الفصل التمهيدي
تعريف العقد الإداري ونظرية الفسخ

الفصل التمهيدي
تعريف العقد الإداري ونظرية الفسخ

يعرف العقد بصفة عامة على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويعرف القانون المدني الجزائري العقد كمصدر من مصادر الإلتزام، في المادة ٥٤ منه بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أوعدة أشخاص آخرين، بمنح أوفعل أوعدم فعل شئ ما. " ويتضح لنا بأن القانون المدني الجزائري قد انتهج نهج المشرع الفرنسي في تعريف العقد، حيث جمع بين تعريف العقد والإتفاق(٧).

ويميز بعض الفقهاء بين الإتفاق والعقد، الاتفاق هو توافق إرادتين أوأكثر على إنشاء التزام أونقله أوتعديله أوإنهائه، فالاتفاق على إنشاء إلتزام مثله عقد البيع، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري.

والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أوعلى نقله زمن حيث يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الإتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لإلتزام أوناقلا له، فإذا كان يعدل الإلتزام أوينهيه فهو ليس بعقد(٨).

والعقد يولد إلتزاماً، أي مركزاً قانونياً ذاتياً، يفترق عن العمل الشرطي الذي يصدر من جانب واحد ولا ينشئ التزاماً أومركزاً فردياً وإنما يقتصر على أن يسند إلى شخص معين أوأشخاص معينين مركزاً عاماً موضوعياً كان موجوداً من قبل(٩).

فإذا نشأ العقد صحيحاً فإنه يرتب إلتزامات وحقوقاً على المتعاقدين، ويرتب كذلك احترام التزامات التعاقدية المنصوصة في كراسة الشروط أوفي القانون الداخلي للعقد، فإذا أخل أحدهما ترتب عليه فسخ العقد.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ يونيه ١٩٨٤ على مايلي: "....أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص يقوم أساساً على وجود إرادتين

---

(7) Article 1101 code civil francais:" Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

(٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد رقم ١ مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، سنة ٢٠٠٠، ص ١٤٩.

(٩) ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٨، ص ٤٥٧.

متطابقتين بحيث إذا لم يوجد هذا التراضي أوتخلفت شروط صحته كان العقد باطلاً أوقابلاً للإبطال حسب الأحوال. وقد تناول القانون المدني ببيان التراضي وأحكامه....."[١٠].

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٤ سبتمبر ٢٠٠٤:" العقد الإداري – شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه- لايعدو أن يكون توافق إرادتي إيجاب وقبول لإنشاء إلتزامات تعاقدية تقوم على تراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أوأحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لايتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أومصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه أوتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء أكانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أومقررة بمقتضى القوانين واللوائح، أوبمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقاً لامقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لايعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أوتسييره أواستغلاله تحقيقاً للنفع العام، وتكون مصالح المتعاقدين غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق التعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء – وممارسة الجهة الإدارية لاختصاصاتها المقررة قانوناً أوبموجب العقود الإدارية التي تبرمها هي مقررة لمصلحة المرفق العام فيترتب على تراخي موظفيها في ممارسة اختصاصاتها تعرضهم للمسؤولية الإدارية وتوقيع الجزاءات عليهم"[١١].

عقود الإدارة الإدارية وعقود الإدارة المدنية:

ليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري، حيث أن دواعي المصلحة العامة تقتضي من

---

(١٠) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣، بتاريخ ٢٩ يونيه ١٩٧٤،طعن رقم ٣٩٧ لسنة ١٦ قضائية، موسوعة الأحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص٦٤١.

(١١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٢، بتاريخ ٤ سبتمبر ٢٠٠٤، طعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ قضائية، موسوعة الأحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص ٦٢٩.

الإدارة أن تبرم نوعين من العقود، عقود الإدارة الإدارية وعقود الإدارة المدنية، ففي الأولى تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة بما لها من امتيازات، تجعل كفة الإدارة دائما أعلى من كفة المتعاقد، وبالتالي المنازعات الناشئة عنه تفصلها القضاء الإداري.

أما في الثانية فتكون الإدارة طرفاً في العقد كأي فرد من الأفراد العاديين عندما يدخلون في علاقات تعاقدية فيما بينهم، وعليه القضاء العادي هو المختص[١٢].

ولايرجع لإرادة الإدارة أوطرفي العقد لمعرفة ما إذا كان العقد عقداً إدارياً أم عقداً من عقود القانون الخاص. وذلك لأن هذا المعيار الشخصي يؤدي إلى تحديد الإختصاص القضائي على أساس إرادة الأطراف، وهو ما لايجوز لأن تقسيم الإختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري يتعلق بالنظام العام[١٣]. هذا بالنسبة لكل من فرنسا ومصر.

أما في الجزائر، فإن كل العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود إدارية سواء في القانون القديم أوفي إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل وذلك استناداً إلى المعيار العضوي.

ولكن المشكلة تثار عندما ينص المشرع على إدارية عقد ما تكون طبيعته مدنية من حيث هدفه وطريقة إبرامه وموقف المشرع هنا منتقد وذلك على أساس أن المشرع عندما يكيف تصرفاً من تصرفات الإدارة عليه أن يأخذ بنظر الإعتبار طبيعة العقد من حيث هدفه وطريقة إبرامه ومضمونه[١٤].

وإزاء النقد الموجه إلى التحديد التشريعي للعقود الإدارية فقد ذهب غالبية فقهاء القانون الإداري إلى المعيار القضائي.

وسوف أتناول في الفصل التمهيدي، المبحثين تاليين:

المبحث الأول: تعريف بالعقد الإداري

المبحث الثاني: أساس النظرية العامة للفسخ

---

(١٢) انظر وليد محمد عباس: المعيار القضائي في تمييز العقد الاداري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١١، ص٢.

انظر ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(١٣) ماجد راغب الحلو: العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٢٧.

(١٤) محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٧، ص ٢٠٨.

المبحث الأول

التعريف بالعقد الإداري

يعرفه دولوبدار بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام وليس كل توافق يعتبر عقداً فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذات المظهر التعاقدي التي تجريها الإدارة[١٥].

كما عرفه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أوتنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة عن القانون الخاص أوأن يحول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[١٦].

كما عرف العقد الإداري بأنّه: "عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أوبمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطا أوشروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص[١٧].

يتضح من التعاريف السابق ذكرها أن العقد لايكون إداريا إلا إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي من القانون العام[١٨]. كما أن العقد يكون إداريا إذا احتوى على شروط غير مألوفة في القانون العام[١٩]. أو كان متصلاً بالمرفق العام[٢٠].

المطلب الأول

نشأة العقود الإدارية

تعتبر نظرية العقد الإداري حديثة النشأة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، حيث أن العقد قوامه الإتفاق مع الإدارة، وبالتالي فهو يرتب أفضل النتائج خصوصا في المجال المالي نظراً لأنه قائم على أساس مبدأ الرضائية.

---

(15) De laubadère: traite de droit administrative l g d j 1994 p 41

(١٦) سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الادارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩١، ص٧٤.

محمود حلمي: العقد الاداري: المرجع السابق، ص ٣.

(١٧) عمار بوضياف: محاضرات في العقود الادارية، الصفقات العمومية، ص ٢٧.

(18) Ce 1 juillet 2010 société bioenerg.

(19) Ce19 novembre 2010
Ce 31 juillet 1912

(20) Ce 20 avril 1956

ومع تطور نشاطات الدولة، أضحى لزاما إيجاد وسيلة أسهل وأسرع من القرار الإداري من أجل تسيير المرفق بانتظام واطراد بما يحقق المصلحة العامة.

وسوف أتناول نشأة العقود الادارية من خلال التعرض لنشأة العقد الإداري في فرنسا ثم نشأة العقد الإداري في مصر وأخيراً نحاول أن نتعرف على موقف القضاء والمشرع الجزائري من نظرية العقد الإداري، وذلك من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا

الفرع الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر

الفرع الثالث: موقف المشرع والقضاء الجزائري من نظرية العقد الإداري

الفرع الأول
نشأة العقود الإدارية في فرنسا

مرت العقود الإدارية في فرنسا بمرحلتين، العقود الإدارية بتحديد القانون، وقد كان للفقيه لافرييز في القرن التاسع عشر دوراً هاماً في تطور العقود الادارية بتحديد القانون وذلك لتمييزه بين نوعين من الأعمال، الأعمال العادية والأعمال الإدارية وبالتالي تحديد جهة الإختصاص لكل منهما، والعقود الإدارية بطبيعتها حيث كان للمرفق العام دوراً هاماً في بلورة النظرية.

أولاً: العقود الإدارية بتحديد القانون:

هي مجموعة من العقود نص عليها المشرع وحدد اختصاص محاكم القضاء الإداري للفصل في المنازعات المتعلقة بها وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في بداية الثورة الفرنسية عندما وصف المشرع الفرنسي بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة سعيا من المشرع لتفرقة بين الأعمال الإدارية والأعمال العادية، وقد تطورت هذه النظرية على يد لافرييز، ووفقاً لهذه النظرية تقوم الإدارة بنوعين من الأعمال[٢١]: فهي تارة تأمر وتنهي وتستعمل سلطتها وسلطانها، وتارة أخرى تخلع عن نفسها ثوب السلطة والجبروت وتنزل إلى مستوى الأفراد وتتعامل

(21) Richer laurent : la contractualisation de gestion des affaires public dans l' administration contractant A J D A 2003 p 42
voir: Vedel : droit administratif; presses universitaires de france 1973 p 228.
voir: André Maurin : Droit administratif 7 ème édition dalloz 2009 p 84.

معهم بنفس الشروط التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم[٢٢].

وعليه حينما تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة فهي تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية دون حاجة لنص تشريعي صريح يجيز ذلك، أما في حالة الأعمال العادية فتخضع الإدارة لاختصاص المحاكم العادية، إلا في حالة النص الصريح على خلاف ذلك.

ومن أمثلة ذلك:

قانون ٢٨ بليفيوز للسنة الثامنة والإختصاص بشأن عقد الأشغال العامة، فوفقا لنص المادة ٤ من قانون ٢٨ بليفوز للسنة الثامنة، كانت جميع المنازعات التي تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم، كذلك قانوني ١٧ يوليو سنة ١٧٩٠ و٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ واللتان تقرران أن عقود القرض العام للدولة عقوداً بنص القانون.

كما أن مرسوم ١١ يونيو سنة ١٨٠٦ بشأن عقود التوريد نصت المادة ١٤ من مرسوم ١١ يونيو سنة ١٨٠٦ على اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة.

المادة الأولى من مرسوم ١٧ من يونيو عام ١٩٣٨، والتي أصبحت من قانون أموال الدولة في المادة ١/٢٣٣١ من القانون العام لملكية الأشخاص العامة حيث عقدت تلك المادة الإختصاص للقضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود التي تتضمن شغلاً أوانتفاعاً بالدومين العام[٢٣].

المادة الأولى من المرسوم رقم ٥٥٩-٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ١٧ من يونيو عام ٢٠٠٤ الخاص بعقد الشراكة حيث أضفت تلك المادة على عقود الشراكة الطابع الإداري[٢٤]

وقانون Murcef في ٢٠٠١/١٢/١١ في المادة ٢ منه ينص:" الصفقة المبرمة في إطار تطبيق قانون الصفقات العمومية هي عقود إدارية"[٢٥].

---

(٢٢)ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(23) TC 16/10/2006 req n°c3506.

(24) Article 1:" les cotrats de partenariat sont des contrats administratifs "

(25) Article 2: " les marches passés en application du code des marchés publics sont des contrats administratifs."
C e 6 décembre 1855 Rotschild

ثانيا: العقود الإدارية بطبيعتها

ظهور معيار المرفق العام

يعتبر حكم روتشيلد الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٥ أساسا لنشأة فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، في مجال دعاوى المسؤولية الإدارية ذات طابع مستقل عن المسؤولية المدنية(٢٦).

كما أن حكم بلانكو الشهير الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في ٨ فيفري ١٨٧٣ يعتبر عامل الرئيسي في نشأة معيار المرفق العام(٢٧)، وأكد ما سبق أن ردده حكم ريتشارد، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الطفلة Agnés blancoفي الخامسة من عمرها جرحت نتيجة اصطدامها بعربة مقطورة، تنقل إنتاج التبغ من المصنع إلى المستودع. فرفع السيد بلانكو والد الضحية ضد محافظ محافظة لاجيروند ممثل الدولة، دعوى التعويض على أساس تطبيق المواد ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، طالبا مبلغ ٤٠ ألف فرنك فرنسي يدفع بالتضامن بين سائق العربة والدولة وكان ذلك أمام القاضي العادي فطرحت اشكالية اختصاص القاضي الإداري. وهو ما أدى إلى عرض النزاع على محكمة التنازع الفرنسية وقد حكمت محكمة التنازع الفرنسية باختصاص القاضي الإداري(٢٨).

غير أنه بقى القضاء متعلقاً بنظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية ولا يعترف بالصفة الإدارية لغير العقود التي تكون من اختصاص القضاء الإداري بتحديد القانون.

وفي حكم تيريه الصادر في ٦ فبراير ١٩٠٣ (٢٩)، سّوى مجلس الدولة الفرنسي بين عقود

---

(٢٦) وقد جاء في حيثيات الحكم مايلي: "... للإدارة وحدها تحت سلطان القانون حق تنظيم المرافق العامة التي تشرف عليها... وتقدير الروابط التي تنشأ بينهما وبين الموظفين من ناحية، وكذلك تقدير طبيعة الروابط والحقوق والإلتزامات المتبادلة الناشئة عنها، وهذه الروابط والحقوق والإلتزامات لاتحكمها مبادئ ونصوص القانون المدني وحده وبالذات فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة... فإن هذه المسؤولية ليست عامة أومطلقة، وإنما تتعدل حسب طبيعة ومستلزمات كل مرفق، وبالتالي فإن الإدارة وحدها يمكنها أن تقرر شروطها وحدودها...."

(27) Marie Christine Roualt: Droit administratif, gualino éditeur,5 éme édition paris 2009. p39.

(28) C e 8 février 1873 blanco req n°00012.

(29) C e 6 février 1903 terrier req n° 07496

وتتلخص وقائع القضية: في أن المجلس الجهوي قد خصص مكافأه مالية للصيادين من أجل التخلص من الأفاعي، ولكن الاعتمادات المالية المخصصة لم تكف هذا مادفع تيزي الى رفع الدعوى أمام مجلس الدولة =

عقود السلطة المركزية وعقود الهيئات المحلية ولم يعد يبنى اختصاصه في نطاق العقود على أساس النصوص التشريعية ولكنه استند إلى طبيعة العقد، وكذلك الحكم الصادر في ٤ مارس ١٩١٠[٣٠].

وعلى ذلك كان لهذه الأحكام الدور الهام في نشأة العقود الإدارية وتقرير المسؤولية الإدارية مستقلة عن المسؤولية المدنية.

الفرع الثاني
نشأة العقود الإدارية في مصر

في مصر لم تبدأ نظرية العقود الإدارية في الظهور إلا متأخراً وبعد صدور قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والذي جعل القضاء الإداري هو جهة الإختصاص الوحيدة في مسائل العقود الإدارية، إذ نصت المادة العاشرة منه على أن : "**يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد، أوبأي عقد إداري**".

وبذلك أصبح مجلس الدولة منذ ذلك التاريخ، هو الجهة الطبيعية المختصة بنظر منازعات العقود الإدارية كافة، بإعتبار أن تلك الروابط من مجالات القانون الإداري أوالقانون العام[٣١].

إذ أن قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يكن ينص على هذه المسائل ضمن اختصاصات المجلس المحددة على سبيل الحصر[٣٢]. ومن ثم بقيت جميع عقود الإدارة خاضعة للقاضي العادي، أي لاختصاص المحاكم المدنية.

أما قانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ فقد حدد في مادته الخامسة اختصاص القضاء الإداري

=

مطالباً بالمبلغ، والسؤال الذي طرح هل يعتبر مجلس الدولة مختص للبت في نزاع القائم بين الإدارة وصياد الأفاعي، اعتبر مجلس الدولة بأن نشاط الصياد يمثل خدمة عامة يتمثل في مكافحة الحيوانات الخطرة، وبالتالي يكون قد أنشأ بنشاطه مرفق عام لإتلاف هذه الحيوانات وهذا يكفي ليكون العقد اداريا، ويدخل في اختصاصه.

(30) C e 4 mars 1910 thérond req n°29373.

(٣١) د عزيز الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية،سنة١٩٨١ ،ص١٢.

(٣٢) د ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٢٩.

للمنازعات الإدارية بثلاثة عقود إدارية، عقد الإلتزام، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد. إلا أن هذا التقسيم تعرض لانتقاد من ذلك أنه قصر منازعات العقود الإدارية في ثلاثة عقود إدارية دون غيرها، كما أن اختصاص القضاء الإداري بشأن الفصل في العقود الإدارية الثلاثة اختصاص اختياري ومشترك مع المحاكم المدنية

فمادام المشرع قد اعترف للعقود الثلاثة المذكورة في المادة الخامسة بالطبيعة الإدارية، فكيف يجعلها خاضعة للاختصاص المدني والإداري في وقت واحد، فتخضع تارة لقواعد القانون المدني وتارة أخرى تخرج عن سلطات ذلك القانون وتخضع لقواعد خاصة مغايرة للقواعد التي تحكم العقود المدنية(٣٣).

الفرع الثالث

موقف المشرع والقضاء الإداري الجزائري من نظرية العقد الإداري

للإدارة الحق في إبرام نوعين من العقود العقود المدنية والعقود الإدارية، ولكل منهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، الأول يختص به القضاء العادي والثاني يختص به القضاء الإداري. هذا ما هو معروف في كل من النظام القانوني الفرنسي والمصري، أما في النظام القانوني الجزائري فيختلف ذلك، فما هو موقف المشرع الجزائري والقضاء الإداري كذلك؟

ففي القانون الجزائري، العقود الإدارية هي دائما عقود إدارية بتحديد من القانون، وإن هذا التحديد إما أن يكون بصفة مباشرة أوبصفة غير مباشرة. ففي الحالة الأولى أي بصفة مباشرة، فقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من العقود. فعلى سبيل المثال، تنص المادة ٤ فقرة ١ من المرسوم التنفيذي رقم ٠١/٨٩ المؤرخ في ١٥ يناير ١٩٨٩ الذي يضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، على مايلي: "امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة".

وفي الحالة الثانية أي بصفة غير مباشرة، ولأسباب خاصة يمكن أن يكون هناك نص قانوني يمنح إلى المحاكم الإدارية الإختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة. وينتج عن هذا الإعتراف من طرف المشرع أن هذا النوع من العقود، هي عقود إدارية. وهي القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة ٨٠٠ من القانون رقم ٠٩/٠٨ المؤرخ

---

(٣٣) د مصطفى أبوزيد فهمي: القضاء الاداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية الطبعة العاشرة، سنة ١٩٩٨، ص ٥٢.

في ٢٥ فيفري ٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أوالولاية أوالبلدية أوإحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

وعليه فإن العقد الإداري في الجزائر يقوم على أساس المعيار العضوي. ومع ذلك فقد جاء في نص المادة ٠٢ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ المؤرخ في ٠٧ أكتوبر ٢٠١٠ يتضمن تنظيم قانون الصفقات العمومية:

"**لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات**"

- الإدارات العمومية
- الهيئات الوطنية المستقلة
- الولايات
- البلديات
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري
- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري والمؤسسات العمومية الإقتصادية **عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أوجزئياً بمساهمة مؤقتة أونهائية من الدولة** وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

باستقرائنا لنص المادة السابق ذكرها يتضح أن المشرع الجزائري وخروجاً منه عن الأصل إمكانية أخذ بالمعايير الأخرى وليس المعيار العضوي وحده كأساس لتحديد العقد الإداري وذلك عندما نص على إمكانية اعمال بنص المادة ٠٢ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ على أشخاص القانون الخاص مشترطاً لذلك تكليف تلك الهيئات بإنجاز عمليات ممولة كليا أوجزئيا من ميزانية الدولة وهو مايعني عدم تركيز المشرع في هذا الصدد على المعيار العضوي واكتفاؤه بالمعيار الشكلي المتمثل في الشرط الإستثنائي الذي يستنبط من خلال عبارة "**عند تكلف**" الواردة في النص ذلك لأن في التكليف إقرار ضمني بمنح امتيازات السلطة العامة، وبالمعيار الموضوعي المستنبط من عبارة "**بإنجاز عملية ممولة كليا أوجزئيا، بمساهمة نهائيةٍ أومؤقتةٍ من الدولة**"

موقف القضاء الجزائري:

القضاء الإداري الجزائري قد أخذ منحا مخالفاً لموقف المشرع تجاه المؤسسات التي

لاتحوز على الصبغة الإدارية حيث رفض النظر في المنازعات القائمة بخصوص صفقات المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية حتى وإن كانت مبرمة طبقاً لشروط ومقتضيات ماقضى به المشرع.

حسب ميزان معارفنا المتواضع يتضح لنا أنه كان من المفروض على المشرع تبني المعيار العضوي في مجال قرارات الإدارة على أساس أن الإدارة تصدر نوعاً واحداً من القرارات وبإرادتها المنفردة، أما في مجال العقود الادارية فإنها من الممكن أن تلجأ للقانون الخاص إذا رأت في ذلك مصلحة عامة، وإن كان الأصل في القانون الجزائري هو اعتماد المعيار العضوي، فإن الإستثناء هو الأخذ بالمعايير الأخرى حيث نصت المادة ٠٢ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ على إمكانية تكليف أشخاص القانون الخاص مشترطاً لذلك تكليف تلك الهيئات بإنجاز عمليات ممولة كلياً أوجزئياً من ميزانية الدولة.

إذن سواءاً في إطار قانون الإجراءات المدنية السابق أوقانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي المعدل في ٢٠٠٨ فالمشرع الجزائري أخذ بمعيار واحدٍ، المعيار المادي، واستثنى بنص صريح في المادة ٢ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ على إمكانية الإستعانة بمعايير أخرى.

المطلب الثاني

المعيار المميز للعقد الإداري

حسب ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، فإن العقد الإداري هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الإتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الإتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أوبالسماح للمتعاقد معها وهو أحد أشخاص القانون الخاص بالإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام وعلى ذات النمط استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه وعلى رأسها قضاء المحكمة الإدارية العليا(٣٤)

ويعرف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه: ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أوتنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أوأن يخول

---

(٣٤) مجموعة أحكام الإدارية العليا السنة ١٣ ، موسوعة الأحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين ،مركز الأبحاث والدراسات القانونية،سنة ٢٠١٢، ص ٥٧٧

المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[٣٥].

وعليه يُستشف من التعريفات السابقة أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام.

ثانيا: أن تتصل الإدارة بإدارة المرفق العام.

ثالثا: أن تستعمل الإدارة القانون العام.

هذا ماسوف نتناوله في الثلاثة فروع التالية:

الفرع الأول

أن يكون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام

تُعتبر الإدارة طرفاً أساسياً لايمكن إهماله في العقد الإداري، ويفسر هذا الشرط رغبة المشرع في اصباغ الصفة الإدارية للعقد. فالعقود الإدارية هي: طائفة من عقود الإدارة وبالتالي فإن العقد الذي لايكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لايمكن أن يعتبر عقداً إدارياً بحال من الأحوال[٣٦].

ونظراً لتعدد الأشخاص الإعتبارية، وتنوع مجالاتها، يعن التساؤل عن كيفية تحديدها؟ بالرجوع لنص المادة ٤٩ من القانون المدني الجزائري فإن الأشخاص المعنوية هي: الدولة، الولاية، البلدية

_ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

_ الشركات المدنية والتجارية.

_ الجمعيات والمؤسسات.

_ الوقف.

_ وكل مجموعة من أشخاص أوأموال يمنحها القانون شخصية قانونية

وعلى ضوء هذه المادة تنقسم الأشخاص المعنوية إلى: أشخاص معنوية خاصة أي

---

(٣٥) د سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٥٠

(٣٦) المحكمة الادارية العليا: الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨ الموسوعة الإدارية الحديثة ج٤٩ ص ٤٦.

تحكمها قواعد القانون الخاص (مثل الشركات التجارية، والجمعيات الخاصة)، وأشخاص معنوية عامة أي تحكمها قواعد القانون العام (مثل الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية.

وبالتالي تنقسم الأشخاص المعنوية إلى تعدد حصري، وآخر وصفي، الأول تقليدي مفاده تقسيم هذه الأشخاص إلى أقسام: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وأما الآخر ونعني به التعدد الوصفي ومفاده التعرف على ما إذا كان الشخص الإعتباري عاماً أم خاصاً، بمدى انطباق أوصاف الشخصية الإعتبارية العامة بالنسبة له من عدمه وهذه الأوصاف تتمثل فيما يتمتع به الشخص الإعتباري العام من إمتيازات السلطة العامة ومن أبرزها ما يعترف له به من سلطة إصدار قرارات ملزمة، وماله من قدرة فرضها على المخاطبين بها جبراً أوماله من سلطة التنفيذ المباشر بغير حاجة للإلتجاء إلى القضاء لفرض إحترامها(٣٧).

وان مفهوم الإدارة التي تكون طرفاً في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة(٣٨) وليس الخاصة، لأن الإدارة إذا تعاقدت مع الأفراد بمقتضى عقود مدنية فلن نكون في هذه الحالة أمام عقد إداري، وإنما أمام عقد مدني.

وإذا اعترفنا لشخص معنوي بأنه من أشخاص القانون العام، فإن العقود التي يبرمها هذا الشخص تدخل في عداد العقود الإدارية متى استكملت باقي شروط العقود الإدارية.

وكقاعدة عامة العقد الذي لايكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام لايجوز اعتباره عقداً إدارياً، وذلك أن قواعد القانون الإداري ما وضعت إلا لتحكم نشاط الإدارة لانشاط الأفراد ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة لاتعد كقاعدة عامة عقوداً إدارية(٣٩).

---

(٣٧) د باهي يونس: الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٣، ص ٨٠، ٨١.

انظر د مفتاح خليفة عبد الحميد: إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٧، ص ٣٧.

(38)André Maurin: op. cit p84.

voir: Yves gaudemet: traité de droit administratif , 16 éme édition delta 2002, p 675.

(٣٩) د وليد محمد عباس: المرجع السابق، ص ٩

هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية société ansaldo industria؛ بأن شركة انسالدو تعاقدت ولكن ليس لحساب الشخص المعنوي العام، وعليه فإن العقد المبرم بين شخصين من القانون الخاص لايعتبر عقداً إدارياً[٤٠]، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قرار آخر له نفس المعنى[٤١]. وهذا ماذهبت اليه كذلك محكمة التنازع الفرنسية في معظم قراراتها [٤٢].

بيد أنه قد يتحول الشخص المعنوي العام بعد إبرام العقد الإداري إلى شخص من القانون الخاص فهل يتأثر العقد الإداري ويفقد بذلك الطرف الأساسي والجوهري للعقد وتخلع عليه الصفة الإدارية تماشياً مع هذا التحول أم أن العبرة في توافر الشخص المعنوي العام وقت ابرام العقد ولا يتأثر العقد الاداري بذلك؟.

باستقراء الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي فإنه لايغير من كون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما أن يتحول هذا الشخص بعد إبرام العقد إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، إذ العبرة بطبيعة العقد الإداري وقت إبرامه، ويتضح ذلك في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة التنازع الفرنسية وفي ذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٦ أكتوبر عام ٢٠٠٦ حيث صدر هذا الحكم بمناسبة لجوء الدولة الفرنسية في السنوات الأخيرة إلى إحداث تغييرات في الشكل القانوني للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري وتحويلها إلى شكل الشركات المساهمة.

(40) Ce 17 décembre 1999 société ansaldo industria req n°179098.
(41) Ce 15 mars 1999 union des mutuelles de la drome req n°199889.
(42) Tc 6 juillet 2009 société coopérative agricole agrial req n°3711.
Tc 14 juin 2009 sociéte d'HLM pour paris .
Tc 7 janvier 1972 sncf
Tc 26 juin 1989 compagnie générale d' entreprise de chauffage

حيث جاء في حكم محكمة التنازع: "مالم يكن ثمة تشريع مخالف، فإن الطبيعة القانونية للعقد تتحدد وقت إبرامه. (٤٣)"

الإستثناء:

أ / يعتبر العقد إدارياً إذا كان الشخص من القانون الخاص يتعاقد لحساب الشخص المعنوي العام(٤٤) وذلك حسب المادة ١٩٨٤ من القانون المدني الفرنسي(٤٥)، حيث أن التعاقد يتم بإسم ولحساب الموكل (٤٦) بموجب عقد وكالة وتظل الإدارة مسؤولة أمام الأطراف العقد عن العقود التي تبرمها مع الوكيل(٤٧).

هذا مانصت عليه المادة ٣٨ /١ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨: "يجوز للجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون...أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد".

وهذا ما ذهب إليه كذلك مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في ١١ ماي ٢٠٠١ بأن شركة الأشغال العامة بعين تيموشنت OPGI، شركة ذات طابع صناعي وتجاري، نص على أن العقد أبرم وفقا لقانون الصفقات العمومية، وبما أن التعاقد أبرم على حساب الدولة، فإن منازعات العقود الإدارية تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري(٤٨).

---

(43) Tc 16 octobre 2006 req n °3506

(44) Ce 30 mai 1975 société d équipement de la région montpelliéraine

(45) Article 1984 code civil: le mondat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom Le contrat ne se forme que par l acceptation du mandataire

(46) voir: Yves gaudement: op.cit. p 675.

(٤٧) المادة ١٠٥ من القانون المدني المصري تنص على: إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً بإسم الأصيل فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى ذمة هذا الأخير."

المادة ٥٧١ من قانون المدني الجزائري: "الوكالة أوالإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شئ لحساب الموكل وبإسمه".

(48) Rachid zouaimia et marie christine rouault: droit administratif berti édition alger 2009 p 174.

حكم محكمة التنازع في قضية ٨ جويلية ١٩٦٣[٤٩] :

محكمة التنازع في قضية ٨ جويلية ١٩٦٣ تخرج عن المبدأ: وهو أن العقد المبرم بين شخصين لايمكن أن يكتسب الطابع الإداري، حيث ترى المحكمة ضرورة النظر إلى موضوع العقد الذي يهدف إلى المصلحة العامة، وفي هذا الحكم رأت محكمة التنازع أن بناء الطرق السريعة مثل الطرق الوطنية مهمة ملقاه على عاتق الدولة ولا حاجة للتمييز إذا كان البناء يتم مباشرة من طرف الدولة أومن طرف الوكيل، ذلك أنه عندما يتولى هذه المهمة وكيل هو في الحقيقة نيابة عن الدولة.

وبناءا على ما تقدم، فالعقد المبرم بين الوكيل وشركة الأشغال العامة لبناء الطرق السريعة حتى ولو أبرم بين شخصين من القانون الخاص فهو عقد إداري ويخضع للقانون العام[٥٠]. ومن ثم تكون الدعوى المبين تحليلها أعلاه والتي رفعتها منشأة ضد شركة peyrot"" تدخل ضمن الإختصاص المقرر للقضاء الإداري[٥١].

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ ٢٠١٠/٠٢/١٧ شركة الطريق السريع جنوب فرنسا، جاء فيه أنه على الشركة المفوضة لإستغلال الطرقات السريعة يجب عليها تخصيص نسبة من المساهمة المالية للدولة في انشاء عمل فني. وهذا العمل يعتبر تابع للطريق

---

(٤٩) المادة الرابعة من قانون ١٨ أفريل عام ١٩٥٥ حدد نظام الطرق السريعة على النحو التالي:" الإنتفاع بالطرق السريعة مجاني من حيث المبدأ ومع ذلك يمكن استهدافا للنفع العام أن تمنح الدولة بموجب مرسوم التزم إنشاء أواستغلال أحد الطرق إلى شخص عام أومجموعة من الأشخاص العامة أوغرفة تجارة أوشركة اقتصاد مختلط تكون الأغلبية فيها للمصالح العامة..... ويمكن أن تخول الأشخاص المحلية الملتزم تقاضي رسوم نظير المرور لتغطية فوائد واستهلاك رؤوس الأموال التي استثمرها وكذلك لصيانة الطريق وتوسيعه في المستقبل

(50)TC 8juillet 1963, Société entreprise Peyrot, n° 01804 Le Tribunal des conflits déroge au principe selon lequel un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut revêtir le caractère d'un contrat administratif. Il convient également de considérer l'objet du contrat qui vise un but d'intérêt général. Dans cet arrêt, le Tribunal des conflits juge que la construction des autoroutes comme la construction des routes nationales est une mission appartenant par nature à l'Etat et qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que la construction est assurée directement par l'Etat ou par un concessionnaire. Lorsque cette mission est confiée à un concessionnaire, celui-ci agit en réalité pour le compte de l'Etat. Le contrat conclu entre ce concessionnaire et l'entreprise titulaire du marché pour l'exécution des travaux nécessaires à la construction de l'autoroute, même conclu entre deux personnes privées doit, par suite, être qualifié de contrat administratif et soumis au droit public.

(٥١) أنظر ملحق رقم ٠١

السريع، مهما كان استعماله أومنفعته يكون العقد المبرم بين المفوض والفنان لإنجاز العمل الفني عقد إداري [٥٢]. وقد وسع القضاء في حكمه من نطاق إنشاء الطرق السريعة، ليشمل إنشاء الأنفاق[٥٣].

ب / سواء كان التعاقد لحساب الشخص المعنوي مباشرةً[٥٤] أوضمنياً[٥٥]

حيث يمكن أن ينصرف العقد إلى الشخص المعنوي العام بطريقة ضمنية وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في جملة من أحكامه نذكر منها قضية شركة في ٢٠١٠/١٢/٠٨ حيث عهدت إليها الدولة بناء سكنات طلابية ولكن ذهبت شركة HLM un toit pour tous وأبرمت عقد من الباطن مع شركة أخرى.

ممايثور تساؤل حول تكييف العقد ؟ ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن العقد بين شركة الأولى والثانية هوعقد من الباطن ويسمح للطلاب بالاستفادة منه وأن العقد يعتبر عقد إداري على أساس الأداء الفعلي للمرفق العام الذي يرجع بالنفع العام وعليه يضفي الطابع الإداري[٥٦].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ٧ مارس ١٩٦٤ على مايلي:" من البديهي أن العقد الذي لاتكون الإدارة أحد أطرافه لايجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية. ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لانشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أوالهيئة الخاصة، إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري.

ومن حيث إنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة. ومتى ما كان لانزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما

---

(52) cour de cass. 1 ch. civ 17/02/2010 société des autoroutes sud de france req n°171. "une société concessionaire d'autoroutes est tenu de consacre un pourcentage du montant de la participation financiére de l'état à la réalisation d'oeuvre d'art. cette oeuvre s'analyse comme un ouvrage accessoire à l'autoroute, quelque soit sa fonction de sorte que le contrat conclu entre le concessionnaire et l'artiste est un contrat conclu administratif."

(53) Tc 12 novembre 1984 société économie mixte tunnel sainte - marie req n° 02356.

(54) C e 24 fevrier 1954

(55) Ce 30 mai 1975 soc d' equipement de la région montpelliéraine
Tc juillet 1975
C e 18 juin 1976 culard

(56) Ce 8 décembre 2010 HLM un toit pour tous req n°316723.

بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام، متى كان الأمر كذلك، فإن العقدين المشار إليهما بناء على ماتقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بها ومنها المنازعة الراهنة وذلك بالتطبيق لحكم المادة ١٠ من كل من القوانين رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩"(٥٧).

ج / العقود المبرمة بواسطة جمعيات الشفافة Les contrats conclu par les associations transparentes

الجمعية الشفافة عندما يتم إنشاؤها بمبادرة من الشخص العام الذي يراقب التنظيم وتسيير والذي يوفر له موارده الأساسية منها.

على سبيل المثال: البلدية يمكن لها إنشاء جمعية والتي يكون من مهامها تنظيم مهرجان فني (٥٨).

ويذكر مجلس الدولة في القرار الصادر في ٢١ مارس ٢٠٠٧ بأنه:" العقود المبرمة من طرف جمعيات شفافة من أجل تنفيذ المهمة الموكلة إليها، تعتبر عقود إدارية."(٥٩)

خلاصة القول: أنه يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخص معنوي عام، أوفي حالة ما إذا كان أحد الأفراد أوإحدى الشركات الخاصة نائباً أووكيلا عن الشخص المعنوي العام، أوأن يتم إبرام العقد بواسطة شخص خاص، ولكن آثار العقد تنصرف إلى الشخص المعنوي العام، أما في حالة ما إذا تعاقد الشخص المعنوي العام وكان موضوع التعاقد له صلة بالقانون الخاص، وكذلك آثار العقد ينصرف إلى القانون الخاص فلا يعد العقد عقداً إدارياً.

الفرع الثاني

علاقة العقد بالمرفق العام

يعتبر المرفق العام بحق حجر الزاوية في القانون الإداري وإليه ترد معظم النظريات التي تحكم وسائل الإدارة العامة من قرارات وعقود إدارية، وإن مبادئ القانون الإداري في الوقت

---

(٥٧) المحكمة الإدارية العليا حكم رقم ١٦، طعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق، الجلسة ٧ مارس ١٩٦٤، موسوعة الأحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص٥٨٧.

(58) Article juridique: droit administratif, titre 2 les contrats administratifs www.assed.fr

(59) C e 21 mars 2007 commune de boulogne_ billancourt req n°281796.

الحاضر تقوم في كل من فرنسا ومصر على أساس فكرة المرفق العام، ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم.

وقد عرف دولوبدار المرفق العام بأنه :" المشروع الذي تقوم جهة الإدارة بتنظيمه وتسييره بنفسها أويكون خاضعاً لرقابتها ويهدف إلى تحقيق نفع عام[٦٠]" ويعرف البعض المرفق العام بأنه كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام وهدفه تحقيق الصالح العام، وتكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أوغير مباشرة[٦١].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بتاريخ ٩ فبراير ١٩٩٣، حيث قضت بأن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أوتشرف على إدارته لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام[٦٢].

وبديهي أن لايهدف المرفق العام تحقيق ربح من وراء تزويد المتعاملين معه بالحاجات العامة. ولقد زادت أنواع المرافق العامة إلى جانب المرافق الإدارية، حيث ظهرت المرافق الإقتصادية والمهنية وغيرها.

وقد اكتفى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، بمعيار المرفق العام وحده لتمييز العقد الإداري، في حكمه الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٠

وتتلخص القضية أنه بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٤٤ تم إبرام عقد شفوي بين الإدارة الفرنسية والزوجين برتان لرعاية الرعايا سوفيت الفارين إلى الأراضي الفرنسية في عام ١٩٤٤، وقد كان الإلتزام الملقى على عاتق الزوجين برتان هو قيامهما بدفع مبلغ مالي يومياً عن كل لاجئ لتوفير الطعام لهم في المركز.

وفي سنة ١٩٤٥ ادعى الزوجان أن المبلغ المستحق قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر من المركز. فطالبا بصرف المقابل لهذه الزيادة إلا أن الوزارة رفضت.

ولجأ الزوجين إلى مجلس الدولة بعد رفض وزارة المحاربين القدامى وضحايا الحرب دفع

---

(60) De laubadère: op: cit p37

(٦١) د إبراهيم طه الفياض: القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت ١٩٨٩، ص ٢٩.

(٦٢) الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق ع جلسة ١٩٩٣/٢/٩ الموسوعة الادارية الحديثة، ج ٣٥، طبعة ١٩٩٤، ص ٢٨٠.

مبلغ مالي مقابل زيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين.....

إلا أن الوزارة دفعت بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة في ذلك أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لايعد عقداً إدارياً، ولكن مجلس الدولة رفض هذا الدفع، وحكم في هذا الصدد بأن العقد يمكن أن يكون إدارياً إذا كان هدفه منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام دون الحاجة للبحث عن احتوائه على شروطه الإستثنائية(٦٣).

وكذلك في حكمه الصادر في ١٩٥٦/٠٤/٢٠، وتتلخص وقائع القضية أنه في عام ١٩٤٦ تم إنشاء مرفق عام تكون مهمته الحفاظ على الغابات الفرنسية وتحسين استغلالها. وقد ثار نزاع حول تنفيذ العقد، فذهب مجلس الدولة في حكمه الصادر في ١٩٥٦/٠٤/٢٠ إلى أن العقود المبرمة بين إدارة الماء والغابات الفرنسية وبين ملاك الأراضي تعد من قبيل عقود الأشغال العامة، على اعتبار أن تلك العقود تأخذ من موضوعها نفسه شكل الطابع الإداري. بالإضافة إلى حكم آخر من مجلس الدولة المؤرخ في ١١ ماي ١٩٥٦ Société des transports gondrand fréres(٦٤)، كما ذهبت محكمة التنازع الفرنسية إلى أن السيد "Berkani" الذي عمل منذ عام ١٩٧١ مساعد مطبخ في مرفق Crous de lyon saint étienne الذي يسير مرفقاً عاماً ذا طابع إداري وبالتالي فالإختصاص يرجع للقضاء الإداري(٦٥).

وترتيبا على ذلك لايكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لكي يسبغ عليه الصفة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام كأن يتصل الأمر بإنشاء مرفق عام كعقد الأشغال العامة أويتصل بتنظيمه وإدارته كعقود الإلتزام وقد يتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انتظامه كعقود التوريد(٦٦).

الفرع الثالث

أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

إذا احتوى العقد الإداري شروطاً استثنائية فإن ذلك يضفي عليه الصفة الإدارية، ومن ثم يتصدى القضاء الإداري للنظر فيه باعتباره يدخل في اختصاصه.

ويرى "دي لوبادير" أن الشرط غير المألوف هو الذي يحمل في طياته الطابع الإداري وهو يدرج في العقد من أجل تحقيق الأهداف التي يقصد إليها القانون العام في مجموعه، ويمكن

---

(63) Ce 20 avril 1956 époux bertin req n°98637.
(64) Ce 11 mai 1956 société des transports gondrand fréres.
(65) TC 25 mars 1966 req n° 03000.
(٦٦) د جابر جاد نصار: العقود الادارية، دار النهضة، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٩.

معرفة طبيعة العقد وما إذا كانت شروطه تحمل الطابع الإداري بالرجوع إلى الإعتبارات التي وضعت من أجلها هذه الشروط، ويصبح الشرط غير المألوف إذا كان أساسه اعتبارات الصالح العام التي لايمكن أن توجد في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص(٦٧).

وكان العميد فدال أول المنادين بهذا المبدأ حيث اعتبر أن معيار الشروط غير المألوفة هو المعيار الحقيقي للعقد الإداري وأنه الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام.

أما الفقه، فقد عرف الشروط غير المألوفة وهي شروط لو وضعت في عقد مدني لقضي ببطلانه، ولكنها لايجب أن تكون دائماً كذلك بل يمكن أن تتمثل في شروط لايعتاد الإنسان أن يراها كثيراً في عقود القانون الخاص(٦٨).

كما عرف بأنه شروط تمنح المتعاقد حقوقاً أوتفرض عليه إلتزامات تخرج بطبيعتها وطابعها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء كانت مدنية أوتجارية، كما تشتمل الشروط التي تمنح الإدارة المتعاقدة صلاحيات تمكنها من الدفاع عن المصلحة العامة(٦٩).

وعرف كل من مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية steinبتاريخ ١٩٥٠/١٠/٢٠، ومحكمة التنازع في حكمها الصادر في ١٩٩٩/١١/١٥ ومحكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٠٩/٢٠ الشروط الاستثنائية أنها: "تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أوتحمله بإلتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية والتجارية(٧٠).

وقد انتقدت محكمة النقض الفرنسية هذا التعريف في قضية société axa france بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٣، حيث ذهبت الى القول أن هذا التعريف يجعلنا نعتقد بأن العقد يستطيع أن يكون إداري بسبب شرط واحد يحتوي على بند غير قانوني في منظور القوانين المدنية

---

(67) De Laubadère: traite théorique et pratique des contrats administratifs paris 1956 p 88
voir: Manuel Delamarre: Droit administratif; ellipses édition paris 2009 p 295.

(٦٨) د مصطفى أبوزيد فهمي :المرجع السابق،ص ٢٧٣.

(٦٩) شطناوي على خطار: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع طبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣، ص ٦٩١

(70) Ce 20 octobre1950 stein
TC 15 novembre 1999 commune de bourisp
cour de cass. 1 ére ch civ 20 septembre 2006 req n ° 413480.

والتجارية أوبند غير متداول. [٧١]

واعادة تعريف الشروط غير مألوفة بأنها:" تلك التي تحتوي على المصلحة العامة، ومتعلقة بنظام غير مألوف للعقود الادارية." [٧٢]

وعليه يمكن للباحثة تعريف الشرط غير المألوف في العقود الإدارية أنه الشرط غير المعهود توافره بالنسبة للعقود المدنية والذي يرتكز بالأساس على المصلحة العامة .

وتنص محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ على أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لاتلجأ في إبرامه الى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك الى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة[٧٣].

كما جاءت بمحكمة القضاء الإداري بالإسماعلية قيدت بجدولها رقم ٤٤٥٨ لسنة ١ ق مايلي: "..... ومن حيث أنه من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان إبرامه بشأن نشاط متصل بمرفق عام، وتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ومتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية كان الإختصاص بنظر المنازعات التي تثور بشأنه معقوداً لمحاكم القضاء الإداري وحدها دون غيرها إعمالاً لأحكام الدستور والقانون وهو اختصاص مطلق وشامل لأصل النزاع وما يتفرع عنه سواء كان النزاع عاجلاً أوموضوعياً....."[٧٤].

ويعتبر قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية كرانيت الصادر بتاريخ ١٩١٢/٠٧/٣١ أساس ظهور نظرية الشروط الإستثنائية.

حيث جاءت تقرر مايلي:"العقد مبرم بين مدينة وشركة كان موضوعه التوريد طبقاً لقواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وإنه بهذا يثير الطلب منازعة لايختص القضاء الإداري بنظرها، حيث لايكفي محل العقد مرفق العام، وإنما يجب أن يكون العقد بذاته وطبيعته

---

(٧١) أنظر ملحق رقم :٠٢

(72) TC 13 octobre 2014 société axa france req n ° 3963 .

(٧٣) القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية، السنة الحادية عشر

(٧٤) محكمة القضاء الاداري بالإسماعيلية، القضية رقم ٤٤٥٨ لسنة ١ ق.

خاصة[٧٥]".

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ONF" تاريخ ٢٠١٠/١١/١٩ بأن توافر الشروط غير المألوفة في القانون العام في العقد بين السيد "mimizan" ب ONFيضفي الطابع الإداري وأن محكمة استئناف "بوردو" لم تخطئ في الحكم وأن النزاع الناشئ عن تنفيذ العقد ضمن اختصاص المحكمة الإدارية[٧٦].

ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الإستثنائية غير المألوفة في العقد[٧٧].

---

(75) C e 31 juillet 1912 société des granits .

(76) Ce 19 novembre 2010 ONF req n°331837:"Considérant que l'existence de clauses exorbitantes du droit commun dans le
contrat liant M A à l'ONF lui conférant un caractère administratif, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le litige né de l'exécution de ce contrat relevait de la compétence de la juridiction administrative "

تتلخص وقائع القضية أنه بمقتضى عقد أبرم بين السيد ميمزان و مع مكتب الوطني للغابات اوف بتاريخ ١٤ جوان ٢٠٠٧ سمح لسيد ميمزان باستغلال قطعة أرض لإنشاء مركز للفروسية، وفي عام ٢١ نوفمبر ٢٠٠٧، قرر المكتب الوطني للغابات فسخ العقد قبل تمامه، توجه السيد ميمزان للمحكمة الادارية طالبا تعويض قدر، ١٠ آلاف يورو على الاضرار التي لحقت به ولكن بمقتضى أمر في ٩ سبتمبر ٢٠٠٩ وبمقتضى نص المادة ٢٢٢ -١ من قانون القضاء الاداري رفض رئيس المحكمة الادارية طلبات السيد ميمزان واعتبر أن القضاء غير مختص بذلك.

وفي ٩ جويلية ٢٠٠٩ قضت محكمة الاستئنافية الادارية بإلغاء الأمر ٩ سبتمبر ٢٠٠٩، وأحالت القضية للمحكمة الادارية لبوردو ذلك لأن العقد يعتبر عقد اداري لاحتوائه على شروط غير مألوفة في القانون العام، ومن ذلك أحكام المادة ٧ -١ من العقد موضوع النزاع حيث ينص على أن المكتب الوطني للغابات له سلطة الرقابة المباشرة على جميع الوثائق الحسابية للمتعاقد.

كما جاء في البند ٨-٢-١ من العقد أنه يسمح للمكتب الوطني للغابات بإجراء كافة الأشغال على الأرض في اطار الإختصاصات المخولة لها وفقاً لقانون الغابات، كما ينص بند في المادة ٩ من هذا العقد بسلطات المحلفين في مكتب الوطني للغابات المختص.

(٧٧) د سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٧٦.

المبحث الثاني

أساس النظرية العامة للفسخ

عرفت نظرية العامة لفسخ العقد تطوراً كبيراً بداية بالقانون الروماني في القرن السادس ميلادي إلى القانون الكنيسي ثم القانون الفرنسي القديم وبعدها الحديث الذي يعتبر مصدر القانون بالنسبة لمعظم الدول العربية التي أخذت به.

لقد نظم المشرع الفرنسي نظرية الفسخ في نص المادة ١١٨٣، والمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، والمشرع المصري في المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري.

ونظم المشرع الجزائري نظرية فسخ العقد في المواد ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣ من القانون المدني الجزائري.

وعلى ذلك سوف نتطرق إلى معنى الفسخ ثم بيان ما يشتبه به من أوضاع قانونية، من خلال الخطة التالية:

المطلب الأول: تعريف فسخ العقد الإداري قضائيا وتمييزه مما قد يشتبه به من أوضاع قانونية

المطلب الثاني: التطور التاريخي للنظرية العامة للفسخ

المطلب الأول

تعريف فسخ العقد الإداري قضائيا وتمييزه مما قد يشتبه به من أوضاع قانونية

يعتبر فسخ العقد الإداري قضائيا وسيلة يلجأ إليها المتعاقد لحماية القوة الملزمة في العقد بصفة عامة ولحماية حقه في العقود الملزمة لجانبين بصفة خاصة، في حالة ما إذا لم توف الإدارة بالتزاماتها،وقد يتشابه الفسخ مع أوضاع قانونية أخرى تهدف إلى تحقيق نفس الغاية،وهي إنهاء الرابطة العقدية ، وعلى ذلك سنتطرق إلى تعريف الفسخ لغة وقانوناً، ثم إلى تعريف فسخ العقد الإداري قضائياً وذلك من خلال الخطة التالية :

الفرع الأول: معنى الفسخ

الفرع الثاني: تعريف فسخ العقد الإداري قضائياً

الفرع الأول
معنى الفسخ

الفسخ في اللغة:

فسخ الشئ يفسخه فسخاً فانتقض وتفاسخت الأقاويل تناقضت والفسخ زوال المفصل عن موضعه وفسخت يده أفسخها فسخا بغير ألف إذا فككت مفصله من غير كسر، وفسخ المفصل يفسخه فسخا وفسخه فانفسخ وتفسخ أزاله عن موضعه ، ويقال وقع فلان فانفسخت قدمه(٧٨).

أما معنى الفسخ في القانون:

الفسخ: هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما إلتزم به.

كما يعرف الفسخ أيضا بأنه حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب انحلال الرابطة التعاقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بإلتزامه، وقد يقع الفسخ بحكم القاضي وهو مايسمى بالفسخ القضائي وهو الأصل، وقد يقع بحكم الإتفاق وهو مايعرف بالفسخ الإتفاقي.

الفرع الثاني
مفهوم فسخ العقد الإداري قضائيا

المقصود بفسخ العقد الإداري قضائياً لإخلال الإدارة بالتزاماتها هو أن انحلال الرابطة التعاقدية لايقع من تلقاء نفسه، وإنما يتعين أن ينطق به القاضي بناءاً على طلب المتعاقد (٧٩)، حيث تملك الإدارة حق التدخل في مجال العقود الإدارية، وزيادة التزامات المتعاقد أوإنقاصها. وإن هذا الحق مشروط بألا تتجاوز تلك التعديلات حدوداً معين، وألا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أوإلى تغيير جوهره، بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ماكان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

وإذا تخطت الإدارة تلك الحدود، فإن للمتعاقد إذا وجد أن التعويض لن يجديه في مواجهة الظروف الجديدة أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد. وهذا حق مقرر للمتعاقد في كل من القانون الفرنسي والمصري والجزائري(٨٠).

---

(٧٨) معجم لسان العرب: www . maajim .com

(79) Voir: Rachid Zouaimia et Marie Christine Rouault:op.cit p192.

(٨٠) د سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٧٤٥.

يصنف فسخ العقد الاداري قضائياً ضمن الانقضاء غير الطبيعي أي المبستر للعقد الاداري، بمعنى ينتهي العقد قبل تنفيذ كل الالتزامات، أوقبل انقضاء المدة المحددة لسريانها. ويقدر فسخ العقد الاداري قضائياً لاخلال الادارة بإلتزاماتها التعاقدية على الأسس المدنية باعتبار أنها تمثل القواعد العامة، وبالرجوع للمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي نجدها تنص على مايلي: "على أن الشرط الفاسخ يفهم بصورة ضمنية في العقود الملزمة للجانبين وذلك ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه."

كما نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري: "

١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، وبعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أوبفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

٢- يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته."

ونصت المادة ١١٩ من القانون المدني الجزائري على أن:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أوفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك."

في ضوء أحكام المادة ١١٩ من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه، يظهر أن الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، غير أن هذا الجزاء لايقع تلقائيا وإنما لابد من اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بذلك. وهو ما نصت عليه المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، صراحة بأن الفسخ لايتم تلقائيا، وإنما يجب رفع دعوى من طرف الدائن، وصدور حكم من القاضي المرفوع أمامه النزاع .

ويتضح بمفهوم المخالفة من خلال نصوص المواد السابق ذكرها أنه يمكن للمتعاقد أن يتمسك بتنفيذ العقد، وله أن يجبر المتعاقد الآخر على ذلك وفق الطرق القانونية المعتمدة لذلك أويطالب بفسخ العقد.

كما يتضح أيضا أن الفسخ وسيلة يلجأ إليها المتعاقد لحماية القوة الملزمة في العقد بصفة عامة ولحماية حقه في العقود الملزمة لجانبين بصفة خاصة، وذلك لأن الفسخ مبني على فكرة الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة، كما أنه لايمكن أن يقع الفسخ إلا في حالة إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، كما أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بخصوص تقرير فسخ العقد من عدمه .

الفرع الثالث

تمييز فسخ العقد الاداري قضائيا عن أوضاع القانونية التي تشتبه به

أولا: الإسـقاط

أطلق مجلس الدولة الفرنسي مصطلح الإسقاط على عقود الإمتياز وهذا الجزاء يختلف عن الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث أن هذا الأخير غالباً مايصدر بالإرادة المنفردة للإدارة بما تملكه من وسائل السلطة العامة دون اللجوء إلى القضاء، أما فسخ العقد الإداري قضائياً فهو الذي يجب أن ينطق به القاضي نتيجة لطلب أحد طرفي العقد وبالرجوع للإسقاط في فرنسا فيتطلب أساساً أن يحكم به القاضي المختص إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بهذا الحق من دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وتأسيساً على ذلك، فإن فسخ العقد الإداري قضائيا والإسقاط يشتركان في حرمان الإدارة من حق ممارسة هذا الجزاء تلقائياً في حالة عدم احتفاظها بهذا الحق صراحة في العقد أوكراسة الشروط.

ويعرف الفقيه جيز جزاء الإسقاط بأنه: "فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤلية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه"(٨١).

كما يعرفه الفقيه والين بأنه: "ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي يمكن أن يصيب الملتزم لأنه يحرمه من جميع الحقوق التي يحصل عليها من عقد الإلتزام، ويستبعده من إدارة المرفق العام مع الإحتفاظ بالتعويضات لصالح الإدارة عند اللزوم على مسؤلية الملتزم"(٨٢).

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط بمعناه الدقيق لايوجد إلا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في العقد، أما الحالات التي لايكون منصوصاً فيها على الإسقاط في العقد والتي يصدر فيها الجزاء من القاضي طبقاً للقواعد العامة، فإنه يطلق عليها جزاء الفسخ(٨٣).

ولقد تعرضت هذه التفرقة إلى انتقاذ الفقه الفرنسي، فقد ذهب الفقيه جيز إلى أنه: "من الخطأ التفرقة بين الفسخ لأخطاء الملتزم والإسقاط بمعناه الدقيق، لأنه لايوجد إلا اختلاف في

---

(81) Gaston Jèze: le régime judiciaire du contrat administrative ; R D P 1945 p 911
(82) Waline : traité de droit administratif éditions sirey paris 9 éd 1963 p 707 et 708
(٨٣) د محمد صلاح عبد البديع السيد:" سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٣، ص٥٧.

التعبير حيث أن كلا منهما يستهدف نفس الغرض وهو استبعاد الملتزم نهائياً وإحلال ملتزم جديد محله، كما أن كلاً منهما يستلزم أخطاءاً جسيمة من الملتزم"[٨٤].

وعليه: يتضح بأن إسقاط الإلتزام يتميز على الفسخ في العقود الإدارية فبينما في الإجراء الأول يجب أن يتم بطلب من القاضي، إلا اذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بالحق في توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة دون اللجوء الى القضاء، فإنه في الإجراء الثاني يتم بقرار من الإدارة بإرادتها المنفردة إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر[٨٥].

شروط الاسقاط:

١- وجود خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل يترتب عليه عدم سير المرفق العام بصفة منتظمة ودائمة ومن الأمثلة على ذلك:

أ_ عدم انتظام المرفق في تأدية خدماته للجمهور وخاصة إذا كان من المرافق الحيوية كالمياه والكهرباء والغاز.

ب_ الخروج على شروط العقد كأن يفرض الملتزم رسوماً جديدة على الأفراد دون الرجوع للجهة مانحة الإلتزام.

جـ_ تنازل الملتزم عن العقد كلياً أوجزئياً إلى الغير دون موافقة مسبقة من الجهة الإدارية المختصة وفقاً للعقد.

٢- إنذار الملتزم رسمياً بالطرق القانونية، وتحديد المدة التي سيتم الإسقاط بعدها ويجب في هذه المدة أن تكون معقولة يستطيع فيها الملتزم أن يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح.

ويمكن التغاضي عن هذا الشرط إذا وجدت قرائن الإدارة من اتباعه كأن يثبت لدى جهة الإدارة عدم جدوى الإنذار أوإفلاس الملتزم أوتنازله عن العقد إلى الغير، أوإذا وجد نص واضح يعفي الإدارة من الإنذار.

٣- أن يكون الإسقاط مسبباً ويتم إبلاغه للملتزم بالطرق القانونية[٨٦].

---

(84) Jèze : op. cit p 912

(85) C e 17 novembre 1944 ville d' avallon

(٨٦) د محمد بن سعيد بن حمد المعمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١١.ص ٤٩٤.

انظر د علي فيلالي: المرجع السابق، ص ٤٤٠

ثانيا: الإنهاء الجزائي

هو الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد شخص المتعاقد معها نهائياً عن تنفيذ العمل موضوع العقد(٨٧).

وقد تمارسها في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً وحينئذ تعتبر صورة من صور الجزاءات التي يتميز بها العقد الإداري وهي إمكان الإدارة فسخ العقد بقرار إداري أي بإرادة منفردة، وهذا الجزاء يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية(٨٨).

فسلطة الإنهاء الإنفرادي مقررة للإدارة دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانب المتعاقد ومتى اقتضت المصلحة العامة ذلك، أما سلطة الفسخ الجزائي فتفرض وقوع مثل هذا الخطأ(٨٩).

وحسبما استقر عليه القضاء الإداري لمجلس الدولة الفرنسي أنه يوجد نوعان من الإنهاء الجزائي للعقود الإدارية، الأول يتمثل في الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، وهو مقرر للمصلحة العامة ويوجد في جميع العقود الإدارية: سواء نص عليه في العقد ودفاتر الشروط أولم ينص ويعتبر من النظام العام.

أما النوع الثاني من الإنهاء الجزائي الذي تقرره الإدارة على مسؤولية المتعاقد معها المستبعد من دائرة التنفيذ فهو لايعتبر من النظام العام ولا يوجد بقوة القانون مالم ينص عليه صراحة في العقد أودفاتر الشروط(٩٠).

ومن أوجه الإختلاف بين الإسقاط والإنهاء، يتبين أن قاضي العقد يستطيع إلغاء جزاء إسقاط الإلتزام متى ثبت لديه أنه غير مشروع أوليس له ما يبرره، بينما لايستطيع أن يلغي جزاء الفسخ حتى ولو كان قرار الإدارة في هذا الشأن يتسم بعدم المشروعية(٩١).

---

(٨٧) السلال سعيد جمعة، سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة، ص١٢.

(٨٨) عزيز الشريف: المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٨٩) علي عبد العال سيد أحمد: الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب، سنة ١٩٩٨، ص٢٣.

(٩٠) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني: العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية اسكندرية، سنة ٢٠٠٨، ص ٣٢٧.

(٩١) عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ أساسية في العقود الإدارية،سنة ١٩٩٧ ،ص ١٥٧.

المطلب الثاني

التطور التاريخي للنظرية العامة للفسخ

مر التطور التاريخي للنظرية العامة للفسخ بثلاثة مراحل: المرحلة الأولى: القانون الروماني، المرحلة الثانية: القانون الكنيسي والمرحلة الثالثة: القانون الفرنسي.

المرحلة الأولى : القانون الروماني

ذهب البعض إلى أن القانون الروماني هو عبارة عن مجموعة قواعد قانونية أمر بتقنينها الإمبراطور "جيستيان" في القرن السادس الميلادي، ويرى البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأت مدينة روما، حتى صدور مجموعة جستيان.

وقسمت العقود في ظل القانون الروماني إلى عدة أقسام تختلف عن بعضها البعض من حيث التكوين والإلتزامات المتولدة عنها، والدعاوى التي تحمي كلا منها.

ويمكن حصر هذه العقود في أربعة أقسام أساسية: العقود القولية أوالشفوية، العقود الشيئية أوالعينية، العقود الكتابية، العقود الرضائية.

قد أفسح القانون الروماني مجالاً ضيقاً لنظرية الفسخ وخاصة في عقد البيع وعقد الإيجار والعقود غير المسماة، حيث ارتبطت نظرية الفسخ في القانون الروماني بعقد البيع، حيث يتضمن هذا الأخير شرط الفاسخ الصريح، بحيث يمكن للبائع في حالة عدم قيام المشتري بإلتزامه، الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح الذي بمقتضاه يعتبر الشئ المبيع كأن لم يكن قد اشتراه، والشرط الفاسخ الصريح في القانون الروماني كان قاصرا على حماية البائع دون المشتري.

كما ارتبطت نظرية الفسخ في القانون الروماني بعقد الإيجار، حيث كان كل من المؤجر المستأجر، أن يتحلل من إلتزاماته عن طريق حل الرابطة التعاقدية بالنسبة إلى المستقبل، كما ارتبطت نظرية الفسخ في القانون الروماني بالعقود غير المسماة، حيث كان لكل طرف نفذ التزاماته في العقود غير المسماة، أن يسترد ما قدمه إذا لم يقم الطرف الآخر بما عليه من التزام.

المرحلة الثانية : القانون الكنيسي

بعد أن ساد مبدأ الرضائية في ظل القانون الكنيسي نشأت النظرية العامة للفسخ، حيث أمكن تطبيقها حتى لو لم يتضمن العقد شرطاً يجيز ذلك، وساغ القانون الكنيسي تلك النظرية إستناداً إلى المبادئ الأساسية التالية:

الوفاء بالوعود واجب، مبدأ التدرج بين رجال الدين، عدم جواز تنفيذ العقود التي يكون غرضها غير مشروع.

يعود تاريخ ظهور نظرية الفسخ إلى أواخر القرن ١٢ إذ نادى فقهاء الكنيسة بقاعدة شهيرة بأن جزاء الإخلال بإلتزام إخلال مثله، وهي قاعدة مستمدة من القانون الكنيسي الذي كان يتضمن نصوصاً قانونية تعالج كلا من الرابطة الزوجية، وعلاقة التدرج التي تحكم رجال الدين المسيحي وعلاقة الإقطاعي بتابعه[٩٢].

وصار الفسخ يطبق على كافة العقود الملزمة للجانبين، وكأن أساس هذا المبدأ الشرط الفاسخ الضمني، بدلاً من الشرط الفاسخ الصريح الذي عرفه الرومان[٩٣]. وإن النظرية العامة لفسخ العقد لم يكن لها مكانة في ظل القانون الروماني كما هو منصوص عليه في القانون الكنيسي.

المرحلة الثالثة: القانون الفرنسي

كان رجال الفقه الفرنسيين في القانون القديم قد تأثروا بالقانون الروماني، مما أدى بهم إلى تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح، وبالتالي لم يجيزوا فسخ العقود التي لاتتضمن شرطاً يقضي بذلك.

وانتقلت نظرية الفسخ للقانون المدني الفرنسي الجديد لعام ١٨٠٤ في المادة ١١٨٤ منه التي تقضي بجواز طلب فسخ العقد، غير أن القانون الفرنسي قد جعل طلب الفسخ من القضاء أمراً ضرورياً، وهو ما لم يعرف من قبل.

---

(٩٢) إذ استمد الفقه الكنيسي بعض المبادئ لبناء نظرية الفسخ ومنها:

_ لايراعى عهد من لم يراع دينه: الزواج في القانون الكنيسي يقوم على توافق ارادتين التي ترتب واجبات وحقوق على الطرفين فإذا خالفها أحدهما كان سبب لحل الرابطة الزوجية

الأمانة الزوجية المتبادلة: إن الامانة الزوجية ترتب أمانة متبادلة، أما الخيانة ترتب بضرورة خيانة ومنه تعتبر الرابطة الزوجية منحلة

_ العلاقة التبادلية بين رجال الدين: على رجال الدين احترام من هم أعلم منهم شأنا في مجال الدين، ويقع عليهم واجب الطاعة والتقدير، وفي حالة حدوث العكس، ولم يتم احترام رجال الذين الأعلم فقا، حلت العلاقة التي ترطهم بغيرهم من رجال الدين من هم أقل علما

علاقة الاقطاعي بالتابع: علاقة الاقطاعي بالتابع تتكون بواسطة عقد يسمى بعقد الاقطاع، الذي يرتب بدور، التزامات بين الاقطاعي والتابع فإذا أخل هذا الاخير بالالتزامات حل هذا العقد

وتعتبر هذه المبادئ الأربعة تطبيقا لقاعدة جزاء الاخلال بالإلتزام اخلال مثله.

(٩٣) عبد الكريم بلعيور: نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، سنة ١٩٨٣، ص ٣٨.

خلاصة الفصل التمهيدي

العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإذا نشأ العقد صحيحا فإنه يرتب التزامات وحقوقاً على المتعاقدين، وما يخص العقد الإداري عن باقي عقود القانون الخاص، هو أن العقد الإداري مرتبط بما تقتضيه المصلحة العامة.

ويستشف كذلك من خلال دراستنا في هذا الفصل، أن العقد يكتسب صفته الإدارية اذا توافرت فيه ثلاثة عناصر:

- أولهما أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخص معنوي عام كقاعدة عامة، والإستثناء في حالة ما إذا كان أحد الأفراد أوإحدى الشركات الخاصة نائباً أووكيلاً عن الشخص المعنوي العام، أوأن يتم إبرام العقد بواسطة شخص خاص، ولكن آثار العقد تتصرف إلى الشخص المعنوي العام، أما في حالة ما إذا تعاقد الشخص المعنوي العام وكان موضوع التعاقد له صلة بالقانون الخاص، وكذلك آثار العقد ينصرف إلى القانون الخاص فلا يعد العقد عقداً إدارياً.
- وثانيهما: يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام أويتصل بتنظيمه وإدارته أويتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انتظامه.
- وثالثهما يعتبر إدارياً إذا تضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ومتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الادارية، كان القضاء الاداري مختص بالمنازعات الناشئة عن العقد الإداري.

وبالرجوع للقانون الجزائري فالعقود الإدارية هي دائما عقود إدارية بتحديد من القانون، وإن هذا التحديد إما أن يكون بصفة مباشرة أوبصفة غير مباشرة، فالعقد يكتسب صفته الإدارية ما دامت الإدارة طرفاً في العقد.

كما تطرقنا للنظرية العامة للفسخ وحاولنا تعريف فسخ العقد الإداري قضائيا وتمييزه عن باقي ما يشتبه به، فالفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، والفسخ على ذلك لايكون إلا في العقود الملزمة للجانبين.

ومر التطور التاريخي للنظرية العامة للفسخ بثلاثة مراحل: أولا: القانون الروماني، ثانياً: القانون الكنيسي: وثالثاً القانون الفرنسي القديم والحديث.