



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق

الانتهاء المبسر للعقد الإداري

(دراسة مقارنة)

بحث علمي قانوني أعدّ لئيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب

إيهاب سامر عليا

إشراف الدكتور

أحمد إسماعيل

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام

العام الدراسي

١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم /١٢٦٨/ م ب د تاريخ
٢٠١٧/٣/٢٠ القاضي تشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الماجستير في القانون
العام للطالب إيهاب سامر علي بعنوان " الانتهاء المبتر للعقد الإداري "
والمؤلفة من السادة الأساتذة :

الدكتور محمد الحسين الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق / عضواً

الدكتور سعيد نحيلي الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق / عضواً

الدكتور أحمد إسماعيل الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق /
عضواً مشرفاً

فقد تمت مناقشة الرسالة يوم الأحد الواقع في ١٤/٥/٢٠١٧ ، الساعة ١١.٠٠ صباحاً وذلك في قاعة الشهيد الأستاذ الدكتور محمد الفاضل بمبنى كلية الحقوق.

بسم الله الرحمن الرحيم

يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...

صدق الله العظيم

(المائدة ١)

إهداء

إلى من أنار المشوار والدرب... إلى القلب المليء بالحب...

والذي احببب أدامه الله

إلى من كانت لي الدفء والأمان والتي لم تبخل يوماً بكل ما
تستطيع من عطف وحنان إلى من رعتني لأكبر أمام عينيها وخففت
عني وطأة الزمن...

والدتي أمد الله بعمرها

إلى شريكة حياتي ورفيقة عمري.. إلى من شاركتني أفراحي
وأحزاني...

نوجحتي

إلى رفيقة طفولتي...

أختي العزيزة

إلى النبراس الذي ينير دربي.. إلى العم الفاضل...

السيد فيصل سلطان حفظه الله

شكر وتقدير

قال سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام: «من أسدى إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تستطيعوا

فاذكروه، فإن لم تستطيعوا فاشكروه» . .

وقال أيضاً عليه الصلاة والسلام: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله»

لا يسعني بعد ختام هذا الجهد العلمي المتواضع سوى أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى

أستاذي القدير الدكتور أحمد اسماعيل الذي تواضع وأشرف على رسالتي، والذي لم يخل

بتوجيهاته وإرشاداته السديدة التي أغنت هذه الرسالة، فله مني عظيم الشكر والتقدير.

وأوجه شكري وتقديري إلى أساتذة القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق وعلى

رأسهم الأستاذ الدكتور محمد الحسين، على الجهود الكبيرة التي يبذلونها في سبيل إعلاء

قيمة العلم والمعرفة القانونية، فلهم مني كل شكر وعرفان.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من مدّ يد العون والمساعدة من أجل إنجاز هذا

الجهد العلمي خاصاً بالذكر الأخ والصديق الدكتور ماجد رمضان.

سائلاً المولى عز وجل أن يجزي الجميع عني خير الجزاء

المقدمة

كانت الإدارة في ظل الدولة التقليدية وحتى منتصف القرن التاسع عشر تستخدم وسيلة قانونية واحدة لمباشرة نشاطها في تأمين النظام العام والعدالة والدفاع، وهذه الوسيلة هي القرار الإداري الذي يضيف على الإدارة الصفة الآمرة النهائية.

وعندما انتقل مفهوم الدولة من دولة حامية-آنذاك-الى دولة راعية متدخلة في كافة شؤون الاقتصاد والتجارة والصناعة وفي مجالات القطاع الخاص بل في كافة المجالات الحياتية، لم تعد هذه الوسيلة "القرار الإداري" كافية في جميع الأوقات، بل على العكس تماماً قد لا تكون مجدية في بعض الأحيان، حيث أن الإدارة أحياناً لاتستطيع ان تستعمل القرار الإداري عندما يتعلق الأمر بأجانب خارج القطر على سبيل المثال، مما يجعل الإدارة تضطر أن تلجأ الى اسلوب آخر أكثر جدوى من القرار الإداري وهذا الأسلوب هو التراضي الذي يعد أكثر جدوى للتعاون بين الإدارة والطرف الآخر، وهذا ما يسمى بالعقد الإداري .

غير أنه ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعد عقداً إدارياً بل أن كثير من العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص، ولكن عندما ترى الإدارة أن العقد يرتبط بتسيير المرفق العام الى درجة لا تصلح معها قواعد القانون الخاص لتحديد نظامه القانوني وضبط طريقة تنفيذه فإنها تُخضع مثل هذا العقد لقواعد القانون العام، معلنةً عن ذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، منشأةً بذلك ما يسمى بالعقد الإداري الذي يتميز بنظام قانوني خاص ومستقل ومختلف تماماً عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية.

وتهدف الإدارة من وراء العقود الإدارية إلى غاية أساسية وهي تأمين مستلزمات المرفق العام في أسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة ممكنة من خلال نصوص صريحة وواضحة مع تحقيق قدر من المرونة تمكن الإدارة من اختيار طريقة لإبرام تلك العقود واختيار المتعاقدين

معها.

والعقد الاداري-كأي عقد آخر-يمكن أن ينتهي بإتمامه أو بإنهاء المدة المحددة له وهذا ما يسمى بالانتهاء الطبيعي للعقد الاداري أي الانتهاء الذي يحدده العقد سلفاً في نصوصه، وهذا النوع من الانتهاء لا يثير أية مشاكل لذلك سوف لن نتعرض له في هذا البحث.

غير أن العقد الاداري قد ينتهي في غير الأحوال العادية التي ينتهي فيها عادةً نتيجة لظروف غير طبيعية أو غير متوقعة، وهذا ما يسمى بالانتهاء المبسر للعقد الاداري.

اشكالية البحث:

إنّ الانتهاء المبسر للعقد الاداري يثير مشاكل كثيرة نتيجة للظروف المعقدة أحياناً التي تحول دون استمرار تنفيذ العقد الاداري.

ومن تلك المنازعات التي يمكن أن يثيرها، المنازعة بوجود القوة القاهرة أو وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره أو تجاوز الادارة لسلطاتها الممنوحة لها في العقد الاداري، وهنا تثار مجموعة من التساؤلات في صدد البحث فما هي الظروف والأسباب التي تؤدي إلى انتهاء العقد الاداري نهاية مبسرة أو غير طبيعية؟ وماهو تأثير انتهاء تلك الرابطة العقدية على المتعاقدين؟ وهل يكون هذا الانهاء مقابل تعويض عادل للطرف المتضرر؟ وهل يحق لأي من الطرفين إنهاء تلك الرابطة بشكل انفرادي وإرادي؟

وهل يخضع هذا النوع من الانهاء لرقابة القضاء الاداري؟ وماهي الصلاحيات الممنوحة للقضاء في ذلك؟

ولما لهذه التساؤلات من أهمية كبيرة خاصة وأن العقد الاداري يتميز بأهمية كبيرة نظراً لاتصاله بالمرافق العامة التي تقدم خدماتها للمواطنين بالإضافة لما يحتويه من مبالغ مالية ضخمة ترصد لتنفيذه والمصير الذي ينتظر تلك المبالغ في حال انتهاء العقد.

أهداف البحث:

١. يهدف هذا البحث إلى التعرف على الأسباب والحالات العامة التي ينتهي بها

العقد الاداري نهاية مبتسرة. بالإضافة إلى الحالات الخاصة للانتهاء المبسر لبعض العقود، والتعرف على الاجتهادات القضائية الحديثة سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو المصري أو السوري.

٢. رد المكتبة القانونية ولو بشيء بسيط ومتواضع عن هذا الموضوع الذي يتطلب دراسات كثيرة.

٣. تقديم نتائج واقتراحات حول التساؤلات التي يثيرها البحث، وذلك من أجل تقديم قيمة علمية مضافة.

منهج البحث:

١- منهج استنباطي - استقرائي:

لأننا قمنا باستقراء الحلول التي حوتها النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية في الأنظمة القانونية محل المقارنة وذلك بهدف استنباط الحلول المتعددة للحقائق القانونية الفرعية المراد إثباتها.

٢- منهج مقارنة:

تم طرح الافكار ضمن إطار النظام القانوني السائد في ثلاث دول هي فرنسا ومصر وسورية، وواضح أن هذه الدول تشترك في أنها تسير على النظام القانوني اللاتيني وذلك مع اختلاف في التفصيل التي تفرضها الظروف البيئية المختلفة التي تسود في كل دولة من الدول محل المقارنة، وقد تم اختيار هذه الدول لأسباب لا تخفى على أحد، ففرنسا تشكل المصدر التاريخي للقانون الاداري العربي، أما مصر فهي تمثل المدرسة القانونية العربية الأولى، تلك المدرسة التي اخذت على عاتقها وضع نظريات القانون الاداري في إطار ظروف المجتمع العربي وأفكاره من خلال الدور المرموق الذي قام به مجلس الدولة المصري والدور التاريخي الذي مارسه الفقه، أما المقارنة مع القانون السوري فيعود الى أن الباحث من مواطني الجمهورية العربية السورية.

خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين مقسمين إلى ثلاثة مباحث:

بحيث يتضمن الفصل الأول الجانب الوصفي لأسباب الانتهاء المبسر للعقد الإداري، وهذا يُقسم إلى ثلاثة مباحث: انتهاء العقد بحكم القانون، وانتهاء العقد بحكم القضاء، وانتهاء العقد بإرادة الأطراف.

أما الفصل الثاني فيتضمن الجانب التطبيقي لانتهاء المبسر لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، وفق مبحث مستقل لكل منهم.

الفصل الأول

الجانب الوصفي لأسباب الانتهاء المبسر للعقد الإداري

سنتناول بهذا الفصل الأسباب العامة في انتهاء العقد الإداري نهاية مبسرة، فقد ينتهي العقد بحكم القانون بهلاك محله أو بصدور تشريع ينهي بعض العقود أو بوفاة المتعاقد أو إفلاسه، وقد ينتهي العقد بحكم القضاء عند حدوث قوة قاهرة أو عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه أو عند تجاوز الإدارة لسلطاتها، كما قد ينتهي العقد بإرادة الأطراف سواء بإرادة الإدارة المنفردة (لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد أو عند ارتكابه لخطأ جسيم) أو باتفاق الطرفين. وذلك وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول : انتهاء العقد الإداري بحكم القانون

المبحث الثاني : انتهاء العقد الإداري بحكم القضاء

المبحث الثالث : انتهاء العقد الإداري بإرادة الأطراف

المبحث الأول

انتهاء العقد الإداري بحكم القانون

قد ينتهي العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد بحكم القانون، وبدون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء الإداري لاستصدار حكم قضائي بإنهاء العقد، وذلك في حالات معينة ينص القانون عليها صراحة، وهذه الحالات قد تعود إلى هلاك محل العقد أو عند صدور تشريع ينهي بعض العقود الإدارية أو عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره أو ارتكابه جريمة معينة، وسنبحث هذه الحالات على التوالي وفق المطالب الآتية :

المطلب الأول : انتهاء العقد بسبب هلاك محله

المطلب الثاني : انتهاء العقد بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود

المطلب الثالث : انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره

المطلب الأول

انتهاء العقد الإداري بسبب هلاك محله

يستلزم القانون لقيام أي عقد (سواء كان مدنياً أو إدارياً) توافر عناصر أساسية وأركان لا ينشأ العقد ولا يترتب آثاره بدونها، ومن هذه الأركان ضرورة وجود المحل، وهنا لابد من التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام.

فمحل الالتزام هو كل ما يلتزم به المدين وهو قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء، أمّا محل العقد فيراد به موضوعه أي العملية القانونية المراد تحقيقها وهي تتحقق عن طريق إنشاء التزامات تقع على عاتق الطرفين، وكل من هذه الالتزامات يكون لها بدورها محل معين، فمحل الالتزام إذن هو مدلول مقدّر في العقد يقتضيه معناه ويستلزمه، لأن العقد ينشئ التزامات لكل منها محل، وتثنى القول على سبيل المجاز أن المحل ركن في العقد، مع أن الحقيقة أنه ركن في الالتزام لا في العقد^١.

لذلك فإن الشروط التي يجب أن تتوافر في محل العقد تعد هي ذات الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام.

وإذا كان محل الالتزام «محل العقد» هو إعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل فإنه يشترط في هذا المحل (الشيء أو العمل) ما يلي:

أولاً. أن يكون المحل موجوداً:

فلكي ينشأ الالتزام يجب أن يكون الشيء موجوداً أو مستقبلاً، فإذا انتفى محل الالتزام وقع الالتزام العقدي باطلاً وبطلان الالتزام يقضي بالضرورة إلى بطلان العقد، ولكن إذا كان انتفاء المحل لاحقاً لتكوين العقد (أي بعد إبرامه) فإن ذلك لا يؤثر في قيام العقد، وحكمه أن الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ الطارئة، بسبب لا يد فيه للملتزم،

^١ د. محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط ١٠، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤،

وحينئذٍ ينفسخ العقد (كالقوة القاهرة) ونكون في إطار مسألة تحمل تبعة الهلاك، كما يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً وهذا ما نصت به المادة /١٣٢/ من القانون المدني السوري: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»، كأن يبيع شخص منزله قبل أن يبدأ ببنائه، أو يبيع المحصولات قبل أن تنبت، وكذلك المادتان (٩٥-١٤٩) من القانون المدني المصري، وأيضاً المادة /١١٣٠/ من القانون المدني الفرنسي حيث نصت «على أن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون محلاً للالتزام»^١.

وبالتالي نجد أن القانون في الدول محل المقارنة لم يوجب أن يكون محل الالتزام شيئاً قائماً موجوداً وقت التعاقد، بل أجاز أن يكون شيئاً مستقبلاً أي ممكن الوجود، وهنا يُراعى أن الشيء المحتمل إذا لم يأت إلى حيز الواقع (أي لم يوجد) عُدد العقد كأن لم يكن لتخلف المحل، ذلك لأن العقد الذي يقع على شيء مستقبل يُعدّ معلقاً على شرط واقف هو وجود الشيء، ويتحلل الدائن تبعاً لذلك من دفع الثمن.

ثانياً. أن يكون المحل ممكناً:

وهذا أمر بديهي لأنه لا التزام بمستحيل ولا تكليف إلا بمستطاع، فإذا كان العمل مستحيلاً عند تكوين العقد كان الالتزام به باطلاً، أما الاستحالة الطارئة بعد نشوء الالتزام (أي بعد إبرام العقد) فلا تمنع من صحة الالتزام (أي العقد صحيح) ولا نكون عندئذٍ بصدد مسألة نشوء الالتزام وإنما بصدد مسألة سقوط بسبب استحالة تنفيذه وهي مسألة تحمل تبعة الهلاك، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة الموضوعية لا الاستحالة النسبية، أي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن.^٢

١ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ ص ٣٧٦-

٢ راجع المادتان /٩٥-١٤٩/ من القانون المدني المصري. وراجع كذلك د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،

ثالثاً. أن يكون المحل داخلاً في دائرة التعامل (مشروعاً):

أي أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فقد نصت المادة ١٣٦/ من القانون المدني السوري: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً»، وكذلك المادة ١١٢٨/ من القانون المدني الفرنسي حيث تنص على أن (الأشياء القابلة للتعامل وحدها هي التي تكون محلاً للعقود)، والمادتان ٩٥-١٤٩/ من القانون المدني المصري حيث تنصان على أنه : (يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً وإلا كان باطلاً).

كما تنص المادة ٨٣/ من القانون المدني السوري:

(١- كل شيء غير خارج بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية).

من خلال ما تقدم يمكن القول إن محل العقد هو مجموع الالتزامات التي ينشئها العقد على عاتق أطرافه والتي يكون لكل التزام منها محل معين، فالمحل ركن في نشوء الالتزام إذا تخلف وقت نشوء الالتزام، كان الجزء هو البطلان، أما إذا تخلف بعد نشوء الالتزام (وإبرام العقد) فالجزء هو الفسخ.

وهنا يثار التساؤل عن محل العقد الإداري أو بعبارة أخرى ما هي المجالات

التعاقدية التي لا تصلح كمحل للعقد الإداري؟

بداية، نستطيع تعريف المجال التعاقدية بأنه النطاق أو الحيز القانوني الذي يمكن أن تتحرك فيه إرادات الأطراف عند إبرام الروابط التعاقدية، ويظهر مفهوم المجال التعاقدية في نطاق نظرية العقود المدنية عند البحث في محل العقد ويرتكز بشكل أساسي على أن إرادات الأطراف يجب أن تنصب على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام

والآداب العامة^١.

وعلى الرغم من أن نظرية المجالات التعاقدية في القانون المدني تتلاقى في خطوطها العريضة مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون الإداري، بحيث لا تنصب إرادات أطراف العقد الإداري إلا على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه (يشترط في العقد أياً كان إدارياً أو مدنياً، أن يكون له محل وأن يكون المحل مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان محظوراً أو غير مشروع لمخالفته النظام العام)^٢.

إلا أن هاتين النظريتين تختلفان بعمق في تفاصيل جوهرية لأن أساس استبعاد بعض المجالات من نطاق الفعالية التعاقدية لإرادات أطراف العقد تختلف بعمق بين كلا النظريتين، وأن تحديد المجالات التي لا يمكن أن تتحرك إرادات أطراف العقد الإداري ضمنها لا تحصر كلها ضمن نصوص تشريعية، لأنه ثمة مجالات تخرج بطبيعتها من نطاق هذه الحرية التعاقدية، وذلك على أساس المبادئ العامة للقانون العام المؤيدة بأحكام القضاء^٣.

١- المجالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها إرادات الأطراف نظراً لطبيعتها: أ- تنظيم المرافق العامة:

فالسطة العامة هي التي تختص بتحديد الأوضاع التنظيمية للمرفق العام، والإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن هذا الحق وهي تطبيق للقاعدة التي قررها القضاء الإداري وكرّرها، والتي مفادها (أن السلطة الإدارية لا يمكن أن تبرم عقوداً عندما يتحتم عليها التدخل بالطريق التنظيمي)، ويترتب على ذلك أن تنظيم المرفق العام لا يمكن أن يكون محلاً للعقد

١ راجع المادة ٦/ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ١٣٥/ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٦/ من القانون المدني السوري.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٠٣ في ١٢/٢١/١٩٩٦ مجموعة المبادئ القانونية لعام ١٩٦٦، ص ٤١٠.

٣ د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، «دراسة مقارنة» رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٤.

لأنه لا يوجد انسجام قانوني بين مفهوم تنظيم المرفق العام ومبدأ العقد، ولكن هذا لا يمنع الإدارة بأن تبرم عقوداً عند إنشاء المرافق العامة أو أن تبرم عقوداً تسند فيها على متعاقداتها مهمة تسيير هذا المرفق «عقود الامتياز مثلاً» إلا أن هذه العقود لا تنطوي حتى بشكل غير مباشر على تنازل الإدارة عن حق تنظيم المرفق^١.

وأن حق الإدارة بأن تبرم عقوداً في مجال تسيير المرفق العام وليس في تنظيمه يؤدي إلى نتيجتين أساسيتين:

١- يكون العقد في هذه الحالة بالضرورة إدارياً مع كل ما يؤدي إليه ذلك من نتائج معروفة ضمن نطاق نظرية معايير العقد الإداري.

٢- عند وضع الشروط المتعلقة بهذه العميلة الإدارية التي يعهد فيها إلى أحد المتعاقدين تسيير مرفق عام، فإنه يُلاحظ وجود تمايز ما بين الشروط التعاقدية التي تحدد العلاقة بين الإدارة ومتعاقداتها والشروط التنظيمية التي تعدها الإدارة انفرادياً وتستطيع أن تعدلها كلما اقتضت ضرورة إعادة تنظيم المرفق ذلك.

بـ ممارسة الاختصاصات الإدارية:

لا تشكل اختصاصات السلطات الإدارية حقوقاً لمن ينهضون بعثها، وهذا يمنع في حد ذاته من أن تكون محلاً لتصرف تعاقدية، فلا يستطيع مثلاً رجل الإدارة الذي يملك اختصاصاً تقديرياً أن يبرم عقوداً محلها اتخاذ قرارات مستقبلية كالوعد بتعيين موظف مثلاً، ومن أهم الاختصاصات الإدارية التي رأى القضاء الإداري أنها تبقى خارجة عن مجال فعالية الحرية التعاقدية لأطراف العقد الإداري، هي على التوالي الضبط الإداري والضبط الاقتصادي والمجال الضريبي.

(١) الضبط الإداري:

هذا المجال يعتبر من أهم المجالات التي تخرج عن نطاق الحرية التعاقدية لأطراف العقد الإداري، فالضبط الإداري يعتبر من عمليات السلطة العامة، تلك العمليات التي لا يمكن

١ د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٤٤.

للإدارة أن تبحث عن تعاون مع الأفراد في سبيل إنجازها، إذ أنها تنطوي على عنصري الأمر والإخضاع المطلقين، فهي ذات طابع سيادي، ولا يمكن أن تباشر إلا من جانب الإدارة مباشرة، واجتهاد مجلس الدولة الفرنسي مستقر في هذا المجال، ففي حكمه الصادر في قضية Ville de castelna uday نلاحظ أن المجلس قد أدان العقد الذي أسندت بموجبه مدينة castelnaudary بعض اختصاصات الضبط الإداري إلى شركة خاصة مقررًا أن «مرفق البوليس، بطبيعته لا يمكن أن يسند إلا إلى الموظفين الموضوعين تحت السلطة المباشرة للإدارة»^١، ويرى الأستاذ Richer أن القانون عندما أعطى الإدارة سلطات البوليس إنما أعطاها إياها لتمارسها عن طريق القرارات فقط، مما يمنع ممارستها عن طريق أي صيغة أخرى للتصرفات القانونية وفي مقدمتها العقود^٢، كما أدان المجلس في حكمه الصادر في قضية Association de pêcheurs pisciculteurs de l'Indre في حكمه الصادر في قضية Association de pêcheurs pisciculteurs de l'Indre مع أحد الأفراد وكان محله منصباً على تنظيم حقوق صيد السمك في بحيرة، وكذلك قضى المجلس بعدم مشروعية عقد أبرمته الإدارة وأسندت بموجبه بعض مهام حماية البيئة إلى القطاع الخاص، كما قضى المجلس سنة ١٩٩٤ ببطالان عقد عهدت الإدارة بموجبها إلى متعاقدتها سلطة تنظيم الوقوف على الطريق العام.

(٢) الضبط الاقتصادي:

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، لجأ المشرع الفرنسي إلى سياسة التسعير للتغلب على الصعوبات التي نجمت عن هذه الحرب والمتمثلة بالندرة في السلع والخدمات، فأصدر المشرع أمر ١٩٤٥ الذي أوكل للدولة ممارسة سلطة البوليس الاقتصادي في مجال تحديد الأسعار، وهذا التحديد كان يتم بناءً على قرارات مشتركة بين وزارات الدولة، أو بناءً على قرارات صادرة عن وزير الاقتصاد، وبناءً عليه فإن مجال تحديد الأسعار أصبح لا

1 C:E 29-1997 ,Commune d' Ostricout,J.C.P.1998.II,10139

2 Richer. L, Présence du contrat (en la police administrative) A. J. D. A. 1999 p. 34

. مشار إلى هذا المرجع لدى د. مهني نوح، المرجع السابق، ص ٤٦-٤٧

يصلح أن يكون محلاً لعقد بين الدولة وغيرها باعتبارها صاحبة الاختصاص في هذا المجال، ولكن ومع تنامي الاقتصاد الفرنسي وتجاوز آثار الحرب، تم اللجوء إلى الأسلوب الاتفاقي لتحديد الأسعار، بحيث تدخل الدولة في تفاوض مع المهنيين، ونتائج هذه المفاوضات تصبح محلاً لقرار صادر عن وزير الاقتصاد، إلا أن مجلس الدولة رفض أن يكيّف إجراءات التحديد الاتفاقي للأسعار على أرضية تعاقدية، على أساس استمرار أمر ١٩٤٥ في السريان، وبقاء بوليس الأسعار ضمن الاختصاص الحصري للإدارة، وقد استمر هذا الوضع حتى صدور أمر ١٩٨٦/١٢/١ والذي حرر الأسعار وجعلها خاضعة للعرض والطلب وهذا أدى إلى الزوال الكلي لسلطة الضبط الاقتصادي التي كانت ممنوحة للدولة^١.

٣) المجال الضريبي:

وهذا المجال يخرج بطبيعته من النطاق التعاقدي، استناداً إلى قاعدة عدم جواز التصرف بالسلطة الضريبية، ولأن كون السلطة الضريبية محلاً لعقد من شأنه أن يؤدي إلى إحداث تمايز بين المكلفين وعدم مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة، كما أن الضريبة عملاً من أعمال السيادة، وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها: «تخصيص الضرائب إنما يتعلق بالنظام العام، لذلك فهو لا يمكن أن يكون محلاً لعقد»، وكذلك مجلس الدولة فقد أدان كل عقد دخل إلى المجال الضريبي مقررًا أن (العقود التي يمكن أن تبرم بين المكلفين والإدارة في سبيل تحديد أساليب الإقرار والمزايا والفوائد بالمخالفة إلى أحكام القانون ، لا يمكن أن تنتج حقوقاً مكتسبة لصالح المكلفين من شأنها أن تمنع الإدارة من استيفاء وجباية الضرائب)^٢.

1 C.E ,28 ,1991, La compagnie gènèrale.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٤٩.

٢٢ د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٤٨ - ٤٩.

٢. المجالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها إرادات الأطراف بحكم القانون:

هذه المجالات تشكل قيداً على الحرية التعاقدية لأطراف العقد الإداري ليس بالنظر إلى طبيعتها ولكن بالنظر إلى أثر القانون الذي يوجب عدم إتباع الطريق التعاقدية في مجال محدد، وهذا يتم إما بشكل مباشر كما هو الحال بالنسبة للمراكز القانونية والتنظيمية التي لا يتم إنشاؤها أو تعديلها أو إنهاؤها إلا بنص قانوني أو تنظيمي، مما ينفي بدوره مباشرة كل إمكانية للعلاقات التعاقدية، أو أن يكون بشكل غير مباشر حيث يتضمن النص القانوني أحكاماً معينة يستفاد منها استنتاجاً تقييد الحرية التعاقدية في مجال معين^١.

أ. الاستبعاد المباشر- المراكز القانونية والتنظيمية:

إنّ المراكز القانونية والتنظيمية تحدد انفرادياً عن طريق القوانين واللوائح، وبذلك فإن المجالات التي تنظمها القوانين واللوائح لا تصلح محلاً لرابطة تعاقدية، ولعلّ أبرز مثال على ذلك هو مركز الموظف لعام، فمن المعلوم أنه توجد ثلاث نظريات حول المركز القانوني للموظف العام، فهناك النظرية التي ترى أن العلاقة بين الموظف العام والإدارة هي علاقة تعاقدية لكن هذه النظرية قديمة وتم هجرها، وهناك النظرية التي تطرح العلاقة بين الموظف والإدارة على أنها علاقة عقدية من القانون العام وهذه لم تسلم من النقد، وهناك أخيراً النظرية التي تكيّف هذه العلاقة على أنها رابطة قانونية ينتج عنها مركز نظامي وهذه النظرية هي التي تحظى بالقبول وقد تعاقبت عليها النصوص التشريعية في فرنسا منذ عام ١٩٤٦، كما أكد عليها القضاء الإداري في كل من مصر^٢ وسورية، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا السورية: «أن الرابطة الوظيفية التي تربط الموظف العام بالإدارة رابطة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح»^٣، ويترتب على اعتبار الموظف ضمن مركز قانوني وتنظيمي تجاه

١ د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٥٠-٥١

٢ فقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في عام ١٩٥٩: «أن قرار التعيين هو المنشئ للمركز القانوني الوظيفي وهو مركز تنظيمي عام لا مركز تعاقدية...».

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٠٩ في الطعن رقم ٧٥٧ لسنة ١٩٨٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٨٤ ص ٥٦٩.

الإدارة مجموعة نتائج منها أن مركز الموظف ينتج من قواعد عامة مجردة قانونية أو تنظيمية وليس من عقد مبرم بين الإدارة والموظف، كما أن هذا المركز الناتج عن التشريع يجب أن يكون نفسه بالنسبة لكل الموظفين الذين يكونون من النوع نفسه، كما أن هذا التشريع الذي يحكم مركز الموظفين العامين يكون قابلاً للتعديل في أي وقت، دون أن يحتاج الموظفون بأي حقوق مكتسبة في مواجهة الإدارة، وأخيراً فإن قضاء الوظيفة العامة يعتبر قضاء موضوعياً متمثلاً بقضاء المشروعية، وذلك على عكس المراكز الذاتية الناجمة عن العقود التي يكون قضاؤها قضاءً شخصياً، وهكذا يمكننا القول أن فعالية الحرية التعاقدية تظل محددة في نطاق الوظيفة العامة (كالتعاقد مع الخبراء).

ب- الاستبعاد غير المباشر:

قد توجد مجالات تنقيد فيها الحرية التعاقدية نتيجة اشتراط القانون تدخل الإدارة عن طريق القرار، أو من خلال تدخل المشرع ليفرض على أطراف العقد الإداري إدراج شروط معينة ضمن عقدهم أو يحظر عليهم إدراج شروط أخرى.

فقد يوجد نص قانوني يحتم على الإدارة أن تتدخل في مجال محدد عن طريق القرار دون أن يمنعها بوضوح من التدخل عن طريق عقد، ولكن يستنتج منه بشكل ضمني أنه يحظر على الإرادة أن تبرم عقوداً في هذا المجال، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن العقد الذي كان محله أداء خدمة الوقاية من التلوث يعتبر غير مشروع لأن القانون أوجب على الإدارة أن تتدخل في نطاق هذا المرفق على أساس قرارات تنظيمية أو فردية، وقد ينص القانون على وجوب وضع مرفق معين تحت الإدارة المباشرة، مما يمنع ضمناً نقل إدارته إلى الغير عن طريق التفويض التعاقدي، وبناءً على ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم ببطالان عقد عهدت الإدارة بموجبه مرفق الوقاية من الأمراض الطفيلية إلى شركة خاصة¹.

ومن جهة أخرى، قد يفرض القانون على الإدارة ومتعاقداتها إدراج شروط معينة في

1 C.E,17,1989,Des Psgchiatres Français

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٥٣.

عقدهما، وخير مثال على ذلك، الشرط المتعلق بالثمن في عقود الشراء العام، حيث أن تخلف هذا الشرط في هذا النوع من العقود الإدارية يؤدي إلى بطلان الرابطة التعاقدية، وبالمقابل قد يحظر القانون على أطراف العقد الإداري أن يضمنوا عقودهم شروطاً معينة، وبالتالي فإنه يقيد حريتهم التعاقدية بالنسبة لهذه الشروط، فلا يجوز مثلاً أن يتضمن العقد شرطاً تحكيمياً، وذلك لأن الأشخاص العامة يجب أن تكون مثلاً لا تحتذى للثقة بعدالة الدولة، إضافة إلى أن هذه الأشخاص ذاتها قوامه على المصلحة العامة^١، كما أنه لا يجوز في فرنسا أن يتضمن العقد شروطاً تبيح مخالفة قانون ١٩٧٥/١٢/٣١ المتعلق بحماية المتعاقد من الباطن لأن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام وتؤيد مخالفتها بالبطلان، كما تعتبر باطلة الشروط التي تخالف المبادئ العامة لقانون العقود الإدارية والتي تمنح الإدارة عدداً من الامتيازات الهامة، فهذه القواعد من النظام العام، ولا سيما عندما يكون محل العقد تنفيذ المرفق ذاته، حيث توجد في هذه الحالة موجبات دستورية تحتم البطلان تتصل بمبدأ استمرار المرفق العام^٢.

وبعد أن انتهينا من دراسة انتهاء العقد بسبب هلاك محله، ننتقل لدراسة انتهاء العقد عند صدور تشريع ينهي بعض العقود الإدارية.

١ د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٠.

٢ د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٥٦.

المطلب الثاني

انتهاء العقد بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود

قد ينتهي العقد الإداري عند صدور قانون من السلطة التشريعية تنهي بموجبها بعض العقود المبرمة، لزوال الحاجة إليها أو لعدم ملاءمتها مع حاجات المرفق العام.

فالمشرع الفرنسي أصدر عدة قوانين تضمنت إنهاء بعض العقود الإدارية منها:

١- تدخل المشرع الفرنسي في اليوم التالي للهدنة خلال الحرب العالمية الثانية عام ١٩٤٠، حيث أصدر قانون في ٢٠/٧/١٩٤٠ قرر فيه إنهاء جميع العقود المبرمة بواسطة الدولة من أجل احتياجات الدفاع القومي حيث تعتبر منتهية بقوة القانون، باستثناء العقود التي تقرر الإدارة المختصة استمرارها أو تقبل تعديلها من أجل إعادة البناء الاقتصادي للدولة.

٢- كما تدخل المشرع الفرنسي على أثر التوقف النهائي للقتال، وأصدر قانون في ١٠/١٠/١٩٤٦، حدّد فيه القواعد التي يتم طبقاً لها تصفية العقود أياً كانت طبيعتها والمبرمة بواسطة الدولة من أجل قيادة الحرب، خاصة لمساعدة القوات الحليفة، والتي تم إنهاؤها بواسطة الإدارة المتعاقدة قبل أو بعد انتهاء العمليات الحربية^١.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يُطرح هنا، هل يتم تعويض المتعاقد عن هذا

الإنهاء (أي عند صدور مثل هذا القانون) وما أساس هذا التعويض؟

للإجابة عن ذلك لابد من بحث نظرية فعل الأمير وتحديد شروطها ونطاق تطبيقها.

أولاً- تعريف نظرية فعل الأمير:

تعتبر نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته بسبب صدور إجراءات إدارية مشروعة^٢.

١ حسام فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة «دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، دمشق،

٢٠٠٩، ص ٢٧.

٢ بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، رسالة ماجستير، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥٨٠.

ويقصد بعبارة فعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد^١. وقد تصدر هذه الإجراءات من جهة الإدارة المتعاقدة أو من جهة عامة أخرى، وقد تتخذ موقفاً إيجابياً في صورة إجراءات إدارية عامة أو إجراءات إدارية خاصة أو تتخذ موقفاً سلبياً لجهة الإدارة بالامتناع عن تطبيق القوانين واللوائح، كما قد تتخذ نظرية فعل الأمير صوراً متعددة، فقد تأخذ صورة القرار الفردي أو القرار التنظيمي (اللائحي) أو صورة القانون.

ومثال على ذلك العقد الذي نظمته وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي السورية قبل حرب ٥ حزيران عام ١٩٦٧ ببضعة أيام من أجل توريد بعض الأجهزة الأجنبية وفق نماذج وتصاميم محددة لا يمكن الحصول عليها إلا باستيرادها من الخارج، يعتبر مستحيل التنفيذ حكماً بعد أن اتخذت وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية إجراءً عاماً منعت بموجبه فتح الاعتمادات المستندية للخارج إلا لشركة الاستيراد والتصدير للقطاع العام ووزارتي الدفاع والصحة فقط، مما أدى إلى إلزام وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي تحرير الملتزم معها من ذلك العقد^٢.

ثانياً. نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير:

إن الإجراء الذي يمكن أن يمسّ العقد الإداري ينتج إمّا عن معيار خاص، كما هو الحال، فيما إذا صدر قرار عن السلطة العامة تعدل نصوص العقد نفسها، أو أن تضع تنفيذ العقد ضمن شروط صعبة، أو عن معيار عام تشريعي أو تنظيمي^٣. وهذه الإجراءات الخاصة أو العامة تؤدي إمّا إلى التعديل في نصوص العقد، على

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧٤، مذكور لدى صبحي سلوم، موسوعة العقود، ص ٣٧٣.

٢ رأي مجلس الدولة رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٦٨، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

٣ د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص ٣٢٣ وما بعدها.

سبيل المثال، الإجراء الصادر عن السلطات العامة والتي تضع نهاية للعقد أو تعديل التعريف المتفق عليها في عقود الالتزام، أو تؤدي إلى التعديل في ظروف تنفيذه، بحيث يجعل شروط تنفيذ العقد أكثر صعوبة وإرهاق على المتعاقد ومثال على ذلك، الإجراءات الصادرة من قبل السلطة المتعاقدة من أجل رقابة وإدارة تنفيذ العقد وفق ما يسمّى الأوامر الإدارية، ففي هذه الحالات يحق للمتعاقد الحصول على تعويض كامل على أساس نظرية فعل الأمير.

وقد استبعد مجلس الدولة الفرنسي أي تعويض ناتج عن إجراءات صادرة عن السلطات العامة التي تعدّل حالة تنفيذ العقد مهما تكن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد، وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد كرّس مبدأ عدم مسؤولية السلطة العامة عن الأضرار التي أصابت المتعاقد والناجمة عن الأعمال التشريعية، معتبراً أن المسؤولية لا توجد إلا إذا نص القانون صراحةً على ذلك، ولا شك أن هذا الموقف ناتج عن مبدأ عدم مسؤولية الدول عن فعل القانون، وقد ظل هذا المبدأ مطبق، في حال سكوت النص عن تعويض المتعاقد المتضرر حتى عام ١٩٣٨^١. ومنذ ذلك التاريخ غيّر مجلس الدولة موقفه وذلك بقرار (فلوريت Fleurette) واعتبر أن سكوت القانون عن التعويض يجب أن يعتبر لمصلحة المتعاقد المتضرر مقدراً بأن سكوت المشرع لم يُراد به استبعاد مبدأ التعويض.

ثالثاً- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

١- أن يتصل الإجراء بعقد إداري:

من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن المتعاقدين بموجب قواعد القانون المدني يلتزمون بتنفيذ العقد حسب الشروط المدرجة به، وليس لأي أحد منهما الحق في تعديل العقد إلا بموجب اتفاق جديد للأطراف المتعاقدة، وفق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، لذلك فإن نظرية فعل الأمير لا تطبق إلا في مجال العقود الإدارية لأن الإدارة تقوم دائماً بتعديل العقد

١ قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٨٧٢/٢/٢٦، مجلة قرارات مجلس الدولة، ص ٩٠، مذكور لدى د. محمد الحسين ود. مهند نوح المرجع السابق، ص ٣٢٦.

الإداري أو إنهائه بصورة منفردة ودون موافقة الطرف الآخر من أجل تلبية حاجات المرفق العام، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري السورية في حكمها رقم ٤/ لعام ١٩٧٢: (إن من أهم شروط صحة نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الصادر عن السلطة العامة متصلاً بعقد إداري)^١.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٥/١١/١٩٦١: (وحق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء التعويض المستحق وفقاً لنظرية فعل الأمير منوط بوجود ضرر يلحق للمتعاقد، ويجب أن يكون متصلاً بعقد إداري)^٢.

٢- أن يكون الإجراء غير متوقع:

أي أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة غير متوقع^٣، أمّا إذا كان الإجراء يمكن توقعه عادة لحظة إبرام العقد لا يحق للمتعاقد طلب التعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

وقد اعتمد الفقهاء كمعيار لعدم التوقع هو ألا يكون بمقدور الشخص العادي أن يتوقع حصولها لو وُجد مكان المتعاقد لحظة إبرام العقد، وذلك بصرف النظر عما إذا كان بإمكان المتعاقد توقعها أو عدم توقعها، وهذا يعني بأن شروط عدم التوقع لا يعني عدم التوقع المطلق لأنه لا يوجد حادث غير متوقع بصفة مطلقة، لذلك فإن لحظة إبرام العقد هي التاريخ الذي يعتد به لتقدير شرط عدم التوقع.

٣- يجب أن تكون الإجراءات صادرة عن السلطات العامة دون خطأ:

يجب لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الضار والذي اتخذته السلطة العامة مشروعاً، وبناءً على ذلك إذا ما تصرفت الجهة المتعاقدة بإصدار إجراء مشروع ضار

١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧٢، ص ٣٢٤.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، مجموعة القواعد التي قررتها القضاء الإداري في خمس سنوات من عام ١٩٦١ حتى عام ١٩٦٦، ص ٤١٦.

٣ د. محمد الحسين ود. مهني نوح، المرجع السابق، ص ٣١٣ - ٣١٤.

بالمتعاقدين فإنها تلتزم حياله بالتعويض بناء على تطبيق نظرية فعل الأمير، ذلك أن المسؤولية في نطاق أعمال هذه النظرية وإن كانت مسؤولية عقدية إلا أنها ليست قائمة على خطأ، أما إذا انحرفت الإدارة وتعسفت في استعمال سلطاتها فإن المسؤولية العقدية حينئذٍ تقوم على الخطأ، كأن تقوم الإدارة بتعديل العقد متجاهلة الحدود المرسومة لها قانوناً، ففي هذه الحالة يحق للمتعاقدين طلب فسخ العقد .

٤ يجب أن ينسب الإجراء الذي أدى إلى الضرر للسلطة العامة:

ذهب القضاء الإداري الفرنسي منذ عام ١٩٤٩ إلى تطبيق نظرية فعل الأمير - حصراً- عندما تكون الأضرار الحاصلة ناتجة عن إجراء متخذ من قبل السلطة المتعاقدة، واعتبر أن جميع الإجراءات المتخذة من قبل سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة. (وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري أيضاً).

وذهب كل من أستاذنا الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح، إلى أن هذا الموقف غير عادل ولا يعتمد على حجة منطقية للأسباب التالية:

إن القضاء الفرنسي يطبق نظرية الظروف الطارئة في حال اتخاذ الإجراء من قبل سلطة عامة غير متعاقدة إذا اجتمعت شروطها ومن بينها الشرط الاستثنائي للحدث، إلا أن صدور قانون أو لائحة تنفيذية لا يمكن اعتبارها حدثاً استثنائياً، وذلك لأن معظم الإجراءات المتخذة من قبل السلطات العامة ما هي في الحقيقة إلا نتيجة مباشرة أو غير مباشرة لطلب السلطة المتعاقدة وضرورات المرفق العام، وأن القوانين المتخذة من قبل السلطة التشريعية تعكس بالواقع اقتراحات السلطة التنفيذية وهذه السلطة الأخيرة تعبر عن إرادة مدراء المرافق العامة.

كما ذهب الأستاذان إلى أنه إذا صدر الإجراء عن سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة، فالقضاء الإداري لا يوافق المتعاقدين إلا على تعويض جزئي على أساس نظرية

١ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص ٥٨١.

٢ د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٣١٥-٣١٦.

الظروف الطارئة، ولم يوافق الاستاذان القضاء على هذا الرأي لأن المتعاقد لم يقترب أي ذنب ويقوم بتنفيذ التزاماته العقدية بالشكل المطلوب ودون خطأ، وإن الضرر الذي لحق به ما هو إلا نتيجة إجراء إداري ملزم بتنفيذه إن صدر عن السلطة المتعاقدة أو غيرها، لذلك المفروض أن تطبق نظرية فعل الأمير على جميع الإجراءات الصادرة عن السلطة المتعاقدة أو غير ذلك من السلطات.

أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري فإنه يرجح وحدة الإدارات العامة، أي أنه أكثر منطقية وعدلاً من موقف مجلس الدولة الفرنسي لأنه يطبق نظرية فعل الأمير بمفهومها الواسع، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٨٤ أن: (مدد التأخير في تنفيذ الأعمال العقدية الناجمة عن الإدارة المتعاقدة أو إحدى الإدارات أو المؤسسات العامة يتعين تبريرها للمتعاقد)^١، وكذلك في حكم آخر لها أشارت فيه إلى مبدأ وحدة الإدارات العامة يطبق في مجال البحث بإعفاء المتعاقد من غرامات التأخير^٢، وأن الدولة بكل مؤسساتها كل لا يتجزأ، أي أن مجلس الدولة السوري اعتبر أن كل القرارات التي تصدر عن أي جهة إدارية، إذا أدت إلى قلب التوازن المالي للعقد، تؤدي إلى تطبيق مبدأ التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير.

رابعاً. أساس التعويض عن فعل السلطات العامة (فعل الأمير):

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني للتعويض عن فعل السلطات العامة (أو عند صدور قانون ينهي بعض العقود تطبيقاً لنظرية فعل الأمير)، لذلك سنستعرض أهم الآراء الفقهية حول ذلك:

١- الإثراء بلا سبب:

اتجه جانباً من الفقه إلى أن أساس تعويض المتعاقد نتيجة فعل السلطات العامة هو نظرية الإثراء بلا سبب، حيث يرى الفقيه الفرنسي هوريو أن أساس التعويض يستند على فكرة الإثراء بلا سبب، ويعلّل هذه الفكرة بالقول أنّه طالما أن الإدارة تستطيع أن تزيد أو

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٣٢ لعام ١٩٨٤، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٣٧

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٠٢ لعام ١٩٧٢، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٣٦

تخفيض من الامتيازات المالية المتفق عليها بالعقد عن طريق قرار يصدر من جهتها بشكل وحيد الطرف، فهي تثري على حساب المتعاقد دون أن يكون هذا الإثراء مؤسساً على سبب قانوني محدد بالعقد^١.

ولكن ذهب جانب من الفقه^٢ إلى القول إن هذه النظرية لا تصلح كأساس للتعويض وذلك للأسباب التالية:

- ١- هذه النظرية ضيقة جداً لأن القضاء الإداري يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي لحقت به دون أن يكون هناك أي إثراء لصالح الإدارة.
- ٢- عندما تعوز الإدارة المتعاقد المتضرر، بسبب فعل الأمير، فإنها لا تأخذ بعين الاعتبار الفائدة التي تعود عليها من جراء تصرفه وإنما كمية الضرر التي لحقت بالمتعاقد كأساس للتعويض.

٢. مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام الأعباء العامة:

هذا المبدأ يؤكد أنه يتوجب على جميع الأفراد أن يساهموا في تحمل الأعباء العامة بما يتناسب مع مراكزهم وضمن إمكانياتهم وقدراتهم، وهذا يعني بأن أي إجراء صادر عن سلطة عامة بشكل شرعي، قد يسبب أضراراً لبعض الأفراد وذلك بتحمل نتائج مالية أكثر من نصيبهم الذي يتوجب عليهم تحمله من الأعباء العامة للدولة، ضمن هذه الحالة، يتوجب على السلطة العامة أن تعيد التوازن المالي للعقد، ولكن إذا صدر الإجراء الإداري عاماً وشاملاً أخذاً بعين الاعتبار جميع المواطنين من متعاقدين وغير متعاقدين، فالمتعاقد المتضرر لا يمكنه طلب التعويض إلا إذا سبب له هذا الإجراء ضرراً خاصاً أدى إلى قلب التوازن المالي للعقد^٣.

إلا أن هذه النظرية لا يمكن أن تحقق العدالة ضمن المجال التعاقدي ولكن يصلح

١ د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٥٥، ص ٨١٧.

٢ راجع د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٣١٧.

٣ راجع د. توفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٨١٨، والدكتور فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني

١٩٧٠ - ص ٥٦٥.

اعتمادها لتبرير المسؤولية دون خطأ خارج النطاق التعاقدية.

٣- التوازن المالي للعقد:

ذهب جانب من الفقهاء إلى أنه إذا حدث خلل أدى إلى قلب التوازن المالي للعقد ناتج عن فعل الإدارة، فإنه يتوجب عليها أن تعوض المتعاقد عن كافة الأضرار التي لحقت به من أجل إعادة التوازن المالي للعقد، ولكن اختلف أنصار هذه النظرية في تكييف هذا التوازن، فذهب بعضهم إلى أن فكرة التوازن المالي تعود إلى النية المشتركة للطرفين للمتعاقدين، في حين ذهب آخرون إلى أن التوازن المالي للعقد لا يخرج عن كونه توازناً شريفاً وليس توازناً حسابياً بين الحقوق والالتزامات التعاقدية^١.

٤- الأساس المزدوج لحق التعويض عن عمل الإدارة (التوازن المالي والمسؤولية العقدية):

أكد بعض الفقهاء أن أساس التعويض يقوم على فكري التوازن المالي والمسؤولية التعاقدية دون خطأ، بحيث أنه لا يمكن تبني فكرة دون الأخرى لأن استبعاد إحدى الفكرتين يؤدي إلى خلل حقيقي في الأساس القانوني للتعويض، ويعود هذا الرأي إلى قاعدة عامة وهي أنه لا يمكن أن يمنح تعويض لأحد دون إسناده إلى مسؤولية محدودة بقدر الضرر الذي لحق بالغير، وهذا ما يبرر ضرورة اعتماد مبدأ التوازن المالي كعنصر مكمل للمسؤولية أي أن تكون المسؤولية ضمن حدود إعادة التوازن المالي للعقد.

ولعلّ الرأي الأقرب إلى الصواب هو أن أساس التعويض عن فعل السلطات العامة، يختلف باختلاف الفعل نفسه (أي الإجراء الصادر عن السلطات العامة)، فإذا كان الإجراء يتعلق بتعديل العقد الإداري أو تعديل ظروف تنفيذه، فإن ضرورات سير المرفق العام تقتضي إعادة التوازن المالي للعقد أي أن أساس التعويض هو أساس مزدوج يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد من أجل استمرار سير المرفق العام وتأمين حاجاته، أما إذا كان الإجراء الصادر عن السلطات العامة يؤدي إلى وضع نهاية للعقد (كصدور قانون ينهي العقد) فهنا العقد يكون قد انتهى ولا فائدة

١ د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣، ص ١٣٠.

راجع في ذلك، محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص ١٢٢-١٢٣

من إعادة توازنه المالي من أجل استمرار سير المرفق العام، أي أنّ أساس التعويض هو أيضاً أساس مزدوج يتمثل في مسؤولية السلطة العامة دون خطأ في مجال العقد الإداري، وقواعد العدالة والإنصاف، فالعدالة تقتضي أن تقوم السلطة العامة (طبقاً لمسؤوليتها دون خطأ) بتعويض المتعاقد باعتباره معاون ومساعد للإدارة في تحقيق المصلحة العامة.

هذا ويترتب على نظرية فعل الأمير مجموعة من الآثار القانونية منها ضرورة أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد طالما باستطاعته الاستمرار، لأن الاستمرارية هي المبرر الذي يمنحه الحق بالتعويض إلا إذا صادفته عقبات أدت إلى استحالة التنفيذ، بالإضافة إلى حقه في التعويض الكامل عما تكبده من خسارة وعما فاتته من كسب، كما يملك المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد أمام قاضي العقد إذا كان الإجراء الصادر من قبل الإدارة يؤدي إلى استحالة التنفيذ ، وعند صدور حكم القاضي بالفسخ ، فإن آثار هذا الحكم تعود إلى تاريخ رفع الدعوى، ويصبح المتعاقد في حل من التزامه.

وبعد أن انتهينا من دراسة انتهاء العقد بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود، ننتقل لدراسة انتهاء العقد نتيجة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره في المطلب التالي.

المطلب الثالث

انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره

عندما تريد الإدارة أن تبرم عقداً إدارياً، فإنها تأخذ بعين الاعتبار شخصية المتعاقد وصفاته لأنه سيعاونها ويشاركها في تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات المواطنين، فشخصية المتعاقد وصفاته يجب أن تكون بالمستوى الذي يتطلبه تحقيق هذه الغاية المثلى، لذلك يخضع اختيار المتعاقد إلى السلطة التقديرية للإدارة التي عليها أن تختار الأكثر قدرة على الوفاء بالالتزامات العقدية، ولكن ماذا لو توفي هذا المتعاقد أو شهر إفلاسه أو

أعسر؟

هذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال بيان مفهوم الاعتبار الشخصي (الفرع الأول)، وبيان حالات انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الاعتبار الشخصي

تظهر فكرة الاعتبار الشخصي في سائر العقود (مدنية وإدارية)، ففي نطاق العقود المدنية الخاصة قد تكون لشخصية أحد المتعاقدين وصفاته محل اعتبار عند إبرام العقد دون إعطاء أهمية ماثلة لشخص المتعاقد الآخر أو صفاته، ففي إطار عقد الهبة مثلاً نجد أن الواهب يولي اهتماماً بالغاً بشخص الموهوب له أو بصفة من صفاته، دون أن يعتد الموهوب له بشخص الواهب أو صفاته، وفي عقد التأمين يهتم المؤمن بشخص المؤمن أو صفاته الشخصية من أمانة وأخلاق، أما المؤمن فإنه لا يهتم بشخص المؤمن أو صفاته. ولكن من ناحية أخرى، نجد أن هناك فئة من العقود الخاصة تكون فيها شخصية المتعاقد محلاً للاهتمام من جانب طرفي العلاقة العقدية، كما هو الحال بالنسبة لعقود شركات التضامن التي يراعي فيها كل شريك شخصية الشريك الآخر وصفاته، وكذلك

الحال في عقود الوكالة حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل^١. وفي نطاق العقود الإدارية، نجد أن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً بالغ الأهمية، فالجهة الإدارية عندما تختار أحد المقاولين أو الملتزمين أو المورد، فإنّ عليها أن تراعي في اختيارها، توافر صفات أساسية في الشخص المرغوب التعاقد معه وذلك كي تضمن تنفيذ العقد بدقة وأمانة وعلى نحو يحقق الصالح العام بالمستوى المطلوب.

ولكن فكرة الاعتبار الشخصي تختلف من عقد إداري إلى آخر، حيث يتوقف ذلك على مدى صلة العقد بالمرفق العام، فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق، كلما زاد التركيز على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقدين مع الإدارة، وبالتالي يمكن القول بتفاوت نطاق التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد وفقاً لموضوع العقد، ففي عقد الأشغال العامة مثلاً، لا يستطيع المقاول أن يترك مكان عمله إلا بعد تعيين نائب له مزود بالصلاحيات الكافية ليحل محله في مكان العمل، وفي عقود التزام المرافق العامة نجد الإدارة حريصة على أن يقوم الملتزم بتقديم الخدمة بنفسه بوساطة عماله وبأمواله العقارية أو المنقولة^٢.

وفي هذا الإطار نجد أن هناك خلافاً في الفقه الفرنسي حول تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة فالفقيه الفرنسي JEZE يرى أن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي لا يكون بالمستوى نفسه في كل العقود الإدارية، ذلك أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث تشتد الإدارة كلما اشتد صلة العقد بالمرفق العام، لذلك فإن القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في مجال عقود الامتياز، نظراً لسيطرة الملتزم التامة على شؤون إدارته^٣، ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على هذا المبدأ منذ زمن طويل، حيث أكد دوماً على عدم التزام الإدارة بالخضوع إلى إجراءات الإبرام التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام،

١ د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٨.

٢ عادل خليل، العقود الإدارية للإدارة وفقاً للقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨، مطبعة الإيمان، سنة ٢٠٠١، ص ١١٨.

٣ د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ٩٠.

عندما تبرم عقود التزام مرفق عام، نظراً لضرورة الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد من جهة، ولعدم وجود أي نص قانوني أو تنظيمي يجبر الإدارة على إتباع إجراء محدد في معرض إبرامها لهذا النمط من العقود من جهة أخرى^١.

لكن الفقيه A.de laubadère يرى أن القضاء الإداري لا يؤيد رأي الفقيه Jèze فيما يتعلق بالقاعدة المذكورة، فالقضاء الإداري يطبق قاعدة الاعتبار الشخصي على العقود الإدارية كافة دون تمييز عقد الامتياز بأهمية خاصة.

ونحن من جانبنا يمكننا القول بتفاوت التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي وفقاً لنوع العقد وموضوعه، فعقد الالتزام يضع المتعاقد في اتصال مباشر مع الجمهور، فإذا ما أقدمت الإدارة على اختيار المتعاقد معها دون الاهتمام بشخصيته، كما لو اختارت متعاقد لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإن ذلك سيؤثر سلباً على المرفق وعلى الخدمة التي يقدمها، فالاعتبار الشخصي في التعاقد هو وسيلة تستطيع من خلالها الإدارة ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق المصلحة العامة على أفضل وجه.

وقد أكد المشرع سواء في مصر أو سورية على فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، حيث نصت المادة ١٣/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ على ما يلي:

«يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية، تشكلها من بين أعضائها، بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة، وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات، وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة».

وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في المادة ٨٠/ منها على ما يلي:

١ ، C.E,3,1974,Sieur Flesch ، مذكور لدى د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٦٠٨.

«يلتزم المفاوض بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات».

أمّا في سورية فقد نصت المادة /٥٨/ من قانون العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ «أ- يُحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أمّا الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص».

ولابد من الإشارة إلى أن أهم الصفات الواجب توفرها في المتعاقد والتي تكون محلاً للاعتبار تتعلق بالكفاية المالية، فملاءة المتعاقد من الناحية المالية تعد ضماناً هامة لتنفيذ العقود الإدارية التي تتطلب إمكانيات مالية ضخمة، وكذلك المقدرة الفنية، وجنسية المتعاقد، حيث يكون لجنسية المتعاقد دور هام في بعض أنواع العقود الإدارية ذات الطابع السري (كعقود التوريد الحربية)^١.

الفرع الثاني

انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره

ينتهي العقد الإداري عند زوال الشخصية القانونية للجهة المتعاقدة مع الإدارة، وذلك بوفاة المتعاقد إذا كان فرداً عادياً، أما إذا كانت الجهة المتعاقدة عبارة عن شركة فإنّ العقد ينتهي عند انحلال هذه الشركة وتصفيته، فانحلال الشركات هو في منزلة الموت سواء بسواء، وأسباب الانحلال منها ما هو عام يشمل جميع الشركات، ومنها ما هو خاص بنوع معين، وفي جميع الأحوال فإنّ انحلال الشركة يُبقي لها شخصيتها القانونية بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية، كما قد ينتهي العقد عند إفلاس المتعاقد (أو الشركة) أو إعساره.

١ تنص المادة /١١/ من قانون العقود الموحد السوري على أنه يشترط فيمن يود الاشتراك بالمناقصة ألا يكون حاملاً لجنسية العدو الإسرائيلي.

أولاً. انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد:

تنص دفا تر الشروط العامة في فرنسا على الأحكام الواجبة الإلتباع في حال وفاة المتعاقد، فبالنسبة لعقود التوريد، فإنّ المادة /٦٢/ من دفتر الشروط الإدارية القابل للتطبيق على عقود التوريد والصادر سنة ١٩٧١، نصت على أنه في حال وفاة المتعاقد أو فقدانه لأهليته، فإن ورثته يتولون الاستمرار في تنفيذ الالتزامات المنوطة به، ومع ذلك يمكن أن يصدر قرار من الوزير المختص بفسخ العقد بناءً على طلب الورثة، أو إذا رأى أنّ حسن تنفيذ العقد إنما يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد^١.

كما نصت المادة /٣٧/ من دفتر الشروط العامة القابل للتطبيق على عقود الأشغال العامة الصادر سنة ١٩٧٢، على أنه في حال وفاة المقاول فإن العقد يعد مفسوخاً حكماً ودون تعويض، إلا إذا قبلت الجهة الإدارية المتعاقدة التنفيذ بواسطة ورثة المقاول^٢.

نلاحظ هنا اختلاف شدة الأحكام الواجبة الإلتباع في حال وفاة المتعاقد بين عقد الأشغال والتوريد والسبب في ذلك يعود إلى تفاوت الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بشكل عام، فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق، كلما زاد التركيز على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، لذلك وجدنا أن دفتر الشروط العامة المتعلق بعقود الأشغال يقرر فسخ العقد بقوة القانون بمجرد وفاة المقاول، إلا إذا رأت الجهة الإدارية المتعاقدة التنفيذ بواسطة الورثة، أما في عقود التوريد فإنّ دفتر الشروط العامة يميز للورثة الاستمرار في تنفيذ الالتزامات على أن يكون للإدارة فسخ العقد بناءً على طلب الورثة أو إذا رأت الإدارة أن حسن التنفيذ يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد المتوفي.

ويذهب الفقيه الفرنسي، Jéze إلى أنه عندما يكون أولاد المتوفي (الورثة) قُصراً فإنّ للإدارة الحق في فسخ العقد أو التعاقد مع أرملة المتعاقد المتوفي، باسمها واسم أولادها

١ المادة /٦٢/ من دفتر الشروط الإدارية العامة القابلة للتطبيق على عقود التوريد والصادر عام ١٩٧١ مذكور لدى د.

نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

٢ المادة /٣٧/ من دفتر الشروط العامة القابل للتطبيق على عقود الأشغال العامة الصادر سنة ١٩٧٢، مذكور لدى

د. نجم الأحمد، المرجع السابق، نفس الموضع.

القصر، الذين تتولى الوصاية عليهم^١.

وعند سكوت دفاتر الشروط العامة أو العقد عن بيان الأحكام الواجبة الإلتزام بهذا الخصوص، فإنّ الفقيه الفرنسي Laubadere يرى أنّ وفاة المتعاقد لا يترتب عليها فسخ العقد حكماً بقوة القانون إلا أنه ومع ذلك يحق للإدارة أن تفسخ العقد، إذا رأت أن شخصية المتعاقد كانت تشكل محل اعتبار وضمانة لحسن تنفيذ العقد^٢.

أمّا في مصر فإنّ المادة /٧٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) سنة ١٩٩٨ أجازت للإدارة في حال وفاة المتعاقد فسخ العقد، مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل التعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد شريطة أن يعينوا عنهم وكياً توافق عليه السلطة المختصة، أما عندما يكون العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد ويتوفى أحدهم، فإنّ للإدارة الحق في إنهاء العقد ورد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه، ويحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو اللجوء إلى القضاء.

وفي سورية، فإنّ المشرع نص في قانون العقود الموحد رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٤ على أنه: (يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: أ- وفاة المتعاقد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أنّ ورثة المتعهد لا تتوفر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل).

وبناءً على هذا النص يمكن التمييز بين حالتين: (الآثار التي تترتب على وفاة المتعاقد):

١- إذا كانت المؤهلات الشخصية للمتعاقد محل اعتبار عند إبرام العقد، فإنّ

1 Jèze (G). Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des Établissements public, paris, 1934, p. 233.

2 A.de laubadère . Traité contrats administratifs, L. G. D. J. 1984, p. 118.

العقد يعتبر مفسوخاً حكماً (بقوة القانون) دون أن يكون للإدارة الخيار في الاستمرار بالتنفيذ مع الورثة، ويقصد بالمؤهلات الشخصية كل الصفات التي تؤثر في حسن تنفيذ العقد كملاءته المالية وسمعته وقدرته الفنية وتخصصه في نوع العمل، وأن توافر هذه المؤهلات من عدمها إنما هي مسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، لأنها صاحبة المصلحة في ذلك^١.

٢- أما إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمتعاقد محل اعتبار عند إبرام العقد، فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه، وإنما للإدارة الخيار إما الاستمرار بالتنفيذ مع الورثة إذا توافرت فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل (كأن يوجد بينهم من يمارس نفس حرفة المتعاقد المتوفى) أو فسخ العقد إذا لم تتوفر فيهم الضمانات اللازمة للتنفيذ.

وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا السورية هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٦/٢٢ ذي الرقم (٣٠٠) في القضية رقم (٣٧١): (والتي قضت باعتبار العقد بالتراضي المبرم بين المؤسسة العامة للمواصلات السلوكية واللاسلكية وأحد المتعهدين مفسوخاً بوفاة المتعاقد وذلك لعدم توفر الضمانات الكافية لدى الورثة لحسن تنفيذ التعهد)^٢.

وهنا يمكن القول أنه إذا ما قررت الإدارة فسخ العقد فإن قرارها، في هذه الحالة، هو قرار كاشف (تقريري) لحالة موجودة سابقاً قبل القرار (حالة الوفاة)، فحق الإدارة في إصدار هذا القرار هو حق مستمد من القانون (المادة ٥٩ من قانون العقود التي اعتبرت التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: أ- وفاة المتعاقد).

١ د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المفاوضة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ٢٦٦.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٣٠٠) في القضية رقم (٣٧١)، تاريخ ١٩٨٩/٦/٢٢ مذكور لدى محمود زكي شمس - الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٧٧٢.

ويترتب على وفاة المتعاقد (عندما تكون مؤهلاته الشخصية محل اعتبار أو عندما لا تتوفر في الورثة الضمانات الكافية، نهاية العقد نهاية مبتسرة دون أن يحق للمتعاقدين أي تعويض وتُعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى^١، وعلى الإدارة أن تدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما تم إنفاقه لتنفيذ ما لم يتم. وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها من هذه الأعمال والنفقات، كما يجوز للإدارة أن تطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها على أن تدفع عنها تعويضاً عادلاً. وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المتعاقد (المتعهد) في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه^٢.

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا السورية بأن: (مؤدى وفاة المتعاقد تبرير مدة التأخير بكاملها لا أن يقتصر التبرير على ما زاد عن مدة معينة)^٣.

ثانياً- انتهاء العقد بسبب انحلال الشركة وتصفيتها:

غالباً ما تبرم الإدارة عقودها مع شركات القطاع الخاص لما تتوفر في هذه الشركات من إمكانيات مالية وفنية تتناسب مع حاجات تنفيذ المرفق، فالشركة هي الصورة القانونية للتنظيم الجماعي للنشاط الاقتصادي والتي يتضافر من خلالها شخصان أو أكثر من أجل عمل تجاري.

هذا ولم يعرّف قانون التجارة السوري الشركة التجارية، إلا أنّ القانون المدني قد عرّف عقد الشركة بأنه عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة^٤.

١ المادة /٥٩/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/ الصادر في سوريا لعام ٢٠٠٤

٢ المواد /٦٦٦-٦٦٧/ من القانون المدني المصري، والمواد /٦٣٢-٦٣٣/ من القانون المدني السوري.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /١٢٨/ لعام ١٩٧٢، مذكور لدى صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دمشق، ١٩٩١، ص ٣١٧.

٤ المادة /١٨/ من قانون الشركات رقم (٣) الصادر بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٨، والمادة /٥٢٦/ من القانون المدني المصري والمادة /١٨٤٤/ من القانون المدني الفرنسي الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ بشأن تعديل أحكام الشركات المدنية.

والشركة شأنها شأن أي كائن حي له بداية ونهاية، وتنتهي الشركة بانحلالها وتصفيتها، فانحلال الشركة هو فناؤها ووضع حد للرابطة القانونية التي كانت تربط الشركاء من وقت إنشائها إلى وقت حلها، وأسباب انحلال الشركة إما أن تكون عامة تشمل جميع أنواع الشركات (سواء كانت شركات أموال أم شركات أشخاص) وإما أن تكون خاصة تتعلق فقط بشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي (كشركات التضامن)، ومن الأسباب العامة لانحلال الشركات^١:

١- انتهاء أجل المحدد للشركة:

فقد يتضمن عقد الشركة على أنها تزاوّل أعمالها لفترة معينة من الزمن كعشر سنوات مثلاً، فبإنتهاء هذه الفترة تنحل الشركة بقوة القانون، ولكن يجوز للشركاء أن يتفقوا على مد أجل الشركة لفترة أخرى من الزمن، فإذا حصل التمديد قبل انقضاء أجلها فإن ذلك يكون استمراراً للشركة، لأن مد أجل الشركة لا يعدو عن كونه تعديلاً لعقد الشركة وهذا جائز، أما إذا كان الاتفاق على تمديد أجل الشركة قد تم بعد انقضاء أجلها فإن ذلك يعني إنشاء شركة جديدة، وكما يكون مد أجل الشركة صريحاً فقد يكون ضمناً إذا استمر الشركاء يقومون بعمل من الأعمال التي تأسست من أجلها الشركة، حيث يمتد العقد سنة فسنة وبالشروط ذاتها، (المادة /٤٩٤/ من القانون المدني السوري والمادة /٥٢٦/ من القانون المدني المصري)، كما يجوز للشركاء الاتفاق على حل الشركة قبل انقضاء أجلها، على أنه يجب في هذه الحالة رضا جميع الشركاء (٤٩٧ من القانون المدني السوري - المادة ٥٢٩ مدني مصري) ويشترط للحل بصفة عامة بناءً على اتفاق الشركاء أن تكون الشركة قادرة على الوفاء بالتزاماتها، فلا يعتد بهذا الحل إذا كانت الشركة في حالة توقف فعلي عن دفع ديونها.

١ د. إلياس حداد، القانون التجاري (بري - بحري - جوي) منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧، ص ٢١٠.

٢- انتهاء المشروع أو العمل الذي قامت من أجله الشركة أو استحالة إتمامه^١:

فإذا تأسست الشركة لأجل إنشاء طريق أو بناء جسر أو مرفأ، فأجلها ينتهي بتمام هذا العمل أو باستحالة التنفيذ. (المادة ٤٩٤ من القانون المدني السوري).

٣- زوال رأس المال:

تنتهي الشركة، بهلاك رأسمالها بكامله أو جزء كبير منه، بحيث لا يبقى فائدة من استمرارها (المادة ٤٩٥/ من القانون المدني السوري)، كما نصت المادة ٥٢٧/ من القانون المدني المصري: «تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها» كالخريق وغرق الأسطول التجاري، وهنا يجب مراعاة مدى الأثر الذي يتركه هذا الهلاك على نشاط الشركة، وما إذا كان في إمكانها الاستمرار في نشاطها رغم ذلك، بناءً على ما تملكه الشركة من أموال أخرى أو ما قد تحصل عليه من تعويضات، كما لو كان الهلاك يرجع لسبب يميز التعويض، مثل حالة الهلاك بسبب الحرب والتزام شركات التأمين بالتعويض، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية: (بعدم اعتبار الشركة في حالة انقضاء بسبب هلاك المصنع الذي يعتبر استغلاله موضوع الشركة طالما أن لهذه الأخيرة مبلغ التعويض عن أضرار الحرب نتيجة هذا الهلاك)^٢.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن: (مجرد توقف نشاط الشركة لا يعتبر سبباً من أسباب انقضائها بقوة القانون طالما أنه لا يترتب عليه انقضاء نشاطها بشكل كلي)^٣.

كذلك تنقضي الشركة إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات، وهلك هذا الشيء قبل تقديمه، هنا تصبح الشركة منحلة في حق جميع الشركاء.

١ المادة ٥٢٦/ من القانون المدني المصري، المادة ١٨٤٤/ من القانون المدني الفرنسي.

٢ حكم محكمة النقض الفرنسية، تاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٧٩، مجلة الشركات، العدد الخامس والعشرون، ص ٩٨.

٣ حكم محكمة النقض المصرية، جلسة ١٧ يناير، ١٩٧٨، مذكور لدى د. علي البارودي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٧٠.

٤ حل الشركة قضاءً لسبب يبرر ذلك:

لقد أعطى المشرع الحق للقضاء دائماً في أن يقضي بناءً على طلب أحد الشركاء أو بعضهم بحل الشركة قبل الموعد المقرر لها^١، وذلك إذا كانت هناك أسباب عادلة يعود تقديرها إليه، ومن هذه الأسباب الخلافات التي تقوم بين الشركاء بشرط أن تكون من الأهمية والخطورة بحيث يصبح من المتعذر استمرار الشركة، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٩٨/ من القانون المدني السوري: «يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء، ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل».

ولابد من الإشارة إلى أن المحكمة المختصة في قضايا الشركات هي محكمة البداية المدنية التي يقع في دائرتها مركز الشركة الرئيسي ضمن اختصاصها المكاني (المادة الأولى من قانون الشركات السوري الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٣)، فعقد الشركة هو عقد مدني ليس الشخص العام طرفاً فيه كما أنه لا يتعلق بمرفق عام ولا يتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص، لذلك فهو يخرج عن ولاية القضاء الإداري.

كما نزول الشركة باندماجها بشركة أو شركات أخرى بحيث تفقد الواحدة شخصيتها وتحتفظ الثانية بها أو أن تندمج الشركتان بطريقة الاتحاد، حيث تنقضي كلا الشركتان لتحل محلها شركة جديدة بشخصية جديدة.

وقد نص قانون الشركات السوري رقم ٣/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٣ على الأسباب العامة لانحلال الشركات في المادة ١٨/ والتي جاء فيها: (تنحل الشركة في أي من الحالات الآتية:

١- انقضاء المدة المحددة للشركة.

٢- انتهاء المشروع موضوع الشركة.

١ المادة ٤٩٨/ من القانون المدني السوري، المادة ٥٣٠/ من القانون المدني المصري، المادة ١٨٤٤ / من القانون المدني الفرنسي

٣- اتفاق الشركاء على حل الشركة.

٤- شهر إفلاس الشركة.

٥- حل الشركة بحكم قضائي.

٦- اندماج الشركة.

أمّا الأسباب الخاصة لانحلال الشركات والتي تتعلق بشركات الأشخاص (كشركات التضامن) فهي: وفاة أحد الشركاء (مالم يرد نص مخالف في عقد الشركة)^١، أو الحجر عليه أو انسحابه (المادتان ٤٩٦ - ٤٩٧ من القانون المدني السوري)^٢، أو فقدانه لأهليته (المادة ٣٩ من القانون التجاري السوري)، وهذا طبيعي لأن شركات الأشخاص تعتمد في تكوينها على العلاقة الشخصية بين الشركاء ومعرفة كل منهم للآخر، أي تعتمد على الاعتبار الشخصي، ولما كان هذا الاعتبار هو أساس تكوين شركات الأشخاص فإنه يترتب على الإخلال به انقضاء الشركة تبعاً لذلك.

فالقاعدة العامة أن وفاة أحد الشركاء في شركات الأشخاص يترتب عليه انقضاء الشركة بالنسبة لباقي الشركاء، وذلك على أساس عدم التزام باقي الشركاء في الاستمرار مع ورثة الشريك المتوفى الذين لا يعرفونهم ولا يثقون بهم، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن شركة الأشخاص تنقضي بموت أحد الشركاء، ولا يحلّ ورثته محلّه فيها، إلّا إذا حصل الاتفاق بين الشركاء أنفسهم على أنه إذا مات أحدهم تستمر الشركة مع ورثته، وذلك لأن الشركة التي هي من هذا النوع تقوم على الثقة الشخصية لا على صفات الورثة، ولأن وفاة هذا الشريك تؤدي حتماً إلى زوال هذه الثقة، والاتفاق الذي يؤدي إلى استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى هو الذي يحصل بين الشريك المتوفى وبين الشركاء الأحياء على استمرار

١ المادة ٥٢٨/ من القانون المدني المصري تنص على أنه: «تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه، ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسراً».

٢ المادة ٥٣١/ من القانون المدني المصري.

الشركة^١.

كما تنقضي الشركة بالحجر على أحد الشركاء أو إفلاسه أو إعساره أو ما يؤثر على أهليته، على أنه يجوز الاتفاق على استمرارها بين باقي الشركاء، كما هو الحال عند وفاة الشريك، ويكون للشريك المفلس أو المعسر أو المحجور عليه نصيب في أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب حسب قيمته وقت وقوع الحادث الذي أدى إلى خروج الشريك، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص: (أن الحكم بشهر إفلاس الشريك بسبب تجارته الخاصة لا يستتبع إشهار إفلاس الشركة، إذا أنها ليست مسؤولة في أموالها عن ديون الشركاء الخاصة، ولا يعني توقف الشريك عن دفع ديونه الخاصة توقفها هي أيضاً عن دفع ديونها)^٢.

ووفقاً للقانون الفرنسي نُحل الشركة في حال إفلاس الشريك أو منعه من مباشرة التجارة أو عدم أهليته، ولكن يجوز استمرار الشركة بين باقي الشركاء في حال إفلاس أحدهم أو فقده الأهلية إذا اتفق على ذلك في عقد الشركة^٣.

ومن الملاحظ أن قيام أي سبب من أسباب الانحلال لا يضع نهاية حاسمة وفورية لحياة الشركة لأن ذلك من شأنه الإضرار بمصالح الغير ومصالح الشركاء، حيث لا يكون من السهل تصفية علاقات الشركة المنحلة بين عشية وضحاها، بل لابد عادةً من فترة قد تطول أو تقصر، تسمى فترة التصفية تستوفي خلالها ما يكون قد بقي من حقوق للشركة لدى الغير، وتؤدي للغير ما يكون له في ذمتها، فالشركة تدخل بمجرد حلها في طور التصفية وتبقى شخصيتها الاعتبارية قائمة طيلة المدة اللازمة للتصفية ولأجل حاجة التصفية فقط (المادة ١٩ من قانون الشركات السوري)، وهذا ما ذهبت المحكمة الإدارية

١ حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٢٣٥) تاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٦، مذكورة لدى د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض، المبادئ التي قررتها محكمة النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١١٠.

٢ حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٧٦٢) تاريخ ٢٥/١/٢٠٠٥، مذكور لدى د. أحمد محمود حسني، المرجع السابق، ص ١٤٠.

٣ المادة ٢٢/ من قانون الشركات الفرنسي الصادر بتاريخ ١٣ يوليو سنة ١٩٦٧.

العليا السورية بأن (وفاة أحد الشركاء في شركات التضامن لا يؤدي إلى اعتبارها منحلة ولا يحول دون وفائها بعقودها والتزاماتها)^١.

ويتم تعيين المصفي بموجب عقد الشركة وبقرار صادر عن أغلبية الشركاء أو عن الهيئة العامة، فإذا لم يتم التعيين وفقاً لما سلف ذكره، يتم تعيينه من قبل المحكمة المختصة بناءً على طلب صاحب المصلحة أو من قبل المحكمة التي قضت بجل الشركة (المادة ٢٠/ من قانون الشركات السوري)، ويكون قرار محكمة البداية بتعين المصفي مبرماً، وتقسم أموال وموجودات الشركة في تسوية الالتزامات المترتبة عليها وفق الترتيب الآتي:

- ١- نفقات التصفية وأتعاب المصفي.
- ٢- المبالغ المستحقة على الشركة للخزينة العامة.
- ٣- المبالغ المستحقة على الشركة للعاملين فيها.
- ٤- الديون المستحقة على الشركة لغير الشركاء فيها.
- ٥- القروض التي قدمها الشركاء للشركة ولم تكن من بين حصصهم في رأس المال، ويوزع ما تبقى من أموال فيما بين الشركاء والمساهمين كل بنسبة حصته في رأس المال (المادتان ٥٣٢ - ٥٣٧ من القانون المدني السوري).

ثالثاً. انتهاء العقد بسبب إفلاس المتعاقد أو إعساره:

ينتهي العقد عند إفلاس المتعاقد (إن كان تاجراً) أو إعساره (إن كان غير تاجر)، ويتميز الإفلاس عن الإعسار، بأن الإفلاس هو الحالة القانونية التي يوجد فيها التاجر المتوقف عن دفع ديونه في موعد استحقاقها، ويتم إشهاره بمقتضى حكم قضائي، ويتضمن القانون القواعد التي تكفل للدائنين تحصيل ديونهم في حدود الأموال التي يملكها المفلس، فيقتضي لهذا الغرض رفع يد هذا الأخير عن إدارة هذه الأموال والتصرف بها، ويعهد إلى وكيل يعينه القضاء يُدعى وكيل التفليسة القيام بتصفية الموجودات وبيع الأموال بقصد توزيع ثمنها على الدائنين كل بنسبة دينه، ولذلك اعتبر الإفلاس نظاماً اجتماعياً

١ د. صبحي سلوم، المرجع السابق. ص ٤٠٦.

لتصفية أموال التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه في موعد استحقاقها، ويفيد منه جميع الدائنين ولو لم يمثلوا في الدعوى الإفلاسية، إذ يعتبر الحكم الصادر فيها حجة على الجميع، على أن يجري إشهاره بالطرق المقررة في القانون، وقد ورد النص على نظام الإفلاس في قانون التجارة، فهو ينطبق من ثم على التجار دون غيرهم من الأشخاص الذين لا يحترفون التجارة^١.

ويقوم تنظيم الإفلاس التجاري على ثلاثة أسس^٢:

الأساس الأول: ألا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص (رهن - امتياز - حبس) يميزه عن سائر الدائنين.

الأساس الثاني: أن تُغل يد المدين عن التصرف في أمواله، فمِنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك أن يتصرف في ماله، إلى أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح.

الأساس الثالث: أن تُصفى أمواله تصفية جماعية، والتصفية الجماعية هي المميز الجوهري للإفلاس التجاري.

ويتفق الإفلاس التجاري مع الإعسار المدني في أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين، ويتفق معه أيضاً في أن يد المدين تُغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار، كما تُغل يد المدين التاجر عن التصرفات في أمواله منذ شهر الإفلاس، ولكن يختلفان عن بعضهما بأنه لا يوجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها السنديك (وكيل التفليسة) ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكولاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه الخاص.

هذا وقد نص على الإفلاس في القانون التجاري السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧،

١ د. علي البارودي، الموجز في أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٩٠.

٢ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٩٨.

حيث نصت المادة /٤٤٣/ من هذا القانون^١: «يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلاّ بوسائل يظهر بجلء أنّها غير مشروعة»، ويشهر الإفلاس بحكم من محكمة البداية المدنية التي يوجد في منطقتها المركز الرئيسي لأعمال المدين (المادة /٤٤٤/ من القانون التجاري السوري، والمادة /٥٥٩/ من القانون التجاري المصري)، يظهر من هاتين المادتين أنّ شروط شهر الإفلاس هي أن يكون المدين تاجراً، وأن يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وأن يصدر حكم بشهر الإفلاس، وقد نصت المادة /٩/ من القانون التجاري السوري على أن التاجر^٢ هم:

أ- الأشخاص الذي تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية.

ب- الشركات التي يكون موضوعها تجارياً...

ويجوز أن ترفع دعوى الإفلاس إلى المحكمة بتصريح من التاجر نفسه الذي يجب عليه أن يقدم هذا التصريح خلال عشرين يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع تحت طائلة إدانته بجنحة الإفلاس التقصيري (المادة /٤٤٥/ من القانون التجاري السوري والمادة /٥٥٢/ من القانون التجاري المصري)، كما يجوز أن ترفع الدعوى إلى المحكمة باستدعاء يقدمه الدائن (المادة /٤٤٦/ من القانون التجاري السوري)، ويجب أن يتضمن الحكم بشهر الإفلاس تعيين وقت التوقف عن الدفع^٣.

أمّا إذا كان المتعاقد مع الإدارة شركة تجارية فإنها تخضع للأحكام الخاصة بإفلاس الشركات التي نصّ عليها قانون التجارة، حيث يترتب على إفلاس الشركة انقضاؤها، ويعتبر إفلاس الشركة من الأسباب العامة لانقضاء الشركات جميعاً أيّاً كانت طبيعتها أي سواء

١ راجع المادة /٥٥٠/ من القانون التجاري المصري.

٢ يشترط لاكتساب صفة التاجر أربعة شروط: ١- أن يقوم بأعمال تجارية، ٢- أن يتخذ من القيام بهذه الأعمال حرفة له، ٣- أن يمارس التجارة باسمه ولحسابه الخاص، ٤- أن تتوفر الأهلية الواجبة لاحتراف التجارة.

٣ راجع المواد من /٥٥٠/ إلى /٢٦١/ من قانون التجارة المصري التي تتعلق بالإفلاس.

كانت من شركات الأموال أو الأشخاص، ويترتب على إفلاس الشركة تصفيتها وتوزيع المبالغ الناتجة عن التصفية على الدائنين قسمة غرماء هذا بالإضافة إلى أن الإفلاس في شركات الأشخاص يؤدي بالضرورة إلى إفلاس الشركاء المتضامنين مما يجعل شركة الأشخاص منتهية لهذا السبب، وقد نصت محكمة النص المصرية على أن: (الحكم بإشهار إفلاس شركة التوصية البسيطة يستتبع حتماً إفلاس الشركاء المتضامنين فيها إذ أن الشريك المتضامن مسؤول في أمواله الخاصة عن ديون الشركة، فإذا توقفت الشركة عن الدفع فمعنى ذلك توقف المتضامنين أيضاً ولا يترتب على إغفال الحكم الصادر بإفلاس الشركة النص على شهر إفلاس الشركاء المتضامنين بها أو إغفال بيان أسمائهم، أن يظلوا بمنأى عن الإفلاس، إذ إن إفلاس الشركاء يقع نتيجة حتمية ولازمة لإفلاس الشركة، وهذا المبدأ المقرر بالنسبة لشركات التضامن ينطبق أيضاً بالنسبة للشركاء المتضامنين في شركات التوصية البسيطة)^١.

ووفقاً للقانون الفرنسي تنقضي الشركة على أثر صدور حكم نهائي لتصفية الشركة، كذلك حالة بطلان عقدها، وفي هذه الحالة الأخيرة تُطبق أحكام التصفية، على أنه كقاعدة عامة فإن تصفية أموال الشركة أو التسوية القضائية لا يترتب عليها بالضرورة حلها وذلك وفق ما استقر عليه قضاء النقض الفرنسي^٢.

أما قانون التجارة السوري فقد نصت المادة ٦٠٦/ منه على أنه: «١- يجوز لجميع الشركات التجارية ما عدا شركات المحاصة أن تحصل على صلح واقٍ كما يجوز أن يشهر إفلاسها، ٢- ويجوز شهر إفلاس شركة وإن كانت في حالة التصفية»، هذا ويجب على جميع الشركاء في شركات التضامن وجميع الشركاء المتضامنين في شركات التوصية أن يقوموا كل فيما يختص به بالتصريح المطلوب بمقتضى هذا القانون في ميعاد عشرين يوم من تاريخ توقف الشركة عن الدفع، وعلى المحكمة أن تعلن في الحكم نفسه إفلاس الشركة وإفلاس

١ حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٧١ تاريخ ١٩٨١/٢/٦، مذكور لدى د. محمد عبد الحميد، النظرية

العامة للشركات التجارية، شركات الأشخاص، مكتبة النصر، الزقازيق، ١٩٨٨، ص ٧٥.

٢ د. سميحة القليوبي، القانون التجاري - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٥٦٠.

الشركاء المتضامنين (المادة /٦٠٨/ من قانون التجارة السوري)، ويحق لوكيل التفليسة في جميع الشركات أن يجبر الشركاء على إكمال دفع رأسمالهم حتى قبل موعد الاستحقاق المحدد في نظام الشركة (المادة /٦٠٩/ من قانون التجارة السوري)، وإذا أفلسَت الشركة إفلاساً احتيالياً أو تقصيرياً فيجوز عند الاقتضاء أن تقام دعوى المسؤولية الجزائية على المدير والشركاء المتضامنين (المادة /٦١٠/ من قانون التجارة السوري).

أمّا إذا كان المتعاقد مع الإدارة غير تاجر، فإنه يخضع لأحكام الإعسار المنصوص عليها في القانون المدني^١، حيث نصت المادة /٢٥٠/ من القانون المدني السوري والمادة /٢٤٩/ من القانون المدني المصري على أنه: «يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء^٢، ويكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناءً على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتُنظر الدعوى على وجه السرعة (المادة /٢٥١/ من القانون المدني السوري، المادة /٢٥٠/ من القانون المدني المصري)، وعلى المحكمة في كل حال، قبل أن تشهر إعسار المدين، أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة، ويترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف (المادة /٢٥٥/ من القانون المدني السوري والمصري)، ولا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين (المادة /٢٥٦/ من القانون المدني السوري والمصري)، وبمجرد تسجيل دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين

١ راجع المواد /٢٤٩/، /٢٦٤/ من القانون المدني السوري، والمواد /٢٥٠-٢٦٤/ من القانون المدني المصري.

٢ إن المشرع المدني لا يعتبر المدين معسراً إلا إذا كان ماله لا يكفي للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة، وفي الإعسار المدني لا يعتبر مجرد توقف المدين عن الدفع دليلاً على إعساره (فلا يكفي حتى يجوز شهر إعسار المدين أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ولا يكفي أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأدها).

يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين»^١.

أما في نطاق العقود الإدارية، فقد نصت المادة /٣٧/ من دفتر الشروط العامة، المتعلق بعقود أشغال الطرق والمباني، على أن العقد يعدّ مفسوخاً بقوة القانون إذا أفلس المقاول، ما لم تجد الجهة الإدارية المتعاقدة إمكانية قبول العرض المقدم من دائني المتعاقد المفلس للاستمرار في تنفيذ عقد مدينتهم، كما تشير هذه المادة المذكورة أعلاه إلى أن التصفية القضائية ترتب بذاتها إنهاء الرابطة العقدية، طالما أن المحكمة لم تأذن للمقاول بالاستمرار في مزاولته نشاطه، أما المادة /٦٦/ من دفتر الشروط العامة المتعلق بعقود التوريد الحربية فإنها تقرر عدم انفساخ العقد بقوة القانون في حالة الإفلاس، إلا إذا رأت الإدارة وجوب فسخ العقد، لأن في ذلك تحقيقاً للصالح العام، وفي حالة التصفية القضائية، فإن الإدارة تصدر قراراً بالفسخ طالما أن المحكمة لم تسمح للمتعاقد بممارسة نشاطه^٢.

أما بالنسبة لعقد الالتزام، فإن الفقيه الفرنسي JÈZE يرى أنه نظراً للطبيعة الخاصة لهذا العقد ولطول مدة تنفيذه، فإن إفلاس المتعاقد يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون.

أما في مصر فإن المشرع في قانون المناقصات والمزايدات رقم /٨٩/ لعام ١٩٩٨ لم يعطي للإدارة سلطة تقديرية، حيث نصت المادة /٢٤/ منه: «على أن العقد يُفسخ تلقائياً في حال إفلاس المتعاقد أو إعساره».

وفي سورية فقد نصت المادة /٥٩/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه: «يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

ب- إفلاس المتعهد.

ج- التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهد بتنفيذ

١ المادة /٢٥٧/ من القانون المدني السوري والمصري.

التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك»^١.

وأخيراً وليس آخراً، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع السوري لم ينص في قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على حالة الإعسار، كما فعل المشرع المصري، وحبذا لو يتم تلافي هذا النقص، فالمتعاقد مع الإدارة ليس دائماً شركة (أو تاجر)، فقد يكون غير تاجر ويضطرب مركزه المالي فتضعف ملاءته المالية بما ينعكس سلباً على حسن سير المرفق العام. وبالنسبة للتصفية القضائية، نرى أنها تؤدي إلى اعتبار العقد مفسوخاً حكماً عندما يكون العقد ذات صلة وثيقة بالمرفق العام (كعقود الالتزام) دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في ذلك لأهمية هذه العقود وصلتها بالمرفق العام، على عكس العقود الأخرى كعقود التوريد التي لا تكون صلتها وثيقة بالمرفق، حيث يمكن للإدارة أن توافق على الاستمرار بتنفيذ العقد إذا سمحت المحكمة بذلك.

من جهة أخرى، فإن من حالات الفسخ القانوني للعقد الإداري (انتهاء العقد بحكم القانون)، ما نصت عليه المادة /٥٩/ من قانون العقود الموحد في الفقرة (د) على أنه: «في حال ثبوت مخالفة الفقرة (٦) من البند /أ/ من المادة /١١/ من هذا النظام تصدر تأمينات المتعهد دون الإخلال بحق الجهة العامة في ملاحظته بالتعويضات الناجمة عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة هذا الفسخ»، وبالعودة إلى الفقرة (٦) من البند (أ) من المادة /١١/ فإنها تنص على: (يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة ما يلي:

٦- ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها وألا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو للتجميع أو الترخيص أو المساعدة الفنية مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل وألا يزاول مثل هذا النشاط في إسرائيل سواء بشخصه أم عن طريق وسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي).

من خلال هذا النص يتضح أن العقد يعتبر مفسوخاً بحكم القانون عند مخالفة

١ د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

هذه الفقرة ولا سلطة تقديرية للإدارة في ذلك، أي أن الفسخ وجوبي في هذه الحالة، وعلى الإدارة أن توقعه بقرار منها، حيث يكون هذا القرار كاشف (تقريري) فسلطة الإدارة مستمدة من القانون وليس من سلطتها التقديرية.

وأيضاً من حالات الفسخ القانوني للعقد الإداري ما نصت عليه المادة /٦٠/ من قانون العقود والتي جاء فيها: (أ- يحق لأمر الصرف... الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً، ب- إذا جاوزت فترة وقف التنفيذ سنة كاملة كان من حق المتعهد فسخ التعهد إذا طلب ذلك).

يتضح من هذا النص أن حق المتعاقد في طلب الفسخ منصوص عليه بالقانون، ولكن لا يحق للمتعاقد أن يفسخ التعهد من تلقاء نفسه بل يتوجب عليه طلب ذلك. فالفسخ في هذه الحالة هو أحد مظاهر الفسخ للمصلحة العامة، لكنه لا يتم بناءً على سلطة الإدارة التقديرية وإنما بحكم القانون، وكل ما في الأمر أنه معلق على شرط هو أن يعلن المتعاقد عن رغبته في ذلك.

ويلاحظ من خلال نصوص قانون العقود الموحد السوري رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ أن المشرع السوري لم ينص على حالة ارتكاب المتعاقد لجريمة معينة (كجريمة الرشوة)، كسبب لفسخ العقد قانوناً، كما فعل المشرع المصري، إلا أن مجلس الدولة السوري قد نص عليها في رأي له: «إن جرم عرض الرشوة المحكوم مرتكبه بالحبس وبالغرامة يمنع من قبوله في مناقصات الدولة»^١.

بعد أن تعرّفنا على أسباب انتهاء العقد بحكم القانون سواء بسبب هلاك محله أو بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود أو عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره، نتقل إلى دراسة أسباب انتهاء العقد بحكم القضاء.

١ رأي مجلس الدولة رقم ٣٣٥ لعام ١٩٧٢، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ١١٣.

المبحث الثاني

انتهاء العقد الإداري بحكم القضاء

ينتهي العقد الإداري بحكم القضاء، عند حدوث قوة قاهرة (المطلب الأول)، أو عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه (المطلب الثاني)، أو عند تجاوز الإدارة لسلطاتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

انتهاء العقد الإداري نتيجة القوة القاهرة

تعدّ نظرية القوة القاهرة من النظريات الهامة من أجل إعادة التوازن المالي للعقد وتعويض المتعاقد، لذلك سنقوم بتعريف هذه النظرية وتمييزها عن غيرها، ثم بيان شروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها.

أولاً- تعريف نظرية القوة القاهرة:

رفض القضاء الإداري الفرنسي تطبيق نظرية القوة القاهرة في حال غياب نص صريح في شروط العقد، حتى عام ١٨٥٨^١، حيث ابتداءً من هذا العام أكّد مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق هذه النظرية دون حاجة إلى نص عقدي، وذلك من أجل تأمين مقتضيات المرفق العام، ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يجعل هذه النظرية مستقلة إلا في عام ١٩٠٩^٢، حيث تبني نظرية القوة القاهرة بشكل مستقل في مجال العقود الإدارية، وأكّد على ضرورة استمرار المرفق العام بتأمين الحاجات العامة وإشباعها دون توقف، وأي توقف لا يُبرر إلا ضمن حالة القوة القاهرة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتوقف عند هذا الحد، بل أنشأ في ١٩٣٢^٣، معنى آخر للقوة القاهرة (القوة القاهرة الإدارية) يختلف عمّا كان عليه الحال في الماضي حيث توسّع في مفهوم القوة القاهرة وقام باستبعاد شرط عدم إمكانية رد الحدث (الاستحالة) كشرط لتطبيق القوة القاهرة واعتبر أن حالة انقلاب التوازن العقدي بصفة نهائية دون أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً سبباً كافياً لتطبيق نظرية القوة القاهرة.

١ قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٨٥٨/٣/٨ - مجلة قرارات مجلس الدولة، مذكور لدى د. محمد الحسين و د. مهند

نوح، المرجع السابق / ص ٣٣١

٢ قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٠٩/١/ - مجلة قرارات مجلس الدولة، مذكور لدى د. محمد الحسين و د. مهند

نوح، المرجع السابق / ص ٣٣٢

٣ حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٣٠٠

وقد أخذ المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ بنظرية القوة القاهرة، حيث أشار في ٥٣/ منه إلى النتائج المترتبة على وجود القوة القاهرة، وقد نصت:

ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة القاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة.

ج- يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

وتُعرّف القوة القاهرة بأتمّها: عبارة عن حدث أجنبي (مستقل عن إرادة المتعاقدين)، مفاجئ غير متوقع، لا يمكن دفعه (الاستحالة) أو عندما يصبح العقد الإداري ميّناً لا حياة فيه شريطة التعويض للمتعاقد عن الأضرار التي لحق به من جراء هذا الحدث^١.

ثانياً- شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة:

من خلال تعريف القوة القاهرة يمكن استنباط شروط تطبيقها:

١- يجب أن يكون الحدث أجنبياً عن إرادة الأطراف:

يعني هذا الشرط أنه لا يجوز أن يكون هذا الحدث ناتجاً عن فعل مباشر أو غير مباشر من المتعاقد وأن لا يكون محرضاً للحدث أو مهملاً أو مقصراً في دفعه، لأنه يتوجب على المتعاقد أن يقوم بجميع الوسائل للتغلب على الحدث دون فائدة^٢.

ويشكل الإضراب مثلاً عملياً شاملاً لهذا الشرط، حيث أنه لكي يشكل الإضراب قوة القاهرة يجب على المتعاقد أن لا يكون قد حرّض عليه أو شجعه، بل يجب عليه أن يكون قد فعل كل ما بوسعه من أجل إيقافه، ويراقب القضاء الإداري المصري السوري فيما إذا كان المتعاقد قد استخدم جميع الوسائل الممكنة لدفع هذا الحدث، حيث ذهبت

١. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٣٣٣

٢ قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٤٢/ في القضية رقم ٣٥ لعام ١٩٦٥، مذكور لدى المحامي مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، ص ٢٩٤

محكمة القضاء الإداري السورية في حكمها الصادر عام ١٩٦٧ (إن المدعي لم يستخدم الوسائل الممكنة لمواجهة ظهور الجزيرة (حويجة) في النهر التي عرقلت تنفيذ العقد، فطلب المتعاقد مع الإدارة تخفيض بدل الالتزام فرفضت الاقتراح وسحبت الالتزام منه)^١.

٢- أن يكون الحدث غير متوقع لحظة إبرام العقد:

يشترط في الحدث الذي يشكل قوة قاهرة أن يكون غير متوقع وغير قابل للتوقع من قبل المتعاقد وقت إبرام العقد، أي لم يستطع المتعاقد مواجهته بشكل معقول في الفترة التي تعاقدها، لأنه ليس هناك حادث يمكن أن يكون غير متوقع بالمطلق، فلا يمكن اعتبار وقوع إضراب أو حرب أحداثاً غير قابلة للتوقع إذا كانت الظروف لحظة إبرام العقد تشير بإمكانية وقوع مثل هذه الأحداث، أي أن معيار عدم التوقع معيار موضوعي لا ذاتي لأنه يأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة للحظة إبرام العقد^٢.

٣- عدم إمكانية دفع الحدث واستحالة التنفيذ:

من أجل تطبيق نظرية القوة القاهرة يجب أن يشكل الحدث حالة لا يمكن تجنبها من قبل المتعاقد، ويجعل تنفيذ العقد ليس فقط أكثر صعوبة وإنما مستحيلاً^٣، وهذا يعني أنه وإن كان الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ جدية وخطيرة فإنها لا تشكل حالة القوة القاهرة إلا إذا جعلت من تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة استحالة جذرية، وإن شرط استحالة التنفيذ هي الركن الأساسي التي تُبنى عليها نظرية القوة القاهرة وتميزها عن غيرها من النظريات كنظرية الظروف الطارئة التي لا تجعل التنفيذ مستحيلاً بل أكثر كلفة وإرهاقاً على المتعاقد وقد أخذت محكمة القضاء الإداري السورية بهذا الشرط في حكمها الصادر في ١٤/٥/١٩٩٨ حيث جاء في حيثيات هذا الحكم^٤:

١ قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١٦/ في القضية رقم ٢٤ لعام ١٩٦٧، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٦٧ مذكور لدى مصباح نوري المهاني، المرجع السابق، ص ٢٩٥

٢ قرار مجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٨١، قرارات مجلس الدولة، مذكور لدى د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٣٤٣

٣ د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٣٣٥

٤ حكم محكمة القضاء الإداري السورية في الدعوى رقم ٣٩٢٠/ لعام ٢٠٠١، القرار ١٣٨٤/، غير منشور.

«في أن الجهة المدعية قد أقامت دعواها بمواجهة محافظة دمشق السيد رئيس منظمة طلائع البعث إضافة لوظيفته والسيد وزير المالية ومدير مالية دمشق إضافة لوظيفتهما كجهة متدخلة، وتلخص وقائع القضية في أن المتعهد قد أبرم عقد بينه وبين منظمة طلائع البعث لإنشاء مقصف شعبي في حديقة الطلائع في المزة مجهزاً بجميع تجهيزاته الصحية والخدمية لرعاية الطلائع وذويهم من رواد الحديقة، وبعد أن أعطت المنظمة المتعهد أمر المباشرة وبعد إنجاز حوالي (٨٠%) من العقد قامت محافظة دمشق بتوجيه آليات الهدم تؤازرها عناصر الشرطة وقامت بدمد المنشآت التي أقامها المدعي وأمام مثل منظمة طلائع البعث وذلك بسبب عدم حصول المنظمة على ترخيص من المحافظة بإقامة المنشأة (المقصف)، لذلك تقدم المدعي إلى القضاء الإداري طالباً فسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب أعمال الهدم والتعويض عليه عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت من جراء هدم المنشآت المشيدة من قبله تنفيذاً للعقد المبرم بينه وبين منظمة طلائع البعث وفسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب من الجهة المدعى عليها وإعادة التأمينات والكفالات المدفوعة والتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك، وقد خلصت المحكمة إلى اعتبار العقد موضوع الدعوى منقضيّاً لاستحالة تنفيذه بالهدم الجاري وأحقية المدعي في اقتضاء تعويض من الجهة المدعى عليها محافظة دمشق مقداره (٧.٦٠٠.٠٠٠) سبعة مليون وستمئة ألف ليرة سورية لقاء الضرر الفعلي اللاحق للجهة المدعية والمتمثل بتكاليف المنشآت المهذومة المشادة بموجب العقد موضوع الدعوى».

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها إلى اعتبار الظروف الراهنة التي تمرّ بها البلاد، قوة قاهرة تحول دون تنفيذ العقد، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم رقم ١٤٤١ لسنة ٢٠١٤ ما يلي^١:

«ومن حيث أن وقائع القضية تتحصل حسبما استبان من الأوراق أن الجهة المدعية

١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١٢٢١/، في القضية رقم ٣٥١٦/ لسنة ٢٠١٤، غير منشور.

كانت قد تعاقدت مع الجهة المدعى عليها بموجب عقد الأشغال رقم ٢٢٨/ لعام ٢٠١١ لبناء وإكمال مدرسة بنات كرناز وخلال مدة تنفيذ /٣٠٠ يوم/ واستلم المدعي أمر المباشرة بتاريخ ٢٠١٢/١/١١ على أن يباشر العمل اعتباراً من ٢٠١٢/١/١٨ إلا أن المتعهد لم يتمكن من استلام موقع العمل نتيجة الظروف الراهنة، وقد وجه المدعي كتاباً إلى الإدارة يتحفظ فيه على المدة فأجابت الإدارة بأن التحفظ مقبول من تاريخ أمر المباشرة وحتى يتم تسليمه موقع العمل، إلا أن المدة استطلت لأكثر من سنة كاملة دون أن تتمكن الإدارة من تسليم موقع العمل.

وقد كان المدعي قد دفع قيمة التأمينات النهائية ورسم الطابع، وحضر ورشات لمباشرة العمل، وفي ضوء ذلك وجه المدعي كتاباً إلى الإدارة يطلب فيه الموافقة على فسخ العقد بسبب مرور سنة كاملة على التوقف سناً لأحكام الفقرة (ب) من المادة /٦٠/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، إلا أن الجهة المدعى عليها لم تجب طلبه، مما كانت معه الدعوى المماثلة التي تلتبس فيها الجهة المدعية إلزام الجهة المدعى عليها باعتبار عقد الأشغال مفسوخاً بين الطرفين.

ومن حيث أن الجهة المدعى عليها دفعت هذه المطالب بموجب مذكرتها طالبة رفض الدعوى تأسيساً على أن الواقعة المطروحة إن صحت فمن شأنها أن تمنح المتعهد حق تبرير المدة عن التأخير وليس الحق بطلب فسخ العقد، فضلاً عن أنه لا يمكن تطبيق نص المادة /٦٠/ من قانون العقود الموحد كونها تتعلق بمضي سنة على وقف تنفيذ التعهد على أمر من الإدارة وهو الأمر الذي لم يحصل لأن الإدارة لم توجه للمدعي أمراً بوقف التنفيذ، فضلاً عن أن فسخ العقد لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا توافرت أسبابه الخاصة وليس من هذه الأسباب ارتفاع الأسعار.

ومن حيث أنه من الثابت من الأوراق المبرزة والمقدمة بين يدي هذه المحكمة أن المدعي قد تسلم أمر المباشرة إلا أنه لم يتمكن من استلام موقع العمل بسبب الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد وليس بسبب من الجهة العامة (المدعى عليها) وأضحى بذلك

ضحية لقوة القاهرة لا يد له فيها تحوّل دون إتمامه وتنفيذه لأعمال العقد، ولا ريب في أن هذه القوة القاهرة قد أصابت الطرف الآخر في العقد (وهو الجهة المدعى عليها)، مثلما أصابت الجهة المدعية إذ لا يُعزى للجهة المدعى عليها أي خطأ أو إهمال في عدم تمكين المدعي من استلام موقع العمل وتنفيذ أعمال التعهد، وعليه فإن مبدأ الحفاظ على التوازن المالي والاقتصادي للعقد يقضي أن يتحمل كل من طرفي العقد تبعة وآثار هذه القوة القاهرة واعتبار العقد مفسوخاً بين الطرفين).

يظهر من هذا الحكم أن محكمة القضاء الإداري اعتبرت ما تمرّ به البلاد قوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد وبالتالي انتهاءه نتيجة القوة القاهرة، كما أنه لا يحق للمدعي (المتعاقد) أن يطلب فسخ العقد بسبب مرور سنة كاملة على توقف العقد، ولكن يحق له ذلك عند مرور سنة كاملة على أمر الإدارة المتعلق بوقف التنفيذ استناداً إلى المادة /٦٠/ حيث نصت:

أ- يحق لأمر الصرف.. الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً.

ب- إذا جاوزت فترة وقف التنفيذ سنة كاملة كان من حق المتعهد فسخ التعهد إذا طلب ذلك.

وهذا ما ذهب إليه أيضاً مجلس الدولة المصري في فتواه الصادرة بتاريخ ١٢/١٢/١٩٨٨، بأنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عيناً كان مسؤولاً عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، مثل ذلك القوة القاهرة).

يتضح ممّا سبق أنه يجب توافر الشروط السابقة مجتمعة للقول بوجود قوة القاهرة، وعدم توافر أي شرط من هذه الشروط يؤدي إلى انتفاء وجود القوة القاهرة، وهذا ما ذهب إليه مجلسا الدولة السوري والمصري حيث أشارا إلى مجموعة من الحالات لا تتوافر فيها القوة القاهرة، وأمثلة ذلك:

ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا السوريّة إلى أن: (قيام العواصف البحرية العادية

في الموائى أمر متوقع، ولا يدخل في عداد الأسباب المعتبرة كظرف قاهر، خاصة إذا لم يثبت المتعهد قيام هذه العواصف أصلاً ولم يقدم أدلة على خروجها عن حدود المؤلف^١. وكذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧١ من أن: «المدة المحددة في العقد بأربعة أشهر للتسليم في مستودعات الإدارة إنما تشمل ضمناً المدة اللازمة لإتمام معاملات التخليص الجمركي، مما لا يمكن معه اعتبار هذا الإجراءات من قبيل الظروف المفاجئة أو القوة القاهرة غير المتوقعة لعدم توافر عناصر كل من هاتين النظريتين»، وكذلك حكمها الصادرة في عام ١٩٧٣ من أن (قرار منع استيراد قساطل الأتريت لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة بالنسبة لمتعهد تقدم بعرض لتوريدها بعد صدور هذا القرار)^٢.

وأيضاً ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٦٩ من أن (الإجراء الذي اتخذته مصلحة الآثار بمنع العمل في الموقع لمدة تسعة أشهر يستند إلى ما لهذه المصلحة من سلطة عامة في تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار، غير أنه مع ذلك لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي يعفي جهة الإدارة المتعاقدة من تنفيذ التزامها المشار إليه، ذلك لأنه من الأمور المسلمة أن يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع، فإذا أمكن توقع الحدث حتى لو استحال دفعه أو أمكن دفع الحدث ولو استحال توقعه لم يكن قوة القاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من التزامه)^٣.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٦ لعام ١٩٧١، مشار إلى هذا الحكم لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٤٥

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٤ لعام ١٩٧٦ مشار إلى هذا الحكم لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٤٥

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية عام ١٩٦٩، مجموعة المبادئ القانونية التي اقترحتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - المكتب الفني، ص ٢٠٠

ثالثاً. الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة:

إن وجود القوة القاهرة من شأنه أن يبرر عدم التنفيذ وبالتالي إعفاء المتعاقد من فرض أية جزاءات، ويكون للمتعاقد أيضاً الحق في المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد. ومن الجدير ذكره أنّ المشرع السوري اشترط على المتعهد لكي يستفيد من آثار القوة القاهرة أن يقدم طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة القاهرة أثناء تنفيذ التعهد خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير، وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه من جراء هذا التأخير^١.

١- الإعفاء من تنفيذ العقد:

طالما أنّ القوة القاهرة هي حدث خارجي مستقل عن إرادة الأطراف، يترتب عليها استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة لذلك ينتج عن هذا عدم مساءلة المتعاقد عند عدم تنفيذ التزاماته، إلاّ إذا ارتكب المتعاقد خطأً ما، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بتخفيض جزئي للجزاءات، كما هو الحال في الإضراب والذي يشكل قوة القاهرة إلاّ أن المتعاقد تحمل مسؤولية جزئية لأنه رفض مساعي المصلحة المبذولة لإنهاء الخلاف، ففي هذه الحالة رافق الحدث خطأ من المتعاقد.

وقد ذهب المشرع السوري في قانون العقود الموحد إلى النص^٢ :

(ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة القاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة، ج- يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته).

كما ذهب المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨

١ المادة ٥٣/ فقرة و / من قانون العقود الموحد السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

٢ المادة ٥٣/ -فقرة ب -ج / من قانون العقود الموحد السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤

إلى أن: (يعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته)^١.

٢- تعويض المتعاقد:

ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى أحقية المتعاقد الذي كان ضحية القوة القاهرة، بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الأحداث التي وضعت في حالة يستحيل معها تنفيذ العقد، أو قلبت التوازن المالي للعقد بشكل نهائي، حيث يتوجب على الإدارة تعويض الطرف الآخر الذي أعفي من التنفيذ سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص^٢.

وهذا التعويض قد يأخذ أشكالاً مختلفة، كبديل الاستثمار، إثر حصول الحريق، أو إعفائه من غرامات التأخير، وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها صدر عام ٢٠١٣/ إلى تعويض المتعاقد الذي أضحي أمام قوة القاهرة استناداً إلى أنه لا يجوز تحميل المتعاقد تبعة المخاطر، ومّا جاء في حشيات هذا الحكم^٣:

(ومن حيث أن وقائع القضية تتلخص حسبما استبان من الأوراق أنّه وبموجب العقد، تعاقدت الجهة المدعية (الجهة المتعاقدة)، والجهة المدعى عليها (الجهة العامة وهي وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي) لتوريد جرارات زراعية وملحقاتها وأجهزة أخرى، وقد قامت الجهة المدعية بتسديد رسم الطابع إلى صندوق الخزينة المركزية بوزارة المالية إلاّ أنه وبسبب الظروف الطارئة والقاهرة وقرارات الحظر الأوروبي على الاقتصاد السوري تمّ إعفاء الشركة (الجهة المدعية) من تنفيذ العقد موضوع الدعوى كونها أضحت أمام استحالة مطلقة لتنفيذ العقد وذلك بموجب قرار لجنة دراسة موضوع إعفاء الشركة، وقد حفظت هذه اللجنة حق الجهة المدعية بالمطالبة بقيمة رسم طابع العقد المسدد من قبلها عن طريق القضاء المختص، ولقناعة الجهة المدعية أن المادة ٧/ من المرسوم التشريعي رقم ٤٤/ لعام ٢٠٠٥ المتضمن رسم الطابع المالي قد أعطت الحق للمتعاقد مع الجهة العامة العودة

١ المادة ٢٣/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨.

2 A. De.Laubadere.Op.Cit.P.200

٣ حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١١٩٦/، في القضية رقم ٤٤٨٦/ لعام ٢٠١٣، غير منشور.

عليها برسم طابع العقد إذا كان عدم التنفيذ بسبب منها، وتوزيع المسؤولية بينها إذا كان عدم التنفيذ بسبب الطرفين، وقد سكت القانون عن بيان الأحكام التي تتعلق بعدم تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، مما كانت معه الدعوى المماثلة والتي تلتبس فيها الجهة المدعية إلزام الجهة المدعى عليها بإعادة رسم طابع العقد.

ومن حيث أن الجهة المدعى عليها دفعت هذه المطالبة وطلبت رفض الدعوى لعدم صحة الخصومة، وبحسبان أن الفقرة أ/ من المادة ٧/ من المرسوم التشريعي ذي الرقم ٤٤/ لعام ٢٠٠٥ قد نصت على أن رسم الطابع واجب الأداء وعلى الدوائر المالية تحصيله سواء كان العقد نُفذ أم لم يُنفذ، فضلاً عن أن شروط القوة القاهرة غير متوفرة في الدعوى الماثلة بحسبان أن العقد أبرم بتاريخ لاحق للأحداث الواقعة في البلاد.

ومن حيث أنه من الثابت من الأوراق أنه تم إعفاء الجهة المدعية من تنفيذ العقد موضوع الدعوى كونها قد أوضحت أمام استحالة مطلقة، ومن حيث أن المادة ٧/ من المرسوم التشريعي رقم ٤٤/ لعام ٢٠٠٥ قد أرست مبدأ قانونياً مفاده أن رسم طابع العقد هو واجب الأداء ومن المتعين على الدوائر المالية تحصيله سواء كان العقد نُفذ أم لم يُنفذ حتى ولو كان عدم التنفيذ يعود إلى كون العقد باطلاً أو مشوباً بعيب قانوني أو عدم الأثر من الناحية القانونية الأمر الذي يكون من المتعين معه تقرير أن استيفاء وزارة المالية لرسم الطابع في محله القانوني.

ومن حيث أنه وإن كان رسم طابع العقد من غير الممكن استرداده إلا أن ذلك لا يعفي الجهة المدعى عليها (وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي) من التعويض على الجهة المدعية والتي تقرر إعفائها من تنفيذه العقد موضوع القضية بحسبان أنها قد أوضحت أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامها بتنفيذ أعمال العقد لظروف القاهرة وخارجة تماماً عن إرادتها، كما قررت ذلك اللجنة المشكلة لهذا الغرض، وبحسبان أنه لم يصدر عن الجهة المدعية أي خطأ أو تقصير تنفيذ بنود العقد وقد أبدت حسن نيتها في التنفيذ، إلا أن ذلك قد تعذر نتيجة الظروف القاهرة التي أرخت بسدولها نتيجة الخطر الأوروبي، ولا يجوز

تحمل الجهة المدعية تبعة المخاطر نتيجة اشتراكها بالمناقصة المعلن عنها من قبل الجهة المدعى عليها وحتى ولو لم تكن استحالة التنفيذ راجعة إلى الإدارة المدعى عليها).

من خلال هذا الحكم يمكن القول إنّ قيام الإدارة بتعويض المتعاقد نتيجة القوة القاهرة يستند إلى مبادئ العدالة والإنصاف، فالمتعاقد هو معاون ومساعد للإدارة في تأمين احتياجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وقواعد العدالة تقتضي تعويضه، ولا يُعتقد أن هذا التعويض يستند إلى نظرية المخاطر (التي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي)، لأن هذه النظرية ترتب مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها الشرعية إذا نجم عنها أخطاء غير عادية وجسمية بالنسبة لفرد معين بذاته أو لعدد معين من الأفراد، أي أن الضرر ناتج عن تصرف مشروع من جانب الإدارة، وفي هذا الحكم ليس هناك تصرف من قبل الإدارة (وإلاً لطبقت نظرية فعل الأمير).
٣- فسخ العقد:

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فإن القوة القاهرة تشكّل سبباً أجنبياً يؤدي إلى انفساج العقد بحكم القانون من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى حكم، حيث نصت المادة /١٥٩/ من القانون المدني على أنّه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه»، كما نصت المادة /٢١٥/ من القانون المدني: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

وكذلك تنص المادة /٣٧٣/: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه).

من خلال هذه النصوص يتبين أن الالتزام ينقضي من تلقاء نفسه بسبب استحالة تنفيذه إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ومنها القوة القاهرة، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ولا محل هنا للإعذار، لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا

يزال ممكناً، كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون^١.

أما في نطاق العقود الإدارية، فإن القوة القاهرة لا تؤدي إلى فسخ العقد بشكل أوتوماتيكي وإنما تعطي الحق للمتعاقد بطلب فسخ العقد من قبل القاضي الإداري، وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي، كما أشار الفقيه الفرنسي A.de Laubadère إلى إلزامية لجوء المتعاقد، في حالة القوة القاهرة، إلى القضاء للحصول على حكم قضائي بفسخ العقد، كما يرى إمكانية أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد بقرار إداري منها^٢.

ومن الجدير ذكره أنه من الممكن عند حدوث القوة القاهرة أن يلجأ المتعاقد إلى الإدارة بدايةً لطلب الفسخ، فإذا استجابت لطلبه وقامت بفسخ العقد، نكون أمام فسخ إداري نتيجة القوة القاهرة، وقد يتفق المتعاقد مع الإدارة على الفسخ فنكون أمام فسخ بحكم الاتفاق.

يتضح مما سبق أن القوة القاهرة في العقود المدنية تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه لاستحالة التنفيذ (فسخ قانوني)، أما في العقود الإدارية فإن القوة القاهرة تؤدي إلى إعطاء المتعاقد حق طلب الفسخ من القضاء الإداري (فسخ قضائي) ويعود ذلك إلى ضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطرار وعدم توقفه، لذلك فإن قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ لم يعتبر القوة القاهرة من حالات الانفساخ أو الفسخ بحكم القانون المنصوص عليها في المادة /٥٩/ من القانون المذكور كما فعل القانون المدني.

ولابد من الإشارة إلى أن البت في حالة القوة القاهرة يكون من قبل اللجنة المنصوص عليها في قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ في المادة /٥٣- فقرة هـ/، وهذا ما

١ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية،

١٩٨١، ص ٧٢٥.

٢ د. محمد الحسين، ود. مهند نوح. المرجع السابق، ص ٣٣٩.

أكدت عليه اللجنة المختصة في القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في رأي حديث لها،
ومما جاء في هذا الرأي:

(ومن حيث أن مثار التساؤل في القضية موضوع الاستفتاء إنما يدور حول ما إذا
كان يحق للجهة العامة /المستفتية/ دراسة تبرير مدة التوقف في عقود الأشغال العامة إذا
كان سبب التوقف هو سوء الأحوال الجوية المتوقعة وغير المتوقعة المألوفة وغير المألوفة، أم
أن ذلك يعود للجنة المنصوص عنها بالمادة /٥٣/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/
لسنة ٢٠٠٤.

ومن حيث أن المادة /٥٣/ من قانون العقود قد نصت على ما يلي:

(أ- لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات
العامة الأخرى.

ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة القاهرة لا يد له
فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة.

ج- يكون البت في الحالة الواردة في البند /أ/ من حق الجهة العامة كما يحق لها البت
في الحالات التي تنطبق على البندين (ب، ج) من المادة /٥٣/ بناءً على طلب المتعهد
بعد موافقة لجنة تشكل لهذه الغاية بقرار من الوزير المختص على الشكل الآتي:

مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة

ممثل من وزارة المالية

ممثل من الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل

المتعهد أو من ينتدبه

ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية

ومن حيث إن المادة سابقة الذكر جاءت واضحة وضوح الشمس لناحية أن يكون

١ رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في القضية رقم (٢٥٠/ف)، الرأي رقم ٢١٤، لسنة
٢٠١٣، المجموعة الذهبية الحديثة للأراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة، المكتب الفني، ص ٤٣٨.

البت في طلب المتعهد لإعفائه من غرامة التأخير من حق الجهة العامة إذا كان سبب التأخير يعود للجهة العامة ذات العلاقة أو أيّاً من الجهات العامة الأخرى، أمّا إذا كان سبب التأخير لأسباب لا تعود للجهة العامة أو أيّاً من الجهات العامة الأخرى سواء كانت لسوء الأحوال الجوية أو غير ذلك، فإن البت بطلب المتعهد لإعفائه من غرامات التأخير يكون للجنة المنصوص عنها بالمادة /٥٣/ من قانون العقود، حيث يعود لهذه اللجنة تقدير ما إذا كان سوء الأحوال الجوية من أمطار وثلوج يعتبر بمثابة قوة قاهرة أم لا في ضوء واقع كل عقد على حدة.

فلهذه الأسباب أقرت اللجنة المختصة الرأي التالي:

أولاً: يكون من حق الجهة المستفتية البت بطلب المتعهد لإعفائه من غرامة التأخير إذا كان سبب التأخير الذي يتمسك به المتعهد يعود للجهة العامة المتعاقدة أو أيّاً من الجهات العامة الأخرى.

ثانياً: يكون البت بطلب المتعهد لإعفائه من غرامة التأخير بسبب القوة القاهرة ومنها سوء الأحوال الجوية من قبل اللجنة المنصوص عنها بالمادة /٥٣/، فقرة هـ/ من قانون العقود الموحد^١.

يظهر من خلال هذا الرأي، أن البت في تبرير مدة التأخير في حالة وجود القوة القاهرة يعود للجنة المنصوص عنها في المادة /٥٣/ من قانون العقود الموحد، ولكن نرى أن لهذه اللجنة محاسن وعيوب، فمن أهم محاسنها - مما لا شك فيه - هي السرعة والمرونة في البت في طلبات المتعهدين لتبرير مدة تأخيرهم نتيجة حدوث قوة قاهرة، وهذا من شأنه توفير الوقت والجهد عليهم من اللجوء إلى ساحات القضاء - حيث البطء في الإجراءات - ، هذا بالإضافة إلى أن تشكيل هذه اللجنة يعطي الاطمئنان والثقة للمتعهدين، ولكن من عيوب هذه اللجنة

١ رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في القضية رقم (٢٥٠/ف)، الرأي رقم ٢١٤، لسنة ٢٠١٣، المجموعة الذهبية الحديثة للأراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري، ص ٤١٧

هو ما نصت عليه المادة ذاتها /المادة ٥٣ . فقرة هـ / من أن قرار هذه اللجنة يكون قطعياً غير قابل لأي طريق من طرق المراجعة.

وهنا يمكن القول إنّ مثل هذا النص يخالف أحكام الدستور السوري النافذ الذي جعل كل قرارات الإدارة غير محصنة وخاضعة لرقابة القضاء (هذا إذا اعتبرنا أن هذه اللجنة لجنة إدارية وقراراتها إدارية، أما إذا اعتبرنا هذه اللجنة لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي كمجالس التأديب مثلاً فإن ما تصدره يعتبر أحكام قضائية يجب الطعن بها أمام المحكمة الإدارية العليا)، وبالتالي فإن هذا النص من شأنه إعطاء هذه اللجنة سلطات وصلاحيات مطلقة غير مبررة، تتجاوز فيها الصلاحيات القضائية وكأنها لجنة فوق القضاء أو آخر درجة من درجات التقاضي، وهذا من شأنه أن يحول هذه اللجنة وقراراتها إلى سلاح يسلط على رقاب المتعهدين - وحتى على الإدارة - الذين لا يمكنهم الطعن بهذه القرارات.

لذلك وبناءً على ما سبق وإيماناً بأهمية هذه اللجنة، فإنه يُستحسن اعتبارها لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي وبالتالي تكون قراراتها قابلة للطعن والمراجعة أمام المحكمة الإدارية العليا.

وبعد أن تعرّفنا على انتهاء العقد بحكم القضاء نتيجة القوة القاهرة، ننتقل لدراسة انتهاء العقد بحكم القضاء بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته.

المطلب الثاني

انتهاء العقد بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فإنه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد، وهذا ما نصت عليه المادة /١٥٧/ من القانون المدني السوري : «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى».

فإذا ما أخلّت الإدارة بالتزاماتها العقدية، جاز للمتعاقد أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم بالفسخ دون أن يكون له الحق في التحلل من العقد من تلقاء نفسه أو أن يوقف تنفيذه لكون ذلك يتعارض مع قواعد سير المرفق العام وضرورة استمرار سيره بانتظام واضطراب.

أمّا إذا أخلّ المتعاقد بالتزاماته العقدية، فإنه يحق للإدارة إمّا أن تصدر قرار بفسخ العقد وإنهاءه جزاءً لخطأ المتعاقد ونكون هنا أم فسخ إداري، أو أن تلجأ للقضاء للحصول على حكم بالفسخ (وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب)، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية (الفرع الأول)، إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية

إنّ العقد الإداري رغم تميزه ببعض الخصائص التي تميزه عن العقود المدنية والتجارية، هو عقد يلتزم طرفاه بما يتضمنه من شروط عقدية، والإدارة رغم تمتعها بالامتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها إلا أنها ملتزمة بتنفيذ العقد وإعطاء المتعاقد حقوقه المقررة بالعقد كاملة، وتخضع عقود الإدارة لما تخضع له كافة العقود من ضرورة أن يكون تنفيذها متفقاً مع ما يوجبه حسن النية.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، فإن المسؤولية المدنية تتنوع إلى مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية، ويجب أن يتوافر لهاتان المسؤوليتان ثلاثة عناصر من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وذات الأمر في القانون العام، فهناك نوعان لمسؤولية الإدارة، العقدية، وغير العقدية (التقصيرية).

ويتمثل الخطأ غير العقدي (التقصيري) للإدارة، بالإخلال بالتزام قانوني، ويظهر هذا الخطأ في القرار الإداري غير المشروع أي المعيب بإحدى عيوب عدم المشروعية (عيب الشكل والإجراءات، عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة)، أمّا الخطأ العقدي فيتمثل في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد سواء أكان هذا الإخلال ناشئاً عن عمد أو إهمال، أو فعل المدين دون عمد أو إهمال^١.

واستقر قضاء محكمة النقض سواء في مصر أو سورية على أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يعتبر في ذاته خطأً موجباً للمسؤولية التي لا يدرأها إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن.

وفي مجال القانون العام، فقد استقر مجلس الدولة فتوى وقضاء على أنه من الأمور

١ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة،

المسلمة في العقود كافة، سواء أكانت عقوداً إدارية أو مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، سواء أكان عدم التنفيذ ناشئاً عن عمدٍ أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال، فإذا استحال على المدين تنفيذ التزاماته عيناً كان مسؤولاً عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ الدائن نفسه^١.

يتضح ممّا سبق، أن الخطأ العقدي، يعد أساساً للمسؤولية العقدية للإدارة، كما هو الشأن في المسؤولية العقدية في مجال القانون المدني، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن منط الحكم بالتعويض هو توافر عناصر المسؤولية العقدية من خطأ يتمثل في الإخلال بالتزام عقدي، وضرر وعلاقة سببية بينهما^٢.

وإذا كان الخطأ يمثل ركناً في كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية ويشكل في الأولى إخلالاً بالتزام عقدي وفي الثانية إخلالاً بالتزام قانوني، أي أنه في الأولى ينشأ من علاقة نظمتها إرادة الطرفين، وبذلك فهو يختلف باختلاف ما يشمل عليه العقد من التزامات، وقد تكون التزامات ببذل عناية، أو تحقيق نتيجة، أمّا في الحالة الثانية فالالتزام الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام ببذل عناية، وهذا التزام عام فرضه القانون، ويقضي بعدم الإضرار بالغير.

وهنا يثار التساؤل هل كل خطأ من جانب الإدارة بالتزاماتها العقدية من شأنه أن يعطي الحق للمتعاقد اللجوء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ أم يشترط في الخطأ درجة من الجسامة؟

وأيضاً ما هي صور خطأ الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد؟

١ راجع عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٧٧

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٦٥ لعام ١٩٨٠ مذكور لدى أ. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، ط ٣، ١٩٨٥، الجزء الأول، ص ٥٢٨.

أولاً. درجة جسامة الخطأ:

إذا كان الخطأ العقدي يتمثل في مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، معيباً أو متأخراً، وبغض النظر عن الدوافع والبواعث والغايات والأسباب التي أحاطت بعدم التنفيذ ما دام أنه لا يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فكل ذلك لا أثر له على قيام الخطأ^١.

وبناءً على ذلك، فإن درجة الخطأ تكون عديمة الأثر في قيام المسؤولية العقدية، بحسبان أنها تتحقق بمجرد عدم وفاء المدين بالتزامه، ومن هنا لا فائدة تُرجى من التقسيم التقليدي للخطأ إلى جسيم ويسير وتافه، اللهم إلا في الحالات التي اعتد فيها المشرع صراحةً بدرجة الخطأ^٢.

إلا أنه في مجال القانون العام، وإن كان قد استعار أحكام الخطأ العقدي من القانون المدني، مقررراً ذات المفهوم الوارد في القانون المدني، إلا أنه ينفرد بالاعتداد بأهمية جسامة الخطأ، حيث يكون للخطأ الجسيم دوره في مجال المسؤولية العقدية، وهنا يُلاحظ وجود فوارق تبعاً لما إذا كان الخطأ منسوباً للمتعاقد مع الإدارة أو للإدارة نفسها، فالأصل، قيام مسؤولية الأول بمجرد إخلاله بالتزاماته العقدية، ومع ذلك، فإن مسؤوليته تثور للغش أو التدليس، على سبيل المثال، فإنه بعد قيام المفاوض بالتسليم النهائي للأعمال، فإن مسؤوليته العشرية تثور إذا كان قد ارتكب تدليساً في تنفيذ التزاماته^٣، ومن ثم يقترب التدليس غير المقترن بنية الإضرار من فكرة الخطأ الجسيم^٤، كما قرر المشرع المصري، فسخ العقد، إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد^٥، حيث يتم فسخ العقد كما يتم

١ أ. محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

٢ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص ٩٠١، وما بعدها.

3 CE.24Mai 1997, p. 310.

4 Philp Terneyre. La, Responsibilite Contract celle de personnes publiques en Droit, Adminstratif Econmie. Paris. 1989, p 127.

٥ المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمرايات المصري.

شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين.

أمّا بالنسبة للإدارة، فتثور مسؤوليتها العقدية لخطأ جسيم علماً بأن الخطأ الجسيم ليس بشرط لازم لانعقاد مسؤوليتها العقدية فهي تنعقد بمجرد إحلالها بتنفيذ التزاماتها العقدية، بيد أن الخطأ الجسيم يلعب دوراً في مجال هذه المسؤولية، ويتضح ذلك بما يلي :

ثانياً. الآثار المترتبة على جسامه الخطأ:

يترتب على الخطأ الجسيم للإدارة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية العقدية أو العشرية، كما قد يترتب عليه عدم تحمّل المتعاقد النتائج المرهقة للجزاء العقدي الموقع على نحو غير مشروع بواسطة الإدارة، حيث استقر مجلس الدولة المصري على أنه إذا كان هذا الجزاء مبرراً في ذاته، فإن المتعاقد يتحمل نتائج ذلك الجزاء ما لم يثبت أن الإدارة قد ارتكبت خطأً جسيماً، وعلى سبيل المثال قيام الإدارة بالشراء على حساب المتعاقد فإنه لا يتحمل فروق الأسعار الباهظة الناجمة عن ذلك الشراء، إذا أثبت الخطأ الجسيم من الإدارة في هذا الشراء.

كما يترتب على الخطأ الجسيم توقيع جزاء الفسخ لخطأ الإدارة، ذلك أن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية لا يترتب عليه مجازاتها بإعمال مسؤولياتها العقدية فحسب، وإنما توجد جزاءات أخرى يجوز للقاضي توقيعها على الإدارة، ومنها الفسخ لخطأ الإدارة، ولكن توقيع هذا الجزاء مشروط بطلب المتعاقد وإثبات الخطأ الجسيم الصادر عن الإدارة المتعاقدة^١.

يتضح ممّا سبق إن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية يشير مسؤوليتها العقدية ولكن لا يكفي في حد ذاته ليكون خطورة كافية لفسخ العقد لخطأ الإدارة، فمثلاً التأخير من الإدارة في إعطاء المتعاقد المواد والأجهزة الضرورية وإن كان يشير المسؤولية العقدية إلا أنه لا يعدّ خطأً جسيماً يبرر طلب الفسخ من قبل المتعاقد مع الإدارة، وكذلك إذا كان النزاع يدور حول الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الإدارة

١ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص ٣٢٠

والمتعاقدين معها، لا يبرر فسخ العقد لخطأ الإدارة، وكذلك قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقدين المقصر، دون إنذاره، فإن هذه المخالفة بمراعاة عدم وجود أي خطأ آخر من الإدارة لا تبرر الفسخ لخطأ الإدارة^١.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن الفسخ لخطأ الإدارة يكون عند إخلالها بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، فذهبت إلى أنه: (متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقدين والبدء في التنفيذ بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعي له، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ، فمن ثم فإنه لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله هو ما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، وأنها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول، مما يقوم سبباً مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك)^٢.

ولابد من الإشارة هنا إلى عدم جواز قيام المتعاقدين مع الإدارة بفسخ العقد المبرم معها من تلقاء نفسه إذا توافرت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم فيه بذلك، فلا يستطيع المتعاقدين أن يوقع الجزاء على الإدارة بنفسه.

ومن جهة أخرى فإن القاضي الإداري يلعب دوراً متميزاً، في تقدير مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية، حيث تكون هذه الالتزامات محددة سلفاً، ومن ثم يقوم القاضي بتقدير الخطأ العقدي، وذلك بالرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين بإعمال طرق التفسير، وذلك إذا لم تكن شروط العقد واضحة، أو عند سكوت العقد، وعلى ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: «من الأصول المقررة في تفسير العقود - مدنية كانت أم

1 C.E 5 Janvier 1973, p 18.

٢ المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ٢٠٠٠/٦/٣، الطعن رقم ٨٦٢ غير منشور.

إدارية — أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء بطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات، ولكن في حال عدم جدوى طرق التفسير، فإن القاضي يقوم باستعارة الطرق المقررة لتقدير الخطأ في المسؤولية غير العقدية، وإعمالها في مجال المسؤولية العقدية، وهنا لابد من التمييز بين خطأ المتعاقد وخطأ الإدارة، فيقدر في الحالة الأولى بصفة مجردة وبمراعاة مدى مساهمة وارتباط العقد بالمرفق، وبصفة عامة، فإن معيار تقدير خطأ المتعاقد مع الإدارة أكثر تشدداً من الخطأ في القانون الخاص، إذ يقتضي منه التوضيح والإيثار تحقيقاً للصالح العام الذي تستهدفه الإدارة من وراء العقد^١، وكما ذهب الفقيه (Jeze)، فإنه يجب أن يكون تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة وفقاً للقواعد الحرفية المتشددة، أكثر من تلك التي تطبق لو كان متعاقداً بواسطة عقد من العقود المدنية^٢.

أما مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية، فإن القاضي يقدرها ذاتياً، أي أن القاضي يقدر مسلك الإدارة في كل حالة على حدة، آخذاً في الاعتبار الظروف المحيطة بالمرفق، من حيث الزمان والمكان، فإذا كان العقد مبرماً لمواجهة حرب مثلاً أو لمعالجة آثار الزلازل، فإن هذه الظروف يكون لها بدون شك بالغ الأثر على قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية، ومن ثم فإن الواقعة الواحدة قد تشكل خطأ من جانب الإدارة، وقد لا تشكل هذا الخطأ وذلك وفقاً لشروط التنفيذ^٣.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ مقدراً أن الإدارة قد قامت بالتزاماتها في الحدود الممكنة بمراعاة ظروف الحرب.

١ د. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في العقود والأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٣٢٥.

2 G.Jeze, Les principes généraux du droit administratif – théorie generate des coutrats de administraion paris. T. 4. p. 93.

٣ د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

ومن ناحية أخرى وفيما يتعلق بالإجراءات غير السليمة لمراقبة تنفيذ العقد، فإن القاضي يراقب أحياناً الشروط الفنية لتنفيذ عقود الإشغال العامة، فقد يقرر أنه في ظل الاستحالة لا يكون هناك التزام^١، كما ذهبت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن الجهة المتعاقدة لم تقم بفسخ العقد بإرادتها، وإنما تم ذلك لسبب خارج عن إرادتها، وهو استحالة تنفيذ المشروع بسبب مدهامة القوات المسلحة لموقع العمل وعدم وجود موقع بديل، يمكن تنفيذ المشروع عليه، وفي مثل هذه الحالة لا تلتزم الجهة الإدارية بتعويض^٢.

ثالثاً- صور خطأ الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد:

إن العقد الإداري - شأنه شأن العقد المدني - يتمتع بقوة ملزمة في مواجهة الإدارة إذ يتولد عنه التزامات على عاتق الإدارة يتعين عليها تنفيذها وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود بصفة عامة، إذ يجب عليها أن تضرب المثل في حرصها على تنفيذ عقودها، وذلك باحترامها للالتزامات العقدية، باعتبارها القوامة على سير المرفق العام، ومن ثم لا ينبغي أن يأتي الإخلال من جانبها، وبناءً عليه فإن عدم التنفيذ من جانبها أو التنفيذ غير المطابق لبنود العقد يعدّ خطأً يثير مسؤوليتها أمام المتعاقد.

ومن الجدير ذكره أنّه لا يتصور الخطأ العقدي في جانب الإدارة قبل نشوء الرابطة العقدية بينها وبين المضرور وأن تكون هذه الرابطة صحيحة، أمّا قبل ذلك وفي مرحلة تكوين العقد والمفاوضات، أي في الفترة السابقة على إبرام، فلا مجال للحديث عن خطأ عقدي، إنّما نكون أمام خطأ تقصيري يثير المسؤولية التقصيرية، كما يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن إخلال الإدارة بالالتزامات العقدية، أمّا إذا كان الضرر ناشئاً عن ظروف طرأت

١ د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٧، ص ٢٢٥

٢ د. حمدي الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٢٤٦.

انظر في ذلك أيضاً:

A. delaubadre. E. Moderne, et. Delvolvé Traité des Contrat administratifs, paris, 1984. T 2. N763.

أثناء تنفيذ العقد فلا نكون أمام خطأ عقدي^١.

ولما كانت التزامات الإدارة متنوعة، وتختلف حسب طبيعة العقد، إلا أن هناك التزامات يمكن أن تعدّ رئيسية، ومن ثم فإن رصدها من شأنه إتاحة الفرصة للوقوف على صور الخطأ في مرحلة تنفيذ العقد، علماً أنه لا يمكن حصر كل صور الخطأ وإنما يمكن ذكرها على سبيل المثال باعتبارها الأكثر شيوعاً في الواقع العملي، فالإدارة قد تخل بالتزاماتها العقدية الفنية منها والمالية، لذلك فإننا سنتناول صور خطأ الإدارة من خلال ما يلي:

١- إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية:

إن مخالفة الإدارة لالتزاماتها الفنية يمكن أن تظهر من خلال ثلاثة فروع، فإما أن الإدارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها كاملة، (ويتعلق الأمر هنا بمخالفة كمية) وإما أن الإدارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها على نحو سليم، (وهنا يتعلق الأمر بمخالفة نوعية)، وأخيراً قد تتأخر الإدارة في تنفيذ تلك الالتزامات.

أ- عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها بشكل كامل:

إن أول التزام يقع على عاتق الإدارة يكمن في تنفيذ العقد، ومن ثم لا يسوغ للإدارة أن تفسخ العقد (دون وجود سبب) أو أن تتراجع عن تنفيذه أو أن تخرج عليه من جانب واحد، بمراعاة حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وذلك إذا توافرت مقتضيات هذا الإنهاء^٢.

لذلك فإن الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد كله، حيث يتوجب عليها تمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته كاملة، وتبعاً لذلك لا يجوز للإدارة بغير تقصير أو خطأ من المتعاقد أن تسحب جزءاً من العمل لتعهد به إلى آخر أو أن تنفذ العمل بنفسها أو أن تقرر وقف

١ د. حمدي الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧-٢٤٨.

٢ د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩١، ص ١٩٧.

تنفيذ العقد دون مبرر يتعلق بالصالح العام^١.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: «وبما أن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهة الإدارية الطاعنة وبين المتعاقد معها للقيام بتنفيذ الأعمال التكميلية للمبنى الإداري وهو بهذه المثابة عقد من عقود الأشغال العامة ومن طبيعة هذه العقود أن تولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل والمضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً في جانبها يخول المتعاقد معها الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها أو من جراء تأخيرها في القيام به»^٢.

يتضح من هذا الحكم أن خطأ الإدارة هنا ليس من شأنه إعطاء المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد لعدم جسامته خطأ الإدارة.

كما أنّ الإدارة لا تلتزم بتنفيذ الالتزامات الرئيسية الناشئة عن العقد فحسب، وإنما تلتزم كذلك بالالتزامات المشتل عليها في العقد كافة، طبقاً لما تقضي به المادة /١٤٨/ من القانون المدني (السوري المصري) من أنه ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وهذا مبدأ مسلم به في مجالات (روابط القانون العام، كما هو الشأن في روابط القانون الخاص)^٣.

بد عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها الفنية على نحو سليم:

إذا كانت الإدارة ملتزمة بتنفيذ التزاماتها العقدية كاملة، فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل يتعين عليها أن تنفذ هذه الالتزامات بطريقة صحيحة تتفق مع ما يوجبه حسن

١ د. سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص ٥١٥.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ٢٠٠٠ في الطعن رقم ٧٣٦، مذكور لدى د. حمدي الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٢ - ٢٩٣.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية تاريخ ١٩٨٩ في الطعن رقم ٩٥٤، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٣٢٢.

النية^١.

وقد ذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٩١ إلى إنه :
« من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإن حاد أحدهما على هذا السبيل كان مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه العقدي، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام»^٢.

فإذا كانت الإدارة قد أعطت وعداً للمتعاقد معها عند إبرام العقد، وتعاقد الأخير على هذا الأساس، فإن ذلك الوعد يغدو من الالتزامات العقدية، ويتعين على الإدارة الوفاء به^٣، والإخلال به يثير مسؤولية الإدارة العقدية، ومن جهة أخرى قد تخطئ الإدارة في إعداد العقد، بوجود أخطاء فنية في الرسومات المقدمة منها أو في تقدير حجم الأعمال المتعاقد عليها، والأكثر خطورة هو مخالفة الإدارة في فهم المشروع ذاته^٤، كما قد يتمثل خطأ الإدارة أيضاً في تنفيذ العقد في مكان آخر غير المكان المتفق عليه، وقد يلحق بالمتعاقد ضرر ينشئ له الحق في التعويض.

وعندما يشرع المتعاقد في التنفيذ، فإنه يكون هناك ثمة التزام على عاتق الإدارة، يتمثل في قيامها بتقديم المواد الضرورية اللازمة لقيام المتعاقد بتنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يتعين أن تكون هذه المواد مطابقة لمواصفات العقد، وأن تكون ملائمة لتنفيذ الأداء المطالب به^٥.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥١٤، محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٩٨.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة عام ١٩٩٩ في الطعن رقم ٢٣١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة ص ١٠٥.

٣ مجدي عز الدين يوسف «مدى مسؤولية الإدارة عن وعودها»، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٢، العدد الثاني ديسمبر ١٩٩٠ - ص ١٩١.

4 C.E.23 Jarvier. 1985. Rec. p 773.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. حمدي الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٣٠١.

٥ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٩٩٦ الطعن رقم ٣٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ٥٠ عاماً، ص ٩٨.

كما يدخل في هذا الالتزام قيام الإدارة بمنح المتعاقد معها التصاريح أو التراخيص اللازمة لتنفيذ العقد، ومن ثم فإن امتناعها عن ذلك يشكل في جانبها خطأ عقدياً تسأل عنه إذا ترتب عليه ضرر، وهذا ما أكدته مجلس الدولة السوري من أنه (لا يجوز فرض غرامة التأخير على المتعهد إذا كان التأخير في التسليم بسبب من الإدارة) ^١.

وأخيراً يندرج ضمن صور خطأ الإدارة، رفضها التعسفي في استلامها العمل، ذلك أنه إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملتزماً بتسليم العمل، والأصناف محل التعاقد فيقابل ذلك التزام الإدارة بالاستلام.

جـ. تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية:

تمثل المدة في تنفيذ العقد الإداري، شرطاً أساسياً وجوهرياً، وذلك سواء بالنسبة للإدارة أو المتعاقد، بحسبان أن العقد الإداري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسير المرفق العام، بل إن الهدف من إبرامه هو الحفاظ على سير المرفق بانتظام واطراد، ومن ثم فإن أي خلل في تنفيذ العقد الإداري، ينعكس بدوره بلا ريب على المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله، وتبعاً لذلك فإنه وإن كان يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام المدة الواردة في العقد، وإلا تعرض لجزاءات توقعها الإدارة مباشرة عليه، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، فإن الحال كذلك تنطبق على الإدارة من ناحية التزامها باحترام المدة المحددة للتنفيذ ^٢.

وعادة ما يتضمن العقد النص على مدة لتنفيذه، سواء في مجموعه أو لتنفيذ التزام معين، مثل التزام الإدارة بتسليم المتعاقد معها أمر بدء التشغيل، أو تسليم تصاريح مواد البناء، أو تسليم الموقع أو الأعمال محل التعاقد، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن تراخي الجهة الإدارية في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضماناً لحسن سير المرافق بانتظام واطراد، فإن هذا التراخي يعد خطأ

١ رأي مجلس الدولة، رقم ٣٠٤، لسنة ١٩٦٧، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ٣٤٣

٢ د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٣٨٧.

تتحمل الجهة الإدارية تبعته.^١

٢. إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية:

يمثل التزام الإدارة بأداء المقابل المالي، أهم حق من حقوق المتعاقد معها، بحسبانه يمثل الدافع الرئيسي على تعاقد مع الإدارة، ونشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته.^٢

ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على الإدارة، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد، وهي الحق في اقتضاء السعر المحدد في العقد أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية، وتتمثل مخالفة الإدارة لالتزاماتها المالية في تعديل السعر المتفق عليه في العقد بإرادتها المنفردة، وتأخرها في الوفاء بالتزاماتها المالية، وعدم احترامها شرط زيادة الأسعار، وترتيباً على ذلك لا يسوغ للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه، بحسبان أن التعديل يتعين ألا يمس المزايا المالية للمتعاقد، وأن التعديل يقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق وليس منها الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد.^٣

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ بقولها: (أن من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد الإداري، ولهذا فإن

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الجلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ في الطعن رقم ٤١٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي

أفرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٢٠٠

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

٣ د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢١٣.

الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بالاستقرار)^١.
في فرنسا قُضي بأنه: (عند عدم وجود نص قانوني أو لائحي يجيز تعديل الثمن المتفق عليه، فإن الثمن الوارد في العقد هو الذي يجب تطبيقه)^٢.
ولكن وإن كان الأصل أن السعر المتفق عليه يقيد طرفيه، إلا أنه ليس ثمة ما يحول قانوناً من الاتفاق على تعديله، إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد بشكل صريح وقاطع مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل وفي هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزماً لطرفيه وواجب الوفاء به^٣.
من خلال ما سبق يمكن القول أنه ليس كل إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها العقدية (الفنية والمالية) من شأنه أن يعطي المتعاقد الحق في طلب الفسخ وإن كان يشير مسؤولية الإدارة العقدية، وإنما يشترط في هذا الإخلال أن يكون على درجة من الجسامة.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر ١٩٩٣ في الطعن رقم ٢٥١٩، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٣٩٥.

2 Laubadère, Moderne et Delvolvé Traité des contrats Administratifs, op.cit. Tom, 2, Paris; 1984. P465.

٣ فتوى الجمعية العمومية لقيمي الفتوى والتشريع ١٩٨٧/١٠/٢٨، مبادئ الجمعية العمومية المصرية ص ٥١٨.

الفرع الثاني إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية

إنَّ كل مخالفة من المتعاقد لالتزاماته العقدية مع الإدارة تعد خطأ عقدياً، إلاَّ أنَّه يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة، لكي يكون مبرراً تعتمد عليه الإدارة للجوء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ، فالخطأ الجسيم والخطأ البسيط هو عبارة عن إحلال المتعاقد بالتزامه العقدي، أي منصوص عليه في العقد أو القانون، ولكن الخطأ الجسيم يكون على درجة خاصة من الجسامة، ومن ثم فإن جانباً من الفقه يرى بأن الأفعال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة والتي تبرر جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت سيطرة الإدارة المباشرة تكون قابلة لتبرير جزاء الفسخ، ومن أمثلة الخطأ الجسيم:

في فرنسا:

من خلال الإطلاع على تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي يتضح أن الأخطاء المبررة للفسخ الجزائي هي: ترك المفاوض موقع العمل، وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد، فهو ملتزم بالاستمرار في تنفيذ الأعمال، ولا يجوز إيقاف تنفيذ الأشغال محل العقد ولو تقدم بطلب لفسخ عقده، وتنازل المفاوض عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون إذن سابق من الإدارة صاحبة العمل، وعدم تكملة المفاوض لمبلغ التأمين المالي خلال الموعد المقرر، وأفعال الغش والاحتيال الصادرة من المفاوض في تنفيذ التزاماته العقدية^١.

في مصر:

ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى اعتبار تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده لغيره، أو قيامه بالتعاقد بشأن العمل محل التعاقد مع الغير من الباطن ودون الحصول على موافقة الإدارة على ذلك خطأ جسيماً يبرر للإدارة توقيع جزاء فسخ العقد أو إنجائه بإرادتها

١ السلال سعيد جمعة الهويدي، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٤، ص ١٤٢.

المنفردة^١.

كما ذهبت المادة ٢١/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ إلى أنه: «إذا لم يقيم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين في المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية، بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولويتها».

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري في سورية، فنجد أن المحكمة الإدارية العليا قد ذكرت بعض الحالات التي تعتبر خطأً جسيماً يبرر للإدارة الفسخ الجزائي للعقد، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية: (... ج - من المقبول عموماً أن تعتبر من الخطأ الجسيم حالات معينة بحد ذاتها كإهمال المتعاقد للأعمال أو عدم احترام المدة المحددة للأعمال أو التوريدات أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة إليه دون مبرر مقبول)^٢.

يتضح مما سبق ذكره أن الإدارة تملك السلطة في توقيع الفسخ الجزائي للعقود الإدارية بنفسها، ودون الحاجة للجوء للقاضي العقد ليقضي بهذا الجزاء بدلاً عنها، وهذا ما يُعرف بامتياز التنفيذ المباشر، وفي هذا الصدد يرى الفقيه laubadère أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من جانب الإدارة، وأن الإدارة - بعكس الوضع في القانون الخاص - ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تبشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر، كما أن الإدارة في فرنسا ليست مقيدة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد فهي تستطيع توقيع جزاءات إذا رأت أنها أكثر تناسباً مع

١ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧/١/١٩٥٧، الدعوى رقم ١٩٨، ص ١٧٤، مذكور لدى د. سمير

إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٢١٥

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣ في القضية رقم ١٢ لعام ١٩٦٥ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٩٧.

المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد^١، ويطبق ذلك في جميع العقود الإدارية، باستثناء عقود الالتزام، حيث أن إسقاط الالتزام يتطلب قراراً قضائياً من قاضي العقد، إلا إذا ورد نص صريح في العقد، أو دفاتر الشروط، أو القانون يسمح للإدارة بأن تقرر بنفسها إسقاط الالتزام^٢، ويرى الفقيه Fougerolle أن الإدارة من حقها فسخ العقد بنفسها بعد أن تقدم دعوى الفسخ، وحتى إذا وُجد حكم قضائي يرفضها، فإن هذا الحكم ليس من أثره إبطال هذا الحق للإدارة^٣.

ويترب على ذلك كله عدم قدرة القضاء على إصدار أحكام بالإلغاء الجزائي من تلقاء نفسه انطلاقاً من قاعدة حظر التدخل في إدارة المرافق العامة المفروضة قانوناً عليه^٤. ولكن الإدارة يمكن أن تلجأ إلى القضاء ليقرر الفسخ بدلاً عنها، وهنا يثار التساؤل فيما إذا كان يحق للإدارة التنازل عن سلطتها في فسخ العقد للقضاء؟

في فرنسا، تمسك مجلس الدولة الفرنسي بالمبدأ الذي مضمونه : أن الإدارة لا تستطيع أن تتنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاء الممنوحة لها بمقتضى العقد باللجوء إلى القاضي بطلب توقيعه بدلاً منها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدّل عن ذلك في حكم لاحق له في قضية (Compagnie du chemin de Fer metropolitain) بتاريخ ١٩٢٤/١٢/٢٦ حيث نص هذا الحكم على أنه (إذا كان من حق السلطة مانحة الالتزام أن توقع الغرامة بنفسها طبقاً لشروط الاتفاق، فإنه لا ينتج من ذلك أن تحرم هذه السلطة من رخصة الالتجاء إلى قاضي العقد لتحصل منه على إدانة مالية ضد ملتزمها تنفيذاً للشرط الجزائي المنصوص عليه في هذا الاتفاق)^٥.

1 A. delaubadere, Traite théorique et partique des cantrats administratifs.Tom II;L.G.D.J.1995.P300

٢ د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٤٧.

٣ مشار إلى هذا الرأي لدى د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٢٧٤.

4 C.E. 29 Jain 1966, sté pour le traitement industriel dubois. Roc, p. 423.

٥ حكم مذكور لدى د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٧٢.

وهذا ما أيده الفقيه Jeze حيث رأى أن اللجوء إلى القاضي لا يمس اختصاص أية سلطة رقابة، فضلاً عن أن هذا الطريق يدعم ضمانات المتعاقد بدون أن يتعرض المرفق العام للخطر.

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر له بتاريخ ١٧/٣/١٩٣٤ في قضية (Gouvernement general de Algerie) ليقرر بأن دفتر الشروط الذي يسمح للإدارة بأن تفسخ العقد بذاتها في الأحوال وطبقاً للإجراءات المبينة فيه لا يجب أن يكون عقبة أمام الإدارة في أن تطلب من القاضي الحكم بالفسخ لعدم تنفيذ المفاوض لالتزاماته وفي حكم آخر في قضية (Villé de Nice) تاريخ ١٩٥٦، أكد مجلس الدولة على حق الإدارة في أن تطلب من القاضي بأن يجعل فسخ العقد الذي سبق أن قرره بذاتها نافذاً لكافة آثاره^١.

وفي مصر يرى الدكتور سليمان الطماوي (أن الإدارة إذا كان لها أن توقع الجزاء 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)^٢.

كما ذهب الدكتور عبد المجيد فياض إلى أن للإدارة الحق في أن تتنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة، سواء استمدت سلطتها هذه من العقد أو من القواعد العامة، وأن تسلك طريق القضاء، وهو طريق الأصل، إلا أنه يرى أن تنازل الإدارة عن استعمال امتيازاتها في التنفيذ المباشر لا يبدو مقبولاً في إطار الجزاءات التي تعتبر بطبيعتها إجراءات سريعة تتطلبها الضرورة لمواجهة حالة مستعجلة تهدد انتظام سير المرفق، والتي بصورتها هذه لا يمكن أن تحقق فاعليتها، مع البطء الذي يتميز به طريق القضاء.

كما يرى الدكتور فياض أن مجلس الدولة المصري قد تعرض مباشرة لمسألة تنازل

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٧٣.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٠٢.

الإدارة عن سلطتها في تطبيق جزاء التعويض بإرادتها المنفردة الممنوحة لها بموجب نص صريح في العقد، فقد أقر لها بحق اللجوء إلى القضاء لطلبه، مع تمسكها في ذات الوقت بإجراءاتها المباشرة، ويبدو ذلك في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٦٢، حيث كان وجه المنازعة أن الإدارة قد 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^١.

ويرى المستشار حمدي عكاشة أن القضاء الإداري المصري يعترف للإدارة بحقها في النزول عن توقيع الجزاء نفسها، وبحق اللجوء إلى القضاء لتوقيعه بدلاً منها، ففي المنازعات كافة التي عرضت على مجلس الدولة في شأن طلب الإدارة إنزال الجزاء المناسب على المتعاقدين معها، قام المجلس بالفصل في هذه المنازعات بتطبيق الجزاء العقدي المقرر أو المتفق مع القواعد العامة^٢.

أما في سورية فبالرغم من عدم وجود الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة التي تبين حق الإدارة في التنازل عن سلطتها في الفسخ الجزائي للقضاء، إلا أنه يمكن القول أنه لا ضير في أن تلجأ الإدارة إلى قاضي العقد ليحكم بالفسخ الجزائي بدلاً عنها لعدم تنفيذ المتعاقد معها التزاماته العقدية حتى وإن كان للإدارة الحق بالفسخ من تلقاء نفسها.

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن التسليم بحق الإدارة باللجوء إلى القضاء ليقرر جزاء الفسخ بدلاً عنها، ولكن التساؤل يثار عن جدوى لجوئها للقضاء، فإذا كان لجوئها للقضاء من أجل أن تتفادى المسؤولية وضمان عدم عودة المتعاقد عليها بالتعويض وعدم منازعتها، فإن لجوئها للقضاء بحد ذاته يشكّل منازعة مع المتعاقد، كما أنه إذا كان للمتعاقد الحق في تقاضي التعويض فإنه سيحصل عليه ولن يمنعه

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٧٩.

٢ المستشار حمدي عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٤٤.

من ذلك لجوء الإدارة إلى القضاء، لذلك يُستحسن (انسجماً مع غاية الإدارة بالرجوع للقضاء) أن يكون قرار الإدارة بفسخ كل عقد إداري مقترن بضرورة أخذ رأي أو موافقة مجلس الدولة بشكل سابق على قرار الفسخ (وذلك من خلال تشكيل غرفة مستعجلة في مجلس الدولة) لخطورة هذا الجراء ومن أجل أن تضمن عدم انحرافها في استعمال سلطتها فضلاً عما يتوافر في مجلس الدولة من حياد وخبرة تضمن سلامة القرار من نواحي الموضوعية والملاءمة، ويضمن حقوق المتعاقدين بشكل أكبر.

المطلب الثالث

انتهاء العقد بسبب تجاوز الإدارة لسلطاتها

لما كانت العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، لذلك تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد بسلطات وامتيازات لا نظير لها في مجال العقود المدنية، فالإدارة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وتعديل الالتزامات الناشئة عنه دون أن يحتاج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أو القوة الملزمة للعقد كما لها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة إنهاء العقد.

وتستمد الإدارة تلك السلطات من طبيعة المرفق العام واتصال العقد الإداري به ووجوب الحرص على انتظام سيره، لذلك فإن الإدارة تمارس تلك السلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ودون الحاجة للجوء للقضاء، ولكن الإدارة عندما تلجأ إلى استعمال أيًا من هذه السلطات والامتيازات فإنه يتوجب عليها عدم تعسفها في استخدامها أو استخدامها بوجه غير مشروع مصحوب بسوء النية، وقصد الأضرار بالمتعاقد معها، فقد تهمل الإدارة في الإشراف والرقابة على قيام الملتزم أو المقاول بتنفيذ العقد على نحو يتفق مع ما هو منصوص عليه بالعقد مما يؤدي إلى حدوث خلل في التنفيذ، كما قد تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في تعديل العقد فتغير في موضوعه على نحو يضر بالمتعاقد ضرراً كبيراً مما يعطيه الحق بالجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ، كما قد تشدد في توقيع الجزاءات على المتعاقد على نحو لا يتناسب مع الإخلال الصادر من المتعاقد، وفي كل ذلك تنعقد مسؤولية الإدارة العقدية.

وانطلاقاً مما تقدم يمكن معالجة صور تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها والتي تؤدي إلى انعقاد مسؤوليتها من خلال ما يلي:

أولاً. تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في الإشراف والرقابة والتوجيه:

من المستقر فقهاً وقضاً أن الإدارة تتمتع بحق الإشراف والرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ

العقد، فتراقب تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، وتصدر له توجيهاتها، بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به بطريقة معينة، تحقيقاً للصالح العام، ولها في سبيل ذلك أن تختار طريقة التنفيذ، وأن تعدلها بما يجعلها أكثر ضماناً لسير المرفق العام، دون الاقتصار في ذلك على الطرق المنصوص عليها في العقد^١.

ويجد هذا الحق مصدره في العقد، وغالباً ما نقابله في دفاتر الشروط، ولكن لا يعني ذلك أن الإدارة لا تستطيع ممارسته إلا إذا كان منصوصاً عليه بل تتمتع بهذه السلطة دون النص عليها.

ويختلف نطاق هذا الحق باختلاف العقود الإدارية، فبينما يكون واسعاً، عندما يتصل موضوع العقد اتصالاً وثيقاً ومباشراً بالمرفق العام، بحيث يكون تعاون الفرد في نشاط الإدارة واضحاً، مثل عقود الأشغال العامة، إذا تعد الإدارة صاحبة المشروع، ويقتصر دور المتعاقد معها على التنفيذ، ففي هذه الحالة لا تقتصر الرقابة على مجرد التحقق من قيام المتعاقد بالتنفيذ طبقاً لشروط العقد، وإنما تشكل سلطة حقيقة في توجيه المتعاقد في تنفيذ العقد والتدخل في أوضاع هذا التنفيذ، وتكون الإدارة بواسطة مهندسيها ومندوبيها الموجه الحقيقي للأعمال، ولا يظهر المفاوض في مواجهة الإدارة إلا كمنفذ^٢.

أمّا في عقد الالتزام، فإن الإدارة مانحة الالتزام تمارس سلطة الرقابة والتوجيه، ولكن على نحو يضيق عما هو الحال في عقد الأشغال العامة، إذ يتمتع صاحب الالتزام بحرية في إدارة المرفق، ويكون تدخل الإدارة فقط بقصد الإشراف والتأكد من سير عمليات الاستثمار بانتظام واطراد^٣.

وكذلك الحال في عقود التوريد، حيث تقف سلطة الإدارة عند حد مراقبة تنفيذ العقد والتأكد من أن المتعهد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات والعينات

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤١.

٢ د. حمدي الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

٣ د. حمدي الحلفاوي، المرجع نفسه، ص ٣٤٤.

المعتمدة دون أن يصل الأمر إلى حد التدخل في اختيار طريقة التنفيذ^١. ولكن وإن كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في الرقابة، إلا أن هذه الرقابة ليست مطلقة، وإنما يتعين على الإدارة ممارستها طبقاً للضوابط والقيود التي يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد، ومن ثم تقوم مسؤولية الإدارة إذا مارست هذه السلطة بعيداً عن المصلحة العامة أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام موضوع العقد أو إذا أدى هذا الاستعمال إلى تعديل موضوع العقد، كما يتحقق الخطأ أيضاً إذا كان الإشراف صادراً عن سلطة غير مختصة، أو عند ممارسة الإدارة للرقابة بصورة تؤدي إلى إعاقة العمل وتعطله.

ولابد من الإشارة إلى أن مجرد التجاوز المنسوب للإدارة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه، طالما كان بعيداً عن دائرة التعسف أو الخطأ، فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأ في جانب الإدارة وإن كان يترتب عليه التزام الإدارة بالتعويض، ولكن على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ في مجال العقد الإداري.

وهنا يمكن التساؤل عن مسؤولية الإدارة العقدية عند إهمالها أو تقصيرها وليس

تجاوزها لسلطتها في الرقابة والإشراف و التوجيه؟

يرى البعض من الفقه^٢ عدم مسؤولية الإدارة كلياً في حالة إهمالها أو تراخيها في استعمال سلطتها في الرقابة استناداً إلى أن هذه السلطة قد منحها إياها القانون ولها الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها كما أن هذه السلطة من ناحية أخرى تعطي الحق للإدارة في هدم الأشغال المعيبة التي نفذها المفاوض، أو التي تمت على خلاف الوضع المتفق عليه أو أن تأمر بوقف الأشغال لعدم مطابقتها للأبحاث والدراسات، والتصميمات، وبالتالي فلا تثريب عليها إن تقاعست أو أهملت في إجراء الرقابة أو ممارستها بطريقة معيبة، طالما أنها تملك رفض الأشغال التي تمت على خلاف الوضع المتفق عليه.

١ د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٨٨.

٢ د. بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص ٥١٦.

ولعلّ هذا الرأي يجانب الصواب لأن هذه السلطة ليست حقاً للإدارة تستعملها عندما تشاء، بدليل أنها لا تستطيع أن تتنازل عن هذه السلطة، فهذه السلطة تتعلق باختصاص الإدارة وهي وظيفة، عليها القيام بها من أجل تأمين سير المرفق العام وإلاّ تقوم مسؤوليتها العقدية بما يمكن أن يحدث للمتعاقدين من ضرر مستقبلاً، لذلك فإن الرأي الأقرب إلى الصواب هو الرأي الفقهي القائل^١ بأنّه يمكن الاستدلال على قيام مسؤولية الإدارة عن إهمالها في الرقابة والإشراف بالنظر إلى مدى نجاح تنفيذ الأعمال المنوط بالمقاول القيام بها، حيث أنّه لو كانت هذه الأعمال قد نُفذت بشكل خاطئ من الناحية الفنية أو استعمل أساليب الغش والتدليس في إدارته أو جاءت غير مطابقة للمواصفات والدراسات والتصميمات الموضوعة من أجل تنفيذ المشروع لكان ذلك يعدّ بالفعل خطأ من جانب الإدارة في استعمال سلطتها في الرقابة والإشراف ولأدى ذلك إلى انعقاد مسؤوليتها العقدية القائمة على هذا الأساس، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّه إذا كان الإشراف على تنفيذ الأعمال يتعين أن تقوم به جهة الإدارة عن طريق مهندسيها فإن إهمال هؤلاء في الإشراف يمكن أن يرتب مسؤوليتها، وذهب في حكم آخر صدر في ١٩٧٧ إلى أنّه حيثما تكون جهة الإدارة قد اعتمدت بلا تحفظ تصميمات أو مشروعات معينة فإنها في هذه الحالة ترتكب إهمالاً يتعين عليها أن تتحمله^٢.

ثانياً- تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في تعديل العقد الإداري:

تشكّل سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، خروجاً على المبدأ الأساسي في القانون الخاص، وهو عدم المساس بالقوة الملزمة للعقد، وأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإرادة الطرفين، وهو ما يطلق عليه بنظرية عدم ثبات العقد الإداري، فالثبات

١ د. حسن درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الأجلو المصرية، القاهرة

١٩٦١، ص ١٥٠

٢ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص ٥١٨

المطلق لعقد القانون الخاص، يجب أن يحلّ محله عدم ثبات العقود الإدارية^١.
وتتمتع الإدارة بهذه السلطة في كافة العقود الإدارية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد أو تطلب موافقة المتعاقد معها.

وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، بعد الجدل الذي دار حول هذا الحق، مقررًا أن هذه السلطة تعدّ من الأسس العامة للعقود الإدارية وتطبق دون نص عقدي أو تشريعي^٢.

أمّا في مصر فقد ثبت حق التعديل الانفرادي بمقتضى النصوص التشريعية وأحكام القضاء الإداري المستقرة وتأييد غالبية الفقه المصري^٣.

فقد نصت المادة /٧٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨ على أنه: «... يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار»، كما قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: (... إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميّز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية)^٤، كما أن الفقه المصري اعترف بهذه السلطة للإدارة، دون نص قانوني أو عقدي^٥.

١ د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٥٦.

2 C.E.2-2-1983, UNION DE TRANSPORT PABLICS Urbain et régionaux, R.d.p1984;P212.

٣ أ. د. عمر حلمي، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٠.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٩٨٦، جلسة ١١/١٥/١٩٩٢، مذكور لدى المستشار حمدي عكاشة، ص ٢٣٠.

٥ أ. د ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٢٢، راجع ذلك أيضاً، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٦٠، د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٩٢.

أما في سورية، فإن المشرع السوري قنن مبدأ التعديل الانفرادي للعقد، حيث نصت المادة /٦٢/ من قانون العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على ما يلي:

(أ- يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز /٣٠٪/ لكل بند أو مادة من التعهد على حده وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص /٢٥٪/ من القيمة الإجمالية للعقد)^١.

أما مجلس الدولة السوري فقد أقر من جانبه بحق التعديل الانفرادي للإدارة، حيث جاء في فتوى له: (يثبت حق الإدارة في التعديل، باعتبار أن هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها، يضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)^٢.

وتتمثل سلطة التعديل، إمّا في تعديل مقدار التزامات المتعاقد مع الإدارة، وذلك بزيادتها أو إنقاصها، مثل التوسع في المرفق المدار بطريق الالتزام، أو زيادة أو نقص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو كمية الأصناف المتفق على توريدها، وقد ينصب التعديل على طرق ووسائل التنفيذ، كلّما تبين للإدارة أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إحلال أسلوب أو طريقة للتنفيذ تكون أكثر اقتصاداً أو تقدماً من تلك المنصوص عليها في العقد، كما تأخذ سلطة التعديل مظهراً آخرّاً يتمثل في تعديل المدة الواردة بالعقد سواء

١ وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة /٦٥/ من المرسوم التشريعي /٢٢٨/ لعام ١٩٦٩ الذي كان نافذاً قبل صدور

القانون العقود الموحد لعام ٢٠٠٤.

٢ صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ١٧٩.

بتقصيرها أو إبطالها وذلك بما تراه محققاً للصالح العام^١.

وبناءً على ذلك فإن قيام الإدارة بتعديل شروط العقد الإداري لا يشكل خطأ في جانبها، فهي لا تزال في هذه الحالة، تعمل في حدود اختصاصاتها، من أجل ضمان استمرار تأدية المرافق العامة لخدماتها بانتظام واطراد ولا تثريب عليها في هذا الشأن، إلا أن سلطة التعديل وإن كانت تشمل العقود الإدارية كافة، إلا أنها ليست مطلقة بل تخضع لكثير من القيود، لذلك يتعين على الإدارة عند ممارستها لهذه السلطة أن تضع نصب أعينها المبدأ العام المطبق في تنفيذ العقود، وهو حسن النية، وتتمثل القيود التي تخضع لها الإدارة عند ممارستها لسلطة التعديل بما يلي:

١- اقتصار حق التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام:

فالإدارة عندما تمارس سلطتها في التعديل ينبغي عليها أن تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق، وذلك بحسبان سلطة التعديل مرتبطة باحتياجات المرفق العام، وعلى ذلك، فإن تجاوز الإدارة للشروط التي تنظم المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد، يعدّ خطأ في جانبها، ويكون قرارها في هذا الشأن مخالفاً للقانون وواجب الإلغاء.

وفي فرنسا استقر الفقه والقضاء على اعتبار الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد، وعلى الأخص المزايا المالية، من الشروط الأجنبية عن المرفق العام، ومن ثم لا يجوز تعديلها وإلا كان قرار الإدارة باطلاً مما يشكل خطأ في جانبها^٢.

وفي مصر وسورية استقر الفقه والقضاء على أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد وأن سلطة التعديل تقتصر

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣،

على نصوص العقد المتعلقة بسير المرفق العام وتأمين حاجاته^١.

٢- اقتصار حق التعديل على موضوع العقد:

وفي هذه الحالة يتمثل خطأ الإدارة في قيامها بفرض التزام خارج عن العقد، ولا صلة له بموضوعه الأصلي الذي تم التعاقد عليه، وهنا يكون قرار الإدارة باطلاً، ويجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد لإلغاء هذا القرار^٢.

لذلك لا يجوز للإدارة أن تحدث بالتعديل ما لم يكن يقبله المتعاقد، لو عُرض عليه هذا الأداء عند إبرام العقد الأصلي، إذ يجب عليها ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد^٣ كأن تطلب منه مثلاً إنشاء محطة توليد كهرباء بدلاً من إنشاء مبني إداري.

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر إلى أنه: «... ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير موضوع العقد أو محله وإلاّ جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد»^٤.

يلاحظ من هذه الفتوى أن تعسف الإدارة في ممارسة سلطة التعديل إن تجاوز الحدود الطبيعية والمعقولة وكان على درجة معينة من الجسامة والخطورة فإنه يعطي المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، أما التعسف البسيط فلا يعطيه هذا الحق وإن

١ د. عبد الغني بسيوني عبد الله - دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٥٤٥.

٢ د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، الجزء الثاني، ١٩٦٧، ص ١٢٢٠.

٣ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

٤ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، جلسة ١١/٢٨/١٩٧٣، مبادئ الجمعية العمومية المصرية، ص ٣٩٣.

كان يشير مسؤولية الإدارة العقدية.

٣- عدم تجاوز التعديل الحدود والنسب المقررة قانوناً:

يتوجب على الإدارة أن تجري التعديل ضمن الحدود والنسب المقررة قانوناً أو المتفق عليها، ذلك أن المتعاقد معها، حين أبرم العقد كان يضع في حسابه كافة احتمالات التعديلات التي يمكن أن تجريها الإدارة، وفقاً لما تنص به القوانين واللوائح أو نصوص العقد^١.

٤- صدور التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:

يتعين على الإدارة في إجراءات تعديل العقد الإداري أن تلتزم بقواعد المشروعية، ومن ثم فإذا صدر هذا التعديل من سلطة غير مختصة بإجرائه أصلاً، أو دون اتباع الإجراءات والأوضاع القانونية المقررة، بات التعديل غير مشروع، مما يشكل خطأ في جانب الجهة الإدارية، وحق للمتعاقد أن يتمسك ببطالانه وعدم الاعتداد به، وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن: (حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين الإدارة وما قد يطرأ عليه من تعديلات، وإن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من أنيط بهم قانوناً هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك أنه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدّل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجراءات قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه^٢.

ومن الجدير ذكره أن المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ قد وضع شروطاً خاصة بالتعديل الانفرادي تتمثل بموافقة السلطة المختصة

١ راجع المادة ٦٢/ من قانون العقود الموحد الذي هو في سورية بالمرسوم التشريعي رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤، والمادة ٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٤٥ لعام ١٩٨٠/١١/٢٢، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ٥٠ عاماً، ص ٣٢٢.

على التعديل، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يتم التعديل خلال فترة سريان العقد^١. وبناءً على ما سبق يمكن القول إنه إذا ما تجاوزت الإدارة سلطتها في تعديل العقد وخالفت قواعد المشروعية وتجاوزت الحدود المألوفة للتعديل أو كان من شأن التعديل الإنتقاص من المزايا المالية التي يحصل عليها المتعاقد أو كانت لا تستهدف من التعديل تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام، فإن قرارها الصادر بالتعديل أو الإجراءات المتخذة من سلطة غير مختصة تكون غير مشروعة ويكون للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد والتعويض.

ثالثاً. تعسف الإدارة في استعمالها سلطتها في توقيع الجزاءات:

لما كان من المقرر أن المتعاقد مع الإدارة، إنما هو متعاون معها في إدارة المرفق العام، ومن ثم فإن كل إخلال منه لالتزاماته، لا يعدّ مجرد خطأ عقدياً، ولكنه أيضاً خطأ ضد المرفق العام ذاته، ولمواجهة هذا الإخلال، فإن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية والتي تخضع لنظام قانوني مغاير تماماً لما هو مقرر في العقود المدنية، وذلك باستعمال امتياز التنفيذ المباشر، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حتى ولو لم ينص عليها في العقد، باعتبار أن الإدارة لا تستند في مباشرة تلك السلطة إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، ومرجع ذلك كله ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام، وضمن استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة، وبالتالي تتعلق تلك السلطة بالنظام العام، ولا تملك الإدارة بصفة عامة التنازل عنها^٢.

ولابد من الإشارة إلى أن الفقه والقضاء المصري والسوري مستقران على أنه إذا توقع المتعاقدان خطأ معيناً ووضعوا له جزاء بعينه، فيجب أن تنقيد الإدارة بهذا الجزاء، ومن ثم لا يسوغ لها قانوناً أن تستبدل به غيره، حتى ولو تبين أن الجزاء العقدي غير كاف^٣.

١ المادة /٢٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٥٠.

٣ راجع د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، العقود الإدارية، الطبعة ٢، المجلد ٤، جامعة دمشق، ١٩٨٦، ص ٢٩٠.

وتتنوع الجزاءات التي تملك الجهة الإدارية المتعاقدة توقيعها إلا أنه يمكن إجمالها في ثلاثة صور:

الصورة الأولى- الجزاءات المالية: وهي عبارة عن مبالغ من المال تُوقع على المتعاقد إذا ما أُخلّ بالتزاماته التعاقدية.

الصورة الثانية- الجزاءات الضاغطة: وتشمل الحراسة على المرفق في عقد التزام المرفق العام، والحلول محل المتعاقد في عقد الأشغال والشراء على حساب المتعهد في عقد التوريد.

الصورة الثالثة- الجزاءات النهائية (الفاسخة): وتتضمن فسخ العقود الإدارية عند إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً^١.

وتقوم المسؤولية العقدية للإدارة تجاه المتعاقد معها في حالة قيامها بالانحراف في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات السابقة، أي عندما يكون القرار أو الإجراء المتضمن أي من هذه الجزاءات غير مشروع، فإذا وُصم الجزاء بعدم المشروعية كان للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب برفع الجزاء إذا ما كان الجزاء متمثلاً في إحدى الجزاءات المالية.

أمّا بالنسبة للجزاءات الضاغطة التي تقوم فيها الإدارة بالحلول محل المتعاقد في تنفيذ العقد أو أن تعهد فيها الإدارة إلى متعهد أو مقاول آخر بتنفيذه، فللمتعاقد أن يطالب بالتعويض جراء هذا الجزاء غير المشروع^٢.

وفي جميع الأحوال فإن الإدارة تخضع لرقابة القضاء في توقيع الجزاء، فإذا كان مسموحاً للإدارة أن توقع جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته وذلك تأميناً للمرافق العامة وضماناً لسيورها بانتظام واطراد، إلا أنه يجب أن يكون للمتعاقد مع الإدارة ضمانات تحميه من تعسف الإدارة ومخالفتها للقانون، فتخضع كل إجراءات الإدارة كمتعاقدة في مواجهة المتعاقد لرقابة القضاء وهذه الرقابة القضائية التي توازن سلطات

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٩٤.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٩٧.

الإدارة في هذا المجال تعد ضماناً فعّالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة وعدم مشروعية قراراتها، ورقابة القضاء في هذا المجال هي من قبيل القضاء الكامل حيث أنها تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة بتوقيع الجزاءات من حيث الشكل والإجراءات والاختصاص ومخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة، كما تتناول الرقابة أسباب إجراءات الإدارة وملاءمتها^١.

وإن مباشرة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات تكون مشوبة بالانحراف في استعمال السلطة من ناحيتين:

١- تتمثل في عدم مشروعية الإجراءات التي يجب على الإدارة اتخاذها قبل توقيع الجزاء لحماية حقوق المتعاقد.

٢- عدم قيام الجزاء الموقع من جانب الإدارة على المتعاقد معها على وقائع صحيحة، وكانت درجة الجزاء لا تتناسب مع قدر ما هو منسوب للمتعاقد من تقصير أو خطأ في تنفيذ التزاماته؛ أي كان الجزاء على درجة من الجسامة على الرغم من المخالفة البسيطة المنسوبة للمتعاقد.

وهنا يمكن القول إنه يتوجب على القاضي الإداري أن يراقب مدى جسامة الخطأ المنسوب إلى الإدارة ومدى مشروعيته وكذلك ملاءمته لما وقع من خطأ من جانب المتعاقد، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض للمتعاقد التي قامت البلدية بفسخ عقد الالتزام معه دون مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في كراسة الشروط الملحقة بالعقد؛ حيث ثبت أن الفسخ كان بسبب تقصير البلدية تجاه الملتزم الذي أُجبر على التوقف عن استغلال المرفق محل الالتزام مما جعلها تُوقَّع عليه جزاء الفسخ^٢.

وهذا أيضاً ما أيدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في سنة

١ د. بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص ٥٢٣

١٩٩٤ حيث نصت: (حيث أنه وإن كان لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء للقضاء. إلا أن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبرره من المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها أن يطالب بالتعويض مما يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذي يمثل خطأ عقدياً....)^١.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم حديث لها إلى تعويض المتعاقد نتيجة تعسف الإدارة في استعمال سلطتها بالفسخ، ومّا جاء في هذا الحكم: ^٢ (ومن حيث أن وقائع القضية تتلخص حسبما استبان من الأوراق بأن الإدارة (الجهة المدعى عليها) كانت قد أبرمت مع المتعهد (الجهة المدعية) عقد استثمار عام ٢٠٠٨ لاستثمار جزء من العقار كمدينة ملاهي لمدة ١٥ سنة ببدل استثمار سنوي قدره ٨٩٠٠٠٠ ل.س. للخمس سنوات الأولى يزداد النسبة ٢٥% للخمس سنوات التالية و ٥٠% للخمس سنوات الأخيرة، وقد تلقى المتعهد أمر المباشرة وقام بتجهيز الموقع وشراء الألعاب، إلا أنه وبناء على تحقيقات الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش طلبت الإدارة من المتعهد تعديل بدل الاستثمار ولكن المتعهد لم يقبل بالتعديل فبادرت الإدارة إلى إصدار قرارها رقم ٤٥/١٨/١٠/٢٠١١ المتضمن فسخ العقد وتم تسليم الموقع والمنشآت للإدارة ومن ثم بادر المتعهد إلى إقامة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٦/١/٢٠١٢ ملتصقاً إلزام الإدارة بالمبالغ التي دفعها لتجهيز الموقع مع الفائدة القانونية بالإضافة إلى تعويضه عن الضرر الذي لحق به نتيجة خسارته في ثمن الألعاب وفوات الربح ومن حيث أنه وبنتيجة المحاكمة أصدرت محكمة القضاء الإداري قرارها الطعين رقم

٢/٧٠٣/٢٠١٣ المؤرخ في ٣٠/٦/٢٠١٣ القاضي بما يلي:

١. قبول الدعوى شكلاً.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٩٤، مجموعة المبادئ القانونية التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٤٥.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٨٨ لعام ٢٠١٤، في الطعن رقم (٣٥٧٧)، غير منشور.

٢. قبولها موضوعاً في شطر منها وإلزام الجهة المدعى عليها بدفع قيمة ما تكبده المتعهد لقاء تجهيز العقار مع أحقيته بالفائدة القانونية بالإضافة إلى تعويضه عما لحقه من خسارة ثمن الألعاب وما فاتته من ربح جراء فسخ العقد وإعلان أحقيته باسترداد التأمينات النهائية المقدمة من قبله.

ومن حيث أن جهة الإدارة المدعى عليها بادرت للطعن بالحكم المذكور ملتزمة بإلغاء ورفض الدعوى تأسيساً على أن المتعهد خالف شروط العقد ودفتر الشروط فيما يتعلق بالكافتريا والأكشاك وعدم تنفيذ الأعمال بإشراف الإدارة وقد تم فسخ العقد بناءً على تقرير التفتيش

ومن حيث أن المتعهد أيضاً بادر للطعن بالحكم المذكور ملتماً فسخه جزئياً والحكم وفق طلباته في الدعوى.

ومن حيث أن المحكمة إذ تؤيد المحكمة مصدرة الحكم الطعين فيما استندت إليه في قضائها من أن لجوء الإدارة إلى فسخ العقد موضوع الدعوى بإرادة منفردة في غير محله القانوني ومخالف للعقد المذكور ويستوجب التعويض للمتعهد طالما أن المتعهد لم يقصر في الالتزامات المترتبة عليه بحسبان أن المخالفات المنسوبة له (مخالفات عقد الاستثمار) والمثارة في دفعات الإدارة في مرحلتها الدعوى بقيت مجرد كلام مرسل غير مؤيد بدليل ولم تواجه المتعهد بها خلال فترة الاستثمار السابقة لفسخ العقد والتي امتدت حوالي السنتين وثمانية أشهر في حين أن الثابت بأن فسخ العقد لعدم قبول المتعهد بزيادة بدل الاستثمار والذي طلبته الإدارة خلافاً لأحكام العقد).

ومن خلال ما سبق يمكن أن يثار التساؤل التالي: إذا تجاوزت الإدارة سلطاتها التي تتمتع بها في إطار العقود الإدارية هل للمتعاقد أن يرفع دعوى الإلغاء (دعوى تجاوز السلطة) أم دعوى القضاء الكامل؟ أو بمعنى آخر هل يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات غير المشروعة التي تصدرها الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد وإنهائه؟

لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين سواء في فرنسا ومصر وسوريا على أنه لا يجوز

الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر عن الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد.

ففي فرنسا: ذهب الفقيه A. De Laubadere إلى أن عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد نفسه، تُستمد من وجود طريق طعن موازٍ، حيث تُستبعد دعوى الإلغاء ضد العقد، لأن قبولها سيصطدم بوجود دعوى موازية في متناول الطاعن، وهي دعوى إبطال العقد أمام قاضي العقد، كما أن طبيعة العقد نفسه بوصفه اتفاق إرادتين إحداها إرادة الإدارة وإرادة أخرى خاصة تستبعد دعوى الإلغاء التي لا توجد إلا ضد أعمال السلطة الإدارية وحدها¹.

أما الفقيه فيدل ومعه الفقيه دارجو فيذهبان إلى أن العقد كعنصر أساسي في العملية العقدية هو المجال الطبيعي لدعوى القضاء الكامل غير قابل للانفصال عن هذه العملية وبالتالي لا يصلح محلاً لدعوى الإلغاء أي أن العقد ليس من الأعمال القانونية القابلة للانفصال².

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم قبول دعوى الإلغاء المستندة لمخالفة القرارات الإدارية الصادرة استناداً للنصوص العقدية، وسواء كانت مدرجة في عقود القانون العام أو في عقود القانون الخاص، واستناداً لذلك رفض مجلس الدولة قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار وزير برفض إبرام عقد ضمان، وكان سبب هذا الرفض يخالف الالتزامات العقدية، إذ إن مثل هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن الاحتجاج به في تدعيم طلب الإلغاء للقرار بتجاوز السلطة، كما رفض الطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بالمبالغ المستحقة للمتعاقد بموجب العقد³، أو المتعلقة بالعقوبات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بشروط العقد أو دفاتر الشروط، أو المتعلقة برفض

1 A- De. Laubadere; p323.

2 Audy et drageo, Traité de contentieux Administratif, paris, 1975, T2, P455.

Vedel et delvolve, Driot Aministratif, paris, 1982, 74.

3 C.E 13 – Juin – 1980, Chambr de matiers, de la charente martine, Rec, p. 65.

تعديل العقد أو إنهائه، وعموماً كل القرارات التي تصدرها الإدارة وتتعلق بحقوق المتعاقد. وفي مصر: يذهب كل من الدكتور سليمان الطماوي والدكتور محسن خليل إلى أن عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد يعود إلى أنه من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري وهو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها بينما العقد هو اتفاق طرفين^١.

أما الدكتور حمدي الحلفاوي فيرى أن عدم قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد العقود الإدارية سببه الآثار العملية التي سترتب على قبول هذا الطعن، لأن ذلك سوف يؤدي إلى إبطال العقد ذاته في حين أن قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد قرار توقيع العقد لا ينجم عنه نفس النتيجة دائماً^٢.

وقد سار مجلس الدولة المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي، فقضت محكمة القضاء الإداري المصرية بصدد عقد أشغال عامة أنه: (إذا كان من المقرر أن القرار المطعون فيه، والذي قد استندت جهة الإدارة في إصداره إلى البند (١٦) من دفتر الشروط العامة ومواصفات الأعمال لأبنية التعليم والذي يكون جزءاً لا يتجزأ من العقد، فإن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراء تعاقدياً مستمداً من نصوص العقد وليس قراراً إدارياً يرد عليه قضاء الإلغاء)^٣.

أما في سورية: فقد ذهب الدكتور عبد الله طلبة إلى أن دعوى الإلغاء يجب أن توجه إلى القرار الإداري الصادر عن سلطة إدارية وأن يكون هذا القرار تنفيذياً من شأنه إحداث أثر قانوني، أما بالنسبة للعقود الإدارية فإنها لا تعبر عن الإرادة المنفردة للإدارة بل تنجم عن توافق إرادة الإدارة مع

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٨٧، و د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، الإسكندرية، ط ٢، ١٩٨٦، ص ٥٨٧.

٢ د. حمدي الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٧.

٣ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية تاريخ ١٩٥٧/١٢/٢٩ بالقضية/٨٦٧، ص ١٦١، مذكور لدى د. إبراهيم الحسني، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ١٢٥-١٢٦.

إرادة أحد الأفراد، وحتى عندما يتولد العقد نتيجة اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام فإنه لا يعد بمثابة قرار لعدم وجود طابع الإرادة المنفردة إضافة إلى أن مجال إبطال العقود الإدارية يكون أمام قاضي العقد^١.

أمّا الدكتور عبد الإله الخاني فقد رأى أن عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد مردّه إلى أن طلبات إلغاء العقود الإدارية غير مقبولة أمام القضاء الإداري إذا هي نزعت إلى إلغاء العقد بحد ذاته من حيث أنه عقد إداري، لأن دعوى الإلغاء ضد العقد يجب أن تُقام أمام القاضي الإداري بوصفه قاضي العقد الإداري لا بوصفه قاضي الإلغاء لإساءة استعمال السلطة^٢.

أمّا مجلس الدولة السوري فلم يخرج عمّا ذهب إليه كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري، وذلك باعتبار أن محل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة تصدره بالاستناد إلى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني متى كان ذلك جائزاً وممكناً قانوناً، وذلك لأن دعوى الإلغاء هي دعوى المشروعية.

وبناءً عليه فقد رفض المجلس الطعن في القرار الإداري المتعلق بنفقات الإيفاد بالاستناد لدعوى الإلغاء على أساس أن المنازعات الناجمة عن عقد الإيفاد تدخل في ولاية القضاء الكامل لمجلس الدولة كأى نزاع ناشئ عن تنفيذ عقد إداري ولا تدخل هذه المنازعات في مجال دعوى الإلغاء ولا تتقيد بالميعاد المحدد لهذه الدعوى^٣.

وبناءً على ما سبق يمكن القول إن القرارات التي تصدرها الإدارة بمناسبة تنفيذ عقد من العقود الإدارية تدخل في منطقة العقد ولا يتقيد سحبها بمواعيد دعوى الإلغاء، وهذه القرارات يُطلق عليها تجاوزاً قرارات ولكنها لا تُعدّ قرارات بالمعنى الفني، وإنّما هي إجراءات تنفيذية أو أعمال تنفيذية للعقد، كما إن القرارات التي

١ د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، حلب، ١٩٩٢، ص ١٢٣-٢١٤.

٢ د. عبدالله الخاني، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٥٠/٥٠٠/٧٢٧ لعام ١٩٩٨، مجموعة المبادئ القانونية، ص ٨٩.

تصدر عن الإدارة استخداماً لسلطاتها التي تمتع بها في إطار العقود الإدارية تصدر عنها بوصفها جهة متعاقدة وليس سلطة عامة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما رفضت الطعن بالإلغاء الموجه ضد القرار الصادر بفسخ العقد لأن هذا القرار لا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخصصتها بدعوى الإلغاء، وأساس ذلك أن فسخ العقد لا يعدو من أن يكون إجراء تتخذه الإدارة كمتعاقد وليس كسلطة عامة.^١

وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الذي جاء فيه: (...ومن حيث أنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت المنازعة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء).^٢

يتضح ممّا سبق وبعد دراستنا لانتهااء العقد بحكم القضاء بسبب القوة القاهرة أو بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته أو بسبب تجاوز الإدارة لسلطاتها، أن هناك وجهين لمسؤولية الإدارة في مجال العقد الإداري، الأول: مسؤوليتها بناءً على الخطأ، والآخر: مسؤوليتها بدون خطأ. وإن قيام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، فهنا لا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية للإدارة بدون خطأ، لأن إطلاق المسؤولية العقدية يفترض وجود خطأ عقدي، لذلك يُفضل إطلاق وصف مسؤولية الإدارة بلا خطأ في مجال العقد الإداري، وبناءً عليه فإن امتناع الإدارة عن تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به من جراء توافر إحدى الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، فإن ذلك لا يشكل خطأ من جانبها لأن الضرر ليس ناشئاً عن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، فإذا قامت

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم ١٦٦٨/، تاريخ ١٩٩٤/١/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٢٨٩.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الدعوى رقم ١١٨٠، جلسة ١٩٥٦/١١/١٨، مذكور لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٩٨.

الإدارة بالتعويض بالرغم من ذلك، فإن أساس التعويض هو مسؤولية الإدارة بدون خطأ في مجال العقد الإداري على أساس قواعد العدالة ومبادئ الإنصاف، لذلك يُفضل النص مسبقاً على الظروف التي يمكن أن تطرأ أثناء التنفيذ وتحديد مقدار التعويض، بحيث يشكل امتناع الإدارة عن تعويض المتعاقد خطأً عقدياً يشير مسؤوليتها العقدية (على أساس الخطأ العقدي).

وبعد أن انتهينا من دراسة انتهاء العقد الإداري بحكم القضاء، ننتقل لدراسة انتهاء العقد بإرادة الأطراف، سواء بإرادة الإدارة أم بإرادة الطرفين، وذلك في المبحث التالي.

المبحث الثالث

انتهاء العقد الإداري بإرادة الأطراف

قد ينتهي العقد الإداري قبل تمام تنفيذه أو انتهاء مدته بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، أو عند ارتكابه لخطأ جسيم (الفسخ الجزائي)، وقد تتفق الإدارة والمتعاقد على إنهاء العقد، فيكون ذلك انتهاء للعقد باتفاق الطرفين، وهذا ما سنبحثه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: انتهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة.

المطلب الثاني : انتهاء العقد الإداري بإرادة الطرفين.

المطلب الأول

انتهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة

تتمتع الإدارة في إطار عقودها الإدارية، بسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، ودون أن يصدر خطأ من المتعاقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك (الفرع الأول)، كما أن الإدارة تملك سلطة فسخ العقد كجزاء تلجأ إليه عندما يشكل إحلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية خطأ جسيماً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد

تملك الإدارة امتياز مهم في عقودها الإدارية، ألا وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام العقد ودون أن يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وقد أقر كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وسورية هذا الامتياز ولو لم ينص عليه في العقد على اعتبار أن الإدارة تتمتع به مراعاةً للمصلحة العامة وضرورات المرفق العام، في جميع العقود الإدارية، وسوف تتناول هذا الموضوع من خلال ما يلي:

أولاً: النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة:

سنقوم بدراسة النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد من خلال

ما يلي:

١- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء:

أ- أساس الصالح العام:

ذهب مؤيدو هذا الفريق الفقهي إلى أن سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية تعتمد أساساً على ضرورات الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن أشهر القائلين بهذا الرأي الإسناد (بيكينو) Péquignat الذي يرى أن للإدارة الحق في إنهاء العمل بعقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح

العقد حائلاً بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المصلحة العامة^١.

كما يذهب أن الأستاذ (بنوا) Benoit إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العمل بعقودها تستند إلى مصلحة المرفق التي تقتضي هذا الإنهاء كونها أصبحت غير ملائمة لاحتياجاته أو تشكّل عبئاً ثقيلاً عليه^٢.

ويذهب أغلب الفقه العربي إلى اعتناق هذه الفكرة، ففي مصر يذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى أن للإدارة دائماً أن تنهي عقودها الإدارية إن أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة^٣.

كما يرى الدكتور حسن درويش أن حق الإدارة في إنهاء العمل بالعقد يتم بإجراء صادر من جانب الإدارة منفردة، لأن مقتضيات المرفق العام تقتضي ذلك كأن تقرر أن العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وتقوم هذه السلطة المخولة للإدارة على فكرة المرفق العام، حيث ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسيرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها^٤.

أمّا في سورية رأى الدكتور عبد الله طلبية 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^٥.

ومن جهة أخرى يشير القضاء الإداري في مصر وسوريا في أغلب أحكامه إلى فكرة المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة، كأساس قانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها

1 G péquignat; General Contrat Administratif, Thèse, Montpellier, Edition. A. Pédone, Paris, 1945, p391.

2 M. Francis – Paul Benoit, le Droit Administratif français, Paris, Dalloz 1968, p. 663.

٣ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٧٩، و د. عدنان العجلاني، الوجيز في العقود الإدارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٩٦٥، ص ٢٦٨.

٤ د. حسن درويش، المرجع السابق، ص ١٦٤.

٥ د. عبد الله طلبية، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق ١٩٩١-١٩٩٢، ص ٣٣٨.

الإدارية، ففي حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية تقرر (أن للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري في أي وقت تشاء، طالما أن المصلحة العامة المنشودة تستلزم ذلك) ^١. كما قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٥ أن (للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، حتى ولم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلاّ الحق في التعويض أن كان له وجه) ^٢.

وفي سورية قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها عام ١٩٧٥ أن: «القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلاّ الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار» ^٣.

بد أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام:

تشمل السلطة العامة كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة أن تراعي دائماً ضرورات المصلحة العامة والتي تُرجح دائماً على المصلحة الخاصة للأفراد، ويأخذ البعض بفكرة السلطة العامة وامتيازات القانون كأساس لسلطة الإدارة في الفسخ الانفرادي للعقود الإدارية، ^٤

حيث يرى الفقيه Vedel أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلاّ لأسباب

١ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٦/٢/٢٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً، من سنة ١٩٤٦-١٩٦١، ص ١٩٩

٢ حكم محكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٥٦٢، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، الدائرة الثالثة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - المكتب الفني، ص ٥٠٠.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٣٢، القضية رقم ١٨، لسنة ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١

٤ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

تتعلق بالصالح العام وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق.^١
غير أنه قد عدلَ عن هذا الرأي، وأيد الاتجاه الذي يرى في فكرة المرفق العام أساساً كافياً
لتبرير سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حيث يقول: إن الفسخ يعتمد فقط على مصلحة
المرفق، فالعقد قد أبرم لسد حاجاته، ويتبع ذلك أنه في كل وقت يمكن أن تبرر مصلحة المرفق
فسخ العقد، كما يرى الأستاذ (André de Laubadere) أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها
الإدارية بإرادتها المنفردة، إنما تستند إلى فكرة امتيازات القانون العام باعتبارها من مظاهر السلطة
العامة، وذلك إلى جانب فكرة احتياجات المرفق العامة.^٢

ج- الأساس التوفيقي:

ظهر فريق ثالث يحاول التوفيق بين المعيارين السابقين، ويرى أن الأساس القانوني
لسلطة الإدارة في فسخ العقد يستند إلى مقتضيات المرفق العام من ناحية، وإلى فكرة
السلطة العامة من ناحية أخرى، حيث يذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه طالما اعتبر
أن سلطة الفسخ من جهة الإدارة لعقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، إنما هي صورة من
صور التعديل الإنفرادي للالتزامات والحقوق العقدية أو امتداد طبيعي لها، فإنه يترتب على
ذلك، وحدة الأساس القانوني الذي تقوم عليه كل من هاتين السلطتين المتعلقتين بالتعديل
وبالفسخ، بمعنى أن سلطة الإنهاء تقوم أسوة التعديل على أساس مزدوج من هديني تحقيق
الصالح العام المتمثل في ضرورة ضمان حسن سير المرافق العامة من ناحية، بالإضافة إلى
استخدامها لامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى.^٣

ويؤيد 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

1 P. vedel, Droit Administratif, 9e éd, presses université de France, paris, 1984, p353.

نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٨٠.

2 A. de laubadère . Traité contrats administratifs, L. G. D. J. 1984, p. 318

٣ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى^١.

ومن خلال ما سبق يمكن القول إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة تقوم على أساس الصالح العام ومقتضيات المرفق العام وليس السلطة العامة لأن مبرر تمتع الإدارة بالسلطة العامة وامتيازات القانون العام هو المصلحة العامة وطبيعة المرفق العام واتصال العقود به، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية: (تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقد الإداري ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة...) وبالتالي فإن فكرة السلطة العامة والامتيازات ليست أساس بل نتيجة لاتصال العقد الإداري بالمرفق العام.

٢- التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء:

ذهب جانب من الفقهاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد صورة من صور سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على أساس أن الإنهاء ما هو إلا تعديل للشرط الخاص بالمدة.

حيث ذهب كل من الفقهاء A. de laubadere F. Moderne P. delvolve et Rivero إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد في وقت سابق لأوانه ليست إلا صورة من صور سلطتها العامة في إحداث بعض التغيرات في الشروط العقدية أثناء تنفيذ العقد، لأن الإنهاء ينصب على تعديل الشرط المتعلق بمدة العقد^٢.

وفي مصر يرى الدكتور سليمان الطماوي أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد هي صورة من صور التعديل الانفرادي

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

2 A. De Laubadere ,Op.Cit, P.663

للعقد الإداري على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد^١.
في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بمثابة سلطة مستقلة قائمة بذاتها.
حيث ذهب الفقيه Benoit إلى أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي، فلكل منها نطاقها المستقل، إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد^٢.

كما يرى الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد أن سلطة الإنهاء سلطة أصلية قائمة بذاتها ومستقلة عن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد وليست صورة من صورها، لأن سلطة الإدارة في الإنهاء يترتب عليها انقضاء الروابط العقدية بين الإدارة ومتعاقدتها ووضع نهاية حتمية وقاطعة للعقد، على عكس سلطة الإدارة في تعديل العقد التي لا يترتب عليها انقضاء العقد، بل يستمر العقد قائماً، من جهة أخرى، إن أحكام القضاء في مصر وفرنسا لم تتحدث عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري باعتبارها صورة من صور سلطة الإدارة في تعديل العقد، بل اعتبرتها سلطة قائمة بذاتها^٣، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا السورية، في حكمها رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢ عام ١٩٧٤ (أن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية حق أصيل لا ينافيها فيه أحد)^٤.

لعلّ هذا الرأي الثاني هو الأقرب للصواب استناداً إلى الأسباب التي أوردها

د١. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٧٩.

2 Bonoit, op.cit, p664.

3 Bonoit, Op. Cit, p.664.

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

٤ حسام فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، ٢٠٠٩،

أصحابه، واستناداً أيضاً إلى أن نطاق التعديل هو الشروط التنظيمية للعقد (أي التي تتعلق بتنظيم المرفق وليس الشروط العقدية) وبالتالي فالإدارة لا تملك أن تعدّل سوى الشروط التنظيمية، لذلك ما هو حكم إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة الذي لا يترتب عليه تعديل الشروط التنظيمية فقط (تعديل مدة العقد) كما ذهب أصحاب الاتجاه الأول وإنما إنهاء العقد بشروطه التنظيمية والعقدية، متجاوزاً نطاق حق التعديل، ممّا يؤكد على أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي هي سلطة قائمة بذاتها.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاً وتشريعاً في فرنسا ومصر وسوريا أن سلطة الإنهاء من النظام العام، وهي حق ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية سواء وجد نص يميز لها ذلك صراحةً أم لم يوجد، وحتى لو لم يقررها نص في القانون، كما تستطيع الإدارة أن تقضي بإنهاء العقد من جانب واحد في خارج الحالات التي يعترف فيها العقد للإدارة بهذه السلطة^١.

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^٢. فقد ذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى أن حق الإدارة في إنهاء عقودها هو أمر مسلم به حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ، وتتجلى أصالة هذا الحق في حالة عدم النص عليه في العقد^٣.

وفي سورية يذهب كل من الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح إلى أن الإدارة تتمتع بهذا الحق دون وجود نص قانوني أو نص في العقد، كما يقع باطلاً تنازل الإدارة

1 A. de laubadere, op. Cit. T. s. p 658.

٢ د. ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٩٥.

٣ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٧٦، راجع كذلك: د. حسين درويش، المرجع السابق، ص ١٦٤، د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٠٢.

عنه، لأن من واجبها، كإدارة مسؤولة عن حسن تنظيم المرفق العام، تأمين حسن تسييره بما يتلاءم مع التطورات والتغيرات التي تحصل أثناء التنفيذ حتى تتحقق المصلحة العامة.^١

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي صراحة للإدارة بهذه السلطة التقديرية بالنسبة للعقود الإدارية كافة، حيث ذهب في حكمه الصادر في عام ١٩٧٨ إلى أن (الإدارة تستطيع ممارسة سلطة إنهاء عقد التزام المرفق العام حتى ولو لم يوجد أي نص تشريعي أو لائحي أو تعاقدي ينظم ممارسة هذه السلطة)^٢، كما قرر في حكم آخر صدر في عام ١٩٥٧ أن: «لإدارة سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد الإشغال العامة استناداً إلى سلطتها العامة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية في أي وقت لدواعي المصلحة العامة...»^٣.

كما 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 العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/١١/١٩٩٢ أن: «لإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية، قبل الأوان وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ودون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق مقرر للإدارة بغير حاجة إلى النص عليه في العقد، أو إلى موافقة الطرف الآخر»^٤.

أمّا مجلس الدولة السوري فقد سار على خطى مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، فاعترف للإدارة بسلطة تقديرية في إنهاء عقودها الإدارية كافة وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ودون وجود نص في العقد على ذلك، باعتبارها القوامة على تسيير المرافق العامة،

١ د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص ٢٥٩.

2 C.E. 2 fev 1987, sté TV6, Rec. p. 29.

3 C. E. 4 Juin, 1957; Ville de paris, Rec, p, 11

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

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٩٨٦، السنة ٣٥ق، جلسة ١٥/١١/١٩٩٢، المشار إليه لدى المستشار حمدي عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صادر عام ١٩٧٩ إلى: «إن من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شاءت باعتبارها القوامة على تسيير المرفق العام ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً لأن هذا التنفيذ يعود أصلاً إلى تقديرها»^١.

كما قررت في حكم آخر لها 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 الإنهاء في ضوء أسبابه وظروفه ومداه)^٢.

ومن الجدير ذكره إنَّ **المشرع الفرنسي** اعترف صراحةً بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة من خلال دفاتر الشروط الإدارية المطبقة على كل من عقود التوريد والخدمات وعقود الأشغال، فقد نص في المادة ١/٢٤ من دفاتر الشروط المطبقة على عقود التوريد على: (قدرة الشخص العام دائماً، سواء وجد خطأ من المتعاقد أم لا، على أن ينهي تنفيذ التوريدات موضوع العقد بواسطة قرار إنهاء العقد)^٣.

ولكن **المشرع المصري** لم يعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨ النافذ، على عكس **المشرع السوري** الذي اعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ودون خطأ من المتعاقد وذلك في المادة ٦٠/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد والتي نصت (يحق لآمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً على مقتضيات المصلحة العامة

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٦٤، في الطعن رقم ٣٦٥، لعام ١٩٧٩، مشار إليه لدى المحامي مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

٢ حكم محكمة الإدارية العليا رقم ٦٦، في الطعن رقم ٥٦١، لعام ١٩٨٦، ومجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦

٣ راجع كذلك المواد ١/٤٦ من دفاتر الشروط العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة، المادة ١/٣٥ من دفاتر الشروط المطبقة على عقود تأدية الخدمات الذهنية، مشار إليها لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١١٠.

كما يحق له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً^١.

وهذا اتجاه محمود للمشرع السوري، ولكن يفضل إضافة فقرة إلى المادة تحدد كيفية ممارسة هذه السلطة وشروطها والآثار المترتبة عليها.

ثانياً- شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي:

إنّ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها قيود لا بد من توافرها، أولها: يجب أن يكون الإنهاء للعقد الإداري قد صدر لأسباب تتعلق بتحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام، وليس كجزاء جزائي لإخلال المتعاقد بالتزامه العقدي، وثانيهما: أن يكون في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية.

١- أن يكون إنهاء العقد الإداري قد صدر لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد ليست سلطة مطلقة للإدارة، ولكنها تقوم على أساس محدد هو ضرورة تمكن الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية التي لم تعد تتفق مع متطلبات المصلحة العامة ومع احتياجات المرفق العام، وهو ما أكّده مجلس الدولة الفرنسي^٢، والمصري^٣ حيث إنهما اشتراطا لكي يكون إنهاء العقد مشروعاً، وجوب استناد الإنهاء إلى باعث من المصلحة العامة أو مصلحة المرفق وإلا كان إنهاء العقد تعسفياً أو ليس له ما يبرره، فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإداري الباعث والغاية، واستهداف المصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، وذلك على عكس نشاط الأفراد الذين يستطيعون العمل في حدود الشرعية والأخلاق من أجل غايات

١ تطابق هذه المادة، المادة/٦٣/ من المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ الناظم لعقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري السابق.

٢ راجع أحكام من مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن:

C. E. Fév 1987, Sect, 6 et A utres, Rec, p. 29.

C.E. 22 Avril 1988, p. 5, RDp, 1988, p. 437.

٣ حكم محكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم ٣٥٦٧، جلسة ١٥/١/٢٠٠١، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، ص ٧٧.

مختلفة تشمل المصالح الشخصية، فإن الإدارة لا تعمل إلا على ضوء المصالح العامة وحدودها، وإلا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة.^١

ونستعرض بعض الحالات التي قضي بها مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري بتوافر المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة نذكر منها:

أ- زوال احتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد من أجل تحقيقه:

فعندما يزول الغرض الذي تعاقدت الإدارة من أجله يصبح تنفيذ العقد غير ذي فائدة للمصالح العام، وقد تتغير بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد الظروف التي دفعت الإدارة إلى التعاقد عما كانت عليها عند التعاقد، فإذا تبين بعد التعاقد أن العقد لم يعد صالحاً أو مفيداً بسبب تغير الظروف لتحقيق المصلحة العامة، فإنه يكون للإدارة في هذه الحالة الحق في إنهاء العقد، ويعدّ هذا السبب من أكثر الأسباب الشائعة في العمل.^٢

أمّا التطبيقات القضائية لهذا السبب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فنذكر منها إنهاء عقود الأشغال والتوريد بسبب توافر المصلحة العامة المتمثلة في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة توقف القتال في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، وبالتالي زوال الحاجة إلى هذه العقود نتيجة لذلك، وكذلك فسخ عقد إصلاح وتحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لإنقضاء احتياجات المدينة لهذا الإصلاح، بسبب انضمامها إلى مشروع عام لتوصيل المياه وصيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة، وفسخ عقد نقل بضائع من تركيا إلى فرنسا بين الاتفاق الذي أبرم بين الدولتين، والذي كان نتيجة وقف استيراد هذه البضائع.^٣

ومن تطبيقاته القضائية في مجلس الدولة المصري ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢١ نيسان ١٩٦٣ والمتضمن فسخ عقد توريد بوية أحذية للجيش بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، وبالتالي عدم صلاحية البوية المتعاقد

١ د. صلاح فوزي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٦.

٢ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

3 A. De. Laubadere, Op. Cit, p 160.

عليها للغرض الذي تم التعاقد من أجله^١.

أما في سورية فقد 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^٢.

بـ الإنهاء بسبب إعادة تنظيم المرفق العام موضوع العقد وبما يتلاءم مع التطورات العلمية والتقنيات الحديثة:

ومثال على ذلك إنهاء الإدارة عقود بعض العاملين في مستشفى حكومي لإعادة تنظيمه وتزويده بالوسائل والأجهزة الطبية الحديثة التي تحتاج إلى عاملين جدد ذوي مهارات فنية خاصة، وكذلك إنهاء عقود الفحم لمرفق النقل للسكك الحديدية لإحلال القطارات التي تعمل بمحركات الديزل^٣.

جـ. إنهاء العقود بسبب إلغاء المرافق العامة التي أبرم العقد من أجل تسيرها أو المساعدة في تشغيلها:

ومثال ذلك: إنهاء عقد التزام المرفق العام عن طريق استرداد الالتزام قبل نهاية مدة العقد المتفق عليها بقصد تحويل نظام إدارة المرفق العام إلى نظام الإدارة المباشرة، أو إلى شركة ذات اقتصاد مختلط بدلاً من الالتزام، وإنهاء عقد حق استثمار صيد الأسماك وذلك بإصدار الإدارة قراراً يمنع الصيد في المنطقة المحددة في العقد^٤.

أما الحالات التي رفض فيها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري الاعتراف بتوافر شرط المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد، فهي على سبيل

حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢١ نيسان ١٩٩٩، القضية رقم ١٧٤، مجموعة المبادئ القانونية من عام ١٩٦١-١٩٦٦، ص ١٩٠-١٩١.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٧٧ في القضية ٤٦٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٣٠٨.

٣ محمد صلاح عبد البديع السيد المرجع السابق، ص ٥٠٦.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٦، في القضية رقم ١٨٨، لسنة ١٩٨٣، مشار إليه لدى المحامي مصباح نور المهاني، المرجع السابق، ص ١٢٨.

المثال لا الحصر:

أ. إنهاء العقد لأسباب شخصية:

حيث لا يحق للإدارة أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة من أجل أسباب شخصية لا علاقة لها بالمصلحة العامة كالعداء الشخصي للمتعاقد.

ب. إنهاء العقد لأسباب تتعلق بحرية المعتقد الديني:

حيث لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لأسباب تتعلق بممارسة الشعائر أو العقائد الدينية، كإنهاء عقد استخدام في المرفق العام بسبب اعتناق المتعاقد مع الإدارة عقيدة دينية معينة حيث يكون قرار الإدارة في هذه الحالة مشوباً بعيب تجاوز السلطة والذي يثير مسؤولية الإدارة العقدية، لذلك يجب أن يتوافر في تاريخ صدور قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد كلاً من شرط المصلحة العامة، والسند القانوني الذي تستند إليه الإدارة في إصدار قرارها بإنهاء العقد وإلا كان قرارها غير مشروع، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٨٧ بأنه: «لا يحق للسلطة مانحة الالتزام أن تنقض تعهدها إلا لأسباب من المصلحة تبرر في التاريخ الذي صدر فيه قرارها واستناد المرسوم الصادر من الحكومة "والمتمضمن إنهاء عقد الالتزام"، على مشروع قانون لم يصدر بعد في البرلمان في تاريخ نشر وتطبيق هذا المرسوم، لا يعتبر سبباً مشروعاً يبرر قرار إنهاء العقد»^١.

وبهذا قضى مجلس الدولة السوري، بحيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٦٣ أن: «- مشروعية القرار الإداري مناطها القوانين القائمة وقت صدوره، - تصرف الإدارة تجاه حق مكتسب لا يكون إلا بنص قانوني»^٢.

ج. إنهاء العقد لأسباب مالية:

حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم مشروعية تأسيس الإدارة لسلطة الإنهاء

١ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٣٥.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص ٧١.

الانفرادي للعقد الإداري بناء على اعتبارات المصلحة المالية للإدارة^١.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٧٠ إلى: «أن حق الإدارة في الإنهاء لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعاً على وجه يسمح لجهة الإدارة أن تهدد العقود المبرمة معها كلما كانت لها فرصة أولى في الربح في سبيل الحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود...»^٢.

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها عام ١٩٦٣ إلى: «أن للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، وأن وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كاف لمنح الإدارة حق فسخ العقد»^٣.

٢- أن يكون في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، سلطة تقديرية، وليست مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما تشاء، لذلك يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق، وكذلك يجب على الإدارة أن تراعي في قرارها بالإنهاء توافر جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر، أن حق الجهة الإدارية في إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة ليس مطلقاً، بل مشروط بشرطين:

أولاً- أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد.

ثانياً- أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١٢.

٢ د. عبد العزيز المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٣٦.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٨، لسنة ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص ٢١٨.

سلطة تقديرية (أي لا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة)^١. لذلك يجب على السلطة الإدارية أن تراعي شروط المشروعية الخاصة بإصدار قرار الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، وسنعرض بعض هذه الشروط على النحو التالي:

١- يجب أن يصدر القرار من الجهة المختصة بإصداره:

ويقصد بالاختصاص الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة أو موظف مباشرة ما يكلف به من الأعمال القانونية، وكما هو معلوم فإن قواعد الاختصاص من النظام العام، وحتى يكون قرار الإدارة بإنهاء العقد مشروعاً، فلا بد أن يكون صادراً من الجهة الإدارية المختصة بإصداره، فالإدارة لا تملك سلطة تقديرية إزاء هذا الشرط، فهي إما أن تكون مختصة ويحق لها إصدار القرار، أو غير مختصة، فلا يجوز لها ذلك^٢، وإن صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد الإداري هو الشخص الذي أبرم العقد، والذي يمارس سلطة إنهاء العقد عن طريق أجهزته المختصة ما لم يحدد العقد ذاته سلطة أخرى تختص بإنهاء العقد، وفي حال سكوت العقد، فإنه طبقاً لمبدأ توازي الاختصاصات فإن الشخص العام الذي أبرم العقد هو ذاته الشخص المختص بإنهاء العقد.

وفي حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٣ نص صراحةً على السلطة الإدارية المختصة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري وذلك بمناسبة عقد تدفئة صادر على أساس نصوص العقد والذي يسمح للشخص المعنوي العام بأن يلغي العقد بحسب تقديره مقابل تعويض المستغل^٣.

وهنا يثار التساؤل عما إذا كان للجهات الوصائية التي يخضع إبرام العقد لتصديقها دور في التصديق أيضاً على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري

١ راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠. مجموعة

المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - المكتب الفني، ص ٣١٠

٢ د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٦٢

3 C. e. 8 déc 1978, Bergeriaux, Rec, p. 500.

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

لدواعي المصلحة العامة:

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن قيام الإدارة بفسخ العقد لا يخضع بالضرورة لتصديق سلطة الوصاية حتى لو 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^١.

أمّا في مصر وسورية فلا يوجد أحكام قضائية تبين رأي مجلس الدولة حول هذا الموضوع، علماً أن المشرع السوري في قانون العقود الموحد نص في مادته ٦٠/ على أنه (يجب لأمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناءً على مقتضيات المصلحة العامة).

يبدو من خلال هذا النص أن المشرع أعطى لأمر الصرف في الجهة العامة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد دون حاجة للعودة إلى الجهات الوصائية على العقد.
بد يجب أن يكون القرار صحيحاً من حيث الشكل وخالياً من العيوب الموضوعية:

لكي يكون قرار الإدارة بإنهاء العقد من جانب واحد مشروعاً، يجب أن تراعي الإدارة القوانين واللوائح في إصداره، والإجراءات والأشكال المنصوص عليها في العقد، كما يجب أن يكون قرار الإدارة خالياً من العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناءً على السلطة التقديرية، كالغلط إذا سببت الجهة الإدارية قرارها في إنهاء العقد تسبباً معيماً، وكالانحراف في استخدام السلطة إذا استهدفت الإدارة في قرارها بإنهاء العقد تحقيق مصلحة مالية فقط، وليس تحقيق مصلحة المرفق أو المصلحة العامة.

وهذا ما أكّده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر ١٩٣٠ وهو خاص بإنهاء عقد تصنيع ملابس بسبب نقص الإمكانيات الضرورية لدى المورد، وقد تبين عند نظر الدعوى أن الفسخ قد بُني على غلط في الواقع لأن المورد كانت لديه الإمكانيات اللازمة

١ د. حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٣٧.

للإنتاج^١.

كما قررت محكمة القضاء الإداري المصرية أن سلطة الإدارة في الإنهاء وإن كانت سلطة تقديرية، إلا أن مناطها هو عدم الانحراف بالسلطة^٢.

وفي سورية قررت المحكمة الإدارية العليا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد سلطة تقديرية، ولكن يُشترط لصحة ممارسة هذه السلطة أن يقتضي الصالح العام إنهاء العقد، وإلا يكون قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة^٣.

ج- الإدارة ليست ملزمة بتسبب قرارها الخاص بإنهاء العقد:

إن تسبب القرار الإداري يختلف عن سببه، ولا يعني اتحادهما في الاشتقاق اللغوي ترادفهما في المعنى، فالتسبب معناه قيام الإدارة ببيان أو ذكر الأسباب التي حملتها لاتخاذ القرار، أما السبب فهو مسألة تثار قبل صدور القرار، ويدفع الإدارة إلى اتخاذه^٤، ويستوي في ذلك أن تكون المسألة مسألة واقع أم قانون، فالإدارة في فرنسا أصبحت ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، ومن بينها قرارها بفسخ العقد لخطأ المتعاقد وذلك بعد صدور قانون ١١ يوليه ١٩٧٩، ولكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي يذهب إلى أن قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، أصبحت على عكس قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية في حالة خطأ المتعاقد الجسيم- لا يسري عليها القانون السابق، وبالتالي فإن هذه القرارات ليست واجبة التسبب من جانب الإدارة، وذلك لأن هذا القرار ليس له طابع الجزاء ولا يلزم بالتالي أن يكون مسبباً^٥.

وفي مصر، فإن محكمة القضاء الإداري أخذت بمبدأ عدم إلزام الإدارة بالتسبب ما لم

١ د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣٣٠.

٢ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٧٢-٢٧٣.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٨، في القضية ٢٢٢، لسنة ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٧٤، ص ٥٤.

٤ د. محمد عبد اللطيف، تسبب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٧٥.

٥ د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

يلزمها المشرع بذلك، حيث ذكرت في أحكامها أن القاعدة في فقه القانون الإداري تنص على أن الجهات الإدارية غير ملزمة بتسيب قراراتها، إلا حيث يكون ثمة نص يقضي بذلك^١. وكذلك في سورية، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها عام ١٩٦٥ إلى أن: «لا تلزم الإدارة بتسيب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري طالما أن ظروف هذا الإنهاء وما رافقه من وقائع تشكل بحد ذاتها أسباباً جدية للقرار، خصوصاً إذا كان الإنهاء متصفاً بأنه جزاء لمخالفات الملتزم أثناء تنفيذ عقده»^٢.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا صادر في عام ١٩٦٢:

«١- الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسيب قراراتها ما لم يكن ثمة نص قانوني صريح على وجوب التسيب، ٢- حينما تتطوع الإدارة ببيان سبب قرارها تعود رقابة القضاء الإداري إلى ممارسة سلطتها المعتادة»^٣.

١ د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٧٩، ص ١١٠.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣، في القضية ١٢، لسنة ١٩٦٥، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٩٧.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٣، في القضية ٣، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص ٣١٣، ص ٤٠.

الفرع الثاني إنهاء العقد الإداري نتيجة خطأ المتعاقد الجسيم

يتطلب تحديد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم، بيان النظام القانوني لهذه السلطة، ومن ثم تحديد شروط ممارسة الإدارة لهذه السلطة.

أولاً. النظام القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي:

سوف نلقي الضوء على الأساس القانوني لهذه السلطة، ثم نعرف الفسخ الجزائي:

١- الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي:

انقسم الفقه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يعتبر هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الفسخ يكمن في فكرة السلطة العامة، فالعقوبات التي توقعها الإدارة على المتعاقد (ومنها عقوبة الفسخ) إذا قصر في تنفيذ التزاماته هي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة وهو امتياز التنفيذ المباشر^١.

ويرى الفقيه Laubadere أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من 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 المباشر، وقد ثبت حق الإدارة في استعمالها التنفيذ المباشر بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركات ملاحه جنوب الاطلنطي) بحيث أصبح استعمال الإدارة لامتياز التنفيذ المباشر هو القاعدة في توقيع الجزاءات، والاستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط، بل أن هذا الاستثناء الأخير ليس مطلقاً، لأن المتعاقدين يستطيعان منح الإدارة حق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب نص صريح في العقد^٢.

الاتجاه الثاني: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ يقوم على مبدأ استمرار المرفق العام وانتظامه، فالسلطة العامة لا يجب أن تكون

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٤١-٣٤٢.

٢ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٩٠.

سلطة قانونية، وإثماً وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها الدولة إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، وبذلك فهي مقيدة بمهدف المرفق العام الذي يسبغ على تصرفاتها طابع الشرعية^١. وقد ذهب القضاء الإداري في مصر وسورية مع هذا الاتجاه، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية 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.... أساس ذلك اتصاله بمبدأ عدم توازي المصلحة الفردية مع المصلحة العامة في مجال روابط القانون المتعلقة بتسيير المرافق العامة، ومدى سلطة الدولة لهذه المرافق ومسؤوليتها عن إدارتها بانتظام واطراد)^٢.

كما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٢ أن: « حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد أحل بالالتزامات العقدية إخلاقاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر »^٣.

ولعل الرأي الثاني هو الرأي الأقرب إلى الصواب لأن السلطة العامة وامتيازات القانون العام هي وسائل بيد الإدارة لتحقيق المصلحة العامة وتأمين احتياجات المرافق العامة، بل أن مبرر تمتع الإدارة بالسلطة العامة وامتيازات القانون هو المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام وفق ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص

١ د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

وراجع في ذلك، د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٦٨.

٢ حكم المحكمة الإدارية المصرية، رقم ١١٠٩ - لسنة ٨ق، جلسة ١٢/٢٨/١٩٦٣، مشار إليه لدى حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٩٢.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في القضية رقم ٢٢، لسنة ١٩٧٢، ومجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ٢٢٨.

العقد ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة.

٢- تعريف الفسخ الجزائي وطبيعته القانونية:

أ- تعريف الفسخ الجزائي:

يُعرف الإنهاء الجزائي أو الفسخ الجزائي بأنه جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها^١، ويُعرف أيضاً على أنه جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو ما ينبغي، حيث تنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بصورة مباشرة تفرضها ضرورات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام^٢.

ويتميز هذا الجزاء بما يلي:

١- إن الإدارة تقرر ذلك الإنهاء بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها، وبناءً على سلطتها التقديرية، وحققها في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى اللجوء للقاضي كما هو الشأن بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام (في فرنسا).

٢- أنه يترتب على توقيع الجزاء، فسخ العقد واستبعاد المتعاقد معها بصورة نهائية من تنفيذ الأعمال محل العقد^٣.

ويتميز الفسخ الجزائي للعقد الإداري عن مختلف إجراءات الضغط الاحتياطية الشائع استخدامها في العقود الإدارية بأنه على عكس هذه الإجراءات يضع نهاية حاسمة للعقد، إذا يعد من أسباب انقضائه.

وقد استقرت الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والمصري^٤، والسوري على أن للإدارة الحق في فسخ عقودها عندما يتبين لها أن المتعاقد معها قد أخلّ

١ د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٩٤.

٢ د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٢٨.

٣ د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٦١.

٤ راجع في ذلك، السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

بالتزاماته إخلالاً جسيماً^١.

بد الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي:

ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى اعتبار جزاء الفسخ في العقود الإدارية من النظام العام، وأنه يتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون، حتى ولو لم يكن ينص عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، وذلك لضمان حسن سير المرافق العامة^٢.

وقد استقر القضاء الإداري المصري والسوري على اعتبار الفسخ الجزائي للعقود من النظام العام فقد أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في عام ١٩٥٧ أن: «القانون الإداري يعطي لجهة 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»^٣.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها رقم ١٢٠، لسنة ١٩٧٢ أن: «حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل، تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد أخل بالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر»^٤.

يتضح مما سبق أن الفسخ الجزائي للعقود الإدارية من النظام العام، تتمتع به الإدارة دون حاجة للنص عليه في العقد عندما يرتكب المتعاقد معها خطأ جسيماً، متى وجدت أن مصلحة المرفق العام تستدعي ذلك.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١١٠٩، لسنة ٨ جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ مشار إليه لدى المستشار حمدي عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

٣ مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٦٥.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ١٩٧.

ويترتب على اعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام مجموعة من النتائج:

١- أن الإدارة تتمتع بهذه السلطة، ولو لم ينص عليها صراحة في العقد ذاته، أي أنها مقررّة بقوة القانون لصالح الإدارة، حتى في حالة سكوت العقد الإداري ذاته.

٢- لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن هذه السلطة بإدراج نص يمنعها من ممارسة هذا الحق في مواجهة المتعاقد.

٣- ليس من حق أطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة.

٤- إن ورود نص في العقد الإداري يعطي للإدارة الحق بالفسخ، يعدّ مجرد نص مقرر (كاشف) لحق موجود أصلاً لصالح الإدارة.

٥- تتمتع الإدارة بسلطة فسخ العقد الإداري من جانب واحد طبقاً لامتيازها في التنفيذ المباشر، ودون حاجة للقضاء لتقرير الإنهاء باعتباره من النظام العام^١.

ثانياً- شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي:

تخضع الإدارة في ممارستها لسلطتها في الفسخ الجزائي لعدة ضوابط وقيود، سوف نتناول دراستها فيما يلي:

١- مخالفة المتعاقد لالتزامه مخالفة جسيمة:

إن كل مخالفة من المتعاقد لالتزاماته العقدية مع الإدارة تعد خطأ عقدياً، إلا أنه يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة، لكي يكون مبرراً تعتمد عليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ.

والخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي، المنصوص عليه في العقد أو القانون، ومن ثم فإن جانباً من الفقه يرى بأن الأفعال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة، والتي تبرر جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت سيطرة الإدارة المباشرة تكون قابلة لتبرير جزاء الفسخ^٢.

١ توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٣٤.

٢ د. السلال جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

وقد حدد القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري مجموعة من الأخطاء المبررة للفسخ الجزائي، إلاّ إن هذه الأخطاء على سبيل المثال لا الحصر، ومن أمثلة هذه الأخطاء في فرنسا: ترك المفاوض موقع العمل، وإيقاف تنفيذ الأشغال موضع العقد، فهو ملتزم بالاستمرار في تنفيذ الأعمال، ولا يجوز إيقاف تنفيذ الأشغال محل العقد، ولو تقدم بطلب لفسخ عقده، وتنازل المفاوض عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون إذن سابق من الإدارة صاحبة العمل^١.

أمّا في مصر نجد أنّ محكمة القضاء الإداري تعدّ عملية تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير، أو قيامه بالتعاقد بشأن العمل محل التعاقد مع الغير من الباطن، ودون الحصول على موافقة الإدارة على ذلك، يعدّ خطأ جسيماً يبرر للإدارة توقيع جزاء فسخ العقد أو إنحائه بإرادتها المنفردة^٢.

كذلك قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتوى لها بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٦، «أنّ التنازل عن العقد من الحالات الموجبة للفسخ الجزائي للعقد، حيث رأت أن المشرع بالقانون رقم ٨٩ عام ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات قد حظر على المتعاقد مع جهة الإدارة التنازل عن العقد حتى لا تكون العقود الإدارية مجالاً للمضاربة، وإزاء خلو نصوص القانون رقم ٨٩ ولائحته التنفيذية من أية إشارة إلى إباحة تنازل جهة الإدارة عن العقد الإداري إلى أحد أشخاص القانون الخاص، فقد وجب النظر إلى هذا الأمر، لا من منظور قانون المناقصات والمزايدات، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري وبالتالي منع هذا التنازل»^٣.

وبالنسبة لموقف القضاء الإداري في سورية، فنجد أنّ المحكمة الإدارية العليا، قد

١ د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، دار المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٥٥.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧، الدعوى رقم ١٩٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً من سنة ١٩٤٦ - ١٩٦١ ص ١٧٤.

٣ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٢٥٨، جلسة ٢٠٠٣/٧/١٦، مشار إليه لدى د. ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

ذكرت بعض الحالات التي تُعتبر خطأً جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد، كما أنها اعتبرت أن هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، لأن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقد الإداري إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً، يعرض المرفق العام للخطر، كما أن سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي هي سلطة قائمة بذاتها ومستقلة عن نصوص العقد ودفتر الشروط، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٦٥ أنه: «من المقبول عموماً أن تُعتبر من الخطأ الجسيم حالات معينة بحد ذاتها كإهمال المتعاقد للأعمال أو عدم احترام المدة للأعمال أو التوريدات أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة إليه بدون مبرر مقبول»^١، وكذلك تنازل المتعاقد عن العقد أو تعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة^٢.

٢- إعدار الإدارة للمتعاقد بالفسخ الجزائي:

الإعذار، طبقاً للقواعد العامة، هو إثبات قانوني لحالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ويهدف إلى إثبات عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته من الناحية القانونية، أي أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح المخالفة^٣، كما أنه يعني إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة، إذا استمر في هذه المخالفة ونظراً لشدة الفسخ وما ينتج عنه من نتائج خطيرة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قيد جهة الإدارة بضرورة إعدار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، ومنحه مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية، إذن، فهو التزام عام يقع على عاتق الإدارة وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيباً من الناحية الإجرائية قابلاً للبطلان^٤.

وعلى الرغم من الإجماع القضائي والفقه في فرنسا على ضرورة الإعذار المسبق قبل

١ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣، في القضية رقم ١٢ لسنة ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٦٥، ص ٩٧.

٢ د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

٣ د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

توقيع جزاء الفسخ للعقد، سواء ورد نص في العقد أو دفاتر الشروط أو لم يرد نص فيهما، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث يرد عليها عدة استثناءات، يترتب على توافر إحداها إعفاء الإدارة من ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، وهذه الاستثناءات هي:

أ. النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق:

إذا ورد نص صريح في عقود الإدارة العامة أو كراسة الشروط يعفي الإدارة من الالتزام بالإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، في هذه الحالة يجب أن يفسر هذا النص تفسيراً ضيقاً، وذلك بسبب ما ينطوي عليه من مخاطر جمة بالنسبة للمتعاقد، فضلاً على أنه يمثل استثناء على القاعدة العامة، في هذه الشأن، ولذلك فإنه يجب لأعمال هذا الاستثناء، أن يكون تعبير أطراف العقد عن رغبتهم في الإعفاء من الالتزام بإعذار المتعاقد صريحاً وواضحاً حتى يأخذ به قاضي العقد عندما يظهر خلاف حول تطبيقه^١.

ب. تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقدته النهائي للقدرة عليه:

في حالة إعلان المتعاقد صراحة وبدون ضغط من تلقاء نفسه، رفضه تنفيذ التزاماته العقدية أو عدم قابليته للاستمرار في تنفيذ العمل بصورة نهائية، فإن هذا من شأنه إعفاء جهة الإدارة من إعدار المتعاقد قبل فسخ عقده^٢، إذ لا ترجى أية فائدة من الإعذار في هذه الحالة، لأن الإعذار من شأنه إعطاء مهلة للمتعاقد للوفاء بالتزاماته.

ج. غش المتعاقد:

لا توجد ضرورة لإعذار المتعاقد مع الإدارة، إذا ارتكب أفعال الغش في تنفيذ التزاماته، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم إمكانية التمسك بقواعد الحماية العقدية، والتي تكفلها المبادئ العامة للقانون عند توافر سوء النية أو الغش من جانب المخاطب بها^٣.

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

٢ د. محمد محمد حمد الشلحاني، انقضاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٢٠.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٢١٨.

د. ثبوت عدم جدوى الإعذار:

لا محل للإعذار المسبق، والمقيدة به الإدارة قبل فسخ العقد إذا كانت الظروف المحيطة باتخاذها تقطع بعدم جدوى ذلك للإعذار أو عدم فائدته ولأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، مثل مخالفة التزام جوهرى يتعذر تداركه، أو إصلاحه^١.

هـ. تنازل المتعاقد عن العقد للغير:

فلا ضرورة للإعذار إذا قام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن عقده إلى الغير أو تعاقد من الباطن بدون التصريح المسبق من الإدارة^٢.

و. حالات الضرورة أو الاستعجال:

أيضاً لا ضرورة للإعذار في حالة الاستعجال أو الضرورة التي تحتم إنهاء العقد بصورة فورية وعلى سبيل الجزاء، ويحدث ذلك عندما تقتضي الظروف الملازمة للمخالفة أو الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد بغض النظر عن تنفيذه فوراً.

ز. عدم تكرار الالتزام بالإعذار المسبق:

تُعفى الإدارة من إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، إذا كان جزاء الفسخ تالياً لجزاء وضع المشروع محل التعاقد تحت الإدارة المباشرة، وكان هذا الجزاء الأخير قد سبق إعذار الإدارة للمتعاقد^٣.

أما في مصر، فإن المشرع لم يجعل الإعذار المسبق وجوبياً في جميع الحالات، حيث تتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات (رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والنافذ حالياً، بعض النصوص التي تستلزم إعذار المتعاقد في أحوال معينة)، ومثال ذلك نص المادة ٨٤/ التي تشترط الإعذار صراحة، حيث نصت على أنه: (إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه

1 G. Jeze, op.cit. p. 1044.

2 H. PRIEUX, Traité partique, du droit des Travaux publics et des marches Publics,, T.3 6e éd, paris, 1968, p1600.

٣ مجدي عز الدين يوسف "مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال أشخاص القانون العام"، مجلة الكويت، العدد الرابع — السنة العشرون، ١٩٩٦، ص ٢٥.

المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

أ- فسخ العقد.

ب- سحب العمل من المفاوض.

ولكن رغم وجود هذا النص، فإن اللائحة نفسها تتضمن نصوص تعفي الإدارة من الإعذار، فالمادة /٨٣/ من هذه اللائحة تمنح الإدارة سلطة توقيع غرامات التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر.^١

وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٧/٣/١٩٥٧ الذي نصت: (تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد، ودون إعذار، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان بحجة عدم حصول الإعذار، دفع مرفوض)^٢.

وفي سورية، ومن خلال الاطلاع على أحكام القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد النافذ حالياً، نجد أنه لم يجعل الإعذار المسبق وجوبياً في جميع الحالات، بل اقتصر وجوبه على حالة سحب التعهد المنصوص عليها في المادة /٥٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ حيث جاء فيها (أ- يحق لأمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه...، ب- ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الإنذار قبل سحب التعهد في الحالات المنصوص عليها في البند السابق).

ويكاد يكون نص المادة /٥٤/ هو النص الوحيد الذي جعل فيه المشرع الإعذار وجوبياً، في حين جعله جوازياً في الحالات الأخرى، أي يخضع للسلطة التقديرية للإدارة.

١ المادة /٨٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الدعوى رقم ١٨٢٧ ق، بتاريخ ١٧/٣/١٩٥٧، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥١.

ومثال ذلك نص المادة /٤٠/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٤٥٠/ تاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤. والذي جاء فيه (أ- 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 من العقد أو خالف في العمل وفق أي من أحكامه، فإن لها أن تنذره بوجوب بذل الاهتمام والنشاط والتقيد بالأحكام والشروط المطلوبة فيه خلال مدة لا تقل عن خمسة أيام.

كما أن نسخة العقدین النموذجین لأعمال الأشغال والتوريد الصادرة بموجب بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٨/ب - ١٥/٨٧٨ تاريخ ١١/٤/١٩٧٨، لم تشترط الإعذار، فوفق المادة /٣١/ من نموذج عقد الأشغال، والمادة /٢٨/ من نموذج عقد التوريد، اعتبرت المتعهد مسؤولاً عن جميع التزاماته، وغرامات التأخير تترتب عليه فور حلول الأجل المحدد له بموجب العقد دونما حاجة لأي إنذار أو إعذار أو إجراء من قبل الإدارة.

أما المحكمة الإدارية العليا السورية فقد قضت في حكمها الصادر في عام ١٩٨٠ على أنه: (١- إن شروط فسخ العقد من قبل الإدارة كمؤيد جزائي عقدي دون تبعة عليها هي شروط موضوعية وشروط إجرائية، فالشروط الموضوعية هي ثبوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده أو إساءة تنفيذه رغم تنبيهه مراراً أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة بموقف إيجابي من المتعهد.... أما الشروط الإجرائية فهي توفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط مارة البيان ومنها الإنذارات المتكررة) ^١.

يتضح من خلال هذا الحكم أنّ المحكمة الإدارية العليا في سورية قد تبنت وجوب الإعذار قبل فرض جزاء الفسخ، وهذا يشكل ضماناً هامة للمتعاقد من أجل المحافظة على حقوقه، فضلاً عن أن المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام تتطلب أحياناً إعذار المتعاقد لعله يستجيب لتنفيذ التزاماته بدلاً من فسخ العقد مع ما

١ حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٠، في القضية رقم ٢٠، لسنة ١٩٨٠، سجلات المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح المهايبي، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

يحملُهُ هذا الفسخ من مخاطر للمرفق العام.

ومن الجدير ذكره أن الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح يذهبان إلى أنه إذا كان الإنذار يعتبر شرطاً أساسياً ضمن العقود المدنية، فهو ليس كذلك ضمن العقود الإدارية إلا إذا نص العقد على ذلك للأسباب التالية:

١- إن مسؤولية الإدارة عن حسن سير المرفق العام وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يعطي الإدارة دوراً تقديرياً لإنذار المتعاقد أم لا.

٢- إن الهدف من فرض الجزاء ضمن العقود الإدارية هو من أجل ضمان استمرارية المرفق العام.

٣- تشكل رقابة القاضي الإداري، على كيفية استخدام العقوبات المختلفة، الضمانة الحقيقية لحماية المتعاقد ضد أي تجاوز من الإدارة^١.

ويظهر من كل ما سبق، أنّ حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها من تلقاء نفسها وبدون حاجة للالتجاء إلى القضاء مقيد بضرورة إعدار المتعاقد، ما لم يوجد نص أو اتفاق يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو وجود حالة الاستعجال والضرورة أو في حالة عدم جدوى الإعدار، كما أن الإدارة ليست ملزمة فقط بصورة الإعدار، وإنما يتوجب أن يكون الإعدار واضحاً بالقدر الكافي ليفهم مضمونه وما تريده الإدارة، وكذلك لزوم إعطاء المتعاقد المهلة الكافية لإصلاح المخالفات، فالإعدار يعدّ من أهم الضمانات الشكلية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، خاصة وإنها تملك سلطة فرض الجزاءات وفقاً لحقها في التنفيذ المباشر.

٣- التزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي:

إن التسبب هو إفصاح الإدارة عن الأسباب التي دعتها إلى إصدار القرار، أو قيام الإدارة ببيان السبب الذي حملت عليه قرارها.

ففي مصر لا تُلزم الإدارة بتسبب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال

١ د. محمد الحسين و د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

العقود الإدارية، ويرى بعض الفقه المصري^١ أنه يجب إلزام الإدارة في مصر بأن تقوم بتسبب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية، وخاصة الجزاءات الفاسخة، 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 ضد قرارات الجزاء غير المشروعة والتي لا مبرر لها، وأنّ في ذلك ضمانات هامة لمتعاقدي الإدارة ضد تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات ضدهم، خاصة الفسخ الجزائي للعقد، الذي يترتب عليه انقضاء العقد بصفة نهائية.

أما في سورية فإن الإدارة غير ملزمة بتسبب القرارات الإدارية الصادرة عنها، بما فيها قرار الفسخ الجزائي في العقود الإدارية، ما لم يوجد نص قانوني يوجب التسبب، وقد أرسلت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ في حكم صدر عام ١٩٦٠: «الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك ويفترض في قراراتها السلامة والمشروعية حتى يتبين العكس»^٢.

ويُستحسن أن تُلزم الإدارة بتسبب القرارات الجزائية التي تُوقع على المتعاقدين لأنّه يشكل ضمانات مهمة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة ضد تعسف الإدارة في استعمال سلطتها، كما يساعد قاضي العقد في رقابته على صحة القرار فإذا ثبت مخالفة هذا القرار للقوانين، يحكم بعدم تحمل المتعاقد النتائج المرهقة المترتبة على الفسخ مع تعويضه.

بعد أن انتهينا من دراسة انتهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة، ننتقل لدراسة انتهاء العقد بإرادة الأطراف في المطلب التالي.

١ راجع د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤، ص ٣١٦.

المطلب الثاني

انتهاء العقد الإداري باتفاق الطرفين

قد يتفق المتعاقد والإدارة على فسخ العقد قبل إتمام تنفيذه أو نهاية مدته، وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد الإداري شريعة المتعاقدين، حيث أن المبدأ في أي عقد (عقد مدني أو إداري) أنه يقوم على توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، فركنه إذن هو الرضاء، وبالتالي فإن العقد يستمد قوته من حيث الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة إلى الإسناد على سلطة القانون، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة، والعقد الإداري كأبي عقد ينشئ الحقوق والالتزامات شأنه في ذلك شأن القانون^١.

وقد أقرّ الفقه والقضاء في فرنسا هذه القاعدة:

حيث يعرف الأستاذ Jéze العقد الإداري بأنه (ليس إلا اتفاق إرادتين في سبيل توليد مراكز قانونية شخصية)^٢، وكذلك فإن الأستاذ Waline يرى أن (التراضي هو العنصر الأساسي في العقد الإداري، وبأنه لا يوجد عنصر يمكن أن يقوم مقامه، وهو المصدر المباشر للالتزامات الأطراف)^٣.

كما يرى الأستاذ الكبير Laubadère (أن العقد الإداري هو اتفاق بين الإرادات، وأنه بوصفه اتفاقاً بين الإرادات يعتبر مصدراً للالتزامات القانونية)^٤.

وكذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة ١٩٢٣ أن: (العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة)^٥.

١ د. رضوان السيد راشد، الإلزام على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٣ وما بعدها.

2 Jéze, G., p. 12.

3 WALIN. M. Traité élémentaire de droit, administratif, Sirey, Paris, 1950, p. 559.

4 A. De, Laubadère, - Delvolvé et Moderne, Op. ci, p. 29.

٥ د. أحمد يسري، الأحكام الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ١٦٣ وما بعدها.

أما في مصر فإن الدكتور سليمان الطماوي، يرى أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين من حيث المبدأ، لأن العقد الإداري - كما العقد في القانون الخاص- إنما هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أم نقله أم تعديله أم إنهاءه ، وأنه بمجرد إبرام العقد يغدو هذا العقد، قانون الطرفين، ولهذا السبب بالذات لا يمكن المساس بالرابطة العقدية القائمة عن طريق إجراء عام، ومن ثم إذا عدل القانون الأوضاع التي تعاقدت الإدارة في ظلها، فإن هذه التعديلات الجديدة لا تؤثر على عقود الإدارة الحديثة^١.

كما يرى الدكتور ثروت بدوي أن (العقد الإداري يفترض توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، تكون له قوة ملزمة بالنسبة لطرفيه)^٢. ويذهب الدكتور فؤاد العطار إلى أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق النفع العام^٣.

وقد أكدّ القضاء الإداري المصري هذه القاعدة، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا أن (العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها أصل عام هو أن العقد شريعة المتعاقدين حيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه)^٤.

كما جاء في فتوى للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مصر: (طالما كان الأصل في العقود الإدارية أن العقد شريعة المتعاقدين، شأنها شأن العقود المدنية، فيجب تنفيذها بما اشتملت عليه، من حيث أن حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤١٠.

٢ د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٢١.

٣ د. فؤاد العطار، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٥٧٤

راجع في ذلك د. محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٥٧. د.

محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦٥.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٣٥٦ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢، مذكور لدى د. مهند نوح، ص ٨٧

العقد المبرم بينهما)^١ .

إذن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، شأنه شأن أي عقد، فهو اتفاق إرادتين أو أكثر من أجل توليد مراكز قانونية، أي أن إرادة الإدارة وإرادة متعاقدتها تهدفان إلى إنشاء حقوق والتزامات في ذمة كل منهما، فتكون الحقوق والتزامات التي يتضمنها أي عقد من صنع إرادات أطراف العقد.

وبالعودة إلى القواعد العامة في القانون المدني، فإن المادة /١٤٨/ منه تنص على أن: (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون).

كما نصت المادة /١٥٨/ على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه).

تطبيقاً لهذه النصوص، فقد جرى العمل أن المتعاقدين يمكن أن يتفقا على فسخ العقد، ويتدرجان في اشتراط هذا الفسخ وقت صدور العقد على النحو التالي:

أ - فأدنى مراتب هذا الشرط، هو الاتفاق على أن يعدّ العقد مفسوخاً، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وفي هذه الحالة لا بد من رفع دعوى الفسخ، ولا بد من الإعذار وصدور حكم يكون منشئاً للفسخ لا مقررراً له، أي أن هذا الشرط لا يسلب القاضي سلطته التقديرية^٢).

ب- وقد يزيد العاقدان من قوة هذا الشرط، بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ولا يملك إلا بالحكم بالفسخ، ولكن هذا الشرط لا يغني عن إعذار المدين، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ، ويكون الحكم

١ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، تاريخ ١٩٨٧، مذكور لدى المستشار عليه فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقشات والمزايدات، الطبعة الأولى، مكتبة كوميت، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٠٥.

٢ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧١٥.

منشئاً للفسخ لا مقررأ له^١.

ج - وقد يتدرج هذا الشرط في قوته إلى حد الاتفاق على أن العقد يعدّ مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، وهذا يعني أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه إذا أخلّ المدين بالتزاماته، دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ، لكن الدعوى ترفع إذا ما نازع المدين في وقوع الفسخ إعمالاً لهذا الشرط، والحكم هنا مقرر لا منشئ، ولا يعني هذا الشرط من الإنذار قبل الفسخ، ولا يوجد ما يمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ دون اللجوء إلى الفسخ^٢.

د- وقد يصل العاقدان إلى أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة، وهو الاتفاق على أن العقد يعدّ مفسوخاً دون حاجة حكم أو إنذار، وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعدار المدين ولا حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط، فيكون الحكم عندئذٍ مقررأ للفسخ لا منشئاً له. فهذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانسفاخ بحكم القانون، فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه، إذا قامت حاجة لصدوره، يكون مقررأ للفسخ لا منشئاً له وهو أدنى من الانسفاخ بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك.

وقد يتفق المتعاقدان على الفسخ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه (وقبل انقضائه) دون حاجة إلى حكم، وهذا يسمى بالفسفاخ أو التقايل^٣. وقد يكون التعبير عن الفسفاخ صريحاً بأن يقرر أحدهما رغبته في العدول عن العقد فيقره الآخر على ذلك، فيفسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، وقد يرفع أحدهما دعوى بفسخ العقد، فيعلنه الآخر بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى، فيحلّ الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم، ويرتب

١. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد ٤، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٩٠.

٢. المستشار محمد المصري والمستشار محمد عابدين، الفسخ والانسفاخ والفسفاخ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٤٤ وما بعدها.

٣. المستشار أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، بدون سنة نشر، ص ١١٨.

أثره، كما قد يكون التعبير عن التفاسخ ضمناً، باتجاه الإرادة الضمنية لكل من المتعاقدين لإحداث هذا الأثر وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتِهِ على حقيقة المقصود.

وإذا فُسخ العقد بحكم الاتفاق، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها، سواء كان الفسخ بحكم منشئ، أو بحكم مقرر، أو بغير حكم أصلاً، أُعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض^١. وفق ما نصت إليه المادة/١٦٠ من القانون المدني (السوري والمصري): (إذا فُسخ العقد، أُعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض).

أمّا في نطاق العقود الإدارية، فإنه يُثار التساؤل حول إمكانية اتفاق الإدارة مع

المتعاقدين على الفسخ عند إبرام العقد؟

فهنا يمكن القول، أنّه إذا جاء الاتفاق على إعطاء الإدارة الحق بالفسخ عند إخلال المتعاقد بالتزامه، فإن مثل هذا الاتفاق لا يضيف شيئاً جديداً، لأنه كما هو مقرر، أن الإدارة تتمتع بسلطة فسخ عقودها سواء نُص عليها في العقد أم لم ينص باعتبارها من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها في إطار العقود الإدارية من أجل تأمين حاجة المرفق العام، ولأن هذه السلطة من النظام العام.

أمّا إذا كان الاتفاق على أن يعدّ العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فإن مثل هذا الاتفاق جائز، تطبيقاً للقواعد العامة، حيث أن هذا الاتفاق لا يغني عن الإنذار ولا عن رفع الدعوى وصدور حكم بالفسخ، أي ليس من شأنه أن يتعارض مع قاعدة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد ودون توقف من المتعاقد من تلقاء نفسه.

بينما إذا كان الاتفاق على أن يعدّ العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى

١ د. عبد الرزاق السهنوري، المرجع السابق، ص ٧٢٢.

حكم أو إنذار، فإنّ مثل هذا الاتفاق غير جائز، لأنه يتعارض مع قاعدة استمرار سير المرفق العام حيث من الممكن أن يؤدي مثل هذا الاتفاق إلى توقف المتعاقد من تلقاء نفسه عن تنفيذ التزاماته تجاه المرفق أولاً وتجاه الإدارة ثانياً.

وبعد دراستنا للأسباب العامة لانتهاء المبتسر للعقود الإدارية سواء بحكم القانون أم القضاء أم إرادة الاطراف، ننتقل لدراسة الجانب التطبيقي لانتهاء المبتسر لبعض العقود الإدارية الهامة كعقد الالتزام وعقد الاشغال وعقد التوريد.

الفصل الثاني

الجانب التطبيقي لانتهاء المبتسر لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد

بعد أن درسنا في الفصل الأول الجانب الوصفي للأسباب العامة لانتهاء المبتسر للعقود الإدارية - والتي تنطبق على كافة العقود - نتقل في هذا الفصل الثاني لدراسة الانتهاء المبتسر لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد.

ولما كانت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تعتبر من أهم الخصائص البارزة والسمات المميزة في إنهاء العقد، لاسيما وأنها تؤدي إلى انقضاء العقد بصفة قطعية وانفصام الروابط التعاقدية بين الإدارة ومتعاقداتها، لذلك فإنها تعتبر سلطة خطيرة جداً بالنسبة لمصالح المتعاقد.

لذلك سوف نتناول في هذا الفصل دراسة سلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام وعقد الأشغال والتوريد والتعرف على صورها وأساسها القانوني، حيث أن لهذه السلطة أحكاماً تختلف باختلاف كل عقد من هذه العقود، علماً أن هذه السلطة تأخذ صورتين أو مظهرين (كما ذكرنا في الأسباب العامة لانتهاء العقد) هما: إنهاء الإدارة للعقد الإداري كجزء يقع على المتعاقد الذي أحلّ بالتزامه إخلالاً جسيماً، وهو ما يطلق عليه الفسخ الجزائي للعقد الإداري، ويسمى إسقاط الالتزام إذا كان يتعلق بعقد الالتزام.

وإنهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ودون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد. لذلك سنقوم بدراسة تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالنسبة لكل عقد على حدة.

المبحث الأول

الانتهاء المبسر لعقد الالتزام

ينتهي عقد الالتزام نهاية مبسرة إما بفسخ العقد جزاءً لارتكاب المتعاقد مع الإدارة أخطاء جسيمة (الإسقاط)، أو إنهائه لدواعي المصلحة العامة دون ارتكاب خطأ من المتعاقد (الاسترداد). وسنتناول هاتين الصورتين وفق المطلبين التاليين:

المطلب الأول

إسقاط الالتزام

أولاً- تعريف عقود الالتزام:

هناك مجموعة من عقود الالتزام التي يجمعها محل واحد مشترك ألا وهو إدارة واستغلال مرفق عام من قبل شخص عام أو خاص، ولكن يوجد بينهما فوارق تجعلها تتميز عن بعضها البعض وذلك على النحو التالي:

١- تعريف عقد التزام المرفق العام:

هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ على حريتها، وتسمى الإدارة في هذه الحالة بالسلطة المانحة، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم^١.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التزام المرفق العام بما يلي:

(إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك في مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن)^٢.

٢- عقد التزام الأشغال العامة:

ذلك العقد الذي يعهد فيه شخص عام إلى شخص آخر بتنفيذ أشغال عامة واستغلالها بنفسه مقابل رسوم يتم تحديدها وفقاً للنتائج المالية للاستغلال ويتقاضاه من

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

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢٥ مارس عام ١٩٥٦، ص ٢٥٩.

مستخدمي هذه الأشغال.

وتحدر الإشارة هنا إلى أن نقطة الالتقاء بين عقد الأشغال العامة وعقد التزام الأشغال العامة إنما تتمثل في أن كليهما يتعلقان من حيث المحل بتنفيذ أشغال عامة من قبل متعاقد معين، ولكن الفرق بينهما أن المتعاقد في عقد الأشغال يحصل على المقابل المالي لما تم تنفيذه من أشغال من الإدارة مباشرة على شكل ثمن محدد مسبقاً، أما المتعاقد في عقد التزام الأشغال العامة فيحصل على المقابل المالي لم يتم تنفيذه من أشغال، من خلال استقلال هذه الأشغال ذاتها واستثمارها لمدة محددة من الزمن عن طريق جباية رسوم من المنتفعين بهما^١.

٣- عقد التزام شغل الدومين العام:

هو العقد الذي تعهد فيه الإدارة إلى شخص آخر بجزء من الدومين العام مع منحه الحق في الانتفاع به والسماح له بممارسة سلطانه ونفوذه عليه.

٤- عقد تأجير المرفق العام:

هو العقد الذي تقوم فيه الإدارة بتأجير مرفق عام إلى شخص من أجل إدارته واستغلاله على حسابه ومسؤوليته مقابل أجر يتفق عليه^٢.

٥- عقد مقاوله الأشغال العامة:

هو العقد الذي تعهد فيه الإدارة إلى شخص آخر بتنفيذ أشغال عامة واستغلالها على حسابه ومسؤوليته مقابل أجر يتفق عليه لهذا الشخص.

فعقد مقاوله الأشغال العامة يختلف من ناحية أولى عن عقد الأشغال العامة، بأن المقاول وفقاً لعقد الأشغال العامة يقتصر على تنفيذ أشغال عامة لحساب شخص عام من أشخاص القانون العام ومن أجل تحقيق منفعة عامة دون استغلال أو إدارة هذه الأشغال، أما المتعاقد في عقد مقاوله الأشغال العامة يقوم بتنفيذ أشغال عامة لحساب شخص عام، بالإضافة إلى استغلال هذه الأشغال لحسابه مقابل أجر يتفق عليه مع

١ د. محمد عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١.

٢ د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص ١٨٠.

الإدارة صاحبة الأشغال.

كما أن عقد مقابلة الأشغال العامة يختلف من ناحية أخرى عن عقد التزام الأشغال العامة، بأن ملتزم الأشغال العامة في عقد الالتزام يقوم بتنفيذ واستغلال أشغال عامة على مسؤوليته وحسابه مقابل حصوله على رسوم يتقاضاها من مستخدمي هذه الأشغال، أما المتعاقد في عقد مقابلة الأشغال يقوم بتنفيذ واستغلال أشغال عامة على حسابه مقابل أجر (ثمن) يحصل عليه من الإدارة^١.

٦- عقد الامتياز:

هو عقد تكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر عاماً أو خاصاً باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك في مقابل مبلغ محدود من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جباية رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق^٢.

ثانياً - تعريف جزاء الإسقاط:

يُعرّف الفقيه "Jeze" جزاء الإسقاط بأنه: فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه^٣.

كما يعرفه الفقيه "Blondeau" بأنه: فسخ عقد الالتزام من جانب الإدارة من تلقاء نفسها ويؤدي إلى إعادة لطرح الالتزام في مناقصة عامة على مسؤولية الملتزم^٤.

كما يعرفه الفقيه "Waline" بأنه: ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي يمكن أن يصيب الملتزم لأنه يجرمه من جميع الحقوق التي يحصل عليها من عقد الالتزام، ويستبعده من إدارة المرفق مع الاحتفاظ بالتعويضات لصالح الإدارة عند اللزوم على مسؤولية الملتزم^٥. وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: «أنه وإن كان عقد الالتزام قد

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٢-٥٣.

٢ د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ١٠٤.

3 Jeze, Op. cit, p. 911.

4 Blondeau, Concessiop de service public, these Grenoble, 1992, p. 228.

5 Wolin, op. cit, p. 708.

نص صراحة على سحب الالتزام وليس على إسقاطه، إلا أن الإسقاط والسحب يتفقان في مدلولهما، وفي الآثار المترتبة عليهما وأن القصد 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 من تسميات»^١.

بيد أن اعتبار السحب مرادف للإسقاط من شأنه أن يؤدي إلى الخلط بين سحب الأعمال (وهو أحد الجزاءات الضاغطة التي لا يترتب عليها فسخ العقد) وبين الإسقاط الذي يعتبر أجد الجزاءات الفاسخة للعقد) لذلك يُفضل عدم إعطاء الإسقاط ألفاظ عديدة، فالإسقاط هو فسخ العقد جزاءً لخطأ المتعاقد الجسيم، فالعبرة بالمعاني لا بالألفاظ.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط بمعناه الدقيق لا يوجد إلا إذا كان منصوباً عليه صراحة في العقد، أما الحالات التي لا يكون منصوباً فيها على الإسقاط في العقد، والتي يصدر فيها الجزاء من القاضي طبقاً للقواعد العامة، فإنه يطلق عليه جزاء الفسخ^٢.

إلا أن هذه التفرقة تعرّضت لانتقاد الفقه الفرنسي.

فقد ذهب الفقيه "Jeze" إلى أنه: من الخطأ التفرقة بين الفسخ لأخطاء الملتزم والإسقاط بمعناه الدقيق لأنه لا يوجد إلا اختلاف في التعبير حيث أن كلاهما يستهدف نفس الغرض وهو استبعاد الملتزم نهائياً وإحلال ملتزم جديد محله، كما أن كلاهما يستلزم أخطاء جسيمة من الملتزم.

ثالثاً. الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط لا يوجد لصالح الإدارة إلا إذا كان منصوباً عليه صراحةً في العقد، وأن جزاء الفسخ لأخطاء الملتزم هو الجزاء الذي

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للأعوام ١٩٦٦ - ١٩٨٤.

2 (H). Prieux, op. cit, p. 147.

يحل محل الإسقاط في حالة عدم النص صراحة على الإسقاط في العقد^١.
وطبقاً لهذا الرأي، يكون جزاء الإسقاط تدبير تعاقدى وليس من النظام العام،
حيث لا تستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم في حالة سكوت العقد.

إلا أن غالبية الفقه الفرنسي قد ذهب - على خلاف الرأي السابق - إلى أن
جزاء الإسقاط من النظام العام وأنه يوجد حتى ولو لم يكن منصوباً عليه صراحة في
العقد أو دفاتر الشروط. حيث ذهب الفقيه الفرنسي "Jeze" إلى أن: جزاء الإسقاط
يعتبر من النظام العام، وأن هذه قاعدة مسلم بها، ويمكن تبريرها في نظره في أن استبعاد
الإسقاط كجزاء عن أخطاء الملتزم، وحتى الأخطاء الجسيمة يتساوى مع شرط بعدم
المسؤولية وهو ما لا يجوز، وأن سير المرفق العام بانتظام يستلزم أن يكون للسلطة مانحة
الالتزام الحق في تغيير الملتزم إذا تعرض سير المرفق محل الالتزام للخطر بدرجة كبيرة^٢.

كما ذهب الفقيه "Bonnard" إلى أن جزاء الإسقاط يعتبر تدبيراً من النظام
العام، حيث يمكن صدوره في حالة غياب أي شرط في العقد يقرره، وحتى في حالة وجود
شرط يحظر وجوده^٣.

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن جزاء الإسقاط يعتبر من النظام العام، وأنه
يوجد دائماً لصالح الإدارة في جميع الحالات، حتى ولو لم يكن منصوباً عليه
صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، بل أنه يوجد حتى في حالة وجود نص في العقد
يُحظر على الإدارة ممارسته.

ويترتب على اعتبار جزاء الإسقاط من النظام العام النتائج الهامة التالية:

١- أن هذا الجزاء يوجد لصالح الإدارة في جميع الحالات من تلقاء نفسه دون
حاجة على النص عليه صراحة، فجزاء الإسقاط يوجد حتى في حالة عدم النص عليه

1 Blondeau, Op. cit, p. 239.

2 Jeze. Op. cit, p. 919.

3 (R) Bonnard. Précis dedroit amministratil éd: L. G. D. J. 3e. éd 1970. P. 0401.

صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط، أي في حالة سكوت العقد، وهذه قاعدة مسلم بها في الفقه الفرنسي^١ والمصري^٢ والسوري.

وهذا ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري والتي قررت أن الإدارة تتمتع بالحق في توقيع الجزاءات المختلفة في نطاق العقود الإدارية حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد، وبالطبع فإن جزاء الإسقاط من بين هذه الجزاءات^٣.

وكذلك ما قرره 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 المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر»^٤.

٢- أن جزاء الإسقاط يوجد بقوة القانون دون حاجة للنص عليه صراحة في عقد الالتزام أو في قانون أو لائحة، فوجود شرط صريح يقرر هذا الجزاء ليس له فائدة اللهم إلا تحديد الحالات التي يجوز عند توافرها إسقاط الالتزام وتحديد إجراءاته ونتائجه، فالإسقاط يوجد في جميع الأحوال حتى في خارج النصوص التعاقدية، بمقتضى سلطة الجزاء التي توجد في جميع الأحوال لصالح الإدارة من تلقاء نفسها^٥.

٣- لا يمكن حرمان الإدارة من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بصفة عامة بمقتضى شرط صريح في العقد فمثل هذا الشرط يعتبر مخالفاً للنظام العام ويتساوى مع شرط بعدم

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٩٤.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٩٤، د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص ٣٦٦.

٣ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٥٤٧ لعام ١٩٦٢/٨/٢٩ مذكور لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٣.

٤ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٥٤٧ لعام ١٩٦٢/٨/٢٩ مذكور لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٣.

٥ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٢٠، في القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٢.

مسؤولية الملّزم، ويعتبر إعلاناً عن الإهمال وعدم مبالاة الإدارة مانحة الالتزام.

٤- إذا ورد نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط يسمح للإدارة بممارسة جزاء الإسقاط، فإن مثل هذا النص لا يعتبر نصاً منشأً لحق الإدارة في توقيع جزاء الإسقاط، بل هو مجرد نص مقرر لحق موجود أصلاً بمقتضى القواعد العامة لنظرية العقد الإداري، ولكن الإدارة في فرنسا لا تستطيع أن توقع جزاء الإسقاط في حالة عدم وجود نص صريح في عقد الالتزام يعطيها الحق في ذلك، بل يجب عليها في هذه الحالة أن تطلب من القاضي توقيع هذا الجزاء على الملّزم المقصر.

لعلّ مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة أفضل من نظيره المصري والسوري اللذان لم يتطلبا تدخل القاضي في توقيع هذا الجزاء وإنما أعطيا هذا الحق للإدارة سواء نص عليه في العقد أم لم ينص.

رابعاً. التفرقة بين جزاء الإسقاط والنظم القانونية المشابهة له:

توجد بعض النظم القانونية التي تقترب من الإسقاط في بعض أحكامها، إلا أنها تختلف في طبيعتها والغرض منها عن جزاء الإسقاط.

١- التمييز بين إسقاط الالتزام واسترداد الالتزام:

يمكن تعريف استرداد الالتزام - كما سنرى فيما بعد - بأنه إجراء انفرادي صادر من جانب الإدارة مانحة الالتزام أثناء تنفيذ عقد الالتزام وقبل نهاية مدته العادية المنصوص عليها في العقد وذلك بقصد إنهاء هذا العقد واسترجاع المرفق العام محل الالتزام من الملّزم لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو مصلحة المرفق كإعادة تنظيمه أو تحويل طريقة إدارته من نظام الالتزام إلى نظام الإدارة المباشرة من جانب مانح الالتزام، وذلك مقابل قيام مانح الالتزام بتعويض الملّزم تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل موعده الطبيعي.

وبالرجوع إلى أحكام كل من الإسقاط والاسترداد نجد أنهما يتفقان من ناحية أن كليهما يؤدي إلى إنهاء عقد الالتزام نهاية قطعية وإلى استبعاد الملّزم بصفة نهائية من إدارة واستغلال المرفق العام محل الالتزام.

إلا أنهما يختلفان من عدة نواحي:

فمن ناحية أولى: إن الإسقاط - في فرنسا - يصدر عادةً من قاضي العقد وليس من الإدارة مانحة الالتزام اللهم إلا إذا احتفظت الإدارة بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بمقتضى شرط صريح في العقد أو دفاتر الشروط، أما استرداد الالتزام فإنه يصدر دائماً من الإدارة مانحة الالتزام بناءً على سلطتها التقديرية في تقدير احتياجات المرافق العامة والمصلحة العامة، ولا يمكن أن يصدر استرداد الالتزام من قاضي العقد، لأن ذلك من اختصاصات الإدارة التي لا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها. كما أن القاضي لا يستطيع أن يتدخل في اختصاصات الإدارة العامة أو في سير المرفق العام^١.

ومن ناحية ثانية: فإن الغرض المقصود من الإسقاط يختلف تماماً عن الغرض من الاسترداد، فالإسقاط هو جزاء توقعه الإدارة أو قاضي العقد على الملتزم نتيجة ارتكابه مخالفات جسيمة في تنفيذ التزاماته العقدية حتى لا يتعرض المرفق العام محل الالتزام للخطر أو التوقف، بينما الاسترداد لا يحمل مطلقاً صفة الجزاء، بل هو إجراء يُقصد به مصلحة المرفق العام وحده، ولذلك تمارسه الإدارة ولو لم يرتكب الملتزم أي خطأ في تنفيذ التزاماته^٢.

ومن ناحية ثالثة: فإن الملتزم لا يستحق في حالة الإسقاط أي تعويض عن إنهاء عقده نتيجة لما صدر عنه من أخطاء جسيمة، بل إن الإدارة يمكنها أن تطالبه بدفع تعويضات لها عن الأضرار التي لحقت بالمرفق العام محل الالتزام نتيجة أخطائه الجسيمة بينما الملتزم يستحق في حالة استرداد الالتزام تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل موعده الطبيعي دون صدور أي خطأ من جانبه^٣.

1 (G) Jeze, op.Cit.p.1205.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٨.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٩.

٢- التمييز بين إسقاط الالتزام ووضع المرفق تحت الحراسة:

يقصد بجزء وضع المرفق تحت الحراسة الإبعاد المؤقت من جانب الإدارة للملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية عن إدارة واستغلال المرفق محل الالتزام، مع قيام الإدارة بنفسها بإدارة واستغلال المرفق حتى تضمن السير المنتظم والمستمر للمرفق^١.

ويتفق جزء الإسقاط مع جزء وضع المرفق تحت الحراسة في أن كليهما يوجدان دائماً لصالح الإدارة، ولو لم يكن منصوباً عليهما في العقد، وأن الإدارة تملك سلطة تقرير أي منهما في حالة ارتكاب الملتزم لمخالفات جسيمة في تنفيذ التزاماته كالتوقف الكلي أو الجزئي من جانب الملتزم عن تنفيذ التزاماته أو توقف المرفق كلياً أو جزئياً عن الاستغلال أو عجز الملتزم عن تنفيذ التزاماته أو قصوره أو عدم كفاءته^٢ ومع ذلك فإن جزء الإسقاط يختلف عن جزء وضع المرفق تحت الحراسة من عدة وجوه:

١- يترتب على جزء الإسقاط استبعاد الملتزم نهائياً من إدارة المرفق محل الالتزام وانتهاء عقد الالتزام بصفة قطعية، في حين أن جزء وضع المرفق تحت الحراسة - على العكس من ذلك - لا يترتب عليه الاستبعاد النهائي للملتزم، بل يترتب عليه الاستبعاد المؤقت للملتزم من إدارة المرفق وحلول مانح الالتزام محله مؤقتاً في إدارة المرفق، كما إنه لا يترتب على هذا الجزء نهاية العقد، لكنه يجرمه مؤقتاً من ممارسة حقوقه التي اكتسبها من العقد^٣.

٢- يعتبر جزء الإسقاط جزءاً فاسخاً لعقد الالتزام، في حين أن جزء وضع المرفق تحت الحراسة يعتبر جزءاً ضاعطاً يُقصد به تحديد الملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته وإرغامه على تنفيذها على الوجه الصحيح وفقاً لنصوص العقد والقانون^٤.

١ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

2 (M) Waline, op.Cit.p7/0.

3 C.E 29october 1962. Villed st-Etinne. Res p.911

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢١٣.

٤ د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

٣- بما أن جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يعتبر جزاء مؤقتاً، فإنه ينتهي بإحدى الصورتين:

إمّا أن يستعيد الملتزم إدارة المرفق بناءً على انتظامه في تنفيذ التزاماته العقدية، وإما أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط على الملتزم في حالة استمراره في تجاهل التزاماته وعدم تنفيذها، إلا أن الإدارة لا تلجأ عادةً إلى فرض جزاء الإسقاط إلا عندما يتبين لها عدم نجاح جزاء وضع المرفق تحت الحراسة في حث الملتزم على تنفيذ التزاماته العقدية، ولكن ذلك لا يعني 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 جسامته المخالفة التي ارتكبتها الملتزم، وفي توقيع الجزاء المناسب لهذه المخالفة تحت رقابة القاضي^١.

٤- إن الإدارة - في فرنسا - تستطيع توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، في حين أن الإدارة لا تستطيع فرض جزاء الإسقاط بنفسها بل لا بد من اللجوء إلى القضاء لتقريره إلا إذا احتفظت لنفسها بهذا الحق بمقتضى نص في العقد أو دفاتر الشروط.

خامساً. شروط توقيع جزاء الإسقاط:

نظراً لقسوة جزاء الإسقاط بالنسبة للملتزم وخطورته على حقوقه المالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أحاط هذا الجزاء بقيود عديدة مثل حرمان الإدارة من حق ممارسة هذا الجزاء تلقائياً في حالة عدم احتفاظها بهذا الحق صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط، وتشدد مجلس الدولة في طبيعة الأخطاء التي تبرر توقيع هذا الجزاء، وتشدد أيضاً في ضرورة الإعذار وتمكين الملتزم من تقديم أوجه دفاعه، ثم اعترافه للقاضي الإداري بسلطات واسعة في مواجهة قرارات الإسقاط في حالة عدم مشروعيتها أو عدم وجود ما يبررها لتشمل سلطتي الإلغاء والتعويض، على خلاف جزاء فسخ العقود الإدارية الأخرى والتي يقتصر

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

حق القاضي في مواجهة عدم مشروعيتها على سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد المفسوخ عقده دون سلطة الإلغاء.

ومن شروط توقيع جزاء الإسقاط:

١- اختصاص القاضي بتقرير جزاء الإسقاط:

استقر مجلس الدولة الفرنسي - على خلاف مجلس الدولة المصري - على اختصاص قاضي العقد - كقاعدة - بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نص في العقد أو دفاتر الشروط يمنح هذا الاختصاص صراحة للإدارة مانحة الالتزام.

ويرى الفقه الفرنسي أن هذه القاعدة مناقضة لنظام توقيع الجزاءات الفاسخة للعقود الإدارية الأخرى حيث لا تملك الإدارة في مجال عقد الالتزام - على خلاف العقود الإدارية الأخرى - امتياز المبادرة بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام^١.

ويرجع الفقه ضرورة صدور جزاء الإسقاط من قاضي العقد 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 انفرادي وتعسفي من جانب الإدارة مانحة الالتزام، فضلاً عن النتائج الخطيرة والمدمرة للإسقاط على المركز المالي للملتزم^٢.

ويرى الفقهاء (De laubadere, Moderne et Delvolve) أن القاعدة المتعلقة بضرورة صدور جزاء الإسقاط من القاضي يجب أن تنطبق كذلك على العقود الإدارية الأخرى خلاف عقد الالتزام، تلك العقود التي تتضمن من جانب المتعاقد تنفيذ واستغلال أعمال تحتاج إلى استثمارات مالية كبيرة يتم استهلاكها خلال فترة زمنية طويلة مثل عقود مقاوله الأشغال العامة والعقود المتضمنة شغل الدومين العام.

1 A.Delaubadere, op.Cit.p.85.

٢ د. طعمية الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، ص ٦١٥.

ونحن نرى أن هذا الرأي قريب إلى الصواب لأن من شأنه أن يؤدي إلى توحيد أحكام الفسخ بالنسبة لكل العقود دون تمييز عقد عن آخر، فحقوق المتعاقدين ومصالحهم واحدة وإن اختلفت مقدارها من عقد لآخر، ولكن خوفاً من البطء في إجراءات التقاضي وأثر ذلك على المرفق العام، فإنه يستحسن الاكتفاء بأخذ موافقة أو رأي مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ على أن يكون هذا الرأي ملزماً (بحيث يكون قرار الإدارة معلق على شرط هو ضرورة الحصول على موافقة مجلس الدولة، وإلا اعتبر قرار الإدارة غير مشروع).

وتطبيقاً لذلك، يُفضل إنشاء غرفة مستعجلة أو لجان لفسخ العقود في مجلس الدولة السوري على غرار اللجنة المنصوص عنها في المادة /٥٣/ من قانون العقود السوري التي أدت الكثير من الإيجابيات، مع الانتباه إلى محاذير تلك اللجنة «والتي سبق أن أشرنا إليها» وأخصها ما يتعلق بقرارات هذه اللجنة التي يجب ألا تكون قرارات قطعية غير قابلة للطعن.

ويلاحظ أنه عندما يخضع تقرير جزاء الإسقاط لاختصاص القاضي نفسه، فإن القاضي يستطيع أن يستخدم الغرامة المالية التهديدية لإجبار الملتزم المستبعد على مغادرة المكان وإخلائه^١.

من جهة أخرى، فإذا لم تحتفظ الإدارة مانحة الالتزام لنفسها صراحة في عقد الالتزام أو دفاتر الشروط بالحق في ممارسة جزاء الإسقاط، فإنه لا يجوز للإدارة في هذه الحالة تقرير الإسقاط من تلقاء نفسها، بل لا بد أن تلجأ إلى القاضي ليقرر هذا الإسقاط.

1 C.E 27 November 1982, ste' tourisme,A
J.D.A. 1985.p.367

وتجدر الإشارة إلى أن قرار الإدارة بإسقاط الالتزام بالمخالفة لعقد الالتزام الذي لا يمنح الإدارة الحق في تقرير الإسقاط بنفسها يعتبر قراراً غير مشروع حتى ولو كان الملتزم يستحق بالفعل جزاء الإسقاط^١.

أما في مصر، فإن مجلس الدولة المصري - على خلاف مجلس الدولة الفرنسي - قد استقر في أحكامه المتواترة على أن جزاء الإسقاط لا يتطلب تدخل قاضي العقد، بل يكفي لتوقيع هذا الجزاء على الملتزم المقصر صدور قرار من جانب السلطة مانحة الالتزام، سواء كان حق الإدارة بالإسقاط منصوصاً عليه في العقد أو غير منصوص عليه.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في عام ١٩٧٧، حيث جاء في هذا الحكم: (ليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء (جزاء الإسقاط) لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله - بقرار منه - توقيع الغرامات أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، كما له بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا احتل المرفق اختلافاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء، ولا يتطلب الأمر حكماً من المحكمة المختصة، بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام)^٢.

أما في سورية، فإن مجلس الدولة لم يستعمل في أحكامه مصطلح الإسقاط، وكذلك فعلت الجهات العامة في عقودها، وإنما تم استخدام مصطلح الفسخ أو الإنهاء أو الإلغاء للدلالة على الفسخ الجزائي لعقد الالتزام.

(G) Jeze, op.Cit.p.290.1

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً.

ولعلّ مسلك مجلس الدولة السوري محمود من ناحيتين:

١- أنه لم يقيم مرادفات لمصطلح الفسخ كما فعل مجلس الدولة الفرنسي والمصري، لأن العبرة بالمعاني وليست بالألفاظ والمباني، فالإسقاط هو فسخ للعقد.

٢- إن إعطاء الحق للإدارة بتقرير جزاء الفسخ دون حاجة اللجوء إلى القضاء ينسجم مع الطبيعة القانونية لهذا الحق من كونه يتعلق بالنظام العام، وتتمتع به الإدارة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وسواء نص عليه في العقد أم لم ينص، إلاّ أنه يستحسن أخذ موافقة من مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ، على أن تكون هذه الموافقة ملزمة للإدارة.

٢. أفعال الملتزم التي تبرر توقيع جزاء الإسقاط:

يستلزم جزاء الإسقاط صدور خطأ جسيم من جانب الملتزم في تنفيذ التزاماته الواردة بعقد الالتزام أو دفاتر الشروط.

وبالطبع فإن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها الملتزم يكون من شأنها أن تخل بسير المرفق العام بانتظام واطراد على نحو مستمر، وتقيم الدليل على عدم قدرة الملتزم على تسير المرفق العام «محل الالتزام»^١.

فمخالفة الملتزم لالتزاماته العقدية لا تعتبر خطأ عقدياً، ولكنها تعتبر كذلك خطأ ضد المرفق العام^٢.

ويرى الفقه الفرنسي أن جزاء الإسقاط يتطلب صدور خطأ جسيم من الملتزم، ويرجع ذلك إلى أنه إذا كان المرفق العام يجب أن يُدار بدون توقف، وإذا كانت أخطاء الملتزم يمكن أن تلحق الضرر باستمرار المرفق، أو على الأقل تضر بالسير المنتظم للمرفق، إلاّ أنّه نظراً لطول مدة عقد الالتزام وضخامة المبالغ المالية التي ينفقها الملتزم على إعداد

1 (G) Jeze, op.Cit. p.925

٢ د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ١٩٧.

المرفق واستغلاله، فإنه لا يمكن أن يُجرم الملتزم من حقوقه إلا لأسباب جادة مثل أخطائه الجسيمة^١.

كما أن مجلس الدولة المصري يتطلب صدور خطأ جسيم من الملتزم من أجل توقيع جزاء الإسقاط، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣ مارس عام ١٩٥٧ إلى : (وإذا كان سحب الالتزام يعتبر جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة)^٢.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ إلى ذات المعنى حيث تقول: (كما يثبت لمناح الالتزام دائماً - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا احتل المرفق اختلالاً كلياً أو جزئياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو أن يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام...)^٣.

وحتى يكون الخطأ جسيماً يجب أن يقيم الملتزم الدليل على عدم قدرته نهائياً على تسيير المرفق العام بانتظام، أي أن تكون عدم قدرة الملتزم دائمة وليست مؤقتة، فإذا كانت مؤقتة، فإن الملتزم يستحق جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وليس جزاء الإسقاط^٤.

وعلى الرغم من أن جزاء الإسقاط يصدر في الغالب لنفس الأخطاء التي تبرر توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، إلا أنه ليس هناك تماثل أو تطابق بين الأخطاء التي

1 (A) Blondeau, op.Cit. p.231.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣ مارس ١٩٥٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً من سنة ١٩٤٦-١٩٦١.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - المكتب الفني - ص ١٢٥.

4 (G) Jeze, op.Cit. p.925

تبرر توقيع كل من الجزاءين. ويرجع ذلك إلى أن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يتطلب أن يكون الملتزم غير قادر على إدارة المرفق العام «محل الالتزام» بصفة مؤقتة، بينما يتطلب جزاء الإسقاط على العكس أن يكون الملتزم غير قادر على إدارة وتسيير المرفق العام بصفة دائمة ومستمرة.

فإسقاط الالتزام يفترض دائماً أن الملتزم قد ارتكب أخطاء إدارية أو فنية أو مالية جسيمة تهدد المرفق بالانهيار، أما الأخطاء اليسيرة فقد تتغاضى عنها جهة الإدارة مانحة الالتزام، وقد تواجهها بجزاء الوضع تحت الحراسة^١.

ويتطلب مجلس الدولة الفرنسي في الخطأ الذي يبرر توقيع جزاء الإسقاط أن يكون على درجة خاصة من الجسامة، أو أن ينطوي هذا الخطأ على تجاهل منتظم من جانب الملتزم لالتزاماته المتعلقة بالتنظيم الفني والمالي للمرفق العام. لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن توقف الملتزم عن تنفيذ عقده لا يعتبر خطأ جسيماً من جانبه يبرر إسقاط التزامه طالما أن الملتزم قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية واللازمة لتنفيذ عقده في ذات التاريخ الذي صدر فيه قرار إسقاط الالتزام. فعندما تقوم الإدارة مانحة الالتزام بإسقاط الالتزام من أجل خطأ يسير، أو من أجل خطأ يمكن تداركه، فإن ذلك يقيم المسؤولية العقدية لمناح الالتزام تجاه الملتزم المبعد^٢.

وفي هذا المجال فإن قاضي العقد يملك سلطة واسعة في تقدير جسامة الوقائع المنسوبة للملتزم، وما إذا كانت تشكل خطأ جسيماً من شأنه أن يبرر جزاء الإسقاط. ولذلك فعندما ينص العقد أو دفاتر الشروط على استحقاق الملتزم لجزاء الإسقاط بقوة القانون بخصوص مخالفات محددة، فإن ذلك لا يمنع القاضي من تقدير مدى جسامة هذه المخالفات^٣.

١ د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٩، ص ٥٠٠.

2 C.E6 Juillet 1995, Ville de Bastia Rec.p393.

3 A De laubadere et autres. Contrats. Op.Cit. p.158.

فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه إذا اشترط العقد أو دفاتر الشروط جزاء محددًا بخصوص خطأ محدد، فإن الإدارة لا تستطيع أن تطبق جزاء آخر على المتعاقد خلاف هذا الجزاء.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض هذه القاعدة في مجال جزاء الإسقاط واستبعدا بسبب مقتضيات العمل، وقضى بإحلال جزاء الإسقاط محل جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، وإحلال جزاء وضع المرفق تحت الحراسة محل جزاء الإسقاط^١.

كما قضى مجلس الدولة بأن توقف المرفق الذي يرجع إلى ظروف الحرب وإلى موقف مانح الالتزام لا يمكن أن يبرر جزاء الإسقاط، وأن الخطأ الذي تطلب الإدارة توقيع جزاء الإسقاط من أجله قد يبرر جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، ولكنه لا يبرر جزاء الإسقاط^٢.

هذا وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أخطاء الملتزم التالية من قبيل الأخطاء الجسمية التي تبرر توقيع جزاء الإسقاط:

١- توقف الملتزم عن استغلال المرفق، فتوقف الملتزم عن استغلال المرفق العام يبرر توقيع الإسقاط مهما كانت الصعوبات التي تواجه الاستغلال، حتى لو كانت هذه الصعوبات مالية، فإذا كانت الصعوبات المالية التي تواجه الملتزم في استغلال المرفق يمكن أن تبرر له أن يطلب تعويضاً عنها من الإدارة مانحة الالتزام، أو أن يطلب فسخ العقد، فإنها لا يمكن أن تبرر للملتزم التوقف النهائي والافرادي من جانبه عن استغلال المرفق، ولذلك فإن الملتزم يستحق في هذه الحالة جزاء الإسقاط، كما أن الملتزم يستحق جزاء الإسقاط نتيجة توقفه عن استغلال المرفق حتى ولو ارتكبت السلطة مانحة الالتزام أخطاء عقدية^٣.

1 C.E 30 Mars 1993, Ville de Louhans, Rec.p.481.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٩٣.

3 C.E 27 September 1985, Compagine fran caise
Dirrigation. Res.p.686.

كما يستحق الملتزم كذلك جزاء الإسقاط لتوقفه عن الاستغلال الناتج عن هروبه وفراره أمام غزو العدو، حيث يجب على الملتزم أن يقوم بتأمين سير المرفق العام محل الالتزام، اللهم إلا إذا كانت استحالة قيامه راجعة إلى قوة قاهرة أو فعل الإدارة مانحة الالتزام^١.

وكل ما سبق راجع إلى المبدأ السائد في القانون الإداري للعقود الإدارية والذي بمقتضاه لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بعدم تنفيذ العقد الإداري في مواجهة الإدارة، نظراً لأن تعاون المتعاقد مع الإدارة ومساهمته في تسيير المرفق العام لا يجب أن تتوقف إلا في حالة الاستحالة نتيجة القوة القاهرة، بل حتى في حالة مخالفة الإدارة لالتزاماتها، فالدفع بعدم تنفيذ العقد المسلم به في القانون المدني لا ينطبق في العقود الإدارية، حتى إذا خالفت الإدارة «مانحة الالتزام» التزاماتها العقدية^٢.

أمّا إذا توقف المرفق عن الاستغلال، ومع ذلك قام الملتزم باتخاذ كل ما يمكن من أجل إعادة تشغيله، فإن الملتزم لا يستحق جزاء الإسقاط في هذه الحالة^٣.
ويلاحظ أن إفلاس الملتزم أو التصفية القضائية للشركة الملتزمة لا يعتبر في حد ذاته خطأ عقدياً من جانب الملتزم يوجب جزاء الإسقاط، اللهم إلا إذا ورد نص صريح في العقد يقضي بإسقاط الالتزام بقوة القانون في حالتي الإفلاس أو التصفية القضائية^٤.
أما إذا ترتب على الإفلاس أو التصفية القضائية توقف المرفق عن التشغيل وعن تقديم خدماته للجمهور، فإن ذلك يعتبر خطأً عقدياً يبرر توقيع جزاء الإسقاط^٥.
٢- ترك الملتزم للمرفق دون أن يقوم بتأمين استمرار تشغيل المرفق^٦.

1 C.E 7 Janvier 1976, Ville de Amiens. Rec.p.11.

٢ د. طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٩٤-٩٥.

3 A. De Laubadere et autres, Contratd, op.Cit. p.206.

٤ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

5 C.E23 Fevrier 1983, Boue' motifs. Res, p.206.

٦ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٩٥.

- ٣- استخدام الملتزم لأدوات وآلات معينة في استغلال المرفق.
 - ٤- عدم انتظام الطاقة الكهربائية والناتج عن قصور وعدم كفاية الأدوات المستخدمة في استغلال المرفق.
 - ٥- عدم المبالاة والإهمال التام من جانب الملتزم في استغلال المرفق وتشغيله بما يقل عن الحد الأدنى المتفق عليه في العقد.
 - ٦- عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بواسطة مانح الالتزام ورفضه إمداد مانح الالتزام بالحسابات التفصيلية لعملياته، يبرر الفسخ الجزائي لعقد الالتزام^١.
 - ٧- الإخلال المستمر والمتواتر من جانب الملتزم لالتزاماته العقدية.
 - ٨- تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقد من الباطن مع الغير بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام، وهذا ما يأخذ به القضاء المصري والسوري^٢.
 - ٩- رفض الملتزم الخضوع لأوامر السلطة مانحة الالتزام.
 - ١٠- عدم احترام الملتزم لمدد التنفيذ المنصوص عليها في دفاتر الشروط.
- وفي سورية، فإن عقود تنقيب النفط وتنميته وإنتاجه تنص عادة على اعتبار بعض الأفعال التي يقوم بها المتعاقد أخطاء جسيمة، تعطي الحق للحكومة «الجهة مانحة الالتزام» سلطة إلغاء العقد لإخلال الملتزم به، ومن هذه الأخطاء الجسيمة الموجبة لإلغاء العقد^٣:
- ١- تقديم المتعاقد عن علم إلى الحكومة بيانات غير صحيحة، وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري في إبرام العقد.

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

٢ راجع في ذلك د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٩٧.

حسام فيصل، المرجع السابق، ص ١٠٨-١١١.

٣ 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.

- ٢- إذا استخرج عمداً دون ترخيص من الحكومة أية فلزات غير النفط مما يسمح به هذا العقد، وذلك باستثناء ما لا يمكن تجنب استخراجه نتيجة للعمليات الجارية بموجب هذا العقد وفقاً للأصول المقبولة في صناعة النفط.
- ٣- إذا لم ينفذ أي حكم قضائي نهائي صدر نتيجة نزاع أو خصومة أو مطالبة تنشأ بين الحكومة والمقاول أو الشركة العاملة يتعلق بتفسير العقد أو تطبيقه أو تنفيذه.
- ٤- إذا تنازل عن أي من مصالحه الناشئة عن هذا العقد دون موافقة خطية من الحكومة في الحالات التي تقتضي هذه الموافقة....».
- ٥- إذا ارتكب مخالفة جوهريّة لهذا العقد أو لأحكام القانون رقم «٧» لسنة ١٩٥٣.

٣- التزام الإدارة بإعذار الملتزم:

إن جزاء الإسقاط يؤدي إلى استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق وإلى دمار وانقلاب الاستثمارات المالية التي أنفقها على إعداد المرفق واستغلاله، فجزاء الإسقاط هو جزاء قاسي جداً، لذلك فهو يقتضي إعطاء الملتزم أكبر قدر من الضمانات الممكنة. ومن أهم هذه الضمانات إعذار الملتزم، أي الإنذار الرسمي للملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، والإعذار هو دعوة رسمية للملتزم من أجل تنفيذ التزاماته على وجه صحيح^١.

فعندما يحق للإدارة بمقتضى نص في العقد أن تقرر جزاء الإسقاط بنفسها، فإنها لا تستطيع أن تقرر هذا الجزاء - مثل أي جزاء آخر تملك توقيعه - إلا بعد اعذار سابق ترسله للملتزم حتى يقوم بالوفاء - خلال مهلة معقولة - بالالتزامات التي تمثل مخالفتها خطأ من جانبه.

والإعذار في مجال الإسقاط لا يقتصر فقط على إنذار موجه إلى الملتزم، ولكنه يجب على أثر هذا الإنذار أن تقوم الإدارة بمنح مهلة معقولة للملتزم الذي لم يبذل كل

1 (G) Jeze, op.Cit. p.937.

جهوده لتنفيذ التزاماته، أو الذي يكون عاجزاً عن أن يقوم بالاستغلال العادي للمرفق، لكي يقوم بتنفيذ التزاماته، وأن تتناقش معه وتمكنه من تقديم أوجه دفاعه^١.

وبلاحظ أن دفاتر الشروط الملحقة بعقود الالتزام في فرنسا تنص صراحة على ضرورة قيام الإدارة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، وعلى المدة التي يعقب انتهاءها إمكانية قيام الإدارة باتخاذ هذا الجزاء^٢.

ومع ذلك، فإنه حتى في حالة سكوت العقد عن تطلب الإعذار - أي في حالة عدم النص صراحةً على وجوب الإعذار في العقد أو دفاتر الشروط - فإن الإعذار يكون واجباً وملزماً للإدارة قبل توقيع جزاء إسقاط الملتزم^٣.

وبناءً على ما سبق، فإن جزاء الإسقاط يكون غير مشروع ومخالفاً للقانون عندما لا يكون مسبقاً بإعذار الملتزم طبقاً للأشكال المنصوص عليها في النصوص العقدية.

ولذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يقوم بالتأكد من التزام الإدارة المتعاقدة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، كما أنه لم يتردد في رفض طلب الإدارة بتقرير جزاء الإسقاط عندما يتضح من ظروف القضية أن الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم، كما لم يتردد كذلك في الحكم بإلغاء قرار الإدارة بإسقاط الملتزم عندما يتضح له أن الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه^٤.

أمّا في مصر، فإن مجلس الدولة المصري لم يتعرض في أحكامه لضرورة الإعذار قبل إسقاط الملتزم^٥.

وهذا ما دعا جانب من الفقه المصري إلى القول بأنه لا يشترط إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط^١.

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٠٥.

3 C.E 11 Juin 1993, Ste des forces motrice
Du lac blue.Res. p.660.

4 C.E28 November, 1997, Commune de Menerville, Rec.p.997.

٥ راجع مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً، ص ٣٠٠.

ومع ذلك، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٧٧ إلى وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، وفي ذلك تقول: «يثبت لمانح الالتزام دائماً - بجانب الجزاءات الأخرى - إسقاط الالتزام، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين، أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء»^٢.

أما المشرع المصري، فإن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية لم يتضمن أية مواد تشير إلى وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه.

وبالنسبة لموقف الفقه في مصر، فإن الدكتور عبد المجيد فياض يرى أنه يجب إعدار الملتزم مسبقاً بإسقاط الالتزام، تطبيقاً لتلك القاعدة الأصولية التي تملّي ضرورة الإعدار بالجزاء أياً كان^٣.

وكذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد يرى أنه يجب إعدار الملتزم قبل قيام الإدارة بإسقاط الالتزام باعتبار أنه يشكل ضماناً هامة للملتزم إزاء سلطة الإدارة في اتخاذ هذا الجزاء القاسي، اللهم إلا إذا ورد نص صريح في العقد ينص صراحة على إعفاء الإدارة من ضرورة الإعدار، أو كانت ظروف الحال تجعل الإعدار غير ذي فائدة كما لو أقر الملتزم بعدم تنفيذ التزاماته^٤.

أما في سورية، فإن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ لم يشير إلى وجوب إعدار الملتزم

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١١٠ الصادر في ٣٠ ديسمبر عام ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - المكتب الفني. مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٥٩٠.

٣ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٠٦.

قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه وهذا ما ذهب إليه أيضاً الفقه الإداري الذي لم يعتبر الإعذار شرطاً أساسياً إلا عندما ينص العقد على ذلك^١.

أما مجلس الدولة السوري، فقد ذهب إلى وجوب الإعذار 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 هي ثبوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده أو إساءة تنفيذه رقم تنبيهه مراراً أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة بموقف إيجابي من المتعهد أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة دون إرادة المتعهد، أما الشروط الإجرائية فهي توفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط مارة البيان ومنها الإنذارات المتكررة»^٢.

سادساً. الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط:

يعدّ جزاء الإسقاط جزاءً قاسياً لكل من الملتزم وكذلك للسلطة مانحة الالتزام، فقد ذهب مفوض الحكومة الفرنسي «Romieu» إلى أن: «جزاء الإسقاط جزاءً حاسماً جداً وقاسياً جداً بالنسبة للملتزم ومزعجاً بالنسبة للسلطة مانحة الالتزام التي لا ترغب في أن ترى المرفق العام معطلاً أو أن هناك اختلالاً في إدارته»^٣.

١ د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٤٠، في القضية رقم ٢٠ لعام ١٩٨٠، مشار إلى هذا الحكم لدى المحامي مصباح المهاني، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

راجع في ذلك أيضاً: بعض النماذج لعقود الالتزام في سورية، كعقد تنقيب النفط المبرم بين حكومة الجمهورية العربية السورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغاز، والذي نص على ضرورة إعذار الملتزم قبل اللجوء إلى إنهاء العقد من قبل الجهة مانحة الالتزام.

3 A.Delaubadere et autres. Contrats. Op.Cit.p.156.

وهذه القسوة المقرونة بجزاء الإسقاط جعلت القضاء الفرنسي يهجر فكرة أنه في حالة سكوت العقد، فإن الإسقاط هو الجزاء الوحيد الممكن توقيعه على الملتزم طالما أن العقد لا ينص على أية جزاءات.

أما الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط فتتمثل بما يلي:

١- يترتب على صدور جزاء الإسقاط إنهاء العقد بصفة قطعية، وانقضاء العلاقات العقدية بين كل من مانح الالتزام والملتزم، وهذا ما يميّز جزاء الإسقاط عن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، فالأول جزاء نهائي ينقضي به العقد، أما الثاني فهو جزاء ضاغط ومؤقت لا ينهي العقد، بل يقصد به الضغط على الملتزم وحثه على تنفيذ التزاماته.

وإذا كان جزاء الإسقاط يؤدي إلى انقضاء عقد الالتزام ونهايته، فإن هدفه لا يكون مطلقاً إنهاء المرفق العام، وإنما يحق للإدارة أن تعمل على استمرار هذا المرفق على الرغم من استبعاد الملتزم^١.

٢- يترتب على جزاء الإسقاط استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق العام ومن الانتفاع بالتزامه قبل نهايته العادية المنصوص عليها في العقد .

٣- يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد، حيث تنص دفاتر الشروط عادةً على أنه في حالة إسقاط الالتزام يصبح التأمين أو الجزء الباقي منه ملكاً للإدارة مانحة الالتزام.

٤- يحق للإدارة - فضلاً عن إسقاط الالتزام - المطالبة بتعويض من الملتزم، وهو ما تنص عليه دفاتر الشروط أحياناً.

٥- تنص غالبية دفاتر الشروط عادةً على أن إسقاط الالتزام يكون متبوعاً بإقامة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملتزم جديد يحل محله في

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١١٤.

الالتزام ذاته، وذلك من أجل ضمان استمرار المرفق، وتصفية حقوق الملتزم المستبعد في ذات الوقت على أن تحكم هذه المزايدة القواعد التالية:

أ- يطرح في المزايدة كافة الضمانات التي كانت الإدارة قد تعهدت بها للملتزم المستبعد، بالإضافة إلى الأراضي والمشروعات والأعمال السابق تنفيذها، وغيرها من الأشياء طبقاً لما ينص عليه دفتر شروط الالتزام.

ويرى الفقيه Polack أن الإدارة لا تستطيع أن تحدث تغييراً في تنظيم الالتزام 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 وتلك الضمانات، إذ يجب أن يجد الملتزم الجديد نفسه في ذات وضع سابقه، ومن ناحية أخرى لا يمكنها إعطاء هذه الأخير تسهيلات لم يكن الملتزم الأول يتمتع بها^١.

ب- بالنظر إلى الملتزم المستبعد سوف يتحمل خسارة أقل أو أكثر جسامتها تبعاً لنتيجة المزايدة، فإن دفا تر الشروط تعترف له عادة بالحق في المشورة والأخطار المسبق بالثمن الأساسي الذي تفتتح به المزايدة.

ج- إذا نجحت المزايدة، فإن الملتزم الجديد يكون خاضعاً لنفس دفتر الشروط المطبقة على عقد الالتزام الأول الخاص بالملتزم المستبعد، كما أن المبلغ المدفوع من الملتزم الجديد يصبح من حق الملتزم القديم، على أن يتحمل هذه الأخير جميع المصروفات التي تستلزمها هذه العملية^٢.

د- في حال فشل المزايدة الأولى، تجري مزايدة ثانية دون تحديد ثمن أساسي، فإذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من المزايدة الثانية وفشلت، عندئذٍ يفقد الملتزم المستبعد جميع

1 H. polack, Les sanctions pouvant atteindre Le concessionnaire de service public en cas de manquemenets a'ses obligation's, the'se, paris, 1958.p.86.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٦١.

حقوقه نهائياً، حيث تسقط جميع الإعانات، وضمانات الحد الأدنى للربح، والتي كان من المحتمل أن تمنح للملتزم من الإدارة بقوة القانون^١.

هـ- للملتزم المستبعد الحق في المنازعة في مشروعية المزايدة أمام القضاء الإداري، ويرى الفقيهان Polack و Jeze أن هذه المنازعة تتم أمام قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء، فالملتزم يستمد حقه في ذلك من عقد الالتزام ذاته، لأنه ما دامت العمليات الخاصة بالالتزام لم تتم نهائياً، فإن الملتزم لا يعتبر من الغير بالنسبة لمناح 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 الإلغاء بناءً على دعوى تجاوز السلطة، وذلك على أساس أن المشاركين في المزايدة يستمدون حقهم في ذلك من النصوص اللائحية التي تنظم المزايدة وليس من العقد.

وينتج عن ذلك، أن الدفع التي يملك الملتزم المستبعد أن يثيرها أمام قاضي العقد هي أكثر من الدفع التي يثيرها المشاركون في المزايدة أمام قاضي الإلغاء، حيث يحق للملتزم المستبعد أن يعترض على الثمن الأساسي للمزايدة والأموال والأشياء الداخلة في المزايدة وقائمة المشاركين فيها، بينما لا يحق للمشاركين في المزايدة إلا أن يثيروا دفعاً تتعلق بعدم مراعاة الأشكال التنظيمية للمزايدة ومخالفة المبادئ العامة التي تسري عليها^٢.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد جعل أحياناً الاختصاص بتصفية الالتزام نتيجة إسقاط الالتزام في الحالة التي يعود بعدها المرفق للإدارة مانحة الالتزام لكي تستغل بالطريق المباشر - للجنة إدارية وجعل قراراتها نهائية غير قابلة للطعن فيها^٣.

و- إذا لم تجر الإدارة هاتين المزايدتين فإنها تُلزم بدفع المصروفات التي أنفقها الملتزم المستبعد على إعداد المرفق وتجهيزه للاستغلال^٤.

1 H. Polack, op.Cit.p.88.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٧١.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

٤ د. عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص ١٧٠.

ويلاحظ أيضاً أن الإدارة ليست ملزمة بأن تطرح الالتزام بالمرفق في مزايدة عامة لتعيين ملتزم جديد إذا لم ينص العقد أو دفا تر الشروط على وجوب ذلك، بل من حقها إدارته بالطريقة المباشرة رجوعاً منها إلى الطريقة الأصلية في إدارة المرافق العامة.

٦- تتوقف مسؤولية الملتزم عن استغلال المرفق العام من يوم إسقاط التزامه، إذ تتحمل الإدارة نفقات هذا الاستغلال إذا قررت الاستمرار فيه بطريق الإدارة المباشرة، 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 التي ترى أخذها ولم تكن قد آلت إليها دون مقابل، فإذا لم تأخذ هذه الأدوات، فإنها بذلك تبقى للملتزم، وتلتزم الإدارة بدفع إيجار عنها عن فترة استعمالها لها^١.

٧- ذهب الفقيه Ploack إلى أنه ليس من حق الإدارة أن تستعمل حق الحبس على أدوات الملتزم لكي تحصل على مستحقاتها لديه، وأساس ذلك أن شرط استعمال حق الحبس - طبقاً لمفهومه في القانون الخاص - أن يكون الدائن حائزاً للشيء من أجل سبب قانوني مشروع، وأن توجد رابطة بين حيازة الشيء وسبب الدين. وفي الحقيقة فإن الدين المستحق للإدارة لا يرتبط من حيث السبب بالأدوات المستعملة في الاستغلال أو تنفيذ الأعمال^٢.

٨- لا تعتبر الإدارة مانحة الالتزام - بعد أن تتولى إدارة المرفق بنفسها - خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم المستبعد، وبذلك لا تلتزم بحقوق دائنيه ما لم ينص على خلاف ذلك، وهذا ما قرره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في فتوى لها بتاريخ ١٦/٣/١٩٨٨: (بعد انتهاء أجل عقدي امتياز شركة سكك حديد بشأن استغلال وإنشاء بعض الخطوط الحديدية، أصبح هذا المرفق يدار عن طريق الدولة كهيئة عامة مستقلة ملحقة بوزارة النقل إلى أن صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٥٩ لعام

١ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٧٢

2 H. Polack. Op. cit.p. 91.

١٩٦٧ بإلحاقه بالهيئة العامة للسكك الحديدية «الهيئة القومية لسكك حديد مصر» ولما كان المسلم به أن الدولة متى استردت التزام استغلال المرفق أو أسقطته لإخلال الملتزم بالتزاماته العقدية فإنه يؤول إليها باعتبارها السلطة مانحة الالتزام والمسؤولة أصلاً عن تقديم خدماته للجمهور وليس بوصفها خلفاً للملتزم، وبالتالي فلا تتحمل بالتزاماته وديونه»^١.

٩- لا تسري في مواجهة الجهة مانحة الالتزام أو الملتزم الجديد عقود العمل المبرمة بين الملتزم المستبعد وعماله، بل تبقى عقود العمال وغيرهم من الدائنين متعلقة بزمة الملتزم المستبعد، غير أنه قد ينص في عقد الالتزام على خلاف ذلك، فتكون تلك العقود نافذة بحق الإدارة أو الملتزم الجديد^٢.

على أن جهة الإدارة إذا قبلت استمرار عمال الملتزم السابق في أداء عملهم بالمرفق فإن ذلك يؤدي إلى نشوء علاقة قانونية جديدة منفصلة عن علاقة العمل القديمة، وتكون الإدارة مسؤولة عن آثار هذه العلاقة^٣.

١٠- تبقى عقود الملتزم المستبعد مع المتفعين بالمرفق العام سارية المفعول في مواجهة الإدارة أو الملتزم الجديد باعتبار أن الشروط اللائحية في عقد الالتزام والتي تبين كيفية أداء الخدمة للمتفعين تظل محتفظة بقوتها الملزمة إذا ما انتقل الالتزام بالمرفق ليد السلطة مانحة الالتزام أو الملتزم الجديد.

١١- لا يستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الالتزام، باعتبار أنه جزاء توقعه الإدارة عليه نتيجة أخطائه الجسيمة التي ارتكبتها، وأنه من حق الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمرفق، والتي كانت سبباً للإسقاط^٤.

أما في سورية، فإن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد،

١ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (٣٩٤) تاريخ ١٩٨٨/٤/٥ مشار إلى هذه الفتوى لدى المحامي حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٢٨.

٣ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

4 A. Delaubader et autres, contrats, op. cit, p. 691.

والمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، وكذلك القانون المدني في مواده المتعلقة بالالتزام المرافق العامة لم يتضمن قواعد قانونية كما لا يوجد أحكام قضائية تتعلق بالآثار المترتبة على جزاء إسقاط الالتزام، وحبذا لو يتم تلافي هذا النقص من خلال وضع نظام قانوني خاص بعقود الالتزام لأهمية هذه العقود وضخامة الأموال المستثمرة فيها.

سابعاً. الرقابة القضائية على قرار الإسقاط:

من المسلم به أن عندما تقوم السلطة مانحة الالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط بنفسها بدون الرجوع إلى قاضي العقد، فإن من حق الملتزم أن يلجأ إلى القضاء للطعن في قرار الجزاء، فحق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار الجزاء يعتبر من النظام العام، ويعتبر باطلاً كل شرط يقضي باستبعاد هذا الحق.

وبناءً على ذلك، فإن حق الملتزم في أن يلجأ إلى القضاء للطعن في قرار الإدارة الصادر بإسقاط الالتزام يعتبر حقاً مسلماً به دائماً لهذا الملتزم، ويعتبر باطلاً كل شرط في العقد يقضي باستبعاد هذا الحق، كما أن الملتزم يتمتع بهذا الحق حتى ولو لم ينص عليه صراحةً في العقد ذاته.

وسوف نتناول الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإسقاط الالتزام على النحو التالي:

١- القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الإسقاط:

يختص القضاء الإداري - كقاعدة - بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعلاقات التعاقدية بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم في نطاق عقد الالتزام.

وطبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإنه في داخل القضاء الإداري يعتبر قاضي العقد وحده - دون قاضي الإلغاء - هو المختص فقط بالفصل في المنازعات العقدية ومن بينها إنهاء عقود الالتزام^١.

كما يختص قاضي العقد وحده - دون قاضي الإلغاء - بالفصل في طلبات

1 Jeze, Op. cit, p600.

الملتزمين بإلغاء الجزاءات الصادرة من مانح الالتزام ضد الملتزم، ومن بينها جزاء إسقاط الالتزام^١.

وهذا ما يؤديه القضاء الإداري المصري، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى أنه: «متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه، أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء»^٢.

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا المصرية موقف محكمة 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 ، 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 إنجائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد وينشأ عنه ، وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ، ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء)^٣.

أمّا في سورية، فقد ذهب مجلس الدولة السوري وفق ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري ، حيث اعتبر أن المنازعات التي تثور بين أطراف أي عقد إداري تدخل

1 C. E6 Juillet 1995, Ville de Bastia, Rec, p.494.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٥٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً من سنة ١٩٤٦ - ١٩٦١.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٢٤٨، جلسة ١٩٩٥/٣/٧، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١١٢

في ولاية القضاء الكامل، ويبدو ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧١، والذي جاء فيه: «إن اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما 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 لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر إلى أن يفصل في موضوع الخلاف نهائياً»^١.

وبالطبع فإن عقد الالتزام يعتبر من العقود الإدارية التي تدخل منازعاتها في اختصاص القضاء الكامل، أي قضاء العقد دون قضاء الإلغاء، وهكذا فإن قرار السلطة مانحة الالتزام بإسقاط الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء من جانب الملتزم المستبعد.

ويعتبر ذلك تطبيقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي مؤداه أن دعوى المتعاقد مع الإدارة ضد قرارها بإنهاء العقد الإداري يجب رفعها أمام قاضي العقد بناءً على دعوى العقد (القضاء الكامل) وليس بناءً على دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء.

ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء من جانب الملتزم ضد قرار مانح الالتزام بإسقاط التزامه إلى فكرة الطعن الموازي، أي تمتع الملتزم بدعوى أخرى تحقق له ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء، ألا وهي دعوى العقد أمام قاضي العقد، فضلاً عن أن قرار إسقاط الالتزام لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العلاقات العقدية بين طرفي العقد، وبالتالي لا يجوز الاستناد إلى فكرة القرار المنفصل للطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء.

وهنا يثار التساؤل عما إذا كان الغير الأجنبي عن العقد يستطيع أن يطعن أمام

القضاء الإداري في قرار السلطة مانحة الالتزام بإسقاط الالتزام؟

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٦٧، في القضية رقم ٢٨٠، لعام ١٩٧١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧١، ص ١٧٢.

طبقاً للأثر النسبي للعقد الإداري، فإن غير المتعاقد مع الإدارة يعتبر شخصاً أجنبياً عن العقد، وغريباً عن العلاقات العقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد، وبالتالي ليس له أن يتمسك بأي حق أو أن يُحمّل بأي التزام استناداً إلى هذا العقد، كما ليس له أن يطعن في قرارات الإدارة الصادرة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، والتي تتعلق بتنفيذ أو نهاية هذا العقد، من خلال دعوى مباشرة أمام القضاء الكامل^١.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٤/١٠/١٩٥٢، والذي جاء فيه: «لا يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في قرار متعلق بتنفيذ العقد، ولكن أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد»^٢.
إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عاد وأقر - استثناء على القاعدة السابقة - بقبول الطعن المقدم من الغير أمام قاضي الإلغاء في جميع القرارات المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه أو فسخه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة عن العقد بالنسبة للغير^٣.

وقد كانت أولى أحكام مجلس الدولة الفرنسي بقبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضد قرار الإدارة برفض فسخ العقد، حكمه الصادر في ٢٤/٤/١٩٦٤^٤.
كما أقر بقبول دعوى الإلغاء المقامة من الغير أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإلغاء الانفرادي لعقد الالتزام لدواعي المصلحة العامة على أساس أن هذا القرار يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للغير^٥.

وهكذا يجوز للغير أن يطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد

١ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٠٤-٤٠٥.

2 C. E 24 oct 1995, Chambre syndicale de La bonneterie, Rec, p. 465.

٣ عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢١٤.

4 C. E 24 Avril 1964, sté anonyme de l'irrasion Industrielles, Rec, p. 239.

٥ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٣٤.

أمام قاضي الإلغاء بشرط أن يكون الطعن المقدم مؤسس على عدم المشروعية فقط وليس على أساس حقوق شخصية ناتجة عن العقد.

كما ذهب الفقهاء De laubadere, Moderne et Delvolve إلى

أن قبول دعوى الإلغاء من جانب المتعاقدين ضد التبرير اللائحي الصادر بإنهاء طائفة من العقود معاً، يجب أن يؤدي إلى قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضد هذا التدبير بشرط توافر شرط المصلحة للغير^١.

وفي مصر، ذهب مجلس الدولة المصري الاتجاه نفسه الذي ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من حيث التمييز بين العقد نفسه، والذي تدخل المنازعات الخاصة بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو إغائه في نطاق ولاية القضاء الكامل لقاضي العقد، وبين القرارات الإدارية القابلة للانفصال، والتي تعتبر مستقلة عن العقد، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلاً في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بإلغاء القرارات الإدارية.

ومن أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية في هذا الخصوص، حكمها الصادر في ١٩٥٦/١/٨ والذي جاء فيه: «إن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني، وتحليل 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، أما العقد ذاته فإن المنازعة بشأنه تدخل أو لا تدخل في اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الإداري»^٢.

1 A. Delaubadere et autres, contrats, op. cit, p. 1067.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ٣٤ - تاريخ ١٩٥٦/١/٨، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٢١.

وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي والمصري للمنتفعين، وهم أجنب 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، ويعود ذلك إلى أن الشروط الواردة في العقد والتي تنظم أداء الخدمة للمنتفعين هي شروط ذات طبيعة لائحية (تنظيمية)^١.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي سحب المبدأ الذي قرره في حالة المنتفعين بالخدمات التي يلتزم المتعاقد بتوريدها إلى طائفة العمال الذي يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه، فهؤلاء العمال هم أجراء يخضعون لأحكام عقد العمل، ولكن الإدارة تضمن لهم بعض المزايا المتعلقة بظروف العمل أو الأجرة، أي أن مجلس الدولة الفرنسي حوّل النقابات الممثلة للعمال حق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تصدر من الإدارة، وتتضمن خروجاً على تلك الشروط.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل دعوى الإلغاء من نقابات العمال، لا من العمال بصفته الفردية لأن العمال بصفته الفردية يتمتعون بدعوى أمام قاضي العقد «أي أمام قاضي القانون الخاص».

أما في سورية، فإن الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري، لا يقبل منه أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل، لأن هذا الشخص يعد غريباً عن العلاقات العقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٨٦: «أن الطعن المقدم إلى المحكمة الإدارية العليا مباشرة من جهة لم تكن طرفاً في العقد كما لم تكن طرفاً في النزاع المعروض على التحكيم إنما يكون جديراً بعدم القبول»^٢.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٢٠، ود. عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص ١٧٤.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٥٨، قى القضية ١٠١٠ لعام ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص ٢٧٦.

كما جاء في حكم آخر لها صادر عام ١٩٧٤: «ليس للمتعهد الثانوي أن يطالب الإدارة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهد الأصلي، وإنما يتولى ذلك المتعهد الأصلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الإدعاء بالحقوق التي يطالب بها كنتيجة للعقد بوصفه الطرف الوحيد في العقد»^١.

ولكن في حكم صادر للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٦٨ جاء فيه: «إن النزاع الذي يقوم بين الإدارة والمصرف الكفيل للمتعاهد معها هو من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري استناداً لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع»^٢.

يمكن القول هنا، أن مجلس الدولة السوري وإن كان قد ذهب إلى رفض دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقد والقرارات المتعلقة بتنفيذه أو فسخه من جانب المتعاقدين، ألا أنه يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات من جانب الغير الذي يعتبر شخصاً أجنبياً عن العلاقات بين الإدارة والمتعاهد.

٢. نطاق الرقابة القضائية على قرار الإسقاط:

تتناول رقابة قاضي العقد على قرار الإدارة مانحة الالتزام بإسقاط الالتزام من ناحيتي المشروعية والملاءمة، سواء من حيث عناصر الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة أو تجاوزها، كما تتناول هذه الرقابة البواعث التي حدت بالإدارة إلى توقيع جزاء الإسقاط، وكذلك رقابة أسباب توقيع هذا الجزاء، ومدى تناسب جزاء الإسقاط مع جسامة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم.

أ. رقابة المشروعية:

يتصف قرار الإدارة بإسقاط الالتزام بعدم المشروعية — طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي — إذا اقترن بأحد العيوب التالية:

١ حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٦٤، في القضية رقم ١٢٣ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٧٥.

٢ حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٥، في القضية رقم ٢١ لعام ١٩٦٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٨، ص ١١٩.

- عيب عدم الاختصاص:

يعتبر قرار إسقاط الالتزام غير مشروع إذا صدر من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره، ومثال ذلك: قرار الإسقاط الصادر من حاكم المقاطعة متى كان مجلس المقاطعة هو المختص طبقاً لنصوص دفا تر الشروط^١.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٠ والذي جاء فيه: «إذا نص العقد على أن الجهة المختصة في فسخ عقد الاستثمار عند نكول المتعهد عن تنفيذ العقد هو وزير الشؤون البلدية والقروية، فإن القرار المتخذ من قبل المجلس بفسخ العقد في الحالة المذكورة يكون محلاً للإلغاء»^٢.

- عيب الشكل أو الإجراءات:

إنَّ عيب الشكل أو الإجراءات هو عدم التزام الجهات الإدارية بالقواعد الشكلية التي أوجبتها القوانين واللوائح في إصدار القرارات الإدارية^٣.

وبالتالي يكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروع، إذا خالف الأوضاع والشكليات التي يتطلبها القانون أو العقد، ومثال على ذلك أن يصدر قرار الفسخ الجزائي دون تصديق من السلطة العليا التي يتطلب القانون أو العقد ضرورة تصديقها. وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم احترام الإدارة للإجراءات والشكليات يكون له دائماً أثر هام، هو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد^٤.

1 C.E 26 Juillet 1927, De'partement du Tarn, Rec.p.353.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩، في القضية رقم ٣٤، لعام ١٩٧٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠، ص ١٨٣.

٣ د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

٤ C.E 8 Nov 1985, Entreprise ozilou, R.D.p 1986 p.1788

مشار إلى هذا الحكم لدى مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

وتحذر الإشارة إلى وجود بعض الشكليات مقررة لصالح الإدارة وحدها، ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بعدم إتمام هذه الشكليات^١.

- عيب مخالفة القانون:

يجب أن يصدر قرار الإسقاط طبقاً للنصوص القانونية والعقدية، ومن بينها ضرورة أن ينطوي الفعل الصادر عن الملتزم والذي يبرر توقيع جزاء الإسقاط على خطأ جسيم من جانبه في تنفيذ التزاماته وأن يكون هذا الخطأ قد صدر بالفعل من الملتزم. فإذا لم يوجد هذا الفعل أصلاً، أو كان لا يشكل خطأ جسيماً من جانب الملتزم يبرر توقيع الجزاء، أو كان هذا الفعل لا يتعارض مع التزام تعاقدى أو قانوني، فإن قرار الإسقاط يكون غير مشروع^٢.

- عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها:

يجب أن يصدر قرار الإسقاط من أجل هدف مشروع، هو معاقبة الملتزم عن أخطائه الجسيمة التي ارتكبها تجاه المرفق العام. ولذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى باعتبار قرار الإدارة بإسقاط الالتزام 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 غير^٣.

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 لا ينازعها فيه أحد طالما أنها استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام...»^٤

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٧٣-٢٧٤.

٢ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

3 C.E 11 Juillet 1994, Cenouiller, Rec.p.124

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٨، في القضية رقم ٢٢٢ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٤، ص ٥٤.

بد رقابة الملاءمة:

إن رقابة القاضي لا تقتصر 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 لاتخاذها، أي أن قاضي العقد يقدر ما إذا كانت جسامة الخطأ كافية لتبرير الجزاء، أم أن الجزاء زائد عن الحد.

لذلك يستطيع قاضي العقد أن يقضي بعدم مشروعية جزاء الفسخ إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تشكل خطأً جسيماً يكفي لتبرير جزاء الفسخ، كما يستطيع أن يلغي قرار الإسقاط إذا اتضح له أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً، ولم يكن كافياً لتبرير جزاء الإسقاط.

وتطبيقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بإحلال جزاء وضع المرفق تحت الحراسة محل جزاء إسقاط الالتزام المغالى فيه أخذاً بمبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ الصادر من الملتزم^١.

وهنا يثار التساؤل عندما ينص العقد على تقرير جزاء محدد عند ارتكاب المتعاقد لخطأ محدد، فهل بإمكان قاضي العقد أن يقدر ما إذا كانت جسامة الخطأ

كافية لتبرير الجزاء؟

اختلف الفقه الفرنسي حول ذلك، فقد ذهب الفقيه Jeze إلى أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، ويجب أن نعتبره توجيه للقاضي، وليس كقاعدة ملزمة له. في حين ذهب الفقيه Romieu إلى أن الإدارة المرتبطة بالعقد ليس لها الخيار، ولا تستطيع أن تطبق إلا الجزاء المنصوص عليه في العقد في حالة ارتكاب المتعاقد للخطأ المحدد في العقد^٢.

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٤١.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد ذهب إلى إحلال جزاء آخر أقل صرامة أو أكثر صرامة محل الجزاء المنصوص عليه في العقد، واضعاً في الاعتبار ظروف القضية مراعاة لمبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ.

وبناء على ذلك، قرر مجلس الدولة الفرنسي استبدال جزاء وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة المنصوص عليه في العقد كجزاء في حالة ارتكاب المقاول لمخالفة معينة بجزاء فسخ العقد الذي أوقعته الإدارة على المقاول^١.

أما مجلس الدولة السوري، لم يذهب ما ذهب إليه نظيره الفرنسي، حيث قرر بأن القاضي لا يستطيع أن يبحث عما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأ ما، وما إذا كان هذا الخطأ يعتبر جسيماً بالقدر الكافي لتبرير الفسخ الجزائي للعقد، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٦٥:

«إذا كان يشترط لقيام مشروعية قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري توفر الخطأ الجسيم من جانب الملتزم، فإنه يحق للقضاء الإداري في هذه الحالة البحث في مدى ملائمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقد إلا أنه من المبادئ التي سارت عليها المحكمة الإدارية أنه إذا قرر المشرع أو القاعدة المرعية بين المتعاقدين جزاء الفسخ كمؤيد لخطأ معين صادر عن الملتزم وجعل لهذا الجزاء صفة خاصة تظهره كسبب وحيد للفسخ فليس للقضاء أن يعقب على ذلك وبالتالي فإن الحالات التي تذكرها اللائحة أو القاعدة والتي تقرر الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون بمنحاة من رقابة القضاء من حيث الملائمة»^٢.

وحبذا هنا لو سلك مجلس الدولة السوري مسلك مجلس الدولة الفرنسي، ومنح القاضي السلطة التقديرية التي تمكنه من التأكد من مدى جسامته الخطأ

١ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣، في القضية رقم ١٢، لعام ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٩٧.

وتناسبه مع الجزاء المتفق عليه من قبل أطراف العقد، بحيث إذا لم يجد توازن بين الجزاء المحدد من قبل أطراف العقد مع الخطأ المحدد من قبلهم، يكون له الصلاحية باستبدال هذا الجزاء بما يحقق مصلحة المرفق، ويحد من تعسف الإدارة في سلطتها في توقيع الجزاء.

٣- سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار إسقاط الالتزام في حالة عدم مشروعيته أو عدم وجود ما يبرره:

تتفاوت سلطات قاضي العقد إزاء الجزاء الصادر من الإدارة في حالة عدم مشروعيته أو عدم ملاءمته تبعاً لنوع العقد الذي يربط هذه الإدارة بالمتعاقد.

فالقاعدة العامة طبقاً -لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- أن قاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بتعويض المتعاقد عن قرار الجزاء الصادر من الإدارة ضده في حالة عدم مشروعية هذا الجزاء، أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسوب لهذا المتعاقد، بينما لا يملك هذا القاضي سلطة الحكم بإلغاء هذا الجزاء وتسري هذه القاعدة العامة على الجزاءات الضاغطة والفاسخة للعقود الإدارية المختلفة.

وتجد هذه القاعدة مصدرها الأصلي وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في عقود الأشغال العامة، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه المتواترة أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة المقاتل، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاتل الحق في التعويض عن هذه التدابير^١.

وتفريعاً على هذه القاعدة العامة، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ قرن مضى على أن: «قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك سلطة إلغاء الفسخ

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٤٣-١٤٤.

الجزائي لعقد الأشغال العامة، حتى ولو كان قرار الفسخ الجزائي غير مشروع، وإنما يحق للقاضي أن يبحث فقط عما إذا كان هذا الفسخ قد صدر في ظروف من شأنها...»^١.

ثم مدّ مجلس الدولة الفرنسي قاعدة عدم جواز إلغاء قاضي العقد لقرار الفسخ الجزائي للعقد إلى عقود التوريد وعقود الخدمات، وعقود بيع أملاك الدولة التابعة للدومين الخاص.^٢

وهكذا فإنه طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن القاعدة العامة هي أن قاضي العقد يملك سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد دون سلطة الحكم بالإلغاء لقرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية المختلفة.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة بالنسبة لبعض العقود الإدارية مراعاة لاعتبارات خاصة توجب ضرورة حماية المتعاقدين في هذه العقود ضد قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقودهم بالمخالفة للقانون، ولذلك فإن مجلس الدولة قد اعترف لقاضي هذه العقود بسلطة الحكم بإلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لهذه العقود في حالة عدم مشروعيتها ومخالفتها للقانون، بالإضافة إلى سلطة الحكم بتعويض المتعاقدين عن هذه القرارات.

وبناء على ذلك، فإن قاضي العقد يملك استثناءً سلطتي الإلغاء والتعويض عن قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية التالية:

الاستثناء الأول - عقد التزام المرفق العام وعقد التزام الأشغال العامة:

اعترف مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة مانحة الالتزام الصادرة بإسقاط الالتزام في مجال عقود التزام المرافق العامة وعقود التزام الأشغال العامة متى كانت هذه القرارات غير مشروعة.^٣

1 C.E12 De'cember 1980, ville de Lorient, Rec p.345.

2 C.E 9 Januier 1997 Daval, Rec. p 559.

3 C.E 6 November 1970, Ste anonyme touristique.

De La valle'e du Lautaret. Res. P654

حيث حدد مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة بالقرارات التي تنهي العلاقات العقدية بصفة قطعية بين الإدارة والملتزم دون غيرها من قرارات الإدارة الأخرى. ومثال ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر عام ١٩٨٣ من أنه: «لا يحق 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»^١.

كما أن سلطة قاضي العقد بالنسبة لقرار الإدارة غير المشروع بإسقاط الالتزام تمتد لتشمل - فضلاً عن سلطتي الحكم بالإلغاء والتعويض - سلطة استبدال جزاء آخر أخف من جزاء الإسقاط عند عدم تناسب جزاء الإسقاط مع جسامة المخالفة التي ارتكبتها الملتزم.

وتجدر الإشارة أنه عندما يكون جزاء الإسقاط غير مشروع من ناحية الشكل ولكن له ما يبرره من حيث الموضوع، فإن إسقاط عقد الالتزام لا ينشئ المسؤولية العقدية لمانح الالتزام تجاه الملتزم، ولكنه يعفي الملتزم من النتائج الباهظة المترتبة على الإسقاط^٢. أمّا لو تجاهلت الإدارة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصدر قرارها بالإسقاط، فإن ذلك ينشئ مسؤولية الإدارة تجاه الملتزم عن تعويضه عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب نتيجة فسخ العقد بالمخالفة للشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط^٣.

1 C.E De'c 1983, S.A.d'etude et de developpement
R.D.p.1985.p681.

٢ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٤٧.

الاستثناء الثاني-عقود التزام المناجم:

يملك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار إسقاط الالتزام الصادر من الإدارة ضد ملتزمي المناجم، ويعود السبب في ذلك، إلى طول مدة هذه العقود، وضرورة حماية المصلحة المالية للملتزم الذي أنفق استثمارات مالية ضخمة من أجل إعداد المرفق محل الالتزام واستغلاله، والذي يتوجب أن يُمكن من الحصول على أرباح معقولة خلال هذه المدة الطويلة^١.

الاستثناء الثالث-عقود الالتزام التي تتضمن شغل أملاك الدولة:

يعترف مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقود الالتزام التي تتضمن شغل الملتزم أملاك عامة^٢. ويعود ذلك إلى رغبة مجلس الدولة الفرنسي في حماية الشخص الذي يشغل الأملاك العامة بمقتضى عقد إداري مع الإدارة، حتى لا يوضع في مركز أدنى من مركز الشخص الذي يشغل أملاك عامة بموجب ترخيص إداري من جانب الإدارة، حيث يملك هذا الأخير الحق في الطعن على قرار الإدارة بسحب هذا الترخيص أو إلغائه أمام قاضي الإلغاء الذي يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة.

ومن جهة أخرى، فإن جانب من الفقه الفرنسي رفض التفرقة بين عقد الالتزام (والعقود المشابهة له) وبين عقود الأشغال وعقود التوريد وغيرها من العقود، فيما يتعلق بسلطة قاضي العقد في إلغاء قرارات الفسخ الجزائي لهذه العقود في حالة عدم مشروعيتها.

فقد ذهب الفقهاء De laubadere , Moderne et Delvolve إلى

منح قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي في حالة عدم مشروعيته في جميع العقود الإدارية، فتبرير سلطة القاضي في الحكم بإلغاء التدابير العقدية بضخامة الاستثمارات من جانب المتعاقد ليس نموذجياً تماماً، لأنه من ناحية هناك عقود تتطلب استثمارات كبيرة من المتعاقد لا تسري عليها هذه السلطة، في حين أن هناك عقود لا تتطلب من المتعاقد

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٠٩.

٢ د. مفتاح خليفة عبد الحميد السيد، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

استثمارات كبيرة، ومع ذلك يمكن أن تسري عليها هذه السلطة، ففي عقود الأشغال العامة والتوريد، فإن القاضي لا يستطيع أن يتخذ إجراءً آخرًا خلاف منح تعويض للمتعاقد عن تدبير الإدارة في حالة عدم مشروعيتها، على الرغم من أن هذه العقود يمكن أن تتطلب استثمارات ضخمة من المتعاقد - كعقود الأشغال العامة التي تبني الطرق الطويلة، وكذلك عقود التوريد الصناعية - فاستثمارات المتعاقد المالية هنا ليست بأقل من استثمارات ملتزم عقد الالتزام^١.

وبالنسبة لموقف الفقه المصري من مجلس الدولة الفرنسي إزاء التفرقة بين سلطات القاضي بحسب نوع العقد، فإن الدكتور سليمان الطماوي لا يفضل هذه التفرقة، ويرجح التسوية بين جميع العقود الإدارية في هذا المجال^٢.

كما يرى الدكتور عبد المجيد فياض أن التفرقة التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي بين عقد الالتزام والعقود الإدارية الأخرى لا تتصف بالعدالة، لأن هناك عقود إدارية لا تقل أهمية عن عقد الالتزام مثل عقود الأشغال العامة التي تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم كالسد العالي مثلاً، فهذه العمليات تتطلب دون شك - إمكانيات مالية واسعة وقدرات هائلة لدى المقاول يخصصها لتنفيذ ما التزم به، ولا يمكن أن يقل المقاول من هذه الزاوية من حيث درجة صلته بالمرافق العامة عن أي ملتزم بعقد الالتزام، ومن أجل ذلك تصدق عليه الاعتبار التي أملت حماية الملتزم، مما يقتضي الاعتراف بوجود أن يُضمن - أسوة بهذا الأخير - بنوع من الاستقرار وباستمرار التنفيذ، أي أن يحق له طلب إلغاء ما أُتخذ ضده من جزاءات ضاغطة أو فاسخة دون مبرر^٣.

1 A. Delaubadere et autres, contrats, op.Cit.p1009.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٥٧-٥٥٨.

٣ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١١٧-١١٨.

أمّا في سورية، فلا يوجد أحكام صادرة عن مجلس الدولة السوري تعترف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة المتضمنة توقيع جزاء إسقاط الالتزام بالنسبة لعقود الالتزام.

بناءً على ما سبق، يُستحسن لو أن مجلس الدولة السوري يقوم بإنشاء غرفة مستعجلة أو لجان لفسخ العقود، وتُعطى هذه الغرفة أو اللجان صلاحية إلغاء قرار الفسخ الجزائي للعقد عندما يكون هذا القرار غير مشروع دون تمييز بين العقود الإدارية.

المطلب الثاني استرداد الالتزام

أولاً- تعريف الاسترداد:

ذهب الفقيه "Jeze" إلى تعريف استرداد التزام المرفق العام بأنه: ذلك القرار الانفرادي من جانب مانح الالتزام والذي بواسطته يُنهي الالتزام قبل التاريخ المحدد لانقضائه في خارج حالة إسقاط الالتزام^١.

كما يعرفه الفقهاء "De laubadere , Moderne et Delvolve" بأنه إجراء انفرادي بواسطة الإدارة مانحة الالتزام في أثناء تنفيذ الالتزام وبغرض إنهاء هذا الالتزام قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض للملتزم^٢. كما يعرفه الأستاذ ثروت بدوي بأنه: إجراء معقد ومضّر ببعض ضمانات الملتزم، ويتطلب تدابير مالية تختلف تبعاً لاختلاف عقود الالتزام^٣.

ويعرفه أستاذنا الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح بأنه: إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول مواعده 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 لا مقرر لحق جديد^٤.

والتعريفات الفقهية السابقة لاسترداد الالتزام توضح أمرين هامين:

١- إن استرداد الالتزام ليس إلا طريقاً من طرق انقضاء عقد الالتزام، ولكنه يختلف عن الطرق الأخرى لانقضاء عقد الالتزام بناءً على طلب الملتزم أو انتهاء العقد بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة، أو انتهاء العقد نتيجة الفسخ القضائي للعقد، أو نتيجة

1 (G) Jeze,op.cit.p1205.

2 A.Delaubadere et autres, Contrats.op.Cit.

٣ د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٢١.

٤ د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٩٩.

اتفاق طرفي العقد على فسخه، وبالتالي ليس كل إنهاء للالتزام يعتبر بالضرورة استرداداً للالتزام^١.

٢- إن استرداد الالتزام يعتر دائماً إجراءً صادراً من جانب الإدارة مانحة الالتزام وحدها، والاسترداد يكون في الغالب استرداداً تعاقدياً، وهذا يعني أن إمكانية تقديره تكون معترفاً بها للإدارة في العقد

فعندما يصدر قرار الاسترداد، فإن هذا القرار يكون قراراً اختيارياً للإدارة وصادراً من جانبها وحدها.

من ناحية أخرى، يعتبر الاسترداد امتيازاً بارزاً للإدارة، ويمثل استثناء على القاعدة المدنية التي مقتضاها أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطراف العقد.

كما يعتبر استرداد الالتزام تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة في أي وقت قبل انقضاء التاريخ المحدد لانتهاء مدة العقد، وذلك في مجال عقد التزام المرفق العام^٢.

وترجع الأهمية العملية لسلطة الإنهاء الانفرادي في مجال عقد التزام المرفق العام «استرداد الالتزام» إلى أنه في مجال عقد التزام المرفق العام يجب أن تُكفل الحقوق المشروعة للملتزم المرفق العام عن طريق إجراء نوع من التوفيق بين سلطة الإدارة الأكيدة في إنهاء عقد الالتزام والتي لا يمكن التنازل عنها وبين المصالح المالية للملتزم.

ففي عقد التزام المرفق العام، يوجد نوعان من الاعتبارات يسعى القانون الوضعي إلى إيجاد نوع من التوازن بينهما:

فمن ناحية أولى: فإن بعض المرافق العامة يتم إدارتها عن طريق عقد الالتزام، وهذا العقد من بين كل العقود الإدارية يسمح بتدخل المتعاقد في تسيير الجهاز الإداري، ولذلك

١ د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٢٢.

2 A.De Laubadere et autres, Contrats.op.Cit.p693.

فإنه من المستحيل ألا تتمكن الإدارة من أن تتخلص من هذا العقد إذا ارتأت إلغاءه طالما أن هناك أسباباً ضرورية لحسن سير الجهاز الإداري.

ومن ناحية ثانية: فإن غالبية عقود الالتزام تتطلب من الملتزم استثمارات مالية كبيرة تُخصص لتشغيل المرفق لمدة طويلة، فهذه العقود من العقود طويلة المدة، ولا بد من تمكين الملتزم من الحصول على المبالغ التي صرفها على إنشاء هذا المرفق^١.

لذلك كله، يجب تنظيم سلطة الإدارة في استرداد الالتزام، تجنباً لأي نزاع حول حق الإدارة في الاسترداد وحول التعويض المستحق للملتزم عن استرداد الالتزام، وهذا ما فعله المشرع المصري في القانون ٢٩ لعام ١٩٤٧ الخاص بالالتزام المرافق العامة على أنه: «يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته»^٢.

ومن أجل إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة بين طرفي عقد الالتزام، فإن القضاء (سواء في فرنسا ومصر وسورية) يعترف من ناحية أولى بحق الإدارة مانحة الالتزام في استرداد الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة العقد حتى ولو لم يكن منصوباً صراحة في العقد على حق الإدارة في هذا الاسترداد، كما أن القضاء من ناحية أخرى يعمل على حماية مصالح الملتزم الذي يقوم بإنفاق مبالغ كبيرة على استغلال الالتزام، والتي يلزم استهلاكها خلال مدة طويلة مما يوجب منح الملتزم ضمانات فعّالة ضد أي استرداد مبسر وسابق للأوان من جانب الإدارة مانحة الالتزام، وبذلك يكون القضاء قد كفل حماية مصالح الملتزم في حالة استرداد الالتزام قبل انتهاء مدته المتفق عليها وذلك من خلال المحافظة على حقوقه المالية المتمثلة في منحه تعويضاً كاملاً عن استرداد التزامه يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، كما أن القضاء يعترف للملتزم بالحق في أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد في حالة عدم مشروعيته.

١ د. صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٩٢.

٢ المادة الرابعة من القانون ٢٩ لعام ١٩٤٧ الخاص بالالتزام المرافق العامة.

وهذا ما قرّره المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ حيث جاء فيه: «القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الضرر»^١.

وأيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٩٢/١١/١٥ حيث قررت: «للاّدارة التحلل من تعاقدتها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض مقياسه الضرر المباشر، ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته»^٢.

ثانياً - الطبيعة القانونية للاسترداد:

يعتبر الاسترداد من النظام العام، حيث تتمتع به الإدارة دون حاجة للنص عليه في العقد، ويترب على اعتبار استرداد الالتزام من النظام العام النتائج التالية:

١- عند ورود نص في العقد يقضي بحق الإدارة في استرداد الالتزام، فإن مثل هذا النص يعدّ كاشفاً ومنظماً لحق موجود أصلاً، وليس مقررّاً لحق جديد، بل أن الإدارة تتمتع بهذا الحق حتى في حالة سكوت العقد.

٢- لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على حرمان الإدارة من فعلها في استرداد الالتزام بمقتضى نص في العقد لأن مثل هذا النص يعتبر باطلاً ومخالفاً للنظام العام ولا قيمة له^٣.

٣- تتمتع الإدارة بالحق في استرداد الالتزام بمقتضى قرار إداري انفرادي من جانبها دون حاجة إلى تدخل القاضي لتقريره بدلاً منها، حيث لا يستطيع قاضي العقد أن يأمر

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

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٩٨٦، تاريخ ١٩٩٢/١١/١٥، المشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

٣ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

باسترداد الالتزام سواء الاسترداد التعاقدى أو غير التعاقدى، لأن ذلك يعتبر تدخلاً من جانب القاضي في نشاط المرفق العام.

٤- لا يجوز للإدارة مانحة الالتزام أن تتنازل مقدماً بمقتضى نص في العقد عن حقها في استرداد الالتزام، فكل شرط تعاقدى مخالف لذلك يجب اعتباره ولاغياً وعدم الأثر لأن التنازل هنا يعتبر تنازلاً عن سلطة تنظيم المرفق العام وهذا غير جائز.

٥- ليس للملتزم أن يتمسك في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الالتزام بفكرة الحق المكتسب في استغلال الالتزام طوال مدته المنصوص عليها في العقد على أساس أن مدة العقد تعتبر شرطاً تعاقدياً لا يجوز المساس به إلا باتفاق الطرفين أو أن يتمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين^١، وكل ما يستطيع المتعاقد أن يطالب به هو تعويضه تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب نتيجة استرداد الالتزام قبل انتهاء مدته المنصوص عليها في العقد.

ثالثاً. التمييز بين الاسترداد وبعض النظم القانونية المشابهة له:

توجد نظم قانونية تتشابه مع الاسترداد، ولكنها تختلف معه في بعض الأحكام القانونية، وستتناول التفرقة بين الاسترداد والنظم المشابهة له وفق ما يلي:

١- التمييز بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة:

يختلف الاسترداد عن نزع الملكية العامة في النواحي التالية^٢:

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

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

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٠٧.

٢ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٣٧-١٣٨-١٣٩.

إلا أن هذا الاختلاف بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة لا يمنع من وجود تشابه بينهما في النواحي التالية:

- أ- يهدف كل من الاسترداد ونزع الملكية إلى تحقيق المصلحة العامة.
- ب- يحصل كل من الملتزم الذي أنهى عقده قبل ميعاده الطبيعي، وكذلك مالك العقار الذي أُنزع عقاره جبراً على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهما.
- ج- إن كلاً من الاسترداد ونزع الملكية إجراء استثنائي يصدر بإجراء إداري من الإدارة العامة دون اللجوء إلى القضاء بموجب سلطتها التقديرية.

٢- التمييز بين الاسترداد والفسخ الاتفاقي:

- أ- يختلف الاسترداد عن الفسخ الاتفاقي في أن الاسترداد يكون بقرار صادر من الجهة مانحة الالتزام دون موافقة الملتزم، أما الفسخ الاتفاقي فيكون باتفاق يضعه أطراف العقد من أجل إنهاء الالتزام قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في العقد وقبل تنفيذ موضوعه.
- ب- يترتب على استرداد الالتزام تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً، في حين أن الفسخ الاتفاقي قد يحدث بدون تعويض لصالح الملتزم، وقد يحدث بتعويض، ولكن التعويض يتم تقديره بشكل محدد من قبل خبراء أو محكمين يقومون بتقديم اقتراحاتهم لأطراف العقد، في حين يتم تقدير التعويض عن الاسترداد التعاقدي بناءً على ما يقضي 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.

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

٣- التمييز بين استرداد الالتزام والتأمين:

يُعرّف التأمين بأنه : نقل ملكية المشروعات الاقتصادية الخاصة والحيوية من الأفراد أو الشركات إلى الدولة مع تعويض أصحابها تعويضاً عادلاً^١.

من خلال هذا التعريف يمكن التمييز بين الاسترداد والتأمين من عدة نواحي:

أ- تقوم الإدارة باسترداد الالتزام، ووضع نهاية مباشرة لعقد الالتزام عن طريق إصدار قرار إداري بإرادتها المنفردة، ودون اللجوء للقضاء، بينما التأمين يكون بقانون^٢.

ب- يتقاضى الملتزم في حالة استرداد الالتزام تعويضاً كاملاً من الإدارة يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وعادة يتضمن عقد الالتزام أو دفاتر الشروط كيفية تقدير التعويض، بينما في التأمين فإن المشرع هو الذي يحدد مقدار التعويض، وطريقة تقديره بناءً على الاعتبارات السياسية والاجتماعية وعادة لا يكون التعويض عادلاً^٣.

ج - يخضع قرار الإدارة باسترداد الالتزام للرقابة القضائية (إلغاء وتعويض)، بينما يعتبر التأمين إجراءً تشريعياً وعملاً من أعمال السيادة لذلك لا يخضع لرقابة القضاء، إلا في الحدود المتعلقة بالرقابة على عدم دستورية القوانين^٤.

رابعاً - صور الاسترداد:

هناك ثلاث صور للاسترداد هي:

١- الاسترداد التعااقدي:

هو الاسترداد المنصوص عليه في عقد الالتزام بموجب نص صريح، يحدد قواعده وشروطه، لذلك تعتبر إجراءات هذا الاسترداد من الشروط التعااقدية يتعين على الإدارة احترامها، كما يتعين على القضاء احترامها.

١ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١، ص ٢٠٩.

٢ المرجع السابق، نفس الموضوع.

٣ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٣٩.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦١٢.

ويعتبر الاسترداد التعاقدي هو الاسترداد الغالب في عقود الالتزام في فرنسا، حيث تحتوي دفاتر الشروط عادةً على شروط الاسترداد^١.

ويشار إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مجموعة من الشروط لممارسة الإدارة للاسترداد التعاقدي هي:

أ- أن ينص عقد الالتزام صراحةً على حق الإدارة في استرداد الالتزام قبل نهاية مدته، ويلتزم القضاء بالتحقق من هذا الشرط بدقة عند وجود أي منازعة بشأن الاسترداد، ولكن عدم النص صراحةً في العقد على شرط الاسترداد لا يعني أن الإدارة لا تملك مطلقاً استرداد الالتزام، ولكنها تستطيع ممارسة الاسترداد غير التعاقدي للالتزام بموجب سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية^٢.

ب- أن يصدر قرار الاسترداد التعاقدي من نفس الجهة التي قامت بإبرام عقد الالتزام، ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد أو دفاتر الشروط^٣.

كما يتوجب على الجهة مانحة الالتزام أن تُعلم الملتزم بأنها ترغب في استخدام حقها في استرداد المرفق بموجب إنذار قبل الاسترداد بمدة كافية، أو في المدة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة إخطار الملتزم قبل استرداد الالتزام ولو لم يتطلب العقد ذلك باعتباره مبدأ من المبادئ العامة للقانون العام للعقود الإدارية^٤.

ج- يجب أن يكون هدف الإدارة من الاسترداد هو تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق، فإذا لجأت الإدارة إلى استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي يقضي بأن مثل هذا الاسترداد يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^٥.

1 A. Delaubadere et autres, Contrats, op. cit, p709

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

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٢٦.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

٥ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٠.

د- لا يجوز للإدارة أن تقوم باسترداد المرفق إلا بعد انقضاء المدة التي ينص عقد الالتزام عليها، حيث غالباً ما تتضمن عقود الالتزام حداً أدنى من المدة لا يجوز للإدارة استرداد المرفق خلالها، ولكن هذا لا يعني أن الإدارة قد تنازلت عن استعمال حقها في الاسترداد خلال هذه المدة، وإنما يعني أن شروط الاسترداد التعاقدية لا يمكن تطبيقها إلا من التاريخ المحدد في العقد، فإذا ما أرادت الإدارة الاسترداد قبل هذا التاريخ، فلها ممارسة سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية في أي وقت^١.

وفي مصر، فإن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالالتزام المرافق العامة أوجب أن يحدد عقد الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته.

٢- الاسترداد القانوني (التشريعي):

يقصد بالاسترداد القانوني أن يقوم المشرع بإصدار قوانين خاصة تنظم بموجبها استرداد بعض المرافق العامة، بقصد تمكين السلطة مانحة الالتزام من ممارسة الاسترداد غير المنصوص عليه في عقد الالتزام، وهذا التدخل طبيعي من المشرع، فطالما أن منح الالتزام في بعض الحالات لا يكون إلا بقانون، فالمشرع يستطيع أن يقرر لاعتبارات يقدرها استرداد بعض المرافق العامة بقانون.

وعندما يصدر هذا القانون يجب تنفيذ ما يتضمنه من شروط، وإتباع ما يقضي به من إجراءات وما يرتبه من التزامات، ويحرص المشرع على أن يكون هذا الاسترداد مقابل تعويض يتم تحديده في قانون الاسترداد^٢.

وقد أصدر المشرع المصري عدة قوانين لاسترداد بعض المرافق التي تُدار بطريقة الامتياز منها على سبيل المثال^٣.

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

١ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

٢ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٧٠.

٣ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٥. و د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٥٧.

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

وكذلك المشرع الفرنسي أصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة منها^١:

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

٣- الاسترداد غير التعاقدي:

هو الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ الالتزام وقبل نهاية مدته دون أن يكون حقها في ممارسة الاسترداد وتنظيمه منصوباً عليه صراحة في عقد الالتزام.

إن أغلبية الفقهاء سواء في فرنسا أو مصر أو سورية يعتبرون هذا النوع من الاسترداد وسيلة بيد الإدارة، إلا أن هناك من يرى أن الاسترداد لا يكون إلا بطريقة النص عليه في العقد، فهم لا يعترفون إلا بالاسترداد التعاقدي.

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أن سلطة الاسترداد لا ينبغي أن توجد إلا في الحالات والأوضاع التي ينص عليها العقد أو دفاتر الشروط، ويعود ذلك إلى أن الملتزم له حقاً مكتسباً في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة الالتزام المنصوص عليها في العقد، نظراً للاستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها من أجل تشييد المنشآت واستغلال المرفق، مما يترتب عليه أن الإدارة لا تستطيع فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذ لم يوجد نص في العقد أو في دفاتر الشروط يعطيها هذا الحق صراحةً.

1 A. De laubadere et autres, contrats, op.cit, p737.

وفي مصر يرى جانب من الفقه أنه في حالة عدم وجود نص في العقد يجيز الفسخ، لا يكون أمام الإدارة إلا اللجوء للقضاء للحصول على حكم قضائي بالفسخ، وذلك يعود إلى مدى ما يترتب على فسخ عقد الالتزام من اضطراب وإلى أهمية رؤوس الأموال الموظفة في المرفق موضوع الالتزام^١.

بينما يتبنى غالبية الفقه الفرنسي والمصري الاسترداد غير التعاقدي، حيث ذهب الفقيه Benoit إلى أنه «بالنسبة لعقد الالتزام، فإن الإنهاء الانفرادي للعقد لا يمكن أن يتخذ إلا شكل الاسترداد غير التعاقدي»^٢.

أما الرأي الفقهي للفقهاء A. De laubadere, F. Moderne et P. Delvolve يقر 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 الاسترداد، حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسي بوجود هذا الحق للإدارة، حيث قرر في حكمه الصادر عام ١٩٨٨ أنه: «لما كان يحق للإدارة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق التعويض للملتزم - أن تنهي عقد الالتزام قبل ميعاده ما دامت توجد أسباب من المصلحة العامة تبرر لها اتخاذ هذا القرار، فإن السلطة مانحة الالتزام تستطيع أن تمارس هذا الحق، حتى ولو لم ينظم ممارسته أي نص تشريعي أو لائحي أو أي شرط تعاقدي»^٣.

وفي مصر يرى الدكتور سليمان الطماوي أنه لا شك في حق الإدارة في استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة، فالإدارة تملك حقاً أصيلاً في أن تنظم المرفق العام

١ د. توفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٦٠٩.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق ص ١٥٠.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٩٤.

2 F-p Benoit, op. cit, p 661.

في كل وقت بما يجعله أصلح لأداء الخدمة المنوطة به، وبالتالي فإن لها دائماً أن تلغي المرفق، فينقضي الالتزام^١.

كما أن القضاء الإداري المصري تبنى الاعتراف بالاسترداد غير التعاقد، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ إلى 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، 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»^٢.

وفي سورية، ذهب مجلس الدولة السوري وفق ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري، حيث أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٤ إلى 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»^٣.

وبناءً على ما سبق، يمكن القول إن حق الإدارة في استرداد المرفق العام يعدّ تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، والتي تعتبر من النظام العام، أي أن الإدارة تستطيع أن تمارس الاسترداد في جميع الأحوال، وفي أي وقت حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحةً في عقد الالتزام أو دفاتر الشروط.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٣.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الطعن رقم ٨٦٢، تاريخ ١٦/٦/١٩٥٧، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٢٣، في القضية ٢٢١ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٠٥.

خامساً. الآثار القانونية المترتبة على الاسترداد:

يثور التساؤل عن حقوق المتعاقد الذي أنهت الإدارة عقده لدواعي المصلحة العامة وبدون صدور أي خطأ من جانبه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد؟ وقد أقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية للمتعاقد في هذه الحالة بالحق في التعويض الكامل عن كل ما لحقه من خسارة وعن كل ما فاتته من كسب نتيجة إنهاء الإدارة لعقده قبل نهاية مدته المتفق عليها.

كما يثار التساؤل عن مصير عقد الالتزام والالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها وعن مصير العقود التي يبرمها الملتزم مع الغير، والأدوات التي استخدمها في تنفيذ عقده؟

وسوف نتناول شرح هذه الآثار المترتبة على الاسترداد وفق ما يلي:

١- حق المتعاقد في التعويض:

تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد امتيازاً للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ولذلك فإن المقابل لها لحفظ حقوق هذا المتعاقد هو تعويض هذا المتعاقد عن إنهاء الإدارة لعقده قبل الأوان ودون وقوع أي خطأ من جانبه في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث إن إنهاء العقد هنا ليس بطبيعة الحال جزاء عن خطأ ارتكبه المتعاقد في تنفيذ العقد.

فإنهاء العقد من جانب الإدارة يحرم المتعاقد من المزايا المالية التي يجلبها له التنفيذ الكامل للعقد، ويضع المتعاقد في موقف صعب إذا كان هذا المتعاقد لم يستطع أن يستهلك رؤوس الأموال التي استثمرها في تنفيذ العقد.^١

ولهذا السبب فإنه لكي لا يتحمل المتعاقد الأعباء المالية المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد، فإن القضاء قد أقام نظام المسؤولية العقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة والذي يتيح للمتعاقد الحق في التعويض عن الاستخدام القانوني من جانب الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد بشرط أن يصيب المتعاقد ضرر نتيجة إنهاء عقده.

١. توفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٦٠٨.

وقد اعترفت المحكمة الإدارية العليا المصرية بحق المتعاقد في الحصول على التعويض، وذلك في حكمها الصادر عام ١٩٧٠، والذي جاء فيه: «إن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه»^١.

وكذلك الحال في سورية، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية بحق الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، وحق المتعاقد بالحصول على التعويض مقابل هذا الإنهاء، وذلك في حكمها الصادر عام ١٩٧٥، والذي جاء فيه: «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»^٢.

ومن ناحية أخرى، 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 خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما^٣.

وقد ينظم العقد ذاته أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره، وفي هذه الحالة يجب إعمال نصوص العقد أو نصوص القوانين واللوائح، حتى لو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض^٤.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٩٥٤، تاريخ ١١/٤/١٩٧٠، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٣٢، في القضية رقم ١٨، لسنة ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١.

٣ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

فحرية أطراف العقد كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق للمتعاقد نتيجة الإنهاء الانفرادي من جانب للإدارة لعقده لدواعي المصلحة العامة، حيث يستطيع طرفا العقد (الإدارة والمتعاقد معها) أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعاقد في هذه الحالة أياً كانت طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن حيث يمكنهما الاتفاق بمقتضى شرط صريح في العقد على استبعاد منح أي تعويض للمتعاقد عن إنهاء العقد أو تحديد مبلغ جزائي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتت عليه، أو اشتمال التعويض على عنصري التعويض من خلال تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب^١.

أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مبدأ استحقاق التعويض ومقداره، فإن القاضي هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، والتعويض الذي يحكم به في هذه الحالة هو التعويض الكامل، والذي يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

ففي حالة عدم وجود نص في العقد أو القانون ينظم مقدار التعويض عن الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، فإنه لا توجد في هذه الحالة قواعد محددة من أجل تحديد مبلغ التعويض، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن هذا الإنهاء المبسر للعقد شاملاً الربح الفائت^٢.

وعلى الرغم من ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر أن المتعاقد الذي أنهى عقده من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة لا يستحق أي تعويض في حالتين هما:

١ - إذا نص العقد ذاته صراحة على أن المتعاقد لا يستحق أي تعويض في حالة إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة.

١ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

2 Vedel et delvolve. Op. cit. p.310.

٢- إذا لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء إنهاء عقده، حيث إن المبادئ العامة للحصول على تعويض تقتضي وقوع ضرر فعلي تكبده المتعاقد، ولذلك لا محل للتعويض إذا لم يحدث إنهاء العقد أي ضرر للمتعاقد.

وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن إنهاء عقده لأن استمرار تنفيذه للعقد كان في الحقيقة مرهقاً ومكلفاً للمتعاقد، ولذلك فإن إنهاء العقد لم ينتج أي ضرر للمتعاقد^١.

وقد ذهب مجلس الدولة المصري، وفق ما ذهب إليه نظيره الفرنسي، حيث أقر مبدأ عدم استحقاق المتعاقد أي تعويض إذا لم يلحق به أي ضرر نتيجة إنهاء عقده بالإرادة المنفردة من جهة الإدارة حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري عام ١٩٦١:

«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 الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، 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 التعويض أن كان له وجه»^٢.

وهذا ما ذهب إليه أيضاً القضاء الإداري السوري، حيث اشترط حدوث الضرر لنشوء التزام الإدارة بتعويض المتعاقد بسبب إنهاء عقده بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وذلك في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٩ جاء فيه:

1 C. E Nov1990, Teyssyre, Rec, p. 912.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الطعن رقم ٩٦٠ تاريخ ١٩٦١/٦/٢٥، مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

« ١ - إن من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شاءت باعتبارها القوامه على تسيير المرفق العام، ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً...»

٢ - إن هذا الحق يقابله التزامها بالتعويض في حال الضرر وقد تكونت لدى المحكمة القناعة للأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها التقرير عن استحقاق المتعهد التعويض لقاء لجوء الإدارة إلى فسخ العقد^١.

أما في الحالات التي يستحق فيها المتعاقد تعويضاً عن إنهاء الإدارة لعقده لدواعي المصلحة العامة، فإن المبدأ العام الذي يحكم تقدير التعويض هو مبدأ التعويض الكامل. ولكي يكون التعويض كاملاً، فلا بد أن يشتمل على عنصرين متلازمين هما تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وتعويضه عما فاته من كسب، ويشتمل التعويض الكامل على عنصرين هما:

أ. تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده:

هذا العنصر الأول من عناصر التعويض لا محل للمنازعة فيه ولا ترد عليه أية استثناءات أو قيود بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد، وهذا العنصر يشمل كل النتائج والأحداث الضارة والمؤذية للمتعاقد نتيجة الإنهاء المبسر لعقده.

ويمكن أن يدخل في نطاق العنصر الأول للتعويض الكامل (ما لحق المتعاقد من خسارة) التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بالمتعاقد نتيجة إنهاء عقده إذا ما أثر إنهاء العقد مثلاً على السمعة التجارية للمتعاقد^٢.

ويرفض القاضي الإداري تعويض المتعاقد عن الأضرار غير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد، حيث لا يستطيع المتعاقد أن يطالب على أساس تعاقدية بالتعويض عن خسائر الاستغلال السابقة على التوقيع على العقد وإبرامه أو اللاحقة على إنهاء العقد^١.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٦٤، سجلات المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٩، المحامي مصباح نوري المهاني، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٣٨.

بد أما العنصر الثاني للتعويض الكامل، فهو تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب:

فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي عنصر الربح الفائت على المتعاقد إلى جانب عنصر الخسارة المتحققة له كعنصرين للتعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد نتيجة إنهاء عقده. ولكن رغم 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:

حيث استبعد مجلس الدولة الفرنسي من التعويض عنصر الأرباح التي تفوت المتعاقد نتيجة إنهاء عقده في جميع الحالات التي يثبت فيها أن إنهاء العقد كان راجعاً إلى ظروف خارجية لا يد للإدارة فيها، والتي جعلت من إنهاء العقد نتيجة لا يمكن بالفعل تجنبها، كحالة نشوب الحرب أو توقفها أو انتهائها^١.

وكذلك فعل المشرع الفرنسي، حيث 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^٢:

وقد أخذ مجلس الدولة السوري بموقف نظيره الفرنسي، وذلك في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٩١، جاء فيه: «لا يستحق المتعهد أي تعويض عن فوات الربح في حال كان تعذر تنفيذ العقد راجعاً لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة»^٣.

١ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٤١.

٢ السلال سعبد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢١٨.

3 A. Delaubadere et autres, cnontrats, op. cit, p. 672.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٨٤٣، لسنة ١٩٩١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٩١، ص ٤٧٩.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن وقوع الحرب وتوقف القتال حالتين من حالات القوة القاهرة التي ترجع إلى ظروف خارجية ومستقلة عن الإرادة الخاصة للإدارة المتعاقدة مما يجبرها على إنهاء عقودها^١.

أي أن هذا الرأي يستبعد الأرباح من دائرة التعويض الذي يستحقه المتعاقد. في حين ذهب جانب آخر إلى انتقاد الرأي السابق على أساس أن هذا الرأي يمد نظرية القوة القاهرة إلى الحالات التي لا يتوافر فيها شرط الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، كما أن هذا الرأي يقود منطقياً إلى استبعاد أي تعويض عن إنهاء العقد بما فيه التعويض عما لحقه المتعاقد من خسارة، ولكن العدل يفرض تعويض المتعاقد الذي أجبرته الأحداث الخارجية على التنازل عن مكاسبه التي يمكنه أن يتوقعها من العقد.

وقد أيد هذا الرأي الدكتور سليمان الطماوي الذي ذهب إلى أن انتهاء الحرب ليس دائماً من قبيل القوة القاهرة، على 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 نظرية الظروف الطارئة، فإنه ليس من المصلحة العامة أن تتوسع في تطبيقات هذا التوسع، ومن ثم فإنه لا يمكن تبرير قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلا على أساس العدالة المجردة^٢.

٢) استبعاد الربح الفائت بسبب تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد:

يستبعد مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الربح الفائت في حالة الإنهاء الراجع إلى تخلي المتعاقد عن تنفيذ العقد بموافقة الإدارة^٣.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٨٣.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٨٤.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

٣ السلال جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

٣) استبعاد الربح الفائت إذا كان العقد مبرم بين شخصين عاميين:

لا يعوّض المتعاقد عن الربح الفائت عندما يكون العقد مبرم بين شخصين عاميين حيث لا يستطيع أي منهما مطالبة الشخص الآخر بالتعويض عن الربح الفائت بسبب انتهاء العقد نهاية غير طبيعية، وذلك لأن الشخص العام يهدف دائماً من تعاقدته تحقيق الصالح العام سواء أكان هذا الشخص العام هو صاحب المرفق العام أو المتعاقد معه.

٢- تصفية عقد الالتزام:

يترتب على الاسترداد الآثار المالية 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. فإذا استمر الملتزم في استغلال المرفق بعد صدور قرار الاسترداد، فإنه يجب عليه أن يرد للسلطة مانحة الالتزام الأرباح التي حققها بعد تاريخ الاسترداد وحتى تاريخ نفاذ هذا الاسترداد^١.

ويملك قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر الملتزم القديم بإيقاف استغلال المرفق العام بعد تاريخ إنهاء عقده.

من ناحية أخرى، فإنه يشترط في الاسترداد أن يكون شاملاً للمرفق العام بأكمله، ما لم يرد نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط يميز للإدارة الاسترداد الجزئي للمرفق العام، وذلك لأن الالتزام يكون كلاً لا يصح تجزئته، كما أنه ليس من العدل أن يُحرم الملتزم من جزء من الالتزام قد يكون أكثر ربحاً له، ويترك الجزء الأكثر تكلفة وعبئاً عليه^٢.

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٤١.

2 A. Delaubadere. et, autres, contrats, op.cit, p720.

ويرى الفقيه "Jeze" أن الاسترداد الجزئي يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، لذا فإن الاسترداد الكلي للالتزام هو الوضع المناسب للملتزم، وهو الأكثر عدالة أيضاً، كما أنه لا يعرض سير المرفق العام للخطر^١.

بد مصير العقود التي أبرمها الملتزم مع الغير قبل استرداد الالتزام:

في هذا الإطار يجب التمييز بين عقود العمل التي أبرمها الملتزم مع عماله ومستخدميه العاملين في إدارة المرفق قبل استرداد الالتزام، وبين العقد المبرم مع شخص من المنتفعين بخدمات المرفق العام، والعقد المبرم مع شخص من الغير لا علاقة له بالمرفق العام. فيما يتعلق بعقود العمل التي أبرمها الملتزم مع عماله: فالأصل أن هذه العقود لا تسري في حق مانح الالتزام أو الملتزم الجديد لأن كلا منهما لا يعتبر خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم السابق، وتبقى حقوق العمال تجاه الملتزم السابق عالقة بذمته ويُسأل عنها في مواجهة العمال^٢.

وهذا ما تبناه المشرع المصري في القانون رقم ٦٦٠ لسنة ١٩٥٣^٣، والذي ورد فيه أنه إذا انتهى عقد الالتزام وتولت الدولة إدارته بالطريقة المباشرة، جاز لمجلس الوزراء أن يعين لخدمة المرفق - وللمدة التي يحددها - من تقضي المصلحة تعيينه من الموظفين الذين كانوا بخدمته قبل تولي الدولة إدارته.

يبدو من خلال هذا القانون أن عقود العمل المبرمة بين الملتزم السابق وعماله قبل انتهاء الالتزام باسترداده - لا تسري في مواجهة الإدارة بعد عودة المرفق إليها، إذ لو كانت هذه العقود باقية بعد سحب الالتزام أو عودة المرفق في نهاية مدته، لما كان المشرع المصري في حاجة إلى إصدار القانون السابق بإجازة تعيين بعض مستخدمي وعمال الملتزم السابق بخدمة المرفق مرة أخرى، ولكن

1 (G) Jeze, op. cit, p322.

٢ فتوى الجمعية العمومية الصادرة من قسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري تاريخ ١٩٨٨، مشار إلى هذه الفتوى لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

٣ غُدل هذا القانون بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٤.

تطبيق ذلك على عمال الملتمزم السابق سوف يضر بهم، لاسيما إذا كان الملتمزم أجنبياً فكانت أمواله موجودة في الخارج، ومن ثم لن يتمكنوا من التنفيذ على هذه الأموال، ولذلك من المستحسن أن تقوم الدولة بأداء حقوق هؤلاء العمال استناداً إلى مبادئ العدالة والتضامن الاجتماعي.

أما فيما يتعلق بعقود الملتمزم مع المنتفعين بخدمات المرفق العام : فإن هذه العقود تظل سارية المفعول في مواجهة مانح الالتزام، أو في مواجهة الملتمزم الجديد، وذلك لأن الشروط اللائحية في عقد الالتزام والتي تبين كيفية أداء الخدمة تظل محافظة على قوتها الملزمة في حال انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام أو الملتمزم الجديد، مع مراعاة أن السلطة مانحة الالتزام تستطيع تعديل النصوص اللائحية بما تراه ملائماً للمصلحة العامة، وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٥٦: «وإن كانت النصوص اللائحية في عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام، إلا أن هذا لا يقيد سلطة الحكومة في تعديل تلك النصوص بما تراه ملائماً للمصلحة العامة»^١.

أما عقود الملتمزم مع الغير قبل استرداد الالتزام: فإن القاعدة أن عقود الملتمزم تبقى في ذمته ولا تنتقل إلى ذمة كل من مانح الالتزام أو الملتمزم الجديد (في حالة إسناد المرفق إلى ملتمزم جديد)، إلا إذا نص عقد الالتزام على خلاف ذلك.

جـ. مصير الأموال المادية والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام:

القاعدة أن عقد الالتزام هو الذي يتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام، حيث أن الملتمزم يستعمل في سبيل إعداد المرفق أنواعاً مختلفة من الأموال، بعضها من قبيل العقارات وبعضها من المنقولات، وهذه الأموال قد تكون مملوكة للملتمزم أو قد تسلمها له الإدارة (كما في عقد الامتياز).

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

وطبقاً لعقود الالتزام في فرنسا فإنها تنص عادةً على أيلولة هذه الأموال والأدوات إلى السلطة مانحة الالتزام مجاناً، مع بقاء ما لم ينص عليه في العقد، ملكاً للملتزم، وهذا ما سنبحثه فيما يلي:

– الأموال التي تبقى ملكاً للملتزم:

القاعدة هي أن يحدد عقد الالتزام أو دفاتر الشروط الأموال التي تؤول إلى الإدارة مانحة الالتزام، ففي فرنسا يتم النص على أن تؤول إلى الدولة، -مجاناً أو بمقابل - الأموال التي تعتبر كلاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق، وعلى ذلك يبقى للملتزم الأموال المملوكة له، والتي لا تعتبر كلاً لا يتجزأ من المشروع الأساسي للامتياز، ومثالها مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع^١.

أما في مصر، فإنه لا توجد قاعدة قانونية في هذا المجال، كما لا يوجد قاعدة حول أيلولة هذه الأموال إلى الدولة مجاناً عقب نهاية الالتزام خارج حدود الاتفاق^٢.

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أنه: «عند أيلولة المرفق لجهة الإدارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص، وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم، ما لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء دون مقابل»^٣.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٠٩.

٢ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٠٩، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٥٩.

٣ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة في ١٩٥٥/٣/٢٣ مشار على هذه الفتوى لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

– الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً:

هذه الأموال تعتبر كلاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق العام، وينبغي أن ينص عليها صراحة في العقد، وتشمل العقارات المستعملة في المشروع، كالأراضي والمصانع والطرق.

وإذا كانت القاعدة أن هذه الأموال تؤول إلى الدولة بقوة القانون بمجرد انقضاء الالتزام، فإنه يحدث أن يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة الاختياري في ترك بعض الأدوات – عند انقضاء العقد – والتي غدت غير صالحة لاستغلال المرفق، ففي هذه الحالة فإن الملتزم يكون ملزماً بإبعاد هذه الأدوات عن المرفق العام، وعلى نفقته^١.

وعلى اعتبار أن الملتزم يعلم مسبقاً أن الأموال السابقة سوف تؤول مجاناً إلى الدولة، فإنه قد يهمل صيانتها، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأرباح، لذلك فإن عقود الالتزام تتضمن شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصيانة تلك الأموال، بحيث تسلم في حالة جيدة عند نهاية العقد، بل يقع هذا الالتزام على عاتق الملتزم ولو لم يرد نص صريح في العقد^٢.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم تطبيق مبدأ الأيلولة بالبحان لهذه الأموال بلا مقابل في حالة الإنهاء المبسر للالتزام والسابق للأوان قبل نهاية مدته العادية المنصوص عليها في العقد، ولو لم ينص على ذلك في العقد، وحتى إذا كان انقضاء العقد راجعاً إلى خطأ الملتزم، وهذا يعني أن مانح الالتزام يستفيد من أيلولة هذه الأموال بشرط أن يدفع تعويضاً للملتزم عنها^٣.

1 C. E 11Mai 1996, Com pagnie des trans ports de, Douai, Rec, p203.

مصادر إلى هذا الحكم لدى حسام فيصل، المرجع السابق، ص ١٩١-١٩٢.

٢ د. محمد صلاح، عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٥٦.

٣ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

– الأموال التي تؤول إلى الإدارة (مانحة الالتزام) بمقابل:

وهذه الأموال تكون عادةً من المنقولات كالمواد الخام والمعدات، وتعتبر كلاً لا يتجزأ في استغلال المشروع.

وعادةً تتولى شروط العقد أو دفاتر الشروط تحديد القواعد والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمن هذه الأموال أو مقدار التعويض عنها، واستناداً إلى ذلك فإن الإدارة 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^١. فمثلاً الأموال التي اقترضها أو استأجرها الملتزم من أجل استغلال المرفق، فإذا كانت 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، كما أن هذه الأموال يمكن أن يشتريها مانح الالتزام بمقتضى اتفاق مع الملتزم أو تقديرها عند الاقتضاء طبقاً لرأي الخبراء^٢.

د. التصفية المالية بين الملتزم والإدارة مانحة الالتزام:

عندما ينتهي العقد نهاية مبسرة، ينشأ لكلا الطرفين حقوق لدى الطرف الآخر يجب تصفيتها، فقد يستحق كل من الطرفين تعويضاً من الطرف الآخر عن الأخطاء العقدية المرتكبة أثناء استغلال الالتزام، وقد يكون للملتزم الحق في التعويض عن بعض الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً، وقد يقصر الملتزم في صيانة الأموال التي سوف تعود إلى الدولة مجاناً في نهاية مدة الالتزام، وقد يستحق مانح الالتزام تعويضاً من الملتزم عن عدم قيامه بتنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، كل هذه العلاقات المالية بين الإدارة (مانحة الالتزام) والملتزم يجب تصفيتها عند استرداد الالتزام.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨١١، ود. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٥٧.

والقاعدة في هذا الصدد هي إعمال شروط العقد باعتبارها شروط عقدية ملزمة لطرفي العقد، أي ليست شروط تنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق وسيره، وعلى القضاء تفسير تلك النصوص بدقة متوخياً النية المشتركة لطرفي العقد^١.

وهناك مجموعة من الأمور يجب مراعاتها عند إجراء التصفية المالية هي:

١- أن الأموال المنصوص عليها في العقد والتي لم يتم انفاقها على استغلال الالتزام كالأموال الاحتياطية وأموال التشغيل المتبقية، فإن العقد أو دفاتر الشروط هو الذي يبين كيفية التصرف في هذه الأموال، وبحسب دفاتر الشروط في فرنسا فإن الأموال الاحتياطية تؤول للملتزم، وأموال التشغيل تؤول للجهة مانحة الالتزام^٢.

٢- على الملتزم إبراز قيود حساباته فيما يتعلق بالنفقات التي تكبدها في إنشاء المرفق وإدارته، كما يتوجب عليه إعادة الكفالة أو التأمين (المدفوع من قبله إلى الإدارة مانحة الالتزام) وتسديد السلف والقروض التي أبرمها مانح الالتزام لصالح الملتزم أثناء تنفيذ الالتزام^٣.

ولابد من الإشارة إلى أن المقاصة تعتبر مقبولة، حيث يستطيع مانح الالتزام إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين جميع الديون التي يمكن أن يكون مديناً بها في مواجهة الملتزم، كما لو تم تنزيل المبالغ المستحقة لمانح الالتزام قبل الملتزم من ثمن الأدوات التي يتعين على مانح الالتزام شراؤها من الملتزم أو من مبلغ التعويض المستحق للملتزم نتيجة استرداد التزامه.

وقد اعترف القضاء الفرنسي والسوري لمانح الالتزام بالحق في إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين ما عليه من ديون للملتزم^٤.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨١٢.

2 A, De laubadere et autres contrats, op. cit, p762.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٦٦٢.

٤ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٠، مشار إلى هذا الحكم في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠.

راجع في أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

C.E31 oct, sté du port de pèch de Lorient, Rec, P401

ومن الجدير ذكره أن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد، والمرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، وكذلك القانون المدني في مواد المتعلقة بالتزام المرافق العامة لم يتضمن أيّاً منهم مواد تتعلق بمصير الأموال والأدوات والعقود المتعلقة باستغلال المرفق، وحذا لو يتم وضع نظام قانوني خاص أو إضافة مواد إلى قانون العقود حول المسائل التي تثور بعد انتهاء العقد ومنها مصير الأموال والأدوات المستعملة، ومسألة التعويض عند استرداد الالتزام.

سادساً. الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالاسترداد:

لا تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد سلطة مطلقة تمارسها الإدارة كيفما تشاء، ولكنها في الواقع تعتبر سلطة قانونية تخضع لرقابة القضاء الإداري حيث يراقب القاضي الإداري المختص مدى مشروعية ممارسة الإدارة لهذه السلطة، ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب احترامها من جانب الإدارة لممارسة هذه السلطة، وستتناول هذه الرقابة وفق ما يلي:

١- تحديد القاضي الإداري المختص:

لقد استقر مجلس الدولة الفرنسي 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، وتكون هذه الدعوى دعوى قضاء كامل، 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 يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بالاسترداد، وليس دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء^٢.

وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢ أنه: «نظراً لأن قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعتبر قراراً

1 A. Delaubadere et autres, contrats. Op. cit, p. 1056.

2 C. E 17 péc1971, Dlle Leduc, Rec p. 688.

منفصلاً عن العقد بالنسبة للملتزم، فإن هذا الملتزم لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد»^١.

وهذا ما تبناه مجلس الدولة المصري في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٥ والذي جاء فيه: «إن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة. وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء»^٢.

وفي سورية، فقد استقر كذلك مجلس الدولة على أن تدخل المنازعات التي تترتب على العقود الإدارية ضمن نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء^٣.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية: (أن المحكمين في تصديهم للفصل في نزاع ناشئ عن عقد إداري يكونون قد حلوا محل القضاء الإداري في اختصاصهم وبالتالي فإن حكمهم يقبل الطعن أمام المحكمة الأعلى مرتبة)^٤.

٢- نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار الإدارة باسترداد الالتزام:

إن سلطة الإدارة باسترداد الالتزام ليست سلطة مطلقة تمارسها كيفما تشاء، وإنما تخضع لرقابة القضاء الإداري، لذلك عندما تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي

١ مشار إلى هذا الحكم لدى السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٢٨٤ - تاريخ ١٩٩٥ مشار إلى هذا الحكم لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١١٢.

راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ١١٨٠ تاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٦٨٣ تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩ مشار إلى هذه الأحكام لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١١٠-١٩٨.

٣ عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص ١٦٦.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٧٤ تاريخ ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨، ص ١٩٦.

المصلحة العامة، فإن للقاضي أن يراقب هذا القرار من ناحية المشروعية فقط، أي أن رقابة القاضي هنا، تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الاسترداد، ولكنها لا تتضمن تقدير ملائمة سبب المصلحة العامة لاسترداد الالتزام.

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا نص العقد ذاته على الأسباب التي تجيز للإدارة إنهاء العقد، فإن القاضي سوف يراقب التكييف القانوني للوقائع، وسوف يتحقق مما إذا كانت هذه الوقائع تعتبر من أسباب الصالح العام التي تبرر إنهاء العقد من عدمه.

الحالة الثانية: إذا لم ينص العقد على الأسباب التي تجيز للإدارة إنهاء العقد فإن القاضي لا يملك سلطة مراجعة صحة أسباب إنهاء العقد التي استندت إليها الإدارة، ولكن ذلك لا يعني أن قرار استرداد الالتزام سوف يفلت من الرقابة، إذ يمكن للقاضي أن يتحقق من أنه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد أي طابع تعسفي^١.

وفي مصر، حددت محكمة القضاء الإداري الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٨٢، والذي جاء فيه:

«من حيث أنه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، فإنه يتعين مراعاة القواعد التالية:

- ١- أن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما تشاء، ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة.
- ٢- أن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة، إنما تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري، والقاضي الإداري - إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن - عليه أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير مشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.

١ حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

٣- أن سلطة القاضي الإداري محدودة، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة، ولكنه لا يمكن التصدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء»^١.

كما ذهب مجلس الدولة السوري إلى أن صلاحية القاضي تقتصر على رقابة المشروعية فقط دون الملاءمة، حيث يتحقق من أنه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة أي طابع تعسفي، فإذا تحقق من وجود أسباب المصلحة العامة التي استندت إليها الإدارة في الإنهاء، لا يحق له البحث عن مدى ملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٧٥: «إنّ الإدارة وقد استعملت حقها المشروع في فسخ العقد بعد أن تبين لها وجود مصور فوتوغرافي سابق لبلدة القامشلي يمكن الاستفادة منه والاستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته مع المتعهد....»^٢.

ولكن من المستحسن توسيع صلاحيات القاضي الإداري لتشمل قرارات الإدارة المتخذة بناءً على المصلحة العامة ليقوم القاضي بتقدير ملاءمة هذه القرارات، فمصطلح المصلحة العامة من أكثر المصطلحات عمومية في القانون الإداري وإن بقاء هذا المصطلح بعيد عن تقدير وملاءمة القاضي من شأنه أن يساهم في زيادة عمومية هذا المصطلح في حين أن خضوع هذا المصطلح لرقابة القاضي سيؤدي إلى وضع حدود وضوابط له.

٣. **سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الالتزام في حالة عدم مشروعيته:**

استقر مجلس الدولة الفرنسي على أنه لا يحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا

١ حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى، ١٥٥٤، تاريخ ١٢/١٢/١٩٨٢، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسمين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٩-٢٦٠.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٧٧، في القضية رقم ٤٦٧ لعام ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٣٠٨.

يمكن في أية حال أن تنشئ لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار، وتبعاً لذلك، فإن قاضي العقد لا يملك عندما ينظر في التدبير أو القرار غير المشروع إلا أن يحكم بالتعويض فقط عن الأضرار التي سببتها جهة الإدارة للمتعاقد معها، أي أن القاضي لا يستطيع أن يقضي بإلغاء التدابير غير المشروعة^١.

ولقد استقرت قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري للإلغاء من جانب القاضي الإداري في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧/٣/١٩٧٣ والذي جاء فيه:

«إنَّ قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يملك سلطة إلغاء تدبير إنهاء العقد الصادر من الإدارة في مواجهة متعاقدها ولكنه يملك فقط سلطة تقدير التعويض المستحق للمتعاقد عن هذا الإلغاء»^٢.

وبناءً على ذلك، فإن قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة للإلغاء تسري على عدة عقود منها: عقد الأشغال العامة وعقد التوريد بالإضافة إلى العقود المبرمة بين شخصين عاميين^٣.

وعلى عكس القاعدة السابقة، فإن هناك استثناءات تعطي للقاضي الإداري صلاحية إلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيتها، ومن هذه الاستثناءات العقود التالية: عقد التزام المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام وغيرها^٤.

أما بالنسبة للقضاء الإداري، في **مصر وسورية** فإنه لا يوجد حكماً تعرض لمدى سلطة القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة

١ د. حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

٢ مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١١.

٣ راجع في ذلك: حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٧٦-٢٧٩.

٤ راجع في ذلك: السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٧٩-٢٨٠.

لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته، وباستقراء الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة المصري والسوري، فإن كلا المجلسين لا يحكم بإلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته. بل يكتفيان بالحكم بتعويض الطرف الآخر تعويضاً كاملاً شاملاً يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ومن أمثلة ذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر 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»^١.

وبعد أن انتهينا من دراسة الانتهاء المبسر لعقد الالتزام بصورتيه إسقاط الالتزام واسترداده، ننتقل لدراسة الانتهاء المبسر لعقد الأشغال العامة.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٢، في القضية رقم ١٨ لعام ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١.

المبحث الثاني الانتهاء المبسر لعقد الأشغال العامة

ينتهي عقد الأشغال العامة نهاية مبسرة إما وفقاً للأسباب العامة للانتهاء المبسر للعقد الإداري، أو بالفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة نتيجة الأخطاء الجسيمة الصادرة من مقاول الأشغال العامة.

وسنقوم في هذا المبحث بتعريف الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وبيان طبيعته القانونية وأنواعه وشروطه، والآثار المترتبة عليه وفق ما يلي:

أولاً- تعريف الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

يُعرف عقد الأشغال العامة بأنه: العقد الذي يبرم بين أحد أشخاص القانون العام من جهة وأحد أشخاص القانون الخاص أو العام من جهة أخرى في سبيل القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب هذا الشخص العام وبقصد تحقيق منفعة عامة ونظير المقابل المتفق عليه، وفقاً للشروط الواردة في العقد^١.

أما الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة فهو ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة من العقد، والذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائياً من تنفيذ الأشغال أو الاستمرار في تنفيذها^٢.

ويبرر الفقه الإداري للإدارة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال على أساس أنه يجب السماح للإدارة بأن تنهي العقد عندما يظهر لها بصورة قطعية أن المتعاقد لم ينفذ أو لم يعد قادراً على تنفيذ المرافق العامة بدرجة كافية، وأنه يجب تمكين الإدارة من أن تتنازل عن مشاركة المتعاقد الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته^٣.

١ د. محمد الحسين ود. مهني نوح، المرجع السابق، ص ٥٦.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

٣ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

وهنا يثار التساؤل عما إذا كان جزاء فسخ عقد الأشغال العامة يعتبر مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بفسخ العقد، أم أن هذا الجزاء يعتبر ذات طبيعة خاصة؟

انقسم الفقه الفرنسي في هذا الشأن إلى اتجاهين متعارضين:

حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الفسخ في العقود الإدارية لعدم التنفيذ ليس إلا تطبيقاً للمبدأ الذي قرره المادة /١١٨٤/ من القانون المدني والتي تقضي بأن الشرط الفاسخ يكون دائماً مقررأ ضمناً في العقود الملزمة للجانبين، وذلك في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات^١.

كما ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ليس إلا تطبيقاً للمادة /١٧٩٤/ من القانون المدني الفرنسي الذي تقضي بأن رب العمل يستطيع أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته وحده، مع تعويض المقاول عن كل نفقاته وعن كل أشغاله وعن كل الأموال التي كان يمكنه أن يجنيها من هذه المقاولة.

ومع ذلك فإن غالبية الفقه الفرنسي يرفض تطبيق هاتين المادتين في مجال الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

فقد ذهب الفقيه "Jeze" إلى استبعاد تطبيق كلتا المادتين السابقتين على جزاء فسخ عقد الأشغال العامة، حيث قرر أن: «القانون المدني لا يكون مطبقاً على جزاء فسخ عقد الأشغال العامة، حيث لا يمكن الاستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة، لذلك يرى هذا الفقيه أن مبادئ العدالة وحدها التي يمكن أن تُستلهم من نصوص القانون المدني تكون قابلة للتطبيق، لذلك فمن الخطأ تطبيق المادة /١١٨٤/ أو المادة /١٧٩٤/ من القانون المدني على العلاقات بين الإدارة والمقاول»^٢.

1 E. perriquet, Traité théorique et pratique des travaux publics, éd: Librairie gènèrale de Juriaprudence, Paris, 1998, p. 269.

2 (G) Jeze . Op. cit, p. 828.

كما ذهب الفقيه "FLAMME" إلى أن: المقصود في مجال عقد الأشغال العامة حل أو فسخ جزائي للعقد لأخطاء المتعاقد، سببه خطأ المتعاقد الثابت أو المفترض، ولذلك فإن هذا الفسخ الجزائي ليس مشتركاً في أي شيء مع الفسخ الانفرادي المقرر بالمادة /١٧٩٤/ من القانون المدني، كما أن النظام القانوني للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة يتميز عن النظام المقرر للفسخ في المادة /١١٨٤/ من القانون المدني، من حيث أن الإدارة وحدها قاضي الملاءمة في تقرير الفسخ الجزائي العقد الأشغال العامة، ومن حيث أن إمكانية حصول مدينها على آجال ومواعيد للتنفيذ مستبعدة ولا وجود لها في مجال عقد الأشغال العامة^١.

ولعل رأي غالبية الفقه الفرنسي هو الأقرب إلى الصواب، فسلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي على المفاوض في مجال عقد الأشغال العامة ليست تطبيقاً لأي مادة من مواد القانون المدني التي تنظم العلاقات التعاقدية بين الأفراد، ولكن هذه السلطة تجد مصدرها وأساسها القانوني في الطبيعة الإدارية الخاصة بعقد الأشغال العامة والذي ينصب على أشغال عامة مملوكة للدولة، فضلاً عن أن هذا العقد يتعلق بتسيير مرفق عام، وأن وجود الإدارة طرفاً في العقد يقتضي الاعتراف لها بسلطات غير مألوفة لا يتمتع بها المتعاقدون في عقود القانون الخاص ومن بينها سلطة الفسخ الانفرادي لعقد الأشغال العامة على أساس أن الإدارة هي صاحبة الأشغال العامة وهي التي تسهر على ضمان السير المنتظم للمرافق العامة.

ويلاحظ أن سلطة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة تعتبر منظمة وفقاً لقواعد القانون الإداري في كل من فرنسا ومصر.

- ففي فرنسا: تنص المادة ١/٤٦ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة والصادرة في ٢١ يناير ١٩٧٦ على أنه: «يمكن إنهاء تنفيذ الأشغال

1 M. A. FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelles, 1969, p. 712.

موضوع عقد الأشغال العامة قبل إنجاز هذه الأشغال بواسطة قرار فسخ العقد الذي يحدد فيه تاريخ سريانه»^١.

كما تنص المادة ٢/٤٩ من نفس دفتر الشروط على أنه: «إذا لم يمثل المفاوض للإعذار، فإنه يمكن أن يوقع عليه جزاء وضع المفاوضة تحت الإدارة المباشرة أو جزاء فسخ العقد».

- في مصر، فإن المواد /٢١ - ٧٥ - ٨٤ - ٩٤/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية تنص على فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي^٢.

- وفي سورية، منح المشرع السوري الإدارة حق جزاء الفسخ بموجب قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، كما منحها جزاء سحب التعهد من المتعهد والتنفيذ على حسابه^٣.

كما استقر مجلس الدولة المصري والسوري على أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المختلفة ضد متعاقديها، ومن بينها بالطبع سلطة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، توجد لصالح الإدارة حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد.

ثانياً - التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وبين النظم القانونية المشابهة له:

يتشابه الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مع بعض النظم القانونية، إلا أنه يختلف عنها في عدة أحكام :

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

٢ حيث تنص المادة /٨٤/ من اللائحة التنفيذية: إذا أحل المفاوض بأي شرط من شروط العقد أو أهل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، فسخ العقد أو سحب العمل من المفاوض وتنفيذه على حسابه بالإضافة إلى مصادرة التأمين النهائي.

٣ راجع المواد /٥٩/ و/٥٤/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

١- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ونظام الفسخ في عقود القانون الخاص (خاصة عقد المقاولة) :

تعرف عقود القانون الخاص بنظام فسخ العقد، وخاصة في مجال عقد المقاولة، حيث تنص المادة /١٧٩٤/ من القانون المدني الفرنسي على أن: «رب العمل يستطيع أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته وحده، ولو كان العمل قد بدأ من قبل، مع تعويض المفاوض عن كل نفقاته، وعن كل أشغاله، وعن كل الأموال التي كان يمكنه أن يجنيها من هذه المقاولة».

كما تنص المادة ١/٦٦٣ من القانون المدني المصري على أنه: «لرب العمل أن يتحلل من العقد (عقد المقاولة) ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوّض المفاوض عن جميع ما أنفقهُ من المصروفات»^١.

وإذا كان القانون الخاص يعرف نظام فسخ العقد شأنه شأن القانون العام، إلا أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة يختلف اختلافاً جوهرياً عن نظام الفسخ في عقود القانون الخاص - خاصة عقد المقاولة - من عدة وجوه منها:

١- تملك الإدارة صاحبة العمل في مجال عقد الأشغال العامة أن توقع على المفاوض المقصر جزاء الفسخ بنفسها وبإرادتها المنفردة من جانب واحد، دون حاجة اللجوء إلى القاضي ليقضي بهذا الفسخ، اللهم إلا إذا تنازلت الإدارة عن سلطتها في توقيع الفسخ بنفسها وطلبت ذلك من القاضي، بينما لا يستطيع كلا المتعاقدين في عقد المقاولة أو غيره من عقود القانون الخاص أن يقرر أيّاً منهما فسخ العقد بنفسه في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد، بل لابد أن يلجأ إل القاضي المدني ليصدر حكماً بفسخ العقد لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته^٢.

١ راجع في ذلك المواد /١٥٧- ١٥٨- ٥٦٠/ من القانون المدني المصري.

٢ د. رأفت محمد حماد - المسؤولية المدنية لمفاوض البناء في القانون المدني - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ ص ٢٤٧.

٢- تملك الإدارة في مجال عقد الأشغال العامة سلطة تقديرية واسعة في توقيع جزاء الفسخ في أي وقت تشاء وفي تقدير المخالفات التي تبرر توقيع جزاء الفسخ في حين أن القاضي المدني يستطيع ألا يقضي بجزاء فسخ العقد بالنسبة لعقد المقاولة، حيث أن القاضي يملك سلطة تقديرية في أن يقضي بالفسخ من عدمه تبعاً لجسامة المخالفة وظروف الدعوى.

٣- لا يملك القاضي الإداري في مجال عقد الأشغال العامة أن يمنح المفاوض المقصر أجلاً لتنفيذ التزامه، لأن القاضي غير مختص بتقدير احتياجات المرافق العامة: في حين أن القاضي المدني يملك في مجال عقود القانون الخاص ومنها عقد المقاولة أن يمنح المدين المقصر أجلاً للتنفيذ.

٤- يكون هدف الإدارة من فسخ عقد الأشغال العامة وقائياً، حيث لا تريد الإدارة مجازاة المفاوض فقط، ولكنها تريد كذلك المحافظة على مصالح الأشغال العامة من أجل تنفيذها بينما يهدف المتعاقد من فسخ عقد المقاولة الحصول على التعويضات من المتعاقد الآخر المقصر.

٥- لا يستطيع القاضي الإداري في فرنسا أن يلغي قرار الإدارة بفسخ عقد الأشغال العامة حتى ولو كان هذا القرار مشوباً بعدم المشروعية أو بعدم الملاءمة بين جزاء الفسخ وجسامة الخطأ المنسوب للمفاوض^١.

ويمكن تبرير الفروق الجوهرية السابقة بين نظام الفسخ الجزائي في كل من عقد الأشغال العامة وعقد المقاولة في أن عقد الأشغال العامة ينصب على أشغال تملكها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، أي ينصب على مرفق عام، فضلاً عن أن الدولة (أو أحد الأشخاص العامة) تكون طرفاً في العقد مما يقتضي تغليب المصلحة العامة للشخص العام على المصلحة الخاصة للمتعاقد معه، وضرورة منح

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٧٦.

الشخص العام سلطات غير مألوفة كسلطة الفسخ الجزائي للعقد في حالة مخالفة المتعاقد لالتزاماته وذلك من أجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد. لذلك نجد أن الشخص العام هو الطرف الأقوى في عقود الأشغال العامة، في حين أن مركز كلا المتعاقدين في عقد المقاولة في مستوى واحد ومصالحهما متساوية.

٢- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وجزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة:

يتفق الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مع جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة في أن الإدارة تملك توقيع أيّاً من الجزاءين على المفاوض المقصر بإرادتها المنفردة وبقرار انفرادي من جانبها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، كما أن كلا الجزاءين يتفقان في إنهما يواجهان في الغالب نفس الأخطاء الجسيمة الصادرة من المفاوض.

ومع ذلك فإنهما يختلفان من زاوية جوهرية^١، حيث يعتبر جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة جزاء ضاعطاً توقعه الإدارة على المفاوض بقصد إجباره على تنفيذ التزاماته، كما أنه يعتبر جزاء مؤقتاً لا يترتب عليه انقضاء العقد بل تنفيذ هذا العقد بواسطة الإدارة على حساب هذا المفاوض وتحت مسؤوليته، في حين أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة يؤدي إلى إنهاء العقد بصفة قطعية وانقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمفاوض المقصر بصفة نهائية.

ويلاحظ أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة يكون في الغالب تالياً لجزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، إذ ثبت للإدارة عدم فعالية وعدم جدوى هذا الجزاء الأخير في ردع المفاوض وحثه على تنفيذ التزاماته، علماً أن الإدارة تستطيع أن تلجأ مباشرة إلى توقيع جزاء فسخ العقد دون أن تسبقه بتوقيع جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة.

١ د. محمد ليبب شنب - شرح أحكام المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١٨٠.

٣- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والإنهاء الانفرادي من جانب الإدارة لعقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة:

تملك الإدارة صاحبة العمل أن تنهي في أي وقت تنفيذ عقد الأشغال العامة قبل إنجاز الأشغال موضوع العقد، ولو لم يرتكب المقاول أية أخطاء في تنفيذ التزاماته، طالما أن دواعي المصلحة العامة تتطلب هذا الإنهاء، كما لو قدرت الإدارة عدم فائدة هذه الأشغال للمرفق العام محل العقد أو إذا عدلت الإدارة عن تنفيذ هذه الأشغال مقابل تعويض المقاول عن إنهاء عقده.

وعلى الرغم من أن الإنهاء الانفرادي من جانب الإدارة لعقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة يتفق مع الفسخ الجزائي في أن كلاهما توقعه الإدارة وحدها وفقاً لسلطتها التقديرية بمقتضى قرار انفرادي من جانبها ودون الحاجة إلى اللجوء لقاضي العقد، وأن كلاهما يؤدي إلى إنهاء العقد وانقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمقاول.

كما أنهما يتفقان من زاوية أن القاضي لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة في كلتا الحالتين، حتى ولو كان قرار الإدارة مخالفاً للقانون وهي قاعدة مستقرة في القضاء والفقه الفرنسيين.

ومع ذلك فإن كلاهما من الفسخ الجزائي والإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة يختلفان من ناحيتين:

فمن ناحية أولى: فإن الفسخ الجزائي توقعه الإدارة على المقاول نتيجة الأخطاء الجسيمة الصادرة منه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، في حين أن الإنهاء الانفرادي للعقد يعتبر إجراءً توقعه الإدارة على المقاول لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم يرتكب المقاول أية أخطاء في تنفيذ عقده^١.

١ د. عيسى الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة — رسالة دكتوراه — جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٧، ص ١٢٠.

ومن ناحية أخرى: فإنه نظراً لأن الفسخ الجزائي يواجه أخطاء المقاول المقصر، فإن هذا المقاول لا يستحق أي تعويض عن فسخ عقده، بل أنه يمكن أن يلتزم هذا المقاول بدفع تعويض للإدارة عن أخطائه في تنفيذ التزاماته، في حين أنه نظراً لأن الإنهاء الانفرادي للعقد تتخذه الإدارة لدواعي المصلحة العامة ولو لم يرتكب المقاول أية أخطاء فإن المقاول يستحق في هذه الحالة تعويضاً كاملاً من الإدارة يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

٤. التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والفسخ الجزائي لعقد الالتزام - جزاء إسقاط الالتزام:-

يتشابه الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مع إسقاط الالتزام بما يلي^١:

١- كلاهما يواجه خطأً جسيماً من جانب المقاول أو الملتزم وكلاهما ينهي العقد والعلاقات التعاقدية مع الإدارة بالنسبة للمستقبل.

٢- كما أن المقاول أو الملتزم لا يستحق أي تعويض عن فسخ عقده لأخطائه في تنفيذ العقد، بل يمكن للإدارة أن تطالبها بالتعويض عن هذه الأخطاء.

٣- كما أن المقاول أو الملتزم يمكن أن يتحمل النتائج المالية الباهظة المترتبة على إبرام عقد جديد على مسؤوليته لاختيار متعاقد جديد يحل محله في إدارة واستغلال المرفق العام أو تنفيذ الأشغال المتعلقة به.

ومع ذلك فإن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة يختلف عن إسقاط الالتزام من زاويتين جوهريتين:

الزاوية الأولى: أن الإدارة تملك سلطة توقيع جزاء فسخ عقد الأشغال العامة من تلقاء نفسها بمقتضى سلطتها التقديرية بناءً على قرار انفرادي من جانبها إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر في حين أن جزاء إسقاط الملتزم لا يصدر - كقاعدة مطبقة في فرنسا - إلا

١ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

من قاضي العقد، إلا إذا احتفظت الإدارة صراحة بمقتضى نص في العقد بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقاضي.

أمّا الزاوية الثانية: فهي أن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء جزاء فسخ عقد الأشغال العامة، حتى ولو كان قرار الإدارة بالفسخ مخالفاً للقانون: في حين أن هذا القاضي يملك سلطة إلغاء جزاء إسقاط الملتزم، متى كان هذا الجزاء غير مشروع أو ليس له ما يبرره.

وهذه الحماية الاستثنائية للملتزم - على عكس المقاول - ترجع إلى طول مدة عقود الالتزام وإلى الاستثمارات المالية الضخمة من جانب الملتزم في إعداد المرفق وتجهيزه للاستغلال^١.

وبالطبع فإن هذه التفرقة التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي بين الملتزم والمقاول في مجال سلطات القاضي كانت محل انتقاد الفقه كما رأينا سابقاً.

ثالثاً. الطبيعة القانونية لفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الفسخ في عقد الأشغال العامة ليس من النظام العام، حيث لم يعترف هذا الفقه للإدارة بالحق في توقيع هذا الجزاء على المقاول إذا لم يكن منصوباً عليه صراحةً في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط المتعلقة به.

ففي حالة عدم النص على جزاء الفسخ صراحةً، فإنه يجب على الإدارة أن تلجأ إلى قاضي العقد ليقرر فسخ العقد أسوةً بالمتعاقد الآخر طبقاً للمادة /١١٨٤/ من القانون المدني الفرنسي التي تقوم على فكرة أنه في العقود الملزمة للجانبين، يعتبر طرفا العقد قد اتفقا ضمناً على شرط بمقتضاه يتم فسخ العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه.

ومع ذلك فإن غالبية الفقه الفرنسي يرى أن جزاء الفسخ في عقد الأشغال العامة يعتبر من النظام العام، وأنه يوجد لصالح الإدارة في جميع الأحوال بقوة القانون، حتى ولو لم يكن منصوباً عليه صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط.

١ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٨١.

فقد ذهب الفقيه "Jeze" إلى أنه: يعتبر فسخ عقد الأشغال العامة جزاء من النظام العام، ويوجد حتى ولو لم ينص عليه، أي دون حاجة للنص عليه صراحةً في العقد^١.

كما ذهب الفقهاء (A.Laubadere, Moderene et Délvolve) إلى أنه: توجد سلطة الفسخ الجزائي بين يدي الإدارة حتى في حالة سكوت العقد^٢.
وتجدر الإشارة إلى أن النوع الأول من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة - الفسخ الجزائي المجرد والبسيط للعقد - هو الذي يوجد في جميع الحالات لصالح الإدارة، حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط.

أما النوع الثاني من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة - الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المقاول المستبعد أي فسخ العقد مع إعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية هذا المقاول - فإنه لا يعتبر من النظام العام ولا يوجد بقوة القانون لصالح الإدارة، بل لابد من النص عليه صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي من أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المستبعد لا يوجد من تلقاء نفسه، بل لابد أن يكون منصوصاً عليه صراحةً في العقد.
ويترتب على اعتبار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة من النظام العام النتائج التالية^٣:

١- أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ليس في حاجة إلى النص عليه صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط أي أنه يوجد دائماً لصالح الإدارة حتى في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط.

٢- لا يمكن لطرفي العقد استبعاد سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بمقتضى شرط عام في العقد لأن مثل هذا الشرط يعدّ في حكم شرط الإعفاء من

1 (G) Jeze, Op. cit, P./03/.

2 A.Delaubadere, Maderene et Delvolve, Op. cit.

٣ د. عبس الحسن، المرجع السابق، ص ١٨٠.

المسؤولية، وهذا يعتبر باطلاً في القانون الخاص لمخالفته للنظام العام، ولذلك فإن هذا القول يصدق من باب أولى عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام، فالنصوص العقدية التي تحرم الإدارة من ممارسة سلطتها في فسخ العقد عند مخالفة المتعاقد لالتزاماته، يجب اعتبارها باطلة ولاغية لتعارضها مع ضرورات سير المرفق العام^١.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها رقم ١٣، لعام ١٩٦٥: «أن من خصائص العقد الإداري، وهو واسطة لتسيير مصلحة عامة، بطلان تنازل الإدارة عن مفعول إجراءاتها إلا بداعٍ من المصلحة العامة»^٢.

٣- تملك الإدارة سلطة تقرير الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بنفسها بمقتضى امتيازها في التنفيذ المباشر أو بمقتضى حقها في توقيع الجزاء على متاقيدها، وذلك دون إلزامها باللجوء إلى قاضي العقد لتقرير هذا الجزاء.

٤- يلاحظ أن النص في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على حق الإدارة في توقيع بعض الجزاءات التعاقدية مثل جزاء وضع المرفق تحت الإدارة المباشرة، لا يحرم الإدارة من حقها في توقيع جزاء فسخ العقد بعد دعوتها المفاوض المقصر إلى تنفيذ التزاماته العقدية.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن للإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق مقرر للإدارة بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر، وهذه السلطة لا تستمدّها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير

١ د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٥٣.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥.

المرافق العامة والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة^١.

وقد اعتبر القضاء الإداري السوري الفسخ الجزائي لعقد الأشغال من النظام العام، دون أن يذكر ذلك صراحة، ولكن يمكن استنتاج ذلك من خلال عرض بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا التي تبين أن الفسخ الجزائي هو حق أصيل للإدارة تملك استخدامه إذا أخل المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر ويمنع على الإدارة التنازل عن هذا الحق وإلا اعتبر تصرفها باطلاً.

رابعاً- أنواع الفسخ الجزائي:

يميز القضاء والفقه في فرنسا بين نوعين أو شكلين للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة الذي تملك الإدارة توقيعه على المفاوض القصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

ومرجع التمييز بين النوعين هو مدى قسوة آثار الفسخ على المفاوض المفسوخ عقده.

١- الشكل الأول للفسخ الجزائي: هو الفسخ الجزائي بلا قيد أو شرط، أي الفسخ الجزائي المجرد والبسيط، وطبقاً لهذا الشكل، فإن الإدارة تقوم بتوقيع جزاء فسخ العقد فقط بدون أن تحمّل المفاوض المفسوخ عقده آثار هذا الفسخ ويقصد به إنهاء الرابطة التعاقدية تماماً وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كلما كان ذلك ممكناً، فتقوم الجهة الإدارية بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، أو قيمة ما قام 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^٢. على أن يرد هو للإدارة ما يكون قد حصل عليه تنفيذاً للعقد، وقد تلجأ الإدارة إلى هذا

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٩٨٦، جلسة ١٥/١١/١٩٩٢، مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين

عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٢

٢ د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

وراجع في ذلك، د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ١٨٧.

الفسخ دون أن تحمله أي تعويضات، مكتفية بحجز التأمين السابق دفعه من المتعاقد كله أو بعضه^١.

وهكذا نجد أن الأثر الأساسي للفسخ المجرد لعقد الأشغال العامة هو إعفاء المتعاقد المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة للعقود الجديدة المخصصة عند اللزوم لضمان تنفيذ الأشغال العامة.

ولابد هنا أن يكون قرار الإدارة بالفسخ المجرد صريحاً ومكتوباً، إذ أنه لا يمكن أن يستنتج ضمناً من قرار الإدارة بالتصرفات الجانبية لها^٢.

وفي مصر، نجد من خلال قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية أن المشرع أخذ بالفسخ المجرد أو البسيط وذلك من خلال المواد التالية:

حيث نصت المادة /٢١/ من القانون على أنه: «إذا لم يقيم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة - فإن للإدارة أن تقوم بإلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه ويصبح التأمين المؤقت من حقها....». وكذلك المادة /٧٥/ من اللائحة التنفيذية تعطي الحق للإدارة في فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه^٣.

أمّا في **سورية**، فلم نجد من خلال قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ ولائحته التنفيذية ما يدل على أن المشرع أخذ بالفسخ الجزائي المجرد، فقد وردت في هذا القانون حالات الفسخ الحكمي في المادة /٥٩/، ولكن مجلس الدولة السوري يبدو أنه أخذ بهذا النوع من الفسخ وذلك من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٨١ جاء فيه: «إن الإدارة بعد أن ثبت تقاعس الجهة الطاعنة عند تنفيذ عقدها،

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

٢ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

٣ راجع كذلك المواد /٨٤/ و /٩٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

قررت فسخ العقد ومصادرة التأمينات ولم تعتمد إلى شراء المواد على حساب الجهة المتعاقدة، وبذلك أصبح حقها محصوراً بمصادرة تأمينات العقد»^١.

٢- أما الشكل الثاني للفسخ الجزائي: فهو الفسخ على حساب ومسؤولية المقاول المفسوخ عقده، أي أن الإدارة في هذا الشكل تحمّل المقاول النتائج والآثار المترتبة على فسخ العقد لأخطائه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، فتقوم الإدارة بإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر لاستكمال تنفيذ الأشغال وتحمل المقاول جميع الأعباء المالية المترتبة على إبرام عقد جديد مع الغير بدلاً من عقده.

ومن الجدير ذكره هنا، أن الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد يختلف عن التنفيذ على حسابه، من حيث أن سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد لا يترتب عليه إنهاء العقد الأصلي، ولكن الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد (المقاول) يترتب عليه (كما هو في التنفيذ على حسابه) أن يتحمل المتعاقد النفقات الزائدة عن قيمة العقد الأصلي، ولا يستفيد من الوفر.

ونظراً لخطورة الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد فإن الفقه الفرنسي متفق على أن الإدارة لا تستطيع أن تقرر هذا الجزاء القاسي إلا إذا كان منصوباً عليه في عقد الأشغال أو دفاتر الشروط بشكل صريح^٢.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر في أحكامه على ذلك، فقد حكم بأن القاضي لا يملك تقرير الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المفسوخ عقده في حالة سكوت العقد، وعدم ورود نص يعطي الإدارة الحق في ذلك، كما أن العقد لا يتيح للإدارة الحق في اختيار أحد نوعي الفسخ إذا ما نص العقد على نوع الفسخ الواجب اتخاذه في حالات محددة، حيث أن عقود الأشغال العامة ودفاتر الشروط

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٥٨، في القضية رقم ٢٤٨، لسنة ١٩٨١مشار لدى حسام فيصل، المرجع السابق، ص ١٢٨.

2 A. Delaubadere et autres, contrats, op. cit, 164.

تنص في الغالب على توقيع الفسخ الجزائي المجرد والبسيط في حالتي إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لدمته المالية^١.

وعلى الإدارة بعد اتخاذها قرار فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد الأصلي إعلانه به، وأن تخبره أيضاً بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته، وأن تعين له اسم المقاول الجديد، حتى يستطيع المقاول الأصلي أن يتابع العمليات المنفذة على مسؤوليته وحسابه، وذلك من أجل المحافظة على حقوقه ومصالحه، ويتوجب على الإدارة أن تجري المناقصة الجديدة بأسرع وقت ممكن، وأن تتم طبقاً لقواعد المناقصة الأصلية، وإلاّ جاز للمتعاقد أن يطعن في قرار الفسخ وأن يجنب نفسه النتائج المالية التي تترتب على العقد الجديد^٢.

أما في مصر، فإن جانب من الفقه الإداري يجذ نظام فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد المعترف به في القانون الفرنسي، نظراً لأن هذا النظام يبدو أكثر عدلاً، إذ يأخذ في اعتباره ليس فقط طبيعة الجزاء بل صالح الخزانة أيضاً، فهذا الفسخ بسبب خطأ المقاول له صفة عقابية لأن المقاول إنما يرتكب خطأ بمخالفته للالتزامات العقدية ويجب أن يتحمل نتائج هذا الخطأ، وليس من حق الإدارة متى قررت مواصلة تنفيذ الأعمال أن تعفي المقاول المفسوخ عقده من مسؤوليته المالية المفروضة عليه بسبب تقصيره، ذلك أن تنازل الإدارة عن الفائدة التي تعود عليها من المناقصة المعادة والتعاقد الجديد على مسؤولية المقاول المستبعد هو في حقيقته تنازل عن دين مستحق للدولة دون مبرر قانوني^٣.

في حين يرى الفقه الإداري المصري في غالبية أن المشرع المصري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المتعاقد في جميع القوانين التي أصدرها، وكذلك في اللوائح التنفيذية التي أصدرها لتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، لكنه اعترف بالفسخ الجزائي المجرد، وهذا ما أكدته المشرع في قانون المناقصات والمزايدات، حيث لم يعترف بهذا

1 C. E 17 Dec 1989, double, Rec.

C. E 12 nov 1969. Bordeau, Rec, p. 317.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

٣ د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ١٥٩.

النوع من الفسخ الجزائي إلا في حالة واحدة ورد ذكرها في المادة /١٢٠/ من اللائحة التنفيذية والتي تنص على أنه في حالة إخلال مشتري العقار أو المشروع غير المتمتع بالشخصية الاعتبارية من الإدارة بشروط عقده معها، فإنه يحق للإدارة دون حاجة إلى إنذاره 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 الأسعار والمصروفات الإدارية^١.

وفي سورية، فإن المشرع السوري في قانون العقود الموحد لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، بل اكتفى بجزاء سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد في حالات معينة، وبالفسخ الحكمي للعقد في حالات محددة.

ويبدو أن عدم اعتراف المشرع السوري بسلطة الفسخ الجزائي بنوعيه (الفسخ على مسؤولية المتعاقد والفسخ المجرد) هو مسلك محمود، لأن تمتع الإدارة بسلطة فرض جزاء سحب التعاقد والتنفيذ على حساب المتعاقد أثبت ومن خلال الواقع العملي أنه يفي بضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد.

خامساً - شروط الفسخ الجزائي:

١- حق الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي للعقد بنفسها دون اللجوء لقاضي العقد:

تملك الإدارة صاحبة العمل الحق في توقيع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بنفسها ودون اللجوء لقاضي العقد ليقضي بهذا الجزاء، وهذا ما يُعرف بامتياز المبادرة، الذي يتيح للإدارة فسخ العقد بنفسها بمقتضى قرار انفرادي من جانبها ودون حاجة إلى اللجوء للقاضي، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام في مجال عقد الالتزام، حيث أن إسقاط الالتزام لا يجوز توقيعه - كقاعدة - إلا من قاضي العقد ما لم

١ د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ١٨٧.

تحتفظ الإدارة صراحة بمقتضى نص في عقد الالتزام بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها.

ويسلم الفقه الفرنسي بحق الإدارة في فسخ عقد الأشغال العامة بنفسها دون اشتراط ضرورة اللجوء إلى قاضي العقد استناداً إلى امتياز المبادرة أو التنفيذ المباشر^١.

فالقاضي لا يستطيع أن يقضي بالفسخ الجزائي من تلقاء نفسه لأنه لا يملك الحق في التدخل في إدارة المرفق العام كما أن الإدارة تستطيع أن تمارس سلطتها في الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، حتى ولو لم ينص صراحة في العقد أو دفاتر الشروط على حقها في فسخ العقد، أي أن الإدارة تستطيع ممارسة الفسخ الجزائي للعقد حتى في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط^٢.

ويفسر كل ذلك باحتياجات المرفق العام، ولكن جانباً من الفقه الفرنسي^٣ قد ذهب - على خلاف الفقه الراجح في فرنسا - إلى أن الإدارة لا تملك الحق في ممارسة الفسخ الجزائي للعقد إلا إذا كان منصوباً عليه صراحة في العقد، وإلا يتوجب على الإدارة أن تلجأ للقضاء لكي تطلب منه الحكم بالفسخ تأسيساً على المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر أن الشرط الفاسخ مقرر ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بأداء التزامه، ووفقاً لهذا الرأي الفقهي، فإن الاختصاص بتقرير جزاء الفسخ للقاضي وليس للإدارة (في حالة سكوت العقد وعدم وجود نص صريح في العقد يعطي للإدارة الحق في ممارسة جزاء الفسخ بنفسها).

وهنا يثار التساؤل عما إذا كانت الإدارة تستطيع أن تتعهد عند إبرام العقد بعدم

قيامها بفسخ العقد في وقت لاحق لإبرام العقد؟

ذهب الفقيه "Blumann" إلى أنه: على الرغم من عدم وجود أحكام للقضاء في هذا الشأن فإنه يجب استنتاج عدم مشروعية مثل هذا التنازل من الإدارة عن ممارسة

1 A. Delaubadere et autress, contrats, op. cit, p. 165.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

3 E. Perriquet, op. cit, p. 269 et 273.

سلطتها في فسخ العقد تأسيساً على أن حق الفسخ المعترف به للإدارة يتجاوز نطاق الحق الشخصي ليتحلل في شكل وظيفة فعلية، وأن الفسخ يجد أساسه في خطأ المتعاقد، ولذلك لا يمكن تصور أن تتعهد الإدارة مقدماً وبشكل كامل بعدم ممارسة الحق في فسخ العقد، فإذا فعلت ذلك فإنه تتنازل عن اختصاص فعلي وعن سلطة تعتبر من النظام العام ومخصصة لضمان حسن سير المرافق العامة¹.

ومن جهة أخرى، يثور التساؤل عن إمكانية استبعاد سلطة الإدارة في تقرير
جزء الفسخ بنفسها بمقتضى نص صريح في عقد الأشغال العامة وإعطاء هذه
السلطة إلى قاضي العقد؟

ذهب الفقيه "Jeze" إلى أنه: «في العمل نادراً ما يحتوي العقد على شرط مماثل لذلك، كما أن دفاتر الشروط العامة تنص دائماً على أن الفسخ الجزائي للعقد لأخطاء المفاوض يكون صادراً من الإدارة، ومع ذلك، لا يوجد قانوناً أي مبدأ يحول دون أن يستبعد العقد بناءً على نص فيه، اختصاص الإدارة في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي للعقد وأن يعهد بهذه السلطة إلى قاضي العقد»².

وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه الفرنسي، حيث ذهبوا إلى أن للإدارة الحق في أن تتنازل عن ممارسة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، وأن تطلب ذلك من قاضي العقد³.

وفي مصر، ذهب جانب من الفقه إلى أن قضاء مجلس الدولة المصري قد جرى في كافة المنازعات التي عرضت عليه في شأن طلب الإدارة إنزال الجزاء المناسب على المتعاقدين معها، بالفصل في هذه المنازعات بتطبيق الجزاء العقدي المقرر أو المتفق مع

1 (C) Blumann, La renunciation, en, driot.

Administrative, français ed, I. G. D. J, paris, 1974, p. 329.

2 (G) Jeze, Op. cit, p1032 et 1033

3 C. E 17 Mars 1994, Gouverneur générale de l'Algérie, Rec, p. 377

راجع في ذلك: (G) Jeze, op. cit, p. 1033

القواعد العامة، ومن ثم فإن القضاء يعترف للإدارة بحقها في النزول عن توقيع الجزاء المناسب وبحق اللجوء إلى القضاء لتوقيعه بدلاً عنها^١.

وفي سورية، لم يوضح مجلس الدولة السوري موقفه من حق الإدارة في التنازل عن سلطتها في الفسخ الجزائي، وقد أوضحنا سابقاً ضرورة أخذ رأي أو موافقة مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ حتى تتفادى الإدارة المسؤولية والتعويضات الجسيمة إذا أخطأت في التصرف، كما أن الأفراد لن يتضرروا من ذلك، لما يوفره مجلس الدولة من ضمانات الحيدة والنزاهة.

وتجدر الإشارة إلى أن تنازل الإدارة عن سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة لا يُفترض، ولذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن إنهاء الإدارة لجزء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة ومنح المقاول مهلة جديدة لأداء التزاماته لا يسقط حق الإدارة في فسخ العقد إذا استمر المقاول في عدم الوفاء بالتزاماته.

وبالنسبة لتحديد السلطة الإدارية المختصة بتقرير الفسخ الجزائي للعقد، فإن العقود ودفاتر الشروط في فرنسا تنص عادة على تحديد السلطة الإدارية المختصة بذلك، حيث تعطي دفاتر الشروط في فرنسا الاختصاص بممارسة الفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة التي تبرمها الدولة إلى الوزير طبقاً للقاعدة التي مؤادها أن السلطة المختصة بإبرام العقد هي التي تختص بفسخ العقد^٢.

أمّا بالنسبة إلى العقود التي تبرمها المحافظات أو المدن والقرى، فإن الاختصاص بتقرير فسخ العقد يكون تارةً للسلطة التي أبرمت العقد كالمحافظ تنفيذاً لمداولة ومشورة مجلس المحافظة أو عمدة القرية تنفيذاً لمشورة مجلس القرية بعد تصديق محافظ الإقليم، وتارة أخرى لسلطات أخرى يحددها العقد أو دفاتر الشروط.

١ المستشار حمدي ياسين عكاشه، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

2 (G), Jeze, Op. cit, P. 1035.

وبناءً على ذلك، فإن فسخ عقد الأشغال العامة يجب أن يكون صادراً من السلطة المختصة طبقاً للعقد أو دفاتر الشروط، ويجب كذلك أن يكون قرار فسخ العقد صريحاً ومكتوباً، أي أن قرار الفسخ لا يمكن أن يستنتج ضمناً، فمثلاً قرار فسخ العقد لا يستنتج ضمناً من واقعة قيام الإدارة على أثر وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة بالإعلان عن مناقصة جديدة لاختيار مقاول جديد، أو من واقعة قيام الإدارة بإبرام عقود جديدة كان من أثرها استبعاد المقاول كلياً ونهائياً من تنفيذ الأشغال، ففي هذه الحالات، فإن قاضي العقد يقضي بأن الإدارة قد قصدت إنهاء العقد باختيارها استعمالاً للسلطة العامة للإلغاء لدواعي المصلحة العامة ولم تقصد الفسخ الجزائي للعقد.

٢- أفعال المقاول التي تبرر توقيع الفسخ الجزائي لعقده:

ليس كل مخالفة من المقاول تعطي الإدارة الحق في الفسخ جزاء لهذه المخالفة بل لابد من أن تكون هذه المخالفة جسيمة، ومن الأخطاء الجسيمة التي اعتبرها القضاء والفقه الفرنسي كافية ومبررة لصدور جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ما يلي:

١- ترك المقاول مواقع العمل وإيقافه تنفيذ الأشغال موضوع العقد^١، حيث لا يقبل من المقاول أية أعذار لترك مواقع العمل أو إيقاف تنفيذ الأشغال، لأنه يجب أن يواصل تنفيذ الأشغال حتى ولو كان قد تقدم بطلب لفسخ عقده، كما لا يقبل من المقاول التذرع بأن ثمة أخطاء قد صدرت من الإدارة جعلته يتوقف عن تنفيذ العقد كرفض الإدارة تعويضه عما تحمّله من أضرار نتيجة تأخرها في إصدار قرار البدء في تنفيذ العقد أو رفض الإدارة طلب المقاول صرف دفعة مالية جديدة من مستحقاته^٢.

ويرجع ذلك إلى أن مصلحة المرفق العام تتعارض مع قيام المقاول بإيقاف تنفيذ التزاماته من تلقاء نفسه، فالإدارة وحدها تعتبر قاضي الاحتياجات الخاصة بالعمل أثناء التنفيذ، ولذلك يحق لها وحدها أن تُوقف تنفيذ الأشغال أو تُؤجل تنفيذها.

1 C. E Mars 1975, Figaroli, Rec, p. 224.

2 C. E. 22 November 1967, Mercuriali, R. D, p, 1986, p. 64.

- ٢- رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة^١.
- ٣- تنازل المقاول عن عقده إلى الغير بدون ترخيص مسبق من الإدارة صاحبة العمل، حيث يعتبر هذا التصرف من المقاول خطأ جسيماً يبرر توقيع الفسخ الجزائي لعقده^٢.
- ٤- التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة.
- ٥- عدم قيام المقاول بتنفيذ الأشغال موضوع العقد في المواعيد المقررة لذلك^٣.
- ٦- قيام المقاول بتنفيذ الأشغال بصورة معيبة جداً مما يجعلها غير صالحة للاستخدام.
- ٧- قيام المقاول بمنع ممثلي الإدارة صاحبة العمل من ممارسة الرقابة على أماكن العمل والأشغال المنفذة.
- ٨- عدم تكملة المقاول لمبلغ التأمين المالي خلال الموعد المقرر لذلك.
- ٩- أفعال الغش والاحتيال الصادرة من المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، وفي هذا الإطار يذهب الفقيه (Jeze) إلى أنه: يجب عدم الخلط بين أفعال الغش والاحتيال التي يرتكبها المقاول في تنفيذ العقد والتي تجدر توقيع جزاء الفسخ عليه، وبين طرق التدليس التي يستعملها المقاول لكي يحصل على فسخ عقده، ففي الفرض الثاني، فإن جزاء طرق التدليس الصادرة من المقاول هو منح الإدارة تعويضاً عن الضرر الذي حدث لها نتيجة فسخ العقد^٤.
- ١٠ - عدم احترام المقاول للشروط القانونية والتعاقدية المتعلقة بشخص العاملين في تنفيذ الأشغال.

1 C. E 25 Juin 1971, Stè établissement Marius, Rec, p. 482.

2 C. E3 Fevrier 1975, Sieurs Bechetti et Pet it, R. D. P, 1975, p 173.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

4 (G) Jeze, Op. Cit, p. 1042.

وتجدر الإشارة إلى أن الأخطاء السابقة تبرر للإدارة توقيع الفسخ الجزائي بنوعيه، حيث يرى بعض الفقه الفرنسي أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على حساب ومسؤولية المقاول يمكن أن يكون صادراً من الإدارة عن ذات الأخطاء والأسباب التي تبرر لها توقيع الفسخ الجزائي المجرد والبسيط.

أما المشرع المصري، فقد نص على عدة حالات اعتبرها من الأخطاء الجسيمة التي تبرر فسخ العقد، منها ما نصت عليه المادة ٢٤/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات: يُفسخ 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 هذه المادة، أن الغش يؤدي إلى فسخ العقد إذا وقع أثناء تنفيذ العقد بالتحايل على التنفيذ الصحيح لنصوصه، كما يقع الفسخ إذا كان المتعاقد ما كان ليحصل على العقد لولا استعماله للغش والتلاعب، كما لو قدّم وثائق مزورة عن أعماله السابقة أدت إلى خداع الإدارة ودفعها للتعاقد معه، ولا شك أن فسخ العقد في هذه الحالة يعود إلى أن المتعاقد فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه، أي افتقاده لحسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ كافة العقود الإدارية.

ومن جهة أخرى، يثار التساؤل عما إذا كان إفلاس المقاول أو التصفية القضائية

لمشروعِهِ يمكن اعتبارها أسباباً تجيز للإدارة صاحبة العمل توقيع الفسخ الجزائي

لعقد الأشغال العامة؟

يفرق الفقه الفرنسي في هذا الشأن بين الوضع قبل صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال، والوضع بعد صدور هذا القانون:

أ- الوضع في فرنسا قبل صدور القانون الخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال الصادرة في ١٣ يوليو ١٩٦٧:

يختلف الوضع بحسب ما إذا كان هناك نص صريح في العقد يقضي بفسخ العقد في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية أم لا:

ففي الحالة الأولى: إذا وجد نص صريح في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط يقضي بوجوب فسخ العقد في حالة إفلاس المَقاول أو تصفية مشروعه قضائياً، فإن فسخ العقد كان يقع في هذه الحالة بقوة القانون^١.

أما الحالة الثانية: إذا لم يوجد مثل هذا النص السابق، فإن مجلس الدولة الفرنسي كان يرفض النظر إلى الإفلاس أو التصفية القضائية على أن أياً منهما سبب كافٍ لفسخ العقد، ولذلك فإنه لا يحق للإدارة في هذه الحالة فسخ العقد على أساس أن أياً من الإفلاس أو التصفية القضائية لا يعتبر في ذاته مكوناً لخطأ من جانب المتعاقد^٢.

ولذلك لم تكن الإدارة تستطيع أن تتخذ من الإفلاس أو التصفية القضائية ذريعة أو حجة لتوقيع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بنوعيه البسيط أو على مسؤولية المَقاول المفسوخ عقده، وهكذا فإنه طبقاً لأحكام القضاء الإداري السابقة على صدور قانون ١٩٦٧، فإن كلاً من الإفلاس أو التصفية القضائية لم يكن يسبب مطلقاً الفسخ التلقائي للعقد، اللهم إلا إذا وجد شرط صريح في العقد يقضي بالفسخ بقوة القانون في هذه الحالة^٣.

ومع ذلك فإن كلاً من الإفلاس والتصفية القضائية يمكن أن يعطي للإدارة الحق في تقرير فسخ العقد إذا قدرت هذه الإدارة أن تنفيذ العقد لم يعد ممكناً على وجه صحيح^٤.

1 (G). Jeze, Op. Cit. p. 1039.

2 C. E 28 O ctobre 1967 (S. E. P. E. C) P. 209.

3 A. Delaudadere et autres, contrats, op. cit, p. 150.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

بد الوضع في فرنسا بعد صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧:

بعد صدور هذا القانون، فإن الأمر قد اختلف عن الوضع السابق، حيث تنص المادة ٣٨/ من هذا القانون على أن: «سنديك التفليسة يحتفظ بالحق في أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية محل التنفيذ عن طريق الأداء إلى الطرف الآخر».

فطبقاً لهذا النص، فإن وجود نص صريح يقضي بوجوب فسخ العقد في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية لا يمكن أن يحول دون حق سنديك التفليسة في الاختيار، فإذا اختار السنديك تنفيذ العقد على الرغم من شرط الفسخ الوجوبي فإن مثل هذا الشرط لا يعتد به، أما إذا لم يعلن السنديك عن رغبته في تنفيذ العقد، أو قامت الإدارة بإعذاره لتنفيذ العقد، ومع ذلك لم يرغب في ذلك، أي تنازل عن تنفيذ العقد، فإن الإدارة لا تستطيع في هذه الحالة فسخ العقد، فعندما تتضمن العقود الإدارية شرط فسخ العقد بقوة القانون في حالة الإفلاس، أو التصفية القضائية، فإن الفسخ لا يقع إلا إذا لم يطلب السنديك باستمرار العقد¹.

وقد تبني المشرع الفرنسي هذا الحل في المادة ٤٧/٣ من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادرة في سنة ١٩٧٦ والمطبقة على عقود الأشغال العامة، حيث تنص هذه المادة على أنه: «في حالة التصفية القضائية للمقاول، فإن فسخ العقد يحدث نتيجة ذلك، إلا إذا قرر السنديك متابعة تنفيذ العقد في خلال الشهر التالي لحكم القضاء بالتصفية، وإذا تقرر فسخ العقد، فإن أثره يسري من تاريخ قرار السنديك بالتنازل عن متابعة تنفيذ العقد أو من تاريخ انقضاء مهلة الشهر المشار إليها، ولا يعطى الفسخ في هذه الحالة أي حق للمقاول في التعويض».

وبالطبع فإن فسخ العقد في هذه الحالة يكون فسخاً مجرداً وبسيطاً، ففي حالة فسخ عقد الأشغال العامة بقوة القانون على أثر التصفية القضائية، فإن المقاول لا يتحمل النتائج المالية الباهظة للعقود التي تبرمها الإدارة من أجل تنفيذ الأشغال.

1 A. Delaubadere et autres, Contrats, op. cit, P. 151.

أما في مصر فقد نصت المادة /٢٤/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على أنه يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:
أ- ...

ب- إذا أفلس المقاول أو أعسر.

وفي سورية نصت المادة ٥٩/ من قانون العقود الموحد: يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:
أ- ...

ب- إفلاس المتعهد.

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

٣- التزام الإدارة بإعذار المقاول:

نظراً لخطورة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على حقوق المقاول، فإنه يقع على عاتق الإدارة - كقاعدة - التزام بضرورة إعذار المقاول قبل توقيع الفسخ الجزائي لعقده، مع مهلة معقولة له لتنفيذ التزاماته^١.

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة يجب أن يكون مسبقاً بإعذار المقاول من جانب الإدارة صاحبة العمل.

وعلى الرغم من أن التزام الإدارة بإعذار المقاول قبل توقيع جزاء فسخ العقد يكون منصوباً عليه عادةً في عقود الأشغال العامة أو دفاتر الشروط المطبقة على هذه العقود، إلا أن سكوت العقد عن اشتراط ضرورة الإعذار أو عدم وجود شرط في دفاتر الشروط يلزم الإدارة بالإعذار لا يغير من الوضع.

وهكذا فإن الإدارة ملزمة بإعذار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ سواء وجد نص صريح يقضي بذلك أو لم يوجد، ولذلك فإن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة غير

1 Jeze, Op. Cit, P. 1043.

المسبوق بإعذار المقاول يكون معيباً ومخالفاً للقانون^١، ويُعفى المقاول المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ.

ولذلك فإن قاضي العقد عندما يراقب مشروعية الفسخ الجزائي للعقد، فإنه يهتم دائماً بالتحقق من أن إجراء الإعذار قد تم اتخاذه من جانب الإدارة، وعندما يكتشف القاضي عدم قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ، فإنه يعتبر هذا الجزاء معيباً وغير مشروع من حيث الشكل.

وعلى الرغم من التزام الإدارة - كقاعدة - بضرورة إعذار المقاول قبل توقيع الفسخ الجزائي سواء ورد نص في العقد أو دفاتر الشروط يتطلب هذا الإعذار، أو لم يرد بذلك، فإن هذه القاعدة ليست قاعدة مطلقة حيث يرد عليها عدة استثناءات يترتب على توافر إحداها إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ عليه.

وهذه الاستثناءات وفقاً لأحكام القضاء وآراء الفقه في فرنسا هي:

١- إذا ورد نص صريح في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط يعفي الإدارة من الالتزام بالإعذار المسبق للمقاول قبل توقيع جزاء الفسخ عليه^٢.

وفي هذه الحالة يجب أن يفسر هذا النص تفسيراً ضيقاً، لأن مثل هذا النص يعتبر خطيراً جداً بالنسبة للمقاول، فضلاً عن أنه يمثل استثناء على القاعدة العامة، لذلك فإنه يجب في هذه الحالة أن يكون تعبير أطراف العقد عن رغبتهم في إعفاء الإدارة من الالتزام بإعذار المقاول صريحاً وواضحاً حتى يأخذ به قاضي العقد.

وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء من الاعذار، فإن إجراء الاعذار يكون واجباً وملزماً للإدارة^٣.

٢- إذا أعلن المقاول صراحةً من تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته أو عدم قدرته

١ د. محمد شكري سرور مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ص ١٣٥، سنة ١٩٨٥.

2 C. E29 Janvier 1990, Carteau, Rec, P. 123.

٣ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

على تنفيذها.

٣- لا ضرورة للإعذار إذا ارتكب المفاوض أفعال الغش في تنفيذ التزاماته.

٤- لا محل للإعذار إذا كانت الظروف تقطع بعدم جدوى الإعذار وعدم فائدته بفعل المفاوض مثل مخالفته لالتزام جوهري يتعذر تداركه أو إصلاحه.

٥- لا ضرورة للإعذار إذا قام المفاوض بالتنازل عن عقده إلى الغير أو ارتكب واقعة التعاقد من الباطن بدون تصريح مسبق من الإدارة.

٦- لا محل للإعذار في حالة الاستعجال، أي عندما تقتضي الظروف عدم تنفيذ العقد فوراً وفي الحال.

٧- تُعفى الإدارة من إعذار المفاوض قبل توقيع جزاء الفسخ عليه ، إذا كان جزاء الفسخ تالياً لجزاء وضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة وكان هذا الجزاء الأخير قد سبقه إعذار الإدارة للمفاوض، بشرط أن يكون جزاء الفسخ قد صدر عن نفس الأخطاء التي أوجبت توقيع جزاء وضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة، أما إذا أرادت الإدارة توقيع جزاء الفسخ على المفاوض عن أخطاء أخرى خلاف الأخطاء التي أدت إلى توقيع جزاء وضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة ، فإنه يلزم في هذه الحالة إعذار جديد قبل توقيع جزاء الفسخ.

ولا بد من الإشارة هنا أنه لا يمكن للإدارة أن توقع الفسخ الجزائي على المفاوض قبل انقضاء المهلة الممنوحة للمفاوض والمحددة في الإعذار، ومخالفة الإدارة لهذه المهلة الممنوحة للمفاوض من شأنه أن يقيم مسؤولية الإدارة تجاه المفاوض. ويرتبط بضرورة قيام الإدارة بإعذار المفاوض قبل توقيع جزاء الفسخ، ضرورة تمكين المفاوض من تقديم ملاحظاته وأوجه دفاعه قبل توقيع جزاء الفسخ، أي التزام الإدارة باحترام حقوق الدفاع المقررة للمفاوض^١.

ولقد أكدّ مجلس الدولة الفرنسي أن احترام حقوق الدفاع للمتعاقدين يعتبر قاعدة ملزمة للإدارة، حيث قرر مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢ أكتوبر ١٩٥٩ أنه: « لا يوجد

١ د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٨٥.

نص في العقد أو شرط في دفتر الشروط يعني الإدارة في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته من أن تجعل المتعاقد قادراً على تقديم أوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ التزاماته قبل توقيع جزاء الفسخ^١».

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة تعدد الأسباب التي تبرر الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، يكفي أن تكون الإدارة قد راعت حقوق الدفاع للمتعاقد بمناسبة أحد هذه الأسباب حتى يكون قرار الفسخ الجزائي مشروعاً^٢.

وكما هو الحال بالنسبة للاعذار، فإنه يمكن إعفاء الإدارة من الالتزام باحترام حقوق الدفاع للمتعاقد بمقتضى نص في العقد أو دفتر الشروط، فبمفهوم المخالفة للحكم الصادر في ٢ أكتوبر ١٩٥٩ السابق الإشارة إليه، فإنه يمكن إعفاء الإدارة من الالتزام بتمكين المتعاقد من أن يقدم أوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ التزاماته قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، وذلك في حالة وجود نص صريح في العقد أو كراسة الشروط يقضي بعدم مراعاة الإدارة حقوق الدفاع للمتعاقد.

ومن جهة أخرى، يجب على الإدارة أن تقوم بإبلاغ المفاوض قرارها بالفسخ الجزائي لعقده، فقرار الجزاء التعاقدي مثل أي قرار إداري لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة صاحب الشأن إلا من يوم وصوله إلى علمه عن طريق إعلانه بهذا القرار، ولا يوجد سواء في مصر أو سورية أي نص يتضمن ضرورة إبلاغ المفاوض بقرار الفسخ، وحذا لو يتم تلافي ذلك.

أما الإعذار في مصر، فإن المشرع المصري لم يجعل الاعذار وجوباً في جميع الحالات فقد نصت المادة /٨٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أنه: «إذا أحل المفاوض 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

1 C. E. 82 octobre 1995, Ministr residand en Algerie, Rec, P. 486.

٢ د. عيسى الحسن، المرجع السابق، ص ١٧٥.

الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجرائين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة أ- فسخ العقد ، ب- سحب العمل من المفاوض».

في حين أعفت المادة /٨٣/ من اللائحة المذكورة الإدارة من الإعذار ونصت على أن تمنح الإدارة سلطة توقيع غرامات التأخير المبينة بها بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر^١.

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الإدارة ملزمة - كمبدأ - بإعذار متعاقدها بفسخ عقده، إذ فضلاً عن أن هذا المبدأ ينتج عن القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، فإنه يستند أيضاً إلى المادة /١٥٧/ من القانون المدني التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ^٢.

أما في سورية، فقد نصت المادة /٣١/ من العقد النموذجي لأعمال الأشغال الصادر بموجب بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٨/ب - ١٥/٨٧٨ تاريخ ١١/٤/١٩٧٨ والمعمول بها حالياً في جميع الوزارات والإدارات وشركات القطاع العام والمشارك وسائل الجهات العامة، على أن يعتبر المتعهد مسؤولاً عن جميع التزاماته وغرامات التأخير المترتبة عليه فور حلول الآجال المحددة له بموجب العقد دونما حاجة لأي إنذار أو إعذار أو إجراء من قبل الإدارة^٣.

وبناءً على ما سبق يمكن القول، إن الاعذار ضمانات هامة للمتعاقد من أجل المحافظة على حقوقه، فضلاً عن أن المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام تتطلب أحياناً إعذار المتعاقد لعله يستجيب لتنفيذ التزاماته بدلاً من فسخ العقد مع ما

١ راجع المواد ٧٥-٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

٣ راجع المادة /٥٤/ من قانون العقود الموحد السوري رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

يحمله هذا الفسخ من مخاطر للمرفق العام، فإذا أرادت الإدارة إعفاء نفسها من ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، فلا بد أن تشترط ذلك صراحة بمقتضى نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط.

٤. التزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي للعقد:

إن الإدارة في فرنسا لم تكن ملزمة قبل صدور قانون ١١ يوليو ١٩٧٩ بتسبب قرارات الجزاء الصادرة ضد متعاقديها ومن بينها قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة. أما بعد صدور القانون السابق الخاص بتسبب قرارات الإدارة، فإن الفقه الفرنسي متفق على أن هذا القانون ينطبق على قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على متعاقديها أيًا كانت هذه الجزاءات، وأن الإدارة عليها الالتزام بتسبب قراراتها بفسخ عقودها^١.

وكذلك بعد صدور المنشور الدوري لرئيس الوزراء في ٣١ أغسطس ١٩٧٩، والذي ذكر الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها من بين القرارات الواجبة للتسبب، والمنشور الصادر في ١٠/١/١٩٨٠ الذي ذكر عدداً من القرارات المتعلقة بالجزاءات الواجبة التسبب ومن بينها قرارات فسخ العقود، فضلاً عن المنشور الصادر في عام ١٩٧٨ المتعلق بتسبب القرارات الإدارية والذي ينطبق على العقود الإدارية، وبناءً على ذلك فإن الإدارة في فرنسا ملزمة بتسبب قرارها بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، لذلك يتوجب أن يكون قرار الإدارة بفسخ العقد مسبباً، وأن يكون هذا التسبب مكتوباً، ويتضمن شرحاً وبياناً للأسباب القانونية والفعلية التي بُني عليها القرار.

أمّا في مصر وسورية، فإن الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارات الجزاء التي توقعها الإدارة على متعاقديها ما لم يوجد نص قانوني يوجب التسبب. وحذا لو يتم تلافي ذلك من خلال إضافة مادة إلى قانون العقود يتعلق بإلزام الإدارة بتسبب قرارات فسخ العقود الإدارية .

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

سادساً - الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

يترتب على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مجموعة من الآثار العامة والمشاركة وكذلك الآثار الخاصة بكل نوع من أنواع الفسخ الجزائي المجرد (البسيط) والفسخ على مسؤولية المقاول. وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

١- مدى تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في تقرير الفسخ الجزائي المجرد والبسيط أو الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول:

بالرجوع إلى آراء الفقه الفرنسي، نجد أن الفقهاء الفرنسيين قد انقسموا حول هذا الموضوع إلى اتجاهين:

فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة يمكن أن يكون بسيطاً ومجرداً، ومن المؤيدين لهذا الاتجاه الفقيه (Jeze) الذي ذهب إلى أن: الإدارة التي تقدر الخطأ المرتكب من المقاول يمكنها أن تبدو أكثر وأقل صرامة في تطبيق سلطتها في الفسخ الجزائي، فإذا رأت الإدارة وجوب استبعاد المقاول بلا قيد ولا شرط من العقد بدون أن تطالبه بتعويض، فإن الإدارة تقرر الفسخ الجزائي المجرد والبسيط^١.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن الفسخ الجزائي يجب أن يكون على مسؤولية المقاول، وأن يكون متبوعاً بإعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية المقاول المقصر، وقد أيد الدكتور فؤاد العطار هذا الاتجاه، حيث ذهب إلى التسليم بوجوب قبول فسخ العقد على مسؤولية المقاول، لأن هذا الفسخ يأخذ في اعتباره ليس فقط طبيعة الجزاء، ولكن أيضاً صالح الحزاة.

فالفسخ الصادر لأخطاء المقاول له صفة عقابية، حيث أن المقاول يرتكب خطأ بمخالفته الالتزامات الواردة في العقد، ولذلك يجب أن يتحمل كل النتائج التي تنشأ عن هذه المخالفة، والإدارة من جانبها إذا قررت إتمام الأشغال لا تستطيع أن تعفي المقاول من

1 (G) Jeze. Op. Cit, p1039.

المسؤولية المالية المفروضة عليه بسبب مخالفة التزامات العقد، فتنازل الإدارة عن الانتفاع بإجراء إعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية المقاول المفسوخ عقده، يتساوى مع تنازل الإدارة عن دين مستحق بدون أي مبرر قانوني^١.

وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإدارة هي من لها الحق في تقرير الفسخ الجزائي المجرد والبسيط أو تقرير الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول^٢.

كما أن جانباً من الفقه الفرنسي يؤيد هذا الحل القضائي^٣، ولكن يجب أن يكون منصوباً عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، ويعود ذلك إلى أن هذا الجزاء شديد الخطورة بالنسبة للمقاول لأنه يتحمل جميع الأعباء المالية التي تترتب على إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة لاختيار مقاول جديد لاستكمال تنفيذ الأشغال، ولذلك يجب أن يكون هذا الجزاء مقبولاً من المتعاقد الذي يقر بناء على شرط في العقد باحتمال تطبيق هذا الفسخ عليه^٤.

ولكن العقد قد لا يترك للإدارة الحق في اختيار أحد نوعي الفسخ الجزائي إذا ما نص على نوع الفسخ الواجب اتخاذه في حالات محددة، حيث أن عقود الأشغال العامة ودفاتر الشروط تنص في الغالب على توقيع الفسخ الجزائي المجرد والبسيط في حالتي إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لزمته المالية^٥. ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة أن تقرر الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول.

ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة بأنه عندما يصدر الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بقوة القانون على أثر التصفية القضائية للمقاول، فإن هذا

١ د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ١٥٩ و ١٦٠

C.E 3 Eev, 1975, Sieurs, Bechetti et petit.2

R. D. P. P. 171.

3 A. Delaubadere et autres, Contrats, Op. Cit, P169

4 M. A. Fiamme, Op. cit. p711

٥ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

المقاول لا يتحمل النتائج المالية الباهظة للعقود الجديدة التي تبرمها الإدارة مع مقاولين آخرين من أجل تنفيذ الأشغال^١.

٢- الآثار العامة والمشاركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

يمنح جزاء الفسخ لأخطاء المتعاقد امتيازين للشخص العام، فمن ناحية مجازاة المتعاقد مباشرة ومن جانب واحد، ومن ناحية أخرى إنهاء تنفيذ العقد من جانب واحد بصفة قطعية.

ويترتب على قيام الإدارة بتقرير الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة سواء الجرد والبسيط أو على مسؤولية المقاول عدة آثار عامة ومشاركة بين نوعي الفسخ الجزائي. وأهم هذه الآثار العامة والمشاركة.

١- يترتب على الفسخ الجزائي بنوعيه انتهاء عقد الأشغال العامة بالنسبة للمستقبل، حيث يجد المقاول نفسه بناءً على هذا الفسخ مستبعداً نهائياً من تنفيذ الأشغال محل العقد^٢. ويتوقف عن تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، حيث أن الفسخ ليس جزاءً مؤقتاً ولكنه يعتبر جزاءً نهائياً، حتى ولو كان غير مشروع أو ليس له ما يبرره، حيث إن الفسخ لا يمكن أن يكون ملغياً بواسطة قاضي العقد.

ويلاحظ أن الإدارة المتعاقدة لا تستطيع فسخ العقد بعد إنجاز المقاول للأشغال واستلام الإدارة للأشغال نهائياً^٣.

كما أن الإدارة تملك توقيع الفسخ الجزائي الجرد والبسيط أو الفسخ الجزائي على مسؤولية وحساب المقاول عن ذات الأخطاء العقدية الصادرة من المقاول، وينتج الفسخ الجزائي سواء أكان فسخاً مجرداً أو فسخاً على مسؤولية المقاول آثاره، ومن بينها إنهاء العقد ابتداءً من التاريخ المحدد في قرار الفسخ الجزائي للعقد أو من تاريخ إعلان هذا القرار

1 C. E 10 Juillet 1999, R. D. P. P140

2 (G) Jeze, Op. Cit, P1048.

٣ د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٩٥.

إلى المقاول إذا لم يحدد القرار تاريخاً لسريان مفعوله^١.

٢- يسري الفسخ الجزائي بنوعيه على عقد الأشغال العامة بأكمله، حيث لا يوجد فسخ جزئي للعقد حيث أن العقد يعتبر في الواقع كلاً لا يتجزأ بالنسبة للمقاول، ولذلك لا تستطيع الإدارة أن تنقص التوازن المالي للعقد بأن تفسخ - حتى في حالة خطأ المتعاقد - الجزء المفيد للمقاول وتبقي على الجزء الخاسر للمقاول دون فسخ، فيما أن يطبق الفسخ على العقد بأكمله أو لا يطبق^٢.

٣- يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل خلال مهلة تحددها الإدارة، وإلا تحققت مسؤوليته في حالة رفض الإخلاء، فضلاً عن إمكانية استخدام الغرامة التهديدية لحته على الإخلاء، كما تستطيع الإدارة بعد إعدار المقاول أن تقوم بنفسها بإزالة أدوات المقاول الرافض للإخلاء على حسابه، ولكن لا تستطيع أن توقع على المقاول غرامات تأخيرية عن الفترة التالية لصدور قرار الفسخ الجزائي^٣.

٤- يُعطي الفسخ الجزائي للإدارة الحق في التعويض عن الضرر الذي يصيبها سواء أكان هذا الضرر ناتجاً عن وقف تنفيذ الأشغال حتى تاريخ الفسخ أو كان هذا الضرر ناتجاً عن الفسخ الجزائي، ولكن هذا الضرر لا يمكن أن يحدث للإدارة في حالة توقف الأشغال بعد صدور الفسخ الجزائي، كما يحق للإدارة أن تطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها أثناء فترة العقد بسبب التأخيرات المنسوبة إلى المقاول في تنفيذ العقد والسابقة على فسخ العقد^٤.

٥- يتحمل مقاول الأشغال العامة المفسوخ عقده فسخاً مجرداً وفسخاً على مسؤوليته النفقات اللازمة للتدابير التي يجب اتخاذها قبل إغلاق أماكن العمل لضمان

١ راجع المادة ٢٩/ من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بعقود التوريدات والخدمات في فرنسا.

2 A. De Laubadere et autres, Contrats, op. cit. P. 884.

3 C.E 23 Jan 1981.Communed' Aunay – sur odon. Rec. P. 201.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

صيانة وأمن للأشغال المنفذة متضمنة عند اللزوم نفقات هدم هذه الأشغال^١.

٦- يترتب على الفسخ الجزائي ضرورة إقامة كشف حساب لتصفية وتسوية مصير الأدوات والآلات، فإذا لم ينص في العقد أو في دفاتر الشروط على ذلك، فإن الإدارة تكون حرة في تملك هذه الأدوات والآلات، كما أن المقاول يكون حراً في أن يرفض التنازل عنها^٢.

٧- يتوجب على الإدارة إعلان قرار الفسخ الجزائي للمقاول طبقاً للأشكال والأوضاع الواردة في العقد أو دفاتر الشروط، ومع ذلك فإن عدم قيام الإدارة بإعلان المقاول بقرار الفسخ لا يجعل هذا الفسخ باطلاً أو لا أثر له حيث إن الإعلان - كقاعدة - ليس شرطاً لصحة التصرف القانوني، ولكنه مجرد شرط للقوة التنفيذية له.

٨- إن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ليس تلقائياً، بل هو اختياري للإدارة على الرغم من النص عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، فإن الإدارة يمكنها ألا توقع هذا الجزاء على المقاول، فقد ترك دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا والصادر سنة ١٩٧٦ الخيار للإدارة بين أن تقرر هذا الجزاء الفاسخ للعقد أو أن تقرر جزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة^٣.

ويلاحظ أنه إذا كان الفسخ الجزائي مسبقاً بجزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، فإن هذا الجزاء الثاني يمثل على هذا النحو فترة راحة للمقاول، تسمح له بأن يعود لتنفيذ العقد بعد انتهاء هذا الجزاء وتقوده إلى نهاية جيدة، ولكنه بعد انقضاء مدة الشهر التالي على إبلاغ المقاول بقرار جزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة فإن الفسخ الجزائي يمكن أن يصدر من الإدارة على المقاول المقصر (وهذا ما نصت عليه المادة ٣/٤٩ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا).

١ المادة ٤/٤٩، والمادة ٣/٤٦ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود الأشغال.

2 (G) Jeze, Op. Cit, P. 1049.

٣ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

٣- الآثار الخاصة بالفسخ المجرد والبسيط لعقد الأشغال العامة:

١- يترتب على الفسخ الجزائي المجرد والبسيط انقضاء عقد الأشغال العامة بلا قيد ولا شرط كما أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط يقطع كل رابطة أو علاقة بين رب العمل والمقاول، حتى ولو كان قرار الفسخ الجزائي غير مشروع أو لا مبرر له^١.

ولا يمكن أن يصدر الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة إلا قبل تاريخ تسليم الأشغال وبالتالي لا يجوز للإدارة أن توقع الفسخ الجزائي على المقاول بعد تسليم الأشغال من هذا المقاول لأن الفسخ الجزائي بعد هذا التاريخ لا فائدة له حيث أن العقد قد انقضى، كما أن الأشغال المنفذة بواسطة المقاول المفسوخ عقده بعد تاريخ الفسخ لا يعتد بها^٢.

والمقصود بتاريخ التسليم تاريخ التسليم المؤقت لأن التسليم النهائي للأشغال يحدث بعد انقضاء مدة الضمان المنصوص عليها في العقد، حيث يظل المقاول مسؤولاً عن العيوب المتحققة في الأشغال المنفذة بواسطته قبل هذا التسليم النهائي للأشغال^٣.

ومن الملاحظ أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط يعتبر أقل قسوة في نتائجه بالنسبة للمقاول المفسوخ عقده من الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول، ولذلك فإن الإدارة تلجأ إلى هذا النوع من الفسخ عندما ترغب في أن تقطع فوراً كل علاقاتها مع المقاول الذي اتضح عدم كفاءته بدون أن ترهقه بوضع نفقات الإدارة المباشرة للأشغال أو نفقات إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على حسابه.

وقد ذهب الفقهاء الثلاثة (A.Laubadere, Moderene et Délvolve) إلى أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط ينقذ المتعاقد من النتائج الباهظة للعقود الجديدة المخصصة عند اللزوم لضمان استمرار تنفيذ العقد، فالفسخ المجرد والبسيط لا يسمح

1 M – A Elamme, Op. Cit, p710.

٢ د. رأفت محمد حماد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

٣ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

بمباشرة إجراء إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية المقاول^١. وهكذا نجد أنه إذا قدرت الإدارة استبعاد المتعاقد نهائياً بلا تحفظ ولا شرط ودون أن تحمله بمخاطر التعاقد الجديد، فإنها تكتفي بالفسخ المجرد والبسيط للعقد.

من جهة أخرى، يتوجب على الإدارة أن تقرر صراحة رغبتها في تقرير الفسخ الجزائي المجرد للعقد، ولذلك يرى الفقيه (Jeze) أنه من الضروري أن تحدد الإدارة بعناية في قرارها بالفسخ أن الفسخ يعتبر فسخاً مجرداً وبسيطاً، فإذا لم تفعل ذلك، فإنه يمكن أن يثور شك حول طبيعة الفسخ إذا لم تفصح عنه الإدارة، لأن المقاول يمكنه أن يتمسك فيما بعد بأن الإدارة قد استعملت سلطتها العامة في الإنهاء، بمعنى أن الإدارة ملزمة بأن تدفع له تعويضاً، في حين أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط يستبعد أي تعويض لصالح المقاول نتيجة لهذا الفسخ، ويلاحظ أن قاضي العقد يستطيع وهو يقدر جسامة خطأ المقاول وعندما يتحقق من أن خطأ المقاول كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء من الإدارة - أن يتحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول الصادر من الإدارة إلى فسخ مجرد وبسيط^٢.

٢- يمكن للإدارة الجمع بين الفسخ الجزائي البسيط وتوقيع غرامات التأخير أو التعويضات على المتعاقد من أجل الضرر الذي حدث للإدارة من هذا الفسخ، ولكن الإدارة لا تستطيع أن توقع الجزاءات المختلفة وخاصة غرامات التأخير على المقاول إلا عن الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ^٣.

كما يجوز الجمع في حالة الفسخ الجزائي بين مصادرة التأمين واستحقاق التعويض بشرط عدم وجود نص في العقد يحظر هذا الجمع، ولكن يلاحظ أن عدم النص على حق الجهة الإدارية في التعويض علاوة على مصادرة التأمين في حالة فسخ العقد عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه لا يؤدي إلى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين في حالة فسخ العقد، لأن الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين لا يعتبر

1 A. Delaubadere et autres contrats, Op. cit, p. 168.

2 (G) Jeze, Op. Cit, P. 1040.

٣ د. عيسى الحسن، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

ازدواجاً للتعويض حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على استحقاق التعويض لأن استحقاقه إنما هو تطبيق للقواعد العامة^١.

٣- يؤدي الفسخ الجزائي المجرد والبسيط إلى تسليم الأشغال طبقاً للقواعد العامة المطبقة على تصفية العقد والواردة بعقد الأشغال العامة أو بدفتر الشروط.

٤- يمكن أن يكون الفسخ الجزائي المجرد والبسيط لعقد الأشغال العامة مصحوباً بدفع المفاوض المفسوخ عقده للتعويضات إذا أحدث فسخ العقد ضرراً للإدارة.

٥- يحرم الفسخ الجزائي المجرد والبسيط المفاوض المفسوخ عقده من المسؤولية بالنسبة للمستقبل ولذلك فإن الزيادة في النفقات التي تنفقها الإدارة من أجل التعاقد مع مفاوض جديد عن نفقات العقد الأصلي المفسوخ تبقى على عاتق الإدارة ولا يمكن أن يتحملها المفاوض المفسوخ عقده فسخاً بسيطاً، ولا تستطيع الإدارة أن تبرم عقداً جديداً مع مفاوض آخر قبل أن تفسخ بطريقة قانونية العقد الذي يربطها بالمفاوض الأصلي.

٥ الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المفاوض:

يترتب على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المفاوض المفسوخ عقده نفس الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي المجرد والبسيط للعقد، اللهم إلا أن الشكل الأول من الفسخ الجزائي على خلاف الشكل الثاني يضع على عاتق المفاوض النفقات الناتجة عن إبرام عقد جديد مع شخص من الغير^٢.

فالإدارة تلجأ إلى تقرير الفسخ الجزائي على مسؤولية المفاوض عندما يرتكب هذا المفاوض أخطاء جسيمة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وترى الإدارة تحميل المفاوض الأعباء المالية المترتبة على إبرام عقد جديد مع مفاوض جديد يحل محله في تنفيذ الأشغال.

وقد ذهب الفقيه (Jeze) إلى أنه يوجد في حالة الفسخ الجزائي على مسؤولية المفاوض

قراران هما:

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ٢١ تموز ١٩٦٩، مذكور لدى د. أحمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

٢ د. عبسي الحسن، المرجع السابق، ص ١٩٥.

قرار الفسخ الجزائي للعقد وقرار اختيار مقاول جديد، فقرار الفسخ هو العمل القانوني الأسبق، فإذا كان دفتر الشروط العامة أو قرار الإدارة لم يذكر الفسخ ولم يتحدث إلا عن النتيجة (المنافسة الجديدة) ففي هذه الحالة لا يوجد أدنى شك بالنسبة للفقهاء في أن قرار الفسخ وقرار المنافسة الجديدة يعتبران عمليتين قانونيتين متميزتين، فإذا كان لا يوجد ظاهراً إلا قرار واحد هو قرار المنافسة الجديدة الذي اتخذته الإدارة، فإن قرار الفسخ يعتبر قد اتخذ ضمناً من جانب الإدارة^١.

ولكن يلاحظ أن إسناد العقد لمقاول جديد لا يستوجب بالضرورة - على الرغم من تعبير إعادة طرح الأشغال في منافسة جديدة - الاستخدام الإلزامي لأسلوب المنافسة، فالإدارة ليس عليها التزام قانوني بأن تلجأ إلى أسلوب إعادة طرح الأشغال في منافسة حتى عندما يتحدث دفتر الشروط عن منافسة جديدة، فإن ذلك لا ينشئ التزاماً قانونياً على عاتق الإدارة^٢. فالإدارة تختار بحرية تامة الشخص الذي يقوم بإنهاء تنفيذ الأشغال سواء بطريق المنافسة أو التعاقد بالتراضي.

من جهة أخرى، تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المفسوخ عقده من أجل ضمان استمرار المرفق العام، حيث تحتفظ الإدارة لنفسها بالحق في أن تعهد بواسطة عقد جديد إلى مقاول آخر جديد بتأمين وتنفيذ التزامات المقاول السابق، ونظراً لخطورة الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول وجسامته أثاره، فإن الفقه الفرنسي متفق على أن الإدارة لا تستطيع أن تقرر هذا الجزاء الفاسخ القاسي إلا إذا كان منصوباً صراحة في عقد الأشغال العامة أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيعه بمقتضى نص صريح^٣، كما أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر أحكامه على ذلك^٤.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة مع إعادة طرح

1 (G), Jeze, Op. cit, 1042 et 1043.

٢ د. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

3 A. De Laubadere et autres, Op. cit, p. 314.

4 C. E 5Juillet 1990, Sté française de construction Rec. P 416.

الأشغال العامة في مناقصة جديدة لا يمكن مطلقاً أن يصدر من القاضي، فالإدارة وحدها هي التي يحق لها أن توقع هذا الجزء^١.

وتستطيع الإدارة صاحبة العمل مواصلة تنفيذ الأشغال موضوع العقد بنفسها وعلى مسؤولية المقاول المفسوخ عقده حتى تاريخ التصديق على العقد الجديد المبرم على أثر فسخ العقد الأصلي^٢.

كما تستطيع أن تستمر في تنفيذ الأشغال العامة عن طريق الإدارة المباشرة إذا لم ينتج عن إعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة أية نتيجة في اختيار مقاول جديد، 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 لضمان حسن سير المرافق العامة.

ويستطيع المقاول المفسوخ عقده التوجه إلى قاضي العقد للمنازعة في مشروعية إبرام العقد الجديد على مسؤوليته ولكن قاضي العقد لا يستطيع أن يقرر إلغاء هذا الإجراء ولكنه يستطيع أن يعفي المقاول في حالة عدم مشروعية هذا الإجراء من النتائج والأعباء الباهظة المترتبة عليه، وأن يمنحه عند اللزوم تعويضاً عن ذلك^٣.

ولكن المقاول المفسوخ عقده يتحمل جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سبيل إبرام عقد جديد مع مقاول آخر، بما في ذلك الزيادة في النفقات والتي نتجت عن إبرام العقد الجديد بالمقارنة بالعقد الأصلي، بشرط ألا تكون هذه الزيادة مبالغاً فيها، وتخصم الزيادة في النفقات التي يتطلبها اختيار المتعاقد الجديد من المبالغ المستحقة المقاول المستبعد من الإدارة، فإذا لم يكن له شيء لدى الإدارة، فإنه يتم خصم هذه الزيادة من مبلغ التأمين الذي دفعه المقاول المستبعد من قبل عند إبرام عقده مع الإدارة، وذلك دون المساس بحق

١ د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

2 C. E 24 Avril 1995, Goupil, Rec, p. 344.

٣ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

الإدارة في الرجوع عليه في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين^١.

وتشتمل النتائج والأعباء الباهظة التي يتحملها المقاول المفسوخ عقده والمتربة على التعاقد مع المقاول الجديد على الثمن الناتج عن العقد الجديد، ويستبعد من هذه الأعباء التي يتحملها المقاول المفسوخ عقده النفقات التي ترجع إلى خطأ الإدارة أو خطأ المقاول الجديد.

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 لا يحق له المطالبة بالاستفادة من هذا النقص في النفقات، إذ لا يمكن أن يستفيد من تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية.

وهذا ما نصت عليه المادة (٦/٤٩) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا، حيث جاء فيها: « أن زيادة النفقات الناتجة عن إبرام عقد الأشغال العامة الجديد تكون على عاتق المقاول المفسوخ عقده، وهذه الزيادة في النفقات تُقطع من المبالغ التي من الممكن أن تكون مستحقة له، فإذا لم توجد أية مبالغ مستحقة له لدى الإدارة، فإن الزيادة من النفقات تقتطع من التأمينات المتفق عليها، بدون المساس بحق الرجوع عليه في حالة عدم كفايتها، أما في حالة نقص النفقات - الخاصة بإبرام العقد الجديد - عن نفقات العقد الأصلي، فإن المقاول المفسوخ عقده لا يمكن أن يستفيد من ذلك ولو جزئياً^٢ ».

وفي حالة ما إذا كانت كمية الأعمال - في نهاية الأمر - قد نُفذت 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

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

٢ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

حقوق الدولة^١.

وقد ذهب الفقيه الفرنسي (Fougerolle) إلى أن: «قضاء مجلس الدولة يحقق العدالة، إذ يعطي لكل ذي حق حقه، وفي حالة تجاوز كميات الأشغال المنصوص عليها تستطيع الإدارة نظراً لتشابه الأسباب مطالبة المقاتل الأصلي بمساهمة تكميلية»^٢. وكذلك ذهب الدكتور فؤاد العطار إلى أن: (الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي يعتبر منطقياً فمن ناحية، يحمي هذا القضاء المصالح المشروعة للإدارة، حيث يدفع المقاتل الأصلي الفرق بين ثمن كل من المناقصة الأصلية والمناقصة الجديدة، ومن ناحية أخرى فإن هذا الحل يحمي أيضاً مصالح المقاتل حيث أنه يسمح له بأن يتمسك بحقوقه الناشئة عن العقد في مواجهة الإدارة)^٣.

سابعاً الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

يعترف القضاء للإدارة صاحبة العمل بسلطة فسخ عقد الأشغال العامة لمجازة المقاتل عن سلوكه المعيب، ومع ذلك فإن هذه السلطة تكون محلاً لرقابة القاضي، وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، وتمثل ضماناً فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون.

لذلك فإن حق المتعاقد مع الإدارة في أن يطعن أمام القضاء في قرار الجزاء الصادر ضده يكفله القانون، فهذا الحق من النظام العام وأي شرط في العقد يقضي باستبعاد هذا الحق يعتبر باطلاً ولا أثر له^٤.

ومن المتفق عليه في القضاء والفقه الإداري سواء في فرنسا أم مصر أم سورية أن دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) هي الوسيلة القضائية الوحيدة التي يملكها أطراف أي عقد إداري للطعن في أي قرار أو إجراء يتعلق بالعقد الذي يربطهم.

1 C. E. 29 Juin 1990, Tissier, Rec, P. 444.

2 (Ph) Fougerolle, ladéchéance de L'entrepreneur, these, paris, 1998, p. 86.

٣ د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ٢٩١.

٤ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ٤٦٠.

أي أن قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء هو المختص وحده - كقاعدة - بالفصل في المنازعات التعاقدية التي تنشأ بين أطراف العقد الإداري، أي بين الإدارة والمتعاقد معها، وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرارات الإدارة بفسخ العقود الإدارية يجب الطعن فيها أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى العقد من جانب المتعاقد مع الإدارة، ولا يجوز الطعن في هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء. كما قضى مجلس الدولة المصري بأنه: «متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء»^١.

وهكذا، فإن قرارات الفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء من جانب المقاتل المفسوخ عقده لأن قرار فسخ العقد لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العلاقات التعاقدية التي تربط هذا المقاتل مع الإدارة بمقتضى عقد الأشغال المبرم بينهما.

وهنا يثار التساؤل عما إذا كان قاضي العقد يملك سلطتي الإلغاء والتعويض تجاه قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، أم أن سلطة القاضي تقتصر على إحدى السلطتين دون الأخرى؟

ففي فرنسا، يقر مجلس الدولة الفرنسي وفقاً لقاعدة قضائية تقليدية على أن قاضي المنازعات في عقود الأشغال العامة لا يملك - كقاعدة - سلطة تقرير إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة ضد المقاتل المتعاقد معها، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد اتخذت في ظروف من شأنها أن تنشأ لصالح هذا المقاتل الحق في التعويض^٢.

١ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٥٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً من ١٩٤٦ - ١٩٦١، المكتب الفني، ص ١٨٠.

2 C. E. 9 Jan 1971 (S. T. M. A) Rec, P. 623.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٨٣

ووفقاً لقضاء مجلس الدولة السابق، فإن قاضي العقد - على خلاف الوضع بالنسبة لجزء إسقاط الالتزام - لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، حتى ولو كان هذا الفسخ غير مشروع أو ليس له ما يبرره، ولكن القاضي يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان هذا الفسخ الذي أصدرته الإدارة بالمخالفة للقانون ينشئ للمقاول المفسوخ عقده حقاً في التعويض، وطبقاً لهذا القضاء، فإن الملتزم يتمتع بضمانات أكبر بكثير من الضمانات الممنوحة لمقاول الأشغال العامة^١.

وعلى الرغم من هذا المبدأ القضائي المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن مجلس الدولة لم يذكر في أي حكم من أحكامه السابقة أي سبب أو مبرر يعلل هذا المبدأ القضائي الخطير من قرارات الإدارة الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة وغيرها من القرارات الأخرى ضد مقاوليها والذي يحرمهم من ضمانات هامة جداً لحماية مصالحهم وحقوقهم ضد قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات عليهم ومن بينها قرارات الفسخ الجزائي لعقودهم.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على القاعدة القضائية السابقة في أحد أحكامه حيث قررت المحكمة الإقليمية إلغاء جزء فسخ عقد أشغال عامة لعيب شكلي (وهو عدم إخطار المقاول^٢)، إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن هذا الحكم منفرد لا يؤثر على القاعدة العامة الخاصة بعدم جواز الإلغاء.

هذا ويترتب على اقتصار سلطات قاضي العقد في مواجهة قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة (في حال عدم مشروعيتها) على سلطة تقرير التعويض للمقاول المفسوخ عقده دون سلطة إلغاء هذه القرارات، النتائج التالية:

١ - يترتب على رفض الاعتراف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الفسخ الجزائي لعقود الأشغال، أن القاضي سيرفض (منطقياً) طلبات وقف تنفيذ هذه القرارات، ولذلك

1 C. E. 4 Nov 1964, Sieur, Mathieu, Rec, 513.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٨٢

2 C. E 26 Mai 1968. Thibon, Rec.p. 571.

يصبح أسلوب وقف التنفيذ لا محل له في مجال التدابير التعاقدية الصادرة من الإدارة ضد متعاقديها، ومن بينها الجزاءات التعاقدية مثل الفسخ الجزائي للعقد، لأنه في أية حالة كانت عليها الدعوى، فإن حقوق المتعاقد تقتصر في أفضل الحالات على الحق في التعويض^١.

ويعود السبب في رفض طلبات وقف التنفيذ بالنسبة لتدابير الإدارة في مواجهة المتعاقد ومن بينها قرارات الفسخ الجزائي للعقد، أن من بين شروط منح القاضي لوقف التنفيذ، وجود ضرر غير قابل للإصلاح أو التعويض عنه وهذا الشرط غير موجود دائماً بالنسبة للتدابير السابقة، حيث أنه طبقاً للقضاء الفرنسي، فإن التعويض يظل هو الطريق الوحيد الممكن تقريره للمتعاقد دون طريق الإلغاء، ومما لا شك فيه، أن رفض طلبات وقف التنفيذ يدعم في نفس الوقت السلطات الاستثنائية المعترف بها للإدارة^٢.

٢- يقتصر حق المفاوض في مواجهة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي (غير المشروع) على الحق في التعويض، حيث يستطيع القاضي تبعاً للظروف أن يمنح المفاوض في هذه الحالة تعويضاً عن الضرر الذي تحمله نتيجة هذا الفسخ، بما في ذلك التعويض عن الربح الفائت الذي لم يجنيه المفاوض. ويقدر التعويض وقت وقوع الضرر، أي وقت فسخ العقد^٣.

٣- إذا كان قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة غير مشروع من حيث الشكل، ولكن له ما يبرره من حيث الموضوع، فإن قاضي العقد يقرر في هذه الحالة إعفاء المفاوض المفسوخ عقده من النتائج الباهظة المترتبة على إبرام عقد جديد على مسؤوليته مع مفاوض جديد، والفقه الفرنسي متفق على أن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية الواجب اتخاذها قبل توقيع الجزاء على المتعاقد يكون له دائماً أثر هام هو إعفاء المتعاقد من النتائج المالية المترتبة على الجزاء مهما كانت جسامته المخالفات المنسوبة إليه^٤.

١ د. عيسى الحسن، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

٢ المرجع السابق، نفس الموضوع.

3 C. E. 28 Mars 1984 (setra). Rec. p. 787.

4 A. De laubadere et autres, Contrats, Op. cit, p. 130.

٤- قضى مجلس الدولة الفرنسي بضرورة قيام الإدارة صاحبة الأشغال بتعويض المقاول المفسوخ عقده، عن فسخ عقده بالمخالفة للقانون من حيث الشكل، طالما أن هذا المقاول لم يرتكب أي خطأ، أو كانت أخطاؤه يمكن إهمالها أو لا يعتد بها^١.

٥- إذا كان قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء جزاء الفسخ غير مشروع، فإنه يستطيع - مع ذلك - أن يستبدل به جزاءً آخرًا أقل جسامة منه، وبناءً على ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي استبدال جزاء فسخ عقد الأشغال العامة بجزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، نظراً لعدم جسامة أخطاء المقاول بالدرجة التي تبرر فسخ العقد^٢.

٦- كما يستطيع قاضي العقد وهو يقدر جسامة خطأ المقاول، وعندما يتحقق من أن خطأ المقاول كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الإدارة المتعاقدة، أن يحول الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المقاول الصادر من الإدارة إلى فسخ بسيط ومجرد^٣.

٧- ويستطيع قاضي العقد أيضاً في حالة عدم مشروعية قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة أن يحول هذا الفسخ للعقد لأخطاء المقاول إلى إنهاء انفرادي من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة، وهو ما يقتضي تعويض المقاول في هذه الحالة تعويضاً كاملاً^٤.

أمّا في مصر، فإن جانباً من الفقه المصري يعترض على قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يمنح لقاضي العقد سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة. فقد ذهب الدكتور فؤاد العطار إلى القول بأنه: ينتج عن فسخ عقد الأشغال العامة التصديق النهائي للعقد، حتى ولو كان قرار الفسخ غير مشروع، وفي هذه الحالة لا يستطيع المقاول أن يرفع إلى القضاء دعوى لإلغاء هذا الفسخ، ولكن دعوى تعويض فقط، ويرى العطار أن هذا الحل غير منطقي ولا يتردد في عدم التسليم به، لذلك لا بد من أن يمكن

1 C. E. 13 Nov 1997, Sieur Rey, Rec.p. 551.

2 C. E. 2 Juillet 1980, charton, R. D. P. p. 53.

3 (G) Jeze, Op. Cit, p. 1040.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

المقاول المفسوخ عقده أن يقيم دعوى لإلغاء فسخ عقده، فضلاً عن دعوى التعويض عن هذا الفسخ^١.

كما ذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى أن تمييز مجلس الدولة الفرنسي بين عقد الامتياز من ناحية وبين عقد الأشغال العامة من ناحية أخرى - فيما يتعلق بسلطات القاضي تجاه الجزاءات غير المشروعة - يرجع إلى ضخامة الأموال التي تنفق في حالة عقد الامتياز، وإلى أن عقد الامتياز يحوّل الملتزم سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام تجعله جديراً بالرعاية، ولكن الواقع أن الاعتبارات السابقة قد تصدق على المقاول في عقد الأشغال العامة^٢.

أما الدكتور عبد المجيد فياض فقد ذهب إلى انتقاد التفرقة السابقة التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي بين عقد الالتزام والعقود الإدارية الأخرى مقررّاً أن القاعدة السابقة لا تتسم بالعدالة وتقييم تفرقة لا مبرر لها، حيث تبنى نفس وجهة النظر السابقة التي ذكرها الدكتور سليمان الطماوي، وأضاف بأن قابلية الجزاءات الضاغطة والفاسخة للإلغاء القضائي بالنسبة لجميع العقود الإدارية لا يناقضه أي مبدأ في القانون، بل إن صالح الإدارة يتطلب ذلك، إذ يمكن أن يكون التعويض الذي تلتزم به الإدارة من جراء جزائها غير الصحيح - أكثر تكلفة وعبئاً عليها من الاستمرار في العقد^٣.

من خلال ما سبق يمكن القول إن الاعتراف لقاضي العقد بسلطة إلغاء الجزاءات التعاقدية غير المشروعة الصادرة من الإدارة ضد جميع متعاقديها وخاصة جزاء فسخ العقد، يعتبر ضماناً هامة وفعالة لصالح هؤلاء المتعاقدين مما يشجعهم على التعاقد مع الإدارة من خلال العقود الإدارية، ويؤدي إلى تحقيق مصالح كلا الطرفين على أفضل وجه ممكن، فضلاً عن ضمان السير المنتظم والمطرد للمرافق

١ د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

٢ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٠٣.

٣ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها.

العامّة التي أبرمت هذه العقود من أجل إشباع حاجاتها ومتطلباتها.

بعد أن تناولنا الانتهاء المبّسر لعقد الأشغال العامّة والآثار القانونيّة المترتبة على هذا الإنهاء والرقابة القضائيّة عليه، ننتقل لدراسة الانتهاء المبّسر لعقد التوريد الذي لا يختلف في كثير من أحكامه عن عقد الأشغال العامّة.

المبحث الثالث

الانتهاء المبسر لعقد التوريد

ينتهي عقد التوريد نهاية مبسرة إما بفسخ العقد جزائياً من قبل الإدارة عند ارتكاب المتعاقد «المورد» لأخطاء جسيمة أو بفسخ العقد لدواعي المصلحة العامة ودون ارتكاب أخطاء من قبل المتعاقد.

أولاً تعريف الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

بدايةً، يُعرّف عقد التوريد بأنه: اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لهذا الشخص المعنوي لازمة لمرفق عام معين^١.

ويقصد بالفسخ الجزائي لعقد التوريد إنهاء عقد التوريد بصفة قاطعة وانقضاء الروابط العقدية بين الإدارة والمورد بصفة نهائية، وبالتالي استبعاد المورد من تنفيذ الأداءات والتوريدات موضوع عقد التوريد المبرم من الإدارة نتيجة للأخطاء الجسيمة المرتكبة من هذا المورد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد^٢.

ويعتبر الفسخ الجزائي لعقد التوريد الجزاء الأكثر جسامة الذي يمكن توقيعه على المورد، حيث تتيقن الإدارة من خلال الفسخ الجزائي لعقد التوريد أن خطأ جسيماً قد ارتكبه المورد في تنفيذ التزاماته، ولذلك فإن هذا الخطأ يعطيها الاعتقاد الراسخ بأن تنفيذ عقد التوريد من جانب المورد لم يكن مؤمناً للمرفق العام بصفة منتظمة ومرضية وبالتالي تقرر الإدارة استبعاد المورد نهائياً وتعهد عند اللزوم لمورد آخر بتنفيذ التوريدات التي ما زالت لم تُسلم للإدارة بعد من جانب المورد المفسوخ عقده^٣.

ويُشار إلى أن سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لعقد التوريد توجد في جميع الأحوال حتى في حالة سكوت العقد، أي ولو لم يرد نص صريح في العقد أو دفتر الشروط يمنح

١ د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٧٠.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

الإدارة الحق في ممارسة هذه السلطة، ومع ذلك، فإن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يكون عادةً منصوباً عليه ومنظماً في العقد أو دفتر الشروط.

ويلاحظ أن الفسخ الجزائي لعقد التوريد ليس له عادةً نفس النتائج والآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الالتزام أو عقد الأشغال العامة، ولذلك فإن الضمانات الممنوحة للمورد ليست كبيرة مثل الضمانات الممنوحة للملتزم المرفق العام أو حتى الضمانات الممنوحة لمقاول الأشغال العامة^١.

ثانياً - التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد التوريد وبين النظم القانونية المشابهة له:

نظراً لأن القانون الخاص يعرف عقد التوريد، فإنه من الضروري أن تُقيم تفرقة بين نظام الفسخ الجزائي لعقد التوريد المدني وبين الفسخ الجزائي لعقد التوريد الذي يعرفه القانون الإداري باعتباره عقداً إدارياً.

وفي الواقع فإن النظام القانوني للفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري يختلف عن النظام المدني لفسخ العقد خطأ مدني في القانون الخاص من عدة وجوه^٢:

١- كما هو الحال في عقد الأشغال العامة، فإن فسخ عقد التوريد لأخطاء المورد يكون لغرض تأمين وضمان حسن سير المرفق العام، فالإدارة وحدها المسؤولة عن ضمان حسن سير المرفق العام، كما أنها تعتبر وحدها قاضي الملاءمة لتوقيع الفسخ الجزائي لأخطاء المورد ولذلك فإن التدخل المسبق للقاضي من أجل توقيع الفسخ الجزائي يعتبر مستبعداً، اللهم إلا إذا طلبت الإدارة من القاضي توقيع هذا الجزاء.

٢- إن تقدير خطأ المورد في حالة الفسخ الجزائي لعقد التوريد أكثر تدقيقاً وتشدداً من تقدير خطأ المدين في القانون الخاص.

٣- لا يستطيع القاضي أن يمنح مهلة للمورد من أجل التسليم في حالة عقد التوريد الإداري، -بعكس الوضع بالنسبة للقانون الخاص- لأن القاضي لا يستطيع أن يقدر

١ د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص

٢٩٨.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

احتياجات المرفق العام.

٤ - إن مجلس الدولة المصري قد قرر اعتبار النص في عقد التوريد على حق الإدارة المطلق في فسخ هذا العقد إذا أخل المورد بأي شرط من شروط العقد، شرطاً استثنائياً غير مألوف في نطاق القانون الخاص ومغاير لأحكام الفسخ الواردة في نصوص القانون المدني، وبالتالي يضيف مثل هذا النص التعاقدي صفة العقد الإداري على عقد التوريد، بما يميزه عن عقد التوريد الذي يسري عليه قواعد القانون المدني^١.

من جهة أخرى يختلف الفسخ الجزائي لعقد التوريد، يختلف عن الإنهاء الإداري لعقد التوريد من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة:

فعلى الرغم أن كلاً منها يعتبر إجراء إداري تصدره الإدارة المتعاقدة ويؤدي إلى إنهاء العقد وقطع العلاقة العقدية بين الإدارة والمورد، إلا أنهما يختلفان من ناحيتين:

أ- نظراً لأن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يعتبر جزاءاً توقعه الإدارة على المورد، فإن هذا الجزاء يفترض وقوع خطأ من المورد، أما الإنهاء الإداري لعقد التوريد فهو إجراء تتخذه الإدارة لدواعي المصلحة العامة دون حاجة لصدور أي خطأ من جانب المورد.

ب- نظراً لأن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يعتبر جزاءاً، فإن المورد المفسوخ عقده، لا يستحق أي تعويض عن فسخ عقده، بينما يستحق المورد في حالة الإنهاء الإداري لعقد التوريد تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب.

ثالثاً. الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي لعقد التوريد:

ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يعتبر جزاء من النظام العام، ويترتب على اعتبار الفسخ الجزائي لعقد التوريد من النظام العام ما يلي:

١ - أنه ليس بحاجة للنص عليه صراحة في عقد التوريد، حيث إن الإدارة تتمتع بالحق في إيقاع جزاء الفسخ على المورد المقصر، ولو لم يكن هذا الجزاء منصوصاً عليه

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٧٧/٣/٣١، مشار إلى هذا الحكم لدى د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

صراحةً في العقد أو دفاتر الشروط، فهذا الجزاء تتمتع به الإدارة في مواجهة المورد المقصر بقوة القانون، حتى في حال سكوت العقد أو دفاتر الشروط.

٢- لا يمكن استبعاد جزاء فسخ عقد التوريد بصفة عامة ومطلقة، فهذا الاستبعاد يتساوى مع عدم مسؤولية المورد عن أي خطأ، ومثل هذا الشرط يعتبر مخالفاً للنظام العام، فالفسخ الجزائي لعقد التوريد يعتبر حقاً للإدارة ولا يمكن استبعاده بواسطة شرط في العقد ١.

رابعاً أنواع الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

يمكن التفرقة بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد التوريد تبعاً لطبيعة آثار كل نوع بالنسبة للمورد المقصر، فالنوع الأول من الفسخ هو الفسخ الجزائي المجرد والبسيط لعقد التوريد، وهو النوع الأقل جسامة في آثاره على المورد المقصر، وتوقعه الإدارة دائماً على المورد المقصر في الحالات التي لا ترغب فيها الإدارة في استكمال عملية التوريد، حيث تكفي باستبعاد المورد وفسخ عقده.

أما النوع الثاني من الفسخ الجزائي لعقد التوريد، فهو الفسخ الجزائي لعقد التوريد على مسؤولية المورد المقصر^٢، وتلجأ الإدارة إلى توقيع هذا الجزاء شديد الجسامة على المورد المقصر في الحالات التي ترغب فيها أن تستكمل عملية التوريد وذلك عن طريق إبرام عقد جديد مع مورد آخر على حساب ومسؤولية المورد الأصلي المقصر.

خامساً شروط توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

لابد من توافر عدة شروط لصحة ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد.

وسوف نتناول هذه الشروط على النحو التالي:

١- حق الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد بنفسها دون حاجة إلى اللجوء لقاضي العقد: تملك الإدارة الحق في توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد عندما لا ينفذ المورد التزاماته

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

٢ راجع في ذلك: حسام فيصل، المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧-١٢٨-١٢٩.

العقدية، فالإدارة تستطيع - كقاعدة - أن توقع بنفسها جزاء الفسخ على المورد المقصر في تنفيذ التزاماته دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى قاضي العقد ليقرر هذا الجزاء^١. وهذه القاعدة ليست في حاجة إلى النص عليها في عقد التوريد أو دفاتر الشروط، حيث تعتبر تطبيقاً لامتياز المبادرة الذي تملكه الإدارة في مجال العقود الإدارية. فالفسخ الجزائي لعقود الأشغال والتوريد - على خلاف جزاء إسقاط الالتزام - يكون صادراً من الإدارة التي تملك تحت رقابة القاضي امتياز المبادرة^٢. وتفسر هذه القاعدة باحتياجات المرفق العام وحالة الضرورة الطبيعية في عقود المرفق العام، وضرورة تمكين الإدارة من أن تكون قادرة على أن تتخلى عن معاونة المتعاقد الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته بصورة مرضية^٣. ومع ذلك، فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام حيث تستطيع الإدارة أن تطلب من القاضي تقرير جزاء الفسخ بدلاً منها، وفي هذه الحالة يقدر القاضي ما إذا كان هذا الفسخ في محله أو لا، كما يمكن إدراج شرط صريح في العقد يقضي بإمكانية توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد بناءً على طلب الإدارة^٤. ويشترط في قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد أن يكون مسبباً وذلك بأن يذكر المادة الواردة في عقد التوريد أو دفاتر الشروط التي تفرض على المورد التزاماً محدداً وأن يقيم الدليل على أن المورد لم ينفذ هذا الالتزام وأن يبرهن على أن هذه المخالفة من جانب المورد تستوجب جزاء الفسخ. أما السلطة الإدارية المختصة بإصدار جزاء فسخ عقد التوريد، فهي تلك السلطة الإدارية المختصة بتوقيع العقد وإبرامه، أو السلطة المحددة في عقد التوريد أو دفاتر الشروط^٥. كما يجب أن يكون قرار الفسخ صريحاً ومكتوباً، ولذلك لا يمكن أن يكون قرار

١ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

2 A.Delaubadere et autres, Contrats, op.Cit,p.165.

3 (G) Jeze. Op.Cit,p.117.

٤ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

٥ د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

الفسخ ضمناً، فذلك يحرم المورد من ضمانه عدم مفاجأته بفسخ لا يعلم عنه شيء ولم يُخطر به.

كما يتوجب على الإدارة أن تحدد في قرارها نوع الفسخ الذي تريد توقيعه على المورد وهل هو فسخ مجرد وبسيط أم فسخ على مسؤولية المورد، فإذا لم يكن في الإمكان تفسير قرار الإدارة على أنه فسخ جزائي لعقد التوريد، فإن الفسخ في هذه الحالة يكون فسخ مجرد وليس فسخ على مسؤولية المورد^١.

٢- أفعال المورد التي تبرر توقيع الفسخ الجزائي لعقده:

إنّ الفسخ الجزائي لعقد التوريد يستلزم صدور خطأ جسيم من المورد، وهذا الخطأ الجسيم له صور شتى، وتنص عقود التوريد ودفاتر الشروط عادةً على الأخطاء التي يترتب على وقوع إحداها من جانب المورد، الفسخ الجزائي لعقده، ومع ذلك فإن هذا التعداد والحصص الذي تورده هذه العقود ودفاتر الشروط لا يقصر الفسخ الجزائي على هذه الحالات، حيث يكفي ارتكاب المورد لخطأ على درجة خاصة من الجسامه لتبرير توقيع جزاء الفسخ عليه، ولو لم يكن هذا الخطأ من الأخطاء الواردة في العقد أو دفاتر الشروط^٢.

وقد نص المشرع في فرنسا ومصر وسورية على بعض الأفعال الصادرة من المتعاقد «المورد» والتي تبرر توقيع الإدارة لجزاء فسخ عقد التوريد:

ففي فرنسا: ذكرت المادة ٢٨/ من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاصة بعقود التوريد والخدمات الصادرة سنة ١٩٧٧ عدة أسباب تبرر الفسخ الجزائي لعقد التوريد، ومن هذه الأسباب والأفعال:

١ - التعاقد أو الإيجار من الباطن دون موافقة الإدارة.

٢ - عدم تأمين الالتزامات المتعلقة بالتأمين.

١ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٥٦.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٣١.

٣- مخالفة المورد لالتزامات الحذر الأمن والسرية والكتمان.

٤- عرقلة مراقبة الإدارة لأثمان وتكلفة المنتجات.

٥- ارتكاب أفعال الغش ذات الصلة بالعقد.

٦- عدم احترام المواعيد المقررة.

٧- عدم صحة التقرير المقدم من المتعاقد لتأييد العطاء المقدم منه عند تحرير العقد.

٨- عدم إعادة المورد للآلات المسلمة إليه أو إتلافها أو الإسراف في استعمالها^١.

وبالطبع فإن هذه الحالات قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

أما في مصر فقد نص المشرع في القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية على عدة حالات يحق فيها للإدارة أن تفسخ العقد «ومنها عقد التوريد»، ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٢٤/ من هذا القانون:

«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 بطريق الرشوة.

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر»^٢.

كما نصت المادة ٢١/ على أنه «إذا لم يقن صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية - بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه»^٣.

وأيضاً المادة ٢٥/ التي نصت على أنه: «يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

٢ تماثل هذه المادة، المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لعام ١٩٨٣ والخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري الذي كان نافداً قبل القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٣ تماثل هذه المادة المادة ٢٤/ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه»^١.

وكذلك فعل المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ وذلك في المادة ٥٩/ التي نصت على حالات الفسخ^٢.

٣- التزام الإدارة بإعذار المورد وبتمكينه من تقديم أوجه دفاعه:

تلتزم الإدارة بإعذار المورد بإعطائه مهلة معقولة لتنفيذ التزاماته وبتمكينه من تقديم أوجه دفاعه قبل توقيع الفسخ الجزائي لعقده.

فالإعذار المسبق للمورد بواسطة الإدارة يعتبر ملزماً لها، فإذا لم تقم بذلك، فإن الفسخ الجزائي لعقد التوريد يكون صادراً بناءً على إجراء غير مشروع.

وهذه الالتزام يكون عادةً مدرجاً ومنصوصاً عليه صراحةً في عقود التوريد أو دفاتر الشروط في فرنسا «كدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد والخدمات الصادرة عام ١٩٧٧».

ولذلك فإن قاضي العقد يتحقق دائماً مما إذا كانت الإدارة قد امتثلت لهذا الالتزام بالإعذار، وحتى في حالة عدم النص في العقد أو دفاتر الشروط على ضرورة إعذار المورد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه^٣.

ومع ذلك فإن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد والخدمات في فرنسا على الرغم من أنه يلزم الإدارة في كل الحالات بأن تدعو المتعاقد لتقديم ملاحظاته، إلا أنه لم ينص على الإعذار المصحوب بمهلة معقولة للتنفيذ إلا في حالة مخالفة المورد لتشريع ولوائح العمل، وحالة عدم إعادة المتعاقد للمعدات والمواد الخام المعهود بها إليه أو إتلافها أو إساءة استعمالها، وحالة عدم احترام المتعاقد للمواعيد، ففي كل هذه الحالات

١ نصت المادة ١٢/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على بعض الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد بقرار من الإدارة:

١- إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد.

٢- عدم قيام المتعهد بتوريد الأصناف التي تعاقداً على توريدها في الميعاد المحدد بالعقد.

٣ راجع المادة ٥٩/ من قانون العقود، وراجع كذلك حسام فيصل، المرجع السابق، ص ١٠٥-١٠٦.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

فإن دفتر الشروط لا يشترط الإعذار^١.

وعلى الرغم من القاعدة التي تلتزم بمقتضاها الإدارة بإعذار المورد قبل فسخ عقده، فإن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة تتمثل بـ:

١- إذا نص عقد التوريد أو دفتر الشروط صراحةً على إعفاء الإدارة من الالتزام بالإعذار.

٢- عندما يكون الإعذار غير مفيد أو غير مجدٍ، وذلك في حالة المخالفة غير القابلة للإصلاح من جانب المورد لالتزام جوهري، وكذلك في حالة إعلان المورد عدم قدرته على تنفيذ التزاماته في غير حالة القوة القاهرة^٢.

٣- في حالة ارتكاب المورد لأفعال الغش والتدليس أثناء تنفيذ التزاماته العقدية^٣.

٤- إذا قام المورد بممارسة نشاط صناعي أو تجاري محظور عليه القيام به. من جهة أخرى، يجب أن يكون الإعذار صادراً من السلطة المحددة في العقد أو دفتر الشروط، فإذا لم يوجد، فإن السلطة العامة المختصة باتخاذ الإجراءات التمهيديّة والتحضيرية هي من تقوم بالإعذار كما يجب أن تمرّ مدة معقولة من الوقت بين الأعذار وقرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد من أجل منح المورد المقصر مهلة لتنفيذ التزاماته، ويتم تحديد هذه المدة بواسطة عقد التوريد أو دفتر الشروط أو تقدر بواسطة قاضي العقد طبقاً لظروف القضية^٤.

فإذا لم يحدث الإعذار طبقاً للقانون أو لم يعلن للمورد بطريقة قانونية، فإن فسخ عقد التوريد يعتبر غير مشروع، ولذلك فإنه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يعفي المورد المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ الجزائي لعقده.

أمّا في مصر وسورية فإن المشرع لم يجعل الإعذار وجوبياً في جميع الحالات، حيث تتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨،

١ د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

3 A.De Laubadere et autres, Contrats, op, Cit.p907.

٤ د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

والنافذ حالياً، بعض النصوص التي تستلزم إعدار المتعاقد في حالات معينة^١ وكذلك المشرع السوري قَصَرَ وجوب الإعدار على المادة /٥٤/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

ويرتبط بضرورة قيام الإدارة بإعدار المورد قبل توقيع جزاء الفسخ، ضرورة قيام الإدارة كذلك بدعوة المورد قبل توقيع جزاء الفسخ إلى تقديم أوجه دفاعه ومبرراته وإلا كان قرار الجزاء غير مشروع لمخالفته لمبدأ احترام حقوق الدفاع للمتعاقد.

كما يتوجب على الإدارة أن تقوم بتسبيب قرارها بالفسخ الجزائي لعقد التوريد، وهذا ما قرره قانون ١١ يوليو ١٩٧٩ الصادر في فرنسا والذي نص على تسبيب الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها أيّاً كانت هذه الجزاءات ومن بينها الفسخ الجزائي للعقود، وهذا ما أكدّه أيضاً المنشور الدوري لرئيس الوزراء الصادر في ٣١ أغسطس ١٩٧٩ والذي ذكر الجزاءات الصادرة ضد متعاقدي الإدارة من بين القرارات الواجبة التسبيب، وكذلك المنشور الصادر في ١٠ يناير ١٩٨٠.

وعلى ذلك، يجب أن يكون قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد مسبباً وأن يكون التسبيب مكتوباً وأن يتضمن شرحاً وبياناً للأسباب القانونية والواقعية التي تمثل أساس القرار الصادر بالفسخ.

سادساً. الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

لابد من الإشارة بداية إلى أن القواعد القانونية التي تحكم آثار الفسخ الجزائي لعقد التوريد هي - كقاعدة - ذات القواعد التي تحكم آثار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وذلك لتشابه العقدين في كثير من الأحكام، هذا ويترتب على الفسخ الجزائي مجموعة من النتائج القانونية تبعاً لنوع الفسخ، حيث يوجد نوعان للفسخ الجزائي، الفسخ المجرد والبسيط للعقد، والفسخ على مسؤولية وحساب المتعاقد.

١ راجع المواد (٨٣ - ٨٤ - ٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

وسوف نتحدث عن هذه الآثار وفق ما يلي:

١- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

أ- يترتب على الفسخ انقضاء عقد التوريد بالنسبة للمورد واستبعاده من تنفيذ عقده نهائياً، وتحريره من التزاماته الباقية دون تنفيذ.

ب- تستطيع الإدارة أن تحصل على التعويض من المورد عن الأضرار التي تلحقها من الفسخ الجزائي لعقد التوريد نتيجة توقف التوريدات، ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الذي جاء فيه: «أن تقاعس المتعهد عن تنفيذ العقد يبرر للإدارة فسخ العقد ويعطيها الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار اللاحقة بها»^١.

ج- يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض بسبب عدم تنفيذ العقد بشرط ألا يحظر العقد هذا الجمع، ومثال ذلك ما أورده المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٢: «إن مصادرة التأمين عملية مستقلة عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار في خصوصية المنازعة المعروضة إذ لكل منها سببه ومبرراته ولا تعارض بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض المطالب به ولا بين أيهما وبين فسخ العقد فليس ما يمنع من الجمع بينهما»^٢.

د- إن كل نتائج الفسخ تكون على عاتق المورد المخطئ، إذ ليس له الحق في التعويض.

هـ- ينتج الفسخ الجزائي لعقد التوريد 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 تاريخ إعلان قرار الفسخ للمورد^٣.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢١١، في القضية رقم ٥٣، لسنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤، ص ٣٥٢.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨، في القضية ١١٧، لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ١٦٩.

٣ المادة ٢٩ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد والخدمات الصادرة في فرنسا عام ١٩٧٧.

و- للإدارة أن تفرض على المورد المفسوخ عقده غرامات التأخير عن الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لاختلاف الغرض من كلا الجزاءين، بينما ليس للإدارة فرض غرامات التأخير عن الفترة التالية للفسخ.

ز- يترتب على الفسخ الجزائي لعقد التوريد تصفية العقد وإقامة كشف حساب للفسخ، ويشار هنا إلى أن التوريدات المنجزة والمسلمة للإدارة هي فقط التي تُوضع في الاعتبار عند تصفية عقد التوريد المفسوخ دون التوريدات التي قام بها أثناء العقد طالما أن الإدارة لم تقبل استلامها.

٢. الآثار الخاصة بالفسخ المجرد والبسيط لعقد التوريد:

يترتب على الفسخ المجرد والبسيط إنهاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمورد، واستبعاده من التنفيذ دون أن تحمله أية نفقات إضافية ناشئة عن إبرام عقد جديد مع مورد آخر، أي أن الفسخ المجرد من شأنه إعفاء المورد المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة لإبرام عقد جديد، ويملك قاضي العقد عند نظره في جسامته الخطأ، أن يحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد إلى فسخ مجرد وبسيط، عندما يتبين له أن خطأ المورد كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الإدارة، وأن يعفي المورد المفسوخ عقده من نفقات إبرام عقد جديد^١.

٣. الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد على مسؤولية وحساب المورد المفسوخ عقده:

إن هذا النوع من الفسخ أشد وأقسى من الفسخ الجزائي المجرد والبسيط، فعندما تختار الإدارة هذا الجزاء فإنها تقوم بإبرام عقد جديد على نفقة وحساب المورد المقصر، وذلك من أجل تنفيذ كافة التوريدات التي لم تنفذ بعد^٢.

ونظراً للنتائج الخطيرة المترتبة على هذا الفسخ، فإن الإدارة تلتزم بأن توضح في قرارها بفسخ العقد أن هذا الفسخ صادرٌ على مسؤولية المورد المفسوخ عقده.

ويلاحظ 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

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٥١.

٢ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

المورد، ولكن في هذه الحالة يجب النص في العقد على ذلك.

وتخضع عملية اختيار مورد جديد محل المورد المفسوخ عقده للقواعد التالية^١:

١- يجب أن تكون شروط العقد الجديد - باستثناء الثمن - هي نفس شروط عقد التوريد الأصلي، ويتم اختيار المورد الجديد عن طريق مناقصة عامة، ولكن ذلك ليس التزاماً قانونياً على الإدارة، حيث تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى اختيار المورد الجديد عن طريق أسلوب التعاقد بالتراضي.

٢- للمورد المفسوخ عقده الحق بمراقبة عملية اختيار المورد الجديد، وذلك للمحافظة على مصالحه، ومتابعة العمليات المنفذة بواسطة المورد الجديد وذلك عن طريق قيام الإدارة بإبلاغ المورد المفسوخ عقده بنيتها في إبرام عقد جديد، وفي حال تخلف الإدارة عن ذلك، فإنه يسقط حقها في مطالبة المورد المفسوخ عقده بتحمل النتائج المالية الباهظة المترتبة على العقد الجديد^٢.

هذا ويترتب على اختيار مورد جديد بدلاً من المورد المفسوخ عقده جملة من النتائج:

١- يتحمل المورد المفسوخ عقده كل المصروفات وفروقات الأسعار الزائدة عن قيمة العقد الأصلي والتي تنتج عن إبرام عقد جديد، بينما لا يستفيد 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- ليس للمورد المفسوخ عقده المشاركة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر في عملية التوريد الجديدة المنفذة على مسؤوليته.

٣- يتوجب على المورد المفسوخ عقده أن يتنازل إلى المورد الجديد عن براءات الاختراع والرخص الضرورية، وذلك في مجال عقد التوريدات الصناعية والخدمات^٣.

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٥٧-٣٥٨.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، نفس الموضوع.

٣ راجع المواد ٣٢-٣٨ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في فرنسا على عقود التوريد والخدمات، مذكورة لدى

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٦٠-٣٦١.

سابعاً الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد:

استقر مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق الأحكام والقواعد الخاصة بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد وسوف نقوم بدراسة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد وفق ما يلي:

١. القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد:

كما هو الحال بالنسبة لقرارات الإدارة بإسقاط الالتزام وبالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، فإن القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد هو قاضي العقد بناءً على دعوى القضاء الكامل «دعوى العقد المرفوعة من المورد المفسوخ عقده» وليس قاضي الإلغاء بناءً على دعوى الإلغاء، فقرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد ليست محلاً لدعوى الإلغاء^١.

كما أن جميع القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة على أساس العقد أثناء تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد إلاً الحق في إقامة دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل وليس دعوى الإلغاء.

وأما الغير الأجنبي عن عقد التوريد فلا يستطيع أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد أمام قاضي العقد لأنه أجنبي عن العلاقات العقدية التي تربط المورد بالإدارة، كما لا يستطيع كذلك أن يطعن في قرار الفسخ أمام قاضي الإلغاء لأن فسخ العقد يتعلق في المقام الأول بالمتعاقدين، ولكن مجلس الدولة الفرنسي ذهب في حكمه الصادر في ٢٤ أبريل ١٩٦٤ إلى أن الغير يمكنه أن يطعن أمام قاضي الإلغاء في كل القرارات الصادرة من الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها، على أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد^٢.

1 C.E. 11 De'c 1996, Ste' pour le traitement industriel des bois. Rec.p0423.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٦٧-٣٦٨.

٢- نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد:

إن الرقابة القضائية التي يمارسها قاضي العقد على قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد «كما هو الحال بالنسبة لقرار إسقاط الالتزام أو قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة» تتناول هذا القرار من زاويتي المشروعية والملاءمة، حيث تتناول هذه الرقابة قرار الفسخ من حيث عناصر الاختصاص والشكل والإجراءات ومخالفة القانون والتعسف في استعمال السلطة، وتمتد هذه الرقابة لتشمل كذلك البواعث التي حدت بالإدارة إلى توقيع الجزاء، وكذلك أسبابه، ليقرر القاضي ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ بالفعل، وما إذا كان جزاء الفسخ يتناسب مع الخطأ المنسوب للمورد من عدمه^١.

فقاضي العقد لا يراقب فقط الوجود المادي لأسباب الفسخ الجزائي وتكييفها القانوني ولكنه يراقب أيضاً مدى تناسب هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذها، فلذلك فإن هذا القاضي يملك أن يقرر عدم صحة جزاء الفسخ المبالغ فيه إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل قدراً كافياً من الخطورة يكفي لتبرير صدور جزاء الفسخ^٢.

ومع ذلك فإن قاضي العقد في فرنسا لا يملك - كما سنرى - أن يحكم بإلغاء جزاء فسخ عقد التوريد، حتى ولو كان غير مشروع أو ليس له ما يبرره، بل كل ما يملكه هو أن يقضي بتعويض المورد المفسوخ عقده عن هذا الجزاء غير المشروع أو المبالغ فيه وأن يعفيه من النتائج المالية الباهظة المترتبة على فسخ العقد.

٣- سلطات القاضي في مواجهة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد في حالة عدم مشروعيته أو عدم وجود ما يبرره:

يستطيع المورد المفسوخ عقده أن ينازع في مشروعية قرار الفسخ الجزائي لعقده أمام قاضي العقد ويملك قاضي العقد إزاء قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد السلطات التالية:

أ- إذا أثبت قاضي العقد أن الفسخ الجزائي لعقد التوريد قد صدر من الإدارة بدون

١ د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

صدور أي خطأ من المورد أو بدون صدور خطأ كاف من حيث الجسامة، فإن القاضي يقرر عدم تطبيق نظام الفسخ الجزائي لعقد التوريد، ولكنه يقرر تطبيق الإنهاء الإداري للعقد دون خطأ بناءً على السلطة التقديرية للإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المورد لدواعي المصلحة العامة، وهو ما يترتب عليه منح المورد المفسوخ عقده تعويضاً عن هذا الفسخ^١.

ب- وإذا أثبت قاضي العقد أن الفسخ الجزائي لعقد التوريد قد صدر من الإدارة بناءً على إجراء غير مشروع، فإن قاضي العقد يقرر إعفاء المورد المفسوخ عقده بناءً على هذا الإجراء غير المشروع من النتائج المالية الباهظة المترتبة على فسخ العقد، أي أن القاضي يطبق نظام الفسخ الجزائي البسيط والمجرد وليس نظام الفسخ على مسؤولية المورد، ولكن قاضي العقد لن يقرر منح تعويض للمورد في هذه الحالة^٢.

ج- فإذا صدر الفسخ الجزائي لعقد التوريد بدون صدور أي خطأ من المورد أو بناءً على خطأ غير كاف من حيث الجسامة لتبرير جزاء الفسخ أو صدر بناءً على إجراء غير مشروع، فهل يملك قاضي العقد في هذه الحالات أن يقرر إلغاء الفسخ الجزائي لعقد التوريد غير المشروع أو الذي ليس له ما يبرره؟

للإجابة على ذلك لابد من التمييز بين الوضع في فرنسا ومصر:

أ- الوضع في فرنسا:

سلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن مسلكين متناقضين:

١- ففي بداية الأمر، قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الفسخ الجزائي غير المشروع لعقد التوريد.

٢- ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدّل عن هذا الاتجاه وقرر في أحكامه التالية، بأن قاضي العقد لا يملك أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد، ولكنه يستطيع

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

٢ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

فقط أن يمنح تعويضاً للمورد المفسوخ عقده تطبيقاً للمبدأ القضائي الذي مؤاده أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة - ومن بينها قرارات الفسخ الجزائي - في مواجهة المتعاقدين معها.

وقد ذهب مفوض الحكومة (Laurent) إلى التعبير عن القضاء السابق لمجلس الدولة بقوله: إن قاعدة عدم الإلغاء تعتبر قاعدة قضائية أساسية في مجال عقود الأشغال العامة والتوريد^١.

وبناءً على ذلك، إذا قررت الإدارة فسخ عقد التوريد بدون وجه حق، فإن المورد يستطيع أن يطلب تعويضاً عن فسخ عقده.

بد الوضع في مصر:

بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري المصري، نجد أن مجلس الدولة المصري لم يتخذ موقفاً ثابتاً إزاء سلطة القاضي الإداري في إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد في حالة عدم مشروعيته^٢.

- فقد أعمل مجلس الدولة أحياناً آثار الإنهاء الإداري للعقد الإداري دون خطأ لدواعي المصلحة العامة على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي غير المشروع، ولذلك فإنه قرر منح المورد في هذه الحالة تعويضاً عن فسخ عقده المشوب بعدم المشروعية، بدون أن يقرر القاضي سلطة إلغاء هذا الجزاء فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢١ أبريل ١٩٦٣ إلى أن فسخ العقد المبرم مع المدعي لعدم ثبوت صلاحية الصنف المورد للغرض المطلوب من أجله لا يعد فسخاً بسبب خطأ من جانب المتعاقد، طالما أنه قام بتنفيذ التزامه بالتوريد على أساس الصنف المتعاقد، وإذا كان فسخ العقد الإداري حقاً لجهة الإدارة تستخدمه بإرادتها المنفردة ودون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها إذا قام المقتضى لذلك، فإن هذا الحق يقابله حق المتعاقد في اقتضاء التعويض المناسب لجبر

١ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

٢ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٧٣-٣٧٤.

الأضرار التي تلحقه من جراء فسخ العقد دون خطأ من جانبه^١.

- ثم ذهب مجلس الدولة بعد ذلك إلى تقرير سلطة القاضي في إلغاء قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد لعدم ثبوت صحة الوقائع المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة والتي بُني عليها قرار الفسخ الجزائي للعقد.

وتطبيقاً لذلك، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٩٦٧ إلى تقرير إلغاء قرار صادر من منطقة بورسعيد الطيبة بفسخ عقد توريد ألبن وما ترتب عليه من مصادرة التأمين وشطب اسم المدعي من سجل المتعهدين^٢.

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن: « للمتعاقد أن يرفع الأمر إلى القضاء شاكياً من عدم مشروعية الجزاء الموقع عليه، وللقاضي أن يراقب مشروعية الجزاء، ويدخل في ذلك مدى تناسبه مع المخالفة، فإذا رأى أن الجزاء غير مشروع، فلا يقضي بإلغائه، بل يقتصر على الحكم على جهة الإدارة بالتعويض لصالح المتعاقد»^٣.

وفي سورية، فلا يوجد أحكام حول سلطة القاضي في إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد.

من خلال ما سبق يمكن القول، لا بد من التسليم لقاضي العقد «سواء في فرنسا ومصر وسورية» بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية كافة «وليس فقط عقود الالتزام» وذلك في حالة عدم مشروعية هذه القرارات أو عدم وجود ما يبررها، ومن بين هذه القرارات بالطبع قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقود التوريد، لأن ذلك يشكّل ضماناً هامة للمتعاقد مع الإدارة من أجل حماية مصالحهم وحقوقهم في مواجهة تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في الفسخ

١ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢١ أبريل ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمس سنوات ١٩٦١-١٩٦٦ «المكتب الفني في مجلس الدولة»، ص ١٩٠.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢١ مايو ١٩٦٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في ٣ سنوات ١٩٦٦-١٩٦٩ «المكتب الفني في مجلس الدولة»، ص ١٥٢.

٣ د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٧٥.

الجزائي لعقودهم.

ومما يثير الدهشة والاستغراب ألا يُعترف للقاضي العقد في مجال القضاء الكامل بسلطة الإلغاء، في حين أن قاضي الإلغاء في مجال قضاء الإلغاء يعترف له بهذه السلطة، على الرغم من أن المتفق عليه أن للقاضي في مجال القضاء الكامل سلطات أوسع من السلطات التي يملكها القاضي في قضاء الإلغاء، ومما يدعو للدهشة أيضاً أن يعترف للغير الأجنبي عن العقد بالحق في الحصول على إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد من قاضي الإلغاء، ولا يُعترف من باب أولى للمتعاقد نفسه المفسوخ عقده وصاحب المصلحة بالحق في الحصول على مثل هذا الإلغاء من قاضي العقد.

لذلك، لابد من إقرار سلطة القاضي في إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية، أو على الأقل إعطاء قاضي العقد سلطة إلغاء قرار إسقاط الالتزام غير المشروع الصادر من الإدارة المتعاقدة، وسلطة إلغاء قرار الفسخ الجزائي غير المشروع لعقدي الأشغال العامة والتوريد إذا تجاوزت قيمة كل منهما مبلغاً معيناً.

ثامناً. سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد:

أقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي لعقود التوريد قبل إتمام تنفيذ الموردين لعقودهم مع الإدارة وذلك لدواعي المصلحة العامة.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر يؤسس سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد التوريد لدواعي المصلحة العامة على المادة ١٧٩٤ من القانون المدني والتي تنص: «يستطيع رب العمل أن يفسخ بإرادته عقد المقاولة ولو كان العمل قد بدأ من قبل، مع تعويض المقاول عن كل نفقاته، وعن كل الأشغال وعن كل الأرباح التي كان يمكنه أن يجنيها في هذه المقاولة».

ولكن مجلس الدولة هجر تأسيس السلطة على هذه المادة وقام بتأسيسها على

السلطة العامة الممنوحة للإدارة لنقض العقود التي أبرمتها من أجل المرافق العامة، عندما ترى الإدارة فائدة ذلك، مع مراعاة تعويض المتعاقد عن هذا الإنهاء.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا المسلك من جانب مجلس الدولة الفرنسي ليس إلا تطبيقاً لنظرية عامة للعقود الإدارية، ففي حالة عدم وجود نص خاص يتعلق بموضوع خاص مثل الإنهاء بدون خطأ، فإن ذلك يقود إلى تطبيق النظرية العامة للقانون الخاص المتعلقة بهذا الموضوع^١.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تقرير سلطة الإدارة في إنهاء عقود التوريد، وقد كان أهم حكم قضائي لهذه السلطة، حكم مجلس الدولة الصادر في ٢ مايو ١٩٥٨، حيث قرر مجلس الدولة في هذا الحكم الشهير أنه: (يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق صاحب الشأن في التعويض، أن تنهي في أي وقت عقود التوريد التي أبرمتها).

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم بأن سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري يمكن أن تتم في صورة تدبير عام ينهي طائفة من العقود في ذات الوقت بمقتضى السلطة اللائحية للحكومة^٢.

والإدارة تتمتع بالحق في ممارسة هذه السلطة في جميع الأحوال، حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد ومع ذلك فإن المشرع قد أقر صراحة وجود هذه السلطة في مجال عقود التوريد، حيث تنص المادة ١/٢٤ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد في فرنسا بقولها: «يستطيع الشخص العام في أي وقت سواء وجد خطأ من المتعاقد، أو لم يجد، أن ينهي تنفيذ الإداءات والتوريدات موضوع العقد»، ويعتبر هذا النص من المبادئ العامة لقانون العقود الإدارية^٣.

من جهة أخرى، يترتب على إنهاء عقد التوريد من جانب الإدارة لدواعي المصلحة

1 R.Bonnard, op.Cit.p.636.

2 C.E 2 Mai 1985, Ste' des alcools du Vexin, Rec.p.451.

٣ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٧١

العامة، انقضاء الالتزامات العقدية المتبادلة بين طرفي العقد، بالإضافة إلى تصفية العقد وتسوية المبالغ المالية المستحقة لكل من الإدارة والمورد، ومع ذلك يجوز إجراء تصفية مؤقتة بدون انتظار التصفية النهائية إذا كان المتعاقد دائناً، وفي هذه الحالة تحرر الإدارة للمورد إذناً بصرف ٨٠% من الرصيد المستحق له»^١.

كما أن للإدارة الحق في أن ترفض استلام التوريدات أو المواد المصنعة بعد إنهاء العقد، وهي غير ملزمة بتسبب قرارها بإنهاء عقد التوريد طبقاً للمادة ١/٣٦ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد الصناعية في فرنسا، والمادة ١/٣٦ من دفتر الشروط المطبقة على عقود أداء الخدمات الذهنية.

وبالطبع فإن هذا النص المتعلق بعدم إلزام الإدارة بتسبب قرارها بإنهاء عقود التوريد الصناعية وعقود أداء الخدمات الذهنية، ينطبق كذلك على عقود التوريد العامة العادية في حالة إنهاء العقد من جانب الإدارة بدون خطأ من المتعاقد معها، لأن هذا الإنهاء لا يدخل في مجال تطبيق القانون الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٧٩ في فرنسا، والمتعلق بتسبب القرارات الإدارية التي تتضمن توقيع جزاءات^٢.

ويترب على المورد إيقاف توريد وتسليم الأداءات المتفق عليها، ابتداءً من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء.

ومن الجدير ذكره في هذا الإطار، أنه لا يوجد في سورية أحكام خاصة في القوانين والبلاغات وأحكام مجلس الدولة السوري تبين كيفية التصفية المالية لعقد التوريد عند إنجائه من قبل الإدارة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المورد، ولكن يبدو أن عقد التوريد ينقضي بإبلاغ الإدارة للمورد بإنهاء عقده وعلمه بذلك، وتصرف له قيمة المواد التي تم توريدها فعلاً بموجب محاضر الاستلام، أما بالنسبة للكميات التي لم

١ راجع 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.

2 A.De laubadere et autres, Contrats, op.Cit.p.906.

يتم توريدها، فإن عقد التوريد ينتهي بالنسبة لها، ما لم تكن هذه الكميات ضرورية لتشغيل الكميات الموردة قبل إنهاء عقد التوريد.

ومن جهة أخرى، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي أن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة مورديها، من بينها قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي لعقود التوريد، حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات تنشئ للمورد الحق في التعويض^١.

وفي حالة عدم مشروعية قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي لعقد التوريد لدواعي المصلحة العامة، فإن القاضي يحكم للمورد بتعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده، لأن المورد لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم حديث لها صدر في ٢٠١٣/٤/١٤، جاء فيه: «ومن حيث أن وقائع القضية تتحصل حسبما استبان من الأوراق بأن جهة الإدارة الطاعنة كانت قد أبرمت مع المتعهد المطعون ضده العقد رقم ١٦/١٤ تاريخ ٢٠٠٢/٣/٣٠ لتقديم ٣٠٠/طن حليب، وقد سدد المتعهد التأمينات النهائية للعقد كما سدد رسم طابع العقد، وتسلم أمر المباشرة ثم أُنذر المتعهد الإدارة عن طريق الكاتب بالعدل من أجل استلام البضاعة إلا أن الإدارة أبلغت المتعهد بأنها قررت إلغاء العقد المذكور لعدم حاجتها لمادة الحليب، وعليه تقدم وكيل الجهة المدعية بدعوى أمام محكمة القضاء الإداري ملتمساً إلزام الإدارة بتسديد قيمة كميات الحليب التي قام بشرائها وإعادة التأمينات الأولية والنهائية ومبلغ رسم الطابع وإلزامها بدفع تعويض المكافئ للضرر الذي لحق به مقابل ما فاتته من ربح وما لحق به من خسارة وبنتيجة المحاكمة واستناداً إلى الخبرة الجارية أمام محكمة القضاء الإداري أصدرت المحكمة المذكورة قرارها الطعين المتضمن إلزام الإدارة بأن تدفع للمدعي مبالغ التأمينات وتعويض فوات المنفعة، وهذا ما أيده المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠١٣/٤/١٤ بعد

١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٨، ود. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

أن قامت الإدارة بالطعن بحكم محكمة القضاء الإداري»^١.

من خلال هذا الحكم يظهر أن الاجتهاد القضائي مستقر على أنه إذا كان من حق الإدارة فسخ العقد في أي وقت، كان من حق المتعهد في المقابل اقتضاء تعويض عادل ومناسب عن هذا الفسخ في ضوء أسبابه وظروفه يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب جراء فسخ العقد، وكذلك المطالبة بإعادة التأمينات وطوابع العقد.

وفي ختام هذا الفصل الثاني نجد أن الانتهاء المبسر لعقد الالتزام يشمل سلطة الإدارة في الإسقاط (باستثناء فرنسا حيث يملك القاضي هذه السلطة عند عدم وجود نص في العقد)، كما يشمل سلطة الإدارة في الاسترداد لدواعي المصلحة العامة.

كما أن الانتهاء المبسر لعقد الاشغال العامة وعقد التوريد يشمل سلطة الإدارة في الفسخ المجرد والبسيط والفسخ على مسؤولية المتعاقد (ولم يعترف المشرع السوري بهذان النوعان من الفسخ وذلك لأن الإدارة تتمتع بسلطة سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد).

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة الجانب التطبيقي للانتهاء المبسر لعقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد، لننتقل إلى أهم النتائج والتوصيات التي تخلص لها هذه الرسالة.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر في ١٤/٤/٢٠١٣، في الطعن رقم ١٥٥٩/، غير منشور.

الخاتمة

بعد أن تعرّفنا في هذا البحث على الجانب الوصفي للأسباب العامة للإنتهاء المبسر للعقود الإدارية، وتناولنا الجانب التطبيقي للإنتهاء المبسر لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، فإننا قد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات التي سنوردها فيما يلي:

أولاً- النتائج:

١- إن الإنتهاء المبسر للعقد الإداري يشكّل نظرية قانونية مستقلة هي «النظرية العامة لانتهاء العقود الإدارية نهاية مبسرة»، وفي إطار هذه النظرية يوجد أسباب عامة لانتهاء العقود الإدارية سواء بحكم القانون أو بحكم القضاء أو بإرادة الأطراف، كما يوجد أسباب خاصة لانتهاء بعض العقود الإدارية كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد.

٢- ينتهي العقد الإداري نهاية مبسرة بحكم القانون، وبدون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي بإنهاء العقد إمّا بسبب هلاك محل العقد أو بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود أو عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره.

٣- يشترط في محل العقد الإداري أن يكون موجوداً وأن يكون ممكناً وأن يكون داخلياً في دائرة التعامل «مشروعاً»، فالحل ركن في نشوء الالتزام إذا تخلف أو إذا لم تتحقق شروطه وقت نشوء الالتزام، كان الجزاء هو البطلان، أمّا إذا تخلف بعد نشوء الالتزام وإبرام العقد فإن ذلك سيؤدي إلى هلاك هذا الحل ويكون الجزاء هو الفسخ المبسر للعقد بحكم القانون.

٤- إن المجال التعاقدي للعقد الإداري هو النطاق الذي تتحرك فيه إرادات الأطراف عند إبرام الروابط العقدية، والتي يجب أن تنصب على مواضيع موجودة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ويترتب على ذلك وجود مجالات لا تصلح كمحل للعقد الإداري إمّا بسبب طبيعتها كتنظيم المرافق العامة أو ممارسة الاختصاصات الإدارية أو بسبب وجود نص قانوني أو لائحي يقييد الحرية التعاقدية في مجال معين.

٥- ينتهي العقد نهاية مبسرة عند صدور قانون من السلطة التشريعية تنهي بموجبها بعض العقود المبرمة لعدم ملاءمتها لحاجات المرفق العام، وفي هذه الحالة يتم تعويض

المتعاقد تعويضاً كاملاً على أساس نظرية فعل الأمير والتي هي عبارة عن فعل أو إجراء مشروع «عام - خاص» تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو وضع نهاية للعقد، علماً أن القضاء الإداري الفرنسي والمصري طبق هذه النظرية عندما يكون الضرر ناتج عن إجراء متخذ من السلطة المتعاقدة فقط، أما الإجراءات المتخذة من قبل سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة فإنها تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، في حين أن القضاء الإداري السوري طبق مبدأ وحدة الإدارات العامة واعتبر أن الدولة بكل مؤسساتها كل لا يتجزأ، وبالتالي يكون قد اعتبر أن كل القرارات المشروعة التي تصدر عن أي جهة إدارية إذا أدت إلى إنهاء العقد، فإنها تؤدي إلى تطبيق مبدأ التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير.

٦- إن أساس التعويض عن نظرية فعل الأمير، يختلف باختلاف الفعل نفسه «أي الإجراء الصادر عن السلطات العامة» فإذا كان الإجراء يتعلق بتعديل العقد الإداري أو تعديل ظروف تنفيذه، فإن ضرورات سير المرفق تقتضي إعادة التوازن المالي للعقد، أي أن أساس التعويض هو أساس مزدوج يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد من أجل استمرار سير المرفق العام وتأمين حاجاته، أما إذا كان الإجراء الصادر عن السلطات العامة يؤدي إلى وضع نهاية للعقد «كصدور قانون ينهي العقد»، فهنا العقد يكون قد انتهى ولا فائدة من إعادة توازنه المالي من أجل استمرار سير المرفق العام، أي أن أساس التعويض هو أيضاً أساس مزدوج يتمثل في مسؤولية السلطة العامة دون خطأ في مجال العقد الإداري، وقواعد العدالة والإنصاف، فالعدالة تقتضي أن تقوم السلطة العامة «طبقاً لمسؤوليتها دون خطأ» بتعويض المتعاقد اعتباره معاون للإدارة في تحقيق المصلحة العامة.

٧- يلعب الاعتبار الشخصي دوراً كبيراً في إبرام العقود الإدارية، وتزداد أهميته بازدياد صلة العقد بالمرفق العام، ويترتب على ذلك أنه إذا كانت المؤهلات الشخصية للمتعاقد محل اعتبار فإن العقد يعتبر مفسوخاً حكماً، أما إذا لم تكن هذه المؤهلات الشخصية محل اعتبار فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه، وإنما يكون للإدارة الخيار إما الاستمرار

بالتنفيذ مع الورثة إذا توافرت فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، أو فسخ العقد إذا لم تتوافر فيهم الضمانات اللازمة للتنفيذ، ويكون قرار الإدارة بفسخ العقد قرار كاشف «تقريري» لحالة موجودة سابقاً هي الوفاة، لأن حقها في إصدار هذا القرار هو حق مستمد من القانون وليس من سلطتها التقديرية.

٨- إن الإفلاس الما قول أو إعساره وكذلك التصفية القضائية تؤدي إلى اعتبار العقد مفسوخاً حكماً عندما يكون العقد ذات صلة وثيقة بالرفق العام (كعقود الالتزام والأشغال) دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في ذلك لأهمية هذه العقود.

٩- ينتهي العقد بحكم القضاء نتيجة القوة القاهرة أو عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه أو تجاوز الإدارة لسلطاتها.

١٠- إن القوة القاهرة في العقود المدنية تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه لاستحالة التنفيذ «فسخ قانوني»، أما في العقود الإدارية، فإن القوة القاهرة تؤدي إلى إعطاء المتعاقد حق طلب الفسخ من القضاء الإداري «فسخ قضائي»، ويعود ذلك إلى ضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراب، لذلك فإن قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ لم يعتبر القوة القاهرة من حالات الفسخ الحكمي المنصوص عليها في المادة ٥٩/ من قانون العقود الموحد.

١١- اعتبر القضاء الإداري السوري الظروف الراهنة التي تمرّ بها سورية وكذلك قرارات الحظر الأوروبي قوة القاهرة تؤدي إلى نهاية العقد نهاية مبسرة و يترتب عليها تعويض المتعاقد استناداً إلى أنه لا يجوز تحميل المتعاقد تبعة المخاطر، إلا أن تعويض المتعاقد نتيجة القوة القاهرة يستند إلى مبادئ العدالة والإنصاف، فالمتعاقد هو معاون ومساعد للإدارة في تأمين احتياجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، ولا يعتقد أن هذا التعويض يستند إلى نظرية المخاطر وفق ما ذهب القضاء الإداري السوري، لأن هذه النظرية ترتب مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها الشرعية إذا نجم عنها أخطاء غير عادية وجسيمة بالنسبة لفرد معين بذاته أو لعدد معين من الأفراد، أي أن الضرر ناتج عن تصرف مشروع من جانب

الإدارة، وفي هذه الظروف أو قرارات الحظر الأوروبي ليس هناك تصرف من قبل الإدارة.

١٢- وفق قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ فإن البت في تبرير مدة التأخير في حالة وجود القوة القاهرة يعود للجنة المنصوص عليها في المادة ٥٣/ من هذا القانون والتي ساهمت في سرعة البت في طلبات المتعهدين لتبرير مدة تأخيرهم نتيجة حدوث القوة القاهرة، إلا أن قراراتها قطعية غير قابلة لأي طريق من طرق المراجعة، وهذا يخالف أحكام الدستور التي جعلت قرارات الإدارة غير محصنة من الرقابة القضائية.

١٣- يجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد الإداري إما بموافقة الإدارة أو بحكم قضائي في الحالات التالية:

- ١- عند حدوث قوة القاهرة.
 - ٢- عند إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية «يدخل تجاوز السلطة في إطار الإخلال بالالتزامات العقدية».
- ولكن ليس كل إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها العقدية من شأنه أن يعطي المتعاقد الحق في طلب الفسخ وإن كان يثير مسؤوليتها العقدية، وإنما يشترط في هذا الإخلال أن يكون على درجة خاصة من الجسامة.
- ٣- عند صدور إجراء مشروع من الإدارة يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد (نظرية فعل الأمير).

١٤- يمكن التسليم بحق الإدارة باللجوء إلى القضاء ليقرر جزاء الفسخ بدلاً عنها، عند إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً، وذلك من أجل أن تتفادى المسؤولية وتضمن عدم منازعة المتعاقد لها ومطالبتها بالتعويض، ولكن أليس لجوئها للقضاء بحد ذاته يشكل منازعة مع المتعاقد، كما أنه إذا كان للمتعاقد الحق في تقاضي التعويض فلن يمنعه من ذلك لجوء الإدارة إلى القضاء. لذلك لابد من إيجاد حل وسط يتمثل بضرورة أخذ رأي مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ من خلال تشكيل غرفة مستعجلة في مجلس الدولة.

١٥- إنّ العقد الإداري شريعة المتعاقدين شأنه شأن أي عقد فهو اتفاق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية، وبناءً على ذلك فإنه يمكن أن تتفق الإدارة مع المتعاقد على الفسخ عند إبرام العقد ولكن ذلك يختلف بحسب طبيعة الاتفاق، فإذا جاء الاتفاق على إعطاء الإدارة الحق بالفسخ فإن هذا الاتفاق لا يضيف شيئاً جديداً لأن الإدارة تتمتع بسلطة فسخ عقودها سواء نص عليها في العقد أم لم ينص، أما إذا جاء الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار أو حكم، فإنّ مثل هذا الاتفاق غير جائز لأنه يتعارض مع قاعدة استمرار سير المرفق العام.

١٦- لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، صورتان هما:

١- إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.

٢- إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم «الفسخ الجزائي».

١٧- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة تقوم على أساس الصالح العام ومقتضيات المرفق العام وليس السلطة العامة، لأن مبرر تمتع الإدارة بالسلطة العامة وبامتيازات القانون العام هو المصلحة العامة وطبيعة المرفق العام واتصال العقود به ، وبالتالي فإن فكرة السلطة العامة ليست أساس بل نتيجة لاتصال العقد الإداري بالمرفق العام.

١٨- إن 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، وأن أي نص في العقد يقضي باستبعادها لا يعتد به لأنها تعتبر حقاً أصيلاً تقرره المبادئ العامة لقانون العقود الإدارية لصالح الإدارة من أجل مقتضيات سير المرافق العامة والمحافظة على المصلحة العامة.

إن المشرعين الفرنسي والسوري اعترفا للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، وقد تأيد هذا الاعتراف بالأحكام

القضائية الصادرة عن مجلس الدولة في كلا البلدين، أما في مصر فإن المشرع لم يعترف للإدارة بهذه السلطة، وذلك على خلاف ما فعله مجلس الدولة المصري الذي اعترف للإدارة بهذه السلطة في أحكامه المتواترة.

١٩- إن الإدارة في مصر وسورية غير ملزمة بتسبيب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري سواء في حالة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، أو في حالة الفسخ الجزائي، وذلك على خلاف المعمول به في فرنسا، حيث ألزم المشرع الفرنسي الإدارة بضرورة تسبيب قرارها عند ممارسة سلطتها في إنهاء العقد الإداري بصورتها.

٢٠- 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 حالة 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 يحظر عليها ممارستها في مواجهة المتعاقد معها، لأن مثل هذا النص يعتبر غير مشروع، ولا يعتد به لمخالفته للنظام العام، حيث اعتبر القضاء الإداري - في فرنسا ومصر وسورية - الفسخ الجزائي من النظام العام، يمنع على الإدارة التنازل عن حقها في ممارسته، فإذا قامت الإدارة بذلك اعتبر تصرفها باطلاً.

٢١- 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 قصر في تنفيذ التزاماته، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قِبَل الأفراد، وهو امتياز التنفيذ المباشر، بينما ذهب جانب آخر من الفقه 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 خلال إعطاء الإدارة سلطات واسعة، يتم من خلالها تطبيق مختلف الجزاءات الإدارية بقرار انفرادي من الإدارة، دون أن تطلب من القضاء توقيع هذه الجزاءات، وذلك لسد حاجات المرفق العام ضماناً لاستمرار سيره بانتظام واطراد.

٢٢- أخذ مجلس الدولة السوري بوجوب إعدار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي للعقد، ما لم يوجد نص في العقد أو دفاتر الشروط أو القانون يعفيها من ذلك، متبنياً ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في ذلك، على الرغم من أن المشرع السوري لم يجعل الإعدار 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 يوجبا على الإدارة إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

٢٣- لم يستعمل مجلس الدولة السوري في أحكامه مصطلح الإسقاط، وكذلك فعلت الجهات العامة في عقودها، وإنما تم استخدام مصطلح الفسخ أو الإنهاء أو الإلغاء للدلالة على الفسخ الجزائي لعقد الالتزام، وهذا اتجاه محمود لأن الإسقاط هو فسخ العقد جزاءً لخطأ المتعاقد الجسيم.

٢٤- يختلف جزاء الإسقاط عن الاسترداد، في أن الإسقاط جزاء توقعه الإدارة أو (القاضي في فرنسا) على المتعاقد عند ارتكابه خطأ جسيم، في حين الاسترداد توقعه الإدارة دون ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم وذلك لدواعي المصلحة العامة، كما يختلف عن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة في أن الأخير جزاء ضاغط لا يترتب عليه إنهاء العقد على خلاف الإسقاط.

٢٥- إلا أن مجلس الدولة الفرنسي جعل - على خلاف مجلس الدولة المصري والسوري - سلطة الفسخ الجزائي لعقد الالتزام (الإسقاط) من اختصاص قاضي العقد - كقاعدة - دون السلطة مانحة الالتزام، إلا إذا احتفظت السلطة مانحة الالتزام بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها بمقتضى شرط صريح في عقد الالتزام.

٢٦- 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.

٢٧- استقر القضاء الإداري - في فرنسا ومصر وسورية - 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 بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري، إلا أنه يجوز للمتعاقد - استثناء - اللجوء إلى قاضي الإلغاء إذا ما صدرت من الإدارة قرارات إدارية لم تستند في إصدارها إلى صفتها المتعاقدة.

كما 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 يُحمّل بأي التزام استناداً إلى هذا العقد، كما ليس له أن يطعن في قرارات الإدارة الصادرة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة والتي تتعلق بتنفيذ أو نهاية هذا العقد من خلال دعوى 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 العقد، أو المتعلقة بتنفيذه، أو بفسخه، من خلال الدفع بعدم مشروعيتها على أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير، وباعتبار رفع الدعوى أمام قاضي تجاوز السلطة يعتبر بالنسبة لهذا الغير الوسيلة الوحيدة للدفاع عن مصالحه.

٢٨- 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 ومصر وسورية.

٢٩- استقر كلاً من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري - كقاعدة - على أن قاضي العقد لا يستطيع إلغاء قرار الإدارة غير المشروع بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، سواء أكان هذا الإنهاء لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، أو لفرض جزاء الفسخ على المتعاقد معها لارتكابه خطأ جسيماً، وكل ما يملكه القاضي هو الحكم بالتعويض للمتعاقد عن القرار غير المشروع.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من هذه القاعدة عقد الالتزام والعقود المشابهة له دون بقية العقود الإدارية، حيث اعترف لقاضي العقد بسلطة الحكم بإلغاء جزاء إسقاط الالتزام غير المشروع، وإلغاء قرار استرداد الالتزام غير المشروع، بالإضافة إلى الحكم بالتعويض للملتزم.

٣٠- أقر مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء آخر أشد منه أو أقل منه، وذلك على خلاف ما هو معمول به في مصر وسورية، حيث يجب على القاضي الالتزام بتوقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد دون غيره، بحيث إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً، ووضعاً له جزاء بعينه، فإنه يجب أن يتقيد القاضي بما جاء في العقد في هذا الشأن.

٣١- إن لاسترداد الالتزام في عقد الالتزام - بوصفه تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة - ثلاث صور هي: الاسترداد التعاقدي وهو الاسترداد المنصوص عليه في عقد الالتزام بموجب نص صريح يحدد شروطه وكيفية ممارسته، والاسترداد غير التعاقدي الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة دون أن يكون منصوصاً عليه صراحة في عقد الالتزام، والاسترداد القانوني والذي يتولاه المشرع بإصدار قوانين خاصة ينظم بموجبها استرداد بعض المرافق العامة.

٣٢- 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 العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، 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، أما إذا لم ينظم العقد أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض وعناصره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدده. وعندما يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض، فإن هذا التعويض يطبق عليه مبدأ التعويض الكامل الذي يشتمل على عنصرين هما تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة، وتعويضه عما فاتته من كسب.

٣٣- لم نجد في القانون رقم «٥١» لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد في سورية، 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 الفسخ الجزائي لعقد الالتزام.

٣٤- يبدو من خلال استعراض مواد القانون رقم «٥١» لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد السوري، ومواد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بالمرسوم رقم «٤٥٠» لعام ٢٠٠٤ أن المشرع السوري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي بنوعيه - الفسخ الجزائي المجرد والبسيط والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد - بل اكتفى بالفسخ الحكمي للعقد في حالات محددة، دون أن يكون للجهة الإدارية المتعاقدة أية سلطة تقديرية في هذا الموضوع، وبجاء سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد في حالات معينة.

ثانياً- المقترحات:

من خلال هذه الرسالة يمكن أن نوصي بالمقترحات التالية:

١- ضرورة إضافة مادة إلى قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ تنظم حالة الإعسار وتحدد آثاره القانونية المترتبة على العقد الإداري وعلى العلاقة بين الإدارة والمتعاقد، فالمتعاقد ليس دائماً تاجر، فقد يكون غير تاجر، ويضطرب مركزه المالي، فتضعف ملاءته المالية بما ينعكس سلباً على حسن سير المرفق العام.

٢- يجب أن تكون قرارات اللجنة المنصوص عنها في المادة ٥٣/ من قانون العقود قابلة للطعن والمراجعة أمام المحكمة الإدارية العليا.

٣- لابد من توحيد أحكام الفسخ بالنسبة لكل العقود دون تمييز عقد عن آخر، فحقوق المتعاقدين ومصالحهم واحدة، ولكن خوفاً من البطء في إجراءات التقاضي وأثر ذلك على المرفق العام، فإنه يستحسن الاكتفاء بأخذ رأي أو موافقة مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ على أن يكون هذا الرأي ملزماً للإدارة بحيث يكون قرار الإدارة معلق على شرط هو ضرورة الحصول على موافقة مجلس الدولة، وإلا اعتبر قرار الإدارة غير مشروع.

وتطبيقاً لذلك يُفضل إنشاء غرفة مستعجلة أو لجان لفسخ العقود في مجلس الدولة السوري على غرار اللجنة المنصوص عنها في المادة ٥٣/ من قانون العقود الموحد التي أدت إلى الكثير من الایجابيات مع الانتباه إلى محاذير تلك اللجنة وأخصها ما يتعلق بقرارات هذه اللجنة التي يجب ألا تكون قرارات قطعية غير قابلة للطعن.

٤- يُستحسن توسيع صلاحيات القاضي الإداري لتشمل قرارات الإدارة المتخذة بناءً على المصلحة العامة «كالاسترداد»، بحيث يقوم القاضي بتقدير ملاءمة هذه القرارات، فمصطلح المصلحة العامة من أكثر المصطلحات عمومية في القانون الإداري وإن بقاء هذا المصطلح بعيد عن تقدير القاضي وملاءمته من شأنه أن يساهم في زيادة عمومية هذا المصطلح، في حين أن خضوع هذا المصطلح لرقابة القاضي سيؤدي إلى وضع

حدود وضوابط له.

٥- يُستحسن إلزام الإدارة في سورية 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 ضمانه 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.

٦- يُستحسن إلزام الإدارة المتعاقدة - في سورية - 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.

٧- 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، 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 تُردّ إليه أية زيادة تحققت نتيجة إعادة التعاقد مجدداً.

٨- أن لا تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي لمجرد تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها المسبقة باعتباره خطأً 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. ولكن يجب هنا إعلام

الإدارة بالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن.

٩- لا بد من التسليم لقاضي العقد سواء في فرنسا أو مصر أو سورية بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية كافة «وليس فقط عقود الالتزام» وذلك في حالة عدم مشروعية هذه القرارات أو عدم وجود ما يبررها، لأن ذلك يشكل ضمانة هامة للمتعاقدين مع الإدارة من أجل حماية مصالحهم وحقوقهم في مواجهة تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في الفسخ الجزئي لعقودهم، فمن المفارقة ألا يُعترف لقاضي العقد في مجال القضاء الكامل بسلطة الإلغاء، في حين أن قاضي الإلغاء في مجال قضاء الإلغاء يُعترف له بهذه السلطة، على الرغم من أن المتفق عليه أن للقاضي في مجال القضاء الكامل سلطات أوسع من السلطات التي يملكها القاضي في قضاء الإلغاء، ومن المفارقة أيضاً أن يُعترف للغير الأجنبي عن العقد بالحق في الحصول على إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد من قاضي الإلغاء، ولا يُعترف من باب أولى للمتعاقد نفسه المفسوخ عقده وصاحب المصلحة بالحق في الحصول على مثل هذا الإلغاء من قاضي العقد.

١٠- إن شروط وضمانات فسخ العقود يجب أن تكون:

١- ضرورة الحصول على موافقة اللجنة المقترح إنشائها في مجلس الدولة.

٢- إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ أو الإنهاء لدواعي المصلحة العامة.

٣- تسبب قرار الفسخ الجزائي أو الإنهاء لدواعي المصلحة العامة.

٤- ضرورة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يبرر توقيع جزاء الفسخ الجزائي.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الانتهاء المبسر للعقود الإدارية، أسأل الله أن أكون قد وفقت بعرض هذا الموضوع ليضيف شيئاً يسيراً ومتواضعاً للمكتبة القانونية والله من وراء القصد.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية

١- الكتب والمؤلفات العامة:

١- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٢- د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.

٣- د. الياس حداد، القانون التجاري «بري- بحري- جوي» منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٦- ٢٠٠٧.

٤- د. المستشار أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، دمشق، بدون سنة نشر.

٥- د. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، رسالة ماجستير، القاهرة، ٢٠١١.

٦- د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٥٥.

٧- د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣.

٨- د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

٩- د. جابر جاد نصر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦.

١٠- المستشار حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٨.

١١- د. حمدي الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٢.

- ١٢- د. حسن درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة، ١٩٦١.
- ١٣- د. حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ١٤- د. رأفت محمد حمّاد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء في القانون المدني - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- ١٥- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٥.
- ١٦- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ١٧- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الرابع، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- ١٨- صبحي سلوم، موسوعة العقود، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دمشق، دار الأنوار، ١٩٩١.
- ١٩- د. صلاح فوزي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٢٠- د. طعمية الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- ٢١- د. عادل خليل، العقود الإدارية للإدارة وفقاً للقانون رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨، مطبعة الإيمان، ٢٠٠١.
- ٢٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٩.
- ٢٣- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩١.
- ٢٤- د. عبد الله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، العقود الإدارية، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، ١٩٦٧.
- ٢٥- د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب،

- حلب، ١٩٩٢.
- ٢٦- د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩١-١٩٩٢.
- ٢٧- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار الفكر الوزني، ٢٠٠٥.
- ٢٨- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢٩- د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٩.
- ٣٠- د. علي البارودي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- ٣١- د. علي البارودي، الموجز في أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣٢- د. عمر حلمي، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٣٣- د. عدنان العجلاني، الوجيز في العقود الإدارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٩٦٥.
- ٣٤- المستشار عليوه فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، الطبعة الأولى، مكتبة كوميت، القاهرة، ١٩٩١.
- ٣٥- د. فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، ١٩٧٠.
- ٣٦- د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، ١٩٧٠.
- ٣٧- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٥.
- ٣٨- د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، الإسكندرية، الطبعة

الثانية، ١٩٨٦.

٣٩- د. محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني «مصادر الالتزام»، الطبعة العاشرة،

منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

٤٠- د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، الجزء الأول،

مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠.

٤١- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧.

٤١- د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة،

٢٠٠٧.

٤٢- د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق،

٢٠٠٥-٢٠٠٦.

٤٣- د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٣.

٤٤- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية،

١٩٩٠.

٤٥- د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية

والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٤٦- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، دار المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

٤٧- د. محمد عبد الواحد الجميلين، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٥.

٤٨- د. محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة،

١٩٩٣.

٤٩- المستشار محمد المصري والمستشار محمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ،

منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

- ٥٠- د. محمد ليبب شنب، شرح أحكام المفاولة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٦٢.
- ٥١- د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المفاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- ٥٢- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومفاولي البناء والمنشآت الثابتة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٥.
- ٥٣- د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩١.
- ٥٤- د. محمد عبد الحميد، النظرية العامة للشركات التجارية، شركات الأشخاص، مكتبة النصر، الزقازيق، ١٩٨٨.
- ٥٥- د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الثاني الطبعة الثالثة، ١٩٨٥.
- ٥٦- د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، الجزء الثاني، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٥٧- د. محمد مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٥٨- د. محمد مصطفى زيد أبو فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١.
- ٥٩- المحامي مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥.

٢- الرسائل العلمية:

- ١- د. إبراهيم الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية «دراسة مقارنة» رسالة دكتوراه، جامعة دمشق ٢٠١٢.
- ٢- توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها،

- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٤.
- ٣- حسام فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة «دراسة مقارنة» رسالة ماجستير، دمشق، ٢٠٠٩.
- ٤- د. رضوان السيد راشد، الإلزام على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٨.
- ٥- د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥.
- ٦- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري «دراسة مقارنة» رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.
- ٧- د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ٨- د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٨.
- ٩- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.
- ١٠- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس القاهرة، ٢٠٠١.
- ١١- د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ١٢- د. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في العقود والأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

٣- المقالات والمجلات:

- ١- مجدي عز الدين يوسف، مدى مسؤولية الإدارة عن وعودها، مجلة العلوم الإدارية،

السنة ٣٢، العدد الثاني، ديسمبر، ١٩٩٠.

٢- مجلة الشركات الفرنسية، العدد الخامس والعشرون، تاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٧٩.

٣- مجدي عز الدين يوسف، "مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال أشخاص القانون العام" مجلة الكويت، العدد الرابع - السنة العشرون، ١٩٩٦.

٤- القوانين ومجموعات الأحكام:

١- قانون العقود الموحد السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

٢- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

٣- المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود.

٤- القانون المدني السوري والمصري والفرنسي.

٥- القانون التجاري السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧.

٦- القانون التجاري المصري.

٧- قانون الشركات السوري رقم ٣ لعام ٢٠٠٨.

٨- القانون المدني الفرنسي بشأن تعديل أحكام الشركات الصادر في ٤ يناير عام ١٩٧٨.

٩- قانون الشركات الفرنسي تاريخ ١٣ يوليو لعام ١٩٦٧.

١٠- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤.

١١- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦١-١٩٦٩.

١٢- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥.

١٣- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٥ عاماً من سنة ١٩٤٦ - ١٩٦١.

- ١٤ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٧٤ - ١٩٨٤.
- ١٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥.
- ١٦ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري السورية لعام ١٩٧٢.
- ١٧ - مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للأعوام ١٩٦٦ - ١٩٨٤.
- ١٨ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً - الموسوعة الإدارية الحديثة.
- ١٩ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٩٨.
- ٢٠ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة ٣٠، العدد الثاني، إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري.
- ٢١ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية والجمعية العمومية لمسني الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر ديسمبر ١٩٩٥.
- ٢٢ - آراء مجلس الدولة السوري الصادرة عن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري.
- ٢٣ - المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة، المكتب الفني في مجلس الدولة، ٢٠١٦.
- ٢٤ - د. أحمد يسري، الأحكام الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.
- ٢٥ - د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض، المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

- 1- Jèze (G). les contrats administratifs de l'Etat, des department, des communes, et des établissements public, paris, 1943.
- 2- Lautrdère (A). Traité des contrats administratifs, L. G. D. J. 1984.
- 3- Philp Terneyre, La des responsibilibite Contractuell des personnes publiques en Droit Adminitratif Economie, paris, 1989.
- 4- A. De Laubadère, Moderne et Delvolvè Traité des contrats administratifs, Tom.2 paris. 1984.
- 5- A. De Laubadère, Traite, théorique et partique des contrats dministratifs, Tom II L. C. D, J, 1995,
- 6- Audy et drago, Traite des contentieux Administratifs, Paris 1975, T. 2.
- 7- Vedel et delvolvè, Droit adinistratif, paris, 1982.
- 8- G. Pequignot, Théorie général des Contrats Administratifs, thèse, Montpellier, Edition, A. pèdone, paris 1945.
- 9- M. Francis pual Benoit, le Droit Administratif, fran çais, paris, Dalloz, 1968.
- 10- P. Vedel, droit administratif, 9e èd les presses université de france, paris, 1984.
- 11- H. PRIEUX, Traité partique de droit des Travaux publics et des marchès publics, T. 36e èd, paris, 1968.
- 12- WALIN. M. Traité élémentaire de droit administratif sirey, Paris, 1950.
- 13- (A) Blondeau, Concession do service public, thèse Grenoble 1992.
- 14- (R) Bonnard, précis de droit administratif éd: L. G. D. J 3e, éd1970.
- 15- H. Polack, les sanctions pouvant attainer le concessionaire de service public en cas de manquements à ses obligations, thèse, paris, 1958.

الفهرس

المقدمة.....	١
الفصل الأول.....	٥
الجانب الوصفي لأسباب الانتهاء المبترس للعقد الإداري.....	٥
المبحث الأول.....	٧
انتهاء العقد الإداري بحكم القانون.....	٧
المطلب الأول.....	٨
انتهاء العقد الإداري بسبب هلاك محله.....	٨
أولاً- أن يكون المحل موجوداً:.....	٨
ثانياً- أن يكون المحل ممكناً:.....	٩
ثالثاً- أن يكون المحل داخلاً في دائرة التعامل (مشروعاً):.....	١٠
١- المجالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها إرادات الأطراف نظراً لطبيعتها.....	١١
أ- تنظيم المرافق العامة:.....	١١
ب- ممارسة الاختصاصات الإدارية:.....	١٢
١) الضبط الإداري:.....	١٢
٢) الضبط الاقتصادي:.....	١٣
٣) المجال الضريبي:.....	١٤
٢- المجالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها إرادات الأطراف بحكم القانون.....	١٥
أ- الاستبعاد المباشر- المراكز القانونية والتنظيمية:.....	١٥
ب - الاستبعاد غير المباشر:.....	١٦
المطلب الثاني.....	١٨
انتهاء العقد بسبب صدور تشريع ينهي بعض العقود.....	١٨
أولاً- تعريف نظرية فعل الأمير:.....	١٨
ثانياً- نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير:.....	١٩
ثالثاً- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:.....	٢٠
١- أن يتصل الإجراء بعقد إداري:.....	٢٠
٢- أن يكون الإجراء غير متوقع.....	٢١
٣- يجب أن تكون الإجراءات صادرة عن السلطات العامة دون خطأ:.....	٢١
٤- يجب أن يُسبب الإجراء الذي أدى إلى الضرر للسلطة العامة:.....	٢٢
رابعاً- أساس التعويض عن فعل السلطات العامة (فعل الأمير):.....	٢٣
١- الإثراء بلا سبب:.....	٢٣
٢- مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام الأعباء العامة:.....	٢٤
٣- التوازن المالي للعقد:.....	٢٥
٤- الأساس المزدوج لحق التعويض عن عمل الإدارة (التوازن المالي والمسؤولية العقدية):.....	٢٥

المطلب الثالث.....	٢٧
انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إيساره.....	٢٧
الفرع الأول.....	٢٧
مفهوم الاعتبار الشخصي.....	٢٧
الفرع الثاني.....	٣٠
انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إيساره.....	٣٠
أولاً- انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد:.....	٣١
ثانياً- انتهاء العقد بسبب انحلال الشركة وتصفيتها:.....	٣٤
١- انتهاء الأجل المحدد للشركة:.....	٣٥
٢- انتهاء المشروع أو العمل الذي قامت من أجله الشركة أو استحالة إتمامه.....	٣٦
٣- زوال رأس المال:.....	٣٦
٤- حل الشركة قضاءً لسبب يبرر ذلك.....	٣٧
ثالثاً- انتهاء العقد بسبب إفلاس المتعاقد أو إيساره:.....	٤٠

المبحث الثاني.....٤٨

انتهاء العقد الإداري بحكم القضاء.....٤٨

المطلب الأول.....	٤٩
انتهاء العقد الإداري نتيجة القوة القاهرة.....	٤٩
أولاً- تعريف نظرية القوة القاهرة:.....	٤٩
ثانياً- شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة:.....	٥٠
١- يجب أن يكون الحدث أجنبياً عن إرادة الأطراف:.....	٥٠
٢- أن يكون الحدث غير متوقع لحظة إبرام العقد:.....	٥١
٣- عدم إمكانية دفع الحدث واستحالة التنفيذ.....	٥١
ثالثاً- الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة:.....	٥٦
١- الإعفاء من تنفيذ العقد:.....	٥٦
٢- تعويض المتعاقد:.....	٥٧
٣- فسخ العقد:.....	٥٩
المطلب الثاني.....	٦٤
انتهاء العقد بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته.....	٦٤
الفرع الأول.....	٦٥
إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية.....	٦٥
أولاً- درجة جسامة الخطأ:.....	٦٧
ثانياً- الآثار المترتبة على جسامة الخطأ:.....	٦٨
ثالثاً- صور خطأ الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد:.....	٧١
١- إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية:.....	٧٢
٢- إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية:.....	٧٦
الفرع الثاني.....	٧٨
إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية.....	٧٨
المطلب الثالث.....	٨٤
انتهاء العقد بسبب تجاوز الإدارة لسلطاتها.....	٨٤
أولاً- تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في الإشراف والرقابة والتوجيه:.....	٨٤
ثانياً- تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في تعديل العقد الإداري:.....	٨٧

- ٩٠- اقتصار حق التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام:.....
- ٩١- اقتصار حق التعديل على موضوع العقد:.....
- ٩٢- عدم تجاوز التعديل الحدود والنسب المقررة قانوناً:.....
- ٩٢- صدور التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:.....
- ٩٣- ثالثاً- تعسف الإدارة في استعمالها سلطتها في توقيع الجزاءات:.....

المبحث الثالث..... ١٠٣

انتهاء العقد الإداري بإرادة الأطراف..... ١٠٣

- ١٠٤- المطلب الأول.....
- ١٠٤- انتهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة.....
- ١٠٤- الفرع الأول.....
- ١٠٤- إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد.....
- ١٠٤- أولاً: النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة:.....
- ١٠٤- ١- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء:.....
- ١٠٨- ٢- التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء:.....
- ١١٣- ثانياً- شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي:.....
- ١- أن يكون إنهاء العقد الإداري قد صدر لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام:.....
- ١١٣- ٢- أن يكون في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية:.....
- ١١٧- الفرع الثاني.....
- ١٢٢- إنهاء العقد الإداري نتيجة خطأ المتعاقد الجسيم.....
- ١٢٢- أولاً- النظام القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي:.....
- ١٢٢- ١- الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي:.....
- ١٢٢- ٢- تعريف الفسخ الجزائي وطبيعته القانونية:.....
- ١٢٤- ثانياً- شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي:.....
- ١٢٦- ١- مخالفة المتعاقد لالتزامه مخالفة جسيمة:.....
- ١٢٦- ٢- إغذار الإدارة للمتعاقد بالفسخ الجزائي:.....
- ١٢٨- أ- النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإغذار المسبق:.....
- ١٢٩- ب- تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقده النهائي للقدرة عليه:.....
- ١٢٩- ج- غش المتعاقد:.....
- ١٢٩- د- ثبوت عدم جدوى الإغذار:.....
- ١٣٠- هـ- تنازل المتعاقد عن العقد للغير:.....
- ١٣٠- و- حالات الضرورة أو الاستعجال:.....
- ١٣٠- ز- عدم تكرار الالتزام بالإغذار المسبق:.....
- ١٣٤- ٣- التزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي:.....
- ١٣٥- المطلب الثاني.....
- ١٣٥- انتهاء العقد الإداري باتفاق الطرفين.....

الفصل الثاني..... ١٤٢

الجانب التطبيقي للانتهاء المبسر لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد..... ١٤٢

المبحث الأول.....١٤٣

الانتهاء المبسر لعقد الالتزام ١٤٣

المطلب الأول.....١٤٣

إسقاط الالتزام ١٤٣

أولاً- تعريف عقود الالتزام: ١٤٣

١- تعريف عقد التزام المرفق العام: ١٤٣

٢- عقد التزام الأشغال العامة: ١٤٣

٣- عقد التزام شغل الدومين العام: ١٤٤

٤- عقد تأجير المرفق العام: ١٤٤

٥- عقد مقاوله الأشغال العامة: ١٤٤

٦- عقد الامتياز: ١٤٥

ثانياً - تعريف جزاء الإسقاط: ١٤٥

ثالثاً- الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط: ١٤٧

رابعاً- التفرقة بين جزاء الإسقاط والنظم القانونية المشابهة له: ١٤٩

١- التمييز بين إسقاط الالتزام واسترداد الالتزام: ١٤٩

٢- التمييز بين إسقاط الالتزام ووضع المرفق تحت الحراسة: ١٥١

خامساً- شروط توقيع جزاء الإسقاط: ١٥٢

١- اختصاص القاضي بتقرير جزاء الإسقاط: ١٥٣

٢- أفعال الملتزم التي تبرر توقيع جزاء الإسقاط: ١٥٦

٣- التزام الإدارة بإعداد الملتزم: ١٦٢

سادساً- الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط: ١٦٦

سابعاً- الرقابة القضائية على قرار الإسقاط: ١٧١

١- القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الإسقاط: ١٧٢

٢- نطاق الرقابة القضائية على قرار الإسقاط: ١٧٨

أ- رقابة المشروعية: ١٧٨

ب- رقابة الملاءمة: ١٨٠

٣- سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار إسقاط الالتزام في حالة عدم مشروعيته أو عدم وجود ما يبرره: ١٨٣

المطلب الثاني ١٨٨

استرداد الالتزام ١٨٨

أولاً- تعريف الاسترداد: ١٨٨

ثانياً - الطبيعة القانونية للاسترداد: ١٩٢

ثالثاً- التمييز بين الاسترداد وبعض النظم القانونية المشابهة له: ١٩٣

١- التمييز بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة: ١٩٣

٢- التمييز بين الاسترداد والفسخ الاتفاقي: ١٩٤

٣- التمييز بين استرداد الالتزام والتأميم: ١٩٤

رابعاً - صور الاسترداد: ١٩٥

١- الاسترداد التعاقدي: ١٩٥

٢- الاسترداد القانوني (التشريعي): ١٩٧

٣- الاسترداد غير التعاقدي: ١٩٨

خامساً- الآثار القانونية المترتبة على الاسترداد: ٢٠١

١- حق المتعاقد في التعويض: ٢٠١

أ- تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده: ٢٠٥

- ب- أما العنصر الثاني للتعويض الكامل، فهو تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب: ٢٠٦
- ٢- تصفية عقد الالتزام: ٢٠٨
- أ- انقضاء عقد الالتزام وعودة المرفق إلى الإدارة المباشرة للإدارة مانتحة الالتزام: ٢٠٨
- ب- مصير العقود التي أبرمها الملتزم مع الغير قبل استرداد الالتزام: ٢٠٩
- ج- مصير الأموال المادية والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام: ٢١٠
- د- التصفية المالية بين الملتزم والإدارة مانتحة الالتزام: ٢١٣
- سادساً- الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالاسترداد: ٢١٥
- ١- تحديد القاضي الإداري المختص: ٢١٥
- ٢- نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار الإدارة باسترداد الالتزام: ٢١٧
- ٣- سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الالتزام في حالة عدم مشروعيته: ٢١٩

٢٢١ المبحث الثاني.

٢٢١ الانتهاء المبترس لعقد الأشغال العامة.

- أولاً- تعريف الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: ٢٢١
- ثانياً- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وبين النظم القانونية المشابهة له: ٢٢٥
- ١- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ونظام الفسخ في عقود القانون الخاص (خاصة عقد المقاولة): ٢٢٥
- ٢- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة وجزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة: ٢٢٨
- ٣- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والإنهاء الانفرادي من جانب الإدارة لعقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة: ٢٢٨
- ٤- التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والفسخ الجزائي لعقد الالتزام - جزاء إسقاط الالتزام - : ٢٣٠
- ثالثاً- الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: ٢٣١
- رابعاً- أنواع الفسخ الجزائي: ٢٣٤
- خامساً - شروط الفسخ الجزائي: ٢٣٨
- ١- حق الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي للعقد بنفسها دون اللجوء لقاضي العقد: ٢٣٨
- ٢- أفعال المفاوض التي تبرر توقيع الفسخ الجزائي لعقده: ٢٤٢
- أ- الوضع في فرنسا قبل صدور القانون الخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال الصادرة في ١٣ يوليو ١٩٦٧: ٢٤٥
- ب- الوضع في فرنسا بعد صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧: ٢٤٦
- ٣- التزام الإدارة بإعذار المفاوض: ٢٤٧
- ٤- التزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي للعقد: ٢٥٢
- سادساً - الآثار القانونية المترتبة علي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: ٢٥٣
- ١- مدى تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في تقرير الفسخ الجزائي المجرد والبسيط أو الفسخ الجزائي على مسؤولية المفاوض: ٢٥٣
- ٢- الآثار العامة والمشاركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: ٢٥٥
- ٣- الآثار الخاصة بالفسخ المجرد والبسيط لعقد الأشغال العامة: ٢٥٨
- ٤- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المفاوض: ٢٦٠

سابعاً- الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: ٢٦٤

المبحث الثالث ٢٧١

الانتهاء المبترس لعقد التوريد ٢٧١

أولاً- تعريف الفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٧١

ثانياً - التفرقة بين الفسخ الجزائي لعقد التوريد وبين النظم القانونية المشابهة له: ٢٧٢

ثالثاً- الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٧٣

رابعاً- أنواع الفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٧٤

خامساً- شروط توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٧٤

١- حق الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي لعقد التوريد بنفسها دون حاجة إلى

اللجوء لقاضي العقد: ٢٧٤

٢- أفعال المورد التي تترتب توقيع الفسخ الجزائي لعقد: ٢٧٦

٣- التزام الإدارة بإعداد المورد وبتمكينه من تقديم أوجه دفاعه: ٢٧٨

سادساً- الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٨٠

١- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٨١

٢- الآثار الخاصة بالفسخ المجرى والبسيط لعقد التوريد: ٢٨٢

٣- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد على مسؤولية وحساب المورد

المفسوخ عقده: ٢٨٢

سابعاً- الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٨٤

١- القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي لعقد

التوريد: ٢٨٤

٢- نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد: ٢٨٥

٣- سلطات القاضي في مواجهة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد في

حالة عدم مشروعيته أو عدم وجود ما يبرره: ٢٨٥

أ- الوضع في فرنسا: ٢٨٦

ب- الوضع في مصر: ٢٨٧

ثامناً- سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من

المتعاقد: ٢٨٩

الخاتمة ٢٩٤

قائمة المراجع ٣٠٨