جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في

الحقوق تخصص: قانون اداري

إعداد الطالبة:

مودع فريدة

إشراف الأستاذ:

شيتور جلول

الموسم الجامعي : 2014/ 2015

شكر وعرفان

"ربي اوزعني ان اشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي وان اعمل صالحا ترضاه" النمل الآية 19.

في البداية نشكر الله تعالى ونحمده على توفيقه لنا في انجاز هذا العمل.

كما اتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان للاستاذ المشرف "شيتور جلول " على نصائحه وتوجيهاته القيمة التي مهدت لنا الطريق لاتمام هذا العمل .

إهـــداء :

إلى الذي تحمل الشقاء ليكون رمز العطاء من اجل إن يوصلني إلى درب النجاح

إلى الرجل العظيم إلى مثلي الأعلى في هذه الحياة والدي حفظه الله ورعاه .

رحلتي عنا بغتة وما الموت إلا بغتة لقد أصبحت حياتنا بعدك فارغة ومؤلمة الموت حق لكن فراقك أصعب اشتقنا إليك كثيرا لكن رضينا بقضاء الله وقدره رحمك الله يا والدتي.

إلى من شجعتني لإكمال مشواري وكانت دافعا قويا لنجاحي وتقدمي خالتي رشيدة.

إلى من كانت سندا في دربي التي قدمت لي التسهيلات وساعدتني في هذا البحث اختي: مودع امينة و زوجها .

إلى من هم اعز الناس إخوتي.

إلى من كانت نعمة الرفيقة: بن بريكة اسماء.

إلى كل أصدقائي في قسم الحقوق .

إلى جميع من لم اذكرهم سهوا لا عمدا.

تعد الإدارة عنصرا أساسيا في الدولة، ذلك أنها تمكنها من تحقيق نظمها السياسية، الإقتصادية والإجتماعية، وبعبارة أدق هي بمثابة آداة لتجسيد أهدافها عن طرق ما تتخذه من أعمال مادية وتصرفات قانونية قصد تحقيق الصالح العام.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف، كان لزاما على الدولة إسناد إمتيازات السلطة العامة للإدارة، غير أن هذا لا يعطيها حق السمو على القانون بل يستوجب خضوعها إلى الرقابة القضائية وفي ذلك تجسيد لمبدأ المشروعية ودولة القانون وحماية لحقوق وحريات المواطنين إتجاه الإدارة، والمبدأ السابق الذكر يقترن بمبدأ آخر يتمثل في إحترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها.

ونقصد بالتصرفات القانونية أن تتجه الإدارة بالإفصاح عن إرادتها ونيتها في إحداث أثر قانوني معين سواء كان بالإستناد إلى الإرادة المنفردة- القرار الإداري- أو إلى توافق الإرادتين- العقد الإداري.

والقانون الإداري هو ذلك الفرع الذي يهتم بالقواعد التي تحكم الإدارة من حيث نشاطها وتنظيمها ومنازعاتها. ومن أهم هذه الأخيرة العقود الإدارية حيث تعتبر العملية القانونية التي ترط الإدارة مع شخص سواء كان طبيعي أو معنوي، وقيام كلا الطرفين بالإلتزام والوفاء لضمان العقد شرط أن تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة قصد تحقيق المصلحة العامة، لأنه من الوسائل الأساسية التي تستعملها الإدارة كأداة لتحسين قطاعاتها المختلفة.

ومن هنا فقد منح المشرع الجزائري للإدارة بإعتبارها طرفا في العقد حقوقا وسلطات تختلف عن السلطات الممنوحة للمتعاقد معها، من أهمها سلطة الإشراف والمراقبة والتعديل، فضلا عن سلطتها في إنهاء العقد الإداري سواء كان لدواعي المصلحة العامة، أو كجزاء يترتب على إخلال المتعاقد لإلتزاماته، وهذا فحوى دراستنا وهو سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حيث قسمها الفقهاء إلى نوعين وهما الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة والفسخ الجزائي وهذا يكون نتيجة لخطأ من المتعاقد، وسنركز في دراستنا على عقد الأشغال وحق الإمتياز بإعتبارهم من أهم العقود الإدارية.

ونظرا لخطورة سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة هذا يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية:

أولا: إشكالية الموضوع

هل تملك الإدارة صلاحية الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري؟ وماهي حدود هذه الصلاحية؟

وتندرج عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية:

1- ما مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري؟

2- ما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة؟

3- ما حدود هذه السلطة؟

4- ما هي النتائج المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري؟

5- من هو القاضي المختص برقابة قرار الإدارة بالفسخ؟

ثانيا: أهمية الدراسة

يستمد هذا الموضوع أهميته فيما يلي:

1- كون أن العقد الإداري يلعب دورا هاما في تسيير النشاط الإداري.

2- إن سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة من أخطر السلطات التي قد تمارسها.

3- هذه السلطة من الموضوعات التي لا زالت بحاجة إلى دراسة والتعمق فيها لإيضاح بعض الغموض الذي قد يتخللها.

4- إن سلطة الإدارة في إنهائها للعقد الإداري يعني إنقضاء العقد بصفة فورية بقرار إداري منها دون اللجوء لموافقة المتعاقد معها، أو اللجوء إلى القضاء مستعملة سلطاتها الإستثنائية باعتبارها صاحبة السلطة العامة.

5- الطبيعة القانونية الخاصة بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري كوسيلة لتحقيق الصالح العام.

ثالثا: أسباب إختيار الموضوع

أ- **أسباب ذاتية:** يمكن إيجازها فيما يلي:

1- قلة الدراسات والأبحاث المتخصصة التي تعالجه ما جعلنا نختاره من أجل تقديم الجديد.

2- الرغبة في فهم موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

3- ضرورة الكشف عن الحدود التي تقف عندها الإدارة أثناء ممارستها لسلطة الإنهاء وذلك من أجل إرساء العدالة بينها وبين المتعاقد معها.

4- أيضا نظرا لأهمية موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من الناحية العملية والفعلية.

ب- أسباب موضوعية: وتتمثل فيما يلي:

1- إتصال العقد الإداري بالمرافق العامة بحيث هي الوسيلة التي تضمن سير المرافق بانتظام وإضطراد.
2- إن سلطة الإدارة بالإنهاء ماهي إلا وسيلة تلجأ إليها الإدارة في أداء وظائفها من أجل تحقيق الصالح العام.
3- الإحاطة بحقوق المتعاقد في مقابل السلطة المخولة للإدارة.
4- معرفة مدى خضوع أعمال ونشاطات الإدارة لمبدأ المشروعية وأيضا بمبدأ الملائمة.
5- الكشف عن مدى خضوع الإدارة لرقابة القضاء إضافة إلى حدود القاضي التي يقف عندها أثناء ممارسته لسلطة الرقابة.
6- البحث في القواعد والأحكام التي تعطي للإدارة الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.
7- الإنتهاكات الخطيرة التي ترتكبها الإدارة ضد المتعاقد معها بحجة إمتلاكها لإمتيازات السلطة العامة وتحقيقها المصلحة العامة.

رابعا: صعوبات الدراسة

من أهم الصعوبات التي واجهتنا هي أن موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة لم يتم تناوله كثيرا من قبل الفقه خاصة الفقه الجزائري، ربما يرجع ذلك لكون موضوع الصفقات العمومية موضوعا حديثا مما جعل تناوله قليل.

أيضا إضافة إلى ندرة المراجع المتخصصة وكذا التطبيقات والقرارات القضائية الصادرة بشأن المنازعات المتعلقة بالإنهاء.

خامسا: منهج الدراسة

لتسهيل الدراسة والبحث في هذا الموضوع ، وبغرض الوصول الى الحلول المناسبة للاشكالية المطروحة ، فيحدد الطرح بالاستعانة بالمنهج الوصفي لانه الانسب في مجال دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ويهتم بوصفها وصفا دقيقا ، كما لا يقتصر هذا المنهج على جمع المعلومات والبيانات عن الظاهرة المراد دراستها فقط ، بل يمتد الى تحليلها من اجل الوصول الى استنتاجات يمكن ان تساهم في تحسين الواقع وتطويره ، وتطبيقا لذلك حاولنا حصر وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتلعق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 – 01 – 2013

سادسا: خطة الدراسة

للإجابة عن هذه الإشكالية، إرتأينا إلى تقسيم موضوع دراستنا إلى:

مقدمة ومبحث تمهيدي وفصلين إضافة إلى الخاتمة.

بحيث أن المقدمة تحتوي على العناصر المنهجية المطلوبة ، والمبحث التمهيدي نتطرق فيه إلى الإطار المفاهيمي والماهية العامة للعقد الإداري، بينما في الفصل الأول سنتناول فيه الحق القانوني للإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، والذي ينقسم إلى مبحثين، فنتعرض في المبحث الأول إلى المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، أما المبحث الثاني فخصصناه لوضع حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

والفصل الثاني تحت عنوان النتائج المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، أما المبحث الثاني سنتناول فيه تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لبعض العقود الإدارية وهما عقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز، اما فيما يتعلق بالخاتمة فنجد فيها النتائج التي تم الوصول اليها بعد دراستنا للموضوع.

المبحث التمهيدي:

ماهية العقد الاداري

العقود الإدارية هي من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة العامة . ولدراسة ماهية العقد الإداري يقتضي علينا التطرق إلى العناصر التالية من خلال المطلب الأول وهو تعرف وعناصر العقد الإداري، ثم المطلب الثاني وفيه أنواع العقد الإداري أما المطلب الثالث ففيه سلطات الإدارة اتجاه العقد الإداري.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري

ان ضرورة تمييز العقد الإداري عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى مسالة قانونية غاية في الأهمية ، غير انه لا يتاتى ذلك الا بتحديد مفهوم العقد الإداري ثم وضع طرق ابرامه.[1]

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري

من المعلوم أن الإدارة تمارس من نشاطها الإداري وسيلة القرار الإداري الى جانب ذلك وسيلة العقد الإداري وهذا موضوع دراستنا ، ويجب في هذا المقام التطرق إلى تعرف العقد الإداري من الناحية الفقهية، ثم بعد ذلك من الناحية القانونية ، إلى جانب المعايير القانونية المحددة لتعرفه.

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإداري: عرف الأستاذ "**سليمان الطماوي**" العقد الإداري بأنه: "عقد الذي يبرمه شخص عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الادارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".

والمتمعن في هذا التعرف يخلص إلى أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة مقومات وضوابط تشكل في الوقت ذاته وفي مجموعها معايير لتمييزه عن غيره من العقود الخاصة بالإدارة العامة، والتي تخضع فيها الإدارة للنظام الخاص[2].

ثانيا: تحديد القانون صراحة للعقد الإداري: يمكن تعرف العقد الإداري من خلال ما يقوم المشرع به تحديد صريح لطبيعة العقد واسمه فيضع قائمة بأسماء العقود التي يعتبرها إدارية كعقود الأشغال العمومية وعقود التوريد وعقود الإمتياز...إلخ.

---

[1] الزين عزري، **الاعمال الإدارية ومنازعاتها** ،مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي واثره على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2010،ص32

[2] مسعودة عمارة، **الطبيعة القانونية للصفقة العمومية في إطار قانون الصفقات العمومية 10-236 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13-01-2013**، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، العدد الثامن، 2013،ص 2.

فيعرف هذا الأسلوب في تحديد العقود بالأسلوب التشريعي أو القانوني لتحديد ما يعرف بالعقود الإدارية، ويمكن إعتبارها من العقود الإدارية المسماة، وهي على غرار العقود المدنية منظمة بشكل واضح في المادة **117** من قانون **البلدية** يخضع عقود خدمات والتورد والأشغال لقانون الصفقات العمومية رقم **10-236** المعدل والمتمم بمرسوم رئاسي **13-03** المؤرخ في **2013-01-13**.[1]

ثالثا: تعريف العقود الإدارية بأسلوب المعايير:

أ- **المعيار العضوي:** يقوم العقد الإداري كأي عقد أساسا على وجود طرفين، أحدهما على الأقل شخص من أشخاص القانون العام.

وعليه فإنه يشترط في العقد الإداري، مراعاة للمعيار العضوي، أن يكون أحد طرفيه إما: الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة، الولاية، البلدية، المؤسسات العامة، رغم الإستثناءات الواردة عليه بموجب عدة نصوص[2].

هذا مانصت عليه المادة **800** من القانون رقم **08-09** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في **18** صفر عام **1429** ، الموافق لـ **25** فبراير **2008**.

« **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها**».

وهذا مانصت عليه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم **13-03** حيث تنص على:

« **لا تطبق أحكام هذا المرسوم الا على الصفقات محل النفقات**

- **الإدارة العامة – الهيآت الوطنية المستقلة**
- **الولايات – البلديات**
- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري**
- **مراكز البحث و التنمية**
- **المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي...** »

---

[1] مسعودة عمارة، مرجع سابق، ص ص 2، 3.

[2] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 10، 11.

وعلى هذا فإن القضاء الإداري يختص بمنازعات العقود الإدارية كعقد الصفقات العمومية الخاصة بالمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، دون باقي المؤسسات وخاصة المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، إذ يخرج هذا الأخير عن مجال إختصاص القضاء الإداري.

والمؤسسات ذات الصبغة الإدارية هي:

أ- **الإدارات العامة (الدولة):** حيث يتعلق الأمر بمختلف الإدارات العامة ، ويقصد بها مختلف الإدارات العمومية التي تتشكل منها الدولة بمعناها الضيق وهو ما يتمثل أساسا في الأجهزة والإدارات العمومية التالية:

مصالح رئاسة الجمهورية، مصالح رئاسة الحكومة، الوزارات ، ومايرتبط بها من أجهزة وتنظيمات وفروع إدارية الغير متمتعة بالشخصية المعنوية سواء كانت قائمة بالعاصمة أو موجود عبر الولايات أو الجهات مثل المديريات، إذ أنها تمثل عدم التركيز الإداري، كإحدى صور النظام المركزي، وليست تطبيق لنظام اللامركزية بكل ما يترتب على التفرقة بين النظامين من نتائج[1].

ب-**الهيآت الوطنية المستقلة:** هي نفسها الهيئات العمومية الوطنية[2]، فعندما نقول الهيآت الوطنية المستقلة فإن الأمر يذهب بنا إلى تلك السلطات الأخرى غير السلطة التنفيذية، كالبرلمان والجهات القضائية العليا والمجلس الدستوري، أو تلك الهيآت الوطنية القائمة داخل السلطة، كالمجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات: "المجلس الوطني الإقتصادي والإجتماعي، المجلس الإسلامي الأعلى، أو التنظيمات الوطنية الأخرى ...الخ"[3] .

ج- **الولاية:** تتمثل الولاية وحدة من وحدتي الإدارة المحلية بالجزائر إلى جانب البلدية، فهي إحدى المجموعات الإقليمية المنصوص عليها في الدستور بموجب المادة **15** ونصت على:« **الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.**

---

[1] محمد صغير يعلي، **القانون الإداري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 77.

[2] جاء هذا المصطلح في المادة **09** من القانون العضوي **98-01** المعدل والمتمم بالقانون رقم **11-13** المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه.

[3] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 13.

البلدية هي الجماعة الإقليمية»[1].

وتخضع الولاية لقانون رقم **12-07** المؤرخ**في 21 فبراير 2012**

ويقصد بالولاية حسب المادة **01** من ذات القانون:

« الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة»[2]

والأجهزة القائمة بالتنظيم الولائي وهما جهاز المداولة المتمثلة في المجلس الشعبي الولائي، وجهاز التنفيذ المتمثل في الوالي.

د- **البلدية:** كما هو الحال عليه فيما يخص الولاية – باختلاف بسيط- فإن البلدية كعنصر من عناصر المعيار العضوي تشمل مختلف الهيآت والأجهزة القائمة على مستواها، سواء كانت أجهزة للمداولة والتنفيذ.

فضلا عن هذا يشمل أيضا مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للبلدية والمستقلة قانونا عنها[3].

هـ- **المؤسسات العمومية:** نصت عليها المادة الثانية من قانون الصفقات العامة **10-236** السابقة الذكر، والمؤسسات العمومية هي كالتالي:

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
- المؤسسات العمومية الإقتصادية

عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة[4].

---

[1] المادة **15** من الدستور **1996** المعدل في نوفمبر **2008**.

[2] المادة الأولى من قانون **12-07** المؤرخ في **21** فبراير **2012** المتعلق بالولاية.

[3] المادة **153** من قانون البلدية رقم **11-10** المؤرخ في **22** يونيو **2011** المتعلق بالبلدية.

[4] المادة **02** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03** المؤرخ في 13-01-2013 .

ويظهر أن التمييز بين هذه الأنواع، إنما يستمد إلى معيار موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط الذي تقوم به المؤسسة سواء كان إداري أو علمي، صناعي...الخ.

غير أنه لا يفيد كثيرا على المستوى القانوني ولا يستقيم من نواحي عديدة لعل أهمها المساس بالمعيار العضوي المكرس في المادة **800** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أشارت فقط إلى منازعات المؤسسات ذات الصبغة الإدارية.

2- **المعيار الموضوعي:** يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة والخدمات العامة ذاتها المقدمة لتلبية الحاجات العامة للجمهور والمواطنين مثل: التعليم، الصحة، الأمن...الخ[1].

3- **المعيار الشكلي:** ويطلق عليه أيضا الشرط الإستثنائي غير المألوف إستقر القضاء الإداري في كل من مصر، فرنسا، الجزائر واتفق الفقه كذلك على أن العنصر المميز الرئيسي، من بين العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري، هو العنصر المتمثل في أخذ الإدارة في العقد بوسائل القانون العام وأساليبه، وهو ما يعني تضمن العقد لشروط إستثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص.

القضاء يعتبر تضمين العقد الإداري شروطا إستثنائية عنصرا مميزا رئيسيا.

تتبلور فكرة أساليب ووسائل القانون العام في إستخدام الإدارة لفكرة السلطة، وما تتمتع به من سيادة الدولة وسلطاتها، فيتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وهو ما يعتبر عنصرا مميزا للعقد الإداري.

ونعني أيضا بالشرط الغير مألوف إدراج بندا وقاعدة في العقد تعطي الطرفين او احداهما حقوقا أو تحمله التزامات لا يمكن أن يسلم بالحرية إدارا المتعاقد في ظل القانون الخاص، ورجوعا إلى بعض القوانين المنظمة لبعض العقود الإدارية، من القانون المنظم للصفقات العمومية المرسوم **10-236** ومثاله:

أن يحول العقد الإداري للإدارة المتعاقدة سلطات إتجاه المتعاقد معها مثل سلطة الفسخ أو الإنهاء.

الفرع الثاني: طرق إبرام العقد الإداري

---

[1] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 18.

إن المشرع وضع عدة طرق وأساليب لإختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة وهي: طلب العروض، المناقصات والمزايدات، وطريقة الإتفاق المباشر.[1]

1- طلب العروض: وهي طريقة لإجراء الصفقات العمومية تتبعها الإدارة للوصول إلى الطرف المتعاقد معها بعمل أو الحصول على التوريدات.

- طلب عروض مفتوح ويكون مسموح به لجميع المترشحين
- طلب عروض محدود ويكون لفائدة عدد معين من المترشحين.

2- المزايدة والمناقصة: وهي طريقة تستعملها الإدارة العمومية عندما ترد بيع أو تأجير شيئا من أملاكها، كما تستعملها عندما ترد الحصول على توريدات، ففي التأجير والبيع تلجأ إلى المزايدة لإختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى ثمن ممكن ككراء مسبح بلدي.

وفي عقد التوريد تختار الإدارة الطرف المتعاقد الذي يقدم أدنى ثمن ممكن.

3-الإتفاق المباشر (التراضي): وهي طريقة مرنة تكون للإدارة حرية أكثر في إختيار المتعاقد معها، واللجوء إلى هذه الطريقة لا بد أن يكون لتجديد في القانون، نصت عليها المادة **27** من المرسوم الرئاسي رقم **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي**13-03**.[2]

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

نظرا لتطور العقود الإدارية وكثرتها، ولصعوبة حصرها فقد دأب الفقه على إدراجها ضمن التصنيفات المختلفة، ولعل من أبرز تلك التصنيفات.

صنف العقود المحددة لقانون والعقود القضائية، أما المحددة بقانون فتضم العقود التي تكفل المشرع ببيانها وبيان النظام القانوني لها صراحة بموجب نصوص قانونية، أما القضائية فهي تلك التي لم يرد بيانها صراحة في نصوص القانون والتي يستخلص القضاء من خلال إستيفائها لمقومات وشروط العقد الإداري.

والدارس للقانون الإداري الجزائري يجد أن المشرع قد حدد بعض العقود وموضوعاتها. [3]

---

[1] محمد الشافعي أبوراس، **العقود الإدارية**، (بدون سنة نشر)، منشور في الإنترنيت على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com ، بتاريخ 30 ديسمبر 2014، 16:08 ، ص ص 37، 38.

[2] الزين عزري، **مرجع سابق** ،ص37.

[3] بوعمران عادل ، **النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية (دراسة تشريعية ، فقهية، قضائية)**، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر،2002 ، ص 92 .

الفرع الأول: عقد الصفقات العمومية

تعتبرعقود الصفقات العمومية وتنظيمها من أكثر العقود الإدارية اتصالا بالواقع السياسي والإقتصادي للبلاد، وتكمن أهميتها بصورة واضحة بالنظر إلى صلتها الوثيقة بالخزينة العامة، فهي تكلف الخزينة إعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيآت الإدارية من جهة وبحكم تنوعها من جهة أخرى[1].

تعريف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03:

نظمت الصفقة العمومية بموجب المرسوم الرئاسي **رقم 10-236 المعدل والمتمم بالمرسوم** الرئاسي **13-03** المؤرخ في **13-01-2013** التي عرفت الصفقة العمومية من خلال إعتماد جملة من المعايير الخاصة، وهي حسب المادة **الرابعة** معيار **الكتابة** « **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم...»**

والكتابة شرط للإنعقاد وليس للإثبات وذلك لأن الصفقة العمومية أداة لتنفيذ المخططات التنموية والبرامج الإستثمارية، كما أن الصفقات تتحمل مصارفها الخزينة العمومية.

وحسب المادة **الرابعة** من ذات المرسوم دائما معيار مادي أو الموضوعي

«...قصد إنجاز الخدمات، أشغال، اللوازم، الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة»[2].

وحسب القانون المتعلق بالصفقات العمومية فإنه هناك أربعة أنواع من العقود الإدارية التي تتدرج ضمن عقد الصفقات العمومية والتي يحكمها نصوص خاصة وهي:

أ- **عقد الأشغال العامة:** ويقصد به أنه عقد يبرم بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص، ومحله القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب جهة الإدارة في مقابل مادي متفق عليه، ويستهدف تحقيق المصلحة العامة[3].

---

[1] عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر، (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 07.

[2] مسعودة عمارة، مرجع سابق، ص ص 6، 7.

[3] محمد شافعي بوراس، مرجع سابق، ص 48.

2- عقد التوريد: وهي اتفاق بين أحد أشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتورد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين.

ويبدو أن عقد التورد يختلف عن العقد الأول – عقد الأشغال العامة- كونه يتعلق بمنقول[1].

3- عقد إنجازات الدراسات: هو إتفاق بين إدارة عامة وشخص آخر طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة والإختصاص، يتم بمقتضاه القيام بدراسات سابقة لإنجاز مشاريع معينة، لأن هذه الدراسات هي التي تحدد جودة المشروع القيد الإنجاز.

وهي تهدف أساسا إلى ضمان المراقبة التقنية للمشروع.

4- عقد الخدمات: إن هذا العقد لم يتم توضيحه من طرف المشرع وإنما عرفها بمعيار سلبي، وهي كل صفقة يختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات، وعليه فإن صفقات الخدمات تتضمن تورد السلع والخدمات الضرورية كالبضائع والمنقولات ومختلف المواد والتجهيزات مقابل ثمن تحدده الإدارة المتعاقدة مسبقا.

لقد إعتمد المشرع الجزائري في تعرفه للصفقات العمومية على المعيار الموضوعي من خلال تحديد طبيعة المشاريع التي تلجأ إليها الإدارة، من أجل تسيير المرافق العامة، بالإضافة إلى المعيار الشكلي الذي يرتكز على الكتابة كعنصر أساسي في إبرام الصفقات العمومية[2].

الفرع الثاني: عقد الإمتياز

إن عقد إمتياز المرفق، أو عقد إلتزام المرفق العام، هو أسلوب من أساليب إدارة المرفق، وبمقتضاه تعهد الإدارة العامة إلى أحد أشخاص القانون الخاص، بإدارة المرفق على حسابه وعلى مسؤوليته لمدة محددة، مقابل رسوم يتقضاها من المنتفعين، مع خضوعه للأحكام العامة الحاكمة لسير المرافق العامة[3].

---

[1] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 93.

[2] جميلة حميدة، **مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية**، الملتقى الوطني السادس حول دور القانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس، المدية، يوم 20-05-2013، ص 5.

[3] محمد الشافعي بوراس، مرجع سابق، ص 40.

أ- **التعريف الفقهي لعقد الإمتياز:** إهتم الفقه بتحديد مفهوم وتعريف العقد الإداري نظرا لدوره الفعال في توفير الخدمات العامة للجمهور، خاصة وأنه عقد غير مسمى في الجزائر، وإن لم يكن كذلك في غيرها من الدول.

فعرفه جانب من الباحثين في الجزائر أمثال الدكتور "ناصر اللباد" أنه: عقد أو إتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية، بموجبه[1] شخصا طبيعيا – فردا- أو شخصا معنويا من القانون العام – البلدية – أو من القانون الخاص – شركة-، يقوم صاحب الإمتياز بتسيير وإستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، مستخدما أمواله وعماله، ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل هذه الخدمة يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل – مبلغ مالي- يحدد في العقد، يدفعه المنتفعون مقابل خدمات المرفق".

2- **الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز:** إن الإتجاه السائد فقها وقضاء، إن عقد إلتزام المرافق العامة هو عمل وتصرف مركب يتضمن:

أ- **أحكام وبنود لا ئحية:** وهذه الأحكام تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، خاصة منها سلطة الرقابة على الإلتزام من النواحي الفنية والمالية والإدارية بما يحقق سير المرفق بإنتظام.

ب- **أحكام وبنود تعاقدية:** وماترتبه هذه الأحكام من آثار تسري حال على طرفي العقد سواء ما تعلق منها بالحقوق أو بالواجبات والإلتزامات[2].

المطلب الثالث: سلطات الإدارة في العقد الإداري

إن القانون والقضاء الإداريين يعترفان بحقوق وسلطات وامتيازات استثنائية للإدارة لكون سمات العقد الإداري يتعلق موضوعه بتنظيم وتسيير المرفق العام إضافة إلى مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ومسايرة مقتضيات التجدد لتحقيق الصالح العام وإشباع حاجات الجمهور.

وأن الإدارة تتمتع بهذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام[3].

---

[1] نعيمة آكلي، **النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر**، رسالة ماجيستير، تخصص قانون العقود، تيزي وزو، جامعة مولود معمري، 2013، ص ص 12، 13.

[2] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 25.

[3] شاكر أكياشي خلف، **سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في تنفيذ الأشغال**، جامعة بغداد، (بدون سنة نشر)، منشور في الإنترنت على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com بتاريخ 22-01-2015، بتوقيت 19:00،ص3

ومن ثمة فإن مركز ووضعية الإدارة وتمتعها بإمتيازات السلطة العامة يؤهلها ويخولها ممارسة السلطات الآتية:

- سلطة الإشراف والمراقبة
- سلطة التعديل
- سلطة توقيع الجزاءات[1]

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة والتعديل

1- **سلطة الإشراف:** وهو إمتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وإتمامها على النحو المتفق عليه، وهذا في مختلف مراحل تنفيذ وعادة ما يقوم بهذا الإشراف والتوجيه أعوان إداريون تقنيون مختصون حسب موضوع الصفقة.

وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات الإنجاز وتمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجاز الصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة **3/19** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03** بنصها:« **كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عم حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعنيها**»[2].

2-**سلطة المراقبة:** لا يمكن للإدارة إنتظار إنتهاء الصفقة حتى تمارس سلطة المراقبة عليها وإنما تتزامن مع هذه المراقبة مع التنفيذ، وتتم إما عن طرق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى الإدارة والتي تتعرض لنسبة تقدم الأشغال، وأيضا العراقيل المادية والتقنية التي تعوق السير الحسن للأشغال إن وجدت.

وإما عن طرق المهمات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء بالعين المجردة أو بأخذ العينات وإرسالها للمخبر إن تطلب الأمر ذلك، وتوجه للمتعاقد المخل إعذارات من أجل تدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها تحت طائلة الجزاءات.

ولا تقتصر المراقبة على طريقة التنفيذ وآجاله فحسب وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة.

---

[1] الزين عزري، مرجع سابق، ص 38.

[2] يوسف جوري، **سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية**، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس بالمدية، المنعقد يوم 20 ماي 2013، ص 3.

3- سلطة التعديل: تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة قانونية تقضي بأن «**العقد شريعة المتعاقدين**»[1].

وتستند سلطة الإدارة في التعديل إلى سائر العقود الإدارية، غير أنه يجب ألا تكون شاملة لجميع شروط العقد وإنما لبعضها فقط، أي لتلك التي تتصل بسير المرفق العام وبالخدمات التي يقدمها للجمهور ولكنها لا تمتد لتمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد.

الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات

تعد سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السلطات التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وذلك عن طرق إصدار قرار بهذا الشأن، وتستطيع أن تستعمل بمناسبتها في التنفيذ المباشر.

لقد أجمع الفقه الإداري بأن هذه السلطة تعد بمثابة عقوبة ضمان تنفيذ العقد المتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة لأن الإدارة لا تستند إلى نصوص العقد بل إلى سلطتها في تنظيم وسير المرافق العامة التي تستمدها من الدستور والقواعد القانونية المنظمة لذلك[2].

صور الجزاءات:

- **الجزاءات المالية:** تهدف نظرية الجزاءات الإدارية – بما فيها المالية- في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لإلتزامات تعاقدية بصورة سليمة تضمن سير المرافق العامة.
- **وسائل الضغط:** تتمتع الإدارة بمجموعة من وسائل الضغط على المتعاقد معها بغية دفعه إلى تنفيذ العقد الإداري إستجابة لمقتضيات الصالح العام مثال ذلك: وضع المرافق أو المشروع تحت الحراسة في عقود إلتزام المرافق العامة[3].

---

[1] عبد الحميد خليفة مفتاح، **إنهاء العقد الإداري**، دار المطبوعات الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 61، 62.

[2] شاكر أكياشي خلف ، مرجع سابق، ص 4.

[3] عبد الحميد خليفة مفتاح، نفس المرجع، ص 66.

الفـــصل الاول:

الحق القانوني للادارة في

انـهاء العقد الاداري

يهدف نظام الفسخ بإعتباره نظاما قانونيا إلى حماية القوة الملزمة للعقد كقاعدة عامة وإلى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة وهو أحد طرق إنحلال العقد، وهو جزاء يترتب على إمتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عند تنفيذ ما التزم به.

وقد كان نظام الفسخ لوقت قريب محل جدل كبير في الفقه المقارن، وبالخصوص في مسألة التكييف القانوني له، فهناك جانب آخر جعل من الفسخ الإداري نظاما مستقلا قائما بذاته.

والفسخ الإداري – الإنفرادي– كما أطلق عليه الفقه نوعين من الفسخ هما:

أ– الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة

2– الفسخ الجزائي للعقد

هذا التنوع مرده إلى وجود حالتين يقع خلالهما نظام الفسخ وهما:

أ– حالة خطأ المتعاقد

2– حالة عدم خطأ المتعاقد

ويجب الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري رغم أنها سلطة أصيلة إلا أنها ليست سلطة مطلقة لأنها مقيدة بضوابط وشروط، وإنعدام هذه الأخيرة يؤدي إلى بطلان قرار الفسخ.

وعلى ذلك فإن دراسة هذا الفصل يقتضي منا التطرق إلى عنصرين هما:المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة وهذا ما سنتطرق اليه في المبحث الاول ثم حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة

تتمتع الإدارة بإمتياز مهم في عقودها الإدارية وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا، إنطلاقا من تمتعها بإستعمال أساليب القانون العام في وظائفها، الذي يعطي لها الحق في فسخ العقد حتى وإن لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

وإنهاء العقود والفسخ كنظرية عرفتها علاقات الأفراد فيما بينهم، ونشأت في القانون المدني، وبالتالي فالفسخ في العقود الإدارية بوجه عام هو مجرد إمتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني والفسخ في العقود الخاصة، خاصة بإعتبار العقد مصدر من مصادر الإلتزام.

ورغم أن القانون الجزائري لم يعرف الفسخ كنظرية، إلا أنه أخذ بها القانون المدني الجزائري الصادر في26-09-1975، ومنذ هذا التاريخ أصبح للفسخ نظرية في القانون المدني الجزائري.

يعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري وهو من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، وكإمتياز يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد بطريقة تضمن لها تسيير المرفق العام على أحسن وجه وبما يسمح لها بأداء مهمتها الأساسية وهي تلبية حاجات الجمهور.

وهذا ما يدفعنا إلى معرفة معنى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ثم الأساس القانوني الذي تستند عليه هذه السلطة[1].

المطلب الأول: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

إن العقد الإداري مآله للزوال كغيره من الأعمال القانونية أو المادية الأخرى، وزواله ذلك قد يتحقق بتدخل من السلطات العامة بإنهاء العقد أو دون تدخل منها وهو ما يعرف بإنتهاء العقد.[2]

وقد ينتهي العقد الإداري بالتنفيذ الكامل لما ترتب عنه من إلتزامات أو بإنتهاء المدة المقررة له، أو يتحقق أحد الشروط المنصوص عليها في بنود العقد، كما ينتهي العقد بناء على إتفاق

---

[1] مسعودة عمارة ، مرجع سابق، ص ص 9، 10.

[2] عادل بوعمران ، مرجعسابق ،ص 125.

رضائي يوقع بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد وإنهائه قبل تمامه، أو بفعل قوة قاهرة تجعل من تنفيذه أمرا مستحيلا أو بهلاك محله.[1]

وقد تتدخل الإدارة بإعتبارها صاحبة سلطة وإمتياز، وتقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة وهو ما يسمى بالإنهاء الإداري.

سندرس في هذا المطلب النقطة المهمة وهي تعرف هذه السلطة بالنظر إليها من زاوية أنها طريقة تتبلور عادة في إصدار قرار إداري يتضمن فسخ العقد، وهذا ما سنناقشه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تحديد معنى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

تملك الإدارة المتعاقدة إمتيازات السلطة العامة، وبذلك يمكن لها أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري، وتفك الرابطة التعاقدية لضروريات المصلحة العامة، وذلك اعمالا بمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة[2].

والعقود الإدارية بشكل عام تنتهي بطرق مختلفة فقد تكون نهاية طبيعية وبالطريقة العادية التي تنتهي بها العقود بصفة عامة، وذلك إما في حالة تنفيذ الإلتزامات التي وردت في العقد كاملة وهذا هو الأصل العام، أي ترتيب جميع آثاره ووفاء الطرفين بالإلتزامات العقدية الواقعةعليهما.[3] وقد تكون نهاية غير طبيعية كما هو الحال بالنسبة للفسخ الإتفاقي، الفسخ بقوة القانون، الفسخ القضائي...الخ.

وسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري عند الفقه الجزائري هو ما أطلق عليه بتسمية الفسخ الإنفرادي- الفسخ الإداري ، أما المشرع الجزائري فأطلق عليه تسمية الفسخ من جانب واحد.

يرى الفقه المقارن – الفرنسي والمصري- أن هناك نوعين من الفسخ الإنفرادي للعقود بصفة عامة ، فهناك جانب من الفقه من اعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري بشكل غير طبيعي ، وهناك من إعتبره نوعا من أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد نتيجة إرتكابه خطأ معين.

وتفسير رأي الفقه المقارن – الفرنسي- هو أن هذا التفكير يعود إلى وجود حالتين تقع

---

[1] عادل بوعمران ، مرجعسابق ، ص79.

[2] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 79.

[3] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، مطبعة عصام جابر، الإسكندرية، 2013، ص 149.

خلالهما سلطة الإدارة في العقد بصورة إنفرادية هما:

الحالة الأولى: حالة خطأ المتعاقد ويكون ذلك عندما يقوم المتعامل بإخلال إلتزاماته التعاقدية، والإدارة عندما تمارس سلطتها في الإنهاء إنما تستمد إلى المسؤولية العقدية وهنا أطلق عليه بالفسخ الجزائي.

الحالة الثانية: حالة عدم خطأ المتعاقد: هنا تمارس الإدارة سلطتها في الإنهاء بإستنادها على المصلحة العامة، وهنا أطلق عليها في هذه الحالة بالفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة، وسنفصل هاتين الحالتين فيما يلي[1]:

أولا: الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة

يعتبر الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة من أخطر الأساليب التي قد تلجأ إليها الإدارة، وذلك من ناحية التأثير على المتعاقد، كما أنه أكثر تطبيقا وإيضاحا لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، وأكثر إبرازا لإمتيازاتها المختلفة.

وبالنسبة لعقود الصفقات العمومية ومن خلال المرسوم الرئاسي **10-236** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم **13-03**، فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذا النوع من الفسخ على خلاف النوع الآخر الذي نص عليه من خلال المادة **112** منه ، وبالتالي لا ندري إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل هذا النوع من أنواع الفسخ، أو أنه تعمد ذلك.

وإن كنا نرى أن عدم النص عليه قانونا راجع إلى رغبته في إستقرار وإستمرار العقود لما في ذلك من تحقيق المصلحة العامة.

ونظرا لما تتمتع به الإدارة من إمتيازات السلطة العامة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة في حالتين هما:[2]

الحالة الأولى:مراعاة لمبدأ التكيف والملائمة: الذي يحكم المرفق العام، حيث يمكن للإدارة العامة أن تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة – دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد، إذا ما قدرت إن ذلك تقتضيه المصلحة العامة- الفسخ التقديري-

[1] مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص ص 149، 150.

[2] نفس المرجع ، ص 151.

وهنا يجب التمييز بين فسخ العقد كنتيجة لإخلال صاحب الصفقة بإلتزاماته التعاقدية، والتي تندرج في باب سلطة فرض الجزاءات وفسخ العقد لعدم تماشيه مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام. [1]

فقد وقع الإقرار للإدارة بسلطة فسخ العقد إذا لم يعد يمثل المشروع مثلا مصلحة عامة أو أصبح مكلف كثيرا بصورة لم تعد المجموعة الوطنية قادرة على تحمله، وتعتبر سلطة الفسخ لمصلحة المرفق العام النموذج الأمثل للإمتيازات الإستثنائية للإدارة ، علاوة على أنها علامة مميزة للعقود الإدارية.

فقد أقرت محكمة التنازع الفرنسية أن الفسخ الناتج عن إخلال المتعاقد بإلتزاماته لا يعتبر بندا إستثنائيا، وذلك على خلاف فسخ العقد لمصلحة المرفق العام[2].

الحالة الثانية: وتكون في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته التعاقدية، وهذه الحالة نص عليها القانون صراحة (المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية السابق الذكر).

وإذا كان بالإمكان تعميم هذا بالنسبة لباقي العقود الإدارية الأخرى- الفسخ الجزائي- فلا ندري إمكانية ذلك بالنسبة للحالة الأولى كما أطلق عليها الفسخ التقديري[3].

وإن كنا قد وجدنا النص على هذا النوع من أنواع الفسخ في الفقه الجزائري فإننا لم نجد له تعريف معين، يلم بعناصره وشروط تطبيقه

ثانيا:الفسخ الجزائي للعقد

---

[1] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص ص 102، 103.

[2] عصام بن حسن، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية**، ملتقى وطني سادس، حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة عنابة، يوم 15-02-2013، ص 16.

[3] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 103.

يستهدف هذا الإمتياز أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعاقد معها، ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقوم المتعاقد بإرتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

فإذا وضعنا بعين الإعتبار أن العقد الذي يربط الإدارة بالمتعامل معها هو عقد الإمتياز، فإننا نتصور في هذه الحالة أن يلجأ الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلزم المنتفعون من خدمات المرفق بدفعها، فيبادر إلى رفعها دون علم الإدارة وموافقتها، أو يميزين المنتفعين إعتمادا على أسس تتعلق بجنس المنتفع أو معتقده، فهذا الفعل من جانبه يخول للإدارة فسخ الرابطة التعاقدية، وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحالة مصطلح إسقاط الإلتزام[1].

وما يميز هذا النوع من الفسخ- الفسخ الجزائي- عن الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة، إن المشرع الجزائري نص بصراحة عنه، وهذا من خلال المادة **112** من قانون العمومية **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03** بقولها:« **إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بإلتزاماته في أجل محدد، وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...**»[2]

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على وجوب توجيه الإعذار* للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة، كأن نتصور أننا أمام عقد الأشغال العامة، وإن المتعامل المتعاقد توقف عن الأشغال مدة طويلة بما سينعكس سلبا على مدة إنجاز العقد وبما سيؤثر على نشاط المرفق[3].

إن الفسخ الجزائي لا يختلف عن الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة من حيث ان المشرع الجزائري لم يعطي لها تعريف معين وهو نفس الأمر بالنسبة للفقه، والذي نراه لا يواكب في كل

---

[1] عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر، (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، ص 20.

[2] المادة **112** من قانون الصفقات العمومية **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03**.

* للإشارة على شكل الإعذار فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكل معين، إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة – الجرائد- لتنبيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ.

[3] نفس المرجع ، ص 24.

مرة التطورات الحاصلة في القوانين المختلفة وخاصة في القانون الإداري ومجال العقود الإدارية بالتحديد.

ورغم عدم وجود تعاريف معينة لنوعي الفسخ أعلاه في التشريع الجزائري ورغم أيضا الإختلاف الموجود بين النوعين، إلا أن هناك شبه إجماع حول أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري الذي أبرمته بصورة منفردة وبالنسبة للنوعين من النظام العام.

وهو حق ثابت مقرر للإدارة سواء تم النص عليه في صلب العقد أو لم ينص عليه[1]، وحتى وإن نص عليه العقد فإن هذا الأخير يكون كاشفا لحق الإدارة في ممارسة الإنهاء وليس مقرر لها مالا يدع مجالا أمام المتعاقد للإحتجاج أو الإدعاء بغير ذلك.

وهذا الإجماع يقرر نتائج جد هامة هي:

1- إن سلطة الإنهاء هي سلطة مقررة للإدارة فقط دون سواها.

2- إن هذه السلطة مقررة حتى وإن لم ينص العقد أو القانون على ذلك.

3- أنه لا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق (كإدراج بند يقضي بمنع الفسخ بالإرادة المنفردة).

4- لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الإعتراض على هذه السلطة مادام حقه في التعويض مضمونا.

5- لا يجوز لأطراف العقد الإتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة[2].

ومن جهة أخرى فإن عملية الفسخ من طرف الإدارة ومن جانب واحد، سواء كانت لدواعي المصلحة العامة وضرورات الملائمة، أو نظرا لإخلال المتعاقد بإلتزاماته المنوطة به فإن هذا الفسخ يتجسد في إصدار قرار إداري[3].

وهذا القرار الإداري- قرار الفسخ- مثله مثل بقية القرارات الإدارية يجب أن يصدر من جهة الإدارة المخولة بذلك وهذا حسب نص المادة **08** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03**[4].

وبالتالي يجب أن يكون هذا القرار- قرار الفسخ- مستوفي لجميع أركانه- الإختصاص، الشكل والإجراءات، المحل، السبب، الهدف (الغاية).

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 87.

[2] محمد صغير يعلي، **القرارات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص 112 ومايليها.

[3] مسعود عمارة، مرجع سابق، ص11.

[4] انظر المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

ثار جدل فقهي كبير حول التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، فهناك من إعتبرها مجرد صورة من صور التعديل الذي يطرأ على العقد ، حيث يعد التعديل من أهم الحقوق والسلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء إبرامها وتنفيذها للعقود مع أشخاص القانون الخاص، بل يعتبرون الإنهاء مجرد إمتدادا لتعديل أوصورة من صوره المختلفة.

بينما الرأي المخالف يرى أن سلطة الإنهاء التي تمتلكها الإدارة هي سلطة مستقلة بذاتها، وبالتالي لها مفهوم ونطاق ووسيلة وقيود مختلفة عن التي في سلطة التعديل[1].

ا- **سلطة الإنهاء صورة من صور التعديل:** تعد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إحدى الخصائص المميزة للعقود الإدارية، والتي بمقتضاها تستطيع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري أن تعدل في إلتزامات المتعاقد معها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة.

كان المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا بموافقة الأطراف عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في القانون المدني، وكذا مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكن الإدارة على خلاف ذلك، وفي إطار عقودها الإدارية تمتلك سلطة التعديل الإنفرادي دون الحاجة إلى رأي أو رضى المتعاقد معها. [2]

وتظهر سلطة التعديل الإنفرادي في صور عدة لعل من بينها حسب أصحاب هذا التوجه، إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بل أن هناك شبه إجماع في الفقه المقارن على أن سلطة الإنهاء هي مجرد صورة من صور التعديل، فالقاعدة العامة حسب هذا الإتجاه أن تعديل العقد أو تعديل شروطه بالزيادة أو بالنقصان، وسواء نص عليه العقد أم لم ينص، يوجد في كل العقود الإدارية عدا تلك الشروط التعاقدية في عقد الإمتياز، فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد مع الإدارة لأنها ليست من قبيل الشروط اللائحية المتعلقة بالمرفق العام[3].

ويشمل نطاق التعديل البنود الآتية:

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 83.

[2] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص ص 109، 110.

[3] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 84.

1- **التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد:** حيث تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها وذلك بإزديادها أو إنتقاصها، والتعديل يرد على مقدار الإلتزامات وليس على نوعها.

2- **التعديل عن طرق ووسائل تنفيذ العقد:** تستطيع الإدارة أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ كلما تبين لها أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية التي تقتضي إستعمال وسائل فنية أكثر إقتصادا وأكثر تقدما من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية[1].

ومن الفقهاء المؤيدين لهذا الإتجاه في فرنسا نذكر "**ريفيرو**"، "**دي لوبادير**"، ومن مصر الفقيه "**سليمان الطماوي**".

أما بالنسبة للفقه الجزائري، فلم نجد ما يقال في هذه المسألة، وعليه فإننا نرى ما يراه المشرع الجزائري الذي تكلم عن سلطة التعديل وسلطة الفسخ كلا على حدى هذا يعني ان سلطة الفسخ هي سلطة مستقلة عن سلطة التعديل.

2- **سلطة الإنهاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها:**

بالرغم من وجود شبه إجماع في الفقه الفرنسي والمصري على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ما هي إلا صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل.

إلا أن الفقيه الفرنسي "**بنوا**" "**bonoit**" ذهب إلى أن:« حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الإنفرادي، فلكل منها نطاقها المستقل[2]، إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لإلتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها، وبذلك فهو يعتبر إنهاء جزئيا للعقد وليس تعديلا له».[3]

ومن مؤيدي هذا الإتجاه الفقيه "**لورنس**" والفقيه المصري **محمد صلاح البديع**[4].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة)**، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر، 2007، ص 22.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، 84.

[3]. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص22.

[4] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص85.

وبالرجوع للفقه الجزائري فإننا لا نرى له موقفا معينا لهذه المسألة، عدا إعتبار أن الفسخ الإداري هو طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري، ما يؤكد ذلك بعض المؤلفات التي اعتبرت أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل وأنها موضوعة في خانة الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة بإعتبارها سلطة من السلطات التي تمتلكها.

أما موقف المشرع الجزائري فكان واضحا، حيث اعتبر أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل، بحيث أفرد نصوص قانونية خاصة بها، وذلك في القسم الفرعي الثاني تحت القسم السابع في المادتين **112** و **113**[1]، من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03**.

بينما تكلم عن سلطة التعديل ضمن مايسمى **بالملحق**[*].

هناك فرق بين الفسخ الإداري في عقد الصفقات العمومية وبين الفسخ في عقد الإمتياز، ويكمن هذا الفرق فيما يلي:

أ- طرق الفسخ الإداري في عقد الصفقات العمومية:

ليس الفسخ الإداري هو السبيل الوحيد لإنهاء العقد الإداري- نهاية غير طبيعية- بل هناك أنواع أخرى من الفسخ وهي:

أ- الفسخ بقوة القانون :

قد ينفسخ العقد بقوة القانون، إذا ما تحققت وقائع معينة وينتج أثاره منذ تاريخ حدوث الواقعة التي أدت إلى الفسخ، ويقع هذا النوع من الفسخ أما في حالة هلاك محل العقد و في هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها فسخ العقد، وقد يكون هلاك العقد بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين وفي هذه الحالة ينقضي العقد، وليس لأحد الطرفين المطالبة بالتعويض، كوفاة المقاول.

أو في حالة الفسخ المنصوص عليه في العقد، فقد يتفق الطرفان عند إبرام العقد على إعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع معينة كإفلاس المقاول أو خضوعه للتصفية القضائية[2].

---

[1] انظر المادتين **112** و **113** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03**.

[*] الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة.

[2] محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد بالإرادة المنفردة**، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص ص 41، 42.

2- الفسخ الإتفاقي:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة إتفاقيا يستند إلى موافقة الطرفين .

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوبا بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب، نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك[1].

ويطلق على هذا النوع من طرق الإنهاء من الفقه "**الشرط الصريح الفاسخ**" أو "**الشرط الفاسخ الصريح**"[2].

زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة **112** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم، السابقة الذكر، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.

3- الفسخ القضائي : يكون الفسخ القضائي للعقد بسبب نزاع نشأ عن تقلب وضع مالي للعقد بسبب ظروف طارئة أو قوة قاهرة أو لأي سبب آخر نتج عن صدور حكم قضائي بفسخ العقد فإن ذلك ينهي إستمرار آثاره[3].

ومنطق حق التقاضي مكفول للجميع يعني ذلك أنه يمكن لكلا الطرفين اللجوء إلى القضاء الإداري المختص طالبا فسخ الصفقة، مع ضرورة إستناده إلى سبب جدي يوجب الفسخ ويبرر إستجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى[4].

ب- طرق الفسخ الإداري في عقد الإمتياز:

هناك تسمية معينة تخص بعض العقود وعلى وجه التحديد عقد إلتزام المرافق العامة وهما المصطلحين الآتيين:

---

[1] مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 152.

[2] محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر،2003، ص 45.

[3] الزين عزري، مرجع سابق، ص 39.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 236.

1- **الإسقاط:** وهي طريقة من طرق إنهاء الإلتزام بصورة غير طبيعية، ويعتبر جزاء توقعه السلطة مانحة الإلتزام نتيجة إخلال المتعاقد الجسيم بالتزاماته التعاقدية، كارتكابه أخطاء جسيمة في إدارته للمرفق وتسييره على نحو غير سليم، وفي هذه الحالة لا يستحق الملتزم أي تعويض نتيجة إسقاطه لإلتزامه.

يرى بعض الفقهاء أن الإسقاط من النظام العام، ويترتب على هذا نتيجة هامة وهي أنه يتواجد سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه.

2- **الإسترداد:** هو صورة من صور الإنهاء الإنفرادي لعقد الإمتياز لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ الملتزم، بشرط تعويضه تعويضا عادلا، وبإجراء إداري منها دون اللجوء للقضاء.

ولقد عرفه الفقيه "**لكونت**" الإسترداد هو طرق إستثنائي لإنهاء الإلتزام قبل إنقضاء مدته.

أما الدكتور "**خلف الجبوري**" فقد عرفه بأنه: "إجراء تقوم الإدارة بمقتضاه بإنهاء العقد قبل مدته وتعطي للمتعاقد تعويضا على ذلك ويتم عادة بصدور قرار إداري"[1].

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

لقد ظهرت عدة نظريات وتوجهات حول وضع الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهائها للعقد الإداري.

وقد عرفت هذه المسألة جدلا كبيرا بدليل كثرة الأفكار التي لم تخرج عن نطاق فكرتين هما السلطة العامة وفكرة المرفق العام، وسندرس كل فكرة على حدى حيث سنتناول في الفرع الأول فكرة السلطة العامة وفي الفرع الثاني فكرة المرفق العام، أما الفرع الثالث فسنخصصه إلى فكرة الجمع بين فكرة السلطة العامة والمرفق العام.

الفرع الأول: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة السلطة العامة

[1] عبد الحميد خليفة مفتاح، مرجع سابق، ص 129 ومايليها.

يقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها ان تطبق الإدارة قواعد قانونية خاصة ومتميزة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد الذين يرغبون في التعاقد معها، هذا من جانب.

وان تتمتع الإدارة بإمتيازات معينة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد من جانب آخر[1].

ا- فكرة السلطة العامة:

لقد تطورت فكرة السلطة العامة في القانون الإداري من مفهوم تقليدي قديم حيث كانت السلطة العامة تنحصر في قوة وسلطة الإخضاع والبطش وإجبار المحكومين على الخضوع وطاعة أوامر وتوجيهات الحكام، ثم تطور مفهوم فكرة السلطة العامة خلال القرن 19 وأصبح يعني حق إستعمال سلطة وقوة الأمر والنهي بإرادة الإدارة المنفردة والملزمة، ثم تطور مفهوم فكرة السلطة العامة خلال القرن 20 فأصبحت فكرة السلطة العامة مجرد فكرة فنية وقانونية تتضمن مجموعة الأساليب والإمتيازات والإلتزامات[2] والقيود التي تستعين بها الإدارة في أداء مهام وظائفها لتحقيق الأهداف العامة، بما يحقق المصلحة العامة في المجتمع.

يعتبر "**موريس هوريو**" رائد هذه المدرسة التي أطلق عليها بمدرسة السلطة العامة، أو مدرسة "**تولوز**"، إن للدولة إرادة تعلوا إرادة الأفراد ومن ثم فإن لها أن تستعمل أساليب السلطة العامة، كأن تنزع ملكية فردا أو أن تغلق محلا أو طريقا أو تنظم حركة المرور[3]، فالإدارة إذا قامت بهذا النوع من الأعمال وجب أن يخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري، كما تخضع في منازعاتها المترتبة عن هذه الأعمال أمام القاضي الإداري.

وهكذا يرى جانبا من الفقه بأن سلطة الإدارة في الإنهاء، إنما تقوم على فكرة السلطة العامة، أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام، ويعتبر الصالح العام شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر من ان يكون أساسا قانونيا لها، إذ تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بإمتياز التنفيذ المباشر على نطاق واسع فهي تستطيع أن تضع حدا للعقد بإرادتها المنفردة بإعتبارها سلطة إدارية[4].

2- السلطة العامة كأساس قانوني:

---

[1] عمار عوابدي، **القانون الإداري-النظام الإداري**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 137.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص80 .

[3] عمار بوضياف، **الوجيز في القانون الإداري**، دار الجسور للنشر والتوزيع، (بدون بلد نشر)، (بدون سنة نشر)، ص 50.

[4] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 81.

لما تمارس الإدارة العامة مظاهر السلطة العامة تكون في مركز أسمى من مراكز الأفراد، فكل عمل يتضمن مظهر من مظاهر السلطة العامة يعد عملا إداريا، ويدخل في نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري وفي نطاق إختصاص القضاء الإداري[1].

ولفكرة السلطة العامة عنصرين هما:

1- العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة: ويتمثل العنصر الإيجابي للسلطة العامة في مجموعة الإمتيازات والسلطات الإستثنائية التي تتمتع بها السلطة الإدارية وتباشرها في مواجهة الأفراد، كإصدار القرارات الإدارية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة ...الخ.

2- العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة: ويتمثل العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة في مجموعة القيود والإلتزامات التي تلتزم وتتقيد بها الإدارة العامة أثناء ممارستها لوظائفها وأعمالها، ومن هذه القيود إحترام هدف المصلحة العامة، إحترام أساليب إختيار المتعاقد مع الإدارة العامة و الإلتزام بقواعد حماية الأموال العامة[2].

إن نظرية السلطة العامة بحسب مناصريها لا تتعلق بالأوامروالنواهي، إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة بإستعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في القانون الخاص ،ومثال ذلك إمتيازات الإدارة في مجال العقود الإدارية[3].

الفرع الثاني: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة المرفق العام

يمكن تعريف المرفق العام بطريقتين: بطريقة تنظيمية أو شكلية وطريقة مادية، ففي معنى تنظيمي أو شكلي يتميز المرفق العام بتنظيم معين والمرفق العام مؤسسة تديرها الإدارة، ويرتبط التعريف المادي بطبيعة النشاط المنظور إليه بالإستقلال عن التنظيم الذي يمارس النشاط بموجبه، ونرى تعريف المرفق العام بأنه :"النشاط الذي ينزع إلى تلبية حاجة من المصلحة العامة"[4].

أ- فكرة المرفق العام:

---

[1] فريدة قصير مزياني، **القانون الإداري**، الجزء الأول، مطبعة سخري، باتنة، 2011، ص82.

[2] فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري الجزائري**، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 2001، ص ص 93، 94.

[3] علاء الدين عشي، **مدخل القانون الإداري– التنظيم الإداري**، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 33.

[4] جورج قوديل، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص 538.

يرجع أساس فكرة المرفق العام، نتيجة التطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في أواخر القرن 19، وبدأت حينئذ في التدخل في كافة الأنشطة والأعمال التي كانت قبل ذلك مقصورة على الأفراد وحدهم، بعد أن كان دور الدولة يقتصر على وظائف الأمة والدفاع والقضاء فتحولت إلى دولة الرفاهية ودولة تقدم خدمات مختلفة، وبالتالي كان لا بد من الدولة أن تنشأ المرافق العامة المختلفة لتتولى القيام بتلك المهام والأنشطة الجديدة.

ولهذا لم يعد المطلوب من قواعد القانون الإداري أن تنظم مظاهر السلطة العامة، بل أصبح حاجة الإدارة لقانون مستقل ومتميز عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص[1].

ونظرا لأهمية فكرة المرفق العام، فقد إعتبرها بعض الفقهاء أساسا قانونيا يمكن الإعتماد عليه في وضع الإدارة بمركز أسمى، ومن أنصار هذا الإتجاه والذي ظهر في منتصف القرن 19 العميد "**ليون دوجي**" والفقيه "**بونار**"....وآخرون.

ويرى هؤلاء أن الدولة لا تتمتع بالسلطة والسيادة بل هي مجموعة مرافق عامة تعمل لتلبية حاجات الجمهور، ويعتبرون أن فكرة المرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام والعقد الإداري بشكل خاص[2].

2- **المرفق العام كأساس قانوني:** إن الإدارة العامة إستنادا إلى مقتضيات سير المرفق العام، قد يظهر لها بعد التعاقد أن المرفق لم يعد في حاجة إلى هذا العقد، وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة له، على إعتبار أنه عبارة عن مشروع لعمل بإنتظام وإطراد تحت إشراف الدولة لسد حاجات عامة، مع خضوعه لنظام قانوني معين.

ومن القائلين بهذا الرأي الأستاذ "**بينكو**" الذي يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا ما إقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة.

ويرى الأستاذ "**بنوا**" أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند إلى مصلحة المرفق الذي يقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع إحتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلا عليه[3].

---

[1] خالد خليل الظاهر، **القانون الإداري –دراسة مقارنة**، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 1998، ص 76.

[2] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 139.

[3] محمد عبد الله حمودة، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

3- **أزمة المرفق العام وفكرة المصلحة العامة:** رغم النجاح الكبير الذي حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ومبادئه وأحكامه ومعيارا لتحديد إختصاصات القضاء الإداري، لم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية والتغييرات التي طرأت في القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الإقتصاد الموجه والمبادئ الإشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي والإجتماعي، ومارافق ذلك من ظهور المرافق الإقتصادية والإجتماعية، والصناعية والمهنية خاصة في فترة ح ع1[1].

ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام، ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية الخاصة.

وما أدى بالمساس بالمرفق كأساس قانوني لسلطة الإنهاء، ذلك أنه لم تصبح بعض المرافق بتلك الأهمية، والتي تبرر تحويل الإدارة إمتيازات وسلطات غير عادية، خاصة بزيادة تدخل الأفراد في تلك المرافق، وهذا هو الجانب الذي يهمنا من أزمة المرفق العام.

وبالتالي أصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الإدارة بشكل عام، سلطتها المنفردة في إنهاء عقودها بشكل خاص[2].

ما ألزم الفقه بإيجاد حلول بديلة، وهو ما أجاب عنه الفقيه "**فالين**" أن تنوع المرافق العامة لا يمس بالمبدأ الداعم لسلطة الإدارة.

ومن هنا ظهرت فكرة "**المصلحة العامة**"، أو ما تسمى بفكرة "**المنفعة العامة**" الذي نادى بها الفقيه "**فالين**".

يقول الفقيه "**فالين**" إن فكرة المنفعة العامة هي المحور الذي تدور حوله قواعد القانون العام، وتعد الأساس الذي يبرر وجود قواعد القانون الإداري الإستثنائية والغير مألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، ويعد المعيار الذي يحدد الطبيعة الإدارية للنشاط الإداري، والمعيار الذي يحدد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجال القضاء الإداري[3].

الفرع الثالث: الإنهاء الانفرادي على أساس الجمع بين الفكرتين المرفق العام والسلطة العامة

---

[1] علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 31.

[2] فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري الجزائري**، مرجع سابق، ص 92.

[3] فريدة قصير مزياني، **القانون الإداري** ، مرجع سابق، ص 102.

نظرا للانتقادات الموجهة للأفكار السابقة، إن كل فكرة على حدى لا تصلح لأن تكون أساس ومعيار لسلطة الإنهاء الانفرادي، لذا اتجه جانب من الفقه إلى الجمع بين الفكرتين أو أكثر لتكون الأساس الذي يبرر وجود هذه السلطة.

ويتم هذا بتطبيق فكرة الجمع بين الأهداف والوسائل، إن إشتراك فكرة المرفق العام مع فكرة السلطة العامة يشكلان فكرة الجمع بين الهدف والوسائل لتأسيس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة. وقد ساند جانب هام من الفقه هذه الفكرة.

ومن هنا ظهر هذا المعيار الجامع بين الوسائل والأهداف ومضمونه أن لتحقيق المصلحة العامة التي هي بمثابة شريان المرفق العام وجب الأمر الاستعانة بوسائل القانون العام لإمتيازات السلطة العامة، ومن هنا فسريان هاذان المعياران على التوازي وحده الكفيل بتحقيق المطلوب.

- اما فيما يتعلق بالأساس الذي تبناه المشرع الجزائري في هذه المسألة: إن فكرة الجمع بين الأهداف والوسائل، أو كما أطلق عليه الفقه المقارن الأساس التوفيقي، هو الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنهائها، والقانون الإداري بوجه عام.

فإشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية، والتي تعد العقود الإدارية بأشكالها وسيلة مثلى لذلك.[1]

المبحث الثاني: حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة هي سلطة أصلية توجد حتى وإن لم ينص عليها في العقد أو في ملحقاته، وهذه السلطة تسري على كافة العقود الإدارية، غير أنها ليست سلطة مطلقة تمارسها لإدارة من تشاء، بل يرد عليها بعض القيود.

وقد درج الفقه والقضاء على تحديد بعض الشروط التي يجب على الإدارة مراعاتها قبل أعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري[2].

---

[1] نفس المرجع ، مرجعسابق ، ص 103

[2] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 69.

المطلب الأول: شروط ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري

تختلف الشروط التي توضع لممارسة سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة بين حالة عدم إرتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ يستوجب الإنهاء، وبين حالة إرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يستوجب الإنهاء، بكل ما يترتب عن هذا التفرق من إختلافات وبالتالي سندرس شروط كل حالة على حدى فيما يلي:

الفرع الأول: حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد

لقد سبق القول بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بدون خطأ المتعاقد معها هي من أهم الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية، ويمكن اعمال هذه السلطة في كل طوائف العقود الإدارية، حتى وإن لم ينص على ذلك في شروط العقد وبدون اعذار المتعاقد، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، تلجأ إليها الإدارة متى شاءت، بل هي سلطة تقديرية، ترد عليها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند إتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري[1]. وتتمثل هذه القيود فيما يلي:

أ- أن يكون إنهاء العقد مما تقتضيه المصلحة العامة:

لقد أجمع الفقه والقضاء الإداريين على أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا عند قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة.

إذ قد تستدعي المصلحة العامة، ومتطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء أجله، لإنعدام الفائدة من الإستمرار منه، دون الحاجة إلى إثبات صدور أي خطأ من جانب المتعاقد معها[2].

وهو نفس الإتجاه الذي تبناه الفقه الجزائري، حيث أقر بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، دون أن يكون هناك أي تقصير من جانب المتعامل المتعاقد، إذ ما رأت بناء على سلطتها التقديرية أن ذلك من مقتضيات الصالح العام، مراعاة لمبدأ الملائمة والتكيف[3].

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 114.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 114.

[3] محمد صغير يعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

وبالتالي فإنه يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يخطأ المتعاقد، وهذا مراعاة للمبدأ – السابق الذكر- والذي يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية لما تقتضيه المصلحة العامة، وتلزم الإدارة المعنية بتبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من قبل الجهات المخولة قانونا[1].

والنتيجة التي تستخلصها أنه على الإدارة أن تقوم بتعليل قرارها بإنهاء العقد الإداري، أي ضرورة التسبيب وذلك لأمرين هما:

أ- إرتباط التسبيب ارتباطا وثيقا بمصالح الطرفين، فتضمن هذا الإجراء حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من جهة، ونتأكد من سلامة نية الإدارة في تحقيق المصلحة العامة.

ب- وجود وقيام رقابة قضائية صارمة خاصة أن قرار الإنهاء فيه من الخطورة ما يجب التسبيب والتعليل[2].

2- **أن يكون قرار الإنهاء مشروعا:** إن إنهاء العقد الإداري شأنه شأن بقية أعمال الإدارة يتجسد في صورة قرار إداري، ومن هذا المنطلق فإنه يجب أن يستوفي مثله مثل أي قرار إداري آخر صادر عن الإدارة، أركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون قرار مشروع، وبالتالي فإن صحة إجراء قرار الإنهاء يتعلق أساسا بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية – الإختصاص، الشكل، الإجراءات.

ومن الناحية الداخلية، السبب وهو الدافع لإتخاذ القرار، والمحل إلى جانب ركن الغاية خاصة فيما يتعلق بركن الغاية والسبب، ذلك أن المتعاقد لا تهمه الناحية الإجرائية، بقدر ما تهمه الناحية الموضوعية خاصة سبب القرار الإداري والذي يتحدد من خلاله مدى ملائمة قرار الإدارة بإنهاء الأوضاع القائمة إلى تحقيق الصالح العام[3].

ولأجل ضمان مشروعيته – قرار الإنهاء- فإنه يتعين على الجهة الإدارية أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح، وإلا كان قرارها غير مشروع، كما يجب أن يكون صاحب الإختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد هو الجهة الإدارية التي أبرمت العقد،

---

[1] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، مرجع سابق، ص 238.

[2] محمد صغير يعلي، **الوسيط في المنازعات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص 179.

[3] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 45.

وإن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا إستعملت الإدارة سلطتها التقديرية في إنهاء العقد الإداري وإنحرفت عنها فإن قرار الإنهاء غير مشروع[1].

ومما تقدم يتضح أن قرار الإدارة بالإنهاء يكون مشوبا بعيب عدم المشروعية، إذا صدر من سلطة غير مختصة، أو إذا صدر من سلطة مختصة لكنها لم تراعي إتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين أو في اللوائح.

فإن شروط ممارسة سلطة الإنهاء، أو كما أوردنا شروط صحة قرار الإنهاء بإعتباره قرارا إداريا، ترتكز حول فكرتين هما المصلحة العامة ومشروعية قرار الفسخ.

الفرع الثاني: حالة خطأ المتعاقد

تقوم الإدارة في حالة خطأ المتعاقد، أو ما يسمى عدم إيفائه بإلتزاماته التعاقدية، بأعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري، أي إتخاذ إجراء الفسخ الجزائي.

فإذا كان إجراء الفسخ الذي تتخذه الإدارة على المتعاقد في حالة عدم خطئه له شروط معينة كشرط المصلحة العامة وشرط صحة قرار الفسخ.

فإن هذه الشروط تزيد في حالة ما إذا أخطأ المتعاقد أو خالف بنود العقد، وذلك لأن العقود الإدارية لها تأثير مباشر على الإقتصاد الوطني ومرتبطة بالخزينة العمومية كعقد الأشغال العامة، لذلك تملك الإدارة هذه السلطة وذلك لوضع حد لأي تقصير أو تجاوز يصدر من المتعاقد[2].

تكلم المشرع الجزائري في المادة **112** من المرسوم الرئاسي **10-236** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، بصراحة على إمكانية الإدارة في الفسخ الإنفرادي للصفقة، إذا ما صدر تقصير وإهمال من قبل المتعاقد، ولكن قبل ذلك لابد عليها من إعذاره مسبقا، وفي مقابل ذلك لا يمكن للمتعاقد الإعتراض على قرار الإدارة بالفسخ.

ومنه نستشف من خلال إستقرائنا لنص المادة – السابقة الذكر- أنه لابد قبل مباشرة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري في حالة خطأ المتعاقد أن تتوفر شروط معينة تم ذكرها في المادة، وهي:

أ- عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته

---

[1] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 75.

[2] الزين عزري، مرجع سابق، ص 22.

2- توجيه إعذار المتعاقد

3- عدم تدارك المتعاقد لتقصيره.[1]

سنفصل هذه الشروط فيما يلي:

أ- عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية:

يعتبر عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية خطأ جسيم يقرر مسؤولية تعاقدية، وبالتالي يوجب على الإدارة توقيع جزاء الفسخ، ولكن هل كل تقصير أو خطأ من المتعاقد يعد خطأ يتوجب الفسخ؟ وحتى ولو كان الخطأ طفيف؟!.

يتفق الفقه والقضاء الإداريين في القانون المقارن- الفرنسي والمصري- على أنه يجب أن يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد على درجة معينة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا كافيا تستند إليه الإدارة لتقرير جزاء الفسخ.

ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بإلتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة في نظر الفقه الفرنسي، رفض المقاول في عقد الأشغال العمومية تنفيذ أوامر المصلحة الصادرة له من قبل الإدارة أو تركه الأشغال التي إلتزم بإنجازها، أو إلتزامه بالمواعيد المقررة لإنهاء العمل.[2]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فلا يوجد تعريف معين للخطأ الجسيم، عدا ما يمكن أن تستنبطه من خلال نص المادة السابقة المتعلقة بالفسخ والذي إعتبره ضمنيا الخطأ الجسيم، فإن نية المشرع تذهب إلى هذا الطرح، وإستبعدنا فكرة تعليق الفسخ على حالة واحدة وهي عدم التنفيذ وليس "**الإخلال بالتنفيذ**".

يأخذ عدم التنفيذ ثلاثة صور منصوص عليها في المادة **09** من المرسوم الرئاسي **10-236** وهي:

أ- **التوقف عن التنفيذ:** وهنا يتوقف المتعاقد تماما دون إذن من الإدارة ويسمى ذلك بتوقيف الأشغال.

ب- **التنفيذ السيء:** في هذه الحالة يكون المتعاقد في حالة نشاط، إلا أن تنفيذه يخالف ما تم الإتفاق عليه من حيث طريقة التنفيذ أو الوسائل والمواد المستخدمة في ذلك، وقد عبرت عنه المادة **09** سابقة الذكر "بالتنفيذ الغير مطابق".

---

[1] الزين عزري ، مرجع سابق ، ص 22

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص46

ج- **عدم مراعاة الآجال:** لا نعني بها أجل التسليم النهائي فقط، وإنما كل الآجال المرحلية، لأنه عادة ما يتم تقسيم الصفقة إلى مراحل تتطلب كل واحدة منها تنفيذ جزء معين من هذه الصفقة، فإن وقع التأخر في أي شطر جاز للإدارة فسخ العقد لأنه بالضرورة سيؤدي إلى التأخر في الأجل النهائي[1].

ب- **توجيه إعذار للمتعاقد:** ويقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية إثباتا قانونيا، وقد يكون الإعذار لغرض تنبيه المدين بضرورة العودة إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ.

وكي تتمكن الإدارة من إتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري الذي أبرمته مع المتعاقد معها، عليها كمبدأ عام أن تنبه المتعاقد معها بالأخطاء التي إرتكبها، أو التأخير الذي سببه نتيجة لعدم تنفيذه إلتزاماته التعاقدية تنفيذا صحيحا، وتدعوه إلى ضرورة تنفيذ هذه الإلتزامات وتبلغه بالقرار الذي سوف تتخذه عند عدم إستجابته[2] لذلك، ويعتبر الإنهاء الغير مسبوق بالإعذار معيبا.

وعلى الإدارة أن تمنح المتعاقد معها فترة زمنية معقولة لكي يستطيع تنفيذ إلتزاماته التي تأخر أو أخل بإنجازها.

وبالرجوع لنص المادة السابقة الذكر **2/112** من ذات المرسوم نجد أنها قد كلفت وزير المالية إصدار قرار يحدد فيه شكل الإعذار والبيانات المطلوبة فيه.

ج- **عدم تدارك المتعاقد لتقصيره:**

أي أن المتعاقد لم يتمكن من إزالة الإخلال وتدارك التقصير المسجل عليه في الأجل المحدد في الإعذار، كما يدخل في هذا الإطار إمتناع المتعاقد عن ذلك فإذا تحققت هذه الشروط جاز للإدارة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء ودون إمكانية مطالبة المتعاقد بالتعويض، ويتخذ الفسخ بقرار إداري وهذا حسب نص المادة **2/112** بقولها «...**وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الأعذار المنصرمة عليه أعلاه لمصلحة المتعاقد أن تفسخ العقد من جانب واحد**»[3].

---

[1] يوسف حور، مرجع سابق، ص ص 6، 7.

[2] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ص 99، 100.

[3] يوسف حور، مرجع سابق، ص 7.

المطلب الثاني: آثار إنهاء العقد الإداري

يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة سواء لدواعي المصلحة العامة أو نتيجة لإخلال المتعاقد الجسيم بإلتزاماته جملة من الآثار القانونية، ويختلف هذا الأثر حسب نوع الإنهاء، فإذا كان الإنهاء بالإرادة المنفردة ودون خطأ من المتعاقد، إستحق هذا المتعاقد تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من خسارة ومافاته من كسب.

بينما لا يستحق المتعاقد مع الإدارة الذي أنهى عقده نتيجة إخلاله الجسيم بإلتزاماته أي تعويض، بل تستطيع الإدارة أن تطالبه بدفع تعويضات لها إذا كان لها مقتضى.

الفرع الأول: أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

يترتب على ممارسة الإدارة لإمتياز إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد نتيجة مهمة جدا وهي تعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا، كما يختلف مصير الإلتزامات والأدوات المستخدمة في التنفيذ حسب نوع كل عقد[1].

أولا: حق المتعاقد في التعويض نتيجة إنهاء عقده من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة ودون خطأ منه

يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد حق المتعاقد في الحصول على التعويض، وهذه السلطة إمتياز مهم للإدارة في عقودها الإدارية، حيث تستطيع إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ودون وقوع خطأ من المتعاقد، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض.

كما أن المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء، لذا فإن القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لإستخدام الإدارة لهذا الإمتياز، شرطة أن يثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء[2].

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص ص 317،318.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص ص 317، 319.

وهذا التعويض للمتعاقد ليس سببه خطأ الإدارة العامة، وذلك لأنها تتمتع بهذا الحق طبقا للعقد الإداري الذي أعطى الإدارة هذا الإمتياز، وهذا التعويض يكون تعويضا كاملا وقد يرد نص في العقد أو قد ينظم قيمة التعويض، أو قد تنظمه القوانين واللوائح.

وحق المتعاقد في الحصول على التعويض لجبر الأضرار التي أوجدها هذا الإنهاء، وقد إعترفت المحكمة الإدارية العليا في مصر بذلك في حكمها بتاريخ 02-03-1968 الذي جاءفيه « **إن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية**».

وقد يتضمن العقد مدى إستحقاق هذا التعويض وعناصره، وفي حالة إنهاء الإدارة العقد بالإرادة المنفردة، فهنا يجب إعمال شروط العقد بخصوص هذا التعويض.[1]

أما إذا لم ينضم العقد أو القانون أو اللائحة كيفية إستحقاق التعويض عند إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه المتعاقد من تعويض وفقا للقواعد العامة، ويقترب النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بإشتراط توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة السببية بينهما، وفيما يتصل بتقدير التعويض أيضا.

أ- التعويض الإتفاقي والقانوني:

عندما يرد نص صريح في العقد الإداري والقوانين أو اللوائح يبين كيفية إستحقاق المتعاقد مع الإدارة لمقدار التعويض عند إنهاء عقده بدون خطأ منه ولدواعي المصلحة العامة، فهنا يجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة، لأن هذا النص يتناول كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة وتحديد مقداره، والكيفية التي يحسب بها، وكل ما يتعلق بهذا الموضوع.

لأن جهة الإدارة والمتعاقد معها قد إتفقا على ذلك بكامل حريتهما منذ البداية. وعند توقيع العقد، فإذا اتفق الطرفان، مثلا، على حرمان المتعاقد من أي تعويض نتيجة إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة، هنا يجب إعمال شرط العقد[2].

---

[1] محمد عبد الله حمود ، مرجعسابق ، ص112.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص ص 321، 322.

وقد يتفق الطرفان على تقدير مبلغ جزافي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل، مع إستبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتته، أو إشتمال التعويض على عنصري التعويض كليهما، أي تعويضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب.

ب- **التعويض القضائي:**

يحق للمتعاقد المتضرر من إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة، اللجوء إلى القضاء المختص، وإن يثبت إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض، أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو يحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض[1].

ج- **التعويض الكامل:**

إذا سلم القاضي الإداري بقيام مسؤولية الإدارة نتيجة للخطأ الذي إرتكبه- أيا كان نوع الخطأ المرتكب- فإنه يقضي بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع على المضرور.

ويقصد بالتعويض الكامل عن الأضرار، التعويض الذي يغطي ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذان هما العنصران اللذان يقدر القاضي الإداري على أساسها التعويض.

ثانيا: الآثار المترتبة على الإسترداد في عقد الإلتزام

فكرة إسترداد المرفق موضوع عقد الإلتزام هي تطبيق لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت، وحق الإسترداد أما أن يكون منصوص عليه في عقد الإلتزام ويسمى بالإسترداد الإتفاقي، أو لا يكون منصوص عليه في العقد، وعندئذ تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها وبإرادتها وحدها أثناء سريان العقد، وبالطبع تتفق الآثار التي تترتب على الإسترداد الإتفاقي مع الآثار التي تترتب على الإسترداد غير الإتفاقي، كما أن الإسترداد يؤثر على الأموال المستعملة في عقد الإلتزام ويترتب على هذا النوع من الإسترداد الآثار التالية:[2]

أ- **يترتب على الإسترداد إنهاء عقد الإلتزام وعودة المرفق إلى الإدارة مباشرة:**

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 140.

[2] عبد الغني بسيوني عبد الله، **القضاء الإداري**، الطبعة الثالثة، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2006، ص ص 795، 796.

حيث يترتب على الإسترداد عودة المرفق العام محل الإلتزام للجهة مانحة الإلتزام قبل إنقضاء المدة المحددة في عقد الإلتزام، وبذلك يتحرر الملتزم من إلتزاماته بإدارة المرفق العام محل الإلتزام ويرفع يده من التاريخ الذي يصبح فيه قرار الإسترداد نافذا.

ب- **ضرورة أن يشمل قرار الاسترداد المرفق العام محل الإلتزام بأكمله:**

يجب أن يكون الاسترداد شاملا للمرفق محل الالتزام ككل، وأنه ليس من العدل أن يحرم الملتزم من جزء من الالتزام الذي قد يكون أكثر ربحا له، ويترك الجزء الأكثر تكلفة وعبئا عليه.

ثالثا: الآثار المترتبة على الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة:

عندما تقوم الإدارة صاحبة الأشغال العامة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، فإن الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد تنقضي، ويترتب على ذلك تصفية هذا العقد، وتسوية المبالغ الناشئة على هذا الإنهاء، وتستند هذه التصفية على المبالغ المستحقة للمقاول أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال.[1]

الفرع الثاني: أثر ممارسة الادارة لسلطة الإنهاء الجزائي للعقد الإداري:

الأصل أن فسخ العقد الإداري جزائيا لا يقع إلا إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيم يبرر هذا الجزاء الصارم، وتوقعه الإدارة بإجراء إداري منها دون حاجة للجوء إلى القضاء وتترتب على سلطة الإدارة في فسخ العقد جزائيا جملة من الآثار وهي:[2]

أولا: الأثر المترتب على جزاء إسقاط عقد الإلتزام :

هناك جملة من الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط نوردها فيما يلي:

1- إنهاء العلاقة التعاقدية على الفور، واستبعاد الملتزم نهائيا من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الإلتزام.

2- يعد جزاء الإسقاط عقوبة قاسية للملتزم لخطئه الجسيم، كما يتحمل وحده الأعباء المالية من أجل إستمرار تشغيل المرفق.

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، 317.

[2] عبد الله مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص328.

3- يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد، كما يحق للإدارة أن تخصم من مستحقاته لديها ، المبالغ اللازمة للصيانة أو إصلاح الآلات التي تهالكت أثناء فترة الاستغلال.

4- لا تلتزم الجهة مانحة الإلتزام بحقوق دائني الملتزم إلا إذا نص على ذلك في العقد أو في القانون الذي أنهى العقد. حيث أن الجهة مانحة الإلتزام في هذه الحالة لا تعتبر خلفا عاما ولا خاصا للملتزم.

5- لا يستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الإلتزام بإعتبار أنه جزاء توقعه الإدارة عليه نتيجة أخطائه الجسيمة والتي إرتكبها، وأنه من حق الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمرفق والتي سببت الإسقاط.

6- تبقى عقود المنتفعين بالمرفق العام قائمة وسارية المفعول، فلا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الجديد أن يتخلى عن تلك الإلتزامات وذلك لأن مبدأ دوام سير المرافق يتطلب ذلك، ولا يمكن مخالفته.

7- إقامة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل إختيار ملتزم جديد لتأمين إستمرار العمل بالمرفق العام[1].

ثانيا:الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

تختلف الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي في قسوتها بالزيادة أو النقصان حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الإدارة، فالقضاء والفقه في فرنسا يميز بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، الفسخ الجزائي البسيط المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك تبعا لجسامة وخطورة آثاره على حقوق المقاول المفسوخ عقده، فالإدارة صاحبة الأشغال العامة قد تقرر الفسخ الجزائي المجرد لعقد الأشغال العامة عندما يرتكب المقاول أخطاء جسيمة في تنفيذ إلتزاماته العقدية، وبذلك فهي لا تحمل المقاول المفسوخ عقده بالآثار المالية المترتبة على هذا الفسخ، مثل طرح الأشغال العامة التي لم تنفذ في مزايدة جديدة وبنفس الشروط على المسؤولية المقاول المقصر، فهي تقم بذلك في حالة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال على مسؤولية المقاول.[2]

---

[1] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق ،ص113 .

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ، ص ص 351،352.

خلاصـــة للفصـل الأول:

بعدما تطرقنا في الفصل الأول المعنون بالحق القانوني للإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، ومن خلال هذا الفصل تعرفنا على المفهوم القانوني لهذه السلطة، والأساس الذي تستند عليه الإدارة عند ممارستها لسلطة الإنهاء والذي يتمحور حول فكرتين أساسيتين هما فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام، إضافة إلى فكرة الجمع بين هاتين الفكرتين.

هذا فيما يتعلق بالمبحث الأول، أما في المبحث الثاني فتطرقنا إلى الحدود التي تقف عندها الإدارة عند ممارستها لسلطة الإنهاء بإرادتها المنفردة.

بحيث حددنا الشروط التي لابد من توافرها حتى يكون قرار الإنهاء صحيحا وهي لا تخرج عن نقطتين هما، أما حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد وفي هذه الحالة يكون قرار الإنهاء مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة، أو في حالة خطأ المتعاقد وهنا تقوم الإدارة بالفسخ كجزاء على المتعاقد نتيجة إرتكابه لتجاوزات، وعدم إيفائه بما عليه من إلتزامات.

ثم في نهاية الفصل عرضنا الآثار التي قد تترتب نتيجة لقرار الفسخ سواء كان قرار الإنهاء ناتجا عن دواعي المصلحة العامة أو كان جزاء قررته الإدارة ضد المتعاقد.

الـــفصـــل الـــثاني:

النتائج المترتبة على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري

سبق وعرفنا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة من أخطر الوسائل التي قد تمتلكها، لأنه حتما نتائجها ستمس بحقوق المتعامل المتعاقد معها.

وعلى ذلك فقد خصصنا في الفصل الثاني مبحثين ، الأول سنطرح فيه النتائج المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

بحيث سنتطرق إلى الرقابة القضائية التي يخضع لها قرار الإنهاء بإعتباره قرارا إداريا صادر من الإدارة بالإرادة المنفردة، فسنقوم بتحديد القاضي المختص بعملية الرقابة، ثم نطاق وحدود رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ الإداري، هذا من الناحية النظرية.

ثم خصصنا في المبحث الثاني جانب تطبيقي لسلطة الإدارة في الإنهاء وحددنا نوعين من العقود، وهما عقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز بإعتبارهم من أهم العقود الإدارية.

وبالتالي ستكون دراسة هذا الفصل كالتالي:

المبحث الأول: رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة

والمبحث الثاني: تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لبعض العقود الإدارية.

المبحث الأول: رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة

إذا كانت الأعمال التشريعية والأعمال القضائية تخرجان من نطاق إختصاص القضاء الإداري بصفة أساسية، فإنه يتبقى لدينا من أعمال السلطات العامة في الدولة أعمال السلطة التنفيذية.

وبالتالي فإن أعمال الإدارة العامة تخضع إلى رقابة القضاء الإداري هذا فيما يتعلق بالدول التي يقوم نظامها القضائي على الإزدواجية كمعظم الدول الأوروبية وبعض من الدول العربية مثل الجزائر ومصر.

وتشمل الرقابة في أنه يمكن للمتعاقد بإعتباره الطرف الأضعف أن يلجأ إلى القضاء الإداري للمطالبة إما بإلغاء قرار الفسخ أو المطالبة بالتعويض فيرفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة، وهي إما مجلس الدولة أو أمام المحكمة الإدارية، حسب نوع موضوع الدعوى[1].

فهناك دعاوى من إختصاص مجلس الدولة الفرنسي المحددة في المادة **20** من القانون العضوي رقم **98-01** المعدل والمتمم بالقانون رقم **11-13** المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[2]، وبعض الدعاوى هي من إختصاص المحكمة الإدارية التي تخضع للقانون رقم **98-02**[3] والمحدد إختصاصاتها في المادة **800** و **801** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية **08-09**[4].

وبالتالي فإن قرار الإدارة بالإنهاء بإعتباره قرارا إداريا صادر من الإدارة المختصة كغيره من القرارات يخضع لرقابة القضاء الإداري سواء كان الإنهاء نتيجة لدواعي المصلحة العامة أو كان نتيجة خطأ المتعاقد وهو ما يسمى بالفسخ الجزائي.

وهذا في حد ذاته يعد ضمانة أساسية للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في الإنهاء، فرغم أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إنهاء العقد خاصة عندما يكون رائدها هو المصلحة العامة، إلا

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 185.

[2] أنظر المادة 20 من القانون العضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998 المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-13 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله السابق الذكر.

[3] القانون العضوي رقم 98-02 مؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية،الجريدة الرسمية،العدد 37لسنة1998المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 195/11، في2011/05/22، الجريدة الرسمية،العدد29، لسنة2011

[4]المادة 800و801 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أن هذه السلطة تعتبر في الواقع سلطة تقديرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري، حيث يمارس القاضي الإداري المختص رقابته على الإدارة ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب الإلتزام بها من جانب الإدارة لممارسة هذه السلطة[1].

المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الإداري للعقد الإداري

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة أكثر أنواع الرقابة أهمية وفعالية، نظرا لما يتمتع به القضاء من استقلال وضمانات قانونية، واتصافه بالحياد والموضوعية، وتوليه مهمة تحقيق العدالة بواسطة ما يصدره من أحكام تحوز قوة الشيء المقضي فيه بإعتبارها عنوان الحقيقة، وحكم القانون في موضوع النزاع[2].

ومن المعلوم أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة يجب أن تستند إلى دواعي المصلحة العامة وليس إلى أي سبب آخر سواها، فالمصلحة العامة دائما هي باعث الإدارة الوحيد الذي يؤدى إلى إنهاء العقد الإداري، وإن قرار الإدارة بالإنهاء يخضع لرقابة القضاء الإداري من حيث مدى مشروعيته ومدى إلتزام الإدارة بتطبيق القانون .

الفرع الأول: تحديد القاضي المختص بالرقابة

يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي الإداري المكلف بممارسة سلطة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري في حالتي الطعن من المتعاقد مع الإدارة أو الطعن المقدم من الغير الذي يعتبر أجنبيا عن العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من معرفة أمام أي دعوى نحن، هل أمام دعوى الإلغاء أم دعوى التعويض، بمعنى آخر هل يقوم المتعاقد بتحريك الدعوى أمام قاضي العقد أو دعوى القضاء الكامل؟.[3]

للإجابة عن هذه الأسئلة علينا الإشارة إلى أن مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة يشمل كل النزاعات الناجمة عن نشاط الأشخاص المعنوية العامة أو الهيآت الإدارية، والتي يعود الفصل فيها للقاضي الإداري حسب قواعد إجرائية معينة.

أما فيما يتعلق بالقرارات التي تصدرها الإدارة بشأن العقود الإدارية بصفة عامة فهناك نوعين وهما:

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 387.

[2] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 68.

[3] محمد صغير يعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 25 ومايليها.

النوع الأول: القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تكوين العقد وقبل إبرامه، وهو ما يسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة، وهذه القرارات تكون في حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد، حيث أن الإدارة تصدر في هذه الحالة قرار الفسخ بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، بحيث اعتبرت أن هذا القرار هو قرار منفصل بالرغم من صدوره خلال مرحلة التنفيذ.

النوع الثاني: القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد وهو ما يسمى **بالقرارات المتصلة** ذات العلاقة بالرابطة التعاقدية، وهذه القرارات تكون في حالة خطأ المتعاقد وهنا تصدر الإدارة قرار الفسخ باعتبارها طرف في العقد وليس بوصفها صاحبة سلطة، أو تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[1].

سبق وأشرنا إلى أن هناك حالتين فيما يتعلق بموضوع رفع الطعن، فتتمثل هاتين الحالتين فيما يلي:

أولا: الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة: المتعاقد مع الإدارة الذي يرغب في إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري، ليس أمامه إلا قاضي العقد، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر، لأن الأمر يتعلق بتنفيذ وإنهاء العقد الإداري، حيث أن دعوى القضاء الكامل المقامة أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بالإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري دون أن يملك في هذا الصدد تحريك دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء[2].

ومن المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلا إلى القضاء الكامل، حيث يختص القاضي الإداري، بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد بإستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في إختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة.

ومن ثم فإن قاضي العقد هو الذي يختص بنظرفي المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وإنهائه.

ثانيا: الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة: الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري، لا يقبل منه أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل، لأن هذا الشخص يعد غريبا عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد، لذا

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص21.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص389.

نجد أن جانبا من الفقه الإداري لا يجيز للغير أن يطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء استنادا إلى فكرة القرار المنفصل، وذلك بسبب أن القرارات الإدارية السابقة لا تعتبر قرارات منفصلة عن العقد أو عن العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد[1].

وهذا ما قضي به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 1952/10/24 والذي جاء فيه:« **لا يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في قرار متعلق بالتنفيذ العقد، ولكن أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد**».

وفي مرحلة أخرى إعترف مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن المقدم من الغير أمام قاضي الإلغاء في جميع القرارات المتعلقة بإبرام العقد، أو المتعلقة بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته، على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة عن هذا العقد بالنسبة للغير وهو ما قضي به ضمنا في حكمه الصادر بتاريخ 11 يناير 1984 الذي جاء فيه "باعتبار ان قرار الإدارة برفض فسخ العقد قرارا منفصلا عن العقد يجوز للغير الطعن فيه إستقلالا بمقتضى دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء".

ومن ذلك يبين لنا أن القضاء الإداري الفرنسي استثناءا من القاعدة العامة أجاز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية السابقة على انعقاد العقد والتي تساهم في إبرامه، أو تحول دونه، كقرارات لجان فحص العطاءات، وقرارات لجان البت، وقرارات إرساء المناقصة، التي تعرف في الفقه والقضاء الفرنسي بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

وبالتالي يجوز للغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات بشرط أن يكون الطعن المقدم مؤسس على عدم المشروعية فقط، وليس على أساس حقوق شخصية ناتجة عن العقد نفسه[2].

الفرع الثاني: نطاق رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ الإداري

تتوسع سلطات القاضي الإداري في حالتي الإعتداء المادي والإستلاء غير الشرعي على ملكية، بحيث يستطيع القاضي الإداري الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية، كما يستطيع أن يوجه لها أوامره، ويصدر عليها أحكامه سواء كان بالإلغاء أو بالتعويض.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ص 21، 22.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 396.

ففي قضاء الإلغاء يباشر القاضي الإداري عن طرق الطعن في قرار إداري معين وطلب إلغائه بسبب عدم مشروعيته، ويعرف هذا الطعن باسم الطعن بسبب تجاوز السلطة، وهنا الطعن قد يكون على قرار لائحي عام أو قرار إداري فردي.

وفي القضاء الكامل أيضا يملك القاضي الإداري سلطات أكثر من مجرد الإلغاء إذ أنه يستطيع أي يعدل أو يقوم أو يستبدل القرارات الإدارية التي تسببت في أضرار لحقوق ذوي الشأن، وأيضا له أن يحكم بتعويضات مختلفة في مقابل ما سببته قرارات الإدارة من أضرار لحقوق الطاعن الشخصية[1].

لكن رغم هذه السلطات الواسعة للقاضي إلا أنها ليست مطلقة بل هي مقيدة، حيث أن القاضي الإداري عند مواجهته لقرار الفسخ الإداري، فإن سلطته هنا هي مراقبة هذا القرار من زاوية المشروعية فقط للتحقق من مدى وجود أسباب المصلحة العامة هذا إذا كان قرار الإنهاء مبني على أساس دواعي المصلحة العامة.

حيث تكون سلطة القاضي مقيدة في البحث عن سبب المشروعية دون التطرق لمدى الملائمة، بمعنى أن رقابة القاضي هنا تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الإنهاء اضافة الى صحة ارتكان القرار الاداري ولكنها لا تتضمن تقدير ملائمة لسبب المصلحة العامة لإنهاء العقد أي مدى كفاية السبب لإنهاء العقد. [2]

وعليه فعندما يتعلق الأمر بممارسة سلطة تقديرية مثل سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة فإن القاضي يباشر الحد الأدنى من الرقابة.

لقد وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة عامة مفادها:"حتى وإن كان القرار غير مشروع، فلا يمكن للإدارة أن تحكم بإلغاء القرار الفسخ، وإن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار بما يمكن في أي حال أن تنشئ لصاحب الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار".

وهذه القاعدة تسري خاصة على عقد الأشغال العامة، بحجة أن الإدارة العامة هي صاحبة الأشغال وأنها لها حرية التصرف.

فحسب هذه القاعدة لا يمكن للقاضي إلغاء قرار الفسخ، لكن هناك إستثناء عن ذلك، بحيث يمكن له أن يحكم بتعويضات مناسبة وكاملة للمقاول المفسوخ عقده لدواعي المصلحة العامة.

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص ص 411، 412.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، نفس المرجع، ص 404.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري

سبق وأشرنا أنه تم الإعتراف من قبل التشريع والقضاء بسلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا أخل المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية، ويعد الفسخ من أشد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، إذ يضع نهاية حاسمة للعلاقة التعاقدية بين الطرفين[1].

لكن في المقابل يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء قرار الفسخ إذا ما رأى أن القرار جاء متعسفا في حقه.

حيث يمكن للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد بقرار إداري صادر عنها يستند إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ويكون هذا القرار ظالما له[2].

الفرع الأول: تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة

رغم أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تمكنها من ضمان تنفيذ العقود الإدارية من قبل المتعاقدين معها وفقا للقانون وبنود العقد، إلا أن سلطة الإدارة ليست مطلقة إذ تخضع لرقابة القضاء وذلك حماية لحقوق المتعاقدين معها من تعسفها في إستعمالها لهذه السلطة[3].

ومن المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلا إلى القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد، بإستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في إختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها[4].

وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن في داخل القضاء الإداري يعتبر قاضي العقد وحده هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين السلطة مانحة الإلتزام والملتزم ومن بينها قرارات إنهاء عقود الإلتزام.

---

[1] سليماني سعيد، **العقود الإدارية**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية LMD، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012-2013، ص 29.

[2] رشيد السعيد، **منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهاد المغربي**، الطبعة الأولى، طوب بريس، الرباط، المغرب، 2010، ص144.

[3] سعيد سليماني، مرجع سابق، ص 29.

[4] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 70.

أيضا فيما يتعلق بقرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة لا يمكن أن يكون محلا لدعوى الإلغاء من جانب المقاول المفسوخ عقده، لأن قرار الفسخ لا يعتبر قرارا إداريا منفصلا عن العلاقات التعاقدية التي ترط المقاول مع الإدارة بمقتضى عقد الأشغال المبرم بينهما.

وفي مصر نجد أيضا أن قاضي العقد يختص بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وإنهائه.

إذا هناك إجماع على أن دعوى القضاء الكامل "دعوى العقد" هي الوسيلة الوحيدة أمام طرفي العقد للطعن في أي إجراء يتعلق بالعقد الإداري.

ومن ثم لا يمكن ولا يجوز لأي طرف من أطراف العقد اللجوء إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي قرار يتعلق بالعقد الإداري، كما أنه لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفع دعوى القضاء الكامل بطبيعة الحال وذلك لأن الأجنبي عن العقد لا يجوز له أن يطعن بالإلغاء، فليس للعقد أي قوة ملزمة في مواجهته[1].

الفرع الثاني: نطاق رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ

تبسط ولاية القضاء الإداري على كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تجد مجالها في ولاية القضاء الكامل، لأنه لا يجوز الطعن في العقد الإداري بصفته عملا قانونيا مرتبا بالإلغاء، حيث تنصب دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية التي تصدر بإرادة الإدارة المنفردة.

ومع ذلك، فإن دعوى الإلغاء وجدت لها حيزا في نطاق العقود الإدارية فيما عرف بالقرارات الإدارية المنفصلة أو المستقلة، التي أجاز القضاء الإداري الطعن فيها بالإلغاء إستقلالا عن عملية التعاقد المرتبة[2].

ومن المسلم به أن الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري هي من إختصاص قاضي العقد الذي يفحص قرار الفسخ من زاويتي المشروعية والملائمة خلافا لفحصه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والذي يفحص من زاوية المشروعية فقط.

أولا: رقابة المشروعية: لأن الهدف منه هو الحفاظ على مبدأ المشروعية، من خلال إعدام القرارات الغير المشروعية، فللقاضي سلطة إلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعية أيا كانت

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 418.

[2] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 331.

الجهة المصدرة لها، سواء كانت مركزية أو محلية، وهذا تكرسا لدولة القانون والمحافظة على مبدأ المشروعية.

وبالتالي فإن قرار الإدارة بالفسخ كجزاء توقعه على المتعاقد معها يكون غير مشروع إذا شابه أحد عيوب القرار الإداري المعروفة وهو عيب عدم الإختصاص، عيب المحل، عيب الشكل والإجراءات، عيب السبب، عيب الغاية[1].

أ- **عيب عدم الإختصاص:** يكون القرار الإداري بالفسخ مشوبا بعيب عدم الإختصاص إذا صدر من لا ولاية له في إصداره، أو صدر عمن يملك الإختصاص بإصداره ولكنه أصدره خارج حدود ولايته الزمانية أو المكانية أو الموضوعية.

وعيب عدم الإختصاص يتعلق بالنظام العام، بحيث يملك القاضي الذي ينظر دعوى الإلغاء إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يدفع به الخصم أمامه.

ب- **عيب مخالفة الشكل والإجراءات:** الأصل هو عدم تقييد المشرع للإدارة بشكل، أو إجراءات محددة حال إصدارها للقرارات الإدارية، إلا أنه ما حدد القانون شكلا معينا يتعين أن ينصب فيه القرار الإداري، تعين على الإدارة إحترام هذا الشكل، وإلا عدّ القرار باطلا، كما هو الشأن بإشتراط المشرع لصحة القرارات التأديبية أن تصدر مسببة وبعد تحقيق تتوافر فيه كافة الضمانات التأديبية[2].

ج- **عيب المحل:** يتمثل عيب المحل (مخالفة القانون) في ترتيب القرار لآثار غير مشروعة، أي مخالفة للمبدأ المشروعية، أيا كان المصدر، مكتوبا أو غير مكتوب، من حيث إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة أو خاصة بصورة مخالفة للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف مصادره.

وتشكل مخالفة القانون أحد الأوجه أو الحالات التي يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري، بسببها سواء كانت مخالفة للقانون مباشرة أو غير مباشرة[3].

د- **عيب الإنحراف بالسلطة:** أو كما يسمى أحيانا بعيب إساءة إستعمال السلطة، ويقصد به خروج الإدارة عند مباشرتها لاوجه نشاطها عن هدف الصالح العام أو عن الأهداف التي

---

[1] الزين عزري، مرجع سابق، ص 110.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، مرجع سابق، ص ص 335، 336.

[3] محمد صغير يعلي، **الوجيز في المنازعات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص 171.

ينص عليها المشرع عند تحديده لإختصاصها، وعليه فإن قرار الإدارة بالفسخ الجزائي يصبح غير مشروع إذا استعمل رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، وهي معاقبة المتعاقد مع الإدارة نتيجة لإخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية[1].

ثانيا: رقابة الملائمة: من المعلوم أن القرار الإداري له خمسة أركان هي: الاختصاص، الشكل، الغاية، المحل والسبب.

فبالنسبة لركني الشكل والاختصاص فالإدارة ليس لها في شأنهما أية سلطة تقديرية، أما ركن الغاية، فهو مقيد باعتباره يمثل الحد الخارجي للسلطة التقديرية، فإذا حادت الإدارة عن الهدف أو كان باعثها من اتخاذ القرار مصلحة ذاتية جاء القرار معيبا بسوء استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وبذلك تنحصر سلطة الإدارة التقديرية في نطاق ركني السبب والاختصاص[2]

أ- **ركن السبب:** حالة واقعية أو قانونية تبرر تدخل الإدارة في شأن مرفق الإمتياز لإنهاء العقد مثلا عند تعرضه لإخطار من جانب الملتزم تهدد سيره في نحو يضر بجمهور المنتفعين به، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في هذه الحالة، حيث يستند تقديرها على وقائع مادية ثابتة.

ب-**ركن المحل:** يكون محله قطع العلاقة التعاقدية بين الملتزم والإدارة وهنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية في تقدير مناسب للإجراء المتخذ مع الوقائع التي دفعت إلى إتخاذه أي تناسب المحل مع السبب فيما يتعلق بالجزاءات التي توقعها الإدارة على الملتزم فهي تملك حرية تامة سلطة إختيار الجزاء المناسب من بين الجزاءات التي حددها المشرع وأيضا في مواجهة الأخطار التي تهدد سير المرافق بالتوقف.

إضافة إلى مبدأ المشروعية ومبدأ تقدير الملائمة فقد اعتد القضاء الإداري المقارن –المصري والفرنسي- بالنسبة لعقد الإمتياز المعيار الموضوعي لنظرية الغلط البين والغلو في التقدير، ذلك أن التقدير الإداري يكتنفه شرط ضمني مؤداه ألا يكون مشوبا بغلط بيني[3].

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 423.

[2] إبراهيم الشهاوي، **عقد الإمتياز المرفق العام B.O.T**- دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مؤسسة الطوجي، 2003، ص 419.

[3] ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ص 422، 423.

أما بخصوص سلطات القاضي العقد في تقدير هذه المبادئ (خاصة مبدأ المشروعية و الملائمة) فإن هناك جدلا كبيرا يثار حولها خاصة في ظل تباين الآراء في الفقه والقضاء خاصة في فرنسا ومصر.

فالقاعدة العامة في فرنسا أن قاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بالتعويض المتعاقد في حال ثبوت عدم مشروعية قرار الجزاء أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسوب له فالقاضي لا يملك إلغاء هذا القرار.

وفي سلطة القاضي في مواجهة قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة- باعتبارها من الموضوعات التي مازالت تثير جدلا كبيرا في القضاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على تطبيق قاعدة عامة مفادها:

« **إن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك سلطة تقرير إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل ضد المقاول المتعاقد معها، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض**»[1].

أما عن الفقه فيرى غالبية الفقه الفرنسي الحديث أنه يجب على مجلس الدولة الفرنسي العدول عن هذه القاعدة وأن يعمل على التفرقة التي أقامها بشأن عقد الإلتزام وباقي العقود الإدارية الأخرى، وأن يقرر بالتالي سلطة القاضي في الإلغاء كقاعدة عامة في جميع العقود الإدارية دون إنشاء.

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 433.

المبحث الثاني: تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لبعض العقود الإدارية

لقد اتضح لنا من قبل أن سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري هي من الأمور المتفق عليها في كل أنواع العقود الإدارية، إلا أن هناك بعضا من هذه العقود يتمتع بأهمية خاصة في العمل، ويشكل نسبة كبيرة من العقود التي تبرمها الإدارة لإشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة.

وقد اخترنا عقدين من العقود الإدارية لتكون تطبيقات لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية.

وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نناقش في المطلب الأول منه سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة، ثم نوضح في المطلب الثاني سلطة الإدارة في إنهاء عقد إلتزام المرافق العامة.

المطلب الأول: عقد الأشغال العامة

سبق وعرفنا عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد او شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد.

ويتضح من هذا التعريف أنه يجب توافر ثلاثة عناصر لإضفاء صفة العمومية على الأشغال وهذه العناصر هي أنه يجب أن يكون موضوع الأشغال عقارا إضافة إلى أنه يجب أن يتم العمل لحساب الإدارة وأن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد يحقق النفع العام. [1]

الفرع الأول: الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة دون خطأ المقاول

للإدارة سلطة إنهاء العقد الأشغال العامة دون أن يرتكب المقاول المتعاقد معها أي خطأ يقتضي الصالح العام هذا الإنهاء.

نصت المادة **2/13** من المرسوم الرئاسي **10-236** على أنه:« **تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول بناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لإستغلالها في ظل إحترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع...**».

---

[1] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 95 ومايليها.

تضيف الفقرة الثالثة أنه:« **...إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال...**»

علينا الإشارة أن المشرع الجزائري قد إستعمل مصطلح "المقاولة" في مراسيم سابقة لكنه سرعان ما تدارك ذلك بإستعمال مصطلح إنجاز أو تنفيذ الأشغال، ذلك لأن عقد المقاولة يخضع لأحكام القانون الخاص.

حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادتين **478-549** من القانون المدني[1].

أ- تعريف سلطة الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة بدون خطأ المقاول:

هو قيام المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع بفسخ العقد الذي يربطها مع المقاول من جانب واحد ودون خطأ منه لدواعي المصلحة العامة مع بقاء حق الأخير في التعويض قائما.

وبالتالي فالفسخ في هذه الحالة عادة ما يقترب برغبة الإدارة في عدم مواصلة الإرتباط مع المقاول، ولإعتبارات تتعلق بها بدرجة كبيرة، ما يؤكد أن الفسخ في هذه الحالة أكثر تحقيقا لفكرة إختلاف العقد الإداري عن نظرة الملتزم، والأكثر إظهار السلطات الإدارة في إستعمالها لوسائل القانون العام بما يخدم مصالحها ويحقق ماتريده.

ب- شروط ممارستها:

<u>أولا: يجب أن يتخذ قرار الإنهاء قبل إنجاز الأعمال</u>: لكي تستطيع الإدارة إنهاء العقد يجب إتخاذ هذا القرار قبل إتمام تنفيذ الأشغال فإذا ما تم العمل لم تعد هناك فائدة من إنهاء العقد، طالما أن الإدارة تلتزم عند ذلك بدفع كافة أجور الأشغال التي تم إنجازها من قبل المتعاقد.

ويثبت الحق في إنهاء العقد قائما بعد البدء في العمل والمضي فيه حتى ما قبل إتمامه، فإذا أتمه المقاول واعذر رب العمل لغرض تسلمه، انقطع حق الإدارة في إنهاء العقد بعد هذا الإعذار[2].

<u>ثانيا: وجود مصلحة عامة تقتضي إنهاء العقد</u>: لا يكفي الشرط الأول لتبرير سلطة الإدارة في إنهاء العقد، بل لا بد أن تستدعي المصلحة العامة هذا الإنهاء ،وحالات تحقق هذا الشرط كما سبق وذكرنا كثيرة ولا يمكن حصرها، ومثال ذلك أن العقد أصبح ليس له فائدة أو أنه غير

[1] انظر المادتين 478 و 549 من القانون المدني المعدل بقانون رقم 07-05.

[2] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 134.

مجدي، وهذا بأن يظهر بعد بناء الأسس أن المنطقة التي تجرى عليها الأشغال هي منطقة نفطية ما يمكن أن يؤدي إلى خسارة إقتصادية كبيرة، أو أنها لا تتوفر على مواصفات التربة المطلوبة ما يؤدي إلى تقهقر الأساسات، أو قيام حالة حرب أثناء سريان مفعول العقد تجعل تنفيذه مستحيلا من الناحية الواقعية[1].

وعموما فإن هذا الحق ليس مطلقا- فحق فسخ عقد الأشغال العامة- هو حق مقيد بعدم الإنحراف بالسلطة، وبالتالي فإذا ما ثبت خطأ الإدارة عند إتخاذ القرار فإن المقاول يستحق التعويض ليس على أساس النية وإستعمال حق قانوني، وإنما على أساس تعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق، والخطأ العمدي الذي إرتكبه.

ثالثا: إخطار المقاول بقرار الإنهاء: يشترط بعض الفقهاء ضرورة إخطار المقاول بما تعتزمه الإدارة في إنهاء العقد ويرتبون على ذلك نتيجة، مفادها إعفاء المقاول من إتمام العمل وعدم إلتزام الإدارة بدفع الأجر للمقاول وإنما تلتزم بدفع التعويض.

والإدارة هنا لا تنهي العقد لغرض مواجهة أخطاء المقاول، وإنما المصلحة العامة إقتضت ذلك الإنهاء، فالإنهاء لا مفر منه، ولا فائدة من الناحية العملية لإخطار المقاول، طالما أنه لا يستطيع الإعتراض.

وقد يرد إعتراض على هذا القول، بأن المقاول يستطيع مواجهة الإدارة أمام القضاء عن طرق الطعن بقرار الإنهاء بعد صدوره، فلماذا لا يستطيع ذلك قبل صدوره؟.

ونرد على هذا الإعتراض بوضوح، بأن المقاول عندما أجيز له الطعن بالقرار بعد صدوره أمام القضاء، إنما يطعن بعدم مشروعيته وليس بوجوده، أما إذا سمحنا له معارضة الإدارة في إصدار قرار الإنهاء فسوف نسلب الإدارة حقا أصيلا أكدته القوانين واقتضت طبيعة العقد الإداري التي تجعل من المصلحة العامة للإدارة مصالحا تعلو على مصالح المتعاقدين[2].

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 420.

[2] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 140.

رابعا: مسألة تعويض المقاول

أوجب القانون على الإدارة صاحبة المشروع تعويض المقاول على جميع ما أنفقه وما فاته من كسب بحكم أن حقه في المقابل المالي من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها الأخير في مواجهة الإدارة.

وإذا كان المقاول له حق في التعويض حيال قرار الإدارة المشروع بفسخ العقد، فما بالك حين يكون غير مشروع كأن تتعسف في إستعمال هذه السلطة أو تتعمد الخطأ قصد الأضرار لصالح المقاول، وبالتالي فإن مدى التعويض في الحالة الثانية يكون أكبر منه في الحالة الأولى، إذ يستحق التعويض عن جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، أما في الحالة الأولى فحالة إنهاء العقد بصورة مشروعة متى إقتضت المصلحة العامة، فلا يستحق المقاول إلا التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وحده[1].

وعموما فيجب أن تلتزم الإدارة بتعويض المقاول بنفسها أو عن طرق حكم قضائي.

نتيجة لإنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه، وهذا التعويض عادة ما يأخذ نوعين: تعويض عن الأعمال المنجزة لغاية صدور القرار، وتعويض عن الكسب الذي فاته فيما لو أنجز الأشغال المتفق عليها[2].

ومن تطبيقات فسخ العقد لإعتبارات المصلحة العامة من طرف الإدارة هو: القرار الصادر بتاريخ 21-01-2003 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المحمدية ضد (ر.م)، حيث جاء فيه "...حيث أن رئيس المجلس الشعبي البلدي المستأنف تمسك بأن المادة **10** من عقد الإيجار أجاز للبلدية فسخ العقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، وبالفعل هناك مصلحة عامة أكيدة من حيث أن السوق المركزي بدأ بخلق مشاكل أمنية وصحية لوقوعه في وسط المدينة وبقرب دائرة الأمن وأن السوق ذا مصلحة محلية قد تم إنجازه عند الخروج من المدينة..."

الفرع الثاني: الفسخ الجزائي لعقد الأشغال دون خطأ المقاول

تتمتع الإدارة في عقد الأشغال العامة بسلطة إنهاء العقد إذا أخل المقاول إخلالا جسيما في تنفيذ إلتزاماته، وهذا الجزاء الذي توقعه الإدارة هو من أعنف وأخطر الجزاءات التي تملك

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 421.

[2] سعيد سليماني، مرجع سابق، ص 28.

توقيعها عند إخلال المقاول وأنه يضع نهاية للعقد، ولا تلجأ إليه الإدارة إلا إذا كان إخلال المقاول إخلالا خطيرا ولم تفلح في تقويمه الجزاءات الأخرى، كتوقيع الغرامات التأخيرية عليه أو إستعمال وسائل الضغط المؤقتة[1].

فقد يحرم المقاول من حصوله على التعويض الكامل بسبب عدم إيفاءه بالإلتزامات التعاقدية الملقاة عليه في بنود العقد، إضافة إلى حرمانه من التعهد لصفقة جديدة كعقوبة تكميلية هذا حسب نص المادة **52** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي **13-03** السابق الذكر.

أيضا لابد من الإشارة إلى ضرورة تناسب الجزاء مع المخالفة التي إرتكبها المقاول[2].

أ- تعريف سلطة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة: هو حق الإدارة صاحبة المشروع في إنهاء العقد بصورة منفردة كجزاء عن إخلال المقاول لإلتزاماته التعاقدية، وهو حق أصيل قائم بذاته، حتى وإن لم ينص العقد على ذلك، لكون أن العقد تحتفظ به الإدارة لنفسها منذ إبرامه إلى غاية نهايته[3].

2-شروط ممارستها:

لصحة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لابد من توافر شروط معينة وهي:

<u>أولا: أن يرتكب المقاول خطأ جسيم عند تنفيذ إلتزاماته:</u>

يتحقق الخطأ الجسيم عندما تكون هناك سوء نية من قبل المقاول أو إهمال.

- وفي مجال عقود الأشغال العامة، يعد من قبيل الأخطاء الجسيمة، رفض المقاول تنفيذ أوامر العمل الصادرة من الإدارة، وترك الأشغال وإهمال المواعيد المقررة لتنفيذها، والعيب الجسيم في التنفيذ، وعدم تكملة التأمين النهائي في المواعيد المقررة والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة[4].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن نص المادة **112** من المرسوم الرئاسي **10-236** السابقة الذكر لم تذكر صراحة الخطأ الجسيم بل إكتفت بالنص على:«...**أن لم يتدارك المتعاقد**

---

[1] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 145.

[2] محمد صغير يعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 75.

[3] محمد عبد الله حمود،مرجع سابق، ص 146.

[4] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص176.

تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد».

عموما فإن نية المشرع فيما تبدو من خلال نص المادة سابقة الذكر أنها تتجه نحو ترك الحرية كاملة للإدارة من خلال سلطتها التقديرية بتكييف تلك الأخطاء هل تستوجب الفسخ – بعد الإعذار طبعا- أم لا[1].

ومن الأخطار الجسيمة التي قد يرتكبها المقاول هي: ترك المقاول لمواقع العمل أو إيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد، رفض الأوامر المصلحية الصادرة إليه من طرف رجال الإدارة، أو قيام المقاول بتغيير الأشغال بصورة معينة جدا.

ثانيا: إعذار المقاول قبل إتخاذ قرار الإنهاء

عندما يقترف المقاول الذي يقوم بتنفيذ الأشغال خطأ، فإن مصلحة الإدارة إزالة هذا الخطأ، وهذا لا يحصل إلا من خلال قيامها بإخطار المقاول بإزالة ذلك الخطأ خلال مدة معينة، فإذا إمتثل لهذا الإخطار فيكون عندئذ قد أصلح الخطأ، أما إذا لم يكترث له، فيجوز في هذه الحالة للإدارة إتخاذ الجزاء المناسب بحقه لحماية الصالح العام، وقد يصل هذا الجزاء إلى حد إنهاء العقد.

ثالثا: يجب أن يصدر قرار من الإدارة بإنهاء العقد

القرار الذي تصدره الإدارة بإنهاء العقد هو قرار إداري شأنه شأن أي قرار إداري يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها القرارات الإدارية، فيجب أن يكون قرار الإنهاء صادرا من الجهة المؤهلة قانونا بإتخاذه لكي لا يكون مشوبا بعيب الإختصاص، كذلك فإن هذا القرار يجب أن يستوفي الشروط الشكلية المقررة في نصوص القوانين وشروط العقد فلا يجوز إتخاذ القرار مثلا قبل توجيه الإعذار إلى المقاول،[2] أو إن إتخاذ القرار يقتضي تشكيل لجنة فنية تتأكد من الأخطاء التي إرتكبها المقاول ، فبدون تشكيل هذه اللجنة لا يجوز إتخاذ قرار الإنهاء، ويخضع قرار الإنهاء لرقابة القضاء وتشمل هذه الرقابة مشروعية القرار ومدى ملائمة هذا الجزاء للخطأ الذي إقترفه المقاول، ولكن عندما يقرر المشرع جزاء الفسخ لخطأ معين، فعندئذ تقتصر رقابة القضاء على المشروعية دون الملائمة.

---

[1] سعيد سليماني، مرجع سابق، ص30.

[2] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 160.

المطلب الثاني: عقد الإمتياز

سبق وأن عرفنا عقد الإمتياز أو ما يعرف عقد إلتزام العامة بأنه:"عقد الذي يتولى بمقتضاه شخص من أشخاص القانون الخاص (فردا كان أو شركة)، ويسمى الملتزم وعلى نفقته ومسؤوليته إدارة وتسيير مرفق عام وإستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المرتفقين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الإمتياز. [1]

تكلم المشرع الجزائري عنه في قانوني البلدية والولاية في المادتين **155** من قانون البلدية الجديد رقم **11-10** المؤرخ في 22 يونيو 2011 والمادة **30** من قانون الولاية رقم **12-07** المؤرخ في 21 فبراير 2012[2].

الفرع الأول: الفسخ الإداري لعقد الإمتياز دون خطأ الملتزم

أولا:إسترداد المرفق العام: يطلق على حق الإدارة في إنهاء عقد إلتزام المرافق العامة اصطلاح "استرداد الإلتزام"، ويجب على الإدارة عند إسترداد المرفق أن تضمن الحقوق المشروعة للملتزم، وذلك بإجراء موازنة بين سلطتها في إنهاء الإلتزام وبين المصالح المالية المشروعة للملتزم.

ولقد ذهب رأي إلى تكيف الإسترداد على أنه نوع من نزع الملكية للمنافع العامة، وينتقد رأي آخر هذا التكيف لإختلاف النظام القانوني بين الإسترداد ونزع الملكية، بالإضافة إلى ذلك فإن الإسترداد ينصب على المنقولات وعلى أموال ليست مملوكة للملتزم.

والواقع أن الإسترداد ليس إلا ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء عقد الإلتزام عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك[3].

ثانيا:حالات الإسترداد: يتخذ الإسترداد في الواقع العملي صورا ثلاث وهي:

أ- **الإسترداد التعاقدي:**وهو إتفاق ملزم ينظم العقد شروطه ويحدد أوضاعه، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه على أن لا يكون من بينها ما يقضي بتنازل الإدارة عن حقها في الإسترداد.

---

[1] نفس المرجع، ص ص 171، 172.

[2] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 94.

[3] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص103.

ب- **الإسترداد الغير تعاقدي:** وهو الإسترداد الذي تقرره الجهة المانحة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الإلتزام دون وجود تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الإمتياز.

ج- **الإسترداد التشريعي:** قد يتدخل المشرع في مجال عقود إمتياز المرافق العامة بإصدار قوانين خاصة ينظم بها إسترداد بعض المرافق، وهذا الأمر ليس بمستغرب طالما كان إمتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون فمن الطبيعي أن يقرر المشرع لإعتبارات يقدرها إسترداد أحد المرافق العامة، أو إلغاء الإمتياز الممنوح لها[1].

ثالثا: شروط ممارسته: تتلخص هذه الشروط فيما يلي:

أ- **الإسترداد التعاقدي:** وشروطه هي:

1- يجب أن ينص عليه صراحة في العقد.

2- إعداد تنبيه الملتزم بذلك إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك.

3- إحترام شرط المدة، فعادة ما تتضمن عقود الإمتياز بند ينص على مدة معينة لا يجوز خلالها إسترداد المرفق، على الإدارة حينها إحترام هذا الشرط، رغم أنه لا يمنعها بشكل قطعي من ممارسة حقها في الإسترداد لدواعي المصلحة العامة.

ب- **الإسترداد الغير تعاقدي:** هناك جدل حوله حيث إنقسم الفقه إلى ثلاث إتجاهات، لكن هذا الخلاف هو جدل نظري لا جدوى له من الناحية العلمية، ذلك مهما كانت التسمية فالنتيجة واحدة، حيث أن الإدارة تستطيع في كل الأحوال إنهاء عقد الإمتياز والإسترداد سواء تم النص عليه في العقد أو في القانون أو لم ينص عليه[2].

رابعا:تعويض الملتزم

يقابل الإسترداد التعويض، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر ، ويشمل على عنصرين جوهريين وهما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته، وعادة ما يتضمن بنود العقد أسلوبين لسداد التعويض للمتعاقد: وهو يتم إما بدفع إجمالي أو بدفعه على أقساط لمدة محددة.

وقاضي العقد له سلطة واسعة عند الحكم بالتعويض خاصة في مجال الإسترداد الغير إتفاقي.

---

[1] إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 490 ومايليها.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة ، مرجع سابق ،ص208.

الفرع الثاني: الفسخ الجزائي لعقد الإمتياز لوجود خطأ من الملتزم

أولا:تعريف الإسقاط: عرفه الفقيه "جاز" بأنه:"فسخ عقد الإلتزام المرفق على مسؤولية الملتزم بسبب خطأ الذي إرتكبه".

أيضا عرفه الفقيه "بولاك" بأنه:"ذلك الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى والذي ينهي عقد الإلتزام بإستبعاد الملتزم الذي لم يمتثل لإلتزام جوهري منصوص عليه في دفتر الشروط الخاصة بالعقد".

وعليه فالإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء عقد الإلتزام، ويعتبر جزاء توقعه السلطة مانحة الإلتزام نتيجة إخلال المتعاقد مع الإدارة إخلالا جسيما بتنفيذ إلتزاماته.[1]

ثانيا: النتائج المترتبة على جزاء الإسقاط

1- إن هذا الجزاء يوجد لصالح الجهة مانحة الإلتزام، وفي جميع الحالات دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد أو دفتر الشروط.

2- يوجد هذا الجزاء دائما بقوة القانون دون حاجة للنص عليه في العقد[2].

3- لا يمكن حرمان جهة مانحة الإلتزام من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بموجب شرط في عقد الإلتزام، إذ أن مثل هذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته لنظام العام.

وبالتالي فإن جزاء الإسقاط مقرر لصالح الإدارة العامة، ويعتبر من النظام العام، ويجب على الإدارة أن توقعه من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء للحكم بذلك فهو موجود بقوة القانون.

ثالثا: شروط ممارسته

أ- **أن يرتكب الملتزم أخطاء جسيمة:** فجزاء الإسقاط لا يمكن الإلتجاء إليه إلا عندما يقترف الملتزم أخطاء جسيمة لا تغتفر، تؤدي إلى عجزه عن تسيير المرفق العام وأدائه الخدمات المطلوبة، ولا يفرض هذا الجزاء إلا إذا ثبت أن الجزاءات المالية وإجراءات الضغط المؤقتة غير كافية لإجبار الملتزم على رفع الأخطاء التي إقترفها.

ومن تطبيقات الأخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الإلتزام، رفض الملتزم تنفيذ التعليمات الصادرة من الإدارة، واستمراره في مخالفة إلتزاماته التعاقدية، والتنازل عن الإلتزام دون

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص ص 210، 211.

[2] محمد عبد الله حمود ، مرجع سابق ، ص116.

موافقة الإدارة، وعدم إحترام مدة التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط، وترك[1] المرفق دون إستغلال، حيث أن الملتزم يجب أن يضمن استمرار المرفق في تأدية خدماته المطلوبة.

2- **إعذار الملتزم:** لا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام[2]، ولكن بالمقابل على الإدارة قبل توقيعها لجزاء الفسخ عليها إعذار الملتزم وعدم الإعذار يؤدي تعرض القرار للطعن من قبل القضاء.

وتعفي الإدارة من الإعذار، إذا تضمن العقد نصا صريحا يقضي بإعفاء الإدارة منه، أو إذا اتضح أن الإعذار غير ذي فائدة أو لا جدوى منه، حينما يعلن الملتزم أنه أصبح غير قادر على الاستمرار في إدارة المرفق، وتعفي الإدارة أيضا من الإعذار عندما تكون هناك حالة استعجال أو ضرورة لا تسمح بإعذار الملتزم، أيضا لا جدوى من الإعذار في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم[3].

3- **ضرورة صدور حكم قضائي:** القاعدة العامة في فرنسا أن الإدارة لا تملك إسقاط الالتزام من تلقاء نفسه، إذ يتطلب الأمر الحصول على حكم قضائي من قاضي العقد ماعدا في الحالات التي تنص عليها البنود العقدية أو اللائحية، على منح الإدارة هذا الاختصاص بشكل صريح.

وقد جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي مؤكدة هذا التوجيه في كل أحكامها وهكذا يرى غالبية الفقه في فرنسا.

4- **إلزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم:** ويحتوي هذا الأمر على شرطين أولهما الإجراءات التمهيدية وأخذ الرأي مقدما، وثانيهما تسبيب القرار الإداري الصادر بالإسقاط وإبلاغه للملتزم[4].

---

[1] محمد عبد الله حمود ، مرجع سابق ،ص116.

[2] إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 412.

[3] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص118.

[4] ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 414.

5- تعويض الملتزم:

عادة ما يحدد العقد أو القانون والذي بموجبه أسقط الإلتزام، الآثار القانونية المترتبة خاصة فيما يتعلق بالتعويض.

والقاعدة العامة أنه لا يترتب أي تعويض لصالح الملتزم الذي أسقط إلتزامه مادام أن الإسقاط كان على سبيل الجزاء، لا بل أن الجهة مانحة الإلتزام تستطيع مطالبة الملتزم الذي أسقط إلتزامه بالتعويضات[1].

خـــلاصة الفصـل الثـــاني :

من خلال هذا الفصل تعرفنا على النتائج المترتبة على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، بحيث تطرقنا الى مدى رقابة القاضي على قرار الادارة بالإنهاء الانفرادي سواء كان الانهاء لدواعي المصلحة العامة او كان نتيجة لخطأ من المتعاقد ، لكن قبل ذلك حددنا القاضي المختص بالرقابة وهو القاضي الاداري ، وبعد ذلك تعرفنا الى نطاق وحدود التي يقف عند القاضي اثناء ممارسته للرقابة ، هذا فيما يتعلق بالمبحث الاول .

اما المبحث الثاني فخصصناه لبعض من تطبيقات الادارة خلال ممارستها لسلطة الانهاء على عقد الاشغال العامة وعقد الامتياز باعتبارهم من اهم العقود الادارية .

[1] محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 120.

الخـــــــاتمـــــــة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بموضوع "**سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري**" ، تبين لنا ان هذه السلطة هي من احدى السلطات التي تمتلكها الادارة والتي لايمكن ان تتنازل عنها ، وهي وسيلة مسلم بها مثلها مثل بقية السلطات ، وهذا نتيجة الامتيازات التي تتمتع بها وتقوم عليها من اجل تسيير المرفق العام تحقيقا للمنفعة العامة.

وهي من اهم المظاهر التي تميز لنا الاختلاف الموجود بين العقد المدني وبين العقد الاداري.

وبعد القيام بهذه الدراسة توضح لنا ان سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، هي عبارة عن نظرية قائمة بذاتها يعود مرجعها الى فرنسا ، التي كانت سباقة في جلب كل ماهو جديد يتعلق بالقانون الاداري عامة وبالعقود الادارية خاصة ، وهي نظرية فقهية جاءت نتيجة اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي .

اما في الجزائر فقد اخذ المشرع بفكرة سلطة الانهاء لكنه لم يحدد لنا في التشريع مفهوما لها ، بل تكلم فقط على جزء منها وهو الفسخ الجزائي نتيجة خطا المتعاقد ، وذلك من خلال المادة **112** من المرسوم الرئاسي رقم **10-236** المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم **13-03** المؤرخ في **13-01-2013**.

وبالتالي فان سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري هي من ابرز الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص ، حيث تلجا اليها الادارة دون الحاجة للنص عليها ، وتطبق هذه السلطة في جميع انواع العقود الادارية على حد سواء .

نتـــائج الدراســـة

ومن خلال ما تطرقنا اليه في مذكرتنا نلخص ابرز النتائج التي توصلنا اليها وتتمثل فيما يلي :

1- ان سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري من اخطر السلطات التي قد تمارسها ضد المتعاقد معها ، وهي سلطة مقررة على الادارة فقط دون سواها.

2- ان سلطة الانهاء ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة بضوابط وشروط لابد من توافرها حتى تستطيع الادارة اللجوء اليها وتطبيقها.

3- الى جانب الفسخ الجزائي نتيجة خطا المتعاقد ، قد تلجا الادارة الى الفسخ دون خطا المتعاقد و ذلك نتيجة لما تقتضيه المصلحة العامة.

4- ان هذه السلطة مقررة حتى وان لم ينص عليها في القانون او في العقد .

5- لا يمكن للمتعاقد مع الادارة الاعتراض على الانتهاء.

6- حصول المتعاقد على تعويض عادل جراء الفسخ لدواعي المصلحة العامة .

7- استناد سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري على اسس قانونية وفقهية معينة وهي المصلحة العامة ، المرفق العام والسلطة العامة.

8- خضع قرار الادارة بالانهاء الانفرادي للعقد الاداري الى رقابة القاضي الاداري ، بحيث انه يخضع قرار الادارة بالفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة لرقابة المشروعية فقط اي التحقق من مدى صحة ارتكان قرار الانهاء،اما قرار الادارة بالفسخ الجزائي فهو يخضع الى رقابة الملائمة اضافة الى رقابة المشروعية .

الاقـــتراحـــات

وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا اليها بعد الدراسة ، فانه يمكن ان نقترح بعض الاقتراحات و التوصيات للمساهمة في اثراء موضوع "**سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري**" نوجزها فيمايلي :

1- على المشرع الجزائري ان يحدد حالات معينة التي تسمح للادارة باللجوء الى سلطة الانهاء حتى لا يكون هناك تعسف في استعمالها لسلطاتها ، لان المشرع تناول فقط سلطة الفسخ الجزائي ولم يتعرض الى سلطة الفسخ

لدواعي المصلحة العامة ، وهذا ما قد يجعل الادارة تتعسف في استعمالها لسلطة النهاء بحجة المصلحة العامة.

2- تشديد الرقابة القضائية على قرار الادارة بالفسخ حفاظا على حقوق المتعاقد معها ، وما قد يتعرض له من تعسف .

3- ضبط كل من المقاول والملتزم اكثر بقوانين ، للحد من التجاوزات التي قد يرتكبونها ، حفاظا على المصالح العامة ، وعلى الاموال التي تأخذ من الخزينة العمومية .

قائـمة المصـادر والمـراجع

I- النصوص التشريعية والتنظيمية:

أ- **التشريع الأساسي:**

1-المرسوم الرئاسي رقم438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر1996 المتضمن دستور الجزائر ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 37، لسنة 1998المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 ، المؤرخ في 10افريل 2002،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 25 لسنة 2002، المعدل المتمم بموجب القانون رقم 19/98 المؤرخ في 15 نوفمبر2008 ، المتضمن التعديل الدستوري ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد63 لسنة 2008 .

ب- **التشريع العضوي :**

-القانون العضوي رقم 98-01 ، المؤرخ في 30مايو 1998 ، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله ،"ج.ر.ج.ج ، عدد37 ، الصادرة في 1 يونيو 1998 2 .المعدل بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26يوليو 2011 ، ، "ج.ر.ج.ج ، عدد43 ،الصادرة في 3 اوت 2011.

ج- **التشريع العادي**

1-القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

2- القانون رقم 98-02 ، المؤرخ في 30مايو 1998 ، يتعلق بالمحاكم الإدارية ،"ج.ر.ج.ج ، العدد37 ،الصادرة في 1 يونيو 1998.

3-القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

4-القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية.

5- القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، والمعدل بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

قائـمة المصـادر والمـراجع

6- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 58 لسنة 2010، المعل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13-01-2013.

الكتـب:

أ- الكتب المتخصصـة:

1- محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد بالإرادة المنفردة**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2002.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، **إنهاء العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

ب- الكتب العامـة:

1- الزين عزري، **الأعمال الإدارية ومنازعاتها**، مطبوعات مخبر الإجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، 2010.

2- الشهاوي إبراهيم، **عقد الإمتياز المرفق العام، B.O.T (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، مؤسسة الطوجي، مصر، 2003.

3- الطاهر خالد خليل، **القانون الإداري – دراسة مقارنة-** ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 1998.

4- بسيوني عبد الله عبد الغني، القضاء **الإداري (مبدأ المشروعية، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء)**، الدار الجامعية، مصر، 1993.

5- بعلي محمد صغير، **الوجيز في المنازعات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.

6- ـ ، **القانون الإداري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

7- ـ، **العقود الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

8- ـ، **الوسيط في المنازعات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع بعنابة، الجزائر، 2009.

قائـمة المصـادر والمـراجع

9- ـــ، **القرارات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، بدون تاريخ نشر.

10- بوضياف عمار، **الوجيز في القانون الإداري**، الطبعة الثانية، دار الريحانة، الجزائر، 1997.

11- ـــ، **الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

12- بوعمران عادل، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية، قضائية)**، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2002.

13- خلوفي رشيد، **قانون المنازعات الإدارية** – شروط قبول الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2006.

14- خليفة عبد المنعم عبد العزيز، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة)**، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر، 2007.

15- ـــ، **القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، توزيع منشأ المعارف بالإسكندرية، 2007.

16- عشي علاء الدين، **مدخل القانون الإداري– التنظيم الإداري**- الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

17- عوابدي عمار، **القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000، الجزائر، 2000.

18- قصير مزياني فريدة، **مبادئ القانون الإداري الجزائري**، مطبعة عمار قرفي باتنة، الجزائر، 2001.

19- ـــ، **القانون الإداري**، الجزء الأول، مطبعة سخري، باتنة، 2011.

20- قوديل جورج، **القانون الإداري**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2001.

قائـمة المصـادر والمـراجع

21- ليلو مازن راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، مطبعة عصام جابر، الإسكندرية، 2013.

22- منصور حسين محمد، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، 2003.

II- الرسائـل الجامعيـة:

1- آكلي نعيمة، **النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر**، رسالة الماجستير، تخصص قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

III- المقالات العلمية:

1- جميلة حميدة، **مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية**، الملتقى الوطني السادس، حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس، المدية، يوم 20-05-2013.

2- عصام بن حسن، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية**، ملتقى وطني سادس، حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق واجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة عنابة، يوم 15-02-2013.

3- مسعودة عمارة، **الطبيعة القانونية للصفقة العمومية في إطار قانون الصفقات العمومية 10-236، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13-01-2013**، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، العدد الثامن.

4- يوسف حور، **سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية**، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس بالمدية، يوم 20 ماي 2013.

IV- المقالات على المواقع الإلكترونية:

قائـمة المصـادر والمـراجع

1- اكباشي شاكر خلف، **سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في تنفيذ الأشغال**، جامعة بغداد، (بدون سنة نشر)، منشور في الإنترنيت على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com بتاريخ 22-01-2015، بتوقيت 19:00.

2- الشافعي ابو راس محمد، **العقود الإدارية**، (بدون سنة نشر)، منشور في الإنترنيت على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com بتاريخ 30 ديسمبر 2014، بتوقيت 16:08.

3-سليماني سعيد، **العقود الإدارية**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية LMD، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2012-2013، منشورة على موقع الإنترنيت http://www.droit-dz.com.

مقدمـــة	أ
المبحث التمهيـدي: ماهية العقد الإداري	08
المطلب الأول: مفهوم العقد الاداري.....	08
الفرع الاول: تعريف العقد الاداري	08
الفرع الثاني: طرق ابرام العقد الاداري.....	13
المطلب الثاني: انواع العقود الادارية	13
الفرع الاول: عقد الصفقات العمومية	14
الفرع الثاني: عقد الامتياز	16
المطلب الثالث: سلطات الادارة في العقد الاداري.....	17
الفرع الاول: سلطة الادارة في الاشراف والمراقبة والتعديل.....	17
الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات.....	18
الفصل الاول:الحق القانوني للادارة في انهاء العقد الاداري.....	20
المبحث الاول: المفهوم القانوني لسلطة الادارة في انهاء العقد الاداري	21
المطلب الاول: تعريف سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	21
الفرع الاول:تحديد معنى سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	22
الفرع الثاني: التكييف القانوني لسلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	27
المطلب الثاني: الاساس القانوني لسلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	31
الفرع الاول: الانهاء الانفرادي على اساس فكرة السلطة العامة.....	32
الفرع الثاني: الانهاء الانفرادي على اساس فكرة المرفق العام.....	33
الفرع الثالث: الانهاء الانفرادي على اساس فكرة الجمع بين الفكرتين المرفق العام والسلطة العامة	36
المبحث الثاني: حدود سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	37
المطلب الاول: شروط ممارسة سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	37
الفرع الاول: حالة عدم وجود خطا من المتعاقد.....	37
الفرع الثاني: حالة خطا المتعاقد.....	39

المطلب الثاني: اثار انهاء العقد الاداري.....	42
الفرع الاول: اثر ممارسة الادارة لسلطة الانهاء الانفرادي للعقد الاداري لدواعي المصلحة العامة.....	42
الفرع الثاني: اثر ممارسة الادارة لسلطة الانهاء الجزائي للعقد الاداري.....	46
الفصل الثاني: النتائج المترتبة على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري.....	94
المبحث الاول: رقابة القضاء على قرار الادارة بانهاء العقد الاداري بالارادة المنفردة.....	50
المطلب الاول: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الاداري للعقد الاداري.....	51
الفرع الاول: تحديد القاضي المختص بالرقابة.....	51
الفرع الثاني:نطاق رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ الاداري.....	53
الفرع الثاني:نطاق رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ الاداري.....	53
المطلب الثاني: الرقابة القضائية على قرار الادارة بالفسخ الجزائي للعقد الاداري.....	55
الفرع الاول: تحديد القاضي الاداري المختص بالرقابة.....	55
الفرع الثاني: نطاق رقابة القاضي ودوره في مواجهة قرار الفسخ.....	56
المبحث الثاني: تطبيقات سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري لبعض العقود الادارية....	60
المطلب الاول: عقد الاشغال العامة.....	60
الفرع الاول: الفسخ الاداري لعقد الاشغال العامة دون خطا المقاول.....	60
الفرع الثاني: الفسخ الجزائي لعقد الاشغال دون خطأ المقاول.....	64
المطلب الثاني:عقد الامتياز.....	66
الفرع الاول: الفسخ الاداري لعقد الامتياز دون خطأ الملتزم.....	66
الفرع الثاني: الفسخ الجزائي لعقد الامتياز لوجود خطا من الملتزم.....	68
الخـاتمة.....	71
قائمة المصادر والمراجع	
الفهرس	

المـلـخـص

ان سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالادارة المنفردة هي سلطة اصيلة تمتلكها الادارة و تلجأ اليها متى رأت ضرورة لذلك بغض النظر على انه تم النص عليها في القانون او العقد ام لم ينص ، ومرد ذلك انها متعلقة ومرتبطة بالمرفق العام وما يصاحبه من تغيرات وتطورات ، مما يجعل الادارة تلجأ الى ممارستها ، ذلك مراعاة لما تقتضيه المصلحة العامة.

لكن هذا لا يعني انها غير مقيدة بشروط وضوابط ، لابد من احترامها والتقيد بها بحيث ان هذه الضوابط هي عبارة عن حماية لحقوق المتعاقد وضمانات قانونية يلجأ اليها المتعاقد في حال تعسف الادارة في حقه الى جانب الضمانات القضائية ، بحيث سبق وقلنا ان قرار الادارة بالفسخ سواء كان لدواعي المصلحة العامة او كان فسخ جزائي نتيجة لخطأ المتعاقد كلاهما يخضعان لرقابة القضاء الاداري.

حيث ان قرار الفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة تخضع لنوع واحد من الرقابة وهي رقابة المشروعية بينما قرار الفسخ الجزائي فهي تخضع لنوعين من الرقابة وهي الرقابة الملائمة اضافة الى الرقابة المشروعية .