللائحية في العقد، وليس بالشـروط العقديـة، فهـذه الأخيرة لاتقبل الطعن بالإلغاء[1].

ويرى **الدكتور سليمان الطماوي** أن هذا التبرير هو التبرير الوحيد الذي يمكن على أساسه الوصول إلى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الإداري من الاستناد إلى شروطه، للوصول إلى حكم بإلغاء قرار إداري، فالقرار الإداري – في نطاق قضـاء الإلغـاء – لايمكن الحكم بإلغائه إلا لأسباب محددة على سبيل الحصـر هـي عيـوب الشـكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف، والقرار الذي يخالف مجرد شـرط عابر من شروط العقد لايمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح، ومـن ثم فإن المشكلة التي نحن بصددها لاتثور عملاً إلا في نطاق عقود الامتياز التي تربط بـين أطراف ثلاثة هم الإدارة مانحة الالتزام، والملتزم، ثم المستفيدون، أما في سـائر العقـود الإدارية، فإن العلاقة تكون في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد معها، وتفحـص القرارات الصادرة من الإدارة والتي تكون ذات علاقـة بالعقـد في نطـاق القضـاء الكامل[2].

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد سحب المبدأ الذي قرره حكـم (croix- de- seguey) من حالة المنتفعين بالخدمات التي يلتزم المتعاقد بتوريدها إلى طائفة العمـال الذي يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه، فهؤلاء العمال هم أجراء يخضعون لأحكـام

---

(١) C.E 10 Juillet 1996, Cayzeele, Rec.p.274.

C.E 12 Mars 1997, Gascogne. R.F. Ha 1997. p.349.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٠٢.

- د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصـات والمزايـدات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠، ص٢٤٦ ومابعدها.

- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٣٤٢.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢٢٣.

عقد العمل، ولكن الإدارة كثيراً ما تضمن عقود الالتزام، وعقود الأشغال، والعقـود المشابهة شروطاً تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجرة، أو بظروف العمل.

ويجري مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة على تخويل النقابات الممثلة للعمال حق طلـب إلغـاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تصدر من الإدارة، وتتضمن خروجاً على تلك الشروط.

ويذكر **الدكتور سليمان الطماوي** أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل دعوى الإلغاء من نقابات العمال لا من العمال بصفتهم الفردية لأن العمال بصفتهم الفرديـة يتمتعـون بدعوى أمام قاضي العقد، أي أمام قاضي القانون الخاص، وبالتالي فهو يتمتع بحق رفع دعوى مباشرة ضد الملتزم أو المقاول، وهذه الدعوى تجعل دعوى الإلغاء بالنسـبة إلى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع.

أما النقابة – ذات الشخصية المعنوية – والتي تمثل الجميع، فإن لها مصلحة محققة في رفع دعوى الإلغاء، حتى تصحح الوضع غير المشروع، وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي في كل حالة يخرج فيها الملتزم على الشروط الـواردة في عقد الالتزام نظراً لما يتمتع به الحكم الصادر بالإلغاء من حجية مطلقة قبل الكافة[1].

أما في **سوريا** فإن الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري، لايقبل منه أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل، لأن هـذا الشخص يعد غريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر عام ١٩٨٦: (أن الطعن المقدم إلى المحكمة الإدارية العليا مباشرة من جهة لم تكن طرفاً في العقد كما لم تكـن طرفـاً في النزاع المعروض على التحكيم إنما يكون جديراً بعدم القبول)[2].

---

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢٢٣- ٢٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٥٨، في القضية رقم ١٠١٠ لعام ١٩٨٦، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص٢٧٦، المبدأ ٥٦.

كما جاء في حكم آخر لها صادر عام ١٩٧٤: (ليس للمتعهد الثانوي أن يطالـب الإدارة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهد الأصلي وإنما يتـولى ذلـك المتعهد الأصلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الادعاء بـالحقوق التي يطالب بها كنتيجة للعقد بوصفه الطرف الوحيد في العقد)[١].

إلا أن المحكمة الإدارية العليا أعلنت في حكم صادر عنها عام ١٩٦٨ أن (الـنزاع الذي يقوم بين الإدارة والمصرف الكفيل للمتعاقد معها هو من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري استناداً لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع)[٢].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على حق المصرف بمنازعـة الإدارة أو العكـس في حكمها أمام قاضي العقد في حكمها الصادر عام ١٩٧١، والذي جاء فيه: (إن عقـد الكفالة باتصاله الجانبي بالعقد القائم بين الشركة العامة للنفط والمتعهد وهو بلا شـك عقد إداري تغلب عليه هذه الصفة ومن ثم يعتبر عقد الكفالة عقداً فرعياً ويختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في المنازعات المتفرعة عن العقد الأصلي، عملاً بقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع)[٣].

كما اعترف مجلس الدولة السوري بقابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ أو بفسخ العقـد للإنفصال في مواجهة الغير، وبالتالي فقد قبل طعن الغير بالإلغاء لتجاوز السلطة ضـد هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء، فقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٦٤، في القضية رقم ١٢٣ لعام ١٩٧٤، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٢٧٥، المبدأ ١١٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٥، في القضية رقم ٢١ لعام ١٩٦٨، مجموعة المبادئ القانونيـة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٨، ص١١٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٨٢، في القضية رقم ٢٧٦ لعام ١٩٧١، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧١، ص٢١٠.

عام ١٩٧٤: (إن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة **بغير انحراف أو إساءة لاستعمال السلطة** حق أصيل لاينازعها فيه **أحد** طالما أنها استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام)[١].

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر منذ فترة طويلة، أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها، لايمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً ونافذاً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء – بناء على أساس الحجية المطلقة لحكم الإلغاء – أمام قاضي العقد، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استناداً إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد[٢].

كما اتبع مجلس الدولة المصري ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة، فقد جاء في الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري عام ١٩٤٧: (ومن حيث أن لايقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد مادام لاينتهي إلى إلغاء العقد ذاته،.....)[٣]

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

(٢) C.E 4 Août 1905, Martin, R.D.p.1906.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص١٦٣، ود. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢١١، والمستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ١١٩، ود. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص١٧٢.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٤٣، لسنة ١ ق، تاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ١٢٠، ود. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢١٢، ود. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص١٦٣، ود. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٣٣٥.

وقد واجه هذا المبدأ انتقاداً فقهياً أساسه أن القرار الإداري وإن كان منفصلاً أو قابلاً للإنفصال عن العقد، إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلاً لايتجزأ، فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة، ويتوقف عليه سلامة العملية بأكملها، ولذا فإن انهياره يرتب انهياراً لبقية أجزاء العملية بالكامل[1].

وتأييداً لهذا الرأي الفقهي، فقد ذهبت فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري إلى أنه (... يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويكون الإخلال بذلك موجباً لبطلان التصرف، وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم في إحداث أثر قانوني، وذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشؤون الوقود الذي لم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لايكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة...)[2].

ورغم استقرار قاعدة عدم تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء قرار منفصل عنه، حيث لاينفسخ هذا العقد تلقائياً كأثر لحكم الإلغاء، إلا أن ذلك لايقلل من أهمية حكم الإلغاء، حيث أن العقد يتأثر من الناحية العملية بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عنه، فيمكن لأحد أطراف العقد استناداً إلى هذا الحكم أن يلجأ إلى قاضي العقد مطالباً بفسخه، حيث أن لحكم الإلغاء أثراً مطلقاً يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية،

---

(١) R.CHAPUS, droit du contentieux administratif, Paris, Montchestien, 7 éd. 1998. No 820,p.607.

نقلاً عن د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص١٦٤.

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٢) - الفتوى رقم ٦٨٤٠، جلسة ١٩٥١/١٢/١٣، مشار إلى هذه الفتوى لدى د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٣٦٦، ود. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٢١٧.

كما أن حكم الإلغاء قد يكون له آثار ايجابية، فمن الممكن أن تقوم الإدارة بتصحيح الوضع بإجراء لاحق[1].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أوجد – نتيجة هذا الواقع المنتقد – آلية قضائية لترتيب أثر عملي لإلغاء القرار المنفصل على العقد، وذلك بالسماح للغير الذي حصل على إلغاء القرار المنفصل بالالتجاء إلى مجلس الدولة لإجبار الإدارة عن طريق فرض الغرامة التهديدية على اللجوء إلى قاضي العقد لترتيب بطلانه، وقد بدأ ذلك بحكم الزوجين (Lopez) عام ١٩٩٤[2].

هذا وقد زادت إمكانية استخدام آلية الغرامات التهديدية لإرغام الإدارة على الالتجاء إلى قاضي العقد في فرنسا، بصدور قانون ١٩٩٥/٢/٨ الذي خول القضاء سلطة توجيه أوامر للإدارة لتتخذ عملاً بمعنى معين، أو لتعيد اتخاذ القرار بشأن حالة معينة خلال مدة محددة، كما أن حق فرض الغرامات التهديدية قد امتد إلى المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وليس مجلس الدولة فقط.

وعلى ذلك صار في إمكان قاضي تجاوز السلطة بعد أن يلغي القرار المنفصل بناء على دعوى الغير، أن يأمر الإدارة، تحت طائلة الغرامة التهديدية، بأن تتوجه إلى قاضي العقد لترتيب آثار الإلغاء[3].

---

(١) - د. محمد أنس جعفر، المرجع السابق، ٢٤٦.

- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٤٣، لسنة ١ ق، بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص١٢٠.

(٢) C.E 7 oct 1994, EP. Lopez, Rec.p.430.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص١٦٤، ود. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٣٣٨.

(٣) مشار إلى القانون الصادر في ١٩٩٥/٢/٨ لدى د. جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص١٦٥، ود, محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص٣٣٩.

ونستنتج مما سبق ذكره، أنه يجوز لغير المتعاقد الذي يعتبر أجنبياً عن العقد - في **كل من فرنسا ومصر وسوريا - أن يطعن** في **القرار الإداري المنفصل عـن العقـد الإداري بدعوى الإلغاء، شرط أن يبنى طعنه على عدم المشروعية، أما المتعاقد مـع الإدارة فليس له إلا الرجوع** إلى **القضاء الكامل للحصول على التعويض من قاضي العقد الذي يحسم بمقتضى سلطته** في جميع **المنازعات المتعلقة بالعقد، إلا أنـه يجـوز للمتعاقد - استثناء - اللجوء** إلى **قاضي الإلغاء إذا ما صدرت من الإدارة قرارات إدارية** لم **تستند** في **إصدارها** إلى **صفتها المتعاقدة.**

ثانياً - نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة:

إن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ليست سلطة مطلقة تمارسها كما تشاء، وإنما تخضع لرقابة القضاء الإداري، فعندما تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري لـدواعي المصلحة العامة، فإن للقاضي أن يراقب هذا القرار من زاوية المشروعية فقط، ولايتناول زاوية الملاءمة حيث تقتصر رقابة القاضي على التحقق من مدى وجود أسباب المصلحة العامة التي استندت إليها الإدارة وأصدرت قرار إنهاء العقد من عدمها، بمعنى أن رقابـة القاضي هنا، تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الإنهـاء، ولكنها لاتتضمن تقدير ملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد[١].

فالقاضي يباشر الحد الأدنى من الرقابة عندما يتعلق الأمر بممارسة سلطة تقديرية مثل سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة[٢].

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats, op.cit, T.2 , p.667.

(٢) (J-P). NEGRIN, op. cit, p,85.

ويرى الفقيه BENOIT: (إن أية رقابة على أسـباب وبواعـث قـرار الإنهـاء الانفرادي للعقد تعتبر مستبعدة، فالقاضي الإداري لايمكنه أن يتدخل في مجال تقديرات الملاءمة الإدارية، فليس للقاضي أن يراقب ما إذا كان تشييد بناء ما لم يعد يقدم أيـة فائدة، وما إذا كانت التوريدات قد أصبحت غير مفيدة، وما إذا كان الأفضل إنهـاء العقد مع تعويض المتعاقد من تحمل تنفيذه، كل ذلك يعتـبر الميـدان القاصـر علـى السلطات الإدارية دون غيرها)[١].

كما أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي، تميز بين حالتين فيما يتعلق بنطـاق رقابـة القاضي على قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة[٢]:

الحالة الأولى: إذا نص العقد ذاته على الأسباب التي تجيز للإدارة إنهاء العقد، فـإن القاضي في هذه الحالة سوف يراقب التكييف القانوني للوقائع، وسوف يتحقق مـا إذا كانت هذه الوقائع تعتبر من أسباب الصالح العام التي تبرر إنهاء العقد من عدمه[٣].

الحالة الثانية: أما في حالة عدم النص في العقد على الأسباب التي تجيز للإدارة إنهاء العقـد، فإن القاضي لايملك سلطة مراجعة صحة أسباب إنهاء العقد التي استندت إليهـا الإدارة، إلا أن ذلك لايعني أن إنهاء العقد الإداري سوف يفلت من الرقابة، إذ يمكن للقاضي أن يتحقـق في هذه الحالة من أنه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد أي طابع تعسفي[٤].

---

(١) (F-P) . BENOIT, op.cit,p.664.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٠.
د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٠٦.

(٣) C.E 26 Fev 1975, ste du port de peche de Lorient, Rec.p.155.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٠.

(٤) C.E 31 Jan 1968, OFFice public d H.L. M, Rec.p.79.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٠، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٠٦.

ويرى **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** أن تضييق نطاق الرقابة القضـائية بشأن قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة لتقتصر على رقابة القرار من زاوية المشروعية فقط دون زاوية الملاءمة، يرجـع إلى أن مجلـس الدولة الفرنسي قد استقر على استحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً عن إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة نظراً لأنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ العقد، ولكن دواعي المصـلحة العامة ومصلحة المرفق العام هي التي اقتضت إنهاء العقد قبل نهاية مدته، ولذلك فـإن القاضي الإداري يتحقق من مشروعية قرار إنهاء العقد عن طريق التأكد مـن وجـود سبب المصلحة العامة، ولكنه لايستطيع ولايحق له رقابة مدى ملاءمة هذا السبب لإنهاء العقد، حيث أن تقدير مدى ملاءمة وفائدة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ومصلحة المرفق يعتبر من اختصاص الإدارة وحدها باعتبارها المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرافـق العامة، ولايحق للقضاء أن يحل محل الإدارة في القيام بهذا الاختصاص بدلاً منها، وهـذا يرجع إلى مبدأ هام ومستقر في القانون الإداري هو عدم جواز تدخل القضاء في أعمال الإدارة بإصدار أوامر لها، ولذلك فإن المشرع في فرنسا لم يوجب تسـبيب قـرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة[1].

أما في **مصر** فقد أقرت محكمة القضاء الإداري هذه السلطة، واعترفـت في نفـس الوقت للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض إذا كان له مقتضى وذلك في حكمها الصـادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/١٦، والذي جاء فيه (إن سلطة الإدارة التي تتمتع بها في فسخ العقد الإداري من جانبها وحدها هي من أبرز الخصائص التي تميز العقد الإداري عن العقـد المدني، فأحكام العقد المدني تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، بينما في العقود الإداريـة يجـوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧١.

العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وحق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد، بل هو حق مقرر للإدارة حتى في حالة عدم وجود نـص في العقد ودون صدور خطأ من المتعاقد، وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقـوم علـى فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات الـتي تسـتلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض)[1].

وقد قامت محكمة القضاء الإداري بتحديد الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١٢/١٢، والذي جاء فيه: (مـن حيث أنه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، فإنه يتعين مراعاة الأحكام الآتية:

١- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة تلجأ إليهـا الإدارة كيفما أرادت، ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصـلحة العامة.

٢- إن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة، إنما تستعملها تحت رقابة القضـاء، والقاضي الإداري إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن عليه أن يتحرى الأسـباب الحقيقة التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، ويصبح القرار الإداري الصـادر بالإنهاء غير مشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٨٦٢ لسنة ١٠ ق، بتاريخ ١٩٥٧/٦/١٦. مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٥.

٣- إن سلطة القاضي الإداري محدودة في هذه الحالة، فهي مقصـورة علـى التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة، ولكنه لايمكن التصـدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء)[١].

أما في **سوريا** فقد سمح مجلس الدولة للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية، مـتى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك، وليس للطرف الآخـر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار، فسلطة الإدارة ليست مطلقة في هذا الشأن، بل هي سلطة مقيدة بتحقيق المصلحة العامة.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر عنها في عام ١٩٧٤: (إن حـق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف أو إساءة لاستعمال السلطة حق أصيل، لاينازعها فيه أحد، طالما أنها استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام، فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة المتعاقد معها لشرط من شروط العقد، حق للمتعاقد أن يطالبها بـالتعويض الذي يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح)[٢].

ويصبح قرار الإدارة غير مشروع إذا استند إلى سبب غير المصلحة العامة، وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر عام ١٩٦٣، والذي جاء فيه: (للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، ومجرد وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كاف لمنح الإدارة حق فسـخ العقـد،

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٥٥٤ لسنة ٣٥ ق، بتاريخ ١٩٨٢/١٢/١٢، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص٢٥٩-٢٦٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

ويقابل سلطة الإدارة بالفسخ حق المتعاقد في التعويض عما لحقه من ضرر طبقاً للمبادئ العامة في التعويض)[1].

وتقتصر صلاحية القاضي على رقابة المشروعية فقط دون الملاءمة، حيث يتحقق من أنه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد لدواعي المصلحة أي طابع تعسفي، فـإذا تحقق من وجود أسباب المصلحة العامة التي استندت إليها الإدارة في الإنهاء، لايحق لـه البحث في مدى ملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا الصادر في عام ١٩٧٥: (إن الإدارة وقد استعملت حقها المشـروع في فسخ العقد بعد أن تبين لها وجود مصور فوتوغرافي سابق لبلـدة القامشـلي يمكـن الاستفادة منه والاستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته مع المتعهد المطعون ضـده فإن المحكمة جنحت إلى إجراء خبرة فنية لتقدير الأضرار التي يسـتحقها وأصـدرت حكمها بإلزام الإدارة لأن تدفع له)[2].

ونستنتج مما سبق ذكره أن هناك إجماع بالاعتراف للإدارة العامة – في **كل مـن فرنسا ومصر وسوريا – بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالإدارة المنفردة، وأن القاضي الإداري يراقب قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بـالإرادة المنفردة من زاوية المشروعية فقط دون النظر إلى زاوية الملاءمة، إذ تقتصر سـلطته على التأكد من وجود المصلحة العامة التي** برر**ت إنهاء العقد الإداري، والتصـدي لكل قرار مخالف للمشروعية والحكم بإلغائه بالإضافة للتعويض، لذلك على الإدارة العامة، أن تضع دائماً نصب عينيها المصلحة العامة، والتي** يجب **أن تكون سـبباً** في

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٨، في القضية رقم .... لعام ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤، ص٢١٨، المبدأ ١٧٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٧٧، في القضية رقم ٤٦٧ لعام ١٩٧٥، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص٣٠٨، المبدأ ١٣٤.

إنهاء العقد الإداري دون سواها، وبالمقابل فإن للمتعاقد مع الإدارة حق التعـويض عن الخسائر التي تكون قد لحقته.

ثالثاً - سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته:

تختلف سلطات القاضي الإداري عند النظر بالقرار غير المشروع والصادر من جهة الإدارة بإنهاء العقد الإداري، فقد يستطيع القاضي الحكم بإلغاء القرار غـير المشـروع والحكم بالتعويض أيضاً، وقد تقتصر الصلاحية على الحكم بالتعويض فقط، وذلك كله حسب نوع وطبيعة العقد الموقع من الإدارة والمتعاقد معها.

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي – كقاعدة – في أحكامه المتواترة، وفي صـيغة تكاد تكون واحدة مؤداها أنه: (لايحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لايمكن في أية حال أن تنشئ لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هـذا القرار).

وطبقاً لهذه القاعدة، فإن قاضي العقد لايملك عندما ينظر إلى هذه المنازعة المتعلقـة بالتدبير غير المشروع الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة، إلا أن يحكم بالتعويض فقط عـن الأضرار التي سببتها جهة الإدارة للمتعاقد معها، فالقاضي لايستطيع أن يقضي بإلغـاء التدابير غير المشروعة[1].

ولقد استقرت قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري للإلغـاء مـن جانب القاضي الإداري في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصـادر في ١٩٧٣/٣/١٧،

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats, op.cit, T.2 , p.1004.

والذي جاء فيه: (إن قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لايملك سلطة إلغاء تدبير إنهاء العقد الصادر من الإدارة في مواجهة متعاقدها، ولكنه يملك فقط سـلطة تقـدير التعويض المستحق للمتعاقد عن هذا الإنهاء)[١].

ولقد تأكدت هذه القاعدة في أحكام أخرى لمجلس الدولة الفرنسي[٢].

واستناداً لما سبق ذكره، فإن قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهـاء الانفـرادي للعقد الإداري للإلغاء من قاضي العقد تسري على العقود الآتية:

١ - عقد الأشغال العامة:

إن مجلس الدولة الفرنسي نجده مستقراً على قاعدة أساسية بالنسبة لعقد الأشـغال العامة مفادها (أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لايملك سلطة الحكـم بإلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة الأشغال ضد مقاوليها حتى ولو كانت هـذه التدابير غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطة القاضي على أن يبحث عما إذا كانت هـذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ للمقاول الحق في التعويض)[٣].

---

(١) C.E 17 Mars 1976, Leclert, D, 1978, J,p.11.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١١، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٤، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٧٥.

(٢) C.E 3 Mars 1978, Hopital intercommunal des Fréjus, sté Raphaél R.D.P, 1978, p.1489.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١١، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٥، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٧٥.

(٣) C.E 26 Nov 1971, (S.I.M.A) , Rec.P. 723.

C.E 17 Fev 1978, sté compagnie Francaise d entreprise, Rec.P.88

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص٤١٢، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٥٧٦.

ويرى الفقيه F.LLORENS أن موقف مجلس الدولة الفرنسي يرجع إلى أن الإدارة العامة هي صاحبة الأشغال، وأن لها مطلق حرية التصرف نحوها، وأنها صاحبة الكلمة العليا في شأنها، ولذلك لا يجوز للقضاء أن يلغي قرارات الإدارة تجاه هذه الأشـغال، حتى ولو ثبت للقاضي عدم مشروعيتها، فالقاضي الإداري لايمارس أية رقابة على مدى صحة قرار الإدارة صاحبة الأشغال بالإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة، وإنما يقتصر دوره على استخلاص النتائج المالية لعملية إنهاء العقد عن طريق إلزام الإدارة بتعـويض المقاول عن إنهاء عقده(١).

ويرى جانب من الفقه العربي أن هذا المسلك القضائي لمجلس الدولة الفرنسي الذي لايعترف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء عقود الأشغال العامة يعتـبر ضاراً جداً بالإدارة ذاتها، لأن المقاول المفسوخ عقده، أو الذي أنهـت الإدارة عقـده لدواعي المصلحة العامة، يمكن أن يحصل من الإدارة في حالة عدم مشـروعية قرارهـا بالفسخ أو الإنهاء على تعويضات ضخمة أكبر من الأعباء التي يمكن أن تتحملها الإدارة في حالة استمرار المقاول في تنفيذ عقده، ولذلك فإن تمكين القاضي من إلغـاء قـرار الإدارة بالفسخ أو الإنهاء في حالة عدم مشروعية أياً منهما يمكن أن يغني الإدارة عـن دفع هذه التعويضات الضخمة والتي يمكن أن تتجاوز مقدرتها المالية(٢).

بينما يرى جانب آخر من الفقه العربي صواب المسلك القضـائي لمجلـس الدولـة الفرنسي، وذلك لأنه لافائدة من استمرار عقد الأشغال العامة في حالة عدم احتيـاج المرفق لمثل هذه الأشغال، وأن الإدارة العامة هي الحريصة على مصلحة المجتمع العليـا،

---

(١) F. LLORENS, contrat d' entreprise et marché de travaux publics L.G.D.J,Paris, 1981.

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١٢، ود. محمد صلاح عبد البـديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٥، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٧.

فيجب أن تحترم جميع قراراتها ولاتكون عرضة للإلغاء، طالما كان رائـد الإدارة هـو المصلحة العامة المكلفة برعايتها دائماً، وإن سلطة الإدارة بإنهاء عقودها بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة هو مايميز العقد الإداري عن العقد المدني[١].

ونحن من جانبنا نؤيد إلى ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأشغال العامة، ويجب أن يكون لها مطلق حرية التصرف نحوها، باعتبار أنهـا الحريصة على المصلحة العامة.

٢ - عقد التوريد:

استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد لايمتلك سلطة إلغـاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة مورديها، ومن بينها قـرارات الإدارة بالإنهـاء الانفرادي لعقود التوريد، حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة، وإنما تقتصـر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات تنشئ للمورد الحق في التعويض.

وفي حالة عدم مشروعية قرار الإدارة بالإنهاء الانفرداي لعقـد التوريـد لـدواعي المصلحة العامة، فإن القاضي يحكم للمورد بتعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة، ومافاته من كسب نتيجة إنهاء عقده، لأن المورد لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزاماته.

ويأخذ القاضي في اعتباره عند اللزوم في تقدير التعويض المستحق للمورد، مـا إذا كان إنهاء عقد التوريد جزئياً أو كلياً، ويحكم بناء على ذلك وفي حدوده[٢].

---

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١٣.

(٢) C.E 11 Juill, 1986, sté Missenard- quint , Gazette du palais, 1987, p.238.

C.E 24 Nov 1972, sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec.p. 753.
C.E 15 Juill 1959, sté des alcools du vexin, Rec.p.451.
C.E 30 oct 1951, sté citröen , Rec.p. 507.

مشار إلى هذه الأحكام لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص ٤١٣ و ٤١٤، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٨ والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

٣ - العقود الإدارية المبرمة بين شخصين عامين[١]:

إن كلا الشخصين العامين يمثل المصلحة العليا للمجتمع، وبناء على ذلك فلا يحـق لأي طرف الحصول على حكم من القاضي بإلغاء قرار إنهاء العقد الإداري في حالـة عدم المشروعية، إلا بالنسبة لعقد الالتزام الذي له أحكامه الخاصة التي تميزه.

٤ - العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي (عقود الخطة الاقتصادية):

أقر مجلس الدولة الفرنسي، عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرداي لهذه العقود لدواعي المصلحة العامة للإلغاء من جانب القاضي الإداري[٢].

وعلى خلاف ما سبق عرضه، **فإن هناك استثناءات، ترد على قاعدة عدم جـواز إلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة** في **حالة عدم مشروعيتها،** وذلك استناداً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي، وتظهـر هـذه الاستثناءات بالنسبة للعقود التالية:

١ - عقد التزام المرفق العام:

أقر مجلس الدولة الفرنسي بسلطة قاضي العقد بإلغاء قرار الإدارة باسترداد التزام المرفق العام في حالة عدم مشروعية هذا القرار، ويرجع السبب في الاعتراف للقاضي الإداري بهذه السلطة في عقود الالتزام إلى أن الملتزم في هذه العقود يقوم عادة بتنفيذ استثمارات مالية كـبيرة، يـتم

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٨.

(٢) C.e 5 Fev 1986, Sogam, Les petites aFFiches.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السـابق، ص ٤١٤، ود. محمـد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٨، والسلال سعيد جمعـة الهويـدي، المرجـع السابق، ص ٢٨١.

استهلاكها خلال مدة طويلة، لذلك يجب أن يشعر بالثبات والاستقرار[١].

٢ - عقد إيجار المرفق العام:

إن مجلس الدولة الفرنسي، يشترط أن يتضمن هذا العقد استثمارات مالية كبيرة من جانب المستأجر، فإذا لم توجد مثل هذه الاستثمارات، فإن القاضي لايستطيع إلغـاء قرار الإدارة بإنهاء عقد إيجار المرفق العام[٢].

٣ - عقود التزام المناجم[٣]:

ويرجع السبب في تقدير ذلك الاستثناء أيضاً، إلى طول مدة هذه العقود، والاستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها المتعاقد، والتي يجب أن يتم استهلاكها طوال مدة العقد.

٤ - عقد مقاولات الأشغال العامة:

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٧١/١١/٢٦[٤] إلى أنـه (إذا كان قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك – كقاعدة – سـلطة

---

(١) T.A de Grenoble 9 Avril 1980, (S.A.T.A) , D, 1981,J,P.581.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١٤، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٩، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(٢) C.E 19 Avril 1989, sté des transports urbains d'Angers, R.D.P, 1989, P.1181.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨١، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٨٦.

(٣) C.E 1 er oct 1965, sté union économique continantale, Rec.P. 484.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٢، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٨٧.

(٤) C.E 26 Nov 1971, (S.I.M.A) , Rec .P. 723.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٢، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٨٨.

الحكم بإلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة متعاقدها، ويحق لـه فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح هذا المتعاقد الحق في التعويض، فإن الوضع يكون على خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر بعقود طويلة المدة يكون الغرض منها تنفيـذ واسـتغلال أعمـال تحتـاج إلى استثمارات مالية كبيرة من جانب المتعاقد ويجب استهلاكها أثناء كل مدة الاسـتغلال وتستوجب منح متعاقد الإدارة ضمانات مشابهة للضمانات الممنوحة لملتزمي المرافـق العامة أو ملتزمي الأشغال العامة).

٥ - عقود التزام شغل الأملاك العامة[١]:

يرى الفقه أن هذا الاستثناء الخاص بجواز إلغاء قرارات عقود شغل الأملاك العامـة من جانب قاضي العقد، يجد تبريره القانوني في الرغبة في ألا يوضع الشـخص الـذي يشغل المال العام بمقتضى عقد مع الإدارة في مركز أقل من مركز الشخص الذي يشغل الأملاك العامة بمقتضى قرار فردي من جانب الإدارة، أي بمقتضى ترخيص فردي مـن الإدارة، فمن غير المنطقي أن يكون الشخص الثاني أفضل حماية من الشـخص الأول، حيث يستطيع الشخص الثاني أن يحصل على إلغاء قـرار الإدارة بسـحب ترخيصـه بواسطة دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء، ولذلك فقد أقر مجلس الدولة لقاضي العقـد بسلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقد شغل الأملاك العامة للتسوية بين الحالتين[٢].

---

(١) C.E 24 Avril 1959, sncf, p. 264.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٣، والسلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص٢٨٨.

(٢) PH.TERNEYRE, Les paradoxes du contentieux de L'annulation des contrats administratiFs, E.D.C.E, No 39, 1988,P.91.

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٣، والسلال سـعيد جمعـة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

أما بالنسبة **للقضاء الإداري** في **مصر وسوريا**، فإننا لم نصادف حكماً لمجلس الدولة المصري، أو لمجلس الدولة السوري، تعرض لمدى سلطة القاضي الإداري في مواجهـة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته.

ومن استقراء الأحكام الصادرة عن هذين المجلسين في هذا المجال، فإن كلا المجلسين لايحكم بإلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته، بل يكتفيان بالحكم بتعويض الطرف الآخر تعويضاً كـاملاً شاملاً يغطي مالحقه من خسارة وما فاته من كسب في حال منازعة المتعاقد مع الإدارة في مشروعية هذا القرار أمام قاضي العقد.

ومن أحكام **مجلس الدولة المصري** التي تثبت ما ذكر أعلاه، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ والذي جاء فيه (للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعـويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لايجوز أن يستقل أحـد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر.

فإذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر وهو يشتمل علـى عنصـرين جوهريين: هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته)[1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥٢٠، لسنة ٢ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠. مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص٢٥٦.

ومن أحكام مجلس **الدولة السوري**، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر عنها عام ١٩٧٥، والذي جاء فيه (إن القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار[1].

وباعتقادنا أن هذا الموقف لمجلسي الدولة المصري والسوري يتسم بالصواب، لأنه ليس من المنطقي إجبار الإدارة على الاستمرار في عقد لم يعد للمرفق العام مصلحة فيه على الأقل من وجهة نظر الإدارة، كما أن مصلحة المتعاقد مع الإدارة لاتتضرر من قرار الإدارة غير المشروع، طالما أنه سيحصل على تعويض يغطي خسارته وما فاته من ربح.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢، في القضية رقم ١٨ لعام ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١، المبدأ ١٠٢.

المطلب الثاني
رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة
بالفسخ الجزائي للعقد الإداري

تخضع الإدارة لرقابة القضاء الإداري عند توقيع عقوبة الفسـخ الجزائـي للعقـد الإداري، وذلك حرصاً من المشرع على حقوق المتعاقد مع الإدارة، وضماناً لاستعمال هذه السلطة الخطيرة الممنوحة لها دون أي تعسف، أو مخالفة للقانون، ومن أجل سـير المرفق العام بانتظام وإطراد.

وحق المتعاقد مع الإدارة في أن يلجأ إلى القضاء للطعن بقرار الفسخ الجزائي مكفول قانوناً ولانزاع فيه، فهذا من النظام العام، وأي شرط في العقد يقضي باستبعاده يعتـبر باطلاً ولا أثر له[١].

واختصاص القضاء الإداري في نظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، هـو اختصاص من النظام العام سواء في فرنسا أو مصر أو سوريا، فالإدارة لاتسـتطيع أن تعدل قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية، بل يتعين أن يتم ذلك بقـانون، كما لايجوز للإدارة أن تتفق على خلافها مع المتعاقد الآخر[٢].

وسوف نتناول دراسة هذا الموضوع من خلال:

أولاً - تحديد القاضي المختص:

إن المنازعات التي تثور بين أطراف أي عقد إداري تدخل أصلاً في ولاية القضـاء الكامل داخل القضاء الإداري، باستثناء تلك المسائل الأولية التي تـدخل بطبيعتـها في اختصاص القضاء العادي، مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة[٣].

---

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص٩٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص١٩٢.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤١٦.

وأن دعوى القضاء الكامل أو ما يسمى (دعوى العقد) هـي الوسـيلة القضـائية الوحيدة التي يملكها أطراف أي عقد إداري للطعن في أي قرار أو إجراء متعلق بالعقـد الذي يربطهم، بينما لايجوز لأي متعاقد – كقاعدة – أن يلجأ إلى دعـوى الالغـاء للطعن في أي قرار أو إجراء متعلق بالعقد الذي يربطه مع المتعاقد الآخر، سواء الإدارة أو المتعاقد معها.

واستناداً إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنه داخل القضاء الإداري يعتبر قاضـي العقد وحده – دون قاضي الالغاء – هو المختص فقط بالفصل في طلبـات الملتـزمين بإلغاء الجزاءات الصادرة من مانح الالتزام ضد الملتزم، ومن بينها جزاء اسقاط الملتزم[1].

كما أن قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة لايمكن أن يكون محـلاً لـدعوى الالغاء من جانب المقاول المفسوخ عقده، لأن قرار الفسخ لايعتبر قراراً إدارياً منفصلاً عن العلاقات التعاقدية التي تربط المقاول مع الإدارة بمقتضى عقد الأشغال المبرم بينهما، وبالتالي فإن القضاء الكامل وحده هو المختص فقط في النظر بالطعن المقدم من المقاول ضد قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة.

كما أن المورد المفسوخ عقده أيضاً لايمكنه أن يطعن في قرار الإدارة بفسخ عقـده جزائياً إلا بموجب دعوى القضاء الكامل (دعوى العقد) وليس دعوى الالغاء، نظـراً لأنه يستند في دعواه على عقد التوريد المبرم بينه وبين جهة الإدارة[2].

---

(١) C.E 6 Juillet 1955 ville de Basita, Rec.P. 393.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٣١، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤١٧.

(٢) C.E 14 Juin 1929, Legris, Rec. P. 593.

C.E 29 Juin 1966,sté pour le traitement industriel des bois,Rec.P.423.
C.E 6 Nov 1970,sté anonyme touristique,Rec.P.654.

مشار إلى هذه الأحكام لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧١و ٣٦٧.

إلا أن بعض الفقهاء في فرنسا يرون وجوب التفرقة بين حق الجزاء المؤسس على نصوص تشريعية ولائحية وبين هذا الحق المستمد من العقد ذاته، ففي الحالة الأولى يكون قاضي الالغاء هو المختص، بينما ينعقد الاختصاص – في الحالة الثانية – لقاضي العقد، ومع ذلك إذا رغب المتعاقد في اقتضاء تعويض فضلاً عن إلغاء الجزاء المطعون فيه فإنه يجب أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد(١).

وفي مصر نجد أن محكمة القضاء الإداري تقرر أن قاضي العقد هو المختص بالنظر في الدعوى المقامة ضد الفسخ الجزائي المفروض من قبل الإدارة المتعاقدة، وذلك في حكمها الصادر عام ١٩٥٦، والذي جاء فيه: (ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية، وتكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل)(٢).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الموقف لمحكمة القضاء الإداري، حيث جاء في حكمها الصادر عام ١٩٩٥: (من حيث أن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات من قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة حتى ولو انصب النزاع على طلب المتعاقد إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله ذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد

---

(١) J. Georgel, Théorie générale des contrats administratiFs, J.C.A, fasc. 510,1968, P.5. نقلاً عن د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١١٨٠، لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٦/١١/١٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص١٠١.

وينشأ عنه وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القـرارات والاجـراءات هـي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس استعداء ولاية القضاء الكامـل دون ولاية قضاء الإلغاء ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقـة بدعوى الالغاء...)[1].

أما في **سوريا** فقد تبنى مجلس الدولة السوري ما سار عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر، حيث اعتبر أن المنازعات التي تثور بين أطراف أي عقد إداري تدخل في ولاية القضاء الكامل، ويبدو ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليـا الصـادر عـام ١٩٧١، والذي جاء فيه: (١- إن اختصاص محكمـة القضـاء الإداري بالفصـل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات ومـا يتفرع عنها، وعلى مقتضى ما تقدم تفصل محكمة القضاء الإداري في الوجه المستعجل من المنازعة، على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية التي تعرض على قاضي العقد لاتخـاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لاتحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتـائج يتعذر تداركها إلى أن يفصل في موضوع الخلاف نهائياً.....)[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على موقفها هذا بالحكم الصادر عنها عام ١٩٨٧، والذي جاء فيه: (١- العقد الإداري الذي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري – دون غيره – بالنظر في المنازعات الناشئة عنه إنما هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عـام ويتضمن في أحكامه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص....)[3]

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٤٨-لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٥/٣/٧، مشـار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص١١١-١١٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٦٧، -في القضية رقم ٢٨٠، لعام ١٩٧١، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧١، ص١٧٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١١٧، -في القضية رقم ٥٠، لعام ١٩٨٧، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٧، ص١٥٥، المبدأ ٢٨.

أما فيما يتعلق بتحديد القاضي المختص في حالة الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة – أي الشخص الأجنبي عن العقد – والطعن المقدم من المنتفعين في حالة عقد الالتزام ضد قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري من قبل الإدارة، أو ضد الآثار التي تتولد عن هذا الفسخ، فإننا نحيل ذلك إلى ما درسناه سابقاً بخصوص تحديد القاضي الإداري المختص برقابة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة[1]، وذلك لتشابه الأحكام القضائية، والآراء الفقهية في كل من فرنسا ومصر وسوريا في كلا الحالتين وكذلك لتجنب التكرار.

وما سبق، نجد أن هناك إجماعاً على أن دعوى القضاء الكامل (دعوى العقد) هي الوسيلة الوحيدة أمام طرفي العقد للطعن في أي إجراء يتعلق بالعقد الإداري في كل من فرنسا ومصر وسوريا، ومن ثم لايجوز لأي طرف من أطراف العقد اللجوء إلى دعوى الالغاء للطعن في أي قرار يتعلق بالعقد الإداري، كما أنه لايمكن لغير المتعاقد أن يرفع دعوى القضاء الكامل، وذلك لأن الأجنبي عن العقد لايجوز له إلا أن يطعن بالإلغاء، فليس للعقد أية قوة ملزمة في مواجهته.

ثانياً - نطاق رقابة القاضي على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري:

يفحص قاضي العقد قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد من زاويتي المشروعية والملاءمة، خلافاً لفحصه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والذي يفحص فيه زاوية المشروعية فقط، وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على ذلك في كل من فرنسا[2]، ومصر وسوريا.

---

(١) راجع من الصفحة ٢٥٥ إلى الصفحة ٢٦٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، ص٥٠٨.

فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري **المصرية** صادر في عـام ١٩٥٦: (..... ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصرها العملية بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لايتخذ هذه الصورة، طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري، وعلى هذا النحو يكـون لمحكمـة القضاء الإداري في هذه المنازعات أن تفصل في القرارات الإدارية التي تتصل بعمليـة إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الالغـاء، ويكون لها تفريعاً على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون، وأن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الواقع)[١].

وفي **سوريا** أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها الصادر في عـام ١٩٧٠، والذي جاء فيه: (لئن كان من المسلم به وفقاً للمبادئ الأساسية في العقود الإدارية أن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية وتترخص في اختيـار الوقـت المناسـب لاستعمال هذا الحق حرصاً على مستلزمات المرفق العام الذي تقوم على إدارته وعلـى حسن الاستفادة من المشروع الذي تعمل على إقامته أو تسعى لانجازه أو تهيئة الخدمات العامة إلا أن الأسباب والدواعي التي يرتكز عليها الفسخ تبقى خاضعة لرقابة القضـاء الإداري وتمحيصه من حيث المشروعية كما وتشمل هذه الرقابة مشـروعية الفسـخ كجزاء وملاءمته للخطأ المنسوب إلى الملتزم)[٢].

وأكدت المحكمة على موقفها هذا بالحكم الصادر عنها عام ١٩٧٧، والذي جاء فيه (إن سلطة القاضي الإداري في أعمال رقابته على تصرف الإدارة إزاء ما تنسبه للمتعهد

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١١٨٠، لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٦/١١/١٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص٩٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣، -في القضية رقم ١٢، لعـام ١٩٦٥، مجموعـة المبـادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص٩٧، المبدأ ٣٣.

من تقصير هي سلطة واسعة وتشمل رقابة مشروعية العقوبة المفروضة كوسيلة من وسائل الضغط عليه من جهة وملاءمتها لخطأ المتعهد من جهة ثانية)[1].

وسوف نتناول شرح موضوع نطاق رقابة القاضي على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري على التفصيل الآتي:

١ - رقابة المشروعية:

يعتبر قرار الفسخ الجزائي للعقد الصادر عن الإدارة المتعاقدة غير مشروع، إذا شابته عيوب القرار الإداري، وهي عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب إساءة استعمال السلطة، وعيب مخالفة القانون.

أ - عيب عدم الاختصاص:

يكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروعاً، عندما يصدر من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره، لذلك يقوم القاضي بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي فسخت العقد هي السلطة المختصة بذلك أم لا[2].

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار اسقاط الملتزم غير مشروع إذا صدر من حاكم المقاطعة متى كان مجلس المقاطعة هو المختص طبقاً لنصوص دفاتر الشروط بتقرير الاسقاط[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٣٩، -في القضية رقم ٣٢٧، لعام ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٧، ص٢٦٢، المبدأ ١١٢.

(٢) C.E 29 Mai 1981, Roussey, R.D.P, 1982, P.540.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٢، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢١.

(٣) C.E 26 Juillet 1927, Département du Tarn, Rec.P.353.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٣٧، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢١.

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا في سوريا ذلك في حكمها الصادر عـام ١٩٧٠، والذي جاء فيه: (إذا نص العقد على أن الجهة المختصة في فسخ عقد الاستثمار عنـد نكول المتعهد عن تنفيذ العقد هو وزير الشؤون البلدية والقروية، فإن القرار المتخذ من قبل المجلس بفسخ العقد في الحالة المذكورة يكون محلاً لإلغاء)[١].

ب - عيب الشكل أو الاجراءات:

المقصود بعيب الشكل أو الإجراءات هو عدم التزام الجهات الإداريـة بالقواعـد الشكلية التي أوجبتها القوانين واللوائح في إصدار القرارات الإدارية[٢].

وبالتالي يكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروع، إذا خالف الأوضاع والاجـراءات والشكليات التي يتطلبها القانون أو العقد، ومثال ذلك أن يصدر قرار الفسخ الجزائـي دون تصديق من سلطة أعلى متى كان ذلك مطلوباً وفقاً للعقد[٣]، أو أن يصدر بدون إعذار الإدارة المتعاقد معها بقرار الفسخ الجزائي، إلا إذا أعفـى العقـد الإدارة مـن ذلك[٤]، وعدم احترام المواعيد بين تاريخ الاعذار وتاريخ صدور الفسخ الجزائي، حيث لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي بقرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد إذا كان صادراً في

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٥٩، في القضية رقم ٣٤، لعام ١٩٧٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠، ص١٨٣.

(٢) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٢٧٣.

(٣) C.E 26 déc 1903, cottancin, Rec.P.839.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٢.

(٤) C.E 13 déc 1961, Durand, Rec.P.1095.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٢.
C.E 11 Fev 1987, S.A du nouveau Port de st-Jean- cap- Ferrat, R.D.P, 1988, P.1428.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٣٨.

تاريخ سابق على التاريخ المحدد بالاعذار، إذ من شأن ذلك أن يرتب المسؤولية على الجهة المتعاقدة[1].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بأن مخالفة قرار الجزاء للقانون من حيث الشكل لعدم احترام الإدارة لموعد الاعذار يمكن إهمالها، إذا كان المتعاقد قد علم بالجزاء الذي سيوقع عليه وكان قادراً على أن يقدم دفاعه[2].

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٥/١١/٨ على أن (عدم احترام الإدارة للإجراءات والشكليات يكون له دائماً أثر هام جداً، وهو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد)[3].

ولقد ذهب الفقيه TERNEYRE إلى عدم قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة في حالة مخالفة الفسخ الجزائي للقانون من حيث الشكل، إذا كان هذا الفسخ مبرراً من حيث الموضوع[4].

---

(١) C.E 12 Mai 1982, M. Moreau, R.des marchés publics, No. 201, 1984, p.49.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٢، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٣.

(٢) C.E 8 Déc 1978, Bergerioux, Rec.p.500.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٤.

(٣) C.E 8 Nov 1985, Entreprise ozilou, R.D.P. 1986, p. 1788.
مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٥، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٣.

(٤) مشار إلى رأي الفقيه TERNEYRE لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٤.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الأشكال مقررة لصالح الإدارة وحدها، ولايجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بعدم إتمام هذه الشكليات[١].

ج - عيب مخالفة القانون:

يعني هذا العيب مخالفة محل القرار الإداري لأحكام القواعد القانونية النافذة أياً كان شكلها أو مصدرها[٢].

لذا يجب أن يكون قرار الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي للعقد الإداري معتمداً على تطبيق القواعد القانونية، أو تطبيق بنود العقد، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير جزاء الفسخ، أو كانت هذه الواقعة لاتشكل خطأ تعاقدياً أو قانونياً أو كانت هذه الواقعة لاتقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن قرارها بتوقيع الفسخ الجزائي يكون غير مشروع[٣].

د - عيب إساءة استعمال السلطة:

يسمى هذا العيب أيضاً (عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها)، والمقصود بهذا العيب هو إنحراف الجهة الإدارية بالسلطة المخولة لها عن هدفها المقرر لها سعياً وراء غرض غير معترف لها به[٤].

وعليه فإن قرار الإدارة بالفسخ الجزائي يصبح غير مشروع إذا استعملت الإدارة المتعاقدة صلاحياتها لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، وهي معاقبة المتعاقد مع الإدارة نتيجة لإخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية.

---

(١) C.E 22 Mars 1929, Brandt, Rec.p. 356.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٣.

(٢) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٢٨٤.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٦.

(٤) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٢٩٢.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الإدارة بإسقاط الملتزم غير مشروع لكونه مشوباً بالتعسف من جانب الإدارة في استعمال السلطة متى كانت الإدارة لم تتخذ قرار الإسقاط إلا من أجل استبعاد الملتزم وإبرام عقد جديد مع شخص آخر غيره[١].

وقد أيدت ذلك المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٤، والذي جاء فيه: (إن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف أو إساءة لاستعمال السلطة حق أصيل لاينازعها فيه أحد طالما أنها استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام، فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة المتعاقد لشرط من شروط العقد حق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض الذي يغطي ما لحقه من خسارة ومافاته من ربح)[٢].

٢ - رقابة الملاءمة:

إن قاضي العقد لايكتفي بالتحقق مما إذا كان المتعاقد قد ارتكب بالفعل مخالفة لالتزاماته التعاقدية، بل يقدر أيضاً جسامة الجزاء الموقع على المتعاقد بالمقارنة بخطورة المخالفة التي عوقب عنها المتعاقد، حيث أن رقابة القاضي لاتقتصر على التحقق من الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني، بل تمتد هذه الرقابة أيضاً إلى رقابة مدى توافق هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذه، أي أن قاضي العقد يقدر ما إذا كانت جسامة الخطأ كافية لتبرير الجزاء، أم أن الجزاء زائد عن الحد[٣].

---

(١) C.E 11 Juillet 1941, Grenouiller, Rec.p.124.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٣، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٣٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢، لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص٥٤، المبدأ ١٠٣.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats, op.cit, T.2 , p.129 .

وبناء على ذلك، فإن قاضي العقد يمكنه أن يقضي بعدم مشروعية جزاء الفسخ إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لاتشكل خطأ جسيماً يكفي لتبرير جزاء الفسخ.

وهنا تجدر الاشارة إلى أن قاضي العقد يستطيع أن يلغي قرار اسـقاط الالتـزام إذا اتضح له أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً، ولم يكن كافيـاً لتبريـر جـزاء الاسقاط[١].

وتطبيقاً لذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى بأن الادارة عندما تسقط الالتـزام لخطأ يسير أو لخطأ على درجة من الجسامة. ولكنه على وشك الإصـلاح أو ماثـل للإصلاح من جانب الملتزم، فإن الادارة بإسقاطها الالتـزام في هـذه الحالـة تقـيم مسؤوليتها التعاقدية تجاه الملتزم[٢].

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بإحلال جزاء وضع المرفق تحت الحراسة محل جزاء اسقاط الالتزام المغالى فيه أخذاً بمبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ الصادر من الملتزم[٣].

أما بالنسبة لعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد، فإن قاضي العقد في فرنسا لا يملك أن يحكم بإلغاء جزاء فسخ عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد حتى ولو كـان غـير مشروع، أو ليس له ما يبرره، بل كل ما يملكه هو أن يقضي بتعويض المقاول المفسوخ عقده، أو المورد المفسوخ عقده عن هذا الجزاء غير المشروع أو المبالغ فيه، وأن يعفيـه

---

(١) C.E 11 Juillet 1941, Grenouiller, Rec.p.124.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٠.

(٢) C.E 6 Juillet 1955, ville de Bastia, Rec.p.393.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٠، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٥.

(٣) C.E 30 Mars 1928, ville de Louhans, Rec.p.481.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٠.

من النتائج المالية الباهظةالمترتبة على فسخ العقد، كما يستطيع أن يحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول أو المورد إلى فسخ مجرد وبسيط إذا ثبت له أن خطأ المقاول كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الادارة[١].

وهنا نتساءل هل يستطيع قاضي العقد أن يقدر ما إذا كانت جسامة الخطأ كافيـة لتبرير الجزاء، وذلك عندما ينص العقد ذاته على تقرير جزاء محدد في حالـة ارتكـاب المتعاقد لخطأ محدد أو مخالفته لالتزام محدد. ؟

اختلف الفقه الفرنسي حول هذه المسألة، فقد ذهب مفوض الحكومـة Romieu إلى أن الادارة المرتبطة بالعقد ليس لها الخيار، ولاتستطيع أن تطبق إلا الجزاء المنصوص عليه في العقد في حالة ارتكاب المتعاقد للخطأ المحدد في العقد.

بينما ذهب الفقيه JEZE إلى أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، ويجب أن نعتـبره توجيـه للقاضي، وليس كقاعدة ملزمة له[٢].

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي رأي الفريق الذي ينادي بإحلال جزاء آخـر أقـل صرامة أو أكثر صرامة محل الجزاء المنصوص عليه في العقد، واضعاً في الاعتبار ظـروف القضية مراعاة لمبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإحلال جزاء وضع المرفق تحت الحراسـة محل جزاء اسقاط الالتزام الذي كانت الادارة مانحة الالتزام قد أوقعته على الملتزم[٣].

---

(١) G.JEZE, op.cit, T.3.p. 1040.

نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٧٧، ود. مفتاح خليفـة عبـد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٥.

(٢) مشار إلى رأي الفقيهين Romieu و JEZE لدى د. محمد صلاح عبد البـديع السـيد، المرجـع السابق، ص١٤١، و ص٢٧٨.

(٣) C.E 10 Août 1923, sté d' éclairage de La ville d' oloron, Rec.p.681.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٢.

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي استبدال جزاء وضع المقاولة تحت الادارة المباشـرة المنصوص عليه في العقد كجزاء في حالة ارتكاب المقاول لمخالفة معينة بجزاء فسخ العقد الذي أوقعته الادارة على المقاول[1].

أما في **سوريا** فإن مجلس الدولة السوري لم يتبن ماذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر بأن القاضي لايستطيع أن يبحث عما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأ مـا، وما إذا كان هذا الخطأ يعتبر جسيماً بالقدر الكافي لتبرير الفسخ الجزائـي للعقـد، إذا كان طرفا العقد قد اتفقا في العقد على جزاء الفسخ كعقوبة لخطأ معين، فقد جـاء في حكم للمحكمة الادارية العليا الصادر في عام ١٩٦٥:

(أ -

ب - لئن كان يشترط لقيام مشروعية قرار الادارة فسخ العقد الاداري توفر الخطأ الجسيم من جانب الملتزم كما يحق للقضاء الاداري في هذه الحالة البحـث في مـدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقد إلا أنه من المبادئ التي سارت عليهـا المحكمة الادارية العليا أنه إذا ما قرر المشرع أو القاعدة المرعية بين المتعاقـدين جـزاء الفسخ كمؤيد لخطأ معين صادر عن الملتزم وجعل لهذا الجزاء صفة خاصـة تظهـره كسبب وحيد للفسخ فليس للقضاء أن يعقب على ذلك وبالتالي فإن الحـالات الـتي تذكرها اللائحة أو القاعدة والتي تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملاءمة.....)[2].

---

(١) C.E 2 Juillet 1924, Girou, Rec.p.629.

مشار إلى الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣، في القضية رقم ١٢، لعام ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص٩٧، المبدأ ٣٣.

ونحن نعتقد أنه كان من الأفضل لمجلس الدولة السوري لو أنه تبنى الرأي الـذي نادى به الفقيه JEZE، واعتبر اختيار جزاء معين من قبل أطراف العقد عند وقوع خطأ محدد، لايمنع القاضي من أن يمارس سلطته التقديرية للتأكد من مدى جسـامة الخطأ ومدى تطابقه مع هذا الجزاء المتفق عليه، فإن لم يجد توازن استبدل هذا الجزاء بما يحقق المصلحة العامة للمرفق.

وبهذا الموقف يستطيع مجلس الدولة أن يحد من الممارسات غير المشـروعة مـن جانب الادارة لحقها في توقيع الجزاء، كما يتلافى حرفية العقد، عندما تكشف هذه الحرفية عن سوء توافق هذا الوضع مع مصلحة المرفق العام ذاته.

ثالثاً - سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري في حالة عدم مشروعيته:

القاعدة العامة طبقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن قاضـي العقـد لايملك إلا سلطة الحكم بتعويض المتعاقد عن قرار الجزاء الصادر من الادارة ضـده في حالة عدم مشروعية هذا الجزاء، أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسـوب لهـذا المتعاقـد، فالقاضي لايملك سلطة الحكم بإلغاء هذا الجزاء.

وهذه القاعدة السابقة تجد أصلها في منازعات عقود الأشغال العامة، فمنذ قرن من الزمن يرفض مجلس الدولة الفرنسي الطلبات التي تستهدف الاجراءات الجزائيـة ضـد المقاول مهما اتصفت به من عيوب، حيث قرر مجلس الدولة في أحكامه المتـواترة أن: (قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لايملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الادارة صاحبة العمل في مواجهة المقاول، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانـت

هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض عن هذه التدابير)[1].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يذكر في أي حكم من أحكامه السابقة أي سبب أو مبرر يعلل هذا المبدأ القضائي الخطير الذي يحصن قرارات الادارة الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة وغيرها من القرارات الأخرى الصادرة ضد مقاوليها من سلطة القاضي في الالغاء، والذي يحرم من ناحية أخرى المقاولين المتعاقدين مع الادارة من ضمانة هامة جداً لحماية مصالحهم وحقوقهم ضد قرارات الادارة بتوقيع الجزاءات عليهم، ومن بينها قرارات الفسخ الجزائي لعقودهم غير المشروعة أو التي لامبرر لها[2].

ويشار دائماً لشرح هذا القضاء لتقرير المفوض Romieu بمناسبة حكـم المجلـس بتاريخ ١٩٠٥/١/٢٠ في قضية Compagnie générale des eaux، والذي يبين فيه أنه: (في حالة عقد الأشغال العامة العادي، من المسموح به أن رب العمل له الحـق دائماً في فسخ العقد طبقاً للمادة ١٧٩٤ من القانون المدني الفرنسي[3]، أي مع تعويض

---

(١) C.E 20 Fev 1868 Goguelot, Rec.P.198.

C.E 20 Mai 1905, Zotier, Rec. P.447.

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٦.

C.E 25 Fev 1944, Pioc,Rec. P.69.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٥٦.

C.E 24 Nov 1972, sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau,Rec.P.753.

C.E 22 Fev 1980, S.A. les sabliéres modernes d'aressy, Rec.P.110

مشار إلى هذين الحكمين لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٨٢.

(٣) المادة ٦٢٩ من القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ تقابل المـادة ١٧٩٤ مـن القانون المدني الفرنسي.

المقاول جملة عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب، وينتج من ذلك أن القاضـي لايملك إلغاء قرار الفسخ الذي تتخذه الادارة)[1].

وقد سمح مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق قاعدة عدم جواز إلغاء قاضي العقد لقـرار الفسخ الجزائي للعقد على عقود التوريد[2]، وعقود إيجار أملاك الدولـة الخاصـة[3]، وعقود بيع أملاك الدولة الخاصة[4]، وعقود الخدمات[5].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة بالنسبة لبعض العقود الادارية، واعترف القاضي بسلطة الحكم بإلغاء قرارات الادارة بالفسخ الجزائي لهذه العقـود في حالة عدم مشروعيتها ومخالفتها للقانون، بالاضافة إلى سلطة الحكم بتعويض المتعاقدين عن هذه القرارات.

---

(١) M.Romieu,Conclusions sur C.E 20 Jan 1925, Rec.P.56.

مشار إليه لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٦، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٩١ و ص٢٩٢.

(٢) C.E 9 Janv 1957, Daval, Rec.P.955.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٧، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٤.

(٣) C.E 17 Mars 1976, Leclert, D, 1978,J,P.11

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٥.

(٤) C.E 24 Nov 1970, sté Anonyme touristique de La valleé du Lautaret,Rec. P. 654

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٧، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٥، ولدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجـع السـابق، ص٤٢٦.

(٥) C.E 24 Nov 1972, sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec.P.753

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٤.

وبناء على ذلك، فإن قاضي العقد يملك – استثناء – سلطتي الالغاء والتعويض على قرارات الادارة بالفسخ الجزائي للعقود الادارية التالية:

١ - عقد التزام المرفق العام وعقد التزام الأشغال العامة:

اعترف مجلس الدولة الفرنسي – في أحكام كثيرة – لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الادارة مانحة الالتزام الصادرة باسقاط الالتزام في مجال عقود التزام المرافق العامة وعقود التزام الأشغال العامة متى كانت هذه القرارات غير مشروعة[١].

وهذه السلطة حددها مجلس الدولة الفرنسي في مجال عقود الالتزام بالقرارات التي تنهي العلاقات التعاقدية بصفة قطعية بين الادارة والملتزم، دون غيرها من قرارات الادارة الأخرى التي تصدر في مواجهة الملتزم.

ولذلك فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٨٣/١٢/٩ إلى أنه: (لايحق لقاضي عقد الالتزام أن يلغي القرارات الصادرة من الشخص العام مانح الالتزام في مواجهة متعاقده، ولكن يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه القرارات قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشأ حقاً في التعويض لهذا المتعاقد، ولكن الأمر على خلاف ذلك في الحالة التي يكون فيها القرار المطعون فيه يهدف إلى إنهاء العلاقات التعاقدية بين الشخص العام والمتعاقد معه بصفة قطعية)[٢].

---

(١) C.E 21 Jan 1944, Société d' éntreprise et constructions en beton armé, Rec.P.231

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٨، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٦.

C.E 11 Juillet 1986, sté Missenard – Quint, Rec.P.612

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٧، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٦.

(٢) C.E Déc 1983, S.A. d'etude et de developpement, R.D.P. 1985,P.681

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٦ وص١٤٧.

كما أن سلطة قاضي العقد بالنسبة لقرار الادارة غير المشروع بإسقاط الالتزام تمتد لتشمل – فضلاً عن سلطتي الحكم بالالغاء والتعويض – سلطة استبدال جـزاء آخـر أخف بجزاء الاسقاط المغالى فيه عند عدم تناسب جزاء الاسقاط مع جسامة المخالفـة التي ارتكبها الملتزم.

وتطبيقاً لذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة بدلاً من جزاء الاسقاط[١].

ويجب ملاحظة أنه عندما يكون جزاء الاسقاط غير مشروع من حيـث الشـكل، ولكن له ما يبرره من حيث الموضوع، فإن اسقاط عقد الالتزام في هذه الحالة لاينشـئ المسؤولية التعاقدية لمانح الالتزام تجاه الملتزم، ولكنه يعفي الملتزم من النتـائج الباهظـة المترتبة على الاسقاط والمتمثلة في إبرام عقد جديد على مسؤوليته[٢].

أما إذ تجاهلت الادارة مانحة الالتزام للشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لممارسـة سلطتها في الفسخ الجزائي لعقد الالتزام، فإن ذلك ينشئ مسؤولية الادارة تجاه الملتـزم عن تعويضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب نتيجة فسخ العقد بالمخالفـة للشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط المتعلقة بعقد الالتزام[٣].

---

(١) C.E 10 Août 1923, sté d éclairage de La ville d'oloron, Rec.P. 681

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٨، ود. مفتاح خليفة عبـد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٨، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٨.

(٢) Ph . Terneyere, Note sous C.E 8 Nov 1985, Entreprise ozilou, les petites affiches, No.32-14 Mars 1986, P.6

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٨، ود. محمد صلاح عبـد البـديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٨.

(٣) C.E 24 Jan 1975, Sieur clerc- Renaud, Rec.P.55

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٤٧.

ويتلخص تبرير بعض الفقه الفرنسي لسلطة قاضي العقد في إلغاء قـرارات الادارة مانحة الالتزام بالفسخ الجزائي لعقود التزام المرافق العامة وعقود التزام الأشغال العامـة والذي يسمى بإسقاط الالتزام، في فكرة أن الملتزم الذي أنفق منذ بداية تنفيـذ العقـد استثمارات مالية كبيرة على إعداد وتهيئة المرفق محل الالتزام وعلى استغلاله والتي سوف يقوم باستهلاكها خلال فترة طويلة، يجب أن يحصل على ضمانات وحقـوق أكثـر استقراراً وأفضل أمناً وضماناً من الضمانات والحقوق الممنوحة للمقـاول العـادي أو المورد[1].

٢ - عقود التزام المناجم:

يعترف مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي الصادر من السلطة مانحة الالتزام ضد ملتزمي المناجم[2].

ويرجع السبب في ذلك – كما هو الحال بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة وعقود التزام الأشغال العامة – إلى طول مدة هذا العقد، ومن أجل حمايـة المصـلحة الماليـة للملتزم الذي أنفق استثمارات مالية ضخمة من أجل إعـداد المرفـق محـل الالتـزام واستغلاله، والذي يجب أن يتمكن من جني هذه الأموال خلال مدة طويلة[3].

---

(١) للإطلاع على آراء الفقه الفرنسي المؤيدة لهذا التبرير، راجع د. عبد المجيد فياض، المرجع السـابق، من الصفحة ١١١ إلى ١١٣، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٩ وص٤٣٠، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، من الصفحة ١٤٩ إلى الصفحة ١٥٢.

(٢) C.E 1er oct 1965, sté union économique continentale, Rec.P. 484

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٩، ود. محمد صلاح عبـد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٥٢.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٥٣.

٣ - عقود الالتزام التي تتضمن شغل أملاك عامة:

يعترف مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الادارة بالفسـخ الجزائي لعقود الالتزام التي تتضمن شغل الملتزم أملاك عامة[١].

ولقد ذهب الفقه الفرنسي في تبريره لهذ الاستثناء الذي يمنح القاضي سلطة إلغاء قـرارات الادارة بفسخ هذه العقود إلى أن ذلك يرجع إلى رغبة مجلس الدولة الفرنسي في حماية الشخص الذي يشغل الأملاك العامة بمقتضى عقد إداري مع الادارة، حتى لايوضع هـذا الشـخص في مركز أدنى من مركز الشخص الذي يشغل الأملاك العامة بمقتضى ترخيص إداري من جانب الادارة، حيث يملك هذا الأخير الحق في الطعن على قرار الادارة بسحب هذا التـرخيص أو إلغائه أمام قاضي الالغاء الذي يملك سلطة إلغاء قرار الادارة في هذه الحالة.

وهكذا نظراً لوجود عقود شغل الأملاك العامة إلى جانب تراخيص شغل هذه الأملاك التي تستطيع الادارة أن تسحبها تحت رقابة قاضي الالغاء الذي يسـتطيع أن يلغـي قـرار الادارة بالسحب في حالة عدم مشروعيته، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الادارة بالفسخ الجزائي لعقود التزام شغل الأملاك العامة للتسوية بين الحالتين[٢].

٤ - عقود ايجار المرفق العام:

يعترف مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي لعقـد ايجار المرفق العام الصادر من الادارة المتعاقدة إذا كان هذا العقد يتطلب اسـتثمارات مالية ضخمة وذلك أسوة بملتزم المرفق العام[٣].

---

(١) C.E 13 Juillet 1968, serFati, A.J.D.A, 1968, P. 584

مشار إلى هذا الحكم لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص١٠٩، ود. مفتاح خليفة عبـد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٥٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٥٣، وص١٥٤.

(٣) A.DE Laubadere et autres , contrats, op.cit, T.2 , p.1008 .

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار الادارة بفسخ عقد ايجار مرفـق عـام لايتضمن استثمارات مالية ضخمة من جانب المستأجر يجب استهلاكها خلال كل مدة الاستغلال[1].

وتجدر الاشارة إلى أن جانب من الفقه الفرنسي رفض التفرقة بين عقـد الالتـزام والعقود المشابهة له وبين عقود الأشغال وعقود التوريد والعقود الادارية الأخرى، فيما يتعلق بسلطة قاضي العقد في إلغاء قرارات الفسخ الجزائي لهذه العقود في حالة عـدم مشروعيتها وفق ما يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي.

فقد نـادى الفقهـاء الثلاثـة De Laubadere , Moderne et Delvolve بضرورة منح قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي في حالة عدم مشروعيته في جميع العقود الادارية، حيث ذهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة إلى أن (تبرير سلطة القاضي في الحكم بإلغاء التدابير التعاقدية بضخامة الاستثمارات من جانب المتعاقد ليس نموذجيـاً تماماً، لأنه من ناحية هناك عقود تتطلب استثمارات كبيرة من المتعاقد لاتسري عليهـا هذه السلطة، ولأنه من ناحية أخرى هناك عقود لاتتطلب من المتعاقد استثمارات كبيرة ومع ذلك يمكن على العكس أن تسري عليها هذه السلطة، فكما رأينا بخصوص عقود الأشغال العامة والتوريد، فإن القاضي لايستطيع أن يتخذ إجراءً آخراً خـلاف مـنح تعويض للمتعاقد عن تدبير الادارة في حالة عدم مشروعيته، في حين أن بعـض هـذه العقود يمكن أن تتطلب استثمارات ضخمة من المتعاقد وتحتاج للتنفيذ خلال مدة طويلة مثل عقود الأشغال العامة التي تقوم على ورش ضخمة – كبناء الطرق الطويلة السريعة أو بناء مركز نووي – وكذلك بعض عقود التوريد الصناعية التي تحتـاج إلى أجهـزة خاصة، فاحتياج المتعاقد في هذه العقود إلى استهلاك استثماراته ليس أقل مـن حالـة

---

(١) C.E 30 sep 1983, comexp, Rec.p.393

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٥٨.

ملتزم الأشغال العامة، فإذا كانت مدة عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد أقصر كثيراً من مدة عقد الالتزام، فإن الاحتياج إلى استهلاك الاستثمارات في العقود السابقة ليس أقل من عقد الالتزام، فإذا كان القاضي يستطيع أن يقضي بإلغاء التدابير غير المشروعة الصادرة من الادارة ضد متعاقديها في مجال عقد الالتزام والعقود المشابهة له، فإن سلطة القاضي في الالغاء يجب أن تسري أيضاً على العقود الأقل طولاً في مدتها والتي تكـون فيها المصالح المالية للمتعاقد هامة وذات شأن)[1].

وبالنسبة لرأي **الفقه المصري** في موقف مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بالتفرقة بـين سلطات القاضي إزاء كل من عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، فـإن **الدكتور سليمان الطماوي** لايحبذ التفرقة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسـي في التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود الادارية، ويفضل التسوية بـين جميـع العقـود الادارية في هذا المجال[2]

ويرى **الدكتور عبد المجيد فياض** أن التفرقة التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي بين عقد الالتزام والعقود الادارية الأخرى لاتتسم بالعدالة، وهي تفرقة لامـبرر لهـا، لأن هناك عقود إدارية لاتقل أهمية عن عقد الالتزام مثل بعض عقود الأشغال العامة الـتي تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم كالسد العالي مثلاً، أو إقامة كوبري ضخم مثل كوبري رمسيس، أو استصلاح مساحات كبيرة من الأراضـي البـور لتهيئتـها للزراعة، إذ تتطلب هذه العمليات – دون شك – إمكانيات مالية واسعة وقدرة هائلة لدى المقاول يخصصها لتنفيذ ما التزم به، ولا يمكن أن يقل المقاول – من هذه الزاوية – من حيث درجة صلته بالمرافق العامة والمصالح العامة عن أي ملتزم بتوريد تيار كهربائي أو مياه أو بسوق عام، ومن أجل ذلك جميعه تصدق عليه تلك الاعتبارات التي أملـت

---

(١) A.DE Laubadere et autres , contrats, op.cit, T.2 , p.1009 .

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٥٥٧.

حماية الملتزم، مما يقتضي الاعتراف بوجوب أن يضمن – أسوة بهذا الأخير – بنوع من الاستقرار وباستمرار التنفيذ، أي يحق له طلب إلغاء ما اتخذ ضده من جزاءات ضاغطة أو فاسخة تبعده عن هذا التنفيذ دون مبرر، وأن يكون من حق القاضي تحقيق طلبه هذا.

وفضلاً عن أن قابلية الجزاءات الضاغطة والفاسخة غير الصحيحة للإلغاء القضائي بالنسبة لجميع العقود الادارية لايناقضه أي مبدأ من القانون، فإن صالح الادارة يتطلب ذلك، إذ يمكن أن يكون التعويض الذي تلتزم به الادارة – من جراء جزائها غير الصحيح – أكثر تكلفة وعبئاً عليها من الاستمرار في العقد[1].

كما أن **الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد** يرى أن موقف مجلس الدولة الفرنسي في التفرقة بين سلطات القاضي إزاء كل من عقد الالتزام من ناحية وعقود الأشغال العامة والتوريد من ناحية أخرى يقيم تفرقة لامحل لها، فمن غير المنطقي ومما يتجافى مع العدالة أن يستفيد ملتزم المرفق العام الذي لاينفق أحياناً أية استثمارات مالية أثناء استغلال المرفق العام، أو ينفق أموالاًقليلة كملتزم توريد المياه أو النور من سلطة القاضي في إلغاء الجزاءات الصادرة من الادارة ضده – ومن بينها جزاء الاسقاط – في حالة عدم مشروعية هذه الجزاءات، في حين أن مقاول الأشغال العامة الذي ينفق أحياناً استثمارات كبيرة في تنفيذ التزاماته التعاقدية مثل مقاول الأشغال العامة الذي يقوم بإنشاء خطوط سكك حديدية أو مترو أو مستشفى أو سد ضخم أو محطة نووية لتوليد الطاقة، أو المورد الذي يقوم أحياناً بتصنيع المواد والأدوات التي يوردها، لايستفيد كلاهما من سلطة القاضي السابقة في الالغاء[2].

---

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، الصفحات ١١٧- ١١٨- ١١٩.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص١٦٥ و ص١٦٦.

ونحن نرى أن امتلاك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار فسخ عقد الالتزام هو موقف ملائم ومنطقي من قبل مجلس الدولة الفرنسي، وأن عدم امتلاك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار فسخ عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد هو موقف منتقـد، وذلـك للأسباب التي ذكرها الفقه المعارض الفرنسي والمصري لهذه التفرقة والتي ذكرناهـا سابقاً.

كما أن المشرع يمنح الادارة في جميع العقود الاداريـة دون تمييـز، سـلطات وامتيازات لامثيل لها في العقود المدنية، يجب أن تستعملها تحت إطار المشروعية، وألا تخرج بها عن ذلك، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء للحكم بإلغاء هذه الجزاءات غير المبررة.

كما أن الاعتراف للقاضي الاداري بهذه السلطة يحفز الأشخاص الخاصة علـى التعاقد مع الادارة لأنه ضمانة لهم في حالة تعسف الادارة، وقيامها بإصدار قـرار الفسخ الجزائي دون مبرر، وهذا يؤدي بدوره إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وهو ما تهدف إليه الدولة بجميع مؤسساتها.

ولذلك نرى من الأفضل الاعتراف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قـرار الفسـخ الجزائي غير المشروع في جميع العقود الادارية دون تفرقة بينها.

وبالنسبة لموقف **القضاء الاداري** في **مصر**، فإنه لم يتعرض لمدى سلطات القاضي في مواجهة قرارات الادارة مانحة الالتزام بتوقيع جزاء إسقاط الالتزام، كما أننـا لم نجـد أحكام صادرة عن مجلس الدولة المصري تعترف بسلطة القاضـي الاداري في إلغـاء قرارات الادارة بالفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة.

أما بالنسبة لعقد التوريد، فقد أقرت محكمة القضاء الاداري في حكمهـا الصـادر بتاريخ ١٩٦٧/٥/٢١ إلغاء قرار صادر من منطقة بور سعيد الطبية بفسخ عقد توريد

ألبان، وما ترتب عليه من مصادرة التأمين وشطب اسم المدعي من سجل المتعهـدين، وذلك لعدم صحة الوقائع المنسوبة للمتعاقد مع الادارة والتي بني عليها هذا القرار[1].

وتأكد الحكم السابق بحكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٧١/١/١٦، والذي جاء فيه: (..... ولا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده مـن غير الاستعانة بمجهودات غيره، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة، وبناء على ما تقدم، إذا جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقـررة والجـائزة في العقـود الادارية، فإنه من غير المستساغ فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية إلا إذا قام الدليل المقنع من الأوراق على تواطؤ المدعي، أو علمه بغش أو تلاعب من استعان بهم في أداء التزاماته، والقول بغير ذلك يؤدي إلى احجام الموردين عن الدخول في المناقصات العامة، وقـد يكون منهم كفايات وحسنو السمعة)[2].

أما عن موقف **الفقه الاداري** في **مصر**، فإن الدكتور محمـود حلمـي يـرى أن: (الاتجاه الغالب في أحكام مجلس الدولة المصري هو التسوية بين العقود الادارية بالنسبة لسلطات القضاء، فمن حق القضاء عند نظر المنازعة أن يحكم بـالتعويض إذا كـان الاجراء المتخذ غير مشروع أو غير ملائم، ومن حقه أيضاً أن يحكم بإلغـاء الإجـراء المتخذ إذا لم يمس سير المرفق العام نفسه، كأن يحكم بإلغاء قرار جهـة الادارة فيمـا تضمنه من مصادرة التأمين أو الاستيلاء على أدوات المقاول ومهماته الموجودة في محل

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٦٧/٥/٢١، مشار إلى هذا الحكم لـدى د. مفتـاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٣٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص٢٨٩.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٧١/١/١٦، مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٣٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السـيد، المرجـع السـابق، ص٢٨٩.

العمل، أما الحكم بإلغاء قرار جهة الادارة بإنهاء التعاقد واسقاط الالتـزام أو سـحب العمل من المقاول وتكليف غيره به أو إلغاء عقد التوريد، فإنه يبدو أن مجلس الدولـة المصري لايحكم به إكتفاء بالحكم بتعويض الطرف الآخر تعويضاً كاملاً شاملاً ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب)[1].

كما ذهب الدكتور عبد الفتاح حسن إلى أن: (للمتعاقد أن يرفع الأمر إلى القضـاء شاكياً من عدم مشروعية الجزاء الموقع عليه، وللقاضي أن يراقب مشـروعية الجـزاء، ويدخل في ذلك مدى تناسبه مع المخالفة، غير أنه إذا رأى القاضي أن الجـزاء غـير مشروع، فلا يقضي **بإلغائه**، بل يقتصر على الحكم على جهة الادارة بالتعويض لصالح المتعاقد)[2].

أما في **سوريا** فإننا لم نجد أحكام صادرة عن مجلس الدولة السوري تعترف بسـلطة القاضي الاداري في إلغاء قرارات الادارة المتضمنة توقيع جزاء إسقاط الالتزام بالنسـبة لعقود الالتزام، أو فرض الفسخ الجزائي بالنسبة لعقود الأشغال العامة أو عقود التوريد.

كما أننا لم نجد ما يوضح الدافع وراء اتخاذ مجلس الدولة السوري هـذا الموقـف، **ولعل ذلك يعود - باعتقادنا - إلى تطبيق مجلس الدولة السوري القاعدة التقليديـة في القانون الاداري الفرنسي، والتي تحظر على المحاكم التـدخل في مهمـة الادارة العامة ورقابة مدى ملاءمة أعمالها، حيث يبتعد القاضي الاداري في مجال القضـاء الكامل عن كل ما يمكن أن يتخذ صورة أمر موجه إلى الادارة لإلغاء القرار الصادر بفسخ العقد الاداري، ولقناعته بأن الاعتراف لقاضي العقد بسلطة إلغاء الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة غير المشروعة هو موقف غير ملائم لأن هذا الالغاء سـوف**

(١) د. محمود حلمي، العقد الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص١٥٢.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٧٩، ص٢٦٦.

يؤدي إلى فرض متعاقد على الادارة لم تعد ترغب فيه، كما أن هذا الموقف غير مفيد لأنه سوف يتقرر بعد فترة طويلة من إنتاج قرار الفسخ لأثاره، فربما تكون الادارة قد عهدت تنفيذ الأعمال محل العقد إلى متعاقد آخر خلاف المتعاقد المفسوخ عقده، وربما تكون هذه الأعمال قد انتهى تنفيذها أو على وشك الانتهاء، لذلك نـرى أن مجلس الدولة السوري يكتفي بإحلال التعويض مكان الالتزام المفروض على عـاتق الادارة في حالة عدم تنفيذه من قبلها.

ونحن نرى ضرورة تغيير مجلس الدولة السوري لموقفه السابق، حيث يمكنـه أن يقف موقفاً وسطاً بين ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصـري إزاء سلطة القاضي الاداري في مواجهة قرار الفسخ الجزائي للعقد الاداري، وذلك بإعطاء قاضي العقد سلطة إلغاء قرار اسقاط الالتزام غير المشروع الصـادر مـن الشخص العام مانح الالتزام في مواجهة الملتزم بالنسبة لعقد الالتزام، أما بالنسـبة لعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد، فيمكنه ممارسة سلطة إلغـاء قـرار الفسـخ الجزائي غير المشروع لهذين العقدين، إذا تجاوزت قيمة كل منـهما مبلغـاً معينـاً، ويمكن الاستئناس بالحد الأدنى لقيمة العقود الخاضـعة لتصـديق مجلـس الدولـة السوري، والبالغ خمسة عشر مليون ليرة سورية استناداً إلى قـرار رئاسـة مجلـس الوزراء رقم (٣٤) م.و تاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٦، أو الاستئناس بالحد الأدنى لقيمـة العقود الخاضعة لتصديق اللجنة الاقتصادية التابعة لمجلس الوزراء، والذي يزيد عـن خمسين مليون ليرة سورية في العقود المتعلقة بالانفاق الاستثماري، وخمسة وعشرين مليون ليرة سورية في العقود المتعلقة بالانفاق الجاري استناداً إلى المرسوم التشـريعي رقم (٧) تاريخ ٢٠٠٢/١/٣٠ على أن يرافق هذا التغيير لموقف مجلـس الدولـة إنشاء محاكم مختصة بفصل منازعات العقود الادارية فقط دون المسائل الأخرى التي تدخل في الاختصاص القضائي لمجلس الدولة استناداً إلى قـانون مجلـس الدولـة

السوري رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩، وتسهيل إجراءات التقاضي أمام هذه المحـاكم وتسريعها، حيث يعتبر ذلك ضمانة قانونية هامة وفعالة لصالح المتعاقدين مع الادارة كونها تحقق لهم العدالة ضد تعسف الادارة، مما يشجعهم على التعاقد معها، وبالتالي زيادة الاستثمارات في القطر، كما يؤدي ذلك في نهاية الأمـر إلى تحقيـق مصـالح الأطراف المتعاقدة على أفضل وجـه ممكـن، وإلى ازدهـار الحيـاة الاقتصـادية والاجتماعية في المجتمع، بالاضافة إلى ضمان السير المنتظم والمطرد للمرافق العامـة التي أبرمت هذه العقود من أجل إشباع حاجاتها ومتطلباتها.

خاتمة

تعرضت هذه الدراسة إلى أحد أهم الموضوعات العملية في مجال العقود الإدارية، ألا وهو سلطة الإدارة في إنهاء لعقد الإداري بالإرادة المنفردة، والتي لها صورتان هما:

١ – إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

٢ – إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم (الفسخ الجزائي)

وسنحدد فيما يلي أهم نتائج البحث، وما نراه من مقترحات:

أولاً – نتائج البحث:

١- تبين لنا من خلال البحث في الإطار القانوني لاستخدام هذه السلطة أنها أصبحت تشكل في الوقت الحاضر نظرية قانونية مستقلة هي «النظرية العامة لإنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة للإدارة»، وهذه النظرية تجد أساسها ومصدرها – أسوة بغيرها من سائر النظريات الكبرى في ميدان القانون الإداري – في أحكام القضاء الإداري التي تشكل معيناً لا ينضب للمشرع الإداري يستقي منها القواعد لتنظيم العلاقات القائمة بين جهة الإدارة والمتعاملين معها.

٢- تمثل هذه السلطة بصورتيها – في الوقت الحاضر – إحدى السمات المميزة للعقد الإداري بالمقارنة بعقود القانون الخاص، باعتبارها أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، والتي تميزها عن العقود الأخرى التي تبرمها مع الأفراد أو الجهات الإدارية الأخرى بوضفها شخص عادي.

فقاعدة القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) السارية في عقود القانون الخاص، والتي بمقتضاها لا تكفي إرادة أحد المتعاقدين لفسخ أو إنهاء العقـد، بل لا بد من اتفاق المتعاقدين على الفسخ أو الإنهاء، أو وجود نص في القانون يقرر أياً منهما صراحة أو اللجوء إلى القضاء للحكم بأحدهما، لا تسري على العقود الإدارية، حيث تتمتع الإدارة – كما رأينا – بسلطة فرض جزاء فسخ العقد من جانب واحد دون اللجوء إلى القضاء باستثناء جزاء إسقاط الملتزم، وكذلك تملك سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد وفقاً لتقـديرها وحـدها مـتى اقتضت ذلك المصلحة العامة، دون أن يكون للمتعاقد ممارسة سلطة فسـخ العقد في مواجهة الإدارة.

٣- إن هذه السلطة – بصورتيها – ليست سلطة مطلقة تسـتعملها الإدارة دون ضوابط، بل هي سلطة مقيدة بشروط معينة، لا بد من توافرها معاً لمشروعية ممارسة الإدارة لهذه السلطة.

٤- انقسم الفقهاء في معرض تحديدهم الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهـاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، حيث ذهب بعضهم إلى أن الإنهاء يقوم على فكرة الصالح العام واحتياجات المرافق العامة، في الوقت الذي اعتبر فيه آخرون أن سلطة الإنهاء تقوم على فكرة السـلطة العامة وامتيازات القانون العام، بينما تحدث فريق ثالث عن أساس مـزدوج يجمع بين الأساسين السابقين أي فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام إلى جانب فكرة الصالح العام واحتياجات المرافق العامة.

وفي تقريرنا أن هذه السلطة تقوم على أساس الصالح العام ومقتضيات سـير المرافق العامة.

وذلك لأننا نرى أنه تم الاعتراف بهذه السلطة لجهة الإدارة تحقيقاً للمصـلحة العامة عند تعارضها مع المصلحة الخاصة، وللاطمئنان إلى حسن سير المرافـق العامة بانتظام وإطراد.

٥- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصـلحة العامة تعتبر من النظام العام، حيث تتمتع بها الإدارة حتى ولو لم ينص عليهـا بشكل صريح في العقد الإداري أو في دفاتر الشروط الخاصة بالعقـد أو في دفاتر الشروط العامة، وأن أي نص في العقد يقضي باستبعادها لا يعتد بـه لأنها تعتبر حقاً أصيلاً تقرره المبادئ العامة لقانون العقود الإداريـة لصـالح الإدارة من أجل مقتضيات سير المرافق العامة والمحافظة على المصلحة العامـة، كما أن الإدارة تتمتع بهذه السلطة في مجال جميع العقود الإداريـة المختلفـة باعتبارها إحدى الخصائص المميزة لنظرية العقود الإدارية بالمقارنـة بعقـود القانون الخاص.

٦- إن المشرعين الفرنسي والسوري اعترفا للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، وقد تأيد هـذا الاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة في كلا البلدين، أمـا في مصر فإن المشرع لم يعترف للإدارة بهذه السلطة، وذلك على خلاف مـا فعله مجلس الدولة المصري الذي اعترف للإدارة بهذه السـلطة في أحكامـه المتواترة.

٧- إن الإدارة في مصر وسوريا غير ملزمة بتسبيب قرارها المتضمن إنهاء العقـد الإداري سواء في حالة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، أو في حالة الفسخ الجزائي، وذلك على خلاف المعمول به في فرنسا، حيـث ألزم المشرع الفرنسي الإدارة بضرورة تسبيب قرارها عند ممارسة سلطتها في إنهاء العقد الإداري بصورتيها.

٨- إن النظام القانوني لاسترداد الالتزام يختلف عن النظام القانوني لكل من نـزع الملكية للمنفعة العامة والبيع وإسقاط الالتزام والتأميم.

٩- إن لاسترداد الالتزام في عقد الالتزام – بوصفه تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة – ثـلاث صـور هـي: الاسترداد التعاقدي وهو الاسترداد المنصوص عليه في عقد الالتزام بموجـب نص صريح يحدد شروطه وكيفية ممارسته، والاسترداد غير التعاقدي الـذي تقرره السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة دون أن يكون منصوصـاً عليـه صراحة في عقد الالتزام، والاسترداد القانوني والذي يتولاه المشرع بإصـدار قوانين خاصة ينظم بموجبها استرداد بعض المرافق العامة.

١٠- تملك الإدارة دائماً ممارسة سلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري للخطأ الجسيم الصادر من المتعاقد، استناداً إلى الامتياز الذي تتمتع به في التنفيذ المباشر دون حاجة اللجوء إلى القضاء، وهي تستطيع ممارسة هذه السلطة حتى في حالـة عدم وجود نص في العقد يعطي الإدارة صراحة الحق في ممارسة هذه السلطة، بل إن الإدارة تملك ممارسة هذه السلطة ولو ورد نص صريح في العقد يحظـر عليها ممارستها في مواجهة المتعاقد معها، لأن مثل هذا الـنص يعتـبر غـير مشروع، ولا يعتد به لمخالفته للنظام العام، حيث اعتبر القضاء الإداري – في فرنسا ومصر وسوريا – الفسخ الجزائي من النظام العام، يمنع علـى الإدارة التنازل عن حقها في ممارسته، فإذا قامت الإدارة بذلك اعتبر تصرفها باطلاً.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي جعل – على خلاف مجلس الدولة المصـري – سلطة الفسخ الجزائي لعقد الالتزام في صورة إسقاط الالتزام من اختصـاص قاضي العقد – كقاعدة – دون السلطة مانحة الالتـزام، إلا إذا احتفظـت السلطة مانحة الالتزام بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها بمقتضى شـرط صريح في عقد الالتزام.

ولقد قصد مجلس الدولة الفرنسي من ذلك – كما رأينا سابقاً – حماية الملتزم الذي أنفق مبالغ باهظة في إعداد المرفق محل الالتزام واستغلاله.

١١- أقر مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء آخـر أشد منه أو أقل منه، وذلك على خلاف ما هو معمول به في مصر وسوريا، حيث يجب على الإدارة الالتزام بتوقيع الجزاء المنصوص عليه في العقـد دون غيره، بحيث إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً، ووضعا لـه جزاء بعينه، فإنه يجب أن تتقيد الإدارة بما جاء في العقد في هذا الشأن.

١٢- إن القضاء الإداري يعترف بحق الإدارة في النزول عن توقيع جـزاء الفسـخ بنفسها، وبحق اللجوء إلى قاضي العقد لتوقيعه بدلاً منها، وذلك حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ثبت أنها قد أساءت استعمال هـذا الحق.

١٣- اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الأساس القانوني لهذه السلطة يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا قصـر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهـي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبلَ الأفراد، وهو امتياز التنفيذ المباشر، بينما ذهب جانب آخر مـن الفقـه إلى اعتبار أن الأساس القانوني لهذه السلطة يقوم على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام الذي يتصل به العقد.

وقد تبنى مجلس الدولة السوري – في تقديرنا – مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام كأساس قانوني لهذه السلطة، ويظهر ذلك من خـلال إعطـاء الإدارة سلطات واسعة، يتم من خلالها تطبيق مختلف الجزاءات الإدارية بقرار انفرادي

من الإدارة، دون أن تطلب من القضاء توقيع هذه الجزاءات، وذلـك لسـد حاجات المرفق العام ضماناً لاستمرار سيره بانتظام واطراد.

١٤- يجوز للإدارة أن تلجأ إلى الفسخ الجزائي – في كل من فرنسا ومصر وسوريا – في حالة قيام المتعاقد معها بالتنازل عن عقده للغير أو التعاقد من البـاطن دون موافقتها المسبقة، باعتبار ذلك التصرف من الأخطاء الجسيمة.

١٥- أخذ مجلس الدولة السوري بوجوبية إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائـي للعقد، ما لم يوجد نص في العقد أو دفاتر الشروط أو القانون يعفيهـا مـن ذلك، متبنياً ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في ذلك، على الرغم من أن المشرع السوري لم يجعل الإعذار المسبق وجوبياً في جميع الجزاءات، باستثناء حالة سحب التعهد فقط الواردة في المادة (٥٤) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، أما في مصر فإن المشرع وكذلك مجلس الدولة، لم يوجبـا علـى الإدارة إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

١٦- الإدارة ملزمة – في فرنسا – بتسبيب قرار الفسخ الجزائي، ويشترط أن يكون التسبيب مكتوباً، ويتضمن شرحاً للأسباب القانونية والفعلية التي بنى عليهـا هذا القرار.

أما في مصر وسوريا لم نجد ما يلزم الإدارة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي، ما لم يوجد نص قانوني يوجب التسبيب.

١٧- يبدو من خلال استعراض مواد القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد، ومواد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بالمرسوم رقـم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ أن المشرع السوري لم يأخذ بنظام الفسـخ الجزائـي بنوعيه – الفسخ الجزائي المجرد والبسيط والفسخ الجزائي علـى مسـؤولية المتعاقد – بل اكتفى بالفسخ الحكمي للعقد في حالات محددة، دون أن يكون

للجهة الإدارية المتعاقدة أية سلطة تقديرية في هذا الموضوع، وبجزاء سـحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد في حالات معينة.

١٨- لم يستعمل مجلس الدولة السوري في أحكامه مصطلح الإسقاط، وكـذلك فعلت الجهات العامة في عقودها، وإنما تم استخدام مصطلح الفسخ أو الإنهاء أو الإلغاء للدلالة على الفسخ الجزائي لعقد الالتزام.

١٩- ينتج عن ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد نتيجة هامة وهي حق المتعاقد في التعويض، وقد ينظم العقد الإداري أو القوانين أو اللوائح الخاضع لها ذلك العقـد مقـدار التعـويض المستحق للمتعاقد، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقـد أو مضـمون القوانين واللوائح بصدد إقرار مبدأ التعويض وأسس حسابه ومقداره، حـتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، أما إذا لم ينظم العقد أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض وعناصره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الـذي يحدده.

إلا أن هذا التعويض لا يستحقه المتعاقد إذا نص العقد ذاته على أن المتعاقد لا يستحق أي تعويض في حالة إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامـة، أو إذا لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء إنهاء عقده.

وعندما يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض، فإن هذا التعويض يطبق عليـه مبدأ التعويض الكامل الذي يشتمل على عنصرين هما تعويض المتعاقد عمـا لحقه من خسارة، وتعويضه عما فاته من كسب.

٢٠- يختلف أمر تقدير مآل الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معهـا، ومصير أدواته المستخدمة في التنفيذ نتيجة ممارسـة سـلطة الإدارة للإنهـاء الانفرادي بصورتيها تبعاً لنوع العقد المبرم بينهما.

٢١- يعتبر كل من إسقاط الالتزام واسترداد الالتزام عملية قانونية معقدة، حيث ينتج عنهما العديد من الآثار الهامة والنتائج الخطيرة على أموال الملتزم ومنشآته وأدواته المستخدمة في تنفيذ التزاماته، ولقد بينا في هذه الدراسة مصير كل من منشآت الملتزم والالتزامات والعقود التي ارتبط بها مع الغير أثناء فترة الالتزام وقبل استرداده أو إسقاطه، ومصير الأموال المادية والأدوات التي استخدمها الملتزم في استغلال المرفق قبل الاسترداد أو الإسقاط، وتصفية العلاقات المالية التي قامت بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم قبل استرداد الالتزام أو إسقاطه.

٢٢- لم نجد في القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد في سوريا، وفي المرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، وكذلك القانون المدني في مواده المتعلقة بالتزام المرافق العامة قواعد قانونية تتعلق بمصير الأموال المادية والأدوات المستعملة في استغلال المرفق العام بعد استرداد الالتزام، وكيفية تسديد التعويض في حالة الاسترداد التعاقدي أو غير التعاقدي، كما لم نجد أحكاماً قضائية تتناول هذه الأمور.

كما لم نجد قواعد قانونية أو أحكام قضائية تتناول الآثار المترتبة على جزاء الإسقاط.

٢٣- لا يستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الالتزام، باعتبار أنه جزاء توقعه الإدارة عليه نتيجة أخطائه الجسيمة التي ارتكبها، بل إنه من حق الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمرفق.

٢٤- استقر القضاء الإداري – في فرنسا ومصر وسوريا – على أنه يجب على المتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار تصدره جهة الإدارة المتعاقدة يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري الذي يربطه بها، وأن هذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل، ولذلك لا يجوز للمتعاقد أن يقيم

دعواه أمام قاضي الإلغاء في أي قرار إداري يتعلق بتنفيـذ أو نهايـة العقـد الإداري، إلا أنه يجوز للمتعاقد – استثناء – اللجوء إلى قاضي الإلغاء إذا مـا صدرت من الإدارة قرارات إدارية لم تستند في إصدارها إلى صفتها المتعاقدة.

٢٥- استقر القضاء الإداري – في فرنسا ومصر وسوريا – على اعتبار غير المتعاقد مع الإدارة شخصاً أجنبياً عن العقد، وغريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد، وذلك طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد الإداري، وبالتالي ليس للغير الأجنبي عن العقد أن يتمسك بأي حق، أو يحمل بأي التزام استناداً إلى هذا العقد، كما ليس له أن يطعن في قرارات الإدارة الصـادرة في مواجهـة المتعاقد مع الإدارة والتي تتعلق بتنفيذ أو نهاية هذا العقد من خـلال دعـوى مباشرة أمام القضاء الكامل (قضاء العقود).

إلا أن القضاء الإداري أوجد استثناء على القاعدة السابقة، وهو قبول الطعن المقدم من الغير أمام قاضي الإلغاء في جميع القرارات المتعلقة بإبرام العقـد، أو المتعلقة بتنفيذه، أو بفسخه، من خلال الدفع بعدم مشروعيتها على أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير، وباعتبار رفـع الدعوى أمام قاضي تجاوز السلطة يعتبر بالنسبة لهذا الغير الوسيلة الوحيـدة للدفاع عن مصالحه.

٢٦- إن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد ليست سلطة مطلقة تمارسها كيفما تشاء، وإنما تخضـع لرقابـة القضاء الإداري، وللقاضي أن يراقب هذه السلطة من زاوية المشروعية فقط، ولا يتناول زاوية الملاءمة، حيث تقتصر رقابة القاضي على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الإنهاء، ولكنها لا تتضمن تقـدير ملاءمـة سبب المصلحة لإنهاء العقد.

٢٧- يفحص قاضي العقد قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد من زاويتي المشروعية والملاءمة، خلافاً لفحصه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامـة، والذي يفحص فيه زاوية المشروعية فقط، وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على ذلك في كل من فرنسا ومصر وسوريا.

٢٨- استقر كلاً من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري – كقاعدة – على أن قاضي العقد لا يستطيع إلغاء قرار الإدارة غير المشـروع بإنهـاء العقـد الإداري بإرادتها المنفردة، سواء أكان هذا الإنهاء لدواعي المصـلحة العامـة ودون خطأ من المتعاقد، أو لفرض جزاء الفسخ على المتعاقد معها لارتكابـه خطأً جسيماً، وكل ما يملكه القاضي هو الحكم بالتعويض للمتعاقد عن القرار غير المشروع.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من هذه القاعدة عقد الالتزام والعقـود المشابهة له دون بقية العقود الإدارية، حيث اعترف لقاضي العقـد بسـلطة الحكم بإلغاء جزاء إسقاط الالتزام غير المشروع، وإلغاء قرار استرداد الالتزام غير المشروع، بالإضافة إلى الحكم بالتعويض للملتزم.

ثانياً – المقترحات:

من استقراء ما وصلت إليه هذه الدراسة، فإننا نقترح الآتي:

١- يجب على الإدارة – في سوريا – القيام بإعذار المتعاقد معها قبل اللجوء إلى الفسخ الجزائي، إلا في حالة وجود نص صريح في القانون أو في العقد أو في دفاتر الشروط ينص على خلاف ذلك، أو في حالة ثبوت عدم صلاحية المتعاقد معها في التنفيذ، أو إذا أعلن امتناعه بشكل صريح عن تنفيذ العقد، نظراً لأن الإعذار بمثابة تنبيه للمتعاقد مع الإدارة لإصلاح خطأه، والنهوض بما التزم به بمقتضى العقد، وهو ضمانة هامة للمتعاقد من أجل المحافظة على

حقوقه، كما أنه من الأفضل للإدارة أن يستمر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب، وتوجيهه بدلاً من فسخ العقد لما قد يحمله هذا الفسخ من مخاطر على استمرار عمل المرفق العام.

٢- يجب إلزام الإدارة المتعاقدة – في سوريا – بضرورة تسبيب قرارات الجزاءات التي تفرض على المتعاقد معها بعقد إداري، لأن ذلك يساعد السلطات الإدارية الوصائية أو قاضي العقد في الرقابة على صحة هذه القرارات والقيام بواجب الرقابة بدقة ويسر.

٣- العمل على تبني نظام الرقابة الإدارية على استعمال الإدارة لسلطتها في الإنهاء الانفرادي لعقودها الإدارية إلى جانب نظام الرقابة القضائية المطبق تقليدياً في هذا المجال.

٤- نظراً إلى قيام الدولة بتشجيع وتسهيل الاستثمار في سوريا في جميع المجالات، وظهور عقد الالتزام كحل لقيام بعض المرافق العامة، أو لمعالجة ضعف خدمات بعض المرافق العامة القائمة، فقد أصبح من الضروري وضع نظام قانوني خاص بعقود الالتزام، يتناول مراحل تنفيذ هذا العقد والمسائل التي تثور خلال هذا التنفيذ ومنها استرداد الالتزام وإسقاطه والسلطات المخولة بتقريرهما، ومصير الأموال والأدوات المستعملة في التنفيذ، ومسألة التعويض عند استرداد الالتزام.

٥- أن تلجأ الإدارة – في سوريا – إلى الاسترداد التعاقدي عند تنظيم عقود الالتزام عن طريق ذكر قواعده والآثار التي تترتب عليه، أو أن تلجأ إلى فسخ العقد بالتراضي، وذلك لأن الاسترداد غير التعاقدي يكلف الدولة نفقات طائلة من خلال دفع تعويض كامل للملتزم يغطي جميع ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

٦- الاعتراف لقضاء مجلس الدولة السوري بسلطة إلغاء الجزاءات الفاسخة غير المشروعة، وعدم الاكتفاء بالتعويض عن هذه الجزاءات، وذلك بإعطاء قاضي العقد سلطة إلغاء قرار إسقاط الالتزام غير المشروع، أما بالنسبة لعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد، فيمكنه ممارسة سلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي غير المشروع لهذين العقدين إذا تجاوزت قيمة كل منهما مبلغاً معيناً.

٧- إنشاء محاكم مختصة بفصل منازعات العقود الإدارية فقط دون المسائل الأخرى التي تدخل في الاختصاص القضائي لمجلس الدولة استناداً إلى قانون مجلس الدولة السوري رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩، وتسهيل إجراءات التقاضي أمام هذه المحاكم وتسريعها، حيث يعتبر ذلك ضمانة قانونية هامة وفعالة لصالح المتعاقدين مع الإدارة كونها تحقق لهم العدالة ضد تعسف الإدارة، مما يشجعهم على الاستثمار في القطر، كما تحقق ضمان السير المنتظم والمطرد للمرافق العامة التي أبرمت هذه العقود من أجل إشباع حاجاتها ومتطلباتها.

٨- إذا لم ينص العقد على حق الإدارة مانحة الالتزام بإسقاط الالتزام بإرادتها المنفردة، فإنه يجب الاعتراف – في سوريا – للقضاء الإداري أو لجهة إدارية عليا – مثل رئاسة الجمهورية أو رئاسة مجلس الوزراء – بتقرير الفسخ الجزائي لعقد الالتزام، ففي ذلك ضمانة مهمة للملتزم الذي ينفق مبالغ طائلة في إعداد المرفق العام، فلا تبقى مصالحه عرضة لقرار الجهة مانحة الالتزام بموجب سلطتها في التنفيذ المباشر، كما أن ذلك يشكل حافزاً لتشجيع المستثمرين الأجانب على توظيف رؤوس أموالهم في القطر.

٩- يمكن تطبيق الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في حالة ثبوت مخالفة المتعاقد لأحكام الفقرة /٦/ من البند /أ/ من المادة /١١/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، وتعامله مع الكيان الإسرائيلي الصهيوني، وذلك جزاء ما اقترفت يداه، فيكون للجهة الإدارية بعد أن تقوم بفسخ العقد بموجب قوة

القانون، أن تلجأ إلى التعاقد مجدداً وبالطريقة التي تراها مناسبة، وذلك على حساب المتعاقد السابق مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسعار، ولا تردْ إليه أية زيادة تحققت نتيجة إعادة التعاقد مجدداً.

١٠- أن لا تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي لمجرد تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها المسبقة باعتباره خطأ جسيماً، وذلك لأن المتعاقد سيبقى هو المسؤول عن تنفيذ العقد بموجب القانون والعقد، كما أنه إذا كان السبب وراء الفسخ الجزائي هو الارتكاز على فكرة الاعتبار الشخصي، فإن الإدارة يمكنها التأكد من توافر الاعتبارات الشخصية في المتنازل له أو المتعاقد معه من الباطن.

١١- تنظيم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وذلك بإضافة نص جديد إلى القانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد في سوريا، يعترف بها اعترافاً صريحاً مثلما فعل المشرع الفرنسي.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، وأدعو الله العلي القدير أن يجعل هذه الدراسة عملاً نافعاً.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع العربية:

١ – الكتب:

- د. ابراهيم محمد علي- آثار العقود الإدارية- كلية الحقوق- جامعة المنوفية- ١٩٩٧.
- د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. أحمد عثمان عياد- مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٧٣.
- د. أحمد حافظ نجم- القانون الإداري- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٨٢.
- د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- جورج فوديل وبيارد لفولفيه، القانون الاداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- د. جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. حسين درويش- السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية- القاهرة- الطبعة الأولى- ١٩٦١.
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- د. خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
- د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠، دار الألفي القانونية، المنيا، ٢٠٠٧.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة- الأسس العامة في العقود الإدارية-، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣.

- د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٧٩.
- د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الاداري –الجزء الثاني- منشورات جامعة دمشق ١٩٩٢/١٩٩١.
- د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢- ١٩٩٣.
- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، كلية الحقوق-، جامعة حلوان، بدون تاريخ.
- د. عمر حلمي فهمي ود. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية (الأحكام العامة والاختصاص القضائي)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانوية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٧.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الادارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦/٢٠٠٥.
- د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية القاهرة، سنة ٢٠٠٠.
- د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، دار الثقافة الجامعية، ٢٠٠٠.
- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة السادسة، ١٩٩٤.
- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة والنشر، الأردن، ١٩٩٨.
- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٧.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١.
- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام ٢٠٠٧.
- د. يوسف سعد الله الخوري، مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

٢ - رسائل الدكتوراه والماجستير:

- السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٤.
- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٤.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

٣ - القوانين والمراسيم التشريعية والبلاغات:

أ – في سوريا:

- دستور الجمهورية العربية السورية الصادر بالمرسوم رقم ٢٠٨ تاريخ ١٩٧٣/٣/١٣.
- القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨.
- قانون مجلس الدولة رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩.
- القانون رقم ١٧ الصادر بتاريخ ١٩٦١/٧/٢٠ المتضمن تأميم جميع البنوك وشركات التأمين في إقليمي الجمهورية العربية المتحدة.
- المرسوم التشريعي رقم (٩) الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٥/٢١ المتضمن تأميم الشركة التجارية الصناعية المتحدة (الخماسية).
- المرسوم التشريعي رقم /٥٦/ الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٤/١٩ المتضمن تأميم الشركة العربية المتحدة (الدبس) وشركة المغازل والمناسج المساهمة المغفلة.
- المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٣، المتضمن نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري.
- قانون الاستملاك الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٠ بتاريخ ١٩٨٣/٨/٢٤.
- المرسوم التشريعي رقم (٧) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١/٣٠ والمتضمن تحديد صلاحيات الوزير المختص في تصديق العقود.

- القانون رقم (٥١) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، المتضمن نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية.
- المرسوم التشريعي رقم (٤٥٠) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد.
- المرسوم التشريعي رقم (٨) الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٧، الخاص بالاستثمار في سوريا.
- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٨/ب – ١٥/٨٧٨ تاريخ ١٩٧٨/٤/١١ المتضمن نسخة عن العقدين النموذجيين لأعمال الأشغال والتوريد.
- قرار مجلس الوزراء رقم /٣٤/م.و تاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٦ المتضمن تحديد صلاحية مجلس الدولة في تصديق العقود.
- بلاغ وزارة المالية رقم ٣٣/ب.ع/٣٩ تاريخ ١٩٧٦/٥/٤، المتضمن نشر تعميم اجتهاد لمجلس الدولة.

ب – في مصر:

- دستور جمهورية مصر العربية الصادر بتاريخ ١٩٧١/٩/١١.
- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لعام ١٩٩٨.

٤ – الأحكام القضائية:

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠/١٩٦٤، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٦، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٨، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧١، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٣، المكتب الفني.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٦، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٧، المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٩١، المكتب الفني.
- موسوعة العقود، إعداد العميد صبحي سلوم، الجزء الأول، دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩١.
- مبادئ القضاء الإداري – اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً – ١٩٥٩-٢٠٠٠م، إعداد المحامي مصباح نوري المهايني، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق ٢٠٠٥م.

٥ - نماذج عقدية.

- عقد التنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه المبرم بين الحكومة السورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغاز المحدودة (مول)، والموقع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٢١.
- العقد المبرم بين المؤسسة العامة للإتصالات وبين شركة انفستكوم كلوبال ليمتد البريطانية كمتعهد وشركة سبيستل سوريا كمشغل لإقامة نظام هاتف خلوي، والموقع عام ٢٠٠١م.

ثانياً – المراجع الفرنسية:

- A.de Laubadere, Traité théorique et pratique des contrats administratiFs, L.G.D.J, paris T.2, 1956.

- A .de Laubadere, F .Modern et P . Delvolve, Traité des contrats administratiFs, 2e éd , L.G.D.J, paris, T.2, 1983-1984.

- (F.B).Benoit, Le droit administratiF Français- Dalloz-paris- 1968.

- (FOuad) EL ATTAR, le marché de Travaux publics, Thése, Paris, 1953, éd: le caire, 1955.

- Gilles J. Guglielmi et genevieve koubi, droit du service public, Montchrestien E.J.A, Paris, 2000.

-(J) Rivero , droit administratiF, 11é éd, Dalloz-paris-1985.

-(J-P). NEGRIN, L' intervention des Personnes morales de droit privé dans L' action administrative, L.G.D.J,Paris, 1971.

- R. CHApus, Droit administratiF général, Montchrestien E.J.A, T.1, 9e éd, Paris, 1995.

- R. ZiEGEL , Les marchés Publics dans Les Pays en voie de dévelopement, Librairi Armand – Colin, Paris, 1968.

- Y.MADIOT,Aux Frontièrs du contrat et de L' acte administratiF unilatéral, éd:L.G.D.J, Paris, 1971.

الفهرس

المحتويات **الصفحة**

المقدمة ١

الفصل الأول

مظاهر إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة

المبحث الأول: إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد ٩

المطلب الأول: التنظيم القانوني لامتياز الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد ١٠

أولاً - الأساس القانوني لسلطة الانهاء..... ١٠

١- أساس الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة**.....** ١١

٢- أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام ١٣

٣- الأساس المزدوج ١٤

ثانياً - التكييف القانوني لسلطة الانهاء ١٦

١- الاتجاه الفقهي المؤيد لاعتبار هذه السلطة صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد..... ١٦

٢- الاتجاه الفقهي المؤيد لاعتبار هذه السلطة مستقلة وقائمة بذاتها..... ١٧

ثالثاً **-** الطبيعة القانونية لسلطة الانهاء ١٨

١- موقف الفقه الإداري من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء..... ١٨

٢- موقف القضاء الإداري من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء ٢٢

٣- موقف المشرع من تحديد طبيعة سلطة الإنهاء..... ٢٦

رابعاً **-** شروط ممارسة الإدارة للإنهاء ٢٩

١- أن يكون إنهاء العقد الاداري قد صدر من أجل تحقيق المصلحة العامة ٢٩
٢- أن يكون قرار الادارة بالانهاء الانفرادي للعقد الاداري قد صدر وفقاً
للإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين واللوائح ٣٥
المطلب الثاني: استرداد الالتزام كصورة من صور الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي
المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد..... ٤٢
أولاً - تعريف عقد الالتزام المرفق العام وتعريف الاسترداد..... ٤٣
١- تعريف عقد الالتزام ٤٣
٢- تعريف استرداد الالتزام ٥٠
ثانياً - التكييف القانوني للإسترداد..... ٥٣
ثالثاً - الطبيعة القانونية للإسترداد..... ٥٥
رابعاً - التمييز بين استرداد الالتزام والنظم القانونية المشابهة له..... ٥٦
١ – التمييز بين الاسترداد والفسخ الاتفاقي ٥٦
٢ – التفرقة بين الاسترداد والإنهاء الودي لعقد الالتزام بناء على طلب الملتزم . ٥٧
٣ – التمييز بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة..... ٥٨
٤ – التمييز بين الاسترداد وإسقاط الالتزام ٥٩
٥ – التمييز بين استرداد الالتزام والتأميم ٦٠
خامساً - صور الاسترداد ٦٢
١ – الاسترداد التعاقدي..... ٦٢
٢ – الاسترداد غير التعاقدي ٦٤
٣ – الاسترداد القانوني (التشريعي)..... ٧٠
المبحث الثاني: إنهاء العقد الإداري نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم (الفسخ الجزائي)..... ٧٣

المطلب الأول: النظام القانوني للفسخ الجزائي ٧٤
أولاً - تعريف وطبيعة الفسخ الجزائي..... ٧٤
١- تعريف وخصائص الفسخ الجزائي..... ٧٥
٢- الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي..... ٧٧
ثانياً - مدى سلطة الإدارة في ممارسة الفسخ الجزائي للعقد الإداري ٨٢
١- مدى سلطة الإدارة في ممارسة الفسخ الجزائي في فرنسا ٨٢
٢- مدى سلطة الادارة في ممارسة الفسخ الجزائي في مصر وسوريا..... ٨٦
ثالثاً - الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي..... ٩٠
رابعاً - شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي..... ٩٣
١- عدم تنازل الإدارة عن سلطة الفسخ الجزائي للقضاء..... ٩٣
٢- مخالفة المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية..... ٩٨
٣- إعذار الإدارة المتعاقد بالفسخ الجزائي ١١٢
٤- التزام الادارة بتسبيب قرار الانهاء الجزائي للعقد ١٢٢
خامساً - أنواع الفسخ الجزائي ١٢٥
١- الفسخ الجزائي المجرد والبسيط ١٢٦
٢- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد..... ١٢٩
المطلب الثاني: إسقاط الالتزام كصورة من صور الفسخ الجزائي للعقد الإداري ١٣٥
أولاً - تعريف جزاء إسقاط الالتزام ١٣٥
ثانياً - الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط..... ١٣٨
ثالثاً - شروط اسقاط الالتزام..... ١٤١
١ – ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم ١٤٢

٢ – أن يتم الإسقاط بحكم قضائي ١٤٩
٣ – إعذار الملتزم ١٥٥
٤ – التزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط ١٦٠
رابعاً - التمييز بين جزاء الاسقاط والنظم القانونية المشابهة له ١٦١

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري والرقابة القضائية على قرار الإنهاء

المبحث الأول: أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الاداري ١٦٧
المطلب الأول: أثر ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد ١٦٨
أولاً - حق المتعاقد في التعويض ١٦٨
١ – التعويض الاتفاقي والقانوني ١٧١
٢ – التعويض القضائي ١٧٢
٣ – مبدأ التعويض الكامل ١٧٥
ثانياً - تصفية الالتزامات المالية المتبادلة بين الادارة والمتعاقد ومصير الأدوات المستخدمة في تنفيذ العقد ١٨٠
١ – تصفية عقد الالتزام ١٨١
٢ – تصفية عقد الأشغال العامة ٢٠٥
٣ – تصفية عقد التوريد ٢٠٧
المطلب الثاني: أثر ممارسة سلطة الادارة للفسخ الجزائي للعقد الإداري ٢٠٩
أولاً - الآثار القانونية لإسقاط الالتزام ٢٠٩
ثانياً - الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ٢١٩

١- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ٢١٩
٢- الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ الجزائي ٢٢٣
ثالثاً - الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد التوريد ٢٣٣
١- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد ٢٣٣
٢- الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد ٢٣٧
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ٢٤٣
المطلب الأول: رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها
المنفردة لدواعي المصلحة العامة..... ٢٤٤
أولاً - تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة ٢٤٤
ثانياً - نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة
لدواعي المصلحة العامة ٢٦٩
ثالثاً - سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري
بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته ٢٧٥
المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري . ٢٨٤
أولاً - تحديد القاضي المختص ٢٨٤
ثانياً - نطاق رقابة القاضي على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري ٢٨٨
ثالثاً – سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري في
حالة عدم مشروعيته ٢٩٨
خاتمة..... ٣١٣
المصادر والمراجع ٣٢٦
الفهرس ٣٣٢