

انتهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ دراسة تحليلية

ليث رمضان كاظم

تدريسي في جامعة الامام جعفر الصادق (ع) العراق بغداد

**Termination of the administrative contract by means of
termination
An analytical study**

Researcher: Laith Ramadan Kazem

**Teaching at Imam Jaafar Al-Sadiq University (peace be
upon him), Iraq, Baghdad
laith.ramadan@ijsu.edu.iq**

تناولت هذه الدراسة موضوع انتهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ حيث ان هذا الموضوع يعتبر ذو اهمية كبيرة لما له دور كبير في الحياة الادارية اليومية حيث يعتبر امتياز استثنائي سواء كان ذلك بقوة القانون او بحكم الارادة المنفردة وحيث قسمت هذه الدراسة الى مبحثين مبسطين بينا من خلالهما صور الفسخ والطرق الاعتيادية له والطرق غير العادية بالاضافة الى ذلك قد خصصنا المبحث الثاني عن بيان الاثر لهذا الفسخ والجزاء الموضوع للمسبب كما ان النتائج الموضوعية في هذه الدراسة التي بينت الثغرات الموجودة في التشريعات الادارية كذلك التأكيد على ذكر حالات الفسخ في بنود العقد وبيان الاثار التي يمكن ان تتحقق وهل هنالك مضار للمصلحة العامة ام لا في حال كون الفسخ قد تحقق بقوة القانون او بسبب ظرف خارجي ومن اهم التوصيات التي بينهاها هو سلطة الادارة في انتهاء العقد بطريقة الفسخ وبأرادتها المنفردة يجب ان يكون محدد على اساس الحصر في التشريعات القانونية العراقية وفق ضوابط وتعليمات تضع المصلحة العامة من ضمن اولوياتها حيث ان هذه التوصيات موجهة الى المشرع العراقي والفقهاء الاداري من اجل الاطلاع على بيان هذه الميزة الاستثنائية وتقنينها والمحافظة على المصالح العامة للمجتمع بعيداً عن المصالح الفردية وغير القانونية الكلمات المفتاحية:- القانون الاداري, العقد الاداري , الفسخ

Conclusion:

This study dealt with the subject of the termination of the administrative contract by means of annulment, as this subject is considered of great importance because it has a major role in daily administrative life, as it is considered an exceptional privilege, whether by force of law or by unilateral will. This study was divided into two simplified sections, through which we explained the forms of annulment. The usual methods for it and the unusual methods. In addition, we have devoted the second section to explaining the effect of this annulment and the penalty imposed for the cause. Also, the results presented in this study that showed the gaps Found in administrative legislation, there is also an emphasis on mentioning cases of cancellation in the terms of the contract and indicating the effects that can be achieved and whether there is harm to the public interest or not in the event that the cancellation has been achieved by force of law or due to an external circumstance. One of the most important recommendations that we have shown is the authority of the administration to terminate the contract in a manner The annulment of her unilateral will must be limited to the Iraqi legal legislation in accordance with controls and instructions that place the public interest among its priorities, as these recommendations are directed to the Iraqi legislator and administrative jurisprudence in order to see the explanation of this exceptional advantage, codify it, and preserve the public interests of society away from private interests. Individual and illegal

Keywords: Administrative law, administrative contract, annulment

المقدمة

ان التطور الحاصل في كافة المجالات والقطاعات والنواحي الاقتصادية والاجتماعية ادى الى زيادة تدخل الدولة بصورة كبيرة بحيث تقوم بعدة ادوار مختلفة منها التنظيم والتخطيط فضلاً عن التدخل في النشاط الاقتصادي عندما كان هذا العمل محتكراً على الاشخاص فقط أي ان دور الدولة السابق كونها دولة حارسة قد تطور واصبحت تشرف على الكثير من الفعاليات المجتمعية مما يترتب على ذلك اللاحاق من اجل استحداث مرافق مختلفة لاداء هذه الوظائف الجديدة ومن اجل اشباع حاجات الناس والافراد فأنها تحتاج الى ابرام عقود ادارية وان الغرض الاساسي من ابرام هذه العقود بين الهيئات الادارية نفسها او بين الاشخاص او الشركات هو لتسيير المرافق العامة والاشغال العامة وحيث ان جميع هذه العقود تخضع لتشريعات قانونية خاصة مختلفة عن التشريعات التي تحكم العقود المدنية حيث ان هذه التشريعات تضع الادارة في مركز القوة من اجل تحقيق المنافع العامة ولذلك فأن موضوع الدراسة يعالج موضوع مهم الى وهو انتهاء العقود الادارية بطريقة الفسخ ومن هذا العنوان ننطلق في بيان اهم الحالات التي وضعها القانون لفسخ العقد الاداري والامتياز الممنوح للادارة بقوة القانون او بحكم بنود العقد وبيان الهدف من هذا الانهاء هل هو ذو مصلحة خاصة ام عامة

اشكالية البحث

تدور مشكلة الدراسة حول الاختلاف الحاصل بشأن فسخ العقد الاداري وهل هو امتياز خاص للادارة فقط ام ان المتعاقد الاخر له القدرة على انتهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ ايضاً ودور التشريعات في بيان هذا الحق وما هي الاثار القانونية المترتبة على هذا الانهاء ومن هنا سوف تكون الاشكالية هي بيان بعض الاراء الفقهية والتشريعات القانونية التي تبين انتهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ سواء بقوة القانون او الارادة المنفردة والتطرق الى بعض الاثار التي تترتب على الفسخ وهل هنالك تعويض عن الخسارة التي تنجم عن الفسخ

ان الاهمية تكمن في بيان الاراء الفقهية المتعلقة في انتهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ وتحديد التشريعات القانونية لذلك من اجل الحصول على معلومات وحقائق تكمل الهدف من البحث كما ان تحليل النصوص التشريعية الخاصة بهذا النوع من الانتهاء تساعد في تحديد النقص التشريعي واكماله بالاضافة الى بيان دور الادارة في تطبيقه ومواكبة التشريعات الحديثة الخاصة بانهاء العقد الاداري بطريقة الفسخ كما ان بيان الاثر المترتب على هذا الانتهاء هو اساس البحث من اجل معرفة المصلحة العامة وكيفية تحققها وتبسيط الاضواء على الالتزامات المالية المبرمة والادوات المستخدمة فيها

منهجية الدراسة

اتبعت هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي من خلال استعراض التشريعات وبعض الاحكام القضائية والمؤلفات القانونية والابحاث المختلفة وتحليلها والوقوف على ما تنطرق اليه هذه الدراسات والمؤلفات

المبحث الأول صور الفسخ بأرادة الإدارة المنفردة

سيكون هذا المبحث كتفصيل اساسي عن فسخ العقد بأراده منفردة حيث سيقسم الى مطلبين رئيسيين هما الطرق الاعتيادية للفسخ والطرق غير العادية وسنحاول ان نوضح اهم المفاهيم والاجراءات المتخذة لذلك...

المطلب الأول الطرق الاعتيادية للفسخ

لقد خصصنا هذا المطلب لبيان اهم الطرق الاعتيادية التي تنص على اجراءات فسخ العقد وسميت بهذا الاسم كونها معتمده في اغلب اجراءات الفسخ في العقود الخاصة وهذه الطرق هي الفسخ المنصوص عليه في صيغة العقد والفسخ المنصوص عليه في القوانين والانظمة الفرع الأول النص على الفسخ في العقد

سوف نتناول في هذا الفرع كيفية ادراج فقرة الفسخ في العقد وما هي الطرق المتبعة لذلك وتوضيحها وبيانها على شكل فقرات وتوضيح اهم المفاهيم الخاصة بموضوعنا...

اولاً: مفهوم الفسخ: يعد الفسخ من اشد الجزاءات التي تنقرر كجزاء على خطأ أحد المتعاقدين، وإذا كان الفسخ جزءاً يتناول كافة العقود الإدارية الا انه يستثني مجلس الدولة الفرنسي عقد الامتياز اذ يطلق عليه مصطلح الاسقاط^(١). كذلك يعرفه الدكتور ابراهيم الفياض يرى (إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بشكل حاسم، وتصفية كافة الآثار المتولدة عنه فيما لو ارتكب المتعاقد خطأ لم يعد ممكناً معه الاستمرار في العلاقة العقدية بينهما)^(٢).

ثانياً: الفسخ ضمن بنود العقد: اذا ورد نص في العقد على حق الادارة بفسخ العقد بأرادتها المنفردة فلا يوجد صعوبة في الأمر لان ذلك يعتبر تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي دائماً ما تكون من شروط العقود في القوانين الخاصة وكذلك يعتبر النص الذي ورد في العقد لحق الادارة جزءاً لمخالفات معينه لا يمكن ان يجب حقها في الالتجاء الى جزاء الفسخ في حالة ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات اخرى غير تلك المنصوص عليها في العقد، وذلك لان الادارة لا تستطيع ان تتنازل عن سلطتها تازالاً كاملاً او جزئياً ويظهر ذلك في حالة الحكم بالتعويض عن الاضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة لأخلال الادارة بالالتزامات التعاقدية فالإدارة تملك سلطة تقديرية في الغاء العقد من دون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد يسوغ ذلك، إذ قد تتطلب مقتضيات المصلحة العامة انهاء العقد... يوجد هذا الحق قائماً بذاته سواء نص عليه في العقد او لم ينص. وهذا ما اتفق عليه الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، وما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية قائلة: (للإدارة دائماً سلطة انهاء العقد اذا قدرت ان هذا هو ما تقتضيه المصلحة العامة ولا يكون للطرف الاخر حينئذ الا المطالبة بالتعويضات) أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اشار في قضية ((de Mestrale)) انه لا يجوز اعمال فكرة الفسخ الجزائي المنصوص عليه لعدم وجود خطأ جسيم من المتعاقد ولكن يجوز للإدارة اعمالاً لسلطتها العامة انهاء تنفيذ العقد مقابل تعويض مناسب))^(٣)

الفرع الثاني الفسخ المنصوص عليه في القوانين والانظمة

اولاً: مبادئ قانونية عن الفسخ

من اهم المبادئ القانونية التي تنظم العقد (شريعة المتعاقدين _ القوة الملزمة للعقد) بمعنى ذلك ان الشروط التي اتفق عليها طرفي العقد هي الحاكمة بهما لأنها جاءت نتيجة اتفاق ارادتين الا ان الاتجاهات الحديثة في فقه القانون المدني المتعلقة بالعقود قد سار الى اتجاه اخر انفتح

فيه على دور الارادة المنفردة في حال عدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزاماته التعاقدية كما حصل في فرنسا التي صدر فيها قانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ تعديل قانون مدني حيث اعتبره الكثير من الكتاب بأنه يشكل ثورة في علم التقنين والفقه وكذلك ما ورد في المادة ١٥/٥ في دفتر عقد المساواة الموحد الاردني والتي نصت على انه (يحق لصاحب العمل ان ينهي العقد في اي وقت لما يخدم مصلحته بحيث يصدر اشعاراً بذلك الى المقاول ، ويعتبر الانهاء نافذاً بعد مرور (٢٨) يوم من تاريخ تسلم المقاول للإشعار وكذلك ما ورد في التشريع المصري في المواد رقم ٢٧،٢٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتي تحول الادارة حق فسخ العقد الاداري في حالات عديده. (٤) وقد ورد في التشريع السوري في الوثائق التي تحكم العقود العامة عندما يوجد مركز المتعهد مشوباً "موضوعياً" بأحداث مختلفة وقد نصت المادة ٦٢ من المرسوم التشريعي ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ على امثال هذه الحالات وهي : وفاة المتعهد اذا كانت مؤهلاته محل اعتبار ، افلاس المتعهد ، التصفية القضائية واستثنى من مبدأ ضرورة الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدية فان المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية نصت انه اذا توفي المتعهد او المقاول للإدارة فسخ العقد المبرم مع مورثهم اذا رأت ان هذا التنفيذ ما زال ممكناً بشرط ان يعينوا وكيلًا واذا كان العقد مبرماً مع اكثر من متعهد او مقاول وتوفي احدهم فيكون للإدارة الحق في انهاء العقد مع التأمين او مطالبة باقي المتعهدين بالاستمرار في تنفيذ العقد (٥).

ثانياً: الفسخ في القانون

قد يفسخ العقد قوة القانون، إذا ما تحققت وقائع معينة و نتج آثاره منذ تاريخ حدوث الواقعة التي أدت إلى الفسخ، و وقع هذا النوع من الفسخ أما في حالة هلاك محل العقد و في هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها فسخ العقد، وقد ويكون هلاك العقد سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وفي هذه الحالة ينقضي العقد، وليس لأحد الطرفين المطالبة بالتعويض، وفاة المقاول. (٦) أو في حالة الفسخ المنصوص عليه في العقد، فقد يتفق الطرفان عند إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع معينة إفلاس المقاول أو خضوعه للتصفية القضائية وبذلك فإن حق الفسخ للعقد يشكل إحدى السمات الأساسية التي تميز العقد الاداري عن عقود القانون الخاص.. فمن الامتيازات ، التي تتمتع بها الادارة في علاقاتها التعاقدية بموجب نظرية العقد الاداري هو حقها في فسخ العقد بأراداتها . المنفردة ، سوار نص على ذلك في العقد ام لم ينص على هذا الحق ، وسواء اخل المتعاقد معها بالتزاماته ام نفذها بحسن نية .. فاعتبارات المصلحة العامة ، وضرورة تسيير المرفق العام ، بانتظام وتطويره باستمرار ، قد تملّي على الادارة ، وفي النهاية يمكن ان نستخلص من دراسة العقد الاداري (٧).

المطلب الثاني الفسخ بالطرق غير العادية

هناك طرق اخرى للفسخ غير الطرق الاعتيادية وتتمثل بسلطة الادارة بالفسخ بدون خطأ المتعاقد وكذلك وجود قوة قاهرة تؤدي الى فسخ العقد وتعتبر مصدر لانفساخه

الفرع الأول سلطة الادارة بالفسخ بدون خطأ المتعاقد

من اهم الخصائص التي تميز العقود الادارية عن العقود في القانون الخاص هو سلطة الادارة في انهاء الرابطة التعاقدية بالإدارة المنفردة دون تدخل القضاء ، اي انها تمارس سلطتها في الانهاء بالاستناد على المصلحة العامة وهنا اطلق عليها في هذا الحالة الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة ويعتبر هذا الفسخ من اخطر الاساليب التي قد يلجأ اليها الادارة وذلك من ناحية التأثير على المتعاقد اما بالنسبة لعقود الصفقات العمومية ومن خلال المرسوم الرئاسي ١٠_٢٣٦ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة والمتمم المرسوم الرئاسي رقم ١٣_٣ ونظراً لما تتمتع به الادارة من امتيازات السلطة العامة من المصلحة المتعاقدة ان تقوم بأنهاء العقد الاداري بأراداتها المنفردة. (٨) مراعاة لمبدأ التكيف والملائمة الذي يحكم المرفق العام حيث يمكن للإدارة العامة ان تنهي العقد الذي ابرمته بأراداتها المنفردة دون اي تقصير من المتعامل المتعاقد اذا ما قدرت ذلك تقتضي به المصلحة العامة وهنا يجب التمييز بين فسخ العقد نتيجة الاخلال صاحب الصفقة بالتزامات تعاقدية والتي تندرج في باب سلطة فرض الجزاءات وفسخ العقد لعدم تماثيه مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام (٣) (٩) فقد وقع الاقرار للإدارة سلطة الفسخ اذا لم يعد المشروع مثلاً للمصلحة العامة او اصبح مكلف كثيراً وتعتبر سلطة الفسخ لمصلحة المرفق العام النموذج الامثل للامثار لامتيازات الإنشائية للإدارة علاوة على انها علامه مميزه للعقود الإدارية وسنتطرق الى توضيح الاساس القانوني وميدان تطبيق سلطة الفسخ والقيود التي ترد على الفسخ

اولاً: الاساس القانوني لسلطة الادارة بالفسخ

اختلف الفقهاء في تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية دون خطأ الا ان اغلبهم ذهب الي ان هذه السلطة ماهية الصورة من صور التعديل الانفرادي على اساس ان الانهاء هو تعديل للشرط الخاص بالمدة وفي ذلك ذهب الى ان حق الفسخ الانفرادي هو امتداد طبيعي للسلطة الادارية لتعديل الانفرادي، وقد ظهرت عدة نظريات وتوجهات حول وضع الاساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الادارة في انائها للعقد الاداري وقد عرفت هذه المسألة جدلاً كبيراً بدليل كثرة الافكار التي لم تخرج عن نطاق فكرتين السلطة العامة وفكرة المرفق العام^(١٠).

1 - الانهاء الانفرادي ع اساس فكرة السلطة العامة يقصد بان السلطة العامة اساس قانوني لسلطة الادارة في انتهاء عقودها ان تطلب الادارة قواعد قانونية خاصة ومتميزة تختلف عن تلك المطبقة على الافراد الذين يرغبون في التعاقد معها هذا من جانب ، وان تتمتع الادارة بامتيازات معينه مقارنة ما هو الحال بالنسبة للأفراد من جانب اخر^(١١) وقد تطورت فكرة السلطة العامة في القانون الاداري حيث كانت تنحصر في قوة وسلطة الاخضاع واجبار المحكومين لإضاعة اوامر الحكام ثم تطور مفهومها واصبح يعني استعمال سلطة وقوة بأمره الارادة المنفردة وهكذا يرى جانباً من الفقه ان سلطة الادارة في الانهاء تقوم على فكرة السلطة العامة اكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ويعتبر الصالح العام شرطاً لممارسة هذه السلطة بدون اكثر من ان يكون اساساً قانونياً لها^(١٢). اذ تتمتع الادارة في مجال العقود الادارية بامتياز التنفيذ المباشر على نطاق واسع فهي تستطيع ان تضع حداً للعقود بأرادتها المنفردة باعتبارها سلطة ادارية^(١٣) اما بالنسبة للانتهاء الانفرادي على اساس فكرة المرفق العام يرجع هذا الاساس الى التطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في اواخر القرن ١٩ ولهذا لم يعد المطلوب من قواعد القانون الاداري ان تنظم مظاهر السلطة العامة بل اصبح حاجه للإدارة لقانون مستقل وتمتيز عن المبادئ الاساسية التي قوم عليها القانون الخاص^(١٤) ونظراً لأهمية فكرة المرفق العام اعتبرها بعض الفقهاء اساساً قانونياً يمكن الاعتماد عليه في وضع الادارة بمركز اسمي ومن انصار هذا الاتجاه العميد ليون دوجي والفقهاء يونان وقد ظهر ان المرفق لم يعد بحاجة الى هذا العقد ومن مصلحة المجتمع انهاء هذا العقد الذي اصبح يتفانى مع المصلحة العامة له وقد رأى الاستاذ بينكو ان للإدارة الحق في فسخ عقودها اذا ما اقتضى وذلك الصالح العام لأنه من غير المقبول ان يصبح العقد حائلاً بين الإدارة وبين تحقيق اهدافها وتأمين المنفعة العامة وظهر المعيار الجامع بين الوسائل والاهداف ومضمونه لتحقيق المصلحة العامة وجب الامر الاستعانة بوسائل القانون العام لامتيازات السلطة العامة^(١٥). اما فيما يتعلق بالأساس الذي تبناه المشروع الجزائري في هذه المسألة ان فكرة الجمع بين الاهداف والوسائل او ما اطلق عليه الفقه المقارن الاساس التوفيقي هو الذي يمكن ان يأسس سلطه الإدارة في مجال عقود الإدارة وسلطة انهاءها بالقانون الاداري بوجه عام فاشترك فكره السلطة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في اهداف وانحياز سياسته التنمية الوطنية والتي تعد من العقود الإدارية اشكالها وسيلة مثلى لذلك.

ثانياً : ميدان تطبيق سلطة الفسخ بدون خطأ

تتمتع الادارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على انتهاء العقد الاداري بأرادتها المنفردة قبل اتمام هذا العقد نهائياً ،دون ان يصدر خطأ من جانب المتعاقد وقد ورد في حكم محكمه القضاء الاداري المصري ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق ويترتب ع ذلك ان للإدارة سلطة انهاء العقد اذا قدرت ان هذا يقتضيها الصالح العام وليس للطرف الاخر الا الحق في التعويض^(١٦). وقد اجازت محكمه التمييز في العراق سلطة الإدارة في انتهاء عقودها بأرادتها المنفردة وقد ورد في حكمها عدد ٢١٧٧٤ في ٢_٢_١٩٦٧ (لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة ان يفسخ العقولة منى شاء) وغالباً ما تضمن الادارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز اتجاه المتعاقد معها وكذلك يرى بعض الفقهاء ان مثل هذه السلطة لا توجد الا في بعض اصناف العقود الا ان هذا الرأي ليس الغالب حيث ان حق الفسخ قاعده قانونيه عامة للعقود الادارية واساس ذلك طبيعة العقود الادارية وتميزها عن باقي العقود ومع ذلك فان سلطه الفسخ من جانب واحد يجب اعتباره كقاعدة عامه قابله لان تجد مكانها في مختلف اصناف العقود الإدارية^(١٧). ولقد سلم مجلس الدولة المصرية في احكامه بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامه ،وتشمل جميع العقود الإدارية، ودون الحاجة الى نص وجعل هذا الحق مميزاً للعقود الإدارية في معظم الاحكام ومن احكام المحكمة الإدارية العليا وكذلك محكمه القضاء الاداري : حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٥٢ والذي ينص على ان (العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في انها تستهدف مصلحة عامه^(١٨) لتسيير مرفق عام وان كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة اذ يجب ان يراعي فيها دائماً وقبل كل شيء وتغليب الصالح العام على مصلحة الافراد ويترتب على ذلك ان للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد وفي تغيير شروطه بالإضافة للحذف والتعديل وفي انائها في اي وقت طالما ان المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك). وكذلك حكم محكمه الإدارية العليا الصادرة في ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٧ حيث تأكد ان (العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية

بطابع خاص مناطه باحتياجات المرفق وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(١٩) ويترتب على ذلك ان للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود وان لها دائما الحق في تغيير شروط العقد وازافه شروط جديده بما يترأى لها انه اكثر اتفاقا مع الصالح العام كما يترتب عليها كذلك ان للإدارة سلطه انهاء العقد، اذا قدرت ان هذا ما يقتضيها الصالح العام وليس للطرف الاخر الا الحق بالتعويضات ان كان لها وجه على خلاف الاصل في العقود المدنية..

ثالثا : القيود التي ترد على الفسخ

هناك بعض القيود التي ترد على الفسخ والتي تستدعي الى الانهاء ولكن بشرط تحقيق الصالح العام حيث انه اذا رأت الادارة ان العقد غير صالح للمرفق العام او ان المصلحة العامة لا تتحقق ومع ذلك فان حق الادارة في انهاء العقود الادارية ليست سلطة مطلقة لكنها سلطة تقديرية يجب ان تهدف الى تحقيق المصلحة العامة^(٢٠) وان الادارة عندما تستعمل هذه السلطة انما تستعملها تحت رقابة القضاء وللقاضي الاداري بناء على طلب المتعاقد ان يبحث عن الاسباب الحقيقية التي دفعت الادارة الى انهاء العقد ويكون القرار الذي يصدر عن الادارة بانهاء العقد غير مشروع اذا قام على اساس غير سليم او استهدف مصلحة غير المصلحة العامة فهنا يجب على قاضي العقد ان يبحث ويتحقق في سبب انهاء العقد ويرى هل ان العقد فسخ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة واذا لم يجد مثل هذه الاسباب فان الفسخ لن يكون مبررا^(٢١) (٢) وكذلك ان رقابة القاضي وسلطته في انهاء العقد تكون محدودة ولكن لا يمكن التصدي لبحث مدى ملائمة انهاءه للسبب الذي قام عليه الانهاء وهنا تختلف رقابة القضاء في هذا المجال عنها في حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد ففي هذه الحالة للقاضي ان يبحث عن مدى ملائمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقد ويلاحظ هنا ان القرار الصادر بالإنهاء ليس من اللازم ان يكون مسببا الا ان هذا المبدأ طرأ عليه تعديل في فرنسا بعد صدور قانون ١٩٧٩ حيث اوجب تسبب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضررا بالمواطنين ولا مقابل لهذا القانون في مصر حتى الان اما اذا ثبت للقضاء الإداري ان الفسخ ان الفسخ كان دون باعث مشروع فهنا يجب على القاضي العقد ان يبطله كقاعدة عامة فيما عدا الاشغال العامة فان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الغاء القرارات الصادرة من الادارة استنادا الى ان الادارة هي صاحبة الاشغال ولها مطلق حرية التصرف وكذلك للإدارة سلطة تقديرية لتحقيق المصلحة العامة ومن الاسباب التي تبرر الالتجاء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي زوال الغرض الذي من اجله تم العقد ويجب ان تكون الغاية من قرار الفسخ هي المصلحة العامة وتوافر مبرر للتعديل فيشترط حتى تستطيع الادارة اعمال سلطتها بالفسخ ان تكون الظروف التي كانت قائمة وقت ابرامه قد تغيرت عما كانت عليه لذلك يجب ان يكون القرار في حدود المشروعية الادارية وان تتوافر له مقومات واركان القرار الاداري^(٢٢) كما يتعين ان يكون الدافع من القرار هو المصلحة العامة ويستند الى سبب يبرره يتمثل في تغيير الظروف التي ابرم وقتها العقد

الفرع الثاني القوة القاهرة كمصدر للفسخ

اولا : مفهوم القوة القاهرة وتمييزها عن النظم المشابهة

هي صورة من صور السبب الاجنبي الذي ينفي علاقة سببية بين فعل المدعى عليه وبين الضرر الذي لحق بالمدعي وهي ما يحدث قضاء وقدر او اي تمرد او عصيان او شغب او حرب او اضراب وغير ذلك من الاضطرابات

1 - القوة القاهرة والحادث الفجائي

اختلف اراء الفقهاء حول وجود فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فبين ان القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه في حين ان الحادث الفجائي هو لا يمكن توقعه اذ ينفي هذا الجانب من الفقه توفر احد العنصرين دون استجماعهما لتكون امام القوة القاهرة اذا استحال الدفع وتكون بصدد حادث فجائي اذا لم يكن ممكنا توقعه^(٢٣) اما الجانب الاخر من الفقهاء يرى ان التمييز بينهما على اساس ان القوة القاهرة هي ما كانت مستحيلة الدفع بالنسبة للكافة في حين ان الحادث الفجائي هو ما كان مستحيل لدفع بالنسبة للبعض دون الاخرين ونرجح هذا الاتجاه الاخير لأنه في تقديرنا الخاص ان الحقل القانوني هو مجال ضبط المصطلحات بامتياز واذا ما سلمنا بالرأي الاول فان اهمية التمييز بين المصطلحين تتمحي وتزول اذا علمنا ان الاثار هي نفسها واحدة وما يعضد هذا الرأي ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية باعتبارها ان القوة القاهرة والحادث الفجائي مصطلحين يدلان من الناحية القانونية على مفهوم واحد^(٢٤).

2 - القوة القاهرة والظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تتمثل في تواجد المتعاقد المدين في ظروف اقتصادية غالبا ما توصف بالصعوبة تجعل تنفيذ الالتزام العقدي طرف المدين لا يتم الا مقابل خسارة جدا فادحة لا يمكن رفعها عنه الا بمراجعة القضاء^(٢٥). وينحصر نطاقها في المجال التعاقدية اي المسؤولية

العقدية دون التصيرية اذا فالقوة القاهرة والظروف الطارئة يلتقيان في شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع ، غير انهما يختلفان في كون الاولى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بينما الثانية تجعله مرهقا.

المبحث الثاني اثار الفسخ وجزاء خطأ الإدارة

سنحدث في هذا المبحث عن اثار الفسخ لعقد الادارة وما هو جزء الخطأ الذي تتعرض له الادارة...

المطلب الأول اثار فسخ العقد وتمييزه عن غيره

هذا المطلب يوضح اثار فسخ العقد الاداري وكذلك سنتناول توضيح تمييز الفسخ عن غيره من الاعمال..

الفرع الأول اثار فسخ العقد الاداري

يترتب على قيام الادارة بأداء العقد الاداري سواء لدواعي المصلحة العامة او نتيجة اخلال المتعاقد الجسيم بالتزاماته جملة من الاثار القانونية: اولاً: اثر ممارسة الإدارة لسلطة الانهاء الانفرادي للعقد الاداري لدواعي المصلحة العامة ويترتب على ممارسة الادارة لامتيان انتهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد نتيجة مهمه جدا وهي تعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا، كما يختلف مصير الالتزامات والادوات المستخدمة في التنفيذ حسب نوع كل عقد^(٢٦) فبالنسبة لحق المتعاقد في التعويض نتيجة انتهاء عقده من جانب الادارة بالإرادة المنفردة ودون خطأ المتعاقد ويقابل سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري حق المتعاقد في الحصول على التعويض وهذه السلطة امتياز مهم للإدارة في عقوده الادارية حيث يستطيع انتهاء العقد بإرادته المنفردة كما ان المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الادارة بهذا الانهاء لذا فان القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الادارة التي تسمح للمتعاقد بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الادارة لهذا الامتياز، شرط ان يثبت المتعاقد انه اصابه ضرر من هذا الانهاء^(٢٧) وكذلك تعتبر اركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة سببية بينهما ، وفيما يشمل بتقدير التعويض وقد يكون التعويض اتفاقي وقانوني عندما يرد نص صريح في العقد الاداري والقوانين واللوائح بين كيفية استحقاق المتعاقد مع الادارة بقرار التعويض او ان يكون تعويض قضائي الذي يلجا المتعاقد مع الادارة والمتضرر من انتهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة اللجوء الى القضاء المختص ، وان يثبت خطأ الادارة او تجاوزها لأحد بنود العقود للمطالبة بالتعويض، وان يكون تعويضا كاملا اذ اسهم الإداري بقيام مسؤولية الادارة بتبنيه للخطأ الذي ارتكبه ، أيا كان نوع الخطأ المرتكب فانه يقضي بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع ع المتضرر لخطأ الادارة^(٢٨) اما الاثار المترتبة على الاسترداد في عقد الالتزام هي انتهاء عقد الالتزام وعودة المرفق الى الادارة حيث يترتب على الاسترداد عودة المرفق العام محل الالتزام للجهة مانحة الالتزام قبل انقضاء المدة المحددة في عقد الالتزام ، وبذلك يتحرر الملتزم بالتزاماته بأداء المرفق العام محل الالتزام ويرفع يده من التاريخ الذي يصبح الاسترداد نافذا^(٢٩). وضرورة ان يشمل قرار الاسترداد والمرفق العام محل الالتزام بأكمله اي يجب ان يكون الاسترداد شاملا للمرفق محل الالتزام ككل وانه ليس من العدل ان يحرم الملتزم من جزء من الالتزام الذي قد يكون اكثر راحة له ، ويترك الجزء الاكثر تكلفه وعيئا عليه اما اثر ممارسة الادارة لسلطة الانهاء الجزائي للعقد الاداري هي الاثر المترتب على جزاء اسقاط عقد الالتزام^(٣٠). ويترتب عليه انتهاء العلاقة التعاقدية على العقد واستبعاد الملزم نهائيا من استقلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الالتزام ويعد جزاء الاسقاط عقوبة قاسية للملتزم لخطئه الجسيم كما يتحمل وحده الاعباء المالية من اجل استمرار تشغيل المرفق ويفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد ولا تلتزم الجهة مانحة الالتزام بحقوق دائني الملتزم الا اذا نص ع ذلك في العقد او في القانون واقامة مزايده جديدة على مسؤولية الملتزم. المستبعد من اجل اختيار ملتزم جديد لتأمين استرداد العمل بالمرفق العام اما الاثار المترتبة على الفسخ الجزائي فتختلف في قوتها بالزيادة او النقصان حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الادارة فالفسخ الجزائي البسيط المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك تبعا لجسامة وخطورة اثاره على حقوق الاول المفسوخ عقده فالإدارة صاحبة الاشغال العامة قد تقرر الفسخ الجزائي لعقد الاشغال العامة عندما يرتكب المقاول خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته العقدية وبذلك فهي لا تحمل المقاول المفسوخ عقده بالآثار المالية المترتبة على هذا الفسخ^(٣١)

الفرع الثاني تمييز الفسخ عن البطلان

من الصعوبة بمكان ان يجد الباحث بين طياته القوانين المدنية تعريفا جامعاً مانعاً لنظرية البطلان فقد تفاوتت المعاني التي بينت ماهيته وعلي النحو الاتي (عدم اكتساب التصرف الوجود الاعتيادي في نظر القانون) او (انعدام اثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير تبعا لذلك) والمتبع لنصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية للدول العربية يجد الكل متفقاً على ان البطلان جزءا لتخلف ركن من اركان العقد الشكلية او الموضوعية، لذا فقد اشتدت حدة الخلاف حول تحديد درجة البطلان وفيما اذا كان على مرتبة واحدة او على مراتب عدة^(٣٢). اذا ترى النظرية

التقليدية التي ظهرت في القرن التاسع عشر ضرورة تقسيم البطلان الى ثلاثة مراتب (الانعدام ويتحقق بانعدام ركن من اركان العقد والبطلان المطلق ويظهر في حالة تخلف شرط موضوعي والبطلان النسبي ويظهر في حالة فساد ركن الرضا او وجود عيب في الاهلية)^(٣٣). ونظرا لوضوح القصور الذي استولى على هذه النظرية، ترى النظرية الحديثة ضرورة تقسيم البطلان على مرتبتين: الاولى البطلان المطلق والآخرى البطلان النسبي وهذه النظرية ايضا لم تسلم من سهام النقد الذي وجه اليها وبعد هذه الاشارة الموجزة عن البطلان نقف امام الفقه الاسلامي قليلا لتوضيح دوره في تحديد درجة البطلان وخاصة انه يرى ان العقد يقسم بشكل عام الى عقد صحيح وعقد غير صحيح وهذا يعد العق باطلا في كل المذاهب الاسلامية عدا الحنفية اذ ترى تقسيم العقد غير صحيح الى عقد باطل وهو الذي لا تتوافر له كل اركانه ويقال له غير مشروع بأصله ووصفه وعقد فاسد اذا توافرت له اركانه واختلف احدها بان لم يستوف ذلك الركن الشروط اللازمة له ويقال له بانه غير مشروع بوصفه. اما مشرعنا لنظرية البطلان في الفقه الاسلامي لم يتخذ من البطلان النسبي كمرتبة اوردها في صلب القانون^(٣٤) ونرى من جانبنا مؤيدين بذلك رأي الاستاذ السنهوري الذي يرى ان البطلان على درجة واحدة ولا توجد في العدم مراتب او درجات فهو يرى ان العقد الباطل بطلانا نسبيا او القابل للأبطال كما تراه قوانين الدول العربية وعلى ذلك فالعقد الباطل بطلانا نسبيا لا يعد امرا مستقلا يقوم الى جانب البطلان المطلق كمرتبة قائمة بذاتها وانما هو تعبير للعقد يمر بمرحلتين اما الصحة او البطلان^(٣٥) (٦) ومن المعلوم ان الاثنتين ينتهي العقد بهما بأثر رجعي مع التأكيد على ان الأثر الرجعي لهما يسري في العقود الفورية دون العقود الزمنية لان الزمن في الاخيرة يعد عنصرا جوهريا وما مضى من الزمن لن يعود فأبطال العقد او فسخه كلاهما سبب لانقضاء العقد ولكن لا يصح القول ان البطلان سبب لانحلال العقد لان الانحلال يفترض اولا وجود عقد صحيح مكتمل العناصر ثم تحلل الرابطة العقدية بالفسخ مثلا^(٣٦) فاذا كان الفسخ يتفق مع البطلان في موضع واحد الا وهو انتهاء العقد الا انه يتقاطع معه في عدة اوجه منها ان البطلان ينشا مع تكوين العقد فيولد العقد حاملا سبب وفاته. اما الفسخ فالعقد ينشا صحيحا مكتمل الاركان، الا ان احد الطرفين يخل بتنفيذ التزاماته مما يسوغ للأخر المطالبة بالفسخ كما ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في النطق بالفسخ او منح المدين مهلة لتنفيذ التزاماته في حيث لا يبقى امام القاضي في البطلان الا النطق بأبطال العقد^(٣٧) ومن جانب اخر دعوى الفسخ تتقدم وفقا للقواعد العامة في القانون المدني. اما دعوى البطلان فلا تتأثر بمضي الزمن وهذا التباين بين الفسخ والبطلان يظهر في قرار لمحكمة التمييز العراقية بالعدد ٢٠٠١/٢٠٠١ عقار م/ ٣٩١٣ في ١٩/٢/٢٠٠١ اذ اشارت ان دعوى الفسخ تختلف عن دعوى الابطال من حيث الطبيعة والشروط لذا فان من المتعين على محكمة الاستئناف تدارك هذا الخطأ واجراء التحقيقات اللازمة في الدعوى للثبوت من شروط الفسخ المنصوص عليها في المادة ١٧٧ م.ع^(٣٨)

المطلب الثاني الفسخ كجزاء تفرضه الادارة نتيجة خطأ المتعاقد

سننظر في هذا المطلب الى اعتبار الادارة الفسخ جزاء توقعه على المتعاقد نتيجة لخطأه ونبين ما هي انواع الفسخ الجزائي

الفرع الأول الفسخ كجزاء توقعه الادارة

فسخ العقد الإداري يكون في بعض حالاته كجزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو ما ينبغي حيث يكون هذا الجزاء نهاية للعقد بصوره مبسطة تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد. وهذا ما يميز الفسخ عن إجراءات الضغط الأخرى التي تكون مؤقتة حيث انه يضع نهاية حاسمة للعقد الإداري إذ يعتبر من أسباب انقضائه^(٣٩) ويمكن إدراج الفسخ بإرادة الإدارة ضمن العقوبات الإدارية و أخطارها و المقصود بالفسخ بإرادة الإدارة هو إنهاء الرابطة التعاقدية بدون اللجوء إلى القاضي الإداري أو موافقة المتعاقد معها، و إذا كان القانون قد اشترط أن يذكر شرط في البيانات الأساسية نظرا لخطورته غير أن القانون أعطى للسلطة الإدارية سلطة الفسخ كقاعدة عامة إذا ما توافرت شروطه حتى ولو لم يدرج في بيانات العقد فإذا لم ينفذ المتعاقد مع الإدارة تنذره المصلحة المتعاقدة لفي بالتزاماته و إذا لم يتدارك في الأجل المحدد في الإنذار يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد و لا يمكن الاعتراض على المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ولذلك فإن تقرير فسخ العقد من جانب الإدارة وحدها هو مقرر لجميع العقود الإدارية بشرط توفر شروط في حدود ما يسمح به القانون و أهم هذه الشروط إخلال خطير من جانب المتعاقد مع الإدارة. والفسخ هو قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد معها جزاء لإخلاله بالتزامه التعاقدية ويتم فسخ العقد عادة بقرار من الإدارة باستثناء عقود امتياز المرافق العامة التي لا يجوز فسخها إلا بحكم قضائي نظرا لما يترتب على ذلك من أضرار بالغة للمتعاقد مع الإدارة وتستطيع الإدارة فسخ العقد سواء كان منصوصا على هذا الجزاء في العقد أو لم يكن منصوص عليه وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون هناك خطأ جسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة حتى تستطيع الإدارة ممارسة هذا

الحق^(٤١)، مثل وقف تنفيذ العقد ، التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون إذن مسبق من الإدارة أو الغش ، أو امتناعه عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة إليه ، كما أن دور القاضي في الرقابة على قرار الفسخ في عقود الأشغال العامة محددة حيث يقتصر على تقدير قيمة التعويض للمتعاقد مع الإدارة إذا لحقه ضرر من فسخ العقد دون أن تمتد إلى إلغاء قرار الفسخ ، ويختلف فسخ العقد كجزء يوقع على المتعاقد مع الإدارة بسبب إخلاله بشروط العقد عن فسخ العقد بسبب مقتضيات المصلحة العامة ، حيث تمتع الإدارة في الحالة الثانية بسلطة تقديرية ولا يتوقف حقها في ذلك على وقوع خطأ من المتعاقد لان الإدارة تبرم العقود الإدارية من أجل تحقيق مصلحة عامه فإذا انتفت هذه المصلحة في أي وقت إثناء تنفيذ العقد فإنها تستطيع أن تنهي العقد بإرادة منفردة لانتهاء الغاية من إبرامه ، كما تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الإضرار التي تلحقه وعن الكسب الفائت بسبب إنهاء العقدونها يجب أن نشير إلى أن فسخ العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة قبل انتهاء مدته يستوجب أن تقوم الإدارة بإخطار المتعاقد معها قبل الإنهاء إذا نص العقد على مهلة الإخطار قبل الإنهاء وإلا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يولد مسؤوليتها عما أصاب المتعاقد من ضرر من جراء الفسخ ، وتملك الإدارة حق الفسخ في العقد الإداري سواء انطوى هذا العقد على نص يخولها هذا الحق أم لا حيث أن هذا الحق من مظاهر السلطة العامة التي تملك الإدارة حق استعماله بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء . وان حق الإدارة في فسخ عقودها مع المتعاقدين معها هو حق أصيل ، تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها قد اخل بالالتزامات العقدية إخلالاً "جسيماً" يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض أن كان له موجب ومقتضى وان ثبت للقضاء أن الفسخ وقع تعسفياً^(٤٢) ففي المادة ٢٢/١٥ من دفتر عقد المقاول الموحد لنظام الأشغال العامة الحكومية نصت على انه يحق لصاحب العمل إنهاء العقد في عدة حالات ومن خلال تلك المادة فانه يتبين أن الحالات التي أجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الإدارة أهمها:

١- إذا اخفق المقاول في تقديم ضمان الأداء أو لم يستحب للإشعار بتصويب أو تعديل وضع معين أمرته الإدارة به وإذا اخفق المقاول عن تنفيذ الأشغال أو تبين للإدارة انه لا ينوي الاستمرار في تنفيذ التزاماته وذلك بدون عذر مقبول^(٤٣)

٢- التعاقد من الباطن دون اخذ موافقة الادارة

٣- الإخلال بأي شرط من شروط العقد

٤- الإفلاس أو الإعسار

٥- استعمال الغش أو التلاعب

٦- تقديم الرشوة أو الشروع بها

ووفقاً للمبادئ الأساسية في العقود الإدارية أن تلك الحالات وردت على سبيل التمثيل لا الحصر ، لان للإدارة حقاً "أصيلاً" في فسخ العقود الإدارية إذا اخل المتعاقد بالتزاماته إخلالاً "يستلزم هذه العقوبة"^(٤٤) وفي هذه الحالة يتطلب مجلس الدولة الفرنسي الشروط التالية للسماح بتوقيع عقوبة الفسخ :

أولاً:- الخطأ الجسيم :والخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي - أي منصوص عليه في العقد أو القانون - والإدارة وحدها هي التي تملك تقدير جسامته ذلك الخطأ وإخلال المتعاقد بالتزاماته بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزء ومن أمثلة الخطأ الجسيم المؤدي إلى الفسخ هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة للمتعاقد من قبل الإدارة ، وترك موقع العمل وإيقاف تنفيذه تعتبر من قبيل الأخطاء المبررة للفسخ والتي لا يمكن أن يقبل أي عذر عن القيام بها من جانب المتعاقد ويدخل ضمن ذلك أيضاً "عدم مراعاة مواعيد تسليم الأعمال أو توريد الأصناف المتفق عليها وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي خطأ جسيماً" يبرر الفسخ إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد والتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون إذن سابق من الإدارة والتجاء المتعهد إلى الغش أو تسليمه بضائع رديئة . ويلاحظ انه ليس للقضاء تعقيب على الفسخ إذا المشرع قرر جزاء الفسخ لخطأ معين ولذلك فان الحالات التي ذكرها القانون والتي تقرر بها الفسخ الوجوبي أو الاختياري للإدارة فإنها تكون بعيدة عن رقابة القضاء من حيث الملازمة لا المشروعية .ومن ذلك يتبين لنا انه وفي عقد الأشغال العامة يأخذ الخطأ صورتين أولهم إخلال المقاول بأي من شروط العقد وثانيهما عدم احترامه للأوامر من الإدارة

ثانياً : اعدار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ

وفقاً للقواعد العامة فالأعدار هو إثبات قانوني لحالة تأخير المقاول في تنفيذ التزاماته ويهدف في عقود الأشغال العامة إلى إثبات عدم وفاء المقاول بالتزاماته من الناحية القانونية وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة ذلك انه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق

العام ومن ثم يمكن له بعد اعذاره أن يصحح من تلك المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد كما انه يعني أيضا إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا استمر في هذه المخالفة^(٤٤). وفي عقد الأشغال العامة أعطى النص الوارد في دفتر عقد المقاولة الموحد للإدارة المتعاقدة في حالة عدم امتثال المتعاقد معها وقيامه بما ورد بالإنذار أما القيام بالإصلاحات اللازمة بنفسها واما تنفيذ العمل على حسابه وأما فسخ العقد وذلك على النحو الذي تراه محققاً للصالح العام حيث أن سلطتها في هذا الشأن تقديرية لا يحدها سوى عيب الانحراف

ثالثاً :- تسبب قرار الفسخ لقد ذكرنا في القيود الواردة على الفسخ دون خطأ المتعاقد وان للقاضي بحث مدى ملائمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقد بعد أن عدل القانون الفرنسي. والفقهاء الفرنسي يؤكد انه وبعد تعديل القانون أصبحت الإدارة ملزمة بتسبب جميع الجزاءات التي توقعها على المتعاقدين معها دون استثناء بما في ذلك عقد الأشغال العامة ولا تعفى من ذلك إلا في حالة الاستعجال ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي إبلاغ جزاء الفسخ إلى المتعاقد أمراً ضرورياً حتى يتمكن من العلم بوجود قرار الجزاء وفحواه . أما في مصر فان جهة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها خلافاً لما جرى به العمل في فرنسا .

الفرع الثاني انواع الفسخ الجزائي

هناك نوعان من الفسخ الجزائي في فرنسا يشتركان في بعض الآثار ويختلفان في البعض هما :الفسخ الجزائي المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

١- الفسخ الجزائي المجرد البسيط :يعني الفسخ المجرد إنهاء الرابطة التعاقدية تماما ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عن الإضرار التي لحقت بها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد ، وفي هذا النوع من الفسخ تنتهي الرابطة العقدية تماما" ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فتقوم الجهة الإدارية بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها وقيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها^(٤٥) ويرى البعض أن هذا الفسخ هو الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها دون أن تحمله أية تعويضات نتيجة لفسخها البسيط للعقد الإداري وهنا تبدو الإدارة اقل صرامة" في ممارساتها سلطتها منها في حالة فسخ العقد بسبب اخطأ المتعاقد الجسيمة .ويؤدي الفسخ المجرد إلى انتهاء العقد وانفصام الرابطة العقدية بين الطرفين وهو يشمل العقد كله ويعفى المتعاقد مع الإدارة من النتائج المترتبة على إخلاله بالتزاماته العقدية وعادة ما يستبعد هذا الفسخ التعويض سواء للمتعاقد مع الإدارة أو عليه^(٤٦)الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد : هذا النوع اشد جسامة من الفسخ المجرد البسيط على المتعاقد المقصر إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مقروناً بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي لان الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول ولكنها تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد وكافة الأعباء المالية المترتبة على قيام الإدارة بتعاقد جديد مع الغير سواء تعاقدت الإدارة بعقد أشغال عامه مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو تعاقدت في عقد جديد في عقد التوريد لتوريد المواد المتفق عليها ويكون الفسخ في هذه الصورة مصحوباً بإعادة طرح الأشغال في مناقصة عامه على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة ، ويجري مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء إلى هذه الصورة من الفسخ إلا إذا نص عليها في العقد أو دفتر الشروط^(٤٧).ولما كان موقف المقاول في هذه الصورة لا يمكن أن يتضح إلا بعد معرفة نتيجة المناقصة الجديدة فانه لا يستطيع أن يطالب بثمن الأعمال التي نفذها أو باسترداد التأمينات المقدمة منه إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة. وبالرغم من التسمية السابقة فان الإدارة ليست ملزمة بان تلجأ إلى طريقة المناقصات العامة في العقد الجديد بل لها أن تختار طريقة التعاقد عن طريق الممارسة ولكنها إذا لجأت إلى هذا الطريق فيتعين عليها أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقدين القديم باختيار أفضل الشروط المالية وتخضع الإدارة لرقابة القضاء في هذا الصدد (١)^(٤٨)قد تكون المخالفة المرتكبة من المتعاقد على جانب كبير من الخطورة بحيث تشكل خطأ" جسيماً" وان ظروف المتعاقد لا تمكنه من الوفاء بالتزامات التعاقد الأمر الذي يحدو بالمشروع إلى إلزام الإدارة بفسخ التعاقد معه. وقد يترك المشرع للإدارة حرية تقدير ضرورة اللجوء إلى هذا الجزاء وفقاً لظروف الحال وبذلك فان فسخ العقد الإداري أما أن يكون وجوبياً" ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه وأما أن يكون جوازياً" تترخص الإدارة في تقديره :

١- الفسخ الوجوبي : الزمت الإدارة بفسخ التعاقد في حالتها ارتكاب المتعاقد للغش في تعامله معها أو إفلاسه حيث افترض المشرع أضرار استمرار التعاقد بالمصلحة العامة في ظل قيام أي منهما ومن ثم يكون للفسخ الوجوبي حالتين هما إذا استعمل الغش وإذا أفلس المتعاقد مع الإدارة وإذا أسعر^(٤٩)

٢-الفسخ الجوازي : أن الإدارة في هذه الحالة من الفسخ هي الأقدر على تقدير منح سلطة استعمال حق الفسخ من عدمه في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة ، فالإدارة توازن ما بين الإضرار بالمصلحة العامة بإنهاء وفسخ العقد وما بين الإضرار التي تصيب تلك المصلحة

من جراء استمرار التعاقد في ظل مخالفة المتعاقد لشروط تعاقدية وتتخذ قرارها بالإبقاء على العقد أو فسخه على النحو الذي يجنب المصلحة العامة الضرر الأكبر

الذاتة

هنالك تشريعات قانونية وراء فقهية قد بينت طريقة انهاء العقد الإداري بالفسخ حيث اعتبرت ان هذه الطريقة من اخطر الطرق المطروحة لانهاء العقد الإداري لما لها من اثار مختلفة وعلى كافة الأصعدة والأطراف وكون ارتباط موضوع الانهاء بالصالح العام الذي من اجلة أعطيت امتيازات للسلطة الإدارية في انهاء العقود كون توقف المتعاقد على اكمال بنود العقد قد يؤدي تأخير تنفيذ التزامه مما يؤدي الى توقف المرافق العامة التي بسببها ابرم العقد الإداري ومن خلال هذه الدراسة نجد أهمية كبيرة وخاصة في العراق لما شهدته هذا البلد من تطور في كافة الميادين الاقتصادية والعمرانية التي يترتب عليها ابرام العقود الإدارية من اجل استمرارها او اكتمالها وهناك عدة نتائج وصل اليها الباحث بالإضافة الى التوصيات التي من الممكن ان تعالج بعض المشاكل التي تخص فسخ العقد الإداري وهي:

الاستنتاجات:

- 1- الاعتراف الكامل في مختلف التشريعات والأنظمة بأن الإرادة المنفردة للإدارة لها الحق في انهاء العقد الإداري دون تدخل من جانب المتعاقد
 - 2- الأصل في انهاء العقود اتفاقياً او قضائياً وممكن ان يتحقق الفسخ في ذلك حيث ان سلطة الإدارة في انهاء العقد بارادتها المنفردة لا تعني هدر وانهاء الطرق الأخرى
 - 3- يكون أساس الفسخ معتمداً على المصلحة العامة فأذا تحققت حصل الفسخ وهذا ما اتفق عليه اغلب الفقهاء والتشريعات الإدارية
 - 4- انهاء العقد بالفسخ لا يمكن ان يتحقق بمجرد تحقق المصلحة بل يجب ان يكون ذلك بالتعليمات والتشريعات الإدارية
 - 5- الاثار المترتبة على الفسخ تعتمد على خطأ احد الأطراف فأذا كانت الإدارة هي المتسببة فيجب ان يكون هنالك تعويض للمتعاقد عن الخسارة التي لحقت به جراء الفسخ
- ### التوصيات:

- 1- ان الاعتراف بطريقة الفسخ يجب ان يكون محدد وفق قوانين وتشريعات موضوعة لما له من أهمية كبيرة في تحقيق الصالح العام حيث يتطلب من المشرع والفقه ترسيخ هذا المبدأ لضمان تحقيق المنفعة العامة
- 2- من الممكن ان تكون هنالك تشريعات وأنظمة إدارية في العراق هدفها تحديد الحالات التي يجوز بها فسخ العقد وما يترتب عليها من اثار في حال وجود تعسف في تطبيقها
- 3- يجب ان يكون هنالك دور للمصلحة العامة كأساس لفسخ العقد سواء كان ذلك بقوة القانون او بالارادة المنفردة للإدارة او نتيجة ظرف قاهر او خطأ المتعاقد
- 4- توصي الدراسة على ضرورة توفر الشروط الأساسية من اجل تحقق الفسخ كونه سلاح ذو حدين من الممكن ان يؤثر على المصلحة العامة للدولة والمجتمع
- 5- يجب ان تكون هنالك تعليمات خاصة تحدد الاثار التي ممكن ان تتحقق بعد الفسخ وهل من الممكن ان يكون الفسخ عبارة عن تحول بالعقد من متعاقد الى متعاقد اخر

المصادر والمراجع

1. Rivero(geon)_precisde droit ADMiristvatif_op.(it,p,12)
2. ابراهيم الفياض : العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الكويت، ١٩٨١، .
3. احمد سلامة بدر ،العقود الإدارية، مكتبة دار النهضة العربيه_القاهره ٢٠٠٣ صفحة ٢٠٠ وما بعدها.
4. احمد محمود جمعه ، العقود الادارية ،ط١، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٢ .
5. اريج عبد الستار : انفساخ العقد /دراسة مقارنة : رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النهدين / كلية الحقوق ٢٠٠٠ .
6. بحث منشور مجلة مؤته للبحوث والدراسات، والمجلد الحادي عشر، العدد الاول، طبعة ١٩٩٦ م ، جامعة مؤنة _ الاردن.
7. بو عمران عادل ، النظرة العامة للقرارات والعقود الادارية (دراسة تشريعية ، فقهية، قضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٢ .

٨. حكم محكمة القضاء الاداري القضية ٧٣٠ لسنة ٢٣ ق المجموعة ١٩٧٢.
٩. خالد خليل الظاهر ، القانون الاداري_دراسة مقارنة ،دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة،الاردن١٩٩٨ .
١٠. خالد هلال شمران التميمي: نظرية البطلان في القانون المدني العراقي، بحث مقدم للمعهد القضائي ٢٠٠٠ .
١١. دفتر عقد المساولة الموحد للمشاريع الاستثنائية_الجزء الاول /وزارة الاشغال العامة والاسكان دائرة العطاءات الحكومية_الجزء الاول_الشروط العامة (فيديك ١٩٩٩) الطبعة الثانية.
١٢. دفتر عقد المساولة الموحد للمشاريع الانشائية الجزء الاول/وزارة الاشغال العامة والاسكان/دائرة العطاءات الحكومية_الجزء الاول_الشروط العامة الطبعة الثانية عمان.
١٣. سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الاداري قضايا .
١٤. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الادارة، بدون دار نشر، ٢٠١٦.
١٥. عبد الحميد خليفه مفتاح ،انهاء العقد الاداري دار المطبوعات الإسكندرية، مصر.
١٦. عبد العزيز عبد المنعم خليفة /الاسس العامة في العقود الادارية_المركز القومي للإصدارات القانونية_الطبعة الاولى ٢٠٠٨ .
١٧. عبد العزيز عبد المنعم خليفة /الاسس العامة في العقود الادارية_المركز القومي للإصدارات القانونية_الطبعة الاولى ٢٠٠٨ .
١٨. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة في العقود الادارية، المركز القومي للإصدارات القانونية الاولى ٢٠٠٨.
١٩. عبد القادر العرعاري . مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية .
٢٠. عبد المجيد الحكيم : المصدر السابق ص٤٧٣-٤٧٤ د. جمال الدين العطيبي : التقنين المدني المصري ، ج١، مطبعة الكتاب المصري ، القاهرة ، ١٩٤٩.
٢١. عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري / دراسة مقارنة ، ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٥ .
٢٢. علي عبد العزيز الفحام سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري_دراسة مقارنة_ دار الفكر العربي،١٩٧٦.
٢٣. عمار بوضياف الوجيز في القانون الاداري دار الجبور للنشر والتوزيع.
٢٤. عمار عوايدي ،القانون الاداري، النظام الاداري ،الجزء الاول ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ٢٠٠٠ .
٢٥. عمرو فؤاد احمد بركات: مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة/القاهرة،١٩٨٥.
٢٦. عمرو فؤاد احمد بركات:مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة/القاهرة،١٩٨٥.
٢٧. فريد فتیان : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني دار واسط/لندن ، ١٩٩٥.
٢٨. قرار منشور في مجلة العدالة العراقية ، بغداد.
٢٩. المحامي عبد الهادي عباس_العقود الادارية_الجزء الثاني_دار المستقبل دمشق الطبعة الاولى ١٩٩٣ .
٣٠. محمد عبد لله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزع ودار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢ .
٣١. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠١ .
٣٢. مصلح العرايري_ الاحكام الخاصة بالعقود الادارية الخاضعة لنظام الاشغال الحكومية رقم(٧١)سنة ١٩٨٦.
٣٣. مفتاح خليفة عبد الحميد_انهاء العقود الادارية_دار المطبوعات الجامعية_الاسكندرية ٢٠٠٧.
٣٤. نصرت منصور ، العقود الادارية (دراسة مقارنة)منشورات زين الحقوقية ط، ٢٠١٠ .
٣٥. نقلا عن : عبد المجيد الحكيم : الوسيط ص٤٦٩ وما بعدها.

هوامش البحث

(١) محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠١ ، ص٨٦٧.

(٢) سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الادارة، بدون دار نشر، ٢٠١٦، ص ٢٣

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة في العقود الادارية، المركز القومي للإصدارات القانونية الاولى ٢٠٠٨، ص٢٧٧

- (٤) دفتر عقد المقاوله الموحد للمشاريع الانشائية_ الجزء الاول /وزارة الاشغال العامة والاسكان/ دائرة العطاءات الحكومية _ الجزء الاول _ الشروط العامة الطبعة الثانيه_ عمان , ص٢٣
- (٥) علي عبد العزيز الفحام سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري _دراسة مقارنة_ دار الفكر العربي، ١٩٧٦، صفحة ١٤٨
- (٦) محمد عبد لله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٤١.
- (٧) بو عمران عادل ، النظر ة العامة للقرارات والعقود الادارية (دراسة تشريعية ، فقهية، قضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٢ ، ص ١٠٩.
- (٨) مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص ١٤٩
- (٩) محمد صغير ،العقود الادارية، مرجع سابق ص ١٠
- (١٠) Rivero(geon)_precisde droit ADMiristvatif_op.(it,p,12)
- (١١) عمار عوابدي ،القانون الاداري، النظام الاداري ،الجزء الاول ،ديوان المطبوعات الجامعيه،الجزائر، ٢٠٠٠، ص١٣٧
- (١٢) عبد الحميد خليفه مفتاح ،انهاء العقد الاداري دار المطبوعات الإسكندرية، مصر، ص٨٠.
- (١٣) عمار بوضياف الوجيز في القانون الاداري دار الجبور للنشر والتوزيع ص ٥٠.
- (١٤) خالد خليل الظاهر ،القانون الاداري_دراسة مقارنة ،دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة،الاردن ١٩٩٨ ص٧٦
- (١٥) علاء الدين عشي ، مرجع سابق ص ٣١.
- (١٦) حكم محكمة القضاء الاداري القضية ٧٣٠لسنه ٢٣ق المجموعة ١٩٧٢_١٧٢١.
- (١٧) د. مصلح العرايره _الاحكام الخاصة بالعقود الادارية الخاضعة لنظام الاشغال الحكومية رقم(٧١)سنه ١٩٨٦
- (١٨) بحث منشور مجلة مؤته للبحوث والدراسات، والمجلد الحادي عشر، العدد الاول، طبعة ١٩٩٦م ، جامعة مؤنة _ الاردن
- (١٩) د. احمد سلامة بدر ،العقود الادارية، مكتبة دار النهضة العربيه_القاهره ٢٠٠٣ صفحة ٢٠٠ وما بعدها
- (٢٠) د. سليمان محمد الطماوي _مصدر سابق_ص٧٦٩.
- (٢١) د. عبد الغني بيوني عبدالله _مصدر سابق_ص٥٥٨
- (٢٢) محمد صغير يعلي _العقود الادارية _مرجع سابق ص٧٩
- (٢٣) السنهوري.م.س. ص ٧٣٥
- (٢٤) عبد القادر العرعاري . مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية ص١١٩
- (٢٥) محمد الكشور. م . س . ص ١٠٥
- (٢٦) د. احمد محمود جمعه ،العقود الادارية ،١، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٢ ص٢٠٩
- (٢٧) د. نصرت منصور ،العقود الادارية (دراسة مقارنة)منشورات زين الحقوقية ط، ٢٠١٠ ، ص٢٤
- (٢٨) اسحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الاداري قضايا
- (٢٩) احمد محمد جمعية ، مصدر سابق، ص٢١١
- (٣٠) نصرت منصور ، مصدر سابق ، ص٥٢٦.
- (٣١) محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص٢٠٣
- (٣٢) خالد هلال شميران التميمي: نظرية البطلان في القانون المدني العراقي، بحث مقدم للمعهد القضائي ٢٠٠٠، ص٣
- (٣٣) فريد فتیان : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني دار واسط/لندن ، ١٩٩٥ ، ص ٨٥
- (٣٤) نقلا عن : عبد المجيد الحكيم : الوسيط ص٤٦٩ وما بعدها
- (٣٥) د. عبد المجيد الحكيم : المصدر السابق ص٤٧٣_٤٧٤ د. جمال الدين العطيفي : التقنين المدني المصري ، ج١، مطبعة الكتاب المصري ، القاهرة ، ١٩٤٩، س ٢٦

- (٣٧) اريج عبد الستار : انفساخ العقد /دراسة مقارنة : رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النهرين / كلية الحقوق ٢٠٠٠ ص ١٣
- (٣٨) قرار منشور في مجلة العدالة العراقية ، بغداد
- (٣٩) عمرو فؤاد احمد بركات:مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة/القاهرة، ١٩٨٥، ص ٥٥٧
- (٤٠) احمد عثمان عياد: المصدر السابق، هامش ١ ص ٢٦٠
- (٤١) د. عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري / دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٥ ، ص ٢٧١ .
- (٤٢) د. ابراهيم الفياض : العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الكويت، ١٩٨١، ص ٢٢٤.
- (٤٣) عمرو فؤاد احمد بركات:مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة/القاهرة، ١٩٨٥، ص ٥٥٧.
- (٤٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط: مصدر سابق، ص ٨٧٢ ومابعداها
- (٤٥) دفتر عقد المقاوله الموحد للمشاريع الاستثنائية _ الجزء الاول /وزارة الاشغال العامة والاسكان دائرة العطاءات الحكومية _ الجزء الاول_ الشروط العامة (فبديك ١٩٩٩) الطبعة الثانية.
- (٤٦) الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد _انهاء العقود الادارية _ دار المطبوعات الجامعية _ الاسكندرية ٢٠٠٧، ص ١٥٤
- (٤٧) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة /الاسس العامة في العقود الادارية _المركز القومي للإصدارات القانونية _ الطبعة الاولى ٢٠٠٨
صفحة ٢٧٧.
- (٤٨) المحامي عبد الهادي عباس _العقود الادارية _ الجزء الثاني_ دار المستقبل دمشق الطبعة الاولى ١٩٩٣ ص ٥٠١
- (٤٩) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة /الاسس العامة في العقود الادارية _المركز القومي للإصدارات القانونية _ الطبعة الاولى ٢٠٠٨
صفحة ٢٧٧.