الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: دولة ومؤسسات

بعنوان

فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

من تقديم الطالبين:

طالب رامي

سحمادي عبد القادر

تحت إشراف الأستاذ:

قربة رضا

أمام لجنة مشكلة من

سي موسى عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة المدية	رئيسا
قربة رضا	أستاذ محاضر	جامعة المدية	مشرفا ومقررا
موساوي مليكة	أستاذ محاضر	جامعة المدية	عضوا مناقشا

السنة الدراسية 2019/2018

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات

والصلاة والسلام على خير خلق الله في الأرض وفي السموات

فنشكر الله عز وجل الذي يسر لنا أمرنا بإتمام هذا العمل المتواضع

و نتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان إلى الذين حملوا رسالة العلم والمعرفة

كمالا يسعنا في هذا المقام إلا أن نشكر الأستاذ الفاضل "رضا قربة" على رحابة صدره وسعة صبره

وكل مجهوداته في توجيهنا والذي شرفنا بها

إضافة إلى كل الأساتذة الذين أطرونا في هذا الطور من الدراسة وكذا تشجيعات

كل الزملاء

وفي الأخير نشكر كل من ساهم معنا في هذا الجهد المتواضع

ونسأل الله أن يجازيهم عنا خير الجزاء

رامي، عبد القادر

الإهداء

إلى من قال الله تبارك وتعالى فيهم

"*وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا وَإِنْ* جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُمَا إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ "

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ووفقني لبرهما وأن أكون بذرة صالحة غرساها في هذا المجتمع

كما لا أنسى الزوجة الكريمة وولداي العزيزين "هيثم وآية "الذي أرجو من الله أن يحفظهما وان ينير دربهما

والى كل إخوتي وأخواتي والأصدقاء والزملاء

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي هذا فجزاهم الله عني كل خير

رامـــــي

الإهداء

إلى من قال الله تبارك وتعالى فيهم

"*وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا وَإِنْ* جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُمَا إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ "

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله واسكنه فسيح جناته

والى الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها ووفقني لبرها وأن أكون بذرة صالحة غرساها في هذا المجتمع

كما لا أنسى الزوجة الكريمة وولداي العزيزين "رائف وتقوى خديجة "الذي أرجو من الله أن يحفظهما وان ينير دربهما

والى كل إخوتي وأخواتي والأصدقاء والزملاء

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي هذا فجزاهم الله عني كل خير

عبدالقادر

قائمة لأهم المختصرات المستعملة في هذا البحث

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ط: طبعة

ص: صفحة

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م: قانون مدني

مقدمـــــة:

تقوم المصلحة المتعاقدة بنوعين أساسيين من النشاط الإداري تختلف في طبيعتها ووصفها القانوني منها الأعمال المادية والأخرى قانونية ، وتمارس الإدارة أعمالها الإدارية القانونية بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة (القرارات الإدارية) وتارة أخرى استنادا إلى توافق إرادتين (العقود) نحو إحداث آثار قانونية معينة كما هو الحال في الصفقات التي تبرم مع الأشخاص .

ومن المعروف أن العقود التي تبرها الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد فهناك عقود الإدارة الخاضعة لنظام القانون الخاص الذي يحكم عقود الأشخاص حيث تلجأ الإدارة إلى إبرام هذا النوع من العقود عندما ترى أن إتباعها أسلوب القانون الخاص يكفي لتحقيق أهدافها فتظهر بمظهر الشخص العادي في التعاقد مع الأفراد مجردة من امتيازات السلطة العامة .

وتعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة مبرمة بين مصلحة متعاقدة ومتعامل متعاقد أو أكثر ترتب حقوقا وواجبات لكلا الطرفين ، تهدف إلى تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة المتعددة والمتنوعة حسب الأهداف المسطرة، وتشمل هذه العقود انجاز أشغال أو لوازم أو دراسات أوتقديم خدمات ويقوم بتنفيذها أحد المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة.

وتعد الصفقات العمومية الأداة القانونية الأساسية التي تعتمدها الدولة والهيئات والمؤسسات العمومية التابعة لها في تجسيد البرامج والمشاريع التنموية حيث تلجأ بموجبها إلى التعاقد مع المتعاقدين الاقتصاديين الوطنيين أو الأجانب وفق القوانين المعمول بها في هذا المجال .

ولقد مر النظام القانوني للصفقات العمومية بعدة مراحل شهد خلالها تطورات وتغييرات عديدة تماشيا مع الوضع الاقتصادي الوطني والدولي وكذا اختلاف الأنظمة الاقتصادية المنتهجة من جهة و النظرة السياسية لدور الصفقات العمومية في الاقتصاديات الوطنية فمقتضيات المصلحة العامة استوجبت إصدار عدة نصوص قانونية لحوكمة نظام الصفقات بدءا بالأمر 67-90 ووصولا للمرسوم الرئاسي 15-247 الذي تبنى تدابير جديدة في عدة جوانب منها ما يخص موضوع الصفقة العمومية وكذا كيفية إجرائها حيث جعل في هذا السياق طلب العروض كأصل لإبرام الصفقات وأسلوب التراضي كاستثناء عليه كرس إمكانية تسوية النزاعات التي تحدث سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ وصولا إلى نهاية الصفقة العمومية بالطرق العادية وغير العادية وانتهاء إلى فسخ الصفقة وفق أشكال معينة.

مع العلم أن الصفقة العمومية تتميز بأحكام قانونية متميزة على أحكام القانون الخاص وهذا بتضمنها شروط استثنائية وغير مألوفة في مواجهة المتعاقد معها والمتمثلة في سلطات وامتيازات المصلحة

المتعاقدة من خلال سلطة التدخل والإشراف على تنفيذ العقد وكذا سلطتها في فسخ العقد بالإدارة المنفردة بالإضافة إلى عدة سلطات مخولة لها بموجب القوانين والتنظيمات التي خصها بها المشرع .

ولذاك حاول المشرع فرض نوع من التوازن و الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، لاعتباره الطرف الضعيف في مواجهتها لأنها صاحبة السلطة في إبرام الصفقة وهدفه في ذلك هوالحد من كل عمل غير مشروع صادر من طرفها قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المتعاقد معها ،كما قرر له المشرع إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية أو إلغاء كل الالتزامات التي قد ترهق كاهله والتي لم ترد في أصل الصفقة والمطالبة بتعويض الضرر اللاحق به والناجم عن تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها وتصرفها المنافية لمبدأ المشروعة .

ولاشك في أن غاية كل مصلحة متعاقدة من كل صفقة تبرمها هي انجاز المشروع وإتمامه في آجاله وطبقا للنوعية والمواصفات المطلوبة ومنه وضع المرفق العمومي في الخدمة وهذا ما يندرج ضمن النهاية الطبيعية للصفقة غير انه قد تكون للصفقة نهاية غير طبيعية أو ما يعرف بالنهاية المبسترة ويكون ذلك عن طريق الفسخ .

الدراسات السابقة

من خلال تطرقنا لهذا الموضوع لاحظنا نقص فادح في الدراسات السابقة لموضوع فسخ الصفقة .

أهمية الموضوع

يعود سبب اختياري لموضوع فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري لأنه من أدق الموضوعات

الجوهرية في العقد ككل والتي لا تزال بحاجة ماسة إلى الدراسة والبحث العميق نظرا لكثرة التعديلات التي طرأت ولا تزال تطرأ عليها، ولإيضاح الغموض الذي قد يكتنفها .

كما أن سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ كجزاء للإخلال بالصفقة العمومية بإرادتها المنفردة يترتب عليه حل الرابطة التعاقدية بصفة فورية وبقرار إداري دون اللجوء إلى القضاء هذا من جهة كما يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لفسخه الصفقة متى ما شعر أن هناك إرهاق وضرر قد لحقه من المصلحة المتعاقدة.

ونظرا لأهمية الموضوع من الناحية العملية والعلمية على وجه الخصوص كان لزاما علينا معرفة الإجراءات المنظمة للفسخ في مجال الصفقة العمومية ، ومدى تعسفها في استعمال الفسخ اتجاه

المتعاملين معها بحجة تحقيق الصالح العام ومن جهة كيفية ممارستها لحق الفسخ باعتباره حق وجزاء مناسب في حال ارتكاب المتعاقدين معها لتجاوزات وأخطاء تستلزم اللجوء إلى الفسخ باعتباره امتياز مقرر لها بشعار تحقيق دوام سير المرفق العمومي بانتظام واطراد .

أسباب اختيار الموضوع

الأسباب الذاتية:

1) الميول الشديد إلى مقياس الصفقات العمومية والرغبة الشخصية في البحث في هذا الموضوع لطبيعة الوظائف الإدارية التي نمارسها والتي هي على احتكاك مباشر بالمتعاملين في الصفقات العمومية ومحاولة منا لوضع تجربتنا الشخصية في هذا المجال في هذا العمل الأكاديمي.

الأسباب الموضوعية:

1) قلة الأبحاث والدراسات المتخصصة التي تعالج هذا الموضوع بالنظر لاتساع الموضوع ولكثرة التعديلات التي دائما ما تتم على قانون الصفقات العمومية.

2)محاولتنا إبراز بعض المصطلحات في مجال الصفقات العمومية كونها لا تظهر جليا ولا يمكن تفسير المقصود بها إلا من خلال تطبيقها ميدانيا.

3)مشكلة الموضوع في حد ذاته الذي يعالج دور المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة من خلال فسخها.

4) محاولة إبراز مدى حرية الإدارة في استعمال سلطاتها وامتيازاتها في فسخ الصفقة العمومية ، هل هي سلطة مطلقة أم هي نسبية أو حالات معينة فقط متى ألحت الضرورة على ذلك.

5)معرفة سلطات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد وأيضا حقوق المتعامل المتعاقد في مجال الفسخ.

6) البحث عن القواعد والإجراءات التي تحكم موضوع فسخ الصفقات من قبل طرفي العقد.

أما بخصوص المنهج المتبع فهو المنهج الوصفي والمنهج التحليلي ، والذي لم نقتصر من خلاله على جمع المادة العلمية من بيانات ومعلومات عن الظاهرة المراد دراستها فقط ووصفها بأسلوب خاص بل يمتد إلى تحليلها خاصة المواد القانونية منها من أجل الوصول إلى استنتاجات يمكن أن تساهم في فهم الموضوع و تحسين الواقع وتطويره وتجاوز الإختلالات الموجودة فيه.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتنا قلة المراجع المتخصصة في ميدان الصفقات العمومية ككل وفي فسخ الصفقة على وجه الخصوص في الجزائر لكون موضوع فسخ الصفقة العمومية لم يتم تناوله بشكل مستفيض كما وجدنا بعض الغموض بسبب سوء صياغة المواد التي نظمت الفسخ في قانون الصفقات العمومية.

وعليه نطرح الإشكالية التالية : كيف نظم المشرع الجزائري الفسخ كآلية لإنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية ؟ وإلى أي مدى وفق في ذلك؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها التساؤلات التالية:

- ماهو المفهوم القانوني لفسخ الصفقة العمومية؟
- ماهي الإجراءات والآثار القانونية المترتبة عنه؟

انطلاقا مما سبق بيانه فان تقديم هاته الدراسة المتواضعة محاولة للإلمام بالموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة والتي تتكون من مقدمة وفصلين وخاتمة ،بحيث أن المقدمة تحتوي على العناصر المنهجية المطلوبة بينما الفصل الأول سنتناول فيه الفسخ الانفرادي للصفقة العمومية بما يحتويه من الفسخ الجزائي ولتحقيق المصلحة العامة أما الفصل الثاني فيندرج تحت عنوان الفسخ الغير الانفرادي للصفقة العمومية الإتفاقي والقضائي .

الفصل الأول : الفسخ الإنفرادي للصفقة العمومية

هناك مبدأ هام يسود العلاقات التعاقدية الخاصة بين الأفراد ويحكمها ألا وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما وهو الأصل أو للأسباب التي يقرها القانون وعليه من باب أولى فأي فسخ دون إتفاق مسبق لا أثر له كون العلاقات بين الأفراد يحكمها الطابع الرضائي وليس الجبري،وأن القضاء هو الذي يحل الرابطة العقدية في حالة عدم الإتفاق على ذلك هذا المبدأ لا يؤخذ على الإطلاق في علاقات المصلحة المتعاقدة مع الأفراد ومن خلال دراساتنا لمبادئ القانون الإداري وبخصوص العقود تحديدا لاحظنا أن من خصائص العقود الإدارية البنود غير المألوفة هذا من الناحية النظرية ، و إذا أردنا إسقاط هذا المبدأ من الناحية العملية فإن الفسخ من جانب واحد يعد من أهم مظاهر البند غير المألوف ومن أهم مظاهر السلطة العامة حيث أن الإدارة لها إمكانية التنفيذ الجبري دون حاجة للجوء إلى القضاء ، ويبرر هذا الإجراء مبدأ هام من مبادئ المرافق العامة وهو مبدأ الإستمرارية، ذلك أن النشاط الإداري يتسم بالحركية والسرعة وبالتالي تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إمكانية فسخ الصفقة مباشرة في بعض الحالات دون إتفاق ودون اللجوء إلى القضاء و تتمثل هاته الحالات في الوضعيتين القانونيتين المنصوص عليهما في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [1] وهما الفسخ من جانب واحد نتيجة التقصير و الفسخ من جانب واحد لداعي المصلحة العامة

وهذا ما سنحاول التفصيل فيه في هذا الفصل الذي يقتضي منا التطرق إلى عدة مسائل مهمة من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الفسخ الجزائي.

المبحث الثاني: الفسخ الإنفرادي بسبب المصلحة العامة.

[1] . ج .ر، العدد50 الصادر في 20 سبتمبر 2015.

المبحث الأول : الفسخ الجزائي

يعد الفسخ الجزائي النوع الغالب في مجال الصفقات العمومية ، وهويعد من أنواع الفسخ التي لا تحمل أي آثار ايجابية سواء بالنسبة للمتعامل أو المصلحة المتعاقدة فنتائجه تؤثر سلبا على الطرفين ويرجع عدم وجود تعاريف فقهية للفسخ من جانب واحد لكونه مصطلح ذو طبيعة إدارية أكثر منه ذو طبيعة مدنية لأن الفسخ الجبري لا نجد له مجالا في العلاقات التعاقدية الخاصة و سوف نستعرض هذا النوع على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم الفسخ الجزائي

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة في مجال الصفقات العمومية بموجب قانون الصفقات العمومية سواء تلك السلطات التاريخية التقليدية الممنوحة لها بإعتبارها طرفا قويا في الصفقة أو تلك الصلاحيات الممنوحة لها بنصوص قانونية أو تنظيمية ، هذا لا ينفي أن المتعامل المتعاقد الذي تقع عليه إلتزامات يكتسب كذلك حقوقا مقررة له بموجب القانون لا سيما الحقوق المالية وحق التوازن المالي للعقد المنوه عنه في إطار المادة 153 من قانون الصفقات العمومية ، وتسوية حقوقه المالية ترتبط أساسا بتنفيذ إلتزاماته الرئيسية و المتمثلة أساسا في إنجاز محتوى العقد في المدة المتفق عليها [1]، وطبقا للكميات المدرجة في الكشف الكمي والتقديري و ذلك من حيث النوع والكم غير أن المتعامل المتعاقد قد لا يفي بإلتزاماته التعاقدية سواء من حيث إحترام مدة التنفيذ أو من حيث عدم تنفيذ الصفقة طبقا لبنودها.

و قد يعجز المتعامل المتعاقد عن مواكبة المدة المقررة لإنجاز المشروع أو قد يقوم بتنفيذ غير مطابق لبنود الصفقة من حيث النوع أو الكم وهو يشكل في نهاية المطاف عدم تنفيذ إلتزام هذا الأمر منصوص عنه بموجب المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

كما قد يكون التقصير إيجابيا كإنجاز أشغال غير مطابقة للصفقة أو سلبيا وذلك عندما يمتنع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة سواء من خلال عدم الإنطلاق كليا أو جزئيا فيها كإنجاز بعض المشروع و التخلي عن الباقي ، هاته المبررات المادية ينشأ عنها إمكانية إستعمال الإدارة لحقها في فسخ الصفقة فبإمكان الإدارة فسخ الصفقة نتيجة خطأ المتعاقد بتقصير منه لكون ما صدر منه يخالف بنود الصـــفقة و انه أخل بالتزاماته التعاقدية و انعكس ذلك على السير العادي للمرفق العمومي [2].

لكن هذا الحق غير مطلق حيث أنه مقيد بمبدأ المشروعية و بالتالي فيشترط لمباشرة الإدارة سلطتها عندما يخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية توفر شرطين وهما:

ارتكاب خطأ جسيم وعدم تدارك المتعاقد لخطئه.

---

[1]. عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، القسم الثاني، الطبعة الخامسة،جسور للنشر والتوزيع 2017،،ص.49

[2]. مونية جليل،التنظيم للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي15-247، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الرغايـــة ،الجزائر ،2018،ص189.190.

الفرع الأول :ارتكاب خطأ جسيم

الخطأ الجسيم هو كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية تمثل خطأ تعاقديا لكن يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا تستند إليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ ،ذلك أن المتعامل المتعاقد قد يرتكب بعض الأخطاء عند تنفيذه للصفقة غير أن هاته الأخطاء قد لا تكون بدرجة كبيرة من الجسامة ويمكن إصلاحها بمجرد توجهات إدارية فقط ومنه المحافظة على السير العادي للصفقة .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري فلا وجود لتعريف معين للخطأ الجسيم ماعدا ما نستنبطه من نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نصت عن التقصير ومن بين الأخطاء الجسيمة التي استند عليها القضاء ما ورد في بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي [1]منـــها على وجه الخصوص :

- عدم تنفيذ الأشغال في المواعيد المقررة لذلك.
- ترك المقاول مواقع العمل.
- عدم قدرة المقاول مواجهة التزاماته والوفاء بها.
- أفعال الغش والاحتيال الصادرة من المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- تنازل المقاول عن عقده للغير بدون ترخيص مسبق من الإدارة صاحبة العمل.

الفرع الثاني : عدم تدارك المتعاقد لخطئه

لا يكفي إرتكاب الخطأ وحده والتقصير واثبات وجود خطا جسيم كمبرر يجعل الإدارة تلجأ مباشرة للفسخ فالقانون إشترط ذلك وربطه بضرورة إثبات عدم تدارك المتعامل لخطئه ، ويتم إثبات التدراك أو عدم التدارك من خلال إعداد معاينة سواء بمعية محضر قضائي أو عن طريق محضر تعده الإدارة رفقة المستشار الفني أو ممثل لمصلحة الولاية أو الوزارة حسب تبعية المشروع و الذي يثبت مدى تنفيذ المتعاقد لالتزامه أو الاستمرار في حالة عجزه عن تنفيذ المشروع [2] .

فإذا كان من واجب الإدارة إجراء الإعذار فيقابله من جانب المتعاقد الإسراع في تدارك ذلك الخطأ والعمل على محو آثاره في حدود أجال الاعذار وإلا استوجب توقيع جزاء الفسخ وفق القانون.

[1] .محمد عبدالله حمود،إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ،ط1،الدار العلمية للنشر والتوزيع،الأردن،2002،ص70.

[2]. سبكي ربيحة ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2013،ص 145.

المطلب الثاني : إجراءات الفسخ الجزائي

الهدف الأسمى للصفقة العمومية هو وضع المشروع في الخدمة و عدم التعجيل في تعطيله من خلال عدم فسخه بمجرد تقصير يمكن استدراكه، وهنا يتعين على جهة الإدارة أن تنذر المتعامل المتعاقد العاجز إذ تقتضي العدالة والإنصاف أن تعطي الإدارة مهلة معقولة للمتعامل المتعاقد لعله يستدرك تقصيره ، ومنه إستمرار المشروع وهوما يشكل نجاح سواء لفائدة الإدارة والمتعامل المتعاقد ،فالإدارة تنجزمشروعـــها و تضعه في الخدمة و بالتالي يعتبر إضافة في جانب المرافق العمومية و المقاولة تنتفع ماديا و تحمي مصالحها المعنوية من خلال تفادي الآثار الناجمة عن الفسخ ، وعليه فالمهلة القانونية واجبة ولذلك أوجب المشرع ضرورة توجيه إعذارين قبل الشروع في إجراءات الفسخ ، ونفس الحال يطبق على المتعامل الأجنبي وذلك طبقا لنص المادة 84 فقرة 3و4 .

الفرع الأول: تعريف الاعذار: وفق القواعد العامة هو إثبات قانوني لحالة تأخير المقاول في تنفيذ التزاماته ويهدف في عقود الأشغال العامة إلى إثبات عدم وفاء المقاول لإلتزاماته من الناحية القانونية.[1]

- فريق آخر عرفه بأنه وضع المدين قانونا في حالة المتأخرعن الوفاء بإلتزاماته .
- تعريف آخر : أمر يوجهه الدائن إلى المدين لينفذ إلتزامه يثبت رسميا تأخر المدين

ولقد أوضحت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 أنه إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد أم بخصوص البيانات الواجبة في الاعذار فقد نص عليها سابقا القرار الصادر عن وزير المالية المؤرخ في 2011/04/20 البيانات الواجب إدراجها في الإعذار الموجه للمتعاملين المقصرين ، والغاية من تكفل المشرع بذلك بدل ترك السلطة التقديرية للإدارة هو حماية المتعاملين من الفسخ التعسفي ، والأكثر من ذلك فقد قيد المشرع المصلحة المتعاقدة بصدد الإعذارات و ألزمها بنشر إعذارين تحت طائلة الإلزام من خلال ذكر عبارة "يجب" ، حيث أنه بمفهوم المخالفة في حالة فسخ صفقة بعد توجيه إعذار واحد أو عدم توجيه الإعذار تعتبر إجراءات الفسخ باطلة ولامانع من أن توجه الإدارة أكثر من إعذارين بل يسجل ذلك كنقطة ضد المتعامل و لصالح الإدارة كونها أعطت فرصة إضافية للمتعامل المتعاقد المقصرمن أجل التدارك.

الفرع الثاني: بيانات الاعذار

يتطلب الاعذار ذكر بيانات واجبة الإدراج نفصلها على الشكل التالي:

أولا - تحديد المصلحة المتعاقدة و عنوانها

يتعين على المصلحة المتعاقدة باعتبارها الطرف الموجه للإعذار من جهة ، والمشرفة على عملية الفسخ من جهة ثانية أن تحدد بدقة تسميتها وعنوانها ذلك أن بعض الإدارات قد تتشابه في تسميتها مما

[1]. عبد الحميد مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري،دار المطبوعات الجامعية،مصر،2007، ص187.

قد يفوت فرصة على المتعامل المتعاقد من الإحتجاج أو التظلم على مستوى المصلحة المتعاقدة في حالة وجود إعذار تعسفي غير قائم على أساس تقني أو إداري [1].

إضافة إلى ذلك يستحسن على الإدارة نظرا للتطور الخاص في المجال التكنولوجي و الإتصالاتي والرقمنة والعصرنة أن تبين رقم الهاتف ، الفاكس، البريد الإلكتروني و حتى مواقع التواصل الاجتماعي إن أمكن ذلك ، هذا كله من شأنه أن يعطي أكثر شفافية قانونية للعملية الإجرائية و يضمن أكثر علم للمتعاقد العاجز مما يؤدي إلى الإسراع في الإتصال بالمصلحة المتعاقدة ومنه إستدراك تقصيره إن سجل ذلك ومنه التحلل من التزامه اتجاه المصلحة المتعاقدة .

ثانيا - تحديد المتعامل المتعاقد

ألزم القانون المصلحة المتعاقدة بضرورة ذكر هوية المتعامل المتعاقد و عنوانه بدقة و ذلك تفاديا لأي خطا في تسميته لأن عدم التحديد بدقة لهوية المتعامل المتعاقد العاجز قد يؤدي لاحقا إلى الطعن في إجراءات الفسخ حيث يحتج الطرف الذي تم إعذاره بأنه لم يكن المقصود بالإعذار كما يتعين على الإدارة ذكر العنوان بدقة و بخصوص العنوان هو الذي يدرج عادة في بنود الصفقة ، و يستشف العنوان من التعهد الذي يقدمه المتعامل المتعاقد في ملفه و لقد أدرج المشرع نموذج التصريح بالإكتتاب والتصريح بالترشح و الاكتتاب والتصريح بالنزاهة و نموذج رسالة العرض الذي يقدم في التعهدات و ذلك بالجريدة الرسمية [2].

ثالثا - التحديد الدقيق للصفقة ومراجعها

الصفقات أنواع فكل صفقة لها موضوع معين فقد تكون صفقة إنجاز أشغال كإنجاز جسر مثلا أو صفقة دراسات كإعداد دراسة فنية لإنجاز ثانوية أو صفقة لوازم كتوريد أجهزة إعلام لفائدة جامعة معينة أو صفقة خدمات كصفقة إجراء تكوين لفائدة متربصين [3].

في هذا الصدد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة أن تذكر في الإعذار الذي يوجه ضد المتعامل المتعاقد المرجع الدقيق للصفقة فالمقصود بالتعيين الدقيق للصفقة هو ذكر موضوع الصفقة أو محتواها و يتحدد موضوع الصفقة حسب طبيعتها فمثلا إذا كنا بصدد إنجاز أشغال سكن وظيفي في مقر دائرة فيجب ذكر موقع مقر الدائرة وعدد السكنات وكذلك الحال في صفقة اللوازم.

ولا يفوتنا الإشارة أن المقصود بضبط الموضوع هو محل الصفقة حيث لا يمكن أن ينصرف ذهننا إلى أن الموضوع يقصد به كل محتوى الصفقة لكون ذلك يدرج في الكشف الكمي والتقديري و يستحيل

---

[1]. قرار مؤرخ في28 مارس 2011 ،يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره ،ج.ر،العدد24الصادر في 20 أفريل2011.

[2]. قرار مؤرخ في 19 ديسمبر2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والاكتتاب ورسالة التعهد، نموذج عقد المناولة ج.ر عدد 17، 2016.

[3]. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،عناب ة،2005،ص.23

إدراج مواد الكشف الكمي والتقديري برسالة الإعذار التي تنشر فحجم الرسالة لا يمكنه إحتواء كل الكشف الكمي الذي قد يحتوى ثلاث صفحات كاملة .

أما بشان مراجع الصفقة فغالبا ما تنحصر في ذكر رقم التأشيرة الخاصة بلجنة الصفقات و رقم تأشيرة المراقب المالي و تاريخها و رقم المصادقة من طرف المصلحة المتعاقدة و تاريخها و مثال عن ذلك صفقة إنجاز سكنين وظيفين في مقر دائرة وامري و الخاضعة لتأشيرة لجنة الصفقات تحت رقم 2017/120 بتاريخ 2017/12/12 و المؤشرة من طرف المراقب المالي تحت رقم 2017/163 بتاريخ 2017/12/19 والمصادق عليها من من طرف مديرية الإدارة المحلية 2017/12/26 .

وعموما مراجع الصفقة المذكورة يتم ذكرها في أغلب الإدارات ، وهناك بعض الإدارات من يدرج تاريخ الإنطلاق في الإنجاز ولا مانع في ذكر ذلك كونه مكونا إضافيا من مكونات مراجع الصفقة .

رابعا - الأجل الممنوح لتنفيذ الإعذار

لا شك في أن الإعذار كإجراء شكلي هدفه إعطاء فرصة للمدين قبل توقيع أي جزاء إداري ضده لكون الغاية منه أساسا تنبيه المدين قبل فوات الأوان ، ولقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة ذكر المدة الممنوحة للمتعامل المتعاقد العاجز قصد تنفيذ إلتزامه ، ويرجع تحديد المدة طبقا لطبيعة كل مشروع على حدى،وهنا يقتضي إعمال مبدأ الملاءمة و الموازنة باعتبارهما من خصائص العمل الإداري غير أنه ينبغي تحديد مدة معقولة لغرض الإسراع في تجسيد المشروع ومنه ضمان السير الحسن للمرافق العمومية.

خامسا – تحديد رقم الإعذار

المصلحة المتعاقدة ملزمة بتوجيه إعذارين قبل فسخ الصفقة على عاتق المتعامل المتعاقد[1] ومنه يجب أن يذكر في رسالة الإعذار رقمه فإن كان الإعذار الأول يكتب إعذار رقم واحد و إن كان إعذار ثاني و أخير يكتب في أعلى الصفحة إعذار ثاني ، وهاته الشكلية أوردها المشرع لغرض التأكد من عدد الإعذارات الموجهة وإعلام المتعهد بأن عدم الالتزام بالإعذار سيؤدي إلى مرحلة الفسخ الأحادي و ما يرتب من مخاطر، ذلك أن الإعذار الثاني معناه تمهيد لمرحلة الفسخ.

سادسا - إدراج العقوبات المقررة في حالة عدم تنفيذ محتوى الإعذار

يجب ذكر مضمون العقوبة في رسالة الإعذار و التي تترتب في حالة عدم الإلتزام بمحتوى الإعذار و غالبا ما تكون العقوبة هي الفسخ على عاتق المتعامل المتعاقد وتجدر الإشارة أن المادة 147 فقرة02 من قانون الصفقات العمومية بينت أن العقوبات يتم إدراجها في الأحكام التعاقدية للصفقة والتي تحدد نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها .

[1]. قرارمؤرخ في 28مارس2011 ، المرجع السابق.

ولاحظنا في العديد من نماذج الإعذارات المقدمة بالملحق أن المصالح المتعاقدة تكتفي بالعبارة التالية – سيتم إتخاذ الإجراءات القصرية – وهي عبارة فضفاضة حيث يتعين ذكر الإجراء و العقوبة صراحة .

الفرع الثالث : تبليغ الاعذار

طبقا للمادة 04 من القرار الوزاري المحدد للبيانات التي يتضنها الاعذارو آجال نشره فقد أوجبت تبليـــغ الاعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع اشعار بالاستلام ونشره حسب المادة 5 من هذا القرار مع الإشارة إلى أن هاته الأخيرة أوجبت نشر الاعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وباللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل ، ومن خلال هذه المادة يتضح بمفهوم المخالفة أنه لامانع من نشر الاعذار في أكثر من جريدتين على خلاف نشرها في جريدة واحدة حيث أن ذلك ينجر عنه بطلان إجراءات الفسخ كما ألزمت المادة 05 المصلحة المتعاقدة بان ترسل طلب نشر الاعذار على مستوى المؤسسة المعنية بالنشر بالموازاة مع تبليغ الاعذار للمتعامل المتعاقد ، أما بخصوص سريان مفعول الإعذار فقد حددته المادة المذكورة بدءا من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة[1].

المطلب الثالث : آثار الفسخ الجزائي

نظرا لخطورة الفسخ على عاتق المتعامل المتعاقد العاجز فقد أعطاه المشرع أكثر إهتمام حيث خصص له المادتان 149و 152 فقرة01 وذاك نظرا لكون المتعامل المتعاقد الذي يتسبب في توقف المشروع يجب أن يعاقب إداريا حتى لا يتم تشجيع هاته الممارسات التي من شأنها أن تعطل السير الحسن للمرافق العمومية .

الفرع الأول : تحمل الفارق المالي

لم تنص كل القوانين و المراسيم المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية السابقة للمرسوم الحالي صراحة على هذا المبدأ وهو ما يفسر عدم إستجابة القاضي الإداري في عديد الحالات لمطلب المصلحة المتعاقدة في هذا الشأن ، أما حاليا فقد تضمنت المادة 152 تحمل المتعامل المتعاقد للتكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة .

ويقصد بالتكاليف الناجمة عن إبرام صفقة جديدة هو ذلك الفارق المالي ما بين المبلغ الأولي للصفقة التي حازها المتعامل المتعاقد العاجز الذي صدر ضده فسخ للصفقة والمبلغ الجديد للصفقة ، و لم تنص صراحة على آثار الفسخ من جانب واحد وفي نفس الوقت لم يكن مانعا من أن تدرج المصلحة المتعاقدة في دفاتر شروطها أو بنود صفقاتها مادة قانونية تتضمن آثارا معينة لقرار الفسخ من جانب واحد ، وهذا

[1].أنظر الملحق رقم 04ص53.

ما لمسناه من خلال بعض نماذج دفاتر الشروط و بعض نماذج الصفقات وعليه فان فسخ الصفقة الخاصة بأي مشروع يستوجب من المصلحة المتعاقدة إيجاد مخرج قانوني و إتخاذ إجراءات معينة بغية إستمرار النشاط ، ويكون ذلك من خلال إرساء صفقة جديدة ، هذا الإجراء يقتضي تطبيق قواعد المنافسة و بالتالي قد يكون المتعامل المتعاقد الجديد الذي رست عليه الصفقة قد قدم مبلغا يفوق المبلغ المتعهد به سابقا ، فمثلا تم إرساء صفقة لمقاول بمبلغ 20.000.000,00 دج وبعد تنفيذ جزء يقدر بـ 10.000.000,00 دج تم فسخ الصفقة على عاتقه وبعد إعادة الإجراءات تم منح الصفقة لأقل عرض مالي بمبلغ 15.000.000,00 دج في هاته الحالة يلاحظ فارقا أصبح في القانون الحالي منصوص عليه صراحة على خلاف ما كان في القوانين السابقة يتحمله المتعامل المتعاقد العاجز من خلال إحتساب المبلغ الأصلي و المبلغ الجديد .

كما أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة من خلال المرسوم الحالي حق طلب التعويض[1] نتيجة الأضرار التي يتسبب فيها المتعامل المتعاقد كونه لم ينفذ ما طلب منه دون مبرر ، وبالتالي قد يتسبب في تأخر وضع المشروع في الخدمة ومنه تعطيل السير الحسن للمرفق العمومي القائم على مبدأ الديمومة .

الفرع الثاني : التعويض وإصلاح الأضرار

يعتبرالفسخ سلطة من سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد وهي منصوص عليها في الصفقة العمومية في حالة إخلال المتعامل لالتزاماته ولم ينص المرسوم الرئاسي السابق[1] بصفة صريحة عن آثار الفسخ من جانب واحد وفي نفس الوقت لم يكن يمنع من أن تدرج المصلحة المتعاقدة بندا يتضمن تحميل المتعاقـــد العاجز المصاريف الناتجة عن الاضرار ، وهو ماتم ملاحظته في بعض نماذج دفاتر الشروط وفي بعض نماذج الصفقات [2] .

إن طبيعة الضرر الذي يلحق بالمصلحة المتعاقدة في حالة فسخ صفقة لمشروع معين غالبا ما يندرج في إطار التأثير على حسن سير المرفق العمومي و تعطيل الخدمات الموجهة للجمهور فمثلا في صفقة الأشغال قد يؤدي فسخ صفقة إيصال القنوات و ربطها لغرض تزويد منطقة معينة بالمياه الصالح للشرب إلى الإضرار بمصالح المرتفقين، أو مثلا صفقة التزويد الإقامات الجامعية بالمواد الغذائية إلى التأثير على السير المنتظم للإطعام أو يؤدي فسخ صفقة ترميم إقامة جامعية و تركها في منتصف الطريق مما يؤدي إلى التأثير على السير الحسن للدخول الجامعي الجديد.

[1]. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر عدد58

[2].مونية جليل، المرجع السابق،ص 177.

الفرع الثالث : الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

تجدر الإشارة أن حالات الإقصاء المنصوص عليها في المرسوم تم إدراجه لأول مرة في قوانين الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236 و تم تأكيد هذا المبدأ من خلال المرسوم الحالي وهو ما يعكس الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لهذا الجانب وحزمه في توقيع الجزاء على المتعاملين العاجزين .

وهذا من خلال المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وبالتالي من بين إثنتي عشر حالة إقصاء التي ذكرها المشرع نجده ذكر أن المسجلين في قائمة الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع وقد أشارت الفقرة الأخيرة من المادة إلى أن تطبيق المادة المذكورة سيكون عن طريق التنظيم ، وقد صدر التنظيم الموعود به بتاريخ 2015/12/19 ، حيث تطرق بصفة مفصلة إلى الآليات المنظمة لعملية الإقصاء[1] .

ولقد أشار القانون إلى نوعين من الإقصاء أحدهما يكون تلقائيا ودون حاجة إلى مقرر إداري أي أن الإقصاء يكون آليا في حالة تقديم المتعهد لملفه بغرض المشاركة في الصفقات العمومية، وهناك نوع آخر من الإقصاء لا يتم إلا بموجب مقرر .

إن العبرة في المنع هو عدم تمكين المتعاملين المتقاعسين من الحصول على مشاريع أخرى مستقبلا كونهم أخلو بإلتزاماتهم التعاقدية و تسببوا في وقت ما في تعطيل سير المرافق العمومية ، ويعتبر المنع طبقا للقانون إما منعا مؤقتا و إما منعا نهائيا و قد عبر عنه المشرع من خلال القرار الوزاري المذكور سابقا ،هذا الإقصاء راعى فيه المشرع جوانب معينة حيث ركز على الجانب العددي لقرارات الفسخ و لم يقم على أساس طبيعة و أهمية المشروع الذي تم تعطيله وهو ما يعاب على المشرع إذ كان عليه و لـــو بصفة نسبية التركيز على أهمية المشروع من الناحية الإقتصادية [2] .

فمثلا لا يوجد فرق بين متعامل متعاقد قد تم فسخ صفقة على عاتقه بمبلغ 1.000.000,00 دج و متعامل متعاقد تم فسخ صفقة على عاتقه بمبلغ 100.000.000,00 دج .

يتضح من خلال ما تم ذكره سابقا أن المشرع ذكر عبارة أول قرار فسخ وذلك في القرار الوزاري الذي يحدد كيفيات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية مما يدل على نية المشرع في تعدد قرارات الفسخ ، وبالتالي لكل مرحلة إجراء معين، فالمقرر الأول للفسخ يخضع لترتيبات قانونية معينة و المقرر الثاني للفسخ يخضع من جهته لترتيبات أخرى وعليه يخضع المتعاملون لعملية إقصاء مؤقت بدون مقرر ويحرم من المشاركة في الصفقة العمومية يخضع لفترة منع لمدة 06 أشهر ، ومن البديهي أن تحتسب هاته الفترة من تاريخ سريان مقرر الفسخ الذي كان من تاريخ توقيعه .

---

[1] .قرار مؤرخ في 15 ديسمبر 2015، ،ج.ر العدد17 ،الصادرة في 16 مارس 2016،ص 36.

[2] .عبدالقادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ،مجلة الفكر دار الهدى جامعة بسكرة عدد 10 ،جانفي 2014 ص61.

و حالة الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية حددتها المادتان 4و5 من القرار الوزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015 الذي يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، وفي هذا الإطار نصت المادة 04 على مايلي:" يخص الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء المتعاملين الإقتصاديين الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت ".

و بالتالي يعتبر أقوى أثـر للفسـخ من جانب واحد غير المرتبط بالمصلحة العامة هو منع المتعامل المتعاقد الذي فسخت على عاتقه الصفقة من المشاركة في الصفقات [1]، وبالتالي للاقصاء جانبان مادي من خلال حرمان المقاولة من التعهد مستقبلا ومعنوي من خلال تأثر سمعتها التجارية للمؤسسة لاسيما وأن المصلحة المتعاقدة تقوم لاحقا بتبليغ مصالح الولاية بالمتعاملين الذين صدر ضدهم قرار فسخ أحادي الجانب وتقوم المصالح الولائية بالتبليغ على المستوى الوطني من أجل فتح بطاقية وطنية غرضها إعلام الإدارة العمومية بعجز وتقاعس المتعاملين المتعاقدين من أجل التريث و أخذ الحيطة في إختيار المتعاملين مستقبلا ، وبالتالي هذا التبليغ يعطي للإدارة المعلنة عن طلـب عروض أو إستشـارة الحـق فـي إقصـاء المتعامل من المشاركة متى ما ثبت تواجدهم في القائمة الأشخاص المقصيين من الصفقة العمومية.

نلاحظ أن المشرع ذكر عبارة المشاركة و بالتالي يثار التساؤل حول طبيعة و مرحلة المنع هل تتم في فترة سحب دفاتر الشروط أم عند عملية فتح الأظرفة ، هنا يرجع القرار للمصلحة المعلنة عن الإجراءات ذلك أنه في كل الأحوال يجب تحقيق الهدف و عقوبة المتعامل العاجز من خلال إقصـــائه من المشاركة في الصفقات العمومية .

ورجوعا للقرار الذي يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية و لاسيما المادة 02 منه تم تصنيف الإقصاء إلى نوعين مؤقت و نهائي كما أن الإقصاء المؤقت يصنف إلى تلقائي و آخر بمقرر ، مع العلم أن هذا القرار يصدر من طرف الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا ونظم المشرع الإقصاء كما يلي:

أولا- الإقصاء المؤقت

ينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين إقصاء يتم بصفة تلقائية و لا يحتاج لصدور مقرر و بالتالي فهو تلقائي أي يطبق آليا عندما يوجد مسببه ، و إقصاء يخضع للشكلية الإدارية [2] المتمثلة في المقرر.

[1].عمار بوضياف، المرجع السابق ،ص 264.
[2].خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية ،دار بلقيس للنشر ، الدار البيضاء ،2017،ص57.

أ. حالة الإقصاء المؤقت بموجب مقرر

هذا النوع من الإقصاء يخضع لشكليات مسبقة ألا وهو المقرر المسبق وقد حدد القرار الوزاري الذي يحدد كيفية الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المؤرخ في 19 ديسمبر2015 حالات هذا النوع من الإقصاء لا سيما في المادة 04 و هي كالتالي :

1 – الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض دون سبب مبرر

2 – المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب .

3 – المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة تحت مسؤوليتهم إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت .

و عليه يخص هذا الإقصاء على مستوى صفقات المصلحة المتعاقدة التي بادرت بإجراء الفسخ من جانب واحد في حالة وجود فسخ للمرة الأولى ، وقد تدخل المشرع نظرا لكون المرسوم الرئاسي السابق لم يكن يبين الإجراءات فتم تطبيق إجراء الفسخ في عديد الولايات بطريقة خاطئة حيث تم إقصاء العديد من المقاولين لمدة سنتين بالرغم من وجود فسخ واحد فقط وهوما حتم تدخل المشرع من خلال القرار التنظيمي الأول[1] الذي جاء تطبيقا للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 وبين أن المنع لابد أن يطبق في حالة وجود فسخين و ليس فسخ واحد.

كما أن الإقصاء التلقائي من المشاركة ونظرا لكونه لا يتم بموجب مقرر فإن الإدارة ملزمة بذكره في قرار الفسخ حتى يبين فيه فترة سريان الإقصاء أي فترة البداية

و لقد حددت المادة 05 من القرار الوزاري المذكور آنفا مدة الإقصاء المؤقت النهائي على الشكل التالي

أ : الإقصاء لمدة 06 أشهر:

1 – الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض دون سبب مبرر .

2 – المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب .

3 – المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة تحت مسؤوليتهم إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت

ب : الإقصاء لمدة سنة واحدة : المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بإلتزامها .

ج: الإقصاء لمدة سنتين : يخص كل متعامل تمت إدانته بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الإجتماعي .

[1]. قرار مؤرخ في 28 مارس2011 الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية،ج رعدد24 بتاريخ 20 أفريل2011.

د : الإقصاء لمدة 03 سنوات : يخص كل متعامل تم إدانته بصفة نهائية من طرف العدالة

- بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية
- بسبب التصريح الكاذب
- حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية

ثانيا - الإقصاء النهائي

يحتاج الإقصاء النهائي بمقرر إلى تعبير الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة عن إرادته في إزاحة متعامل ما بعد توافر إحدى حالات الإقصاء النهائي المحددة في المادة 08 من القرار المذكور وهكذا جاء المرسوم الجديد و القرار الوزاري ليلزم كل متعاقد إحترام تطبيق قوانين الدولة [1] وهي الحالات التالية:

- الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.
- الذين هم محال إجراء الإفلاس أو التصفية .
- المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة
- الأجانب الذين أخلو بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

و ما يدل على خطورة الفسخ من جانب واحد هو إمتداد الإقصاء إلى جميع المصالح المتعاقدة أي أن الحرمان يمتد لباقي الصفقات فلا يمكن تصور حرمانه من منافسة لتوافر حالة من الحالات المشار إليها ليفسح أمامه باب المشاركة في منافسة أخرى ، وحسنا ما فعل المشرع ذلك من باب الضغط أكثر على المتعاملين الإقتصاديين و دفعهم للنشاط النظامي و تطبيق قوانين الجمهورية و أن تكون وضعيتهم سليمة تجاه الإدارات .

الفرع الرابع : مصادرة الكفالة

نصت المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ضرورة تقديم كفالة حسن التنفيذ و ذلك بصفة وجوبية عندما لا يقل أجل الصفقة عن 03 أشهر وجوازية حسب السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في حالة وجود آجل تنفيذ الصفقة لأقل من 03 أشهر.

وعليه في حالة فسخ الصفقة على عاتق المتعامل المتعاقد يتعين عدم رفع الحجز عن كفالة حسن التنفيذ بسبب الأضرار التي يحتمل نشوئها نتيجة توقف المشروع و كذا إعادة إسناد المشروع مجددا

وقد اقر مجلس الدولة من خلال قراره رقم 077626 المؤرخ في 2013/11/21 مبدأ عدم إمكانية تحرير كفالة الضمان[2] عند فسخ الصفقة على عاتق المتعامل المتعاقد حيث جاء في مايلي :

[1] .عمار بوضياف ، المرجع السابق ،ص 271.
[2]. مجلة مجلس الدولة رقم 8587 ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، العدد 11، سنة 2013.

"المبدأ: تحسب عقوبة التأخير في الصفقة العمومية عن المدة الممتدة من تاريخ إنتهاء مدة الإنجاز إلى التاريخ الفعلي للإستلام ،يتعذر في حالة فسخ الصفقة تحديد مدة التأخير و بالنتيجة حساب عقوبة التأخير يؤدي عدم تنفيذ الأشغال و تسليمها إلى عدم رفع اليد عن كفالة الضمان باعتبارها في هذه الحالة تعويضا لصاحب المشروع عن الضرر اللاحق به من جراء فسخ الصفقة على مسؤولية المقاول" وهناك من يرى أن الكفالة هي الحد الأدنى للتعويض [1].

وتتم إجراءات حجز الكفالة من خلال ذكرها في مقرر الفسخ أولا حيث يتم إدراج مادة صريحة بمقرر الفسخ تقضي بأن الفسخ من جانب واحد بسبب عدم التنفيذ يترتب عليه حجز كفالة حسن التنفيذ وفي مرحلة لاحقة يتم إجراء معارضة المدين وهو إجراء تقوم به مصلحة التحصيل بالخزينة العمومية والغرض منه إعلام البنك بأن الكفالة المذكورة قد صدر بشأنها أمر بالحجز أي لا يمكن تحريرها من جهة وضرورة إقتطاعها وتحويلها لفائدة الخزينة العمومية من جهة أخرى كما يتعين إعلام المتعامل المتعاقد بجميع الإجراءات وذلك حتى يكون بدراية بشأن حركته المالية على مستوى حسابه المصرفي

ولا يفوتنا أن نشير بأن المشرع من خلال المرسوم الحالي و المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لم يعد يشترط كفالة التعهد في كل أنواع الصفقات ولم يدرجها إلا في حالة الصفقات التي تخضع لإختصاص اللجان القطاعية وهو ما ذكرته المادة 125 التي أحالت إلى المادة 184 أي أن المشاريع المندرجة في إطار اختصاص لجان الصفقات هي التي تتوجب كفالة التعهد .

إن عدم اشتراط هذا النوع من الضمان قد يترتب عنه إفلات بعض المتعاقدين من مصادرة مبلغ معين لتعويض الأضرار ونقع في هاته الحالة عندما يتم فسخ الصفقة عند عدم الإنطلاق في الأشغال حيث لا تجد المصلحة المتعاقدة ماتصادره ، لأن كفالة حسن التنفيذ تودع مع أول وضعية مالية أي بعد الإنطلاق في الأشغال ، وبالتالي في حالة إجراء الفسخ في مرحلة عدم البدء في التنفيذ فهنا لا توجد أي كفالة ،على خلاف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الذي كان يلزم كل المتعهدين بتقديم كفالة التعهد وبالتالي أي فسخ من جانب واحد يحقق هدفين وهما :

أ - وضع ضمان بيد الإدارة لتعويضها عن مصاريف الإشهار و إعادة إسناد المشروع .

ب - ضمان عدم تقدم المؤسسات المتقاعسة والعاجزة عن تقديم تعهدات ، أي ضمان الجدية في اللجوء إلى العمليات التعاقدية .

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع أورد حالتين للفسخ الانفرادي الجزائي بقوة القانون حسب المادتين 69و89 من المرسوم الرئاسي 15-247 وذلك في حالة تقديم معلومات زائفة والإخلال بشروط النزاهة.

[1]. مونية جليل ، المرجع السابق ،ص 176.

المبحث الثاني : الفسخ الإنفرادي بسبب المصلحة العامة

أعطى المشرع من خلال المادة 152 من المرسوم الحالي المنظم للصفقات العمومية مجالا واسعا في الفسخ الإنفرادي من خلال إضافة نوع جديد من أنواع الفسخ من جانب واحد وبدون خطأ المتعامل المتعاقد وهو إجراء أضافه المشرع إلى إجراء المنح المؤقت للصالح العام، الذي ذكره في المادة 73 من نفس المرسوم التي أدرجت إمكانية إلغاء المنح المؤقت للصالح العام وبالتالي المشرع أدرج إلغاء المنح للصالح العام في مرحلة الإبرام وأدرج الفسخ للمصلحة العامة في مرحلة التنفيذ.

ويصنف هذا النوع من أنواع الفسخ ضمن الفسخ الإنفرادي كون المصلحة المتعاقدة تعد مقررا إنفراديا بشأن ذلك دون انتظار أي رأي مسبق أو إتفاق ، وسنعالج الفسخ للمصلحة العامة من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم الفسخ للمصلحة العامة

يتميز العقد الإداري عن المدني الذي تسوده قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بما تملكه الإدارة من وسائل السلطة العامة والتي من أهم مظاهرها حق الإدارة في إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة من دون حاجة لأخذ موافقة الطرف الثاني في العقد، فالإدارة تملك سلطة تقديرية في إلغاء الصفقة من دون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد يسوغ ذلك، إذ قد تتطلب مقتضيات المصلحة العامة إنهاء الصفقة ويظل هذا الحق قائماً بذاته سواء نص عليه أو لم ينص، وهذا ما اتفق عليه الفقه والقضاء الفرنسي والمصري[1]، وما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية قائلة: " للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما تقتضيه المصلحة العامة ولا يكون للطرف الآخر حينئذ إلا المطالبة بالتعويضات" ، أما مجلس الدولة الفرنسي فقد أشار في قضية "دو مسترال "انه لا يجوز إعمال فكرة الفسخ الجزائي المنصوص عليه لعدم وجود خطأ جسيم من المتعاقد ولكن يجوز للإدارة إعمالا لسلطتها العامة إنهاء تنفيذ العقد مقابل تعويض مناسب" وذهب جانب من الفقه إلى إنكار حق الإدارة في الإنهاء الانفرادي وسرعان ما تبين خطأ وجهة النظر هذه، ولاسيما أن اغلب الفقهاء في فرنسا ومصر أكدوا وجود هذا الحق للإدارة في كافة العقود الإدارية إعمالا لسلطتها التقديرية، هذا وقد تم تكييف سلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة على حد قول "ريفرو"، "روسيه"، "دي لوبادير" بأنها صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد[2]، أما عن أساس هذه السلطة فقد ثار الخلاف بشأنه وفيما إذا كان الصالح العام ومقتضيات المرفق العام أو فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام هي التي تسوغ هذه السلطة.

[1].عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2010 ص .59

[2].حمد محمد حمد الشليماني ،امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2007ص 38

فالفقيه "بكينيو" يرى إن أساس هذه السلطة يكمن في الصالح العام بينما ذهب غيره إلى أن المصلحة العامة للمرفق هي التي تسوغ إلغاء الصفقة أما الفقيه "فيدل "فيؤكد أن أساس هذه السلطة يكمن في تحقيق الصالح العام وفكرة السلطة العامة ويوافقه في ذلك " اندريه دي لوبادير"[1].

وعليه قد تطرأ ظروف أو حالات تقتضي ضرورة اللجوء إلى فسخ الصفقة سواء عند البدء في تنفيذها أو في حالة وضعية التنفيذ أي بعد الشروع في العمل بموجب الأمر بخدمة الذي تسلمه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد ، وقد جاء المشرع الجزائري بهذا النوع من الفسخ في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ولا سيما في المادة 150منه من خلال إعطاء المصلحة المتعاقدة إمكانية فسخ الصفقة بقرار أحادي حتى بدون خطأ الطرف المتعاقد معها.

غير أن ما يلاحظ على ذلك أن المشرع أعطى للإدارة نوعا من السلطة التقديرية الواسعة عندما لم يقم المرسوم الرئاسي 10-236 بضبط المصلحة العامة ولم يجبرها على إستشارة لجنة الصفقات ، ذلك أنه طبقا لهذا المرسوم كانت المصلحة المتعاقدة مجبرة على استشارة لجنة الصفقات عندما تريد إلغاء المنح المؤقت للصفقة وذلك حتى لا تتعسف في إستعمال هاته السلطة .

لقد أكد الفقه والقضاء الفرنسي والمصري وحتى الجزائري على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة إنهاء الصفقة.

فقد أكد القضاء الإداري الفرنسي عل ذلك حين قرر وجوب استناد الإنهاء إلى باعث من بواعث الصالح العام وإلا كان تعسفا وليس له ما يبرره فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 23 ديسمبر1952 في قضية " شمبافي" أنه في هذه الظروف الخاصة فان الفسخ الذي تقرر كان مستندا إلى باعث من بواعث الصالح العام وليس تعسفيا وقد أيد الفقه ما ذهب إليه القضاء الفرنسي فالعميد "فيدل"[2] يرى أن الإدارة لا يجوز لها فسخ العقد إلا لأسباب يقتضيها الصالح العام.

وكذلك ذهب الأستاذ "اندريه دي لوبادير" إلى نفس الاتجاه حيث يرى أن الإدارة تستطيع فسخ العقد عندما لا تتلائم استمراريته ومتطلبات المصلحة العامة وحاجيات المرافق العامة.

وإذا ما عدنا إلى الجزائر فان القضاء والفقه اتفقا على نفس النهج وهو ما أكده الأستاذ " محمد الصغير بعلي" حين قال أن الإدارة العامة تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة وهذا مراعاة لمبدأ الملائمة والتكييف[3].

إن أهم تقسيم لأنواع الفسخ هو ذلك التقسيم القائم على نوعين انفرادي وغير انفرادي كما أن الفسخ الانفرادي ينقسم بدوره إلى نوعين وأساس هذا التقسيم هو الاختلاف في السبب فإذا كان الفسخ الانفرادي

[1].محمد عبد الله حمود ، المرجع السابق،ص 70

[2].عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص.84

[3].خالد بالجيلالي ، المرجع السابق،ص 55.

الجزائي هو نتيجة لعجز المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه ، فإن الفسخ لسبب المصلحة العامة هو نتيجة لظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد .

وهذا هو النوع الجديد من أنواع الفسخ الذي جاء به المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي الحالي ويتعلق الأمر بالفسخ للمصلحة العامة حيث أن قد لا يسجل أي تقصير من طرف المتعامل المتعاقـد بالرغم من قيام المعني بتنفيذ كامل إلتزاماته إلا أن ظروفا معينة تحول دون إمكانية البدء في تنفيذ الصفقة أو إتمام تجسيدها أي أن المتعامل يتجه في إتجاه مغاير لما ستقدم عليه الإدارة من خلال إقدامها على الفسخ من جانب واحد ، غير أن عبارة المصلحة العامة جاءت مطلقة مما يتعين الرجوع إلى الدواعي التي تقوم عليها المصلحة العامة والمرتبطة بفكرة الضبط الإداري القائم على أساس السكينة العامة والآداب العامة والصحة العامة [1]و سنقدم أمثلة تتعلق بالفسخ للمصلحة العامة من عدة جوانب كما يلي:

الفرع الأول: الفسخ للآداب العامة

قد تقوم الإدارة بإبرام صفقة تحتوي على بعض المحتويات الفنية وبعد الشروع في التنفيذ يتضح أنها منافية للآداب العامة،فيمكن فسخها والتراجع عنها وهذا بحد ذاته مبرر للمصلحة العامة .

الفرع الثاني :الفسخ للسكينة العامة

قد تبرم المصلحة المتعاقدة صفقــة مع متعاقد أجنبي إلا أن الظروف الأمنية تغيرت فيصبح هؤلاء الأجانب مهددين في حياتهم فترى المصلحة المتعاقدة أن من باب المصلحة العامة للدولة عدم إتمام تجسيد المشروع وبالتالي اللجوء إلى المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247[2] و فسخ الصفقة من جانب واحد لداعي المصلحة العامة .

الفرع الثالث: الفسخ للصحة العامة

و مثالة الشروع في إنجاز مشروع ثم يتضح أن هذا الصفقة ستؤدي إلى تلوث البيئة أو إحداث تأثيرات من شأنها أن تلحق أمراضا سرطانية ، فهنا المصلحة العامة تكمن في الصحة العامة .

ويلاحظ أن الفسخ للمصلحة العامة كنظام جديد في التشريع الإداري يتوافق مع التشريع المدني من خلال المادة 566 فقرة 01 التي على مايلي: " يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل"

1. سعيد بوعلي ،نسرين شريقي، مريم عمارة ،القانون الإداري سلسلة مباحث في القانون (التنظيم الإداري النشاط الإداري)، الطبعة الثانية، دار بلقيس ،الدار البيضاء، الجزائر 2016،ص .151

2. المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم.

المطلب الثاني : إجراءات الفسخ للمصلحة العامة

إذا كان المشرع أعطى الإدارة صلاحية الفسخ للمصلحة العامة هذا لا يعني أنها غير مقيدة بإتباع إجراءات معينة حيث عليها إتباع خطوات للشروع في الفسخ للمصلحة العامة تستخلص فيما يلي :

الفرع الأول : إعلام المتعامل المتعاقد

إن المتعامل المتعاقد تربطه إلتزامات محددة في الصفقة ومن بينها إنجاز محتوى الصفقة طبقا للكشف الكمي والتقديري ، هذا الأخير يحتوى على مواد تتضمن طبيعة الخدمة سواء من حيث الكم أو النوع و هو ملزم بتنفيذها فإذا كانت صفقة الأشغال كبناء مدرسة مثلا يتعين القيام بذلك و إن كانت صفقة توريدات لوازم وجب عليه تقديم السلعة المتفق عليها.

وعليه إذا ما قررت المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة للمصلحة العامة عليها أن تقوم بإجراء إعلام المتعاقد و تبليغه تبليغا صحيحا حتى يتفادى الإستمرار في الإنجاز أو التوريد تفاديا لأي خسارة يتكبدها ، ولعل موضوع الإعلام يكون غالبا في إحاطة المعني علما بوجوب التوقف عن المشروع في إنتظار إصدار مقرر الفسخ وهو إجراء شكلي تحفظي يتضمن توقيف المشروع إلى غاية إمضاء مقرر الفسخ من طرف المصلحة المتعاقدة .تتم مراسلة المتعامل المتعاقد لغرض إعلامه بأنه سيتم صدور مقرر فسخ لغرض إنهاء العلاقة التعاقدية ويجب أن يتم إحترام شكلية هامة وهي إعلام المتعاقد وإعداد مقرر بشأن ذلك .

كما يجب على المتعاقدة إعداد الكشف الكمي والتقديري لغرض تحديد الكميات المنجزة و الكميات المتبقية و إمضاء الكشف الكمي والتقديري ولا يشترط المشرع توقيع وثيقة الفسخ لأن قرار الفسخ سيصدر بطريقة أحادية ، فيجب على المصلحة المتعاقدة تبيان المواد القانونية المستندة عليها في المقرر ولها السلطة الواسعة في ذكر سبب المصلحة العامة فقد يتعذر على المصلحة في بعض الحالات ذكر السبب لاسيما في حالة الفسخ للمصلحة العامة القائمة على الإعتبار الأمني.

الفرع الثاني : إعداد مقرر الفسخ

تقوم المصلحة بعد الفصل في داعي المصلحة العامة بإعداد مقرر الفسخ حسب الأشكال والأركان المتمثلة في المحل والسبب والاختصاص[1] كما يتضمن مقررالفسخ البيانات التالية :

- الدمغة وذلك من خلال إدراج عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
- إسم المصلحة المتعاقدة حيث يتعين إدراج إسم المديرية أو الوزارة كذكر مثلا مديرية الموارد المائية لولاية المدية .
- التأشيرات المتضمنة المراجع القانونية لاسيما ضرورة ذكر المرسوم الرئاسي و أهمه هو المرسوم الحالي أي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[1].خالد بالجيلالي ،المرجع السابق،ص23.

- ذكر مرجع تعيين ممثل المصلحة المتعاقدة من خلال التطرق للمرسوم الذي عين به ممثل المصلحة المتعاقدة كذكر عبارة بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2015/03/20 المتضمن تعيين السيـــد (ف. ع)كمدير للموارد المائية لولاية سطيف .

- ذكر مراجع الصفقة كاملة فيجب ذكر مراجع الصفقة وعنوان المشروع و تاريخ تأشيرة الصفقة والمصادقة عليها من طرف المصلحة المتعاقدة [1]

- ذكر السبب الذي قامت عليه المصلحة العامة إلا ما يتعلق بالإعتبار الأمني فالإدارة غير ملزمة بتبرير المصلحة العامة طبقا لمبدأ الملائمة لا سيما في حالة ما إذا اقتضى السر المهني ذلك .

المطلب الثالث : آثار الفسـخ للمصلحة العامـــة

لاحظنا من خلال الفصل السابق ولاسيما في المبحث الأول مدى خطورة و آثار الفسخ من جانب واحد فإن كانت الإدارة تتضرر من زاوية فقط ألا وهي توقف المشروع أي عدم وضع المرفق في الخدمة فإن النتائج السلبية التي تلحق بالمتعامل المتعاقد بالغة الخطورة تصل درجة الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية ، غير انه وفي الجانب المتعلق بالفسخ للمصلحة العامة يتضح أن المتعامل قد لا يتضرر مقارنة بالفسخ للتقصير و أن الآثار الناتجة عن الفسخ سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة آو المتعامل المتعاقد ليست بدرجة خطورة الفسخ من جانب واحد القائم على التقصير .

وعليه سنعرج على الآثار من خلال فرعين الآثار المترتبة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في فرع أول الآثار المترتبة بالنسبة للمتعامل في فرع ثاني .

الفرع الأول : آثار الفسخ بالنسبة للمصلحة المتعاقدة

يعتبر أهم اثر بالنسبة للمصلحة المتعاقدة هو غلق العملية المالية ، وهي آلية تأتي نتيجة عدم إتمام المشروع و تحرر الإدارة مع مصالح الرقابة المالية [2]و مصالح الخزينة العمومية (المحاسب العمومي) و ثيقة إدارية تسمى وثيقة غلق العملية ومنه التحضير لإجراء إعداد مقرر إختتام العملية المالية الذي يعد على المستوى المحلي في حالة البرامج القطاعية و على مستوى الوزارات بالنسبة للبرامج المركزية أما المؤسسات العمومية الإقتصادية فهي تخضع لنظام محاسبي خاص كمجلس الإدارة و محافظ الحسابات فوثائقها المحاسبية لا تخضع للمراقب المالي أو الخزينة العمومية .

الفرع الثاني : آثار الفسخ بالنسبة للمتعامل المتعاقد

لعل أهم أثر إيجابي يترتب على الفسخ لغرض المصلحة العامة هو إستفادة المتعامل المتعاقد من حقوقه المالية للأعمال المنجزة كاملة ، حيث يصبح تسوية وضعيته المالية بطريقة سهلة لأن في الفسخ من جانب واحد قد لا تتم تسوية وضعيته المالية لوجود أضرار مالية لحقت بالمصلحة المتعاقدة لاسيما ما

[1]..أنظر الملحق رقم 04 ص 53.

[2]. القانون رقم 90-21 مؤرخ 15 أوت 1990 ، المتضمن قانون المحاسبة العمومية،ج.ر رقم 35 المؤرخة في 15 أوت 1990.

يرتبط بتعويض التكاليف الناجمة عن إسناد صفقة جديدة وبالتالي تتحفظ الإدارة عن تسوية حقوقه للأشغال المنجزة بحجة وجود تكاليف محتملة نتيجة إعادة الإسناد بموجب صفقة جديدة وهذا ما يقع غالبا ، ذلك لأنه غالبا ما يكون المبلغ بالزيادة و ليس بالنقصان في حالة إسناد جديد للصفقة ذلك كون أسعار المواد في إرتفاع دائم و ليست في وضعية انخفاض .

وعليه في حالة الفسخ للمصلحة العامة تتم تسوية الوضعية المالية للمتعامل المتعاقد بصفة طبيعية بل يصبح واجبا عليها تفاديا للتأخر الذي قد ينجر عنه لجوء المتعامل المتعاقد للقضاء و القضاء قد يحكم له بالحقوق المالية المقابلة للخدمة كما يحتمل أن يحكم له بالتعويض كون الفسخ لم يكن بسببه ، ولذلك يتعين على الإدارة عدم التعنت و التماطل في تسديد مستحقاته باعتبار الحق في التسوية المالية كحق أصيل كما درسناه في نظرية حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد .

كما أن إجراء التسوية المالية نتيجة الفسخ للمصلحة العامة لها أثر على حق التوازن المالي بإعتبارها حقا من حقوق المتعامل المتعاقد .

و من بين الآثار الإيجابية للمتعامل المتعاقد هو الحق في تحرير الكفالة للمتعاقد [1] فإذا كان القانون والإجتهاد القضائي قد أسسا لاستحالة الحصول على كفالة الضمان وحجزها ضد المتعامل المتعاقد نتيجة الفسخ على عاتقه بسبب التقصير فإنه في حالة الفسخ للمصلحة العامة يستوجب على المصلحة المتعاقدة ألا تتقيد بالمادة التي تنص على أن تحرير كفالة حسن التنفيذ مرتبط بالإستلام النهائي للمشروع وذلك لكون أنه يستحيل أن يتزامن الإستلام النهائي للمشروع مع وجود فسخ للصفقة وعليه يتعين على المصلحة المتعاقدة تحرير كفالة حسن التنفيذ التي تحولت إلى كفالة ضمان طبقا للمادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 134 [2]من نفس المرسوم ربطت تحرير كفالة الضمان بالإستلام النهائي[3] للمشروع في الحالات العادية التي يسير بها المشروع بطريقة عادية أما الحالات الإستثنائية أي النهاية الغير عادية للصفقة العمومية فيخضع نظام تحرير الكفالة لكل وضع على حدى فهناك حالات تحرر فيها الكفالة وهناك حالات تحجز لدى الخزينة أو المصرف .

كما أنه من بين الآثار الإيجابية إمكانية أو الحق في الحصول على شهادة الإنجاز إذا تم التحقق من أن الجزء المنجز مطابق للمواصفات ففي حالة الفسخ للمصلحة العامة لاسيما في حالة الفسخ الجزئي للصفقة يمكن للمتعامل المتعاقد الحصول على شهادة الجزء المنجز و ذلك على خلاف الفسخ للتقصير

[1].أنظر الملحق رقم05 ص 54 .
[2] المادة 134من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم.
[3].عمار بوضياف ، المرجع السابق ،ص27

حيث يحرم من الحصول على شهادة حسن الإنجاز و التي تكون المراجع المهنية في ملف المتعامل مثال شهادة حسن الإنجاز للسكنات المنجزة بعد فسخ صفقة تتضمن إنجاز سكنات و مرافق وذلك في حالة الفسخ الجزئي لجانب المرافق .

وبعد تطرقنا للآثار التي تبدو غير مضرة بالمتعامل المتعاقد يلاحظ أن الأثر السلبي و الذي يضر بالمتعامل المتعاقد هو التأثير على مخطط الأعباء للمتعامل المتعاقد ، فالمقاول مثلا بعد حصوله على المشروع قد يتفادى الدخول في عقود صفقات أخرى لكونه مرتبط مع المصلحة المتعاقدة محل إصدار قرار الفسخ ومنه قد يحرم نفسه من المشاركة في مشاريع أخرى [1] حتى يفاجأ بفسخ الصفقة و بالتالي يصبح في وضعية توقف عن العمل و هو ما قد يؤثر على الجانب المالي و البشري للمؤسسة كما أن المشاركة لغرض الحصول على مشاريع أخرى قد يأخذ وقتا و بالتالي قد تبقي المؤسسة في فترة بطالة لمدة طويلة وهو في نهاية المطاف يشكل ضررا للمتعامل المتعاقد.

[1]. عبد القادر رحال ، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري،مذكرة ماجستير،جامعة تيزي وزو،1990،ص 63.

خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما سبق لاحظنا أنه وبعد معالجة الإجراءات و الآثار لكل نوع من النوعين المذكورين لاحظنا الإختلاف الجوهري لكل نظام و كيف أن الإجراءات الخاصة بنظام الفسخ من جانب واحد معقدة مقارنة بالفسخ للمصلحة العامة وكذلك الآثار الخاصة بالنظام الأول أكثر خطورة من النظام الثاني ، وهي نتيجة آلية لكون النوع الأول نتج عن تقصير وتقاعس من طرف المتعامل المتعاقد في حين أن النوع الثاني ترتب نتيجة أسباب خارجة عن إرادته ، غير أننا نخلص إلى أن نظام الإقصاء يبدو أن المشرع نظمه بشكل لا يجعل المتعاملين يفلتون من الجزاء باعتباره جزاء مادي ومعنوي كونه يمس بسمعة المؤسسة على غرار مصادرة كفالة حسن التنفيذ كما أنه من جانب آخر يعتبر التخلي عن كفالة التعهد بشكلها السابق إنقاص لبعض الضمانات لصالح المصلحة المتعاقدة .

الفصل الثاني : الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية

من خلال دراستنا للفصل الأول لاحظنا بصمة الإدارة في توقيع قرار الفسخ ومدى إستعمال سلطتها و تنفيذها الجبري وكيف تتصرف و تظهر بمظاهر السلطة العامة ، كما أنه تظهر واضحة مبادئ القانون الإداري وخصوصيته و قواعده غير المألوفة المتعارف عليها في قواعد القانون الخاص ولا أثر لقواعد القانون الخاص في تنظيم الفسخ الإنفرادي.

غير أنه قد يتحتم على الإدارة طبقا لمقتضيات سير المرافق العمومية أن تنزل منزلة الأفراد و تطبق قواعد القانون الخاص و تتصرف طبقا لقواعد القانون المدني و يتجسد ذلك من خلال تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و يتضح ذلك من خلال لجوئها إلى فسخ الصفقة بصفة تعاقدية و بصفة رضائية لا بصفة جبرية هذا من جهة ، و قد تخضع من جهة أخرى في علاقاتها إلى تدخل الجهاز القضائي لفسخ الرابطة التعاقدية و تحرير المتعامل المتعاقد من سلطتها وقوتها .

وهو ما يتضح من خلال النوعين الآتيين من الفسخ غير الإنفرادي و المتجسدين في الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي حيث سنعالجهما في مبحثين:

المبحث الأول: الفسخ الاتفاقي

المبحث الثاني: الفسخ القضائي

المبحث الأول : الفسخ الاتفاقي للصفقة

لقد رأينا آنفا كيف تتسع سلطات المصلحة المتعاقدة في حالة الفسخ الأحادي [1]كون المتسبب غالبا في عدم إنجاز المشروع هو المتعامل المتعاقد غير أنه تطرأ ظروف تؤثر على سير المشروع من خلال أسباب لا يد للمتعامل المتعاقد فيها ، وبالتالي يلجأ الطرفان إلى تسوية ودية لضمان سير المشروع من خلال اللجوء إلى فسخ الصفقة بطريقة إتفاقية كون الظروف المتعلقة بتنفيذ الصفقة لم تعد مهيأة لإنجاز المشروع و يتطلب التطرق للفسخ الاتفاقي تبيان مفهومه.

المطلب الأول : مفهوم الفسخ الاتفاقي

إن مصطلح الفسخ الاتفاقي مصدره القانون الخاص المنظم للعلاقات التعاقدية بين الأفراد على خلاف الفسخ من جانب واحد الذي يعد مصدرا نشأ في ظل قواعد الاجتهاد القضائي الإداري حسب ما نظمته المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 بأنه "زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و 150اعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية ، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

ولما كان للفسخ الاتفاقي طابع الرضائية ، فنص المادة 152 أوجب أن يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والباقية وتطبيق جميع بنود الصفقة ومن خلال المقارنة بين النظامين المدني والإداري يستلزم منا اللجوء إلى المادة 159 من القانون المدني التي نصت على ما يلي "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" وهذا ما يسمى في الفقه بالشرط الفاسخ الصريح .

الفرع الأول: الشرط الفاسخ الصريح هو اتفاق الطرفين حين انعقاد العقد على اعتباره مفسوخاً إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته و من ثم يكون له آثار الفسخ القضائي نفسها إلا أنه يشكل قيداً على السلطة التقديرية للقاضي إذا توافرت شروطه، وبذلك يمتاز الشرط الفاسخ الصريح من التقايل في أن التقايل هو اتفاق المتعاقدين بعد انعقاد العقد وفي أثناء تنفيذه، على إنهاء العقد فالتقايل عقد جديد ملزم للجانبين وينتج آثاراً هي عكس آثار العقد الأول[2].

الفرع الثاني: حكم الاتفاق على الفسخ: يمكن للمتعاقدين إدراج شرط في العقد يمكن من خلاله اعتبار العقد مفسوخاً إذا ما أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، وهذا هو مضمون المادة 159قانون مدني، والغاية

[1] . سعيد بوعلي ،نسرين شريقي، مريم عمارة، المرجع السابق،ص143.

[2] . عبدلي سهام ،الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص ،مداخلة في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،المركز الجامعي تامنغست الجزائر، 2015،ص 13

من إدراج هذا الشرط هو تقييد السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الفسخ، ومن ثم إخراج الفسخ الإتفاقي من نطاق هذه السلطة الممنوحة للقاضي في الفسخ القضائي لذلك فإن القضاء يتشدد في تفسير نص تلك المادة[1]غير أن هذا المبدأ المطبق في القانون المدني لا يطبق في المجال الإداري لآن المشرع تدخل من خلال قانون الصفقات العمومية ونظم الفسخ التعاقدي ولم يشترط الاعذار مثلا كما هو مذكور في القانون المدني ذلك أن الفسخ الاتفاقي في الصفقة العمومية ليس مرده عدم تنفيذ التزامات من أحدى طرفي الصفقة حيث غالبا ما يكون سببه عوامل خارجة عن إرادة الطرفين.

والفسخ الإتفاقي غالبا ما يأتي عندما يستحيل البدء في تنفيذ صفقة عمومية معينة أو إستحالة تنفيذها بعد الإنطلاق في جزء منها مما يتطلب وقف تنفيذ المشروع حفاظا على المال و حفاظا على سير المرفق العمومي و حفاظا على عدم الإضرار بالمرفق العمومي .

ولا يفوتنا قبل التطرق إلى إجراءات الفسخ الإتفاقي أن نوضح نقطة غاية في الأهمية ألا وهي أن هناك تشابه بين الملحق بالنقصان و الفسخ بالتراضي من حيث أن كلاهما يؤدي إلى حذف الأشغال من الناحية المالية ، لكون أن هناك من يعتبر الفسخ بالتراضي إجراء ملحق بالنقصان بصورة أخرى غير أنه يجب تبيان الفرق من زاويتين :

أ - من حيث النصوص القانونية نظم قانون الصفقات العمومية الملحق من خلال المواد135 إلى 139 في حين نجد أن الفسخ التعاقدي تم التنصيص عليه من خلال مادة وحيدة وهي المادة 152.

ب - من حيث طبيعة الوثيقة: الملحق وثيقة تتضمن بيانا للأشغال التي يتم سحبها من الإلتزام مع ضرورة التأشير عليه من طرف مصالح الرقابة المالية في حين أن وثيقة الفسخ لا تخضع للتأشيرة المسبقة من طرف مصالح المراقبة المالية .

وقد يثار إشكال يتعلق بمدى رضا المتعامل المتعاقد بالفسخ التعاقدي ، فقد يرى أنه لا توجد مبررات للفسخ الإتفاقي و أن الغاية من ذلك هو حرمانه من تكملة المشروع لأسباب غير مبررة ، غير أنه ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن فرض على الإدارة طريقة تسييرها للمشروع فذلك يدخل في صميم النشاط الإداري القائم على مبدأ الموازنة والملائمة و لا يبق أمام المتعامل سوى اللجوء إلى القضاء لتعويضه إن كانت هناك أضرار لكن شريطة ألا يكون المتسبب فيها هي الإدارة مباشرة طبقا للقواعد العامة .

الصفقة تنعقد باتفاق الطرفين وتنفسخ كذلك إذا ما قرر لها ذلك وقبل أن تتحقق نتيجتها الطبيعية بشكل تام أو قبل انتهاء مدتها والفسخ بهته الطريقة يطبق القواعد العامة الواردة في القانون المدني أي يجب أخذ الموافقة الرسمية من الجهة المختصة بإبرام الصفقة وفق قواعد الاختصاص وقد يتفق الطرفان أثناء

[1]. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري،المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة السابعة،2015،ص724.

الفسخ على تعويض المتعاقد عما فاته من كسب نتيجة عدم تكملة العمل بموجب الصفقة ، كما قد لا يشار إلى ذلك ولا يستحق المتعاقد تعويضا عليه ولدفتر الشروط المعد من طرف المصلحة المتعاقدة دورا هاما في ضبط النصوص المتعلقة بالفسخ ولاسيما التعويض.

المطلب الثاني : إجراءات الفسخ الاتفاقي

من بين الإجراءات اللازمة والمهمة طبقا للمرسوم الرئاسي الحالي هي إعدادا وثيقة الفسخ حيث نصت المادة 152 الفقرة الأولى منه على مايلي :

"وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ بإتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها و كذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة ".

الفرع الأول :دور مكتب الدراسات في إعداد وثيقة الفسخ

يعتبر مكتب الدراسات مستشارا فنيا لصاحب المشروع فهو الذي يقدم النصائح والتوجيهات التقنية لصاحب المشروع الذي أعطى أكثر أهمية للمستشار الفني و ذلك من خلال إدراج أحكام جديدة

فعندما نكون بصدد صفقة جديدة يتابعها مكتب الدراسات (المستشار الفني) و ليس صاحب المشروع لوحده يظهر جليا دور مكتب الدراسات في تنظيم مرحلة الفسخ من خلال حضوره مرحلة الفسخ و مناقشته وثيقة الفسخ، ذلك أن وثيقة الفسخ تتضمن الأشغال المنجزة و الأشغال المتبقية كما تتضمن الأشغال التي تم تخليصها و الأشغال التي سيتم إلغاء إنجازها غير أن مكتب الدراسات غير ملزم بتوقيع وثيقة الفسخ بل المطلوب منه طبقا للإتفاقية المبرمة بينه وبين المصلحة المتعاقدة ، تقديم تقارير حول سير وضعية المشروع [1]لا سيما من الناحية الفيزيائية و من حيث تطابق الآجال مع الوضعية الفيزيائية

الفرع الثاني: الجانب الشكلي لوثيقة الفسخ

لعل الغاية من إلزام المشرع بتوقيع وثيقة الفسخ هو حماية قانونية مقررة لفائدة المتعامل المتعاقد أكثر منها حماية لفائدة المصلحة المتعاقدة ، كون الفسخ بالتراضي يقوم بتوافق إرادتين ولا يكفي مقرر الفسخ وحده أو الكشف الكمي الممضي من طرف المتعامل فقط الذي يبين قبول أحد أطراف العقد بالفسخ ، فوثيقة الفسخ تبين تطابق الإرادتين و العلم المسبق للطرفين بوجود نية لفسخ الصفقة ، أما مقرر الفسخ فهو يجسد إرادة الطرفين فقط كون المقرر تمضيه المصلحة المتعاقدة لوحدها وبالتالي لو لم يشترط المشرع وثيقة الفسخ قد يفتح المجال للمصلحة المتعاقدة إجراء فسخ بالتراضي دون علم المتعاقد تعسفا منها ولذلك نجد مصالح الرقابة المالية عند سحب مبلغ الإلتزام من العملية تشترط تقديم مقرر الفسخ مرفقا بوثيقة الفسخ .

[1].المادة 50 قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاص بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل،ج.ر ،العدد 6 ،19يناير1965.

وتخضع وثيقة الفسخ لقواعد التحرير الإداري المتعارف عليها فهي تعتبر وثيقة من الوثائق الإدارية و هي تشبه إلى حد ما المحضر فهي لا تتضمن إقتراحات بقدر ما تحمل إثبات بخصوص موافقة و إتفاق طرفين حول إجراء معين .

لا يوجد نموذج معين لوثيقة الفسخ على خلاف نموذج الإعذار الذي حدده القرار الوزاري غير أنه مبدئيا يتم ذكر البيانات التالية في وثيقة الفسخ [1]:

- الدمغة
- هوية المصلحة المتعاقدة
- ذكر إسم المشروع محل الفسخ
- ذكر مراجع الصفقة و المبلغ
- ذكر الأمر بالخدمة
- توضيح محتوى الفسخ .
- توضيح مبالغ الأشغال المنجزة وتحديد الأشغال غير المنجزة من أجل سحبها.

المطلب الثالث : آثار الفسخ الاتفاقي

تختلف الآثار الناتجة عن الفسخ الاتفاقي عن تلك الناتجة عن الفسخ من جانب واحد لا سيما الفسخ الجزائي كون المتعامل المتعاقد أخل بإلتزامه مما يفقده العديد من المزايا و يلحق به العديد من الجزاءات وعليه نعرج للآثار التي تنجر عن الفسخ الاتفاقي .

الفرع الأول : تعويض المتعامل المتعاقد

لاريب في أن المشرع في القانون الإداري إستلهم بعض المبادئ من القانون المدني حيث في بعض أحكام المحاكم الإدارية نجدها تنص على بعض أحكام القانون المدني فمثلا صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالمدية بتاريخ 7 ماي 2019 قضية رقم 18/1561 فهرس 19/708يشير صراحة إلى أحكام القانون المدني المتعلقة بأنه على الدائن إثبات الدين وعلى المدين إثبات التخلص منه ، من خلاله اعتمد على مبدأ فـــي ق م مفاده انه على الدائن إثبات الدين وعلى المدين إثبات سداده .

و عليه ففي حالة ترتب أضرار نتيجة خطا الإدارة في تقديره و أدى إلى فسخ الصفقة بصفة تعاقدية و رتب أضرارا عن ذلك ينشأ عن ذلك حق التعويض غير أن التعويض يجب أن يكون مؤسسا .

[1].أنظر الملحق رقم 02 ،ص 49.

الفرع الثاني : وجوب تحرير الكفالة

رأينا في حالة الفسخ على عاتق المتعامل المتعاقد نتيجة التقصير كيف منع المشرع تحرير الكفالة عقابا للعاجز من جهة و تعويضا عن الأضرار من جهة أخرى[1] ،أما في حالة الفسخ الاتفاقي فلا يقوم إطلاقا على خطأ المتعامل المتعاقد و إنما مرده إلى أسباب خارجة عن إرادته فهو مبني على توافق إرادة الطرفين كونهما يستطيعان أيضا على أن يتفقا على إنهائه قبل تمام تنفيذ العقد كما جاء في المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247 مما يجعل حق حصوله على كفالته قائما و يستوجب على المصلحة المتعاقدة تحريرها وعدم التذرع بالإستلام النهائي أو أي سبب آخر كون الإستلام النهائي مرتبط بالإستلام المؤقت الذي لا يمكن تصوره لوجود الفسخ حيث يصبح شرط الإستلام النهائي المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية من دون موضوع .

وعليه الإدارة ملزمة بتحريرالكفالة ،وقد قدمت وزارة المالية بموجب إرسالها المؤرخ في14جانفي2019 رقم 30 عن طريق قسم الصفقات العمومية[2] مراسلة بخصوص تحرير كفالة حسن التنفيذ عن حالة الفسخ بالتراضي نتيجة وجود إشكال في بعض الولايات بخصوص مدى إمكانية تحرير كفالة حسن التنفيذ فأجابت بأنه يمكن تحرير الكفالة [3]وكان من الأحرى ذكر عبارة "يجب " و ذلك حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد الذي لم يكن متسببا في الفسخ ،لأن عبارة "يمكن" تجعلها تفسر ذلك على أن الأمر إختياري و قد تتعسف في تحرير مبالغ كفالة حسن التنفيذ مما يرهق المتعاملين لا سيما وأن بعض الكفالات مبالغها معتبرة و تؤثر على الوضعية المالية للمتعاملين بالخصوص من حيث الرسوم التي تفرضها البنوك عن الكفالة فكلما زادت مدة حجزها زادت الرسوم على عاتق المتعامل .

الفرع الثالث : غلق المشروع

من بين الآثار المترتبة على الفسخ الاتفاقي نجد غلق المشروع من الناحية المالية ، ستلزم القواعد المحاسبية سحب الإلتزام على مستوى المصالح المالية بالنسبة المؤسسات ذات الطابع الإداري و كذا سحب المبالغ من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري طبقا لقواعد المحاسبة الخاصة بالقطاع العمومي الاقتصادي.

[1].سبكي رييحة ، المرجع السابق،ص153.

[2].أشار المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 213 منه إلى أنه سيتم إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي غير أن هذا الأخير لم يرى النور بعد وبالتالي لازالت الاجتهادات القانونية تصدر عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية

[3].أنظر الملحق رقم 05 ص55،54.

المبحث الثاني : الفسخ القضائي

إن القاضي الإداري هو حامي للمشروعية فتعسف المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد ورفضها فسخ الصفقة بصفة رضائية أو محاولتها إجباره على الفسخ من جانب واحد كفيل بأن يجعل المتعامل المتعاقد يتوجه للقضاء لاستصدار حكم يقضي بفسخ الصفقة .

المطلب الأول : مفهوم الفسخ القضائي

حق التقاضي مكفول لجميع الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أم معنويين هذا ما أقرته جميع الدساتير المتعاقبة حيث نص دستور 1989 و دستور 1996 وآخر تعديل دستوري لسنة 2016 على أن حق التقاضي مكفول للجميع ، وبالرجوع إلى القانون المدني نجده نص على أنه في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للطرف الآخر بعد اعذار المدين أن يطلب فسخ العقد [1] طبقا للمادة 119 ق م ، فالمتعامل المتعاقد يلجأ إلى الفسخ في الحالات التي لا يريد فيها أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو تلك التي لا يكون فيها قد تمسك بالدفع ولكن الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه وعليه فهو يهدف من وراء الفسخ إلى أن يتخلص من التزامه العقدي عن طريق حل الرابطة العقدية من أساسها.

إن هاته الآلية القانونية تعطي لأي طرف كان في الصفقة حق اللجوء إلى القضاء لطرح نزاعه مع الطرف الآخر ، فالطرف المتضرر من تنفيذ العقد إذا رأى بأنه لم يبق سوى فسخ الصفقة كحل أخير بإمكانه اللجوء إلى إستصدار حكم يقضي بفسخ الصفقة .

إن الحكم الذي يصدر عن القضاء بشان الدعوى الرامية إلى فسخ الصفقة لا يخرج عن نطاق جانبين اثنين وهما إما أن يرفض القاضي دعوى المتعامل المتعاقد إذا رأت المحكمة أن طلب الفسخ بالتراضي غير مبرر فقد يلجا المتعامل المتعاقد لهذا النوع من الفسخ من أجل تفادي الفسخ من جانب واحد لما له من آثار في غير صالحه كما رأينا سابقا ،وهناك من يدرج الفسخ بقوة القانون ضمن حالات الفسخ القضائي ويكون ذلك في الحالات التي تمتنع فيها الإدارة عن إصدار مقرر الفسخ فيلجأ المتعامل المتعاقد أو ورثته في حالة الوفاة من أجل طلب الفسخ من طرف السلطة القضائية ومن بعض هته الحالات نجد القوة القاهرة ،وفاة المتعاقد .

الفرع الأول: تعريف الفسخ القضائي

يتم الفسخ بهته الطريقة بطلب يتقدم به أحد أطراف الصفقة إلى القاضي وترتد أثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى، لان سبب الفسخ في مثل هذه الحالة يكون عادة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته ويترتب على ذلك عدم وجود حاجة إلى إنذار الطرف غير المنفذ لالتزاماته وهناك من يدرج الفسخ بقوة القانون ضمن حالات الفسخ القضائي وهناك من يخرجها من تلك الحالات والسبب في ذلك هو عدم

[1] .بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص 713.

تحيين دفتر الشروط الإدارية العامة الساري المفعول منذ سنة 1964 فهو أدرج حالات الوفاة والقوة القاهرة والتسوية القضائية ثم أضاف عبارة تقضي بأنه في جميع الأحوال فان الإجراءات التحفظية والأمنية التي تبدو مستعجلة في انتظار قرار نهائي من المحكمة تتخذ مباشرة من قبل الإدارة ويكلف بها المتعامل المتعاقد ،وذلك طبقا للمادة 36 منه على غرار المادة 35 التي تضمنت الإجراءات الجبرية وعبارة غامضة متناقضة مع قانون الصفقات العمومية الحالي وقد يؤدي هذا الغموض إلى صعوبة تطبيق بعض المواد المذكورة فيه ،ومن الأخطاء المبررة للفسخ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

- عدول الإدارة دون سبب مقبول عن المشروع موضوع الصفقة العمومية .
- تأخر الإدارة تأخيرا طويلا في البدء في تنفيذ الصفقة .
- وقف الإدارة للأعمال موضوع الصفقة مدة طويلة دون مبرر معقول.
- توقيع الإدارة عقوبات بالغة الجسامة على المتعامل المتعاقد دون خطأ جدي[1].

وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي رفض الفسخ في حالات تأخرت الإدارة في دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها عندما يكون قد نفذه من العقد، ويمكن للقاضي الذي ينظر في طلب فسخ الصفقة العمومية أن يستعين بقواعد القانون الخاص ومن بينها إعطاء الخيار للدائن ومبدأ الاعتماد على مبدأ خيار القاضي.

أولا: خيار الدائن: فيتمثل في مقدرة تجنب الفسخ قبل النطق النهائي بالحكم بالقدرة على تنفيذ التزامه غير أن هذا الخيار لا يلغي حق الدائن في التعويض نتيجة تأخر المدين في التنفيذ

ثانيا: خيار القاضي : فيتمثل في ما للقضاء من سلطة تقديرية فهو غير ملزم فقد يحكم بالفسخ إذا كان مبررا وقد لا يجيب طلب الفسخ بل يعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه فيبقي على الصفقة إلى حين تمكن المدين من تنفيذ كل التزاماته وإعطاء المهلة القضائية للمتعاقد يكون مصحوبا بشرط تنفيذ التزامه ضمنا وخلال هته المدة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانتهائها.

الفرع الثاني : أسباب الفسخ القضائي

يعتبر الفسخ القضائي وسيلة لزوال الصفقة يقره القاضي بناءا على طلب أحد المتعاقدين فيصدره بناءا على الأسباب الآتية:

أولا- القوة القاهرة : تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل له فيه وما كان بوسعه تلافيه .

فمن الطبيعي أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى اتصفت بكونها خارجة عن إرادة الطرف المدين وذلك لاستحالة وفائه بالتزاماته وعليه فيتم فسخ الصفقة دون أن يكون للطرف الأخر الحق في المطالبة

1. مونية جليل، المرجع السابق،ص182،183.

بالتعويض وهنا نفرق بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد عن ذلك الذي تطلبه الإدارة ، فالفسخ الذي يطلبه المتعاقد صدور الحكم القضائي شرط لازم لتطبيق القوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة فسخ الصفقة دون اللجوء إلى القضاء وهنا نكون أمام الفسخ الإداري وليس القضائي والعلة في ذلك هي عدم ترك الحرية للأفراد للتذرع بالقوة القاهرة في عدم تنفيذ التزاماتهم المتعلقة بالمرافق العامة.

ثانيا - الفسخ الناتج عن تقصير المتعاقد عن تنفيذ التزاماته

يلجأ إلى هذه الطريقة عندما تبلغ جسامة المخالفات العقدية قدرا كبير بحيث لا يأمل معها مواصلة تنفيذ الصفقة بدون الإخلال بحقوق الطرف الأخر ويشمل بعدم التنفيذ أو بالتنفيذ الخاطئ للالتزام من جانب احد المتعاقدين دون أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى استحالة مادية ، فالمتعاقد مع الإدارة له حقوق وعليه التزامات ولكن يجب عليه اللجوء للقضاء لتوقيع الفسخ على عكس الإدارة التي ومن تلقاء نفسها يمكن أن تقدر جسامة الأخطاء المرتكبة لتوقيع الجزاء بنفسها و تطبق المصلحة المتعاقدة في حالة التقصير الجسيم للمتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء بمقتضى ما تخولها لها النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفتر الشروط الإدارية العامة[1].

ثالثا -خطأ الإدارة المتعاقدة

من المقرر للمتعاقد المضرور من الإدارة أو الطرف الأخر في الصفقة أن يطالب بفسخ الصفقة إذا بلغت حدا معينا ، فالقاضي لا يحكم بالفسخ للطرف المتعاقد مع الإدارة إلا إذا ارتكبت هته الأخيرة خطأ جسيما ولكنه يقضي بالتعويض عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب لان مرجع الحكم بالفسخ هو خطأ الإدارة .

وللإدارة إذا ما قررت التنازل عن حقها في فسخ الصفقة من جانب واحد أن تسلك سبيل التقاضي مثلها مثل المتعاقد معها.

رابعا - الفسخ كمقابل لسلطة الإدارة في تعديل الصفقة

للإدارة الحق في أن تجري تعديلات على العقود الإدارية ككل ولكن عندما تتجاوز الإدارة حدود سلطة التعديل مما يودي إلى تغيير كبير في موضوع الصفقة بحيث يصبح المتعاقد أمام التزامات جديدة فيجوز له طلب فسخ الصفقة من القضاء ،ويسري الحكم بأثر رجعي مع إحقاق تعويض مادي عما لحقه من ضرر و مافاته من كسب ولا يستطيع المتعاقد التوقف عن تنفيذ الصفقة إلا بعد صدور الحكم القضائي بالفسخ ويترتب عنه ما يلي:

- نهاية العقد إلى تاريخ رفع الدعوى
- استحقاق المتعاقد للتعويض يغطي كل الأضرار التي لحقته.

[1].سبكي ربيحة، المرجع السابق ،ص 151.

من المتفق عليه أن الإدراة لها سلطات و إختصاصات واسعة في تنفيذ العقد الإداري و لا ريب في أن ماتم دراسته بشأن معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني معيار البند غير المألوف ، فللمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء أو تعديل العقد مع إحترام ضوابط المشروعية ، وبالتالي فالمقاولة أو المتعامل المتعاقد يعتبر طرفا ضعيفا في العقد الخاص بالصفقة و بالتالي فإنه في تسيير عقد الصفقة يكون الهامش القانوني للمتعامل ضيقا ، لا سيما عندما يتقدم المقاول أو المورد أو المهندس حسب طبيعة العقد بطلب فسخ الصفقة بالتراضي فبالرغم من جدية الطلب قد ترفضه الإدارة لان الإدارة لا يمكنها أن تخضع جبرا لطلبات المقاول على خلافها هي التي لها و سائل التنفيذ الجبري فقد يكون تنفيذ العقد مرهقا للمتعامل المتعاقد بسبب تعنت الإدارة كفرضها على المقاول أشغالا ليست من إختصاصه ، أو كأن تتعسف و تفرض عليه أشغالا تتنافى و الصفقة الأصلية و ليس لها علاقة بقواعد الفن و البناء مما يؤدي بالمتعامل إلى طلب الفسخ بالتراضي إلا أن طلب الفسخ بالتراضي قد يقابل بالرفض من طرف المصلحة المتعاقدة فلا يبقى أمام المتعامل سوى اللجوء إلى القضاء من أجل إستصدار حكم يقضي بفسخ الصفقة قضائيا و بالتالي نكون أمام حالة الفسخ القضائي .

المطلب الثاني : إجراءات الفسخ القضائي

يمكن تقديم طلب فسخ الصفقة من كلا الطرفين وذلك من اجل استصدار حكم قضائي يقضي بالفسخ وإجراءات طلب تقديم الفسخ تخضع للقواعد العامة لكون قانون الصفقات العمومية لم يدرج إجراءات خاصة تتعلق بتسوية المنازعات في مرحلتها القضائية ، وفي هذا الإطار نصت المادة 800 من ق إ م إ على " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ".

وتطبيقا للمعيار العضوي المكرس في النظام القضائي الجزائري [1] فإن منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بمجال القضاء الكامل والمتعلقة أيضا بقضاء الإلغاء عرج الإطار المقرر بموجب المادة 09 من القانون العضوي 98-01 تعرض كأصل عام أمام جهة القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية كجهة قضائية إبتدائية و لو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية آو هيئة عمومية وطنية .

فالمادة المذكورة حددت نطاق الإختصاص الإبتدائي والنهائي لمجلس الدولة و حصرته في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية آو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية [2]و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية كما ينظر في دعاوى الإلغاء والتفسير و تقدير المشروعية

1.عمار بوضياف ، المرجع السابق.، ص 153

2.رشا محمد جعفر الهاشمي،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، بدون طبعة ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى ،لبنان،2010،ص 101.

في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة .

و بالتالي أخرج المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية كأصل عام من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء إبتدائي نهائي حتى و لو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية وزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة ،ما لم يتعلق الأمر بالطعن في قرار إداري منفصل له علاقة بصفقة عمومية صادر عن أحد الجهات المحددة في المادة 09 من القانون العضوي 98-01

فإذا كان الأصل في منازعات الصفقات العمومية أنها منازعات قضاء كامل تؤول قانونا لاختصاص المحاكم الإدارية كبنية قضائية تطبيقا للمادة 800 من ق إ م إ ، غير أن الطعن في القرار الصادر عن هيئة الدرجة الأولى يفرض عرض النزاع من جديد على مجلس الدولة ليتولى مهمة الرقابة القضائية بعنوان هيئة الإستئناف طبقا للمادة 10 من القانون العضوي 98 – 01 و طبقا للمادة 902 من ق إ م إ و التي جاء فيها " يختص مجلس الدولة بالفصل في إستئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية " .

كما يختص أيضا كجهة إستئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة فإذا أصدرت المحكمة الإدارية حكما إبتدائيا في قرار الفسخ جاز الطعن فيه بالإستئناف أمام مجلس الدولة .

كما أن مجلس الدولة يمارس هذا الإختصاص في مجال الصفقات العمومية بإعتباره هيئة نقض طبقا للمادة 11 من القانون العضوي 98-01 و طبقا للمادة 903 من القانون 08-09 والتي جاء فيهـا " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية يختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة " ،ويمكن أن تصنف منازعات الصفقات العمومية إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء[1] .

بالنسبة لمنازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية يدخل تحت هذا النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود و الدعاوى الرامية و دعوى الفسخ و الدعاوى المتعلقة بالأضرار الناتجة عن الفسخ ،وقد تصدر الجهة القضائية المختصة سواء كانت وزارة ، هيئة وطنية عمومية ، ولاية ، بلدية مؤسسة عمومية إدارية قرارا إداريا يتعلق بفسخ صفقة عمومية فلا يكون للقرار الإداري وجودا بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما اصطلح عليه فقها بالأعمال المنفصلة.

وبالرغم من إعتماد المشرع على المعيار العضوي للنظر في القرارات الإدارية بصفة عامة و قرار الفسخ بصفة خاصة نجد أن المشرع بين الإستثناءات التي أوردها و أدخل صفقات بعض المؤسسات

---

[1]. عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص154.

تحت رقابة القاضي الإداري ، حيث يتعلق بالمؤسسات التي تنجزها المؤسسات هاته الأخير ويكون تمويلها سواء التمويل الكلي أو الجزئي على عاتق ميزانية الدولة ومثال ذلك منازعات السكنات الإيجارية التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري حيث أن منازعاتها تخضع للقاضي الإداري بالرغم من طبيعة الهيكل[1].

وهناك من فقهاء القانون الإداري من يرى بصعوبة التسليم بإختصاص القاضي المدني بالنظر في منازعات الصفقات العمومية حيث يرى أنه لا يعقل أن يعرض النزاع الذي يثور بين مقاول و مؤسسة عمومية صناعية تجارية حول صفقة تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية فتعرض على قاض فرد على مستوى محكمة إبتدائية ، فإذا كان من الطبيعي أن يطبق القاضي المدني على الخصومات المعروضة عليه حسب الموضوع وطبيعة كل عقد ، فمن غير الطبيعي أن يطبق القاضي المدني أو القاضي التجاري قواعد الصفقات العمومي والتي يغلب عليها طابع إداري محض ، أما الجهة المختصة في منازعات طلب فسخ الصفقة العمومية يؤول الإختصاص فيها للمحاكم الإدارية ، كما اقر المشرع في المادة 39 من ق إ م إ الفقرة الثالثة منه قاعدة مجال الإختصاص الإقليمي تعلقت بكل الصفقات العمومية تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

كما يمكن عرض طلب النظر في فسخ الصفقة العمومية أمام التحكيم سواء بطلب من المصلحة المتعاقدة أو بطلب من المتعامل المتعاقد عندما يكون للفسخ أثر مالي وهنا نرجع إلى القواعد العامة للتحكيم وذلك لكونه كقاعدة عامة جائز وبالتالي يمكن اللجوء إلى المحكمين بإتباع الشروط والكيفيات المنصوص عليها في المواد 1006 إلى 1024 ق إم إ .

مع العلم أن المشرع لم يحدد مجال للنزاعات التي يجوز فيها طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية سوى استبعاده النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم[2].

المطلب الثالث :آثار الفسخ القضائي

يعتبر النطق بالفسخ القضائي للصفقة من أكبر مظاهر الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية ، وقد رأينا أن الإدارة بالرغم من أن القانون و العرف الإداري خولاها صلاحية التنفيذ الجبري باعتباره مظهرا من مظاهر السلطة العامة إلا أنها قد تلجأ إلى أسلوب التقاضي حتى تضمن حماية مصالحها الإدارية أكثر وتضمن عدم مقاضاتها لاحقا وحتى تتأكد من مدى قانونية اللجوء إلى مرحلة الفسخ وعليه تقدم الإدارة كل الإثباتات والمحاضر المتضمنة تقصير المتعامل العاجز و كذا الإعذارات الموجهة له عن طريق الصحافة، محترمة في ذلك القرار الوزاري و قانون الصفقات العمومية ، فلا يجد القاضي

1.بربارة عبد الرحمن ،المرجع السابق،ص87 و.418

2. مليكة موساوي، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،عدد 09،المركز الجامعي لتمنغاست الجزائر،2015 ،ص 228

أمامه سوى الإستجابة لطلب الإدارة ومنه يصبح القرار القضائي حجة ضد المتعامل المتعاقد ، و لا يمكنه الإحتجاج بتعسف الإدارة لكون القاضي هو الذي راقب في هاته الحالة مدى مشروعية طلب الفسخ هذا من جهة، ومن جهة أخرى بإمكان المتعامل المتعاقد رفع دعوى يلتمس من خلالها فسخ الصفقة وغالبا ما يلجأ المتعامل المتعاقد إلى القضاء بعد رفض طلب الفسخ التعاقدي من قبل المصلحة المتعاقدة فهاته الأخير غالبا ما ترفض طلب الفسخ التعاقدي من قبل المصلحة المتعاقدة وتتعسف و تبحث عن الفسخ الإنفرادي وهذا مرده للذهنيات السلبية لبعض موظفي الإدارة الذي يرفض الرضائية و يفضل الطابع الجبري ، وهذا ما أجبر المتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء طلبا لفسخ الصفقة[1] .

ومن بين أهم المبررات التي يقدمها عادة المتعامل المتعاقد لفسخ الصفقة نجد حالات مرهقة لكاهله تتمثل خصيصا فيما يلي :

أ. تعديل الصفقة

ويكون ذلك من خلال إدراج بنود كمية أو نوعية ليست من إختصاص المتعامل المتعاقد و تغير من طبيعة الصفقة بصفة جوهرية وهذا يعد تعسفا في إستعمال سلطة التعديل ، لكون بعض الإدارات ونتيجة لسوء الدراسة المعدة من طرف مكتب الدراسات أو المصالح التقنية تقوم بإدراج تعديلات جوهرية للصفقة وتلزم المتعامل بتنفيذها وعند رفضه تعذره وتقوم بممارسة إجراءات الفسخ ضده فلا يبقى أمامه سوى القضاء لاستصدار حكما يقضي بفسخ الصفقة [2].

ب. عدم تبليغ الأمر بالخدمة

ترفض المصلحة المتعاقدة في بعض الأحيان الإنطلاق في تنفيذ الصفقة بالرغم من توقيعها بين الطرفين أي أصبحت عقدا قائما بذاته ، وقد يكون عدم الإنطلاق لمدة غير معقولة ، مما يؤثر على أسعار مواد الصفقة وعند تقدم المتعامل بطلب مراجعة الأسعار ترفض المصلحة المتعاقدة ذلك وهو مايجبر المتعامل على تقديم طلب فسخ بالتراضي فترفض مرة أخرى وهو ما يحتم عليه طلب الفسخ على مستوى العدالة

الفرع الأول:آثار الفسخ القضائي بطلب الإدارة

تنجر عدة آثار عن الفسخ القضائي بالنسبة للحالة التي يكون طلب الفسخ من طرف الإدارة وحالة طلب الفسخ الذي يكون من قبل المتعامل والتي تتمثل فيما يلي:

[1] .بربارة عبدالرحمن، المرجع السابق،ص .537

[2]. محمد سليمان الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ،دار الفكر العربي ، 2008،ص 550.

أولا: الحكم بالتعويض ومصادرة الضمان

وهنا يستند القاضي للمادة 152من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 التي تلزم المتعامل المتعاقد بإصلاح الأضرار الناجمة عن فسخ بسبب تقصيره كما قد يلزمه القاضي بتحمله التكاليف الإضافية الناجمة عن فسخ الصفقة الأولى وإسناد الصفقة مجدد وذلك إستنادا لنفس المادة ويعتبر أقوى أثر هو الحكم على المدعى عليه بحجز الكفالة باعتبارها تمثل الحد الأدنى لتعويض الأضرار .

ثانيا: الحكم بالإقصاء

إن الفسخ من جانب واحد بسبب التقصير يرتب تنفيذ محتوى القرار الوزاري والمادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 من طرف المصلحة المتعاقدة حيث يتعرض المتعامل للإقصاء والمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ، فهذا الإقصاء يطبق كونه منصوص عنه قانونا و أن القاضي حل محل الإدارة .

أما بالنسبة للحالة التي يكون طلب الفسخ من طرف المتعامل المتعاقد فيجب الإشارة أولا إلى أن هناك أثر معنوي هام ألا وهو تحرر المتعاقد من أي إلتزام تجاه المصلحة المتعاقدة لأنه في حالة رفض طلب الفسخ من طرف القاضي يعطي فسحة للإدارة من أجل فرض الضغوط على المتعامل و إجباره على الرضوخ لبنود لأن القاضي أكد سلامة إجراءاتها .

الفرع الثاني:آثار الفسخ القضائي بطلب المتعامل المتعاقد

وتتمثل الآثار الناجمة عن الفسخ القضائي لصالح المتعاقد فيما يلي :

أولا - الحكم بالتعويض : قد يرى القاضي أن فسخ الصفقة قضائيا يؤسس للتعويض لفائدة المتعامل المتعاقد لاسيما في حالة تفويت الفرصة.

فقد يتضرر المتعاقد نتيجة خطأ أو سوء تسيير للمشروع من طرف الإدارة مما فوت فرصة على المدعي من المشاركة في مشاريع أخرى لأن الفسخ قد يجعل من المتعامل في وضعية بطالة نتيجة توقف المشروع بسبب أخطاء الإدارة و تتمثل شروط الحكم بالتعويض فيما يلي :

- أن يطلبه المدعي صراحة لكون القاضي لا يحكم بأكثر مما طلب منه الخصوم .
- أن يقوم الضرر سواء ماديا أو معنويا أو مجتمعان معا[1] .

وهنا نرجع للقواعد العامة للتعويض فإذا قدم المتعاقد ما يثبت تفويت الفرصة من خلال ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب يحكم له القاضي ومثال ذلك تلف مواد البناء التي اشتراها نتيجة توقف المشروع أو غلاء السلعة نتيجة طول أمد استعمالها.

وقد يكون التعويض معنويا على أساس تشويه السمعة من خلال قيام الإدارة ببعث إعذارات في الصحافة لا أساس لها .

[1].بلحاج العربي، المرجع السابق،ص687.

ثانيا - تحرير الكفالة

إن الحكم بفسخ الصفقة بناء على طلب المتعامل المتعاقد يبرئ هذا الأخير من صفة التقصير ، و منه لا يحق للإدارة التعسف ورفض تحرير كفالة حسن التنفيذ ، ذلك أن الفسخ بناءا على طلب المتعامل المتعاقد يستوجب على الإدارة تحرير الكفالة من خلال طلب يقدمه المتعامل المتعاقد وهو غير مرتبط بآجال معينة، لكون مرحلة الإستلام تصبح من دون جدوى في هاته الحالة لكون فسخ الصفقة معناه آليا عدم وجود استلام نهائي كقاعدة عامة إلا في حالة الفسخ الجزئي أو الإستلام الجزئي[1] حيث يتم الإبقاء على الضمان إلى غاية الاستلام النهائي للجزء الذي لم يكن محل فسخ من جانب واحد قضائيا بسبب التقصير.

ولا يفوتنا في الأخير الإشارة إلى أن الفصل في قضايا الفسخ يكتسي نوعا من الخصوصية ، فبالرغم من أن الصفقات العمومية تدرج في إطار القضاء الكامل الذي يعطي للقاضي واسع النظر من خلال تفحص دعوى إلغاء القرار وتفحص دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عنها فإن قرار الفسخ بحد ذاته له خصوصية وهذا الاستثناء هو نتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات، ومنه عدم إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر قضائية تمس بالعمل الإداري المحض حيث لا يمكن إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة إتمام المشروع من طرف المتعامل المتعاقد نفسه الذي فسخت معه الصفقة وفي هذا الإطار سلطة فسخ الصفقة العمومية أهم وأخطر سلطة تملكها المصلحة المتعاقدة لأنها تمكنها من إنهاء الرابطة التعاقدية بمحض إرادتها دون أن تتفق في ذلك مع المتعاقد معه حتى ولو أدى ما عليه كما ينبغي وفق ما حددته بنود العقد وألتزم بها وهي تضاهي في ذلك سلطة رب العمل في عقد المقاولة وسلطة الإدارة في العقد الإداري لكن الأساس القانوني يختلف، فالفسخ في العقود الإدارية حق ثابت دون النص عليه في العقد ودون اللجوء إلى القضاء لتقريره وهو من النظام العام يتقرر بقوة القانون إعمالا لسلطة الإدارة في التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء.

يجوز لكلا الطرفين المطالبة بالفسخ القضائي طبقا للمادة 119 من القانون المدني وكذا الفسخ الاتفاقي طبق للمادة 120 من ق م (بحكم قضائي يكون كاشفا) .

صدر قرار رقم[2] 063683 "حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل وان الإدارة وما لها من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة بإرادتها التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل

---

[1]. عمار بوضياف ،شرح نظم الصفقات العمومية،الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2011،ص43

[2]. مجلس الدولة ،الغرفة الأولى، قرار رقم 063683 ، بتاريخ 12 جانفي 2012 (قضية بين بلدية العلمة ضد ح.ع) مجلة مجلس الدولة ، العدد 12 سنة 2014 ص 108.110.

مع متعامل رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد ".

خلاصة الفصل الثاني

لاحظنا من خلال دراستنا للفسخ غير الانفرادي تقلص سلطة تدخل الإدارة وتوجيهها لملف الفسخ على خلاف ما رأيناه في الفصل الأول وهو ما يكرس وجود خلاف حقيقي من النوعين من الفسخ الانفرادي وغير الانفرادي ولكن و بالرغم من ذلك قد يتفقان من زاوية فسخ الصفقة قضائيا عندما تطلب الإدارة ذلك ويتم الحكم لها به حيث استخلصنا وجود نفس الآثار المترتبة عن الفسخ من جانب واحد والمتمثلة أساسا في الإقصاء ومصادرة الكفالة .

كما استخلصنا أن الآثار الأخرى الناتجة عن الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي ليس بدرجة الخطورة التي رأيناها عند دراستنا للفسخ الانفرادي لاسيما الفسخ من جانب واحد لعدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته.

ولعل ذلك راجع إلى تدخل السلطة القضائية في مواجهة السلطة التنفيذية وحمايتها للطرف الضعيف المتمثل في المتعامل المتعاقد ذلك انه لولا تدخل القضاء لما تمكن هذا الأخير من ضمان حقوقه في حالة تعسف الإدارة لامتيازاتها خاصة البند غير المألوف كونه أحيانا تدخل تعديلا ت مرهقة له وتفرض عليه تنفيذها وإلا قامت بالفسخ من جانب واحد .

الخاتمة :

تعد سلطة الإدارة في الفسخ من أهم واخطر الامتيازات الممنوحة لها في حالة تنفيذ الصفقة العمومية ذلك أن موضوع الصفقة لطالما ارتبط ارتباطا وثيقا بمقتضيات المصلحة العامة للأفراد وتسيير المرافق العامة وبالتالي فانه يؤثر تأثيرا سلبيا من الناحية الاقتصادية للبلاد والتنمية الوطنية والمحلية.

وحتى لا تخرج الإدارة عن هدفها الرئيسي في مجال الصفقات العمومية المتمثل في الحفاظ على المال العام وكذا الحفاظ على حقوق المتعاقد فقد منحت سلطات واسعة تمارسها بإرادتها المنفردة ، كجزاء فسخ الصفقة العمومية بنفسها ، وعندما تضع حدا للرابطة التعاقدية فهي لا توقع جزاء الفسخ إلا باحترام إجراءات محددة حددها التشريع نظرا لخطورة الإجراء.

ولاحظنا بأن المشرع فرض قيودا محددة لممارسة هته السلطة وأيضا احترام جملة من الإجراءات المنصوص عليها في وثيقة الصفقة حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد وفي المقابل مكنه من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقه متى ما تعرضت للانتهاك من قبل الإدارة المتعاقدة .

وفي الأخير نرى أن حق الإدارة في فسخ الصفقة انفراديا أو لا ، ولخطورة هذا الجزاء فلابد أن يتم النص عليه في بنود الصفقة العمومية ليكون أكثر ضمانا لطرفي الصفقة خاصة المتعامل المتعاقد.

من خلال هاته الدراسة توصلنا إلى مايلي :

1- حرص المشرع على تنظيم الفسخ كآلية لإنهاء الرابطة التعاقدية لاسيما ذلك الفسخ القائم على التقصير و هذا كله ضمانا لعدم تعسف الإدارة في استعمال هذا الحق.

2- فتح المشرع المجال واسعا لاستعمال الإدارة آلية الفسخ لضرورة المصلحة العامة.

3- سلطة الإدارة عموما في الفسخ ليست مطلقة بل تخضع لعدة ضوابط وإجراءات وترد عليها عدة قيود أهمها أن تبتغي منه تحقيق المصلحة العامة حسب القانون .

4- إن سلطة الإدارة ليست حرة في استخدام جزاء الفسخ متى تشاء ولكن ملزمة باحترام عدة شروط أهمها:

- اعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه للمحافظة على حقوقه.

- التزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ .

5- وازن المشرع بين الفسخ لغرض إنهاء العلاقة التعاقدية من جهة والمحافظة على استمرار المشروع من خلال المادة 153من قانون الصفقات العمومية المتضمنة تسوية النزاعات من خلال إيجاد التوازن بين التكاليف والتوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة والحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وختاما يمكن ذكر عدة مقترحات نوجزها فيما يلي:

1- يجب وضع الشروط اللازمة في دفاتر الشروط وفي وثيقة الصفقة ووضع الجزاءات والعقوبات بدقة ومنها الفسخ عند إبرام الصفقة لكي يكون المتعاقد على علم بها مسبقا حتى لا يتقدم إلى التعاقد سوى المتعاملون الجديون.

2- يجب توسيع الضمانات والحقوق للمتعامل المتعاقد لتتماشى وتتوازن مع سلطات وامتيازات الإدارة من خلال اشتراط كفالة التعهد في كل أنواع الصفقات مهما كانت آجال تنفيذ الصفقة.

3- الاعتماد على تقنيات متطورة تخدم الصفقات العمومية بالنسبة للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة كذلك في مجال الفسخ .

4- إصدار دفاتر شروط جديدة تواكب التطور الحاصل في مجال الصفقات العمومية .

5- تنظيم يوم دراسي خاصة في مجال الفسخ لتبسيط المفاهيم من خلال دعوة كل الفاعلين في ميدان الصفقات العمومية بما فيهم المتعاملين المتعاقدين باعتبارهم شركاء اقتصاديين في خدمة التنمية الوطنية.

6- يقتضي الأمر الإسراع في إصدار المرسوم المتضمن سلطة ضبط الصفقات العمومية لما لها من أهمية بعدما أدرجها في المرسوم الرئاسي 15-247.

7- من المستحسن إدراج التبليغ عن طريق المحضر القضائي للإعذارات لضمان أكثر شفافية عند ممارسة إجراءات فسخ الصفقة من جانب واحد بسبب التقصير.

الملاحـق

الملحق رقم(1): اعذار رقم 01 قبل فسخ الصفقة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مديرية الأشغال العمومية
لولاية تيارت
مصلحة استغلال وصيانة شبكة الطرق
رقم: 68/م ص ط/م إ ص ش ط/..../م.أ.ع/17

DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS
DE LA WILAYA DE TIARET
SERVICE DE L'EXPLOITATION ET DE L'ENTRETIEN ROUTIER
N° 68/BER/SEERR/779/DTP/17

إعذار رقم 01 قبل فسخ الصفقة

مديرية الأشغال العمومية لولاية تيارت الكائن مقرها بطريق علي بختو رقم 05 – تيارت بصفتها صاحبة مشروع تعذر مقاولة (ناصري جمال الدين) والحاصلة على الصفقة رقم 2016/299 المصادق عليها بتاريخ 2016/08/16 والمتعلقة بأشغال:

إعادة الاعتبار وصيانة الطرق البلدية على مسافة 50 كلم

الحصة رقم 04: إعادة الاعتبار مع تلبيس سطحي بطبقتين للطريق الرابط بين الطريق الولائي رقم 01 ودوار السنايس والهراوات على مسافة 06 كلم (الشريحة الأولى) والتي تم الانطلاق الأشغال به بتاريخ 2016/12/25 (أمر بالخدمة)

تعذر:

– البدء في الاشغال

– رفع وتيرة سير الاشغال

– تزويد الورشة بالمواد المخصصة لنوعية الاشغال وفقا للمميزات التقنية

في حالة عدم الاستجابة للتوصيات المذكورة في غضون 48 ساعة ابتداءا من صدور هذا الإعذار في الجرائد الوطنية، تتخذ الإجراءات القانونية المعمول بها ضد المؤسسة.

المدير

15 -03 -2017 ANEP 31001707 الأمة

الملحق رقم (2):اعذار

اليـــوم
15 مارس 2017

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية الجزائر
الدائرة الإدارية لزرالدة
بلدية الرحمانية

اعـــــذار

- نظرا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المؤرخ في 07 / 10 / 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم لاسيما المادة 112 منه،
- نظرا للصفقة رقم 03 / 2015 الخاصة بعملية «انجاز قاعة متعددة الخدمات-وسط مدينة الرحمانية» الرحمانية، المصادق عليها من طرفكم بتاريخ 22/ 10 / 2015،
- بعد استلامكم للأمر بالخدمة رقم 12 / 2016 مؤرخ يوم 16 مارس 2016،
- بعد استلامكم للأمر بالخدمة (توقيف الأشغال) رقم 15 / 2016 مؤرخ في 16 مارس 2016،
- بعد عدم تجاوبكم لطلبات إعادة انطلاق الأشغال واحترام آجال الانجاز حسب عقد الصفقة،
- بعد عدة مراسلات مكتوبة

يوجه رئيس المجلس الشعبي البلدي اعذار لمؤسسة أشغال البناء ETB BOUYAKOUB HAKIM الكائن مقرها شارع محمد عبد السلام -حجوط- ولاية تيبازة، لإعادة إطلاق مشروع العملية المذكورة أعلاه من جديد وتعزيز الورشة بالإمكانيات المادية والبشرية اللازمة،

- حدد آجال تنفيذ هذا الاعذار بثمانية (08) أيام، ابتداءا من تاريخ أول صدور في BOMOP أو الصحافة،
- في حالة عدم تنفيذ محتوى هذا الاعذار في الآجال المحددة، تتعرض المؤسسة إلى الإجراءات القانونية المنصوص عليها في الصفقة،
- **كل الأضرار تكون على عاتق مخالفات المؤسسة المعنية.**

ANEP 507 038 الأربعاء 15 مارس 2017

الملحق رقم (3):قرار فسخ الصفقة من جانب واحد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تيارت / دائرة تيارت / بلدية تيارت
مكتب الصفقات /57/ 2016

قرار فسخ الصفقة من جانب واحد

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تيارت
-بمقتضى القانون رقم 11/ 10 المؤرخ في 22/ 06/ 2011 المتضمن القانون البلدي.
-بمقتضى القانون رقم 90/ 21 المؤرخ في 24 محرم عام 1411 الموافق لـ 15 غشت سنة 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية.
-بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المؤرخ في 07/ 10/ 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و لا سيما المادة 112 منه.
-بناءا على مقرر تسجيل العملية رقمNK 5.793.1.26 2.600.13.1 المتضمن تهيئة و تلبيس الطرقات الداخلية لحي الشهداء.
-بناءا على الصفقة رقم 16/ 2014 المؤرخ في 08/ 07/ 2014 المؤشرة من قبل مصالح المراقب المالي بتاريخ 23/ 09/ 2014 تحت رقم 59 المبرمة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي و مقاولة طهير مخطار بمبلغ قدره 9.389.250,00 دج بمدة إنجاز 04 أشهر.
-بناءا على الأمر بالخدمة رقم 180 / 2014 المؤرخ في 21 أكتوبر 2014.
-بناءا على الأمر بالإيقاف رقم 186/ 2014 المؤرخ في 27 أكتوبر 2014.
-بناءا على الأمر بالإستئناف رقم 36/ 2015 المؤرخ في 20 أفريل 2015.
-نظرا للانتهاء مدة الأشغال المحددة بـ: 04 أشهر و عدم الانطلاق في الأشغال في الورشة و إنتهاء مدة الأشغال من طرف المقاولة الموكل لها الأشغال.
-بناءا على المحضر المعد من طرف المصالح التقنية للبلدية بتاريخ 05/ 12/ 2014 تحت رقم 109/ 2015 الذي يبين عدم مباشرة الأشغال من طرف المقاولة.
-بناءا على الإعذار الأول الصادر في جريدة البطل المؤرخ في 09/ 12/ 2015 الذي يحث على بعث الأشغال في مدة 05 أيام.
-بناءا المحضر المعد من طرف المصالح التقنية للبلدية بتاريخ 15/ 12/ 2015 تحت رقم 110/ 2015 الذي يثبت عدم احترام المدة المدونة في الإعذار الأول بالانطلاق في الأشغال.
-بناءا على المحضر المعد من طرف المصالح التقنية للبلدية بتاريخ 05/ 01/ 2016 تحت رقم 03/ 2016 الذي يبين عدم مباشرة الأشغال من طرف المقاولة.
-بناءا على الإعذار الثاني الصادر في جريدة بولاة و المؤرخ في 07/ 01/ 2016 الذي يحث على الانطلاق في الأشغال في مدة 5 أيام.
-بناءا على المحضر المعد من طرف المصالح التقنية للبلدية بتاريخ 13/ 01/ 2016 تحت رقم 05/ 2016 الذي يثبت عدم احترام المدة المدونة في الإعذار الثاني بالانطلاق الأشغال.
-نظرا لعدم استجابة مقاولة طهير مخطار الاعذارات الموجهة له من أجل مباشرة الأشغال.

باقتراح من السيد المكلف بالأمانة العامة لبلدية تيارت

يقرر ما يلي

المادة الأولى: تفسخ الصفقة من جانب واحد المبرمة ما بين بلدية تيارت و مقاولة طهير مخطار المسجلة تحت رقم 16/ 2014 المؤرخة في 08/ 06/ 2014 و المتعلقة بمشروع: تهيئة و تلبيس الطرقات الداخلية لحي الشهداء بمبلغ قدره 9.389.250,00 دج بمدة إنجاز 04 أشهر.
المادة الثانية: يبين الكشف الإجمالي للصفقة:
-المبلغ الإجمالي للصفقة: 9.389.250,00 دج
-مبلغ الأشغال المنجزة: 0.00 دج
-مبلغ الأشغال المنجزة و المسددة: 0.00 دج
-مبلغ الأشغال المنجزة و غير مسددة: 0.00 دج
-مبلغ الأشغال غير المنجزة و غير المسددة: 9.389.250,00 دج
المادة الثالثة: يكلف كل من السادة الأمين العام للبلدية، و مدير الأشغال و البناء و التعمير للبلدية و رئيس قسم الأشغال العمومية و أمين الخزينة لبلدية تيارت بتنفيذ هذا القرار.

رئيس المجلس الشعبي البلدي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية المدية
مديرية
مصلحة الإدارة والوسائل
مكتب الشؤون القانونية و المنازعات

مقرر رقم...../المؤرخ في..... المتضمن
أشغال التحسين الحضري لحي 840 سكن اجتماعي
ببلدية قصر البخاري - برنامج 2006-

إن والـــي ولايـــة المـديـــة

- بمقتضى الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- بمقتضى القانون رقم 84 –09 المؤرخ في 04 1984/02 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد.
- بمقتضى القانون رقم 90 – 09 المؤرخ في 07/ 1990/04 المتعلق بالولاية.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 03-301 المؤرخ في 2003/09/11.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2005/08/11 المتضمن تعيين السيد عبد القادر زوخ واليا لولاية المدية.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2006/04/01 المتضمن تعيين السيد عبد الرحمان علوه مديرا للتعمير و البناء لولاية المدية.
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 -09 المؤرخ في 1990/10/27 والمحددة لقواعد تنظيم مصالح التجهيز للولاية وعملها.
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 91-485 المؤرخ في 1991/12/15 و المتعلق بصلاحيات الوالي و المتضمن تنسيق و مراقبة المصالح و المؤسسات العمومية المتواجدة داخل الولاية.
- بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن دفاتر الشروط الإدارية العامة CCAG
- بمقتضى مقرر التسجيل رقم 5.721.1.262.126.06.01 المؤرخ في 2006/04/30 و المتضمن تسجيل مشروع " إنجاز تهيئة حضرية عبر الولاية ".
- بمقتضى دفتر الشروط المؤشر لدى اللجنة الولائية للصفقات تحت رقم 15 بتاريخ 2006/01/30.
- بمقتضى دفتر الشروط موضوع المناقصة الوطنية المعلن عنها بتاريخ 2006/02/14 الموقع من طرف المقاولة و المؤشر عليها من طرف لجنة الصفقات الولائية تحت رقم 06/196 بتاريخ في 2006/05/09 و التي يتمثل موضوعها في إنجاز أشغال التحسين الحضري برنامج 2006 لحي 840 سكن اجتماعي ببلدية قصر البخاري (برنامج 2006).
- بناءا على الأمر المصلحي رقم 01 بتاريخ 2006/08/05 و المتضمن تبليغ الصفقة و بدء الأشغال للمقاولة
- بناءا على الأمر المصلحي رقم 02 بتاريخ 2006/11/11 و المتضمن تبليغ الملحق رقم 01 للصفقة.
- بمقتضى الإعذار رقم 01 الصادر بجريدة info soir بتاريخ 2007/01/31
- بمقتضى إرسال المديرية رقم 153 المؤرخ في 2007/03/11 للمقاولة لغرض رفع التحفظات و إستدراك التأخر
- بمقتضى الإعذار رقم 02 الصادر بجريدة البلاد بتاريخ 2007/05/23
- بمقتضى الأعذار رقم 03 المؤرخ في 2007/10/23 و المتضمن ضرورة استئناف الأشغال.
- بمقتضى الأعذار رقم 04 الصادر بجريدة courrier بتاريخ 2007/11/17
- بمقتضى إرسال المديرية رقم 1225 المؤرخ في 2007/10/23 للمقاولة و المتضمنة آخر إعذار قبل الفسخ
- بمقتضى تقرير مكتب الدراسات المؤرخ في 2007/12/23 المتضمن عدم استئناف الأشغال بدون مبرر.
- بموجب محضر المعاينة المؤرخ في 2007/01/06 الصادر عن المحضر القضائي السيد بوداود عبد القادر المتضمن عدم استئناف الأشغال.
- نظرا لإنقضاء الآجال التعاقدية.

باقتراح من السيد مدير لولاية المدية

.../...

- يـــــــــقـــــــــرر -

المادة الأولى : تـفـسـخ الـصـفـقـة من جانب واحد و على عاتق مقـاولـة- مـؤسـسـة ، الكائن مقرها بشارع فلسطين ، ولاية المسيلة و المتعلقة بإنجاز أشغال التحسين الحضري برنامج 2006 لحي 840 سكن اجتماعي ببلدية قصر البخاري .

المادة الثانية : بموجب هذا الفسخ تصبح الوضعية المالية و المادية كما يلي :

- مبلغ الصفقة	:	58.131.598,15 دج
- مبلغ الصفقة بعد الملحق بما فيه الرسوم	:	58.933.370,55 دج
- مبلغ الأشغال المنجزة و المسددة	:	26.307.758,09 دج
- مبلغ عقوبة التأخير	:	5.813.159,81 دج
- المبلغ الواجب سحبه من الإلتزام	:	32.625.612,46 دج

المادة الثالثة : كل المصاريف الإضافية الناجمة عن الفسخ و التي قد تنجم عن إبرام الصفقة أخرى لإنجاز هذه الأشغال تؤخذ على عاتق المقاولة العاجزة .

المادة الرابعة : يترتب عن رفض المقاولة إتمام المشروع بدون مبرر الحجز على كفالة حسن التنفيذ

المادة الخامسة : عقوبة التأخير : تطبق عقوبة التأخير على تسليم المشروع عن طريق المعادلة المبينة في الصفقة .

المادة الخامسة : يكلف السادة الأمين العام للولاية ، المراقب المالي و أمين الخزينة للولاية بتنفيذ هذا القرار كل فيما يعنيه .

الـــــوالـــــي

الأميـــــن العـــــام

معـمـــــر عـــــلايـــــي

الملحق رقم(4): مقرر فسخ

الشـــــعب

02 مارس 2017

ولاية الجزائر
مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي
الوكالة العقارية لمدينة الجزائر
E.P.I.C-R.F.V.A

E.P.I.C - R.F.V.A

رقم 58 د ت / م ع / و ع م ج / 2017
مقرر فسخ

. المدير العام للوكالة العقارية لمدينة الجزائر،

. بمقتضى القرار رقم 16 / م.ج.ا/ ولاية الجزائر المؤرخ في 09 جانفي 1995 المتعلق بإنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المسماة الوكالة العقارية لمدينة الجزائر.

. بمقتضى المقرر رقم 7118 /ا.خ.و / 2016 المؤرخ في 24 / 12 / 2016 المتضمن تعيين السيد محمودي فاضل عبد الصمد مدير عام للوكالة العقارية لمدينة الجزائر.

. بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

. بمقتضى الصفقة رقم 503 / 14 المؤرخة في 18 جانفي 2015 بمبلغ 211,62 396 870 دج بكل الرسوم ومدة إنجاز تقدر بالثا عشر (12) شهرا، المبرمة بين الوكالة العقارية لمدينة الجزائر ومجمع مارتيناز وكباد» المتعلقة بإنجاز أشغال إعادة تأهيل العمارات بنهج كريم بلقاسم والبرج الكائن ب 07 نهج شكسبير . الجزائر (الشطر الأول)

. بمقتضى الملحق رقم واحد والذي رفع مبلغ الصفقة إلى 878894764,02 دج بكل الرسوم.

. بمقتضى الأمر بتوقيف الأشغال المؤرخ في 15 نوفمبر 2015.

. بمقتضى الأمر بإعادة استئناف الأشغال المؤرخ في 17 فيفري 2016.

. بناءا على الاعذار الأول الصادر في الجرائد الوطنية «المجاهد والشعب» بتاريخ 2015/07/08.

. بناءا على الاعذار الثاني الصادر في الجرائد الوطنية «المجاهد والشعب» بتاريخ 2016/06/22.

. بناءا على الاعذار الثالث الصادر في الجرائد الوطنية «المجاهد والشعب» بتاريخ 2016/09/27.

. نظرا لأن المجمع لم يستجيب ولم يعطي أي أهمية للاعذارات الموجهة له والذي من خلالها طلب منه صاحب المشروع تعزيز الورشة بالوسائل المادية واليد العاملة خلال مدة ثمانية (08) أيام.

. نظرا لعدم احترام المجمع لمختلف التعهدات المتخذة خلال الاجتماعات بالورشة فيما يخص تعزيز الورشة بالوسائل المادية والبشرية وإعادة تنشيطها هذا من جهة وعدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية خاصة مدة الانجاز من جهة أخرى.

. بمقتضى الإرسال المؤرخ في 23 جوان 2016 بدون رقم، الصادر عن المجمع والذي من خلاله أبلغونا بالغياب التام للطرف الفرنسي «مجمع مارتيناز» مما يدل على عدم الجدية من جهة وعدم التنسيق بين طرفي المجمع «مارتيناز وكباد» من جهة أخرى.

. نظرا لانتهاء المدة التعاقدية في 26 / 04 / 2016.

. نظرا للتوقف الكلي للأشغال منذ تاريخ 26 / 07 / 2016.

يقرر:

. المادة الأولى: تفسخ على عاتق المجمع الصفقة رقم 2503 / 14 المؤرخة في 18 جانفي 2015 بمبلغ 878894764,02 دج بكل الرسوم (بما في ذلك الملحق رقم 01) المتعلقة بإنجاز أشغال إعادة تأهيل العمارات بنهج كريم بلقاسم والبرج الكائن ب 07 نهج شكسبير . الجزائر (الشطر الأول) ومدة إنجاز تقدو باثنا عشرا (12) شهرا المبرمجة بين الوكالة العقارية لمدينة الجزائر ومجمع «مارتيناز وكباد».

. المادة 02: الوضعية المالية:

مع الأخذ بعين الاعتبار كشف الحساب العام والنهائي المعد من طرف مركز الدراسات والانجاز والتعمير بالبليدة المكلف بمتابعة الأشغال، تتلخص الوضعية المالية كما يلي:

. مبلغ الصفقة + الملحق رقم (01) بكل الرسوم 878894764,02 دج

. مبلغ الأشغال المنجزة:

. في إطار الصفقة: 34.896.824.82 دج

. إضافية في إطار الصفقة 0.00 دج

الملحق رقم (5):اجتهاد وزارة المالية بخصوص كفالة الضمان

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة الماليـــــــة
قسم الصفقات العمومية
رقم 20 و م/ق ص.ع/ م.م.ق ص.ع /م.ف.ت/2019

MINISTERE DES FINANCES
Division des Marchés Publics

الجزائر، في
14 جانفي 2019

السيد

الموضوع: طلبكم توضيح قانوني.
المرجع: إرسالكم رقم 1317 المؤرخ في 17 ديسمبر 2018.

حلفاً على إرسالكم المشار إليه في المرجع أعلاه، يشرفني أن أخبركم بما يأتي:

1/ طبقا لأحكام المادتين 131 و132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عندما تنص الصفقة على أجل الضمان، تتحول كفالة أو رصيد اقتطاعات حسن التنفيذ، عند الإستلام المؤقت، إلى كفالة أو اقتطاع الضمان عند الإقتطاع.

– لا يمكن رفع اليد عن كفالة الضمان واسترجاعها من طرف المتعامل المتعاقد قبل الإستلام النهائي للمشروع.

– في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة، طبقا لأحكام المادة 152 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه.

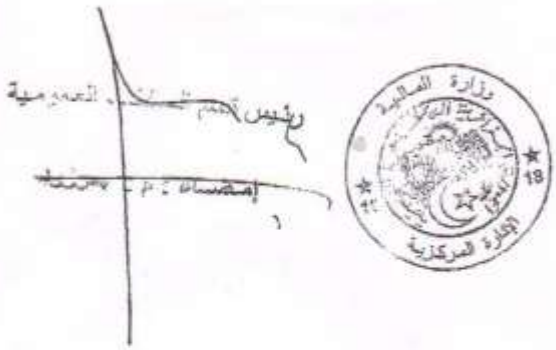
وعليه، يمكن للمصلحة المتعاقدة تحرير كفالة حسن التنفيذ، نظرا لتوقف المشروع نتيجة ظروف خارجة عن إرادة المتعامل الاقتصادي.

2/ بالنسبة لاستفساركم المتعلق بإمكانية تحرير كفالة حسن التنفيذ، في حالة عدم تسوية المستحقات المالية للمتعامل الاقتصادي، فإنه طبقا لأحكام المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه، تسترجع كفالة حسن التنفيذ، كليا في مدة شهر واحد ابتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

.../...

3/ أما بخصوص كفالة حسن التنفيذ التي تم حجزها بسبب نشوء نزاع قضائي حول نوعية وكمية الأشغال، فإنه في إطار صلاحيات المصلحة المتعاقدة، يمكنها تحرير كفالة حسن التنفيذ بعد صدور تقرير الخبرة المؤكد لمطابقة الأشغال لمواصفات الصفقة.

تقبلوا، سيدي المدير، فائق الإحترام والتقدير.



المراجـــع

أولا- الكتب

أ- الكتب العامة

1) محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ،الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،عمان، الاردن،2002.

2) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية،بدون طبعة،دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة ،2005.

3)حمد محمد حمد الشليماني ،امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري،بدون طبعة ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2007

4) عبد الحميد مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،مصر، 2007.

5) سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي،2008.

6) رشا محمد جعفر الهاشمي،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، بدون طبعة ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى ،لبنان،2010.

7) عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية،بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2010.

8) عبدالرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(قانون رقم08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008) ،الطبعة الأولى، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009.

9) عمار بوضياف ،شرح نظم الصفقات العمومية،الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2011.

10) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول المصادر الإدارية للعقد(العقد ، الإرادة المنفردة) الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2014.

11) سعيد بوعلي ،نسرين شريقي، مريم عمارة ،القانون الإداري سلسلة مباحث في القانون (التنظيم الإداري النشاط الإداري)، الطبعة الثانية، دار بلقيس ،الدار البيضاء، الجزائر 2016.

12) خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية،بدون طبعة ، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء الجزائر، 2017.

ب- الكتب المتخصصة

1) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة ،دار جسور للنشر والتوزيع المحمدية ، 2017.

2) مونية جليل ،التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي247/15 ،بدون طبعة ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية ،الجزائر 2018.

ثانيا -الرسائل الجامعية

1)عبد القادر رحال ، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري،مذكرة ماجستير،جامعة تيزي وزو،1990.

2)ربيحة سبكي،سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2013 .

ثالثا –المقالات

1) عبدالقادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ،مجلة الفكر دار الهدى جامعة بسكرة عدد 10 ،جانفي 2014.

2)عبدلي سهام ،الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص ،مداخلة في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،المركز الجامعي تامنغست الجزائر، 2015.

3)مليكة موساوي ، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي لتامنغست،الجزائر،2015.

رابعا-المجلات

1)قرار مجلس الدولة ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر عدد 11 ،2013.

خامسا -النصوص القانونية

أ - القوانين

- القانون رقم 90-21 مؤرخ 15 أوت 1990 ، المتضمن قانون المحاسبة العمومية،ج.ر عدد 35 المؤرخة في 15 أوت 1990.

ب- المراسيم

- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر عدد75 صادرة في 8 ديسمبر 2010.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج .ر، العدد50 الصادر في 20 سبتمبر 2015.

ج - القرارات

1)قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخص بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل،ج.ر ،العدد 6 ،19يناير1965.

2)قرار مؤرخ 23 ربيع الثاني عام 1432الموافق 28 مارس 2011 ،يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره.

3)قرار مؤرخ في7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر 2015 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر رقم 2016/17.

4)قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة، ج.ر رقم 2016/17.

الفهرس

الشكر

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة .....أ

الفصل الأول :الفسخ الانفرادي للصفقة العمومية 6

المبحث الأول: الفسخ الجزائي.....7

المطلب الأول: مفهوم الفسخ الجزائي.....7

الفرع الأول: ارتكاب الخطأ الجسيم 8

الفرع الثاني: عدم تدارك المتعاقد لخطئه 8

المطلب الثاني: إجراءات الفسخ الجزائي.....9

الفرع الأول: تعريف الاعذار.....9

الفرع الثاني: بيانات الاعذار.....9

الفرع الثالث: تبليغ الاعذار.....12

المطلب الثالث: آثار الفسخ الجزائي..... 12

الفرع الأول: تحمل الفارق المالي 12

الفرع الثاني: التعويض وإصلاح الأضرار 13

الفرع الثالث: الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية 14

الفرع الرابع: مصادرة الكفالة.....17

المبحث الثاني: الفسخ الانفرادي بسبب المصلحة العامة..... 19

المطلب الأول : مفهوم الفسخ للمصلحة العامة.....19

الفرع الأول:الفسخ للآداب العامة.....21

الفرع الثاني: الفسخ للسكينة العامة.....21

الفرع الثالث:الفسخ للصحة العامة.....21

المطلب الثاني: إجراءات الفسخ للمصلحة العامة.....22
الفرع الأول:إعلام المتعامل المتعاقد.....22
الفرع الثاني: إعداد مقرر الفسخ.....22
المطلب الثالث:آثار الفسخ للمصلحة العامة.....23
الفرع الأول: آثار الفسخ بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.....23
الفرع الثاني: آثار الفسخ بالنسبة للمتعامل المتعاقد.....23
الفصل الثاني: الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية 28
المبحث الأول:الفسخ الاتفاقي للصفقة 29
المطلب الأول: مفهوم الفسخ الاتفاقي 29
الفرع الأول: الشرط الفاسخ الصريح.....29
الفرع الثاني: حكم الاتفاق على الفسخ.....29
المطلب الثاني: إجراءات الفسخ الاتفاقي.....31
الفرع الأول : دور مكتب الدراسات في إعداد وثيقة الفسخ.....31
الفرع الثاني: الجانب الشكلي لوثيقة الفسخ.....31
المطلب الثالث: آثار الفسخ الاتفاقي 32
الفرع الأول : تعويض المتعامل المتعاقد.....32
الفرع الثاني: وجوب تحرير الكفالة.....33
الفرع الثالث: غلق المشروع.....33
المبحث الثاني: الفسخ القضائي للصفقة..... 34
المطلب الأول : مفهوم الفسخ القضائي.....34
الفرع الأول: تعريف الفسخ القضائي.....34
الفرع الثاني: أسباب الفسخ القضائي.....35
المطلب الثاني: إجراءات الفسخ القضائي..... 37
المطلب الثالث: آثار الفسخ القضائي 39

الفرع الأول: آثار الفسخ القضائي بطلب من الإدارة.....40
الفرع الثاني: آثار الفسخ القضائي بطلب من المتعامل المتعاقد.....41
خاتمة 46
الملاحق..... 48
قائمة المراجع.....57
الفهرس.....60