انهاء العقد الاداري بالفسخ

م.م حيدر محمد زيدان

المديرية العامة للتربية في محافظة ديالى

Termination of the administrative contract by dissolution

Haidar Mohammed Zidan
Directorate General of Education in Diyala Governorate

ملخص البحث

الفسخ نظام معروف في العقود الملزمة للجانبين، لوجود ثمة التزامات متقابلة، وعدم تنفيذ أيَّ منها يعد مسوغاً للفسخ، فهو جزاء ذو طبيعة ازدواجية، فمن ناحية هو جزاء يوقع على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، ومن ناحية اخرى وسيلة بيد الدائن يضمن بها حقوقه تجاه المتعاقد المقصر، والعقد الاداري قد ينتهي نهاية مبتسرة قبل الأجل المحدد له ، فيجوز القيام بفسخ العقد وهذا الفسخ يستند إلى أُسس قانونية مختلفة منها الفسخ القضائي و الفسخ القانوني و الفسخ الإتفاقي ، كما ان فسخ العقد الإداري قد يكون في بعض حالاته كجزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو مرض ، وهذا الجزاء يضع نهاية للعقد تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة ، والأثر الأهم للفسخ حسب القواعد العامة هو المطالبة بالتعويض. واذا كان للإدارة الحق بالتدخل في العقد الاداري بزيادة التزامات المتعاقد أو انقاصها ،فإن هذا مشروط بان لا تتجاوز تلك التعديلات حدودا معينة ، والا جاز للمتعاقد أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد ، وبالمقابل تملك الإدارة حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية أو امتناعه عن تنفيذ العقد الإداري توقيع العديد من الجزاءات ومن اهم هذه الجزاءات هو فسخ العقد الإداري ، الفسخ الجزائي يكون شديد الجسامة ؛ لما يترتب عليه من استبعاد المتعاقد نهائيا من تنفيذ الاعمال موضوع العقد ، والفسخ الجزائي يتحقق بإرتكاب المتعاقد خطأ جسيم غير ممكن تلافيه أو إصلاحه ، كإهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد أو التجاء المتعاقد الى الغش ، ثم لابد من ضرورة الاعذار المسبق على الفسخ ،وبعد تحقق الشروط الآنفة الذكر تصدر الادارة قرارها بالفسخ الجزائي للعقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون حاجة الالتجاء الى القضاء، بيد أنه تبقى رقابة القضاء واسعة على قرار الادارة بفسخ العقد ، فهي تشمل مشروعية قرار الفسخ ومدى ملائمته لجسامة الخطأ .

Research Summary

On the one hand, it is a penalty imposed on the contractor who breached the performance of his obligations, and on the other hand a means by which the creditor guarantees his rights to the failing contractor. , And the administrative contract may end prematurely before the specified period, the contract may be terminated and this dissolution is based on different legal grounds including judicial annulment, legal annulment and breach of contract. The termination of the administrative contract may in some cases be a sanction imposed by the contracting authority on its contractor Which Is no longer able to fulfill its contractual obligations satisfactorily, and this penalty puts an end to the contract imposed by the public interest, and the most important effect of dissolution under general rules is the claim for compensation.

If the administration has the right to intervene in the administrative contract by increasing or decreasing the obligations of the contractor, it is conditional that these amendments do not exceed certain limits. The contractor may not resort to the court to demand the dissolution of the contract. In return, the administration has the contractor's failure to comply with its contractual obligations, The administrative sanctions are the signing of many sanctions. The most important of these penalties is the annulment of the administrative contract. The criminal annulment is very serious because it results in the final exclusion of the contractor from the execution of the contract. The penalization is achieved by committing a serious mistake that can not be avoided or repaired. , Such as negligence of the contractor to work or stop the supply or resort to the contractor to fraud, then must be the need for prior excuses to the termination, and after the fulfillment of the above conditions, the administration issues its decision to abolish the penalty of the administrative contract with its own will and without the need to resort to the judiciary, The administration of the dissolution of the contract includes the legality of the decision of annulment and its appropriateness of the magnitude of the error.

المقدمة :

العقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، على ان العقد الاداري شأنه شأن سائر العقود التي تخضع لإحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى انشاء التزامات متقابلة. فمناط العقد الاداري إذن لا يكفي أن تكون الادارة احد اطرافه ، وانما يجب ان يتصل العقد بنشاط المرفق من حيث تنظيمه او تسييره بغية خدمة اغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الافراد الخاصة ، وان يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وذلك بتطبيق احكام القوانين والتعليمات المنظمة للمناقصات والمزايدات ، وما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين والتعليمات .والعقد الاداري قد ينتهي نهاية طبيعة لذات الاسباب التي ينتهي بها العقد في نطاق القانون الخاص ، ومن خلال تنفيذ كلا طرفي العقد الالتزامات المترتبة على العقد تنفيذا كاملا ، كما إنه قد ينتهي نهاية مبتسرة قبل اجله الطبيعي ومن خلال الفسخ ، وهذا ما يميز العقد الاداري عن غيره من عقود القانون الخاص .

والفسخ كجزاء يقع على الرابطة العقدية فيؤدي الى حلها وانتهاء العقد نهاية غير طبيعية ، بمعنى نهايته قبل أوانه ، كأن يخل المتعاقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد ، وانهاء العقد الاداري بالفسخ اما أن يكون باتفاق الطرفين، او بقوة القانون، او قضائيا، او عن طريق الادارة **خطة البحث** تم تقسيم هذا البحث الى مبحثين تناولنا في المبحث الاول التعريف بفسخ العقد الإداري وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع قانونية وبيان أساسه القانوني الذي يرتكز عليه وتوضيح الاثار المترتبة عليه .وعرضنا في المبحث الثاني حالات فسخ العقد الاداري والتي تتمثل بحالة الفسخ باتفاق الطرفين والفسخ بقوة القانون والذي يقع في بعض الحالات اذا تحققت شروط معينة ، منها هلاك محل العقد ، والفسخ القضائي والذي لا يكون إلا بفعل القضاء ، والفسخ الجزائي والذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حال إخلاله المتعاقد بالتزاماته العقدية .

المبحث الاول

التعريف بفسخ العقد الإداري وأساسه القانوني وآثاره

الفسخ هو من اخطر الجزاءات ؛ لما يترتب عليه من إنهاء الرابطة العقدية ، على عكس اجراءات الضغط المؤقتة التي تبقي على هذه الرابطة ، لذا فإن القضاء الاداري لا يعترف للإدارة بحق الفسخ الا اذا كان الاخلال بالالتزام إخلالا خطيرا او اذا تبين انه لم يعد في وسع المتعاقد الوفاء بالتزاماته على نحو مرض ، وهذا ماسنوضحه فيما يلي :

المطلب الاول التعريف بفسخ العقد الاداري

الفسخ كلمة تطلق ويراد بها لغة النقض، وبابه القطع، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقض فانتقض وفسخ الشيء بفسخه فسخاً فانفسخ[1]والفسخ نظام معروف في العقود الملزمة للجانبين، لوجود ثمة التزامات متقابلة، وعدم تنفيذ أيَّ منها يعد مسوغاً للفسخ ، وهو جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها[2] .وتجدر الاشارة الى ان هناك اوضاع قانونية تشتبه بالفسخ في كونها تضع حداً للعقد ، لذا ينبغي توضيح هذه الاوضاع والتعريف بها على عجالة من اجل تمييز الفسخ عنها.

١- **تمييز الفسخ عن البطلان** :البطلان هو وصف يلحق التصرف منذ نشأته، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرف منذ هذا الوقت وكنتيجة طبيعية لبطلانه ، أما الفسخ فهو إنهاء لعقد ناشئ بتصرفات صحيحة وقائماً قانوناً حتى وقوع الفسخ، ويترتب عليه سقوط الالتزام الناشئ عن التصرف الصحيح، وسقوط الالتزام الآخر تبعاً لذلك من وقت حصول الفسخ[3]. وهذا التباين بين الفسخ والبطلان يظهر جليا في قرار لمحكمة التمييز العراقية بالعدد ٣٩١٣/م/عقار/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٢/١٩ اذ أشارت الى " ان دعوى الفسخ تختلف عن دعوى الابطال من حيث الطبيعة والشروط لذ فأن من المتعين على

محكمة الاستئناف تدارك هذا الخطأ واجراء التحقيقات اللازمة في الدعوى للتثبت من شروط الفسخ المنصوص عليها في المادة ١٧٧ م.ع"[٤] .

٢- **تمييز الفسخ عن الانفساخ** :الانفساخ يعني انحلال العقد بقوة القانون من دون تدخل القاضي ، فالعقد ينفسخ بقوة القانون في الوقت الذي يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا لسبب خارج عن ارادة كلا الطرفين ، أما اذا كانت الاستحالة ترجع الى خطأ أي من الطرفين، فعندئذ لا نكون امام انحلال بل فسخ[٥].

٣- **تميز الفسخ عن التفاسخ** :التفاسخ يعني انهاء العقد بالاتفاق، اذ قد يتفق كلا المتعاقدين على انهاء العقد، لا سيما اذا ما تصورا مقدماً عدم قيام احدهما بتنفيذ العقد[٦].

٤- **تمييز الفسخ عن الالغاء** يكون لجهة الادارة الحق في وضع نهاية للعقد الاداري بإلغائه في الحالات التي تستلزم فيها المصلحة العامة ذلك ، ودون حاجة لاستلزام حدوث خطأ أو اخلال من جانب المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، وهو ما يجعل الالغاء مغايرا في مضمونه للفسخ برغم اتحاد هدفيهما وهو المحافظة على المصلحة العامة لجهة الادارة ؛ ذلك انه يشترط لتوقيع جزاء الفسخ حدوث اخلال جسيم من المتعاقد بالتزاماته العقدية على عكس حالة الالغاء للمصلحة العامة[٧].لذا فالإدارة تملك سلطة انهاء العقد بإرادتها المنفردة دون أن يحتج عليها بالقاعدة القانونية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون[٨]، وهذا ما استقر عليه القضاء الاداري في مصر، حيث قضت به 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"[٩] .كما تجدر الاشارة الى انه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يفسخ العقد المبرم معها بإرادته المنفردة حتى ولو وجدت مبررات الفسخ ، بل يتعين عليه اللجوء للقضاء للحصول على حكم منه بذلك ، ومرد ذلك الى ان فسخ العقد الاداري كأصل عام هو أمر تترخص فيه جهة الادارة ضمانا لحسن سير المرفق العام ، وليس للمتعاقد معها الا حق التعويض إن كان له مقتض[١٠].

المطلب الثاني الاساس القانوني لفسخ العقد الاداري

قد يجد الفسخ اساسه القانوني في فكرة المصلحة العامة ، وقد يجده في اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها ، وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

أولا: اساس المصلحة العامة فسخ العقد الإداري يكون في بعض حالاته كجزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو مرض ، وهذا الجزاء يضع نهاية للعقد بصوره مبتسرة تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[١١]. وذهب الفقيه الفرنسي بينوت الى ان : مصلحة المرفق التي

يرتكز عليها العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجات المرفق أو يشكل عبئا ثقيلا عليه[١٢].وقد نص المشرع العراقي في المادة ١٧٧ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى ،...." .ومن خلال النص أعلاه يظهر ان القانون المدني اشترط لفسخ العقد اخلال احد العاقدين بالتزامه اخلالا من شأنه أن يؤثر على مصالح العاقد الاخر أو على تنفيذ العقد ، مع اشتراط أن يترك البت في فسخ العقد لحكم القضاء ، بيد ان هذا لا ينطبق على العقود الادارية ، فللإدارة سلطة استثنائية في إنهاء العقد ممنوحة لها لمقتضيات المصلحة العامة بدون الحاجة الى حكم قضائي وفقا لقانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ والذي نص في القسم (١١) منه تحت مسمى (الانهاء بناءا على مصلحة الحكومة) على ما يلي "لا ينتهك حق الحكومة التي تتصرف في إطار صلاحية التعاقد المنوطة بها .... بإنهاء العقود العامة الداخلة تحت سلطة هذا الامر ، كليا أو جزئيا ، حينما تكون في مصلحة الحكومة" .

ثانيا: إخلال الإدارة بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها :يقع على عاتق الادارة عدة التزامات والتي ينبغي عليها احترامها والا أثيرت مسؤوليتها العقدية مما يولد للمتعاقد معها حق المطالبة بالفسخ ، وهذه الالتزامات قد تكون ذات صفة مالية وقد تكون ذات صفة إدارية .وينبغي القول أن الإدارة تملك سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وصولاً الى فسخه من دون خطأ المتعاقد ومن غير حاجة الى أخذ موافقة الطرف الآخر في العقد ، بيد ان سلطة الادارة بالتعديل ليست مطلقة ، وبالتالي لا يصح ان تتجاوز الاعباء الجديدة التي يفرضها التعديل الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها واهميتها[١٣] ، ذلك ان فرض تعديلات تجاوز الامكانيات الفنية أو الاقتصادية أو المالية للمتعاقد تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد وتجاوز كل التقديرات الاصلية بحيث يصبح المتعاقد وكأنه امام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله ، وهذا يعطي للمتعاقد مع الادارة حق طلب فسخ العقد والتعويض كما قضى بذلك حكم محكمة القضاء الاداري في مصر في ١٩٥٧/٦/٣٠[١٤].وقد ينص العقد أو تأتي دفاتر الشروط العامة متضمنة للنسب التي يمكن للإدارة إن تعدل العقد بموجبها زيادة او نقصاناً وبمقتضاها تلتزم الإدارة باحترام هذه النسب وعدم تجاوزها والاَّ اثيرت مسؤوليتها العقدية، أما اذا لم يتضمن العقد أو دفاتر الشروط العامة للحد الأقصى للتعديلات التي بأمكان الإدارة ان تعدل العقد بموجبها، فأنها وفي هذه الحالة تخضع لرقابة القضاء الإداري في تقدير مدى الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة[١٥]. وقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مادتها ٧٨ تلك النسبة قائلة:((يحق للجهة الإدارية تعديل كميات او حجم عقودها بالزيادة او النقص في حدود(٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والاسعار من هذه المادة دون ان

يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك. ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة، ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم وان يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد والا يؤثر ذلك على اولوية المتعاقد في ترتيب عطائه ...))، ومن خلال ايراد نص هذه المادة نرى ان المشرع المصري قد اعتمد معيارا ماديا عام لهذا التعديل في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند في العقد بذات الشروط والاسعار من دون ان يترتب على ذلك التعديل حق المتعاقد في المطالبة بتعويض هذا ولم يتطرق الى مسألة فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل هذه النسبة.اما في العراق فقد بينت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية مسألة التعديل في المادة٥٢ ف١ والتي نصت على الاتي: ((للمهندس اجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الاعمال او في أي جزء منها اذا وجد أن ذلك ضرورياً او مرغوباً فيه، وله من اجل ذلك الحق في ان يأمر المقاول القيام بأي من الأعمال التالية: وعلى المقاول ان يقوم بتنفيذ ذلك: ((أ- زيادة او انقاص الكمية لأي عمل تضمنته المقاولة ب- حذف أي جزء من الاعمال جـ-تبديل صفة او نوعية او صنف أي من الاعمال د-تبديل المناسيب والاستقامات والموضع والابعاد لأي جزء من الاعمال. هـ-تنفيذ عمل اضافي من أي نوع ضروري لإكمال الاعمال...)). كما واضافت م٣٥ف١ من شروط الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية الى فكرة التعديل قائلة:((على المقاول ان لا يغير اياً من الاعمال الا بموجب ما يأمر به المهندس تحريرياً وللمهندس السلطة الكاملة (مع مراعاة الاحكام الواردة فيما يلي) ان يأمر المقاول من وقت لأخر اثناء تنفيذ الاعمال بأشعار تحريري القيام بتبديل او تعديل او حذف او اضافة او أي تغيير آخر في أي من الاعمال وعلى المقاول ان ينفذ تلك التغييرات ويلتزم بالشروط نفسها بقدر الامكان ...))ومما يمكن ان يؤخذ على هذه النصوص أن المشرع العراقي لم يتطرق الى النسبة التي بإمكان الإدارة ان تتحرك بموجبها لتعديل العقد زيادة او نقصاناً والتي يجوز لها في الظروف الطارئة والاستثنائية مجاوزتها بشرط موافقة المتعاقد ، كما ولم يتطرق الى جزاء الفسخ مع التعويض في حالة تجاوز الإدارة لها تاركاً تلك المسألة بيد الإدارة لتحدد بإرادتها المنفردة تلك النسب لكل حالة على حده ، وكان من الاجدر بواضع هذه الشروط ان يحدد النسبة التي يحق للإدارة ان تعدل بموجبها العقد كما فعل المشرع المصري في م٧٨ من لائحة المناقصات والمزايدات، وان كان الاخير لم يمنح المتعاقد حق المطالبة بالفسخ مع التعويض، كما لم يعط المتعاقد حق المطالبة بتعويضات فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل نسبة ٢٥%.

المطلب الثالث آثار فسخ العقد الإداري

الأثر الأهم للفسخ حسب القواعد العامة هو المطالبة بالتعويض ، بيد أن إقدام المؤسسة على فسخ العقد قد يولد آثارا أخرى تمس التأمينات المالية ، إذ تقدم الجهة المختصة إلى الاستحواذ عليها لصالحها كجزء من التعويض ، كما لها استقطاع مبالغ الخسارة ، اذا ما زادت قيمتها عن قيمة التأمينات المأخوذة من الاستحقاقات المالية للمتعاقد وحتى إذا كانت موجودة لديها عن نشاطات قانونية اخرى ، وهذا ما أكدته المحكمة الادارية العليا في مصر حيث قررت " في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح الـتأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ، مما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصروفات الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الإستحقاق ..."[١٦]. وتجدر الاشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يرى في حق الادارة باستحصال التعويض من خلال التأمينات المالية أو من اية حقوق مالية اخرى للمتعاقد، يرى فيه تحميل للنصوص بأكثر من طاقتها ، وهو ما يعد خروج عن القواعد العامة ، وتجاهلا لولاية القضاء ، فليس بوسع الجهة المختصة أن تمثل دور الخصم في المطالبة بالتعويض ودور الحاكم في إجراء المقاصة بين ما تدعيه من تعويض وبين حقوق المتعاقد لديها في أعمال أخرى لا علاقة لها في العقد المفسوخ[١٧]، وإن كان رأينا إن هذا الحق الممنوح للادارة ينطوي على كثير من الايجابية في حفظ المصلحة العامة والمرفق العام خاصة وإن بوسع المتعاقد اللجوء إلى القضاء إذا ما كان هناك تعسف من جانب الادارة في استعمال الحق وفي مصر تجيز اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنو ١٩٩٨ الحق للجهة الادارية في حال فسخ العقد أن تحتجز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان وآلات وادوات ولها الحق بالاحتفاظ بها وبيعها دون أدنى مسؤولية ضمانا لحقوقها ولها الحق بالتأمينات المالية كذلك[١٨] .اما في العراق فقد بين قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في القسم ١١ منه على أن انهاء العقد وفقا لمصلحة الحكومة لا يمنع حق المقاول بالمطالبة بالتعويض ، الا انه لم يبين امكانية استيفاء المستحقات المالية للادارة من المبالغ المستحقة للمقاول تجاه الادارة عن اية اعمال اخرى وهو الامر الذي نرى ضرورة النص عليه لما له من اهمية في الحفاظ على المال العام .ويفرق القضاء والفقه في فرنسا بين نوعين من الفسخ الواقع على العقد تبعا لمدى جسامة وخطورة آثار هذا الفسخ على مركز المقاول المفسوخ عقده ، والنوعين هما[١٩] :

أ- الفسخ المجرد : ويقصد به قيام الادارة بفسخ العقد دون أن يتحمل المقاول المفسوخ عقده بالأعباء المالية المترتبة على هذا الفسخ ، أي أن الادارة تقوم بالفسخ بلا قيد أو شرط .

ب- الفسخ على حساب ومسؤولية المقاول : ويقصد به قيام الادارة بفسخ العقد مع تحميل المقاول آثار هذا الفسخ ، وذلك من خلال إعادة طرح الاشغال موضوع العقد في مناقصة جديدة وعلى مسؤولية وحساب هذا المقاول من اجل اختيار مقاول جديد يقوم باستكمال تنفيذ هذه الاشغال .

وفي مصر لم نجد ما يشير إلى الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المتعاقد ، لذلك فالمشرع المصري لم يعترف بنظام الفسخ على مسؤولية المتعاقد ، والقضاء الإداري المصري هو الاخر لم يأخذ به ، حيث ذهبت المحكمة الإداري العليا إلى انه : " من المسلمات أن إحلال الادارة شخصا اخراً محل المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته تقصيرا جسيما لا ينهي العقد بالنسبة له ، وبذلك لايقبل قانونا أن تلجأ الادارة الى توقيع الجزاءين معا على المتعاقد المقصر... "[٢٠].**اما في العراق** فلم ينص المشرع العراقي على جزاء فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد ، وانما اجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ في المادة (١٠/ثانيا/ج) لجهة التعاقد اصدار قرار بسحب العمل من المقاول عند اخلاله ببنود العقد وتنفيذ الاعمال المخل بها على حسابه عن طريق مقاول اخر وباتباع احد اساليب التعاقد المنصوص عليها .ومن جانبنا نرى ضرورة النص صراحة على جزاء فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد ، اسوة بما هو معمول به في فرنسا ولما لهذا الجزاء من فاعلية في حفظ المال العام ؛ حيث ليس هناك مبرر لتنازل الادارة عن حقها بعد ان يتم فسخ العقد ، وان تنفيذ العقد على حساب المقاول هو جزاء عقابي قاس لكنه يوازي الخطأ الذي يرتكبه المقاول عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية ،ولاخوف على مصالح المتعاقد ، طالما ان الادارة لا تستطيع ان تلجأ الى هذا الجزاء الا اذا كان منصوص عليه صراحة في العقد او في كراسة الشروط ، وطالما ان الادارة تقوم بإعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء ، وطالما ان الادارة تخضع لرقابة قاضي العقد في هذا الجانب .

المبحث الثاني
حالات فسخ العقد الإداري

يمكن القول بأن أكثر حالات الانهاء المبستر للعقد الإداري تتمثل في الفسخ الاتفاقي والفسخ بقوة القانون والفسخ القضائي، والفسخ بإرادة الإدارة منفردة، ، .وسوف نتعرض لكل حالة بما يوضح مضمونها في مطلب مستقل وكما يلي :

المطلب الاول الفسخ باتفاق الطرفين

لإنهاء العقد بهذه الصورة لابد من موافقة الجهة التي تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر إرادتها واضحة ، وقد سلم مجلس الدولة الفرنسي بإنهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الإدارة والمتعاقد معها ، وقد يكون الفسخ الاتفاقي مصحوبا بتعويض المتعاقد عما فاته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان[٢١]. وفي مصر والعراق ليس هناك ما يمنع الاتفاق على فسخ العقد الاداري ، طبقا للقواعد العامة ، فقد نص المشرع المصري في م ١٥٨ من القانون المدني

رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ...) .

المطلب الثاني الفسخ بقوة القانون

يقع الفسخ هنا بقوة القانون في حالات يقرر فيها القانون انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها، فإذا تحققت هذه الشروط صار العقد مفسوخاً بقوة القانون ، والفسخ يقع اعتباراً من تاريخ تحقق الشروط ، كما يتحقق دون تدخل من أحد أطرافه، ولهذا الفسخ يقع بدون إلزام أي طرف بأي تعويض ، وما ذلك إلا لتخلف ركن الخطأ[٢٢] . ويقع الفسخ بقوة القانون في بعض الحالات اذا تحققت شروط معينة ، منها هلاك محل العقد ، فاذا هلك محل العقد ، انقضى العقد بقوة القانون ، وهلاك المحل قد يكون بسبب خارجي عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التي أبرم العقد لاستغلالها نتيجة الحرب ، وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وهنا نكون على الحد الفاصل بين إنهاء العقد بقوة القانون وإنهائه بالطريق الاداري [٢٣].وقد نص قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في (م٢٤) منه على أن العقد يفسخ تلقائيا في حالتين: أ- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد. ب- إذا افلس المتعاقد أو أعسر وفي العراق تنص المادة (٤٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) على انه : ((ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه)) ، وهذا الانقضاء يقع بقوة القانون ولا يحتاج إلى صدور حكم يقرره أو قرار من جهة الإدارة المتعاقدة أو اتفاق بين الطرفين على ايقاعه، والاستحالة التي نحن بصددها يجب أن ترد بعد إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه ،أما اذا عاصرت إبرامه فيترتب على ذلك بطلانه[٢٤].وفيما يخص الإفلاس نصت المادة (٣٣١) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والتي ابقت على المادة (٦٣٨) من قانون التجارة الملغى رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ ، حيث قررت الفقرة (١) من المادة (٦٣٨) على مايلي ((لايترتب على الحكم بإشهار الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها الا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية)) ويستخلص من النص اعلاه ، أن العقد لا ينتهي بمجرد اشهار الافلاس وانما لابد من تحقق حالتين اذا كان العقد قائم على الإعتبار الشخصي .

١- أن يقرر امين التفليسة الامتناع عن الاستمرار في تنفيذ العقد ويلاحظ أن القانون العراقي كان موفقا وأكثر وضوحا فيما يخص تقرير الفسخ في حالة إعسار المتعاقد ، بينما القانون المصري جاء مطلق وعام في تقرير فسخ العقد في حالة الإعسار دون إعطاء فرصة الابقاء على العقد فيما اذا كانت شخصية المتعاقد المفلس ليست محل اعتبار في العقد .

المطلب الثالث الفسخ القضائي

واضح من التسمية أن هذا الفسخ لا يكون إلا بفعل القضاء ، ومفاد ذلك أن يرتكب أحد أطراف العقد من الأخطاء ما يجعل الطرف الآخر لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد، وهنا يلجأ هذا الطرف إلى القضاء طالباً الحكم بفسخ العقد، وغالبا مايكون طالب الفسخ هو المتعاقد مع الإدارة ؛ لأن الإدارة تستطيع أن تلجأ الى فسخ العقد بإرادتها المنفردة[٢٥] .ومن الاسباب التي تدعو للفسخ القضائي هي :

أولا: القوة القاهرة تعرف القوة القاهرة بأنها حدث خارجي يستقل عن إرادة كل من المتعاقدين من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلا ، فيؤدي الى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية ، ويجعل له الحق في طلب فسخ العقد ، ويحرم الإدارة من حقها في توقيع الجزاءات عليه لعدم تنفيذ العقد[٢٦] .ومن المسلم به في القانون المدني المصري وفقا للمادة (٣٧٣) منه وكذلك الحال في القانون المدني العراقي وفقا للمادة (٤٢٥) منه ، أن القوة القاهرة والسبب الاجنبي بصفة عامة يؤدي انفساخ العقد من تلقاء نفسه ، ولا محل هنا للإعذار ، لان الاعذار لا يتصور الا اذا كان تنفيذ الالتزام لايزال ممكنا ، وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الاسباب القانونية لانفساخ العقد ، واذا إلتجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب اجنبي ، فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه[٢٧].وفي فرنسا فقد قرر مجلس الدولة في حكمه الصادر في ١٦ يوليو ١٩٥٢ بأن القوة القاهرة تؤدي الى فسخ العقد بحكم القانون ، بيد إن الفقيه دي لوبادير يرى أنه يتعين التفرقة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وذلك الذي تطلبه الادارة ؛ فالمتعاقد يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على الحكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة ، إما الادارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها استنادا للقوة القاهرة ، فيصبح الفسخ هنا فسخا إداريا[٢٨] . وهذا الرأي – وبحق – يضع في الاعتبار الظروف الخاصة بالعقود الادارية ، والتي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن ، وبالتالي يجب ألا يترك للأفراد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، مع ملاحظة أن هذا الحل لن يثقل عليهم في شيء سوى رفع الامر الى القضاء للتأكد من أن ما يستند إليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة التي لاشك فيها .

ثانيا: تجاوز الادارة لسلطاتها: للإدارة حق التدخل في العقد الاداري بزيادة التزامات المتعاقد أو انقاصها ، لكن شريطة الا تتجاوز تلك التعديلات حدودا معينة ، فاذا ما تجاوزت الادارة تلك الحدود ؛ فللمتعاقد – اذا وجد أن التعويض لن يجديه في مواجهة الظروف الجديدة – أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد[٢٩].وقد نظمت دفاتر الشروط الفرنسية للطرق والجسور هذه النسب في مادتيها (٣٠-٣١)، اذ قررت الحق للمتعاقد في طلب فسخ العقد فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل النسب المحددة لها وكانت قد حددت هذه النسب (بالسدس من مبلغ العقد)[٣٠]. كما حددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مادتها ٧٨ تلك النسبة قائلة:((يحق للجهة الإدارية تعديل كميات او حجم عقودها بالزيادة او النقص في حدود(٢٥%) بالنسبة

لكل بند بذات الشروط والاسعار من هذه المادة دون ان يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك....))اما في العراق فقد بينت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية مسألة التعديل في المادة (٥٢ ف١) ((للمهندس اجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الاعمال او في أي جزء منها اذا وجد أن ذلك ضرورياً او مرغوباً فيه ...)).

المطلب الرابع الفسخ كجزاء إداري

تملك الإدارة حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية أو امتناعه عن تنفيذ العقد الإداري توقيع العديد من الجزاءات والتي تضمن بواسطتها حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة محل التعاقد ، ومن هذه الجزاءات هو إمكان فسخ الإدارة للعقد الإداري ، وسنتناول دراسة الفسخ الجزائي للعقد الاداري من خلال بيان مضمونه ومبرراته والشروط اللازمة لتحققه ومن خلال فرعين ، وكما يلي :

الفرع الاول التعريف بالفسخ الجزائي وبيان مبرراته :الفسخ الجزائي هو ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة أن توقعه على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد والذي يترتب عليه استبعاد المتعاقد نهائيا من تنفيذ الاعمال موضوع العقد أو من الاستمرار في تنفيذها[٣١] .ويجد الفسخ الجزائي مبرره في وجوب أن يعطى للإدارة حق العدول عن مشاركة المتعاقد الذي لم يعد قادرا على الوفاء بإلتزاماته على وجه مرض في أداء الخدمات والمنافع العامة ، وذلك لكي تضمن دوام انتظام سير العمل بتلك المرافق[٣٢] وحق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد غالبا ما يتم النص عليه في صلب دفاتر الشروط العامة والخاصة ، بيد أنه اذا لم يوجد نص في العقد أو في دفاتر الشروط على حق الادارة بسلطة الفسخ الجزائي فإن حق الادارة هذا يبقى قائما بذاته باعتباره حقا اصيلا ، وفي هذه الحالة فإن اصدار قرار الفسخ يتم إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ[٣٣] .

الفرع الثاني شروط مباشرة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي : يمكن استخلاص شرطين اساسيين لابد من توافرهما لإمكان قيام الإدارة باستعمال سلطتها في الفسخ الجزائي ، الاول: هو ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم غير ممكن تلافيه أو إصلاحه ، والثاني: هو ضرورة الاعذار المسبق على الفسخ ، وسنبينهما فيما يلي :

أولا- ارتكاب المتعاقد للخطأ الجسيم:لما كان الفسخ يعد من اخطر الجزاءات في مجال العقود الإدارية لانه يترتب عليه انهاء الرابطة العقدية ؛ فقد أجمع الفقه والقضاء على أن يكون خطأ المتعاقد المبرر للفسخ جسيما ، وهو اخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري ، كإهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد أو التجاء المتعاقد الى الغش[٣٤].وفي مصر فقد نص قانون المناقصات

والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية على عدة حالات موجبة لممارسة الادارة سلطتها بفسخ العقد الاداري ، كأن يستعمل المتعاقد الغش بنفسه أو بواسطة غيره ، أو اذا اخل بأي شرط من شروط العقد[٣٥] .أما في العراق فإن الشروط العامة للمقاولات وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد أغفلتا النص على حق الإدارة في فسخ العقد إذا ارتكب المتعاقد خطئا جسيما ، بيد ان قواعد القانون الخاص ومنها القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٨٦٨) منه على أنه " إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر في إنجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم" ونصت المادة (٨٦٩/ف١) من القانون اعلاه " إذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد فله أن ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له ، فإذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب اما فسخ العقد وأما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا ومن خلال النصوص السابقة يتبين ان المشرع العراقي أجاز فسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم سواء قبل إتمام العقد واثناء سير العمل أو بعد اتمام العقد متى ما كانت المخالفة لا تسمح باستعمال العمل على الوجه المطلوب .

ثانيا- الاعذار :هو وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزاماته[٣٦] ، ونظرا لخطورة جزاء الفسخ وما يترتب عليه من آثار ، فالرأي في فرنسا – فقها وقضاءا- هو وجوب قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها وإعطاءه مهلة كافية قبل توقيع هذا الجزاء ، إلا اذا نص العقد أو القانون على الإعفاء من هذا الإعذار[٣٧] ولذلك فإن قاض العقد عندما يراقب مدى مشروعية الفسخ الجزائي للعقد ، فإنه يهتم دائما بالتحقق من أن إجراء الاعذار قد تم اتخاذه من جانب الإدارة ، والا اعتبر جزاء الفسخ معيبا وغير مشروع من حيث الشكل ، وعندها يعفي المقاول المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهضة المترتبة على جزاء الفسخ ، وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه المتواترة[٣٨]أما في مصر فإن أحكام مجلس الدولة المصري لم توجب على الإدارة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ[٣٩] ، كما أن المشرع المصري هو الاخر لم يجعل الإعذار وجوبيا إلا في بعض الحالات ، كحالة عدم قيام مقاول الاشغال العامة بإصلاح أثر الخلل أو الإهمال خلال (١٥) يوم من تأريخ إنذاره[٤٠]أما في العراق فلم ينص قانون العقود الحكومية ولا الشروط العامة للمقاولات على ضرورة انذار المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية، غير إن المادة (٨٦٩) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي نصت على ضرورة انذار المقاول الذي يخل بتنفيذ العمل ويحدد له أجل مناسب لإصلاح ذلك الاخلال أو العدول عنه الى الطريقة الصحيحة في التنفيذ ، ومن الممكن أن

تطبق الادارة حكم هذه المادة طالما لا تتعارض مع طبيعة العقود الادارية ويرى جانب من كتاب القانون الإداري في العراق عدم ضرورة توجيه انذار للطرف المقصر في تنفيذ التزاماته، بينما يرى جانب اخر ضرورة التمسك بالاعذار سواء أكان المدين جهة ادارية ام من يتعاقد معها[٤١] ، ومن جانبنا نؤيد ضرورة الابقاء على الاعذار كإجراء ضروري يسبق مرحلة اللجوء الى القضاء ؛ لما له من أهمية كبرى ، كونه وسيلة تمكن المدين من تفادي فسخ عقده وحثه على المسارعة الى تنفيذ التزاماته .**صدور قرار إداري بفسخ العقد الاداري :** وبعد تحقق الشروط الآنفة الذكر تصدر الادارة قرارها بالفسخ الجزائي للعقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون حاجة الالتجاء الى القضاء[٤٢] .

وتبقى رقابة القضاء واسعة على قرار الادارة بفسخ العقد ، فهي تشمل مشروعية قرار الفسخ ومدى ملائمته لجسامة الخطأ ، بيد إنه اذا نص على الحالات التي تعطي الادارة الحق في فسخ العقد عند توافرها ، فإن رقابة القضاء هنا تقتصر على مشروعية قرار الفسخ دون ملائمة القرار لجسامة الخطأ[٤٣] وتجدر الاشارة الى إن الادارة في فرنسا ملزمة بتسبيب قراراتها الخاصة بتوقيع الجزاءات على متعاقديها ومن ضمنها جزاء فسخ العقد وذلك بعد صدور قانون ١١ يوليو ١٩٧٩ الخاص بتسبيب قرارات الادارة الصادرة ضد متعاقديها ، وبالتالي باتت مهمة القاضي في الرقابة على اسباب فسخ العقد سهلة وميسرة ، وهو مايجب ألاخذ به في مصر وذلك بإلزام الادارة بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الادارية[٤٤] ومن جانبنا نرى أنه يجب الزام الادارة في العراق بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الادارية ، وبالخصوص قراراتها بفسخ بعقد الاداري وذلك حتى يستطيع قاضي العقد أن يمارس رقابته على الاسباب التي تستند عليها الادارة بكل سهولة ويسر كما هو الحال في فرنسا ، وهذا ما يوفر حماية لحقوق المتعاقد مع الادارة ضد قرارات الادارة الغير مشروعة والغير مبررة ، وهو ما يعد ضمانة ضد تعسف الادارة واساءة استعمال حقها ، خاصة وان جزاء الفسخ يترتب عليه نتيجة قاسية متمثلة بانقضاء العقد نهائيا وحرمان المتعاقد من المزايا والارباح المتوقع الحصول عليها فيما لو لم يتم فسخ العقد .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من إنجاز بحثنا الموسوم **(إنهاء العقد الاداري بالفسخ)** فإننا قد توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن ايجازها بالاتي:

أولا – النتائج :

١- ينتهي العقد الاداري نهاية طبيعية بتنفيذ كلا الطرفين المتعاقدين ، بيد إن اخلال أي من الطرفين بالتزاماته يمكن أن يؤدي الى انهاء العقد بالفسخ قبل أوانه وهذا ما يدعى الانتهاء المبتسر للعقد .

٢- إن الفسخ يختلف عن البطلان كما يختلف عن الانفساخ و التفاسخ رغم ان جميع هذه الحالات هي سبب لإنهاء العقد الاداري، فالفسخ يختلف عن البطلان من حيث أن الفسخ يتطلب صدور خطأ من جانب أحد المتعاقدين ، فضلا عن أن العقد المطلوب فسخه يولد مكتمل الأركان والشروط الا ان احد الأطراف قد اخل في تنفيذ التزاماته، في حين نجد ان البطلان يعني عدم استيفاء العقد لاحد الشروط الشكلية او الموضوعية بمعنى ان العقد يولد حاملاً لسبب انتهائه، كما يختلف الفسخ عن التفاسخ في أن الاخير ينقضي به العقد بالاتفاق ، ويختلف الفسخ عن الانفساخ من حيث أن الاخير يحصل عند استحالة التنفيذ.

٣- كما ينتهي العقد الاداري بالفسخ كذلك ينتهي بالإلغاء ، والالغاء وسيلة لانتهاء العقد من دون ان يكون هنالك اخلال من جانب المتعاقد لالتزاماته ، وانما يتحقق بقرار يصدر من جانب الادارة لاعتبارات المصلحة العامة مع تعويض عادل للمتعاقد .

٤- يجد فسخ العقد الاداري اساسه القانوني في فكرة المصلحة العامة والتي تقتضي دوام سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، كما يجد اساسه في اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها ، وهذه الالتزامات قد تكون ذات صفة مالية وقد تكون ذات صفة إدارية . فمثلا الإدارة ملزمة بأن لا تتجاوز في مباشرتها لسلطة التعديل الحدود القصوى للتعديلات المسموح بها، والتي تنص عليها دفاتر الشروط العامة او العقد وهو ما قد يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد ، وبالتالي يجد المتعاقد نفسه امام عقد جديد غير ما تم الاتفاق عليه مقدماً .

٥- تتعدد حالات فسخ العقد الاداري والتي تتمثل بالفسخ الاتفاقي والذي يكون باتفاق اطراف العقد ، والفسخ بقوة القانون، وهي حالات يقرر فيها القانون انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها، والفسخ القضائي والذي يستلزم صدور قرار قضائي بالفسخ ، والفسخ الاداري والذي كجزاء توقعه الادارة بحق المتعاقد الذي يخل بالتزاماته اخلالا جسيما بعد ان تعذره الادارة على هذا الاخلال

ثانيا- التوصيات :

١- يؤخذ على المشرع العراقي أنه لم يتطرق في الشروط العامة للمقاولات الى النسبة التي بإمكان الإدارة ان تتحرك بموجبها لتعديل العقد زيادة او نقصاناً والتي يجوز لها في الظروف الطارئة والاستثنائية مجاوزتها بشرط موافقة المتعاقد ، كما ولم يتطرق الى جزاء الفسخ مع التعويض في حالة تجاوز الإدارة لها تاركاً تلك المسألة بيد الإدارة لتحدد بإرادتها المنفردة تلك النسب لكل حالة على حده ، لذا نهيب بالمشرع العراقي أن ينص على جزاء الفسخ فيما لو تجاوزت الإدارة في استعمالها لسلطة التعديل الحدود المنطقية المعقولة وتحديد جزاء الفسخ في حالة مخالفة الإدارة لها مع ضرورة النص على تعويض المتعاقد في هذه الحالة .

٢- ان المشرع العراقي لم ينص على حق الادارة باستحصال التعويض من خلال التأمينات المالية أو من اية حقوق مالية اخرى للمتعاقد في حال فسخ العقد الاداري كما هو الحال مصر، الامر الذي نرى ضرورة النص عليه لما له من اهمية في الحفاظ على المال العام .

٣- يرى الباحث ضرورة تطبيق الادارة لجزاء فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد ، اسوة بما هو معمول به في فرنسا ولما لهذا الجزاء من فاعلية في حفظ المال العام ؛ حيث ليس هناك مبرر لتنازل الادارة عن حقها بعد ان يتم فسخ العقد ، وان تنفيذ العقد على حساب المقاول هو جزاء عقابي قاسي لكنه يوازي الخطأ الذي يرتكبه المقاول عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية ،ولاخوف على مصالح المتعاقد ، طالما ان الادارة لا تستطيع ان تلجأ الى هذا الجزاء الا اذا كان منصوص عليه صراحة في العقد او في كراسة الشروط ، وطالما ان الادارة تقوم بإعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء ، وطالما ان الادارة تخضع لرقابة قاضي العقد في هذا الجانب .

٤- – ينبغي ان يتضمن قانون العقود الحكومية والشروط العامة العراقية نصاً يحدد ضرورة الاعذار الموجه للادارة وللمتعاقد.

٥- الزام الادارة في العراق بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الادارية ، وبالخصوص قراراتها بفسخ بعقد الاداري وذلك حتى يستطيع قاضي العقد أن يمارس رقابته على الاسباب التي تستند عليها الادارة بكل سهولة ويسر كما هو الحال في فرنسا ، وهذا ما يوفر حماية لحقوق المتعاقد مع الادارة ضد قرارات الادارة الغير مشروعة والغير مبررة .

هوامش البحث

[١]– محمد الرازي: مختار الصحاح ، دار الكتب العربي، ص٥٠٣.

[٢]– د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ٢٠٠٥، ص٢٩٤. في نفس المعنى انظر كذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠١ ، ص٨٦٧ .

[٣] – د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص١٨١ .

[٤] – قرار منشور في مجلة العدالة العراقية،ع٣،مديرية دار الكتب،بغداد،٢٠٠١،ص٦٦

[٥] – د.محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين :الفسخ و الانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٨٦،ص٣٣.

[٦] – د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين: مرجع سابق، ص٢٥. .

[٧] – د. أحمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، ط ١٩٩٦ ، ص ٣٤٨ .

[٨] – د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٣٧.

[٩] – د.عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، دارالمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨،ص٢٨٥. و د.أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ،١٩٧٣، ص٢٥٥

[١٠]– د.أحمد محمود جمعة ، العقود الادارية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠١٣، ص٥١٧

[١١] – – د. السلال سعيد جمعة الهويدي ، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الادارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة طنطا ، ١٩٩٨، ص٤٩٦.

[١٢] – د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري (دراسة مقارنة) ، ط١ ، ١٩٩٣، دون دار نشر ، ص ٤٤٠.

[١٣] – د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٢٣٥.

[١٤] – د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص٢٣٦ .

[١٥] – د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، ص٦٧٠

[١٦] – حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم ٨٢٥٦ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣ ، مشار إليه عند د. خالد عبد الفتاح محمد ، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وأحكام العقود الإدارية ، ط١ ،٢٠١٠ ، دون دار نشر ، ص٦٥٤ وما بعدها .

[١٧] – د. محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بإسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص١٥٨ .

[١٨] – انظر المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

[١٩] – د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص٢٢٨.

[٢٠] – حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في أول فبراير ١٩٦٤ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، س٩ ، رقم ٤٨ ، ص٥٧١ . وحكمها الصادر في ٨ فبراير ١٩٦٤ ، المجموعة ، س٩ ، رقم ٥٣ ، ص ٦٢٢

[٢١] – د.أنس جعفر ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٣٤٤ .

[٢٢] – د. محمد الشافعي ابو راس ، العقود الادارية ، دون دار نشر وسنة نشر ، ص١٢٩.

[٢٣] – د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الإدارية،ط٥ ، دار الفكر العربي،٢٠١١، ص٧٣٨ .

[٢٤] – د. رعد هاشم أمين ، النظام القانوني لعقد التجهيز ، مكتبة السنهوري ، بغداد ص٢٧٣ .

[٢٥] – د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم ، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع ،عمان ، ط١ ، ٢٠١١، ص٣٤٥ .

[٢٦] – د.السيد محمد المدني : القانون الإداري الليبي ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٤٦١ .

[٢٧] – – د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، تحديث وتنقيح المستشار احمد المراغي ، ج١، مشروع مكتبة المحامي ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٦٠٩.

[٢٨] – د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص٧٤١ ومابعدها .

[٢٩] – د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص٧٤٥ .

[٣٠] – خالد مرموص خلف الحمداني ، القيود التي ترد على سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية، رسالة ماجستير ،١٩٨٩، ص١٨ .

[٣١]– د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ص١٧٠ .

[٣٢] – د. احمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص٣٦٢ .

[٣٣] – د. السلال سعيد جمعة الهويدي ، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الادارية ، ص٤٩٦.

[٣٤]– د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص٥٣١ ، ود. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٢٧٠.وكذلك د. احمد عثمان عياد ، مرجع سابق،ص٣٦٢ .

[٣٥] – انظر المادة (٢٤) والمادة (٢٥) من قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، وكذلك المادة (٨٤) والمادة (٢/٩٤) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

[٣٦]– د. عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص٨٣٠ .

[٣٧] – د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٢٧٢.

[٣٨]– د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص٢١٥ .

[٣٩] – د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص٥٣٢.

[٤٠] – انظر المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري ١٩٩٨ .

[٤١]– د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية، مطبعة التعليم العالي في الموصل ص٢٢٩

[٤٢] – د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص١١٨٥ .

[٤٣] – د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص٥٣٢.

[٤٤]– د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع سابق ، ص٢٢٣ وما بعدها .