وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي نور البشير –البيض

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع :

سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري

مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي

التخصص: قانون اداري

من إعداد الطلبة :

- جباري احمد
- نوري معمر عبد الملك الكريم

إشراف الأستاذ:

د. دينس عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة:

اللقب والإسم	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
الدكتور/ **مشكور مصطفى**	أستاذ مساعد "ب"	المركز الجامعي نور البشير بالبيض	رئيسا
الدكتور/ **دينس عبد القادر**	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي نور البشير بالبيض	مشرفا ومقررا
الدكتور/ **مرابط خديجة**	أستاذ محاضر"أ"	المركز الجامعي نور البشير بالبيض	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

(سورة المائدة) (1)

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾

(النحل) (91)

شكر وعرفان

قال تعالى:

(ولئن شكرتم لأزيدنكم) صدق الله العظيم.

نحمد الله حمدا كثيرا طيبا ونشكره شكرا جزيلا يليق بمقامه الذي أوصلنا إلي هذه الدرجة من التحصيل العلمي وأنعم علينا بتمام هذا العمل ومهد لنا السبيل إلي بلوغ هذه الثمرة

إن واجب الوفاء والإعتراف بالعمل يدعونا إلي التقدم بفائق الشكر إلى الأستاذ المشرف **الدكتور عبد القادر دينس** بقبوله تأطيرنا وتوجيهنا فكان ذلك بمثابة الشرف الكبير لنا،

إلي كافة الأساتذة بكلية بكلية الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي نور البشير البيض وخاصة الذين أشرفوا علي تكويننا لنصل إلي هذا المستوي العلمي.

إلي كل من قدم لنا يد العون وكل من ساندنا من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

-جزاكم الله عنا كل خير-

اهداء

ما اجمل ان يجود المرء بأغلى ماديه والاجمل ان يهدي الغالي للاغلى

هي ذي ثمرة جهدي اجنيها اليوم هدية اهديها الى اعز ما لي:

حبيبة قلبي "جدتي" رحمها الله وطيب ثراها واسكنها فسيح جناته

والى امي الغالية رفيقة دربي وقدوتي في الكفاح اطال الله في عمرها وحفظها لي

وجعلها تاجًا فوق رأسي

والى عزيزتي اختي وفقها الله وأنار طريقها

والى جميع اصدقائي عمر،يوسف،عبد الكريم.....

والى كل من ساندني في انجاز هذا العمل وخصوصا مكتبة السعادة

أحمد

اهداء

بسم من خلق الانسان علمه البيان.الله السميع العليم والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين وصحابته العز الميامين ... اهدي ثمرة عملي الى اغلى رجل في الوجود . رمز المحبة والعطاء وينبوع الرحمة والحنان والدي العزيز رعاه الله والطال في عمره الذي رسم لي برضاه وحنانه مستقبلي الى من صهر وتعبت اياما وليل وقدمت كل شيء لديها.

الى منبع قوتي الى من حملتني وهن فهي قوتي في ضعفي ورجائي في يأسي و عزائي في حزني والدتي الكريمة كل الاخوة والاخوات الذين عشت معهم جميع اطوار حياتي وعرفت الى جانبهم الحب والسعادة واسمائهم دائما في ذاكرتي منقوشة وكل نبضة من نبضات الفؤاد تعزف لهم الحب والحنان.

الى جميع اصدقائي واشكرهم على دعمهم المعنوي . الى الذين اكن لهم المحبة .

عبد الكريم

قائمة أهم المختصرات

ج.ر: الجريدة الرسمية

ص: الصفحة

ق.ص.ع: قانون الصفقات العمومية

ب.ط : بدون طبعة

م.د.ف : مجلس الدولة الفرنسي

ط : طبعة

مقدمـــــــة

مقدمة

تقوم الإدارة عند ممارســتها لنشــاطاتها بنوعين من الأعمال، الأعمال المادية التي تقوم بتنفيذها طبقا لقانون معين أو قرار إداري، وأعمال أخرى قانونية تعمل من خلالها إلى إحداث أثر قانوني سواء بإنشاء مراكز قانونية أو تعديلها أو إلغاء هذا المركز القانوني.

فالتصـرفات القانونية بدورها نوعان ، من الأعمال القانونية الانفرادية أي تلك الصـادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة وهي القرارات الإدارية.

والأعمال القانونية الاتفاقية أي تلك الأعمال الصــادرة بناء على اتفاق وتبادل الرضــا بين الإدارة والطرف الآخر وهي عقود الإدارة.

نجد أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، بل نجدها تنقسم إلى قسمين :

– عقود تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، حيث تلجأ إلى استعمال الامتيازات التي خولها لها القانون بهذه الصــفة وهي العقود الإدارية الخاضــعة للقانون الإداري ولولاية القضــاء الإداري.

– عقود القانون الخاص التي يخول التشــريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأفراد وفقا لقواعد القانون الخاص، و ذلك في حالة عدم اســتعمالها لامتيازات الســلطة العامة وهي خاضــعة للقانون الخاص والتي تدخل في ولاية القضاء العادي .

فتتضــمن عقود الإدارة جميع العقود التي تبرمها الإدارة ســواء كانت إدارية أو مدنية في حين لا ينطبق اصطلاح العقود الإدارية إلا على تلك التي تظهر فيها الإدارة كسلطة عامة فتتمتع بذلك بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، و ذلك بقصــد تحقيق النفع العام و من هنا تظهر أهمية العقود الإدارية لأداء نشاطات الإدارة

فالإدارة تلجأ في تنظيمها وتسييرها للمرافق العامة إلى أسلوب التعاقد لاداء نشاطاتها ضمانا لحسن سيرها وتنظيمها باضطراد .

حرص التشـــريع الجزائري على تنظيم العقود الإدارية عموما والصـــفقات العمومية خصوصا باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية، فهي تخضع إلى تشريع متميز ومستقل هو تشريع الصفقات العمومية الذي شهد تعديلات كثيرة منذ الاستقلال، عكست في كل مرة طبيعة النظام السياسي والاقتصادي المتبع .

حيث حرص المشرع الجزائري على ضبط النظام القانوني للصفقات العمومية, من اجل ضمان استخدام هذه الالية الاساسية في تنفيذ وانجاز الأهداف المسطرة .

الغي المرسوم الرئاسي 15-247[1]،مقتضيات المرسوم10-236[2]، بحيث عرف المرســـوم الجديد تعديلات تبنى من خلالها نية المشـــرع الجزائري واهتمامه بالأموال العامة وضمان السير الحسن للمرافق العامة

عرفت الصفقات العمومية في المادة 02في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 على انها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به, تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هدا المرسوم ,لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال واللوازم والخدمات والدراسات .[3]

1المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في2ذي الحجة عام 1436 الموافق 16سبتمبر سنة 2015, يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ,ج.ر, العدد 50.

2المرسوم الرئاسي رقم 10-236المورخ في 28 شوال 1431 الموافق ل7اكتوبر سنة 2010والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ,المعدل والمتمم (ملغى).

3 انظر فيما يخص تعريف الصفقات العمومية المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تستعملها الإدارة في ممارستها لنشاطها، والوسيلة الهامة لإنجاز المشاريع وتسيير الأموال العامة وتحقيق المصلحة العامة، كما تشكل المحور الأساسي الذي تعتمد عليه لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، ولهذا تقوم الإدارة بمختلف أشكالها وتخصصاتها بإبرام العديد من الصفقات سنويا باعتبارها الإطار القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري مبينا كيفيات وشروط إجراءات إبرامها والآثار المترتبة عنها.

من أهم الآثار صدور المرسوم الرئاسي 15-247[1] ، الذي جعل الإدارة في مركز الامتياز بفضل السلطات الممنوحة لها في كافة مراحل الصفقات العمومية منذ إبرامها حتى اكتمال تنفيذها بغية تحقيق المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرافق العامة.

فبوسع الإدارة بمقتضى ما منحت من سلطات استثنائية مستمدة من كونها سلطة عامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت لها سلطات استثنائية وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام، من ذلك سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية .

إن العقود التي تبرمها الإدارة لتسيير مرافقها العمومية تثير في الواقع العملي عدة منازعات لاسيما في حالة تعسف هذه الأخيرة في استعمال امتيازاتها أو تخلفها عن تنفيذ التزاماتها، ملحقة بذلك أضرار للمتعاقد معها مما يستوجب تدخل الجهة القضائية المختصة بناء على طلب هذا الأخير لإنصافه، سواء بطلب إلغاء تصرف الإدارة غير المشروع أو المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء ذلك التصرف .

أهمية الموضوع : نظرا لأهمية الموضوع من الناحية العلمية والعملية كان من الواجب معرفة مدى التزام الإدارة بتطبيق النصوص والقواعد القانونية عند استعمال سلطتها في إنهاء العقود الإدارية .

1 – المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في2ذي الحجة عام 1436 الموافق 16سبتمبر سنة 2015,(المرجع السابق).

كما نجد أن الإدارة لها كل الصلاحيات بتوقيع الجزاءات المناسبة عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، باعتبارها دائما صاحبة امتيازات عليا مقررة وممنوحة لها في ظل تحقيق المصلحة العامة للأفراد المتعاقدين معها بقصد الوفاء بضمان سيرها وانتظامه .

سبب دراسة الموضوع:

- يكمن سبب دراسة موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية على أنه من أهم وأخطر الموضوعات الجوهرية التي اشتملت عليها نظرية العقد الإداري .
- كما تعتبر من الموضوعات التي لا زالت بحاجة أكثر إلى الدراسة والبحث العميق، و ذلك لإيضاح الغموض الذي يكتنفها .
- كون أن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية يترتب عليها حل الرابطة التعاقدية بصفة فورية، وبقرار إداري صادر منها دون اللجوء إلى القضاء مستعملة في ذلك سلطتها العامة.

الدوافع الشخصية:

أما الدوافع الشخصية التي لها دور في تحريك البحث فيمكن إجمالها فيما يلي:

- الاهتمام بالدراسات القانونية المرتبطة بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، والتي لها تأثير مباشر على العقود الإدارية.
- ككل الباحثين لا ننكر أن هذه الدراسة تهدف أساسا إلى إثراء المكتبة القانونية، خاصة ما تعيشه من نقص في مجال الدراسات المتخصصة المتعلقة بالسلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة.

الصعوبات والعراقيل:

بالرغم ما بدلناه من جهد في ميدان البحث في هذا الموضـــوع إلا أنه هناك صـــعوبات كثيرة تمثلت في:

- قلة المراجع لا سيما الحديثة منها والمتخصصة.
- قلة الدراســـات والبحوث في مجال الســـلطات الممنوحة في مجال العقود الإدارية، عدا تلك التي تعرضت لموضوع العقود الإدارية بصفة عامة.
- صعوبة الحصول على أحكام وقرارات من طرف الجهات القضائية الإدارية.

نظرا لان الإدارة المتعاقدة تمتاز بمركز أســـمى من مركز المتعاقد معها من خلال القرارات التي تصـــدرها بمناســـبة ممارســـتها لســـلطتها في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة في مواجهته.

ولإبراز هذه الســـلطة التي تتمتع بها الادارة في إنهاء العقود الإدارية، فإنه يلزم لتوضـــيح هذه المكانة طرح الإشكالية الاتية:

ما مدى سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري و ما هي الاثار المترتبة عن الفسخ؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا من خلال دراستنا لهدا الموضوع، إبراز الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية التي تهدف من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة **(الفصل الاول)**.

كما يتولد عن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية أثناء ممارستها حقوق للمتعامل المتعاقد معها **(الفصل الثاني)**.

المنهج المتبع: بغرض توضيح الموضوع ارتأينا إتباع المنهج التحليلي خاصة فيما يتعلق بالنصوص القانونية الخاصة بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية (الفسخ) المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي**15-247**

بالإضافة إلى الاستعانة أحيانا بأحكام أقرها مجلس الدولة الفرنسي.

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

إن الطبيعة المميزة للعقد الإداري التي ميزت الإدارة بمجموعة من الامتيازات والسلطات اللازمة لضمان سير وانتظام المرفق العام لم تغير من كون الإدارة طرفا في التعاقد يوجب عليها مجموعة من الالتزامات هي أيضا لازمة لذات الهدف الذي تقررت بشأنه امتيازات الإدارة .

بدون التزامات الإدارة والزامها بتنفيذها لا يمكن للعقد الإداري أن ينفذ ويحقق أهدافه، ومن حيث أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقود المدنية، ولا شك أن هذا الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة بما يشمل سلطة الإنهاء في العقود الإدارية قبل الأوان باعتبار أن الإنهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد، وهذا الحق لجهة الإدارة يترتب على ما للعقود الإدارية من تميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .

للإدارة دائما، وفقا لمقتضيات الصالح العام، سلطة إنهاء العقد من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة، وهي تفترض مقدما حصول تغيير في ظروف العقد، وملابساته، وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه .

ويقوم التعاقد فيها على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة هي صاحبة

الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق إنهاء العقد إذا استلزمت ذلك ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام المحققة للمصلحة العامة .

إن الإدارة في ممارستها لسلطة الإنهاء لا تستمدها من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة .

ومن ثم فإن حق الإدارة في الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير الحاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الأخر عليه، حيث تملك الإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروفا قد استجدت تستدعي هذا الإنهاء، كما لو أصبح العقد غير مجد للمرفق العام أو أصبح لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد مع المنتفع، وليس للطرف الأخر في العقد إلا الحق في طلب التعويضات إن كان لها وجه وتوافرت الشروط الواجبة لاستحقاق التعويض[1] .

من هذا المنطلق وباعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تؤدي إلى قطع العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد معها مما يعني الفسخ، إلا أن كل فسخ تمارسه المصلحة المتعاقدة لا يعتبر بمثابة جزاء بسبب التقصير من طرف المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ، بل يمكن أن تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ باتفاق مشترك المتعاقد معها (الفسخ التعاقدي) دون أي خطأ من المتعامل المتعاقد .

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة الفسخ بإرادتها المنفردة ووفقا لتقديرها ودون أي خطأ من المتعاقد معها ويكون الفسخ لسبب المصلحة العامة، أو بوجود خطا من

1حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الادارية والدولية (العقود الادارية في التطبيق العملي)، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1998 ،ص261-263.

المتعامل المتعاقد معها يكون الفسخ في هذه الحالة فسخا جزائيا بحيث لا تستطيع المصلحة المتعاقدة ممارسته إلا إذا ارتكب المتعامل المتعاقد فعلا جسيما حماية لاستمرار للمرفق العام[1]،وعليه نستهل الدراسة بالأحكام المنظمة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (المبحث الأول)، وتبيان أصناف وتطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأحكام العامة لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك إمكانية الإدارة إنهاء العقد إذا ما قدرت أن هذا ما تقتضيه المصلحة العامة وللطرف المتعاقد حق الطعن في ذلك .

إن سلطة الإنهاء كأحد امتيازات سلطة الإدارة اتجاه المتعاقد معها ليست تمييزا للإدارة كأحد طرفي التعاقد لذاتها وانما لسير المرفق العام وضمان استمراره من أهمية كبرى فالمصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تحكم العقد الإداري بل يجب دائما أن تعلو المصلحة العامة، ومن هنا كانت سلطة الإدارة في ممارسة هذه السلطة على المتعاقد معها كأحد وسائل الإدارة وامتيازاتها الضابطة لحسن تنفيذ العقد .

هنا فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لم تأتي من العدم وإنما تستند على أسس قانونية نحاول من خلالها إعطاء مفهوما لها (المطلب الأول) .

يلاحظ أن سلطة إنهاء العقد الإداري تمارس في إطار شروط تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها حرصا على ان ألا تنحرف الجهة الإدارية في

1 أنضر المواد ،149-150 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2دي الحجة عام 1436 الموافق 16سبتمبر سنة 2015 (المرجع السابق).

ممارستها لهذه السلطة إلى الحد الذي يسبب أضرارا للمتعامل المتعاقد معها وبما قد يمس بالمصلحة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

تعد سلطة إنهاء العقود الإدارية إحدى المظاهر التي تميز العقد الإداري والإدارة معا، على خلاف عقود القانون الخاص، لأن الإدارة في مجال إنهاء العقد الإداري تملك حق فسخ العقد من جانبها دون أن يتوقف ذلك على موافقة المتعاقد معها .

نظرا للطبيعة التي يتميز بها العقد الإداري من خلال سلطة الإنهاء نحاول إعطاء تعريف لهذه الأخيرة، بحيث اختلف الفقه حول مدلول سلطة الإنهاء التي تملكها الإدارة، وذلك من خلال التعريف الفقهي والتشريعي لسلطة الإنهاء (الفرع الأول)، والأساس القانوني: لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

أولا: التعريف الفقهي

اتفق الفقه المصري على تسمية سلطة الإدارة العامة في إنهاء العقد بالفسخ الانفرادي أو الفسخ الإداري[1] ."

الفسخ الإداري جزاء يجوز للإدارة توقيعه على المتعاقد معها ويضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة سلطة الإنهاء الإداري للعقد بالإرادة المنفردة في حالة صدور خطأ من المتعاقد مع الإدارة أو في حالة ما استدعت ضرورات المصلحة ذلك.[2]

1محمد فؤاد عبد الله حمود ، انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة ، دار لثقافة للنشر والتوزيع . ط 2012 ,الأردن ، ص44.

2عبد الغزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، منشأة المعارف بالإسكندرية (مصر) ، 2004 ، ص288 -289.

تعددت وجهات نظر **الفقهاء حول تحديد تعريف الفسخ فمنهم من يرى على انه :**

جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزامه التعاقدي أي أن للإدارة حق الفسخ سواء انطوى هذا الحق على نص يخولها هذا الحق أم خلا من ذلك ودون حاجة للجوء إلى القضاء حيث أن الفسخ يعد من مظاهر السلطة العامة .

قد يرتكب المتعاقد خطأ جسيما ترى الإدارة معه إنهاء الرابطة التعاقدية كجزاء توقعه على المتعاقد معها لقاء ذلك الخطأ فيطلق عليه الفسخ في العقود الإدارية، حيث تختلف وسيلة إنهاء العقد على أساس الفسخ وفقا لما ارتكبه المتعاقد من أخطاء عن وسيلة أخرى لإنهاء العقد وهذه الأخيرة هي التي تستطيع فيها الإدارة إنهاء العقد مع المتعاقدين دون خطأ منه وذلك لمصلحة العامة، كما تملك الإدارة حق توقيع جزاء الفسخ سواء نص عليه في العقد أم لا[1] .

فالفسخ ينهي الرابطة العقدية في عقود الإدارة 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 ومدى ملاءمته[2].

إن الفسخ في العقود الإدارية بوجه عام هو امتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني والفسخ في العقود الخاصة باعتبار العقد مصدرا من مصادر الالتزام[3] .

1ام هاني بلقاسمي ، فسخ العقد الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة من متطلبات شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر بسكرة. 2014-2013 ، ص16.

2ام هاني بلقاسمي ، المرجع نفسه، ص16.

3يونس حشاني ، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2012 ، ص23.

ثانيا: التعريف التشريعي:

لم يتمكن المشرع الجزائري من إعطاء تعريفا جامع لسلطة الفسخ الانفرادي للعقد، حيث ذكر بعض الأفعال التي تبرر الفســـخ الجزائي، يتضـــح ذلك من خلال نص **المادة 149 من المرسوم السالف الذكر التي تنص**[1] .

"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد."

وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد .

لا يمكن الاعتراض على قرار المصـــلحة المتعاقدة بفســـخ الصـــفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضـــمان، والمتابعات إلزامية في إصـــلاح الضـــرر الذي حقها بســـبب خطأ المتعاقد معها ..."

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

الفكرة العامة التي تبرر وجود تلك الســلطة هي أن الإدارة ينبغي أن تتمكن رغم الشــروط الاتفاقية من وضـــع نهاية للعقود التي أصـــبحت غير مجدية أو غير متلائمة مع حاجات الهيئات، وذلك مع الاحتفاظ بحق المتعهد في التعويض .

هذه السلطة ليست إلا مظهرا من مظاهر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري فيجب هنا الاســتناد على أســاس مماثل للأســاس الذي تســتند إليه الإدارة في ســلطة التعديل من جانب واحد، وهذه الســـلطة بالرغم من اختلاف وجهات نظر الفقهاء عند عدم وجود نص في العقد حيث انقســم الفقه الفرنســي في هدا الشــأن إلى ثلاثة اتجاهات أولها ينكر إعطاء الإدارة حق

1أنظر المادة، 149من المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

تعديل عقودها الإدارية، وثانيها يؤيد إعطاء ها هذا الحق وهو الرأي الراجح وثالثها اتخذ مذهبا وسطا بقصر حق التعديل على عقدي الأشغال والتزام المرافق العامة دون سواها، [1]اومنهم من يرى أن سلطة الإدارة لعقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام(أولا)، ومنهم من يرى أنها تقوم على فكرة المرفق العام (ثانيا)

أولا: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني

تشمل فكرة السلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة مكلفة خارج وفوق كل عقد بأن تراعي ضرورات المصلحة العامة وترجحها دائما على مصلحة الأفراد الخاصة وأنصار هذا الرأي يرون أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في الإنهاء للعقود الإدارية بالإرادة المنفردة إنما تقوم على الامتيازات الاستثنائية للإدارة العامة والتي من بينها سلطتها بإنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة وهي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد .

ومن بين هؤلاء الفقهاءالعميد "**فيدل**" الذي يرى بأن سلطة الفسخ بدون خطأ م ومن المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام[2] .

ثانيا: فكرة المرفق العام كأساس قانوني

أسس بعض الفقهاء سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية على ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل بالمرفق العام وانتظامه فقد يظهر بعد التعاقد أن المرفق

1 محمد جمال ذنيبات، العقد الاداري (دراسة مقارنة)، د.د.ن،ط1، الرياض ، 2012، ص 240-239.

2محمد جمال ذنيبات، المرجع السابق ،ص 241.

العام لم يعد في حاجة إلى هذا العقد وعليه فمن مصـــلحة المجتمع إنهاء العقد الإداري الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة .

كما أن المرفق العام يجب أن يعمل بانتظام وبانفراد تحت إشـــراف الدولة لســـد الحاجات العامة مع خضوعه لنظام قانوني معين .

ومن القائلين بهذا الرأي الأســتاذ "**بينكو**" الذي يرى أن للإدارة الحق في فســخ عقودها إذا اقتضـــى ذلك الصـــالح العام لأنه من غير المقبول أن يصـــبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتامين المنفعة العامة .

يرى الأســتاذ "**بينو**" أن سـلطة الإدارة في فسـخ العقد الإداري تسـتند إلى مصـلحة المرفق العام التي تقضـي إنهاء العقود التي أصـبحت غير متلائمة مع احتياجات المرفق العام والتي أصبحت تشكل عبئا ثقيلا عليه .

كما يرى الأستاذ الدكتور (سليمان طماوي)[1] ان للإدارة الحق بإنهاء عقودها الادارية إذا اصبحت غير ذات فائدة لمرفق العام واصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة.

تبعا للأســاس التوفيقي يرى أنصــار هذا الرأي ان سـلطة الادارة في انهاء العقود الادارية انما تســـند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الادارة في العقد الى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام.

ومن الفقهاء الفرنســيين المقررين لذلك الأســتاذ (Delaubadere) والفقيه (terneyr) الذي قال ان ارادة المتعاقدة ان تنهي من جانب الواحد العقود هي التي هي طرف فيها ولو لم يجز له ذلك اي شـرط تعاقدي بحكم سـلطته في مصـلحة العامة وحسـن المرافق العامة التي يتمتع بها [2].

1 سليمان محمد الطماوي, الأسس العامة للعقود الادارية, د.د.ن, ط1, دار الفكر الجامعي1998, ص97

2 محمد جمال ذنيبات، المرجع السابق ،ص 241 -242.

المطلب الثاني : شروط ممارسة السلطة الادارة في انهاء العقود الادارية

ان سلطة الادارة في انهاء العقود الادارية من اهم السلطات الي تتمتع بها الادارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، فهو حق اصـــيل ســـواء تم النص عليه ام لا، اطلق عليه الفقه بالفســخ الاداري وســبب صــدور قراره من جانب واحد من طرف الادارة اي بصــورة الانهاء الانفرادي والذي يتخذ نمطين :

–في حالة تحقق المصـــلحة العامة رغم انتفاء الخطأ (الفرع الأول)، وحالة الثانية المتمثلة في حالة اخلال المتعاقد بأحد التزاماته التعاقدية اي صدور خطأ من المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تحقيق المصلحة العامة رغم عدم وجد الخطأ

اذا اقتضــت المصــلحة العامة انهاء العقد جاز للإدارة اســتعمال ســلطة الانهاء رغم عدم وجود اي خطأ من متعاقد (اولا) ، بالإضـــافة الى مراعات الاجراءات المنصـــوص عليها في العقد والقوانين حتى يكون العقد الاداري مشرعا (ثانيا).

أولا: أن تقتضيه المصلحة العامة

ان قيد المصــلحة العامة المبررة لاســتعمال الادارة لســلطتها في انهاء العقود الادارية هو من القيود الهامة التي تفترض دوما في الادرة انها تراعيها في كافة تصـــرفاتها وقراراتها، وبتالي فان حدود رقابة الادارة في اســـتخدامها من ســـلطة الانهاء العقد هو ان تســـتهدف المصلة العامة والا تتعسف في استخدام حقها.

من هنا فان انهاء العقد الصـــادر من الادارة اذا لم تســـتهدف المصـــلحة العامة او اذا انحرفت في اســـتعمالها لســـلطة انهاء العقد يجوز الغائه ، ونرى ان الادارة لا تجبر على استمرار علاقتها التعاقدية مع المتعاقد معها اذا هي رات من اعتبارات ما يمنعها من التعامل مع احد المتعاقدين معها لأسباب سائغة ، او الاكتفاء بما نفذ منها الاستغناء عنه نهائيا .

اما اذا كان قرارها لا يستهدف سوى ازاحة المتعاقد معها لتحل بدلا منه غيره، فان العبرة هنا بمصلحة المرفق العام فاذا كانت تتحقق باستمرار التعاقد معها مع الادارة في تنفيذ اعمال وجب الغاء القرار انهاء العقد اما اذا كانت مصلحة المرفق لا تتبدل بالمتعاقد الاول او غيره فان حق المتعاقد المنهي عقده ينصرف الى التعويض عن الاضرار التي لحقت به ان كان هناك مقتضى [1]

ثانيا: مشروعية قرار انهاء العقد الاداري

يجب ان يتوفر في قرار الادارة بإنهاء العقد الاداري بالإرادة المنفرد جميع الشروط الازمة لصحة الاعمال المبنية على سلطة تقديرية، وعلى الادارة عند قيامها بإنهاء العمل الادري بالإرادة المنفردة ان تراعي جميع الاجراءات المنصوص عليها في العقد او في القوانين واللوائح والا كان قرار الانهاء غير مشروع كما يجب ان يكون صاحب الاختصاص في اصدار قرار انهاء العقد هو الجهة الادارية التي ابرمت العقد.

وعليه يمكن القول بان انهاء العقد الاداري من طرف الادارة بصورة منفردة مثله مثل باقي التصرفات المادية للإدارة ويتجسد عبر قرار اداري.

ومن هذا المنطلق لابد ان يستوفي مثله مثل اي القرار آ خر اركانه الشكلية وموضوعية ليكون قرار مشروعا وبتالي فان صحة اجراء اصدر القرار الانهاء تتعلق اساسا بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية "الاختصاص ، الشكل ، الاجراءات "ومن الناحية الداخلية "السبب" الذي يمثل الدافع لاتخاذ قرار الانهاء ومحل وركن الغاية .

ومما تقدم يتضح ان القرار الاداري بالإنهاء يكون مشوبا بعيب عدم المشروعية اذا صدر من سلطة غير المختصة او صدر من سلطة مختصة لكنها لا تراعي الاجراءات والشكليات المنصوص علها في العقد وفي القوانين و اللوائح .

1حمدي ياسين عكاشة، مرجع السابق، ص257 -258.

الفرع الثاني : في حالة وجود خطأ

للإدارة سـلطة انهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها والذي يجوز للإدارة توقيعه بالإرادة المنفردة كجزاء على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو ما ينبغي ، حيث يكون هذا الجزاء نهاية للعقد بصـورة مسـتترة تفرضـها موجبات تحقيق المصلة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وهذا ما يمز الفسخ عن اجراءات الضـغط الاخرى التي تكون ماقتة حيث انه يضـع نهاية حاسـمة للعقد الاداري اذ يعتبر من اسباب انقضاءه .

الفسخ بإرادة الادارة هو انهاء الرابطة التعاقدية بدون اللجوء الى القاضي الإداري او موافقة المتعاقد معه ، واذا كان القانون في اشـرط ان يذكر شـرط في البيانات الاسـاسـية نظرا لخطورته غير ان القانون اعطى للسـلطة الادارية سـلطة الفسـخ كقاعدة عامة اذا توافرت شـروطه حتى ولو لم يدرج في بيانات العقد ، فاذا لم ينفذ المتعاقد مع الادارة يكون محل اعذار من المصـلحة المتعاقدة ان تفسـخ الصـفقة من جانب واحد ولا يمكن الاعتراض على المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية ، ولذلك فان تقرير الفسخ العقد من جانب الادارة وحدها هو مقرر لجميع العقود الادارية بشـرط توفر شـروط في حدود ما يسمح به القانون واهم هذه الشروط اخلال خطير من جانب المتعاقدة مع الادارة [1].

تباشـر المصـلحة المتعاقدة سـلطتها في توقيع الفسـخ في حال ارتكاب المتعاقد خطا جسـيم (اولا) وان تقوم بإعذاره (ثانيا) وكذلك في حالة عدم تدارك المتعاقد لخطئه (ثالثا).

1 خوخة توتي، سـلطات الادارة العامة في العقد الاداري، مذكرة مكملة من المتطلبات نيل شـهادة الماسـتر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة 2012 -2013 ، ص65.

أولا : ارتكاب الخطأ الجسيم

الخطأ الجســـيم عبارة عن اخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي منصـــوص عليه في العقد او القانون ، والادارة وحدها هي التي تملك تقدير جســـامة ذلك الخطأ نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته مما يسمح لها بتوقيع الفسخ كجزاء .

اعتبر مجلس الدولة الفرنســي خطأ جسـيما يبرر الفسـخ اهمال المتعاقد للأعمال او وقف التوريد والتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن دون اذن سـابق من الادارة والتجاء المتعهد الى الغش او تسليمه بضائع رديئة.[1]

اما بنسـبة للمشـرع الجزائري في مرسـوم الرئاسـي15-247 الصـفقات العمومية فقد ذكر بعض الافعال التي تبرر الفسـخ الجزائي بعبارات تخلو من التفصـيل يتضـح ذلك في **المادة 149 المذكورة سابقا** [2].

يسـتنتج من هذه المادة قصـد المشـرع بصـدد افعال جزاء الفسـخ فجعل من كل اخلال بالتزامات التعاقدية نتيجة اخطاء تبرر توقيع الفسخ .

ثانيا : اعذار المتعاقد

قبل توقيع الفسخ الجزائي يشترط كذلك ضرورة اعذار المتعاقد مقاولا كان او موردا [3].

وفقا للقواعد العامة فالإعذار هو اثبات قانوني لحالة تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته ويهدف في عقود الأشـغال العامة الى اثبات عدم وفاء المقاول بالتزاماته من الناحية القانونية وهو امر منطقي تفرضه قواعد العدالة ذلك انه يعني تنبيه المتعاقد الى مخالفته التي قد تضر

1 محمد جمال ذنيبات، مرجع السابق ، 252 ' 253.

2 ينظر ص 14.

3 ربحية سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، فرع ،قانون الإجراءات الادارية . جامعة تيزي وزو 2013 ، ص1. 145 .

بالمرفق العام ومن ثم يكمن له بعد اعذاره ان يصحح تلك المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد كما انه يعني ايضا انذار له بتوقيع الجزاء الذي تراه الادارة اذا استمر في هاذه المخالفة.[1]

وفي هذا يجب ان توجه الادارة للمتعاقد معها اعذارا تحدد فيه الاخلال المسجل وكذا اجل تداركه وقد **كلفت المادة 149 الفقرة02 من ذات المرسوم15-247** وزير المالية اصدار قرار يحدد فيه شكل الاعذار والبيانات المطلوبة فيه [2].

احسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة اعلاه على وجوب اعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة والوفاء بما تعهد به .فالإعذار يعد شرطا اساسيا قبل توقيع جزاء الفسخ لابد للمصلحة المتعاقدة ان تلتزم به ، ومن دونه فالقرار الصادر بتوقيع الفسخ الجزائي يكون غير مشروع ويتعين اعفاء المقاول من النتائج المترتبة عليه .

تعفى المصلحة المتعاقد في بعض الحالات من الالتزام بإعذار المتعاقد معهما كحالة الاستعجال في حالة ما اذا كان جزاء الفسخ لاحقا كجزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الاشغال العامة او الشراء على حساب المورد في صفقة اللوازم ، وكان قد سبقهما اعذار للمتعاقد بشرط ان يكون جزاء الفسخ قد صدر من نفس الأخطاء التي استلزمت جزاء السحب وجزاء الشراء ،ولا محل للإعذار ايضا اذا اعلن المقاول اوالمورد صراحة عن لفظه في تنفيذ الاشغال او توريد الأصناف المتعاقد عليها او اذا ثبت من الظروف عدم جدواه نتيجة الاخلال بالتزام جهوري ، وفي كل الأحوال لا يكون الاعذار ضروريا اذا نص العقد صراحة على اعفاء الادارة من هذا الالتزام. [3]

1 محمد جمال ذنيبات، المرجع السابق ص252 ، 253.

2أنضر المادة 149 من المرسوم 15-247 التعلق بصفقات العمومية, المرجع السابق .

3سبكي ربيحة، المرجع سابق، ص145.

ثالثا : عدم تدارك المتعاقد لخطئه

اي ان المتعاقد لم يتمكن من ازالة الاخلال وتدارك التقصـــير المســـجل عليه في الاجل المحدد في الإعذار كما يدخل في هذا الاطار امتناع المتعاقد عن ذلك فاذا تحققت هذه الشروط جاز للإدارة ان تفسخ الصفقة من جانب واحد دون اللجوء الى القضاء ودون امكانية مطالبة بالتعويض ويتضح الفسخ بقرار ادري. [1]

وهذا ما جاء في **المادة 149 الفقرة02 من ذلك المرسوم15-247.** [2]

مخطط بيـــاني

1يوسف حوري، مداخلة بعنوان سلطات الادارة في مجال الصفقات العمومية، جامعة غليزان، ص07

2 انظر المادة149 الفقرة 2 من المرسوم 15-247,المرجع السابق.

المبحث الثاني : اصناف وتطبيقات سلطة الادارة في انهاء العقود الادارية

قد تؤدي الظروف الفسخ العقد الاداري قبل تنفيذه تنفيذا كاملا أي قبل انتهاء مدته فيتفق الطرفان على اتمام تنفيذه او انتهاء مدته ويتم الاتفاق على تسوية ما يترتب على هذا العقد من الحقوق.[1]

كما انه نجد هناك ظروف اخرى تؤدي الى الفسخ العقد تلقائيا بغير حاجة الى حكم القضاء او قرار من جهة الادرة المتعاقدة، كما قد يفسخ العقد بقوة القانون، او ينتهي العقد بحكم من القضاء او بقرار صادر من الجهة الادارية المتعاقدة المتمثلة اساسا في فسخ العقد الاداري الذي يأخذ انماطا مختلفة **(المطلب الأول)**.

السلطات الاستثنائية المقررة في العقود الادارية التي من بينها سلطة انهاء العقد الاداري التي يعود الأصل فيها الى الانقضاء العادي (الطبيعي) ،او كاستثناء يكون انضاء العقد الادارية غير عادي والتي تظهر في بعض العقود الادارية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : اصناف سلطة الادارة في انهاء لعقود الادارية

تنتهي العقود الادارية بأسباب الانقضاء العادية والطبيعية والتي تعتبر الأصل لإنهائها بحيث تزول العقود الادارية مثل بقية العقود بأسباب الانقضاء العادية بتحقيق اغراضها عن طريق تنفيذ كل الالتزامات التعاقدية تنفيذا كاملا الا انه قد لا تضل وتبقى العقود سارية ونافذة حتى تنتهي وتنقضي انقضاء عاديا او طبيعيا بل قد تقضي انقضاء مبتسرا او مقطوعا. [2]

لسبب الفسخ الاداري **(الفرع الأول)** ،او سبب الفسخ الاتفاقي او بقوة القانون **(الفرع الثاني)** ، كما قد ينقضي العقد لسبب الفسخ القضائي **(الفرع الثالث)**.

1ام هاني بلقاسمي ، المرجع السابق ،ص 48.

2عمار عوابدي، القانون الاداري، ج2 ، د.د.ن ،ط 4، الجزائر، 2007 ،ص 230، 229 .

الفرع الأول : الفسخ الاداري

ان الحق الادارة في فسـخ العقود الادارية بقرار يصـدر منها هو من الخصـائص البارزة التي تميز النظام المقرر في القانون الخاص، ولدراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود يميز الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: المتمثلة في الفسـخ المنصـوص عليه في العقد او بمقتضـى نص في القوانين أو اللوائح **(أولا)**

الحالة الثانية: المتمثلة في الفسخ غير المنصوص عليه قانونا **(ثانيا)**

اولا: حالة الفسخ المنصوص عليه قانونا:

عندما ينص العقد على حق الادارة في الفسـخ فانه لا توجد صـعوبة في الأمر بل انه يكون امرا مألوفا ومنسـجما في عقود القانون الخاص غير انه يجب ان لا نفهم من ذلك ان سـلطة الادارة في فسـخ العقد تكون منصـبة فقط على الحلات المنصـوص عليها في العقد وانما تكون ثابتة لها في كل حالة تعتقد فيها ان المتعاقد اخل بتنفيذه التزاماته اخلالا جسـيما ،نظرا لان الادارة لا تستمد من حيث المبدأ سلطتها في توقيع هذا الجزاء من نصوص العقد وانما من طبيعته لكونه عقد اداريا، فلا تملك التنازل عن هذه السـلطة، فالعقد عندما ينص على حق الادارة في فسخه انما يكون النص منضما لشروط استعمال ذلك الحق وليس منشأ له اذ تملك الادارة ذلك بكل سبل وليس بذلك مفاجأة للعدالة مادام التعويض حقا ثابتا للمتعاقد ازاء هذه السلطة.

تتطلب المصـلحة العامة مثل هذا السـلوك ولذلك فقد صـيغت الأحكام القانونية على هذا الأسـاس ان حق الادارة الثابت في فسـخ العقد سـواء نص عليه في العقد او لم ينص عليه ينبع من كونها احدى الجهات المنفذة لسـلطة الدولة وسـيادتها اذ بدون هذه السـيادة سـوف

تضـيع الأموال الدولة هباء خاصـة اذا كان جهاز الموظفين ليس حريصـا على المال العام وعلى فرض الثبوت امانته.[1]

ثانيا : حالة الفسخ غير المنصوص عليه في العقد

هذا الحق مستمد من السلطة الادارة العامة في فرض سائر الجزاءات على المتعاقد حتى لو لم يرتكب خطأ من جانبه ومقتضـاه قيام الادارة من طرف واحد بإنهاء العقد خلافا لما هو معروف في القانون الخاص.

وقد اعترف القضاء الاداري بهذه السلطة في جميع العقود ان الحق الادارة في توقيع جزاء الفسخ بدون خطأ من المتعاقد يستند الى كون الادارة دون غيرها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة فقد تقرر ان العقد اصـبح غير ضـروري او لم يعد يتفق مع حاجة المرفق الذي ابرم من اجله .

ويرى البعض بان سلطة الادارة بالفسخ من جانب واحد تستند الى سلطتها التقديرية في موازنة فائدة الفسخ من عدمه دون ان تكون للقضاء سلطة في مراقبة اسباب الفسخ من حيث منفعته للمرفق من عدمه ومع ذلك فان المتعاقد يســتحق التعويض عن الفســخ مدام ليس لإرادته شيئا في دفعه.

وقد استقرت احكام مجلس الدولة الفرنسي على عدم الحكم بالتعويض عن الربح الاحتمالي اذا كان سبب انهاء العقد يرجع الى ظروف لابد للإدارة من دفعها على كالحرب مثلا.

ومثلما تكون ادارة ما، هي المختصـــة بالتعاقد وبالرقابة على تنفيذ العقد فإنها تكون هي المختصة ايضا بالفسخ دون غيرها من الادارات وذلك عملا بقواعد الاختصاص في ممارسة الأعمال الادارية. [2]

1 محمد خلف الجبوري، القضاء الاداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، عمان، 2010،ص 260 .

2 محمود خلف الجبوري ،المرجع نفسه، ص 261.

الفرع الثاني : الفسخ الاتفاقي والفسخ بقوة القانون

قد يحدث بعد ابرام العقد المتعاقد مع جهة الادارة على فســـخ ذلك العقد ويكون الفســـخ في هذه الحالة اتفاقيا **(اولا)**،كما ينتهي العقد بقوة القانون في حالة معينة تطبيقا لقواعد العامة (ثانيا) .

اولا: الفسخ الاتفاقي

قد يتفق المتعاقد مع جهة على انهاء قبل تمام مدته او اتمام تنفيذه ويكون الانهاء في الحالة اتفاقيا يســـتند على رضـــا الطرفين لان الرضـــا المتبادل انما تقرره ارادة اطرافه وهي تقرر انقضاؤه أيضا. [1]

وقد يكون انهاء العقد الطريقة مصـــحوبا بالتعويض عما فات المتعاقد من كســـب نتيجة لإنهاء العقد قبل اوانه إذا اتفق المتعاقدان على ذلك. [2]

ثانيا: الفسخ بقوة القانون

ينفســخ العقد بقوة القانون في بعض الأحيان عند تحقق وقائع معينة وينتج الفســخ اثاره من تاريخ تحقق الواقعة التي ادت الى الفسخ فعلا وذلك في الحالات الآتية:

1- هلاك محل العقد بموجب هذه الحالة يتبين ان محله غير موجود او انه بضاعة هلكت او احترقت او غير ذلك.

ان هلاك محل العقد اذا كان بفعل احد المتعاقدين يوجب عليه التعويض، اما اذا كان الســـبب الهلاك خارج عن ارادة الطرفين فلا موجب للتعويض، لان انقضـــاء الالتزام بهذه الطريقة يقوم مقام الوفاء به ويمكننا ان نتصــور اثر ما تقوم به الادارة من اعمال من شــانها

1مازن ليلو راضي، العقود الادارية ط1 دار قنديد، الأردن، 2011 ،ص 192.

2 محمد جمال ذنيبات، المرجع السابق، ص 233.

ازالة الوجود المالي لموضوع العقد بان تصدر تعليمات تجعل بموجبها تنفيذ الالتزام الناشئ عن بعض العقود الغير ممكن وذلك بموجب نظرية المخاطر الادارية وقد تؤدي اجراؤها الخاص بالعقد الى هلاك محله ايضـــا، وفي الحالتين تلتزم الادارة بالتعويض المتعاقد معها عن تبعة الهلاك.

2-اذ تحققت شــروط معينة المنصــوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على ان العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتبارا من هذا التاريخ.

3-اذ تحققت اسباب معينية منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم فسخ العقد من تاريخ تحققها.[1]

الفرع الثالث : الفسخ القضائي

هو الذي يتعين ان ينطق به القاضي بناءا على طلب أحد الطرفين وترتد اثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى، والأسباب التي من اجلها يحكم القاضي الادري بالفسخ عديدة ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث تتمثل في: [2]

1-الفسخ القضائي بسبب قوة القاهرة

القوة الآخرة هي كل ما نتوقعه ولا يمكننا تلاقيه.

تؤدي القوة القاهرة الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت ان تحققها بســـبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه. [3]

1 محمود خلف الجبوري المرجع سابق ذكره، ص 255 .

2محمد سـليمان الطماوي، الأسـس العامة الادارية (دراسـة مقارنة) دار الفكر العربي جامعة عين الشـمس 1965،ط 2، ص740 .

3 محمد جمال ذنيبات ،المرجع السابق، ص 234.

من الطبيعي ان القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى اتصفت بكونها خارجة عن ارادة الطرف المدين وانه ما كان في وسعه توقعها، وأصبح امام حالة استحالة مطلقة تحول دون امكانية قيامه بتنفيذ التزامه.

وعلى ذلك فان القوة القاهرة تؤدي الى فسخ العقد من دون ان يكون المتعاقد الآخر المطالبة بالتعويض وإذا كان فسخ العقد المدني بحكم قضائي نتيجة القوة القاهرة فان ذلك الحكم لا ينشأ حالة الفسخ وانما يقررها.

فسخ العقد الاداري يختلف بعض الشيء حيث يجب ان نفرق بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وذلك تطلبه الادارة.

الفسخ الذي يطلبه المتعاقد، فان الصدور الحكم القضائي شرط لازم لتطبيق حكم القوة القاهرة في حين تستطيع الادارة انهاء العقد دون حاجة للجوء الى القضاء، وهنا نكون امام حالة فسخ اداري وليس قضائي.[1]

2-الفسخ كجزاء للإخلاء بالالتزامات التعاقدية :

ان حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الادارة او المتعاقد لإخلال الطرف الأخر بتنفيذه التزاماته مضمون للطرفين مادامت الادارة تملك حق فسخ العقد بقرار اداري استنادا الى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فلا تلجأ الى القضاء لتقرير الفسخ الا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض اذ تبين ان قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف.

اما بالنسبة للمتعاقد فلابد من اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد اذ اخلت بالتزاماتها اخلالا جسيما واذ حكم القضاء بذلك فان أثار الفسخ ترتد الى يوم رفع الدعوى.

1 محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 158.

3-الفسخ في مقابل حق الادارة في تعديل العقد:

تملك الادارة سلطة تغير شروط العقد واضافة شروط بما يتراءى لها انه اكثر اتفاقا مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.

وإذا وجد المتعاقد ان التعويض غير كافي لمواجهة الظروف التي وجدتها التعديل، وان تعديل تجاوز امكانيته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد، فان للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائيا مع التعويض لان مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الادارة دائما.[1]

المطلب الثاني : تطبيقات سلطة الادارة في انهاء العقود الإدارية

تعتبر سلطة انهاء العقد الاداري حق للمصلحة المتعاقدة ولو لم ينص عليها في العقد او دفتر الشروط ومن دون حاجة للجوء الى القضاء الا انها تكون ملزمة باحترام الاجراءات القانونية قبل ممارسة هذه السلطة لأنه اذ لم تقم بذلك يكون قرارها الصادر جراء هذه السلطة غير المشروع.

فسلطة الانهاء المقررة في العقود الادارية تختلف باختلاف العقود على اساس درجة اتصالها بالمرفق، ومدى مساهمة المتعاقد مع الادارة في تسييره، فتبرز سلطة الانهاء في عقود الاشغال العامة التي تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة **(الفرع الاول)**،وان كانت تبرز بطابع خاص في عقود التزام المرافق العامة **(الفرع الثاني)** بالإضافة الى عقد التوريد **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الانهاء في العقد الأشغال العامة

يمكن تعريف الفسخ في صفقة الأشغال العامة على انه:

1محمد مال ذنيبات، المرجع السابق، ص235.

" الجزاء الشديد الذي تستطيع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع ان توقعه على المقاول المقصـر في تنفيذ التزاماته الناشـئة عن الصـفقة والذي يترتب عليه اسـتبعاد المقاول نهائيا في تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة اومن الاستمرار في تنفيذها ".[1]

ينقضي عقد العامة قبل ميعاده الطبيعي وفقا لأسباب التي يمكن اجمالها فيما يلي:

اولا: الفسـخ باتفاق الطرفين وحينئذ يترك للإدارة والمقاول ترتيب الاثار التي تترتب على هذا الفسخ الاتفاقي.

ثانيا: يفسخ العقد بقوة القانون اذ توفرت شروط معينة كهلاك الشيء موضوع التعاقد

ثالثا: ينقضي العقد بحكم القضاء في بعض حلات منها:

1-اذ استحال على المتعاقد ان ينفذ التزاماته.

2-اذ اخطأت الادارة خطأ جسيما في تنفيذ التزاماتها.

3-اذ عدلت الادارة في التزامات المتعاقد تعديلا جسيما يقلب اقتصاديات العقد راسا على عقب أو يغير من جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكانه امام التزام جديد.

رابعا: للإدارة حق فسخ العقد بقرار منها، وذلك في الحالتين وهما :

1-إذا أخل المقاول بالتزاماته وحينئذ يكون الفسـخ بمثابة جزاء توقعه الادارة على المقاول تحت رقابة القضاء ولكن يجب ان يكون اخلال المقاول جسيما يبرر العقوبة القاسية.

2-بدون خطا من جانب المقاول وذلك كانت مقتضـيات المصـلحة العامة تسـتوجب هذا الانهاء، حينئذ يتعين تعويض المقاول.

1 ربحية سبكي ، المرجع السابق،ص 141.

خامسا: وهناك حلات خاصة لفسخ عقود الأشغال العامة تتضمنها تشريعات خاصة، اوتنظمها اللوائح او دفاتر الشروط، ويتم فيها انقضاء العقد بقوة القانون، او بقرار اداري تحت رقابة القضاء.

ومتى فسخ العقد فانه يتعين تصفية اثاره ولا يتم ذلك الى معرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمال.

يختلف الحكم وفقا لاختلاف السبب الذي يؤدي الى نهاية العقد نهاية مبتسرة، فاذا كان المرجع الى خطا المتعاقد فانه يتعرض الى توقيعه الى توقيع غرامات المالية، كما يكون معرضا للحكم عليه بالتعويض لصالح الإدارة.

اما اذ فسخ العقد بغير خطا من المتعاقد فان من حقه الحصول على التعويض.[1]

وفيما يلي سنعرض الطبيعة القانونية لفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، بحيث اختلف الفقه حول تحديد طبيعته حيث اعتبره الأغلبية من النظام العام بينما الأقلية لا تعتبره كذلك ونعرض فيما يلي هذين الاتجاهين :

الاتجاه الأول (راي الأغلبية): حيث يرى الفقيه "**جيز**" ان الفسخ عقد الأشغال العامة يعتبر من النظام العام ويوجد حتى في حالة عدم النص عليه في العقد، كما يرى الفقيه

"**بلومان**" ان الفسخ يعتبر سلطة من النظام العام مخصصة لضمان سير المرافق العامة كما ذهب الفقيه (ليبرانو) الى ان الفسخ الجزائي يوجد بقوة القانون ويعتبر جزاء من النظام العام ، والمقصود هنا هو الفسخ الجزائي لعقد الاشغال العامة المجردة والبسيطة اما الفسخ الجزائي لعقد الاشغال العامة على مسؤولية المتعاقد فلا يعتبر من النظام العام ولابدان ينص عليه في دفتر الشروط او في العقد.

1محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص 797- 798.

الاتجاه الثاني (رأي الأقلية): ويمثله الفقيه "**بييركيو**" والذي يرى ان جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ليس من النظام العام ولابد من النص عليه في العقد او دفتر الشروط حتى يعتبر من النظام العام.

اما موقف مجلس الدولة الفرنسي فان احكامه مستقرة على ان الفسخ الجزائي لعقد الاشغال العامة على مسؤولية المتعاقد لا بد ان يكون منصوصا عليه في العقد او دفتر الشروط فاذا لم ينص عليه فان الجهة المتعاقدة لا تستطيع ان توقعه على المتعاقد معها.

ويترتب على اعتبار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة من النظام العام جملة من النتائج وهي:

1-جزاء فسخ عقد الاشغال العامة ليس في حاجة الى النص عليه صراحة في العقد او دفاتر الشروط فهو يوجد بقوة القانون.

2-لا يمكن لأطراف العقد النص على استبعاد سلطة الادارة في الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة.

3-تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في ايقاع جزاء فسخ الاشغال العامة دون الحاجة الى القضاء.

4-النص على بعض الجزاءات في عقد الأشغال العامة لا يحرم الادارة من حقها في توقيع جزاء فسخ الأشغال العامة.[1]

الفرع الثاني : الانهاء في عقد الامتياز (التزام المرفق العامة).

ينتهي عقد التزام كغيره من العقود نهاية مبتسرة قبل المدة المحددة له غير انه مع ذلك ينفرد بخاصيتين اساسيتين عن سائر العقود الادارية.

- اتصال العقد بنشاط المرفق مما يزيد من احتمالات نهايته بشكل غير طبيعي.

1 محمد جمال ذنيبات ، المرجع السابق، ص 242 -243

- جسامة المبالغ التي يستلزمها اعداد وتهيئة المرفق لكي يكون نافعا مما يستوجب حماية الملتزم ماديا من تعسف الإدارة.

وعلى اي حال فان عقد التزام ينتهي بهذه الطريقة وفق أحد العوامل وهي الاسترداد أولا والإسقاط ثانيا.

أولا: الاسترداد

هو اجراء تقوم الادارة بمقتضاه بإنهاء العقد قبل مدته وتعطي للمتعاقد تعويضا عن ذلك ويتم الاسترداد عادة بصدور قرار اداري وهذا القرار يعتبر في ذلك الوقت ضمانة للمتعاقد من شانه ان يعلم بموجبه نية الادارة بالاسترداد، ويمكن ان ينصب عليه الطعن امام القاء كإجراء منفصل عن عملية العقدية.[1]

وعندما يكون الاسترداد منصوصا عليه في العقد (استرداد اتفاقي) وهو في غالب في العقود الالتزام، فيجب على الادارة ان تنبه الملتزم قبل ممارسة حقها في الاسترداد، كما يجب ان يصدر قرار الاسترداد من الجهة المانحة للالتزام او المخولة بذلك بموجب العقد .

ولا يجوز الاسترداد لتحقيق مصلحة مالية للإدارة مادام حق العقد يقضي بخلاف ذلك والحقيقة ان ممارسة حق الاسترداد لا يعفي الادارة من التعويض اذ يكون متفقا عليه في العقد ايضا.

وقد يتفق الطرفان على مصير حقوق الغير ازاء الملتزم كما يتجاهل الطرفان هذه المسألة وفي الحالتين تلتزم الادارة باعتبارها قد حلت محل المتعاقد معها في تنفيذ التزامات قائمة تطبيقا لقواعد الحلول في القانون المدني وممارسة الادارة لحق الاسترداد ولو جرى بالاتفاق يعطي للمتعاقد بالتعويض الكامل.

1 محمد خلف الجبوري، مرجع السابق، ص241

كما قد يكون الاسترداد غير اتفاقي وهو الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد بل تقدره الدارة بإرادتها المنفردة في الحالات التي ينص فيها العقد على الاسترداد الاتفاقي او في خلال المدة التي يجوز للإدارة فيها استرداد المرفق.

غيرانه لما كان الاسترداد هو حقا مقررا للإدارة لها ان تستعمله دائما سوآءا نص العقد عليه او لم ينص، فان تحديد مدة معينة لا يعني تحريم استخدام الادارة لهذا الحق ولكن يعني التزام الادارة بتعويض الملتزم إذا استردت المرفق قبل انقضاء تلك المدة.

بالرغم من ان الاغلبية في الفقه تقر هذا نوع من الاسترداد كوسيلة بيد الادارة الا ان هناك من يرى بان الاسترداد لا يكون الا بطريقة النص عليه في العقد اما الاسترداد من خارج العقد ما هو الا تطبيق لسلطة الادارة في الانهاء الانفرادي هذه السلطة التي تسري على كافة العقود العقود الادارية بما فيها من عقد الالتزام.[1]

يبرر اصحاب هذا الراي ذلك بان مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر احكاما تعترف للإدارة بسلطة الاسترداد إذا لم يكن منصوص عليها في العقد.

ويرى الفقيه "**ديلوبادير**" على دالك بان السبب في عدم وجود احكام من هذا النوع هو ان عقود الالتزام تتضمن جميعها نصوصا تتضم كيفية استرداد الادارة للالتزام اي ان التعامل الاداري يسير بهذه الطريقة من الناحية العملية، ولكن يجب ان لا نستبعد عدم الاتفاق على ذلك في العقد.

ويستحق المتعاقد في مقابلة السلطة الاسترداد حقه تعويضا يقدره القاضي حسب ما يكون قد اصابه المتعاقد من اضرار وما فاته من كسب.

وهناك حالة اخرى اذ يكون الاسترداد بموجب قانون وهذا مايسمى بالاسترداد القانوني ، حيث تلجأ الادارة احيانا الى المشرع لإصدار قانون لاسترداد المرفق وانهاء الالتزام ، وحين

1 محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ،ص 241.

ما يصـــدر مثل هذا القانون يجب تنفيذ ما يتضـــمنه من شـــروط واتباع ما يقضـــي به من اجراءات وما يرتبه من التزامات.

وقد تدخل المشرع الفرنسي في مجال عقود الامتياز وأصدر عدة قوانين بصدد بعض المرافق الحيوية.

ثانيا: اسقاط الالتزام

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه.[1]

كما يعتبر طريقة من طرق انهاء الالتزام بطريقة غير طبيعية ويعتبر جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة اخلاله الجســـيم بتنفيذ التزاماته بحيث يكون من المتعذر الاطمئنان الى اسـتمرار في ادارة المرفق وتسـيره على نحو سـليم ، ولا يسـتحق الالتزام اي تعويضـات نتيجة اسقاط الالتزام ، وبهذا فهو يختلف عن الاسترداد حيث يستحق المتعاقد في الاسترداد تعويضـــا تاما. ويعتبر اســـقاط الالتزام كما يرى الفقيه "**جيز**" من النظام العام اذ لا يجوز الاتفاق على عدم مسؤولية الملتزم عن اخطاء الجسيمة، بل الثابت ان يكون على ادارة بحكم هيمنتها واوجبها في الحفاظ على المرافق العامة ان توقع هذا الجزاء ويشترط لأسقاط الالتزام ما يلي :

1-ارتكاب خطا جسيم من المتعاقد.

2-وجوب اعذار المتعاقد والا فيكون قرارها بالإســـقاط معيبا يمكن الطعن فيه امام القضاء ،وذلك باستثناء الاحوال التي تعفى الادارة فيها من الاعذار كالنص على ذلك في العقد او حينما يصـرح المتعاقد بانه سـوف لن يتم تنفيذ التزاماته او عندما تكون هناك حالة ضرورة او استعجال.

1 محمد خلف الجبوري ، المرجع السابق ،ص 243-242 .

3- ضــرورة اصــدار قرار اداري بذلك لكي يكون منتجا لأثر قانوني واضــح ، ولكي يمكن معه احتساب مواعيد الطعن ان كان لها محل.

4- ضرورة صدور حكم قضائي بالإسقاط

ففيما عدا عقد الالتزام العام فإن الإدارة تملك ســلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، أما في عقود الالتزام المرافق العامة فقد جرى القضاء الفرنسي على تقليد مفاده أن الإدارة لا تملك توقيع عقوبة إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها بل لا بد أن يصدر بها حكم قضائي في حين لا يتطلب مجلس الدولة المصري لا في أحكام ولا في فتاويه وقد قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه :

"يحق لمانع الالتزام إســـقاط الالتزام إذا اختل المرفق إخلالا جزئيا أو كليا أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر اهماله... وليس صحيحا في القانون أن هذا الحكم لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة".[1]

النتائج القانونية المترتبة على إسقاط الالتزام:

يثير موضــوع انقضــاء عقد الالتزام بعض المشــاكل المالية الخاصــة بمصــير الأموال والأدوات التي وضــعها الملتزم لخدمة المرفق ومشــاكل أخرى تتصــل بتســوية الحســابية بين الملتزم والإدارة بحقوق الغير ويجب التنبيه إلى أن إسقاط الالتزام لا يعني انتهاء عمل المرفق العام إذ تقوم بتنفيذ وإدارة أعمال المرفق كما قد تعهد بأعماله إلى متعهد اخر.

ان النتـائج أو الآثـار التي تترتـب على إســـقـاط الالتزام تتوقف على النص على مـا لهـا إلى نصوص العقد وإلى القانون الذي أنهي به الالتزام ويمكن إجمالها فيما يلي:

1 محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ص244.

– لا تلتزم الجهة مانحة الالتزام بحقوق دائني الملتزم إلا إذا نص على ذلك في العقد أو في القانون الذي أنهي العقد.

– يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للدارة ويحق للإدارة ان تخصم من استحقاقه المبالغ اللازمة لصيانة او لإصلاح من اندثر من الآلات.

– يحل المتعاقد الجديد فيما لو تعاقدت الادارة من جديد محل المتعاقد القديم غير ان الملتزم الجديد يتحمل الاعباء المالية التي تكبدتها الادارة في سبيل اتمام ارساء الالتزام عليه بالمزايدة كما تستطيع الادارة ان تتولى بنفسها استغلال المرفق وفق نظام الادارة المباشرة وفي هذه الحالة تلتزم الادارة بان تدفع للملتزم الذي اسقطت التزامه الادوات التي ترغب ابقاءها ولم تكن آلت اليها بدون مقابل كأشياء متعلقة وضرورية بالمرفق ام اذا لم ترغب فإنها تبقا للملتزم عل تدفع الادارة له تعويضا عن فترة استعمالها وكذلك ثمن اندثارها.

– لا يستحق المتعاقد التعويض عن اسقاط الالتزام اذ ان جزاء توقعه الادارة عليه بل ان الادارة تستحق تعويضا عن الاضرار التي الحقها بالمرفق والتي سببت الاسقاط.

– لا تسري بمواجهة الادارة او المتعهد الجديد عقود العمل المبرمة بين الملتزم وبين عماله بل تبقى حقوق العمال وغيرهم من الدائنين المتعلقة بذمة الملتزم غير انه قد تنص في عقد الالتزام او في قانون الاسقاط على خلاف ذلك فتكون تلك الحقوق نافذة بحق الادارة او المتعاقد الجديد.[1]

– تبقى عقود المنتفعين بالمرفق قائمة وسارية المفعول فلا تستطيع الادارة ولا ملتزم الجديد ان يتخلى من تلك الالتزامات، لان مبدأ دوام سير المرافق العامة يتطلب ذلك ولا يمكن مخالفته.

1 محمد خلف الجبوري ، المرجع نفسه ،ص 244.

الفرع الثالث : الانهاء في عقد التوريد

ينتهي عقد التوريد نهاية مبتسرة قبل حلول اوانه او قبل اتمامه بأحد الطرق التالية:

أولا: فســـخ العقد بالتراضـــي بين الادارة ومورد، وحينئذ يترك لهذا الاتفاق تنظيم الاثار التي يولدها ذلك الفسـخ، ويقتصـر دور القاضـي على تطبيق شـروط الاتفاق في حالة النزاع بين الطرفين.[1]

ثانيا: انقضـــاء العقد بقوة القانون إذا تحققت ظروف معينة تؤدي الى تلك النتيجة واوضـــح صورها هلاك محل العقد.

ثالثا: الفسخ بحكم القضاء بناء على طلب المورد في الحالات المعرفة وهي:

1-وجود المورد في حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ.

2- مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدي التعويض في مواجهتها.

3-إذا عدلت الادارة في التزامات المورد تعديلات جسيمة على نحو المعروف.

رابعا: انهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك:

1- اما بخطأ من المورد لارتكابه عملا من الاعمال التي يترتب على المشـــرع لها جزاء الفسخ اما بصورة اختيارية او وجوبية.

2-وامابدون خطأ وفقا لمقتضيات الصالح العام.[2]

يترتب على انهاء عقد التوريد في جميع الاحوال انقضاء التزامات الطرفين فاذا كان انتهاء العقد بسبب خطأ من المتعاقد تحمل تبعة الفسخ ولايستحق عن التعويض اما لو كان انقضاء العقد بسبب خطأ الادارة او بدون خطأ من جانب المتعهد فإنها تكون ملزمة برد التأمين وثمن

1 محمد سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص 808.

2 محمد سليمان الطماوي ، المرجع نفسه ، ص809.

ما قام بتوريده قبل انقضـــاء العقد بالإضـــافة الى تعويضـــه عما يفوته من كســـب فيما لو ان العقد نفذ بالكامل.[1]

1 محمود خلف الجبوري، المرجع السابق،ص248.

الفصل الثانـي

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

في إنـهاء العقد الإداري

الفصل الثاني

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

الأصـــل ألا تختلف حقوق المتعاقد مع الإدارة في كثير من الحقوق التي تقررها عقود الافراد وذلك لأن المتعاقد بعكس الإدارة يسـعى إلى تحقيق مصـالحه الخاصـة لذا فإنه لا يتمتع إلا بالحقوق التي يســتمدها من العقد، ولا يســتند إلى هدف يتصــل بالمرفق العام أو المصلحة العامة، حتى يستمد منه حقوقا تجاوز تلك المنصوص عليها في العقد.

إلا أن اتصــال العقد بالمرفق العام ينعكس في الواقع على مركز المتعاقد ويضــفي عليه طابعا خاصــا، فالقضــاء الإداري يعترف للمتعاقد بحقوق تقابل ســلطات الإدارة الخطيرة فممارسـة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري لا يمنع من خضـوع المتعامل المتعاقد إلى حقه في الرقابة القضائية (المبحث الاول).

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصــفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها فإن الإدارة هي الأخرى وفي مقابل ذلك تكون مجبرة على تنفيذ التزاماتها الناشـئة عن العقد المبرم وملزمة فوق ذلك باسـتعمال الإدارة لسـلطاتها الاسـتثنائية المقررة لها في حق المتعاقد على نحو مشـروع ذلك أن أي إخلال منها بالتزاماتها التعاقدية يشكل خطأ عقدي ويولد معه نشوء حق للمتعامل في التعويض.

كما ينشأ التزام الإدارة في التعويض استنادا إلى نظرية الاثراء بلا سبب، واما استنادا إلى الحق في التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد التي تهدف إلى إقامة نوع من التوازن بين مستحقات المتعاقد(**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول : الحق في الرقابة القضائية

تعتبر الرقابة القضـائية من أهم صـور الرقابة على أعمال الإدارة، إذ يعد القضـاء أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشـروعية ،[1]والدفاع عن الحقوق والحريات الفردية، إذا ما توافرت له الضـمانات الضـرورية التي تكفل له الاسـتقلال في أداء وظيفته، حتى يمكن أن تتحقق بشأنه الحيدة المطلقة وبالتالي يمكنه أن يقوم بالرقابة على أكمل وجه.

ولا ريب أن خير ضـمان لحقوق وحريات الافراد، بعد حياد القانون، هو قيام عدالة حقة يباشر في ظلها القاضـي ولايته، غير مستشـهد إلا بنصـوص القانون ووحي ضـميره، ولا قيام لتنظيم قضـــائي ســـليم إلا بتحقيق الاســـتقلال للقضـــاة ســـواء في مواجهة المتقاضـــين أو مواجهة الحكومة لأن اسـتقلال القضـاء يجعل له مكانة سـامية في نفوس الافراد ويثبت دعائم القانون ويشيع الإحساس بالعدل ويزيد الاطمئنان والاستقرار.

وعليه تعد الرقابة القضـائية هي الضـمان الفعلي للافراد في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود المشروعية.

الأصل أن الرقابة القضائية رقابة مشروعية بمعنى أن دور القاضي في هذه الرقابة هو

فحص التصـــرف الإداري محل النزاع من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية ، دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملاءمة هذا التصـــرف حيث يبقى تقدير هذه الملائمة من المسـائل المتروكة للإدارة بمعنى أن الرقابة القضـائية هي رقابة قانونية يسـلطها القضـــاء للتعرف على مدى مشـــروعية العمل الإداري، فيقف نشـــاطه في فحص الأعمال الإدارية عند حد التحقق من مشروعيتها أو عدمها.

1 مبدأ المشروعية يتمثل في خضوع الادارة للقانون وهو ان تكون تضرفات واعمال الادارة في حدود القانون ، معناه الواسع الذي يشـــمل القواعد العامة الملزمة اي كان شـــكلها واي كان مصـــدرها في حدود تدرجه واي كان تصـــرف وهمل الادارة القانوني.

وعليه فالرقابة القضائية لا تتحرك من تلقاء نفسها وانما لابد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن خاصة المتعامل المتعاقد لكي يستند إليها القاضي في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة التي تثار الشكوك حول مشروعيتها نتيجة هذه الدعوى[1].

إن الدعوى القضـائية الإدارية[2]، هي الوسـيلة التي تهدف إلى بسـط القضـاء رقابته على أعمال بصفة عامة وأعمال المصلحة المتعاقدة في إطار العقود الإدارية بصفة خاصة.

كما أن هذا يتفق والغاية من ممارسـة الدعوى في مجال القضـاء الإداري فهي الوسـيلة القانونية والقضائية المضمونة الموضوعية والعادلة للكشف عن الحقوق والمصالح الجوهرية للافراد في مواجهة سلطات العامة الإدارية.

يملك القضـــاء الإداري بصـــفة عامة نوعين من الولاية العامة .أولا منها هي قضـــاء التعويض، ثانيا دعوى إلغاء وعلى ذلك فإن الادعاء أمام القاضـي الإداري لا يمكن أن يخرج عن هاذين الدعويين، فالخصومة في دعوى التعويض تتعلق بموضوع النزاع مع الإدارة لذلك فهي تعطي سلطة واسعة للقاضـي لكي يتولى تقرير المركز القانوني للمدعي ويحدد مداه ثم يحدد بذلك حقوقه ويلزم الطرف المدعي عليه برفض هذه الحقوق أم تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه.

هذا بعكس الخصومة بدعوى الإلغاء يلتقي من خلالها بإلغاء القرار الإداري دون التوسيع إلى أبعد من ذلك، فهو يملك الحلول محل الإدارة في إصدار القرارات وتعديلها.[3]

---

1 سامي جمال الدين ' القضاء الاداري (الرقابة على أعمال الادارة) مؤسسة دولية لنشر والتوزيع طيبة 2002، الاسكندرية ص303-304 .

2 الدعوى الادارية: هي الوسـيلة التي يخولها القانون لشـخص في اللجوء الى القضـاء الاداري للمطالبة بحقوق مسـتها تصرفات واعمال الادرة واضرت بها.

3 زوليخة عموري سـلطة الادارة في تعديل العقد الاداري بالارادة المنفردة ، مذكرة تخرج لنيل شـهادة الماسـتر في العلوم القانونية والادارية تخصص صفقات عمومية ، جامعة بشار 2013 /2014,ص68 .

إن ممارسة الإدارة للسلطات الممنوحة لها في مواجهة المتعاقد معها أثناء أو بمناسبة ابرام العقود الإدارية، سلطة قانونية إلا أنه يمكن مواجهة هاته السلطة بلجوء أحد أطراف العقد الإداري إلى القضاء الإداري المختص خاصة المتعاقد باعتباره الطرف الأضعف في العادة.

وفي هذا السياق فقرار إنهاء العقد الإداري كغيره من القرارات يخضع لرقابة القضاء الإداري سواء تم إ نهاء العقد دون خطأ المتعاقد(**المطلب الأول**)أو كنتيجة لإخلال المتعاقد لالتزاماته أي لخطأ المتعاقد(**المطلب الثاني**)وما اعتبرناه بمثابة جزاء إداري، أو كما أطلق عليه الفسخ الجزائي للعقد.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرار إنهاء العقد الإداري دون خطأ

إن ممارسة سلطة الإدارة لإنهاء العقد الإداري بالارادة المنفردة دون خطأ من المتعامل المتعاقد تمارسها لتحقيق مصلحة عامة تقدرها بمفردها، وذلك ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلا أن ممارسة الإدارة لهذه السلطة لا يمنع من خضوع هذا القرار لرقابة القضاء من خلال معرفة القضاء المختص بالرقابة(الفرع الأول)، وسلطة القاضي الإداري في مواجهة قرار الإنهاء(الفرع الثاني).

الفرع الأول : القضاء المختص بالرقابة

إن العقود الإدارية تخضع كقاعدة عامة لاختصاص القضاء الإداري، فالإدارة تقوم بإصدار قرارات إدارية بمناسبة ابرام العقد الإداري أو تنفيذه أو انقضاءه، وعندما تصدر هده القرارات تخاطب فيه المتعاقد معها وتخاطب بها الغير وهذا يؤدي أن المتعاقد قد يلجأ إلى المحكمة واستعداء ولايتها من أجل إلغاء هده القرارات.[1]

1 رشا محمد جعفر الهاشمي, الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي ، ط1 2010 ، ص236.

ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يتمسك بقاعدة عامة مفادها هو عدم جواز قبول الطعن بالإلغاء الموجه ضد العقد الإداري وذلك لسببين:

-**أولا** : هو أن الطعن بالإلغاء لا يكون مقبولا إذا وجه ضد العقد

-**ثانيا** :أن الطعن بالإلغاء لا يجوز أن يستند إلى مخالفة النصوص التعاقدية.

إلا أن هده القاعدة ليست مطلقة لأن القضاء الفرنسي أجاز الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة.[1]

وقد صدر حكم من محكمة القضاء الإداري بمصر أن المنازعات تعرض على قاضي العقد وكان هذا تأثرا بالوجهة الفرنسية الذي تذهب فيه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بإنعقاد العقد أو تنفيذه أو بإنقضائه فإنها تدخل كلها في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء. [2]

إن صلاحية القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل، [3] واسعة ومتعددة فله سلطة البحث والتقدير عن الأضرار الماسة بالحقوق الشخصية المكتسبة ،وله سلطة البحث عن مدى توفر تلك الحقوق والاعتراف بوجودها وله سلطة تقدير التعويض الكامل والعادل لإصلاح تلك الأضرار المادية والمعنوية، وأكثر من ذلك له سلطة لالزام الإدارة العمومية بالتعويض، لذلك أطلق عليه القضاء الكامل، وهي الصلاحيات التي لا يملكها القاضي الإداري في دعوى الإلغاء التي تقتصر صلاحياته على إلغاء القرار المطعون فيه كليا أو جزئيا إذا تبين عدم مشروعيته.

---

1 تعرف القرارات الادارية المنفصلة على انها " القرارات التي تسهام في تكوين العقد الاداري وتستهدف اتمامه ،الى انها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه بطبيعتها ،الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالالغاء جائز"

2 رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص 237.

3 دعوى القضاء الكامل : هي دعوى شخصية تهدف الى حماية المراكز الفردية والحقوق الشخصية .

إن الأحكام القضائية الصادرة في دعوى الإلغاء تكتسب حجية عامة ومطلقة في مواجهة الكافة وجميع السلطات العامة في الدولة، وبذلك يعدم القرار الملغى من يوم صدوره ويعتبر كأن لم يكن وتزول آثاره بالنسبة للجميع.

في حين يكتسب الحكم الصادر في دعوى القضاء الكامل حجية نسبية يقتصر أثرها على أطراف النزاع فقط وبذلك لا يتمسك أي شخص آخر بهذا الحكم والاحتجاج به.

وبالتالي فإنه لا يتمتع قضاء الإلغاء،[1] في مجال المنازعات الإدارية سوى بدور محدود بإعتبارها تنتمي أساسا ولاية القضاء الكامل وهدا مايبرر عدم قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقود الإدارية حيث أن العقد ليس قرار صادر عن جهة الإدارة بل تصرف ثنائي يجمع بين ارادتين مختلفتين.[2]

الفرع الثاني : دور القاضي الاداري في مواجهة قرار الانهاء

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية هذا الأمر نفسه ينطبق على سلطة القاضي الإداري، بحيث أن القاضي الإداري أثناء مراقبته لقرار إنهاء العقد الإداري دون خطأ أي للمصلحة العامة من المتعامل المتعاقد فإن القاضي الإداري ينظر إلى القرار من زاوية المشروعية، ذلك أنه إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذه السلطة جاز للمتعامل المتعاقد الحق في التعويض نتيجة عدم مشروعية قرار إنهاء العقد الإداري دون خطأ.

هذا من منطلق أن شرط المصلحة العامة يلزم على الإدارة احترامه باعتباره يحقق صحة ركن الغاية من قرار الفسخ، نظرا لصعوبة تحديده من طرف القاضي خاصة أنه لا يوجد

1 دعوى قضاء الالغاء : هي دعوى ل عينية او موضوعية تتضمن مخاصمة القرار الاداري المعيب وتهدف الى اكمال مبدا المشروعية .

2 عموري زوليخة ، المرجع السابق ، ص100-101 .

معيار معين يضـــبط المصـــلحة العامة ما يدع هذا الأخير في حيرة من أمره في أغلب الأحيان ما يدفعه إلى رفض الطعن لعدم التأسيس.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري (على أساس الخطأ)

إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطة توقيع الجزائات فإن الحل الوحيد الذي يملكه المتعاقد هو اللجوء إلى القاضـي الإداري الذي يراقب هذه العقوبة ويقضـي بالتعويض في حالة عدم مشروعيتها.

بالتالي فإن من حق المتعاقد المتعامل أن يطعن في هذا القرار أمام القضاء وهذا حق يكفله القانون ولا نزاع فيه فهو من النظام العام وأي شرط يقضـي باستبعاد هذا الحق يعتبر باطلا لا أثر له.

إذا سلمنا بهذا، فإن السؤال يثور حول دعوة الملائمة التي يتبعها المتعاقد لاستبقاء حقه[1]

الفرع الأول : تحديد القاضي المختص بالرقابة

القرارات التي تصدرها الإدارة بدون خطأ المتعاقد لدواعي المصلحة العامة، يمكن الطعن فيها من طرف المتعاقد عن طريق رفع دعوى إلغاء، فإن هذا يعد كاستثناء يرد على قاعدة عامة مفادها أن الفسخ الجزائي للعقد يمكن الطعن فيه فقط بدعوى القضاء الكامل باعتباره عقدا متصلا تستند الإدارة في تقريره إلى المسؤولية العقدية في سبب قرارها بوصفها صاحبه سلطة وسيادة، بل بوصفها طرفا من أطراف العقد لا أكثر.

1 فريد ميمون ،هيئات القضائية المتخصصة في الجزائر ، مذكرة ماستر قانون الاداري ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،ص 53-55.

ففي مصـر نجد أن قاضـي العقد يختص بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وانهائه.

أما عن موقف الفقه فيرى الأسـتاذ سـليمان الطماوي أن القضـاء الإداري هو صـاحب الولاية العامة في النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية [1] ، إذ أن هناك إجماع على أن دعوى القضـاء الكامل دعوى العقد، هي الوسـيلة الوحيدة أمام طرفي العقد في أي اجراء يتعلق بالعقد الإداري ومن ثمة لا يجوز لأي طرف من أطراف العقد، اللجوء إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي قرار إداري بما فيه قرار الفسـخ الجزائي الصـادر عن الإدارة بصـورة منفردة.

من هنا القاضي المختص هو قاضي العقد لا قاضي الإلغاء[2].

الفرع الثاني : نطاق رقابة القاضي وسلطاته في مواجهة قرار الفسخ الجزائي

المسلم به أن الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري هي من اختصاص قاضـي العقد الذي يفحص قرار الفسـخ من زاويتي المشـروعية والملائمة خلافا لفحصـه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والذي يفحص من زاوية المشروعية فقط.

أولا :رقابة المشروعية

إذا كان مبدأ المشـروعية، يلزم الإدارة، الخضـوع للقواعد القانونية الملزمة والعمل في نطاقها حماية لحقوق الافراد وحريتهم من تعسف الإدارة .فإن ذلك لا يعني تقييد نشاط الإدارة بقيود صـارمة يؤدي ذلك إلى عرقلة أعمالها وسلب روح الابتكار منها، وتتحول بالنتيجة إلى ألة صـماء لا حياة فيها، تؤدي أعمالها بصـورة الية ، في نطاق ما يفرضـه عليها القانون

1 سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص472.

2 فريد ميمون ، المرجع السابق ، ص55.

لذلك يتعين إعطاء قدر من الحرية للإدارة بغية مباشرة أعمالها ، وما تملي عليها الظروف والأحوال من اعتبارات، حتى تتمكن من السير في أعمالها بوجه سليم يحقق الصالح العام .[1]

فالشرعية الموضوعية للجزائات الإدارية تعني في ضوء الاتجاهات القضائية خضوعها لطائفة من الأصول يعد من أبرزها مبدأ شرعية الجزاء بما يعنيه من ضرورة ألا يتقرر الجزاء إلا بناء على نص.

الرقابة على الإدارة أمر لازم في كل دولة قانونية يسود فيها مبدأ المشروعية والسبب في ذلك لأن مبدا المشروعية يعني خضوع الكافة في الدولة لأحكام القانون.

فالإدارة تملك إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون أو غير الملائمة وتملك أيضا تعديلها، أما القاضي فإنه إذا تبين له أن العمل أو القرار المطعون فيه غير مشروع اقتصرت سلطته على الحكم بإلغائه أو التعويض عنه دون أن يكون له الحلول محل الإدارة فليس له أن يصدر الأوامر للإدارة والتي يقصد بها الأوامر الصريحة التي تتضمن الزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام به ورقابة المشروعية تختلف باختلاف طبيعة سلطات الإدارة كونها تقديرية أم مقيدة ففي حالة كون سلطة الإدارة مقيدة فالقاضي الإداري يحكم بإلغائها في حالة خروج الإدارة عن الالتزامات التي يقرها العقد أو ينص عليها القانون .

اما في حالة كونها تقديرية فانه يمارس الحد الأدنى من الرقابة ولا يستطيع ان يتدخل بمعنى ذلك أن يتخطى مجاله ويترك دوره كقاضي ويدخل نفسه في المجال المحجوز للإدارة وينصب من نفسه رئيسا إداريا وهو ما لا يجوز في نظام الفصل بين السلطات ورقابة القاضي تنحصر في مشروعية العمل الإداري ودورها في التحقق من مطابقة القرارات للقواعد القانونية الملزمة وتوقيع الجزاء على مخالفتها.

1 رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ص 135

فمبدأ المشروعية لا يخرج عن كونه خضوع تصرفات الإدارة في حدود القانون وتختلف القواعد القانونية من حيث مصادرها وهي إن ارتبطت مع بعضها إلا انها ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والإدارة إن خرجت على المشروعية وأصدرت قرارا غير متفق مع هذه المبادئ كان قرارها معيبا وعيوب القرار الإداري تندرج في الشدة فمن العيوب ما يؤدي إلى انعدام القرار واعتباره كأنه لم يصدر قط ومنها ما يعتبر غير جسيم لا يمس القرار في ركن من أركانه وانه يمس شرطا من شروط صحته ويؤدي إلى قابليته للإلغاء القضائي[1] .

إن قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري كجزاء توقعه على المتعاقد مهما يكون غير مشروع إذا شابه أحد عيوب القرار الإداري المعروفة وهو عيب عدم الاختصاص، عيب المحل، عيب مخالفة القانون ، عيب الشكل والاجراءات، عيب السبب ، عيب الغاية ، عيب الانحراف بالسلطة.

من أمثلة عيب عدم الاختصاص صدور الفسخ الجزائي من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره عندئذ يقوم قاضي العقد بالتحقيق فيما إذا كانت السلطة التي فسخت العقد

السلطة المختصة بذلك أم لا وكمثال عن عيب الشكل والاجراءات، عدم احترام القواعد الشكلية والاجرائية المحددة لإصدار القرار كما هو الحال بالنسبة للإعذار شكلا[2].

ثانيا :الرقابة الملاءمة

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها تخضع للرقابة القضائية ويمثل هذا ضمانة هامة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في نطاق العقود الإدارية .حيث أن المسلم به أن حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء يعد من النظام العام الذي كفله الدستور للمواطنين

1 رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص137.

2 فريد ميمون ، المرجع السابق ، ص56.

جميعا، ولذلك فإن أي شرط يرد في العقد الإداري يحرم المتعاقد من هذا حق يعتبر شرطا باطلا، لمخالفته للنظام العام كما ينعدم الأثر الذي يترتب عليه.

وتشمل رقابة القضاء للإدارة في هذا المجال رقابة واسعة للغاية فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل ام الاختصاص أم مخالفة أحكام القانون أم الانحراف بالسلطة أم التعسف فيها وهذا ما تم التطرق اليه أولا رقابة المشروعية كما تشمل الرقابة على البواعث التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار وأسبابه فيقدر القضاء وقوع الخطاء ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد وهذا ما سنوضحه.

عندما يمارس القضاء الرقابة الملاءمة فإنه لا يخرج على رقابة المشروعية لأن الملاءمة

في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية وهذا يقودنا إلى نتيجة بأن هنالك فارق أساسي بين الشرعية والملاءمة شرعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزام جانب القواعد القانونية ،أما الملاءمة اذا ما تصرفت تصرفا ما فإنما تعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة .لذلك ففكرة الملاءمة فكرة نسبية وهذا لا يعني بأن الشرعية والملاءمة فكرتان متناقضتان لأنه إذا كانت شرعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد قان ونية فإن تقدير ملاءمة هذا الاجراء أو القرار لا يمكن ان يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية.[1]

وقد قطع القضاء الإداري في فرنسا خطوات واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة للوقائع

1 رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص 187-190.

وملاءمة قرارها الإداري للصـــالح العام فأنشـــأ في هذا النطاق نظريتين(الغلط البين في التقدير) و(الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري)وبواسطة هاتين النظرتين اخذ يلغي القرارات الإدارية التي يشوبها غلط بين من جانب الإدارة في تقدير الوقائع.

ويذهب الدكتور سـليمان الطماوي[1] بأن ذكر حالات معينة في نصـوص العقد وإعطاء الإدارة صـلاحية سـحب العمل من المقاول حيث توجد فائدة أسـاسـية بالنسـبة لمدى رقابة القضـاء حيث يلاحظ أن سلطة القضـاء في حالة النص على سـحب العمل تنحصـر رقابته على قرار الجزاء من حيث المشروعية اما في غير الحالات المنصوص عليها نجد ان سلطة القضـاء بهذا الخصـوص تتسـع لتشـمل المشـروعية والملاءمة من خلال الحكم على مدى ملاءمة السحب للأخطاء المنسوبة إلى المقاول ومن المسلم به ان التجاء الإدارة إلى وسائل الضـغط التي تملك الإدارة صـلاحية إيقاعها بحق المتعاقد معها لا تكون إلا بصـدور خطاء من المتعاقد وأن الإدارة تستعمل سلطتها تحت رقابة القضـاء الذي يملك سلطات واسعة في هذا الصـدد تتناول جوانب المشـروعية والملاءمة معا **وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1960/09/21** الذي تذهب فيه ويستطيع القاضي اذا تبين أن غرامة التأخير قد وقعت بدون سبب أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذه الغرامة. من المعلوم أن القرار الإداري له خمســـة أركان كما ذكرنا ســـالفا فبالنســـبة لركن الشـــكل والاختصـــاص فالإدارة ليس لها في شـــأنها أي ســـلطة تقديرية، أما ركن الغاية فهو مقيد بطبيعته باعتباره يمثل الحد الخارجي للســـلطة التقديرية، فإذا حادت الإدارة عن الهدف أو كان باعثها من اتخاذ القرار تحقيق مصـلحة ذاتية جاء القرار معيبا بسوء استعمال السلطة أو الانحراف بها.

1 سليمان محمد الطماوي،المرجع السابق،ص610

فالقاعدة العامة في فرنسا أن قاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بالتعويض المتعاقد في حال ثبوت عدم مشروعية قرار الجزاء أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسوب له، فالقاضي لا يملك إلغاء هذا القرار. [1]

1 فريد ميمون ، المرجع السابق ، ص57

المبحث الثاني : الحق في التعويض

إذا كانت العقود الإدارية تتصل بالمرافق العامة وأمر سيرها بانتظام واطراد فإن ذلك يلقي على عاتق المتعاقد مع الإدارة بعبء المشـاركة في المحافظة على ذات الأهداف تتقيدها العقود الإدارية وهو أن ينفذ الالتزامات التي يقررها العقد وتوجب على الإدارة الوفاء بحقوق المتعاقد معها، وحقوق المتعاقد تنشئ له الحق في الحصول على التعويض، وذلك في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو على أسـاس الاثراء بلا سـبب(**المطلب الأول**) وحق التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد(**المطلب الثاني**)

المطلب الأول: الحق في التعويض على أســـاس إخلال الإدارة بالتزاماتها ا لتعاقدية والاثراء بلا سبب

إن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ينشـأ للمتعاقد الحق في الحصـول على التعويض المناسب عن عدم التزام الإدارة بالتزاماتها التعاقدية(**ا لفرع الأول**) كما قد يترتب على تقديم المتعاقد لأعماله أو خدماته خارج نطاق العقد إفقاره واثراء الإدارة على حسـابه بلا سـبب فيثور أمر تعويضه عن ذلك(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : حق التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

إذا كانت الإدارة تمتلك من الالتزامات والسلطات ما يمكنها من إجبار المتعاقد معها على

عدم الإخلال بالتزاماته العقدية، فإن المتعاقد يملك حق المطالبة بالتعويض إذا أخلت الإدارة بأي من التزاماتها التعاقدية والغالب أن نصـوص العقد الإداري لا تنظم تفصـيلا للجزاءات المترتبة عن إخلال الإدارة بالتزاماتها كما تضـمنت الجزاءات المترتبة على فشـل المتعاقد

معها في تنفيذ التزاماته بالعقد وانما يحصل المتعاقد على حق التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها بوسيلة اللجوء إلى القضاء[1]

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية الواردة في النصوص القانونية المنظمة لها أو في نص العقد أو إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية التي تتمتع بها وتجعلها تتميز عن غيرها من العقود المدنية والتي من بينها سلطة فسخ الصفقة.

إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تتعسف في استعمال هذه السلطة مما يرتب مجموعة من الاضرار للمتعاقد والتي تكون محلا لطلب التعويض من قبل هذا الأخير (المتعاقد).

بموجب ابرام الصفقة العمومية تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها، والتي يقابلها التزام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، واخلال الإدارة بهذه الالتزامات يؤكد مسؤوليتها المترتبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب وتقوم المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته فإذا انتفى الخطأ انتفت المسؤولية العقدية فالتزامات المصلحة المتعاقدة عديدة ومتنوعة تختلف باختلاف العقد الإداري.[2]

للمصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها تنتج عن مبدأ الشروط الاستثنائية التي تنطوي عليها كافة العقود الإدارية والتي تعتبر عنصرا مميزا لتلك العقود عما تبرمه الإدارة من عقود مدنية تقوم على مبدأ المساواة والتوازن بين التزامات المتعاقدين. على الرغم من استثنائية هذه السلطات التي من بينها سلطة الفسخ ،إلا أنه يجب أن يؤدي استعمالها إلى ترتيب مسؤوليتها العقدية وبالتالي تستخدم على نحو مشاريع متقيدة في

1 حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ،ص345.

2 حورية بن أحمد ، دور القاضي الاداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة التخرج لنيل شهادة. الماجستير تخصص قانون عام ،جامعة ، ابو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2010-2011 ، ص101.

ذلك بالنصوص القانونية والتنظيمية لأنه إذا لم تحترمها عد عملها غير مشروع ويكون محل للمطالبة القضائية بالتعويض على أساس الخطأ.[1]

يستهدف امتياز الاستعمال الغير المشروع لسلطة الإنهاء أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد تحقيقا للمصلحة العامة ويفترض في هذه الحالة أن المتعامل المتعاقد ارتكب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

حيث قرر مـــ.د.ف قاعدة وجوب الاعذار قبل توقيع الجزاء مالم يتضمن حكما صرحا يعفي الادارة من اللجوء الى اعذار ويعد قرار الادارة بإنهاء العقد الاداري للمصـــلحة العامة غير المشروع يرتب مسؤوليتها الادارية باعتباره خطأ في صورتين :

أ – إذا فقد قرار الانهاء او الفسخ الاداري غايته.

ب – اذا خرج من قواعد المشـــروعية التي يتعين على المصـــلحة المتعاقدة احترامها ومراعاتها.

فاذا ثبت وجود حالة من هاتين الحالتين وجب تعويض المتعاقد تعويض يجبر الضـــرر الذي لحق به بسبب تعسف المصلحة المعاقدة في استمال هذه السلطة.

وعليه يترتب الحكم بالفسخ لصالح المتعاقد حصوله على التعويض وهنا التعويض الكامل ، يغطي كافة ما لحقه من الخسارة ، وما فاته من كسب بسبب فسخ العقد مع مراعات ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوة و ما بين صـــدور حكم الفســـخ ويقدر التعويض في تاريخ الذي ينطق فيه القاضي بالحكم.[2]

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 108.

2حورية بن احمد ، المرجع السابق ، ص115

الفرع الثاني : التعويض على اساس الاثراء بلا سبب

الاصل انه لا يجوز للمتعاقد من تلقاء نفسه وبغير امر عقدي ان يتدخل بتنفيذ اية اعمال اضـــافية على المرفق العام ، فقد يكون من شـــأن هاذه الاعمال الحاق الضـــرر بالمرفق او الخروج به عن غايته وهدفه وضع الادارة امام امر الواقع الذي من شانه يدفعها لتغير خطتها في استخدام المشروع او اجراء تعديلات مكلفة للتعايش مع ما ادخله المتعاقد على المشروع من اعمال ، بل ان للإدارة ان تأمر المتعاقد بإعادة الحال الى ما كان عليه اذا كان ذلك ممكنا ، ولها بأسلوبها التنفيذ المباشر ان تتولى هي وعلى حساب المتعاقد اعادة الحال الى ما كان عليه .

اما في الاحوال التي يتم فيها اصـدار امر عمل للمتعاقد ، ويكون ذلك الأمر صـادرا عن الادارة خارج النطاق وحدود العقد المبرم مع ذلك المتعاقد ، فإنها تثور مسألة صفة من اصدر الأمر ومدى اعتبار ذلك الأمر وتنفيذه بمثابة عقد متضمن الايجاب والقبول ، وبالتالي ترتيب الاثر اللازم على ذلك بتمكين المنفذ للأعمال من الحصـــول على قيمتها التي يتفق عليها الطرفين.

الى انه في غالب الاحوال لا يمكن الاعتراف من غير الســلطة التعاقد بصـــفة الايجاب ومن ثم للتنفيذ من جانب المقاول بصـــفة القبول ، او حتى ولو قام به بأمر من احد افراد الادارة ، وبغير الاجراءات الرســمية التعاقد ففي هذه الحالة نضـــحي امام نظرية الاثراء بلا سـبب التي تكون هي الحل العادل لتعويض المقاول عن الأعمال التي نفذها خاصـة اذا كان من شـــان العمل ان يعود بالنفع والفائدة لصـــالح المرفق العام وان نثري به الادارة فانه يتعين عليها في هذه الحال ان تعوض المقاول عن افتقار الحاصل له بمقدار ما اثرت به.[1]

1 حمدي يسين عكاشة ،المرجع السابق ، ص 343.

وعليه فالمتعاقد مع الادارة بإمكانها الحصـــول على التعويض نتيجة ما حصـــلت عليه الادارة من اعمال نافعة قام بها المتعاقد وكانت راضـية عن قيامه بها اثناء مرحلة التنفيذ مما ينشـــأ له الحق في التعويض عما كلفه مبالغ مالية اضـــافية عن هذه الأعمال وخدمات الاضافية على اساس قاعدة الاثراء بلا سبب والتي تتخذ صورتين :

-اولا : التعويض على اساس الاثراء بلا سبب عن الأعمال الاضافية

الاعمال الاضـــافية هي اعمال لم يتم ذكرها في الصـــفقة وهي اعمال مرتبطة بالعمل الأصلي على عكس العمل الجديد بطبيعته غريبا عن الموضوع الصفقة .

يجب ان يحقق الارتباط بين العمل الأصـــلي والعمل الإضـــافي، **وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا بمصر بقولها :**

الأعمال الاضـــافية يتعين ان تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الاصـــلية بحيث تكون الزيادة في الكمية او حجم العقد قابلة لتنفيذ او المحاسبة المالية مع التقاعد الأصلي عن ذات الفئات والأسـعار الخاصـة بكل نوع من اعمال الاضـافية المماثلة لأعمال الاصـلية حيث لا يثور الاشـكال في حالة الطلب الكتابي او الشـفوي بالنسـبة لتعويض المتعاقد مع الادارة ، حيث يكون في الصورة مقابل مادي.

-ثانيا : التعويض على اساس الاثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة

الاعمال الغير المطابقة في نطاق العقود الادارية هي تلك الاعمال التي قام بها المتعاقد مع الادارة في حين انها لا تتفق مع الشـــروط المتفق عليها في العقد ســـواء من حيث المواصفات الفنية او الكمية.

الاصل ان الادارة غير ملزمة بأداء مقابل الاعمال التي تخرج عن اطار ما اتفق عليه في العقد ،الى انه اســـتثناء من هذا الأصـــل يمكن للمتعاقد مع الادارة المطالبة بالتعويض على اساس ما قام به من اعمال غير مطابقة بشرطين :

1- ان تكون تلك الاعمال قد استفادت منها المصلحة المتعاقدة .

2-عدم اعتراضها على اداء المتعاقد لتلك الأعمال.

لا يمكن ان يســـتند التزام الادارة بتعويض المتعاقد معها في تلك الحالة الى المســـؤولية العقدية حيث لا ينسب لادارة خطا عقدي هذا بالاضافة الى ان الاعمال التي نفذت تقع خارج اطار العقد لمخافتها ما اتفق عليه الطرفين .[1]

المطلب الثاني : حق التعويض في اطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد

نظرا لما تتمتع به المصـلحة المتعاقدة من سـلطات اتجاه المتعامل المتعاقد ،فانه يفرض بالضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة لمنع اي اختلال في التوازن المالي للعقد من خلال تحمل الاعباء المالية المرتبطة عن الاحداث المسـتجدة، و التعويض الذي يتحصـل عليه المتعامل المتعاقد في اطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد والذي يجد اســـاســـه اما في نظرية الصعوبات المادية (**الفرع الاول**) ونظرية الفرع الثاني بالاضافة الى نظرية فعل الامير(**الفرع الثاني**)، بالإضافة الى نظرية الظروف الطارئة (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : نظرية الصعوبات المادية[2]

تتضـمن هذه النظرية صـعوبات مادية تكون لها خصـائص استثنائية من شـانها ان تجعل تنفيذ العقد مرهقا، جاز للمتعاقد في هاذه الحالة ان يطالب بتعويض كامل عما تسـببه هذه الصــعوبات من اضــرار والتي تجد اســاســها ونطاق تطبيقها في كافة العقود الادرية ولكن

1حورية بن احمد ، مرجع السابق ،ص 117.

2 المادة 107من المرسوم التنفيذي,21-219 المورخ في 13 ذوالقعدة,عام1442,الموافق ل24يونيو سنة 2021 م.

يتمحور تطبيقها بصورة خاصة في مجال عقود الاشغال العامة ،لما يكتنفه تنفيذ تلك العقود من الصعوبات مادية كما نتميز هذه العقوبات بانها مادية واستثنائيا.

فهي بذلك لم تكن متوقعة ولم تكن في الحسبان طرفي التعاقد وتقديرها عند التعاقد مما تجعل تنفيذ العقد اشد وطأة ومرهقا ماليا للمتعاقد مع الادارة الامر الذي يختل معه التوازن المالي للعقد ولذلك فمن باب العدالة تعويض المقاعد عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد، زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها على اعتبار ان اسعار المتفق عليها في العقد لا تسوي الى على الأعمال العادية المتوقعة فقط .[1]

يكون التعويض كاملا يغطي كافة الأضرار على اعتبار ان النية الأطراف المشتركة قد انصرفت وقت التعاقد الى الأسعار المتفق عليها في العقد وتطبق في الظروف العادية، فاذا وجد ظرف استثنائي ادى الى زيادة التزامات المتعاقد مع الادارة الأمر الذي يستلزم قيام الادارة المتعاقدة بتعويضه عن الاثار الضارة بزيادة الأسعار المتفق علها في العقد .

من هذا فالمتعاقد مع الإدارة ال يكون في حقه المطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية إلا في حالة توافر شروط .

أولا :شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يشترط الاستحقاق التعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن :

1- تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية يتعرض إليها المتعاقد عند تنفيذ العقد (صعوبات مادية غير عادية) خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة[2].

1 ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007 ص 113.

2 د.محمد سليمان الطماوي،المرجع السابق،ص714-713.

و الواقعة المادية نجدها غالبا في الظواهر الطبيعية ،ومن ثم أكثر المجالات التي تطبق فيها الصعوبات المادية نجدها في طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة، حيث تظهر صخور قاسية تحول دون السير الحسن لعملية التنفيذ [1].

2-أن تكون الواقعة المادية خارجة عن ارادة الاطراف المتعاقدة بحيث يجب أن تكون أجنبية، فالقاضي الإداري يرفض طلب التعويض إذا كان الفعل الذي سبب صعوبة في جزء منه نتج عن إرادة أحد الأطراف المتعاقدة.

3-أن تكون هذه الصعوبات المادية غير عادية (استثنائية).

4-أن لا تكون الصعوبات المادية غير العادية متوقعة أثناء ابرام العقد.

5-أن تلحق الصعوبات المادية ضررا بالمتعاقد، بحيث الا تظهر نظرية العقبات المادية غير العادية إلا إذا تحقق وقوع ضرر بالمقابل ويستوي في ظل هذه النظرية أن يكون الضرر جسيما فالعبرة بمجرد تحقق الضرر فعال، إذا الاعتداد بالضرر المحتمل فالضرر المحتمل لا تعويض عنه [2].

من ثم يمكننا القول بأن هذه النظرية لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبات ضرر.[3]

1 المادة 108من المرسوم التنفيذي,21-219 المورخ في 13 ذوالقعدة,عام1442,الموافق ل24يونيو سنة 2021 م.

2زليخة عموري ، المرجع السابق،ص135.

3 عبد العزيز عبد المنعم خليفة،المرجع السابق،ص227.

ثانيا: خصائص نظرية صعوبات المادية

إذا تحققت شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن ذلك لا يعني إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية بل يتعين عليه الاستمرار في تنفيذها بالرغم ما ينتج عن ذلك من ارتفاع تكاليف المشروع في ظل هذه الظروف .

1-الادارة تلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا كنتيجة للأضرار التي لحقته.

2-إلتزام المتعاقد بالتنفيذ حيث أن ظهور الصعوبات غير متوقعة ال يبرر وقف تنفيذ العقد ، لان المتعاقد ملزم بالتنفيذ رغم وجود هذه الصعوبات ولكن إذا أدت هذه الصعوبات إلى استحالة التنفيذ فلا تطبق هذه النظرية وانما تطبق نظرية القوة القاهرة .

ومن ثم إذا توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية فإنه لا يستحق تعويضا عن الأثار الضارة لتلك الصعوبات، إضافة إلى إعطاء الإدارة حقا في توقيع الجزاءات عليه.[1]

ثالثا : حق المتعاقد في الحصول على التعويض الكامل

تواجه المتعاقد مع الإدارة عقبات مادية لم يكن يتوقعها ورغم ذلك يستمر في تنفيذه لالتزاماته حقا في الحصول على تعويض كامل عن كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذ العقد .فالتعويض ليس جزئي وانما هو تعويض كلي عن جميع الاضرار لانه لو كانت هذه العقبات متوقعة لدخلت في حسابات المشروع فإن ظهرت كانت خارجة عن التكلفة المتفق عليها ومن ثم وجب تعويض المقاول تعويضا كاملا.

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة،المرجع نفسه،ص228.

الفرع الثاني : نظرية فعل الأمير

يقصـــد بفعل الأمير كل إجراء أو عمل صـــادر من الادارة التي تؤدي إلى زيادة اعباء الالتزامات التعاقدية ، وعندئذ تلتزم المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك.[1]

الأساس التشريعي لهذه ا لنظرية هو المادة 153من م.ر 15-247 التي تنص على أن[2] :

"تسوى النزاعات ا لتي تطرأ عند تنفيذ ا لصفقة في إ طار الأحكام ا لتشريعية و التنظيمية المعمول بها ، غير أنه يجب على المصـلحة المتعاقدة دون المسـاس بهذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هدا الحل بما يأتي:

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من الطرفين،

-التوصل إلى أسرع إ نجاز لموضوع الصفقة،

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة..."

حتى نكون في إ طار تطبيق هذه النظرية يجب توافر شرو ط تتمثل في :

1-أن يصـــدر العمل الذي تســـبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد من جهة الإدارة المتعاقدة.

لأنه إذا صدر عن جهة إدارية أخرى لا يمكن في هذه الحالة تطبيق نظرية فعل الأمير.

2-أن يكون الاجراء أو العمل القانوني الصـادر عن الجهة المتعاقدة مشـروعا وغير مخالف للنظام العام ، فالإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضـــار ذلك أن التزام الإدارة بمقتضـى العقد لا يمكن أن يقيد تصـرفاتها كسـلطة عامة تسـتهدف الصـالح العام ، فإذا ما

1 - محمود فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري، ب،ط ،دارجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، مصر 2005،ص411

2 أنظر المادة153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق.

انصرفت جهة الإدارة في حدود سلطتها وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد فإن الإدارة تسأل في نطاق عمل الأمير بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانبها ذلك أن مسؤولية عقدية بلا خطأ ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ ، فإنها تسأل على أساس الخطأ

3-أن يكون الاجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع .

4-أن يلحق الإجراء المشروع ضررا خاصا بالمتعاقد، حيث أن هذ الضرر هو الذي يعطي للمتعاقد الحق في طلب التعويض إذالا يكفي تطبيق نظرية فعل الأمير أن تنفذ الإدارة إجراء غير متوقع[1].

لا يشترط في الضرر أن يكون على حد معين من الجسامة، فأي ضرر يولد للمتعاقد حقا في التعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير.

-ويشترط أن يكون الضرر محددا أو مباشر و أن يسبب الإجراء ضررا فعليا وليس محتملا للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.

أولا: النتائج القانونية المترتبة على فعل الأمير

من أهمها التزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المتعاقد نتيجة هذا الفعل واضافة إلى التعويض هناك آثار أخرى تتمثل في:

-حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ من قبل المتعاقد بل جعله معابا ، مما يشكل عذرا للمتعاقد بأن يطلب إعفاءه من التنفيذ.

1 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية ،قضائية ،فقهية) جسور للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر،2009ص 143.

-حالة ما إذا كان فعل الأمير يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بصـــورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يفسح المجال بحق طلب فسخ من القاضي الإداري.[1]

ثانيا: التعويض عن نظرية فعل الأمير

بناء على هذا يســـتطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأســـباب كالحصـول على التعويض الكامل والفسـخ إلا أن النتيجة الأهم هي التعويض الكامل دون أن يكون هناك استحالة في التنفيذ.

يرجع أساس التعويض إلى فكرتين أساسيتين هما:

1-الأساس الذي تقوم عليه هو الخلل في التوازن المالي نتيجة فعل الإدارة.

2-أما التفسـير الثاني إذ تصـبح الإدارة مسـؤولة عن الأثار الضـارة التي ترتبت على فعلها وهذا ما ظهر واضحا في قضية نظرها مجلس الدولة الفرنسي (باردي).

إن فعل الأمير يفســـح المجال للمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضـــرار التي لحقت بالمتعهد بحيث يشـــمل التعويض الكامل للمتعاقد عن كافة الأضـــرار التي لحقت به من خسارة وما فاته من كسب[2].

فيعوض المتعاقد أوال على كافة النفقات التي أنفقت وتحملها المتعاقد نتيجة فعل الأمير ، والثانية تشـمل المبالغ التي كان من حق المتعاقد أن يجنيها لو لم يختل توازن نتيجة نظرية فعل الأمير، وعلى ذلك فالتعويض يجب أن يغطي الكســـب الذي كان ينتظره المتعاقد عادة

1 بن أحمد حورية ، المرجع السابق ص123،124

2 كان مجلس الدولة الفرنسـي غير مسـتقر فيما يتعلق بتعويض المتعاقد مما فاته من كسـب ، فأحيانا يحكم بالتعويض عن الاضـرار ، ويرفض تعويضـه عن الكسـب الذي لم يحققه المتعاقد ، بينما في الوقائع أخرى كان يحكم بالتعويض الكامل في كال الحاليتن (الضرر الحاصل والكسب الذي لم يتحقق.)

من التنفيذ الكامل للعقد، إلا أن هذا الكسب يجب أن لا يخالف قاعدة أن التعويض لا يمكن أن يتجاوز حجم الضرر الحقيقي.

إلا أنه قد ترد استثناءات على حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل وذلك من خلال حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية حيث تقوم الإدارة بإنهاء العقد نتيجة الحرب فلا يمنح للمتعاقد سوى تعويض عن الاضرار الفعلية المترتبة على فسخ الصفقة دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لولا الفسخ.

إذا ساهم المتعاقد بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على نظرية فعل الأمير حيث يستبعد التعويض الكلي إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير أو يساعد على زيادة تلك الأضرار، وفي هذه الحالة لا يستحق تعويضا كاملا بل ينزع منه المقدار المناسب لخطئه.[1]

الفرع: الثالث : التعويض عن نظرية الضروف الطارئة

يقصد بهذه النظرية انه إذا طرأ خلال تنفيذ الصفقة حوادث او ظروف طبيعية او اقتصادية اومن عمل جهة ادارية غير جهة المتعاقد ولم تكن متوقعة عند التعاقد ومن شانها ان تلحق خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد الاداري.

حيث تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية [2]اذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع اسعار الفحم مما سبب ضرر للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة مما دفع للجوء الى م.د.ف اعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة.[3]

1 عموري زوليخة ، المرجع السابق ،ص،115.

2 يعود اصل هذه النضرية لقرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير بتاريخ 30\05 \1916،في قضية غاز بوردو

3 عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص 139.

الاساس التشريعي لهذه النظرية في المادة 136 من المرسوم 15-247 التي تنص على انه: [1]

يمكن للمصلحة المتعاقد عندما تبرر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء خدمات او اقتناء لوازم بموجب ملحق للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدم العمومية، اذ قرر مسؤول للهيئة الوطنية المستقلة او الوزير او الوالي المعني ذلك شريطة ان تكون الظروف التي استدعت هذا التمديد وان لا تكون لنتيجة ممارسات مماطلة من طرفها.

اولا: شروط النظرية

لتطبيق هذه النظرية وجب توافر شروط لاستحقاق المتعاقد مع الادارة لهذا التعويض تتمثل في:

1-وقوع حادث استثنائي غير متوقع اثناء التنفيذ.

2-حدوث ظرف استثنائي طارئ عام واستثنائي.

حيث يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور بمعنى بعيدا عما هو مألوف في حياة الناس ومعاملاتهم اليومية العادية مثلا كالحوادث الطبيعية المتمثلة في الزلازل والفيضانات .

3-ينبغي الا يكون بوسع الأطراف العقد توقعه،كحدوث ازمة اقتصادية او صدور نصوص قانونية تنظيمية جديدة .....، مما يسمح للمتعامل المتعاقد المطالبة في التوازن المالي لذلك **ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر الى القول :**

1 انظر المادة 136من المرسوم15-247 السالف الذكر, المرجع السابق.

"ان نظريـة الظروف الطـارئـة تقوم على فكرة العـدالـة المجردة التي هي قوام القـانون الإداري"[1]

4-يجب ان ينتج الحادث الطارئ خسـائر مألوفة، بحث يؤدي الى قلب اقتصـاديات الوضـع اقتصـادي للمتعاقد وتلحق به خسـائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة ، كأن تقبل السـلطة المختصة على زيادة الضرائب [2].

ثانيا : الحق في التعويض

اذا توافرت هذه الشـروط فانه يتعين على متعامل المتعاقد ان يسـتمر في تنفيذ العقد وعدم التوقف تطبيقا لمبدأ الاسـتمرارية و بالموازاة يحق له المطالبة وديا لإعادة الاعتبار لوضـعه المالي، فلن تحقق غرضـه ووصـل الى اتفاق مع الادارة المتعاقدة نفذ هذا الاتفاق ، والا جاز له المطالبة قضاء بإعادة الاعتبار لوضعه المالي.[3]

حق المتعاقد في الحصـول على تعويض الزام المتعاقد مع الادارة بالاسـتمرار في تنفيذ الصـفقة العمومية في ضـل قيام الضـرف الطارئ يقابله الزام الادارة المتعاقدة بتحمل جزء من الخسارة التي الحقها به هذا الظرف وذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تنفيذ الصفقة ضمانا لاستمرار المرفق العام .

وهذا ويتميز الحق اقتضـاء التعويض لوفق نظرية الظروف الطارئة بانه تعويض جزئي تتحمل الادارة المتعاقدة بمقتضـاه جانب فقط من الخسـارة الناشـئة عن ظروف غير متوقعة وهذا يعني ان القاضي هو بصدد تقدير التعويض يقوم بتوزيع عبئ الخسارة بين طرفي .

1 بن احمد حورية ، المرجع السابق ص125

2 عمارة بوضياف ، المرجع السابق ص233

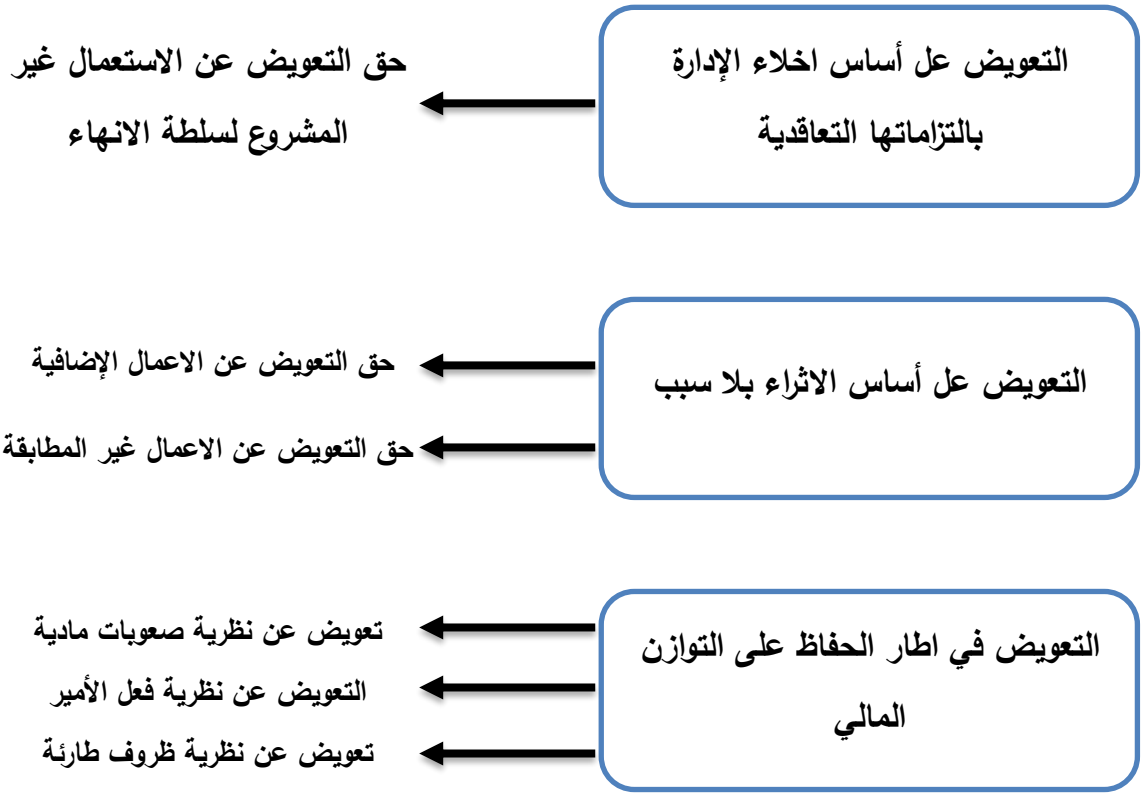
3 بن احمد حورية ، المرجع السابق ، ص126

الصفقة لان أحد منهم ليس المتسبب فيها. حيث يقتصر دور على الحكم بالتعويض المناسب دون ان يكون له الحق تعديل التزامات التعاقدية.

بالإضافة الى ذلك فان التعويض هو حق مؤقت ينقضي بانقضاء الضرف الطارئ الذي قلب اقتصاديات الصفقة ، فلا يتصور ان يستمر طولا .

فاذا تضمن العقد شروطا يتنازل بمقتضاها المتعاقد مع جهة الادارة – مقدما –عن حقه في المطالبة في التعويض عن الظرف الطارئ ، فان هذه الشروط تعد باطلة ، وذلك لأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام لأنها وسيلة لضمان سير مرافق العامة وتحقيقا لصالح العام [1]

مخطط بياني 2 : نشوء الحق في التعويض



1زوليخة عموري ، المرع السابق ص، 128.

خاتمـــة

خاتمة

لقد استهدفت دارستنا جانبا مهما وموضوعا علميا من موضوعات القانون الإداري في مجال العقود الإدارية ألا وهو سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة إما كجزاء موقع على المتعاقد معها أو إنهاء لدواعي المصلحة العامة.

لذا تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية من أهم وأخطر الامتيازات الممنوحة لها في حالة تنفيذ العقد الإداري ، ذلك ألن موضوع العقد الإداري في حد ذاته طالما ارتبط ارتباطا وثيقا بمقتضيات المصلحة العامة للأفراد وتعلق بتسيير المرافق العامة وبالتالي فإنه يؤثر تأثيرا مباشرا من الناحية الاقتصادية للبلاد وكذا من حيث السياسة التنموية الوطنية والمحلية.

وحتى لا تخرج الإدارة عن هدفها الرئيسي وهو تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على المال العام للدولة وكذا الحفاظ على حقوق المتعاقد فقد منحت سلطات واسعة تمارسها بإرادتها المنفردة في مواجهة المتعامل الذي يتعاقد معها كجزاء فسخ العقود الإدارية بنفسها مستندات على امتيازات السلطة العامة ، 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 دائما تكون الطرف القوي في وضع بنود العقد إذا يمكنها أن تضع حد لرابطة التعاقدية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ولا توقع الإدارة جزاء الفسخ إلا بعد إنذار المتعاقد نظرا لخطورة هذا الجزاء.

و بالتالي نلاحظ أن الفسخ قد منح للإدارة كامتياز لها لذ فرض المشرع قيود محددة لكي تمارس هذه السلطة حفاظ على المتعاقد وضمان حقوقه نتيجة ما قد يلحق به ن ضرر عند تعسف الإدارة. هذه الامتيازات المتعددة التي تمنح للإدارة عند إبرام العقد ليست مطلقة بل ترد عليها قيود وضوابط يجب مراعاتها باحترامها لصياغة موضوع العقد المبرم مع

المتعاقد وأيضـــا احترام جملة الشـــروط المنصـــوص عليها في العقد كما يجب احترم قواعد المشروعية في ظل وجود رقابة المشروعية والملائمة .

وفي الأخير نرى أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري هو حق أصيل تمارسه بدون حاجة لنص يقيدها ونظرا خطورة هذا التصـرف يجب دائما خضـوع الإدارة لرقابة القضـائية لكي لا تخرج عن مبدأ المشروعية.

من خلال هذه الدارسة توصلنا إلى النتائج التالية

1- سلطة الإدارة في إنهاء العقد ليست مطلقة بل ترد عليها قيود البد من توافرها أوال يجب أن يكون قرار الفسخ قد صدر من أجل تحقيق المصلحة العامة ثانيا أن يكون قرار الفسخ وفق للقوانين واللوائح التنظيمية.

2- إن سلطة الإدارة ليست مطلقة في استخدام جزاء الفسخ متى تشاء ولكنها مقيدة في ممارستها بعدة شروط وضوابط قانونية.

ختاما أتقدم بجملة اقتراحات والتوصيات

- يجب عدم تعسف الإدارة في استخدام السلطات الممنوحة لها لكي لا تسبب أضرر للمتعاقد

- يجب أن يكون التعويض عادل عن ما لحق المتعاقد من ضرر وما فته من كسب

- يجب تسبيب إنهاء العقد للمصلحة العامة

- يجب توسيع ضمانات وحقوق المتعاقد مقارنة بسلطة الإدارة

- يجب على المتعاقد اللجوء للقضاء متى كان هناك تعسف من الإدارة في حقه

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع والمصادر

أولا: الكتب

1- حمدي ياســين عكاشــة، موســوعة العقود الإدارية والدولية(العقود الإدارية في التطبيق العملي)،منشأة المعارف الإسكندرية، 1998

2- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها(دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي ، الطبعة الأولى 2010

3- زكريا المصري ، العقود الإدارية ما بين الالزام القانوني والواقع العملي ، الطبعة الأولى ، 2014 ،دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع المنصورة ، مصر

4- سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارية) مؤسسة دولية لنشر والتوزيع طيبة 2002 ،الإسكندرية

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأســس العامة للعقود الإدارية، منشــأة المعارف الإسكندرية(مصر)،2002

6- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية،قضائية، فقهية)،جسور للنشر والتوزيع،ط2 ،الجزائر،2009

7- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، الجزائر2007

8- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر2007.

9- محمد جمال ذنيبات، العقد الإداري(د ارسة مقارنة)،الطبعة الأولى، الرياض، 2012

10- محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى،عمان،2010

11- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديد الاردن،2011

12- محمود فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري ، ب،ط ، دار جامعة الجديدة لنشر والتوزيع ، مصر ،2005

13- محمد فؤاد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإداري بالارادة المنفردة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 2012

ثانيا: الرسائل والمذكرات

أ-المذكرات:

14- بلقاسمي أم هاني، فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة،2013

15- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2013.

16- توتي خوخة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.

17- حشاني يونس، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012

18- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون الاجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو،2013

19- عموري زوليخة ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مذكر ة تخرج لنيل شـهادة ماسـتر في العلوم القانونية والإدارية تخصـص صـفقات عمومية ، جامعة بشـار 2013.

20- ميمون فريد، الهيأت القضائية المتخصصة في الجزائر ،أطروحة ماستر قانون إداري ، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013

ثالثا: المقالات

21- يوسـف حوري، مداخلة بعنوان سـلطات الإدارة في مجال الصـفقات العمومية، جامعة غليزان.

رابعا: النصوص القانونية

1-النصوص التنظيمية

21- المرسـوم الرئاسـي رقم 15-247 المورخ في 2 دي الحجة عام1436 الموافق ل16 سـبتمبر سـنة2015 يتضـمن تنظيم الصـفقات العمومية وتفويضـات المرفق العام ج.ر, العدد50

22- المرسوم الرئاسـي رقم 10 /236 المؤرخ في28 شـوال عام 1431الموافق 07 أكتوبر 2010 ،المتضـمن تنظيم الصـفقات العمومية ،ج.ر، العدد 58 ،الصـادر07أكتوبر سـنة 2010.(ملغى)

23-المواد 149-150, 136 من المرسوم الرئاسي15-247 .

24- المادة 108 107 من المرسوم التنفيذي,21-219 المورخ في 13 ذوالقعدة,عام1442,الموافق ل24يونيو سنة 2021 م.

الملاحـــــق

الملاحق

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة السكن والعمران

مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء

لولاية البيض البيض في: .....

رقم: 2018/009

الى الســادة:

– مقاولة أشغال والبناء

اعذار رقم 01

بعد الزيارة الميدانية إلى ورشة عمل مقاولتكم المكلفة بانجاز أشغال شبكة الصرف الصحي و شبكة المياه الصالحة للشرب لوحظ الغياب التام في الورشة (الوسائل المادية والبشرية) و ذلك رغم استلامكم ألمر بانطلاق الأشغال . و عليه يوجه اعذرا إلى المقاولة لمباشرة الأشغال في اجل أقصاه (48) ساعة عدا هدا سوف تضطر المديرية إلى اتخاذ الإجراءات القصرية المعمول بها.

المديـــر

الجمهوريــة الجزائريـــة الديمقراطيــة الشعبيـــة

وزارة السكن والعمران

مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء

لولايــة البيض البيض في: .....

رقم:2018/130.

الى الســادة:

– مقاولة الاشغال و البناء

الموضوع: ف/ي اشغال الصرف الصحي والمياه الصالحة للشرب

بعد الانتهاء من كل الاجراءات الادارية الخاصـة بإنجاز اشـغال شـبكة الصـرف الصـحي وشـبكة المياه الصـالحة للشـرب وكذا تاشـيرتها من طرف المراقب المالي واسـتلامكم لأمر بانطلاق الاشغال ندعوكم للحضور الى مقر المديرية وذلك لمباشرة الاشغال في اجل اقصى (48) ساعة

المديـــر

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة السكن والعمران

مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء

لولايـة البيض البيض في : .....

رقم:2018/331.

الى الســـــادة :

– مقاولة الاشغال و البناء

اعذار: رقم02

المشروع: انجاز اشغال شبكتي الصرف الصحي والمياه الصالحة للشرب بالمركز الجامعي بالبيض

المقاولة: .....

المراجع: – مراسلة تحت رقم 789بتاريخ 2019/11/27

–اعذار رقم01تحت رقم259 بتاريخ2019/11/30

في اطار الزيارات الميدانية المتكررة التي قمنا بها نحن ممثلي المديرية الى ورشـــة عمل مقاولتكم المكلفة بانجاز اشـغال المشـروع المذكور اعلاه قد لوحظ الغياب التام لكل الوسـائل المادية والبشرية . وعليه يوجد اعذارثاني الى المقاولة لمباشرة الاشغال في اجل اقصاه (48) ساعةعدا هذا سوف تضطر المديرية الى اتخاذ الاجراءات القصرية المعمول بها

المدير

الجمهورية الجزائرية الدمقراطية الشعبية

وزارة السكن والعمران والمدينة

مديرية التعمير واهندسة المعمارية والبناء

لولاية البيض

/م.ت.هـ.ب 2018

قرار فسخ الاتفاقية

- بمقتضـــى الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/8 المتضـــمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم

- بمقتضـــى الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضـــمن قانون العقوبات المعدل و المتمم

- بمقتضـى الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سـبتمبر 1975 المتضـمن القانون المدني المعدل و المتمم

- بمقتضـى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سـبتمبر 1975 المتضـمن القانون التجاري المعدل و المتمم

- بمقتضـــى القانون رقم 09/84 المؤرخ في 4 فبراير 1984 المتضـــمن التنظيم الإقليمي للبلاد

- بمقتضـــى القانون رقم 17/84 المؤرخ في 07 جويلية 1984 المعدل و المتمم المتعلق بقانون المالية

- بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية

- بمقتضى القانون رقم 12/07 المؤرخ في 21فبراير 2012 المتعلق بالولاية

- بمقتضـــى المرســـوم الرئاســـي المؤرخ في 04 مارس2013 المتضـــمن تعيين الســـيد: .....واليا لولاية البيض

– بمقتضـى المرسـوم الرئاسـي رقم 15–247 المؤرخ في 20سـبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

المعدل والمتمم لا سميا المادة 112 المتعلقة بالفسخ من جانب واحد.

– بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 135/73 المؤرخ في 09 أوت 1973 المتضمن تطبيق لا مركزية إعتمادات

التجهيزات لاستثمارات الدولة

– بمقتضـى المرسوم التنفيذي رقم 215/94 المؤرخ في 23 جويلية 1994 المتضـمن تنظيم أجهزة الإدارة العامة

في الولاية و هياكلها

– بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 268/97 المؤرخ في 21جويلية 1997 المحدد للإجراءات المتعلقة بالتزام

بالنفقات العمومية و تنفيذها و يضبط صلاحيات الامرين بالصرف

– بمقتضـى المرسـوم التنفيذي رقم 227/98 المؤرخ في13 جويلية 1998 المتضـمن نفقات الدولة للتجهيز

– بمقتضـى القرار الوزاري رقم 664 المؤرخ في 28 مارس 2013 المتضـمن تعيين السـيد :.....بصفته مدير للتعمير و الهندسة المعمارية والبناء لولاية البيض

– بمقتضـــى القرار الوزاري رقم 177 المؤرخ في 10أبريل 2013 المتضـــمن التفويض بالإمضاء إلى السيد:

بصفته مدير للتعمير و الهندسة المعماري و البناء لولاية البيض

– بمقتضـــى مقرر تســـجيل العملية رقم:550/أ خ و/م ع س ب/و س ع المؤرخ في : 15أبريل 2010

– بناءا على الاتفاقية رقم: 2011/87المؤرخة في:22 ديسمبر 2011

المبرمة بين وزير السكن و العمران و المدينة ممثلا في السيد : مدير التعمير و الهندسة المعمارية من جهة و

مسير مؤسسة الأشغال: مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحله

- نظرا لأمر انطلاق الأشغال بتاريخ:03 سبتمبر2012
- نظرا للمادة رقم:22 من الاتفاقية المذكورة أعلاه المتضمنة كيفية الفسخ
- عجز المقاولة على إتمام المشروع
- بمقتضى الأعذار الأول رقم:009 المؤرخ في:2018/03/16
- بمقتضى الأعذار الثاني رقم:331 المؤرخ في:2018/05/24
- بمقتضى الاستدعاء رقم:30 المؤرخ في : 2018/03/12 المتضمن الأعذار الأخير

باقتراح من السيد : مدير التعمير و الهندسة المعمارية و البناء

يقرر

المادة الأولى:

تفسخ من جانب واحد حسب المادة 149(من الجانبين) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المؤرخ في 20سبتمبر2015 و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم للاتفاقية

- إعادة تأهيل السكنات المبرمة بين وزير السكن و العمران و المدينة ممثلا بالسيد : مدير التعمير والهندسة المعمارية و البناء ..... من جهة و مسير مؤسسة أشغال البناء .....الكائن مقرها بـ :حي .....من جهة أخرى.

وعلى عاتق المتعامل المتعاقد

المادة الثانية :

- مبلغ الاتفاقية الأصلية: 3490885.70 دج
- مبلغ الأشغال المسددة : 476503.10 دج
- مبلغ الأشغال المنجزة و الغير مسددة : 598876.33 دج

المبلغ المتبقي: 2415506.27 دج

المادة الثالثة:

يكلف كل من السـادة: مدير التعمير والهندسـة المعمارية و البناء و مدير الصـندوق الوطني للسكن بتنفيذ هذا القرار.

حرر بالبيض في:.....

المديـــر

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر و تقدير
الاهداءات

قائمة أهم المختصرات .....هـ
مقدمة 2
الفصل الاول 9
الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية 9
المبحث الأول: الأحكام العامة لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية..... 11
المطلب الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية 12
الفرع الأول: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية 12
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية 14
المطلب الثاني : شروط ممارسة السلطة الادارة في انهاء العقود الادارية 17
الفرع الأول : تحقيق المصلحة العامة رغم عدم وجد الخطأ 17
الفرع الثاني : في حالة وجود خطأ..... 19
المبحث الثاني : اصناف وتطبيقات سلطة الادارة في انهاء العقود الادارية 23
المطلب الأول : اصناف سلطة الادارة في انهاء لعقود الادارية 23
الفرع الأول : الفسخ الاداري 24
الفرع الثاني : الفسخ الاتفاقي والفسخ بقوة القانون..... 26
الفرع الثالث : الفسخ القضائي..... 27
المطلب الثاني : تطبيقات سلطة الادارة في انهاء العقود الإدارية..... 29
الفرع الأول: الانهاء في العقد الأشغال العامة 29
الفرع الثاني : الانهاء في عقد الامتياز (التزام المرفق العامة). 32
الفرع الثالث : الانهاء في عقد التوريد..... 38
الفصل الثاني..... 41

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة في إنهاء العقد الإداري..... 41
المبحث الأول : الحق في الرقابة القضائية..... 42
المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرار إنهاء العقد الإداري دون خطأ..... 44
الفرع الأول : القضاء المختص بالرقابة..... 44
الفرع الثاني : دور القاضي الاداري في مواجهة قرار الانهاء..... 46
المطلب الثاني : الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري (على أساس الخطأ)47
الفرع الأول : تحديد القاضي المختص بالرقابة..... 47
الفرع الثاني : نطاق رقابة القاضي وسلطاته في مواجهة قرار الفسخ الجزائي..... 48
المبحث الثاني : الحق في التعويض..... 54
المطلب الأول: الحق في التعويض على أساس إخلال الإدارة بالتزاماتها ا لتعاقدية والاثراء بلا سبب . 54
الفرع الأول : حق التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية..... 54
الفرع الثاني : التعويض على اساس الاثراء بلا سبب..... 57
المطلب الثاني : حق التعويض في اطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد..... 59
الفرع الأول : نظرية الصعوبات المادية..... 59
الفرع الثاني : نظرية فعل الأمير..... 63
الفرع: الثالث : التعويض عن نظرية الضروف الطارئة..... 66
خاتمة..... 71
قائمة المراجع والمصادر..... 74
الملاحق..... 78
فهرس المحتويات..... 86

ملخص

تعد العقود الإدارية أحد أهم الأعمال القانونية التي تصـــــدرها الإدارة ، وهي بمثابة امتياز لها، تمارســه وفق ما حدده القانون ، ويعني ذلك احترام مبدأ سيادة القانون ، فمن هنا جاءت ســلطة الجهة الإدارية في إنهاء العقد الإداري الذي يعد حق قانوني أصــيل ســواء تم النص عليه في بنود العقد، أو لم يتم النص عليه ، لنجد في هذا الصــدد أن الإدارة تضــطلع بالامتيازات وسلطات عديدة من خلال تقديم الخدمة للجمهور وتحقيق الصالح العام ، لهم إلا أن ســلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة على الرغم من أهميتها إلى أنها تعد من أقوى وأخطر هذه السلطات إما كجزاء موقع على المتعاقد معها أو إنهائه لدواعي المصلحة العامة ، إلا أن ممارســة هذه الســلطة ترتب أثار قانونية خطيرة من شــأنها أن تؤدي إلى انقضــاء العالقة التعاقدية واستحقاق المتعاقد التعويض.

Summary

Administrative contracts are one of the most important legal work issued by the Department as a privilege, exercised in accordance with the law This means respect for the principle of the rule of law, hence the authority of the administrative authority to terminate the administrative contract, which is an inherent legal right, whether it is provided for in the terms of the contract. or not provided for, let us find that the Department carries out many privileges and powers by providing service to the public and in the public interest for them, the power to terminate the administrative contract by unilateral will, although important to the fact that it is one of the strongest and most dangerous of these powers, either as a part of the contractor's signature or termination on grounds of public interest, However, the exercise of this authority has serious legal implications that could lead to the expiration of the contractual suspension and the contractor's entitlement to compensation