

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة

جامعة محمد خيضر بسكرة



الماستر

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

فسخ العقد الإداري في تشريع الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون إداي

تحت إشراف الأستاذة:

– يعيش تمام أمال

من إعداد الطالب:

– بلقاسم سيد أحمد

السنة الجامعية: 1436هـ/1437هـ

2017م / 2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ

قال تعالى:

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

سورة البقرة / الآية

شكر وعرفان

أحمد الله على توفيقه لي في إنجاز هذا العمل

كما أتقدم بالشكر إلى والدي الكريمين

وبعد حمد الله والثناء عليه لا أجد من الكلام

ما أعبر به من عظيم شكري وإمتناني

إلى أستاذتي المشرفة يعيش تمام آمال التي كانت

لي سندا طيلة هذا البحث وإرشادها لي

حيث كانت توجيهاتها بناءة طوال رحلة البحث

فبارك الله فيها وأطال في عمرها

وأشكر كل من ساعدني من قريب أو بعيد

مقدمة

توسعت واجبات الدولة ومسؤولياتها في العصر الحديث تبعاً لتوسع حاجات الأفراد إذ قامت الدولة بإنشاء مشروعات المرافق العامة التي تستهدف إشباع حاجات الناس وأمين خدمات لهم ، وعليه فإن الدولة بإدارتها عند ممارستها لنشاطاتها الملقة على كاهلها تلجأ إلى العديد من الوسائل القانونية.

كالعقد الإداري الذي يعد وسيلة قانونية تلجأ إليها الإدارة العامة بغيت تحقيق أغراضها والقيام بمشروعاتها ، وتختلف أشكال العقود التي تبرمها الإدارة حسب الغاية التي ترمي إليها ، ويتمثل هذا الاختلاف في طبيعة القواعد القانونية التي تحكم العقود التي تبرمها ، فالعقود الإدارية تخضع لقواعد القانون العام ، وتخضع الإدارة المدنية لقواعد القانون الخاص.

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

والقاعدة العامة أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ عام تخضع له جميع العقود المدنية والإدارية ، كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة أدى إلى تمييزها عن العقود المدنية من عدة جوانب ، سواء من حيث الأحكام التي تخضع لها أم من حيث الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة ، وبشكل خاص صلاحية الإدارة في فسخ العقد.

إن ظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة في العقود الإدارية يؤدي إلى إثارة العديد من التساؤلات التي تطرح لتبيان الأحكام القانونية التي تنطبق على مثل هذا التصرف من قبل الإدارة سواء من حيث شروط الفسخ وحالاتها أم الإثارة القانونية على ذلك سواء كانت أثاراً تلحق بالإدارة أو تلحق بالمتعاقدين.

وتكمن أهمية الدراسة من حيث التزايد الكبير لأشكال العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة ، إضافة إلى تزايد المرافق العامة وأشكالها وتزايد ناجم عن ازدياد الحاجيات المدنية الإنسانية للمجتمعات.

ويرجع انتقاعنا لهذا الموضوع وهو فسخ العقد الإداري أنه من أهم وأدق الموضوعات الجوهرية التي اشتملت عليها نظرية العقد الإداري ، والتي مازالت من الموضوعات التي تحتاج إلى كم كبير من الدراسة والاهتمام والبحث العلمي العميق ، وذلك لإيضاح وتبيان الغموض

التي يكتنفها ، كما أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة يترتب عليه حل الرابطة التعاقدية بصفة فورية ، وبقرار إداري صادر منها دون اللجوء إلى القضاء ، مستخدمة سلطتها العامة.

تبعاً لضرورة فسخ العقد في الحياة العملية و العلمية وجب علينا الإحاطة بمدى التزام الإدارة في تطبيق القواعد القانونية عند ممارستها لسلطتها في فسخ العقد ، كما أن الإدارة لها كل الصلاحيات بتوقيع الجزاءات المناسبة عند أخلال المتعاقد بالتزاماتها ، باعتبارها دائماً صاحبة امتيازات عليا مقرر وممنوحة لها من جهة أخرى نرى مقدار تعسف الإدارة في استعمال هذا الجزاء على المتعاقد معها في ظل تحقيق المصلحة العامة للإفراد المتعاقدين معها وانتهاجها لصيرورة المرفق العام على الدوام.

كما سعت هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. أهداف ذاتية : يمكن إيجازها فيما يلي:

. الرغبة في فهم موضوع فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري.
. ضرورة الكشف عن الحدود التي تقف عندها الإدارة أثناء ممارستها لسلطة الفسخ وذلك من أجل إرساء العدالة بينها وبين المتعاقد معها.
. وكذلك نظراً لأهمية موضوع سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري من الناحية العملية والفعالية.
. قلة الدراسات والأبحاث المتخصصة التي تعالجه مما جعلنا نختاره من أجل الإلمام بموضوع فسخ العقد الإداري

2. أهداف موضوعية تتمثل في ما يلي:

. إن سلطة الإدارة في فسخ العقد ما هي إلا وسيلة تلجأ إليها الإدارة في أداء وظائفها من أجل تحقيق الصالح العام.
. الكشف عن مدى خضوع الإدارة الرقابة القضاء إضافة إلى حدود القاضي التي يقف عندها أثناء ممارستها لسلطة الرقابة.
. البحث في القواعد والأحكام التي تعطي للإدارة الحق في فسخ العقد الإداري
. معرفة مدى خضوع أعمال ونشاطات الإدارة لمبدأ المشروعية وأيضاً بمبدأ الملائمة.
. الإحاطة بحقوق المتعاقد في مقابل السلطة المخولة للإدارة

. اتصال العقد الإداري بالمرافق العامة بحيث هي الوسيلة التي تضمن سير المرافق بانتظام وإضطراب.

. الانتهاكات الخطيرة التي ترتكبها الإدارة ضد المتعاقد معها بحجة امتلاكها لامتيازات السلطة العامة وتحقيقها المصلحة العامة

أما فيما يخص الصعوبات التي واجهتنا هي أن موضوع فسخ العقد الإداري لم يتم تناوله كثيرا من قبل الفقه ، خاصة الفقه الجزائري ، كما أردنا في بداية الأمر دراسة هذا الموضوع وفقا لما هو موجود في التشريع الجزائري وتكمن الصعوبة خاصة في ندرة المراجع المختصة في هذا المجال على المستوى المحلي إضافة إلى صعوبة الحصول على التطبيقات والقرارات القضائية الصادرة بشأن منازعات المتعلقة بفسخ العقد الإداري من طرف الجهات القضائية الإدارية باعتبارها الجهة المختصة خاصة المحكمة الإدارية.

وهذا ما دفعنا إلى التوسع في مجال البحث الذي هو موجود في القانون المقارن و لكن هذا لا يمنع من الوقوف لما جاء بها المشرع الجزائري إن وجد.

ومن خلال ما سبق ذكره يتبادر إلى أذهاننا الإشكالية التالية:

ما مدى التزام الإدارة في تطبيق النصوص والقواعد القانونية عند فسخ العقود الإدارية ؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية العديد من التساؤلات الفرعية:

. ما المقصود بفسخ العقد الإداري ؟ وما هي انواعه وحالاته ؟

. ما الشروط الواجب توافرها لفسخ العقد الإداري ؟

. ما الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإداري ؟

. ما الآثار القانونية المترتبة عن فسخ العقد الإداري ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا بإتباع المنهج الوصفي التحليلي لأنه الأنسب 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 إلى تحليلها من أجل الوصول إلى استنتاجات يمكن أن تساهم في تحسين الواقع وتطويره ، وفقا لمنجية علمية قانونية وصولا بالوقوف على الفهم الدقيق لموضوع الدراسة

انطلاقا مما سبق بيانه فإننا سنقدم هذه الدراسة المتواضعة محاولين الالمام بالموضوع معتمدين في ذلك على الخطة العامة والتي تتكون من مقدمة وفصلين وخاتمة.

مقدمة:

بحيث ان المقدمة تحتوي على عناصر المنهجية المطلوبة ، بينما في الفصل الأول سنتناول فيه ماهية الفسخ في العقد الإداري والذي ينقسم الى بحثين ، فنتناول في المبحث الأول مفهوم الفسخ في العقد الإداري أما المبحث الثاني فخصصناه لأنواع الفسخ في العقد الإداري.

أما الفصل الثاني تحت عنوان الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية والآثار المترتبة عنه حيث سنتناول فيه هو الآخر بحثين اثنين نتطرق في المبحث الأول إلى الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية أما المبحث الثاني الآثار القانونية المترتبة عن فسخ العقد الإداري أما فيما يتعلق بالخاتمة فنجد فيها النتائج التي تم الوصول إليها بعد دراستنا للموضوع.

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns, framing the central text.

الفصل الأول: ماهية الفسخ في العقد الإداري

أصبحت نظرية العقد الإداري من أهم المواضيع التي تهتم بها الدولة و تعتمد عليها في تسيير مرافقها العمومية وقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه ذلك العقد الذي يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام و يختلف العقد الإداري عن العقد في القانون الخاص في أن الأول تمنح فيه الإدارة صلاحيات واسعة في مواجهة المتعامل المتعاقد و من بين هذه الصلاحيات سلطة فسخ العقد الإداري لأسباب متعددة .

لدراسة هذه المسألة قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في المبحث الأول مفهوم الفسخ في العقد الإداري ، و في المبحث الثاني أنواع الفسخ في العقد الإداري.

المبحث الأول : مفهوم الفسخ في العقد الإداري

تعتبر نظرية الفسخ في العقد مفهوما أصيلا في القانون المدني وامتد تطبيق هذه النظرية إلى العقود الإدارية إلا أن تطبيق هذه النظرية أخذ مفهوما مغايرا للمفهوم الأول ، لأن الفسخ في العقد الإداري لا يعتبر مقابل امتياز للإدارة تقضيه ضروريات المصلحة العامة ، و لدراسة هذا المبحث يتطلب التطرق إلى المطالب التالية :

المطلب الأول :تعريف الفسخ في العقد الإداري

المطلب الثاني :حالات الفسخ في العقد الإداري

المطلب الثالث :شروط الفسخ في العقد الإداري

المطلب الأول : تعريف الفسخ في العقد الإداري

إذا كان إبرام العقد الإداري توافق بين إرادة المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد فان الفسخ هو فك لهذه الرابطة بالطرق القانونية إذ يمكن للإدارة أن تفسخ العقد المبرم بينها و بين المتعامل المتعاقد و الرجوع إلى الحالة الأولى و يمكن القول أن الفسخ قبل أن يكون إجراء على أنه سلطة أو صلاحية قانونية منحت للإدارة لتحقيق مقتضيات المصلحة العامة التي تشكل الهدف الأول للإدارة و على هذا الأساس سنتطرق من خلال المطلب إلى دراسة معنى الفسخ في العقد الإداري (الفرع الأول) و تمييز فسخ العقد الإداري عن المصطلحات المشابهة له (الفرع الثاني)

الفرع الأول: معنى الفسخ في العقد الإداري

ازدادت أهمية العقود الادارية في الدولة الحديثة نظرا لازدياد تدخلها في شتى مجالات الحياة فكان من الطبيعي قيامها بإبرام العقود التي تخضع لاحكام القانون الاداري والتي تختلف عن العقود التي يبرمها الافراد في نطاق القانون الخاص، من المثير التأكيد على ان العقود التبادلية يوجد فيها ثمة التزامات متقابلة، وان عدم تادية هذه الالتزامات بالشكل المطلوب يؤدي الى اثاره مسؤولية الطرف المقصر التعاقدية وبذلك يملك المتعاقد المضروب حث اللجوء الى القضاء مطالبا بنسخ العقد الاداري والتعويض.

كما تعد سلطة فسخ العقود الادارية من طرف الادارة احد اهم المظاهر التي تميز العقد الاداري والادارة معا على خلاف عقود القانون الخاص نظرا لأن الادارة في فسخ العقد الاداري تملك حق انتهاء العقد من جانبها دون ان يتوقف ذلك على موافقة المتعاقد معها، ولهذا سنتطرق الى تعريف الفسخ للعقد الاداري من خلال ما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي لفسخ العقد الإداري:

المراد بفسخ هنا لغة: هو النقص او التفريق، والفسخ: الضعف في العقل والبدن، والجهل، والطرح، وافساد الرأي، والفسخ ايضا: النقص، فسخ الشيء يفسخه فسخا فانفسخ: نقضه فاننقض، والفسخ: التفريق، وقد فسخ الشيء، اذا فرقه، ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح، انتقض وفسخه، اذا نقضه، وفي الحديث: كان الفسخ الحج رخصة لاصحاب النبي

صلى الله عليه وسلم: وهو ان يكون نوى الحج اولاً، ثم يبطله وينقضه، ويجعله عمرة، ويحل، ثم يعود بحرم بحجة، وهو التمتع او قريب منه.¹

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لفسخ العقد الإداري:

الفسخ هو " انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي ".

أي هو قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه بعد أن تكون كافة الوسائل لم تفلح في إصلاحه، مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها تم إبرام هذا العقد، فإن كانت مقتضيات المصلحة العامة قد تفرض على الإدارة فسخ العقد حتى ولم يرتكب المتعاقد خطأ، فإن تحقيق تلك المصلحة ومن باب أولى يمنحها حقاً في فسخ التعاقد إذا ما أخل المتعاقد بالتزام التعاقدية.⁽²⁾

ثالثاً: التعريف الفقهي لفسخ العقد الإداري:

تعددت آراء الفقهاء حول تعريف الفسخ وتتنوع وجهات نظرهم لهذا سنتطرق لهذه الآراء على حدا من خلال مايلي :

1/ التعريف الأول: فسخ العقد هو أي حل للرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بالتزامه ولا تلجأ الإدارة إلى جزاء الفسخ عادة إلا في حالة الخطأ الجسيم أو المتكرر الذي يفقدها الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المستقبل. وتقوم الإدارة بفسخ العقد دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي. وذلك باستثناء عقد التزام المرافق العامة الذي يستلزم القضاء

¹ - تاج العروس، شرح القاموس للزبيدي، ص 273 والاشباه والنظائر لابن نجيم، ص833، الاشباه والنظائر للسيوطي، 313.

² - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2010، ص 276-277.

الإداري الفرنسي لفسخه تدخل القضاء. نظرا لظروف هذا العقد وأهمية العناصر المستخدمة في تنفيذه، وذلك إلا إذا نص في عقد الالتزام على حق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة.⁽¹⁾

2/ التعريف الثاني: قد يرتكب المتعاقد خطأ جسيم ترى الإدارة معه إنهاء الرابطة التعاقدية كجزاء توقعه على المتعاقد معها لقاء ذلك الخطأ، فيطلق عليه الفسخ في العقود الإدارية، فتختلف وسيلة إنهاء العقد على أساس الفسخ وفقا لما ارتكبه المتعاقد مع الإدارة من أخطاء عن وسيلة أخرى لإنهاء العقد، وهذه الأخيرة هي التي تستطيع فيها الإدارة إنهاء العقد مع المتعاقدين دون خطأ منه وذلك للمصلحة العامة وتملك الإدارة حق توقيع جزاء الفسخ سواء نص عليه في العقد أو لم ينص.

فالفسخ ينهي الرابطة العقدية في العقود الإدارية (عدا الالتزام)، وذلك كجزاء على خطأ جسيم ارتكبه المتعاقد مع الإدارة، وللإدارة الحق في أن توقع الفسخ من تلقاء نفسها، وهي غير ملزمة باللجوء إلى القضاء إلا أنها تخضع لرقابة القضاء على مشروعية قرارها وهو مدى ملاءمته.⁽²⁾

التعريف الثالث: فسخ العقد هو جزاء يجوز للإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية للرابطة العقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ويجوز للإدارة أن تجمع بين مصادره التأمين والمطالبة بالتعويض عند فسخ العقد لاستغلال الجزاءين من جهة ولأنه يمكن أن يكون الضرر أكبر قيمة من مبلغ التأمين المصادر. ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

وتملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق، ودون الحاجة إلى إنتظار موافقة القضاء على إيقاعه.

ورقابة القضاء على مشروعية قرار الفسخ وملاءمة خطأ المتعاقد تتصرف إلى التعويض في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى إلغاء القرار.⁽³⁾

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 207-208.

² - مجلة المفكر، دار الهدى، جامعة بسكرة، العدد 10، عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، جانفي، 2014، ص 103.

³ - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 42-43.

4/ التعريف الرابع: فسخ العقد يعد هذا الجزاء الذي يستهدف إنهاء الرابطة التعاقدية من أخطر الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها. ولهذا يستلزم القضاء في فرنسا ومصر أن يقترن توقيعه بخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد في تنفيذ التزاماته، فيتفرق بذلك عن حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام وبدون خطأ من المتعاقد.⁽¹⁾

5/ التعريف الخامس: فسخ العقد الإداري هو جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي حيث تنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بصورة مبتسرة تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة ودوام سير المرافق العامة بانتظام.

كما تملك الإدارة حق الفسخ، سواء انطوى هذا العقد على نص يخولها هذا الحق أم خلا من النص على ذلك ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، حيث أن هذا الحق من مظاهر السلطة العامة، حيث تملك الدولة حق استعماله بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء.⁽²⁾

6/ التعريف السادس: الفسخ جزاء يجوز للإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم هذه الإدارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية فتملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق، ودون الحاجة إلى انتظار موافقة القضاء على إيقاعه.⁽³⁾

7/ التعريف السابع: يعد جزاء فسخ العقد الإداري أوضح في الدلالة على سلطات الإدارة الخطيرة مقارنة بما للمتعاقد معها من حقوق وامتيازات، إذ أن هذا الجزاء يترتب عليه إنهاء الرابطة العقدية بمحض إرادة الإدارة المنفردة ودون حاجة إلى الطلب من القضاء، ومن ثم

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 353.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 288-290.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 288-290.

العقوبات التي تملك الإدارة حق توقيعها على النحو السالف ذكره حتى عقوبة التنفيذ حساب المتعاقد تعد أهون وأخف وبالنسبة للمتعاقد عن جزاء الفسخ⁽¹⁾

رابعاً: التعريف القضائي لفسخ العقد الإداري:

واضحاً من التسمية أن هذا الفسخ لا يكون إلا بفعل القضاء. مفاد ذلك أن يرتكب أحد أطراف العقد من الأخطاء ما يجعل الطرف الآخر لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد، هنا يلجأ هذا الطرف إلى القضاء طالبا الحكم بفسخ العقد، فإذا اتضح للمحكمة سلامة ادعاءات المدعي، وأن الأخطاء التي ارتكبها الطرف المدعي الاستمرار في تنفيذ العقد، قضت المحكمة بفسخ العقد، وتجعل الفسخ اعتباراً من تاريخ تحريك الدعوى، أما إذا تبين للمحكمة عدم صحة ادعاءات المدعي، أو كانت ادعاءاته صحيحة ولكنها لا تمثل جسامة تجعل التنفيذ مستحيلاً أو صعباً، قضت المحكمة برفض الدعوى.

وإذا كان الغالب أن يحرك دعوى الفسخ المشار إليها، الطرف المتعاقد مع الإدارة، فإن ذلك لأن هذا الطرف لا يملك حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة، أما الإدارة والتي لها حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فإنه إذا ما ارتكب المتعاقد معها خطأ أو أخطاء، فإنها تستطيع إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ومن ثم فإنها لا تلجأ إلى القضاء. وهكذا يكون الفسخ القضائي مقابلاً لحق الإدارة في إنهاء العقد إدارياً.

إلا أنه رغم ما قد يكون للإدارة من حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فإنها قد ترى أن تلجأ للقضاء للحصول على حكم بفسخ العقد، وذلك لتثبيت الإدارة أن إنهاء العقد إنما كان لأخطاء ارتكبها المتعاقد معها ومن ثم فإنه لا يستحق تعويضاً.⁽²⁾

وهكذا يكون واضحاً، أن على المتعاقد مع الإدارة، أن يلجأ إلى القضاء كلما أراد فسخ العقد، وفي جميع الحالات، أما الإدارة فلها الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون الإلتجاء للقضاء، ولها كذلك أن لا تستعمل هذا الحق، وأن تلجأ للقضاء وللحصول على حكم بفسخ العقد، وذلك توكيلاً لما قد يطالب به المتعاقد معها من تعويضات.

1- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 197.

2- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، موقع الكتروني: www.pdfactory.com، زيارة الموقع 20/03/2018، على الساعة 8:30، ص 125-126.

وإذا كان الفسخ القضائي، إنهاء للعقد قبل تمام تنفيذه وقبل تمام مدته، فهو إنهاء مبتسر، ويترتب عليه إضرار بالطرف الصادر لصالحه حكم الفسخ وإعمالاً للقواعد العامة، فإن كان من تسبب في إحداث ضرر التزم تعويض من أصابه الضرر. ومن هنا فإنه يكون للمضرور طلب الحكم له بالتعويض عما أصابه من أضرار من جراء إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، وقد يكون ذلك مع طلب الفسخ، وقد يكون بدعوى مستقلة بعد الحكم في دعوى الفسخ.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد الإداري عن المصطلحات المشابهة له:

يهدف نظام الفسخ بوصفه نظاماً قانونياً، إلى حماية القوة الملزمة للعقد كقاعدة عامة وإلى حماية الدائن سواء كانت الجهة الإدارية أو المتعاقد معها في العقود الإدارية بصفة خاصة.

ولكن يجدر الإشارة إلى أن الفسخ ليس هو السبيل الوحيد لحل الرابطة التعاقدية بين الإدارة والطرف المتعاقد معها، بل هناك مصطلحات أخرى تؤدي إلى انحلال العقد وانتهائه، لكن لا تدخل في مفهوم الفسخ في حد ذاته وذلك لاختلاف القواعد والأحكام التي تبنى عليها ورغم ذلك سنبين العلاقة الموجودة والصلة بين هذه المصطلحات من جهة والفسخ من جهة أخرى من خلال مايلي:

أولاً: إلغاء العقد الإداري:

إن الإدارة تملك السلطة التقديرية في إلغاء العقد أي يعني حق الإدارة في أن تنتهي أو تلغي العقد أثناء سريانه أو قبل إنقضاء مدته رغم عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، وذلك متى كانت المصلحة العامة تقضي ذلك من وجهة نظر الإدارة.⁽²⁾

وأساس الإدارة في إلغاء العقد هو نفس الأساس الذي يسمح لها بتعديل شروط العقد وذلك لاحتياجات المرافق العامة أو مقتضيات سير المرافق العامة، تلك هي فكرة المصلحة العامة التي تشمل سبب أو مبرر إلغاء العقد، ولما كان حق الإدارة في إلغاء العقد يجد أساسه

¹ - محمد الشافعي أبو راس، مرجع سابق، ص 126-127.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 534.

في ضرورات ومقتضيات المرافق العامة، لذلك كان حق الإلغاء حقا أصيلا مقررا للإدارة بقوة القانون حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، بل لو تصورنا أن هناك نصا يستبعد حق الإلغاء صراحة في العقد كان هذا النص باطلا لأن الإدارة هي التي تقرر استعمال حقها في الإلغاء أم لا، أي أن لها السلطة التقديرية في هذا الشأن فهي التي تستطيع تقدير حاجات المرافق العامة الخاضعة تحت إدارتها، ولكن سلطتها التقديرية مثل أي سلطة تقديرية أخرى تخضع لقيد عدم الإنحراف في استعمال السلطة ومن ثم إذا تبين للقضاء الإداري أن الإدارة أن الإدارة ألغت العقد دون أن تكون هناك مصلحة عامة تقضي بذلك، فإنه يحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد الذي يضر هذا الإلغاء بحقوقه المالية.

وفي ظل الوضع العادي حيث تقوم الإدارة بإلغاء العقد للمصلحة العامة بالفعل ينتج عن الإلغاء ادخال الرابطة التعاقدية وعودة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما للآخر ما تسلمه، فإذا استحال ذلك حكم القاضي بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الإدارة. حيث أنه لا دخل له في إلغاء العقد الذي تم بإرادة الإدارة، وفي كل الأحوال من حق المتعاقد طلب التعويض عما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة إلغاء العقد.⁽¹⁾ إن اختصاص قاضي الإلغاء في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية باعتبارها المنازعات الحقوقية، إلا أنه استثناء من هذا المبدأ فإن الاختصاص ينعقد لقاضي الإلغاء في مجال العقد الإداري في حالتين هما:

- الحالة الأولى: القرار المنفصل عن العقد.

- الحالة الثانية: شروط إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري.

1/ القرار المنفصل عن العقد: القرار المنفصل هو قرار يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف في طبيعته الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا.

فهو قرار يسبق إبرام العقد نظرا لأنه يمهد لهذا الإبرام فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، مما يجيز الطعن عليه بالإلغاء استقلالا عن العقد.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع نفسه، ص 534-535.

وتحديدا لهذه النوعية من القرارات الإدارية ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للتعاقد، وتسمى هذه القرارات بالقرارات المنفصلة المستقلة، وهي قرارات إدارية نهائية تخضع لها تلك القرارات من أحكام في شأن طلب وفق تنفيذها وإلغائها، وثانيهما يتمثل في القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للعقد الإداري واستنادا إلى نص من نصوصه والقرار الصادر يسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته وهذه يختص القضاء الإداري على ينظر المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية النهائية وإنما باعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.(1)

ومن ثم فإذا كان القرار سابقا على انعقاد الرابطة التعاقدية وممهدا لها كان قرارا إداريا منفصلا عن العقد يخضع الطعن عليه لاختصاص قضاء المشروعية ولا يخضع لاختصاص قاضي العقد لأن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعده، أما ماعدا ذلك من قرارات تصدر بعد قيام الرابطة التعاقدية سواء كانت بصدد تنفيذ العقد أو استندت في إصدارها للنصوص، فإن مثل تلك القرارات أنشأها وجود العقد، بحيث ترتبط به ارتباط الجزء بالكل والأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد غير جائز، ومن ثم هنا وجب إخضاع الطعن عليها لقاضي العقد والذي يتسع نطاق اختصاصه عن نطاق اختصاص قاضي الإلغاء وهو أمر تقتضيه طبيعة منازعات العقود الإدارية، فضلا عن الاختلاف الإجرائي مابين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.(2)

2/ شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري:

هذا ما سنتناوله من خلال النقاط التالية:

أ- لقد أثبتت محكمة القضاء الإداري لنفسها نوعا من الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك بتطبيق ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من تحليل للعملية التعاقدية، وهي عملية مركبة.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 338.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع نفسه، ص 339-340.

والتمييز بين ما تصدر الإدارة من قرارات قابلة للإنفصال بهدف التمهيد لإبرام العقد أو الإذن بإبرامه وعملية التعاقد نفسها، فتلك القرارات المنفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا عن العقد بدعوى إلغاء القرار الإداري وطلب التعويض عنه.

ب- وبعد أن أصبح للقضاء الإداري الإختصاص بنظر منازعات بعض العقود الإدارية ثم الإختصاص العام بمنازعات كافة العقود الإدارية ويملك إزاءها ولاية القضاء الكامل. استمر على التمييز بين العقد ذاته والذي تدخل المنازعات الخاصة بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه في نطاق ولاية القضاء الكامل لقاضي العقد وبين القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والتي تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بإلغاء القرارات الإدارية متى كان القرار يرتب بذاته أثرا قانونيا فوريا.⁽¹⁾

ج- إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد: ويلاحظ على قضاء مجلس الدولة في شأن القرارات الإدارية المنفصلة أنه إذا كان يرى اختصاصه بإلغاء القرار الإداري المنفصل، إلا أنه يقرر في نفس الوقت أن هذا الإلغاء لا يكون له مساس بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن يفصل قاضي العقد في المنازعة المتعلقة به ومعنى ذلك أن يبقى العقد قائما وناقذا متى يطلب أحد أطرافه إلى قاضي العقد إلغاءه استنادا إلى الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل الذي ساهم في تكوين العملية التعاقدية، وإذا ما حكم قاضي العقد بإبطاله أو إلغائه على هذا الأساس.

وهكذا فإن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد حقا إن إلغاء قرار إداري يستتبع في الأصل بطلان جميع ما ترتب عليه من إجراءات لإنهيار الأساس الذي بنيت عليه، فلا ينبغي على الباطل إلا الباطل، إلا أن الحكم بإلغاء القرار المنفصل لا يقرر بنفسه وعلى ذلك فإن بطلان العقد المبني على إلغاء القرار المنفصل لا يتقرر بنفسه وإنما يقتضي أن ترتب الأطراف على الحكم أثره بفسخ العقد أو تصحيح الوضع، أو أن يتقرر البطلان بواسطة القاضي المختص (قاضي العقد).⁽²⁾

¹ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 334-335.

² - محمود عاطف البناء، المرجع نفسه، ص 336.

ثانيا: بطلان العقد الإداري :

المنازعات التي يثيرها أطراف العقد الإداري كقاعدة عامة من الإجراءات التي تتعلق بالنظام العام، ذلك لأنها تتعلق بمنازعات مشروعية من أجل ذلك فإن هذه الإجراءات لا تترك لرغبة الخصوم ورأيهم وإنما تنظمها قواعد أمر مقرر سلفا، وتلتزم بها المحكمة ولو بدون دفع من أطراف الدعوى، بل وفي عند اتفاقهم على مخالفتها ومخالفة الإجراء القانوني الذي من شأنه أن يبطل هذا الإجراء فبدوره لا ينتج الأثر القانوني الذي يترتب عليه القانون على حدوث هذا الإجراء بالموافقة وهو ما يسمى بالبطلان والذي سنتناوله فيما يلي:

1/ التعريف الفقهي للبطلان :

عرف الدكتور أحمد هندي البطلان بأنه "الأثر الذي يترتب عليه القانون على مخالفة الإجراء لنموذجه القانوني فيعدم أثره الذي يولده لو كان الإجراء صحيحا، فإذا لم يتوفر في الإجراء أحد الشروط اللازمة لصحته فإن الإجراءات تكون باطلة..."⁽¹⁾

وعليه يكون البطلان مخالفة الإجراء النموذجي القانوني ويجب أن يتوفر في الإجراء أحد الشروط اللازمة لصحة الإجراء المتبع قانونيا.

أما الدكتور رؤوف عبيد فقد عرفه بأنه " ... الجزء الذي يترتب عليه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحاكم مراعاتها، بحيث يعتبر الإجراء عديم الأثر غير مرتب

ما قد يترتب على الإجراء الصحيح من آثار قانونية." ⁽²⁾

فالدكتور عبيد يرى بأن البطلان هو الجزء الذي يترتب عليه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات المتبعة أمام المحاكم.

أما الدكتور فتحي والي فعرف البطلان بقوله " ...البطلان تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتبها عليه القانون إذا كان كاملا." ⁽³⁾

1- أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دار الجامعة للطبع، 1989، ص 226.

2- مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجنائية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، 825-824.

3- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المنازعات الإدارية، إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها، ط1، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 115.

فالدكتور فتحي كيف البطلان على أنه عمل قانوني جاء نتيجة لمخالفة الإجراء للإطار المسطر له والمحدد له.

ومن التعاريف السالفة الذكر فإن التعريف الأرجح هو التعريف الأخير الذي ينصب على الإجراءات والقواعد المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية.

2/ التعريف التشريعي للبطلان:

لقد تعرضت أغلب التشريعات في مادة المرافعات المدنية والإدارية لبطلان الإجراء جزءا لعدم القيام به وفق ما يقتضيه نص القانون من ذلك نجد:

أ- البطلان في التشريع الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي على أحكام بطلان الإجراء والجزاء المترتب عن ذلك بالمواد 112 إلى 121 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ولقد نصت المادة 114/1 صراحة أن الإجراء لا يكون باطلا إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة أو كان يشكل خرقا لقاعدة شكلية جوهرية أو كان فيه مساس بالنظام العام، كما أوجب المشرع الفرنسي بالفقرة الثانية على الخصم المتمسك ببطلان الإجراء اثبات الضرر الذي لحقه من ذلك حتى وإن خرق الإجراء قواعد قانونية شكلية أو من النظام العام.

ب- البطلان في التشريع المصري:

أخذ القانون المصري أنه لا بطلان فهذه القاعدة تسري إلا بوجود نص أما إذا لم ينص القانون عليه فلا يكون البطلان واجبا إلا إذا كان العيب الذي شاب الإجراء عيبا جوهريا، ويشترط أن يكون من يتمسك بالبطلان قد أصابه ضرر من ذلك⁽¹⁾ وعليه نجد أن المشرع المصري يقرر أن تحقق الغاية أو الهدف من الإجراء يمنع الحكم ببطلانه.⁽²⁾

¹ - فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 216.

² - أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 9.

ج-البطلان في التشريع الجزائري:

تعرض المشرع الجزائري لبطلان الإجراء بالمادة 462 الإجراء من قانون الإجراءات المدنية 15/66 التي تقول: " لا يجوز الدفع بالبطلان أو بعدم صحة الإجراءات من خصم يكون قد أودع مذكرته في الموضوع."

وإذا طرأ البطلان أو عدم صحة الإجراءات بعد تقديم المذكرات في الموضوع فلا يجوز أبدا الدفع قبل أية مناقشة في الموضوع الإجراء الذي تناوله البطلان.⁽¹⁾

فالنسبة لموقف المشرع الجزائري في القانون الجديد 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008، فلم يكن موقفه صريحا ولكن يمكن أن نستنتجه من خلال النصوص القانونية من خلال المصطلحات التالية: لا يجوز، تحت طائلة البطلان، وإلا كان باطلا...، الواردة في كل المواد 807، 18، 13، 8 من القانون السابق الذكر 09/08. فالمشرع الجزائري لم يكن موقفه صريحا لمخالفة الإجراء والذي يعبر عنه بالبطلان فلم يستعمل مصطلح محدد لمخالفة الإجراءات المقررة قانونا والمتبعة أمام الهيئات القضائية سواء كانت الإدارية أو العادية.

كما قد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ظل تبني الجزائر الإزدواجية القضائية لذلك فالمشرع لم ينص على البطلان في حالات محددة على سبيل الحصر وفي إجراءات معينة.

أما موقف القضاء الجزائري يرى أنه لا بطلان بدون نص قانوني ومخالفة أشكال متعددة ومتنوعة لا تستوجب البطلان إلا إذا أدى لغموض أو لبس في الحكم أو في هوية الأطراف المتخاصمين.

3/ صور البطلان:

ينقسم البطلان إلى نوعين هما:

1-البطلان المطلق أو البطلان المتعلق بالنظام العام:

أولا نعرف البطلان المطلق ثم بيان أحكامه:

¹ - مصطفى صخري، مرجع سابق، ص 824.

تعريفه: هو البطلان الذي يترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وفي أية مرحلة من مراحل النظر في الدعوى وفي الإجراءات المتعلقة بالنظام العام.

وهناك من القضاة من يفرق بين البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام، ويرون أنهما مختلفان في الخصائص والآثار، فالبطلان المطلق يتقرر بقوة القانون ولا يحتاج إلى حكم القاضي لإقراره في حين أن البطلان المتعلق بالنظام العام لا يتقرر إلا بموجب حكم قضائي.¹

ويقصد بفكرة النظام العام تلك الفكرة التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة والعليا للمجتمع، ومن البديهي فإن هذه الفكرة لا يكتب لها الثبات فهي متغيرة عن المجتمع، ولهذا لم يحاول أي مشروع أن يحدد الحالات التي يعتبر فيها البطلان متعلقا بالنظام العام، وعلى هذا يعتبر متعلقا بالنظام العام جميع الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير المرفق العام.²

أحكام البطلان المطلق

يتميز البطلان المطلق بجملة أحكام نذكر منها:

- لا يجوز الدفع بالبطلان المطلق إذا كان سبب البطلان راجعا إلى خطأ الخصم أو قد ساهم فيه.³
- كما يجب التمسك بالبطلان المطلق في صورة الدفع يطرح أمام المحكمة أثناء النظر في الدعوى التي وقع البطلان في إجراءاتها إذا لم يقرر المشرع دعوى مستقلة ترفع بصفة أصلية بإصدار حكم ببطلان إجراء معين.⁴
- يجوز التمسك به أو الدفع من قبل أي خصم دون اشتراط قيام المصلحة كشرط للدفع.⁵
- يجوز التمسك به في أي مرحلة يكون عليها الدعوى وعلى المحكمة أن تنظره من تلقاء نفسها.⁶
- عدم قابليته للتصحيح عن طريق رضى الخصم الصريح أو الضمني بالإجراء الباطل.⁷

¹ - مصطفى صخري، مرجع سابق، ص 824.

² - أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هومة، ط1، الجزائر، 2007، ص 53.

³ - عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 118.

⁴ - عبد الرؤوف الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، مصر، 1990، ص 40.

⁵ - مدحت محمد الحسني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 112.

⁶ - عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، مرجع نفسه، ص 40.

⁷ - مصطفى صخري، مرجع سابق، ص 836.

ب- البطلان النسبي أو البطلان المتعلق بمصلحة الأطراف:

أولا نعرف البطلان النسبي ثم بيان أحكامه كمايلي:

- **تعريفه:** هو بطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة وهو البطلان الناشيء عن مخالفة قاعدة قررها المشرع لحماية مصالح الخصوم وهو الغالب في إجراءات التقاضي وهو مقرر لحماية الخصومة ولا يجوز أن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه.¹

ويشترط في البطلان النسبي المصلحة والتمسك به يكون سببا فيه.²

- **أحكام البطلان النسبي:** تتمثل أحكامه في:

• يثار البطلان النسبي من طرف الخصوم وليس من طرف القاضي فهنا نجد القرار الذي صدر عن المحكمة العليا سابقا المؤرخ في 19/03/1990 الذي جاء فيه من المبادئ المقررة قانونا أن القاضي لا يمكن له أن يثير تلقائيا إلا أوجه البطلان أو عدم صحة الإجراءات المخالفة للنظام العام.

ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ ويعد خرقا للقانون.³

• كما يجب الدفع والتمسك به أمام محكمة الموضوع.

• لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

• ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا.

• ولا يجوز التمسك به والدفع إلا من طرف الخصم صاحب المصلحة المباشرة

من بطلان الإجراء لعدم مراعاة القواعد القانونية المقررة لمصلحته.⁴

ثالثا: إسقاط العقد الإداري:

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، وإصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة " الإسقاط " الذي سنفصل فيه كالاتي:

¹ - عاطف فؤاد صحصاح، أسباب البطلان في الأحكام الجنائية، دار منصور للطباعة، مصر، 2003، ص 18.

² - فرج علواني هليل، مرجع سابق، ص 218.

³ - مدحت محمد الحسني، مرجع نفسه، ص 117.

⁴ - المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد3، الجزائر، 1993، ص 107.

1/ تعريف الإسقاط: عرفه الفقيه " جاز " بأنه: " فسخ عقد الالتزام المرفق على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه. "

كما عرفه أيضا الفقيه " بولاك " بأنه " ذلك الجزء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى والذي ينهي عقد الالتزام باستبعاد الملتزم الذي لم يمثل للالتزام جوهرى منصوص عليه في دفتر الشروط الخاصة بالعقد. "

وعليه فالإسقاط هو طريقة من طرف إنهاء عقد الالتزام بصورة مبسترة، ويعتبر جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة إخلال المتعاقد مع الإدارة إخلالا جسيما بتنفيذ التزاماته. استثنى عقد الالتزام من الانقضاء بالفسخ إلا بصدور حكم قضائي نظرا للنتائج الخطيرة التي تترتب عليه، واطلق على الفسخ في هذه الحالة الإسقاط.¹

2/ النتائج المترتبة على جزاء الإسقاط:

أ- إن هذا الجزاء يوجد لصالح الجهة المانحة للالتزام، وفي جميع الحالات دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقد أو دفتر الشروط.

ب- يوجد هذا الجزاء دائما بقوة القانون دون حاجى للنص عليه في العقد.

ج- لا يمكن حرمان جهة مانحة للالتزام من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بموجب شرط في عقد الالتزام، إذ أن مثل هذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته للنظام 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.

3/ شروط ممارسته:

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

¹ - عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 19-20.

ومن تطبيقات الأخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الالتزام، رفض الملتزم تنفيذ التعليمات الصادرة من الإدارة، واستمراره في مخالفة التزاماته التعاقدية، والتنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، وعدم احترام مدة التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط، وترك المرفق دون استغلال، حيث أن الملتزم يجب أن يضمن استمرار المرفق في تأدية خدماته المطلوبة.¹

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

وتعفى الإدارة من الاعذار، 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، وتعفى الإدارة أيضا من الاعذار عندما تكون هناك حالة استعجال أو ضرورة لا تسمح باعذار الملتزم أيضا لا جدوى من الاعذار في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم.³

ج-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 لبعقد ماعدا في الحالات التي تنص عليها البنود العقدية أو اللائحية، على منح الإدارة هذا الإختصاص بشكل صريح.

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

د-الزام الإدارة بتسبيب قرار الاسقاط وإبلاغه للملتزم: ويحتوي هذا الأمر على شرطين أولهما الإجراءات التمهيدية وأخذ الرأي مقدما، وثانيهما تسبيب القرار الإداري الصادر بالإسقاط وإبلاغه للملتزم.⁴

¹- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 202-203.

²- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ط1، دار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 116.

³- إبراهيم الشهاوي، عقد الإمتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، ط1، مؤسسة طويحي، مصر، 2003، ص 412.

⁴- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 118.

هـ-تعريف الملزم: عادة ما يحدد العقد أو القانون والذي بموجبه أسقط الالتزام، الآثار القانونية المترتبة خاصة ما يتعلق بالتعويض.

والقاعدة العامة أنه لا يترتب أي تعويض لصالح الملزم الذي أسقط إلتزامه مادام أن الإسقاط كان على سبيل الجزاء، بل أن الجهة مانحة الالتزام تستطيع مطالبة الملزم الذي أسقط التزامه بالتعويضات.¹

رابعاً: إنهاء العقد الإداري:

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد.² وهو بذلك حق خطير، وتكاد لا نجد له وجوداً في مجال علاقات القانون الخاص، إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك، أو إباحة القانون بنص صريح.

ويختلف الوضع في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري عقد لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام، والإدارة العامة هي المسؤولة على تحقيق الصالح العام، ومن هنا يكون دائماً للإدارة الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ودون ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، متى قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك.³

كما انقسمت الآراء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد معها، فيرى البعض أن حق الإدارة في هذا الخصوص يقوم على فكرة الصالح العام، فيما يعتبر البعض الآخر أنه يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، ومنهم من يرى أن الأساس القانوني مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1-الأساس القانوني القائم على الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة:

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن المصلحة المرفق الذي يرتكز عليه العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لإحتياجات المرفق أو يشكل عبءاً ثقيلاً عليه، إذ أن سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري المعترف بها للإدارة تعتبر قاعدة ناتجة

¹ - إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص 414.

² - محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 120.

³ - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 165.

عن احتياجات المرافق العامة وعن المصلحة المالية للدولة، وأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد تجد تبريرها في ضرورة توافر العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، وأن الإدارة تستطيع دائما أن تنهي العقود التي أبرمتها عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك، ولا يجب إلزام الإدارة بالاستمرار في عقد اتضح لها عدم فائدته أو أنه لم يعد مطابقا لسياستها الحالية.

فالاكتفاء الفرنسي الحديث أكد بشكل حاسم أن كل عقد إداري ممكن إنهاؤه من قبل الإدارة لأجل المصلحة العامة وهذا الحق لا يمكن التنازل عنه.

أما الفقه المصري يرى الدكتور سليمان الطماوي أن للإدارة دائما أن تنهي عقودا إدارية إذا أصبحت غير مفيدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة.

فالمصلحة العامة المجسدة في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصورة طبيعية ومنظمة هي الباعث الحقيقي للتعاقد واستمراره وتعديله وإنهائه، ومن غير المعقول أن تستمر الإدارة في تسيير مرفق عام أصبح غير مفيد، أو أن تبقى على عقد لم يعد يتلاءم مع احتياجات المرفق العام، وأن تستمر في استلام توريدات لم تعد تحتاج إليها.¹

ومع ذلك فإن التسليم للإدارة بحق الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري قبل نهاية مدته مشروط بعدم التضحية بمصالح التعاقد معها الذي يجب أن يحفظ حقه في التعويض.

وفي قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: " للإدارة سلطة إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذا إن حق الإدارة مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وإلى موافقة الطرف الآخر."

إن الفقه والاجتهاد مستقران على أن السلطة الممنوحة للإدارة في اتخاذ التدبير الذي تراه مناسبا في ضوء الأحكام القانونية النافذة، ليست سلطة تحكمية أو تعسفية، بل يجب أن تبنى على أسبا جدية تبررها المصلحة العامة، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء.

¹ - محمد الشافعي أبو راس، مرجع سابق، ص 103.

2- الأساس القانوني القائم على السلطة العامة وامتيازات القانون العام:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الامتيازات الاستثنائية للإدارة ومن بينها سلكتها في إنهاء العقد الإداري هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد. وإن الإدارة المتعاقدة تملك دائما اختصاصات لا يمكنها أن تتنازل عنها أو أن تتصرف فيها تعاقديا (أي بمقتضى نص في العقد)، فعندما تبرم الإدارة عقدا بقصد استغلال المرفق العام، فإنها تحتفظ دائما بالمسؤولية الأساسية في تنظيم وتسيير هذا المرفق العام، وهذا التبرير هو الذي يسمح بتفسير سلطات الإدارة في التعديل الإفرادي والإنهاء الإفرادي للعقد. ويذهب أنصار الاتجاه بأن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي، وفي التنفيذ المباشر أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها¹

3- الأساس القانوني القائم على المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة:

يرى هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنما تستند على امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد، إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام، فالشخص العام المتعاقد يستطيع بحكم رسالته في حماية المصلحة العامة وحسن تنفيذ المرافق العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها أن تنهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها، ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدية، لذلك فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى. فإنه من المسلم به أن الإدارة في نطاق العقود الإدارية بامتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها لا مثيل لها في القانون الخاص كحقها في الرقابة على المتعاقد أثناء التنفيذ وفي تعديل العقد وتوقيع الجزاءات، وحقها في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد إذا رأت أن

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 363-364-365.

مقتضيات المصلحة العامة توجب ذلك. وهذه الامتيازات مقررة انطلاقاً من صلة العقود الإدارية بتسيير المرافق العامة.

وفي رأينا أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام، لأنه حتى في حال الأخذ بفكرة امتياز السلطة العامة فإن إنهاء العقد طبقاً لهذه الفكرة يجب تقييده أيضاً بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، فالمنبت والأساس هو المصلحة العامة وحاجات المرفق العام والوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله ودون خطأ من المتعاقد هو السلطة العامة وامتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة.¹

المطلب الثاني: حالات الفسخ في العقد الإداري:

قد تكون المخالفة المرتكبة من المتعاقد على جانب كبير من الخطورة، بحيث تشكل خطأ جسيماً أو أن ظروف المتعاقد لا تمكنه من الوفاء بالتزامه التعاقدى الأمر الذي حذى بالمشرع إلى إلزام الإدارة بفسخ التعاقد معه.

وقد تكون المخالفة على خلاف ذلك، فيترك المشرع للإدارة المتعاقدة حرية تقدير مدى ضرورة اللجوء إلى هذا الجزاء وفقاً لظروف الحال.

ومن ثم فإن فسخ العقد الإداري إما أن يكون وجوبياً ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه، وإما أن يكون جوازياً تترخص الإدارة في تقديره.² وهذا ما سنفصل فيه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الفسخ الوجوبي:

فعلى سبيل الوجوب، يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين التاليتين:³

أولاً: الحالة الأولى: إذا استعمل المتعاقد الغش:

ثبوت استعمال المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد. فالغش يؤدي إلى فسخ التعاقد أثناء تنفيذ العقد بالتحويل

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع نفسه، ص 365-366-367.

² - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 367-368-369.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 291.

على التنفيذ الصحيح عل نصوصه والغش يقع وفق قضاء محكمة النقض بإضافة مادة غريبة إلى السلعة أو بإخفاء البضاعة تحت مظهر خادع من شأنه غش المشتري، وفسخ العقد للغش والتلاعب يجد مبرره في أن المتعاقد بسلوكه هذا فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه، إضافة إلى افتقاده لشرط تنفيذ العقد بحسن نية وهو الأمر الذي يجب أن يسود تنفيذ كافة العقود الإدارية.¹

وإذا كان استعمال المتعاقد للغش بنفسه أو بواسطة غيره لا يثير مشكلة بالنسبة لفسخ التعاقد معه، حيث أنه تعمد هذه السلوك فيتحمل وحده نتائجه، إلا أن الأمر يدق إذا وقع الغش ممن يتعامل المتعاقد معهم ويعتمد عليهم في تنفيذ التزامه قبل الإدارة حيث أن استعمال الإدارة لحق فسخ العقد في هذه الحالة يستوجب سوء نية المتعاقد وذلك بأن يكون عالماً بالغش ومرتبضيه لأن الأمور تسير به في صالحه وتحقق له منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة.

لذلك قضى جواز قيام الإدارة بفسخ التعاقد مع مورد جبن بحجة أن الجبن مخالف لشروط التعاقد بالغش، حيث ثبت أن هذا المورد يشتري الجبن من آخرين ارتكبوا هذا الغش ولم يثبت علمه به.²

ثانياً: الحالة الثانية: إذا أفلس المتعاقد أو أعسر:

متى وجد المتعاقد مع الإدارة في أي حالة من الحالتين، تستطيع الإدارة فسخ العقد المبرم معه تلقائياً ودون الحاجة إلى حكم قضائي بذلك. ليس هذا فحسب وإنما يصاحب إنهاء العقد الإداري جزء آخر هو (شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين).

وتقوم الهيئة العامة للخدمات الحكومية بنشر قرار الشطب في النشرات المصلحية، ولا يملك المتعاقد الذي شطب اسمه أن يعيد قيده في سجل الموردين أو المقاولين إلا متى توافر بشأنه الآتي:

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 354.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع نفسه، ص 292

1- إنتفاء سبب الشطب على النحو السالف ذكره ويتم ذلك بصدور قرار من النيابة العامة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو يحفظها إداريا.¹

2- قد يتخطى موقف المتعاقد المشطوب مرحلة التحقيق ويدخل في مرحلة المحاكمة وهنا يشترط لإعادة قيده في سجل الموردين أو المقاولين أن يصدر حكم ببراءته على أن يكون هذا الحكم نهائيا أي لا يجوز الطعن فيه.²

حيث نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام أنه يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه...³

الفرع الثاني: الفسخ الجوازي:

وعلى سبيل الإجازة وبموجب قرار من الجهة المختصة يعلن إلى المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة فسخ العقد في حالة:
أولاً: الإخلال بأي شرط من شروط العقد.

ثانياً: عدم سداد التأمين النهائي في المهلة المقررة لذلك.

ثالثاً: الوفاة⁴، أي إذا توفي المتعاقد جاز للإدارة فسخ العقد أو السماح لورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه، توافق عليه السلطة المختصة.⁵

وقد أكد المشرع على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة " فإذا حدث ما يمس تلك الإعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإداري في حالات معينة وأوجب فسخ العقد ومصادرة

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 292-293.

² - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 198.

³ - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 198.

⁴ - أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁵ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 358.

التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة، حين يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخا من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا الشأن، كما أن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره، إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، بحيث إذا حصل تنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام.¹

رابعاً: رقابة القضاء على قرار فسخ العقد الإداري وحق المتعاقد في التعويض، إذا كان حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة هو امتياز لها تستعمله بوصفها سلطة عامة، إلا أن استعمالها لذلك الحق يخضع لرقابة القضاء، بحيث إذا قامت الإدارة بفسخ التعاقد لأسباب لا تبررها المصلحة العامة، كان للمتعاقد معها اللجوء للقضاء مطالباً بتعويض ما لحقه من أضرار مادية أو أدبية، بشرط قيام المدعي بإقامة الدليل على وقوعها وثبوتها ثبوتاً يقينياً، منعا لإثرائه بلا سبب على حساب الإدارة، يشمل التعويض عن الأضرار المادية ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.²

المطلب الثالث: شروط الفسخ للعقد الإداري:

تختلف الشروط التي توضع لممارسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد انفرادياً عن سلطة الإدارة في الفسخ، فسلطة الإنهاء الانفرادي مقررة للإدارة دون الحاجة إلى إثبات وقوع خطأ من المتعاقد ومتى اقتضت المصلحة العامة ذلك أما سلطة الفسخ فتفترض وقوع خطأ من المتعاقد³، وبالتالي سندرس شروط كل حالة على حدى من خلال الفرعين التاليين:

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 أعمال هذه السلطة في كل طوائف العقود الإدارية، حتى وإن لم ينص على ذلك في شروط العقد وبدون

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 164.

² - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 165.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 296.

اعذار المتعاقد.¹ غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، تلجأ إليها الإدارة متى شاعت، بل هي سلطة تقديرية، ترد عليها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند اتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري.² وتتمثل هذه القيود فيما يلي:

أولاً: إنهاء العقد الإداري للمصلحة 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 وتطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء أجله، لانعدام الفائدة من الاستمرار منه، دون الحاجة إلى إثبات صدور أي خطأ من جانب المتعاقد معها.³

وهو نفس الاتجاه 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 بناءً على سلطتها التقديرية أن ذلك من مقتضيات الصالح العام، مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكيف.⁴

وبالتالي فإنه يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة وإن لم يخطئ 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 قانوناً.⁵

والنتيجة التي نستخلصها أنه على الإدارة أن تقوم بتعليل قرارها بإنهاء العقد الإداري أي ضرورة التسبب وذلك لأمرين هما:

1- ارتباط التسبب ارتباطاً وثيقاً بمصالح الطرفين، فيضمن هذا الإجراء حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من جهة، ونتأكد من سلامة نية الإدارة في تحقيق المصلحة العامة.

1- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 70.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع نفسه، ص 114.

3- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 69.

4- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع نفسه، ص 114.

5- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 103.

2- وجود وقيام رقابة قضائية ممارسة خاصة أن قرار الإنهاء فيه من الخطورة ما يجب التسبب والتعليل.¹

ثانيا: إنهاء العقد الإداري مشروعا:

إن القرار الإداري الذي يصدر السلطة الإدارية في إنهاء العقد الإداري يجب أن يستوفي أركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون قرارا مشروعا وعليه يجب أن لا يكون قرار الإنهاء مخالفا لإجراءات الإنهاء المنصوص عليها في العقد أو القوانين أو اللوائح، فإذا أوجب القانون أن تراعي في مثل هذه القرارات اجراءات معينة أو شكلية محددة فيجب أن يكون قرار الإنهاء مستوفيا لما نص عليه القانون من إجراءات كأن تقوم الإدارة بإنذار المتعاقد معها قبل اتخاذ قرار الإنهاء أو أن تحصل على موافقة جهة عليا قبل أن تقرر إنهاء العقد، فعندما تفرض الجهة الإدارية هذه الإجراءات فإنها ترمي إلى هدفين أساسيين هما: مراعاة مصلحة الإدارة من جهة وضمان حقوق الأفراد الذين يتعاملون معها من جهة أخرى لأن اتباع الاجراءات الصحيحة يؤدي إلى اجتناب القرارات المرتجلة التي تكون عادة إما خاطئة أو غير عادلة.²

فقد أكد مجلس الدولة ذلك في قرار له في قضية السيدة "بيكارولي" حين قرر أن عقدا إداريا أبرمه تجمع معنى أو مؤسسة عامة أو بموافقة سلطة الإشراف المنصوص عليها في القانون يمكن أن يفسخ بدون تدخل هذه السلطة لأنه لا يوجد أي نص يفرض هذا التدخل عند الفسخ.

كما أن الفسخ يكون بلا مبرر إذا كان مشوبا بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الصادرة بناء على سلطة تقديرية كالغلط في الواقع ان تسبب الإدارة قرار الفسخ تسببا معيبا.³

زما 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 اتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين أو في اللوائح.

¹ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور للنشر والتوزيع (دب)، (دس)، ص 238.

² - محمد صغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص 179.

³ - محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص 74.

فإن شروط ممارسة سلطة إنهاء العقد في حالة عدم الخطأ من المتعاقد وهي تسري على كافة العقود الإدارية ويترتب على عدم الأخذ بها بطلان قرار الإنهاء وجوازية إلغائه من طرف القضاء المختص.

الفرع الثاني: حالة وجود خطأ من المتعاقد:

تقوم الإدارة في حالة خطأ المتعاقد، أو ما يسمى بعدم الإيفاء بالتزاماته التعاقدية، بإعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري، أي اتخاذ 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.

إن 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.¹

يتعين لكي تمارس الإدارة سلطاتها في منح العقد أن تتوافر على شروط ثلاث هي: ارتكاب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيم وألا يتم الفسخ إلا بعد إعداره، على أن تخضع الإدارة في ذلك لرقابة القضاء وذلك فيمايلي:

أولاً: ارتكاب الخطأ الجسيم:

الخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالالتزام تعاقدية أي منصوص عليه في العقد أو القانون والإدارة وحدها هي التي تملك تقدير جسامته الإخلال بتلك الالتزامات بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء.²

كما تشير القواعد العامة في القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية على عدم تنفيذ التزاماته بسبب غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين يتشرف عدم مسؤوليته عن الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته ومبررات هذا الحكم يمكن ردها إلى مبدئين أساسيين هما:

¹ - محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص 75.

² - الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، مطبوعات مخبر الإجتهد القضائي وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010، ص 22.

المبدأ الأول:

يقتضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية كما لهما أن يتفقا على التخفيف منها.

المبدأ الثاني:

يقتضي بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين إلى حد معين، فلا يجوز مثلاً التخفيف من المسؤولية إلى غاية الإعفاء من الفعل العمد الذي أخفى إلى خطأ جسيم.¹ ومن أمثلة الخطأ المؤدي إلى الفسخ والتي تشير إليها أحكام القضاء، هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة للمتعاقد من قبل عمال الإدارة وترك موقع العمل وإيقاف تنفيذه تعتبر من قبيل الأخطاء المبررة للفسخ والتي لا يمكن أن يقبل أي عذر عن القيام بها من جانب المتعاقد، ويدخل ضمن ذلك أيضاً عدم مراعاة مواعيد تسليم الأعمال أو توريد الأصناف المتفق عليها، ويشير الفقه إلى صور من الخطأ الجسيم تتمثل في حالة إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لدمته المالية والتنازل عن العقد وعجز المتعاقد عن تكملة مبلغ التأمين النهائي وتوقف المورد عن التسليم والعش ومحاولة الرشوة وتوريد أصناف رديئة.

تلك هي بعض صور الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة والتي من شأنها إمكانية فسخ العقد الإداري من جانب الإدارة ودون حاجة إلى استصدار حكم بذلك.²

ثانياً: إعدار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ:

ويقصد بالاعذار طبقاً للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية إثباتاً قانونياً، وق يكون الاعذار لغرض تنبيه المدين بضرورة العودة إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ.³

كما يعني هذا ضرورة منح المتعاقد مهلة أو فترة معقولة تسمح له بالقيام بتنفيذ التزاماته وتعفى الإدارة من ضرورة الإعدار إلا في حالة وجود نص صريح في العقد أو في دفتر الشروط، أو إذا سبق الفسخ اتخاذ إجراء من إجراءات الضغط على المتعاقد والتي تشترط

1- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 199.

2- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 87.

3- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 200.

إعذاره ومن ثم يكون قد أعذر فيما سبق وطالما الفسخ يتم لذات الأسباب التي دعت إلى استخدام جزاءات فإنه لا يستوجب الإعذار قبل اتخاذه.¹

وكي تتمكن الإدارة من إتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري الذي أبرمته مع المتعاقد معها، عليها كمبدأ عام أن تتبه المتعاقد معها بالأخطاء التي ارتكبتها، أو التأخير الذي سببه نتيجة عدم تنفيذه التزاماته التعاقدية تنفيذا صحيحا، وتدعوه إلى ضرورة تنفيذ هذه الإلتزامات وتبلغه بالقرار الذي سوف تتخذه عند عدم استجابته لذلك، ويعتبر الإنهاء غير المسبوق بالإعذار معيبا.²

فمنظرا لشدة جزاء فسخ العقد الإداري، وما ينتج عنه من نتائج خطيرة فقد قيد مجلس الدولة الفرنسي الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ ومنح المتعاقد مع الإدارة مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية، إن فهو التزم عام يقع على عاتق الإدارة وإلا أصبح قرار الإدارة غير مسبوق بالإعذار معيبا من الناحية الجزائية من ثم قابلا للبطلان، فيعفى المتعاقد المفسوخ عقده من النتائج المالية الكبيرة التي تترتب عن فسخ العقد.³

أما المشرع الجزائري فقد نص بصراحة عن الإعذار بقوله: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ينفي التزاماته التعاقدية في أجل محدد."

ثالثا: خضوع الإدارة لرقابة القضاء عند اتخاذ نوع معين من الفسخ:

متى نص القانون أو العقد على حق الإدارة في الفسخ وبين الحالات التي تستوجب ذلك إلا أن ذلك لا يمنع الإدارة من اللجوء لفسخ العقد في حالات أخرى لم ينص عليها سواء في العقد أو القانون ويرجع السبب في ذلك إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

والفارق بين حالات الفسخ الواردة بنص القانون أو التي تضمنها العقد وبين الحالات الأخرى أن النوع الأول لا تخضع فيه الإدارة لرقابة القضاء عن مدى ملائمة قرارها بالفسخ.

أما في الحالة الثانية فإن الإدارة تخضع لرقابة القضاء ليوائم ما بين اخلال المتعاقد بالتزاماته الجوهرية إخلالا جسيما وما بين الجزاء الذي وقعته الإدارة والمتضمن فسخ العقد.⁴

1- محمد عبد الله حمود، مرجع نفسه، ص 99.

2- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 200.

3- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 99-100.

4- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 187-188.

المبحث الثاني: أنواع الفسخ في العقد الإداري:

إذا كانت العقود الإدارية تنتهي كأصل عام بتنفيذ موضوعها وهو الوضع الطبيعي والمألوف، فإنها قد تنتهي قبل إتمام عملية التنفيذ.¹ وهذه الحالة بذاتها قد تؤدي الظروف إلى فسخ العقد الإداري قبل تنفيذه تنفيذا كاملا أو قبل إنتهاء مدته فيتفق الطرفان على فسخ العقد قبل إتمام تنفيذه أو إنتهاء مدته، ويتم الإتفاق على تسوية ما يترتب على هذا العقد من الحقوق.

كما نجد أن هناك ظروف أخرى قد تؤدي إلى فسخ العقد تلقائيا بغير الحاجة إلى الحكم من القضاء، أو قرار من الجهة الإدارية المتعاقدة، كما قد يحتاج الأمر إلى صدور حكم القضاء أو قرار من الإدارة.

وقد يفسخ العقد بقوة القانون وفي هذه الحالة ترتب القوانين واللوائح ما يترتب على هذا الفسخ من الحقوق.

وأخيرا ينتهي العقد بحكم من القضاء أو بقرار صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة وتتمثل أساس في فسخ العقد الإداري الذي يأخذ عدة أشكال مختلفة، أي أن إنهاء العقد قبل تمام تنفيذه أو نفاذ مدته، بعد أن أبرم صحيحا، ويتنوع إلى عدة أنواع حسب مصدره وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب التالية:

المطلب الأول: الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري:

يمكن أن ينتهي العقد الإداري باتفاق الطرفين على فسخه قبل تحقيق أهدافه، وفي هذا الشكل لا يختلف العقد الإداري عن العقد المدني، فتطبق لأحكام الأخير في هذا الصدد وهذا الفسخ يجب أن تظهر الإدارة فيه ارادتها بوضوح من دون اشتراط شكل معين لذلك، إذ يمكن أن يتم بمخاطبات متبادلة بين طرفي العقد، كما يجب أخذ الموافقات الرسمية من الجهة المختصة بإبرام العقد الإداري على وفق الاختصاص.²

وبالغالب يتضمن العقد بندا ينص على أحد الأمرين التاليين في حالة الفسخ الإتفاقي أولهما عد العقد مفسوخا تلقائيا لدى اخلال أحدهما بالتزامه دونما الحاجة إلى اللجوء إلى

¹ - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 201.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 367.

القضاء لتقرير فسخ العقد أو تقييد سلطة القاضي لدى تدخله للحكم بالفسخ القضائي ونظرا لخطورة الفسخ الإتفاقي فقد قيد المشرع بضرورة إتجاه إرادة المتعاقدين إلى هذا الشرط صراحة أي لا يكفي بالتعبير الضمني، وعليه سنتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة إتفاقيا يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هنا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص.

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

كما أن العقد ينفذ برضا الطرفين، فإنه ينتهي باتفاق الطرفين أيضا إذا ما قررا ذلك وقبل أن تحقق نتيجته الطبيعية بشكل تام، أو قبل إنتهاء مدته والفسخ بهذه الطريقة يمكن تطبيق القواعد العامة بشأنه كتلك الواردة في القانون المدني، سوى أنه يجب أخذ الموافقات الرسمية من الجهة المختصة بإبرام العقد الإداري وفق قواعد الاختصاص. ويجب أيضا أن تكون إرادة إنهاء العقد بهذه الطريقة واضحة لا يكتنفها الغموض، وفيما عدا ذلك فإن المتعاقدين أحرار في الطريقة التي يتفقون بموجبها على إنهاء العقد والتقابل من شأنه. وقد يتفق الطرفان على الفسخ، على تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب نتيجة عدم تكملة العمل بموجب العقد، كما قد لا يشيران إلى ذلك ولا يستحق المتعاقد تعويضا عن ذلك.²

يجد الفسخ الاتفاقي أو المشترك أساسه القانون في التشريع الجزائري في المادة 113 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي جاء فيها: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض."

من النص أعلاه يتضح لنا أن المشرع الجزائري أجاز للإدارة بعد الإتفاق مع المتعامل المتعاقد أن تلجأ إلى الفسخ الإتفاقي، ومن المؤكد أنها ملزمة في هذه الحالة بتبرير موقفها هذا

¹ - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 253.

² - عبد الله الشواربي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 149.

في قطع العلاقة العقدية خاصة وأن الفسخ سيأخذ الطابع الإتفاقي وأن المتعامل المتعاقد لم يقصر في أي جانب من التزاماته المتعاقدة.

وبتميز الفسخ الإتفاقي عن باقي أنواع الفسخ الأخرى (الفسخ القضائي، الفسخ بقوة القانون، الفسخ الإداري...) أنه نابع من إرادة الأطراف المتعاقدة وأنها انسأقت إليه طوعا وإرادة فهو بمثابة العقد الجديد الذي يضع حد أو نهاية لعقد قديم ولا شيء يمنع في أن ينص في العقد الفاسخ (الجديد) على أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض لتغطية الضرر الذي قد يصيبه جراء اللجوء إلى الفسخ الإتفاقي.¹

الفرع الثاني: حالات الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري:

إن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

فلا يجوز للطرفين المتعاقدين فسخ الرابطة العقدية في أي وقت بعد إبرامها سواء كانت قد رفعت دعوى بهذا الطلب أم لا، وسواء تضمن العقد شرطا فاسخا صريحا أو لم يتضمن، لأن ورود هذا الشرط في العقد لا يحول دون اللجوء إلى القضاء وتقرير الفسخ حتى لو اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون الحاجة للجوء للقضاء، بحيث إذا تنازع الطرفان حول تحقق الشرط وجب اللجوء إلى القضاء.

كما أنه للمتعاقدين ولو لم ترفع دعوى بفسخ العقد أو تنفيذه أن يتفقا صراحة أو ضمنا بعد إبرام العقد على فسخه،² وهذا ما يعرف بالتقاييل، وهو عقد جديد بين المتعاقدين لاحق للعقد الأول يؤدي إلى زوال الرابطة العقدية بينهما.³

أولا: الإتفاق على الفسخ وقت تحرير العقد:

في العقد الملزم لجانبين يلتزم كل متعاقد بتنفيذ الإلتزامات التي تضمنها العقد المقابل لتنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، ويعتبر كل عقد متضمنا إتفاقا ضمنيا يعطي الحق للمتعاقد في رفع دعوى لفسخ العقد إذا لم يلتزم الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، وبذلك يتضمن العقد شرطا فاسخا ضمنيا، وهو ذات الشرط الذي افترضه المشرع في العقود، ويخضع لذات أحكامه،

¹ - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 253-254.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 367-368.

³ - أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 70-71.

وبالتالي يتعين على المتعاقد إذا أراد التحلل من الرابطة العقدية أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي، فالفسخ هنا لا يقع بقوة الشرط وإنما بحكم القضاء، وتكون للقاضي سلطة تقديرية في إعمال هذا الشرط من عدمه...

إذا اتفق المتعاقدان على وقوع الفسخ دون الحاجة إلى استصدار حكم بذلك يكون العقد قد تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً ظهرت بموجبه الإرادة الصحيحة للمتعاقدين كما ليس فيها ولا غموض على استبعاد دور القضاء، فعلى قدر صياغة الشرط يتحدد نطاقه.¹

مقتضى شرط الفسخ الصريح أن يتضمن العقد بنداً صريحاً أو يشترط المتعاقد صراحة فسخ العقد لعدم التنفيذ أو الإخلال به، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد الذي يربطه به.²

ثانياً: الاتفاق على الفسخ بعد تحرير العقد:

يجوز للطرفين المتعاقدين نقض العقد أو تعديله في أي وقت متى تلاقى إرادتهما على ذلك، فالعقد شريعة المتعاقدين حسب ما جاءت به المادة 106 من القانون المدني الجزائري، إذ لا يجوز نقضه أو تعديله بإرادة أحدهما المنفردة وإلا جاز للمتعاقد الأخير إجباره على تنفيذه عينا إن كان ذلك ممكناً أو بتنفيذه عن طريق التعويض.

يمكن أن يكون الاتفاق على الفسخ صريحاً بموجب ملحق للعقد يتضح منه بجلاء إنصراف إرادة الطرفين لفسخه، كما يمكن أن يكون الاتفاق ضمناً يستخلص من وقائع لا تدع مجالاً للشك على توافر تلك الإرادة، فقد تنقضي مدة على الأجل المحدد لتنفيذ العقد دون لجوء أي من المتعاقدين إلى طلب تنفيذه: مما يدل على أنهما تقايلاه، فالتقاييل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يمكن أن يكون أيضاً بإيجاب وقبول ضمنيين...

على محكمة الموضوع إن هي قالت بالتقاييل الضمني أن تورطت من الوقائع والظروف، وما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد، وبالتالي ينحل العقد بتلك الإرادة الضمنية، ويرتد هذا الأثر في وقت إبرامه.³

¹ - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص 199.

² - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 71-72.

³ - حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي المقارن، دار وائل للنشر، الأردن، 2002، ص 220.

أما إذا كان الاتفاق على الفسخ صريحا بموجب ملحق العقد، اعتبر هذا الملحق جزءا متما للعقد، وإذا لم يتضمن العقد شرطا صريحا على المتعاقدين التمسك بالشرط الضمني الذي يعتبر متوفرا في جميع العقود الملزمة لجانبين دون الحاجة للنص عليه.

ثالثا: الاتفاق على الفسخ أثناء النظر في الدعوى:

يمكن لأحد المتعاقدين أن يرفع دعوى بفسخ العقد أو بصحته أو نفاذه، وأثناء النظر فيها يتفق المتعاقدان صراحة على الفسخ، حينئذ تقضي المحكمة بالفسخ إعمالا لهذا الاتفاق دون الإعتداد بشرط العقد، ويكون الحكم في هذه الحالة منشيءا للفسخ وليس مقررا له.¹

المطلب الثاني: الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري:

أبرز صورة تدخل تحت هذه الحالة من الحالات إنهاء الصفقة هي حالة القوة القاهرة فإذا كنا أمام عقد أشغال وأنجز المماثل جزءا من العمل ثم هلك محل العقد نتيجة زلزال مثلا أو نتيجة سبب خارجي كالحرب فإن العقد ينقضي دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويض بسبب هذا الإنقضاء.² وبالتالي هذا ماسنتطرق إليه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري:

يقع الفسخ هنا بقوة القانون، أي دون تدخل قضائي أو إداري، وهي حالات يقرر فيها القانون إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها، فإذا تحققت هذه الشروط صار العقد مفسوخا بقوة القانون، ويكون الفسخ اعتبارا من تاريخ تحقق الشروط، والواضح أن هذا الفسخ يقع دون تدخل أحد من أطرافه، ولهذا كانت القاعدة العامة أن يقع الفسخ بقوة القانون، بدون إلزام أي طرف بأي تعويض، وما ذلك إلا لتخلف ركن الخطأ. ولكن قد يحدث أن كون تحقق أسباب الفسخ بفعل أحد طرفي العقد، هنا يكون هذا الطرف مخطئا، ومن ثم فإنه يلتزم بتعويض الطرف الآخر بما ترتب على الفسخ من أضرار نتيجة إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية.³

¹ - يوسف أمير فرج، العقد والإرادة المنفردة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص 538.

² - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 85.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 371.

الفرع الثاني: حالات الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري:

قد يفسخ العقد بقوة القانون في بعض الأحيان عند تحقق وقائع معينة وينتج هذا الفسخ آثاره من تاريخ تحقق الواقعة التي أدت إلى الفسخ فعلا،¹ أي ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقا للقواعد العامة ومنها:²

أولاً: هلاك محل العقد: فالعقد بموجب هذه الحالة يكون مفسوخا تلقائيا وبحكم القانون كأن يتبين أن محله غير موجود وأن بضاعته هلكت أو احرقت أو غير ذلك.

إن هلاك محل العقد إذا كان بفعل أحد المتعاقدين يوجب عليه التعويض أما إذا كان سبب الهلاك خارج عن إرادة الطرفين فلا موجب للتعويض لأن إنقضاء الإلتزام بهذه الطريقة يقوم مقام الوفاء به. ويمكننا أن نتصور أثر ما تقوم به الإدارة من اعمال من شأنها إزالة الوجود المالي لموضوع العقد بأن تصدر تعليمات تجعل بموجبها تنفيذ الإلتزام الناشئ عن بعض العقود غير ممكن وذلك بموجب نظرية المخاطر الإدارية وقد يؤدي إجراؤها الخاص بالعقد إلى هلاك محله أيضا، وفي الحالتين تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن تبعية الهلاك.³

ثانياً: إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقض العقد اعتبارا من هذا التاريخ.

ثالثاً: إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم انفساخ العقد من تاريخ تحققها.⁴

¹ - محمد الشافعي أبو راس، مرجع سابق، ص 129.

² - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 254.

³ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 149.

⁴ - احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 341.

المطلب الثالث: الفسخ القضائي للعقد الإداري

إذا كانت الإدارة تملك إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة على النحو السالف ذكره فإن للتعاقد معها أيضا الحق في اللجوء إلى القضاء لاستهدار حكم بفسخ العقد،¹ وهذا ما سنتطرق له من خلال ثلاث الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الفسخ القضائي للعقد الإداري

من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع فإنه يجوز لأي من طرفي الرابطة العقدية اللجوء للقضاء الإداري المختص ممثلا في الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي حاليا، ومستقبلا أمام المحكمة الإدارية في حال تنصيبها طالبا فسخ الصفة

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى (إدارة أو متعامل متقاعد) لسبب جدي يوجي الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى²

ويتم الفسخ بهذه الطريقة بطلب يتقدم به أحد المتقاعدين إلى القاضي، وترتد آثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى لأن سبب الفسخ في مثل هذه الحالة يكون عادة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته.

ويترتب على ذلك عدم وجود حاجة إلى إنذار الكرف غير المنفذ لالتزاماته للأسباب الآتية:

أولاً: لما كان طلب الفسخ القضائي بسبب عدم التنفيذ فليس من المعقول إنذار من امتنع عن القيام بالتزاماته كأن يعلن ذلك صراحة الطرف الآخر.

ثانياً: إن مجرد رفع الدعوى يعتبر إنذار لمن رفعت ضده بالفسخ فيستطيع إن أراد تنفيذ التزامه أن يقدم بذلك قبل النطق بالحكم.

ثالثاً: وقد يكون الإنذار لا طائل تحته وذلك إذا كان تنفيذ الالتزام لا يفيد إلا في ميعاد معين وقد فات ذلك الميعاد أو كان الالتزام امتناع عن عمل شيء وقد قام به المدين رغم ذلك ومع ذلك فإن الإنذار إذا لم يكن ضرورياً فقد يكون مفيداً في بعض الأحيان، إذ يستطيع الدائن

¹ - عمار يوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص368

² - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص341.

(سواء كانت الإدارة أم الفرد) أن يثبت بواسطته تأخر المدين في التنفيذ وخطأه في ذلك مما يستطيع معه الحصول على تعويض بالإضافة إلى الفسخ وهذا يتطلب لتحقيقه من جانب رجل الأعمال خبرة و نباهة، ومن جانب الإدارة حرصا و مثابرة على تنفيذ المشروع. وعلاوة على ذلك فإن قيام الإدارة بإنذار المدين يعتبر تنازلا منها في استعمال سلطاتها بالفسخ من جانب واحد وذلالة على رغبتها في تنفيذ العقد دون فسخه، حتى إذا ما رفع، الأمر إلى القضاء بعد ذلك تولدت لدى المحكمة قناعة تامة في فسخ العقد لصالح الإدارة مع التعويض إن كان له مبرر.

الفرع الثاني: خيارات الفسخ أو التنفيذ في العقد الإداري:

مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص لت يكون فسخ العقد الإداري مجردا أو أليا فسواء رفعت خيارات لكل من الدائن والمدين والقاضي في الفسخ أو تنفيذ العقد¹ أولا: فخير الدائن (سواء كانت الإدارة أم الفرد): يتمثل في إستطاعته بعد رفع الدعوى أن يعدل قبل الحكم بالفسخ إلى طلب تنفيذ العقد، وله بالمقابل إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عنه إلى الفسخ، والحق الأخير يضيق منه القضاء " بداهة" إذا ما استعمله المتعاقد، ذلك أن تنفيذ العقد خير من فسخه بالنسبة للمرافق العامة، متى ما أبدت الإدارة استعدادها التام لتنفيذ التزاماتها العقدية.

ثانيا: أما خيار المدين (الإدارة أو الفرد): فيتمثل في مقدرته تجنب الفسخ قبل النطق النهائي بالحكم بالقدرة على تنفيذ التزامه، غير أن هذا الخيار لا يلغي حق الدائن في التعويض نتيجة تأخر المدين في تنفيذ، ومن العوامل المساعدة للحكم بالتعويض ان يكون الدائن قد أُنذر المدين قبل رفع الدعوى على نحو ما رأيناه قبل قليل.

ثالثا: أما خيار القاضي: فيتمثل في ماله من سلطة تقديرية في هذه الحالة إذ ليس محتما عليه الحكم بالفسخ فقد يحكم بالفسخ إذا كان مبرر وتبدوا ظروف العقد من ملفات الدعوى ليست مشجعة على التنفيذ.

وقد لا يجيب طلب الفسخ بل يعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزاماته فيبقى على العقد قائما لحين تمكن المدين من تنفيذ تلك الالتزامات إذا ما بدا حسن النية، كأن تكون هناك اسباب

¹- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 368.

منطقية لتأخره في التنفيذ أو أن الضرر الذي أصاب الإدارة إنما نجم عن فعلها هي لاعن فعل من تعاقد معها، وإعطاء المهلة القضائية للمتعاقد يكون مصحوبا بشرط تنفيذ التزاماته ضمنها وليس لمدة أخرى سواها فحيثما لا يستطيع المتعاقد تنفيذ التزاماته خلال مدة المهلة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانتهائها¹ ومن المفيد أن نذكر أن السبب الرئيسي في الخيارات المذكورة في عقود القانون الخاص هو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود أما في العقود الإدارية فيضاف إلى مبدأ حسن النية المذكور مبدأ دوام سير المرفق العامة

الفرع الثالث: حالات الفسخ القضائي للعقد الإداري.

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معنية كالتالي:

أولاً: الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب اجنبي لا دخل فيه ولم يكون في وسعه توقعه.²

فمن الطبيعي أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى ما اتصفت بكونها خارجة عن إدارة الطرف المدين وأنه ما كان في وسعه توقعها و أصبح أمام حالة استحالة مطلقة تحول دون إمكانية قيامه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن القوة القاهرة تؤدي إلى فسخ العقد من دون أن يكون للمتعاقد الآخر المطالبة بالتعويض، وإذا كان فسخ العقد المدني بحكم قضائي نتيجة القوة القاهرة فإن ذلك الحكم لا ينشئ حالة الفسخ وإنما يقررها، فإن فسخ العقد الإداري يختلف بعض الشيء، حيث يجب أن نفرق بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وذلك الذي يطلبه الإدارة. ففيما يتعلق بالفسخ الذي يطلبه المتعاقد، فإن صدور الحكم القضائي شرط لازم لتطبيق حكم القوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء وهنا نكون أمام حالة فسخ إداري وليس قضائي، والعلة في ذلك هي عدم ترك الحرية للأفراد بالتذرع بالقوة القاهرة في عدم تنفيذ التزاماتهم المتعلقة بالمرفق العامة³

¹ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 256، 257.

² - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 255، 256.

³ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 256، 257.

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززا رايه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استنادا إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخا إداريا.¹

ثانيا: الفسخ القضائي كجزء بالالتزامات العقدية:

ان حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لا خلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين مادامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري إستنادا إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف. باستثناء حالة طلب اسقاط الإلتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي.

أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالا جسيما، وإذا حكم القضاء بذلك فإن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى²

ثالثا: الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد:

تملك الادارة كما بينا سابقا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يثري لها انه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض. وإذا وجد المتعاقد غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وان التعديل تجاوز إمكانية المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب إقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائما.³


¹ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 150.

² - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 133.

³ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 151.

غير انه إذا كان هذا الإجراء لا يشقي الحالة المتردية للمتعاقد بحيث لا يصلح موضوع العقد بالكامل دون فسخه، او حينما تتجاوز الإدارة حدود سلطة التعديل بما يؤدي إلى إنقلاب موضوع العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد أمام أعمال جديدة أو عرض جديد فإنه يكون للمتعاقد في هذه الأحوال طلب فسخ العقد من قبل القضاء ويسري الحكم بأثر رجعي مع ترتيب تعريض مادي للمتعاقد نعطي ما لحقه من ضرر و مافاته من كسب ولا يستطيع المتعاقد التوقف عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد إلا بصدر الحكم القضائي بالفسخ و بخلافه يكون مسؤولية تعاقدية¹

¹ محمود خلف الجبوري، مرجع نفسه، ص 259.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns, framing the central text.

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية للإجراءات الفسخ في العقود الإدارية والآثار المترتبة عنه.

تقوم الإدارة بجملة من التصرفات القانونية وتقصد بها إلى إحداث آثار قانونية معينة وتكون إما من جانب واحد و بإرادتها المنفردة وتشمل القرارات والأوامر الإدارية، أو تتمثل في الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة باشتراك مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإراداتان وتتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين وعادة ما تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في اشباع الحاجات العامة.

فإذا كنا بصدد العقود التي قد تلجأ لها الإدارة لتحقيق أهدافها نجد أن العقد لا ينعقد ولا يحدث أثره ولا يكون له وجود إلا بالتقاء إرادة الإدارة مع إدارة آخر منفردة أو في شكل تجمعات قانونية تنتمي لأشخاص القانون الخاص أو كانت مم أشخاص القانون العام.

كما يختلف إجراء الفسخ الذي تقوم به الإدارة بحق المتعاقد بالنظر إلى أثره حسب ما تقوم به الإدارة، من حيث الاكتفاء باستبعاد المتعاقد فقط وفسخ العقد، فتلجأ الإدارة في بعض الاحوال إلى تحميل المتعاقد المفسوخ عقده جميع الآثار المالية المترتبة على إبرام عقود جديدة مع المتعاقدين آخرين لإتمام تنفيذ الأعمال وعلى حسابه وعلى ذلك تتطلب دراستنا لهذا الفصل التطرق إلى المبحثين التاليين نستعرض في المبحث الأول الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية وفي المبحث الثاني الآثار القانونية المترتبة عم فسخ العقد الإداري.

المبحث الاول: الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية.

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

لقد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإداري، فمنها ماينكر على الإدارة حقها في توقيع الجزاء إلا إذا نص عليه صراحة في العقد ومنها ما يؤيد إعتبار الفسخ من النظام العام، ويتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لو لم يكن منصوصا عليه، وهذا ما سنتطرق له خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: فسخ العقود الإدارية في النظام العام.

إن النظام العام يحدد الإطار القانوني الذي يحدد سلطة الإدارة وتميزها في مراكزها القانونية، وفي ضوء إطار القانون العام بمواجهة أشخاص القانون الخاص، وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم النظام العام.

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

ومن الصلاحيات المهمة للإدارة تحويل القرار المعيب إلى قرار سليم، وليس أدل على ذلك من أنه " إذا ما أصدرت الإدارة قرارا إداريا معيبا لاي سبب من الأسباب فإن هذا القرار سينتهي إلى العدم عاجلا أو آجلا، ولكن إذا ما حققت الإدارة على الرغم من بطلان هذا القرار مصالح عامة أخرى شرعية، فمن الأنسب تحويل هذا القرار الباطل إلى قرار آخر صحيح حتى لا نغفل ناحية الحاجة العامة التي تلتزم الإدارة بإشباعها"¹

أما القواعد التي تقوم عليها فكرة النظام العام كالتالي:

أولاً: تتجلى فكرة النظام العام من خلال فهم قانوني جوهري يتعلق بتوقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة فلا تستهدف إعادة التوازن للإلتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد.

ثانياً: تقوم الإدارة بهدف تحقيق حسن سير المرفق العام بتطبيق وإيقاع الجزاءات دون ورود نص عليها في العقد، " بحيث لا يجوز أن يحمى سكوت العقد المتعاقد مع الإدارة من إخلاله بالتزاماته".

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

¹ - الديلمي، محمد عبد الله محمود، تحويل القرار الإداري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار البشير للتوزيع، عمان، الأردن، دبت، ص49.

رابعاً: تأتي هذه القاعدة من كون النظام العام ينسجم منطقياً مع الجزاءات، حيث إنه لا يمكن الجمع بينهما مثل إلغاء العقد والتنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المقصر

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على كون فسخ العقد الإداري من النظام العام.

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

إنقسم الفقه الفرنسي بهذا الشأن على تأييد و الإعتراض على منح الإدارة هذه الصلاحية بإرادتها المنفردة صلاحية متعلقة بالنظام العام، إلى ثلاثة إتجاهات متعارضة:

اتجاه ينكر حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ كونه ليس من النظام العام، ويستوجب لإيقاع هذا الجزاء وجود نص صريح عليه في العقد أو في دفتر الشروط، فإذا لم يوجد نص وجب على الإدارة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ أسوة بالمتعاقد الآخر¹

وفي المقابل ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الفسخ الإداري و الذي تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ليس تطبيقاً لأي نص من نصوص القانون المدني، وأن الأصل عدم تطبيق نصوص القانون المدني على حالة فسخ العقد الإداري، حيث لا يمكن الاستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة، بل تطبق فقط مبادئ العدالة التي يمكن أن تستلهم من هذه النصوص، وحتى مجال تطبيق مبادئ العدالة المقررة في هذا المجال فإنه يجب التنبيه إلى أن هذه المبادئ يمكن أن تستلزم تعديلات مختلفة، وذلك لأن المتعاقدين ليسوا أفراداً، وإنما أحدهم وهو " الإدارة العامة" التي تعمل من أجل ضمان سير العمل في المرافق العامة. وعلى نقيض الرأي السابق إتجه جانب آخر من الفقه إلى إعتبار الفسخ من النظام العام وأن حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ حق مقرر لصالحها في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد، أو في دفاتر الشروط.

1- علي فهد سالم العجمي، صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا قسم القانون العام، جامعة عمان العربية ، الأردن، 2008، ص 37، 38.

ويفرض هذا التوجه تساؤلا جوهريا حول حق الإدارة بالتنازل نهائيا عن صلاحيتها في توقيع جزاء الفسخ، إستنادا إلى نص يتم الإتفاق عليه بالعقد، أو أن تتنازل عن صلاحيتها لقاضي العقد ليحكم به.¹

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

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

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

الاساس الوقائي: تحقق الإدارة من فسخ العقد الإداري هدفا وقائيا، وهذا ما أكدته العدل العليا حيث قررت " أن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تستهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام، وإنحاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه"

وننوه إلى أن تنازل الإدارة عن سلطتها في الفسخ لا يستخلص ضمنا، بل لابد أن تعب الإدارة صراحة عن ذلك، وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي أن "إنهاء وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة، ومنح المقاول مهلة جديدة لأداء التزاماته، أمر من قبيل التسامح البحث، ولا يسقط حق الإدارة في أن تفسخ العقد، إذا ما استمر المقاول في عدم الوفاء بالتزامه".²

المطلب الثاني: الجهة صاحبة الصلاحية في تقرير فسخ العقد الإداري.

يختلف التنظيم القضائي من دولة إلى أخرى، فبعضها يأخذ بنظام القضاء الموحد و بعضها الآخر يأخذ بنظام القضاء المزدوج، فإنظام القضائي الموحد: هو أن تنتظر المحاكم

- ¹ علي فهد سالم العجمي، مرجع سابق، ص 39.
- ² علي فهد سالم العجمي، مرجع نفسه، ص ص 40 42.

العادية في جميع المنازعات التي تثار بين الدولة بوصفها سلطة عامة، أو شخصا عاديا، أو بين الأفراد أنفسهم، بما في ذلك المسائل ذات الصلة الإدارية.

اما النظام القضائي المزدوج: فهو النظام الذي تقسم فيه المحاكم في الدولة إلى نوعين: محاكم عادية تنظر في جميع المنازعات التي تثار بين الدولة و الأفراد، أو بين الأفراد أنفسهم فيما عدا المنازعات الإدارية، ومحاكم إدارية تنظر في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية فقط، ومن خلال هذا سنتطرق إلى الفرعين التاليين:

الفرع الاول: فسخ العقد من صلاحية القاضي.

إذا كانت الإدارة تملك إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة على النحو السالف ذكره فإن للمتعاقد معها أيضا الحق في اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بفسخ العقد من خلال مايلي:

اولا: اساءة إستخدام الإدارة لسلطتها رغم أن الإدارة تتمتع بالعديد من السلطات في العقد الإداري والتي تجعلها في وضع مميز عن التعاقد معها إلا أنها مقيدة في كل الأحوال بتحقيق الصالح العام، ومن ثم إذا تجاوزت الإدارة هذا الهدف ولم تحققه رغم إستخدام سلطاتها جاز للمتعاقد معها أن يلحأ إلى القضاء للحكم بفسخ العقد.

ثانيا: إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد لدرجة يستحيل أو يصعب معها تنفيذ العقد دون إرهاب المتعاقد.¹

كما اسس اصحاب هذا الإتجاه كون فسخ العقد الإداري من إختصاص القضاء على اسس عديدة منها : أن هذه الصلاحية ليست من النظام العام ولذا يستوجب وجود نص صريح على ذلك في دفتر الشروط حيث إنه بحال عدم وجود نص على ذلك وجب على الإدارة اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد كما أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد العاقدين فسخه أو تعديله بالإرادة المنفردة.

¹ - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص341.

الفرع الثاني : فسخ العقد من صلاحية الإدارة.

تتفاوت شدة الجزاءات التي تمتلكها الإدارة بمواجهة المتعاقد معها حسب جسامة المخالفة التي إرتكبها المتعاقد، فقد تصل إلى حد إنهاء العلاقة العقدية ذاتها وإنقضاء العقد الإداري قبل إنتهاء مدته المحددة له.

تملك الإدارة صلاحية إنهاء العقد الإداري مع المتعاقد وذلك وفقا لصورتين نبينهما بما هو آت:

أولاً: استقاما للإمتياز فيما يخص عقود الإمتياز المرافق العامة بصفة خاصة، إذا احتفظت الإدارة لنفسها بهذا الحق بمقتضى نص صريح في العقد أو في دفا تر الشروط.

ثانياً: تملك الإدارة صلاحية فسخ العقود الإدارية بصفة عامة، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء مقدما، أي بمجرد قرار انفرادي صادر من جانبها وحدها، ويعتبر ذلك تطبيقا لامتياز المبادرة الذي تملكه الإدارة في مجال العقود الإدارية والذي لا مقابل له في عقود القانون الخاص.^{1**} وتملك الإدارة هذه الصلاحيات إستنادا للأسس الآتية:

1- المبدأ العام وجوب تنفيذ العقود بحسن نية، أي يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتملت عليه العقد و بطريقة تتفق مع ماتوجبه حسن النية، ومن باب أولى تطبيق هذا المبدأ على العقود الإدارية.

2- إن كل إخلال من جانب المتعاقد لا يعد إخلالا بالتزام عقدي فقط، بل ينطوي على المساس بالمرفق العام، كما أنه قد يترتب على هذا الإخلال إحداث اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية.

3- المحافظة على سير المرفق العام يانتظار واضطرار وذلك بتوقيع العديد من الجزاءات والاشتراطات، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قضت بأن " يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلا عن العقد المدني، وأنه يقوم على إشباع إحتياجات المرفق العام حتى

- ¹ - علي فهد سالم العجمي، مرجع سابق، ص52.

الفصل الثاني. الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية والآثار المترتبة عنه

يسير بانتظام واضطراد، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقا لمصلحة المرفق العام.

وفي الأخير يمكن القول أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري حق مستمد من النظام العام ولها حق تقريره بالنية قرارها للمصلحة العامة، ولكن لا بد من توافر بعض الشروط الموضوعية و الإجرائية حتى يكون قرار الفسخ لأسباب مشروعة لأن هذه الشروط تعتبر ضمانا للمتعاقد مع الإدارة حتى لا يتعرض لأضرار ويختل لها التوازن المالي للعقد و يلحقه خسارة فادحة من جراء هذا التصرف.¹

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن فسخ العقد الإداري.

يترتب على الفسخ العقد كقاعدة عامة وفقا للشروط والإجراءات القانونية السابقة كما أن للعقد قوة ملزمة من حيث موضوعه على الحقوق و الإلتزامات التي يربتها هذا العقد كما سبق القول، كما أن له قوة ملزمة أيضا من حيث الأشخاص الذين يلتزمون بإبرامه وذلك متى نشأ العقد صحيحا و توافرت أركانه و شروط المنصوص عليها في القانون، وهذه الحقوق والإلتزامات تكون متبادلة بين المتعاقدين أو أحدهما، بمعنى أن يلتزم أطراف العقد بتنفيذ تلك الإلتزامات الواجبة عليهم والتي هي موضوع العقد المتفق عليه أثناء إبرامه.

ولذلك سنتناول في هذين المطلبين إلى مدى تأثير الفسخ على الطرفين المتعاقدين، وعلى الغير المتعاقدين من حيث الآثار التي يربتها هذا الفسخ كمايلي:

المطلب الاول: أثر فسخ العقد بالنسبة إلى المتعاقدين.

إن آثار العقد في الأصل تسري على أطرافه بصفة مطلقة وبدون أي قيود، غير انه إستثناء من ذلك نجد أن آثاره لا تقتصر عليهما فقط، فهي تمتد إلى أشخاص آخرين نجدهم يتأثرون به بالرغم من أنهم لم يساهموا مباشرة في إبرامه، فهم ليسوا أطرافا أصليين في العقد، كما أنهم ليسوا أجنبان بالنسبة إليهم، إلا أنهم لديهم خصوصية يتميزون بها، فهم تربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافة ودائنية، حيث أن إنصراف آثار العقد إليهم يكون مفيد بشروط حددها القانون.

¹ علي فهد سالم العجمي، مرجع سابق، ص 52 53.

إن هؤلاء الأشخاص هم على العموم من يخلق المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في بعضها كما هو الحال بالنسبة للخلف العام، أو من يخلف المتعاقد في جزء معين من ذمته كما هو الحال مع الخلف الخاص، أو من يخلف المتعاقد في حق شخصي كما هو الحال مع الدائنين.

فالبحث عن مدى أثر فسخ العقد بالنسبة إلى المتعاقدين يستدعي منا التطرق إلى دراسة كل من صلة الخلافة والدائنية التي تربط هؤلاء الأشخاص بالمتعاقدين من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: إنصاف أثر العقد إلى الخلف العام.

العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون، فهو بهذا الشكل يعتبر بالنسبة لأطرافه بمثابة قانون يحكم العلاقة التي تربط بينهما فيجب عليهما إذن إحترامهما توصل إليه من إتفاق وبحسن نية، ولما كان هذا هو الحال بالنسبة للمتعاقدين الذين ساهموا مباشرة في إنعقاده، فهو نفس الحكم ينطبق على الخلف العام لأن آثار ذلك العقد ينصرف إليهم كقاعدة عامة، وفي هذا الصدد ينبغي تحديد المقصود بالخلف العام أولا ثم تبيان الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام ثانيا ومن ثمة تحديد الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغيبى أخيرا كالتالي:

أولا: المقصود بالخلف العام

إن الخلف العام كقاعدة عامة هو كل من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، أي أنه يخلفه في حقوقه وكذلك في الإلتزامات التي ترتبت عليه. من خلال هذا التعريف نستنتج أن هذا الشخص لا تلحق به هذه الصفة إلى في حالة وفاة السلف أي أن الإرث يستحق بموت المورث¹

فالخلف العام إذا هو من يخلف السلف في حقوقه و واجباته، أي الإلتزامات التي تترتب عليه، فهي ليست له ولا عليه من حيث الأصل وإنما تلقاها لكونه حل محل السلف، فالخلف يلتزم بالعقد لأن السلف كان ملزما به وقد إستخلف في حقوقه و واجباته، وبالتالي فإن الخلف

¹- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص134 135.

الفصل الثاني. الطبيعة القانونية للإجراءات الفسخ في العقود الإدارية والآثار المترتبة عنه

إذا يمارس و يتمسك بحقوق السلف و واجباته وليس بحقوق الشخصية وهذا هو الاساس
إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام.¹

ثانيا: الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام.

يستثنى من القاعدة التي تقضية بأن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام أحوال وهي
حالات إستثنائية ترجع إلى مقتضيات قواعد الميراث، و هذه الحالات تتمثل في إرادة المتعاقدين
وطبيعة التعامل وأخيرا نص القانون.

1- الإتفاق في نص العقد:

يتفق المتعاقدان على أن العقد الذي تم بينهما قبل الموت، لا تنصرف آثاره إلى الخلف العام²
على اساس أن العقد شريعة المتعاقدين، كأن يتفق السلف بالتزام الواعد ببيع منزل بشرط أن
يتم ذلك وهو على قيد الحياة، على أن لا يكون هذا الإتفاق مخلفا للنظام العام والآداب العامة.³

2- طبيعة التعامل:

نقصد بطبيعة التعامل كالإستثناء لعدم إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام، أن تابي
طبيعة الحقوق و الإلتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه السلف من أن تنتقل إلى الخلف
العام ، ويتعلق الأمر بخصوص الحقوق و الإلتزامات التي تكون محل إعتبارات شخصية،
مثلا حق الإنتفاع فهو من الحقوق التي تنقضي بموت المنتفع من دون أن ينتقل إلى الورثة.⁴

3- نص القانون:

قد يتضمن القانون نص صريح يقضي بعد إنتقال آثار العقد إلى الخلف العام، حيث
يصبح المنع هنا بقوة القانون، لا يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفته وإلا كان مخالفا للنظام
العام، فالقانون قد يتضمن صراحة على إنقضاء العقد بوفاة المتعاقد، ويحدث ذلك عادة في
العقود التي تكون شخصيته المتعاقدة محل إعتبار، ومثال على ذلك عقد الشركة حيث تنقضي

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفر للنشر، الجزائر، 2012، ص 323

² - زكريا سرايش، مرجع سابق، ص136.

³ - علي فيلالي، مرجع سابق، ص402.

⁴ - زكريا سرايش، مرجع نفسه، ص137.

الشركة بموت أحد الشركاء، وعلى وجه الخصوص شركات التضامن التي تقوم على الإعتبار الشخصي¹

ثالثا: حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير.

إن أثر العقد لا ينصرف دوماً إلى الخلف العام، فقد يعتبر أحيانا من الغير كإستثناء فبعدما تطرقنا للحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا، إلا أنه توجد حالتين لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الوارث لأنه من الغير وهما الوصية والتصرف في مرض الموت ففي هذين الفرضين ينظر فيها إلى الخلف العام بإعتباره من الغير لأن القانون يعطي للوارث حقوقا يتلقاها منه مباشرة وليس عن طريق الميراث عن سلفه ويراد بهذه الحقوق حماية الوارث من التصرفات مورثهم الضارة به.

1- الوصية:

تكون في الحالة التي يأخذ فيها الخلف العام حكم الغير بالنسبة لتصرفات سلفه إذا ما تعلقت بحقه في التركة، ذلك لأن أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز للمورث الخروج عنها، وحماية لحق الوارث أوجد المشرع ضمانات عديدة ومنها ما ينص على عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم²

2- التصرف في مرض الموت:

كل التصرفات التي يبرمها المورث وهو في مرض الموت يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت تأخذ حكم الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، فالمشرع قصد من ذلك حماية الورثة من الآثار التي تتجم من التصرفات التي يصدرها مورثهم في مرض الموت حيث أن للورثة أن يثبت أن التصرف القانوني الذي صدر من مورثهم قد صدر في مرض الموت وذلك بجميع طرق الإثبات تقع على الورثة أنهم بمجرد إثباتهم ذلك إعتبرا لتصرف القانوني الذي أبرمه المورث تبرعا ينطبق عليه أحكام الوصية³

¹ - علي فيلالي، مرجع نفسه، ص 402 403.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، بالنظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 736.

³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 404.

الفرع الثاني: إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص:

لا يخلف الخلف الخاص غيره في ذمته المالية أو في جزء منها وإنما يخلفه في حق معين من حقوقه، و إذا تكلمنا عن الهلف الخاص بمناسبة إنصراف آثار العقد إليه فلا نقصد من ذلك أن كل عقد صدر من السلف ينصرف إليه أثره كما ينصرف إلى الخلف العام، هذا ما يبرر القيود التي أوردها المشرع بخصوص إنصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص وهذا ما سنتناوله من خلال مايلي:

أولا : المقصود بالخلف الخاص

الخلف الخاص هو كل من ينتقل إليه من السلف حقا معيناً كان قائماً في ذمته، سواء كانت هذه الحقوق عينية أو شخصية أو معنوية.

كما يعتبر خلفا خاصا الشخص الذي يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على هذا الشيء، كما يعد خلفا خاصا كل من تلقى حقا شخصيا عن سلفه كامخال إليه، لا يعتبر خلفا خاصا البائع الذي يسترد العين المباعة من المشتري بعد فسخ العقد أو إبطاله وهذا بمقتضى الأثر الرجعي للفسخ والبطالان.¹

ثانيا: شروط إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

يجب لإنصراف أثر العقد أو تصرف السلف إلى الخلف الخاص أن تتوفر شروط ثلاثة تتمثل فيما يلي:

1- اسبقية تاريخ العقد إنتقال الشيء إلى الخلف الخاص

يجب أن تكون العقد قد أبرم قبل إنتقال الحق إلى الخلف الخاص، لأنه بعد إنتقاله إليه يصبح مالكا له، ولا يمكن للغير إبرام عقود تتعلق به، فإذا كان تصرف السلف لاحقا لإنتقال المال فلا ينصرف أثر التصرف إلى الخلف الخاص

2-تعلق الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد بمستلزمات الشيء

نقصد بذلك أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إليه قد أبرم بخصوص الشيء الذي أنتقل إليه فإذا كان تصرف السلف قد أبرم في شأن آخر غير المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص فلا ينصرف أثر هذا التصرف إلى الخلف الخاص .

3- علم الخلف الخاص بالحق أو الإلتزام وقت إنتقال الشيء

¹ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 140 141.

يجب لكي تتصرف آثار التصرف إلى الخلف الخاص أن يكون هذا الأخير على علم بهذه الحقوق و الإلتزامات وقت إنتقال المال إليه، فلا يجوز أن يلتزم بشيء لم يعلم به و تظهر أهمية هذا الشرط خاصة بالنسبة للإلتزامات المترتبة على تصرف السلف، بحيث تكون للخلف مصلحة جدية لوقف القيود التي تحد من إنتفاعه بالشيء الذي تلقاه من السلف كذلك يترتب على علمه بهذه الإلتزامات أن يحجم عن التعاقد لأن العدالة تظهر في ضرورة العلم بهذه الإلتزامات حتى لا يتفاجيء الخلف بقيود لم يكن يتوقعها.¹

الفرع الثالث: إنصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين

إن نطاق آثار العقد لا يقتصر على الخلف العام والخلف الخاص إضافة إلى المتعاقدين، وإنما يمتد هذا النطاق ليشمل الدائنين أيضا. لقد أثير خلاف فقهي كبير فيما يخص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنين العاديين فبعض الفقهاء صنفهم ضمن طائفة الخلف العام والبعض الآخر يعتبر خلفا خاصا، كما يعتبرهم فقهاء آخرون من الغير، ومن خلال دراستنا لهذا الفرع سنتعرض بإيجاز لهذه الآراء الفقهية فيما يلي:

أولا: باعتبارهم خلفا عاما

يعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أن الدائنين العاديين خلفا عاما لما لهم من الضمان العام على أموال المدين، لأن الدائنين العاديين يأتثرون بالتصرفات التي يبرمها المدين، والتي من شأنها إما الإنقاس من ذمة المدين المالية أو الزيادة فيها وهم في ذلك مثل الخلف العام الذي يتأثر بجميع العقود التي أبرمها سلفه.

يترتب على إعتبار الدائنين العاديين خلفا عاما أنهم يستطيعون ممارسة جميع الدعاوى الخاصة مثلهم مثل الورثة كالدعوى غير مباشرة، التي يرفعها الدائن بإسم المدين و لمصلحته، فكل تصرف أبرمه السلف على أمواله ينصرف إلى دائنيه.²

¹ - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دط، دار النهضة الغربية للطباعة و النشر، لبنان، دث، ص 536، 539، 540.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 747.

ثانيا: باعتبارهم خلفا خاصا

إذا كان الخلف الخاص هو الشخص الذي يتلقى من السلف حقا واردا على عين أو أعيان معينة مثل مشتري أو موصى له فإن البعض الآخر من الفقهاء الفرنسيين يدمج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص، وبالتالي تتصرف آثار العقود التي يبرمها مدنيه إليه، مثل الخلف الخاص تماما لأن حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء

ثالثا: باعتبارهم من الغير.

لا ينصرف آثار العقد التي يبرمها المدين إلى دائنيه، فالدائن إذا لا يخلف المدين فيما رتبه العقد له من الحقوق ولا يلتزم بالوفاء بالديون الناجمة عنه، هذا يعني أن الدائن ليس خلفا عاما لأنه لم يتلقى من مدينه كل ذمة المالية أو حصة منها، كما أن للدائن حقوق لا نجدها لدى الخلف العام، بالإضافة إلى ذلك أنه إذا كان المدين على قيد الحياة نجد أن الدائن يتمتع بوسائل قانونية تضمن حمايته من تصرفات المدين الضارة، وبعد وفاة المدين نجد أن الدائن يتقدم على الخلف العام ويستوفى حقه من التركة قبل توزيعها على الورثة ولا يؤول منها إلى الوراث أي الخلف العام إلا ما تبقى بعد سداد الديون¹

المطلب الثاني: أثر فسخ العقد بالنسبة إلى الغير.

إن آثار العقد هي نشوء الحقوق و الإلتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إليها، ومن البديهي أن هذه الحقوق والإلتزامات إنما تنشأ في ذمة المتعاقدين دون سواهما وهذا ما يسمى بقاعدة نسبية آثار العقود.

فالغير بالنسبة لآثار العقد هم فريقان، الفريق الأول ما يدخل منهم اصلا في طائفة الخلف أو الدائنين إلا أنهم يصبحون أغيارا بصفة إستثنائية نتيجة إتفاق المتعاقدين أو ما تقضي به طبيعة التعامل، أما الفريق الثاني وهو الأجانب عن العقد كلية فـ لأصل بشأنهم عدم إنصراف أثر العقد إليهم إطلاقا دون حاجة إلى إقامة أي دليل من جانبهم.

إلا أن قاعدة نسبية آثار العقود ليست مطلقة دائما. فقد تتصرف آثار عقد ما إلى أجنبي عنه إستثناء فدواعي العدالة مثلا تنشئ حقا للمقاول الثانوي تجاه الإدارة حينما تخل بشروط المقولة الأصلية وكان من شأن ذلك الإخلال إحداث أضرار بحقوق ذلك المقاول الثانوي.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 410 - 411.

كما قد تتطلب ذلك المصلحة العامة مثل الإشتراط لمصلحة الغير، بعد أن بينا من هو الغير في عقود القانون الخاص بشكل أولي ينبغي تحديد الغير في العقود الإدارية ومن ثم معرفة نوعية الآثار التي يربتها العقد للغير أو عليه، وأخيرا الأساس القانوني لامتداد آثار العقد إلى الغير.¹ وهذا ما سنحاول معرفته في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تحديد معنى الغير في العقود الإدارية

الغير في العقد الإداري هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص لأخر بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير) يتعاقد معه.²

لأن طبيعة العقود الإدارية في الواقع تفرض نظاما قانونيا خاصا فيما يتعلق بآثارها. سواء أكان بإنشاء حقوق للغير أو كان بترتيب التزامات عليهم. لأن العقد الإداري يبرم لتقديم خدمات أو حاجات عامة للأفراد، فالبنسبة لإنشاء الحقوق يكون من الطبيعي ان ينصب النشاط الحكومي ومنه العقود في مصلحة المجموع وذلك في الحالات التي لا يمكن من الناحية العملية أن تتعاقد الدولة مع كل فرد على حدة بغية تقديم الخدمة له بصورة مباشرة فتبرم العقد الإداري مع أحدهم ليقوم هو بتقديم الخدمة إلى كل من هو راغب فيها فتتسأ للكل (وهم غرباء) عن العقد حقوق من ذلك العقد.³

أما الإلتزامات التي يفرضها العقد على الغير فتتمثل في مقدار ما يمكن استعماله من سلطات عليهم، فلو أن أحدهم تعاقد مع الإدارة على إحتكار تصنيع أو بيع سلعة يكون هناك التزام عام على الغير بوجوب عدم منافسة ذلك المتعاقد. وكذلك التزامهم بتأدية الرسوم كمقابل لا نتفاعهم من خدمات مرفق ما كان موضوع عقد إداري بين الإدارة وأحد الأفراد، والغير في العقود الإدارية يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، فنحن نعلم أن (الغير) هو

¹ - محمود خلف جبوري، مرجع سابق، ص 236-237.

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات لمصادر الالتزام الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 190.

³ - محمود خلف جبوري، مرجع سابق، ص 238

الشخص الذي لا يهيمه التصرف القانوني القائم بين شخصين لا بالنفع ولا بالضرر إلا أن الإدارات ترتبط ببعضها البعض ارتباطاً هرمياً وارتباطاً أفقياً.

سواء أكانت المتمتعة منها بشخصية معنوية أو كانت غير المتمتعة بذلك ولكي يتضح لنا معنى الغير (كشخص إداري) عن عقد مبرم، وبالتالي تتضح لنا خصوصية تحديده في العقد الإداري نضع بنظر الاعتبار نقطتين هامتين،

الأولى: أثر قواعد الإختصاص على العقد الإداري فالإختصاص هو الصلاحية القانونية التي تمارس بها الإدارة ما نشاط ما دون غيرها، ففي حالة التي تقوم بها إدارة ما بالتعاقد، ويكون موضوع ذلك العقد من إختصاص جهة أخرى، يكون حال تلك الإدارة شبيه بحال المتعهد عن الغير، إلا أن قواعد الإختصاص تعتبر من النظام العام في القانون الإداري لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها.

الثانية: أوامر الصرف المالية وهذه النقطة تشتق من النقطة الأولى إلا أنها تمتاز عنها في كونها أقل تجريداً منها وأدعى إلى الإعتراف بالأمر الواقع فحينما تتجاوز إدارة من الإدارات حدود إتماداتها المالية. أو حينما تامر بصرف مبلغ من المال لتغطية نفقات عقد إداري في غير الابواب المخصصة له تلك الأموال فينبغي إبطال ذلك العقد بما أنتجه من آثار.^{1*}

الفرع الثاني: الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد الإداري.

يتمتع الغير كمنتفع من خدمات المرافق العامة بحقوق سواء أكان في مواجهة المتعاقد أو كان في مواجهة الإدارة ذاتها.

ففي مواجهة المتعاقد يتمتع الغير بحقه في الإنتفاع بخدمات المرفق وفي مواجهة الإدارة يتمتع بحقه في مطالبتها بالتدخل حماية لمصلحته التي يقرها القانون.

أولاً: حق الغير في الإنتفاع من خدمات المرفق

للأفراد حق الإنتفاع من خدمات المرافق العامة إذا ما توافرت لديهم شروط الإنتفاع وذلك بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين صاحب الإلتزام، حيث قد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة كما هو في عقد توريد الماء والكهرباء وقد لا يرتبط الغير بالملتزم بعقد خاص لأن المرافق العامة محكومة بمبدأ أساسي مفاده المساواة في الإنتفاع من خدماتها، فكل تمييز

¹- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص239-240

يجرى لمصلحة أحد العملاء يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة بين المنتفعين. ومعنى ذلك أن الغير يستفيدون من عقود التزام المرافق العامة بنص القانون أما كيف تجرى هذه الاستفادة فهذه ناحية فنية لا تخل بجوهر المبدأ.

ثانيا: حق الغير في المطالبة الإدارية بالتدخل.

يحق للأفراد مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته ومراعاة شروط العقد وهذا الحق ثابت في جميع العقود الإدارية.

إلا أنه أكثر وضوحا في عقود التزام المرافق العامة، فمن واجب الملتزم أن يقدم خدمات المرفق العام على أحسن وجه للمنتفعين و بأسعار التي تقررها الإدارة، فإذا ما أخل ملتزم المرفق ببند العقد جاز للمنتفعين الطلب من الإدارة التدخل لحماية مصالحهم، فإذا ما رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمنا يكون لهم الحق في الطعن بإلغاء في قرار الرفض لمخالفته للقانون¹ إلا أنه لما كان من غير الممكن الاستناد إلى شروط العقد توصلا إلى إلغاء القرار الإداري بدعوى أن القرار الإداري لا يندفق مع شروط العقد. فإنه لا بد من البحث عن سبب مقنع يجعل القاضي قادرا على فحص مشروعية القرار الإداري بصورة منفصلة عن العقد المرتبط به.

الفرع الثالث: الأعباء التي يفرضها العقد على الغير.

أن العقد الإداري بحكم اتصاله بنشاط المرافق العامة، يؤدي أحيانا إلى فرض أعباء أشخاص ليسوا أطرافا فيه، لأن نشاط المرافق العامة يمس بشكل أو بآخر مظاهر النشاط الفردي، وقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي بهذه الظاهرة القانونية منذ زمن طويل، والأعباء المفروضة على الغير تتمثل في:

أولا: تفويض المتعاقد ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة على الأفراد وهذا ما يمكن ملاحظته بشكل خاص في عقود الأشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة، ومن ذلك أيضا استعمال ملتزم المرفق سلطات البوليس الإداري تجاه الغير فبستطاعته تفتيش العاملين و المنتفعين عندما يدخلون موقع العمل بل قد يكون من حقه منعهم من الدخول إذا ما كانت هناك خشية من دخولهم.

¹ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 241-242.

ثانيا: بمناسبة استثناء أحد المتعاقدين مع الإدارة من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة، فقد تمنحه الإدارة المتعاقد معها حق منع غيره من الأفراد من ممارسة ذات النشاط موضوع العقد.

ثالثا: عند إنتهاء عقد إداري بسبب تقصير المتعاقد تسري بحقه آثارالعقد الجديد المبرم بين الإدارة وشخص آخر. بأن يتحمل فرق السعر بين الجديد و العقد القديم الذي أخل به.¹

الفرع الرابع: الأساس القانون لإمتداد آثار العقد الإداري إلى الغير.

الإشتراط لمصلحة الغير، عقد يشترط بمقتضاه أحد المتعاقدين ويسمى "المشترط" على المتعاقد آخر " المتعهد" أن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى " المستفيد أو المنتفع"، كأن يلجأ المتعاقد مثلا إلى شركة التأمين مؤمنا على حياته مثلا لمصلحة أولاده أو زوجته، عندئذ يصبح الشخص مستفيد حقا مباشرا إتجاه شركة التأمين²

ويمكن في مجال العقود الإدارية أن نتلمس ظاهرة الإشتراط لمصلحة الغير من خلال بعض العقود كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد التزام المرافق العامة ولكن بمعنى يختلف بعض الشيء عما هو عليه في عقود القانون الخاص، فنظرية الإشتراط لمصلحة الغير لا تصلح لتبرير إنصراف آثار العقد الإداري للغير بنفس الكيفية التي تتصرف بها تلك الآثار إلى الغير في العقد المدني ففي عقود الإلتزام يخول المستفيد مقاضاة الإدارة من خلال مطالبتها بالتدخل وهو ما لا يتفق مع فكرة الإشتراط لمصلحة الغير حيث أن المنتفع يكون له حق مقاضاة المتعهد وليس المشتراط في عقود القانون الخاص.

كما أن حق المستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير يستقر بصفة نهائية متى تم العقد و أصبح منتجا لآثاره، في حين لا يستقر حال الإستفادة بالنسبة للمنتفع في عقود المرافق العامة وكذا الحال بالنسبة للعمال في عقود الأشغال العامة وكذلك المستهلكين في عقود التوريد إذ تتدخل الإدارة دائما بالزيادة و النقصان على حقوق الغير الناشئة من تلك العقود، على اساس قابلية المرافق العامة للتطوير والتغيير.³

¹ - محمود خلف جبوري، مرجع سابق، ص 245-246.

² - أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 192-193.

³ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص248.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بموضوع فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري ، تبين لنا أن هذه السلطة هي من إحدى السلطات التي تمتلكها الإدارة والتي لا يمكن أن تتنازل عنها ، وهي وسيلة مسلم بها مثلها مثل بقية السلطات ، وهذا نتيجة الامتيازات التي تتمتع بها وتقوم عليها من أجل تسيير المرفق العام تحقيقاً للمنفعة العامة .وهي من أهم المظاهر التي تميز لنا الاختلاف الموجود بين العقد المدني وبين العقد الإداري.

وهي من أهم المظاهر التي تميز لنا الاختلاف الموجود بين العقد المدني وبين العقد الإداري.

وبعد القيام بهذه الدراسة توضح لنا أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري ، هي عبارة عن نظرية قائمة بذاتها يعود مرجعها إلى فرنسا ، التي كانت سباقة في جلب كل ما هو جديد يتعلق بالقانون الإداري عامة وبالعقود الإدارية خاصة ، وهي نظرة فقهية جاءت نتيجة اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي.

أما في الجزائر فقد اخذ المشرع بفكرة سلطة الفسخ لكنه لم يحدد لنا في التشريع مفهوما لها ، بل تكلم فقط على جزء منها وهو الفسخ الجزائي نتيجة خطأ المتعاقد ، وبالتالي فإن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري هي من أبرز الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص ، حيث تلجأ إليها الإدارة دون الحاجة للنص عليها ، وتطبق هذه السلطة في جميع أنواع العقود الإدارية على حد سواء.

وحتى لا تخرج الإدارة عن هدفها الرئيسي وهو تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على الخزينة العامة للدولة وكذا الحفاظ على حقوق المتعاقد فقد منحت سلطات واسعة تمارسها بإرادتها المنفردة دون اشتراك الغير معها في مواجهة الشخص الذي يتعاقد معها، كجزاء فسخ العقود الإدارية بنفسها عن طريق ما تقوم به الإبرام عقود إدارية مختلفة، لامتياز بسلطة عامة، كما يجوز لها في ظل السلطات القانونية الممنوحة لها أن توقع عقوبات تعد بمثابة جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته سواء أخطأ هذا المتعاقد أو لم يخطئ لاعتبار أن الإدارة دائماً تكون الطرف القوي في وضع بنود العقد لكن دون المساس بالجانب المالي ودون تغيير موضوع العقد وقد تضع حداً للرابطة التعاقدية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا توقع الإدارة جزاء الفسخ إلا بعد إنذار المتعاقد نظراً لخطورة هذا الجزاء.

و بالتالي نلاحظ أن جزاء الفسخ قد منح للإدارة كإمتياز لها لذا فرض المشرع قيود محددة لكي تمارس هذه السلطة حفاظا على المتعاقد وضمان حقوقه نتيجة ما قد يلحقه من ضرر عند تعسف الجهة الإدارية.

وفي الأخير نرى أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري هو حق أصيل تمارسه بدون الحاجة لنص يقيد بها ، ونظرا لخطورة هذا الجزاء يجب أن يبقى عليه في العقد ويضمن شروط ممارسته ويحدد الأخطاء الجسيمة التي يمكن من خلالها تقدير جزاء الفسخ ليكون أكثر ضمانا للمتعاقل المتعاقد.

ومن خلال ما تطرقنا إليه في مذكرتنا نلخص أبرز النتائج التي توصلنا إليها وتتمثل فيما يلي

- 1- أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري من أخطر السلطات التي قد تمارسها ضد المتعاقد معها ، وهي سلطة مقررة على الإدارة فقط دون سواها.
 - 2- أن سلطة الفسخ ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة بضوابط و شروط لا بد من توافرها حتى تستطيع الإدارة اللجوء إليها وتطبيقها .
 - 3- إلى جانب الفسخ الجزائي نتيجة خطأ المتعاقد ، قد تلجأ الإدارة الى الفسخ دون خطأ المتعاقد وذلك نتيجة لما تقتضيه المصلحة العامة.
 - 4- أن هذه السلطة مقررة حتى وإن لم ينص عليها في القانون او في العقد.
 - 5- لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على فسخ العقد.
 - 6- حصول المتعاقد على تعويض عادل جراء الفسخ لدواعي المصلحة العامة.
 - 7- استناد سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري على أسس قانونية وفقهية معينة وهي المصلحة العامة ، المرفق العام والسلطة العامة .
 - 8- حيث انه يخضع قرار الإدارة بالفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة لرقابة المشروعية فقط أي التحقق من مدى صحة قيود قرار الفسخ ، اما قرار الإدارة بالفسخ الجزائي فهو يخضع الى رقابة الملائمة اضافة إلى رقابة المشروعية.
- وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا إليها بعد الدراسة ، فإنه يمكن أن نقترح بعض الاقتراحات و التوصيات للمساهمة في إثراء موضوع فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري نوجزها فيما يلي :

- 1- على المشرع الجزائري أن يحدد حالات معينة التي تسمح للإدارة باللجوء إلى سلطة الفسخ حتى لا يكون هناك تعسف في استعمالها لسلطاتها ، لأن المشرع تناول فقط سلطة الفسخ الجزائي ولم يتعرض الى سلطة الفسخ لدواعي المصلحة العامة ، وهذا ما قد يجعل الإدارة تتعسف في استعمالها السلطة الفسخ 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 المقاتل والملتزم أكثر بقوانين ، للحد من التجاوزات التي قد يرتكبونها ، حفاظا على المصالح العامة ، وعلى الأموال التي تأخذ من الخزينة العمومية.

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns, framing the central text.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أ- النصوص التشريعية

1- المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام .

ب- الكتب

1- إبراهيم الشهاوي ، عقد الامتياز المرفق العام ، B.O.T ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الطويجي ، مصر ، 2003 .

2- أحمد الشافعي ، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية ، دراسة مقارنة ، دار هومه ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2007 .

3- أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة (مصر) ، 2003 .

4- أحمد هندي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، دار الجامعة للطبع ، 1989 .

5- أحمد هندي ، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، د.ت.ن .

6- أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان ، 2006 .

7- أنور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 .

8- تاج العروس ، شرح القاموس لزيبيدي والأشباه والنظائر لابن نجيم ، الأشباه والنظائر للسيوطي .

9- حسن علي الذنون ، محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، الفقه الإسلامي المقارن ، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2002 .

10- الزين عزري ، الاعمال الإدارية زمنازعاتها ، مطبوعة مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2010 .

- 11- عاطف فؤاد ، صحصاح ، أسباب البطلان في الأحكام الجنائية ، دار منصور للطباعة ، مصر ، 2003 .
- 12- عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه ، القضاء ، التشريع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 13- عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ، منشأة المعارف ، مصر ، 1990 .
- 14- عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، المنازعات الإدارية ، غجرات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، 2008 .
- 15- عبد العزيز منعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف الإسكندرية (مصر) ، 2004 .
- 16- عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الجسور للنشر والتوزيع ، دب ، د.س.ن .
- 17- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الرابعة ، دار الجسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 .
- 18- فرج علواني هليل ، البطلان في قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2002 .
- 19- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 .
- 20- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2016 .
- 21- مازن ليلوراضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2003 .
- 22- محمد رفعت ، عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 .
- 23- محمد صغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005 .
- 24- محمد صغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2009 .

- 25- محمد عبد الله حمود، انتهاء العقد بالإرادة المنفردة ، طبعة الأولى ، دار العلمية للنشر والتوزيع ، ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2003 .
- 26- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات ، الإجراءات ، الآثار) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 .
- 27- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010 .
- 28- محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، طبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 .
- 29- مدحت محمد الحسني ، البطالان في المواد الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2006 .
- 30- المراجع والمصادر
- 31- مصطفى صخري ، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجنائية ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2005 .
- 32- مفتاح خليفة عبد الحميد ، انتهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 .
- 33- مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد الشلماني ، انقضاء العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
- 34- نصري منصوري نابلسي ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2010 .
- 35- يوسف أمير فرج ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2008 .
- 36- الديلمي، محمد عبد الله محمود، تحويل القرار الإداري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار البشير للتوزيع، عمان، الأردن، د.ت.

- 37- علي فهد سالم العجمي، صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا قسم القانون العام، جامعة عمان العربية ، الأردن، 2008.
- 38- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 39- علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفر للنشر، الجزائر، 2012.
- 40- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، بالنظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 41- زكريا سرايش، المرجع السابق.
- 42- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، د.ث.
- 43- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات لمصادر الإلتزام الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

ج-المجلات

- 1- المجلة القضائية،الصادرة عن المحكمة العليا ، العدد 3 ، الجزائر ، 1993 .
- 2- مجلة المفكر ، دار الهدى ، جامعة بسكرة ، العدد 10 ، عبد القادر دراجي ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، جانفي 2014 .

د- المواقع الالكترونية

- 1- محمد الشافعي أبوراس ، العقود الإدارية ، موقع الكتروني
- www.pdfactory.com ، زيارة الموقع 2018/03/20 على الساعة 8:30 .

الفهرس

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان	
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية الفسخ في العقد الإداري	6
المبحث الأول : مفهوم الفسخ في العقد الإداري	7
المطلب الأول : تعريف الفسخ في العقد الإداري	8
الفرع الأول: معنى الفسخ في العقد الإداري	8
الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد الإداري عن المصطلحات المشابهة له	13
المطلب الثاني : حالات الفسخ في العقد الإداري	27
الفرع الأول: الفسخ الوجوبي	27
الفرع الثاني: الفسخ الجوازي	29
المطلب الثالث: شروط الفسخ في العقد الإداري	30
الفرع الأول: حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد	30
الفرع الثاني: حالة وجود خطأ من المتعاقد	33
المبحث الثاني: أنواع الفسخ في العقد الإداري	36
المطلب الأول: الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري	36
الفرع الأول: تعريف الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري	37
الفرع الثاني: حالات الفسخ باتفاق الطرفين للعقد الإداري	38
المطلب الثاني: الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري	40
الفرع الأول: تعريف الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري	40
الفرع الثاني: حالات الفسخ بقوة القانون للعقد الإداري	41
المطلب الثالث: الفسخ القضائي للعقد الإداري	41
الفرع الأول: تعريف الفسخ القضائي للعقد الإداري	41
الفرع الثاني: خيارات الفسخ أو التنفيذ في العقد الإداري	43
الفرع الثالث: حالات الفسخ القضائي للعقد الإداري	44

48	الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية والآثار المترتبة عنه
48	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لإجراءات الفسخ في العقود الإدارية
49	المطلب الأول: فسخ العقود الإدارية في النظام العام
49	الفرع الأول: مفهوم النظام العام
50	الفرع الثاني : النتائج المترتبة على كون فسخ العقد الإداري من النظام العام
51	المطلب الثاني: الجهة صاحبة الصلاحية في تقرير فسخ العقد الإداري
52	الفرع الأول: فسخ العقد من صلاحية القاضي
53	الفرع الثاني : فسخ العقد من صلاحية الإدارة
54	المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن فسخ العقد الإداري
54	المطلب الأول: أثر فسخ العقد بالنسبة إلى المتعاقدين
55	الفرع الأول: إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام
58	الفرع الثاني: إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص
59	الفرع الثالث: إنصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين
60	المطلب الثاني: أثر فسخ العقد بالنسبة إلى الغير
61	الفرع الأول: تحديد معنى الغير في العقود الإدارية
62	الفرع الثاني: الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد الإداري
63	الفرع الثالث: الاعباء التي يفرضها العقد على الغير
64	الفرع الرابع: الأساس القانوني لإمتداد آثار العقد الإداري إلى الغير
66	الخاتمة
70	قائمة المصادر والمراجع
	ملخص الدراسة

تمتلك الإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها في سير منتظم للمرفق العام سلطات واسعة و من بينها قدرتها القانونية على فسخ العقد متى رأت في ذلك اسلوبا يحقق المرفق أهدافه ، لذلك فإن سلطة الادارة على فسخ العقد الاداري 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 ، و مرد ذلك انها متعلقة و مرتبطة بالمرفق العام و مايصاحبه من تغيرات و تطورات ،مما يجعل الإدارة تلجأ الى ممارستها ،ذلك مراعاة لما تقتضيه المصلحة العامة.

لكن هذا لا يعني انها غير مقيدة بشروط و ضوابط ، لابد من احترامها و التقيد بها بحيث ان هذه الضوابط هي عبارة عن حماية لحقوق المتعاقد و ضمانات قانونية يلجأ اليها المتعاقد على حال تعسف الادارة في حقه الى جانب الضمانات القضائية ،بحيث سبق و قلنا ان قرار الادارة بالفسخ سواء كان لدواعي المصلحة العامة تخضع لنوع واحد من الرقابة وهي الرقابة المشروعية .