جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون العام

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

فسخ الصفقات العمومية: دراسة في ضوء الاجتهاد القضائي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام

تخصص: قانون إداري

من اعداد الطالبتين:
تواهري نسيمة
تواتي فريال

تحت اشراف:
الدكتور تعويلت كريم

لجنة المناقشة

الأستاذ : زوبيري سوفيان ..... رئيسا

الدكتور: تعويلت كريم.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: حميطوش جمال.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022-2023

شكر وتقدير

قال الله تعالى: "**ولئن شكرتم لأزيدنكم** "

الحمد الله بنعمته تتم الصالحات

نحمد الله ونشكره على توفيقنا في انجاز هذا العمل المتواضع والذي أمدنا بالصبر والعزيمة، ونشكر الله أيضا على جميع النعم التي وهبنا إياها ودفعنا إلى السير في طريق العلم والمعرفة

كما نتشرف بتقديم الشكر الجزيل إلى المشرف "الدكتور **تعويلت كريم**" ونشكره على كل النصائح والتوجيهات التي أفادنا بها.

نتوجه بأسمى عبارات الامتنان والشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

نتقدم بالشكر كذلك إلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من كانا سبب وجودي في الحياة،

اللذان كرسا جهدهما المادي والمعنوي من أجل نجاحي في

مشواري الدراسي أبي وأمي حفظهما الله

إلى أخواتي العزيزات كل واحدة باسمها

إلى أخي العزيز رعاه الله وحفظه

وإلى كل من ساهم وساعدني ووقف بجانبي بتوجه وتشجيع أو

دعاء

فريال

الاهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين حفظهما اللّه

إلى أخي وأختي

إلى كل من ساعدني بتوجيه وتشجيع أو دعاء

نسيمة

مقدمة

إن العقود الإدارية شأنها شأن جميع العقود في القانون الخاص لا تتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر قصد خلق التزامات متقابلة بين الأطراف، إلا أنّ مضمون الالتزامات المترتبة عن العقود الإدارية تختلف عن تلك المترتبة العقد المدني، وبطبيعة الحال فإن القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تختلف عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص، إذ تتميّز العقود الإدارية بطابع خاص كما تهدف الإدارة من التعاقد إلى إشباع حاجات عامة تعلو على مصالح الأشخاص التابعة للقانون الخاص عكس العقود الخاصة، حيث أنه إذا كانت مراكز الطرفين في عقود القانون الخاص متساوية، فإنها غير متكافئة في العقود الإدارية بسبب اختلاف الغاية التي تسعى إليها الإدارة عن الغاية التي يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيقها.

تعد الصفقات العمومية من ضمن العقود الإدارية التي تبرم من طرف الدولة والأشخاص المعنوية العامة، وتكتسي أهمية بالغة كونها الوسيلة التي تستخدمها هذه الأخيرة لتنفيذ مشاريعها المختلفة، والتي تضمن الرقابة على إنفاق المال العام وتحصينه.

بالجوع الى السلطة القانونية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها، لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال العمومية واللوازم والخدمات والدراسات، يكمن نجاح الصفقة العمومية بالشروط الواجب توافرها، وذلك يعتمد على طرفي المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، فحدد القانون طريقة تحرير العقد وشروطها الشكلية والموضوعية والالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفي العقد، وامتيازاته وكذا الضمانات المقدمة لكل طرف لإنجاز الصفقة.

تختلف الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية رغم كونها عقود تتضمن التزامات لكل الطرفين، فالصفقات العمومية تخول للإدارة ممارسة جملة من السلطات بصفة انفرادية كسلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات.

[1] مرسوم رئاسي رقم15-247، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المواقف العامة، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2022.

ويرجع الأساس القانوني تمكين الإدارة من استعمال هذه الامتيازات وتوقيع الجزاءات الإدارية ليس فحسب إلى بنود العقد بل كذلك إلى امتيازات السلطة العامة والمصلحة العامة التي تتمثل في المبادئ العامة لسير المرفق بانتظام واطراد وتحقيقا للمصلحة العامة، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بإنهاء العقد متى قررت ذلك، حتى لو لم يقع أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد، فالمصلحة المتعاقدة لها أن تفسخ صفقة عمومية، مثلا عقد الأشغال العامة أو التوريد، فلها أن تحل محل المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بموجب قرار بسيط من جانبها دون اللجوء إلى القضاء، وبالتالي فسخ العقد يعتبر من أخطر الإجراءات التي يمكن للإدارة ممارستها في مواجهة المتعامل المتعاقد لأن هذا يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد الأمر الذي يؤثر سلبا على تنفيذ مضمون العقد، ويشكل بالتالي أخطر الجزاءات.

يعتبر فسخ الصفقة العمومية إنهاء العقد نتيجة لعدم التنفيذ أو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية، فهو بالتالي يدخل إلى جانب المسؤولية العقدية في الجزاء الذي يترتب على هذا الإخلال بالعقد.

إن السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة غير مطلقة إنما تخضع للرقابة القضائية، والتي تعتبر ضمانا للمتعامل المتعاقد ضد تعسف المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن أن تلحق في بعض الأحيان أضرارا بالمتعاقد معها وتؤثر على مركزه القانوني ويظهر ذلك من خلال تعسفها في استعمالها هذه السلطة، ولتجنب أي تعدٍ على حقوقه يحق له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرّر.

تتضح أهمية دراستنا لهذا الموضوع، أن سلطات المصلحة المتعاقدة (الإدارة) في فسخ الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة من أخطر السلطات التي تمارسها، وكذلك من أجل معرفة حدود كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد اتجاه قرار الفسخ لتفادي تعسف الإدارة في استعمال سلطتها وإبراز دور القاضي الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية.

أما بخصوص الأهمية فهي تظهر بصورة جلية في المنازعات التي يمكن أن تثور بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة حين تتعسف هذه الأخيرة في استعمالها لسلطتها تجاهه والتي تمثل إحدى القضايا الأكثر تداولا في القضاء وهو ما أثبته الواقع العلمي.

تهدّف دراسة موضوع فسخ الصفقات العمومية في الاجتهاد القضائي إلى معرفة الحدود القانونية لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها اتجاه الفسخ لتفادي أي تعسف من طرف الإدارة في استعمال سلطتها، كما تهدف دراسة هذا الموضوع معرفة الأسس التي تحكم فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، والجهة التي تتولى الفصل في منازعات الصفقات العمومية، كذلك معرفة طبيعة الدعوى التي يجب أن يرفعها، للطعن في قرار الفسخ الصادر من طرف المصلحة المتعاقدة.

تتجلى أسباب اختيارنا للموضوع في تماشيه مع تخصصنا من جهة، وميولنا الشخصي للصفقات العمومية والرغبة في إثراء الموضوع وتطوير المعرفة الإدارية من جهة أخرى، وكون هذا الموضوع من المواضيع التي تمس بمجال الإدارة والقرارات الصادرة عنها، ومعرفة مستوى الإدارة من خلال الإلمام بالأطر الصحيحة لممارسة آلية الفسخ، أهمية موضوع فسخ الصفقات العمومية ودراسته في ضوء الاجتهاد القضائي.

وقد واجهتنا بعض الصعوبات التي عرقلت عملية البحث تتمثل في ندرة الكتب والدراسات السابقة التي تناولت موضوع فسخ الصفقات العمومية، بالإضافة إلى صعوبة الوصول للأحكام القضائية التي من شأنها أن تثري في عملية بحثنا بشكل كبير.

قد تبرم الصفقات العمومية بطريقة صحيحة سليمة من الناحية القانونية، إلا أنه أثناء مرحلة التنفيذ تتخللها مجموعة من الإشكاليات التي تجعل من مركز التعامل المتعاقد متضرّر، بسبب التصرفات غير المشروعة التي تقوم بها الإدارة في مواجهته، فإلى **أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبط أحكام فسخ الصفقة العمومية؟**

ولإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا انتهاج المنهج التحليلي بتحليل نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، بخصوص مسألة فسخ الصفقة العمومية وذلك في ضوء الاجتهادات القضائية.

ولقد حاولنا تقسيم موضوع فسخ الصفقة العمومية تقسيما ثنائيا من خلال فصلين، تناولنا في الفصل الأول أحكام فسخ الصفقة العمومية، أما عن الفصل الثاني فقد تطرقنا إلى منازعات فسخ الصفقات العمومية.

الفصل الأول

أحكام فسخ الصفقات العمومية

يعتبر الفسخ من أخطر الامتيازات المقررة للمصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية، لأنه يهدف الى انهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد، فهو من اهم مظاهر السلطة العامة فيها وحق أصيل لها بدون حاجة للنص عليه في العقد، بحيث نجد أن المشرع الجزائري قد أورد ذلك في قانون الصفقات من خلال المواد المدرجة في القسم العاشر من الفصل الرابع المتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية الأحكام التعاقدية، بحيث نجده قد منح المصلحة المتعاقدة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال تقصير المتعامل المتعاقد في أداء التزاماته التعاقدية ، كما أتاح لها سلطة فسخ العقد من جانب واحد و هذا في حالة عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لأي خطأ ، كما أدرج المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، صورا لفسخ الصفقة العمومية ، يمكن تصنيفها إلى فسخ جزائي في حال إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، وإلى فسخ تقديري للصفقة العمومية يتم لدواعي المصلحة العامة .

في هذا الفصل سنقسم الدراسة إلى مبحثين، تناول في الأول احكام الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، بينما نتناول في الثاني شروط الفسخ الجزائي.

المبحث الأول

أحكام الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

من الثابت قانونا وفقها وقضاء أن الادارة تملك حق فرض الجزاءات، على المتعاقد معها في حال اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية اخلالا فادحا أو امتنع عنها[2]، فيعتبر الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية من اخطر انواع الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في حال لم يعد المتعاقد قادرا على الوفاء بالتزاماته على النحو المرغوب فيه ، و امتناعه عن ذلك قد يلحق بالمرفق أضرارا كبيرة، وعلى هذا الأساس أو تفاديا لهذه الأضرار يمكن للمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاء الفسخ على المتعاقد معها بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، واستبعاده نهائيا من تنفيذ الأعمال محل العقد وتحميله تبعات و مخاطر الصفقة الجديدة[3]، مع فقدانه لكل حقوقه المستمدة من العقد، بما في ذلك التأمين الذي دفعه.

من هذا المنطلق يعتبر الفسخ الجزائي جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد، الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على وجه مرض، منها عدم وفاء المقاول المتعاقد معها بالتزاماته وعدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة[4]، يأتي قرار الفسخ الجزائي في شكل قرار اداري انفرادي بناء على سلطتها التقديرية، ويترتب على ذلك انهاء الصفقة بصورة مباشرة تفرضها ضرورات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[5].

[2] جابر جاد نصار، العقود الادارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 284.

[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2011، ص211.

[4] سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247" مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص311.

[5] ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجيستر، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص140 .

وهكذا يتبين أن حق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة هو حق أصيل لها مستقل عن العقد ودفاتر الشروط، فهي تصدر قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة اللجوء إلى القضاء ولا تلجأ اليه إلا بعد التأكد أن المتعاقد لم يقم بتنفيذ التزاماته.

من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن قانون الصفقات العمومية لم يعط تعريفا جامعا مانعا للفسخ كجزاء بل اكتفى بالنص عليه، الا أنه يمكن استنتاجه من تفسير المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت عليه، فالفسخ الجزائي بصفة عامة لا يعدو كونه جزاء إداريا رادعا نهائيا، حتى وإن اختلف نوع الصفقة العمومية.

المطلب الأول: شروط الفسخ الجزائي

نظرا لخطورة جزاء الفسخ على المصلحة المتعاقدة كطرف قوي في عقد الصفقة العمومية، نص قانون الصفقات العمومية على ما يلي: " **إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة..."**[6].

من خلال هذا النص نلمس أن المشرع الجزائري، قد قيد توقيع الجزاء في هذه الحالة بشرطين أساسيين لضمان عدم التعسف في استعمال هذا الحق، ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم (فرع أول)، اعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء (الفرع الأول).

الفرع الاول: ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم

يتطلب جزاء فسخ العقد صدور خطأ جسيم، ويقصد بالخطأ الجسيم في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، إذ يمكن القول إن الأفعال التي تبرر هذا الفسخ يجب أن تكون أشد جسامة من تلك المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة، أو يمكن تكرار هذه الافعال مبرّرا تلقائيا لتوقيع جزاء الفسخ.

[6] انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

فليس كل تقصير صادر من المتعامل المتعاقد يوجب الفسخ. إنما لابد ان يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد له درجة معينة من الجسامة[7]، وإلا أعدّ إجراء المصلحة المتعاقدة باطلا من الناحية القانونية، فالعبرة من جسامة الخطأ المرتكب لا من تنفيذ العقد، ويرجع تقدير جسامة الخطأ المرتكب إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة القضاء، ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، تعد من قبيل الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ[8].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-257، نجده ذكر بعض الأفعال التي تبرّر الفسخ بعبارات تخلوا من التفصيل، ويبرز ذلك من خلال المادة 149 المذكورة أعلاه بنصها عبارة: "**إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته... وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره...**".

نستنتج من خلال هذا النص أن المشرع جعل كل إخلال بالالتزامات التعاقدية أخطاء تبرّر توقيع الفسخ، ومن الملاحظ ان شرط الجسامة هنا ضروري من أجل التقليل من تعسف الإدارة والحد من توقع جزاء الفسخ لأسباب بسيطة لا تتناسب مع الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد، وللإدارة سلطة تقدير مدى جسامة هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، حيث أن المشرع الجزائري نجده قد خول للمصلحة المتعاقدة وحدها تقدير جسامة الخطأ ليكون كمبرر للفسخ.

كما لم يشترط في هذا الخطأ درجة معينة في الجسامة ولم يحدد أسبابه وحالاته التي ترتكز عليها الإدارة لتوقيع الجزاء نتيجة لإغفال المشرع لهذا الجانب[9]، فكان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يحدد على الأقل بعض الحالات التي تبرر اللجوء إلى الفسخ على أن يكون ذلك على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وأن يشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.

---

[7] ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص141.

وأشار إليه أيضا سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 545.

[8] مأخوذ من، ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص225.

[9] شيماء جودي، نهاية الصفقة العمومية مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021، ص32.

مع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية دورا مهما إذ أنها تكمل البناء التنظيمي، فنجد أنها قد تضمنت بعض حالات فسخ الصفقة التي تعتبر من قبيل الخطأ الجسيم، ولعل من أبرز تلك الحالات نجدها في مجال الأشغال العمومية، كحالة عدم امتناع المقاول عن تنفيذ التعليمات والأوامر المصلحية الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، أو حالة تخليه عن تنفيذ الأشغال، ورفضه للتغييرات المفروضة عليه من خلال العمل بموجب أمر صادر إليه عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، أو حالة عدم التزامه بالمواعيد المحددة بتنفيذ الأشغال، أو حالة تنازله عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة[10]، أو ارتكابه للغش في تنفيذ الأعمال أو حالة امتناعه عن توريد الأصناف خلال المدة المحدد في أو عدم تسليمها...إلخ[11].

يجوز للإدارة فرض الجزاء في الحالات غير المنصوص عليها على أن تخضع لرقابة القضاء بعكس الحالات المنصوص عليها، فلا يجوز للقاضي التدخل للحكم على مدى ملائمة الفسخ احتراما لإرادة المشرع[12]، القيام بأعمال الغش والتدليس أثناء تنفيذ الاشغال من الاخطار الجسيم التي تبرر فسخ الصفقة، وهذا ويتعدى الامر الى الحرمان من المشاركة في الصفقات، وهي الحالة التي نص عليها كذلك المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن من خلال نص المادة 119 فـ5 منه[13].

على خلاف ذلك فإن دفاتر الشروط الادارية العامة المطبقة على الأشغال العمومية أشارت إلى أهم الأخطاء الجسيمة التي تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى فسخ الصفقة العمومية.

نوضحها كما يلي:

[10] فتيحة حابي، "فسخ صفقات انجاز الاشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 09، 2015، ص100.

[11] رقية جودي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014، ص45.

[12] ربيحة سبكي، المرجع السابق، 143.

[13] مرسوم تنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الادارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة الرسمية عدد05، الصادر في 24 يوليو 2021.

أولا: عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته

قد يقوم المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الذي يربطه بها، في الأجل المحدد وبنفس الشروط المتفق عليها، وهذا لا يطرح أي اشكال من الناحية القانونية، أما إذا أخل هذا المتعاقد بالعقد ولم ينفذ التزاماته التعاقدية، فإن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر، نجده قد أعطى الحق للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى توقيع الجزاء على المتعاقد معها، حيث جاء فيه: "**يمكن أن ينجّر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...**"[14].

هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من تاريخ متقدم في حكمه الصادر في 13 ماي 1907، في قضية دوبلانك[15].

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد دوبلانك أبرم عقد التزام مع احدى القرى لإضاءتها، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته وقد نسب بعد ذلك الى السيد دوبلانك التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة في العقد، ومن ثم عرض الامر على القضاء الاداري للفصل فيه، وكان على القاضي اما أن يتقيد بنصوص العقد فيحكم بالإسقاط أو يوقع جزاء آخر.

على هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري قد حصر سلطة الإدارة في توقيع العقوبات على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في ثلاث حالات نذكرها فيما يلي:

الحالة الاولى: التوقف عن التنفيذ

هنا يتوقف المتعاقد تماما عن تنفيذ الاشغال دون صدور أمر بالتوقف عن الخدمة من المصلحة المتعاقدة، فلا يحق له أن يتوقف عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية بحجة أن الإدارة قد

[14] أنظر، المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[15] مأخوذ عن نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012، ص152.

اخلت بالتزاماتها، عليه أن يسلك السبيل المشروع للحصول على التعويضات المترتبة على إخلال الإدارة بالتزاماتها كحق من حقوقه

مثال على ذلك، عندما يواجه المتعامل المتعاقد أو المقاول صعوبات في تنفيذ الأشغال بعدة مدة من بدأ تنفيذ العقد، كزيادة في الطبقات الصخرية في أرض الموقع محل تنفيذ عقد الأشغال العامة، أو ارتفاع منسوب المياه الجوفية للأرض، ويتوقف حينها المتعاقد مع الإدارة عن الاستمرار في تنفيذ الأشغال دون صدور المصلحة المتعاقدة أمر بالتوقف عن الأشغال، إلى غاية إزالة ورفع كل العراقيل

الحالة الثانية: التنفيذ السيئ أو التنفيذ غير المطابق

لقد منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع العقوبات المالية في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، المتمثل في عدم وجوب تنفيذه للعقد وفقا للشروط والمعايير المتفق عليها، بحيث يجوز لها اللجوء إلى فرض جزاءات مالية في حق المتعامل المتعاقد في حالة عدم التنفيذ المطابق للعقد، أو ما يتعلق بمعايير الجودة ونوعية العمل المنجز[16].

لإشارة أن تحصيل هاته الغرامات يتم غالبا عن طريق اقتطاع الإدارة لمبلغ الغرامة المالية المفروضة على المتعامل الذي أخل بتنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه، من مبلغ ضمان حسن التنفيذ الموجود تحت تصرفها، لأن المشرع الجزائري ألزم المتعاقد الذي أسندت له صفقة عمومية ما تقديم كفالة حسن التنفيذ، وذلك كضمان منه على التزاماته بحسن تنفيذ العقد، فهي كفالة بنكية موضوعها تأمين[17]، تم النص عليها في المادة 07 من دفاتر الشروط الإدارية[18].

يظهر من خلال هذا النص أن الهدف من إلزام دفع هذه الكفالة هو ضمان وحماية مصالح الجهة الإدارية وحماية المال العام من جهة، ومن جهة ثانية جبر المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته، حسب الشروط وفي الآجال المنصوص عليها في العقد.

---

[16] عامر نجيم، "جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص129.

[17] BRAHIM BOULIFA, *Marchés publiques, –dictionnaire thématique,* 2ème volume, Berti Edition, Alger, 2013, p113.

[18] أنظر المادة 07 من دفتر الشروط الإدارية، المرجع السابق.

الحالة الثالثة: عدم مراعاة الآجال

إن عنصر الزمن هو عنصر أساسي وجوهري في العقود الإدارية، وذلك لأن الإدارة عندما تتعاقد مع متعامل ما بغرض تنفيذ عقد يحتوي على صفقة عمومية تتفق معه على أجل محدد يجب إتمام الصفقة خلاله حتى تتفادى تماطل هذا المتعامل في تنفيذ التزاماته، لضمان السير الحسن والمستمر للمرافق العامة، فإذا تماطل في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها، يسمح للإدارة إمكانية تسليط العقوبات المالية المحددة في العقد كجزاء عن تأخره في تنفيذ التزاماته[19]، ومن هذا المنطلق فإن المتعامل المتعاقد مجبر وملزم باحترام الآجال المتفق عليها لإنجاز المشاريع أو الصفقة موضوع العقد، وذلك للاستفادة من بالشيء موضوع التعاقد في الميعاد الذي تراه الإدارة مناسبا لتلك الاستفادة، وعادة ما يتم تقسيم الصفقة الى مراحل تتطلب كل واحدة منها تنفيذ جزء معين من هذه الصفقة، فإن وقع أي تأخير في أي شطر جاز للإدارة فسخ العقد، ويعتبر خطأ عقديا يبرّر توقيع الجزاء عليه، ويكون الجزاء غرامة مالية وهذا ما جاءت به المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

جاء في قرار المحكمة العليا رقم بتاريخ 1989/12/16 أنه: "**من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الاشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام ومن ثمة أن النعي في القرار المطعون فيه غير سديد...**"[20]، والتي تدور وقائعها باختصار حول تطبيق غرامة التأخير خارج الآجال المحددة لها، وعلى هذا الأساس يتم تسليط هذا الجزاء على كل متعاقد يثبت إخلاله بالقيد الزمني لتنفيذ العقد، فهذه المدة هي من اقتراح المتعاقد مع الإدارة وتعهد باحترامها حين ايداعه ملف المناقصة.

ثانيا: عدم تدارك المتعاقد لتقصيره

إن المتعاقد لم يتمكن من إزالة الإخلال وتدارك التقصير المسجل عليه في الأجل المحدد للإعذار، كما يدخل في هذا الإطار امتناع المتعاقد عن ذلك.

---

[19] عمار بوضياف، شرح قانون الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 152-153.

[20] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 65145، الصادر في 1989/12/16، قضية (ع ط) ضد (و ق)، المجلة القضائية، عدد 01، 1991ص133.

يلاحظ المتتبع للسلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة باعتبارها طرف في عقد الصفقة العمومية، أن هناك تدرج في شدة هذه السلطات، بحيث يقابل هذا التدرج درجة خطأ المتعامل المتعاقد، فنجد أن سلطة الفسخ الجزائي عند هذا الأخير هي الأشد.

إن هذه السلطة لا تفعّل إلا إذا كان الخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد على قدر من الجسامة[21]، والتي تبرر الفعل المقابل له، وهي الفسخ الجزائي، هذه الجسامة عبرت عنها المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247، "**بعدم التدارك رغم التنبيه**".

وعليه يمكن القول أن الجسامة المطلوبة و التي تستدعي تفعيل سلطة الفسخ الجزائي هي ما تمثل تجاهل المتعامل المتعاقد الإيفاء بالتزاماته التعاقدية رغم التحذير والتنبيه.

الفرع الثاني: إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء

الإعذار إجراء تمهيدي سابق لتطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية من خلاله يتم تنبيهه المتعاقد إلى أنه متأخر في تنفيذ التزاماته وانذاره بالجزاء الذي سيوقع عليه إذا لم يتدارك اخطائه[22]، وعلى هذا الأساس يعد من بين أهم الضمانات الإجرائية لحماية حقوق المتعاقد من تعسف وتغول الإدارة أثناء استعمالها لسلطتها في توقيع الجزاء[23]، وهو التزام عام يقع على عاتق الإدارة ولو لم ينص عليه العقد.

يعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا ويعفي المتعامل المتعاقد من نتائجه لأن الاعذار يعد فرصة ثانية للمتعامل المتعاقد لتدارك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية، وبالتالي لا فسخ بدون اعذار، لأنه ضرورة تفرضه القواعد العامة في تنفيذ الالتزام ولا يصح الاعفاء منه إلا في إطار الاستثناء بنص تنظيمي والتزام الإدارة بإعذاره[24].

أولا: اجراء الإعذار

[21] نصري نابلسي منصور، المرجع السابق، ص280.

[22] محمد الصادق قابسي، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي تبسي، الجزائر، مجلد09، العدد 16، 2018، ص 444.

[23] زينة مقداد، "سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 04، 2018، ص424.

[24] جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص286.

أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 149 من الرسوم الرئاسي رقم 15 -247، على ضرورة اعذر المتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ مع تحديد أجل لتنفيذ التزاماته، وبالتالي يتم تنبيهه بالأخطاء المرتكبة من طرفه، والجزاء الذي سيوقع عليه إذا لم يتداركها، لكن ما نلاحظه أن المشرع لم يحدد أجلا بعد توجيهه الاعذار يسمح بانتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ولربما تعمد المشرع بذلك ليمنح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة الصفقة.

توضيحا لذلك صدر عن وزير المالية قرارا مؤرخا في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، فضلا عن أن المواد المتعلقة المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جاء أكثر وضوحا، الذي يفيد أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه اعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز، كما وصفته المادة 02 من هذا القرار[25].

ثانيا: بيانات الإعذار

بيّنت المادة 03 من هذا القرار مضمون الاعذار وأوجبت ذكر البيانات والتي يحددها وزير المالية بموجب قرار، يجب ان يتضمن الاعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة الى المتعامل المتعاقد البيانات الآتية:

6- **تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.**
7- **تعيين المتعامل المتعاقد وعنو انه.**
8- **التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.**
9- **توضيح إن كان أول أوثاني اعذار، عند الاقتضاء.**
10- **موضوع الاعذار.**
11- **لأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار.**
12- **العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.**

ثالثا: كيفية تبليغ ونشر الإعذار

[25] أنظر المواد 2و 3 من القرار الوزاري، المؤرخ في 23ربيع الثاني عام1432، الموافق ل28 مارس 2011، الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، الجريدة الرسمية عدد24، الصادر في20أفريل سنة 2011.

بينت المادة 04 من القرار المذكور أعلاه كيفية تبليغ ونشر الإعذار، ويتم برسالة موصى عليها ترسل الى المتعامل المتعاقد مع اشعار بالاستلام وفضلا عن ذلك ينشر وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على مستوى التراب الوطني، ويحرر باللغة العربية ولغة اجنبية واحدة على الاقل، ولا يسري الأجل الممنوح للمتعامل المتعاقد من تاريخ التبليغ بل من تاريخ النشر[26].

أكد القضاء الإداري في الجزائر على وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بالإعذار المسبق في عدة قرارات ، ومنها قرار الغرفة الادارية للمحكمة العليا سابقا في قرارها الصادر في 28 جويلية 1990، بخصوص قضية (ت ط) والذي جاء في مضمونه : "**أن الادارة لم توجه انذار للمتعامل معها قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وان المادة 06 و المادة 36 من العقد تقتضيان ضرورة الاعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، كما نصت المادة 102 من المرسوم رقم 82 -145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الاعذار المسبق للمتعامل قبل توقيع هذا الجزاء**" [27].

وهوا ما أكده أيضا مجلس الدولة الجزائري في قضية (ق ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخيثر على أن:"**...الاعذار شرط يستوجب قبل الفسخ، وكل قرار لا يحترم ذلك يكون غير شرعي وتعسفي يستوجب التعويض ...**"[28].

رابعا: الإعفاء من الاعذار

إذا ورد نص في العقد الإداري بإعفاء الإدارة من توجيه اعذار للمتعاقد معها في حالة اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن هذا الإعفاء قد يرد في حالة اتفاق طرفي العقد على الإعفاء من الإعذار، يشترط أن يكون واضحا دون لبس أو غموض، فيجب أن يتسم النص المتعلق بالإعذار بالوضوح ويجب أن يكون صريحا.

[26] انظر المادة 4 و5 من القرار الوزاري، الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و أجال نشره، المرجع السابق.

[27] قرار المحكمة العليا، (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 28 جويلية 1990، ملف رقم 65145، قضية توهامي الطاهر ضد والي ولاية عنابة، اشار اليه محمد قابسي، المرجع السابق، ص445.

[28] قرار مجلس الدولة، بتاريخ 25 فيفري 2003، رقم 9443، نقلا عن سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص216.

من خلال ما سبق عرضه تتضح أهمية اعذار المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته قبل اتخاذ قرار فسخ الصفقة حياله، لأنه يمنحه فرصة حقيقية لتدارك تقصيره وتنفيذ واجبات الصفقة الملقاة على عاتقه.

المطلب الثاني: آثار الفسخ الجزائي

لا يتم فسخ الصفقة العمومية بمجرد إخلال المتعامل المقصر بالتزاماته التعاقدية، وإنما يتم ذلك بعد تلقيه اعذارين قانونيين ومنحه مدة كافية لتدارك تقصيره، جاز للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء فسخ الصفقة العمومية المبرمة بينهما من جانب واحد، ويرتب آثارا قان نية في مواجهة كلا الطرفين، وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

الفرع الأول: انهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد

إن أهم أثر مباشر للفسخ الجزائي للعقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، وهو انتهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها بالنسبة للمستقبل[29]، وذلك من تاريخ الاعلان عن الفسخ الجزائي للصفقة العمومية أو ابتداء من التاريخ المحدد في قرار الفسخ ان وجد، فلا يعتد بالأعمال التي ينجزها المتعاقد بعد هذا التاريخ ولا تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل عنها[30].

كذلك الامر بالنسبة لصفقات التوريد، فمن حق الإدارة المتعاقدة أن ترفض استلام أية توريدات بعد الفسخ، تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفسخ في النظرية العامة للعقود الإدارية يشمل كل اجزاء العقد الذي كان يجمع الطرفين، أي أن يكون فسخا كليا لا جزئيا، إذ لا يمكن للإدارة أن تفسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعها وتبقي على الجزء الذي يحقق لها[31].

إن المشرع الجزائري قد خالف هذه القاعدة كما هو مبين في نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-2487 السالف الذكر، فعرض المتعامل المتعاقد لخطر شديد بإقراره لسلطة

[29]CHRISTOPHE LOJOYE, *Droit des marchés*, publics, Berti Edition, Alger, 2007, p175

[30] PRIEUX HERRI, *Traite pratique du droit des travaux publics,* Edition Tom 03 LE MONITEUR, Paris, 1959, p1605.
وكذا محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 444.

[31]سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 317 .

المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزئي للصفقة، ففي حالة سوء النية والتعسف في استعمال هذه السلطة، سيختل التوازن المالي للعقد، بأن تستغل المصلحة المتعاقدة خطأ المتعامل المتعاقد فتفسخ الجزء المربح وتبقي على الجزء الخاسر من الصفقة.

الفرع الثاني: تحميل المتعامل المتعاقد جزاء الفسخ

جاء في نص المادة 152 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أنه: **"لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة التعاقدية بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان و المتابعات الرامية إلى اصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة العمومية "**، وبناء على هذا النص يترتب على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية تحمل المتعامل المتعاقد تبعات هذا الجزاء الخطير ومنها نشوء حق المصلحة المتعاقدة في طلب التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق بها حتى تاريخ صدور قرار الفسخ، كما يحق لها مصادرة التأمين المالي المقرر في الصفقة التي تجمعهما ، وكذا كفالة حسن التنفيذ التي سبق للمتعامل تقديمها علما أن القرار الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد نهائي لا يقبل الاعتراض من قبل المتعامل المتعاقد[32].

يتحمل المتعامل المتعاقد الذي صدر بحقه قرار الفسخ، المسؤولية والتكاليف الاضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة بعد اتخاذ قرار الفسخ من أجل تنفيذ التزامات الصفقة التي يشملها الفسخ، بحيث يتحمل كافة النفقات التي تنتج عن ابرام عقد جديد مع الغير[33].

كما يترتب على هذا النوع من الفسخ إقصاء المتعامل المتعاقد من المشاركة في عملية ابرام الصفقات العمومية مستقبلا، ويحرم من تقديم عرضه للظفر بها بشكل مؤقت أو نهائي، هذا حسب نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247[34].

---

[32] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص317.

[33] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص557. وكذا

Christophe Lajoye, Op, cit, p175.

[34] انظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15 -247، المرجع السابق .

والحكمة من كل هذا اراد المشرع تحقيق الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد، حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد[35].

[35] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص219.

المبحث الثاني

أحكام الفسخ التقديري للصفقة العمومية

للمصلحة المتعاقدة الحق أن تقرر في فسخ الصفقة العمومية، إذا تأكدت انه ليس مفيد ولا يلبي احتياجات المصلحة العامة كما لها أن تتفق مع المتعامل المتعاقد على تقرير الفسخ إذا قدرت ضرورة اللجوء اليه وحتمته ظروف تحيط بإنجاز وتنفيذ الصفقة، فهي توقع هذا الامر دون خطأ من المتعامل المتعاقد فيخضع هذا الأخير لسلطتها التقديرية باعتبارها المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرافق العامة.[36]

بناء على ذلك للمصلحة المتعاقدة تقدير وتقرير فسخ الصفقة العمومية إما لدواعي المصلحة العامة أو باتفاق مع المتعامل المتعاقد معها، فهما صورتا الفسخ التقديري أو الإداري المقرر لصالحها واللتان قد تم النص عليهما بموجب المادتين 150 و151 من قانون الصفقات العمومية وهو ما سيتم التطرق اليه في هذا المبحث بتقسيمه الى فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة (المطلب الأول) وآثار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة المتعاقدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

نصت المادة 150 من قانون الصفقات العمومية على أن " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة المتعاقدة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد " [37]ومقابل ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة إذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك، وحقها في ذلك يستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة والوفاء بحاجياتها العامة وجعلها مسايرة للتطورات الحاصلة التي تستلزمها[38].

[36] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 318.

[37] انظر المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247، المرجع السابق.

[38] عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 556.

وبالتالي يجوز للإدارة إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته أن تنهي العقد بفسخه ويمكن أن تلجأ إلى الفسخ حتى وإن كانت هذه السلطة أن تلجأ الى الفسخ[39].

الفرع الأول: شروط فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

تعتبر سلطة الادارة في انهاء عقودها بإرادتها المنفردة احدى الخصائص المميزة للعقود الإدارية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها قيود يمكن حصرها في شرطين يلزم توافرهما لمباشرتها ويتجلى في ارتباط الانتهاء بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة (أولا)، وأن يصدر قرار الفسخ الانفرادي في إطار المشروعية (ثانيا).

أولا: ارتباط الانتهاء بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة

لقد أسس بعض الفقهاء سلطة الانهاء بالإرادة المنفردة للإدارة تقوم على ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل وانتظامه، فقد يظهر بعد التعاقد أن المرفق العام لم يعد في حاجة الى هذا العقد وعليه فمن مصلحة المجتمع انهاء العقد الإداري الذي أصبح لا يخدم المصلحة العامة، وبهذا يرى الأستاذ **بينكو** ان للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة[40].

يرى الأستاذ **بينوت** أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند الى مصلحة المرفق التي تقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع احتياجاته او التي تشكل عبئا ثقيلا. وفي مصر يرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ان للإدارة دائما أن تنتهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة، ونجد أيضا تأييد هذا الرأي من قبل الدكتور حسين درويش[41].

---

[39] توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي (التنظيم الإداري، النشاط الإداري، القضاء الإداري)، الطبعة الثانية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1992، ص 356.

[40] محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض ،2012، ص 240.

[41] المرجع نفسه، ص 240.

حيث يحق للإدارة ان تقرر فسخ عقدها الاداري إذا وجدت أنه أصبح غير مفيدا وإلا يلبي احتياجات المصلحة العامة وهذا الامر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة بحسبانها المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرفق العام موضوع العقد وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[42].

فالمصلحة العامة تمثل الهدف بالنسبة للعمل الإداري، وبالتالي تحقيق الغاية المتمثلة في المصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، على عكس نشاط الأفراد الذي يشمل المصالح الشخصية فقط، فالجهة المتعاقدة لا تعمل إلا لهذه الغاية التي تتمثل في الصالح العام، فإذا انحرفت عن هذا الهدف شاب قرارها بعيب انحراف السلطة.

بالرجوع الى احكام تنظيم الصفقات العمومية نجد إن المشرع الجزائري قد أجاز بصفة صريحة للإدارة إنهاء الصفقة العمومية وبإرادتها المنفردة ولدواعي المصلحة العامة، لكنه أغفل عن تحديد الحالات التي يمكن اعتبارها شرط لتوفير الملحة العامة والتي تبرر انهاء الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة ودون خطأ من المتعاقد محل تهديد خطير أمام تعسف الإدارة تحت سائر استعمال المصلحة العامة المتعاقدة لسلطة انهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة[43].

عليه يجب أن يكون سبب الانهاء الانفرادي لعقد الصفقة العمومية وهدفه المصلحة العامة، وقد قرر مجلس الدولة والقضاء الإداري الفرنسي ان انهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد، يقوم على شرط المصلحة العامة والذي يخضع للسلطة التقديرية للإدارة تحت رقابة القضاء الإداري، إذ يفصل في مدى توفر هذا الشرط من عدمه، وهذه بعض الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي تحقق شرط المصلحة العامة:

1. إعادة تنظيم المرفق.
2. انقضاء احتياجات المرفق العام.
3. وقوع تعديلات في احتياجات المرفق العام.

[42] محمد العموري، العقود الإدارية، من منشورات الجامعية الافتراضية السورية، دمشق، 2018، ص102.

[43] فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتورة، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلعباس ، 2018، ص123.

4. تغيير الظروف الاقتصادية.
5. وجود بند او عدة بنود باطلة ضمن العقد الإداري.
6. صدور قوانين جديدة تتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ثانيا: أن يصدر قرار الانهاء في إطار المشروعية

يعتبر إنهاء العقد الإداري من طرف الإدارة بصورة منفردة، مثله مثل بقية التصرفات المادية و يتجسد عبر قرار إداري شأنه شأن أي قرار إداري آخر، فالسبب هو الحالة الواقعية المادية أو القانونية التي أدت إلى اتخاذ ذلك القرار وهو ما يضفي عليه الطابع الموضوعي خلافا لركن الغاية الذي يكتسي الطابع الذاتي[44] و الأكيد أيضا أن توفر المصلحة العامة، شرط ضروري لصحة ركن الغاية وإلا اعتبر ذلك تعديا، وأن وجود قاعدة تخصيص الأهداف وعدم توفر هذين الشرطين يمكن للمتعاقد المطالبة بإلغاء قرار الإنهاء العقد لعدم مشروعيته نظرا لإلحاقه بعيب الانحراف بالسلطة وهذا العيب من أكثر العيوب التي تمس قرارات الإدارة وتؤدي إلى بطلانها.

حيث يجب أن يتوفر في قرار الإدارة بإنهاء القرار الإداري بالإرادة المنفردة لهذه الأخيرة، جميع الشروط اللازمة لصحة الاعمال المبينة على سلطة تقديرية، وعلى الإدارة عند قيامها بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ان تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين واللوائح والا كان قرار الانهاء غير مشروع كما يجب أن يكون صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد هو الجهة الإدارية التي ابرمت العقد[45].

كما يجب أن يراعي في قرار إنهاء العقد صحة وشرعية الإجراءات من الناحية الخارجية: الاختصاص، الشكل، الإجراءات، أما من الناحية الداخلية فهو السبب الذي يمثل الحافز لاتخاذ قرار الانهاء والمحل الى جانب ركن الغاية الذي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة[46].

---

[44] محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص176.

[45] مفتاح خليفة عبد الحميد، انهاء العقد الإداري، دار مطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص145.

[46] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص179.

جاء في المرسوم الرئاسي رقم 15 -247،" **لا تصح الصفقات ولا تكون نهاية إلا إذا و افقت عليها السلطة المختصة من سؤول الهيئة العمومية أو الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية** "[47] ومن هذا النص يتضح أن قرار الإنهاء يصدر عن السلطة المختصة بإبرام الصفقة العمومية.

كما تجدر الإشارة الى ان قرار الإدارة في انهاء الصفقة بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة لا يمكن ان يسري بأثر رجعي، وهذا حسب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1977/04/12 والذي جاء فيه " ان قرار الإدارة بإنهاء العقد يسري ابتداء من تاريخ إبلاغه الى المتعامل المتعاقد وليس من تاريخ سابق على هذا الإبلاغ "[48].

استنادا لما سبق قد يكون قرار الفسخ مشوب بعيب عدم المشروعية إذا صدر من سلطة غير مختصة، أو صدر من سلطة مختصة لكنها لم تراعي اتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد أو في القانون واللوائح.

الفرع الثاني: آثارفسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

يترتب على ممارسة الإدارة سلطة انهاء عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة جملة من الاثار القانونية تتمثل انقضاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة العمومية (أولا)، حق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض (ثانيا).

أولا: انقضاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة العمومية

هو انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية كما أن الفسخ يكون كليا و ليس جزئيا، إذ لا يتوقع للإدارة ان تفسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعا و ترتكز على الجزء الذي يحققه لها [49]، ويترتب على انهاء عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ، انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد و تسوية المبالغ الناشئة عن إنهائه، وهذه التصفيات تستند الى المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد أو على العكس لمصلحة المتعاقدة

[47] انظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[48] منقول عن هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص،155،

[49] مقداد زينة، المرجع السابق، ص425.

صاحبة الأشغال [50]،فيجب على المتعامل المتعاقد أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها أو الأجزاء المنفذة من هذه الاشغال او التي في طور التنفيذ.

كذلك أن تقوم بإجراء جرد وصف للموارد والتجهيزات والأدوات المتعلقة بالعمل، وبعد ذلك ان ينظم محضرا بكل ذلك يتضمن استلام الاشغال العمومية أو الأجزاء المنفذة منها، فالإدارة صاحبة الاشغال لها الحق في شراء جميع أو بعض المنشآت المستخدمة في تنفيذ العقد، ويجب على المقاول أن يخلي مستلزماته وأدواته من أماكن الاشغال في المدة الزمنية المحددة من طرف المصلحة العامة[51].

يصبح المقاول غير مسؤول عن الالتزامات المنصوص عليها في العقد ويشمل الفسخ العقد كله، فلا يطبق على بعض الأجزاء المربحة مثلا، وتبقى على الجزء الخاسر، أو تشمل ما هو صالح له، وتبقى الجزء الغير صالح له، فهذا ليس من العدالة ان تخل بالتوازن المالي للعقد الإداري حتى في حالة خطأ المصلحة المتعاقدة[52].

اشارت المادة 152 في فقرتها الثانية[53] من المرسوم الرئاسي 15- 247، إلى أنه في حالة فسخ الصفقة العمومية باتفاق الطرفين يتم توقيع وثيقة الفسخ التي تنص على الحسابات المتعلقة بالأعمال المنجزة والاشغال الباقية لكنها لم تشر إلى تطبيق ذلك في حالة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة، حيث نصت هذه المادة على ما يلي " **وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة** ".

ثانيا: حق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض

[50] نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص407.

[51] جمال رواب، "لانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي 15- 247"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد01، 2018، ص537.

[52] حابي فتيحة، المرجع السابق، ص106.

[53] انظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، المرجع السابق.

مما لا شك فيه أن الإدارة في ممارستها لسلطة الإنهاء لا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقا لمقتضيات المصلحة العامة، فإنها تستعمل هذا الحق دون خطأ من جانب المتعاقد معها، ولذا فان مقتضيات العدالة والتوفيق بين حق الإدارة في انهاء العقد والمصالح المالية للمتعاقد، تستوجب تعويضه عما قد يلحقه من اضرار نتيجة انهاء العقد تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من نصيب[54].

إن انهاء العقد الإداري دون خطأ من جانب المتعاقد و قبل نهاية مدته الطبيعية يحرم المتعامل المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة اذا نفذ العقد بالكامل، لذلك حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة ، وهو ما يتسنى للمتعاقد الحصول على التعويض نتيجة فعل الإدارة [55]، كما أن المتعامل المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام المصلحة المتعاقدة بهذا الانهاء، لذا فإن القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعامل المتعاقد في الحيازة على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الإدارة لهذا الامتياز ، بشرط أن يثبت المتعاقد أنه لحقه ضرر من هذا الانهاء .

كما أيضا استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار فسخ العقد بدن خطأ المتعاقد، يجب أن يقابله تعويض حتى ولو لم يكن المتعاقد قد تلقى أو طالب بهذا التعويض، فالمتعاقد له الحق أن يعوض بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها والاستثمارات التي تم فسخها، ويقع عليه عبء إثبات الخسارة التي لحقت به نتيجة فسخ العقد من طرف الإدارة كما له الحق في ما فاته من ربح، خاصة في عقود الاشغال العمومية نظرا لأهمية النفقات التي يتم صرفها، فهذا النوع من العقود الإدارية تتطلب مبالغ كبيرة[56].

تجب الإشارة هنا الى أن التعويض المستحق في هذه الحالة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من ربح، وقد ينظم العقد ذاته مقدار التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد عند إنهاء عقده، وفي هذه الحالة يجب اعمال شروط العقد حتى

[54] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص322.

[55] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص401.

[56] رواب جمال، المرجع السابق، ص538.

لو تضمنت حرمان المتعاقدين من أي تعويض، إما إذا لم ينظم العقد ذلك فإن القاضي هو الذي يقرر التعويض[57].

استنادا لما سبق فإن التعويض يستحق للمتعامل المتعاقد مع الإدارة إذا كان قد صدر قرار انهاء العقد خلال المدة التعاقدية وألحق ضررا بالمتعاقد، سواء توفر شرط المصلحة العامة أم كان قرار الانهاء تعسفيا، على أن يشمل التعويض الخسارة التي تحققت والربح الذي تعذر تحقيقه، كما أنه يحكم بالتعويض في حالة إبرام العقد وعدم وضعه حيز التنفيذ.

تجدر لنا الإشارة الى أن المشرع الجزائري حسب الفقرة الثانية من المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247، لم يأخذ بهذا الطرح في حالة اعلان إلغاء إجراء المنح المؤقت للصفقة حيث تنص المادة " **لا يمكن المتعاهدين أن يطالبوا أي تعويض في حالة عدم اختيارعروضهم أو في حال إلغاء الاجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة**"[58].

هذا ما أكده مجلس الدولة بخصوص قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ،م،م «فودميد»، والذي جاء في مضمونه :"**تنشأ العلاقة التعاقدية بالمنح النهائي و ابرام الصفقة وتوقيع الطرفين عليها وليس بالمنح المؤقت**"[59]، **فان الإدارة لها حق الفسخ أو الغاء المنح المؤقت لأن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية للفسخ وليس له علاقة بالمشروعية وفي هذه الحالة يبقى فقط للمتعامل المتعاقد طلب التعويض ، لكن في ما يخص طلب التعويض على المنح المؤقت هو الآخر طلب غير مؤسس لأن العلاقة التعاقدية تنشأ بالمنح النهائي للصفقة**

كما أن المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، لم تتطرق الى حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض مقابل إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة .

[57] محمد العموري، المرجع السابق، ص 102.

[58] انظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، المرجع السابق .

[59] قرار مجلس الدولة، بتاريخ 6 فيفري 2014، ملف رقم 078670، قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ،م،م «فودميد»، مجلة مجلس الدولة، عدد13، ص84.

على الرغم من ذلك، وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فان المتعاقد الذي انهى عقده من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة لا يستحق أي تعويض في حالتين:

1. إذا نص العقد ذاته صراحة على أن المتعاقد لا يسحق أي تعويض في حالة انهاء عقده لدواعي المصلحة العامة.
2. إذا لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء انهاء عقده، حيث أن المبادئ العامة للحصول على التعويض تقتضي وقوع ضرر فعلي تكبده المتعاقد.

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن انهاء عقده لأن استمرار تنفيذ العقد كان في الحقيقة مرهقا ومتعبا ومكلفا للمتعاقد، ولذلك فإن إنهاء العقد لم ينتج عنه أي ضرر على المتعاقد[60].

المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية

تتمثل الصورة الثانية للفسخ التقديري للصفقة العمومية من بعد المصلحة المتعاقدة في الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي كما سماه المشرع الجزائري حيث نصصت عليه المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[61]، فقد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقيا يستند الى رضا الطرفين[62].

قد يكون الإنهاء بهذه الطريقة مصحوبا بالتعويض عن ما فات المتعامل المتعاقد من كسب، نتيجة لفسخ العقد قبل اوانه إذا ما اتفقا الطرفان على ذلك. وللوقوف على أحكام الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية سنقوم بالدراسة والتعرض لشروطه (الفرع الأول)، والاثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الفسخ الاتفاقي

تجدر الإشارة الى جانب الفسخ الأحادي، أجازت المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 اللجوء الى الفسخ التعاقدي حسب الشروط المدرجة في الصفقة، حيث نصت المادة

[60] نقلا عن محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 539.

[61] انظر المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[62] مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، مكتبة مسلمة، بغداد، 2020، ص 297.

المذكورة أعلاه على أنه زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149و 150 يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجية عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة كهذا الغرض[63].

تكمن شروط الفسخ الاتفاقي في وجود اتفاق بين طرفي الصفقة على فسخ العقد (أولا)، توافر ظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد (ثانيا).

أولا: وجود اتفاق بين طرفي الصفقة على فسخ العقد

إن الفسخ الاتفاقي هو ذلك الفسخ الارادي أو التعاقدي، فهو اتفاق بين الطرفين المتعاقدين على نقض العقد والتحلل منه بإرادتهما المشتركة، أي اتفاقهما على ان يقبل كل منهما الا خر من العقد بعد إبرامه[64]، وإذا كانت القاعدة أن العقد لا يقوم إلا باتفاق بين طرفيه، فإنه يكون منطقيا أن ينتهي العقد كذلك باتفاق بين طرفيه.

فقد يحدث بعد ابرام عقد الاشغال العامة أن يتفق المتعاقد من جهة الإدارة على انهاء ذلك العقد قبل مدته أو قبل إتمام تنفيذه، ويكون الانهاء في هذه الحالة اتفاقيا ومستندا الى رضا الطرفين المتعاقدين، لأن الرضا المتبادل لهؤلاء هو الذي بعث بالعقد الى الوجود فلا مشكلة أن يزيله منه، فالزام العقد إنما تقرره إرادة اطرافه، وهي تقرر انقضاءه أيضا[65].

فالإنهاء العقد بين الطرفين تعاقديا يجب الموافقة من الجهة التي تمتلك ابرامه، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ولكن لا يشترط ان تفرغ تلك الإدارة في صورة معينة.

وقد سلم مجلس الدولة الفرنسي بإنهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الإدارة والمتعاقد معها، وقد يكون الفسخ الاتفاقي مصحوبا بتعويض المتعامل المتعاقد عما فاته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان، فذلك يترك لحريتهما المطلقة[66].

---

[63] أنظر المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[64] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 297.

[65] المرجع نفسه، ص298.

[66] أشار اليه سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 788.

يتميز الفسخ الاتفاقي عن باقي أنواع الفسخ الأخرى، بكونه نابع من إرادة الأطراف المتعاقدة وأنها انساقت اليه طوعا وهو بمثابة العقد الجديد الذي يضع حدا أو نهاية لعقد قديم ولا شيء يمنع في أن ينص العقد الفاسخ على احقية المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض لتغطية الضرر الذي قد يصيبه جراء اللجوء الى الفسخ الاتفاقي[67].

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تستند في اصدار قرار فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، اما على سلطتها في توقيع الجزاء او لدواعي المصلحة العامة، فإنها في هذا النوع من الفسخ تستند الى الاتفاق الذي يجمعهما بالمتعامل المتعاقد، والعقد الذي يمكنهما من فسخ الصفقة المبرمة بينهما والذي على الاغلب قد يتخذ صورة بند يندرج في دفتر الشروط الصفقة التي كانت تجمعهما، او يكون في شكل اتفاق لاحق يجمعهما يقرران بموجبه الفسخ[68]

ثانيا: تو افر ظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد

اشترطت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15 -247 بإمكانية القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة التي تجمع المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ان يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة هذا الأخير وحسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، أي انه أحال تطبيق البنود الواردة في دفتر الشروط فيما يخص مسألة الفسخ في هذه الحالة[69].

بالإضافة الى الشروط التي جاءت بها المادة 149 و 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يظهر أن المرسوم التنفيذي رقم 21 -219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية هو أيضا تطرق الى شروط التي تبرر اللجوء الى الفسخ التعاقدي ومنه نصت المادة في فقرتها الثانية [70]على انه **" يبرر الفسخ التعاقدي بظروف خارجة عن إرادة المقاول و هذا لا سيما في حالة:**

- **وفاة المقاول عندما لا يضمن الورثة متابعة الخدمات، موضوع الصفقة العمومية للأشغال التي كان يحوزها.**

[67] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص386.

[68] سهام بن دعاس المرجع السابق، ص323 و 324.

[69] شيماء جوادي، المرجع السابق، ص44.

[70] انظر المادة 2/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المرجع السابق.

- **الإفلاس او التسوية القضائية، إلا إذا و افقت المصلحة المتعاقدة، في حالة قد يرخص وكيل الدائنين للوصي عن طريق المحكمة، بمتابعة استغلال المؤسسة ومنه التقدم بعروض لمتابعة النشاط، يقبل إتمام تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال مع نفس المقاول وفي هذه الحال، يجب أن يتم التكفل بهذه الوضعية في ملحق يتضمن تحويل التسيير.**
- **العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم، والذي يعيق حسن التنفيذ للصفقة العمومية للأشغال، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة، وتوضع على عاتق المقاول** ".

في هذا الإطار نصت الفقرة الثالثة من المادة 123 من المرسوم التنفيذي 21-219 انه في حالة تم الفسخ بناء على الشروط المذكورة في الفقرة الثاني، لا يستفيد المتعامل المتعاقد من أي تعويض[71].

على هذا الأساس يتضح لنا أن المشرع الجزائري أجاز للإدارة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد معها أن تلجا للفسخ الاتفاقي عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، ومن المؤكد أن الإدارة ملزمة بتبرير موقفها في قطع العلاقة العقدية وأن الفسخ سيأخذ الطابع التعاقدي وأن المتعامل المتعاقد لم يقصر في التزاماته التعاقدية.

الفرع الثاني: آثار الفسخ الاتفاقي

يترتب على تطبيق الفسخ الاتفاقي بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة آثار تتمثل في إنهاء العلاقة التعاقدية (أولا)، وتوقيع الطرفان وثيقة فسخ الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا: إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفي الصفقة

من الحكمة أن يتمتع المتعاقدين بحق الاتفاق على الفسخ وأن يكون مستمد من القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ، وهي ضرورة أن يكون فسخ العقد قضائيا. لكن طريقة الفسخ القضائي تتميز بالبطء في اجراءاتها وتحمل المدعي أعباء ومصاريف رفع الدعوى، إلى

[71] انظر المادة 3/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المرجع السابق.

جانب كل الاحتمالات التي تترتب عن استعمال القاضي سلطته التقديرية التي قد لا توافق إرادة المتعاقدين[72].

تلجأ المصلحة المتعاقدة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد للفسخ التعاقدي للصفقة القائمة بينهما، وهذا يؤدي حتما الى قطع العلاقة التعاقدية التي كانت تجمعها، وتوقف كل طرف عن أداء الالتزامات المفروضة عليه بموجب الصفقة التي شملها الفسخ، حيث أنه ومن المفترض أن يشمل اتفاق الفسخ الإجراءات والتراتيب التي سوف يتم بها وضع نهاية للصفقة، وكذا الواجبات المقررة للطرفين والنتائج المترتبة على هذا الفسخ[73].

ثانيا: توقيع الطرفان وثيقة فسخ الصفقة العمومية

ينص قانون الصفقات العمومية في مادته 152 [74] في فقرتها الثانية منه، على أنه في حالة فسخ صفقة عمومية سارية التنفيذ باتفاق مشترك بين الطرفان، وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والاشغال الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة، فقد ألزمت المادة 152 في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه توقيع وثيقة أو اتفاقية الفسخ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة وهذا حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقدة.

وكذلك نصت المادة 12 في فقرتها الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على أنه في حال الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية ، فانه يجب أن تشتمل وثيقة الفسخ على تقديم الحساب المعد وفق الاشغال المنجزة ، و الأشغال التي يتم إنجازها ، و التي يجب أن تكون موقعة من قبل المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة [75].

[72] حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ، ص 33.

[73] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 325.

[74] انظر المادة 02/152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[75] انظر المادة 04/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-247، المرجع السابق.

كما يمكن أن يكون الفسخ التعاقدي للصفقة مصحوبا بتعويض المتعامل المتعاقد عن ما فاته من كسب في تكملة تنفيذ العقد و الأرباح التي كان سيتجنبها لو اتم العقد، أو بدون تعويض وهذا وفقا لما يتفق عليه المتعاقد أن و هو ما يترك لحريتهما المطلقة[76].

[76] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 767.

خلاصة الفصل الأول

إن الفسخ يعتبر من أهم الامتيازات التي تتمتع به المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، بالرغم من أنها سلطات أصلية إلا أنها مقيدة بشروط معينة بمعنى أنها ليست مطلقة، وكذلك خلافها يؤدي إلى بطلان قرار الفسخ لذلك اوجد لها المشرع نصوصا واحكاما خاصة في قانون الصفقات العمومية لضبط هذه السلطة وحمايتها من سوء استعمالها.

لكن بعد تحليلنا ودراستنا وقفنا على بعض النقائص التي تتخلل النصوص التنظيمية وعدم تفصيلها في تبيان أحكام الفسخ الجزائي أن المصلحة المتعاقدة تملك وحدها تقدير جسامة الإخلال بالالتزامات ودون تعداد لصور الاخلال، وعدم اشتراطه درجة معينة للخطأ مما جعل النص عام وقابل للتعسف في استعماله، كما أن الفسخ لدواعي المصلحة العامة فقد تم النص عليه بصورة مقتضبة تفتقر للتفاصيل ودون بيان لمبررات المصلحة العامة وحالات اعمالها.

الفصل الثاني

منازعات فسخ الصفقات العمومية أمام القضاء

إن التسليم بمبدأ الرقابة القضائية في مادة الصفقات العمومية في الجزائر ينعقد كأصل عام لجهة القضاء الإداري الذي يعد صاحب الاختصاص الاصيل للنظر في منازعات الصفقة العمومية، مع الإشارة في هذا الإطار أن تدخل القاضي الإداري كجهة رقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، هدف هذه الرقابة الأهمية الكبيرة التي تربط موضوع الصفقات العمومية بالمال العام، ناهيك على وجود الإدارة كطرف يستأثر بامتيازات السلطة العامة.

حيث أن المصلحة المتعاقدة في هذا الإطار يمكن لها أن تلجأ الى إلى فسخ الصفقات العمومية إذا بلغ الخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد حدا معينا من الجسامة، يكون ذلك بإرادتها المنفردة ودون اللجوء الى القضاء الإداري، غير أنه في بعض الأحيان قد تستجد بعض الظروف والمعطيات بعد الشروع في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية التي تؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى إعادة التفكير في مدى الجدوى من إبرامها ومدى تحقيق للمصلحة العامة، فتقرر إنهائها بإرادتها المنفردة دون أن يرتكب المتعامل المتعاقد معها أي خطأ عقدي.

لكن يتسم هذا القرار الصادر من المصلحة المتعاقدة ببعض الغموض في تكييفه، ودعوى القضائية الإدارية المختصة في الطعون الممارسة من طرف المتعامل المتعاقد ضد قرار فسخ الصفقة العمومية، وبالتالي سنحاول دراسة طبيعة الدعوى الناتجة عن فسخ الصفقة العمومية (المبحث الأول)، وسلطات القاضي في مجال الرقابة على فسخ الصفقة العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

طبيعة الدعوى الناتجة عن فسخ الصفقات العمومية

إن تمتع المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقات العمومية وهذا يعتبر كامتياز خطير تمارسه بإرادتها المنفردة، وهذه السلطة التي تمارسها تصدر على شكل قرارات إدارية هذا ما أدى الى طرح إشكالية ما اذا كانت هذه القرارات التي تصدر من طرف المصلحة المتعاقدة المتمثلة في فسخ الصفقات تقبل الطعن بالإلغاء في القضاء الإداري أم أنها قرارات تتعلق بتنفيذ بنود العقد بالتالي يطعن فيها أمام قاضي العقد، بالتالي لدراسة طبيعة الدعوى الناتجة عن فسخ الصفقات العمومية، سنتطرق الى الطبيعة القانونية لقرار فسخ الصفقة العمومية (المطلب الأول)، وفسخ الصفقات العمومية في نطاق القضاء الكامل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرارفسخ الصفقة العمومية

إن القرارات الصادرة من طرف المصلحة المتعاقدة تعتبر كقرارات إدارية بالمفهوم العام لاكن عند صدور قرار الفسخ يحدث اشكال حول ما إذا كان يكيف كقرار اداري أم لا ولتحديد طبيعة هذا القرار المتعلق بفسخ صفقة عمومية لذا سنتطرق الى موقف الفقه حول طبيعة قرار فسخ الصفقة العمومية (الفرع الأول)، وطبيعة قرار فسخ الصفقة العمومية في قضاء مجلس الدولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه حول طبيعة قرارفسخ الصفقة العمومية

لتحديد طبيعة قرار الفسخ من الواجب التطرق الى القرار الإداري، بما أن قرار فسخ الصفقة العمومية صادر من الإدارة بإرادتها المنفردة، وبالتالي يعتبر القرار الإداري عند الدكتور محمد فؤاد مهنا، بأنه: "**عمل قانوني من جانب واحد يصدربإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث اثارقانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أوتعديل أوإلغاء وضع قانوني قائم**"[77].

[77]محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1973، ص670.

إن القرار الإداري عند رابح سرير عبد الله هو كل عمل قانوني نهائي صادر من السلطة العامة المختصة، كما أنه يحدث آثار قانونية إنشاء، تعديل، إلغاء، سحب[78].

يعد القرار الإداري إفصاح من جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك قصد احداث أثر قانوني متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا، بهدف تحقيق المصلحة العامة[79]

أما الفقهاء الفرنسيون فقد قاموا بتعريف القرار الإداري وكل منهم بتعريف خاص، فقد عرفه العميد الفرنسي دوجي أن القرار الإداري كل عمل إداري يصدر عن الإدارة بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدورها أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة، وعرفه الفقيه هوريو القرار الإداري بأنه إعلان للإدارة بقصد أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية تؤدي إلى التنفيذ المباشر للقرار الإداري، كما يرى البعض الاخر أن القرار الإداري هو "عمل قانوني صادر عن الإدارة المنفردة للإدارة بهدف احداث أثر قانوني في المراكز القانونية إنشاءً وتعديلا وإلغاءً"[80].

من هنا نلاحظ أن القرار الإداري تصرف قانوني أي هو العمل الذي له آثار قانونية، بحيث يرتب حقوق وينشئ مراكز قانونية أو يلغيها أو يعدلها، كما أنه انفرادي صادر عن سلطة عامة بمعنى أنه يصدر بإرادة واحدة المتمثلة في إرادة الإدارة والتي يشترط فيها تمتعها بامتيازات السلطة العامة، كما أن الغاية من القرار الإداري احداث أثر قانوني وذلك بتعديل أو الغاء أو انشاء مركز قانوني قائم، وأيضا من خصائصه أنه تنفيذي أي أن القرار الإداري منذ صدوره لابد أن يتمتع بالصيغة التنفيذية[81].

وفضل عن هذه الخصائص حتى يكون القرار الإداري قابلا للطعن فيه يجب أن تكون قوة القرار التنفيذي ذات طبيعة مسببة للضرر.

[78] رابح سرير عبد الله، القرار الإداري، دار الجامد للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص54.

[79] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، وقف تنفيذ القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص35.

[80] ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1989، ص154.

[81] عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 53،45،23،17.

على هذا الأساس كيّف مجموعة من الفقهاء الفرنسيين ومنهم لاشوم، كالي، دلوبادير، أن قرار الإدارة بالإنهاء، يعتبر كقرار يكتسب وصف القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، وبالنتيجة فإنه من الممكن الطعن ضده عن طريق رفع دعوى الإلغاء[82].

إن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي ذلك أنه في بداية الامر وخلال القرن التاسع عشر كان مجلس الدولة الفرنسي يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري لأن التفرقة لم تظهر بوضوح واقتضى ذلك بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، حيث تعد القرارات الإدارية المنفصلة بأنها قرارات تصدرها الإدارة في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد والسماح بإبرامه أو تحول دون ابرامه[83].

فمن الواضح أن القرارات الإدارية المنفصلة مرتبطة بالعمليات القانونية المركبة كالعقد الإداري، فالعملية العقدية هي في حقيقتها سلسلة متصلة الحلقات وتمثل الحلقات فيها القرارات التمهيدية أو المساعدة التي تؤدي الى القرار النهائي، وحتى نكون إزاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية، فإنه يتعين توفر شرطين إثنين أولهما: أن يكون هذا الاجراء ضروريا لإبرام العقد، ثانيهما: أن يعد هذا الاجراء جزء لا يتجزأ عن العقد[84].

بالتالي فالطعن في القرارات الإدارية في اطار دعوى الإلغاء يؤسس على مخالفة مبدأ الشرعية في حين أنه في النادر أن يكون مرجع الطعن في منازعة الصفقات العمومية مخالفة لنص تشريعي أو لائحي، ولكن يكون السبب في الغالب من ناحية مخالفة بند من عقد الصفقة أو نص عقدي أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين أو هناك إخلال في الالتزامات المتفق عليها، وقد يرجع أيضا الطعن الى عارض من عوارض التنفيذ، ومن الناحية الأخرى فتلك المنازعات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية تعتبر منازعات شخصية بين أطراف العقد ولا تعتبر منازعة عينية

[82] عبد الحفيظ مانع، "الاثار المترتبة على قرار انهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعه للرقابة القضائية" مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022، ص177.

[83] عز الدين كلوفي، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحمان ميرة، بجاية، 2012، ص95.

[84] المرجع نفسه، ص 95.

توجه إلى العقد ذاته، بالإضافة إلى أن القاضي في منازعات عقود الصفقات العمومية يجب أن يتمتع بسلطات واسعة مثل الحكم بالتعويض أو تعديل بعض الاعمال[85].

الجدير بالذكر أنه في الفقه والقضاء المقارن لم يقبلوا الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية والتي تكون مشروعة في حد ذاتها، خاصة إذا كان الطعن مؤسسا على مخالفة نص من نصوص العقد، أما إذا كان الطعن في القرار مؤسسا على أن العملية بأكملها غير مشروعة فإنه أجاز الطعن فيها بالإلغاء[86].

لكي يخضع القرار الإداري لولاية القضاء الكامل فإنه يتعين اتصاله بالصفقة العمومية انعقادا أو تنفيذا أو انقضاء ويكون هذا القرار صادر في مواجهة المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ونتيجة لذلك يخرج عن ولاية القضاء الكامل القرارات الصادرة للتمهيد لانعقاد العقد، أو تلك التي تصدر عن الإدارة تنفيذا للعقد ولكن في مواجهة الغير[87]، بمعنى أن كل منازعة إدارية كان محلها عقد اداري سواء اتصلت هذه المنازعة بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضائه فإنها تدخل في نطاق القضاء الكامل، و الصفقة العمومية باعتبارها عقدا لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأن هذه الأخيرة جعلت لأجل حماية مبدأ المشروعية بصفة عامة، بالتالي يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو دعوى القضاء الكامل بما تكلفه من حماية للحقوق والاجبار على تنفيذ الالتزامات، الامر الذي يعجز عنه قضاء الإلغاء الذي يقتصر على قبول الدعوى أو رفضها دون أن يملك الحق في أن يأمر الإدارة بإتيان عمل أو الامتناع[88] .

من هنا نلاحظ أن المنازعات كلما ارتبطت ببنود الصفقة العمومية ونصوص العقد، سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه فإنها تدخل كلها في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، وبناء على هذا يدخل في اختصاص ولاية القضاء الكامل

[85]أمال لطرش، منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022، ص89.

[86] محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016، ص 83.

[87]المرجع نفسه، ص79.

[88]محمد رضا بومعزة ونبيلة سقوالي، الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015، ص47.

الدعاوى المتعلقة بفسخ الصفقات العمومية، لأن هذه المسألة تتعلق بتنفيذ العقد وتندرج ضمن العملية العقدية نفسها وهي غير قابلة للانفصال عنها، ومن ثم فإن المنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية تدخل في ولاية القضاء الكامل[89].

خلافا للتوجهات الفقهية السابقة، فإن أغلبية الفقه الإداري الفرنسي يرى بضرورة قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ وإنهاء العقد الإداري، ويرى هذا الاتجاه أنه بالرغم من كون الغير من الأجانب عن العلاقة العقدية، وبالتالي عدم حرمانهم من حقهم في المحافظة على مصالحهم التي قد تتضرر بالقرارات المتخذة من طرف الإدارة والمرتبطة بتنفيذ أو انهاء العقد الإداري، وبالنتيجة يجب التسليم لهم بحقهم في رفع دعوى الإلغاء ضد مثل هذه القرارات ، حيث ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين منهم مودرن، ديل فوفي، ديلوبادير إلى أنه لا يجوز للغير الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة في فسخ الصفقة العمومية، وهذا على أساس أن المتعامل المتعاقد محروم من الطعن عن طريق دعوى الإلغاء في قرار الصادر من الإدارة في الانهاء ، ومن الباب الأولى أن يحرم الغير من رفع هذا الطعن لانهم أجانب عن العقد[90].

الفرع الثاني: طبيعة قرارفسخ الصفقة العمومية في قضاء مجلس الدولة

استقر الاجتهاد القضائي على اعتبار قرار فسخ الصفقات العمومية لا يمكن أن يكون محل دعوى الإلغاء لأن هذا القرار ليس قرار اداري بالمفهوم التقليدي أي ليس قرار قائما بذاته وإنما هو مترتب عن فسخ عقد من العقود، وأن الإدارة لها حق الفسخ بسبب أو بدون سبب، ولا يبقى للمتعامل المتعاقد سوى طلب التعويض عندما يثبت أنه لم يكن متسبب في الفسخ، حيث أنه ومن المستقر عليه باجتهاد مجلس الدولة أن كل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي من دعاوى القضاء الكامل.

هذا ما أقره مجلس الدولة في قراره الصادر في 01 فيفري 2018فصلا في قضية شركة ميديا ضد بلدية دار البيضاء، التي تتخلص وقائعها في أن مقرر فسخ الصفقة العمومية لا

[89] أمال لطرش، المرجع السابق، ص90.

[90]عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص 178.

يخضع لدعوى الإلغاء لأنه ليس قرار اداري بالمفهوم التقليدي، وإنما هو تصرف ناشئ عن عقد يربط بين طرفين[91].

إن القضاء الإداري الفرنسي مستقر بأنه في حالة توجيه الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري من طرف المتعامل المتعاقد، يجب أن يتم ذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، وفي أي حال من الأحوال لا يمكن الالتجاء لقاضي الإلغاء، وبالتالي إذا تم الطعن من طرف المتعاقد على قرار فسخ الصفقة العمومية فإن قاضي العقد هو المختص في الرقابة على هذا الأخير، فهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية Société France 05، بأن قرار الإدارة مانحة الالتزام القاضي بإنهائه لا يعتبر قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة للملتزم، وبالتالي لا يمكن لهذا الأخير أن يطعن ضده عن طريق دعوى الإلغاء، وإنما عليه اللجوء إلى قاضي العقد عن طريق دعوى القضاء الكامل[92].

كما قد تصدر الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قرارات إدارية ضبطية هدفها الحفاظ على النظام العام، حيث يمكن الطعن في هذه الحالة بدعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء بطريقة مستقلة عن العقد، حيث تكون هذه القرارات صادرة عن سلطة إدارية لا تحمل صفة التعاقد وانما تحمل صفة الضبط مستندة الى القوانين واللوائح هذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركات الكبرى بتاريخ 15 ديسمبر 1907[93].

كما أيضا أقر مجلس الدولة في قراره الصادر في تاريخ 12 جانفي 2012 فصلا في قضية بلدية العلمة ضد (ح ع)، بأنه لا يعد فسخ صفقة من طرف إدارة قرارا إداريا، وتدخل هذه المنازعات في اختصاص القضاء الكامل[94].

---

[91]قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2018/02/01، ملف رقم 117879، قضية شركة ميديا ضد بلدية دار البيضاء، مجلة مجلس الدولة، العدد 16، 2018، ص49.

[92]أشار اليه عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص176.

[93] أشار اليه عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1998، ص454.

[94]قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، الصادر بتاريخ 2012/01/12، ملف رقم 063683، قضية بلدية العلمة ضد (ح ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص108.

وهو ما كرسته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها بتاريخ 18 نوفمبر 1956 حيث جاء فيه: "**... أما ما يصدر من القرارات الخاصة بجزء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغاءه، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه فهي منازعات حقوقية، وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل، فيصل على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي التي تبرمها الحكومة مع الافراد باعتبارها أعمال الإدارة الصرف، وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية**" [95].

المبدأ أن القضاء الكامل هو المختص بالفصل في النزعات المترتبة عن الصفقات العمومية، ولا يعد إلغاء الصفقة أو فسخها قرارا إداريا، بالمعنى الاصطلاحي للقرار الإداري هذا ما أقره مجلس الدولة في القرار الصادر في 06 فيفري 2014، في قضية ولاية بومرداس ضد شركة ذ.م.م «فودميد»[96].

أما عن الطعون المرفوعة من طرف الغير فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى في قراريه الصادرين بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية Société T.V 6 et autres وبتاريخ 22 أفريل 1988 فصلا في قضية Société France 5 قبول دعوى الإلغاء الموجهة من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد، ويتعلق الامر هنا بعقد الامتياز[97].

وبالتالي توجه المجلس الفرنسي بأحدث أحكامه حيث قرر قبول الطعون المرفوعة من طرف الغير ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، فقد قضى في قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 2017 فصلا في قضية Sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche بقبول الطعن المقدم من طرف هذه الشركات ضد

[95] نقلا عن سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص200.

[96] قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2014/02/06، ملف رقم 078670، قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م «فودميد»، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015، ص84.

[97] أشار اليه عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص 178.

قرار الإدارة، برفض فسخ عقد الامتياز المبرم بينها و بين المتعاقد معها عن طريق دعوى القضاء الكامل، بالرغم من كون هذه الشركات أجنبية عن هذا العقد وليست طرفا فيها[98].

كما توجه مجلس الدولة الجزائري الى أن قرار فسخ صفقة عمومية امتياز ممنوح للإدارة وهو غير قابل لدعوى الإلغاء وهذا في القرار الصادر في 07 فيفري 2019 فصلا في قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة اشغال البناء (ب ع)، حيث أن مطلب إلغاء قرار الفسخ غير جائز لأن قانون الصفقات العمومية منح للإدارة امتياز فسخ الصفقة من جانب واحد[99].

بالتالي حسب قرارات مجلس الدولة فإن دعوى القضاء الكامل هو المختص في الطعون المرفوعة ضد قرار الفسخ الصادر من الإرادة المنفردة للإدارة، لأن قرار الفسخ ليس قرار اداري بالمفهوم التقليدي.

المطلب الثاني: فسخ الصفقة العمومية في نطاق دعوى القضاء الكامل

بعد التطرق إلى طبيعة قرار فسخ الصفقات العمومية وهذا بعد تبيان الآراء الفقهية وكذلك موقف مجلس الدولة نجد أن القضاء الكامل هو الفاصل في منازعات الصفقات العمومية ومن هنا نميز بين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء (الفرع الأول)، والاختصاص القضائي في هذه المنازعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز دعوى القضاء الكامل عن دعوى الإلغاء

بما أن في تحديد طبيعة قرار الإدارة في فسخ الصفقات العمومية هناك من يكيف دعوى الإلغاء كدعوى إدارية مختصة في قرار الفسخ لهذا نميز بينها وبين دعوى القضاء الكامل.

إن دعوى الإلغاء تعتبر كالطريق الشائع أو الأساس بمعنى أن كل القرارات الإدارية تقبل الطعن فيها بالإلغاء، فالقاعدة أن القرارات الإدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء وذلك لحماية

[98] نقلا عن عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص 180.

[99] قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2019/02/07، ملف رقم 137243، قضية والي ولاية بسكرة ضد أشغال البناء(ب ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 17، 2019، ص23.

الأفراد من تعسف الاجارة وتجاوزاتها، فدعوى الإلغاء هي الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة الى القضاء مختصما فيها قرارا إداريا طالبا الغاؤه[100].

حيث تعتبر دعاوى القضاء الكامل أنها تلك الدعاوى التي يكون فيها للقاضي سلطة كاملة بمعنى أنها لا تتوقف على حد إلغاء قرار الإدارة الغير مشروع أو مجرد إلغاء لأعمالها المخالفة للقانون، بل تمتد سلطة القاضي إلى تحديد المركز القانوني الذاتي للطاعن وبيان الحل الكامل للنزاع[101]، فهي دعاوى يرفعها أصحاب الصفة والمصلحة بتوفر شروط وإجراءات مقررة قانونا للمطالبة بالاعتراف بوجود حقوق شخصية مكتسبة.

تختلف دعاوى القضاء الكامل عن دعوى الإلغاء من حيث الطبيعة من خلال أن دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء الموضوعي المندرج تحت غطاء الشرعية وتدور المنازعة حول تحديد المراكز القانونية الموضوعة لأنها تستهدف مخاصمة الأعمال القانونية المشوبة بعدم الشرعية، أما القضاء الكامل فينتمي لقضاء الحقوق الشخصية الذاتية التي تدور حول اعتداء أو تهديد بالاعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن ويستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد[102]، كما أن دعوى الإلغاء تنتمي إلى النظام العام بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على عدم رفضها أو التنازل عنها بعد تحريكها أو اجراء الصلح فيه، عكس دعوى القضاء الكامل التي تعتبر دعاوى شخصية وذاتية، وهي ليت من النظام العام لأنها تتمحور حول شخص حق شخصي يقبل المساومة والتفاوض[103].

كما تختلف سلطات القاضي في كل من دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، حيث يمتاز القاضي بسلطات واسعة في هذه الأخيرة عكس دعوى الإلغاء، فإذا كان قاضي الإلغاء

---

[100] على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية – دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص124.

[101] أحمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء أو الابطال، قضاء التعويض وأصول الإجراءات)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص15.

[102] عفاف بن ناجي، دعاوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضرة، بسكرة، 2012، ص11.

[103] فضيلة بوحديش وسامية بوشكريط، دعاوى القضاء الكامل: دعاوى الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص20.

مقيد بضوابط لا مشروعية القرار الإداري فلا يلغي القرار إلا إذا أثبت عدم مشروعيته، بينما دعوى القضاء الكامل لا تقتصر سلطة القاضي فيها على إلغاء القرار غير المشروع أو مجرد إدانة أعمال الإدارة المخالفة للقانون، بل يمتد الى تحديد المركز القانوني الذاتي للطاعن وحل النزاع فله الحق في تعديل القرار المطعون فيه والتعويض الطاعن بما ألحقه من ضرر على حقوق الطاعن[104].

أما من حيث الهدف فتهدف دعوى الإلغاء لحماية مبدأ الشرعية بصفة عامة بينما تهدف دعوى القضاء الكامل لحماية الحقوق والاجبار على تنفيذ الالتزامات، الأمر الذي يعجز علية قضاء الإلغاء الذي يقتصر دوره على قبول الدعوى أو رفضها دون أن يمتلك حق توجيه الأوامر للإدارة للقيام بالعمل أو الامتناع[105].

من حيث الجهة القضائية المختصة حيث ينعقد الاختصاص بالنظر في دعاوى القضاء الكامل كأصل عام للمحاكم الإدارية وذلك بغض النظر عن طبيعة الشخص المعنوي في النزاع سواء كان مركزي أو لا مركزي، وبالنسبة لمجلس الدولة فإنه يقوم بالفصل فيها فقط كجهة تقويمية في حدود ما يسمح به القانون أو بموجب نصوص خاصة وهذا تخفيفا للعبء، إلا أن استثناء على الأصل العام قد ينعقد الاختصاص بالنظر في دعاوى القضاء الكامل للقضاء العادي كمنازعات الطرق والمنازعات المتعلقة بالمسؤولية الرامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه المنازعات، إلا أن النظر في دعوى الإلغاء يتوزع الاختصاص فيه بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة والمحاكم الاستئنافية في حالات محددة[106].

من حيث محل الدعوى فقد تفتقر دعاوى القضاء الكامل لمحل دعوى الإلغاء وهو قرار الإداري، حيث لا تدور حول قرار إداري أصدرته بإرادتها المنفردة، والقرار المطعون فيه في دعاوى القضاء الكامل هو القرار السابق من حيث يستفز المتقاضي الإدارة إليها طلبا في إصلاح الأضرار، والجواب المتضمن موقفها من الطلب هو القرار السابق الذي يتحدد به موضوع

[104]بلال بسعود وخيرة بوزوادة، سلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2022، ص19

[105]أحمد خيري وبلقاسم خلوفي، دعوى القضاء الكامل في القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021 ص13.

[106]فضيلة بوحديش وسامية بوشكريط، المرجع السابق، ص 22و 23

الدعوى، وقد يكون هذا القرار صريحا أو ضمنيا في حالة سكوت الإدارة، أما في دعوى الإلغاء فالقرار موجود أصلا لأن الامر يتعلق بالطعن في قرار قد مس مركز قانوني للطاعن ومن ثمة فشرط القرار المطعون فيه غير متوفر ولا حاجة للطاعن للقيام بتظلم ثان[107].

من حيث المصلحة يكون رافع الدعوى في دعاوى القضاء الكامل صاحب حق، بينما في دعوى الإلغاء يكفي أن يكون صاحب المصلحة، فدعوى الإلغاء تتميز بطابعها الموضوعي وكذلك المصلحة التي تحميها يجب أن تكون بنفس القدر، يعني قبول وجود مصلحة بصفة موضوعية مماثلة والسماح لكل من يخصه القرار الإداري بالطعن فيه بالإلغاء، أما دعاوى القضاء الكامل التي تتميز بطابعها الذاتي فإن تقدير المصلحة يكون المتضرر ويقع على المدعى تبرير المساس بحق ذاتي له، حيث يجب أن ترتقي المصلحة المترتبة للحق، بينما في دعوى الإلغاء يكفي أن تكون للطاعن مجرد منفعة اقتصادية لقبول دعواه، فالمهم في تحديد المصلحة المعتد بها في دعوى الإلغاء أن تكون القاعدة التي خرقها القرار المطعون فيه بعدم الشرعية ، كما أن دعاوى القضاء الكامل لا تقبل المصلحة المحتملة أو المستقبلية إنما تشترط المصلحة الحالية غير أنه وفي كلا الدعوتين يشترط في المصلحة المطالب حمايتها أن تكون شرعية وغير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة[108].

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

للاختصاص القضائي أهمية كبيرة في تحديد الجهة المختصة بالنظر في المنازعات الإدارية، وبالتالي يسهل على المتعاطي معرفة الجهة القضائية التي يرفع دعواه أمامها ضد تصرفات الإدارة ويجنبه معاناة البحث عن الجهة القضائية المختصة لحماية حقوقه وحرياته من جهة، ومن جهة أخرى يسهل على الجهات القضائية معرفة اختصاصها بالفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، مما يؤدي إلى معرفة الجهة المختصة بفعل النزاع الإداري والإجراءات

[107] أحمد خيري وبلقاسم خلوفي، المرجع السابق، ص14.

[108] ياسين لحوارش وزغلامي رمزي، دعوى القضاء الكامل –دعوى التعويض-، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي ،1945، قالمة، 2014، ص21.

الواجب إتباعها أمام المحاكم الإدارية و القواعد الموضوعية التي يتم بمقتضاها الفصل في النزاع امام المحاكم الإدارية [109].

كما تعتبر عملية تحديد الاختصاص القضائي بمثابة الوسيلة الملحة والضرورية التي تقوم بمساعدة الجهات القضائية في معرفة اختصاصها من عدمها، إلا أن موضوع الاختصاص من بين أهم المواضيع التي تزال تثار فيها الكثير من الإشكالات القانونية خاصة بعد تبني المشرع للمعيار العضوي[110].

من أجل معرفة قواعد الاختصاص وجب علينا تحديد قواعد الاختصاص النوعي (أولا)، وقواعد الاختصاص الإقليمي (ثانيا):

أولا: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي هو ذلك النصيب لكل جهة قضائية من الدعاوي المعروضة أمام القضاء بالنظر إلى نوعها، ويعتبر هذا الاختصاص من الوسائل الجوهرية التي يعني بها كل من أطراف الدعوى والقاضي على حد سواء[111].

تطبيقا لنص المادة93من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[112]، التي تنص على أن عدم اختصاص المحاكم بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، وهو ما يفيد أن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام وهو ما أكدته المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على أن الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام وتثور إثارة الدفع

[109] ياسين لحوارش وزغلامي رمزي، المرجع السابق، ص 24

[110] عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 10

[111] ياسين لحوارش وزغلامي رمزي، المرجع السابق، ص 24

[112] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد21، الصادر في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق ل 12 يوليو سنة 2022، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادر في 17 يوليو 2022.

بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي[113].

على هذا الأساس قد أسند المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 800[114]، أن المحاكم الإدارية هي الولاية العامة في المنازعات الإدارية باستثناء المنازعات الموكلة الى جهات قضائية أخرى، كما أيضا تختص المحاكم الإدارية حسب الفقرة الثانية من المادة 800 بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها.

في هذا الإطار فإن الاختصاص الأولي للنظر في المنازعات الإدارية يؤول إلى المحاكم الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية، كما نصت المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والادارية **تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:**

1. **دعاوى إلغاء القرارات الإدارية وتفسيروفحص مشروعية القرارات الإدارية**
2. **دعاوى القضاء الكامل "**[115].

حيث أشار المشرع في هذه المادة إلى أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في دعاوى القضاء الكامل التي تندرج ضمنها منازعات الصفقات العمومية.

استنادا لما سبق فإن المعيار العضوي هو التركيز في تحديد طبيعة العمل أو التصرف على الجهة أو العضو الذي صدر منه العمل دون النظر إلى ماهية وطبيعة العمل ذاته، هو عكس المعيار المادي الذي لا يرتكز على طبيعة النشاط أو الصلاحيات التي يتمتع أحد أطراف النزاع[116].

نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه: " **لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل النفقات:**

[113] انظر المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

[114] انظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

[115] انظر المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

[116] ياسين لحوارش ورمزي زعلامي، المرجع السابق، ص 24

- **الدولة،**
- **الجماعات الإقليمية،**
- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،**
- **المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية**

وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة"[117].

فمن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى العمل بالمعيار العضوي كحل لإضفاء الصفة الإدارية على هذا النوع من العقود المبرمة وبالتالي لتحديد الاختصاص القضائي للبت في منازعاتها، لاسيما تعود المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية برمتها وبما فيها الصفقات العمومية لاختصاص القضاء الإداري تطبيقا لنص المادة 800[118] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المادة 09 من القانون العضوي 98 -01 [119]، ذلك أن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية هي حتما طرف في النزاع لكونها طرف في العقد، فمن المستقر عليه هو ايلولة المنازعات المترتبة عن تنفيذ العقود الإدارية بجميع صورها الي ولاية القضاء الاداري[120].

أ _إشكالات الاختصاص النوعي في إطار تنظيم الصفقات العمومية

هنا يتسنى لنا الدراسة من خلال النظر في منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في مجال الصفقات العمومية:

[117] انظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق

[118] انظر المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق

[119] قانون عضوي رقم 98-01، المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق ل 30 مايو سنة 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 37.

[120] سعاد ميمونة، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص90.

1-الجهة القضائية المختصة في منازعات المؤسسة العمومية الممولة كليا أو جزئيا من طرف خزينة الدولة: وهنا نلاحظ أن هناك رأيين لتحديد الجهة القضائية.

فهناك من يرى أن الاختصاص يؤول إلى القضاء العادي عندما يتعلق الامر بمنازعة أحد أطراف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، هذا عملا بالمعيار العضوي الذي يعتبر هذه المؤسسات من أشخاص القانون الخاص، فكثيرا ما ينتقد هذا الرأي لأن عند تطبيقه ينتج الكثير من الإشكالات تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، لأن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ابرامها للصفقات العمومية بتمويل مصدره الخزينة العامة، فهي تبرمها بموجب نصوص قانون تنظيم الصفقات العمومية بالتالي هي ملزمة بالتقيد به كونه مستمد من مبادئ القانون العام[121].

فهناك أيضا من يقول أن المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية و التي تكون المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفا فيها مع وجود شرط التمويل من طرف الخزينة العمومية يؤول الاختصاص إلى جهة القضاء الإداري وهذا اعملا بالمعيار الموضوعي، وكذلك لمعيار التفويض والوكالة كونه يتفق مع المعيار العضوي المعتمد من قبل المشرع الجزائري، وهذا باعتبار الدولة طرفا في النزاع إلا أنها قامت بتفويض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[122].

2 -الجهة القضائية المختصة في منازعات المؤسسة العمومية الممولة من ولحسابها الخاص:

إن ابرام المؤسسات العمومية لعقد بتمويلها من ولحسابها الخاص دون تدخل أشخاص القانون العام لا يعتبر صفقة عمومية، ولا يأخذ بالعقد الإداري لانعدام الشروط المنصوص عليها في العقود الإدارية، أولها المعيار العضوي وكذا المعيار المادي، لأن العقد تم ابرامه لصالح هذه المؤسسة ولحسابها الخاص مما يجعل هذا العقد لا يدخل في نطاق العقود الإدارية، وبالتالي لا يدخل في نطاق تنظيم الصفقات العمومية[123].أما الجهة القضائية المختصة للفصل

[121] البشير بلباي، المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015، ص41.

[122] عز الين كلوفي، المرجع السابق، ص47.

[123] البشير بلباي، المرجع السابق، ص46.

في هذه المنازعة عندما تقوم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بعقد صفقة ممولة من ولحسابها فإنه يؤول الى الجهة القضائية العادية ويرجع السبب لعدم وجود شخص معنوي عام، أي غياب المعيار العضوي وبالإضافة الى ذلك غياب المعيار المالي و المتمثل في عنصر التمويل من طرف الخزينة العمومية [124].

ب الاستثناءات الواردة على هذا المعيار

منها الاستثناءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا حسب المواد 800 و801 من هذا القانون أنه ينعقد الاختصاص لمحاكم القضاء العادي بالنظر في بعض المنازعات وإن كان أحد أطرافها شخصا معنويا عاما، حيث جاء في المادة 802 بعض الاستثناءات كما تتمثل في مخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية الى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو احدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[125].

هذا بغض النظر عن أطراف الدعوى سواء كان أحد الأشخاص من اشخاص القانون العام أم لا، وعلى ذلك أن القانون المطبق في مثل هذه النزاعات هو القانون التجاري والقانون التجاري الدولي المجسد في الاتفاقيات الدولية[126].

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

إن الاختصاص المحلي أو الإقليمي هو مجموعة القواعد التي تنظم توزيع المحاكم على أساس جغرافي، وهذه القواعد وضعت من أجل حماية الخصوم ومصالحهم، ومن أجل السرعة في فض المنازعات وتقريب القضاء من المتقاضين[127].

يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية التي توجد لها، أي كل غرفة إدارية محلية تختص بالمنازعات الإدارية الحاصلة في

[124] عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 57.

[125] انظر المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

[126] سعاد ميمونة، المرجع السابق، ص 95.

[127] أحمد خيري وبلقاسم خلوفي، المرجع السابق، ص 21.

النطاق الجغرافي للمجلس القضائي الذي توجد فيه[128]، فإن قواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية تهدف الى توزيع الدعاوى ما بين المحاكم الإدارية على أساس إقليمي، حيث يساهم هذا الاختصاص في تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا كما أشار سابقا وهذا بعد تحديدها نوعيا.

كما جاء في المواد من 803 إلى 806 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية وبالتالي قد تضمنت المادة 803[129]، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القاعدة العامة للمعيار المحدد للاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية والتي على أساسها يتحدد طبقا للمادتين 37 و38 من نفس القانون وهي قواعد اختصاص مشتركة بين القضاء العادي والقضاء الإداري ترتبط بموطن المدعى عليه.

إن المشرع الجزائري حدد الاختصاص الإقليمي الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية في المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالتالي:

1- الاختصاص الإقليمي على أساس مكان التنفيذ

إن أول معيار يحدد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، التي جاءت كاستثناء على قاعدة موطن المدعى عليه، كما جاء في نص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والادارية أنه يؤول الاختصاص في مادة الاشغال العمومية للمحكمة الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ هذه الاشغال العمومية [130]، فإن عقد الاشغال العمومية يدخل ضمن أنواع عقود الصفقات العمومية ، لكن عند تحليل هذه الفقرة يطرح اشكال قانوني في حالة ما إذا اشتملت هذه الاشغال العمومية أكثر من محكمة إدارية واحدة، مما ينتج عن تنازع اختصاص إقليمي بين مجموعة من المحاكم الإدارية يحتاج إلى تدخل المشرع لوضع معيار قانوني يتم على أساس حل هذه الإشكالية بالنص مثلا على أنه في حالة تعداد مكان التنفيذ

[128] رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص152.

[129] انظر المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

[130] انظر المادة 804/ 2 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

يعود الاختصاص الى مكان التنفيذ الرئيسي أو مكان ابرام العقد إذا صعب تحديد مكان التنفيذ[131].

2- الاختصاص الإقليمي على أساس مكان الابرام

تطرق المشرع الجزائري إلى معيار آخر بموجب المادة 804 [132]من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و الذي يتمثل في معيار مكان الابرام، ومن هنا تجدر لنا الملاحظة أن المشرع الجزائري استدرك النقد الموجه لمعيار التنفيذ، حيث نصت المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن الاختصاص الإقليمي يؤول للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو تنفيذه في مادة العقود الإدارية، وقد أعطت هذه الفقرة الخصوم في إمكانية الاختيار ما بين مكان الابرام أو مكان التنفيذ وفي هذا الحال يمكن اثارة تنازع الاختصاص، كما نصت الفقرة السادسة من نفس المادة أن الاختصاص الإقليمي في مادة التوريدات أو الاشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية يعود للمحكمة الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصه مكان ابرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الاطراف يقيم به، فمن الملاحظ هنا أنه يمكن الاعتماد على معيار الإبرام و اختياره من قبل أطراف المنازعة، و من المعلوم أن اغلب الإدارات في الجزائر تتركز في العاصمة، الذي سوف يؤدي الى ضغط على مستوى المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة إذا ما لجأ الأطراف إلى معيار مكان الابرام[133].

[131]عبد الحميد ابن عيشة، "إشكالات الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد55، عدد01، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص205.

[132]انظر المادة 804 /3 و6 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

[133]راضية رحماني، النظام القانوني لتسوية الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2017، ص233.

المبحث الثاني

سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على فسخ الصفقة العمومية

من المستقر عليه فقها وقضاء أن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها متأصلة بدون النص عليها صراحة في العقد، وهذا ما يجعلها في مركز متميّز خدمة للصالح العام، وهي بذلك تتمتع بحق توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته أو التأخير في تنفيذها بشكل يتلاءم مع السير الحسن للصفقات العمومية، وهنا سلطتها ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة القاضي الإداري والذي يعتبر ضمانا للمتعامل المتعاقد ضد تعسف المصلحة المتعاقدة أو مخالفتها للقانون ولتجنب أي خطأ أو تعدي على حقوقه، حيث يحق له الحصول على حكم فسخ تلك التصرفات(المطلب الأول)، أو يحكم بالتعويض في حالة حدوث ضرّر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة على قرارفسخ الصفقة العمومية

من المسلم به أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد تخضع للرقابة القضائية فهي من اختصاص قاضي العقد أي القضاء الكامل، باعتباره آلية تحد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها ضد المتعامل المتعاقد من خلال فسخها لعقد الصفقة العمومية، فبالرغم من سلطة الإدارة المطلقة في إنهاء العقد تحقيقا للمصلحة العامة إلا أن رقابة القضاء على هذه السلطة يقيد الصلاحيات الممنوحة لها، وهنا يحق للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء ليفحص القرار سواء من زاويتي المشروعية والملائمة بالنسبة لقرار الفسخ الجزائي للصفقة العمومية (الفرع الأول)، أو من زاوية المشروعية لقرار فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة (الفرع الثاني)، والذي يراقب فيه القاضي الإداري تناسب الجزاء مع خطورة الأسباب التي أدت إلى اتخاذ قرار الفسخ[134].

[134] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص421-425.

الفرع الأول: في حالة الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تعقد الرقابة القضائية ضمانة هامة للمتعامل المتعاقد، وتشمل جميع أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة عليه دون استثناء، ومن ضمنها الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، ولأن قرار الفسخ الجزائي أخطر عقوبة يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد فإن القاضي الإداري يضطلع برقابة واسعة تجاه هذا القرار، تشمل رقابة المشروعية ورقابة الملائمة.

أولا: الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي

ينصب دور القاضي الإداري في مجال رقابة المشروعية على الجزاءات التي توقعها على المتعاقد معها والوقوف على مدى مطابقته للقواعد القانوني، فيبحث عن الوجود المادي للاختلالات والأخطاء التي تسببها الإدارة للمتعاقد، فإذا ثبت له انعدام الوقائع التي تدعيها الإدارة، أقر بعدم مشروعية، ويلاحظ أن القاضي الإداري في إطار مراقبته الجزاءات يعتمد على ما جاء في العقد، ويتأكد من أن الطرفين قاما بتنفيذ التزاماتهم، فإذا لم يرتكب المتعاقد الفعل الذي استندت إليه الإدارة في فرض الجزاء، أو أن هذا الفعل لا يشكل بذاته خطأ أو لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية العامة، فإنه يكون مخالفا للقانون ويحكم بذلك القاضي بعدم مشروعية الجزاء ، هذا ما أكده مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 2004/09/29: "**حيث أنه بالرجوع إلى قرار الإنذار الصادر من الإدارة صاحبة المشروع تبين أنه معلل بالتأخير في إنجاز الأشغال التي حددت مدتها فب 18 شهرا، وحيث دفت المقاولة بأن السبب في تأخير الأشغال يعود للإدارة التي لم تدلي بما يثبت تسليمها للمدعية المستأنف عليها التصاميم التقنية الحاملة لعبارة "صالحة التنفيذ"، كل هذه الوقائع الثابتة في حق الإدارة تجعل المستأنف عليها في وضعية قانونية سليمة تجاه عقد الصفقة مما يجعل الإدارة مسؤولة في فسخ عقد الصفقة**" [135]، نلاحظ أن الإدارة قد ارتكزت في توقيعها الجزاء الفاسخ في مواجهة المتعاقد معها على أساس أن تأخر في إنجاز الأشغال خلال

[135] أشارت اليه سعاد بوشعاب، الصفقات العمومية كرافعة للتنمية، كتاب صادر عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، 2018، ص 148.

المدة المتفق عليها في العقد، لكن الغرفة الإدارية بعد مراقبتها للوقائع تبين لها أن سبب التأخير يعود للإدارة التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية حيث أنها لم تسلم المقاول التصاميم الخاصة بالصفقة لبدء التنفيذ، وبالتالي حكمت الغرفة الإدارية على جزاء الفسخ غير مشروع.

يكون قرار الجزاء غير مشروع عندما يصدر من جهة إدارية غير مختصة بتوقيعه، أو غير الجهة التي حددها العقد، لذلك يتحقق القاضي ما إذا كانت الجهة التي أصدرت القرار هي السلطة المختصة بذلك[136].

ثانيا: الرقابة على ملائمة قرار الفسخ الجزائي

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ليشمل أيضا الرقابة على مدى ملائمة الجزاء الموقع على المتعاقد مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعامل المتعاقد والتي اعتبرتها الإدارة اخلالاً بالتزاماته التعاقدية، فإذا قرّر القاضي الإداري أن الأعمال الصادرة عن المتعاقد لا تشكل خطورة كافية تبرِّر الجزاء الصادر عن الإدارة، فيمكن له أن يقرر عدم صحة الجزاء المتخذ من طرف الإدارة والذي يعتبر مبالغ فيه[137].

الفرع الثاني: في حالة الفسخ لدواعي المصلحة العامة

يختلف نطاق الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على سلطة الإدارة بالفسخ لدواعي المصلحة العامة عن نطاق الرقابة التي يمارسها هذا القاضي على سلطة الإدارة بالإنهاء الجزائي للعقد، فإذا كانت هذه الأخيرة تشمل رقابة الملائمة إضافة إلى رقابة المشروعية، فإن الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة تقتصر فقط على رقابة المشروعية دون رقابة الملائمة، فالقاضي الإداري يقتصر في مجال الرقابة على سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة على التحقق مما إذا كانت الإدارة قد قررت إنهاء العقد

[136] عبد الوافي عبد الجبار، بن السي حمو محمد المهدي، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع جزاء الفسخ في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 7، المركز الجامعي بالنعامة، 2018، ص259.

[137] المرجع نفسه، ص260.

لدواعي المصلحة العامة دون أن يكون لهذا القاضي سلطة تقدير ما إذا كان العقد قد أصبح حقيقة غير مفيد للمرفق العام[138].

بهذا يتوجب أن لا يشوب قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية أي عيب من العيوب التي تشوب القرار الإداري بصفة عامة، فيجب توافره على كافة الشروط اللازمة لمشروعية القرار الإداري بداية بصدور القرار من الجهة المختصة قانونا بذلك والمتمثلة في المصلحة المتعاقدة التي ابرمته، وأن يكون هناك سبب جدي دفع بالمصلحة المتعاقدة لإنهاء العقد وتوفر ركن المحل والغاية المتمثلة في المصلحة العامة، وإلا أصبح قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة عرضة لعدم المشروعية[139].

من أجل تحديد نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، يجب التمييز بين ما إذا كانت الأسباب التي استندت إليها الإدارة في اتخاذها قرار الانهاء منصوص عليها في العقد أم غير منصوص، فبالنسبة للحالة الاولى المتمثلة في تضمن العقد الإداري للأسباب التي تبرر الإدارة انهائه، يمكن للقاضي مراقبة وفحص التكييف القانوني للوقائع الواردة في الأسباب حتى يتحقق مدى اكتسابها لوصف المصلحة العامة، ويتوصل بناء على ذلك إلى اعتبار أن إنهاء العقد كان لدواعي المصلحة العامة وليس لأسباب اخرى تدخل في إطار الانهاء التعسفي، و في ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري نتأنس بما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26 فيفري 1975 فصلا في قضية"Soc du port de pêche Lorient" ، عندما قضى بأنه ينتج من التحقيق أن الخلاف الناشئ بين الملتزم ومستخدمي المرفق و الرغبة في أن يعهد إلى مؤسسة عامة محلية لا تهدف إلى تحقيق الربح بإرادة المرفق كانت هي الأسباب الحقيقية وراء اتخاذ القرار المطعون فيه، وهذا الأخير تعتبر من أسباب المصلحة العامة[140].

---

[138] إيمان أحمد العبدولي، القاضي المختص بالرقابة على إنها الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، "مجلة جامعة الشارقة"، المجلد 17، العدد 1، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص152.

[139] وردة حميزي، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019. ص77.

[140] C. E. 26 février 1975, Sté du port de pêche Lorient, n°86185, www.légifrance.gouv.fr, consulté le : 03 juin 2023.

أما بالنسبة للحالة الثانية في حالة تضمن العقد الإداري لأي سبب من الأسباب الإدارة إنهائه، فإن هذه الأخيرة تملك سلطة واسعة في تقدير انهائه بخصوص كل سبب ترى فيه أنه متعلق بالمصلحة العامة وبحاجيات المرفق العام، ولا يمكن هنا للقاضي الإداري مراقبة مدى ملائمة هذه الاسباب لقرار الانهاء، لكن هذا لا يعني أن الإدارة سوف تفلت من كل رقابة، إذ يبقى للقاضي في هذه الحالة إلا رقابة المشروعية التي تعتبر الحد الأدنى من الرقابة، فبإمكان القاضي الإداري فحص هذه الأسباب و التأكد من هذا القرار لم يكن بطريقة تعسفية، وهوا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 31 جانفي 1968 فصلا في قضية "Office public d'H,L,M"[141].

المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض

تعد منازعات التعويض من أكثر أنواع المنازعات التي تعرض على قاضي العقد في مجال الصفقات العمومية، قصد المطالبة بالتعويض الكامل، والعادل لإصلاح الضرّر الذي أصابهم وأصابت حقوقهم تتعدد الأسباب وفقا لطبيعة الإخلال بالالتزام الذي ترتكبه المصلحة المتعاقدة، فإذا لحق المتعاقد مع الإدارة أيّ ضرر، جاز له مطالبة القاضي الإداري بالتعويض عن تلك الأضرار التي تكون نتيجة لبعض الإجراءات والحوادث التي تعترض مسار تنفيذ الصفقات العمومية، سواء كانت أضرار مادية أو معنوية، مست بحقوق أو المركز القانوني للمتعامل رافع الدعوى، شريطة ألا يكون هو المتسبب في هذه الأضرار، على أن يقيم هذا الأخير الدّليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضي القاضي الإداري له بالتعويض على أساس الخطأ، عند تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها ،ولكي ترفع وتقبل دعوى التعويض أمام الجهات القضائية المختصة لابد من توفر وتحقق الشروط والإجراءات المقرّرة لقبولها، وهي شرط وجود قرار سابق، وشرط الميعاد، وشرط الصفة والمصلحة[142] ، وطبقا لنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الجهة المختصة بدعاوى القضاء الكامل ومن بينها دعوى

[141] C. E. Arrêt du 31 janvier 1968, (office public d'H,L,M), n°69783, www.juricaf.orf, consulté le 03 juin 2023.

[142] عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص265.

التعويض هي القضاء الكامل[143]، إذ تتعلق سلطة القاضي في دعوى التعويض بالزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها (الفرع الأول)، و تقدير التعويض الملائم والحكم باسترجاع الكفالة البنكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، فبموجب ابرام الصفقة العمومية يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتنفيذ التزاماتها، واخلال الإدارة بهذه الالتزامات يولد مسؤوليتها المنتجة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرّر، وما فاته من كسب، والتزامات المصلحة المتعاقدة عديدة ومتنوعة تجعلها تتميز عن غيرها من العقود المدنية، ونذكر منها سلطة الرقابة والإشراف، وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات المختلفة وسلطة فسخ الصفقة، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تتعسف في استعمال هذه السلطات، فمن واجب المتعامل المتعاقد ألا يتعامل معها بالمثل ويمتنع عن تنفيذ التزاماته، بل عليه أن يتابع تنفيذها ويطالب بالتعويض الذي تسببت به الإدارة جراء عدم تنفيذ التزاماتها، وله الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض أمام القضاء المختص[144].

الرقابة على اخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها خلال مرحلة تنفيذ الصفقة

تتحمل المصلحة المتعاقدة التزاما هاما وهو تسليم الأمر بالخدمة تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إذ يعد هذا الالتزام من أبسط واجبات المصلحة المتعاقدة، فبمجرد أن تمضي الصفقة العمومية وتوافق عليها السلطة المختصة فإن آجال التنفيذ يبدأ في السريان،

[143] المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على: "**تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:**

1- **دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات**

2- **دعاوى القضاء الكامل**".

[144] حكيمة عمارة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الأدب العربي والفنون، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018، ص68.

ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تمّكن المتعامل المتعاقد من البدء في التنفيذ، لكن قد يحصل خطأ من جانبها يحملها مسؤولية تأخر المتعامل المتعاقد في البدء في الأشغال موضوع العقد، وهنا يحق له اللجوء للقاضي للمطالبة بالتعويض، وبالرغم من عدم وجود نص صريح في تنظيم الصفقات العمومية247/15 على أن تأخر الإدارة بهذا الالتزام يشكل أساسا للمطالبة بالتعويض، إلا أن دفتر الشروط الإدارية العامة نصت على ذلك في نص المادة 36[145]، لهذا يجب على المصلحة المتعاقدة تمكين المتعاقد معها من تنفيذ الصفقة والبدء في الشغال المحددة في العقد، وإلا قامت مسؤوليتها العقدية.

من تطبيقات القضاء الجزائري في هذا المجال قرار مجلس الدولة والذي جاء في حيثياته ما يلي: "حيث في قضية الحال، تلقت المؤسسة المستأنف عليها الأمر بالخدمة القاضي بمباشرة الأشغال بتاريخ 2000/08/26 وأنها لم تستطع الشروع في إنجاز الأشغال بفعل أن مخططات الدراسة الخاصة بجدار التحويط لم تكن جاهزة إذا لم تقدم مخططات المراقبة التقنية للبناء إلا بتاريخ 2000/10/28 وأن ورشة الأشغال فتحت بتاريخ 2001/03/14 وان ممثل البلدية ومركز المراقبة التقنية للبناء قاما بزيارة الورشة في 2001/03/27 وانها بتاريخ 2001/05/06 وجهت البلدية المستأنفة للمؤسسات عليها، أمر بالخدمة قضى بوقف الأشغال بأثر رجعي، وأنه بتاريخ 2001/05/22 تمت الأشغال بإنجاز جدار تحويط المدرسة الابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف أن المؤسسة المستأنف عليها قد لحق ضرر بها فعلا من حيث أنها عندما تلقت الأمر بالخدمة ، لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة وأن قضاة الدرجة الأولى بتقريرهم منحه مبلغ 150.000دج كتعويض عن الضرر اللاحق به"[146].

---

[145] تنص المادة 36، من دفتر الشروط الإدارية العامة: " **2-عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين...**

6-عندما تفرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، فلا يحق للمقاول فسخ الصفقة إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة".

[146] قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2004/09/21، ملف رقم 15885، قضية بين بلدية سكيكدة ضد مقاولة (م ب)، مجلة مجلس الدولة، العدد7 ،2005، ص21.

خلال هذه المرحلة قد يصطدم المتعامل المتعاقد بعدة عراقيل من قبل المصلحة المتعاقدة، تتمثل في:

– الرقابة على تسليم موقع تنفيذ الصفقة العمومية للمتعامل المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة

إن المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية ملزمة بتسليم المتعامل المتعاقد موقع تنفيذ الصفقة العمومية المتفق عليه مسبقا، ولابد أن يكون الموقع خالٍ من أي شيء يعرقل مهمة وعمل المتعامل المتعاقد، وتبقى للقاضي الإداري سلطة تقدير تأخر الإدارة فيما يخص موعد تسليم موقع العمل، ويكون خلال الموعد المتفق عليه حتى لا يؤثر سلبا على التزامات المتعامل المتعاقد، وفي تحديد إطار مسؤولية المصلحة المتعاقدة.

في هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن: **"العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية تمكن المتعاقد من البدء في العمل فإذا لم تُقِم هذه الالتزامات فإن هذا يشكّل خطأ عقدي في جانبها يخوّل للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلا عن استحقاقه للتعويض الجابر ممّا أصابه من اضرار"**[147].

يكون تقدير القاضي لتأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها تسليم الموقع حسب مقتضيات القضية المعروضة أمامه والمدة المحددة الواجب التنفيذ خلالها من قبل المتعاقد معها.

– الرقابة على تسليم موقع الصفقة خالٍ من العوائق

كأصل عام تسلم المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد موقع تنفيذ الصفقة العمومية خال من أي عوائق لاسيما في صفقات الأشغال العمومية، دون أن يبذل المتعامل المتعاقد أي عناء لإعادة تجهيزه وإزالة ما به من عوائق وهو ما يتطلب بذل جهدا إضافيا خارج بنود الصفقة مستغرقا مدة غبر أصلية منه وصرف مبالغ لم تتضمنها الصفقة أصلا.

[147] المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم4631، جلسة 27-01-2000، مقتبس من مرجع عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، القاهرة، 2004، ص96.

واجمالا يعد الإخلال بتسليم الموقع خالٍ من أية عوائق يعد خطأً عقديا يقيم مسؤوليتها الإدارية، فيعود الاختصاص بهذه المنازعة إلى قاضي العقد، الذي يلتزم الإدارة بالتعويض عن الضرّر الذي لحق بالمتعاقد، سواء كان هذا الضرر نتيجة لجهد إضافي أو تمديد مدة العقد الأصلية[148].

-الرقابة على مسألة التأخر في الحصول على التراخيص اللازمة

لا يكفي أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعاقد معها مكان التنفيذ المتفق عليه دون موانع مادية أو قانوني، فيحتاج المتعامل المتعاقد إلى عدة تراخيص من المصالح المعنية حتى تمكن من تنفيذ الصفقة، كتراخيص الحفر والهدم أو المرور وغير من التراخيص التي غالبا ما يكون الحصول عليها من الجهات الحكومية، وهو ما يحتاج لمدة قد تكون طويلة مما ينعكس سلبا على مدة تنفيذ الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة لابد من تدخل المصلحة المتعاقدة لتسهيل الحصول على هذه التراخيص، فمثلا في عقود الأشغال العامة شيء ضروري الحصول على هذه التراخيص للبدء في التنفيذ، وكذلك تحتاج عقود التوريد لموافقة استيرادية وفتح الاعتمادات[149]، يكون تدل الإدارة لمساعدة المتعامل المتعاقد معها بإرادتها الحرة فهي ليست ملزمة بذلك بنص صريح، ولكن في حالة طلب المتعاقد بذلك وتقاعست في تلبية طلبه هذا، يترتب عليها المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحديد مقدار التعويض والحكم باسترجاع الكفالة البنكية

للقاضي الإداري سلطة تحديد وتقدير التعويض(أولا)، والحكم باسترجاع الكفالة البنكية(ثانيا).

[148] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص228.

[149] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص160.

أولا: سلطة القاضي في تقدير التعويض

إن مقدار التعويض الذي يحكم به في المنازعات الإدارية ومداه يخضع لذات القواعد والأسس التي يخضع لها التعويض في القانون المدني، فيعود مقدار التعويض إلى الاتفاق عليه، فاذا انتفى هذا الأخير ولا يوجد نص قانوني يبين قيمة التعويض، فإنه للقاضي سلطة تحديد مقدار التعويض والذي يكون بالعملة الوطنية، فيخضع القاضي الإداري في تقديره للتعويض إلى القواعد العامة فيُقَّدَر التعويض وفقا لدرجة الضرر لا الخطأ[150].

من وجوب أن يكون التعويض كاملا شاملا للأضرار التي لحقت المضرور من خسارة بسبب أعمال الإدارة وما فاته من كسب، وأن يلتزم بتقدير التعويض بقدر الضرّر، ألا يفوق التعويض قدر الضرّر حتى لا يتحول هذا التعويض إلى وسيلة إثراء المضرور بدون سبب ولا يجوز له أن ينزل بالتعويض عن الحد اللازم لإصلاح وجبر الضرّر، وتقدير الضرّر يكون في نفس يوم صدور الحكم بالتعويض كما جاء في قرار قضائي بتاريخ 1988/01/2، في قضية وزير المالية ضد (م ع) والذي جاء فيه:"**...حيث أن حساب التعويض يتم حسب مبدأ معمول به، وفق الأسعار المطبقة يوم رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة...**"[151].

ثانيا: الحكم باسترجاع الكفالة البنكية

الكفالة البنكية أو الكفالة المصرفية أو الاعتماد بالكفالة، تعددت التسميات والمعنى واحد، فهي كفالة موضوعها التأمين، تأتي كفالة حسن التنفيذ في المرحلة الاولى باعتبارها أول ما يقدمه المتعامل المتعاقد، فهي من أبرز الضمانات التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة تقديمها من طرف المتعامل المتعاقد، يقوم بوضع مبلغ الكفالة في البنك، للتأكد من أنه قد أوفى بالتزاماته جميعا، فإذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية و لم ينفذ الصفقة بحسب متطلبات العقد، و وفقا لما تم الاتفاق عليه تقوم الادارة بتحرير طلب للبنك من أجل التنفيذ على مبلغ الكفالة دون تعليل سبب الذي دفعها لذلك، وذلك في نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "**زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110**،

---

[150] محمد العموري، المرجع السابق، ص109.

[151] قرار المحكة العليا، (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 1988/01/02، ملف رقم 55531، قضية بين وزير المالية ضد (م ،ع)، المجلة القضائية، العدد 4، 1993، ص173.

يتعين على المتعامل أن يقدم نفس الشروط، كفالة حسن التنفيذ"[152]، تتراوح نسبتها بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، يسترجعها المتعامل المتعاقد كليا خلال شهر واحد يحسب من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، أو تحرر بعد انتهاء مدة الكفالة ففي هذه الحالة تسترجع الكفالة، حسب ما نصت عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [153]، وما جاء به دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه: **"يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال الذي يلي التاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل تعهداته تجاه الإدارة...".**

في حالة تعسف الإدارة في فسخ الصفقة العمومية دون اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته في تنفيذ الصفقة، يلجأ بذلك الى القاضي لطلب بإلزام الإدارة رد مبلغ كفالة حسن التنفيذ كاملة. هذا ما تم تأكيده في قرار مجلس الدولة في قضية (م خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ب ك)، الذي أكد على ضرورة إرجاع كفالات أو اقتطاعات الضمان بأكملها في أجل شهر إلى المقاول، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات[154].

[152] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[153] تنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: "تسترجع كفالة الضمان ...كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".

[154] قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2002/04/22، ملف رقم 4546، قضية بين (م خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ب ك)، مأخوذ عن فوزية هاشمي، "الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) "، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد 01، جامعة تيارت، 2019.

خاتمة الفصل الثاني

كخلاصة لهذا الفصل نستخلص من دراستنا أن قرارات فسخ الصفقات العمومية لا تعتبر كقرارات إدارية بالمفهوم التقليدي وهذا ما تطرقنا اليه في موقف مجلس الدولة حيث أن هذه القرارات لا يمكن أن تكون محل الطعن فيها بالإلغاء لأن هذا القرارات ليست قائمة بذاتها وإنما هي مترتبة عن فسخ عقد من العقود، و بالتالي يطعن فيها أمام القضاء الكامل ولا يبقى للمتعامل المتعاقد الا اللجوء إلى القضاء وذلك بعد تضرره من أعمال التعسفية الصادرة من الإدارة، مما يترتب على ذلك خوضع اعمال الادارة لرقابة القاضي الإداري، وذلك من خلال تمكين المتعامل المتعاقد من رفع دعوى قضائية لجبر الضرر الذي ألحق به.

خاتمة

يتضح لنا من خلال هذه الدراسة، حول فسخ الصفقة العمومية أن الصفقات العمومية أحد أنواع العقود الإدارية التي تصدر عند الإدارة، وهي بمثابة امتياز لما تمارسه وفق ما حدده القانون، ويتطلب تنفيذ الصفقة العمومية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة فترة زمنية معينة، وهذا يؤول إلى عدم استقرار العلاقة التعاقدية بين أطراف الصفقة، ويؤدي إلى نشوب نزاعات يتم عندها اللجوء إلى القضاء الإداري.

لقد توضح لنا من خلال هذا الموضوع الدور الهام الذي تلعبه الإدارة في فسخ العقد الإداري في مجال تنفيذه، فسلطة الفسخ تعد من أخطر الصلاحيات الممنوحة للإدارة لأنها مرتبطة بالمرفق العام وما تقتضيه من تطورات وتغيرات ، فتأكد لنا أن العقود الإدارية ليست عقودا أبدية، اذ يمكن للإدارة أن تقوم بفسخها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، حتى لو لم يصدر خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي المصلحة العامة، أو تقوم بفسخها كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية اخلالا جسيما، لا يمكن للمتعاقد الاعتراض على هذه السلطة مهما كان نوعها، باعتبار أن أساسها الصالح العام من خلال ضمان حسن سير المرفق العام، محل العقد الإداري المبرم، بانتظام واطراد، لكن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما هيا مقيدة بشروط وقيود، قرر لها المشرع أحكاما ونصوصا خاصة في قانون الصفقات العمومية لابد من احترامها والتقيد بضوابطها وذلك لضبط هذه السلطة وحمايتها من سوء الاستعمال.

الرقابة القضائية على توقيع الجزاءات في عقود الصفقات العمومية هي الضمانة الأساسية الفعالة لحماية المتعامل المتعاقد من الاستعمال التعسفي للإدارة في توقيع الجزاء.

والمبدأ يخض قرار الفسخ في عقود الصفقات العمومية إلى لرقابة القضاء الكامل الذي سواء كان فسخ لدواعي المصلحة العامة أو نتيجة لإخلال المتعاقد لالتزاماته، فالأول يخضع لرقابة المشروعية فقط، أما الثاني فيخضع لرقابة الملائمة بالإضافة الى رقابة المشروعية.

من المستقر عليه في الاجتهاد القضائي أن كل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي من دعاوى القضاء الكامل، وبالتالي قرار الفسخ لا يمكن أن يكون محل دعوى الغاء لأن هذا القرار ليس قرار إداريا بمفهومه التقليدي، أي ليس قرارا قائما بذاته وإنما هو قرار مترتب عن فسخ عقد من العقود.

تعد كفالة حسن التنفيذ من أبرز الضمانات التي يشدد المشرع على ضرورة تقديمها من كرف المتعامل المتعاقد، تقدم للمصلحة المتعاقدة كمضان لحماية المال العام وحبر المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته حسب الشروط و الآجال المنصوص عليها في العقد ويتم اقتطاع

الضمان بنسبة 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة الخدمات الواجب تنفيذها، ويسترجعها المتعامل المتعاقد كليا خلال شهر واحد من تاريخ تسليم.

وعلى ضوء ما سبق فإنه يمكن لنا إجمال النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة إلى ما يلي:

- أن سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من أخطر السلطات التي تمارسها ضد المتعامل المتعاقد وهي سلطة مقرّرة على الإدارة فقط دون سواها.
- أن سلطة الإدارة في توقيع الفسخ ليست مطلقة إنما مقيدة بشروط وأحكام تلتزم بها في حالة توقيع الجزاء.
- لا يمكن للمتعامل المتعاقد الاعتراض على قرار الإدارة إنما لابد من توجه للقضاء المختص للاعتراض امامه.
- سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد عند اخلاله بالتزاماته، سلطة ليست طلقة وانما نظمها المشرع في حالة مخالفة المصلحة المتعاقدة للتشريع والتنظيم المعمول به، تصبح هذه الجزاءات غير مشروعة ويحق للمتعامل المتعاقد طلب التعويض أمام القاضي المختص.
- كل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي من دعاوى القضاء الكامل.
- لا يتم منح الصفقة إلا بعد التأكد من تقديم مبلغ الضمان.
- يتم استرداد مبلغ الكفالة البنكية كليا بعد التسليم النهائي للصفقة العمومية.

وفي هذا الإطار يمكن اقتراح جملة من التوصيات نلخصها فيما يلي:

- يجب على المصلحة المتعاقدة التقيّد بالمشروعية وعدم التعسف في استعمالها لسلطتها في الفسخ
- ضرورة تدخل المشرع من أجل تحديد حالات التي تبرر الفسخ
- ضرورة اعادة النظر فيما يخص الاعذار وتحديد أجاله بعد توجيه الاعذار يسمح بانتهاء ممارسة سلطة الفسخ.
- تشديد الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد، وما قد يعترض له من تعسف.

- إيجاد أكبر قدر من الضمانات للمتعامل المتعاقد في مواجهة هذه الجزاءات، لاسيما فيما يخص جزاء فسخ الصفقة كتحديد أهم الحالات التي تبرر اللجوء إلى الفسخ.
- يكاد ينعدم التنظيم القانوني للتعويض، رغم أهمية وضع قواعد منظمة للتعويض، فالمشرع الجزائري اكتفى فقط بإخضاعها للنصوص المقررة في القانون رقم 08-09، من حيث شروط قبولها واجراءات رفعها فقواعد تنظيم التعويض في القانون المدني لا تصلح للتطبيق في العقود الإدارية لارتباط هذه العقود بالمرافق العامة، فلم يفصل المشرع في إمكانية اقتضاء المصلحة المتعاقدة للتعويض دون اللجوء إلى القضاء.

قائمة المراجع

I: باللغة العربية

أولا: الكتب

1-إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.

2-أحمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء أو الابطال، قضاء التعويض وأصول الإجراءات)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

3-توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي (التنظيم الإداري، النشاط الإداري، القضاء الإداري)، الطبعة الثانية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1992.

4-جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

5-رابح سرير عبد الله، القرار الإداري، دار الجامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

6-رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

7-سعاد بوشعاب، الصفقات العمومية كرافعة للتنمية، كتاب صادر عن المراكز الديمقراطية العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، 2018.

8-سعاد ميمونة، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

9-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991.

10-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، القاهرة، 2004.

11 -عبد العزيز عبد المنعم خليفة، وقف تنفيذ القرار الإداري، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

12 -عبد الغني بيسوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

13-علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية – دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

14-عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

15-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

16-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

17-عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

18-عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

19-مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، مكتبة المسلمة، بغداد، 2020.

20-ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

21-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

22-محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009.

23-محمد العموري، العقود الإدارية، من منشورات الجامعية الافتراضية السورية، دمشق، 2018.

24-محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.

25-محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

26-محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1973.

27-مفتاح خليفة عبد الحميد، انهاء العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

28-نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، 2012.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ-اطروحات الدكتوراه:

1-هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلعباس ،2018.

2-عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

3-راضية رحماني، النظام القانوني لتسوية الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2017.

ب-مذكرات الماجستير:

1-ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجيستر، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

2-حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.

3-عز الدين كلوفي، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحمان ميرة، بجاية، 2012.

4-البشير بلباي، المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015.

ج-مذكرات الماستر

1-البشير بلباي، المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015.

2-أمال لطرش، منازعات الصفقات العمومة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022.

3-بلال بسعود وخيرة بوزوادة، سلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2022.

4-حكيمة عمارة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الأدب العربي والفنون، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018،

5-رقية جودي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2014.

6-شيماء جودي، نهاية الصفقة العمومية مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، .2021.

7-عفاف بن ناجي، دعاوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضرة، بسكرة، 2012،

8-فضيلة بوحديش وسامية بوشكريط، دعاوى القضاء الكامل: دعاوى الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016.

9-محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016.

10-محمد رضا بومعزة ونبيلة سقوالي، الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015.

11-وردة حميزي، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019.

12-ياسين لحوارش وزغلامي رمزي، دعوى القضاء الكامل –دعوى التعويض-، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي ،1945، قالمة، 2014.

ثالثا-المقالات العلمية

1-إيمان أحمد العبدولي، "القاضي المختص بالرقابة على إنها الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 17، العدد 1، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص ص137-164.

2-جمال رواب، "الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي رقم 15- 247"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد01، 2018، ص ص531-542.

3-زينة مقداد، "سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 04، 2018، ص ص420-426.

4-سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247" مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، 2022، ص ص308-330.

5-عامر نجيم، "جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص124-135.

6-عبد الحفيظ مانع، "الاثار المترتبة على قرار انهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعه للرقابة القضائية"، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، المجلد الثامن، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022، ص ص169-185.

7-عبد الحميد ابن عيشة، "إشكالات الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد55، عدد01، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص ص235-255.

8-عبد الوافي عبد الجبار، بن السي حمو محمد المهدي، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع جزاء الفسخ في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 7، المركز الجامعي بالنعامة، 2018، ص ص252-270.

9-محمد الصادق قابسي، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي تبسي، الجزائر، مجلد09، العدد 16، 2018، ص ص434-453.

10-فتيحة حابي، "فسخ صفقات انجاز الاشغال العمومية" مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 09، 2015، ص ص96 – 116.

11-فوزية هاشمي، "الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)"، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد 01، جامعة تيارت، 2019، ص ص159-180.

خامسا -النصوص القانونية

1-النصوص التشريعية:

أ -قانون عضوي رقم 98-01، المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق ل 30 مايو سنة1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 37، الصادر بتاريخ 01 يونيو 1998، معدل ومتمم.

ب -قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 22-13، مؤرخ في 12 جويلية 2022، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادر بتاريخ 17 جويلية 2022.

2 -النصوص التنظيمية:

أ -مرسوم رئاسي رقم15-247، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق ل 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، الجريدة الرسمية العدد 05، الصادر في 20 سبتمبر 2015. الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ب -مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مؤرخ في 20 ماي 2021، متضمن الموافقة على دفتر البنود الادارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة الرسمية العدد 50، الصادر في 24 يوليو 2021.

ج-قرار وزاري، مؤرخ في 23ربيع الثاني عام1432، الموافق ل 28 مارس 2011، الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادر في 20 أفريل سنة 2011.

3 -الاجتهادات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا، (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 1988/01/02، ملف رقم 55531، قضية بين وزير المالية ضد (م ع)، المجلة القضائية، العدد 4، 1993.

2- قرار المحكمة العليا، (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، قضية (ع ط) ضد (و ق)، المجلة القضائية، عدد 01، 1991.

3- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2004/09/21، ملف رقم 15885، قضية بين بلدية سكيكدة ضد مقاولة (م ب)، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005.

4- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2012/01/12، ملف رقم 063683، قضية بلدية العلمة ضد (ح ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014.

5- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى) بتاريخ 2014/02/06، ملف رقم 078670، قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م «فودميد»، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015.

6- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2014/02/06، ملف رقم 080407، قضية مؤسسة البناء ممثلة من طرف (م ع) ضد ولاية سيدي بلعباس، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015.

7- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2018/02/01، ملف رقم 117879، قضية شركة ميديا ضد بلدية دار البيضاء، مجلة مجلس الدولة، العدد 16، 2018.

8- قرار مجلس الدولة، (الغرفة الأولى)، بتاريخ 2019/02/07، ملف رقم 137243، قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة أشغال البناء (ب ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 17، 2019.

II -باللغة الفرنسية

1- Ouvrages

A- PRIEUX HERRI*, Traite pratique du droit des travaux publics,* Edition Tom 03 LE MONITEUR, Paris, 1959

B- CHRISTOPHE LOJOYE, *Droit des marchés,* publics, Berti Edition, Alger, 2007

C- BRAHIM BOULIFA*, Marchés publique, –dictionnaire thématique,* 2ème volume, Berti Edition, Alger, 2013.

2- Jurisprudence Française

1- C. E. 26 février 1975, Sté du port de pêche Lorient, n°86185, www.légifrance.gouv.fr . Consulté le 03 juin 2023.

2- C. E. Arrêt du 31 janvier 1968, (office public d'H, L, M), n°69783, www.juricaf.orf. Consulté le 03 juin 2023.

الفهرس

شكر وتقدير

الاهداء

مقدمة ..... - 6 -

الفصل الأول :احكام فسخ الصفقات لعمومية ..... -7-

المبحث الأول : أحكام الفسخ الجزائي للصفقة العمومية ..... - 8 -

المطلب الأول: شروط الفسخ الجزائي ..... - 9 -

الفرع الاول: ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطا جسيم ..... - 9 -

أولا: عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ..... - 12 -

ثانيا: عدم تدارك المتعاقد لتقصيره..... - 14 -

الفرع الثاني: إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء ..... - 15 -

أولا: اجراء الإعذار ..... - 15 -

ثانيا: بيانات الإعذار ..... - 16 -

ثالثا: كيفية تبليغ ونشر الإعذار ..... - 16 -

رابعا: الإعفاء من الاعذار ..... - 17 -

المطلب الثاني: آثار الفسخ الجزائي ..... - 18 -

الفرع الأول: انهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد..... - 18 -

الفرع الثاني: تحميل المتعامل المتعاقد جزاء الفسخ..... - 19 -

المبحث الثاني : أحكام الفسخ التقديري للصفقة العمومية..... - 21 -

المطلب الأول: فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ..... - 21 -

الفرع الأول: شروط فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة..... - 22 -

أولا: ارتباط الانتهاء بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة..... - 22 -

ثانيا: أن يصدر قرار الانهاء في إطار المشروعية ..... - 24 -

الفرع الثاني: آثار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ..... - 25 -
أولا: انقضاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة العمومية ..... - 25 -
ثانيا: حق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض ..... - 26 -
المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية ..... - 29 -
الفرع الأول: شروط الفسخ الاتفاقي ..... - 29 -
أولا: وجود اتفاق بين طرفي الصفقة على فسخ العقد ..... - 30 -
ثانيا: تو افر ظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد ..... - 31 -
الفرع الثاني: آثار الفسخ الاتفاقي..... - 32 -
أولا: إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفي الصفقة..... - 32 -
ثانيا: توقيع الطرفان وثيقة فسخ الصفقة العمومية..... - 33 -
الفصل الثاني : منازعات فسخ الصفقات العمومية أمام القضاء ..... - 36 -
المبحث الأول : طبيعة الدعوى الناتجة عن فسخ الصفقات العمومية ..... - 38 -
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرار فسخ الصفقة العمومية ..... - 38 -
الفرع الأول: موقف الفقه حول طبيعة قرار فسخ الصفقة العمومية..... - 38 -
الفرع الثاني: طبيعة قرار فسخ الصفقة العمومية في قضاء مجلس الدولة..... - 42 -
المطلب الثاني: فسخ الصفقة العمومية في نطاق دعوى القضاء الكامل ..... - 45 -
الفرع الأول: تمييز دعوى القضاء الكامل عن دعوى الإلغاء ..... - 45 -
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي ..... - 48 -
أولا: الاختصاص النوعي..... - 49 -
ثانيا: الاختصاص الإقليمي ..... - 53 -
المبحث الثاني: سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على فسخ الصفقة العمومية..... - 56 -

المطلب الأول: الرقابة على قرار فسخ الصفقة العمومية ..... - 56 -

الفرع الأول: في حالة الفسخ الجزائي للصفقة العمومية ..... - 57 -

أولا: الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي ..... - 57 -

ثانيا: الرقابة على ملائمة قرار الفسخ الجزائي ..... - 58 -

الفرع الثاني: في حالة الفسخ لدواعي المصلحة العامة ..... - 58 -

المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض ..... - 60 -

الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها ..... - 61 -

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحديد مقدار التعويض والحكم باسترجاع الكفالة البنكية ..... - 64 -

أولا: سلطة القاضي في تقدير التعويض ..... - 65 -

ثانيا: الحكم باسترجاع الكفالة البنكية ..... - 65 -

خاتمة **..... - 68 -**

قائمة المراجع **..... - 72 -**

ملخص:

يعالج هذا البحث فسخ الصفقات العمومية في ضوء النصوص القانونية والاجتهاد القضائي، حيث يوضح الأحكام العامة لفسخ الصفقة وتطبيقاتها.

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود كإحدى الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، للضغط عليها في العقد تباشرها الإدارة بنفسها دون اللجوء إلى القضاء، بل ودون حاجة للنص عليها في العقد، وأساس ذلك كله فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، هذه الجزاءات منها ما تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية وهي الجزاءات الفاسخة.

غير أن أعمال سلطة الإدارة في توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته لا تعد سلطة مطلقة بل هي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري، وهذا ما يشكل ضمانة أساسية لمنع تعسف الإدارة حيال المتعاقد منها.

Résumé :

Cette étude traite de la résiliation des marchés publics à la lumière des disposition réglementaire et la jurisprudence, en insistant sur les dispositions générales relatives à la résiliation de marché et leurs application, Les sanctions en matière d'exécution des contrats fait partie des avantages dont bénéficie un contractant face a l'autre pour le contraindre à respecter ses obligations contractuelles.

Le pouvoir de résiliation unilatérale du marché public conféré à l’administration concernée peut être mise en œuvre directement sans recourir aux juridictions compétentes même si elle n’est pas stipulée expressément dans le contrat, Tout cela repose sur l'idée d'assurer le fonctionnement normal et continu des services publics.

Cependant, Certaines de ces pénalités de ce pouvoir peuvent entraîner la résiliation du contrat, ce sont des pénalités déterminantes. Les actes du service administratif pour sanctionner le manquement aux obligations des parties au contrat dans le marché public ne constitue pas un pouvoir absolu, mais un pouvoir discrétionnaire soumis au contrôle du juge compétent. C'est la garantie fondamentale contre les abus éventuels de pouvoir de l’administration à l'encontre des parties contractantes.