عنوان الرسالة :

صلاحيـــة الإدارة في فســـخ العقـــد الإداري

دراسة مقارنة

الأردن والكويت ومصر

Administrative Capacity to Annul the Administrative contract

إعداد الطالب:

علي فهيد سالم العجمي

إشراف:

الأستاذ الدكتور/علي خطار شطناوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون العام

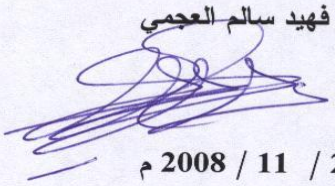
جامعة عمان العربية للدراسات العليا

كلية الدراسات العليا – قسم القانون العام

التفويض

أنا علي فهيد سالم العجمي أفوض جامعة عمان العربية للدراسا العليا بتزويد نسخ مـــن أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها.

الاسم: علي فهيد سالم العجمي

التوقيع: 

التاريخ: 29 / 11 / 2008 م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت رسالة الماجستير للطالب: علي فهيد سالم العجمي بتاريخ: 2008\11/29

وعنوانها" صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري

دراسة مقارنة

"الأردن والكويت ومصر""

وأجيزت بتاريخ: 12/28/ 2008.

أعضاء لجنة المناقشة:		التوقيع
الأستاذ الدكتورمحمد الغزوي	رئيساً	.....
الاستاذ الدكتور علي شطناوي	مشرفاً وعضواً	.....
الدكتور محمد الشوابكة	عضواً	.....

الشكر والتقدير

الحمد والشكر لله العلي القدير الذي منّ عليّ بنعمة العلم والمعرفة ومنحني القدرة على إتمام هذه الرسالة المتواضعة ويسرني ابتداءً أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور / علي خطار شطناوي عميد كلية الدراسات القانوينة والسياسية العليا على تفضله الكريم بالإشراف على هذه الرسالة وعلى الجهد الكبير الذي بذله من خلال توجيهاته ونصائحه القيمة وملاحظاته العلمية وتشجيعه الدائم لي وذلك طيلة مراحل إعداد هذه الرسالة وقد كان لهذه الجهود أطيب الأثر في إخراج هذه الرسالة بالشكل العلمي المطلوب.

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى لجنة المناقشة الموقرة رئيساً وأعضاء على جهودهم الطيبة في مناقشة هذه الرسالة.

وأخيراً أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى جامعة عمان العربية للدراسات العليا ممثلةً بمعالي رئيسها الموقر ونوابه الأفاضل والهيئة التدريسية والإدارية وجميع العاملين فيها على اهتمامهم ودعمهم الدائم.

الإهـــداء

إلـــى .....

إلى أخي (رحمه الله تعالى).....

إلى أمي وزوجتي .... وأبنائي....

فهرس المحتويـات

الشكر والتقدير ..... د

الإهـــداء ..... هـ

فهرس المحتويـات ..... و

الملخص باللغة العربية ..... ح

Abstract ..... ط

الفصل الأول : تمهيد للدراسة ١

المقدمة: ١

مشكلة الدراسة: ١

أسئلة الدراسة: ٢

أهمية الدراسة: ٢

المصطلحات: ٣

منهجية الدراسة: ٤

الدراسات السابقة: ٤

الفصل الثاني : مفهوم الفسخ في العقود الإدارية ٦

أولاً: تعريف العقد الإداري ومعيار تمييزه عن العقود المدنية. ٦

أ: تعريف العقد الإداري : ٦

ب- معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني ٨

ثانيا:- ماهية الفسخ ١٣

أ-تعريف الفسخ. ١٣

ب- أنواع الفسخ. ١٣

الفصل الثالث : الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية ١٧

أولاً: فسخ العقود الإدارية من النظام العام:- ١٧

أ-مفهوم النظام العام: ١٧

ب- الدراسة المترتبة على كون فسخ العقد الإداري من النظام العام. ١٩

ثانياً: الجهة صاحبة الصلاحية في تقرير فسخ العقد الإداري. ٢٠

أ-فسخ العقد من صلاحية القاضي. ٢١
ب - فسخ العقد من صلاحية الإدارة..... ٢٥
الفصل الرابع : شروط فسخ العقد الإداري..... ٢٨
أولا: الشروط الموضوعية ٢٨
أ- مفهوم الخطأ الموجب للمسؤولية. ٢٨
ب- ارتكاب المتعاقد مع الإدارة الخطأ الجسيم..... ٢٩
ثانياً: الشروط الإجرائية لفسخ العقد الإداري..... ٣٣
أ- إعذار المتعاقد بالفسخ. ٣٣
ب- صدور قرار إداري بالفسخ..... ٣٦
الفصل الخامس : الآثار المترتبة على فسخ العقد الإداري ٣٩
أولاً: الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري. ٣٩
أ-الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة:- ٣٩
الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد:- ٤٦
ثانياً: الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري. ٤٧
أ- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة:- ٤٨
ب- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد: ٤٩
الخاتمة ٥١
النتائج والتوصيات ٥٤
اولاً: كتب قانونية:- ٥٦
ثانياً: رسائل جامعية:- ٥٨
ثالثاً: مراجع مترجمة:- ٥٨
رابعاً: أنظمة إدارية:- ٥٨
خامساً: انترنت:- ٥٩
سادساً: قوانين وإتفاقيات إدارية:- ٥٩

صلاحيـــة الإدارة في فســـخ العقـــد الإداري

دراسة مقارنة

" الأردن والكويت ومصر"

إعداد الطالب:

علي فهيد سالم العجمي

إشراف :

الأستاذ الدكتورعلي خطار شطناوي

الملخص باللغة العربية

إن الخلاف الفقهي فيما يتعلق بمعيار المرفق العام و معيار الشروط الاستثنائية، وكون الإدارة طرفاً في العقد نشأ حول أهمية هذه الشروط، ومدى كفايتها معياراً مميزاً لإعتبار العقد إدارياً، ومما يلاحظ أن القضاء الإداري قد قضى بالأمرين معاً، حيث قضى في بعض الأحكام بكفاية معيار المرفق العام وحده معياراً مميزاً للعقد الإداري، كما قضى أخيرا بكفاية معيار الشروط الاستثنائية، وهذا يبرز صعوبة الاعتماد على أحكام القضاء في هذا الصدد.

إن قيام الإدارة بإجراء الفسخ يأخذ شكلين: فسخ على أساس خطأ يقوم به المتعاقد والثاني هو الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطة فسخه بإرادة منفردة .

إن قيام الإدارة في تصرفاتها على أساس النظام العام لا يسلب المتعاقد معها حقه في مقاضاة الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه إثر ممارسة الإدارة سلطاتها. وإن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار.

ولا تستطيع الإدارة التنازل نهائياً عن صلاحيتها في توقيع جزاء الفسخ، وهذا مستمد من أساس جوهري وهو أن هذه الصلاحية تقوم على أساس النظام العام والمقررة للصالح العام وتسيير المرافق العامة، ويترتب على ذلك عدم إلزام الإدارة بوجوب اللجوء للقضاء من أجل القيام بإجراء الفسخ، وبالإضافة إلى ذلك منحت الإدارة هذه الصلاحية حتى لو لم يوجد نص بالجزاء الذي توقعه.

وبالرغم من أن الإدارة تملك حق الفسخ وفرض تعويض على المتعاقد معها بالإضافة إلى مصادرة المعدات والكفالات وإيقاع الغرامات، إلا أنه لابد من الإشارة إلى أن علاقة الإدارة مع المتعاقد تحكمها بالإضافة إلى الأحكام التي تتحيز لها ـ أحكام تنظر بمنظار العدل إلى المتعاقد، وهو ما يعرف بمفهوم التوازن المالي للعقد.

Administrative Authority to Annul Administrative Contracts

A Comparative Study: Jordan, Kuwait and Egypt

By Ali Faheid Salem Al-Ajmi:

Supervisor:

Prof. Ali Khattar Shatnawi

Abstract

The juristic differences regarding the criterion of the public utility (facility) and the criterion of exceptional conditions, and given that the administrative entity is a party to the contract in respect of the importance of the said conditions, as being sufficient to consider the contract as administrative- it may be observed that the administrative judiciary has ruled in favor of the two positions together, given that in some of its rulings it has ruled that the criterion of the public facility (utility) is solely a distinguishing standard of the administrative contract, while ruling recently that the standard of exceptional conditions is sufficient. This underscores the difficulty of relying on the decisions of the judiciary in this regard.

The nullification of the contract by the administrative entity takes two forms: a nullification on the ground that the contracting party commits an error, and the second form is when the administrative entity possesses the jurisdiction to nullify the contract by virtue of an individual will (i.e. unilaterally).

The administration, by basing its conduct on the grounds of public order does not remove from the party which has entered into contract with it its right to take legal action (litigation) against the administration and to ask for compensation for damages it sustained in consequence of the administration exercising its powers (jurisdictions). Favoring the requirements of the public utility over the special interests of the party contracting with the administration does not signify sacrificing (foregoing) those interests, given that the party entering into contract with the administration solely bears all the damages.

Moreover, the administration cannot finally and categorically waiver its right to enforce the contract nullification penalty. This is derived from an essential premise, namely that the jurisdiction is based on the public order and the public interest with a view to maintaining in sound order the public facilities. A corollary of this is not to obligate the administration to resort to the judicial authorities in order to effect the nullification of the contract. Furthermore, the administration was granted this jurisdiction even in the absence of a penalty stipulation which it may apply.

Notwithstanding that the administration possesses the right to nullify the contract and to impose a compensation on the party entering into contract with it in addition to confiscating the equipment and guarantees and imposing financial penalties, it is necessary to note that the relationship of the administration with the contracting party is governed also by rulings that favor the latter- and view with justice the party entering into contract with the administration, and this is known as the idea of financial balance in a contract.

الفصل الأول : تمهيد للدراسة

المقدمة:

يُعدَ العقد الإداري وسيله قانونية تلجأ إليها الإدارة العامة بغية تحقيق أغراضها والقيام بمشروعاتها، وتختلف أشكال العقود التي تبرمها الإدارة حسب الغاية التي ترمي إليها، ويتمثل هذا الاختلاف في طبيعة القواعد القانونية التي تحكم العقود التي تبرمها، فالعقود الإدارية تخضع لقواعد القانون العام، وتخضع عقود الإدارة المدنية لقواعد القانون الخاص.

وتُعدَ العقود الإدارية وسيلة من الوسائل المهمة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها، فضلاً عن العقود المدنية التي تبرمها، والتي تخضع لقواعد القانون الخاص، وعليه نكون أمام نوعين من العقود المبرمة.

وغني عن البيان أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ عام تخضع له جميع العقود المدنية والإدارية، ولكن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني لهذه العقود، كونها تهدف لتحقيق المصلحة العامة و حسن سير المرافق العامة، أدى إلى تميزها عن العقود المدنية من عدة جوانب، سواء من حيث الأحكام التي تخضع لها أم من حيث الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة، وبشكل خاص صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري.

إن ظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة في العقود الإدارية يؤدي إلى إثارة كثير من التساؤلات التي تطرح لتبيان الأحكام القانونية التي تنطبق على مثل هذا التصرف من قبل الإدارة، سواء من حيث شروط الفسخ وصوره، أم الآثار القانونية المترتبة على ذلك من حيث مدى صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية سواء أكانت آثاراً تلحق بالإدارة أم تلحق بالمتعاقد.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكله الدراسة في عدم الاتفاق على الأحكام القانونية التي تحكم صلاحية الإدارة،

ولهذا فإن الغرض من هذه الدراسة هو تحديد الأحكام القانونية التي تحكم صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، وبيان معالم هذه الصلاحية وحدودها، والآثار التي تنتج وتطال كل من طرفي العقد.

وتبرز هذه المسائل القانونية الدقيقة في حال كون الإدارة تملك صلاحية فسخ العقد الإداري، وما ينتج عن هذه الصلاحية من آثار تلحق بالمتعاقد مع الإدارة مما قد يؤدي إلى إلحاق أضرار كبيرة به، ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة كونها تتناول في جانب منها ما يلحق بالمدين أو المتعاقد مع الإدارة من أضرار خطيرة وجسيمة وهو ما يعرف بنظرية إرهاق المدين أو إخلال بالتوازن المالي للعقد.

أسئلة الدراسة:

ما الطبيعة القانونية لإجراء فسخ العقد الإداري ؟

ما الآثار القانونية المترتبة على التكييف الخاص للفسخ ؟

ما الجهة صاحبة الاختصاص في فسخ العقد الإداري؟

ما الشروط الواجب توافرها لفسخ العقد الإداري؟

ما الآثار التي تلحق بكل من الإدارة والمتعاقد بعد فسخ العقد الإداري؟

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من خلال التزايد الهائل بأشكال العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، إضافة لتزايد المرافق العامة وأشكالها، وهو تزايد ناجم عن ازدياد المتطلبات المدنية والإنسانية للمجتمعات.

وتشكل هذه الدراسة مفهوماً عاماًً وضرورياً للعديد من الجهات الإدارية، وذلك للتنوع في أطراف العلاقة في هذا الشكل من العقود على أساس كون الإدارة تمثل السلطة العامة وتخضع لقواعد القانون العام، ويقوم الطرف الآخر بتنفيذ مضمون العقد لتسيير المرفق العام سواء أكان شركة أم فرداً ويخضعان لقواعد القانون الخاص، ومن هنا لابد من التوضيح في هذه الدراسة لهذه الأطراف، خاصة فيما يتعلق بالدوائر الإدارية المختصة بطرح المناقصات أو المزايدات من أجل قبول العروض، إضافة إلى أشكال وشروط العقود التي تبرم من أجل ذلك، إضافة إلى الشركات التي تنفذ الالتزامات والتي تحتاج دائماً إلى تعرُّف مفهوم العقد الإداري وصلاحيات الإدارة في هذا الشكل من العقود وواجبات المتعاقد معها سواءً أكان شركة أم فرداً.

هناك نقص في الدراسات بسبب عدم وجود دراسة متخصصة بمسألة صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، إضافة لأهمية هذا الشكل من العقود كونها تمثل المرفق العام وتتعلق بالمصلحة العامة للدولة والأفراد، وكل تلك الأسباب تشكل مبررات وجوب القيام بهذه الدراسة، وعكس ذلك يسبب نقصاً بحثياً وعلمياً بمسألة قانونية على درجة عالية من الأهمية والدقة كونها تتعلق بتسيير مرفق عام من جهة وبحقوق والتزامات طرف آخر من جهة أخرى وهو الشركة أو الفرد، وكون الإدارة تظهر بمظهر السلطة العامة.

إن قلة الدراسات المستقلة و المتخصصة في هذا الجانب من العقود الإدارية دفع الباحث إلى البحث فيه انطلاقاً مما هو آت:

أولاً : جانب شخصي يتعلق بالرغبة الذاتية للاطلاع والتعمق في هذا الموضوع الحيوي والذي يحمل بداخله إشكالات هائلة من حيث مجموع المصالح القانونية التي يثيرها، إضافة إلى الآثار القانونية المترتبة عليه.

ثانياً :جانب أكاديمي ويتعلق في توفير مرجعية متخصصة في هذا الموضوع للباحثين والمتخصصين.

ثالثاً: جانب عملي يتمثل في توفير إطار عام من المعلومات التي تفيد أطراف العقد الإداري وهم الإدارة العامة والجهات الخاصة (أفراد أو شركات).

المصطلحات:

العقد الإداري: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ويظهر نيته فيه بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(النجار، ص ١٤).

صلاحية الإدارة: هي ما يخوله القانون للإدارة للقيام بتصرفات معينة بموجب القانون.

الفسخ: انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي(سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، ص٢٦٨).

مفهوم النظام العام:

فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان، غير أن معظم الفقهاء يتفقون على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسية هي : الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

الأمن العام : ويقصد به تحقيق كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الكوارث الطبيعية كالحوادث والاخطار العامة كالحرائق والفيضانات والسيول، والانتهاكات التي قد يتسبب بها الإنسان كجرائم القتل والسرقة والمظاهرات وأحداث الشغب وحوادث المرور .

الصحة العامة : ويقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شأنه أن يضر بها من أمراض او أوبئة إذ تعمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها . كما تشرف على توفير المياه الصالحة للشرب وتراقب صلاحية الأغذية .

السكينة العامة : ويقصد بها توفير الهدوء في الطرق والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم كالأصوات والضوضاء المنبعثة من مكبرات الصوت والباعة المتجولين ومحلات التسجيل ومنبهات المركبات .

ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل النظام العام الأدبي والأخلاق العامة، وأمكن بالتالي استعمال سلطة الضبط الإداري للمحافظة على الآداب والأخلاق العامة، فتجاوز بذلك العناصر الثلاثة السابقة، وفي هذا الاتجاه تملك الإدارة منع عرض المطبوعات المخلة بالآداب العامة وكذلك حماية المظهر العام للمدن وحماية الفن والثقافة (الدكتور : مازن ليلو راضي دور القضاء الإداري حقوق الإنسان).

العقد المدني: هو العقد الذي يتكون من طرفين عاديين ويخضع هذا العقد لقواعد القانون الخاص حتى وإن كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام بشرط أن لا يظهر هذا الطرف بصفة السلطة العامة، ويهدف إلى تحقيق مصالح خاصة.

الخطأ الجسيم: هو الخطأ الذي يتجاوز الخطأ المألوف ويترتب عليه نتائج جسيمة تلحق ضرراً كبيراً في المرفق العام أو المصلحة العامة، ويعود تقديره لسلطة المحكمة وهي صاحبة الاختصاص.

منهجية الدراسة:

ستقوم الدراسة باتباع المنهجية البحثية كما يلي: -

أولاً : المنهج الوصفي: حيث سيقوم الباحث بالاستقصاء والبحث في المجالات العلمية ذات العلاقة من حيث تناول البحث في القانون الإداري المصري والكويتي والأردني وتبويبها بأسلوب علمي منهجي.

ثانياً: المنهج التحليلي: سيقوم الباحث بتحليل المعلومات المجموعة وفقاً لمنهجية علمية قانونية وصولاً إلى الوقوف على فهم دقيق لموضوع الدراسة.

الدراسات السابقة:

أولاً: الدراسة التي قام بها محمد موسى إبراهيم بعنوان " المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة"، والتي بحثت في الأهمية التي تلعبها العقود الإدارية كونها ترتبط في تسيير المرافق العامة، إضافة إلى أن الظروف التي تبرم فيها الإدارة العقود الإدارية قد تتغير وتتبدل، الأمر الذي يفرض مستجدات جديدة لها الأثر المباشر على المرفق العام، إضافة إلى ما قد يستجد من منازعات بين الإدارة والطرف المتعاقد معها(إبراهيم، ٢٠٠٥م).

فقد جاء في الدراسة أن امتيازات الإدارة وسلطاتها واسعة في مواجهة المتعاقد من حيث حق التدخل وتعديل شروط العقد وفرض الجزاءات على المتعاقد وسلطة فسخ العقد دون خطأ المتعاقد.

كما أن سلطات الإدارة وصلاحياتها ليست مجردة من كل قيد، بل خاضعة للرقابة القضائية الإدارية، ويجب أن تقف عند حد معين ولا تتجاوزه.

وقد ركزت الدراسة على تناول نظريات فقهية إضافة إلى التطبيق القانوني، وفي إطار النظريات جاء موقف الدراسة في بحث نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظريات الصعوبات المادية دون تناول جانب صلاحية الإدارة في الفسخ بشكل وافٍ.

ثانياً: الدراسة التي قامت بها هند أحمد موسى أبو مراد بعنوان " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"، والتي بحثت في المقارنة بين العقد الإداري والعقد الخاص وكون الإدارة صاحبة الحق بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة وإضافة إلى وجود هذا الحق وأن نص العقد على حظر هذا الحق وذلك لكون العقود الإدارية ترتبط بتحقيق مرفق عام (أبو مراد، ١٩٩٩م).

وقد اقتصرت هذه الدراسة على الجوانب التي تم الإشارة إليها دون التعمق في ما يترتب من نتائج على حق صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري إضافة لتوضيح التكييف القانوني لمفهوم المرفق العام والانتظام العام الذي تقوم عليه فكرة صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري.

ثالثاً: الدراسة التي قام بها سهم أحمد النوافله بعنوان " فعالية تطبيق العقد الإداري وإجراءات اختيار المتعاقد في الإدارة العامة الأردنية دراسة حالة في وزارة الأشغال العامة والإسكان الأردنية"والتي تناول الباحث في جانب منها أهمية كون العقود الإدارية مرتبطة بالمرافق العامة وأهميتها في تسيير هذه المرافق ومدى ارتباطها في حياة المواطن(النوافله، ٢٠٠٤م).

تناولت هذه الدراسة أهمية العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لتسيير المرافق العامة دون تناول الجوانب القانونية والآثار القانونية المترتبة لفسخ العقود الإدارية.

وتمثل هذه الدراسة جانباً تقييمياً دون البحث بشكل معمق في الإطار القانوني الناظم لهذه العقود.

لذلك سوف يوضح الباحث في الفصل القادم مفهوم الفسخ في العقود الإدارية ومعيار تمييزة عن العقود الأخرى وماهية الفسخ وتعريفة وأنواعة حتى يتضح للقارئ الفرق لأن العقد الإداري يختلف مع العقود الأخرى من حيث أطراف العقد والغاية والأحكام الخاضع لها

الفصل الثاني : مفهوم الفسخ في العقود الإدارية

تملك الإدارة حقاً في فسخ العقود الإدارية التي أبرمتها مع أشخاص القانون الخاص، لحماية المرافق العامة من العبث مطلب عام يرتبط بالمصلحة العامة للدولة والأفراد لأن الإدارة كفيلة باتخاذ السبل لحماية مرافقها.

وقبل البحث في صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري وآثار ذلك على كل من الإدارة والمتعاقد مع الإدارة لابد من معرفة المفاهيم المرتبطة في هذا الموضوع، وعليه سيتم تناول هذا الفصل كما هو آتٍ:

أولاً: تعريف العقد الإداري ومعيار تمييزه عن العقود المدنية.

أ - تعريف العقد الإداري.

ب - معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني.

ثانيا:- ماهية الفسخ.

أ - تعريف الفسخ.

ب - أنواع الفسخ.

أ: تعريف العقد الإداري :

يُعدُّ العقد الإداري أحد الوسائل الفاعلة لتحقيق الإدارة مهماتها، فبإمكانها إبرام عقد مع أحد الأفراد لتسيير أحد المرافق العامة الحيوية والمهمة، وعليه تبرم الإدارة العديد من العقود مع الأفراد تؤدي إلى نشوء علاقات تعاقدية بينها وبين الأفراد، يحدد بمقتضاها حقوق وواجبات لكل من الطرفين.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل ما تبرمه الإدارة من اتفاقيات مع الأفراد تُعدُّ عقوداً إدارية، فقد تبرم اتفاقاً مع الأفراد ويبقى هذا العقد عقداً مدنياً، لذا فإن ما يعنينا في هذه الدراسة هي العقود الإدارية، وعليه سيتم الوقوف على تعريف العقد الإداري، ومن ثم تعرُّف معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني.

تعريف العقد الإداري : الأردن ، والكويت ومصر وفرنسا:

تتفق العقود الإدارية مع العقود المدنية في كونها علاقة تعاقدية تنشأ على أساس توافق إرادتين بالإضافة إلى توافر الأركان الثلاثة التي تشكل أركان العقد وهي: الرضا والمحل والسبب.

تعريف القانون والقضاء الأردني للعقد الإداري:

لم يحدد القانون الأردني تعريفاً معيناً للعقد الإداري، ولم يحدد المشرع صراحة الشروط الواجب توافرها لإضفاء الصفة الإدارية على عقود معينة(كنعان، ص ٣١٤) ، ولكن صدرت بعض الأنظمة استناداً لنص المادة (١١٤) من الدستور الأردني والتي أجازت لمجلس الوزراء بموافقة الملك تنظيم ومراقبة إنفاق الأموال العامة وهي: نظام الأشغال العامة رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦ وتعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، ونظام اللوازم رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٨ الذي ينظم عقود الاشغال العامة، وعقود التوريد العامة

ولكن قرارات محكمة العدل العليا الأردنية جاءت مؤكدة على الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإدارية من حيث كونها تتعلق بإدارة المرافق العامة، ويبرز ذلك من خلال قرار محكمة العدل العليا الأردنية الذي جاء فيه : (يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلا عن العقد المدني إذ إنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام واضطراد، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقا لمصلحة المرفق العام، وعليه يكون القرار الذي اتخذته ضدها (لجنة اللوازم والأشغال لأمانة عمان) بحرمان المستدعية من المشاركة بعطاءات ومشتريات الأمانة مدّة سنة واحدة يتفق والمادة ٤٩ من نظام اللوازم والأشغال بسبب تقصيرها في الصيانة وإخلالها بالتزاماتها العقدية وهو إجراء يتفق مع تنفيذ العقد وفقا لمصلحة المرفق العام، ذلك لأن الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تستهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه، كف المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة على خلاف الأمر في العقود المدنية، حيث تنضبط حقوق الطرفين والتزاماتهما) (محكمة العدل العليا رقم القرار: ١٨١ / ١٩٩٧ المنشور في: مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة: ١٩٩٧ صفحة رقم: ٣٧٦٦ اسم التشريع: نظام اللوازم والأشغال لأمانة عمان الكبرى رقم ١٢ لسنة ١٩٨٨).

تعريف القضاء الكويتي:

لايوجد تعريف بالنسبة للعقد الإداري ولم يتطرق لها المشرع ولا القضاءالكويتي.

تعريف القضاء الإداري المصري.

استقر تعريف العقد الإداري كما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه "العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه، وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام، بما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص" (حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ٢٨ في جلسة ١٩٨٤/٢/١١، ص ٦٧٥، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٩ في جلسة ١٩٨٧/٢/٢١، صادق، ص ١٠، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة الأحكام، ص ١٨٣١).

تعريف القضاء الإداري الفرنسي.

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تعريف العقد الإداري أنه : "العقد الذي "يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام. ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" (الطماوي، الوجيز...، ص ٧١٩).

من خلال ما تقدم من تعريفات يمكن القول إن العقود الإدارية لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية :

الأول: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

الثاني: أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

يجمع الفقه الفرنسي والمصري على ضرورة توافر هذه العناصر، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري أيضاً، لكن الخلاف يدور حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه العناصر ليكون معياراً مميزاً للعقد الإداري. فقد ذهب جانب من الفقه إلى كفاية كون الإدارة طرفاً في العقد حتى نكون أمام عقد إداري فاعتبر بذلك جميع العقود التي تقوم بإبرامها الإدارة عقوداً إدارية، وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي (الطماوي، الأسس.، ص ٥٠، مهنا، ص ١١٢٧، عبد الوهاب، ص ٢٨) . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام. وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص لإضفاء الصفة الإدارية على العقود، وهؤلاء الفقهاء هم أنصار المعيار الموضوعي، غير أن هذا الجانب ينقسم على نفسه، فقد ذهب قسم منهم إلى القول بكفاية اتصال العقد بمرفق عام ليكون عقداً إدارياً، بينما رآى الفريق الآخر كفاية تضمين العقد شروطاً استثنائية لإضفاء الصفة الإدارية عليه وهذا ما سيتم البحث فيه لاحقا.

ب- معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني.

تبين من خلال ما تم تقديمه سابقاً أن العقد الإداري يقوم على توافر عدد من العناصر، وعليه يمكن التعرف على هذه المعايير التي ساقها الفقه لتحديد اختلاف العقد الإداري عن العقد المدني، وتتمثل في أحد هذه المعايير الثلاثه، وهي ما تعرف بالمعيار العضوي، و المعيار المرفق العام، ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة. وسنفصل في هذه المعايير على النحو الآتي:

المعيار الأول: المعيار العضوي.

يؤسس أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم على أن من أهم مكونات العقد الإداري وجود الإدارة طرفاً فيه فإذا ما خلا العقد من هذه الصفة، فلا يمكن اعتباره عقداً إداريا(بركات، ص٥٧٤، الفحام، ص٤).

وجه فقه القانون الإداري النقد لهذا المعيار استناداً إلى ما يعتري هذا المعيار من نقص من عدة جوانب لعل من أهمها:

أولاً: عدم وضوح الصفة الإدارية من حيث إن لفظ الإدارة ينصرف إلى الإدارة العامة في الدولة، والتي تشمل أشخاص الإدارة المركزية واللامركزية(الفياض،العقود الادارية، ص٤٣)، هذا بالإضافة إلي اعتراف القضاء الإداري الأردني، بالشخصية المعنوية العامة للمنظمات التي تساهم في تنفيذ الخدمات التي تقدمها المرافق العامة، كالنقابات المهنية المختلفة، وأن بعض أحكام محكمة العدل العليا في أحكام أخرى لها اعتبرت النقابات المهنية من أشخاص القانون الخاص. بالإضافة إلى القضاء المقارن الذي اعتبر مجلس الدولة الفرنسي العقود التي تبرمها اللجان الخاصة بالتنظيم المهني عقوداً إدارية (ترجمة يسري، ص ٣١٩، من أحكام القضاء المصري، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٦/٣/٢٧. مجموعة أحكامها في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) ج٢ ص-ومن أحكام القضاء).

وثانياً: إن العقود الإدارية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص والتي تهدف لتحقيق نفع عام، فلا يكون لهذه العقود صفة العقود الإدارية على أساس هذا المعيار الذي يعتبر وجود الإدارة العامة طرفاً في العقد من أجل إصباغ صفة العقد الإداري عليه(الزهيري، ص ٤٧).

والمثال على ذلك ما جاء في حكم محكمة التنازع الفرنسية التي قضت : " أن عقود الأشغال العامة التي تبرمها مؤسسات خاصة تسمى مؤسسات الاقتصاد المختلط مع مقاولين عاديين للقيام ببناء الطرق العامة الرئيسية تعتبر عقوداً إدارية" (الزهيري، ص ٤٧)، ووفقاً لقانون ١٩٥٥ في فرنسا بشأن هندسة الطرق أجازت المادة (٤) تخويل الشركات بموجبها القيام بتلك المهمة(الزهيري، ص ٤٧)، وهذا ما يتعارض مع ما درج عليه القضاء الإداري المقارن، حيث أورد استثنائين على إمكانية قيام أشخاص القانون الخاص بإبرام عقود إدارية لتحقيق النفع العام وهما كما يأتي:

الاستثناء الأول: التعاقد باسم الإدارة ولمصلحتها.

طبقت كل من محكمة التنازع الفرنسية ومحكمة القضاء الإدارية المصرية (حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٤، ص ٢٠٧) هذه الفكرة في حكم لها، وفي حكم لمحكمة التنازع الفرنسية بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط الملتزمة بتسوية وتمهيد إقليمي (ماسي وانتوني) مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال، الأمر الذي أدى إلى نشوء نزاع حول طبيعة العقد المبرم، حيث انتهت المحكمة إلى اعتبار العقد إدارياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم إقليمي ولحسابه (ماسي وانتوني) (الفحام، ص١٧، يسري، ص ٣٥٠).

وفي الاتجاه نفسه أكدت محكمة القضاء الإدارية المصرية، التي اعتبرت العقد إدارياً متى أبرمته لجنة كلفتها وزارة التموين بتوزيع الشاي حسب التنظيمات التي وضعتها الوزارة، بعد استيلائها على تلك السلعة على أساس أن اللجنة أبرمت هذا العقد بإعتبارها مكلفة بخدمة عامة (حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادرفي ١٩٥٦/٤/٢٤ السنة العاشرة،ص٢٠٧).

وجاء موقف الفقه المنادي بالأخذ بالمعيار العضوي على أن هذا الحكم ما هو إلا تطبيق لفكرة الوكالة والتعاقد باسم جهة الإدارة ولحسابها، وأنه ليس استثناءً حقيقياً من القاعدة العامة التي تقضي بأن تكون الإدارة طرفاً في العقد (عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، ص ٨١).

الاستثناء الثاني: تدخّل الإدارة في عقود الأفراد.

لا يُعدّ العقد الذي ينظم بين أفراد عاديين من العقود الإدارية، حتى لو كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً خاصاً يعمل للصالح العام، أو متعهداً للأشغال العامة (بركات، ص ٥٧٤)، ومع ذلك يجد القضاء اعتبار مثل هذا العقد إدارياً إذا ما تدخلت الإدارة فيه، باعتبارها تعمل باسم فردٍ عادي ولحسابه، وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية بشأن عقد أبرمه المكتب الوطني للملاحة لحساب أحد الأفراد مع شخص مكلف بتركيب بعض الآلات، حيث اعتبر العقد مدنياً لعدم وجود شروط استثنائية من القانون الخاص (الفحام،سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، ص ١٤، النّجار،نظرية البطلان في العقود الادارية، ص٢٠).

وعليه تذهب الدراسة إلى أن العقد يكون إدارياً، بشرط أن يكون أحد طرفيه إدارة عامة بالإضافة إلى الشروط الأخرى.

المعيار الثاني: معيار المرفق العام.

استقر الفقه والقضاء في كل من مصر و فرنسا، على أنه لكي نكون أمام عقد إداري لا بد من وجود صلة بين العقد والمرفق العام للعقد، وفي هذا السياق تبرز إشكالية كون وجود هذه الصلة كافيه ليصبح العقد إدارياً.

يشغل تحديد مفهوم المرفق العام آراء فقهية(الحمود، ص٣٨، حافظ، ١٩٦٤، الطماوي، مبادئ ...،١٩٧٣). وتتمثل هذه الآراء بوجود اتجاهين أحدهما شكلي يعتبر المرفق العام هو: " المنظمة أو الهيئة التي تمارس نشاطاً عاماً، وتكون تابعة للدولة" (فياض،العقود الادارية، ص٤٩) والآخر موضوعي يعتبر المرفق العام هو: " النشاط الذي يشبع حاجات عامة ويؤدي إلى تحقيق منافع عامة" (الفياض،العقود الادارية، ص ٥٠).

ولقد عرف القضاء الأردني المرفق العام بأنه: " حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكمة كي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام وهل هم قادرون بوسائلهم الخاصة على إشباع تلك الحاجة أم لا" (عدل عليا مجلة نقابة المحامين الاردنيين،رقم ١٩٧٦/٧٤، ص ٣٢١).

ومن مظاهر اتصال العقد بالمرفق العام صور أوردها الفقه، والتي استقاها من أحكام القضاء الإداري (خطار، دراسات في العقود الادارية، ص ٦).

يمكن إجمالها بما هو آتٍ:

الصورة الأولى: تعاون المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق عن طريق القيام بعمل كتقديم خدمة أو توريد مواد.

الصورة الثانية: كون العقد يتضمن قيام المتعاقد بمشاركة الإدارة في إدارة المرفق العام.

الصورة الثالثة: هل أن كون الإدارة ملتزمة بمواجهة الفرد بتقديم سلعة أو خدمة يجعل العقد ادارياً؟

وللإجابة عن التساؤل السابق تقديمه من حيث إشكالية كون وجود هذه الصلة كافية ليصبح العقد إدارياً، وتبرز هذه الإشكالية في ظل وجود بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي إلا أن اشتراط توافر الشروط الاستثنائية واكتفاءه بهذه الشروط يخرج هذا المعيار من كونه كافياً وحده لتحديد صفه العقد أهو إداري أم لا. وكل ذلك أدى إلى ظهور خلاف بين الفقه حول كفايته وذلك في ثلاثة اتجاهات فقهية(عياد، مظاهر السلطة العامة،ص٢٨):

ذهب جانب من الفقه إلى الاكتفاء بمعيار المرفق العام لتمييز العقد الإداري، دون أية حاجة لاستلزام شروط أخرى من حيث احتواء العقد نفسه على شروط استثنائية غير مألوفة(يسري،أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي، ص٥٠٥)، واتجاه آخر من الفقه ذهب إلى القول بوجوب الاستغناء عن معيار المرفق العام والاكتفاء بمعيار الشروط الاستثنائية(الحلو، القانون الاداري،ص٥٧١)، إلا أن غالبية الآراء الفقهية (الطماوي، الأسس.... ص ٦٨-٧٠، عياد، ص٢٠، النّجار، ص٢٥). تذهب إلى وجوب توافر شرط المرفق العام، إلى جانب شرط احتواء العقد على شروطٍ استثنائية غير مألوفة، وهؤلاء هم أنصار المعيار المزدوج.

المعيار الثالث: معيار الشروط الاستثنائية.

تمثل مسألة تعريف الشروط الاستثنائية مسألة بالغة الدقة، وعليه لا يوجد تعريف محدد للشروط الاستثنائية، نظراً لكون كل حالة لها ظروفها، كما أن القضاء اكتفى بكون العقد يحتوي على شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص دون تحديد لهذه الشروط (الطماوي، الأسس...، ص٧٨).

وعليه سيتم تناول بعض ما أورده الفقهاء من تعريفات لمفهوم الشروط الاستثنائية والتي سيقوم الباحث بإيراد بعض منها؛ فالأستاذ فالين يعرفها بأنها "تلك الشروط التي لا نجدها في القانون الخاص، إما لكونها باطلة لمخالفتها للنظام العام، وإما لأن السلطة الإدارية قد ضمنتها العقد نزولاً عند مقتضيات الصالح العام"(عبد المولى، ص ١٠٩).

أما الأستاذ (فيدل) فيرى أن الشروط الاستثنائية هي " تلك التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد، ليس بسبب استحالتها أو اصطدامها بالنظام العام، وإنما لاتسامها بطابع السلطة".

أما الفقيه الفرنسي (دي- لوبادير)، فيرى أن " الشروط الاستثنائية لا تنحصر في تلك التي تتميز بطابع السلطة العامة، أو تخرج على المألوف الذي اعتاده الأفراد، ولكنها تتمثل أساساً في الشروط الوثيقة الصلة بمبادئ القانون العام" (حلمي، ص ١٦٦).

وأمام عجز فقه القانون الإداري على وضع تعريف محدد وشامل للشروط الاستثنائية، جاء الحل البديل أمام الفقه الفرنسي في عرض هذه الشروط في سياق صور كما هو آتٍ:

الصورة الأولى: الشروط التي تمنح الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها.

ويتمثل ذلك في سلطتها على تعديل بعض شروط العقد بالإرادة المنفردة، وحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته المفروضة عليه والتي قد تصل إلى حد فسخ العقد الإداري، هذا ما يمثل جوهر هذه الدراسة والذي سيتم تناوله بشكل مفصل لاحقاً.

الصورة الثانية: الشروط التي تخوّل المتعاقد سلطات قبل الغير.

ومن أمثلتها في عقود الأشغال العامة تلك التي تعطي للمقاول سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة(الزهيري، ص ٨١)، وتمثل هذه الشروط شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

الصورة الثالثة: الشروط المبنية على قواعد القانون العام.

لم يعتبر القضاء في فرنسا مثل هذه الشروط قرائن غير قاطعة في إضفاء الصفة الإدارية، فعندها يمكن اعتبار الاتفاق من الشروط المرجحة أيضاً(الطماوي، الأسس...، ص ٦٣)، ومن الأمثلة على هذه الشروط، الشرط الذي يحيل على القضاء الإداري في الاختصاص(عبد المولى، ص ١١٣).

الصورة الرابعة: الشروط المستوحاة من اعتبارات المصلحة العامة.

وتتوخى هذه الشروط تحقيق المصلحة العامة، ومن الأمثلة على ذلك النصوص المدرجة بوثائق التأمين البحري والتي تخضع دفع التعويض لشرط شراء سفينة (حلمي،العقد الاداري، ص ١٨٦).

مدى كفاية الشروط الاستثنائية معياراً مميزاً للعقد الإداري.

هناك اتجاهان للبحث في مدى كفاية هذا المعيار، اتجاه يرى عدم كفاية الشرط الاستثنائي معياراً مميزاً للعقد الإداري، والآخر يرى كفايته.

فوفقاً لأصحاب الاتجاه الأول ، فإن تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لا يصلح معياراً سليماً لتمييز العقود الإدارية ومن أهم الحجج التي يسوقها أنصار هذا الاتجاه، أن فكرة الشروط الاستثنائية ذاتها فكرة غامضة، وغير محددة باعتراف الفقهاء الذين ابتكروا هذه الفكرة بأنفسهم(مهنا، القانون الاداري،ص ١١٨٤).

أما أنصار الاتجاه الثاني فيرون أن هذا المعيار هو المعيار الحقيقي المميز لهذه العقود، وهو يغني عن أي معيار آخر، ومنهم العميد الفرنسي (فيدل) (مروان، ص ١٠٨٣-١٠٩٤، و عياد، ص ٨٩). إذ يرى أن الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي من مضمونه نتبيّن وجود الشروط الخارجة على القانون الخاص، ورغبة الإدارة في إبعاد هذا القانون، ومن الفقه الفرنسي المؤيد لهذا الاتجاه أيضاً الأستاذ (شابي) (عباس،العقود الادارية، ص ٨٤٩) الذي اعتبر أن وجود الشرط الاستثنائي كافٍ لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة، وأن وجود أي شرط آخر ليس ضرورياً.

وفي الفقه المصري وجد من يؤيد هذا الرأي وعلى رأسهم الدكتور ثروت بدوي حيث يرى(بدوي، ص ٢٥٥) أن المعيار المميز للعقد الإداري في الوقت الحاضر هو اشتماله على شروط استثنائية سواء اعتبرت كذلك لاتسامها بطابع السلطة العامة، أو لأنها غير مألوفة في عقود القانون الخاص(بدوي،ص٢٥٥).

ويخلص الباحث مما تقدم إلى القول: إن هناك شروطاً ثلاثة رئيسية متفق عليها لاعتبار العقد إدارياً، إلا أن الخلاف الفقهي نشأ حول أهمية هذه الشروط، ومدى كفايتها معياراً مميزاً للعقد الإداري، هل هو معيار المرفق العام؟ أم معيار الشروط الاستثنائية؟ ولقد أيّد كل اتجاه رأيه ودعّمه بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، ومما يلاحظ أن القضاء الإداري قد قضى بالأمرين معاً، حيث قضى في بعض الأحكام بكفاية معيار المرفق العام وحده معياراً مميزاً للعقد الإداري، كما قضى أخيراً بكفاية معيار الشروط الاستثنائية، وهذا يظهر أخذ القضاء بالمعيارين معاً.

وإذا كان الأمر كذلك في أحكام القضاء، فلا يمكن القول: إن هذه الأحكام متعارضة، وذلك أن دور القضاء هو وضع الحلول وصياغة الأحكام في المنازعات المطروحة حسب ظروف كل قضيةٍ على حدة، لذا نرى أن الأمر يعود لتقدير القاضي، بحسب ظروف كل قضية، وله أن يتبنى أياً من هذه المعايير وأصلحها لاعتبار العقد عقداً إدارياً.

ثانيا:- ماهية الفسخ

أ-تعريف الفسخ.

تعددت تعريفات الفقهاء للفسخ، إلا أنّ غالبيتها متفقة في المعنى ومن هذه التعريفات :

" انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي" (سلطان،الموجز في مصادرالالتزام، ص ٢٦٨). ومنها: "انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي في العقود الملزمة للجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه" (فرج، النظرية العامة للالتزام،ص ٣٢٨). ومنها كذلك: " جزاء عن إخلال أحد العاقدين بالتزامه بمقتضاه ويستطيع المتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية، حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، وذلك دون حرمانه من حقه الأصيل في التمسك بالعقد والإصرار على إعماله" (عبد الباقي،نظرية العقد والاراده المنفرده، ص ٦١٠).

يصل الباحث من خلال التعريفات السابقة الذكر إلى أنه يمكن الإشارة إلى النقاط الآتية:-

أولاً: إن ما قدمه التعريف الأول يمثل تعريفاً أكثر شمولاً واتساعاً ليشمل مفهوم الفسخ بكافة أشكاله من التعريفات اللاحقة.

ثانياً: جاء التعريف الثاني لتبني الحق في الفسخ على أساس امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، وبناءً على ذلك يثور إشكالُ حول قيام المتعاقد بالتنفيذ ولكن ليس بالشكل المطلوب على وجه الدقة، فوفقاً لهذا التعريف يخرج هذه الحالة من إمكانية ممارسة الطرف الآخر لحقه بالفسخ.

ثالثاً: إن ما ورد في التعريف الثالث من تعريف للفسخ يمثل حسب رأي الباحث حلاً نموذجياً في التعبير عن الفسخ وفقاً للقواعد القانونية.

رابعاً: عدم إمكانية تعميم تعريف الفسخ وفقاً لمصادر القانون الخاص على الفسخ وفقاً لقواعد القانون العام وخاصة القانون الإداري، حيث إن قواعد فسخ العقد الإداري وصلاحية الإدارة كطرف في العقد في فسخ هذا الشكل من العقود تختلف اختلافاً جوهرياً عما ينطبق على أحكام وقواعد فسخ العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص، وذلك استناداً لما تظهر به الإدارة من مظهر السلطة العامة في إبرام العقود الإدارية إضافة لكون هذه العقود تمثل مصلحة عامة، وأن الإدارة تقوم بإبرام هذه العقود لتسيير مرفق عام.

ب- أنواع الفسخ.

الفسخ كما تم تعريفه سابقاً انحلال رابطة عقدية، وهذا التعريف الشامل لكافة أنواعه سواء أكان فسخاً وفقاً لقواعد القانون الخاص، أم فسخاً وفقاً لقواعد القانون الإداري، ويعتبر الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة من الخصائص البارزة التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني، حيث تملك الإدارة العامة من جانبها وحدها – ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء- إنهاء العقد الإداري في حال إخلال المتعاقد معها بالالتزامات المفروضة عليه إخلالاً جسيماً.

ويختلف أنواع الفسخ للعقد الإداري وفقاً لاختلاف السبب الذي تستند إليه الإدارة في فسخه مع الطرف الآخر، وتعود سلطة الإدارة بالفسخ بإرادتها المنفردة، إلى حقها في العدول عن مشاركة متعاقد لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته بشكل مُرضٍ، أو أخلّ بالتزاماته بشكل يتعذر معه الاستمرار في العلاقة التعاقدية بينهما، مما يؤثر في سير المرفق العام بانتظام وباضطراد، وهنالك نوع آخر من الفسخ وهو أن من حق الإدارة أن تفسخ العقد الإداري مع الطرف الآخر دون أن يكون هناك خطأ من المتعاقد معها بشرط أن تدفع له التعويض المناسب(فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري،ص ٢٧١).

بناءً على ما تقدم سيتم تقسيم أنواع الفسخ إلى نوعين:

الأول: الفسخ بناءً على خطأ المتعاقد (الفسخ جزاءً على عدم التنفيذ).

الثاني: الفسخ دون أن يكون هناك خطأ من المتعاقد معه (وقف تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها).

وسنقوم ببيان وتفصيل لهذين النوعين فيما يأتي:

النوع الأول: الفسخ بناءً على خطأ المتعاقد (الفسخ جزاء على عدم التنفيذ).

يرى بعض فقهاء القانون أن الأساس القانوني لهذا النوع من الفسخ (الفسخ الجزائي) ما هو إلا تطبيقا للمبدأ الذي قررته المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها "أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات" (فياض،المرجع نفسة، ص٢٧١). ويرى آخرون أن تطبيق نص مدني على حالة الفسخ في العقد الإداري تخالف الأصل العام، وحسب هذا الرأي تطبق فقط مبادئ العدالة التي يمكن أن تستلهم من هذه النصوص(فياض،المرجع نفسة، ص٢٧٢).

ويرى آخرون أن الفسخ الجزائي هو جزء من النظام العام، وبناء على ذلك يترتب الآتي:

إن صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري تحصل وإن لم يرد نص على ذلك في العقد، على أساس أن الفسخ يعتبر من النظام العام، وهذا ما سيتم التوسع به وتوضيح آرائه لاحقاً.

لا يجوز الاتفاق في العقد على استبعاده بناءً على اتفاق الإدارة مع المتعاقد كونه من النظام العام، وهذا ما سيتم تناوله بشكل مفصل لاحقاً.

ويعرّف الفسخ الجزائي بأنه: " إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معه بشكل حاسم، أي تصفية جميع آثار العلاقة التعاقدية بينهما إذا ما ارتكب المتعاقد خطأ لم يعد من الممكن استمراره في العلاقة التعاقدية" (فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ص٢٢٤).

ويرد في تعريف آخرأنه: " ذلك الجزاء شديد الجسامة التي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعــه على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته عن العقد، والذي يترتب عليه استبعاده نهائياً عن تنفيذ العقد، أوالاستمرار في تنفيذه" (الهويدي، ص ١٢٢).

ويسجل الباحث الملاحظات التالية على التعريفات السالفة الذكر، كما الآتي:

أولاً: إن التعريفات السابقة أشارت إلى أن هذه الصلاحية تمارس في سياق ارتكاب المتعاقد لخطأ، الأمر الذي يمنح الإدارة الحق بفسخ العقد بالإرادة المنفردة.

ثانياً: اشترطت التعريفات بالإضافة لوجود الخطأ معياراً جوهرياً، جسامة الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد أو كون الخطأ يمنع استمرار تنفيذ العقد، وهو ما سيتم تناوله لاحقاً في هذه الرسالة.

ثالثاً: يمكن الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون أن هذا النوع من الفسخ ما هو إلا جزاء شديد الجسامة لكون المتعاقد ارتكب خطأ جسيماً، وجانب آخر يرى أنه إنهاء للرابطة العقدية، إلا أن الباحث يميل إلى أن هذا الفسخ جزاء لتقصير في عمل يؤثرفي عموم الناس لأن تنفيذ المرافق العامة له أهمية خاصة، وأن الإخلال في هذه المرافق ذو أثر كبير في السلامة العامة والانتظام العام في المجتمع والدولة.

النوع الثاني: الفسخ دون أن يكون هناك خطأ من المتعاقد معه (وقف تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها).

تتمتع الإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادة منفردة ودون رضا المتعاقد، وحتى دون صدور أي خطأ من جانبه لدواعي ضرورات المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وبناء على ذلك فإن الإدارة تستطيع إلغاء العقد الإداري وإنهائه دون وقوع أي خطأ من المتعاقد، ويمكن القول إن هذا الإجراء يختلف عن الفسخ الذي يقوم نتيجة لمخالفة أو خطأ من المتعاقد مع الإدارة، وفي هذا الإجراء تتمتع الإدارة بسلطة تقديريه كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة أو أنه أصبح لا يتفق وحاجات المرفق العام.

وفي المقابل، فإن المتعاقد يملك دائماً مقاضاة الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه إثر ممارسة الإدارة سلطاتها إذا قدّرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وأساس ذلك أن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار(درويش، ص ٣٢).

الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في هذا النوع من الفسخ.

إن سلطة الإدارة في فرض جزاء الفسخ وإن لم ينص عليها في العقد تنبع وتستند على الأسس الآتية:-

أولاً: مبادئ القانون العام السائده في القانون الإداري.

ثانياً: إن هذه السلطة وإن نص عليها العقد تعتبر إجراء كاشفاً ومنظماً لهذه السلطة وليس منشئاً.

ثالثاً: إن سكوت العقد عن النص على جزاء الفسخ أو أي جزاء آخر، لا يعني حرمان الإدارة من حقها وصلاحيتها بفسخ العقد، وعليه فإنه من باب أولى أن سكوت العقد عن النص على جزاءات معينة، لا يعني عدم وجودها على أساس تحقيق المصلحة العامة والانتظام العام(الطماوي، الأسس ....، ص ٤٥٦، عياد، ص ٣٣٥، عبد الباسط، ص ٤١٣).

وهذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨ كما يأتي:" تحقيقاً لغايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الدولة بامتياز وسلطان ينتفي معهما كل طابع تعاقدي ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهي حقوق لا تملك الإدارة التنازل عنها، كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحق الأصلي أو تخل بشروط عقدية، لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نطاقاً قانونياً خاصاً، لأنه متعلق بمرفق عام، فهي تملك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته بل لها أن تنهي العقد نفسه قبل الأوان متى اقتضت المصلحة العامة لذلك أيضا" (عبد الباسط،نشاط الادارة ووسائلها، ص ٤١٣).

أما القضاء الإداري الفرنسي فقد تخلى عن موقفه الذي كان يقيد الإدارة بالنصوص التعاقدية، من حيث عدم مقدرتها على فرض جزاءات خارج نطاق العقد ونصوصه حيث أخذ بمبدأ سلطة الإدارة في فرض جزاء الفسخ وغيرها من الجزاءات التي تنبع وتنطلق من أن الإدارة تقوم بتسيير المرفق العام، وعليه فإن سلطة الإدارة مستقلة عن نصوص العقد، ولكن تبقى هذه السلطة تحت رقابة القضاء. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا المبدأ الجديد في حكمة في قضية Deplanque الصادر سنة ١٩٠٧(حكم مجلس الدولة الفرنسي، ص ١٦١، الطماوي، الأسس...، ص ٤٥٥).

فإذا ثبت للقاضي أن إنهاء أو إلغاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه لايستطيع إلغاءه، أوالاستمرار في تنفيذه، لكنه يستطيع تعويض المتعاقد بناءً على هذا السبب الغير مشروع وسيتم تناول الطبيعة القانونية المترتبة على فسخ أو إنهاء العقد الإداري في الفصل القادم (الهويدي، ص١٢١).

الفصل الثالث : الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية

تستهدف الإدارة من الفسخ جوانب ترتبط بالصالح العالم وحسن تسيير المرفق العام على أحسن وجه، وعليه يتوجب منح الإدارة الصلاحية بإنهاء أو فسخ العقد الإداري، ولا بد من التأكيد ابتداءً على أن الإدارة لا تهدف من وراء فسخ العقد أو إنهائه مجازاة المتعاقد معها فقط، ولكنها تريد كذلك المحافظة على سير المرفق العام وبنفس الوقت واستبعاد المتعاقد المقصّر في الوقت نفسه.

لقد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإداري، فمنها ما ينكرعلى الإدارة حقها في توقيع الجزاء إلا إذا نص عليه صراحة في العقد(فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ص ٢٧٠). ومنها ما يؤيد اعتبار الفسخ من النظام العام، ويتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لو لم يكن منصوصاً عليه(الهويدي، ص ١٢٧).

أولاً: فسخ العقود الإدارية من النظام العام:-

أ- مفهوم النظام العام.

ب- النتائج المترتبة على كون فسخ العقد الإداري من النظام العام.

ثانياً: الجهة صاحبة الصلاحية في تقرير فسخ العقد الإداري.

أ- فسخ العقد من صلاحية القاضي.

ب- فسخ العقد من صلاحية الإدارة.

أولاً: النظام العام كأساس لصلاحية الإدارة في فسخ العقود الإدارية.

أ-مفهوم النظام العام:

تهدف التصرفات التي تقوم بها الإدارة العامة إلى تحقيق المصلحة العامة، فضلاً عن ضمان سير المرافق بانتظام واضطراد، وتعتبر المصلحة العامة العماد الأساسي والجوهري في تصرفات الإدارة، وعليه تملك الإدارة مجموعة من الإجراءات والصلاحيات، ومنها سحب القرار الإداري أو تعديله، وليس موضوع هذه الدراسة البحث في هذه الصلاحيات.

ومن الصلاحيات المهمة للإدارة تحويل القرار المعيب إلى قرار سليم، وليس أدل على ذلك من أنه " إذا ما أصدرت الإدارة قراراً إدارياً معيباً – لأي سبب من الأسباب – فإن هذا القرار سينتهي إلى العدم عاجلاً أو آجلاً، ولكن إذا ما حققت الإدارة على الرغم من بطلان هذا القرار مصالح عامة أخرى شرعية، فمن الأنسب تحويل هذا القرار –الباطل- إلى قرار آخر صحيح حتى لا نغفل ناحية الحاجة العامة التي تلتزم الإدارة بإشباعها" (الديلمي،تحويل القرار الاداري، ص ٤٩).

ورغم وجاهة هذا الرأي، يرى الباحث أنّه لا بد من الإشارة إلى الجوانب المهمة التي يتوجب توافرها لكي نكون منسجمين مع مفهوم الشرعية وهي:-

أولاً: لا بد من قيام التوازن بين تحول التصرف القانوني الباطل إلى تصرف صحيح والمراكز القانونية التي تولدت عن هذا التصرف.

ثانياً: أن يتم تحويل التصرف الباطل إلى تصرف صحيح، وإلا فإن تعارض ذلك مع مفهوم الشرعية، ويضعنا أمام تصرف باطل يستوجب الإبطال.

وبناءً عليه فإن الإدارة تهدف من وراء تصرفاتها إلى حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ولهذا تملك الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه، لهذا يجب أن تنسجم طبيعة الجزاءات التي تطبقها الإدارة مع طبيعة الغاية التي تستهدفها هذه الإجراءات، وبهذا تختلف هذه الجزاءات عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، حيث إن طبيعة الجزاءات التي تطبق في إطار القانون الخاص لا تلبي الهدف الذي تنشئ الإدارة المرافق العامة من أجله. وتملك الإدارة عدة أنواع من الجزاءات في مواجهة المتعاقد معها فمنها ما هو مالي ومنها وسائل الضغط والإكراه المختلفة وأخيراً الفسخ، ولا بد من الإشارة إلى حقيقة أساسية تتمثل في أن هذه الجزاءات التي توقعها الإدارة بحق المتعاقد معها، لا تصل حد العقوبات الجنائية(الطماوي، الوجيز....، ص ٦١٣).

القواعد التي تقوم عليها فكرة النظام العام :

القاعدة الأولى: تتجلى فكرة النظام العام من خلال فهم قانوني جوهري يتعلق بتوقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة فلا تستهدف إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد، بمعنى أن هذه الجزاءات لا تسعى إلى تحديد الالتزامات القانونية المترتبة على الإخلال فقط، بل تهدف وبشكل أساسي إلى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو مجازاة المتعاقد على امتناعه أو تأخره عن التنفيذ تحقيقاً لنفس الغايـــة (فياض،العقود الادارية، ص ٢٧٠).

القاعدة الثانية: تقوم الإدارة بهدف تحقيق حسن سير المرفق العام بتطبيق وإيقاع الجزاءات دون ورود نص عليها في العقد، "بحيث لا يجوز أن يحمي سكوت العقد المتعاقد مع الإدارة من إخلاله بالتزاماته" (عباس،العقود الادارية، ص ٢٣١). بمعنى أن الجزاءات التي تملك الإدارة إيقاعها ليست فقط تلك التي ترد في العقد، بل يمكن لها أن توقع الجزاءات المقررة لها قانوناً حتى وإن لم ترد في العقد.

القاعدة الثالثة: تقوم فكرة النظام العام، على أساس أن للإدارة إيقاع أكثر من جزاء في الوقت نفسه طالما تحقق السبب لذلك.

القاعدة الرابعة: تأتي هذه القاعدة من كون النظام العام ينسجم منطقيا مع الجزاءات، حيث إنه لا يمكن الجمع بينها مثل إلغاء العقد والتنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المقصر.

ويستفاد مما سبق أن النظام العام: هو مفهوم يحدد الإطار القانوني الذي يحدد سلطة الإدارة وتميزها في مراكزها القانونية، وفي ضوء إطار القانون العام بمواجهة أشخاص القانون الخاص.

ب- الدراسة المترتبة على كون فسخ العقد الإداري من النظام العام.

يترتب على كون صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري متعلقة بالنظام العام العديد من النتائج القانونية المهمة، والتي سيتم تناولها من خلال البحث في مواقف الفقه التي تناولت هذا الجانب.

انقسم الفقه الفرنسي بهذا الشأن على التأييد والاعتراض على منح الإدارة هذه الصلاحية بإرادتها المنفردة صلاحية متعلقة بالنظام العام، إلى ثلاثة اتجاهات متعارضة:- اتجاه ينكرحق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ كونه ليس من النظام العام، ويستوجب لإيقاع هذا الجزاء وجود نص صريح عليه في العقد أو في دفتر الشروط، فإذا لم يوجد نص وجب على الإدارة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ أسوة بالمتعاقد الآخرواستند هذا الاتجاه إلى أحكام المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على جزاء الفسخ إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزاماته، فالاختصاص يكون قضائياً عند طلب الفسخ(فياض ، العقود الادارية،ص ٢٧٠).

وفي المقابل ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الفسخ الإداري والذي تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ليس تطبيقاً لأي نص من نصوص القانون المدني، وأن الأصل عدم تطبيق نصوص القانون المدني على حالة فسخ العقد الإداري، حيث لا يمكن الاستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة، بل تطبق فقط مبادئ العدالة التي يمكن أن تستلهم من هذه النصوص، وحتى مجال تطبيق مبادئ العدالة المقررة في هذا المجال فإنه يجب التنبه إلى أن هذه المبادئ يمكن أن تستلزم تعديلات مختلفة، وذلك لأن المتعاقدين ليسوا أفراداً، وإنما أحدهم وهو (الإدارة العامة) التي تعمل من أجل ضمان سير العمل في المرافق العامة (محمد،أحكام القانون الاداري، ص ١٧٦).

وبناءً عليه يرى أنصار هذا الاتجاه أنه من الخطأ تطبيق المادة (١١٨٤)، من القانون المدني الفرنسي على العلاقات بين الإدارة ومتعاقديها.

وعلى نقيض الرأي السابق اتجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الفسخ من النظــام العام، وأن حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ حق مقرر لصالحها في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد، أو في دفاتر الشروط (الهويدي، ص ١٢٧).

يفرض هذا التوجه تساؤلاً جوهرياً حول حق الإدارة بالتنازل نهائياً عن صلاحيتها في توقيع جزاء الفسخ، استناداً إلى نص يتم الاتفاق عليه بالعقد، أو أن تتنازل عن صلاحيتها لقاضي العقد ليحكم به.

ويرى غالبية فقهاء القانون الفرنسي أن تنازل الإدارة عن صلاحية الفسخ تصرف غير مشروع حسب الأسس الآتية:-

الأساس القانوني: هذه الصلاحية ليست حقاً شخصياً، بل هي وظيفة تمارسها الإدارة، كما أن الاتفاق على استبعاد صلاحية الفسخ بمقتضى شرط في العقد يعد في حكم الإعفاء من المسؤولية، وهو شرط يتنافى مع النظام العام في القانون الخاص، وبالتالي فهو أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام

الأساس العملي: لا تملك الإدارة التنازل عن سلطتها في فسخ العقد الإداري كون هذه الصلاحية جاءت للمحافظة على المرفق العام والصالح العام.

الأساس الوقائي: تحقق الإدارة من فسخ العقد الإداري هدفاً وقائياً، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قررت" أن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تستهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام، وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه" (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٩٧/١٨١، ص ٤٩٣)، إذ لا تريد الإدارة مجازاة المتعاقد معها فقط، بل تريد المحافظة على سير المرفق بانتظام واضطراد، وذلك باستبعاد المتعاقد المقصّر، والتعاقد من جديد لإتمام تنفيذ الأعمال، بينما يهدف المتعاقد من فسخ العقد المدني الحصول على تعويضات من المتعاقد الآخر المقصّر.

وبناء على هذه الدراسة يتصور الباحث ما يلي:-

أولاً: لا يمكن تصور أن تتعهد الإدارة مقدماً وبشكل كامل بعدم ممارسة الحق في فسخ العقد لأنها إن فعلت ذلك، فإنها تتنازل عن اختصاص فعلي وعن سلطة تعتبر من النظام العام مخصصة لضمان حسن سير المرافق العامة، حيث إن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري لا يستهدف " تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بقدر ما يتوخى تأمين سير المرافق العامة" (الطماوي، القضاء الإداري، ص ٦١٣).

ثانياً: يعد الاتفاق على استبعاد الفسخ بمقتضى شرط في العقد في حكم الإعفاء من المسؤولية، وبذا يتنافى مع النظام العام في القانون ، وبالتالي فهو أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام.

ثالثاً: إذا كانت الإدارة لا تملك التنازل نهائياً عن سلطتها في فسخ العقد فإنها تملك التنازل عن هذه الصلاحية للقضاء، حيث يرى غالبية الفقه أنه لا يوجد قانون ما يحول دون أن يستبعد العقد- بناءً على نص صريح- اختصاص الإدارة بممارسة سلطة الفسخ بإرادة منفردة للعقد الإداري وأن يعهد بهذه السلطة الخاصة إلى قاضي العقد (الهويدي، ص١٣٧)، ولا يستطيع قاضي العقد- في هذه الحالة- أن يعلن عدم اختصاصه إذا ما رفعت إليه الإدارة طلب الفسخ(الجمل، ص ٢٦٣).

رابعاً: إذا تنازلت الإدارة عن صلاحيتها في الفسخ إلى القضاء فإن القاضي يتمتع بصلاحية تقديرية لتقرير الفسخ، حيث يقدر في كل حالة وعند اللزوم وبعد إجراءات التحقيق الضرورية ما إذا كانت شروط الفسخ مجتمعة في طلب الإدارة من عدمه، وبالتالي قبول طلبها في توقيع الفسخ أو رفضه.

وننوه إلى أن تنازل الإدارة عن سلطتها في الفسخ لا يستخلص ضمناً، بل لا بد أن تعبر الإدارة صراحة عن ذلك، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي أن " إنهاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ومنح المقاول مهلة جديدة لأداء التزاماته، أمر من قبيل التسامح البحت، ولا يسقط حق الإدارة في أن تفسخ العقد، إذا ما استمر المقاول في عدم الوفاء بالتزامه" (الجمل، ص٢٦٣).

ثانياً: الجهة صاحبة الصلاحية في تقرير فسخ العقد الإداري.

يختلف التنظيم القضائي من دولة إلى أخرى، فبعضها يأخذ بنظام القضاء الموحد وبعضها الآخر يأخذ بنظام القضاء المزدوج. فالنظام القضائي الموحد: هو أن تنظر المحاكم العادية في جميع المنازعات التي تثار بين الدولة بوصفها سلطة عامة، أو شخصاً عادياً، أو بين الأفراد أنفسهم، بما في ذلك المسائل ذات الصفة الإدارية(عباس،العقود الادارية، ص ٥٥).

أما النظام القضائي المزدوج: فهو النظام الذي تقسم فيه المحاكم في الدولة إلى نوعين: محاكم عادية تنظر في جميع المنازعات التي تثور بين الدولة والأفراد، أو بين الأفراد أنفسهم فيما عدا المنازعات الإدارية. ومحاكم إدارية تنظر في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية فقط(عباس،المرجع نفسة، ص ٥٥).

ويأخذ النظام القضائي الأردني بالنظام المزدوج، فهناك قضاء عادي ينظر في جميع المنازعات فيما عدا الإدارية منها، وقضاء إداري تمثله محكمة العدل العليا وتختص بالنظر في المنازعات الإدارية.

إلا أنه واستثناءً يختص القضاء العادي في الأردن بالنظر بالعقود الإدارية، فالأصل أن يختص بالنظر في المنازعات الإدارية هو القضاء الإداري، باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات الإدارية.

أ-فسخ العقد من صلاحية القاضي.

أسس أصحاب هذا الاتجاه كون فسخ العقد الإداري من اختصاص القضاء على أسس عديدة، منها: أن هذه الصلاحية ليست من النظام العام، ولذا يستوجب وجود نص صريح على ذلك في دفتر الشروط حيث إنه بحال عدم وجود نص على ذلك وجب على الإدارة اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد كما أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد العاقدين فسخه أو تعديله بالإرادة المنفردة، وقد استند هذا الاتجاه على أحكام المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي(فياض،العقود الادارية، ص ٢٧٠).

وفي ختام هذا العرض للاتجاهات الفقهية المختلفة لطبيعة إجراءات الفسخ التي تملك الإدارة اتخاذها بحق المتعاقد معها، يبرز تساؤل جوهري حول موقف القضاء من هذا الموضوع، والذي سيتم تناوله كما يلي:-

أولاً: موقف القضاء الفرنسي.

تعتبر نظرية العقود الإدارية نظرية قضائية من صنع مجلس الدولة الفرنسي، ومر اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بالنظر في منازعات العقود الإدارية في مرحلتين أساسيتين:-

الأولى: نص القانون على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية. حيث جاء نص القانون الفرنسي في هذه المرحلة على أنواع معينة من العقود الإدارية التي حصرت في أنواع محددة هي : عقود الأشغال العامة، وبيع أملاك الدولة، وشغل الدومين العام، أما فيما عدا ذلك من العقود الإدارية فهي تخضع لاختصاص القضاء العادي الذي يطبق عليها أحكام العقود المدنية.(أحكام القضاء الفرنسي،حكم مجلس الدولة،بتاريخ ١٩٤٢/٧/٣١).

الثانية: اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية بطبيعتها.

أصبح معيار المرفق العام أساساً لتحديد اختصاص القضاء الإداري وتطبيق القانون الإداري، والذي جاء بعد أن هجر الفقه والقضاء معيار السلطة العامة، وتبنى منذ عام ١٨٥٥م معيار المرفق العام، وعلى أساس تطبيق معيار المرفق العام من حيث خضوع كل نزاع يتعلق بتنظيم مرفق عام في الدولة إلى القضاء الإداري وبإعمال المعيار الجديد، امتد اختصاص القضاء الإداري إلى العقود الإدارية التي تتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة متى توافرت شروط أخرى يحددها الفقه والقضاء، وقد ترتب على ذلك أن اكتسبت عقود الإدارة الصفة الإدارية استناداً إلى خصائصها الذاتية وليس بناء على إرادة المشرع(حلمي،العقد الاداري، ص ٣٣٥).

ثانياً: موقف القضاء المصري.

لا يمكن القول بوجود نظرية العقود الإدارية في مصر قبل عام ١٩٤٦م، وهو تاريخ إنشاء مجلس الدولة المصري، وعليه ميّز الفقه المصري بين مرحلتين :-

الأولى: قبل إنشاء مجلس الدولة المصري.

كانت المحاكم النظامية بنوعيها -أهلية ومختلطة- هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات كافة ولم تميز بين العقود الإدارية وغيرها من العقود، وكانت تطبق قواعد القانون المدني على ما يعرض عليها من نزاعات، وتطبيقاً لذلك رفض القضاء المصري استناداً إلى قوة العقد الملزمة، حق الإدارة في تعديل بنود العقود بإرادتها المنفردة فقد جاء قانون مجلس الدولة المصري الأول لعام ١٩٤٦م، خالياً من أية إشارة حول اختصاص المجلس بالنظر في المنازعات التي تثار بشأن عقود الإدارة، ولما كان اختصاص المجلس محدداً على سبيل الحصر، فقد احتفظت المحاكم النظامية باختصاصها كاملاً في مجال العقود الإدارية، وظل الأمر كذلك حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م، حيث منح المشرع المصري مجلس الدولة في المادة الخامسة منه صلاحية النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة وتوريدات الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر، بمعنى آخر منح المشرع مجلس الدولة المصري صلاحية النظر بمنازعات العقود الإدارية بتحديد القانون(الطماوي، القضاء الإداري، ص ٣٥).

وامتد اختصاص القضاء الإداري بموجب قرار المجلس رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م، للنظر في منازعات العقود الإدارية كافة ولم يقتصر على عدد معين من عقود الإدارة حيث نصت المادة (١٠) منه على أن "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة، والتوريدات أو أي عقد إداري آخر"، وبذلك أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إدارية بطبيعتها وفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون، ولا وفقاً لإرادة المشرع، وقد التزم المشرع المصري ذات النهج في قانونيه التاليين رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م، ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، ولعل من أهم ما ترتب على اختصاص مجلس الدولة بالنظر في منازعات العقود الإدارية بطبيعتها بأن شغل الفقه والقضاء الإداري بالبحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية بالمعنى الفني عن العقود الإدارية المدنية.

ثالثاً: موقف القضاء الأردني.

لم تجز محكمة التمييز الأردنية للإدارة توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة، بانية قرارها على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد العاقدين فسخه أو تعديله بالإرادة المنفردة، وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٤١ من القانون المدني الأردني.

ومما يلاحظ على قضاء محكمة التمييز أنها طبقت قواعد و نصوص القانون المدني على العقد الإداري، وهذا مخالف لما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن من وجوب استبعاد نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالفسخ على روابط القانون العام للأسباب الآتية:-

أولاً: الاختلاف الجوهري بين العقود الإدارية والعقود المدنية من حيث الأطراف والغاية المتوخاة كما تم تبيانه سابقاً.

ثانياً: إن تطبيق أحكام القانون المدني على العقود الإدارية يترتب عليه نتائج غير منطقية تتمثل في تقييد حرية الإدارة في فسخ العقد الإداري، إذا ما وجدت أي مبرر لذلك، مما يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

لم يمنح المشرع الأردني القضاء الإداري ممثلاً بمحكمة العدل العليا في جميع مواد القوانين المتعلقة بها صلاحية الفصل في منازعات العقود الإدارية على خلاف ما جاء في موقف القضائين المصري والفرنسي(قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم١١ لسنة ١٩٨٩م. المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢م).

وقد أكدت محكمة العدل العليا هذا التوجه من حيث عدم اختصاصها بالنظر في هذه الطائفة من المنازعات، وكانت في كل مرة تحيل الاختصاص إلى المحاكم العادية، فقد قضت " أن العقود إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء، ذلك أن قانون تشكيل المحاكم قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا" (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٨٢/٦، ص ٩٨٢)، كما قضت "بأنه إذا مارست الإدارة عملاً تعاقدياً، وليس كسلطة إدارية، ففي هذه الحالة لا يعتبر التصرف من قبيل القرارات الإدارية، ولا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في دعوى إلغائها" (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٧٧/٨٤،ص ٤٨). وقضت أيضاً " تختص المحاكم العادية بالنظر في المنازعات الخاصة بانعقاد العقد وصحته أو تنفيذه أو انقضائه أو فسخه" (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٩٥/١١١، ص ٣٩١، عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٩٧/٢٧٠، ص ٦٩١).

وبناءً على ما تقدم فإن القضاء العادي هو صاحب الاختصاص كونه صاحب الولاية العامة.

إلا أنه إذا كانت محكمة العدل العليا لا تبسط رقابتها على المنازعات التعاقدية، فهي مختصة بالنظر في طعون إلغاء القرارات الإدارية غير السليمة والقابلة للانفصال عن عقود الإدارة، تأسيساً على أن العملية العقدية عملية مركبة تندمج فيها العديد من الإجراءات القابلة للانفصال عنها، وهي قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا(خطار،القضاء الإداري، ص ١١٠).

وقد قســـمت محكمة العدل العليا اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية و بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وذلك وفقاً لما جاء في حكمها أن " من المتفق عليه فقهاً وقضاءً وما جرى عليه اجتهاد محكمة العدل العليا، أن العقد الإداري يمر في عملية مركبة تقتضيها طبيعته: المرحلة الأولى تمهيدية، حيث تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة، وتحديد المراكز القانونية قبل إحالة العطاء، و القرارات في هذه المرحلة تأخذ شكل القرارات الإدارية بالمعنى المقصود بذلك، ويحق لأي متضرر الطعن بها أمام القضاء الإداري، أما المرحلة الثانية، فتستقل بها الإجراءات ويصبح أي نزاع محكوماً بالعقد وما يلحقه من قواعد قانونية، وتصبح الإدارة طرفاً فيه" (المجلة القضائية، عدل عليا رقم ١٩٩٧/٢٧٠، ص ٦٩١، عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ٦٥/٣٩، ص ٩٤٥، عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٥٥/٧٢، ص ٢٧٠).

استناداً لما تقدم فقد قسمت محكمة العدل العليا الأردنية المراحل التي يمر بها العقد الإداري إلى مرحلتين هما: المرحلة التمهيدية و مرحلة تنفيذ العقد وتأسيساً على هذا التقسيم قسمت محكمة العدل العليا خضوع كل مرحلة على حدة لقضاء مستقل، فقد أخضعت المرحلة التمهيدية للقضاء الإداري وقد حددت ذلك بناء على الأسس التالية:-

أولاً: تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة.

ثانياً: تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بتحديد المراكز القانونية قبل إحالة العطاء.

ثالثاً: هذه التصرفات هي قرارات إدارية وعليه فإنه يحق لأي متضرر الطعن بها أمام القضاء الإداري.

واستناداً لما جاء في قرار محكمة العدل العليا الأردنية والأسس التي صاغتها فإن التصرفات التي تصدر في المرحلة التمهيدية تكون قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا ومن الأمثلة على هذه القرارات: قرار وضع شروط المناقصة، والإعلان عنها، وتلقي العطاءات المقدمة فيها، ثم المفاضلة بين العطاءات، ثم إرساء المناقصة(عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٥٦/٢٢، ص ٣٩٩)، وقرارات إحالة العطاء، و قضت محكمة العدل العليا بأن: " يعتبر قرار لجنة العطاءات الخاصة بالخطوط الجوية الملكية الأردنية المتضمن إحالة العطاء موضوع الدعوى قراراً إدارياً تتوفر فيه خصائص القرار الإداري" (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٩٥/٣٦٥، ص١٠١٥).

ومن جهة أخرى ووفقاً لما جاء في القرار السابق من كون مرحلة تنفيذ العقد جزءاً من العملية العقدية، فإنها تخضع لقاضي العقد أي القضاء العادي، وقد أسست محكمة العدل العليا ذلك بناء على أن قرارات تنفيذ العقد تعتبر جزءاً من العملية العقدية، وهي غير قابلة للفصل عنها، وبالتالي يخضع الاختصاص بها لقاضي العقد، ولا تقبل الطعن بالإلغاء لدى محكمة العدل العليا، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قضت أن " المنازعة في مرحلة التنفيذ، منازعة على الحق، وحول تفسير العقد وحقوق أطرافه، ومدى الالتزام بشروطه، وهي منازعة يحكمها العقد وشروطه وتعتبر من المنازعات الحقوقية التي تختص بالنظر فيها المحاكم المدنية عملاً بالمادة (٢) من قانون تشكيل المحاكم النظامية"(عدل عليا،المجلة القضائية، رقم ١٩٩٧/٢٧٠ ،ص ٦٩١).

ومن الأمثلة على هذه القرارات: القرار الصادر بمصادرة التأمين والشراء على حساب المتعاقد(عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٧٤/٨٤، ص ١٢٠). و القرار الصادر بفسخ العقد وإنهائه حيث قضت " أن صدور قرار القائد العام بفسخ قرار إرساء المناقصة بعد انعقاد العقد وبوصفه أحد طرفيه، يجعل النزاع في هذه الحالة حقوقياً لا إدارياً، ويعود النظر فيه إلى المحاكم الحقوقية ويخرج عن إختصاص محكمة العدل العليا"(عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٧٧/٢٤، ص ٦٤١ ، وعدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٧٧/١٠٦،ص ٩٥٣)، وهو ما أكدته أيضاً محكمة التمييز حيث قضت بأن "فسخ العطاء من قبل البلدية، ومنع المتعهد من تنفيذه عند إبرام اتفاقية تنفيذ العقد هو فسخ للعقد ذاته، وهو تصرف عقدي، وتختص محكمة البداية بالنظر بما ينشأ من التزامات على الطرفين، وعليه فلا يرد الدفع المثار من قبل البلدية، بأن فسخ العطاء هو قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا"(تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٨٧/٢٣٩، ص ٨٨).

ب - فسخ العقد من صلاحية الإدارة.

تتفاوت شدة الجزاءات التي تملكها الإدارة بمواجهة المتعاقد معها حسب جسامة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد، فقد تصل إلى حد إنهاء العلاقة العقدية ذاتها وانقضاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته المحددة له.

تملك الإدارة صلاحية إنهاء العقد الإداري مع المتعاقد وذلك وفقاً لصورتين نبينهما بما هو آتٍ:

أولاً: إسقاط الامتياز فيما يخص عقود امتياز المرافق العامة بصفة خاصة، إذا احتفظت الإدارة لنفسها بهذا الحق بمقتضى نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط.

ثانياً: تملك الإدارة صلاحية فسخ العقود الإدارية بصفة عامة، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء مقدماً، أي بمجرد قرار انفرادي صادر من جانبها وحدها، ويعتبر ذلك تطبيقاً لامتياز المبادرة الذي تملكه الإدارة في مجال العقود الإدارية والذي لا مقابل له في عقود القانون الخاص.

وتملك الإدارة هذه الصلاحيات استناداً للأسس الآتية:-

أولاً: المبدأ العام وجوب تنفيذ العقود بحسن نية(المادة ١/٢٠٢ من القانون المدني الأردني نصت على أنه: يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية)، ومن باب أولى تطبيق هذا المبدأ على العقود الإدارية.

ثانياً: إن كل إخلال من جانب المتعاقد لا يعدّ إخلالاً بالتزام عقدي فقط، بل ينطوي على المساس بالمرفق العام، كما أنه قد يترتب على هذا الإخلال إحداث اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية.

ثالثاً: المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك بتوقيع العديد من الجزاءات والاشتراطات، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قضت بأن(يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني، وأنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام واضطراد، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام) (عدل عليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٩٧/١٨١، ص ٤٩٣).

ووفقاً لقضاء محكمة التمييز الأردنية فإنه يجب التفريق بين وضعين:-

الوضع الأول: أن يرد نص في العقد يمنح الإدارة صلاحية فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة. وفي هذه الحالة تعترف محكمة التمييز الأردنية للإدارة بالحق في توقيع الفسخ، فقد قضت محكمة التمييز بأن: " قرار القائد العام بفسخ العطاء... هو قرار قانوني سليم صادر ممن يملكه بمقتضى شروط العقد" (تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٦٧/٣٧٧، ص ١٩٤).

الوضع الثاني: خلو العقد من أي أحكام تتعلق بالفسخ الإداري.

وفي هذه الحالة لا تعترف محكمة التمييز بحق توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة، باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد العاقدين فسخه أو تعديله بالإرادة المنفردة، وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٤١ من القانون المدني الأردني.

ومما يلاحظ على قضاء محكمة التمييز أنها تطبق نصوص القانون المدني على العقد الإداري، وهذا لا ينسجم مع ما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن من وجود استبعاد نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالفسخ على روابط القانون العام، نظراً للاختلاف الجوهري بينهما، وما يترتب على تطبيق أحكام القانون المدني على العقود الإدارية من نتائج غير منطقية تتمثل في تقييد حرية الإدارة في فسخ العقد الإداري، إذا وجدت أي مبرر لذلك، مما يؤدي إلى عرقلة مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

نخلص مما تقدم إلى أن القضاء النظامي الأردني- باعتباره المختص بفصل منازعات العقود الإدارية- لا يعترف للإدارة بحق توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة في حال عدم وجود نص صريح في العقد أو أن القانون يمنحها هذا الحق.

لذلك يرى الباحث ما يترتب على هذا الحكم من نتائج غير سليمة، فالواجب أن يعطى الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري الذي تمثله محكمة العدل العليا باعتبارها الأقدر على خلق وتأصيل نظرية العقود الإدارية التي تختلف عن نظرية العقود المدنية.

- في الكويت

أما فيما يتعلق بموقف الإدارة وفقاً للقانون الإداري الكويتي من صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء فقد رأى الدكتور عبد الفتاح حسن أن التفريق بين العقود الادارية والمدنية يختفي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، ومن هذه الدول دولة الكويت، وبناءً على ذلك فإن القانون الخاص هو القانون الذي يحكم العلاقة بين المتعاقدين، وتخضع للقضاء العادي سواء في إبرامها أم تنفيذها أم إنهائها، والاستثناء يكون في المسائل التي وردت بها نصوص تشريعية والتي تتصل في جملتها بإبرام العقد وليس في تنفيذه أو إنهائه(حسن،مبادئ القانون الإداري ص٤٥٢).

وقد أكدت المحكمة الكلية الكويتية في حكم لها أن " من القواعد المسلم بها في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة بإدارة المرافق العامة أصلا، فإذا ما عهدت إلى غيرها بأمر القيام بذلك لم يخرج المتعاقد مع الإدارة من أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص وظائفها..... وهي في سبيل القيام بذلك تتدخل في شؤون المرفق وتعدل أركان تنظيمه وقواعد إدارته كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك" (مجلة القضاء والقانون الكويتي س١ ع٢ رقم ١٦ بتاريخ ٦٦/١/١٢، ص٨١).

إن صلاحية الإدارة في تعديل قواعد العقود الإدارية وإيقاع الجزاءات تقوم على مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل بإرادة الإدارة، وهذا المبدأ ينبع من مفهوم المرفق العام وما تقوم به من نشاطات في المصلحة العامة(فياض،العقود الادارية، ص٢٠٢).

ووفقاً للقضاء الكويتي فإن للإدارة حق فسخ العقود الإدارية سواء أكان منصوصاً عليها في العقد أم لا، وهذا ما أكدته إدارة الفتوى والتشريع الكويتية في أن: " العقد المبرم بين الوزارة والشركة يخلو من الشروط والمبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية، فلم يشر إلى مدة الضمان وميعاد الاستلام النهائي أو إلى الجزاءات التي توقع على الشركة إذا أخلت بهذه الشروط كلها أو بعضها كحق الوزارة في اعتبار العقد مفسوخاً أو قيامها بالتنفيذ على حساب الشركة أو استحصالها لاستحقاقاتها دون حاجة لاتخاذ إجراءات قضائية إلى غير ذلك من الشروط المعتاد اتخاذها أو إيرادها في العقود الإدارية" (حسن،مبادئ القانون الاداري، ص ٤٥٩).

توصل الباحث إلى أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري حق مستمد من النظام العام ولها حق تقريرة بانية قرارها للمصلحة العامة، ولكن لابد من توافر بعض الشروط الموضوعية والإجرائية حتى يكون قرار الفسخ لأسباب مشروعة سوف نوضحها في الفصل الاحق لأن هذه الشروط تعتبر ضمانة للمتعاقد مع الإدارة حتى لا يتعرض لأضراروبختل بها التوازن المالي للعقد ويلحقه خسارة فادحة من جراء هذا التصرف.

الفصل الرابع : شروط فسخ العقد الإداري

ترتبط التصرفات الإدارية بإجراءات ذات طابع شكلي وأخرى ذات طابع موضوعي، وتشكل هذه الإجراءات بمجملها التصرف الإداري، وتأتي هي والشروط ضمانات لحسن قيام الإدارة بتصرفاتها وانسجامها مع أسس الشرعية، حيث إن قيام التصرفات الإدارية ترتبط بتوافر وتحقق شروط شكليه وشروط موضوعيه، والفسخ هو تصرف من تصرفات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ولتكون هذه التصرفات صحيحة لا بد من توافر شروط موضوعية وشروط شكلية.

وفيما يأتي بيان تقسيم شروط فسخ الإداره للعقد الإداري:-

أولا: الشروط الموضوعية .

تتمثل الشروط الموضوعية في الأساس المادي الذي يخول الإدارة القيام بإجراء الفسخ، وتتمثل في الشروط الموضوعية بوجود خطأ أولاً، إضافة إلى جسامة هذا الخطأ وسيتم البحث في هذا الموضوع على النحو الآتي:

أ- مفهوم الخطأ الموجب للمسؤولية.

من المسلم به أن جزاء الفسخ يفترض أن تقع أخطاء من المتعاقد مع الإدارة(فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ص ٢٧٦). وهو ما يعرف بالخطأ العقدي "سواء أكان عقداً إدارياً أم عقداً مدنياً" وهوعدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو دون عمد أو إهمال (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية،الموسوعة الادارية، رقم ١٣٢٠، ص ٨٦٦). فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه أو هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مساءلته، ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادي، وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٥٨)من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، وفي كل الأحوال يبق المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

وخلافاً لذلك في العقود وفقاً للقانون الخاص، فإن الإدارة تملك الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وعلة ذلك أن النص على حالات معينة للفسخ لا يحول دون إيقاعه لأسباب أخرى متى توافرت فيه صفة الخطأ الجسيم، على اعتبار أن سلطة الإدارة في الفسخ بالإرادة المنفردة إنما هي سلطة قائمة ومستقلة عن نصوص القانون، فضلاً عن أن الإدارة تملك تقدير مدى جسامة أخطاء المتعاقد معها.

وننوه إلى أنه ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يبرر فسخ العقد، وهذا ينسجم مع مفهوم الملاءمة بين الإجراء المتخذ والخطأ المرتكب، وانطلاقاً من ذلك فإنه:- لا بد أن يكون الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد مع الإدارة على درجة عالية من الجسامة، بحيث يبرر قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري معه، وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً في هذا الفصل.

ليس كل خطأ يترتب عليه الفسخ بالضرورة، بل يترتب عليه إجراء آخر حسب ما يتلاءم مع هذا الخطأ.

إن ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية يخولها تقدير أهمية الوقائع، فهي حرة في تقديرها لخطورة الواقعة طالما وجد القضاء أن القاعدة القانونية منحت الإدارة سلطة اتخاذ عدة قرارات لمواجهة حالة أو حالات واقعية معينة، حيث تملك الإدارة اتخاذ القرار المناسب مع أهمية وخطورة الواقعة المادية، فيخضع القضاء الإداري صحة الوجود الفعلي للوقائع وصحة تكييفها القانوني لرقابته القانونية، فهو يعتبر تقدير الإدارة لخطأ المتعاقد ومدى تناسب الإجراء المتخذ لمواجهته من الأمور التي تملك الإدارة موازنتها دون تعقيب منها على صحة ذلك(خليل،القضاء الاداري اللبناني، ص٥٦٠-٥٦١، الطماوي، القضاء الإداري ، ص٧٠٠).

ويظهر هذا المسلك واضحاً في أحكام محكمة العدل العليا والقضاء الإداري العربي المصري واللبناني،(خليل،القضاء الاداري اللبناني، ص١٢٩-١٣١، ٥٦١-٥٦٢)، فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها: " يتفق وأحكام القانون القرار الصادر عن مدير المطبوعات والنشر القاضي بعدم إجازة طباعة كتاب (الماسونية في الأردن وثائق وأسرار) لذكره عدداً كبيراً من أسماء شخصيات أردنية منتمية للماسونية، ..." (العدل العليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٩٣/٢٠٦، ع١-٣، ص٧٩)، وجاء القضاء الإداري المصري فيما بعد بقرارات تتعلق بالمحافظة على الصحة العامة وحرية النشر والصحافة، سواء صدرت تلك القرارات في ظروف عادية أم استثنائية، مثال ذلك حكم محكمة القضاء الإدارية الصادر بتاريخ ٢٩-٤-١٩٥٣م والذي جاء فيه بأنه: "وإن كان للإدارة كأصل عام وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإدارية بمشروعيته، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، يجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام، باعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه، فإذا ثبتت جدية الأسباب التي تبرر التدخل كان القرار صحيحاً، أما إذا اتضح أن الأسباب لم تكن فيها من الأهمية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات كان القرار باطلاً" (البرزنجي،السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص٤٢٦).

ب- ارتكاب المتعاقد مع الإدارة الخطأ الجسيم.

ليس كل خطأ ينسب إلى المتعاقد يعتبر سبباً يبرر توقيع جزاء الفسخ، بل لا بد أن يرتكب خطأ على درجة معينة من الجسامة.

ويعتبر الخطأ جسيماً في حال إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري(الفياض،العقود الادارية، ص ٢٢٥)، ويرى جانب آخر من الفقه أن الخطأ يعتبر جسيماً موجباً للمسؤولية إذا كان هناك سوء نية من المتعاقد، أو إهمال، أو عدم تبصر، بحيث يبلغ من الجسامة حداً يجعل له أهمية خاصة، كما أن تقدير مدى جسامة الخطأ هي من المسائل التي تخضع لتقدير الإدارة وحدها تقرر ابتداء مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ، وذلك تحت رقابة القضاء(الزهيري، ص ٣٥٨)، ويترتب على ذلك أن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري بناء على تقديرها لوجود خطأ جسيم، حتى وإن قدر القضاء أن الخطأ ليس جسيماً إلى حد يبرر الفسخ فهو لا يلغي قرار الإدارة الصادر بالفسخ(الجمل، ص٢٦٩)، ذلك أن القضاء لا يملك ولاية إلغاء قرار الفسخ غير المشروع، لكنه يملك تعويض المتعاقد عن هذا القرار، مع الأخذ بعين الاعتبار عن أخطاء المتعاقد الثابتة والتي يكون من شأنها رفض أي تعويض له.

موقف التشريع و القضاء الإداري الأردني من فكرة الخطأ الجسيم.

جاءت التعليمات ودفتر الشروط المنظمة لعقد المقاولات مع الإدارة بالحالات التي تبين وتحدد بعض الأخطاء الجسيمة، وهذه التعليمات هي تعليمات العطاءات العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٤م ودفاتر الشروط العامة لعقد المقاولة الموحدة، وسنعرض لبعض هذه الأخطاء لاحقاً.

جاء في حكم محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ١٩٧٧/١٧٤ أن "الإخلال بشروط العطاء لا توجب بالضرورة فسخ العقد، وإنما توجب على المتعاقد التعويض، ويستفاد من ذلك أنه ليس كل خطأ موجب للفسخ، وعليه فإن الخطأ يجب أن يكون على قدر من الجسامة". حيث جاء في القرار: " إن الإخلال بالشروط العامة للعطاء يوجب التعويض عنه ولا يوجب فسخ العطاء"

و يستفاد من هذا الحكم، أنه ليس كل خطأ صادر من جانب المتعهد يبرر للإدارة توقيع الفسخ، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ على درجة من الجسامة.

وفي قرار آخر لها جاء تطبيقاً لمفهوم القاعدة القانونية العقد شريعة المتعاقدين، فإذا حدد العقد الإداري الأسباب والموجبات لإلغاء أو فسخ العقد، فإن الإدارة لا تملك توقيعه خلافاً لهذه الأسباب، وهذا ما قررته محكمة التمييز حيث قضت في حكمها رقم ٨/٤٣٧ بما يلي:-

بعد التدقيق في الموضوع. .. فإننا نجد أنه وبالرجوع إلى البند (١٨) من الاتفاقية المعقودة في ١٩٧٤/١١/٢٣م، يتبين أن حق الإدارة في إلغاء الاتفاقية مقيد بتوافر ثلاثة شروط مجتمعة هي:

وقوع تأخير من المتعهد في تنفيذ التزاماته، وأن يكون التأخير بشكل غير معقول، ومتعمد، ودون عذر شرعي، أو تخلف عن التنفيذ متصفاً بالإضرار، أو بصورة فاضحة.

أن تقوم الوزارة بإبلاغ المتعهد إشعاراً بوقوع التأخير أو التخلف لإجراء اللازم خلال مدة معقولة.

ومن الأمثلة على الخطأ الجسيم في القضاء والفقه المقارن.

إن الأخطاء الجسيمة التي تبرر فسخ العقد الإداري عديدة ومتنوعة، وبذا لا يمكن إعداد جدول كامل يضم الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الفسخ

أمثلة على الخطأ الجسيم في القضاء والفقه المقارن:

عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة(عياد، ص ٣٦٣).

رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر أو تركه الأشغال، أو وقفه للتسليم، أو إهماله للمواعيد المقررة لإنهاء الأشغال (الهويدي، ص ١٤٥).

التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، والتعاقد من الباطن، فيعتبر مثل هذا التنازل خطأ عقدياً يرتب أقسى العقوبات، وهي فسخ العقد، لإخلاله بالتزام أساسي وجوهري في العقود الإدارية (هو مبدأ الالتزام بالتنفيذ شخصياً).

الغش والاحتيال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية (الطماوي، الأسس، ص ٥٤٨).

إفلاس المتعاقد والتصفية القضائية له (محمد،أحكام القانون الاداري، ص ٢٠٧).

وقد يتدخل المشرع أحياناً لتحديد أخطاء المتعاقد التي تعطي للإدارة حق توقيع جزاء الفسخ عليه، ومن ذلك ما نص عليه المشرع المصري في لائحة المزايدات والمناقصات موقع (مركز القوانين العربية) من مخالفات يستحق المتعاقد بسببها فسخ العقد معه، نذكر منها على سبيل المثال:

مادة (٢٩): أ- إذا ثبت أن أحد أعضاء لجان المناقصات والمزايدات أو اللجان الفنية أو اللجان المتخصصة أو لجان الفحص والاستلام استغل عمله بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بالتواطؤ مع أحد المقاولين أو الموردين بإفشائه أسراراً تتعلق بالمناقصة، أو قام باستلام توريدات بالمخالفة للمواصفات أو وقع على مستخلصات أو على شهادة استلام المقاولات بخلاف المواصفات، فعلى الجهة إحالته إلى النيابة العامة لإتخاذ الإجراءات وفقاً للقوانين النافذة.

- إحالة جرائم الغش والتلاعب والرشوة إلى القضاء لاتخاذ الإجراءات اللازمة.

مادة(٣٠): في حالة إفلاس المقاول أو المورد أو المتعهد أو الاستشاري تطبق القواعد المنصوص عليها في القوانين النافذة .

مادة (٢٤): عدم قيام المتعاقد بأداء التأمين النهائي الواجب إيداعه في المدة المحددة.

مادة (٢٧): استعمال المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة.

مادة (٢٨): إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد.

ويجمع الفقه المصري على ما ينسجم مع المنطق والتطبيق العملي من أن هذه الحالات ما هي إلا على سبيل المثال، لأن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً يستلزم هذه العقوبة الصارمة(الطماوي، الأسس، ص ٥٤٨، حلمي،عقود ادارية، ص ١٥١، فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ص ٢٨٠، عبد العال،النظرية العامة في العقود الادارية، ص ٨١، عياد،مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، ص ٣٦٣).

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه إذا قرر المشرع جزاء الفسخ لخطأ معين، فليس للقضاء أن يعقب على ذلك، وبالتالي فإن الحالات التي ذكرتها اللائحة، والتي قررت فيها الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون خارج رقابة القضاء من حيث الملاءمة لا المشروعية بطبيعة الحال إلى أن النص على بعض حالات الفسخ يفترض فيها المشرع جسامة وكفاية كمبرر للفسخ، مما يجعل هذه الحالات تفلت من رقابة الملاءمة، أما غيرها من حالات الخطأ التي لم ينص عليها فإنها تخضع لهذه الرقابة لقياس مدى خطورة الخطأ وجسامته وبالتالي صلاحيته كمبرر للفسخ(الجمل، ص ٥٤٨).

أمثلة على الخطأ الجسيم وفقاً للتشريع الأردني:-

ارتكاب جريمة الرشوة سواء من قبل المتعاقد أو أي من مقاوليه الفرعيين أو أي من مستخدميه بأي شكل من الأشكال، لأي جهاز من أجهزة صاحب العمل أو الأجهزة التابعة له يعد سبباً كافياً لإلغاء العقد، وغيرها من العقود التي يرتبط بها المقاول بصاحب العمل (م ١/٧٦/ دفاتر الشروط العامة لعقد المقاولة الموحدة).

قيام المتعهد بالتنازل عن العقد أو أي جزء منه لأي شخص دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء (م٦٧/ تعليمات العطاءات العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٤) ويستفاد من هذا النص أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بمبدأ عام وهو أن يقوم بالتنفيذ بنفسه شخصياً، وذلك لأهمية الاعتبار الشخصي في هذه العقود، إذ تراعى فيها اعتبارات خاصة تتعلق بالمتعاقد مع الإدارة، سواء من حيث الكفالة المالية والفنية أم حسن السمعة والجنسية.

التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن يعتبر إخلالاً بالالتزام بالتنفيذ شخصياً، وبالتالي فإن من حق الإدارة أن تلجأ إلى الفسخ في هذه الحالة مع المطالبة بالتعويضات عند اللزوم(كنعان،القانون الاداري، ص ٣٦٤).

عجز المتعهد عن تقديم اللوازم المحالة عليه كلها أو جزء منها، أو تأخره عن التقديم في المواعيد المحددة والمتفق عليها في تلك الشروط أو إخلال المتعهد أو أي من المتعهدين بأي شرط من الشروط الواردة في دعوة العطاء وشروطه وقرار الإحالة، (م ١٣/ تعليمات العطاءات لأشغال ولوازم أمانة العاصمة) (هذه التعليمات صادرة بالاستناد إلى نص المادتين (١٠)، (٤١) من نظام اللوازم والأشغال لأمانة العاصمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩).

عدم مقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته، أو تكرار تقصيره في تنفيذ هذه الالتزامات (م٧٣/ نظام لوازم وأشغال البلديات والمجالس القروية رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٩).

تنازل المتعهد عن العطاء المحال عليه أو أي جزء منه إلى أي شخص آخر بأي صورة من الصور دون موافقة خطية للجنة العطاءات ووفقاً للشروط والضمانات التي تقررها. (م ٢٤/ب/ نظام اللوازم والأشغال في الجامعة الأردنية رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧).

إخلال المتعهد بأي شرط من شروط العطاء المحال عليه (م ٧/ن/ نظام مقاولات الأشغال لسلطة الكهرباء رقم ٦٩/ لسنة ١٩٧٥)

وإذا حدد العقد الإداري الأخطاء التي يمكن أن تنتج عن ارتكاب المتعاقد أحدها توقيع الفسخ عليه، فلا يعني ذلك، أن تلك الأخطاء، قد وردت على سبيل الحصر بل إنها وردت على سبيل المثال، حيث إنه يجب، بل ويكفي، أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيماً لتوقيع الفسخ عليه، حتى ولو كان هذا الخطأ غير منصوص عليه ضمن الأخطاء المذكورة في العقد.

وبالرجوع إلى اتفاقيات الامتياز الأردنية نجد أنها قد ذكرت صراحة أخطاء الملتزم التي تجيز للإدارة فسخ الامتياز، وعلى سبيل المثال لا الحصر تنص المادة (١١) من اتفاقية امتياز الدباغة الأردنية على أنه: " يجوز للحكومة مع مراعاة أحكام القوة القاهرة والتحكيم أن تفسخ الامتياز بعد إخطار الشركة بذلك تحريراً بثلاثة أشهر عند وقوع أحد الأمور التالية:-

إذا تنازلت الشركة عن هذا الامتياز، أو عن حق فيه، أو عن أية صلاحية مخولة لها بموجبه، أو أجرته، أو تصرفت فيه على وجه آخر دون الحصول على موافقة الحكومة الخطية.

إذا رهنت المشروع دون موافقة الحكومة الخطية.

ج- إذا صدر أمر أو اتخذ قرار قضائي قطعي بتصفية الشركة.

د- إذا خالفت الشركة أحكام المادة (٥) (نفقات الإنتاج وأسعار البيع) من هذه الاتفاقية، ولم ترجع عن المخالفة خلال ثلاثة أشهر من تسلمها إخطاراً من الحكومة بالعدول عن تلك المخالفة.

هـ- إذا لم تتمكن الشركة من تأمين إنتاج المواد المدرجة في الفقرة (أ) من المادة (٣) بكمياتها اللازمة لسد حاجة السوق المحلية بعد انقضاء المدة التجريبية وقدرها سنة بعد بدء الإنتاج، على أنه يجوز تمديد هذه المدة إذا أقنعت الشركة الحكومة، أو ثبت عن طريق التحكيم أن تقصيرها عن إنتاج الكميات لسد حاجة السوق المحلي نتج عن قوة قاهرة أو عن أسباب فنية لم يكن بالإمكان تلافيها" (المادة ١١ من قانون امتياز شركة الدباغة الأردنية، موسوعة التشريع الأردني، الجزء الرابع، مرجع سابق ص١٨).

وفقا لما تقدم لابد من وجود خطأ جسيم حتى يتسنى للإدارة فسخ العقد الإداري من قبلها وهذا بالإضافة إلى إخطار المتعاقد، ووجود قوة قاهرة أو أسباب فنية تمنح المتعاقد مع الإداره الحق بإقتضاء التعويض.

ثانياً: الشروط الإجرائية لفسخ العقد الإداري.

أ- إعذار المتعاقد بالفسخ.

يعتبر التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الفسخ عليه من الضمانات القوية المقررة لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة حدود سلطتها في الفسخ، ويعتبر هذا الالتزام إجراءً جوهرياً ويترتب على تخلفه عدم مشروعية الفسخ.

فالقاعدة العامة المسلم بها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تتطلب من الإدارة (إنذار) المتعاقد معها بإجراء الفسخ قبل فرضه، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات وهي كما يأتي:(الجمل، ص ٢٧٦).

إذا تخلى المتعاقد عن العقد أو تنازل عنه بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة.

إذا لم يعد المتعاقد قادراً على تنفيذ العقد.

حالة إعلان المتعاقد عدم رغبته في تنفيذ التزاماته العقدية.

إذا أصبح غير ذي موضوع، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه أنه لم يعد قادراً بصفة نهائية على تنفيذ التزاماته، أو إذا كانت ظروف الحال تدل على عدم جدوى الإعذار أو عدم فائدته، وذلك لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه مثل خرقه لالتزام أساسي يتعذر تداركه أو إصلاحه.

ارتكابه لفعل من الأفعال التي تدخل في نطاق الغش.

إذا تم فرض الفسخ الجزائي مباشرة بعد توقيع أحد الجزاءات الإكراهية والتي تستوجب توجيه الإنذار

إذا لم يعد للإنذار أية فائدة ترجى(السيد،القانون الاداري الليبي، ص ٢١٦ - ص ٣٤٠).

ومن المفترض أن يفسر هذا النص بطريقة ضيقة، لما في هذا الإعفاء من خطورة تقع على المتعاقد، وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء من هذا الالتزام يفسر الشك لمصلحة المتعاقد، بحيث يكون الإعذار لازماً.

وجاء حكم محكمة التمييز الأردنية مؤكداً ضرورة توجيه إنذار الإدارة للمتعاقد معها قبل فرض جزاء الفسخ، حيث قالت في إحدى أحكامها: "يتفق القانون الحكم بإلزام البلدية برد قيمة الكفالة مع ضمان الأضرار اللاحقة بالمتعهد من جراء فسخها للعقد وتلزيم التعهد لمتعهد آخر، لأن البلدية خالفت شروط الاتفاقية من حيث الإنذار عند إخلال المتعهد في تنفيذ التزامه" (تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٨٧/٢٣٩، ص ٨٨).

وسنعرض فيما يلي لمدى التزام الإدارة بالأعذار في كل من فرنسا، ومصر، والأردن والكويت.

١- مبدأ الإعذار في فرنسا.

لا بد من الإشارة إبتداءً إلى أن تخلف شرط الإعذار في الفسخ لا يؤدي إلى إلغاء هذا الإجراء، بل يمكن أن يحكم بالتعويض للمتعاقد معها. فالمسلم به في الفقه الإداري في فرنسا بأنه يجب على الإدارة إعذار المتعاقد عند عدم تنفيذ التزاماته أو تأخيره في هذا التنفيذ، فسكوت العقد عن اشتراط الإعذار، أو عدم وجود شرط في دفتر الشروط يلزم الإدارة بالإعذار، لا يغير شيئاً من الوضع ويترتب عليه عدم التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الفسخ عليه، بل يترتب على تخلف هذا الشرط اعتبار الفسخ معيباً ومخالفاً للقانون من الناحية الشكلية، وبنفس الوقت فإن ذلك لا يمنح القاضي صلاحية إلغاء هذا الإجراء إلا أنه يعفي المتعاقد من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ.

وتؤيد أحكام القضاء الفرنسي هذا المبدأ، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٦١/١١/٣م بأنه " يتعين على الإدارة إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته أن تقوم الإدارة بإعذاره بضرورة تنفيذ هذه الالتزامات، ويقع عبء هذا الواجب على الإدارة خاصة في حالة إنهاء العقد، لذلك فإن عليها أن تقوم بإنذار المتعاقد معها وتنبيهه إلى ضرورة القيام بتنفيذ التزاماته طبقاً للعقد" (إسماعيل،الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقد الاداري، ص٩٩).

وكون القضاء الإداري في فرنسا يقتصر في هذه الحالة على التعويض دون الإلغاء(الفياض،العقود الادارية، ص ٢٢٨). فإنه لا يمكن للقاضي وإن ثبت له عدم إعذار الإدارة للمتعاقد معها، حتى وإن ثبت للقاضي عدم مشروعية الفسخ لعدم الإعذار، فإنه لا يملك إلغاء القرار غير المشروع (عياد، ص ٣٦٥). بناءً على أنه قاضي تعويض وليس قاضي إلغاء، فالقاضي يراقب مدى مشروعية قرار الفسخ ومدى تناسبه مع جسامة الخطأ، ويحكم للمتعاقد بالتعويض عن الفسخ غير المشروع أو التعسفي، ولكن لا يجوز له إلغاء قرار الفسخ.

٢- مبدأ الإعذار في مصر.

يتحدد موقف القضاء من خلال ذلك في الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن كما أن موقف المشرع المصري الذي تحدد في لائحة المزايدات والمناقصات لم يشترط إعذار المتعاقد مسبقاً قبل إجراء الفسخ. وبالإضافة إلى ذلك، لا يتطلب القضاء إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه(السيد، ص ٢٢٠).

إن الفقه المصري استند إلى المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري في إيقاع الجزاءات من حيث وجوب الالتزام بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ(فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري،ص٢٨٢).

٣- مبدأ الإعذار في الأردن.

لا يختلف التزام الإدارة بالإعذار في الأردن، عما هو عليه في فرنسا أو مصر، فإن كانت هناك نصوص تقضي بالزامها بالإعذار، فإن الإدارة ملزمة به، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث تم التمييز بين حالتين إلا أن النتيجة من حيث وجوب الإعذار واحدة، وهاتان الحالتان هما:

الأولى: أن ينص العقد على شرط الإعذار.

قررت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها أن:

"تكون إجراءات البلدية بمصادرة التأمينات البنكية وفسخ العقد وإلغائه وتلزيم التعهد لمتعهد آخر سابقة لأوانها، لأن اتفاقية التعهد قد اشترطت أن يقع الإخلال أو التقصير بعد إنذاره خطياً مرتين مع مهلة مدتها ١٥ يوما بعد كل إنذار، وتبين أن الإنذار الثاني الموجه من محامي البلدية قد أمهل المتعهد مدة يومين، وعليه فإن الحكم بإلزام البلدية برد قيمة الكفالة مع ضمان الأضرار اللاحقة بالمتعهد من جراء الفسخ يتفق مع القانون) (تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٨٧/٢٣٩، ص ٨٨).

الثانية: عدم وجود نص بوجوب الإعذار.

وفي هذه الحالة يتم العودة إلى القواعد العامة في العقود والتي تقضي بالتزام الإدارة بإعذار المتعاقد الآخر قبل إيقاع الفسخ عليه (نصت على هذه القاعدة المادة ٢٤٠ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه للآخر، جاز للعاقد الآخر بعد إنذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخة)، واعتبارها قاعدة عامة واجبة التطبيق، ولا تتعارض مع جوهر وطبيعة وخصائص العقد الإداري، ونظراً لما يمثله الإعذار من ضمانة مهمة لحقوق المتعاقد مع الإدارة في حال اتخاذها إجراءً خطيراً في مواجهته يتمثل في فسخ العقد.

بناءً على ما سبق فلا بد للإدارة من إعذار المتعاقد معها، وهو ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت" في حال إذا كان في ملحق العطاء شرط على أنه في حالة عجز المتعهد عن تقديم اللوازم المحالة عليه، فإنه يحق للقائد العام أو من ينيبه اتخاذ الإجراءات المبينة في الملحق دون سابق إنذار أو إخطار، فإن هذا الشرط يعفي القائد العام من القيام بالإنذار، أو الإخطار"(تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٧٥/١٧١، ص ٢٠٦).

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن عدم إعذار المتعاقد مع الإدارة لا يمنح القاضي صلاحية إلغاء هذا الإجراء شأنه شأن القضاء الإداري الفرنسي والمصري.

موقف القضاء الكويتي من الإعذار.

أوجب قضاء محكمة التمييز الكويتية في أحكامها بوجوب إخطار أو إعذار المتعاقد مع الإدارة وإلا فإن الإجراءات التي تتبع في الفسخ تتعرض لاعتبار أن هذه الإجراءات غير مشروعة، الإ أنه لا بد من الإشارة إلى صدور قرار الفسخ من الإدارة يصبح نافذاً وذلك كما تم تبيانه سابقاً.

وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية وجوب الإخطار للحكم بالغرامات، وذلك كما جاء في حكمها، حكم محكمة التمييز الكويتية قرار رقم ٢٠٠١/٥٠٦ إداري/١ ما يلي: "لما كان الحكم المطعون فيه قد عول في قضائه على أن الثابت من الأوراق أن العقد محل النزاع أبرم بين الطرفين بتاريخ ١٩٨٣/١١/٥ لمدة عامين، أي أنه انتهى فعلاً في ١٩٨٥/١١/٤ ولم يتم إخطار الشركة المطعون ضدها بخصم هذه الغرامات إلا بتاريخ ١٩٨٦/٢/١ أي بعد انتهاء العقد بثلاثة شهور وترتب على ذلك عدم مشروعية هذا الخصم" (محكمة التمييز الكويتية، قرار رقم ٢٠٠١/٥٠٦، أداري/١. صادر بتاريخ ٢٠٠٦).

ب- صدور قرار إداري بالفسخ.

يشترط لتوقيع جزاء الفسخ الجزائي أن يتم ذلك عن طريق قرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة (الزهيري، ص ٣٦٤، حسين،الوسيط في القانون الاداري، ص ٧٧)، وعليه يعد صدور الإجراء المنفرد هو الأصل العام والمنسجم مع طبيعة العقود الإدارية المرتبطة بقواعد القانون العام والنظام العام، ولكن القضاء الأردني أورد استثناءً على ذلك جاء موقف القضاء الأردني بأن أجاز للمتعاقد معها إنهاء العقد الإداري، حيث جاء في إحدى أحكام محكمة التمييز أن "إخلال المدعى عليها (وزارة الأشغال) بدفع استحقاقات المدعية – المقاول- رغم إشعارها حسب العقد، وسلوك المدعية باعتبار العقد منتهياً يعتبر استعمالاً منها لحق مستمد من نصوص العقد وموافقاً للقانون" (تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٩٧/٩٢٨، ص ٤٥٨١).

ولذلك نرى أن ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية ينطوي على ثغرات قانونية، وهي كما يأتي:

يتناقض مع طبيعة العقود الإدارية التي تخول الإدارة وحدها استخدام هذا الحق، نظراً لما تتمتع به من سلطان وامتيازات استثنائية.

إن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري يستند إلى أساس النظام العام ونظرية المرفق العام ونظرية "الصالح العام" أو "المصلحه العامه".

لا يتوافق مع مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لأن ذلك يجعل المتعاقد على قدم المساواة مع الإدارة، وبالتالي فإن المصلحة الخاصة قد تغلب على المصلحة العامة كون المتعاقد في نهاية المطاف لا تعنيه إلا مصلحته الخاصة.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز حين قالت: " تختص محكمة البداية بالنظر بدعوى فسخ البلدية للعطاء ومنع المتعهد من تنفيذه بعد إبرام الاتفاقية" (تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٨٧/٢٣٩، ص ٨٨).

وينبغي على القضاء الأردني أن يسير في أحكامه على النمط الذي سارت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قالت في إحدى أحكامها: "إن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له حق في ذلك، وينبني على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات للفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضاً غير جائز في العقود الإدارية لما يتميز به من خصائص لاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واضطراد، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق العام لأي سبب حتى لو كان لخطأ أو لتقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية" (صادق،العقد الاداري في مبادئ المحكمة الادارية العليا، ص٢٢٢). ويتطلب في فرنسا وفقاً لقانون ١١ يونيو الصادر سنة ١٩٧٩ ، وبمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٨٧ أن تحتوي قرارات الإدارة المتضمنة فسخ العقد على الأسباب الحقيقية التي دعتها لفرض جزاء الفسخ، وأن تقوم الإدارة بتبليغ المتعاقد معها بهذا القرار حتى يمكن الاحتجاج به(السيد،القانون الاداري الليبي،ص ٢٢٣).

ويخضع قرار الإدارة بفسخ العقد للرقابة القضائية، حيث يراقب القاضي مدى ملاءمة الجزاء المفروض من الإدارة مع التقصير الذي وقع به المتعاقد عند تنفيذه لالتزاماته العقدية، كما يحكم القاضي بالتعويض للمتعاقد إذا كان القرار غير مشروع، ولكن لا يحق له إلغاؤه (أبو يونس،احكام القانون الاداري، ص ٢٨٦).

ومن المعلوم أن رقابة القاضي الإداري – كأصل عام- تقف عند حد مراقبة الوقائع المادية والتحقق من وجود هذه الوقائع وصحتها، وحق مراقبة الوصف القانوني للوقائع على فرض وجودها وصحتها دون أن يكون له حق بحث أهمية وخطورة الأسباب، وفيما إذا كانت الوقائع (الأسباب) على جانب من الخطورة تكفي لتبرير الإجراء المتخذ بحقها أو في مواجهتها، كما يعتبر القاضي الإداري قاضي مشروعية؛ بمعنى أن رقابته تقف عند حد المراقبة القانونية لأعمال الإدارة، دون أن يكون له حق التصدي لبحث عنصر الملاءمة في العمل الإداري الذي يدخل في نطاق السلطة التقديرية التامة للإدارة. فإذا ما قام القاضي الإداري ببحث مدى ملاءمة الإجراء المتخذ فإنه بذلك يحل نفسه محل الإدارة، وهذا ما يتناقض مع كون القاضي الإداري قاضي مشروعية. ومن هنا جاء موقف محكمة العدل العليا المصرية شأنها شـأن مجلس الدولة الفرنسي من حيث إن رقابة القاضي تقف عند حد رقابته للتكييف القانوني للوقائع دون مراقبته ملاءمة القرار إذ يتركها لتقدير الإداره دون معقب عليها من جانب القضاء، وقد عبرت عن ذلك محكمة العدل العليا الاردنية في قرار لها فقالت: "إن تقدير مقدار العقوبة الواجب فرضها على المشتكى عليه متروك أمره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من محكمة العدل العليا" (العدل العليا،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ١٩٦٧/٥٧، ص١٠٦٨). وقد عبر مجلس الشورى للدولة الفرنسية عن ذلك بقوله: "... إن أوجه الطعن الأخرى الواردة في اللائحة تتعلق بملاءمة الإجراءات الصادرة بمقتضى النظام المطعون فيه، والتي لا يمكن مناقشتها أمام القضاء عن طريق دعوى تجاوز حدود السلطة.

إن عدم فرض القضاء الإداري في فرنسا والأردن ومصر على ملاءمة الإجراء المتخذ من الإدارة وجسامة المخالفة لم يأت بشكل مطلق وإنما خرج مجلس شورى الدولة الفرنسي على هذه القاعدة حيث ورد لها بعض الاستثناءات رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري والإجراء المتخذ، تأسيساً على أن مبدأ التناسب فيها يعتبر مبدأ قانونياً عاماً يجب على جهة الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص قانونية صريحة تتضمنه، فيكون الإجراء المتخذ بالقدر المناسب لتحقيق الهدف منه(الطبطبائي،الرقابة القضائية،مجلة الحقوق،س١٩٨٢، ص٨٤).

ومن وجهة نظر الباحث أن مبدأ التناسب ضروري بين الإجراء المتخذ والفعـل المرتكب، حتى لا تكون تصرفات الإدارة تصرفات تعسفية ويكون القرار المتخذ غيـر مشروع،مما قد يعطي الحق للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض عما أصابة من جراء القـرار الغيرمشروع. و يترتب على هذا الفسخ آثار عامة وآثار خاصة تلحق بكلا الأطـراف سواءً أكانت آثاراً لمصلحة الادارة أم آثاراً لمصلحة المتعاقد(الملتزم) وسيتم التوضيـح عنها في الفصل القادم .

الفصل الخامس : الآثار المترتبة على فسخ العقد الإداري

يختلف إجراء الفسخ الذي تقوم به الإدارة بحق المتعاقد بالنظر إلى أثره حسب ما تقوم به الإدارة، من حيث الاكتفاء باستبعاد المتعاقد فقط وفسخ العقد، فتلجأ الإدارة في بعض الأحوال إلى تحميل المتعاقد التعويضات، وقد تتجاوز في الآثار إلى أبعد وأقسى من ذلك، حيث تحمل المتعاقد المفسوخ عقده جميع الآثار المالية المترتبة على إبرام عقود جديدة مع متعاقدين آخرين لإتمام تنفيذ الأعمال وعلى حسابه.

أولاً: الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري.

يترتب على فسخ العقد الإداري آثار عامة تخضع للأحكام العامة في عقود القانون الخاص من حيث انحلال الرابطة العقدية، ولا يختلف الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة من حيث آثاره العامة المترتبة عليه في العقود الإدارية عن الفسخ في القانون الخاص بشكل جوهري، ويبقى الفرق بينهما قائماً من حيث إن الفسخ الذي توقعه الإدارة في العقود الإدارية، تمارسه الإدارة حتى في حال عدم النص عليه، ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

وسيقوم الباحث بتناول هذه الآثار كما هو يلي:

أ- الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة.

ب- الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد.

أ-الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة:-

تتميز الطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية عن العقود المدنية من حيث طبيعة العلاقة بين المتعاقدين من حيث الصلاحية وحقوق الطرفين كما تم تبيانه سابقاً مما رتب نتائج قانونية مهمة من حيث الآثار المترتبة على إجراء الفسخ الذي تقوم به الإدارة وأهم هذه الآثار العامة المترتبة على الفسخ ما يأتي:

انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها.

ينتهي العقد من تاريخ قرار الفسخ الجزائي الصادر من جهة الإدارة، أو من تاريخ إعلانه للمتعاقد معها(عباس،العقود الادارية، ص ٣٤٧).

تملك الإدارة بإرادتها المنفردة فسخ العقد الإداري.

يبرز تقدير الإدارة للمصلحة العامة والصالح العام، وتقوم هذه الفكرة على الانتظام العام، حيث يجوز للإداره فسخ العقد الإداري، سواءً أكان هناك خطأ من جانب المتعاقد، أم دون خطأ (الطماوي، القضاء الإداري، ص ٥٥٠).

الفسخ الجزئي والتوازن المالي.

إن من طبيعة المرافق العامة المنفذة من خلال العقود الإدارية المبرمة بين المتعاقدين مع الإدارة ارتباطها بالصالح العام، وعليه فإن هذه العقود لا تقبل الانفساخ الجزئي، إذ لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد، بأن تفسخ الجزء الخاسر، وتبقي الجزء المربح(فياض،نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص ٢٨٣، السيد،القانون الإداري،ص ٢٣٥ - ص٣٤٧)، ويجب أن يشمل الفسخ كذلك جميع الالتزامات التي لم يتم تنفيذها.

فقد أكدت محكمة التمييز الكويتية بحكم لها على عدم إلزام الإدارة بالتعويض إذا قام قرارها بالفسخ على أساس من المشروعية، حيث قضى بأنه: "إذا كان القرار سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل عنه الإدارة مهما بلغ الضرر الذي ترتب عليه، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمشروعية القرار المطعون فيه على ما استخلصه من الأوراق والمستندات المودعة في الدعوى من عدم ثبوت موافقة وزارة التجارة والصناعة على العقد المبرم بين الطاعنة والمطعون ضدها الرابعة لإقامة مشروع لتقديم الاستشارات الهندسية على القسيمة رقم ٢٨ بالمنطقة التجارية" (طعن بالتمييز رقم ٢٠٠٥/٤٨٢ إداري كويتي، جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٦).

حصول الإدارة على تعويض إذا ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيماً.

يترتب للإدارة في حال فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد معها حقها في الحصول على التعويض اللازم للأضرار التي لحقت بها بسبب الفسخ، بل إن محكمة التمييز الأردنية تذهب إلى اعتبار الضرر الذي لحق بالإدارة العامة نتيجة لخطأ المتعهد ضرراً ثابتاً غير قابل لإثبات العكس، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية " يعد الضرر الذي يلحق بالإدارة العامة نتيجة تأخر متعهد بتوريد المواد أو البضائع المحالة عليه والتي التزم بتوريدها بموجب عقد إداري مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نظراً لطبيعة العقد وعلاقته بالصالح العام ولما له من تأثير في حسن سير المرافق العامة" (تمييز حقوق، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، رقم١٩٩٦/٨٢٥،ع ٥ ،ص١٤٢٨).

- وجوب قيام المتعاقد مع الإدارة بإخلاء الموقع في عقود الأشغال العامة.

إن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري مع المتعاقد معها يستوجب على المتعاقد مع الإدارة القيام بإخلاء موقع العمل في عقود الأشغال العامة، وتملك الإدارة في عقود التوريد رفض استلام البضاعة(فياض،نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ص ٢٨٣).

ويعتبر قيام الإدارة باستلام البضاعة أو المواد من المورد بعد المدة المحددة في العقد بالرغم من تأخر المورد تنازلاً عن سلطتها في فسخ العقد(جيد،التعاقد والشراء، ص ٢٩٤). وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها: الذي جاء فيه أن " استلام الإدارة البضاعة موضوع العطاء وعدم استعمالها حقها في فسخ العقد نتيجة لتأخر التسليم يجعل من الحكم بإلزام المحال عليه بغرامة التأخير مخالفاً للقانون" (تميز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٩٧/٨٣٥، ص ١٤٢٨).

حصول الإدارة على تعويض بحال الفسخ الجزائي.

يترتب على الفسخ الجزائي أن يكون للإدارة الحق في الحصول على التعويضات عن الأضرار التي أصابتها بسبب توقف تنفيذ الأشغال في عقود الأشغال العامة أو بسبب توقف توريد البضاعة والأصناف في عقود التوريد، وينبغي أن يقتصر حق الإدارة بالمطالبة بهذه التعويضات عن الأضرار التي لحقتها حتى صدور قرار الفسخ الجزائي فقط(عباس،العقود الادارية، ص ٢٣٠).

إن عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه العقدي والقانوني يرتب للدائن حقاً بالتعويض جبراً للضرر الذي لحق به ويعرف التعويض الذي يفرض على المتعاقد مع الإدارة بأنه المبالغ التي تطالب بها الإدارة المتعاقد معها وذلك بناءً على إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية مع سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال(دي لوبادير، ص ١٤٥،).

ويحكم هذه المسألة القانونية القانون المدني العام، إذ يحكم بمبلغ من المال للطرف المتضرر، على أن يكون هذا المبلغ مساوياً للضرر الذي لحق بهذا الطرف، ولا بد من الإشارة إلى أن الهدف من التعويض في نطاق العقد الإداري هو إرغام الطرف المتعاقد مع الإدارة على التنفيذ وفقاً للعقد أكثر من كونه تعويضاً للإدارة عما لحق بها من ضرر(حلمي،العقد الاداري، ص ٩٥).

وكما هو ثابت مستقر عليه قانوناً أن التعويض يمثل الجزاء الأساسي لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر (الطماوي، الاسس.، ص ٤٦١).

مصير الأدوات والمواد العائدة للمتعاقد مع الإدارة (المقاول).

يترتب على الفسخ الجزائي التزام الإدارة بتحديد مصير الأدوات والمواد العائدة للمقاول في عقود الأشغال العامة(فياض،العقد الاداري في مجال التطبيق،ص٢٥٦).

كما ينبغي على المورد أن يعيد المواد التي قدمتها له الإدارة بالحالة التي كانت عليها، أما إذا لم يقم بإعادتها على حالها التي كانت عليها قبل الفسخ الجزائي، فيجب عليه أن يدفع قيمة هذه المواد للإدارة(السيد،القانون الإداري الليبي، ص ٢٣٨).

للإدارة فرض غرامات التأخير على المتعاقد معها (المقاول).

يجوز للإدارة أن تفرض غرامات التأخير على المقاول أو المورد المفسوخ عقده بشرط أن تكون تلك الغرامات عن الفترة الزمنية السابقة، على قرار الفسخ الجزائي كما أن الإدارة تملك صلاحية توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد معها في حال عدم احترام المتعاقد لالتزاماته (عباس،العقود الإدارية، ج ٢، ص ٢٣١).

وللإدارة حرية توقيع الغرامة التأخيرية بنفسها، وإن لم ينص العقد على موعد محدد لتوقيع الجزاء(الطماوي،الأسس، ص ٤٥٤-٤٥٥، ويشير في هذا المعنى لحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، ص١١٠٠).

مفهوم الغرامات التأخيرية.

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تعريف الغرامة التأخيرية وسنورد تالياً أهم هذه التعريفات:

رأت بعض الاتجاهات أنها " عبارة عن تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه .. عند عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته أو إذا نفذها بشكل معيب، ويجري العمل على فرضها جزاء لعدم احترام مدة العقد (الجمل ص ١٣٥، فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص ١٦٨، عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ص٣٤٥).

وعرفها آخرون بأنها " مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ. وهي الطريقة التي يكاد يخلو منها عقد إداري "(الطماوي،الاسس، ص٥١٢ - كنعان،القانون الاداري،ج ٢ ص٣٥٩).

موقف التشريعات الأردنية من الغرامة التأخيرية.

لم تميز التشريعات الأردنية بين الغرامة التأخيرية والتعويض الاتفاقي وقد عنونت المادة "٤٧" فقرة "١" من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية بعبارة هي "التعويض الاتفاقي عن التأخير (غرامة التأخير)".

كيفية توقيع غرامات التأخير.

إن مجرد النص على الغرامة التأخيرية في العقد غير كافٍ، إذ لا بد من صدور قرار تنفيذي بتوقيعها من الإدارة (عبد العال،النظرية العامة في العقود الادارية،ص٣٤٨-٣٤٩)، والغرامة تستحق عن كامل مدة التأخير ومن ثم تكون أيام العطل والأعياد الرسمية ضمن هذه المدة (عبد الباسط، نشاط الادارة ووسائلها، ص ٥٢٤).

والإدارة عندما تتنازل عن تطبيق الغرامة فليس لها أن تتراجع عن ذلك (عباس، العقود الإدارية، ص ٢١٦).

الإعفاء من غرامات التأخير.

تعود أسباب إعفاء المتعاقدين من غرامات التأخير إلى سببين رئيسين كما هما:

الأول: التأخير الناتج عن فعل العوامل الخارجية.

يتفرع عن العوامل الخارجية عاملان: القوة القاهرة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونشير إليهما بشكل موجز على النحو التالي:

الحالة الأولى: حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة.

في بعض الأحوال تطرأ أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طابع غير اعتيادي، لا يمكن أن يتوقعها المتعاقدان أثناء إبرام العقد، بحيث تجعل تنفيذ هذا العقد مرهقاً، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض بشكل كامل عن قيمة ما تكبده من أعباء(الطماوي، القضاء الإداري، ص ٧١٥)

ولكي تطبق هذه النظرية ويعفى المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية يجب وجود صعوبات تتصف بما يلي:

أنها ذات طابع استثنائي.

ذات طبيعة مادية.

غير متوقعة عند إبرام العقد.

ناشئة عن عمل خارج عن إرادة طرفي العقد.

ومن الأمثلة على الصعوبات المادية غير المتوقعة الظواهر الطبيعية بصفة عامة، كأن يفاجأ المتعاقد بوجود قناة مياه لم يبينها المخطط المرفق في العقد.

الحالة الثانية: حالة القوة القاهرة.

تعرف القوة القاهرة في القانون الإداري الأردني كما هو الحال في القانون المدني بأنها " حدث أجنبي (مستقل عن إرادة الأطراف) غير متوقع ولا يمكن رده (الإستحالة)

ولتطبيق نظرية القوة القاهرة لا بد أن تتوافر في الحدث المكون للقوة القاهرة الشروط الآتية(الشطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، ص ٢٠٩):

استقلال الحدث المكون للقوة القاهرة عن إرادة الأطراف.

غير متوقع وغير قابل للتوقع وقت إبرام العقد.

عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً.

وقد رأت الأحكام القضائية الأردنية في مسألة القوة القاهرة. بأن (إصابة محركات الباخرة الناقلة للبضاعة موضوع العطاء مما اضطر أصحابها إلى قطرها إلى ميناء المصدر، واضطر المحال عليه نقلها على باخرة أخرى هو من قبيل الحادث الفجائي والسبب الأجنبي الذي لا يد للمتعهد فيه وخارج عن إرادته وهو يأخذ حكم القوة القاهرة وإن لم يترتب عليه استحالة التنفيذ وإنما ترتب عليه وقف تنفيذ العقد خلال مدة عطل الباخرة وقطرها مما يشكل استحالة وقتية في تنفيذ العقد.. فيكون الحكم بإلزام المتعهد بالغرامة عن التأخير مخالفاً لأحكام المواد (٢٠٢ و ٢٤٧ و ٤٤٨) من (القانون المدني الأردني)(تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الأردنيين، رقم ١٩٩٦/٨٢٥، ص ١٤٢٨).

السبب الثاني: التأخير الناتج عن فعل الإدارة.

لا يجوز للإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد معها إذا كان الخطأ ناجماً عن فعلها. وفي هذا السياق لا بد من النظر لفعل الإدارة المقصود في هذه الحالة، فمن جهته هو الفعل الذي يتصف بخصائص القوة القاهرة.(فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص ١٦٤)، وهو ما يعرف بعلم القانون الإداري باصطلاح (فعل الأمير) والذي يعرفه سليمان الطماوي بأنه : أي إجراء يصدر من السلطة العامة في الدولة سواء أكانت هذه السلطة سلطة متعاقدة أم سلطة غير متعاقدة، ويكون من شأن هذا الإجراء إضافة أعباء جديدة للمتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية(الطماوي، الوجيز، ص ٦٣٨).

مصادرة التأمين.

للإدارة حق مصادرة التأمين الذي أودعه المقاول لديها، كما لها أن تشطب اسمه من سجل المقاولين وذلك عقوبة تابعة للفسخ الجزائي في عقود الأشغال العامة(عبد الباسط، نشاط الإدارة ووسائلها،ص ٥٤٦)، كما لها أن تصادر التأمين أيضاً عند الفسخ الجزائي في عقود التوريد(السيد، القانون الإداري الليبي، ص ٣٤٩).

مفهوم مصادرة التأمين

هو عبارة عن جزاء يحمل في طياته اتفاقاً مسبقاً على التعويض، وذلك بالحصول على قيمة التأمين عن طريق التنفيذ المباشر، وبما أن هذا التأمين يودع مع العطاء فإن النص أو عدم النص عليه لا يعني حرمان الإدارة من حقها في مصادرته (الجمل، ص ١١٨).

الحكمة والغاية من فرض التأمين.

إن التأمين هو ضمان للإدارة عن الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها أو تقصيره كما يضمن التأمين ملاءة المتعاقد لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ العقد. (حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، ٣١٣، عياد،ص ٣٤٩).

لذا تقوم الإدارة بمصادرة التأمين دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو إثبات أن ضرراً قد حصل ولحقها من جراء الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

موقف القانون والقضاء الأردني.

ألزم المشرع الأردني في المادة (١٦/أ) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية، المناقص الذي تقرر إحالة العطاء عليه أن يقدم كفالة حسن التنفيذ خلال أسبوعين من تاريخ تبليغه وذلك تمهيداً لتوقيع العقد، وقد حددت المادة (٥/أ) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية كفالة حسن التنفيذ بنسبة ١٠% من قيمة العقد وكفالة الصيانة بنسبة ٥% من قيمة المشروع الفعلية بعد الإنجاز(مادة ١٦/أ من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية (الأردنية)، رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، نظام الأشغال الحكومية ١٩٩٦، وزارة الأشغال العامة والإسكان دائرة العطاءات الحكومية).

وإذا أخل المتعهد بتقديم الصيانة المطلوبة، فيحق للجنة العطاءات عندئذ مصادرة قيمة التأمين(المادة رقم (١٥) من تعليمات العطاءات، رقم ١، لسنة ١٩٩٤).

وتملك الإدارة مصادرة الكفالة (التأمين) بقرار منها دون الحاجة للجوء للقضاء وهنا لا بد من الإشارة إلى وجود مثل هذه الكفالات في أعمال القطاع الخاص وبين الأفراد في تنفيذ المشاريع ذات الأهمية الكبيرة، وذلك عن طريق التنفيذ المباشر لأن حق الإدارة في مصادرة التأمين ثابت سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه(نواف ، ص ٣٦١).

موقف القانون والقضاء الكويتي.

جاء موقف القضاء الكويتي وفقاً لما جاء في حكم محكمة التمييز الكويتية بصفتها الإدارية بأن " فسخ العقد يرجع إلى إخلال الشركة الطاعنة بالتزاماتها بما يصبح معه التأمين النهائي محل النزاع في هذه الدعوى خالصاً للجهة الإدارية طبقاً لنص المادة (١٣) من العقد المبرم بين الطرفين ذلك أن المسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسؤولية تقصيرية حدد المتعاقدان شرطاً جزائياً- مبلغ التعويض عنها وبذلك تكون مطالبة الشركة الطاعنة باسترداد التأمين النهائي واجبة الرفض وهو ما يستوي في نتيجته مع ما انتهى إليه الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه من عدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها ويضحي معه النعي عليه بسبب الطعن غير منتج ومن ثم غير مقبول." (الطعن بالتمييز رقم ٩٩/ ٢٠٠٦ إداري كويتي جلسة ٢٠٠٧/١١/١٣).

- استمرار المرفق العام ويبقى قائماً وتستطيع الإدارة التعاقد مع متعاقد آخر.

يترتب على إسقاط الالتزام نهاية عقد التزام المرافق العامة فقط. وبالتالي تعمل الإدارة جاهدة على استمرار المرفق العام بإدارته بنفسها أو بواسطة متعاقد آخر تلزمه بإدارته (عبد العال،النظرية العامة في العقود الادارية،ص ٧٤)؛ بمعنى أن إسقاط الالتزام يؤدي إلى انتهاء العقد فقط، ومن ثم يبقى المرفق العام قائماً ومستمراً بدوره في تسيير الحاجات العامة، حيث تتولى الجهة مانحة الالتزام إدارته إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويترتب على فسخ الالتزام نتيجة في غاية الأهمية تتمثل بتحميل الملتزم الذي تم فسخ العقد معه جميع الأعباء المالية التي تكبدتها الإدارة في سبيل بقاء واستمرار المرفق العام (الطماوي، الاسس...، ص ٥٤٩)، حيث يتم إدارة المرفق على حسابه ومسؤوليته (عبد العال،نفس المرجع، ص ٧٤).

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من اتفاقية امتياز شركة الكهرباء الأردنية في عمان حيث قالت: " إذا قرر مجلس الوزراء بمقتضى أحكام هذا الامتياز فسخ الامتياز تبقى الشركة – إلى أن يبت في مصير المشروع، وعلى أن لا يزيد ذلك على اثني عشر شهراً من تاريخ قرار الفسخ – مسؤولة عن توليد وتوزيع وبيع القوة الكهربائية إلى منطقة الامتياز، وللوزير الحق في هذه الحالة إذا وجد ذلك ضرورياً أن يتخذ جميع الإجراءات التي يجدها ضرورية، وأن يستعمل جميع أشغال الشركة ومعداتها ويستخدم موظفيها، أو يعين موظفين آخرين يرى لزوماً لهم من أجل تأمين حاجات منطقة الامتياز من القوة الكهربائية، وذلك على نفقة الشركة وبالنيابة عنها..." (المادة (٢٦) من اتفاقية امتياز شركتي الكهرباء الأردنية في عمان وكهرباء الأردن المركزية المساهمة الزرقاء-الرصيفة، موسوعة التشريع الأردني، الجزء الرابع، ص ٣٦).

والجدير بالملاحظة أن الإدارة تقوم في حالة فسخ الالتزام باختيار ملتزم جديد محل الملتزم القديم عن طريق مزايدة عامة تجريها لتحقيق هذا الغرض، على أن يتحمل الملتزم القديم جميع النفقات التي تتطلبها هذه العملية.(فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص ٢٦٠).

الآثار العامة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد:-

عدم تحمل المتعاقد مع الإدارة الآثار الكبيرة الناتجة عن العقد.

يترتب على الفسخ الجزائي مجرد إنهاء العقد دون أن يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده أية آثار ناتجة عن تعاقد الإدارة مع متعاقد جديد، بمعنى إعفاء المتعاقد المفسوخ عقده من النفقات الكبيرة التي تنجم عن تعاقد الإدارة مع متعاقد آخر نتيجة الفسخ الجزائي المجرد(فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص ٢٦٠).

التحديد المسبق لنوع الفسخ في العقد.

تحديد نوع الفسخ مسبقاً في العقد الواجب إعلان الإدارة به للمتعاقد معها، فيما إذا كان بسيطاً أو على حساب ومسؤولية المتعاقد معها، وفي مثل هذه الحالة لا تستطيع الإدارة إلاّ التقيد بمثل هذا النص، فإذا تضمن العقد نصاً يقضي بأن الفسخ بسيط، فلا تستطيع الإدارة إعلانه على حساب ومسؤولية المتعاقد(الجمل، ص ٢٥٣). ويترتب على ذلك النتيجة القانونية المهمة الآتية:

يعفى المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة لإبرام عقد جديد لضمان استمرار تنفيذ الأعمال، وذلك في حال كون قرار الإدارة مشكوك فيه بناءً على أن أخطاء المتعاقد ليست جسيمة جداً أو إذا كان لدى هذا الأخير حججٌ قويةٌ (الجمل، ص ٢٥٢).

حصول المتعاقد مع الإدارة على المقابل النقدي

يعد حق المتعاقد مع الإدارة من حيث حصوله على استحقاقه النقدي حقا أساسياً، وهذا الحق يختلف باختلاف العقد المبرم مع الإدارة فقد يكون رسماً كما في حالة عقود الامتياز، وقد يكون ثمناً في معظم العقود

حق التعويض

قضى القضاء الإداري الفرنسي للمتعاقد مع الإدارة، الحق بالحصول على بدل عما قام به من أعمال إضافية، وذلك إذا أثبت المتعاقد مع الإدارة كون هذه الأعمال مفيدة، أو أن تكون هذه الأعمال لم يمكن توقعها عند توقيع العقد(الطماوي، مبادىء...، ص٩٦٩).

وقد حدد القضاء الإداري الكويتي أساس مسؤولية الإدارة عن قراراتها، وفقاً لما جاء في قرارها الذي قضى بأن: "أساس مسئولية الإدارة الموجبة للتعويض عن قراراتها هو قيام خطأ في جانبها بأن يكون القرار الإداري الصادر عنها غير مشروع أو تمتنع عن اتخاذ قرار كان يجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح) (طعن بالتمييز رقم ٢٠٠٥/٤٨٢ إداري كويتي جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٦).

التوازن المالي للعقد.

يملك المتعاقد مع الإدارة حق التوازن المالي أو التعادل المالي للعقد، حيث يتم النظر للعقد على أنه وحدة واحدة، وإذا أدى تدخل الإدارة إلى إخلال في هذا التوازن، فإنه يستوجب إعادة هذا التوازن للمتعاقد، وينبثق عن هذه الفكرة مفهومان هما:(جمال الدين،أصول القانون الإداري، ص٦٦٩).

حماية المتعاقد مع الإدارة من المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها أثناء تنفيذ العقد، بناءً على نظرية الظروف الطارئة.

حماية المتعاقد مع الإدارة من المخاطر الإدارية وهي ما ينتج عن تصرفات الإدارة.

موقف القضاء الكويتي من حصول المتعاقد على تعويض نقدي

أخذ القضاءالكويتي بمبدأ إخلال التوازن المالي للعقد، من حيث عدم قدرة المتعاقد مع الإدارة على تحمل ما يلحق به من خسائر نتيجة ظروف قاهرة، وذلك من خلال قرار محكمة التمييز الكويتية بصفتها محكمة إدارية بقولها: "تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة غير الجهة المتعاقدة أو ظروف عمل إنسان آخر، لم يكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولم يكن يتوقعها ولا يملك دفعه لها، ويكون من شأنها إنزال خسارة فادحة بالمتعاقد مع الإدارة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيما، بحيث يكون تنفيذ الالتزام نتيجة الحادث الطارئ مرهقاً إرهاقا شديداً يتجاوز السعة، فيلحق بالمتعاقد خسارة فادحة تزيد فداحتها عن الخسارة العادية المألوفة في التعامل والتي لا يتحملها أي متعاقد، فإذا تحققت هذه الشروط مجتمعة كان على جهة الإدارة المتعاقد معها تحمل نصيب من الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الأكمل، ولا يكفي لإعمال هذه النظرية نقصان الربح أو فوات الكسب" (الطعن بالتمييز قرار رقم ٢٠٠٢/٨٢ إداري كويتي ٧ و التمييز الطعن رقم ١٩٩٠/٢٠٤- جلسة ١٩٩٣/٢/١٧).

يتضح للباحث من خلال هذا القرار الصادر عن القضاء الكويتي الشروط المتعلقة بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً مناسباً، وفقاً لاختلال التوازن المالي للعقد، وهي:

أن تطرأ الحوادث الطبيعية والاقتصادية وغيرها خلال مدة تنفيذ العقد الإداري.

لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولم يكن يتوقعها ولا يملك دفعها.

إنزال خسارة فادحة بالمتعاقد مع الإدارة، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، بحيث يكون تنفيذ الالتزام نتيجة الحادث الطارئ مرهقاً له إرهاقا شديداً.

ثانياً: الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري.

يترتب على قيام الإدارة عند فسخ العقد الإداري آثار خاصة بالإضافة للآثار العامة السابق ذكرها، وتختلف هذه الآثار حسب وجهة النظر إليها من حيث مصلحة الإدارة أو المتعاقد مع الإدارة، وسنقوم بدراستها على النحو الآتي:

أ- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة.

ب- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد.

أ- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة الإدارة:-

تكاليف قيام الإدارة باختيار متعاقد جديد.

يقع على عاتق المتعاقد الذي تم فسخ عقده كافة النفقات التي تكبدتها الإدارة في اختيارها للمتعاقد الجديد، ويتم خصم قيمة هذه النفقات من التأمين الذي أودعه لدى جهة الإدارة، وإذا لم يغطِ مبلغ التأمين قيمة هذه النفقات فللإدارة أن ترجع عليه بالمبالغ المتبقية(الطماوي، الاسس...، ص ٢٨٣).

وجود نص على قيام الإدارة باستخدام مواد المتعاقد معها.

للإدارة الحق في اختيار الطريقة التي تراها مناسبة للتعاقد مع المتعاقد الجديد، فقد تسلك طريقة المناقصة أو الممارسة، وبالتالي لا توجد طريقة محددة تلتزم بها الإدارة في اختيارها للمتعاقد الجديد(الطماوي،القضاء الاداري، ص ٥٨٨)، كما يلاحظ أن الإدارة عندما تفرض الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد فإنها قد تتولى تنفيذ العقد بنفسها باستخدامها المواد والحاجات الخاصة بالمورد دون أن تقوم بإبرام عقد جديد، ويشترط في هذه الحالة أن ينص العقد على ذلك(السيد،القانون الاداري الليبي، ص ٣٦١).

الشراء على حساب المورد.

ينبغي الإشارة إلى أن الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد يختلف عن الشراء على حسابه ومسؤوليته من عدة وجوه لعل من أبرزها:

أن الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد يؤدي إلى وضع نهاية حاسمة للعقد.

بينما الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته لا يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية.

يتصف الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته، بأنه جزاء إكراهي مؤقت يهدف إلى حث المورد على القيام بالتزاماته العقدية. بينما يتسم الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد بأنه جزاء رادع دائم، يهدف إلى إنهاء العقد الأصلي.

الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته، يكون موضوع الالتزامات التعاقدية التي لم ينفذها المورد والتي كان عليه تنفيذها، بينما الفسخ الجزائي على مسؤولية المورد يمتد ليشمل كافة الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم(السيد،نفس المرجع، ص ٣٥٥).

- يترتب على إسقاط الالتزام حرمان الملتزم من المطالبة بأية تعويضات.

لا يحق للملتزم الذي تم إسقاط التزامه، أن يطلب من الجهة مانحة الالتزام تعويضه عن الخسائر التي تكبدها نتيجة قرار الإدارة بإسقاط الالتزام. وبالرجوع إلى اتفاقيات الامتياز الأردنية نجدها، تنص على حرمان الملتزم الذي تم إسقاط التزامه من أية تعويضات. وعلى سبيل المثال لا الحصر تنص المادة (٢٦) من اتفاقية امتياز كهرباء منطقة عجلون على أنه: "وفي حالة إقرار فسخ الامتياز بموجب الأحكام الواردة فيه لا يحق للشركة أن تطالب بأي تعويض عن أي عطل أو ضرر أو خسارة تكبدتها، أو يحتمل أن تتكبدها من جراء ذلك القرار" (المادة (٢٦) من اتفاقية امتياز شركة كهرباء منطقة عجلون، ص٥٧).

وهذا ما قررته فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مصر بتاريخ ١٩٦٣/٦/١٥ حيث قالت: " من حيث إن ما قد يكون أصاب شركة ليبون من أضرار نتيجة إسقاط الالتزام إنما يرد لخطئها... ومن ثم فإن الشركة لا تستحق أي تعويض عن إسقاط الالتزام الذي كان ممنوحاً لها" (عكاشة،موسوعة العقود الادارية، ص ٥٧٩).

- الأموال التي تعود ملكيتها للمتعاقد (الملتزم).

يترتب على قرار إسقاط الالتزام أن تصبح بعض الأموال التي تعود ملكيتها للملتزم ملكاً للجهة مانحة الالتزام.

هناك تقليد عام في فرنسا ومصر يفيد بأن تؤول بعض الأموال العائدة إلى الجهة مانحة الالتزام، بعد صدور قرار إسقاط الالتزام (خميس،الاصول العامة والتطبيقات العملية، ص ٣٣١).

وقد حددت فتوى الجمعية العمومية في مصر ماهية الأموال التي تؤول ملكيتها للإدارة، والأموال التي تبقى ملكاً للملتزم، حيث قالت: " أما في الإسقاط فإن أيلولة أموال وموجودات وحقوق الملتزم للسلطة العامة تكون بغير مقابل... إلى حقوق وأموال الشركة وهي أموالها النقدية السائلة وحقوقها التي تمثل ديوناً قبل الغير بسبب استغلال المرفق العام، فتؤول لمؤسسة الغاز والكهرباء لمدينة الإسكندرية مقابل قيمتها الحقيقية منظوراً إليها من زاوية إمكان تحصيلها" (عكاشة،موسوعة العقود الادارية، ص ٥٧٩).

وبالرجوع إلى اتفاقيات الامتياز الأردنية، نجد أنها سارت على النهج المتبع في فرنسا ومصر. وهذا ما أكدته المادة (٢١) من اتفاقية امتياز البوتاس الأردنية(قانون امتياز شركة البوتاس الأردنية، موسوعة التشريع، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار البشير للتوزيع،١٩٩٨) على سبيل المثال لا الحصر حيث نصت على أنه: (إذا فسخ هذا الامتياز بمقتضى أحكام المادة (١٨- فسخ الامتياز) فعلى الشركة أن تحافظ على منشآتها وآلاتها بحالة جيدة ريثما يتقرر مصيرها. ويحق للحكومة شراء جميع أو بعض ما للشركة من أموال، وفيما يتعلق بأبنية الشركة والمنشآت الأخرى والآلات القائمة في أرض المشروع فتصبح ملكاً للحكومة بدون أي مقابل. وعلى الشركة أن تسلمها للحكومة بحالة جيدة لا تقل عن حالتها الطبيعية عند إجراء الفسخ.) (المادة (٢١) من اتفاقية امتياز شركة البوتاس الأردنية).

أما القضاء الكويتي لم يتطرق لهذا الجانب بالنسبة للأموال التي تعود ملكيتها للمتعاقد(الملتزم). ولايوجد موقف واضح في هذا الموضوع.

ب- الآثار الخاصة المترتبة على فسخ العقد الإداري لمصلحة المتعاقد:

شروط الشراء حسب الشروط الواردة في عقد التوريد.

إن قرار الإدارة فيما يتعلق بالشراء، يتوجب أن يتوافق مع الشروط الواردة في عقد التوريد الأصلي، فإذا ما قررت الإدارة فسخ العقد والشراء على حساب المتعاقد، فإنها ملزمة بشراء اللوازم وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد التوريد الأصلي(تمييز حقوق،مجلة نقابة المحامين الاردنيين، رقم ١٩٨٢/٢٣٣، ص ١١٥٠)، وإلا كان قرارها معيباً ومخالفاً للقانون.

سلطة القاضي في تقدير مسؤولية المتعاقد حسب الخطأ المرتكب.

يجوز لقاضي العقد إذا رأى أن الأخطاء التي ارتكبها المتعاقد لا تصل إلى حد الأخطاء الجسيمة، أن يحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد إلى فسخ جزائي بسيط (الجمل، ص ٢٥٤).

- التوافق بين العقد الجديد و العقد المفسوخ.

إن فسخ العقد الإداري مع المتعاقد وقيام الإدارة بإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر يوجب على الإدارة أن تحاول قدر الإمكان الالتزام ببنود العقد المفسوخ، بمعنى أن تكون بنود العقد الجديد متوافقة إلى حد ما مع بنود العقد المفسوخ(فياض،العقود الإدارية، ص ٢٩٢).

لذلك يرى الباحث أن الإدارة تملك من خلال تقديرها، أن توفق بين بنود العقد المفسوخ وبنود العقد الجديد، بمعنى أن الإدارة ليست مقيدة بشكل مطلق ببنود العقد المفسوخ فإن توافرت شروط وظروف تتطلب التعديل قامت بالتغيير في هذه البنود، إلا أنه بحال تنفيذ هذا العقد على حساب المتعاقد المفسوخ العقد معه فإنها تراعي هذا التعديل بحيث لا يتم إلحاق إجحاف بحق المتعاقد المفسوخ عقده معها.

عدم جواز فرض أكثر من جزاء على المتعاقد.

إن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري وما تملكه من صلاحيات تستمد من النظام العام وانتظام المرفق العام، إلا أن ذلك لا يمنح الإدارة الصلاحية المطلقة في فرض هذه الجزاءات من حيث الجمع بين أكثر من جزاء بمواجهة المتعاقد معها، كما أن الإدارة لا تستطيع فرض غرامات التأخير إلاّ عن الفترة السابقة على الفسخ.

و لا يحول فرض الغرامات على المتعاقد مع الإدارة من حق الإدارة بالمطالبة بتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة الفسخ لخطأ المتعاقد(الطماوي، القضاء الإداري، ص ٥٥٠).

وقد أكدت ذلك محكمة التمييز الأردنية أنه يجوز للإدارة الجمع بين فسخ العقد على حساب ومسؤولية المتعاقد، وتوقيع غرامات على هذا المتعاقد، كما يجوز لها الجمع بين مصادرة التأمين والتعويضات في حالة الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقولها:

" ينبغي على محكمة الاستئناف ان تبين في حكمها ما إذا كانت قد سمحت للمستأنف بأن يقدم أثناء المرافعة أسبابا لم يذكرها في اللائحة الاستئنافية أم لا ، فإذا قبلتها وجب عليها أن تعالجها قبولا أو ردا ، وإذا لم تسمح بها ردتها دون أن تبحث موضوعها ، وإذا لم تفعل ذلك فإن حكمها يكون مشوبا بالتقصير. ٢- إذا كانت شروط العطاء تخول القائد العام للقوات المسلحة صلاحية شراء اللوازم على حساب المتعهد في حال إخلاله بالتزامه دون أن تقيد هذه الصلاحية بميعاد ، فإنه ليس في إجراءات شراء المواد المطلوبة على حساب المتعهد بعد إخلاله بشروط العطاء تعسف يمنع من مطالبته بالتعويض المنصوص عليه في العطاء. ٣- اذا كان في ملحق العطاء شرط على أنه في حال عجز المتعهد عن تقديم اللوازم المحالة عليه فإنه يحق للقائد العام للقوات المسلحة أو من ينيبه اتخاذ الإجراءات المبينة في الملحق دون سابق إنذار أو أخطار، فإن هذا الشرط يعفي القائد العام من القيام بالإنذار أو الإخطار، عملا بالمادة (١٧٦) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية" (تمييز، حقوق رقم ١٩٧٥/١٧١،ص٢٠٥).

الخاتمة

تناول الباحث في الفصل الثاني من الدراسة الجوانب التالية حيث وصل الباحث إلى أنه لا بد من توافر العناصر التالية حتى نكون أمام عقد إداري وهي كما هو آتٍ:

العنصر الأول: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

العنصر الثاني: أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

العنصر الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ومن خلال هذه العناصر الثلاثه يتشكل العقد الإداري وتكون هذه المعايير التي اعتمد عليها فقه القانون الإداري لتمييز العقد الإداري عن العقد الخاص، واستناداً لتلك العناصر ظهر مذهبان مختلفان في تحديد العقد الإداري، حيث أخذ أحدها بوجوب أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وعليه نكون أمام المعيار العضوي، واتجاه آخر ينادي بوجوب أن يتصل العقد الإداري بمرفق عام بالإضافة لتوفر شروط استثنائية، وهؤلاء أصحاب المذهب الشكلي؛ وفي الوقت نفسه انقسم هذا المذهب على قسمين: الأول أن يتصل العقد الإداري بمرفق عام يكتفى به، وهذا ما يعرف بمعيار المرفق العام، والثاني أخذوا وجود شروط استثنائية تكفي لتمييز العقد الإداري وهذا ما يعرف بمعيار الشروط الاستثنائية.

إن المعايير الثلاثة الرئيسية؛ معيار المرفق العام و معيار الشروط الاستثنائية وكون الإدارة طرفاً متفقاً عليها وهي التي تجعل العقد إدارياً، إلا أن الخلاف الفقهي نشأ حول أهمية هذه الشروط، ومدى كفايتها معياراً مميزاً للعقد الإداري ولقد أيّد كل اتجاه رأيه ودعّمه بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، ومما يلاحظ أن القضاء الإداري قد قضى بالأمرين معاً، حيث قضى في بعض الأحكام بكفاية معيار المرفق العام وحده معياراً مميزاً للعقد الإداري، كما قضى أخيراً بكفاية معيار الشروط الاستثنائية، وهذا يبرز صعوبة الاعتماد على أحكام القضاء في هذا الصدد.

كما أن الدراسة تناولت أنواع الفسخ حيث قسمتهما إلى قسمين: فسخ على أساس خطأ من قبل المتعاقد مع الإدارة التي تملك فسخ العقد الإداري وإن لم يرد نص على ذلك في العقد، بناءً على أن الفسخ يعتبر من النظام العام، كما أنه لا يجوز الاتفاق في العقد على استبعاد حق الإدارة من الفسخ كونه من النظام العام.

والنوع الثاني من الفسخ هو تمتع الإدارة بسلطة فسخ العقد الإداري بإرادة منفردة ودون رضا المتعاقد لدواعي ضرورات المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وتناول الباحث في الفصل الثالث الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية وقد تناولت الدراسة هذا الموضوع من خلال التعرف على مفهوم النظام العام الذي ترتكز عليه الإدارة في تصرفاتها حيث إن النظام العام هو مفهوم يحدد الإطار القانوني الذي يحدد سلطة الإدارة وتميزها في مراكزها القانونية في إطار القانون العام بمواجهة أشخاص القانون الخاص.

وبالرغم من قيام الإدارة في تصرفاتها على الانتظام العام إلا أن ذلك لا يحرم المتعاقد معها من حقه في مقاضاة الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه إثر ممارسة الإدارة سلطاتها إذا قدّرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، ومرد ذلك إلى أن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار.

ويأخذ النظام القضائي الأردني بالنظام المزدوج، فهناك قضاء عادي ينظر في جميع المنازعات فيما عدا الإدارية منها، وقضاء إداري تمثله محكمة العدل العليا وتختص بالنظر في المنازعات الإدارية.

كما أن الإدارة تهدف من التصرفات التي تأتيها تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى حسن سير المرافق العامة باضطراد وانتظام، وتعتبر المصلحة العامة العماد الأساسي والجوهري في تصرفات الإدارة، وعليه تملك الإدارة مجموعة من الإجراءات والصلاحيات، ومن هذه الصلاحيات فسخ وإنهاء العقد الإداري.

وفي الوقت نفسه فإن طبيعة الجزاءات التي تطبق في إطار القانون الخاص لا تلبي الهدف الذي تنشئ الإدارة المرافق العامة من أجلها. ومن أجل تمكين الإدارة القيام بمهامها فقد منحها القانون العام صلاحية ترتبط بالانتظام العام بممارستها، حيث إنها تملك في مواجهة المتعاقد معها عدة أنواع من الجزاءات فمنها ما هو مالي ومنها وسائل الضغط والإكراه وأخيراً الفسخ.

إن التصرفات التي تصدر في المرحلة التمهيدية تكون قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا ومن الأمثلة على هذه القرارات: قرار وضع شروط المناقصة، والإعلان عنها، وتلقي العطاءات المقدمة فيها، ثم المفاضلة بين العطاءات، فإرساء المناقصة، وقرارات إحالة العطاء.

اما فيما يتعلق بتنفيذ العقد وبناءً على أنه جزء من العملية العقدية فإنها تخضع لقاضي العقد أي القضاء العادي، على أن إجراءات تنفيذ العقد وما يرافقها من تصرفات إدارية تعتبر جزءاً من العملية العقدية، وهي غير قابلة للفصل عنها وبالتالي يخضع الأختصاص بها لقاضي العقد.

كما أن القضاء النظامي الأردني- باعتباره المختص بفصل منازعات العقود الإدارية- لا يعترف للإدارة بحق توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة في حال عدم وجود نص صريح في العقد أو أن القانون يمنحها هذا الحق.

كما تناول الباحث في الفصل الرابع شروط فسخ العقد الإداري من حيث الشروط الموضوعية، وهي الأساس المادي الذي يخول الإدارة القيام بإجراء الفسخ، وتتمثل في الشروط الموضوعية بوجود خطأ يرتكبه المتعاقد مع الإدارة حيث إن هذه الأخطاء لا ترد على سبيل الحصر، وإنما ترد على سبيل المثال لصعوبة حصرها، إضافة إلى أن ذلك يشكل ضمانة لحسن تنفيذ المرفق العام، وفي الوقت نفسه يكون الخطأ من الجسامة التي تستوجب هذا الجزاء.

كما تأتي الشروط الإجرائية والتي تتبلور في وجوب قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها بالفسخ، ويمثل هذا الشرط ضمانة قوية مقررة لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من تجاوزها وعدم تجاوز حدود سلطتها في الفسخ، ويعتبر هذا الالتزام بالإجراء الجوهري، ويترتب على تخلفه عدم مشروعية الفسخ. إلا أن تخلف شرط الإعذار لا يرتب أثرا في قرار الفسخ الصادر من جانب الإدارة، بل يمكن أن يحكم بالتعويض للمتعاقد معها.

والشرط الإجرائي الثاني الذي يشترط في إجراء الفسخ هو صدوره بقرار من الإدارة بإرادتها المنفردة، وهذا ما ينسجم مع النظام العام وقواعد القانون العام إلا أن القضاء الأردني أورد استثناءً على ذلك، جاء فأجاز للمتعاقد معها إنهاء العقد الإداري، وهذا ما لا ينسجم مع قواعد وضوابط ممارسة الإدارة لاختصاصاتها وتسييرها للمرافق العامة.

وتناول الباحث في الفصل الخامس من هذه الدراسة الآثار التي تترتب على قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري، من حيث الآثار العامة والآثار الخاصة وارتباطها بما ترتبه من أثر سواء على المتعاقد أم على الإدارة، وتتنوع هذه الآثار حسب ما تقوم به الإدارة، من حيث الاكتفاء باستبعاد المتعاقد فقط وفسخ العقد، فتلجأ الإدارة في بعض الأحوال إلى تحميل المتعاقد التعويضات، وقد تتجاوز في الآثار إلى أبعد وأقسى من ذلك حيث تحمل المتعاقد المفسوخ عقده جميع الآثار المالية المترتبة على إبرام عقود جديدة مع متعاقدين آخرين لإتمام تنفيذ الأعمال وعلى حسابه ومسؤوليته.

النتائج والتوصيات

إن ما يتميز به العقد الإداري من خصائص وارتباطه بالقانون العام من جهة، و قيامه على أساس الانتظام العام المرتبط بتنفيذ المرافق العامة في الوقت نفسه يجعل من صلاحية الفسخ وإجراءات الفسخ والنتائج المترتبة عليها حالة تتمايز عن الفسخ وفقاً لمفهوم القانون الخاص حيث إن قواعد فسخ العقد الإداري وصلاحية الإدارة كطرف في العقد في فسخ هذا الشكل من العقود تختلف اختلافاً جوهرياً عما ينطبق على أحكام وقواعد فسخ العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص وذلك استناداً لما تظهر به الإدارة من مظهر السلطة العامة في إبرام العقود الإدارية إضافة لكون هذه العقود تمثل مصلحة عامة، وأن الإدارة تقوم بإبرام هذه العقود لتسيير المرافق العامة.

إن الفسخ ما هو إلا جزاء بناءً على تنفيذ وتسيير المرافق العامة وذلك لأهميتها، وإن الإخلال في هذه المرافق ذو أثر كبير في السلامة العامة والانتظام العام في المجتمع والدولة.

إن الإدارة تستطيع إلغاء وإنهاء العقد الإداري دون وقوع أي خطأ من قبل المتعاقد معها، ويمكن القول إن هذا الإجراء يختلف عن الفسخ الذي يقوم على أساس مخالفة أو خطأ من قبل المتعاقد مع الإدارة، وفي هذا الإجراء تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، وإن كان تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح لا يتفق وحاجات المرفق العام ولها الحق في فسخ هذا العقد.

إن صلاحية الإدارة في إيقاع جزاء الفسخ على المتعاقد معها حقٌ يتصل بالنظام العام وانتظام المرفق العام، كما أن للإدارة أيضاً الحق بالتنازل عن صلاحيتها في توقيع جزاء الفسخ لقاضي العقد، استناداً إلى نص صريح يتم الاتفاق عليه بالعقد، ولايحق للأطراف على استبعاد الفسخ بمقتضى شرط في العقد لأنه يصبح في حكم الإعفاء من المسؤولية وهذا يتنافى مع النظام العام ولايستطيع القاضي في هذه الحالة أن يعلن عدم اختصاصه ويتمتع القاضي بصلاحية تقديرية لتقرير الفسخ وتؤيد هذه الدراسة الرأي الغالب في الفقه الفرنسي وتبني رأيها على الأسس التالية:

الأساس القانوني: هذه الصلاحية ليست حقاً شخصياً.

الأساس العملي: إن هذه الصلاحية جاءت للمحافظة على سير المرفق العام والصالح العام.

الأساس الوقائي: لا تريد الإدارة مجازاة المتعاقد معها فقط، بل تريد المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وذلك باستبعاد المتعاقد المقصّر والتعاقد من جديد مع متعاقد آخر لإتمام تنفيذ الأعمال وحسن سير المرافق العامة، بينما يهدف المتعاقد من فسخ العقد المدني الحصول على تعويضات من المتعاقد الآخر المقصّر.

تصل الدراسة إلى أن التطور الهائل الذي طرأ على دور الدولة، من حيث الوظيفة التي تقوم بها، هذا بالإضافة إلى اتساع حاجات الناس مع ازدياد التطورات التي أحدثها الإنسان، كل ذلك دفع الإدارة إلى الاستعانة بأفراد وشركات للقيام بإدارة أو تنفيذ المرافق العامة، وتتم هذه العلاقة من خلال إبرام العقد الإداري.

إن جزاء الفسخ بوصفه أحد الجزاءات التي تملكها الإدارة بمواجهة المتعاقد معها، ولا تمارسه الإدارة فقط على أساس أنها تملك القيام به، وإنما لا بد أن تتوخى من القيام بذلك المصلحة العامة من خلال الحفاظ على حسن سير المرفق العام واستمراره بانتظام واضطراد.

توصلت الدراسة إلى أن كون الإدارة أحد أشخاص القانون العام بالإضافة إلى أن من أهم خصائص الأعمال التي تقوم بها ارتباطها بالصالح العام والمنفعة العامة، واستناداً إلى ذلك فإن السلطات التي تمنح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها تنشأ من النظام العام، وعليه فإن المركز القانوني للمتعاقدين غير متساوٍ وغير متكافئ في العقد بمواجهة الإدارة، حيث إن الإدارة تقوم بإبرام العقود الإدارية من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ان سماحة القضاء الإداري الأردني للمتعاقد مع الإدارة بأن يفسخ العقد الإداري، فهذا الحكم مناقض للنظام العام الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فسخ وإيقاع الجزاءات على المتعاقد معها، وإن هذه السلطات منحت للإدارة من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري، وسير المرفق العام بانتظام واضطراد.

إن الاتساع في نشاطات الدولة يدفع بالنظام القضائي إلى وجوب التطور ومواكبة هذه التطورات، وعلى هذا الأساس أصبح من الواجب توسيع اختصاصات محكمة العدل العليا الأردنية لتشمل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، والطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية واختلافها عن العقود المدنية يدفع إلى وجوب توسيع اختصاصات محكمة العدل العليا لتشمل النظر في تنفيذ العقود الإدارية وذلك استناداً لما يلي:

الطبيعة النوعية لهذه العقود كونها ذات صبغة إدارية.

كون القضاء الإداري أكثر دراية من القضاء العادي بهذه العقود وتنفيذها.

توفير ضمانات قضائية بالعقود الإدارية وتنفيذها بحيث لا يتعرض المرفق العام إلى التوقف كثيراً، وهو ما لا تحتمله المرافق العامة نظراً للهدف الذي أنشئت من أجله.

نتمنى من محكمة العدل العليا التوسع في فرض رقابتها على العقود الإدارية ومواكبة ما أخذ به القضاء الكويتي الذي جعل اختصاص النظر في العقود الإدارية من خلال الدائرة الإدارية في محكمة التمييز الكويتية.

إن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري مع المتعاقد معها لا يتطلب الرجوع للقضاء حيث إن ما تقوم به الإدارة في هذه الحاله يهدف إلى سير المرافق العامة وبانتظام واضطراد، وتلبية حاجات آنية ومستقبلية يجعل من قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري دون الرجوع للقضاء أمراً مشروعاً، وفي بعض الأحيان واجباً. وبالإضافة إلى ذلك منحت الإدارة هذه الصلاحية، حتى لو لم يوجد نص بالجزاء الذي توقعه الإدارة.

لايستطيع القضاء الإداري إجبار الإدارة على الرجوع عن قرارها بفسخ العقد الإداري حتى ولو جاء دون مبرر وفي الوقت نفسه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عما أصابة من ضرر.

إن ما تقوم به الإدارة من إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها ومن ضمنها الفسخ، يتوجب أن تكون ملائمة ومتناسبة مع ما ارتكبه المتعاقد معها من مخالفة.

يوصي الباحث الزملاء الباحثين والطلاب في الدراسات العليا البحث بعنوان يقترحه الباحث وهو " الآثار القانونية المترتبة على تنفيذ العقد بحال الإخلال في التوازن المالي".

قائمة المراجــع

اولاً: كتب قانونية:-

إسماعيل، خميس السيد (١٩٩٤). الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، دار الطباعة الحديثة، القاهرة.

بدوي، ثروت (١٩٦٨). مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

جمال الدين، سامي (٢٠٠٤).أصول القانون الإداري، منشأة المعارف.

حافظ، محمود محمد (١٩٦٤). نظرية المرافق العامة، القاهرة.

حسن، عبد الفتاح (١٩٧٤). دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض.

حسين، محمد بكر (٢٠٠٦). الوسيط في القانون الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

حلمي، محمود (١٩٧٧). العقد إلاداري، دار الفكر العربي، بيروت.

الحلو، ماجد (١٩٨٧). القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

خليل، محسن(١٩٨٢). القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت.

درويش، حسين (١٩٦١). السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري. مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة.

الديلمي، محمد عبد الله حمود، تحويل القرار الإداري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار البشير للتوزيع، عمان، الأردن.

زين العابدين بركات(١٩٧٤). الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن، دار الفكر، دمشق.

سلطان، انور (١٩٧٠). الموجز في مصادر الالتزام. الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ٢٦٨.

الشطناوي، علي خطار (١٩٩٥). القضاء الإداري الأردني، عمان.

الشطناوي،علي خطار(1997) دراسات في العقود الادارية ،منشورات عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية.

شكري، جيد (١٩٦٠). التعاقد والشراء: بحث علمي وعملي عن أعمال التعاقد والشراء عن عقود التوريدات والأشغال العامة والمقاولات والالتزام. دار الكاتب العربي، القاهرة.

صادق، سمير(١٩٩١). العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة.

الطبطبائي، عادل (١٩٨٢). الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق، ، ع٣، ص٨٤.

البرزنجي،عصام عبدالوهاب(١٩٧١).السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية.

الطماوي، سليمان (١٩٧٣). مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، نظرية المرافق العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.

الطماوي، سليمان (١٩٨٤). الأسس العامة للعقود الإدارية، جامعة عين شمس، القاهرة.

الطماوي، سليمان (١٩٨٨). الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي

الطماوي، سليمان (١٩٧١). القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربي.

عباس، عبد الهادي (١٩٩٢). العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل، دمشق.

عبد الباسط، محمد (١٩٩٠). نشاط الإدارة ووسائلها: الضبط الإداري-المرافق العامة- القرار الإداري- العقد الإداري، الإسكندرية.

عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤). نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، القاهرة.

عبد العال، حسين درويش (١٩٥٨). النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة.

عبد العال، محمد حسنين. نطاق الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية: القاهرة.

عبد الهادي، بشار(١٩٨٣). دراسات وأبحاث في الإدارة العامة و القانون الإداري، دار الفرقان، عمان.

عبد الوهاب، محمد رفعت(١٩٨١). القانون الإداري، الدار المصرية الحديثة: الاسكندرية.

عكاشة، حمدي ياسين (١٩٩٠). موسوعة العقود الإدارية والدولية:العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية.

فرج، توفيق حسن (د ت). النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام-. بيروت: الدار الجامعية.

الفياض، إبراهيم طه (١٩٩٠). العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي، رقم (٣٧) لسنة، مكتبة الفلاح.

فياض، عبد المجيد (١٩٧٤). نظرية الجزاءات في العقد الاداري: دراسة مقارنة. جامعة عين شمس، القاهرة.

كنعان، نواف (٢٠٠٣). القانون الإداري الكتاب الثاني. دار الثقافة، عمان.

محمد، السيد (١٩٦٤). القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة.

مروان، صباغ، قراءة في العقود الإدارية، مجلة المحامون، ص ١٠٨٣-١٠٩٤.

مهنا، محمد فؤاد (١٩٥٨). القانون الإداري، القاهرة.

أبو يونس، محمد (١٩٩٦). أحكام القانون الإداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

ثانياً: رسائل جامعية:-

الجمل، هارون عبد العزيز (١٩٧٩). النظام القانوني في عقد الاشغال العامة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.

الحمود، وضاح (١٩٩٢). المرفق العام كمعيار لتحديد نطاق القانون الإداري، رسالة ماجستير، الجامعة الأردني، عمان.

الزهيري، رياض(١٩٧٥). مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بغداد.

عبد المولى، علي (١٩٩١). الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة.

عياد، أحمد عثمان (١٩٧٣). مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.

الفحام، علي (١٩٧٢). سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.

مروان، صباغ، قراءة في العقود الإدارية، مجلة المحامون، ص ١٠٨٣-١٠٩٤.

النّجار، زكي (١٩٨١). نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة.

الهويدي، السلال سعيد (١٩٩٤). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، القاهرة.

ثالثاً: مراجع مترجمة:-

لون، مارسو، و بروبيرفي، وجي بريان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ترجمة يسري، أحمد(١٩٩١). منشأة المعارف، الاسكندرية.

رابعاً: أنظمة إدارية:-

١- نظام اللوازم والأشغال لأمانة عمان الكبرى رقم ١٢ لسنة ١٩٨٨.

نظام اللوازم والأشغال لأمانة العاصمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

خامساً: انترنت:-

موقع (مركز القوانين العربية)

http://www.arblaws.com/board/showthread.php?s=56b5942a68ab09f9fdfffdd5899b1a96&t=5182.

سادساً: قوانين وإتفاقيات إدارية:-

القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦

قانون إمتياز شركة البوتاس الأردنية، موسوعة التشريع، الطبعة الاولى، الجزء الرابع، دار البشير للتوزيع، ١٩٩٨.

قانون إمتياز شركة مصانع الإسمنت الأردنية، موسوعة التشريع الأردني الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار البشير للتوزيع.

قانون امتياز شركة الدباغة الأردنية، موسوعة التشريع الأردني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار النشر والتوزيع.

إتفاقيه امتياز شركتي الكهرباء الأردنية في عمان وكهرباء الأردن المركزية المساهمة الزرقاء- الرصيفة، موسوعة التشريع الأردني، الجزء الرابع، دار النشر والتوزيع، إعداد جمال مدغمش ومحمد مناجرة.

إتفاقية إمتياز شركة كهرباء منطقة عجلون، موسوعة التشريع الأردني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار البشير للتوزيع.

نظام اللوازم والأشغال في الجامعة الأردنية رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧.