فسخ الصفقة العمومية على ضوء القانون 23-12 (الجديد والنقائص)

Termination of the public transactions in the light of Law 23-12 (new and shortcomings)

يحي رناق ♦
جامعة يحي فارس- المدية/ الجزائر
rennak.yehya@univ-medea.dz

مومني فايزة
المركز الجامعي: صالحي أحمد- النعامة/ الجزائر
moumeni@cuniv-naama.dz

تاريخ الإرسال: 2023/10/10	تاريخ القبول: 2024/06/05	تاريخ النشر: 2024/06/30

الملخص:

تنتهي الصفقة العمومية مثل باقي العقود الإدارية نهاية غير عادية، وذلك في حالة الفسخ، حيث تتعدد طرق فسخ الصفقة العمومية، فمنها ما يتم من طرف المصلحة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو في حالة توقيع عقوبة فسخ العقد على المتعاقد معها، وقد يتم الفسخ باتفاق الطرفين، وهو ما سايره المشرع الجزائري في القانون 23-12 المحدد القواعد العامة للصفقات العمومية، رغم النقائص التي تضمنها هذا القانون.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، فسخ، مصلحة متعاقدة، اتفاق، قضاء.

Abstract:

The public transactions, like other administrative contracts, ends extraordinarily, in the event of annulment, as there are many ways to rescind the public transactions, some of which are done by the contracting interest and of its own will if the public interest so requires, or in the case of imposing the penalty of termination of the contract on the contracting party, and the termination The termination may be done by agreement of the parties, which is what the Algerian legislator followed in Law 23-12 specifying the general rules for public transaction, despite the shortcomings included in this law.

Keywords: public transactions, termination, contracting interest, agreement, judiciary.

♦ المؤلف المرسل

فسخ الصفقة العمومية على ضوء القانون 23-12 (الجديد والنقائص)

مقدمة:

تسهر الإدارة على تلبية الحاجات العامة للأفراد، بواسطة المرفق العام والذي يعد أهم صورة من صور النشاط الإداري، وفي هذا المسعى فهي تقوم من حين لآخر بإبرام عقود مختلفة قصد تسيير هذه المرافق، فتتخذ هذه العقود عدة أشكال منها العقود المتعلقة بتفويضات المرفق العام، وكذلك العقود المتعلقة بالصفقات العمومية.

والصفقات العمومية في التشريع الجزائري أنواع، تشمل صفقات الأشغال واللوازم وصفقات الخدمات والدراسات، وتبرم هذه الصفقات من طرف المصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي، وفق شروط محددة في القانون، كما تنشئ عند إبرامها التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين، وهو ما سايره المشرع الجزائري بموجب القانون 23-12[1]، من خلال تنظيمه للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، بداية من طرق إبرامها إلى غاية فسخ الصفقة العمومية، والذي يأخذ عدة أشكال في التشريع الجزائري، فمنها ما يستمد أساسه من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات، ومنها ما يستمد أساسه من نصوص قانونية أخرى.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع، في معرفة طرق فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري على ضوء القانون 23-12، وكذا السلطات التي تتمتع بها الإدارة في فسخ الصفقات العمومية.

ولدراسة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية: هل وفق المشرع في تنظيم مسألة فسخ الصفقة العمومية على ضوء القانون 23-12؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال الوقوف على مبررات فسخ الصفقة العمومية، وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي لها علاقة بفسخ الصفقة العمومية، وذلك وفق المحاور التالية:

1- الفسخ التقديري للصفقة العمومية
2- الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
3- فسخ الصفقة العمومية باتفاق الطرفين
4- غياب النص على الفسخ القضائي للصفقة العمومية.

[1] القانون، رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023، ص 05.

1- فسخ الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة

تتعدد طرق فسخ الصفقات العمومية، حيث يمكن أن يتم بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة، وهنا تعبر عن فسخها للصفقة العمومية بواسطة قرار إداري صادر عنها، وتلجأ الإدارة لهذا الفسخ، في حالة الفسخ التقديري، أو في حالة الفسخ الجزائي.

1.1- الفسخ التقديري للصفقة العمومية

تعد المصلحة العامة سببا لفسخ الصفقة العمومية، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 91 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث أتاح المشرع للإدارة إمكانية فسخ الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة عندما يجد هذا الفسخ مبرراته في المصلحة العامة.

وفسخ الصفقة العمومية يكون بقرار إداري[1]، من طرف المصلحة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة، وهو ما عبر عنه المشرع بعبارة " من جانب واحد[2]" في نص المادة 91 من القانون 23-12، والمادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويمكن أن يكون هذا القرار محلا لدعوى أمام القضاء الإداري، وذلك دعما للرقابة القضائية على أعمال الإدارة [3]، وهنا يتعين أن يكون هذا القرار خاضع لقواعد مشروعية القرار الإداري، فيتعين أن يكون قرار الفسخ صحيحا من الناحية القانونية، وأن لا يشوبه عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل والإجراءات من الناحية الشكلية، وأن لا يمسه عيب السبب والمحل والغاية من الناحية الموضوعية، وهي العيوب التي ترتب إلغاء القرار الإداري لمخالفته مبدأ المشروعية[4].

فيتعين أن يكون قرار الفسخ صادرا من الجهة المختصة وهي المصلحة المتعاقدة نفسها، ووفقا للإجراءات والأشكال المنصوص عليها في القانون، والملاحظ هنا أن القانون 23-12 لم يلزم المصلحة المتعاقدة بوضع قرار الفسخ في شكل معين أو إلزامها بإتباع إجراءات معينة، فهنا المصلحة المتعاقدة لها الحرية في اتخاذ الشكل الذي تراه مناسبا، والسؤال المطروح هنا هل يلزم تسبيب قرار الفسخ من طرف المصلحة المتعاقدة بالرغم من عدم النص عليه صراحة؟

---

[1] لتفصيل أكثر حول القرار الإداري راجع الصغير بعلي محمد، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 8 وما بعدها.

[2] المادة 91 من القانون 23-12/ المادة 150 من المرسوم الرئاسي، رقم 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص37.

[3] الصغير بعلي محمد، المرجع السابق، ص 312.

[4] عبد الفتاح محمد علي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009، ص 297.

من المعروف أن تسبيب القرارات الإدارية بشكل عام، إجراء يهدف لذكر أسباب القرار الإداري صراحة [1]، والملاحظ أن المشرع ربط إجراء الفسح بالمصلحة العامة، فهنا يتضح ضمنيا أن قرار الفسخ يجب أن يتضمن تسبيبا من خلال ذكر سبب له علاقة بالمصلحة العامة أدى لصدور قرار الفسخ من جانب الإدارة، وهنا يتضح سبب اتخاذ القرار، بالإضافة لذلك يجب أن يكون هذا القرار صحيحا من ناحية المحل والغاية التي تبررها المصلحة العامة.

2.1- الفسخ التقديري لا يشترط فيه خطأ المتعاقد

يخطئ المتعاقد مع الإدارة، في حالات عديدة وهي الحالات التي يمكن أن تشكل نزاع مع المصلحة المتعاقدة، ومن ضمنها عدم تنفيذ الصفقة العمومية وهنا أيضا توقع عليه المصلحة المتعاقدة عقوبة الفسخ بعد إعذاره، وهذه العقوبة منصوص عليها في المادة 90 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، كما يشكل عدم تنفيذ الصفقة ضمن الآجال المتفق عليها أو تنفيذها غير المطابق خطأ من طرف المتعاقد، فتقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع عقوبات عليه نتيجة لهذا التأخير أو لهذا التنفيذ غير المطابق، وهو ما نصت عليه المادة 84 من القانون 23-12.

الملاحظ من هذه النصوص أن الجزاءات تأتي نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة، إلا أن الفسخ الذي يجد مبرراته في المصلحة العامة المنصوص عليه في المادة 91 من القانون 23-12، ولا يشترط خطأ من المتعاقد[2]، وهذا طبيعي، فالفسخ هنا يأتي كنتيجة لتطبيق أهم المبادئ العامة لسيرورة المرفق العام، والذي يتمثل في" مبدأ الملائمة والتكيف الذي يحكم المرافق العامة[3]".

وتجدر الإشارة هنا إلى التفرقة بين فسخ العقد الإداري، وإلغاء العقد الإداري، ففسخ العقد الإداري عبارة عن جزاء توقعه الإدارة في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته إخلالا جسيما أو في حالة ارتكابه خطأ جسيم، أما إلغاء العقد معناه حق الإدارة في أن تنهي أو تلغي العقد أثناء سريانه أو قبل انقضاء مدته، بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ وذلك لمقتضيات المصلحة العامة[4].

فالمشرع قد استعمل عبارة الفسخ في كلتا الحالتين سواء في حالة ورود خطأ من طرف المتعاقد، أو في حالة فسخ الصفقة العمومية لمتطلبات المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد، فكان أحسن لو استعمل مصطلح " الإلغاء" إلى جانب فسخ الصفقة العمومية للتفرقة بينه وبين فسخ الصفقة العمومية الذي يشترط فيه خطأ المتعاقد.

---

[1] رفعت محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري (طبيعة القانون الإداري - التنظيم الإداري - وظائف الإدارة العامة - الموظفون العموميون - أعمال الإدارة العامة - امتيازات الإدارة العامة - أموال الإدارة العامة)، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الأزاريطة، الإسكندرية، 2012، ص 538 .

[2] المواد 84 - 90 - 91 من القانون 23-12.

[3] الصغير بعلي محمد، المرجع السابق، ص 311.

[4] رفعت محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 603 - 604.

3.1- حق المتعاقد في التعويض نتيجة لهذا الفسخ

نتيجة لفسخ الصفقة العمومية للمصلحة العامة، يحق للمتعاقد مع الإدارة التعويض الكامل عما لحق به من خسارة وما فاته من كسب بسبب إنهاء العقد [1]، والتعويض هنا من الحقوق الأساسية للمتعاقد مع الإدارة يكون الهدف منه جبر الضرر اللاحق به نتيجة لفسخ الصفقة العمومية، والملاحظ من نص المادة 91 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، غياب النص عن تعويض المتعاقد في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الفسخ، سواء كان هذا التعويض باتفاق الطرفين أو عن طريق القضاء، وبالتالي يكون المشرع قد أهمل النص على حق المتعاقد في التعويض رغم أهميته، فلا يبقى له إلا سبيل البحث عن مصادر هذا الحق، وهنا لا يجد أمامه إلا سبيل اللجوء للقضاء للمطالبة بهذا الحق باعتبار أن التعويض في هذه الحالة يخضع للقواعد العامة لدعوى التعويض المحددة بموجب المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية منها باعتبارها دعوى من دعاوى القضاء الكامل [2]، وتعويض المتعامل المتعاقد يكون هنا في حالتين وهما:

أولا: تعويض المتعاقد في حالة الفسخ السليم

يكون فسخ الصفقة العمومية سليم من طرف المصلحة المتعاقدة، إذا استندت في هذا الفسخ على سبب صحيح يكون من شأنه تحقيق المصلحة العامة، والتعويض هنا يخضع للعديد من الأحكام التي أقرها القضاء الإداري في هذا الصدد، فمثلا بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي يستبعد التعويض إذا وجد في العقد نصا صريحا يتضمن حق الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة دون تعويض، كذلك يندرج ضمن الأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي شرط وقوع ضرر ناتج عن إنهاء العقد فإذا ثبت أن فسخ العقد لم ينتج أي ضرر للمتعاقد فلا تعويض هنا[3].

أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فقد اعترف في أحد القرارات الصادرة عنه بأحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض وذلك في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة العمومية[4].

---

[1] راغب الحلو ماجد، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري - المركزية واللامركزية - الأموال العامة - الموظف العام - المرافق العامة - الضبط الإداري - القرار الإداري - العقد الإداري - السلطة التقديرية - التنفيذ المباشر - نزع الملكية للمنفعة العامة)، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 1996، ص 596.

[2] المادة 801 من القانون 08-09 المؤرخ في 28 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008، ص 75.

[3] الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط5، مطبعة عين شمس، مصر، 1991، ص 782 - 783.

[4] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 063683 المؤرخ في 12- 01 - 2012، الصادر عن الغرفة الأولى، قضية (ح،ع)، ضد بلدية العلمة، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص 109.

ثانيا: تعويض المتعاقد في حالة الفسخ الخاطئ

تستعمل الإدارة سلطتها في فسخ العقد، وتكون تحت رقابة القضاء، ويمكن للقاضي الإداري بناء على طلب من المتعاقد، أن يتحرى عن الأسباب التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، فيصبح القرار الذي صدر متضمنا إنهاء العقد غير مشروع، إذا نتج الإلغاء على سبب غير سليم، وإذا استهدفت الإدارة مصلحة أخرى غير المصلحة العامة[1]، وهنا نكون أمام الفسخ الخاطئ الصفقة العمومية، وبالتالي يحكم القضاء الإداري بالتعويض الكامل للمتعاقد الذي يلحق هذا الإلغاء ضرر بحقوقه المالية [2].

2- الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

يكون فسخ الصفقة العمومية جزائيا، في حال لجأت إليه المصلحة المتعاقدة كجزاء يوقع على المتعاقد معها لإخلاله بالتزاماته، وهذا الفسخ يخضع قبل توقيعه لعدة أحكام، بحيث يشترط فيه وجود خطأ من طرف المتعامل المتعاقد، بالإضافة إلى ضرورة إعذار هذا الأخير في الحالات التي يستوجب القانون ذلك.

1.2- خطأ المتعاقد يعد سببا للفسخ الجزائي

خلافا للفسخ المبرر لغايات المصلحة العامة والذي لا يشترط وجود خطأ من المتعاقد عند فسخ الصفقة العمومية، فإن الفسخ الجزائي يشترط فيه وقوع خطأ من طرف المتعامل المتعاقد.

وخطأ المتعاقد هنا يكون إما في حالة، الإخلال بالالتزام القانوني أو التعاقدي[3]، فالالتزام القانوني يتمثل في مخالفة المتعامل المتعاقد للالتزامات القانونية كما هي محددة في التشريع الجاري به العمل، وفي هذا الصدد منحت المادة 66 من القانون 23-12 للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات تتمثل في فسخ الصفقة أو الغائها في حالة اكتشاف أدلة تفيد وقوع انحياز أو فساد، قبل أو أثناء أو بعد إبرام الصفقة العمومية، وهنا تجدر الإشارة إلى أن فسخ الصفقة العمومية في حالة وجود انحياز أو فساد لا يخضع للإعذار، وإنما يتم توقيع العقوبة مباشرة على المتعاقد، وهذا راجع لجسامة الخطأ المرتكب.

أما الإخلال بالالتزام التعاقدي فيكون في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية حيث تقوم المصلحة المتعاقدة هنا بتوجيه إعذار له لتنفيذ التزاماته في آجال محددة، فإذا لم ينفذ المتعاقد هذه الالتزامات في الآجال التي حددها الإعذار فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها القيام بفسخ الصفقة كليا، كما يمكنها القيام بفسخ جزئي للصفقة، وهو ما نصت عليه المادة 90 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية [4].

[1] الطماوي سليمان محمد، المرجع السابق، ص 781.
[2] رفعت محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 604.
[3] الصغير بعلي محمد، المرجع السابق، ص 312.
[4] المادتين 66 و90 من القانون 23-12.

إضافة لذلك ونتيجة للفسخ الجزائي للصفقة العمومية، فإن المتعامل المتعاقد يمكن أن يتحمل أعباء مالية، وهي الأعباء المتعلقة بالضمان، والأعباء المتعلقة بجبر الضرر، بالإضافة إلى إمكانية تحمل أعباء إضافية في حال إنجاز صفقة جديدة، وهو ما أكدته المادة 93 من القانون 23-12" لا يمكن الاعتراض على تطبيق البنود التعاقدية المتعلقة بالضمان و/ أو المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المتعامل المتعاقد معها بحجة فسخ الصفقة، وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة..."[1].

2.2 وجوب إعذار المتعاقد مع الإدارة

يعتبر الإعذار إجراء جوهري[2]، وذلك قبل اتخاذ قرار فسخ الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة، وقد أكد المشرع الجزائري بموجب المادة 90 من القانون 23-12، على ضرورة توجيه إعذارين إثنين إلى المتعامل المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، في حين لم يحدد المشرع الجزائري بموجب القانون 23-12 مضمون الإعذار وكيفيات تبليغه، بل اكتفى فقط بضرورة ربط الإعذارين بأجل يتم تحديده من قبل المصلحة المتعاقدة.

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لاسيما المادة 149 منه، نجدها تنص على توجيه إعذارا واحد فقط من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها، قبل اللجوء لسلطتها في الفسخ، وهنا أحسن فعلا المشرع بموجب القانون 23-12، عندما أكد على ضرورة توجيه إعذار ثاني للمتعاقد، قصد تذكيره بوجوب الوفاء بالتزاماته وترك له مدة كافية للوفاء بها، كما أن المادة 149 من المرسوم 15-247 تحيل إلى الوزير المكلف بالمالية، وبموجب قرار تحديد البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذا آجال نشره في شكل إعلانات قانونية [3].

والملاحظ أن المادة 111 من القانون 23-12 أحالت إلى التنظيم عند الحاجة، كيفيات تطبيق قانون الصفقات العمومية الجديد، كما اعترفت المادة 112 من نفس القانون ببقاء الأحكام التنظيمية سارية المفعول إلى غاية نشر أحكام تنظيمية جديدة[4]، وبالتالي نكون أمام سريان فعلي للمرسوم 15-247 رغم ما يتضمنه من مخالفات، ومن ضمنها المخالفة المذكورة في المادة 149 منه والتي تنص على توجيه إعذار واحد فقط، للمادة 90 من القانون الجديد والتي تنص على ضرورة توجيه إعذارين قبل اللجوء للفسخ.

أما عن شكل البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار فقد تضمنها قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 في المادة الثالثة منه، حيث يجب تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها، وتعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه،

[1] المادة 93 من القانون 23-12.

[2] بوضياف عمار شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011، ص 369.

[3] المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4] المادتين 111 و112 من القانون 23-12.

والتعيين الدقيق للصفقة ومراجعها، كما يتعين توضيح ما إذا كان أول أو ثاني إعذار وذكر موضوع الإعذار والنص على العقوبات المقررة في حالة رفض المتعامل المتعاقد التنفيذ[1].

كما أوجب قرار وزير المالية السالف الذكر ضرورة تبليغ الإعذار للمتعامل المتعاقد برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، بالإضافة لذلك وجوب نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وكذا نشره في الصحف، فيجب على الأقل أن ينشر في جريدتين يوميتين وطنيتين، ويتم تحريره باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل[2]، وهنا يعد تبليغ الإعذار من أهم الإجراءات التي تسبق الفسخ الجزائي، بحيث يضمن التبليغ توصل المتعامل المتعاقد شخصيا بالإعذار في حال تسلمه إياه، حتى يتمكن هذا الأخير من تدارك خطئه في الآجال المحددة، وهذا خلافا للنشر الذي قد لا يتمكن المتعامل المتعاقد من خلاله من العلم بموضوع الإعذار نظرا للطبيعة الخاصة لنشر الإعذار في هذه الحالة، إذ يتعلق النشر فقط بالجرائد وهي متعددة وقد يصعب معرفة أي جريدة تم نشر الإعذار، كما يتعلق نشر بالنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وهنا ايضا قد لا يعلم المتعاقد بمضمون الإعذار.

3- فسح الصفقة العمومية باتفاق الطرفين

منح المشرع لطرفي الصفقة العمومية، إمكانية اللجوء إلى فسخها بعد الاتفاق مسبقا على ذلك، وعبر عن الفسخ بأنه فسخ تعاقدي، شريطة تبرير ذلك بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حيث يقوم طرفي الصفقة لاحقا، بتوقيع وثيقة الفسخ كتعبير عن إرادتهما في فسخ الصفقة [3]، وهنا تنتهي الصفقة العمومية بإرادة الطرفين.

1.3- مبررات الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية

الفسخ الاتفاقي للصفقة، لا يكون من العدم وإنما يستند لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد تبرره، وفي عرضنا لهذه الأسباب نستعرض هنا سببين، السبب الأول والذي يشكل حالة القوة القاهرة، أما السبب الثاني وهي الحالة التي يتفق فيها الطرفين على شروط إذا تحققت يتم فسخ الصفقة العمومية.

أولا: القوة القاهرة

القوة القاهرة وهي " الحادث الخارج عن إرادة طرفي الصفقة وغير المتوقع، الذي يترتب عنه استحالة التنفيذ بصورة مطلقة[4]"، ويترتب عنها أنه ليس للإدارة إرغام المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته ولا أن توقع عليه

---

[1] المادة 03 من قرار وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وكذا آجال نشره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 20 أفريل 2011، ص 22.

[2] المادتين 04 و05 من نفس القرار.

[3] المادة 92 من القانون 23-12.

[4] الصغير بعلي محمد، المرجع السابق، ص 316.

عقوبات، كما لا يمكنها أن توقع عليه غرامات التأخير[1]، وهنا يجوز للمتعامل المتعاقد الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة على فسخ الصفقة العمومية لأن القوة القاهرة تعد ظرف خارج عن إرادته، وهو ما يتضح من نص المادة 92 من القانون 23-12.

والقوة القاهرة حتى يعتد بها كسبب لفسخ الصفقة العمومية، يشترط فيها أن تكون خارجة عن إرادة الطرفين، وأن تكون غير متوقعة، كما تؤدي لاستحالة تنفيذ الصفقة [2].

والأصل العام أن فسخ الصفقة العمومية نتيجة للقوة القاهرة يتم من طرف القضاء، فالحكم القضائي شرط لازم لتقرير حالة القوة القاهرة[3]، إلا أنه واستثناء على ذلك أتاح المشرع الجزائري في نص المادة 92 من القانون 23-12، إمكانية فسخ الصفقة العمومية باتفاق مشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عندما يبرر هذا الفسخ بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، وهنا تدخل حالة القوة القاهرة ضمن هذه الظروف.

ثانيا: تحقق شروط منصوص عليها في الصفقة

قد يتفق طرفي الصفقة العمومية على اعتبار العقد مفسوخا إذا تحققت شروط معينة، خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وذلك في حالة وفاته، أو فقد أهليته[4]، وقد يتفق الطرفين على فسخ الصفقة لأسباب أخرى كما لو تعرض المتعامل المتعاقد لمتابعة قضائية، وهنا نميز بين المتابعة القضائية التي لا تؤثر على المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة، والإدانة النهائية التي لا تمكنه من مواصلة تنفيذ الصفقة، بسبب حبسه مثلا نظرا لارتكابه جريمة معينة، فالأولى تتيح له مواصلة تنفيذ الصفقة أما الثانية فتحرمه من مواصلة تنفيذها بسبب العقوبة.

وهنا يكون الفسخ بقوة القانون متى تحققت الشروط المنصوص عليها في العقد[5]، ولا يمكن توقيع وثيقة الفسخ، لأن هذه الأخيرة تشترط وجود المتعاقد مع الإدارة في وضعية قانونية مناسبة تمكنه من توقيع وثيقة الفسخ، وهو مالا يمكن أن يتحقق في حالة وفاته، أو فقد أهليته، أو في حالة تعرضه للإدانة الجزائية النهائية.

2.3- توقيع الطرفين وثيقة الفسخ

وثيقة الفسخ هي وثيقة تبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، كتعبير عن إرادتهما في فسخ الصفقة العمومية وإنهاء كل الالتزامات التعاقدية بينهما، وقد ألزم المشرع الطرفين في حالة فسخها للصفقة باتفاق مشترك بينهما، توقيع وثيقة الفسخ، كما أشار إلى مضمون وثيقة الفسخ، حيث أنه بالإضافة إلى توقيع الطرفين، يجب أن تتضمن النص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها، كما تتضمن

[1] حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 689.
[2] الصغير بعلي محمد، المرجع السابق، ص316.
[3] خلف الجبوري محمد، العقود الادارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص 258.
[4] حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 674.
[5] الطماوي سليمان محمد، المرجع السابق، ص 768.

مجموع بنود الصفقة بصفة عامة[1]، وهنا قد ينص أحد البنود، على تعويض المتعاقد عما قد يكون فاته من كسب نتيجة عدم الاستمرار في تنفيذ العقد، وقد لا يتم النص في هذه البنود على تعويض هذا الأخير، عندها لا يكون من نصيب المتعاقد تعويضا عن ذلك[2].

وتعد وثيقة الفسخ ضمانة هامة للمتعاقد مع الإدارة، حيث أنها تحافظ على حقوقه، كما أنها تحد من استخدام الإدارة للفسخ الإداري والذي يحمل المتعاقد المسؤولية من الناحية المالية[3].

4- غياب النص عن الفسخ القضائي للصفقة العمومية

رغم أهمية الفسخ القضائي للصفقة العمومية، إلا أن المشرع لم ينص عليه بموجب القانون الجديد للصفقات العمومية، وهو ما يعد من النقائص، وفي هذا المحور شملت الدراسة الفسخ القضائي للصفقة العمومية وإبراز أسسه القانونية، أملا في تداركه من طرف المشرع بموجب القانون 23-12.

1.4- مبررات الفسخ القضائي للصفقة العمومية

يمكن لطرفي الصفقة العمومية، اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بفسخ العقد، وذلك إذا توفرت الأسباب التالية:

أولا: القوة القاهرة

سبق وذكرنا أن القوة القاهرة هي الحادث غير المتوقع، والذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الصفقة العمومية، ومنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة، مطالبة المتعاقد معها بتنفيذ الصفقة، وهنا في حالة عدم توصل الطرفين إلى اتفاق بفسخ الصفقة العمومية، يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء طالبا فسخ الصفقة.

ثانيا: وقوع خطأ من طرف الإدارة

يمكن أن تخطئ الإدارة مع المتعاقد معها مما يؤدي به إلى طلب فسخ الصفقة أمام القضاء، ويجد خطأ الإدارة هنا مبرراته في ارتكاب الإدارة لأخطاء جسيمة، وعلى الإدارة هنا تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر تسببت فيه بأخطائها [4].

كما تخطئ الإدارة إذا أساءت استعمال سلطاتها، ويؤكد الفقه هنا على ضرورة أن لا تتجاوز الإدارة أثناء استخدامها سلطة التعديل حدودا معينة، فإذا تجاوزت هذه الحدود جاز للمتعاقد معها للجوء إلى القضاء طالبا فسخ العقد[1]، وهذه السلطة تعد الأكثر تأثيرا على العقد الإداري بما فيه الصفقة العمومية.

---

[1] المادة 93 من القانون 23-12.

[2] خلف الجبوري محمد، المرجع السابق، ص 254.

[3] بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 368.

[4] صالح علاوي الجبوري ماهر، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009، ص 245.

ثالثا: وقوع خطأ من طرف المتعامل المتعاقد

سبق وذكرنا أن المتعامل المتعاقد عرضة لارتكاب أخطاء قد تؤدي إلى فسخ الصفقة العمومية، وقد يكون الفسخ هنا من طرف المصلحة المتعاقدة نفسها كجزاء يوقع على المتعامل المتعاقد.

كما قد يكون من طرف القضاء، في حال سلكت الإدارة سبيل التقاضي، حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد معها عليها بالتعويض، إذا ثبت أنها أساءت استعمال حقها في الفسخ، أو استعملته على نحو غير مشروع [2].

2.4- شروط رفع دعوى الفسخ أمام القضاء

يختص القضاء الكامل بالفصل في منازعات الصفقات العمومية [3]، ودعوى فسخ للصفقة العمومية تعد هنا من دعاوى القضاء الكامل التي تختص المحاكم الإدارية بالفصل فيها طبقا لنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية منها [4]، وعليه فإن هذه الدعوى تخضع لمجموعة من الشروط حتى يتعين قبولها، وتتمثل هذه الشروط في الشروط الآتية:

أولا: الصفة والمصلحة

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[5]"، وعليه يجب على رافع دعوى الفسخ أن يتوفر على صفة ومصلحة حتى تقبل دعواه، بحيث يكون هو المتعاقد مع الإدارة وله مصلحة في فسخ العقد، كأن يحقق له هذا الفسخ حماية لحقوقه المالية.

ثانيا: ضرورة التمثيل بمحام أمام بعض الهيئات القضائية

قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2022، كان المشرع الجزائري سابقا يلزم الأفراد بضرورة التمثيل الوجوبي بمحام أمام المحكمة الإدارية، وذلك بموجب نص المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل أن يتم إلغاؤها بموجب المادة 14 من القانون 22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[6]، وعليه أصبح تمثيل الأفراد أمام المحكمة الإدارية اختياري، وبالتالي فإن دعوى فسخ الصفقة العمومية

---

[1] راجع :
- الطماوي سليمان محمد، المرجع السابق، ص774.
- صالح علاوي الجبوري ماهر، المرجع السابق، ص 246.

[2] الطماوي سليمان محمد، المرجع السابق، ص773.

[3] قرار مجلس الدولة رقم 078670 المؤرخ في 26 – 02 – 2014، الغرفة الأولى، شركة ذا. م.م «فودميد» ضد ولاية بومرداس، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015، ص 84.

[4] المادة 801 من القانون 08-09.

[5] المادة 13 من القانون 08-09.

[6] المادة 14 من القانون، رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، المعدل والمتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2022، ص11.

أمام المحكمة الإدارية لا تستلزم وجوبا التمثيل بمحام، إلا في حالتي الاستئناف والطعن بالنقض، حيث يعتبر تمثيل الأفراد بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية للاستئناف، وكذلك أمام مجلس الدولة[1].

ثالثا: شروط تقديم العريضة

تتضمن العريضة بشكل عام مجموعة من البيانات وردت في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي أحالت إليها المادة 816 من نفس القانون عندما ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية، وتتمثل هذه البيانات في الآتي:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، وهنا النزاع يتعلق بالمصلحة المتعاقدة والتي تعد شخص معنوي، فمن الطبيعي أن تشمل العريضة هذه البيانات.
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة عند الاقتضاء إلى الوقائع والمستندات المؤيدة للدعوى[2]، وهنا يجب أن تتضمن هذه المستندات نسخة من العقد الذي يوضح العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

خاتمة:

في دراستنا لموضوع فسخ الصفقة العمومية توصلنا إلى أن هذا الفسخ يتم بعدة طرق نص عليها القانون 12-23.

يتم فسخ الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة و بإرادتها المنفردة، وذلك في حالة الفسخ التقديري أو الفسخ الجزائي، فالفسخ التقديري يجد مبرراته في المصلحة العامة وتقوم الإدارة في حال توفر سبب يبررها بفسخ العقد بدون خطأ من المتعاقد معها، وقد نظمه المشرع الجزائري في نص المادة 91 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، كما يتم فسخ الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة في حالة الفسخ الجزائي وهنا تهدف المصلحة المتعاقدة من خلال هذا الفسخ إلى توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد، وهذا الفسخ يلزم فيه وقوع خطأ من المتعاقد حتى تتمكن الإدارة من القيام به، وقد نظمه المشرع بموجب المادة 90 من القانون 23-12 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

يمكن القيام بفسخ الصفقة العمومية باتفاق الطرفين ويستند هذا الفسخ على مبررات تخرج عن إرادة المتعامل المتعاقد، وقد تندرج هذه المبررات في القوة القاهرة أو في حالة اتفاق الطرفين مسبقا على شروط معينة إذا

[1] المادتين 900 مكرر 01 ، و905 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.
[2] المادة 15 من القانون 08-09 .

تحققت يتم فسخ الصفقة، ويجد هذا الفسخ أساسه التشريعي في المادة 92 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

يمكن أن يتم فسخ الصفقة العمومية من طرف الجهة القضائية المختصة، في حال لجوء أحد طرفي الصفقة إلى القضاء طالبا فسخ العقد، وهنا يكون الفسخ بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته أو في حالة القوة القاهرة، وهذا الفسخ يجد أساسه في المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية باعتبار دعاوى فسخ الصفقة العمومية من دعاوى القضاء الكامل التي تميز العقود الإدارية بشكل عام، وهو ما يشكل إحدى النقائص التي لم ينص عليها القانون 23-12.

ومن خلال ما تقدم ذكره يمكن تقديم التوصيات التالية:

- إلزام المصلحة المتعاقدة بتعليل قرارات الفسخ الانفرادي خاصة عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة.
- النص صراحة على تعويض المتعاقد في حالة فسخ الصفقة العمومية لمتطلبات المصلحة العامة والذي يلحق ضررا بالمتعامل المتعاقد.
- ضرورة النص على تبليغ المتعاقد بالإعذار في حال عدم تنفيذ التزاماته، في القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.
- تعديل الأحكام التنظيمية السارية بما يتماشى مع قانون الصفقات العمومية خاصة فيما يخص تبليغ إعذارين للمتعامل المتعاقد.
- ضرورة النص على حق الطرفين في اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من أجل فسخ العقد بموجب القانون 23-12 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

قائمة المراجع:

أولا: النصوص التشريعية

1- القوانين

1. القانون، رقم 08-09 المؤرخ في 28 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

2. القانون، رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، المعدل والمتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد48، الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2022.

3. القانون، رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

2- المراسيم

1. المرسوم الرئاسي، رقم 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

3- القرارات الوزارية

1. قرار وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وكذا آجال نشره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

ثانيا: القرارات القضائية

1. قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 063683 المؤرخ في 12- 01 - 2012، الصادر عن الغرفة الأولى، قضية (ح،ع)، ضد بلدية العلمة، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014.
2. قرار مجلس الدولة رقم 078670 المؤرخ في 26 – 02 – 2014، الغرفة الأولى، شركة ذا. م.م «فودميد» ضد ولاية بومرداس، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015.

ثالثا: المؤلفات

1. الصغير بعلي مُحَمَّد، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.
2. الطماوي سليمان مُحَمَّد، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط5، مطبعة عين شمس، مصر، 1991.
3. بوضياف عمار شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011.
4. حسين عثمان مُحَمَّد عثمان، أصول القانون الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
5. خلف الجبوري مُحَمَّد، العقود الادارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.
6. راغب الحلو ماجد، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري - المركزية واللامركزية - الأموال العامة - الموظف العام - المرافق العامة - الضبط الإداري - القرار الإداري - العقد الإداري - السلطة التقديرية - التنفيذ المباشر - نزع الملكية للمنفعة العامة)، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 1996.
7. رفعت مُحَمَّد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري (طبيعة القانون الإداري - التنظيم الإداري - وظائف الإدارة العامة - الموظفون العموميون - أعمال الإدارة العامة - امتيازات الإدارة العامة - أموال الإدارة العامة)، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الأزاريطة، الإسكندرية، 2012.
8. صالح علاوي الجبوري ماهر، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009.
9. عبد الفتاح مُحَمَّد علي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009.