الجمهوريـــــــــة الجزائريـــــــة الديمقراطيـــــة الشعبيـــــــة

وزارة التعليم العالي والبحث العلمـــــي

جامعـــــة ابن خلدون تيـــــارت

كليـــــة الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر تخصص: القانون الإداري والعلوم الادارية

الموسومة بـــــــــــــ:

الفسخ القضائي للعقود الإدارية

اعداد الطالب

خيار صلاح الدين

إشراف الدكتور

شاشوا نور الدين

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الدور في اللجنة
د.عبيد فتيحة	أستاذ محاضر أ	رئيسا
د. شاشوا نور الدين	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
د.بوبكر سعيدة	أستاذ محاضر أ	مناقشا
د. قاصدي فايزة	أستاذ محاضر أ	مدعو

السنة الجامعية:2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أستعينه وأشكره وأهتدي به الذي يسر لي أمري وهون على الصعب حتى تم انهاء هذا العمل

فالحمد لله يليق بكماله وثناء يليق بعظمته

وأصلي وأسلم على خير خلقه محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وأزكى التسليم

أتوجه بالشكر الجزيل وبأسمى عبارات التقدير والاحترام

إلى كل أفراد عائلتي خاصة الوالدين وإخوتي وإخواني

كما أتقدم بالشكر والعرفان لكل الأصدقاء كل باسمه

وأتوجه بجزيل شكري إلى الأستاذ المشرف السيد شاشوا نور الدين جزاه الله خيرا

كما أتقدم بالشكر الخالص الى الأستاذ معمر خالد و الأستاذ بلاق محمد إلى كل عمال جامعة ابن خلدون تيارت

وإلى كل يد كريمة أمدتني بالعون وكل من ساهم من قريب أو بعيد ولو بحرف لرفع معنوياتي

وكل من لم يبخل علي بالنصيحة والتوجيه

شكر لكل من منحني ابتسامة، فأشعل في داخلي عزيمة الاجتهاد

ألف شكر لكل من علمنا حرفا، أو سهل علينا أمرا

أو دعا لنا سرا

الإهداء

ألى من جعل المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت أقدامها ووقرها في كتابه العزيز امي الحبيبة

شمعة دربي ونور عقلي ومصدر حياتي سعادتي

إلى جدي و جدتي، السند الدائم

وإهداء خاص إلى كل فرد من عائلة خيار

إلى جميع أصدقائي الأعزاء كريمو ، يوسف ، عمار

الى الاخ زكرياء هاني والاخ بن إبراهيم ابراهيم

إلى كل من يمزج بين العلم والأخلاق أساتذتي طول المشوار الدراسي

إلى كل عمال وأساتذة جامعة ابن خلدون

إلى كل الأقارب وإليك أنت الذي تتصفح مذكرتي الآن

مقدمة

مقدمة:

تعتبر العقود الوسيلة الأمثل في المجتمعات الحديثة للمعاملات بين الأشخاص وقضاء حاجياتهم، وهذا نظرا للقوة الملزمة للعقد إضافة إلى تقابل الالتزامات التي يرتبها العقد على الطرفين، فيكون لزاما على كل طرف أن ينفذ التزامه تجاه الطرف الآخر وفقا للشروط التي تضمنها العقد

ولكي ينشأ العقد صحيحا لابد أن يستوفي كل شروطه وأركانه التي حددها القانون خاصة تلك المتمثلة في التراضي بين الطرفين ووجود محل وسبب للعقد وإلا قد يصبح العقد باطلا ما يسمح للطرفين التحلل من التزاماتهم والتحرر من القوة الملزمة للعقد و لهذا اهتم القانون بمرحلة تكوين العقد اهتماما خاصا نظرا لما يترتب عن العقد من إلتزامات في ذمة المتعاقدين، فأصبح النظام القانوني للعقد يتوفر على شروط في إبرامه و أثناء التنفيذ وبعد التنفيذ

ولما كان العقد هو الوسيلة المثلى لقضاء الحاجيات بين الأطراف المتعاقدة توسع نطاق العقد من حيث الأفراد ليمس الإدارة أيضا متمثلة في الأشخاص المعنوية العامة، وهذا بعد تطور مفهوم الدولة و توسع دور الإدارة و مجال نشاط السلطة العامة التي أصبحت أيضا تهتم بإشباع حاجيات الأفراد وفق ما تقتضيه المصلحة العامة فأصبحت الإدارة تبرم عقودا من أجل إنشاء المرافق العامة و تسييرها

ومما لاشك فيه أن العقود التي تبرمها الإدارة تختلف عن تلك العقود التي يبرمها الأشخاص فيما بينهم فأصبح العقد الإداري يمتلك مميزات و خصائص تنفرد عن العقود المدنية أو العقود الخاصة

ويعود هذا لإختلاف المراكز القانونية بين الإدارة و المتعاقد معها، فالإدارة تحوز على مركز قانوني أعلى و أسمى و ينعكس هذا على الشروط التي تضعها الإدارة في العقد ما

يجيز لها أن تضع شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص إضافة إلى استعمال سلطاتها بما تقتضيه المصلحة العامة في تنفيذ العقد

وإن كان الأصل في العقود أن يتم تنفيذها لينقضي الإلتزام المترتب عن إبرام العقود، فقد يحدث أن لا يتم تنفيذ العقد و لا الإلتزامات المترتبة عنه و يعود هذا لعدة أسباب

فقد يخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية أو يستحيل عليه تنفيذ إلتزامات بفعل سبب أجنبي أو تقتضي المصلحة العامة أن تنهي الإدارة العقد، ففي هذه الحالة أجازت التشريعات ومنها التشريع الجزائري على أنه يمكن لأحد الطرفين اللجوء إلى القضاء لحل الرابطة التعاقدية بأثر رجعي جزاء لعدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته و بموجبه تنحل الرابطة العقدية وتنقضي الإلتزامات و يزول العقد و تسمى هذه العملية القانونية بالفسخ

ففسخ العقد هو الإجراء المتبع في حالة عدم تنفيذ احد المتعاقدين لإلتزامه سواء بنفسه أو لسبب أجنبي و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الفسخ من المواد 119 إلى 123 من القانون المدني الجزائري و على ضوء هذه المواد تم تبيان الفسخ و شروطه و أحكامه و أنواعه إضافة إلى الآثار القانونية التي يرتبها الفسخ، وهو ما جاء أيضا في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية

ومن خلال هذه المواد تم التفصيل في الفسخ حيث تم توضيح شروطه وأحكامه، ورغم أن أحكام الفسخ تمس بصفة عامة العقود المدنية إلا أنها تتشابه مع العقود الإدارية من حيث أركان العقد في إبرامه وأيضا في أحكام الفسخ إلا أنها تختلف من حيث الآثار ويعود هذا كما أسلفنا لعدم تساوي المتعاقدين في المركز القانوني إضافة إلى أن العقد يمس بدرجة أولى المرافق العامة التي لها مبادئ وأسس تحكمها ونظام قانوني خاص بها

ففي العقود الإدارية يمكن للإدارة أن تضيف في العقد شروطا إستثنائية كما يمكنها أن تمارس سلطاتها التي أقرها لها القانون وفي حالة الإخلال يمكنها أن تنهي العقد من جانبها أو تلتجئ إلى القضاء لفسخ العقد

ولموازنة حق الإدارة في إنهاء العقد أجاز القانون أيضا للمتعاقد ان يلتجئ إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد أو تعسفت في إستعمال سلطتها أو في حالة إستحالة التنفيذ.

ولقد أجمع الفقهاء والتشريعات على شروط الفسخ و حالاته و هذا في إطار إرساء النظام القانوني للفسخ، فتم وضع شروط معينة للفسخ و نطاقه وآثاره إضافة لشروط خاصة بطالب الفسخ، فنطاق الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين مع ضرورة أن يكون هناك إخلال لأحد المتعاقدين بإلتزاماته و أن يكون الدائن غير مستعدا لتنفيذ إلتزامه و إعادة الحال إلى أصله، أما حالات الفسخ فتكون في حالة القوة القاهرة او في حالة إخلال المتعاقد بإلتزامه، كما وضع القانون الفسخ كموازنة لحقوق الإدارة وسلطاتها ذلك أن العقد الإداري يمتلك خصوصيات خاصة به.

وبما أن العقد الإداري متفرد عن العقود الخاصة فلا يمكن دائما تطبيق أحكام العقود المدنية في المجال الإداري، فالعقد الإداري يتعلق بالمرافق العامة ما يعني أن أحكام الفسخ وسلطات القاضي في العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها في العقود المدنية.

و لما كانت سلطات الإدارة واسعة في مجال العقود و تتسم بمظاهر السلطة العامة، وضع المشرع ضوابط لضمان عدم تعسف الإدارة في إستعمال سلطاتها و حماية المتعاقد معها من انحراف سلطتها و يتمثل هذا الضابط في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فالإدارة يجب أن تكون أعمالها مشروعة و قانونية و للقاضي حق الرقابة على أعمالها و مدى مشروعيتها، بل و تمتد سلطة القاضي حتى في إلغاء تلك القرارات الغير مشروعة و تقويم الإدارة في حالة الإنحراف أو التعسف في استعمال سلطتها.

ويعود سبب اختيارنا لهذا الموضوع لأسباب موضوعية بحتة نجملها في النقاط التالية:

1- عدم دراسة الموضوع من الجانب الإداري، فأغلب الدراسات السابقة تناولت الفسخ وأساسه وآثاره من الجانب المدني

2- إلقاء الضوء على فسخ العقود الإدارية بصفة مستقلة

3- الرغبة في جمع ما تم تناوله عن الفسخ من الدراسات السابقة في بحث واحد

4- الرغبة في الإسهام بإضافة جديدة في هذا الموضوع

وتهدف هده المذكرة إلى توضيح كيفية الفسخ القضائي وإجراءاته بالنسبة للعقود الإدارية

وتوضيح الدور الهام للقاضي الإداري في تطبيق القانون خاصة في حماية حقوق المتعاقد من جهة وحقوق الإدارة وسير المرافق العامة من جهة أخرى وكذا توضيح السلطة التقديرية للقاضي في مجال الفسخ القضائي للعقود الإدارية وإبراز دور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وقراراتها في مجال تنفيذ العقود الإدارية

وكأي بحث لم يخلو هذا العمل من بعض الصعوبات تمثلت في ضيق الوقت المتاح وكذا قدم أغلب المراجع المتاحة وعدم مواكبتها للتطورات التشريعية في مجال العقود الإدارية.

ومما تقدم نخلص إلى الإشكالية التالية: ما هو النظام القانوني للفسخ القضائي للعقود الإدارية؟ ويتفرع عن ذلك الإشكالات الجزئية التالية

- ماهي إجراءات فسخ العقود الإدارية؟
- ما هو نطاق سلطات القاضي الإداري في دعاوى فسخ العقود الإدارية؟

وللإجابة على الإشكالية تم الاعتماد على المنهجين التحليلي والوصفي كون الدراسة تنصب على تحليل النصوص القانونية التي تحكم العقود الإدارية خلال مرحلة التنفيذ والانقضاء وكذا النصوص المنظمة لإجراءات الرقابة القضائية على العقود الإدارية، وذلك بعد توصيف العقد الإداري وصوره وأركانه.

وقد تم تقسيم هذا البحث الى فصلين الفصل الأول تناولت فيه الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للفسخ القضائي في العقود الإدارية

و تناولت في الفصل الثاني دور القضاء الإداري في فسخ العقود الإدارية.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للفسخ القضائي في العقود الإدارية

في العصور القديمة كانت الدولة تلعب دورا محدودا في التعاقد، حيث كانت العقود تعتبر اتفاقيات بين الأفراد أو الجمعات المتعاقدة دون تدخل الدولة بشكل كبير، ومع ذلك بدأت الدولة في التدخل المباشر في المعقود الإدارية مع ظهور الدولة الحديثة وهو نمو قوة الإدارة العامة فتطور دور الدولة والإدارة في العقود العامة يتأثر بعوامل متعددة، بما في ذلك التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ومع تطور مفهوم الدولة والإدارة في العصر الحديث بدأت الدولة تلعب دورا مهما في تنظيم العقود الإدارية وذلك بواسطة إنشاء إجراءات وقوانين تحدد الإجراءات المطلوبة لإبرام وتنفيذ هذه العقود.

فصار بامكان الدولة والادارة. إبرام عقود مع جهات خاصة أو الجهات العامة الأخرى بما حدث تنفيذ مشاريع عامة أو تقديم خدمات للمجتمع واشباع حاجيات الأفراد وتقوم الدولة بوضع القوانين واللوائح التي تحكم عملية العقود الإدارية.

وتحدد حقوق وواجبات الأفراد المتعاقدة وفي خضم عمليات إبرام هذه العقود قد يحدث أن يقع إخلال بالتزامات المتعاقدين أو تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها أو حتى بعض الأسباب الخارجة عن إرادة المتعاقدين، الأمر الذي يؤدي إلى التجاء أحد الأطراف للقضاء لطلب الفسخ نظرا لأنه النتيجة المنطقية لعدم اتمام العقود بعد استنفاذ كل الإجراءات الأخرى التي تتضمن التنفيذ الجبري أو التنفيذ بالتعويض، وعليه، وجب التعريف بماهية الفسخ وكيف عرفه الفقه والتشريع إضافة إلى تبيان شروطه وحالاته، ومن هذا المنطلق، سأتناول تعريف الفسخ وحالاته وشروطه في المبحث الأول، فيما سأتناول الفروقات بين الفسخ والأوضاع المشابهة له في المبحث الثاني

المبحث الأول: ماهية الفسخ

يعتبر الفسخ عملية قانونية يقوم بها الأطراف لإنهاء عقد أو اتفاقية سابقة بطريقة قانونية، ويمس الفسخ العديد من المجالات بما في ذلك العقود الإدارية ونظرا لأهمية هذا الموضوع سلط عليه الكثير من الضوء من جانب الفقه والقضاء وللتعريف أكثر بهذا الموضوع سأتناول تعريف الفسخ من جانب الفقهاء وإضافة إلى الجانب التشريعي.

المطلب الأول: تعريف الفسخ

الفسخ هو النظام القانوني الذي يتم بموجبه حل الرابطة التعاقدية في الإلتزامات والعقود بمختلف أنواعها، حتى العقود الإدارية، وللوقوف على أهمية الفسخ لابد أولا من تعريفه رغم أنه لا يوجد تعريف محدد للفسخ

لذلك سنتعرض التعريف الفقهي للفسخ (الفرع الأول) ثم التعريف التشريعي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التعريف الفقهي

تناول الفقهاء تعريف الفسخ بصورة واضحة ودرسوا جوانبه وأساسه القانوني وتطوره، فقد عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه "جزاء يستهدف الرابطة التعاقدية"[1]، و"أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة"[2].

في حين عرفه الدكتور الفقيه عبد الرزاق السنهوري بقوله "هو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي"[3]، ما يعني أن الفسخ هو جزاء ينهي الرابطة العقدية لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه العقدي وهو أخطر واشد الجزاءات، ولقد أثرى عديد الفقهاء تعريف الفسخ بما يصب في قالب واحد مع التعريفين السابقين، فعرفه الدكتور إبراهيم الفياض بأنه

---

[1] محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، مصر، ص: 545.

[2] محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص: 575.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ص: 569.

"إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بشكل حاسم، وتصفية كافة الآثار المتولدة عنه فيما لو ارتكب المتعاقد خطا لم يعد ممكنا معه الاستمرار في العلاقة العقدية بينهما"[1].

فيما عرفه الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط بأنه "جزاء يستهدف الرابطة العقدية وتعمق الدكتور عبد الحميد الشواربي في وصف الفسخ فعرفه بأنه "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي".

ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب هو الأخر فسخه ليفلت من تنفيذ ما التزم به.[2]

و تتوافق هذه التعريفات مع تعريف الفقه الفرنسي للفسخ بإعتبار أن الفقه الفرنسي هو المصدر التاريخي الذي تأثر به الفقه العربي، فعرف الأستاذ Christian Larroumet الفسخ بقوله " فسخ العقد هو حل لهذا العقد نظرا لعدم تنفيذ الإلتزامات التي رتبها العقد من طرف أحد أطراف هذا العقد"[3]

وتناول الفقه الإسلامي الفسخ أيضا فعرفه الفقيه الحنفي ابن نجيم بقوله "هو حل إرتباط العقد"[4]

وجاء تعريف آخر من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية في موسوعتها الفقهية فعرفته بأنه "الفسخ هو رفع جميع أحكام العقد وآثاره واعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل"[5]

---

[1] إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت،1981، ص: 224.

[2] عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص15.

3 Christian Larroumet،Droit civil، les obligations T3، 4eme éd، éd économica، Paris،1998، p 751

4 زين الدين بن إبراهيم إبن نجيم، الأشياء والنظائر، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص: 292

5 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج ك 5، ط2، ذات السلاسل للطباعة، الكويت، 1986، ص:525

الفرع الثاني: التعريف التشريعي

تناولت أغلب التشريعات مفهوم الفسخ وأحكامه، وإن كان الفسخ لم يعرف صراحة سواء من قبل المشرع الجزائري أو نظرائه من المشرعين الا أن نصوص المواد سواء في القانون المدني الجزائري أو غيره واضحة بخصوص الفتح وأحكامه،

فقد نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري على " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك

يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات[1]

كما نصت المادة 120 و121 على جواز الفسخ بقوة القانون أو الفسخ الاتفاقي.

نصت المادة 122 على الآثار المترتبة عن فسخ العقد، حيث نصت " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.[2]

والملاحظ أن أغلب التشريعات أخذت بنفس التعريف والأحكام ففي القانون المدني المصري جاء نص المادة 157 بنفس مضمون المادة 119 من القانون المدني الجزائري ، حيث نصت المادة 157 من القانون المدني المصري" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.[3] في حين نصت المادة 158 و 159 على الفسخ الإتفاقي والفسح بقوة القانون، ونصت المادة 160 على الآثار المترتبة

[1] نص المادة، 119 من القانون المدني الجزائري

[2] نص المادة، 122 من القانون المدني الجزائري

[3] نص المادة 157 من القانون المدني المصري

على الفسخ وهو نفس مضمون المادة 122،121،120،119 من القانون المدني الجزائري بل وحتى نفس المصطلحات

وهو ايضا نفس التعريف في نص المادة 177 من القانون المدني العراقي[1] ويقابلهم في ذلك نص المادة 158 من القانون المدني السوري[2] وهو أيضا ما جاء في نص المادة 183 من القانون المدني القطري [3]

يقابلهم نص المادة 209 من القانون المدني الكويتي[4].

يقابلهم نص المادة 246 من القانون المدني الأردني[5].

وجاء في الفصل 273 فقرة أولى مجلة الالتزامات والعقود: "إذا حل أجل الوفاء وتأخر المدين عنه للدائن الحق في غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا والا فسخ العقد[6] ونص الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على نفس المضمون تناولت نفس المفهوم للفسخ وأحكامه

ويتماشى هذا مع أحكام المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي لم تعرف الفسخ أيضا ولكنها عرفت أحكامه ويظهر أن التشريعات لم تعرف الفسيح صراحة ولكنها اتفقت في مضمونه وأحكامه وحتى شروطه خاصة التشريعات العربية التي اتفقت على نفس الأحكام وأدرجتها في النظم القانونية بنفس الصيغة.

المطلب الثاني: شروط الفسخ

نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري" في العقود الملزمة الجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز المتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين. إذا اقتضى الحال ذلك، والملاحظ من نص المادة أن

[1] قانون 40 لسنة 1951 المتضمن القانون المدني العراقي
[2] قانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84، بتاريخ 1949/05/18
[3] القانون رقم 22 لسنة 2004 لإصدار القانون المدني القطري
[4] مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي (1980/67)
[5] قانون رقم 43 لسنة 1976 مؤرخ في 1976/08/01 العدد 2645 المتضمن القانون المدني الأردني
[6] قانون رقم 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 اوت 2005 يتعلق بإعادة تنظيم أحكام مجلة الإلتزامات و العقود التونسية

المشرع الجزائري وضع شروط الفسخ والتي تتمثل في أن يكون العقد ملزم للجانبين، وعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه، إضافة إلى كون طالب الفسخ أن يكون قد نفذ التزامه وقادرا إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

الفرع الأول: العقد محل الفسخ ملزم للجانبين

يجب أن يكون العقد المراد فسخه ملزم للجانبين، وهذا الشرط أساسي في جميع أنواع الفسخ سواء الفسخ القضائي أم الاتفاقي أو بقوة القانون، فلا يمكن فسخ العقد الملزم لطرف واحد بحيث يجب أن تكون الالتزامات التعاقدية متقابلة أي أنها تقع على عاتق كل الأطراف المتعاقدة.

واستهل المشرع هذا الشرط في بداية نص المادة 119 من القانون المدني، في حين عرف العقد الملزم لجانبين في نص المادة 55 من نفس القانون، فالعقد الملزم لجانبين هو العقد الذي يترتب عنه تبادل المتعاقدان للالتزام [1].بمعنى العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين.[2]

ومثال ذلك عقد البيع، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع، بالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، فيصبح كلاهما دائنا ومدينا في نفس الوقت، أو في عقد الإيجار حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مع ضمان الانتفاع خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر بدفع أجرة الإيجار وردها عند انتهاء مدة العقد.

[1] نص المادة 55 و 119 من القانون المدني الجزائري.

[2] جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص: 13.

يعد هذا التقابل هو الظاهرة الجوهرية في العقود الملزمة للجانبين، عكس العقود الملزمة لجانب واحد التي لا يسري عليها الفسخ فلا يكون من مصلحة المستفيد طلب الفسخ بل مصلحته تقتضي إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه[1].

ففكرة أساس النسخ تقوم على ارتباط الالتزامات، وهذه الفكرة أيدها الفقيه والدكتور عبد الرزاق سنهوري بقوله " أن فكرة الالتزامات أدق من فكرة السبب، ذلك أن انعدام السبب جزاءه البطلان كما هو معروف، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحد في الحالتين لكننا نرى أن في الحالة الأولى يبطل العقد وفي الثانية يفسخ[2] وهذا ما يجعل شرط العقود الملزمة للجانبين شرطا أساسيا وجوهريا في الفسخ بكل أنواعه وهو ما أكده المشرع الجزائري في المواد 119 ، 120 ، 121 123 من القانون المدني الجزائري والذي كرس فكرة وأساس تقابل الالتزامات بحيث إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته يمكن للطرف الآخر طلب الفسخ.

الفرع الثاني: عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط بصراحة في نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري، ما يعني أنه يجب أن يكون هناك إخلال من طرف أحد المتعاقدين بالتزاماته المترتبة عن العقد[3] فمتى وقع إخلال بالتزام في العقد أو عدم تنفيذ سواء كان انعدام كلي للتنفيذ أو جزئي أو تأخر في التنفيذ، كان من حق الدائن أن يطلب الفسخ، علما أن عدم التنفيذ يجب أن يرجع للمدين، فإذا كان عدم التنفيذ سبب خارجي، أي لا بد للمدين فيه مثل القوة القاهرة فإن الالتزام ينقضي ويعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون[4].

---

[1] الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف للنشر، الأسكندرية ، 1990، ص: 29.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، 1952 ص 242 .

[3] بلقاسم رازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2019-2020، ص: 24.

[4] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: 773

فيشترط أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى الدائن وقد يكون عدم التنفيذ كليا أي عدم تنفيذ الملتزم أو المتعاقد أو الدائن لأي من التزاماته وقد يكون جزئيا أي تنفيذ بعض التزاماته والامتناع عن تنفيذ ما بقي منها.

غير أنه إذا كان القدر المتبقي من الالتزام بسيطا مقارنة بالالتزام الكلي فإنه لا محل للفسخ، إذ تعد المطالبة به نوع من أنواع التعسف[1].

فعدم التنفيذ الذي يعتد به في مجال الفسخ القضائي هو عدم التنفيذ بسبب أحد المتعاقدين سواء نتيجة خطأه أو إهماله أو تقصيره أو حتى التأخر في تنفيذ التزاماته، وينصب عدم التنفيذ على الالتزامات الرئيسية أو الالتزامات التبعية على حد سواء[2].

وقد نصت المادة 107 من القانون المدني على أن " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " ما يعني أنه على المدين تنفيذ كل ما اشتمل عليه العقد وأن يكون التنفيذ بحسن نية، فلا يكون التنفيذ ناقصا أو معيبا، علما أنه لا يجوز للدائن أن يطلب الفسخ إذا كان هو السبب في عدم من تنفيذ المدين لالتزامه ما يعني أن عدم التنفيذ يسبب المدين يمنح الدائن الحق في التحلل من التزاماته العقدية والمطالبة بالفسخ.

ويجب أن يستمر هذا الإخلال بالالتزام قائما حتى صدور الحكم النهائي بالفسخ فإذا أزال الإخلال فلا محل هنا الفسخ، وغاية هذا أن يسارع المدين بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي بالفسيخ والله ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية

[1] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص:15.

[2] بلقاسم رازي، مرجع سابق، ص: 26.

أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عند التأخير في تنفيذ الالتزام[1].

وقد نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

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

لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها[2].

كما نصت المادة 151 من المرسوم 247/15 على أنه: " زيادة على الفسخ من جانب واحد، المنصوص عليه في المادة 149-150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.[3]

وهو نفس ما نصت عليه المادة 74 من القانون المصري المتعلق بالصفقات على أنه: " إذا أخل المقاول بأي شروط شرط من شروط العقد أو أغفل القيام بأحد التزاماته ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على العنوان المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجرائين التاليين، وفق لما تقتضيه المصلحة العامة:

أ- فسخ العقد.

---

[1] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص:17.

[2] المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 52، الصادر بتاريخ 28 جويلية 2002، ص: 16.

[3] المادة 151 من نفس المرسوم، نفس الصفحة.

ب- سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.[1]

ومن قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا المجال حكمها الصادر في 2 يناير 1965 (س10، ص 316) وبمقتضاه، اعترفت المحكمة للإدارة بالحق في فسخ العقد إذا أخطأ المتعاقد خطأ يستوجب هذا الجزاء.[2]

الفرع الثالث: أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى أصله

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري والتي حددت شروط الفسخ، غير أن القاعدة العامة تقضي بأن فسخ العقد يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد طبقا لما ورد في نص المادة 122 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

ويستخلص من هذا شرط وجوب توفر القدرة لدى طالب الفسيخ على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

فيجب على الدائن أن يكون قد نفذ التزامه أو على الأقل أن يكون مستعد لتنفيذه فمن غير المعقول أن يخل الدائن بالتزامه ثم يطالب المدين بتنفيذ التزامه[3].

فإذا كان قد تسلم شيئا بمقتضى العقد وباعه لآخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، باعتبار أنه غير قادر على أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من

---

[1] عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، جامعة منتوري ، قسنطينة ، كلية الحقوق، 2009، ص: 262.

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 773.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية ،ط1 ،القاهرة ، 1968، ص 557.

تعاقد معه، وبالتالي لا يستطيع إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل في هذه الحالة، ما يعني فقدان حقه في المطالبة بالفسخ، ولا يبقى أمامه إلا المطالبة بالتنفيذ[1].

فالنقطة الجوهرية هي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الدائن قد نفذه التزامه أو مستعدا على الأقل لتنفيذ التزامه.

وهذا الشرط لم يرد في نص المادة 119 من القانون المدني، ولكنه يستخلص من الآثار القانونية التي يرتبها فسخ العقد طبقا لما ورد في نص المادة 122[2] وتحقق شروط الفسخ لا يؤدي بحد ذاته إلى الفسخ، وإنما يؤدي إلى اكتساب الدائن أو المتعاقد الحق في طلب الفسخ من القضاء[3].

المطلب الثالث: حالات الفسخ

وهي تلك الأسباب التي يحكم من أجلها القضاء بالفسخ، وقد أجمع الفقهاء إلى أن حالات الفسخ تعود لثلاثة أسباب، فيما أن للقاضي السلطة في الحكم بالفسخ من عدمه يعني أن هناك حالات محددة للفسخ القضائي، وتتمثل هذه الحالات في:

1-الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.

2- الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية.

3-الفسخ كموازن لحق الإدارة في التعديل.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 557.

[2] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص: 19.

[3] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 769.

الفرع الأول: حالة القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة ذلك الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة[1]، واستحالة التنفيذ إما تكون استحالة فعلية أو استحالة قانونية[2].

من المسلم به في القانون المدني الجزائري، أن القوة القاهرة والسبب الأجنبي بصفة عامة يؤديان إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه، وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد، فإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي في أن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه[3].

والقوة القاهرة كما هو معروف هي الحادث الخارج عن إرادة المتعاقدين حيث لا يمكن دفعه ويؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، ما يجعل القوة قاهرة سبب من الأسباب القانونية لانقضاء الالتزامات، فعكس الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقا بينما القوة القاهرة تجعل التنفيذ مستحيلا وتتميز القوة القاهرة بإعفاء المتعاقد من التنفيذ، بينما تبقى التزاماته قائمة في حالة الظروف الطارئة التي تكون مؤقتة ويمكن تعديل شروط تنفيذ العقد فيها بما يتماشى مع الظروف الجديدة.[4]

لا يمكن أن يستند المتعاقد على الظروف الطارئة ليتحرر من التزاماته، بل كل ما من حقوق يقتصر على المطالبة بالتعويض لأن التنفيذ في هذه الحالة يكون مرهقا، أما القوة القاهرة فإنها تحول المتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائيا بما أن التنفيذ في هذه الحالة يصبح مستحيلا[5]، ومنه يصبح مستحيلا ومنه نستنتج شروط تطبيق القوة القاهرة

---

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 769.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص487

[3] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 724

[4] عليوات ياقوتة ، مرجع سابق ، ص: 264.

[5] محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص: 771.

ولتطبيق نظرية القوة القاهرة والاستفادة من أحكامها يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي.
- يجب ظهور دور القوة القاهرة خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ويجب أن تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد.
- أن تكون الواقعة أو الحادث غير متوقع وقت إبرام العقد ولا مكن توقعه أو دفعه.[1]

ولا يمكن للإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، ولا أن توقع عليه عقوبات أو غرامات أو أي من الجزاءات خاصة غرامات التأخير في حالة التأخر عن التنفيذ[2].

الفرع الثاني: الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية

تمتلك الإدارة سلطات واسعة في توقيع الجزاءات على المتعاقد لإجباره على تنفيذ الالتزامات، وتعد هذه السلطة من أشد وأخطر السلطات المخولة للإدارة والتي تلجأ إليها في حالة الإخلال الجسيم بالالتزامات وقد يترتب عن هذه الجزاءات ضرر كبير للمتعاقد قد لا تتلاءم مع مخالفته أو إخلاله بالتزامه.

وبما أن المتعاقد لا يستطيع فسخ العقد من جانبه، إلا أن المشرع مكن المتعاقد من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ والقضاء لا يحكم بالفسخ إلا إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيما، وإذا حكم القاضي بالفسخ فإن أثر الفسخ يرتد إلى يوم يافع الدعوى، ويكون هذا الفسخ من مسؤولية الإدارة.[3]

---

[1] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 265.

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق ، ص: 769.

[3] محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص: 772.

فإذا بلغت الجزاءات الموقعة على المتعاقد من طرف الإدارة حدا من الجسامة أو سببت ضررا للمتعاقد معها، يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الأضرار التي تسببها الجزاءات التي توقعها الإدارة[1].

والغاية من هذا هو حماية حقوق المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها خاصة وأن المتعاقد لا يمكنه فسخ العقد من جانبه عكس الإدارة التي يمكنها فسخ العقد من جانب واحد، أي من جانبها خاصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا يترك للمتعاقد سبيلا واحدا ألا وهو الالتجاء إلى القضاء.

أما بالنسبة إلى الإدارة والتي يمكنها فسخ العقد من جانبها بقرار إداري دون اللجوء إلى القضاء ويكون ذلك استنادا إلى مقتضيات المصلحة العامة أو استنادا إلى خطأ المتعاقد إلا أنها يمكنها أن تتنازل عن حقها في فسخ العقد وتسلك سبل التقاضي كالمتعاقد الآخر، حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض[2] وإثبات أن فسخ العقد كان لخطأ المتعاقد رغم أنه للجهة الإدارية في هذه الحالة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد محل العمل من منشآت مؤقتة ومباني وآلات ومواد وغير ذلك دون دفع أجر عنها أو أن تكون مسئولة عما يصيبها من تلف أو نقص، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا، بل اكتفى بفسخ الصفقة والمطالبة بالتعويض[3].

الفرع الثالث: الفسخ كموازن لحق الإدارة في التعديل

من السلطات التي تملكها الإدارة كسلطة عامة سلطة تعديل العقد وتعديل شروطه شرط ألا تتجاوز تلك السلطة حدود المعنية، فسلطة الإدارة في تعديل العقد أو شروطه ليست بالسلطة المطلقة، بل تخضع لرقابة قاضي العقد.

---

[1] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 260.

[2] محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص: 272 – 773.

[3] عليوات ياقوتة، المرجع نفسه، ص: 262.

فلا يمكن للإدارة أن تعدل في العقد للحد الذي يصل إلى تغيير موضوع العقد الأصلي وإنشاء عقد جديد ما كان ليقبله المتعاقد عنده إبرام العقد، ولا يمكن أن تتجاوز حدود سلطتها بما يقلب اقتصاديات العقد والإخلال بالتوازن المالي.

فإذا تجاوز التعديل تلك الحدود وتخطت الإدارة حد سلطتها، يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب[1].

وإذا حكم القاضي بالفسخ، فإن أثر الفسخ يرتد إلى تاريخ رفع الدعوى ويصحب هذا النوع من الفسخ تعويض باستمرار، استنادا إلى أساس التعويض وهو ما يلحق المتعاقد من أضرار وما يفوته من كسب لأن الفسخ في هذه الحالة يعود إلى تصرف الإدارة.[2]

فالإدارة ملزمة بتنفيذ التزاماتها أيضا تجاه المتعاقد وتنفيذ كل شروط العقد ولا يمكنها أن تحول بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته ولا أن تتخذ إجراءات من شأنها أن تضر بالمتعاقد وأي تصرف من جانبها يؤدي انحرافها يعرضها للفسخ والتعويض خاصة إذا تجاوزت حدها في تعديل العقد[3].

وهذا يجعل النسخ القضائي للعقد لموازن كحق الإدارة في التعديل، إضافة إلى حماية حقوق المتعاقد كما نصت عليه المادة 157 من الدستور " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية.

المطلب الرابع: الأساس القانوني للفسخ

تحوز الإدارة على سلطات واسعة وامتيازات تجعلها منفردة كطرف في التعاقد ما يجعل العقد الإداري يتميز أيضا عن باقي العقود بعدة خصائص لا تتواجد في باقي العقود، وتتمثل أهم هذه الامتيازات في إنهاء الإدارة للعقد بإرادتها المنفردة، وقد تناول الفقهاء هذه الجزئية

---

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 774.

[2] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 263.

[3] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ،ص ص 524-525

لإبراز الأساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ، فذهب اتجاه أول إلى أن الأساس القانوني للفسخ يقوم على فكرة الصالح العام، في حين يرى اتجاه ثان أن هذا الفسخ يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام بينما يرى اتجاه ثالث أن هذه الفكرة تقوم على أساس مزدوج بين الأساسين السابقين.[1]

الفرع الأول: أساس الصالح العام

ذهب الفقهاء أصحاب هذا الاتجاه إلى أن أساس فسخ العقد أو إنهائه يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل بالمرفق العام وانتظامه، فقد يظهر بعد التعاقد أن المرفق العام لم يعد في حاجة إلى هذا العقد فيكون من المصلحة العامة إنهاء العقد الإداري،[2] ومن الفقهاء الذين ذهبوا بهذا الرأي الفقيه الفرنسي (PEQUIGNOT) الذي يرى أن "للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة[3]، ويرى الأستاذ (بينوا) أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري تستند إلى مصلحة المرفق العام التي تقضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع احتياجات المرفق العام أو التي أصبحت تشكل عبئا ثقيلا[4]، في حين يرى الفقيه الدكتور سليمان للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة المنشودة.[5]

---

[1] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 228.

[2] محمود سلامة محمود الهايشة، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة وأنواع الفسخ وشروطه وأوجه الشبه بين فسخ العقد وسحب العمل للإخلال الجسيم وصورة سلطة القضاء في الحكم بالفسخ2020/05/03، نظر2023/05/03 14:20 https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

[3] مقتبس عن مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003، ص: 131.

[4] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/05/05 19:12.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

[5] محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص:188.

وهو ما أيده الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب بقوله أن للإدارة أن تنهي العقد أثناء فترة سريانه أو قبل انتهائها بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ يستدعي ذلك، كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الإنهاء من وجهة نظر الإدارة.[1]

فعلى هذا الأساس يمكن للإدارة أن تنهي العقد وتفسخه من جانبها كلما رأت أن هذا الفسخ هو للصالح العام وتحقيق المنفعة العامة، إلا أن جانب من الفقه استندوا على أساس قانوني آخر، ويتمثل هذا الأساس في فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام.

الفرع الثاني: أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام

يقوم هذا الأساس على فكرة وسائل وامتيازات الإدارة غير المألوفة في القانون الخاص باعتبارها سلطة عامة تراعي دائما المصلحة العامة وترجحها على مصلحة الأفراد الخاصة، ومن ضمن هذه الامتيازات سلطة إنهاء العقود بالإرادة المنفردة[2].

ومن بين أنصار هذه الفكرة العميد (فيدل) الذي يرى أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، زأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق.[3]

ويؤيده في هذا الرأي الدكتور أحمد عثمان عياد الذي يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر ممن قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو

---

[1] محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص: 534.

[2] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/05/10 00:15 .
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013، ص: 69.

مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها.[1]

وبالنظر إلى الاتجاهين السابقين فإن هناك اتجاها ثالثا جمع بين الأساسين في وقت واحد، فهذا الأساس المزدوج يستند إلى فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة وفكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام.

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد أو فسخه ما هو إلا أساس الجمع بين الفكرتين ومن الفقهاء الذين ذهبوا بهذا الرأي الفقيه (أندريه دي لوبادير) والفقيه (تيرينيه) اللذان يريان أن للإدارة أن تنهي من جانب واحد العقود التي تكون هي طرفا فيها ولو لم يجز لها ذلك أي شرط تعاقدي وذلك بحكم سلطته في المصلحة العامة.[2]

وهذا يجعل الفسخ القضائي للعقد كموازن لحق الإدارة إضافة إلى حماية حقوق المتعاقد كما نصت عليه المادة 157 من الدستور "تحمي السلطة القضائي المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية.

المبحث الثاني: تمييز الفسخ القضائي عن أوضاع مشابهة

تعدد الأنظمة القانونية التي تهدف بطرق مختلفة إلى تحقيق نفس الغاية التي حققها الفسخ وهي حماية القوة الملزمة للعقد، وبما أن الفسخ ليس هو السبيل لوحيد لإنهاء الرابطة التعاقدية، وجب استعراض بعض هذه الأنظمة لمعرفة الفروقات بين الفسخ وما يشابهه.

---

[1] أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص: 266.

[2] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/05/12 12:15 .
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

المطلب الأول: تمييز الفسخ عن الاسقاط

تم استخدام هذا المصطلح الأول مرة في فرنسا من قبل مفوض الدولة "روميو" في قضية " دبلانك"، كما استعمله مجلس الدولة الفرنسي في 12 أبريل 1935 في قضية شركة Pourel للتوريدات الكهربائية [1]، فخص مجلس الدولة مصطلح إسقاط الالتزام فيما يخص عقود الامتياز فيما استعمل مصطلح الفسخ في العقود الأخرى، فعقود الامتياز تتضمن شروطا مفصلة بين الحالات التي يكون للإدارة فيها حق فسخ عقود الامتياز كعقوبة ، والإدارة تملك حق توقيع هذا الجزاء حتى ولو لم ينص عليه في العقد، غير أن إدراج هذا النص في العقد توقيع جزاء الفسخ بنفسها دون حاجة للالتجاء إلى القضاء [2].

وباستثناء احتفاظ الإدارة لنفسها بحق الفسخ، فإن الإسقاط يتطلب أن يحكم به القاضي المختص، وهذا عكس الفسخ الذي يتم به وضع حد للعقود الإدارية كافة بقرار من الإدارة.

يرى بلندو أن الإسقاط جزاء تعاقدي بحث لا يعرض إلا إذا نص عليه في العقد فإذا لم ينص عليه في العقد كان الجزاء هو الفسيخ بسبب خطأ المتعاقد وانتقد الفقيه "جيز" ما جاء به " بلندو" قائلا أنه من الخطأ إجراء تمييز بين الفسخ والإسقاط إذ كلاهما يستهدفان إبعاد الملتزم عن المرفق العام وأن الاختلاف بينهما هو اختلاف في التعبير ليس إلا[3].

فالإسقاط جزاء خطير نظرا لما يتحمله الملتزم من نفقات باهظة ومبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق العام وتجهيزه وتهيئته لأداء الخدمة المنوطة به، فذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى فرض قيود شديدة على سلطة الإدارة قبل اتخاذها الجزاء لإسقاط، وتتمثل هذه القيود في:

---

[1] سحر جبار يعقوب، معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة نظر2023/05/03 14:20 (almerja.net) نظر2023/04/03 16:20

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 545 – 546.

[3] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/05/25 21:12.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

أولا: يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة (une faute trés grave)

وهو الخطأ الذي لا تجدي في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الإدارة، ومن أمثلة هذا الخطأ الجسيم الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو عجزه عن تسيير المرفق العام أو أداء الخدمات المطلوبة، كذلك وقف استغلال المرفق أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة وعدم احترام الملتزم لأوامر الإدارة المتعلقة بإدارة المرفق العام، إضافة إلى عدم وفائه بالتزاماته المالية أو التزاماته التعاقدية.[1]

فيجب أن يكون خطأ الملتزم قد بلغ درجة كبيرة من الجسامة للحد الذي قد يؤثر على سير المرفق العام أو إلى حد مخالفة التنظيمات واللوائح أو الإخلال بالتزاماته إخلالا بليغا ما يجعل الإدارة تلجأ إلى الإسقاط بعد أن تستوفي كل الجزاءات في مواجهة الملتزم.

وقد أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 3 مارس 1957 حيث تقول : « ... وإذا كان سحب الالتزام ... يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانبه الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام أو أداء الخدمات المطلوبة.[2]

ومن الأمثلة التي تمثل خطأ جسيما أيضا هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة للمتعاقد من قبل الإدارة، وترك موقع العمل وإيقاف تنفيذه، ويدخل ضمن ذلك أيضا عدم مراعاة مواعيد تسليم الأعمال أو توريد

---

[1] سحر جبار يعقوب، معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة نظر2023/05/03 14:20 (almerja.net) نظر2023/04/03 16:20

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 548.

الأصناف المتفق عليها إضافة إلى إهمال المتعاقد للأعمال والتنازل عن العقد والتجاء المتعاهد إلى الغش أو وقف التوريد.[1]

فالفرق الجوهري بين الإسقاط والفسخ هو أن الإسقاط يكون عن طريق القضاء رغم أن الإدارة يمكنها أن تحتفظ بهذا الحق لنفسها، لكن نظرا الخطورة الوضع بما أن الأمر يتعلق بالمرفق العام والامتياز فالإسقاط يتم من طرق القضاء أي يحكم به القاضي الذي يمكنه حتى أن يرفض الحكم بإسقاط الالتزام. فمجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام حتى وإن ثبت خطأ الملتزم، خاصة إذا كان الخطأ لا يتلائم مع قسوة الجزاء، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه أن الخطأ الذي يستوجب حكم الإسقاط لا يبرر فسخ العقد، بل يكتفي بوضع المرفق تحت الحراسة.[2]

وفي حالة وجود نص صريح في العقد يسمح للإدارة في توقيع جزاء الإسقاط بنفسها فإن للقاضي السلطة التقديرية في مراقبة مدى ملائمة جزاء الإسقاط لجسامة المخالفة إذا تقدم المتعاقد بالطعن في قرار الإسقاط [3].

ثانيا: إعذار الملتزم:

يعد الإعذار إثبات قانوني وتنبيه للملتزم بخطئه أو إلى مخالفة التزاماته، وقد نصت عديد المواد في القانون المدني الجزائري بضرورة الإعذار ما يجعله يرقى إلى حق للمدين أو المتعاقد وعلى غرار القانون المدني الجزائري، فقد نصت عديد التشريعات على هذا الشرط وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على شرط الإعذار أيضا، فمجلس الدولة

---

[1] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/05/25 21:12.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 547.

[3] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/06/01 19:12.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0

الفرنسي يجعل الإعذار شرطا أساسيا للحكم بالفسخ حتى لو خلا العقد من النص عليه، ولا تتحرر الإدارة منه إلا بشرط صريح، أو إذا أثبت أن الإعذار لا فائدة منه[1].

وهو ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بأن " 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 للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".[2]

ونصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري.[3]

ونصت عليه أيضا المادة 120 من القانون المدني الجزائري التي تحدثت عن فسخ العقد بحكم القانون، أو الفسخ الاتفاقي وجعلت الإعذار شرطا واجبا.[4]

وهذا ما يجعل الإعذار شرطا لابد منه في حالات الإسقاط إلا إذا ورد نص صريح في العقد يفضي بخلاف ذلك.

وما يتميز به الإسقاط عن الفسخ في العقود الأخرى أن القاضي هو من يتعين عليه أن يحكم بالفسخ [5]، أي أن الإسقاط يستوجب حكما قضائيا يعود الأمر فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي، إضافة إلى أن الإسقاط يمس عقود الامتياز دون غيرها من العقود.

المطلب الثاني: تمييز الفسخ عن الالغاء

تتميز العقود الإدارية بصفة عامة عن توسع سلطات الإدارة لسمو مركزها القانوني وكطرف ثاني في العقد أجاز لها الفقه والقضاء وحتى التشريع سلطات وامتيازات خاصة في العقود

---

[1] محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص: 548.

[2] المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

[3] المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[4] المادة 120 من القانون المدني الجزائري.

[5] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: 549.

فيمكنها وضع شروط استثنائية وغير مألوفة إضافة إلى سلطتها في تعديل شروط العقد ولعل أهم امتياز لإدارة في مجال العقود هو انهاء العقد من جانبها دون الرجوع إلى الطرف الآخر وكل هذا يأتي عكس العقود المدينة فالإدارة تملك سلطة تقديرية في الغاء العقد من جانبها ودون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد شرط أن يكون هذا الإلغاء من مقتضيات المصلحة العامة وهو ما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث تقول : للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما تقتضيه المصلحة العامة ولا يكون للطرف الآخر حينئذ إلا المطالبة بالتعويضات[1].

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد أشار في قضية De Methale: " أنه لا يجوز إعمال فكرة الفسخ الجزائي المنصوص عليه لعدم وجود خطأ جسيم من المتعاقد ولكن يجوز للإدارة إعمالا لسلطتها العامة إنهاء تنفيذ العقد مقابل تعويض مناسب[2]

فإذا اقتضت المصلحة العامة انهاء العقد يمكن للإدارة إنهائه من جانبها حتى وإن لم يرتكب المتعاقد أي خطأ، ولا يمكن للمتعاقد إلا أن يطلب تعويضا جراء إنهاء الإدارة للعقد و أساس هذه السلطة هو المصلحة العامة وهو ما إتفق عليه الفقهاء.

فالفسخ والإلغاء كلاهما حل للرابطة التعاقدية، ورغم تشابههما في هذه الجزئية إلا أنهما يختلفان في عديد الجزئيات، وتتجلى أهم الاختلافات بين الفسخ الإلغاء في السبب.

فالإلغاء يكون من جانب الإدارة دون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك وللإدارة دائما سلطة انهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه[3] ، عكس الفسخ الذي يكون بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزامه أو لإحدى الحالات التي شرحناها سابقا.

---

[1] محمود سلامة محمود الهايشة، مرجع سابق 2023/06/02 10:30.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0.

[2] محمود سلامة محمود الهايشة المرجع نفسه 2023/06/02 10:30.
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0؟

[3] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص229

ويختلف الفسخ عن الالغاء أيضا من حيث النطاق، فنطاق الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين، أما الإلغاء فيطبق على كافة العقود سواء كانت ملزمة لجانبين أم لجانب واحد[1]، فنطاق الالغاء أوسع من نطاق الفسخ باعتبار ان الالغاء يمس كافة العقود حتى العقود الإدارية وإن كانت ملزمة لجانب واحد.

كما يختلفان أيضا من حيث السلطة المخولة للقاضي، ففي مجال الفسخ يمتلك القاضي سلطة واسعة من حيث الحكم بالفسخ أو أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ وهذا، استنادا إلى نص المادة 119 من ق. م. ج[2] . أما في مجال الالغاء فسلطة القاضي محدودة، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة ولكنه لا يملك التصدي لبحث مدى ملائمة انهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء [3]ويبقى حق المتعاقد في التعويض قائما نتيجة إنهاء العقد أو الغائه.

من حيث الحكم:

الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي، أما الإلغاء يكون عن طريق الإدارة بدون اللجوء إلى القضاء، فيكفيها أن تصدر قرار الالغاء بإرادتها المنفردة ومن جانبها دون الرجوع إلى المتعاقد أو اللجوء إلى القضاء، شرط أن يكون الالغاء لدواعي المصلحة العامة وأن يكون مشروعا

من حيث الأثر:

يترتب عن الفسخ حل العقد بأثر رجعي وإعادة المتعاقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما ما يترتب عن الغاء العقد فهو فناؤه من الوجود.

---

[1] مليكة مراد، الغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجيستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة ،بومرداس، 2010، ص40

[2] نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري

[3] محمد سليمان الطماوي المرجع نفسه من 781

المطلب الثالث: تمييز الفسخ عن البطلان

كي ينشأ العقد صحيحا يجب أن يتوفر على كل الشروط التي أوردها المشرع والتي نصت عليها مواد القانون المدني الجزائري من المادة 99 إلى المادة إلى المادة 105 وتوفر هذه الشروط والأركان كلها هو ما يجعل العقد ينشأ صحيحا، وتخلف أحد هذه الأركان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.

فالبطلان هو الجزاء الذي يترتب على تخلف أحد أركان العقد أو تخلف شرط من شروط صحته كأن يكون أحد المتعاقدين ناقصا للأهلية[1]، ومن هذا يظهر لنا أول اختلاف بين الفسخ والبطلان، فيرجع الأول إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه سواء رجع ذلك إلى المدين نفسه أو إلى سبب أجنبي أما البطلان فلا يقع بسبب عدم التنفيذ وإنما إلى تخلف أحد أركان العقد.

فرغم أنهما يتشاركان في أن كلاهما يزيل الرابطة التعاقدية، إلا أنهما يختلفان من حيث السبب.

ويختلف الفسخ عن البطلان في كون الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانين، فهو ينشأ صحيحا في جميع جوانبه وتترتب عليه كل الآثار القانونية، عكس البطلان الذي يقع على تلك العقود التي لم تنشأ صحيحة فالبطلان يترتب على العقود من نشأتها وإبرامها إذا لم تبرم مستوفية لكل أركانها وشروطها ما يجعل الفسخ يقع على العقود بعد تكوينها أي لاحقا لإبرام العقود، أما البطلان يقع على العقد لحظة تكوينه أي بصفة آنية.

[1] بلقاسم رازي، مرجع سابق، ص: 14.

ومن أبرز أوجه الاختلاف بين الفسخ والبطلان يكون من حيث النطاق فمجال تطبيق البطلان أوسع من مجال تطبيق الفسخ كون مجال البطلان يرد على العقود بجميع أنواعها سواء كان عقد ملزما لجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد.[1]

كما يختلفان أيضا من حيث السلطة التقديرية للقاضي، فالفسخ يكون بحكم قضائي وللقاضي أن يحكم بالفسخ كما له السلطة التقديرية أن يرفض الفسخ وهو ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري، فالقاضي يمكنه أن يحكم بالفسخ متى توفرت شروط أو حالات الفسخ، كما له أن يمنح المدين مهلة حسب الظروف أو أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات وهذا يبين مدى توسع السلطة التقديرية للقاضي في مجال الفسخ، أما في البطلان فلا يملك القاضي سلطة تقديرية بل يحكم بالفسخ متى توفرت شروطه القانونية.

المطلب الرابع: تمييز الفسخ عن الانفساخ

تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري على الانفساخ حيث جاء فيها:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

فالانفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي.

ومن هنا يظهر أول اختلاف أو فرق بين الفسخ والانفساخ، فرغم تشابههما الاصطلاحي إلا أنهما يختلفان من حيث السبب، فالفسخ هو حل الرابطة التعاقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه رغم قيام العقد صحيحا مستوفيا جميع شروطه وأركانه، بينما الانفساخ هو حل وزوال الرابطة التعاقدية بفعل سبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث فجائي.[2]

---

[1] بن زهرة لامياء، آثار بطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص: 10.

[2] بوكرزارة أحمد، الإبطال والفسخ، دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، عدد 3، ديسمبر 2021، ص:538.

فسبب الفسخ يعود لعدم التنفيذ من أحد المتعاقدين في حين أن سبب الانفساخ يعود لسبب أجنبي لابد للمتعاقدين فيه بحيث يصبح التنفيذ مستحيلا والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا دفعها، فإذا كانت الاستحالة من تنفيذ المدين فلا تطبق أحكام المادة 121 لأن القصد من هذه المادة هو السبب الأجنبي فقط.

فحتى نكون أمام الانفساخ يجب توافر شروط معينة تختلف عن شروط الفسخ ويمكن تعدادها كما يلي:

1-أن يكون تنفيذ الالتزام قد صار مستحيلا، فإذا كان تنفيذه مرهقا فقط تطبق نظرية الظروف الطارئة.

2-أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا كان عدم التنفيذ بخطأ المدين كان مسؤولا عن التعويض.

3-أن يثبت المدين هذين الأمرين، أي أن عبئ إثبات الاستحالة والسبب الأجنبي يقع على عاتق المدين.[1]

كما يجب أن تكون الاستحالة التي أدت إلى عدم التنفيذ قد نشأت بعد إتمام إبرام العقد، فإن نشأت قبل إبرامه فإننا لا نكون أمام انفساخ، إذ لا يكون هناك وجود للعقد إطلاقا، فالاستحالة يجب أن تكون شاملة وإذا كانت عبارة عن إرهاق فإنها لا تؤثر على باقي العقد ما يجعل العقد يبقى قائما وللدائن في هذه الحالة أن يطالب بفسخ العقد استنادا على نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري .

ومن الاختلافات بين الفسخ والانفساخ هو سلطة القاضي، ففي حالة الانفساخ لا يجب أن تتجاوز سلطته التحقق من وقوع الاستحالة من عدمها، فدور القاضي في مجال الانفساخ

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: 108.

محدود للغاية وذلك لأن الانفساخ لا يحتاج إلى صدور حكم قضائي، ولا إلى منح مهلة للمدين والحكم الذي يصدر في حالة الانفساخ يقرر الفسخ ولا ينشئه.

ولا يمكن للدائن أن يتمسك بالتنفيذ في حالة الانفساخ، عكس الفسخ، فإن تحققت استحالة تنفيذ الالتزام، تنقضي الالتزامات المقابلة أيضا وتحل الرابطة العقدية بقوة القانون.[1]

ويختلف الفسخ عن الانفساخ أيضا من حيث الإعذار، فالإعذار في الفسخ لابد منه كما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري غير أنه لا محل في مجال الانفساخ إلى قيام الدائن بإتخاذ إجراء الإعذار، ويعود هذا الإعفاء إلى أن التنفيذ لم يعد ممكنا وبالتالي تنتفي الحكمة من مطالبة الدائن به.

يترتب عن فسخ العقد تعويضا خاصة إذا كان عدم التنفيذ يرجع للمدين وقد يتضرر الدائن في مجال الانفساخ أيضا، لكن ليس له الحق في المطالبة بالتعويض، لأن السبب الذي أدى إلى عدم التنفيذ لا يرجع إلى تقصير المدين فيما يمكنه الحصول على التعويض في مجال الفسخ إذا كان هناك مقتضى لذلك.

ويتبين لنا في الأخير أن الفسخ يختلف عن الإنفساخ من حيث السبب ومن حيث سلطة القاضي ومن حيث الاعذار ومن حيث التعويض

[1] بوكرزارة أحمد، مرجع سابق، ص: 547.

الفصل الثاني:

دور القضاء الإداري في فسخ العقود الإدارية

تمت الاشارة في الفصل الأول أن الفسخ عن طريق القضاء يعد الجزاء الأخير سواء للمتعاقد مع الإدارة أو الإدارة نفسها.

حيث يتمتع القاضي الإداري بصلاحيات وسلطات عديدة لضمان حل النزاع المتمثل في تنفيذ العقد أو نسخه دون تداخل بين سلطات القضاء وسلطات الإدارة، ويدخل هذا في إطار مبدأ الفصل بين السلطات.

سيوضح دور القضاء والقاضي في فسخ العقود الإدارية من خلال مبحثين، حيث يتناول المبحث الأول سلطات القاضي الإداري من حيث توجيه أوامر الإدارة وإمكانية تعديل شروط العقد وتحديد التعويض إضافة إلى رقابة القضاء على أعمال الإدارة، فيما يتناول المبحث الثاني إجراءات الفسخ القضائي أي دعوى فسخ العقود الإدارية

المبحث الأول: نطاق سلطة ورقابة القضاء:

يعد القضاء الضمانة الأساسية في حماية حقوق الأفراد و لهذا يلعب القضاء دورا مهما في الرقابة على أعمال الإدارة خاصة تلك التي تتضمن العقود الإدارية و تنفيذها و يعود هذا للسلطات الواسعة التي تملكها الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية فيتدخل القضاء لضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة و لضمان عدم تعسف الإدارة في إستعمال سلطتها

وعليه سأوضح دور القاضي في مواجهة الإدارة من حيث توجيه الأوامر و سلطته في التعويض إضافة إلى رقابته على أعمال الإدارة

المطلب الأول: سلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة

الأصل هو أن القاضي الإداري لا يستطيع توجيه أوامر الإدارة أو أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها [1]، وما هذا إلا عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، غير أن هذه الجزئية مرت بعديد التطورات خاصة في فرنسا والدول التي سارت على نهجها، وحتى في إنجلترا جيت يوجد نظام القضاء الموحد والذي يعطي القاضي السلطات ذاتها التي يملكها في جميع الخصومات سواء كانت الإدارة طرفا فيها أم لم تكن[2] .

فبعد ما كان معروفا في القضاء التقليدي الفرنسي أنه لا يمكن للقاضي أن يتدخل في سير المرفق العام أو فرض تهديدات مالية[3] باعتبار أن الادارة تمتلك هاته السلطات مسبقا لكن قد يختلف الأمر حين لا تجدي هاته السلطات نفعا بعد استنفاد كل طرق الإكراه المعروفة، فهنا يستطيع القاضي إصدار أوامر بالالتزام بالقيام بعمل تحت طائلة العقوبة [4].

---

[1] محمد سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، ط 1، دار الفكر العربي، ص 574

[2] محمد محمد بدران، القانون الانجليزي، **دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة 1989 ص 190 .

[3] محمد سليمان الطماوي، نفس المرجع ، ص 574

[4] علي يونس اسماعيل، **كلية القانون والعلوم السياسية** ، جامعة دهوك ، العراق، مجلة العلوم القانونية – جامعة بغداد / العدد الثاني 2020 ص 248

ويأتي تدخل القاضي في هذا المجال بصفة غير مباشرة أحيانا، فإذا لم يوف المدين بالتزاماته يمكن للدائن المطالبة بالتعويض عن ذلك ، أي التنفيذ بمقابل أي أن القاضي يلزم المتعاقد بتنفيذ ما جاء في العقد[1]، ومن ضمن صور التدخل الغير مباشر للقاضي نجد أيضا أن من مهام القاضي تفسير العقد، ففي بعض المرات يكون عدم تنفيذ العقد راجع إلى غموض في بنود أو إجراءات العقد، الأمر الذي ينتج عنه عدم التنفيذ السليم للعقد أو التأخر في التنفيذ، وهذا قد يؤدي إلى نزاع، فهنا يأتي دور القاضي لتفسير العقد، أي يبحث عن المقصود أو الإرادة المشتركة لطرفي العقد طبقا لسلطته التقديرية ووقائع العقد، ولا يمكنه الخروج عن مجال التفسير، وهذ عملا بالقاعدة التي تقتضي بأن لا يحكم القاضي بأكثر مما يطلبه الخصوم، ومنه نستنتج أن التدخل الغير المباشر للقاضي يكون من خلال دعوى المسؤولية التعاقدية ، أو دعوى تفسير العقد حيث لا يمكن للقاضي إلغاء إجراء من إجراءات تنفيذ العقد أو الغاء إجراءات اتخذتها الإدارة من المتعاقد معها.

وقد يتجاوز القاضي هذا المجال ويتدخل بصفة مباشرة تكون على صورة توجيه أوامر للإدارة أو المتعاقد معها، ففي بعض الأحيان لا تستطيع الإدارة إرغام المتعاقد على العقد خاصة بعد استنفاذ كل وسائل الإكراه والجزاءات الضاغطة وحتى المالية فهنا تتجه الإدارة للقضاء من أجل الزام المتعاقد بتنفيذ ما جاء في العقد، أي التنفيذ الجبري، مما يعني أنه يمكن للقاضي أن يحكم على المتعاقد بتنفيذ التزام القيام بعمل (Obligation de faire)

ومن أمثلة ذلك إصلاح الخسارة الكلية أو الجزئية الناجمة عن عيوب البناء في المنشآت أو الأمر الصادر بالقيام ببعض الأعمال من أجل ازالة بعض الأضرار، ويرى الدكتور "علي يونس إسماعيل" بهذا الشأن أن التعويض العيني أفضل من التعويض النقدي لأنه يؤدي إلى

[1] على يونس اسماعيل، مرجع سابق، ص 244

محو الضرر وإزالته بدلا من بقائه على حاله وهذه الحالة تخدم مبدأ سير المرفق العام بانتظام [1]

وسلطات القاضي لا تقتصر على توجيه أوامر للمتعاقد فقط، بل يملك القاضي أيضا سلطة على توجيه أوامر للإدارة خاصة في ظل القانون الجديد قانون 09/08 حيث تم ادراج مواد تجيز للقاضي توجيه أوامر للإدارة، ويتمثل هذا في نص المادة 208، ف1 أين يمكن للقاضي أن يدرج في حكمه أمرا يتضمن إلزام الإدارة بإجراء تنفيذي محدد، على أن يكون هذا الإجراء متفرعا أو ملحقا لحكم القضائي.

ومثال هذا أن يحكم القاضي بإلغاء قرار فصل موظف، ثم يأمر الإدارة بإعادة هذا الموظف إلى عمله، فنلاحظ أن أمر اعادة الموظف الى عمله متفرع عن الحكم الرئيسي وهو إلغاء قرار فصله من الأساس، ويستطيع القاضي أيضا ضمن هذا الحيز أن يحدد الفترة الزمنية التي يجب أن يتقد فيها هذا الإجراء.

ومن ضمن الأوامر التي يستطيع القاضي أن يوجهها أيضا للإدارة في ظل القانون الجديد توجيه أمر إلى الإدارة في سبيل اتخاذ قرار جديد لكن بعد تحقيق جديد، أي أن القاضي يأمر الإدارة بضرورة اتخاذ قرار آخر غير القرار الأول الذي حكم فيه القاضي وذلك بإجراء تحقيق جديد[2] .

فالقاضي هنا لا يأمر الإدارة بعمل محدد أو ما الواجب فعله أو عدم فعله، ومن واجب الإدارة أن تتدارك عدم مشروعية القرار الملغي فمن الطبيعي أن الإدارة ستدرك أن القرار الأول ملغي لسبب ما، ما يستوجب اتخاذ اجراء وقرارات جديدة ضمن فترة زمنية يحددها القاضي.

---

[1] على يونس إسماعيل ،المرجع السابق ،ص 249 – 250

[2] مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلة 20، العدد الثاني – 2004 ص ص 216– 217

ومما يؤكد توسع سلطات القاضي في توجيه أوامر للإدارة أيضا بالسماح بقبول دعوى يطلب فيها المتعاقد مع الإدارة استعادة الوضع السابق للعقد بشكل مباشر، أي قبل تعديل الإدارة للعقد من جانبها، وحكمت المحكمة الإدارية بمدينة (LILLE) الفرنسية بإلغاء التعديلات التي أجرتها الإدارة مع تعليق تنفيذ الحكم لحين تفاوض الطرفين بشأن هذه التعديلات[1].

ومن سلطات القاضي الإداري أيضا تجاه الإدارة إلغاء القرارات الغير مشروعة والصادرة من الادارة بمناسبة تنفيذ العقد [2]، فقرارات الإدارة تخضع بطبيعة الحال إلى رقابة القاضي الإداري تحت مبدأ المشروعية وهذا ضمانا لعدم تعسفها أو حتى التحرر من التزاماتها تجاه المتعاقد معها، فالإدارة أيضا مجبرة على تنفيذ جانبها من العقد تفاديا للمسؤولية التعاقدية

أما في الجزائر ، فنقطة التحول المفصلية في مجال توجيه أوامر للإدارة كان تعديل سنة 2008 ، فقبل صدور قانون 09/08 كان القاضي الإداري الجزائري لا يعتبر نفسه قادرا على توجيه أوامر للإدارة، وهذا عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، والاكتفاء بما هو مخول به، أي الحكم بما يطلبه الخصوم، وليس أكثر من ذلك إضافة إلى دراية القاضي الإداري الجزائري بقدرة الإدارة ووسائلها المتمثلة في وسائل الضغط والإكراه والجزاءات المالية ضد المتعاقد معها لإجباره على تنفيذ العقد، ويظهر هذا جليا في قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/17/15 الذي جاء فيه أنه ليس بإمكان القاضي أن يصدر أوامر وتعليمات للإدارة، فهو لا يستطيع أن يلتزمها بالقيام بعمل[3].

[1] على يونس اسماعيل – مرجع سابق ص 255

[2] سليمان الطماوى ، مرجع سابق ص575

[3] قرار رقم 5638 ، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2003 ص161

ومن القرارات التي توضح أيضا تبني القاضي الإداري الجزائري لفكرة عدم توجيه أوامر الإدارة قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08 والذي جاء فيه رفض توجيه أمر لوالي ولاية ميلة بإعادة إدماج المستأنف في الوظيف العمومي[1]

ويظهر هذا تكريس القاضي الإداري الجزائري لمبدأ الفصل بين السلطات، وعدم التدخل الصريح أو الصارخ لأعمال الإدارة أو السلطة الإدارية تفاديا لعدم استقلاليتها وهذا رغم عدم وجود نص صريح يمنع القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة خاصة أوامر تنفيذ قرارات قضائية باعتبار أن أحكام القاضي تحوز على حجية الشيء المقضي به.

بعد تعديل قانون الإجراءات المدينة والإدارية، تغير توجه القضاء الجزائري حيث أصبح بإمكان القاضي الإداري الجزائري توجيه أوامر الادارة، بل وحتى توقيع غرامة تهديدية وهو مالم يكن معهودا من قبل، فقد نصت المادتين (978، 979) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن للقاضي أن يوجه أوامر للإدارة، أي أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، وقد استخدم المشرع كلمة الأمر بصراحة فيما يخص الأوامر التنفيذية ضد الإدارة.

غير أن هذا الإجراء لا يكون بصفة مباشرة ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، فسلطة الأمر ليست مطلقة للقاضي، بل حدد المشرع كيف يمكن للقاضي ممارسة سلطة الأمر، وبالرجوع إلى نص المادتين (978، 979) من قانون الإجراءات المدينة والإدارية نجد أن المشرع حدد شروط على القاضي الإداري للممارسة سلطة توجيه الأمر.

فيجب أولا تحديد التدبير المطلوب في نفس الحكم القضائي التي تصدره الجهة القضائية مع تحديد أجل للتنفيذ.

[1] لحسن بن شيخ آث ملويا، **الملتقى في قضاء مجلس الدولة**، الجزء الأول- دار هومة، الطبعة الرابعة الجزائر 2006 ، ص 61

كما أن المشرع اشترط على القاضي ألا يملي على الإدارة ما يجب عليها فعله بالضبط بل اكتفى بأنه يمكن للقاضي من ان يأمر الإدارة بإصدار قرار جديد، فالإدارة هنا لها السلطة في إصدار القرار الجديد دون تحديد من القاضي.

كما نصت المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يمكن للقاضي أن يأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها، وهذا يعني أن المشروع لم يكتف فقط بمنح القاضي سلطة توجيه الأمر فقط، بل عززها بسلطته على توقيع غرامة تهديدية ما يبين توسع سلطة القاضي الإداري.

ومنه نستنتج أن القاضي الإداري الجزائري أصبحت له سلطة توجيه أوامر الإدارة متمثلة في صورة أمرها باتخاذ تدابير محددة إضافة إلى أمر الإدارة باتخاذ قرار جديد مع تحديد أجل محدد وتوقيع غرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ

وهذا يعد من قبيل المحافظة على مبدأ سيادة القانون وإلزام الإدارة بتنفيذ التزاماتها وتنفيذ أحكام القضاء.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في التعويض

عكس سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر الادارة والتي عرفت عدة إختلافات وتغيرات وقيود، فإن سلطة القاضي الإداري في مجال التعويض واسعة وصلاحياته أكبر بل ويعد مجال التعويض أحد أهم مسالك القضاء الإداري واختصاصاته، فهذا إختصاص أصيل للقاضي الإداري، خاصة من جانب سلطته التقديرية وبما أن أعمال الإدارة تقوم على أساس المصلحة العامة حتي في جانب العقود، فإن هذه الأعمال قد تؤدي أحيانا إلى ضرر للمتعاقد معها والإضرار بحقوقه، فهنا تقوم مسؤولية الإدارة على تعويض المتعاقد سواء كان ذلك عن خطأ منها أو بدون خطا، أي عن قصد و بدون قصد

فالأصل هنا أن يتجه المتعاقد إلى القضاء الإداري للحصول على تعويض من الضرر الذي أصابه جراء أعمال السلطة الإدارية سواء أكان ذلك بسبب تعديل شروط العقد من جهة

واحدة ما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، أو إخلال الإدارة بالتزاماتها أو تزيد في أعباء المتعاقد معه، أو حتى في صورة فعل الأمير، فكل هذه الصور او العناصر تستوجب التعويض عن الضرر الذي تلحقه الإدارة بالمتعاقد، واتناول فيما يلي أهم الحالات التي تستوجب التعويض بما يبرز سلطات القضاء الإداري

الفرع الأول: التعويض عن تعديل شروط العقد

فالأساس في العقود الإدارية هو التوازن المالي بين الطرفين نظرا لسمو المركز القانوني للسلطة الإدارية وعليه فإن الإدارة وبالنظر إلى سلطتها في تعديل شروط العقد من جانبها قد تضر بالمتعاقد معها للحد الذي يستوجب التعويض عن ذلك الضرر وهو ما قضى إليه مجلس الدولة الفرنسي في حالة إذا أدى تعديلها الانفرادي إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد معها فإن ذلك يستوجب تعويضه نتيجة تنامي أعبائه، نفس الشيء بالنسبة لتطبيق نظرية فعل الأمير[1].

وهو ما أشار إليه أيضا مجلس الشورى الدولة اللبناني حيث قضى أنه إذا كان يحق للإدارة أن تعدل في شروط الإلتزام فإنها تبقى مسؤولة عن الخسائر والأضرار التي تصيب ملتزمي الأشغال العامة من جراء هذا التعديل [2]

وقرر أيضا " لا يجوز للإدارة أن تلزم المتعهد بأشغال إضافية وأعباء غير ملحوظة في الالتزام دون أن تكون ملزمة بالتعويض عن هذه الأشغال"[3]

ويعني هذا أن التعديل الأحادي للعقد الذي ينشأ أعباءا أو ضررا للمتعاقد قد يعني تدخل القاضي الإداري لتعويض المتعاقد عن ذلك التعديل وما ينجر عنه من ضرر أو أعباء

[1]Conseille d'Etat., 27/10/1978, la ville de saint-molo, Rec, P401

[2] مجلس شورى الدولة اللبناني قرار رقم 2 تاريخ 28/1/84 – م. ق. أ. عدد –11985 ص 340

[3] مجلس شورى الدولة اللبناني قرار رقم 265 تاريخ 2002/3/05 م.ق. أ. 2005 عدد 17، ص 340

إضافية أو حتى استحالة التنفيذ، فسلطة الإدارة المعترف لها في تعديل شروط العقد لا يعني أن تلك السلطة مطلقة، أو بدون تبعات، بل تخضع لرقابة قاضي العقد

فالتعديل يقتصر على موضوع العقد فقط، ولا يمكنها بطبيعة الحال أن تفرض إلتزاما خارجا عن العقد أو لا صلة له بموضوع العقد. وإلا يعد قرارها هذا باطلا، بل ويمكن للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ هذا التعديل الخارج عن موضوع العقد ويمكنه اللجوء إلى القضاء لإلغاء هذا القرار.[1]

ولا يجب أن يكون التعديل خارجا عن موضوع العقد للحد الذي يصل إلى تغيير موضوع العقد الأصلي وإنشاء عقد جديد ما كان ليقبله المتعاقد عند إبرام المعقد[2].

ما يعني أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ليست بالمطلقة ولا يمكنها أن تمارسها إلا في إطار موضوع العقد الأصلي، ولا يمكنها أن ترغم المتعاقد على تنفيذ إلتزامات جديدة ، فالمتعاقد له الحق أن يرفض أي إلتزام خارج عن العقد ، له أن يتجه إلى القضاء لإلغاء أي قرارات غير مشروعة أو إلتزامات خارجة عن موضوع العقد، وللقاضي الإداري كامل السلطة لإلغاء أي قرار غير مشروع أو للحكم بالتعويض جراء التعديل الذي يخل بالتوازن المالي للعقد دون إهمال جزئية ما يلحق المتعاقد من خسارة أو ما يفوته من كسب

الفرع الثاني: التعويض عن امتناع أو اخلال الإدارة بالتزاماتها

نظرا لسلطات الادارة الكبيرة واستناد أعمالهما على أساس المصلحة العامة خاصة فيما يخص المرفق العام، فإن الإدارة يقع عليها التزامات في العقد قد تساوي أو تفوق أحيانا التزامات المتعاقد، إضافة إلى التزاماتها مع المتعاقد معها، ولا يجب عليها بأي حال من الأحوال الإمتناع عن تنفيذ التزاماتها أو الإخلال بتلك الالتزامات

[1] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق، ص 340

[2] محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري – العقد الاداري، دار الفكر الجامعي

فالعقد الإداري يلزم الإدارة أن تعمل على تنفيذ التزاماتها كاملة، بل ويجب عليها تنفيذ وإحترام كافة الشروط [1]، إضافة إلى تعاونها مع المتعاقد للتنفيذ الأمثل للعقد وعدم إتخاذ إجراءات من شأنها أن تلحق الضرر بالمتعاقد.[2]

وأي إخلال أو امتناع بهذا قد يعرضها للمسئولية التعاقدية

وقد ذكر الدكتور "سليمان الطماوي" أن التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، ما يعني أن المتعاقد يمكنه أن يلجأ القضاء. للحصول على تعويض جراء هذا الإخلال أو الإمتناع، ويعود الأمر للقاضي الإداري أن يحكم على الإدارة المقصرة بالتعويض المناسب، الذي يقدره القاضي وفقا لدرجة الضرر، لا الخطأ[3].

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري أيضا في نص المادة 119 من القانون المدني بأنه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك ما يعني أن التعويض يقابل عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه ناقصا وللقاضي أن يحكم على الادارة بالتعويض المناسب وفقا لدرجة الضرر الذي يصيب المتعاقد

وحتى أن مجلس الدولة الفرنسي يرفض الفسخ عادة إذا تأخرت الإدارة في دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها ويكتفي بالتعويض وبالحكم بفوائد المبالغ التي تؤخر الإدارة دفعها.

ومنه نستنتج أن القاضي الإداري يمكنه أن يحكم بالتعويض على الإدارة في حالة ما إذا إمتنعت أو أخلت بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها بناءا على الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا الإخلال، كما أن للقاضي الاداري سلطة تحديد التعويض ومداه وهو ما أجازه له المشرع

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق ص567

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق ص524

[3] محمد سليمان الطماوي ، نفس المرجع ص575

في نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال دعاوى القضاء الكامل بإعطائه صلاحيات واسعة خاصة فيما يخص التعويض.

الفرع الثالث: التعويض عن حالة عمل الأمير

نقصد بعمل الأمير تلك الأعمال الصادرة من سلطة عامة أو السلطة الإدارية المتعاقدة أين تؤدي هذه الأعمال أو الإجراءات إلى زيادة أو تنامي أعباء المتعاقد مع الإدارة أو جعل تنفيذ العقد مرهقا

وقد عرف الدكتور "سليمان الطماوي" عمل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها. ينجم عنه تسوئ مراكز المتعاقدين في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد [1].

في حين عرفه الدكتور "محمد الشافعي ابوراس " المقصود بالمخاطر الإدارية أو ما يطلق عليه تسمية أفعال الأمير، هي تصرفات أو اجراءات تصدر عن جهة الادارة المتعاقدة أو عن أية جهة إدارية أخرى أو عن السلطة التشريعية أو اي سلطة من سلطات الدولة ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد أكثر صعوبة أو أكثر تكلفة أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وقد تكون في شكل لائحة أو تشريع أو قرار فردي أو عمل مادي وقد يكون تأثيرها في تنفيذ العقد مباشرا وقد يكون غير مباشر[2].

وعليه، فإن فعل الأمير هو كل عمل أو إجراء يصدر في السلطة الإدارية أو الإدارة المتعاقدة في مجال العقود الادارية وأن ينشأ عن هذا الفعل أو الإجراء ضرر للمتعاقد، إضافة إلى كون هذا الفعل الصادر من الإدارة غير متوقع. فتحت هذه الشروط وفي حالة توجه المتعاقد إلى القضاء، يحكم القاضي على الإدارة بالتعويض الكامل.

---

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق من 624

[2] محمد الشافعي أبو راس ، العقود الإدارية، القانون العام، 1998 ص 105.

فلا يوجد أي إختلاف بين الفقهاء أو حتى في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا،[1] حتى وإن كان الإجراء الصادر عن الإدارة لا يؤثر في شروط العقد، وإنما تغيير في ظروف تنفيذ العقد، أو في حالة استعمال الإدارة لسلطتها المعترف لها بها قانونا لسلطة الرقابة والتوجيه أو سلطات الضبط الإداري، فإذا أدت هذه الإجراءات في أي حال من الأحوال أجاز القاضي للمتعاقد تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير.

ما يعني أن للقاضي سلطة واسعة في هذا المجال، بتحديد إذا ما كان عمل الإدارة ينطوي تحت فعل الأمير التي تقوم على غير أساس الخطأ، أم أن عملها يندرج تحت مسؤولية تعاقدية، ثم تحديد التعويض على أساس الضرر حتى وإن لم يكن على درجة كبيرة من الجسامة، فالأساس الذي يستند إليه القاضي الإداري هو التوازن المالي للعقد دون إهمال العنصرين الاساسيين للتعويض، وهو ما يلحق المتعاقد من خسارة وما يفوته من كسبه[2] ، ويعني هذا كل المصاريف والتكاليف التي يدفعها المتعاقد أو تكون على حسابه ويدخل في هذا أجور العاملين ومصاريف السلع والنقل، أو الربح الذي يفوته جراء عمل الادارة الذي أضر به ويبقى للقاضي الإداري البحث في مقدار التعويض والحكم به بناء على ما سبق.

ومن سلطات القاضي الإداري أيضا البحث في شروط أو مدى استحقاق المتعاقد للتعويض فهناك حالات يرفض فيها التعويض عن فعل الأمير ما يعني أن هناك شروط محددة للتعويض عن فعل الأمير والقاضي الإداري وحده من يبحث في هذه الشروط لتحديد ما إذا كان المتعاقد يستحق التعويض أم لا، وتتمثل هذه الشروط في:

1. ألا تكون الإجراءات التي زادت من أعباء المتعاقد متوقعة وقت التعاقد، أي أنها يجب أن تكون مفاجئة ولا تكون محتملة أو ضمن تقديرات المتعاقد.
2. يجب أن يترتب عن هذه الإجراءات اختلال واضح وملموس للتوازن المالي

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق ص 631

[2] محمد سليمان الطماوي ، نفس المرجع ص656

3. لا يستحق المتعاقد تعويضا الا عما تحقق وقوعه من أضرار نتيجة فعل الأمير ولا يعوض عن الأضرار المحتمل حدوثها.[1]

فإذا اكتملت كل هذه الشروط وأقر القاضي أن إجراءات الإدارة تندرج تحت خانة فعل الأمير، إضافة إلى بحث القاضي في شروط استحقاق المتعاقد للتعويض يحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد. وهذا ما يبرز السلطة الواسعة للقاضي الإداري في هذا المجال.

المطلب الثالث: نطاق رقابة القضاء على العقود الادارية

بما أن الإدارة تستند في أعمالها وقراراتها إلى تحقيق المصلحة العامة وبإشباع حاجيات الأفراد عن طريق المرافق العامة، كان لزاما تمكين الإدارة من سلطات واسعة وأدوات لتحقيق هذا الهدف، غير أن هاته السلطات الواسعة قد تؤدي إلى تجاوزات من طرف الإدارة بسبب التعسف في استعمال سلطتها وقراراتها ما قد يسبب ضررا للأفراد وبالتالي تنحرف عن هدفها الأساسي، وعليه ، كان ضروريا وضع رقابة على أعمال الإدارة وتصرفاتها للوصول إلى التنفيذ الأمثل لأهدافها دون تعسف أو انحراف أو ضرر بحقوق الأفراد، وهذه الرقابة تعني خضوع الإدارة للقانون و أحكامه، وهو ما تجسد عن طريق الرقابة الإدارية والرقابة القضائية وتعد الرقابة القضائية أكثر حسما لأنها تقيد الإدارة وتجعلها أكثر توخيا للحذر ما يجعل الرقابة القضائية ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم، إضافة الى ضوابط لأعمال الإدارة ما يحول بينها و بين مخالفة القانون.

وقد استند القضاء في هذه الرقابة على مبدأ أساسي قانوني، ألا وهو مبدأ المشروعية الذي يجسد السيادة ودولة القانون، وسأستعرض فيما يلي كيف يمارس القضاء رقابته على اعمال الإدارة وقراراتها خاصة في مجال العقود الإدارية وكل هذا استنادا إلى مبدأ المشروعية.

[1] محمد الشافعي أبو راس، مرجع سابق ص108

الفرع الأول: تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية

لمبدأ المشروعية معنيان، ويتمثل معناه الواسع كما عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه " سيادة القانون، أي خضوع جميع الاشخاص بالدولة،[1] بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول و هو نفس التعريف الذي أخذ به الدكتور سليمان الطماوي[2] وهذا يعني خضوع الدولة كليا، حكاما ومحكومين، سلطات وأفراد لقواعد القانون القائم فيها سواء كانت قواعد قانونية موضوعة أو قائمة من قبل و يترتب على هذا المبدأ أن تكون تصرفات السلطة العامة في حدود ما يرسمه القانون وملتزمة به، الأمر الذي ينعكس ايجابا على أعمال السلطة المعادة أو الإدارة فيجعل أعمالها مشروعة وقانونية وتصبح قراراتها ملزمة تجاه الأفراد، وهذا بدوره يساهم في ترسيخ مفهوم دولة القانون، أما في حالة الخروج عن هذا المبدأ بالنسبة للسلطة العامة أو الإدارة فإنه يجعل أعمالها أو قرارتها محل طعن من قبل الأفراد باعتبارها قرارات غير مشروعة وغير قانونية، غير أنه هناك إستثناءات على هذا المبدأ حيث تكون للإدارة حرية أكبر وامتيازات أوسع مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة وهو ما يترتب عنه الإعتراف لها بسلطة تقديرية، خاصة في بعض الظروف الاستثنائية.

تنقسم مصادر مبدأ المشروعية إلى مصادر مكتوبة وأخرى غير مكتوبة، وتمثل المصادر المكتوبة في:

1. التشريع الأساسي (الدستور)
2. التشريع العادي (القانون)
3. التشريع الفرعي "اللائحي" – التنظيم

[1] محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005 ،ص 8

[2] ا محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، ط1 ،القاهرة ،دار الفكر العربي، 1955 ،ص21.

أما المصادر غير المكتوبة فهي "العرف" و " المبادئ العامة للقانون" [1].

بما أن المبدأ يقضي بخضوع السلطات العامة للدولة وهيئاتها للقواعد القانونية إلا أنه هناك استثناءات على هذا المبدأ حيث تكون للإدارة حرية أكبر وامتيازات مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، وهو ما يترتب عنه الاعتراف لها بسلطة تقديرية، خاصة في ظل الظروف الغير العادية والاستثنائية.

تحت ظل هذه الظروف، تتحرر الإدارة من الرقابة على أعمالها وقراراتها ويصبح نطاق مبدأ المشروعية ضيقا، وعليه، فإن الاستثناءات على مبدأ المشروعية هي:

1. **السلطة التقديرية:** وتكون عندما تمنع الإدارة حرية الاختيار بين عملين أو أكثر مطابقة للقانون [2]، أو حرية الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه[3]، وتتجلى أبرز صور هذه السلطة في صورة الضبط الإداري، كما يمكن أن تكون هذه السلطة مقيدة في حالة عدم امتلاك الإدارة الحرية الاختيار بين عمل أو آخر، أي تكون ملزمة بشروط محددة لاتخاذ أو إصدار أو القيام بالعمل الإداري.
2. **الظروف الاستثنائية:** وهي الظروف الخارجة عن المألوف حيث لا يمكن للدولة مباشرة أنشطتها وأعمالها بصفة عادية في هذه الظروف، وقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي تدخل في خانة الظروف الاستثنائية وهي:
   - الطوارئ والحصار (طبقا للمادة 97 من الدستور)
   - الحالة الاستثنائية (طبقا للمادة 98 من الدستور)
   - حالة الحرب (طبقا للمادة 100 من الدستور) [4]

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ص ص 9- 12

[2] بدارنية رقية ،دروس في المنازعات الإدارية ، مبدأ المشروعية، ص 3

[3] محمد الصغير بعلي، نفس المرجع ص 17

[4] بدارنية رقية، مرجع سابق ص 4

3.أعمال السيادة وأعمال الحكومة: هي تلك الأعمال التي تقوم بها السلطات الإدارية المركزية (السلطة التنفيذية والتي تكون محصنة ضد سلطة رقابة القضاء، وتستند إلى باعث سياسي ومن أبرز هذه الأعمال قرار حل المجالس النيابية والأعمال التي تخص مجال العلاقات الدولية [1]

ما يميز هذه الاستثناءات أنه لا تخضع لرقابة القضاء ولا يمكن الطعن فيها بالإلغاء وبخصوص المعنى الثاني للمشروعية والذي يخص مجال الإدارة فيقصد به خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعده [2]، فالمشروعية الإدارية تعنى بالقرارات والأعمال الصادرة عن الإدارة، والتي تكون محل طعن في حالة كانت مشوبة بعيب ما، مثل عيب الشكل أو الإجراءات أو عيب مخالفة القانون.

ففي المجال الإداري، مبدأ المشروعية يعني بصفة عامة خضوع الإدارة وأعمالها وقراراتها للقانون تحت رقابة القاضي الإداري الذي يمارس رقابة مشروعية حيث يمكنه الغاء تلك القرارات الغير مشروعة، ويعد مبدأ المشروعية ضمانة قانونية ودستورية لحماية حقوق الأفراد، إضافة إلى وسيلة فعالة لتكريس دولة القانون.

الفرع الثاني: نطاق الرقابة القضائية

تعرف الرقابة القضائية بأنها منح السلطات والاختصاصات للقضاء، سواء كان قضاءا عاديا أو متخصصا للفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية ، أي المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها [3]، وهي رقابة خارجية وموضوعية فعالة وذات طابع عام[4]،وهذه الرقابة تطال جميع أعمال الإدارة المركزية واللامركزية غير أنها تمس جانب مشروعية العمل

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ص 22

[2] محمد الصغير بعلي، نفس المرجع ص 8

[3] حمد عمر محمد، السلطة التقديرية بالإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2003 ص 82.

[4] محمد الصغير بعلي ، نفس المرجع ص 30

الإداري ومدى خضوعه للقانون فلا يمكن للقاضي أن يحل محل الادارة ، بل يكتفي بإلغاء القرار المعيب أو التعويض عنه إذا استدعى الأمر ذلك [1]، علما أن الرقابة القضائية لا تتحرك تلقائيا بل تتم عن طريق الدعوى الادارية وتهدف هذه الرقابة إلى تقويم عمل الادارة بجعلها تخضع لمبدأ المشروعية، إضافة الى حماية حقوق الأفراد وهذا بإلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة أو المعيبة والتعويض عنها.

تتمثل صور الرقابة القضائية في عدة مظاهر متفاوتة في القوة وهي:

1. **قضاء الإلغاء:** وهو سلطة القضاء في الغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة بناءا علي دعوى إدارية من صاحب مصلحة، وحكم الإلغاء لا يقتصر على القضية المعروضة بالذات بل على الكافة، كما أن دور القاضي هنا يقتصر على الغاء القرار من عدمه فقط
2. **القضاء الكامل:** ويتمتع القاضي الإداري في هذا المجال بصلاحيات أوسع، حيث لا يكتفي القاضي بإلغاء القرار فقط، بل يمكنه تصحيح الوضع المخالف للقانون بأكمله ويتجاوز ذلك حيث يمكنه أن يحكم بالتعويض وإصلاح الضرر.
3. **قضاء التفسير:** في هذا المجال تقتصر سلطة القاضي على تفسير عمل اداري معين أو قرار وفحص مشروعية هذا العمل أو القرار دون أن يحكم بإلغائه أو تطبيقه، فسلطة القاضي هنا مقتصرة على التفسير فقط[2] .
4. **قضاء التكليف (دعوى أوامر الاداء):** وهي تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص ذو مصلحة طالبا من المحكمة الإدارية إصدار أمر إلى جهة ادارية للقيام بعمل أو الامتناع عنه وتعكس هذه القضايا الرقابة القضائية على الإدارة وأعمالها وتصرفاتها وقراراتها فرغم أن الإدارة تمارس أيضا رقابة إدارية على موظفيها وأعمالها، إلا أنها غير كافية فالرقابة القضائية أشمل وأوسع وأكثر استقلالية إضافة إلى أبرز فارق وهو

[1] حمد عمر محمد، مرجع سابق، ص83

[2] حمد عمر محمد، نفس المرجع ، ص84

الحياد. ويمكن أن تكون ذات طابع وقائي إذا أنها لا تتعلق فقط بالقرارات الإدارية النهائية بل تمتد أيضا لتمنع الإدارة من اتخاذ قرار مخالف للقانون،

الفرع الثالث: رقابة القضاء على أعمال الإدارة وقراراتها:

يترتب عن الرقابة القضائية سلطات تتركز بيد القاضي الإداري، حيث تعتبر كوسائل تمكن القاضي الإداري من أداء مهامه ضمانا لإلزام الإدارة باتباع القانون في أعمالها، وضمانة أيضا للأفراد لحماية حقوقهم وحرياتهم، فيمكن للقاضي الإداري في مواجهة الإدارة بالرجوع إلى نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الغاء القرارات الغير مشروعة والصادرة عن الإدارة بمناسبة تنفيذ العقود[1]، بما في ذلك القرارات التي تمس بشروط العقد أو تنفيذه، أو تغيير محتوى العقد تغييرا جوهري

كما يمكن للقاضي الإداري الغاء كل القرارات الغير مشروعة، ويقصد بهذا كل أوجه عدم المشروعية أي عدم مشروعية مصدرا القرار وهو عيب عدم الاختصاص، وعدم المشروعية المتعلق بشكل القرار وعدم مشروعية إجراءات القرار، وعدم مشروع غاية القرار أي محل القرار، إضافة إلى عيب الانحراف باستعمال السلطة وعيب مخالفة القانون[2].

يعتبر القضاء الإداري أيضا مختص بنظر الدعاوى المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة[3]

أيضا وقف تنفيذ القرار الإداري حسب نص المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1] محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص 575

[2] عماد صوالحية ، رقابة القضاء الإداري، السلطات الإدارية المستقلة ألفا للوثائق ط1، 2022 ص ص 119-120

[3] عماد صوالحية، مرجع سابق، ص 121

للقاضي الإداري إلغاء القرارات الغير مشروعة والتعويض عنها، أي تلك القرارات التي تسبب ضررا للأفراد، حيث أن كل عمل أو قرار صادر عن الإدارة ممكن للقاضي الإداري الغائه وإلزام الادارة بالتعويض عن ذلك الضرر[1].

للقاضي الإداري أيضا أن يلغي القرارات التي تتضمن جزاءات غير مشروعة[2]، و رقابة القاضي على جزاءات الإدارة توازن سلطات الادارة في توقيع هذه الجزاءات، فالرقابة هنا تصل إلى الحد الذي يجعل القاضي يراجع ويراقب الأسباب التي حدت بالإدارة إلى توقيع الجزاءات فيقدر القاضي ما إذا كان المتعاقد أخطأ فعلا، وما اذا كان الجزاء الذي وقعته الادارة يتناسب مع خطأ المتعاقد ومن أوجه الرقابة على الجزاءات التي توقعها الإدارة، يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو بتخفيضها، عكس رقابته وسلطته على وسائل الضغط والإكراه حيث يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض عنها فقط ولا يستطيع الغائها[3].

إضافة إلى هذا، فإن القضاء تمتد رقابته أيضا إلى القرارات الإدارية المنفصلة، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة في مصر بأن القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء بوصفها قرارات إدارية مستقلة عن العقد بل وذهب أبعد من ذلك حين حلل العملية العقدية بأن القرارات التي تسبق التعاقد لقضاء الإلغاء اما القرارات والإجراءات الصادرة بعد ابرام العقد تخضع للقضاء الكامل ، ما يجعل كلا من القرارات الإدارية المنفصلة السابقة للتعاقد واللاحقة تخضع تحت رقابة القاضي الإداري [4]

[1] محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص 575

[2] عماد صوالحية، نفس المرجع ص159

[3] محمد سليمان الطماوي، نفس المرجع ص 508

[4] عليوات ياقوتة، مرجع سابق ، ص162

المبحث الثاني: إجراءات الفسخ القضائي

في حالة تحقق إحدى شروط الفسخ والتي أشرنا إليها سابقا، يمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء طالبا فسخ العقد، ويكون هذا عبر دعوى الفسخ أي يرفع الطرف المتضرر دعوى إلى القاضي يطلب فيها فسخ العقد، ويمر ذلك بإجراءات كأي دعوى إدارية أخرى، ورغم أن المشرع لم يعرف صراحة دعوى الفسخ إلا أنه تناول حيزا منها وبين إجراءاتها في القسم الرابع من الباب الأول في القانون المدني الجزائري، في الباب المخصص لمصادر الالتزام، وعليه سأبين شروط دعوى فسخ الى العقود الإدارية وهذا من خلال خمس مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الإعذار

نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري " ...إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه".

يظهر من نص المادة أعلاه أنه قبل المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه يجب إعذار المدين أولا.

الإعذار هو تكليف المدين بالوفاء، ويكون هذا عن طريق محضر قضائي أو عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يكون بموجبه المدين معذرا بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى إجراء أخر.[1]

نصت المادة 180 من القانون المدني الجزائري على أن "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في

[1] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع الإثراء بلا سبب، القانون، منشأة المصارف، مصر، 2005، ص:191.

هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتب على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي جزاء أخر"[1].

إضافة على نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي أوجبت توجيه إعذار للمتعاقد قبل فسخ الصفقة وقضت محكمة النقض المصرية بأن الإعذار شرع لمصلحة المدين، وله التنازل عنه صراحة أو ضمنيا، فإن لم يتمسك بأن الدائن لم يعذره بتنفيذ التزامه فلا يجوز للمحكمة أن تتصدى لتخلف الأعذار من تلقاء نفسها وإلا كان قضائها مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون.[2]

فالمدين وحده من يمكنه أن يتنازل عن شرط الإعذار، ولا يمكن للمحكمة أن تثير تخلف الإعذار من تلقاء نفسها باعتبار أن المدين تنازل عن شرط إعذاره سواء صراحة أو ضمنيا.

ففي عقد البيع لا يستطيع البائع طلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ المشتري التزامه المتمثل في الوفاء بالثمن، إلا إذا أعذر المشتري وطالبه بتنفيذ التزامه، فإعذار البائع للمشتري بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن قبل فسخ عقد البيع يجعل القاضي أسرع استجابة لطلب فسخ عقد البيع وأقرب إلى الحكم على المشتري بالتعويض إضافة إلى الحكم بفسخ عقد البيع.[3]

الإعذار هو دليل على تقصير المدين ودليل على إخلال المدين بالتزاماته واثبات قانوني في مواجهته أمام القضاء، والدعوى التي تكون مسبوقة بإنذار يكون تأسيسها القانوني أصح وتحقق نتائج لا تحققها الدعوى التي تسبقها هذه الإجراءات ما يجعل القاضي غالبا يستجيب لطلب الفسخ والحكم بالتعويض[4].

---

[1] المادة 180 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 219 من القانون المدني المصري.

[2] نقض 1993/06/29 طعن 177 نقلا عن أنور طلبة.

[3] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص: 20.

[4] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية والغير إرادية، دراسة فقهية وقضائية، 2002، ص: 159.

التعويض لابد أن يسبق بإنذار إذ نصت المادة 179 من القانون المدني الجزائري:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك"[1]، ما يعني أن الإعذار شرط واضح للحكم بالفسخ ولاستحقاق التعويض إلا إذا اتفق الطرفان من خلال نص واضح على خلاف ذلك وهو ما قضت به المحكمة في إحدى قراراتها بأن العقد لا يزال قائما لعدم قيام الدائن بإعذار المدين لعدم تنفيذ التزامه حيث أن الطاعن لم يثبت أنه قام بالاعذار حين أخل المدين بتنفيذ العقد، ورغم أن المدعي دفع بأن الاعذار المنصوص عليه في المادة 119 هو إجراء اختياري بحكم أن المشرع استعمل لفظ "جاز" إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الجواز يتعلق بإمكانية التنفيذ أو الفسخ أما الاعذار فيبقى دائما إجباريا[2] وهذا يؤكد أن الاعذار قد يجعل العقد يبقى قائما حتى في حالة إخلال المدين بشروط العقد.

رغم أهمية شرط الاعذار وتأكيد معظم التشريعات على وجوبه إلا أن هناك حالات استثنائية لا يلتزم فيها الدائن بإعذار المدين، وقد ذكرت هذه الحالات في نص المادة 181 من القانون المدني الجزائري كالتالي:

لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا أصح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه[3].

ففي هذه الحالات لا يلزم الدائن بإعذار المدين، بل يكفي طلب فسخ العقد أو التعويض.

---

[1] المادة 179 من القانون المدني الجزائري

[2] قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 1994/03/21م. ق العدد 02، 194، ص: 176 – 179.

[3] المادة 181 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: رفع دعوى الفسخ

الاعذار وحده لا يكفي لطلب الفسخ بل يجب على الدائن رفع دعوى يطلب فيها من القاضي فسخ العقد، ورأينا فيما سبق أن الفسخ يجب أن يحكم به القاضي ويقرره، فإخلال المدين بالتزامه وحتى اعذاره لا يجعل العقد مفسوخا بل يجب رفع دعوى الفسخ.

الغاية من رفع الدعوى هي أن الاعذار الذي يوجهه الدائن عند حلول أجل التنفيذ قد يجعل المدين ينفذ التزامه، ما يمكن الدائن أن يبقى متمسكا بالتنفيذ فالدعوى تحمي حق الدائن في مواجهة المدين وهو ما يترتب عنه إما تنفيذ أو فسخ أو تعويض للدائن.

لا يمكن للدائن أن يعتبر نفسه متخللا عن التزامه نحو المدين بمجرد تحقق الشروط اللازمة للفسخ، فالفسخ لا يتحقق إلا بصدور حكم قضائي، فإعذار المدين ثم رفع دعوى الفسخ قد يجعل المدين ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ وفي حالة التنفيذ يمكن للقاضي ألا يحكم بالفسخ[1] إذا رأى أن المدين نفذ التزامه أو أن لم يوفي به كان قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام كله باعتبار أن القاضي له السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه.

يمكن للدائن أن يعدل عن طلب الفسخ وأن يتمسك بالتنفيذ، ففي نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تنص "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" ما يعني أن الدائن يمكنه أن يتمسك بالتنفيذ وتحقيق الغرض محل التعاقد إذا كان ذلك لا يزال ممكنا وهو ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري "يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

[1] بلقاسم رازي، مرجع سابق، ص36.

فالتنفيذ العيني هو الأصل في الالتزام وهو أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به عينيا سواء كان ذلك في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ومثال ذلك أن ينقل البائع للمشتري ملكية العين المبيعة.[1]

في حالة تمسك الدائن بالتنفيذ فإن هناك شروط معينة له، وأول ما يجب توافره من هذه الشروط هو أن يكون التنفيذ العيني ممكنا كما نصت المادة 164 من القانون المدني الجزائري، ويقصد بهذا أن لا يكون التنفيذ مستحيلا أو غير مجد إما لسبب أجنبي أو بفعل المدين[2]، ويجب أن يسبق التنفيذ العيني بإعذار وشرط الاعذار واضح وصريح في نص المادة أعلاه، كما يجب أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق المدين، فإذا ترتب عن التنفيذ ضرر فادح للمدين لا يتناسب مع ضرر تخلفه عن الوفاء عينيا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض بدل التنفيذ شرط ألا يترتب عن هذا العدول ضرر للدائن.[3]

فيما أن نص المادة نص على جواز اختيار الدائن إما المطالبة بالتنفيذ أو الفسخ، يبقى للدائن حق التمسك بالتنفيذ وتحقيق الغرض الذي استهدفه من التعاقد، كما يمكنه أن يعدل عن التنفيذ ويطلب الفسخ.

أما في حالة طلب الفسخ فلابد أن يتقدم بطلب إلى القاضي بفسخ العقد.[4]

يتعين على القاضي أن يحكم بالفسخ، فلا يكفي الإعذار وحده ولا ثبوت واقعة الإخلال بالالتزامات، ويعود هذا نظرا لخطورة إجراء الفسخ على العقد لهذا ينبغي تدخل القضاء

---

[1] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص: 8.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة بالالتزام، أحكام الالتزام، 2008، ص:8.

[3] عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني لالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص: 60.

[4] بلقاسم رازي، مرجع سابق، ص: 35.

واستصدار حكم فسخ[1] و هذه خاصية ينفرد بها عقد الامتياز أيضا أين يجب أن يحكم القاضي بالفسخ أو الإسقاط[2].

فالمادة 119 من القانون المدني الجزائري تستلزم تدخل القضاء للحكم بالفسخ، حيث نصت المادة على المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض، والمطالبة لا تكون إلا أمام القضاء، ما يعني أن القاضي هو من يحكم بالفسخ وحكمه في هذه الحالة يعتبر منشئ للفسخ، لا كاشفا له.[3]

فاستصدار حكم من طرف القاضي هو ما يجعل العقد مفسوخا، وهذه ميزة في الفسخ القضائي للعقود الإدارية.

المطلب الثالث: شروط دعوى فسخ العقود الإدارية

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف وهو ما نصت عليه المادة14 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية

ونصت المادة 15 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية على البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى وإلا فلن يتم قبولها شكلا وتمثل هذه البيانات في

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى (مادة 15 / فقرة 1) من قانون الاجراءات المدنية والادارية
- اسم ولقب المدعي وموطنه (مادة 15/ فقرة 2) من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

[1] جوهري سعيدة. مرجع سابق، ص: 25

[2] محمد سليمان الطماوي. مرجع سابق، ص: 549

[3] جوهري سعيدة. المرجع نفسه، ص: 25

- اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له (مادة 15/ فقرة 3) من ق.إ.م.
- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى (مادة 15 فقرة 5).[1]

كما نصت المادة 18 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أن الخصومة لا تنعقد إلا بتكليف المدعي عليه بالحضور، كما نصت المادة 20 من نفس القانون إلزام المشرع على الخصوم واجب احترام المواعيد لأجل حسن سير القضاء وضمان حرية الدفاع للخصوم.[2]

تعد هذه الشروط الشكلية واجبة في أي دعوى وإلا ترفض الدعوى شكلا، فالمشرع نص صراحة على هذه الشروط ونص صراحة على عدم قبول العريضة ما لم تتضمن كل البيانات الواجب ذكر ها طبقا لنص المادة 15 من قانون قانون الاجراءات المدنية والادارية .

بالنظر إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجد أن المشرع قد نص على قاعدة عامة تسري على مختلف الدعاوى، حيث نصت المادة 13 من قانون قانون الاجراءات المدنية والادارية "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

"يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يشير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

---

[1] جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص: 23.

[2] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، ط2، الجزائر، 2009، ص: 34.

ما يعني أن الشروط الموضوعية لرفع الدعوى تتمثل في:

- **الصفة:** هي الحق في المطالبة أمام القضاء، بناءا على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي،[1] ما يعني أن الصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه باعتباره صاحب مصلحة مباشرة وشخصية في التقاضي ، وفي حالة استحالة صاحب الصفة في الدعوى بمباشرة دعواه شخصيا يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص بموجب وكالة خاصة[2].

يعتبر شرط الصفة شرطا جوهريا في الدعوى، فلا تصح دعوى الفسخ إن لم يكن طالب الفسخ ذو صفة.

- **المصلحة:** ويقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، أي هي الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها فنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ينص على وجوب وجود مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ، ولا يمكن للقاضي أن يثير انعدام المصلحة من تلقاء نفسه، إنما ينظر في مدى توفرها حين يدفع الخصم بذلك وتكون المصلحة قائمة بمعنى تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون غرض الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني ، كما يمكن أن تكون المصلحة محتملة فقد تتولد مستقبلا وربما لن تتولد أبدا، وهي مقررة قانونا من أجل وقوع ضرر محتمل[3].
- **الأهلية:** وهي أهلية التقاضي وأهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي كما هو مبين في المادة 40 من القانون المدني، أما المادة 50 فقد بينت أهلية التقاضي بالنسبية للأشخاص

[1] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص: 23.

[2] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص: 34.

[3] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص: ص 38- 39

الاعتبارية، وقد استبعد المشرع الأهلية من شروط قبول الدعوى باعتبارها وضع غير مستقر.

وقد تناولت المادة 64 من نفس القانون حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث الموضوع والتي جاء فيها، انعدام الأهلية للخصوم وانعدام الأهلية أو التفويض الممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

ويمكن للقاضي أن يثير تلقائيا انعدام الأهلية وانعدام التفويض وعليه فإن طالب الفسخ يجب أن يكون ذو صفة وذو مصلحة، فيما تم إستبعاد الأهلية كشرط أقل من الشرطين الأولين.

المطلب الرابع: آثار الفسخ

تناول المشرع الجزائري آثار الفسخ في المادة 122 من القانون المدني التي نصت "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض."[1]

يظهر أن القاعدة العامة للفسخ تقتضي بعودة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيصبح العقد كأنه لم يكن و تمحى كل الآثار التي رتبها العقد منذ انعقاده بأثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين، و قد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي قد يكون تلقى حقا من أحد المتعاقدين.

فإذا كان العقد بيعا و فسخ، رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري، و يرد المبيع بثمراته و الثمن بفوائده القانونية[2] و إن لم يكن الدائن قد تلقى شيئا من المدين فإن مجرد إيقاع الفسخ يجعله متحللا من التزاماته التعاقدية التي كانت على عاتقه تجاه الطرف الآخر[3].

---

[1] المادة 122 من القانون المدني – تقابلها المادة 160 من القانون المدني المصري.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، مصادر الالتزام.

[3] جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص: 51.

رغم أن العقد الإداري يتشابه مع العقد المدني من حيث الأركان وشروط الصحة إلا أنهما يختلفان في كون أن العقد الإداري يبرمه شخص معنوي عام باعتباره صاحب سلطة و تخضع أحكام العقد هنا إلى القانون العام.[1]

ما يعني أن آثار الفسخ في العقد الإداري تمس الإدارة و المرفق العام إضافة إلى المتعاقد و كذلك الغير (المنتفعين) و هذا ما يجعل آثار الفسخ قد تختلف بالنسبة للعقود الإدارية.

الفرع الأول: آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

بما أن فسخ العقد الإداري الذي يتعلق بطبيعة الحال بالمرفق العام فإن اثر الفسخ يمس الإدارة أولا ثم المتعاقد يمتد إلى الغير و هو ما سأوضحه كالتالي:

أولا: أثر الفسخ بالنسبة للإدارة

نهاية العقد أو فسخه لا تعني بالضرورة نهاية المرفق العام، فللإدارة كامل السلطة في أن تعمل على استمرار المرفق العام، ويكون ذلك أما عن طريق إدارته بنفسها أو أن تعهد إلى ملتزم آخر بإدارة المرفق العام، مع تحميل الملتزم القديم كافة النفقات التي تترتب على تغيير طريقة الإدارة.[2]

فالمرفق العام يحكمه مبدأ الاستمرارية و العمل بانتظام فلا يمكن بأي حال من الأحوال توقف المرفق العام أو انتهائه بمجرد فسخ العقد مع الملتزم، بل تقوم الإدارة باسترداد المرفق أو وضعه تحت الحراسة ،كما يمكنها أن تقوم بتسيير المرفق بنفسها أو أن تعهد به إلى ملتزم جديد.

يترتب على الفسخ أيضا حق الإدارة في سحب العمل من الملتزم و التنفيذ على حسابه بذات الشروط و المواصفات المعلن عنها و المتعاقد عليها و ذلك بإحدى طرق التعاقد

[1] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 234.

[2] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 549.

المقررة بقانون تنظيم المناقصات و المزايدات[1]، وهو ما نصت عليه المادة 74 من القانون المصري المتعلق بالصفقات العمومية.

يكون من حق الإدارة في هذه الحالة احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية، و مبان و آلات و أدوات و مواد و خلافه دون أن تكون الإدارة مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها و عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان، أو دفع أي أجر عنها، إضافة إلى الحق للاحتفاظ بها أو بيع الأدوات المشار إليها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع[2].

فيما أن العقد الإداري يتعلق بالمرافق العامة و عقود الامتياز أو فمن غير المنطقي أن يلغى المرفق العام أو ما يتعلق به لمجرد فسخ العقد، فهذا ينافي مبدأ المرفق العام و ينافي مبدأ السلطة العامة الإدارة كشخص معنوي.

مما يترتب على الفسخ أيضا استحقاق الإدارة للتعويض في حالة فسخ العقد لخطأ المتعاقد، فالتعويض هو ما يترتب عن فسخ العقود الإدارية سواء للمصلحة المتعاقدة أو للملتزم، كما أن نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري تناولت التعويض عن الإخلال بالالتزامات في حين تناولت المادة 122 التعويض في حالة استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

على هذا الأساس يمكن أن يترتب عن الفسخ تعويض للإدارة، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصرفي حكمها الصادر في 9يناير 1971(ص 16، ص 130) بالسماح بالجمع بين الفسخ ،و مصادرة التأمين و طلب التعويض[3] إضافة إلى ما نصت عليه المادة 122 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص: 262.

[2] محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص: 534.

[3] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 773

ثانيا: أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقد

في العقد الإداري المتعاقد ليس في نفس المركز القانوني مع الطرف الثاني فالطرف الثاني هو الإدارة التي تمثل السلطة العامة، و بطبيعة الحال فإن المركز القانوني للإدارة أسمى، كما أن محل العقد بين المتعاقد و الإدارة يكون ذا أهمية كبرى خاصة في صورة المرفق العام وعلى هذا الأساس فإنه في حالة فسخ العقد الإداري لا يترتب عليه نفس الأثر للمتعاقدين، فقد رأينا اثر الفسخ و ما يترتب عنه بالنسبة للإدارة سابقا ،غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمتعاقد.

ويترتب على الحكم بالفسخ بالنسبة للمتعاقد نتيجتان رئيسيان هما:

1- **نهاية العقد:** ويرتد اثر الحكم في هذا الخصوص إلى تاريخ رفع الدعوى رغم التزام المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار في التنفيذ.[1]

ويختلف الإنهاء عن الفسخ في كون الفسخ يكون ذا طابع جزائي لخطأ أو تقصير المتعاقد، بينما الإنهاء ليس له دائما الطابع الجزائي لإمكانية توقيعه دون اشتراط إثبات خطأ من المتعاقد.

فنهاية العقد هو وقف آثار العقد أثناء سريانه ومنع ترتيبها في المستقبل قبل انقضاء مدته.

2- **استحقاق المتعاقد للتعويض:** والتعويض هنا تعويض كامل، يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة و ما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى و ما بين صدور الحكم بالفسخ، و يقدر التعويض في التاريخ الذي ينطق فيه القاضي بالحكم، كما يضاف إلى التعويض فوائد التأخير.

قد يكون فسخ العقد تم بسبب الإدارة نظرا لسلطتها في إنهاء العقد من جانبها حين تقتضي المصلحة العامة أو المرافق العام ذلك، ويكون هذا الإنهاء دون خطأ المتعاقد ويترتب على هذا الإنهاء تعويضا كاملا غير منقوص و دون حاجة إلى إثبات صدور

[1] محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص: 577.

أي خطأ من جانب الإدارة، و يشمل هذا التعويض كل ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب.

وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي جين قرر" أن الإنهاء المبكر من جانب الإدارة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة يؤدي إلى الحق في الحصول على تعويض عن جميع الأضرار التي ألمت بالمتعاقد، أي الخسائر التي تكبدها والمكاسب المفقودة.

أما في حالة فسخ العقد أو إنهائه غير المشروع لخطأ الإدارة فإن هذا يعد خطأ عقديا يترتب عليه التعويض الكامل عن كافة الأضرار الناتجة عن هذا الخطأ شرط أن يكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر.[1]

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن أن في حالة وجود خطأ الإنهاء الأحادي للعقد من جانب الإدارة فإنه يجوز للطرف المتعاقد أن يطلب دفع المبالغ المقابلة للنفقات التي تكبدها لتنفيذ العقد وكذلك الأرباح التي تم حرمانه فعليا من تحقيقها بسبب إلغاء العقد، إلا أنه يجب على القاضي تقييم ما إذا كان الضرر المزعوم مؤكدا وما إذا كانت هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، ومع ذلك فإن التعويض الذي يستحقه المتعاقد يجب ألا يضمن له مكافأة أعلى من تلك التي كان سيوفرها له تنفيذ العقد" .[2]

وما يعني أن القضاء الفرنسي يحكم بالتعويض متى ما كان هناك خطأ من الادارة شرط أن يتأكد القاضي من الضرر وان تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ و الضرر، و يقيد التعويض بحد أن لا يتجاوز ما كان سيحققه المتعاقد، و يدخل في نطاق التعويض المبالغ و التكاليف التي يدفعها المتعاقد في سبيل تجهيز المرفق و تنفيذ العقد

وعليه يمكن استخلاص شروط التعويض الذي يترتب عن فسخ العقد لخطأ الإدارة كالتالي:

---

[1] أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص: 1390.

[2] Conseil d'Etat, 9Mars 2018 req n° 406669, Cour administrative d'appel de Lyon,2 Avril 2020 n 18 LY01135.

- أن يكون أساس التعويض عن الإنهاء غير المشروع للعقد هو خطأ الإدارة.
- يشترط ثبوت الضرر المباشر تحقق العلاقة السببية بين خطأ الإدارة والضرر الذي يصيب المتعاقد.
- أن يكون التعويض يشمل كافة الأضرار المباشرة وتشمل ما يلحق المتعاقد من خسارة وما يفوته من كسب وكافة الأضرار المادية والمعنوية المباشرة التي يمكن إثباتها.
- أن تكون الأضرار ثابتة ثبوتا يقينيا.
- أن يكون الحد الأقصى للتعويض لا يتجاوز المقدار الإجمالي لما كان سيحققه المتعاقد من مكاسب فعلية لو استمر في تنفيذ العقد.[1]

الفرع الثاني: آثار الفسخ بالنسبة للغير

نصت المادة 133 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد لا يرتب التزامات في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا" وعلى هذا المنوال كان للعقد الإداري آثار لا تترتب على المتعاقدين فقط بل تتعدى آثاره إلى الغير بما أن ما يترتب عن العقد الإداري هو أصلا لإشباع حاجيات الجمهور مثل المرفق العام أو الأشغال العامة، وتتمثل هذه الآثار في:

1- حق الغير في التمسك ببعض النصوص الإدارية الواردة: في العقد لصالحه فقد ينص العقد على تقرير حق لشخص أجنبي عن العقد، فمثلا قد تقرر الإدارة منطقة مكان تنفيذ الأشغال أو تشغيل عمال ذوي اختصاص معين ففي هذه الحالات يكون لهؤلاء المعنيين الحق في التمسك بهذا الحق، وإضافة للملاك المجاورين الذين قد يتضمن العقد شروط لصالحهم فيمكنهم التسمك بتلك الحقوق حماية لمصالحهم.[2]

2- حق الانتفاع و مطالبة الإدارة بالتدخل :محل العقد الإداري هو إنشاء و تسيير المرافق العامة، و الهدف الرئيسي من المرفق العام هو إشباع حاجيات الجمهور و تحقيق النفع

[1] أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص: 1391.

[2] عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص: 236.

العام، بحيث يكون لكل منتفع تتوافر فيه شروط الانتفاع من خدمات المرفق العام حق الانتفاع [1]و يكون الانتفاع دون تمييز بين المنتفعين بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي، و يعد مبدأ المساواة كأحد المبادئ التي تحكم المرفق العام.[2]

ويعد حق الانتفاع أحد أهم الآثار التي تترتب للغير، ويبقى هذا الأثر مترتبا حتى بعد فسخ العقد بين الإدارة والملتزم لأن المرفق العام يبقى قائما في كل الأحوال ويترتب للغير أيضا إمكانية مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم في حالة امتناعه عن أداء و تقديم الخدمات و تنفيذ التزامه و مراعاة تنفيذ شروط العقد، و يمكن للمنتفعين الطعن في قرار الإدارة في حال امتنعت عن التدخل لان ضمان تقديم خدمات المرافق العامة يعتبر من أخص واجبات الإدارة.[3]

[1] عليوات ياقوتة، المرجع نفسه، ص: 237.

[2] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص: 112.

[3] إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الكويت، مكتبة الفلاح، 1964، ص: 280.

الخاتمة

الفسخ هو الجزاء الذي يترتب عن إخلال أحد المتعاقدين بإلتزاماته او عدم تنفيذ إلتزاماته المترتبة عن إبرام العقد، و يمكن فسخ العقد لسبب أجنبي يجعل إستحالة التنفيذ إستحالة مطلقة شرط ان يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه للحكم بالفسخ يجب توفر شروط معينة كأن يكون العقد ملزما للجانبين و أن يكون هناك إخلال بالإلتزامات او عدم تنفيذها كما يجب أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ إلتزامه و إعادة الحال إلى أصله

يكون الفسخ في حالات معينة، فبإعتبار الفسخ كنظام قانوني يترتب عنه حل الرابطة التعاقدية وجب أن يكون ضمن حالات معينة كحالة القوة القاهرة و حالة إخلال المتعاقد بإلتزاماته و كموازن لسلطات الإدارة الواسعة التي أقرها لها القانون

الفسخ في عقود الإمتياز يسمى بالإسقاط ويختلف عن الفسخ في العقود الأخرى، ففي حالة الإسقاط يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة، كما يجب على الإدارة إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الفسخ و يتعين على القاضي أن يحكم بالفسخ و يتم الإسقاط بلا تعويض للملتزم

يمكن للإدارة أن تنهي العقد من جانبها دون صدور أي خطأ من المتعاقد بشرط أن يكون هذا الإنهاء من مقتضيات المصلحة العامة.

كما يمكنها أن تلتجئ إلى القضاء في حالة إرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، ويحكم القاضي في هذه الحالة بفسخ العقد.

في حالة فسخ العقد لخطأ الإدارة يتم تعويض المتعاقد عن هذا الخطأ ويكون أساس التعويض ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة.

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ حيث يمكنه أن يحكم بالفسخ كما يمكنه أن يرفض الحكم بالفسخ، كما يمكنه إلغاء تلك القرارات الغير مشروعة من جانب الإدارة

يقوم القضاء بحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، حيث أجاز له القانون طلب الفسخ في حالة أخلت الإدارة بإلتزاماتها أو تعدت حدود سلطتها في التعديل أو أن الجزاءات الموقعة من طرف الإدارة سببت للمتعاقد ضررا كبيرا

إمتيازات الإدارة الواسعة تقابلها رقابة القضاء على أعمالها و قراراتها، و دور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هو حماية الحقوق من تعسف الإدارة أو إنحرافها عن هدفها الأساسي فالرقابة القضائية هي ضمان للأفراد لحماية حقوقهم

دعوى الفسخ هي الوسيلة القانونية والإجراء الذي يجب إتباعه من طرف طالب الفسخ لحل الرابطة التعاقدية والتحلل من الإلتزامات الواقعة في ذمته تجاه الطرف الآخر ويجب إتباع كافة الشروط المنصوص عليها قانونا لرفع دعوى الفسخ

وتتمثل هذه الشروط في الإعذار أولا حيث يجب إعذار الطرف الآخر ثم يتبع ذلك رفع دعوى الفسخ إضافة إلى الشروط الشكلية المنصوص عليها في نص المادة 14-15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

والشروط الموضوعية نص المادة 13 من القانون 09/03 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويكتسي الإعذار أهمية كبيرة سواء في رفع دعوى الفسخ أو كإجراء في الإسقاط، حيث يجب إعذار المتعاقد أو الملتزم قبل الفسخ فهو إثبات على أن المتعاقد أخل بإلتزاماته

و الشروط المتعلقة بفسخ العقد لا تمس العقد فقط بل هناك شروط متعلقة أيضا بدعوى الفسخ و أخرى متعلقة بطالب الفسخ، فتتمثل شروط دعوى الفسخ في الإعذار و الذي يعد شرطا مهما لا تقوم بدونه الدعوى فيجب أن يكون سابقا لرفع الدعوى لتتم بعده رفع الدعوى

تنص القاعدة العامة في الفسخ على رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، غير أن الأمور تختلف في العقد الإداري بإعتبار أن العقد يمس المرافق العامة

فيترتب عن فسخ العقد إسترداد الإدارة للمرفق و إدارته بنفسها أو تعهد إلى ملتزم أخر بإدارته كما يمكن أن يترتب تعويض للإدارة في حالة كان الفسخ أو الإسقاط نتيجة خطأ جسيم للمتعاقد

اما الأثر الذي يترتب للمتعاقد فهو التعويض

بينما يبقى حق الغير قائما في الإنتفاع بخدمات المرفق العام

من خلال ما سبق ذكره يمكن تلخيص الدراسة فيما يلي:

- الفسخ هو الطريقة القانونية الأمثل لحل الرابطة التعاقدية
- القاضي هو المخول بفسخ العقد بإستثناء الإنفساخ
- يمتلك القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ
- الرقابة القضائية موازن لسلطات الإدارة الواسعة وضامن لحماية حقوق الأفراد
- الآثار القانونية المترتبة عن فسخ العقود الإدارية تختلف عن تلك الآثار التي يرتبها الفسخ في العقود المدنية رغم إستناد أحكام الفسخ إلى نفس السند القانوني

الاقتراحات:

- توسيع دور القاضي الإداري أكثر ورقابته كموازن لسلطات الإدارة وامتيازاتها
- توسيع دور القاضي في التحري عن الأسباب المشروعة لفسخ العقد من طرف الإدارة لأن إستناد الإدارة لمقتضيات المصلحة العامة تخول لها التهرب من المسؤولية العقدية

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر:

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر ج.ج، عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 29 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر ج.ج ، عدد 21 الصادر في 23 ابريل 2008 .
- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- قانون 40 لسنة 1951 المتضمن القانون المدني العراقي
- قانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84، بتاريخ 1949/05/18
- القانون رقم 22 لسنة 2004 لإصدار القانون المدني القطري
- مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي(67/1980)
- قانون رقم 43 لسنة 1976 مؤرخ في 1976/08/01 العدد 2645 المتضمن القانون المدني الأردني
- قانون رقم 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 اوت 2005 يتعلق بإعادة تنظيم أحكام مجلة الإلتزامات و العقود التونسية

ثانيا: المراجع

01-الكتب العامة

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة بالالتزام، أحكام الالتزام، 2008.
- إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، الكويت، مكتبة الفلاح، 1981.
- الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف للنشر، الأسكندرية ، 1990.

- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع الإثراء بلا سبب، القانون، منشأة المصارف، مصر، 2005.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، 1952.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1968.
- عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني لالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، ط2، الجزائر، 2009.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، مصادر الالتزام.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- لحسن بن شيخ آث ملويا، الملتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول- دار هومة، الطبعة الرابعة الجزائر 2006.
- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي
- زين الدين بن إبراهيم إبن نجيم، الأشياء والنظائر، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003.

- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص:188.
- محمد محمد بدران، القانون الانجليزي، دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- محمد الشافعي أبو راس ، العقود الإدارية، القانون العام، 1998.
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية.

02-الكتب المتخصصة

- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الكويت، مكتبة الفلاح، 1964.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية والغير إرادية، دراسة فقهية وقضائية، 2002.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص: 266.
- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- عماد صوالحية، رقابة القضاء الإداري، السلطات الإدارية المستقلة ألفا للوثائق ط1، 2022.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013.
- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 1، دار الفكر العربي.
- محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري – العقد الاداري، دار الفكر الجامعي.
- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي.

- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005.
- محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، ط1، القاهرة ،دار الفكر العربي، 1955 .

03-باللغة الأجنبية

- Christian Larroumet،Droit civil، les obligations T3، 4eme éd، éd économica، Paris، 1998.
- Conseil d'Etat, 9Mars 2018 req n° 406669, Cour administrative d'appel de Lyon,2 Avril 2020 n 18 LY01135.
- Conseille d'Etat., 27/10/1978, la ville de saint-molo, Rec, P401

ثالثا: المقالات والمجلات العلمية

- بوكرزارة أحمد، الإبطال والفسخ، دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، عدد 3، ديسمبر 2021.
- علي يونس اسماعيل، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، العراق، مجلة العلوم القانونية – جامعة بغداد / العدد الثاني 2020.
- مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلة 20، العدد الثاني – 2004 .
- حمد عمر محمد، السلطة التقديرية بالإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2003.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج ك 5، ط2، ذات السلاسل للطباعة، الكويت، 1986.

رابعا: المذكرات والرسائل الجامعية:

- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري ، قسنطينة ، كلية الحقوق، 2009.
- مليكة مراد، الغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجيستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2010.

- بلقاسم رازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم الأساسية، تيزي وزو، 2019-2020
- جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.
- بن زهرة لامياء، آثار بطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.

خامسا : الأحكام والقرارات القضائية

- مجلس شورى الدولة اللبناني قرار رقم 2 تاريخ 28/1/84 – م. ق. أ. عدد -119
- نقض 1993/06/29 طعن 177 نقلا عن أنور طلبة.
- قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 1994/03/21م. ق العدد 02، 1994،
- قرار رقم 5638، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2003 من 161
- مجلس شورى الدولة اللبناني قرار رقم 265 تاريخ 2002/3/05 م.ق. أ. 2005 عدد 17.

سادسا: المواقع الالكترونية

- محمود سلامة محمود الهايشة
https://m.ahewar.org/s.asp?aid=675808&r=0
- سحر جبار يعقوب، معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة (almerja.net)
- بحث حول فسخ العقد (tribunaldz.com)

فهرس المحتويات

شكر وعرفان

الاهداء

مقدمة:.....أ

الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للفسخ القضائي في العقود الإدارية

المبحث الأول: ماهية الفسخ 3

المطلب الأول: تعريف الفسخ 3

الفرع الأول: التعريف الفقهي.....3

الفرع الثاني: التعريف التشريعي.....5

المطلب الثاني: شروط الفسخ.....6

الفرع الأول: العقد محل الفسخ ملزم للجانبين 7

الفرع الثاني: عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه.....8

الفرع الثالث: أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى أصله 11

المطلب الثالث: حالات الفسخ 12

الفرع الأول: حالة القوة القاهرة 13

الفرع الثاني: الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية 14

الفرع الثالث: الفسخ كموازن لحق الإدارة في التعديل..... 15

المطلب الرابع: الأساس القانوني للفسخ..... 16

الفرع الأول: أساس الصالح العام 17

الفرع الثاني: أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام..... 18

المبحث الثاني: تمييز الفسخ القضائي عن أوضاع مشابهة 19
المطلب الأول: تمييز الفسخ عن الاسقاط 20
أولا: يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة 21
ثانيا: إعذار الملتزم: 22
المطلب الثاني: تمييز الفسخ عن الالغاء 23
من حيث الحكم: 25
من حيث الأثر: 25
المطلب الثالث: تمييز الفسخ عن البطلان 26
المطلب الرابع: تمييز الفسخ عن الانفساخ 27

الفصل الثاني:

دور القضاء الإداري في فسخ العقود الإدارية

المبحث الأول: نطاق سلطة ورقابة القضاء: 31
المطلب الأول: سلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة 31
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في التعويض 36
الفرع الأول: التعويض عن تعديل شروط العقد 37
الفرع الثاني: التعويض عن امتناع أو اخلال الإدارة بالتزاماتها 38
الفرع الثالث: التعويض عن حالة عمل الأمير 40
المطلب الثالث: نطاق رقابة القضاء على العقود الادارية 42
الفرع الأول: تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية 43
الفرع الثاني: نطاق الرقابة القضائية 45

الفرع الثالث: رقابة القضاء على أعمال الإدارة وقراراتها: 47
المبحث الثاني: إجراءات الفسخ القضائي..... 49
المطلب الأول: الإعذار..... 49
المطلب الثاني: رفع دعوى الفسخ 52
المطلب الثالث: شروط دعوى فسخ العقود الإدارية 54
المطلب الرابع: آثار الفسخ 57
الفرع الأول: آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين..... 58
الفرع الثاني: آثار الفسخ بالنسبة للغير 62
خاتمة:.....64
قائمة المصادر والمراجع 68
فهرس المحتويات.....74