جامـــــــــعـــــة العـــــــربي التـــــبســـي

كـــلية الحقوق و العـــلوم السيـــاسية

قســـــم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

تخصص :تنظيم اداري

بعنوان

النهاية غير الطبيعية للصفقات العمومية

اعداد الطلبة :

- ايمان مميش
- سيرين صالحي

اشراف الاستاذة :

هوام الشيخة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
نويوة نوال	استاذ(ة) قسم محاضر(ة)- أ-	رئيسا
هوام الشيخة	استاذ(ة) قسم محاض(ة) - أ-	مشرفا و مقررا
بو عكاز نسرين	استاذ(ة) قسم محاضر(ة) –أ-	ممتحنا

السنة الجامعية:2016-2017

الكلية لا تتحمل اي مسؤولية على ما يرد في هذه المذكرة من آراء

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمان الرحيم

وافوا بعود الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان

بعد توكيدها

سورة النحل الآية 91

شكر و عرفان

بعد شكر الله عز و جل لنا على حسن توفيقه لنا في انجاز هذه المذكرة ,نتقدم بالشكر الجزيل لأستاذتنا الموقرة المشرفة علينا هوام الشيخة على قبولها الاشراف على مذكرتنا ،كما نشكرها على توجيهاتها و نصائحها القيمة التي ارشدتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بالشكر الخاص الى الاساتذة الافاضل ، الذين كانوا معنا طيلة المسار الجامعي

و نخص بهذا الشكر الاساتذة اعضاء لجنة المناقشة

اهداء

الى الغالية التي اوصى الله بها احساننا .. من لم تنسى يوما تذكرينا بطلب العلم "اقرؤوا ..اقرؤوا"

امي لحبيبة نهر الدفء و الحنان الدافق حفظها الله ..الى من تشققت يداه في سبيل رعايتي والدي منارة الدرب.. الى سند الحياة و رفيقها الى عزيز قلبي اخي ..الى من خطت معي كل مسارات الحياة بحنانها اختي ..شكرا

الى كل افراد عائلتي ..الى صديقات الجامعة دون استثناء و رفيقتي في المذكرة شكرا..

الى من لا تتغير مكانته ومن ذكرته بفكري و قلمي شكرا..

صالحي سيرين

قائمة المختصرات

ج - الجزء

د .س. ن- دون سنة نشر

د ط -دون طبعة

ص -الصفحة

ق . م -القانون المدني

ق .ص .ع –قانون الصفقات العمومية

ق. إ .م .إ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مقدمة

مقدمـــــــة

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل المتاحة للإدارة في إطار قيامها بنشاطها الإداري إلى جانب القرارات الإدارية التي تعد أداة تستعملها لتنظيم وتسيير و إنشاء المرافق العامة ، وتنفيذ النشاط الإداري عموما ، وعلى ذلك فإن القرارات الإدارية وإن كانت وسيلة هامة وفعالة إلى أن المجالات التي تستهدفها لا تغطي جميع النشاطات الإدارية و التي تحتاج من خلال الإدارة إلى اللجوء إلى أسلوب التعاقد الإداري لتحقيقها .

ويعد لجوء الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية لحاجتها في تلبية المصلحة العمومية أمرا متداولا بشكل كبير نتيجة للضرورة التي يفرضها الواقع العملي للنشاط الإداري ,و الجدير بالذكر أن هذه العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد وانما تنقسم إلى قسمين : عقود إدارية ومدنية حسب النظام القانوني الذي يطبق ، فالعقد المدني يقوم بين طرفين متكافئين ويخضع للقانون الخاص ، وفيها تتخلى الإدارة عن سلطتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم ، أما العقد الإداري فيخضع لأحكام القانون العام ، حيث تتجلى فيه إمتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد نظرا لمقتضيات سير المرافق فهي بذلك تتمتع بمركز يسمو عن المتعاقد معها ، فالإدارة تسعى إلى تسيير المرافق العامة و الحفاظ على المصلحة العامة وتحقيقها بينما يسعى المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الشخصية .

وطالما كان العقد الإداري من الأعمال التي تقوم بها الإدارة فإن مآله الزوال كغيره من الأعمال القانونية أو المادية الأخرى ، فقد ينتهي العقد الإداري نهاية طبيعية إما بالتنفيذ الكامل لما ترتب عنه التزامات ، أو بانتهاء المدة المقررة له ، أو بتحقيق أحد الشروط المنصوص عليها في بنود العقد ، إلا أنه مقابل ذلك قد ينتهي العقد الإداري نهاية غير طبيعية بتدخل طرفي العقد ، فيكون إما بناء على اتفاق رضائي بين المتعاقدين يقضي

بفسخ العقد وإنهائه قبل تمامه ، أو بتدخل الإدارة بمقتضى ما منحت من سلطات استثنائية مستمرة كونها سلطة عامة ، فتقوم بفسخ العقد بإرادتها المنفردة سواء في حالة وجود خطأ من المتعاقد ,او في حالة عدم وجود خطأ منه, او قد ينتهي العقد بلجوء أحد المتعاقدين الى القضاء لفسخ العقد , كما قد ينتهي العقد تلقائيا بحكم القانون بوقوع حالات تجعل من تنفيذه أمرا مستحيلا .

و باعتبار الصفقات العمومية من اهم العقود الادارية التي تبرمها الادارة في اطار نشاطها الاداري, و من ابرز طرق و اساليب الانفاق العام لانجاز المشاريع لتحقيق المصلحة العامة ,و رغم العناية القانونية الكبيرة التي اولاها لها المشرع من خلال اخضاعها لتشريع متميز و مستقل ,الى انها لا تخرج في قواعدها عن اطار العقود الادارية لذلك ارتأينا معالجة موضوع النهاية غير الطبيعية للصفقة العمومية بصفة خاصة.

اسباب اختيارنا للموضوع فتعود بالأساس الى :

_أسباب ذاتية تتمثل في:

- الرغبة في تنمية المعرفة الذاتية هذا ما اعطانا الدافع و العزيمة للبحث و التعمق في الموضوع.
- قلة الدراسات و البحوث الحديثة و المتخصصة التي تعالج هذا الموضوع ما جعلنا نختاره من اجل تديم الجديد.

_أسباب موضوعية تتمثل في:

- طبيعة الموضوع و الذي يعد موضوعا حيويا لاتصال الصفقات العمومية بالمرافق العامة بحيث تعد الوسيلة التي تضمن حسن سيرها بانتظام و اطراد

- استعراض اهم حالات نهاية الصفقات العمومية بطريقة غير طبيعية.
- البحث في القواعد و الاحكام التي كرست نظام فسخ الصفقة العمومية اذا ما استحال تمام تنفيذها
- الكشف عن مدى فعالية نظام الفسخ في الحفاظ على القوة الملزمة لعقد الصفقة العمومية

اشكالية

ينتهي عقد الصفقة العمومية كأصل عام نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعه ، الا انه مقابل ذلك قد يطرأ ما يؤدي الى استحالة اتمام التنفيذ ما يجعا بانتهاء عقد الصفقة قبل اتمامه، **فما هي اوجه نهاية الصفقات العمومية بطريقة غير طبيعية ؟**

و للإجابة عن هذا الاشكال و قصد الالمام بكل مضامين الدراسة في أطر متناسقة و متكاملة اتبعنا :

- المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض الآراء الفقهية و بالاضافة الى تحليل النصوص القانونية المتصلة بالموضوع
- المنهج الوصفي :خاصة و انه الانسب و الاكثر ملائمة للدراسات و الابحاث القانونية و هذا من اجل التعرض لمختلف جزئيات البحث

و نظرا لان هذا الموضوع نشأ اصلا في القضاء الفرنسي فقد نستعمل احيانا المنهج المقارن

و تتجلى أهداف اختيارنا لهذا الموضوع في:

- القاء الضوء على مختلف جوانبه و حيثياته بهدف اثراءه
- ازالة اللبس و الغموض الموجود فيه حتى تتضح معالمه

- اثراء المكتبة الجامعية و خاصة مكتبة الحقوق بموضوع يعالج النهاية غير الطبيعية للصفقة العمومية بصفة مستقلة عن العقود الادارية و ذلك بنوع من التفصيل

اما فيما يخص الدراسات :

فموضوعنا محل الدراسة لا توجد فيه دراسات سابقة متخصصة, فهو من المواضيع الجديدة التي لم تخص بالدراسة من قبل, كما ان الدراسات السابقة فيما يتعلق بمجال الصفقات العمومية فهي قليلة جدا و ان تعرضت الى النهاية غير الطبيعية للصفقة العمومية يكون ذلك في جزئية صغيرة عكس الدراسات التي تناولت موضوع العقد الاداري بصفة عامة كمذكرة حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ

الصعوبات

لقد واجهتنا صعوبات عديدة في هذا البحث لكنها لم تحد من عزيمتنا في الوصول الى الاهداف المرجوة ,لاننا بذلنا قصار جهودنا في سبيل اتمامه على اكمل وجه, و لعل قلة المراجع و الدراسات و البحوث الحديثة و المتخصصة في مجال الصفقات العمومية ,و صعوبة الحصول على نماذج للفسخ , اضافة الى قلة الاحكام و القرارات القضائية كانت اكثر العقبات التي صادفتنا و نحن بصدد جمع المادة القانونية و العلمية .

و قد تمت معالجة هذا الموضوع من خلال فصلين اساسين:

الفصل الاول تم تخصيصه لدراسة الاطار المفاهيمي لإنهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ و قسمناه الى مبحثين ، الاول نطرق فيه الى مفهوم الصفقات العمومية ، و المبحث الثاني سوف نذكر الاساس القانوني لفسخ الصفقات العمومية

اما الفصل الثاني سنبين اوجه فسخ الصفقة العمومية ،من خلال مبحث اول نتكلم فيه عن الفسخ الارادي للصفقة العمومية ، اما المبحث الثاني الفسخ اللاإرادي للصفقة العمومية.

الفصل الاول

الفصل الاول : الاطار المفاهيمي لإنهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ

العقد الاداري هو احد الاعمال القانونية التي تقوم بها الادارة ،و طالما ان الصفقة العمومية هي عقد اداري يعتبر من التصرفات التي تقوم بها الادارة فهي ايضا تخضع لنظام قانوني ايضا تتنوع فيه الاحكام و المبادئ سواء تعلق الامر بكيفية ابرامها او تنفيذها ،او الظروف المحيطة بإنجازها[1].

وباعتبار الصفقات العمومية نظام تعاقدي تتجسد فيه ارادة الطرفين بالقبول و الرضا عند ابرام العقد، و كذلك تلك السلطات التي منحت لها تحت ميزة انها تهدف لتحقيق مجموعة من المصالح العامة ،و انتقاء المتعامل المتعاقد الذي يجب ان تتوفر فيه جملة من الشروط القانونية والتي تعتبر بمثابة هوية وأهلية قانونية تجعله يدخل ضمن عقد يربطه بالإدارة العمومية، كما انه و في كل مرة حاول المشرع الجزائري ان يضبط تلك الثغرات القانونية لتفادي الاخطاء الموجودة في السابق ،و محاولة تعديل قواعدها الخاصة و التي يرجع الفضل الى القضاء الاداري الفرنسي في وضع اساسها[2]،حيث جعلها تتسم ببعض الشروط الاستثنائية و الغير مؤلوف في العقود الخاصة عبر اعطائها امتيازات السلطة العامة التي اقرها له القضاء و القانون[3]، و كذلك الفقه على حد السواء وذلك عند ممارستها لمختلف انشطتها مع الغير، لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل التعريج على الطبيعة القانونية للصفقات العمومية عبر مبحثين ،سندرس في المبحث الاول مفهوم الصفقات العمومية و الذي بدورنا قسمنها الى مطلبين و سنقوم فيهما بما يلي :

1-جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة البليدة ،يوم 2013/05/20، مداخلة 1،الجزائر ،ص2.

2-نفس المرجع،ص3.

3- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العمومي، ج ر 50 مؤرخة في 2015/9/20

سنبين تعريف الصفقات العمومية في المطلب الاول و نذكر انواع الصفقات العمومية في المطلب الثاني ،اما المبحث الثاني فحاولنا التركيز على انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ باعتبار ان الطريقة الوحيدة لإنهاء الصفقات العمومية بطريقة غير طبيعية هي فسخ الصفقة و سنقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول نتكلم فيه عن تعريف الفسخ و الثاني نميز فيه الفسخ عن المصطلحات القانونية الاخرى.

المبحث الاول :مفهوم الصفقات العمومية

كما سبق لنا الذكر ان الصفقات العمومية هي تصرفات قانونية تقوم بها الادارة بهدف خدمة الصالح العام و حسن سير المرافق العامة ،و تتمتع بمزايا استثنائية تجعلها مختلفة عن غيرها من العقود الادارية الاخرى و حتى عقود القانون الخاص ،و سنحاول وضع تعريف للصفقات العمومية حسب المفهوم التشريعي و كذلك القضائي و الفقهي و نبين خصائصها كما يلي :

المطلب الاول : تعريف الصفقات العمومية و خصائصها

لقد اعطى المشرع العديد من الصلاحيات للإدارة ،و التي تخولها القام بعدة اعمال مادية و قانونية ،باعتبارها صاحبة السلطة و التي تهدف الى تلبيه حاجات الافراد ،و كونها ايضا هي الامتداد الاصلي للدولة ،لأنها الاقرب في تكوين فكرة اللامركزية التي تهدف اساسا الى تقسيم الاعمال من الوزارة الى الادارة التي تعتبر مؤسسات و هيئات ادارية تخضع لها، ومن ابر الاعمال التي تقوم بها الادارة هي اصدار القرارات و ابرام العقود الادارية ،و لهذا ارتأينا ان ندرس هذا المطلب حتى نعرف بالصفقات العمومية و نحاول اعطائها مفهوم واضح مع تبيان خصائصها كما يلي :

الفرع الاول :تعريف الصفقة العمومية

قبل ان نتطرق الى تعريف الصفقات العمومية تشريعا و قضائيا و فقهيا سنبين تعرفها لغويا و اصطلاحا كما يلي :

ان كلمة صفقة لغة تعني العقد ،و هي مأخوذة من كلمة صفق اي ضرب كفيه على بعضيهما في البيع و هي عند اتمام اجراء البيع[1].

اما اصطلاحا فكلمة صفقة تدل على نقل السلع او الخدمات الى شخص اخر و تعتبر صيغة تجارية في اللغة الاقتصادية تخص العالم المالي و الاعمال الاقتصادية[2].

و بذلك الصفقات العمومية اصلا هي عقود مكتوبة تبرم بين الادارة او احد الاشخاص المعنوية العامة (دولة ،ولاية، بلدية ، مؤسسات عمومية ،.....) تلك الاشخاص التي جاء على ذكرها قانون الاجراءات المدنية و الادارية[3].

اولا : التعريف التشريعي للصفقات العمومية

لقد وضع المشرع الجزائري تعريفا للصفقات العمومية عبر مختلف القوانين و المراسيم التي تضمنت هذا النوع من العقود لأنها من العقود التي اولاها المشرع اهمية كبيرة و لهذا نجد الكثير من التنظيمات القانونية الصادرة بخصوص هذا العقد الإداري المميز، و لقد تغيرت مفاهيم الصفقات العمومية عن ما كانت عليه في القوانين القديمة ،نتيجة التطور الاقتصادي و كذلك توطد علاقات الإدارة باعتبارها ممثلة للدولة مع المواطن ،هذا الاخير الذي يعتبر طرفا في هذه العقود ، لكننا سنعرض اخر مرسومين نظما الصفقات العمومية باعتبار ان وجهة المشرع من حيث تعريفها لم تتغير كثيرا عن ما هو موجود في المراسيم السابقة و سنبينها كالاتي :

أ – تعريفها حسب المرسوم الرئاسي 10– 236المعدل و المتمم

لقد اعطى المشرع في هذا المرسوم تعريفا لها وذلك في المادة الاربعة منه ولقد قدمت المادة الرابعة من هذا المرسوم تعريفا للصفقة العمومية بقولها ان الصفقة العمومية هي

1– المعجم الوسيط ،عربي عربي

2– جميلة حميدة ،مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية ،المرجع السابق ،ص3

3–المادة 800من القانون 08–09 المؤرخ في 2009/03/25 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية و الادارية

عقد مكتوب و هذا نصت عليه المادة الرابعة من المرسوم 10-236 بقولها ان الصفقات العمومية هي

"هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ،يقوم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الاشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"[1]

من خلال هذا التعريف نرى انا المشرع الجزائر اشترط ان تكون الصفقة مكتوبة تهدف الى انجاز اشغال عامة كالبناء او الهدم او ترميم بناء معين ،كما انها تهدف الى اقتناء مواد و القيام بخدمات و دراسات و ذلك لصالح شخص من اشخاص القانون العام .

ب- تعريفها حسب المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/10/16

وعرفتها المادة الثانية من هذا المرسوم على انها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع المتعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ،لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات" .

مقارنة مع التعريف السابق نرى ان الصفقة العمومية تشترط شرط الكتابة حتى تبرم و هذا من خلال التعريف السابق في كلا المرسومين ،لكن في المرسوم 15-247 نراه استعمل مصطلح المتعاملين الاقتصادين و التي لم تذكر في المرسوم السابق .

ثانيا : التعريف القضائي للصفقات العمومية

لقد كان القضاء الاداري الجزائري دور كبير في وضع مفهوم للصفقات العمومية ليكسر ذلك الغموض في المصطلحات التي تحيط بهذا العقد الاداري المتميز ،وذلك عند فصله

1-انظر المادة 4من المرسوم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58صادرة 2010/10/07،المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 11-89 المؤرخ في 2011/03/01 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج ر14 المعدل و المتمم

في مختلف المنازعات التي تخص هذا الجانب ،باعتبار ان الوظيفة الطبيعية له تعطيه هذا الحق ، ليفسر ما ذكره القانون بشكل اوضح و هذا حسب ما ذكره القرار غير المنشور لمجلس الدولة المؤرخ في 17ديسمبر 2002قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لولاية بسكرة ضد (ق.ا) تحت رقم 6215فهرس 873الى القول في حيثياته"....و حيث انه تعرف الصفقة العمومية بانها عقد يربط الادارة بالخواص حول مقاولة او انجاز مشروع و اداء خدمات ....."[1]

هنا نرى ان هذا التعريف ركز على الجانب العضوي و على اطراف الصفقة فلم يولي اية اهتمام لنوع العقد او شكله رغم تأكيد القانون لهذا الامر ،كما انه اعتبره عقد مقاولة وهذا المصطلح قريب الى كونه ذو مفهوم مدني .

اما القضاء العربي ذهبت المحكمة الادارية في تونس في قرار لها صدر بتاريخ 1989/01/30القضية عدد573غير المنشور بالقول "....وحيث ان العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي و احد الافراد لا يكفي بذاته لاعتباره من صنف العقود الادارية بل لا بد ان يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير المرفق العام بغية خدمة اغراضه و تحقيق احتياجاته و ان تتضمن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قانون الخاص و التي تنبئ عن نية الادارة في انتهاج اسلوب القانون العام "[2].

من خلال تعريف القضاء الاداري التونسي نجده ان المشرع اعتبر العقد هنا انه يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصالهما بالمرفق العام و اخذهما بأسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية و من ثم يكون عقد اداري .

1-حميدة احمد سرير ،الصفقات العمومية و طرق ابرامها أ الملتقى الوطني حول ،مداخلة 31،الجزائر ،ص5 .

2- عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الاولى، ،جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2007،ص39.

ثالثا : التعريف الفقهي للصفقات العمومية

رغم ان نظرية العقد الاداري ذو منشأ قضائي ،و كذلك رغم محاولة المشرع في غالبية النظم تقنين النشاط الاداري للإدارة في حالة تعاقدها مع غيرها ،الا انه يبقى هناك دور كبير للفقه في كل الدول في محاولته الى تحليل كل الجوانب الخاصة بالصفقات العمومية حتى ينزع عنها ذلك الغموض و يوضحها بشكل اكثر،و لقد عرف الفقه العقد الاداري هو ذلك الذي يبرم مع اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او تسييره مع وضع شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

وحتى الفقه بمحاولته تعريف الصفقات العمومية نرى انه قد وفق في اعطاء مفهوم واضح لها العقد الاداري و اعطاءه شروط تميزه عن غيره من العقود و هذا ما يعف في الصفقة العمومية بالشرط الغير مألوف.

الفرع الثاني: خصائص الصفقات العمومية

كما سبق لنا الذكر الصفقات العمومية هي عقد اداري مميز و لذلك فهو يحتوي على عدة خصائص تميزه عن غيره من العقود ،و هذه المميزات و الخصائص هي كالاتي

اولا : الدولة طرف في العقد الاداري(الصفقة العمومية):

امر طبيعي ان تكون الادارة او الدولة كجهة ادارية طرفا في العقد و يقصد بالدولة ما جاء ذكره في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و هي اما (الدولة ،الولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية –كل شخص معنوي اقليمي او مرفقي–[2]،فهناك جانب من القضاء يعتبر بعض الاشخاص المعنوية الخاصة اشخاصا معنوية عامة

1- محمد فؤاد عبد الباسط ،اعمال السلطة الادارية ،جامعة الاسكندرية ،كلية الحقوق،1989،ص218.

2- ماجد راغب الحلو ،القانون الاداري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2004،ص403

،مستشعرا في ذلك فضلا عن انشاءها يكون بتشريع مثل النقابات المهنية و لقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم صادر في 28جويلية 1963 بانه يعتبر عقد اداري ذلك العقد الذي ابرم بين شركة اقتصادية مختلطة صاحبة امتياز و بين احد المقاولين متعلقة بمسائل تعد من الاشغال العامة[1].

من هنا نعرف ان الصفقة العمومية لا تكتسي طابع العقد الإداري الا اذا كان احد اطراف هذا العقد من اشخاص القانون العامة في الدولة ،لان القواعد الادارية اصلا وجدت لتحكم نشاط هذه الاشخاص دون نشاط الافراد.

ثانيا :تضمن العقد شروط غير المألوفة

لا يكفي كون الدولة طرفا في العقد القول ان العقد هو صفقة عمومية ،و ذلك ان الدولة قد تتعاقد بأساليب القانون الخاص و تخضع نفسها و عقودها لقواعد القانون الخاص .

و لقد استقر القضاء الاداري الفرنسي و الفقه كذلك على ان العنصر المميز الرئيسي للصفقات العمومية هو الشروط غير المألوفة و هو ما يعرف عند بعض الفقه بأخذ الادارة في العقد بوسائل القانون العام[2].

فالقضاء يعتبر تضمين العقد الاداري شروطا استثنائية عنصرا مميزا حيث تتبلور هذه الفكرة في استخدام الادارة لفكرة السلطة و ما تتمتع به من سيادة ،و ذلك الاتجاه الذي سار به الفقيه اندريه لو بادير في مطولة في العقود الادارية ، من ان هذا العنصر هو الجوهر المميز لها في الوقت الحاضر[3].

وبذلك نعرف انه عند قيام الادارة بنشاطها على شكل عمل قانوني متمثل في الصفقات العمومية او العقود الادارية مع الطرف الاخر المتعاقد معها ،فان هدفها الاساسي هو

1- نفس المرجع السابق ،ص403

2- بوعمران عادل ،النظرية العامة للقرارات و العقود الادارية ،دراسة تشريعية و فقهية و قضائية ،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ،2010،ص87.

3- محمد الشافعي ابوراس ،العقود الادارية،(دون سنة نشر)،ببنها ، 2010، ،ص33.

تسيير المرفق العام للدولة بشكل حسن ، وهذا ما يجعلها تلجا الى اساليب القانون العامة عبر وضع شروط استثنائية في الصفقة العمومية تكون غير مألوفة في العقد التي تخضع للقانون الخاص ، وهذا لتمتعها بالسلطة العامة و تتجلى هذه السلطة في اصدار الاوامر و التعليمات ، و التحكم في التصرفات التي تدخل في الصفقة العمومية و العقد ككل[1].

ثالثا : تعلق الصفقة العمومية بالأموال العامة

و رغم ظهورها في مرحلة بعد معيار الشروط الاستثنائية كخاصية مميزة للصفقات العمومية ، الا ان هذا العنصر لا يقل اهمية عن العناصر السابقة و يعتبر اهم عنصر كونه يتعلق اساسا بتسيير و استهلاك الاموال العامة ،و هذا الاخيرة التي عرفها الفقه انها تلك الاموال المنقولة و الثابتة و المملوكة للدولة و الاشخاص المعنوية العامة ، و التي يتم تخصيصها للمنفعة العمومية ، و التي يحميها الدستور حسب ما جاء في المادة 18 منه و كذلك القانون المدني في المادة 688 منه و التي تنص على ما يلي ' تعتبر اموالا للدولة العقارات و المنقولات التي تخصص بالفعل او بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة ،او لإدارة، او لمؤسسة عمومية ،او لهيئة لها طابع اداري ،او لمؤسسة اشتراكية، او لوحدة مسيرة ذاتيا ، او لتعاونية داخلية ،في نطاق الثورة الصناعية[2].

من خلال هذه المادة نستطيع القول ان الاموال العامة التي تمتلكها الدولة سواء كانت عقارات او منقولات تخصص للمصلحة العامة لاحد اشخاص القانون العامة من اجل تسييرها ،و هو ما يجعل الصفقات العمومية تتمتع بإجراءات صارمة منذ مرحلة الابرام و حتى مرحلة التنفيذ، و ذلك من خلال الرقابة القبلية من قبل اللجان الداخلية للصفقات العمومية ، و الرقابة الخارجية التي تكون من طرف لجان تم ذكرها في المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية

1- نفس المرجع السابق ،ص34 .

2- انظر المرسوم المتعلق بالملاك الوطنية

رابعا :الاجراءات الاستثنائية في مراحلها

لقد نظم المشرع عبر مختلف النصوص القانونية التي نصت و تضمنت الصفقات العمومية شروطا و اجراءات كثيرة نظرا لتلق هذه العود بالمرفق العام ،وذلك لان الادارة تعمل على تحقيق الصالح العام و ترعى هذه المصالح العامة من خلال المرفق العام، و من هنا وجب عليها اجراء عدة عمليات منذ مرحلة ابرام الصفقات و التي تختار فيه الادارة مبدئيا من خلال عملية المنح المؤقت للصفة احد المتعاملين المتعاقدين الاجدر بالتعاقد معها ، و حتى عملية التنفيذ و التي تجعل الادارة هنا هي المسيطرة من خلال تسيير المتعاقد و توجيهيه و تعديل اعماله ، و كذلك الرقابة عليه عبر مختلف اللجان مثل لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض ،كما ان المشرع الجزائري اولاها حماية قانونية خاصة نظرا لأهميتها فمثلا عملية انتقاء اولية للمتعامل المتعاقد معها [1].

خامسا: تصدر بمقتضى مرسوم رئاسي[2]:

كما نعرف ان المرسوم الرئاسي هو تلك الميزة او السلطة الممنوحة لرئيس الجمهورية ،و التي تمكنه من التشريع في كل ما لم يرد في المجال التشريعي و هذا بموجب المادة143 من دستور 2016 و التي تنص على قدرة رئيس الجمهورية من ان يمارس سلطة تنظيمية غير مقررة للقانون[3]،و بذلك نرى انا الصفقات العمومية تم تنظيمها بواسطة مرسوم رئاسي نظرا لأهميتها البالغة و التي تمس بمختلف جهات الدولة كما انها تساعد في التنمية الاقتصادية للدولة ،و اخر التعديلات للصفقات العمومية هي التي صدرت من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 .

1- المادة 46 من المرسوم 15-247 السابق الذكر.

2- جميلة حميدة ، الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية ، مرجع سابق ، ص7 .

3- المادة 1/143 القانون 16-01 المؤرخ في2016/03/06 متضمن التعديل الدستوري تنص على" يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل الغير مخصصة للقانون." .

المطلب الثاني : انواع الصفقات العمومية

لصفقات العمومية عدة تقسيمات و انواع ذكرتها كل المراسيم الرئاسية المنظمة للصفقات العمومية ، و التي تمكن الادارة –الدولة– من ان تبرم صفقة عمومية واحدة او اكثر و ذلك حسب ما تقتضيه حاجات المرق العام ، و لتلبية الحاجات الخاصة بتسييره و هذه الاعمال التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة قد تشمل احدي الصفقات التي ذكرها المرسوم الرئاسي 15–247 و هي كالاتي :

الفرع الاول : صفقة الاشغال العمومية و صفقة اقتناء اللوازم

اولا: صفقة الاشغال العمومية

تجد اساسها القانوني في المادة 29 من المرسوم 15–247 ، و نظرا لأهميتها فلقد تم ذكرها في ك المراسيم المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر ابتداء من الامر 67–90 المؤرخ في 1967/06/17و التي عرفتها المادة الاولى منه[1]، الى غاية المرسوم الاخير 15–247 من خلال تص المادة 3/29 و التي تنص على "تهدف الصفقة العمومية للأشغال الى انجاز منشأة او اشغال بناء او هندسة مدنية من طرف مقاول ، وذلك في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع ، و تعتبر منشاءه مجموعة من اشغال البناء او الهندسة المدنية التي تستوفي في نتيجتها وظيفة اقتصادية او تقنية " ، و على الرغم من اهمية هذه الصفقة الا اننا نرى انه لم يتم تعريفها في اي مرسوم ، بل اكتفى بتبيان هدفها دون اعطاء مفهوم مختصر لمجالها .

لكن الفقه المصري عرفه انه اتفاق بين الادارة و احد الافراد او الشركات او المؤسسات للقيام ببناء او ترميم او صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام نظير مقابل مالي بقصد تحقيق الصالح العام[2].

1–الامر 67–90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية ،ج،ر 52 .

2– عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ،مرجع سابق ،ص77.

و من خلال هذا التعريف السابق يمكن القول انه عقد بين الادارة العامة و احد اشخاص القانون الخاص ، يستهدف محله بناء عقارات او صانتها مقابل مبلغ معين مسبقا في العقد ،ليحقق من خلاله الصالح العام و له عدة عناصر مميزة تتبلور في ما يأتي :

أ– ان ينصب الالتزام في العقد على عقار :كأن يتعلق محل العقد ببناء او ترميم عقار معين ،فلو انصب البناء و الترميم على منقول لا يعتبر عقد اشغال عامة ، و بإعمال هذا لعنصر يعتبر من عقود الاشغال العمومية ،عقد بناء مدرسة ،عقد ترميم مستشفى .....[1].

ب– ان يتم العمل لحساب شخص من اشخاص القانون العام

حيث يجب ان تتم الاعمال المطلوبة لحساب شخص معنوي ،كالدولة ،الولاية ،او البلدية ...الخ ،او شخص مرفقي كالجامعة ،المستشفى ،و هذا الامر يجعل العقود الادارية تخرج من دائرة الاحكام المنظمة للعقود في القانون الخاص[2].

ج– أن يهدف العقد الى تحقيق مصلحة عامة

و يقصد به ان يكون الهدف الاساسي المرجو من هذه الصفقة هو تحقيق حاجات الافراد العامة ، و لقد اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا العنصر كمعيار مميز لعقد الاشغال العامة ، كما ذهبت المحكمة الادارية في توني الى اعتبار هذا العقد اداري حتى و لو لم يتمتع بخاصية الشروط الاستثنائية و غير المألوفة ، و ذلك في قراره الصادر في 1988/12/29في حق وزارة الفلاحة ضد عثمان الشامخ بقوله ".....حيث استقر فقها و قضاء ان هذا النوع من العقود يندرج ضمن عقود الاشغال العامة ، وهي من العقود الادارية الصرفة و لو لم تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص[3].

ثانيا :صفقة اقتناء اللوازم

1– عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ،نفس المرجع ،ص78.

2–نفس المرجع ،ص78 .

3–رضا جنيح ،القانون الاداري ،د ط ، ،مركز النشر الجامعي ،تونس ،2004،ص 238 .

تجد اساسها القانوني في المادة الثانية و المادة 29من المرسوم 15-247و التي نصت على "تهدف الصفقة العمومية للوازم الى اقتناء او ايجار او بيع بالإيجار ،بخيار او دون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة ،لعتاد او مواد ،مهما كان شكلها ،موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى المورد ....."[1].

اما الفقه فقد ذكرها تحت اسم عقد التوريد و هو اتفاق بين احد اشخاص القانون العام مع شخص من اشخاص القانون الخاص، يتعهد بموجبه هذا الاخير بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة للمرفق العام لقاء مبلغ مالي معين .

و نرى ان المشرع الجزائري قد حدد العتبة المالية لهذه الصفقة ب12مليون دينار جزائري.

و تنقسم الى قسمين حسب ما جاء به الفقه[2]:

صفقة التوريدات العامة : و ترد على منقولات عادية و لا تحتاج اية تعقيدات او اجراءات تقنية

صفقة التوريدات الصناعية : و هي تلك التي يكون موضوعها صناعة مواد متفق على توريدها و تتطلب خبرة تكنولوجية من طرف المورد .

و تتميز صفقة اقتناء اللوازم او كما يطلق عليها الفقه عقد التوريد بعدد من العناصر وهي :

- محل هذا العقد تقديم او توريد منقولات و هو ما يميزه عن عقد الاشغال العامة الذي ينصب محله على عقار.

1- المادة 29 الفقرة 5من المرسوم 15-247 السابق الذكر .

2- سليمان محمد الطماوي ، العقود الادارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة 5،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1991،ص13.

– ان يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام ،و ذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية عن عقود القانون الخاص[1].

لقد اختلف الفقه و القضاء في اعتبار عقد التوريد –اقتناء اللوازم– على انه عقد اداري ،كونه لا يخرج في شروطه عما هو غير مألوف في دائرة القانون الخاص ، و لذلك بدأ مجلس الدولة الفرنسي يغير من قضائه ،و لم يعد يرى انه عقد الاداري دائما ،و انما هو عقد قد يكون اداريا و ق لا يكون ، لكن هناك جانب يقول ان المشرع قد جاء على ذكر هذا العقد في انواع العقود الادارية او الصفقات العمومية كونه كذلك يحوي شروط غير المألوفة ،كأن تلجأ الجامعة الى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الاقسام و المدرجات ، و حماية المحيط الجامعي ،او ان تتفق البلدية مع مؤسسة مختصة في الاعلامية لإقامة شبكة نظام الاعلام الالي بمقر البلدية[2].

ونلاحظ ان المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية لم يشرح او يضع تعريفا لهذه الصفقة بل اكتفى بتبيان مجالها و اهدافها[3].

الفرع الثاني :صفقة الخدمات و صفقة الدراسات

اولا: صفقة الخدمات

و لقد تم ذكرها في المرسوم 15–247 في المادة 29فقرة السادسة و لكنه لم يعرفها بل ترك الامر للقضاء الاداري و الفقه الذي عرفها هو اتفاق بموجبه يقدم احد الاشخاص (معنوي ، طبيعي) خدماته لشخص معنوي عام ، مقابل عرض يتفق عليه حسب الشروط المقترنة بهذا الاتفاق و المقابل هنا يكون خدمة عادة بسيط لا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة ، مثل صيانة الاجهزة [4].

1– محمد الشافعي ابوراس ،مرجع سابق ،ص58 .

2– محمد بعلي الصغير ، العقود الادارية، دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،2013،ص23 .

3– انظر المادة 7/29من المرسوم 15–247السابق الذكر.

4-عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ،ص81.

ثانيا :صفقة الدراسات

ان اكثر ما يميز هذه الصفقة هي انها تنصب جانب فني و تقني ،و هي ذو طابع عملي ولقد عرفتها المادة 29 الفقرة 8 من المرسوم الرئاسي 15-247 على انها" صفقة تهدف الى انجاز خدمات فكرية".

اما الفقه فلقد عرفها على انها اتفاق بين ادارة عامة و شخص اخر-طبيعي او معنوي – يتمتع بالخيرة و الاختصاص-يتم بمقتضاه القيام بدراسات و استشارات تقنية .

و نصت المادة3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/05/15 و المعدل و المتمم الذي يتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الاشغال في مجال البناء و اجر ذلك على ما يلي " المستشار الفني شخص طبيعي او معنوي ،تتوفر فيه الشروط المهنية و الكفاءات التقنية و الوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء لصالح -ب- و ذلك بالتزامه ازاء هذا الاخير على اساس الفرض المطلوب ،و اجل محدد .

يمكن ان يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسا معماريا ،او مهندس دراسات مختص او متعدد الاختصاص مقدما طبقا للتشريع الجاري "[1]

1- القرار الوزاري رقم654 المؤرخ في 1988/05/15 -المتعلق بكيفيات ممارسة تنفيذ الاشغال في مجال البناء و اجر ذلك، ج، ر 43،المعدل و المتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02امؤرخ في 2001/07/04،ج،ر45 .

المبحث الثاني :ماهية انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ

الاصل العام ان العقود يحكمها القانون الخاص و القانون المدني باعتباره هو المصدر الرئيسي و ام القوانين ،و هي عقود تحتم على كلا الطرفين ان يكونا في نفس المستوى ،و تكون هذه العقود ملزمة لكلا الجانبين في العقد ،و هذه الصفة تندرج كذلك ايضا في العقود الإدارية التي تلزك كل طرف في العقد القيام بكل الالتزامات العقدية المطلوبة منه في العقد الذي ابرم بينهما ،و تنفيذها بكل نزاهة و امانة و حسن نية .

و العقود الادارية كون دراستنا تندرج في مجال الصفقات العمومية كعقد اداري ، قد تنتهي نهاية طبيعية اما باكتمال تنفيذ موضوع العقد و تسليم محل العقد تسليما نهائيا ،و استيفاء المتعاقد معها جميع حقوقه من الادارة ،مع بقائه ضمانا سنويا اذا كان التسليم مؤقتا ، و عشريا اذا كان التسليم نهائيا[1].

كما تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء المدة المحددة في العقد حسب ما اشارت اليه المادة 1/95-6التي تنص على "يجب ان تشير كل صفقة عمومية الى التشريع و التنظيم

المعمول بهما و الى هذا المرسوم و يجب ان تتضمن على الخصوص البيانات التالية :.....

- اجل تنفيذ الصفقة ....."[2]

كما تنتهي الصفقات العمومية نهاية غير طبيعية ،و حتى قبل ان تنتهي المدة المحددة للصفقة ،و ذلك عن طريق فسخ الصفقة[3] ، و يكون الفسخ حسب ما ذكرته المادة 149 من نفس المرسوم المذكور سابقا و ذلك اما بالتراضي و ذلك ما ذكرته المادة 151 من

1- ياقوتة عليوات ،تطبيقات النظرية العامة للعقود الادارية (الصفقات العمومية)في الجزائر ،رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام ،جامعة منتوري ،كلية الحقوق قسنطينة ،2010،ص249.

2- انظر المادة 1/95من المرسوم 15-247 السابق الذكر.

3- انظر المواد 149-150-151-152من المرسوم اسابق الذكر.

نفس المرسوم المذكور اعلاه "زيادة على الفسخ من جانب واحد ،المذكور في المادتين 149و 150 اعلاه ،يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية ،عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن ارادة المتعامل المتعاقد ،حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

و لهذا خصصنا هذا المبحث لكي ندرس في المطلب الاول تعريف الفسخ و تمييزه عن غيره من المصطلحات القانونية ، و ندرس في المطلب الثاني اساس الفسخ القانوني و نبين اثاره

المطلب الاول :تعريف الفسخ و تميزه عن المصطلحات الاخرى

كما سبق القول ان العقود سواء في القانون الخاص او القانون العام ،اذا كانت عقود خاصة او عقود ادارية ،فهي رابطة بين طرفين تلزم كل من ابرمها بالقيام بالتزامات معينة تم النص عليها في العقد ،اما العقد الاداري فالجانب المميز فيه ان الادارة طرف في العقد ،لكن هذا لا يمنع كونه ايضا عقد ملزم للجانبين يلزم الادارة كذلك بالتزامات عقدية التي وعدت بها المتعاقد معها ،لكن في حالة قيام المتعاقد بخطاء فالإدارة ستتحلل من هذه الرابطة العقدية ،حتى دون اخذ راي المتعاقد و هذا ما يجعل العقد الاداري ذو شروط استثنائية لم ترد في عقود القانون الخاص ،و للطرف الاخر حق فك الرابطة العقدية مع الادارة اذا ما اثبت كون هذا الاخير تعسف في استعمال سلطتها عليه ،و هذا الحق اقره له القانون و اعطاه حق اللجوء الى القضاء للقيام بفسخ العقد الذي يربطه بالإدارة ، و لهذا سوف نوضح في هذا المبحث عبر مطلبين ، في المطلب الاول سنحاول تعريف الفسخ و نميزه عن باقي المصطلحات القانونية كما يلي :

الفرع الاول : تعريف الفسخ وشروطه

يعرف الفسخ لغة بأنه فسخ الامر او العقد اي نقضه[1].

1- ضحى مثنى داود ،فسخ العقد في القانون المدني ، كلية الرافدين ، العراق ، 2012، ص3.

اما الفسخ قانونا فيتمثل بالجزاء المترتب نتيجة عدم قيام احد اطراف العقد بتنفيذ التزامه المنوط اليه في العقد مع استعداد طالب الفسخ لتنفيذ ذلك الالتزام .

وتعد سلطة فسخ العقود الادارية من طرف الادارة احد اهم المظاهر التي يتميز بها العقد الاداري عن غيره من العقود الاخرى ، نظرا للسلطة الممنوحة لها في القدرة على انهاء العقد دون اللجوء للمتعاقد معها .

و الصفقة العمومية باعتبارها اهم عقد ادري مميز نظرا لإجراءاته و الحماية القانونية التي اولها له المشرع من خلال رقابة مختلف اللجان سواء داخليا او خارجيا ،فهنا غالبا ما يكون الفسخ من جانب الادارة ، و يسمى الفسخ الاداري او الجزاءات الضاغطة و التي ذكرتها المواد149-150-151-من المرسوم 15-247المنظم للصفقات العمومية.

اولا : التعريف الفقهي للفسخ

التعريف الاول :لقد عرفه الفقه الاسلامي على ان الفسخ هو نقض الرابط التعاقدي لما يبرره من اسباب ذاتية او عرضية ، و اعتبار ابطال العقود من تطبيقات الفسخ ،و كانت احكامه اكثر شمولا في هذا المجال ، حيث اعتبرت عدم قيام احد الاطراف بتنفيذ التزماته مبررا لطلب الفسخ ،وكذلك كون العقد نافذا غير لازم بطبيعته بالنسبة للمتعاقدين ،كما في عقد الوكالة او بالنسبة لاحد المتعاقدين كما في عقد الرهن ،والذي يعتبره لازما للمدين الراهن و غير لازم للدائن المرتهن[1].

التعريف الثاني :و لقد عرفه الاستاذ مازن راضي ليلو على انه جزاء توقعه الادارة على المتعامل المتعاقد معها يضع نهاية للرابطة التعاقدية التي تربطهم ببعض ، و في الغالب ما تستخدم الادارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد معها خطاء جسيم في تنفيذ

1- عبدالمنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام،د ط ،دار النهضة العربية،1991،ص219 .

التزاماته التعاقدية ،فتملك الادارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى و لو لم ينص العقد على ذلك ، و دون اللجوء الى القضاء لإصدار حكم بخصوصه[1].

لكن القضاء الفرنسي في عقد التزام المرافق العامة يرى ضرورة تدخل القضاء لفسخ العقد نظرا لأهمية العناصر المستخدمة في هذا العقد و ظروف ابرامه المميزة وسائل تنفيذه ، الا اذا نص العقد التزام المرافق العامة على حق الادارة في الفسخ المنفرد لهذه العقود[2].

التعريف الثالث :و هناك فقه يرى ان المتعاقد قد يرتكب خطاء ترى الادارة ضرورة انهاء الرابطة العقدية ،و هو ما يطلق عليه فسخ العقود ،و هنا تختلف وسيلة انهاء العقد على اساس الفسخ وفق لما ارتكبه المتعاقد من اخطاء ،فيمكن للإدارة هنا ان تجمع بين مصادرة التأمين و المطالبة بالتعويض عند فسخ العقد لاستقلال الجزأين من جهة ،و لأنه يمكن ان يكون الضرر اكبر قيمة من مبلغ تامين المصادرة من جهة اخرى ، ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد ،كما انها تمتلك حق الفسخ حتى دون وجود خطاء من المتعامل المتعاقد معها ،وذلك من اجل المصلحة العامة ،سواء نص عليها القانون او لم ينص[3].

من هنا نعرف ان الفسخ في العقود الادارية هو سلطة الادارة في وضع حد لوجود العقد الاداري بإرادتها المنفردة ،و هذا ما يميز النظام القانوني الذي يحكم العقود الادارية و خاصة الصفقات العمومية.

حيث سلم مجلس الدولة الفرنسي بحق الادارة في فسخ العقد حتى و لو لم ينص على هذا الحق في العقد و لا في القانون ،فهو حق ثابت للإدارة اذا ما راءت مصلحة عامة من وراء الفسخ و اقتضى الامر وقوع الفسخ لتجنب مخاطر قد تحصل اذا اكتمل العقد، و ينطبق هذا الحق على جميع العقود الادارية ،عقود الامتياز ،عقود الاشغال العامة و

1- مازن راضي ليلو ،العقود الادارية في القانون الليبي المقارن ، منشاءه المعارف ، الاسكندرية ، 2003،ص120 .
2- ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009،ص8 .
3- نفس المرجع السابق ، ص10 .

الذي يعتبر اهم نوع في الصفقات العمومية ،و عقد التوريد–اقتناء اللوازم –ذلك ....الخ ،وهذا ما يجعل العقود الادارية مختلفة عن عقود القانون الخاص[1] .

ثانيا :شروط الفسخ

و هذه الشروط تكون في كلا من عقود القانون الخاص و القانون العام (العقود الادارية) وتختلف في شرط وحيد و سوف نذكرها على التوالي :

أ–ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ،و السبب في ذلك يعود الى ان العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة اذا كانت بغير اجر، لا يمكن تصور الفسخ فيها ، و ذلك والالتزام هنا يترتب على طرف واحد بالتالي فالطرف الثاني ليس له الا ان يطلب التنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل[2].

ب– ان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، و ان لا يكون سبب عدم التنفيذ سببا اجنبيا لا يد للمتعاقد الاخر فيه .

ج– استعداد طالب الفسخ لتنفيذ ما التزم به و قدرته على اعادة الحال كما كان عليه.

د– و يخص الفسخ في العقود الادارية ، و هو اذا ما اقتضت المصلحة العامة وجوب فسخ العقد ،فان الادارة تقوم بفسخه من تلقاء نفسها.

الفرع الثاني : تمييز الفسخ عن بعض المصطلحات القانونية الاخرى المشابهة له

و كما عرفنا سابقا ان الفسخ هو الطريقة التي يستعملها الاطراف لحل الرابطة العقدية في عقود القانون الخاص و التي تستعملها الادارة كجزاء ضاغط لإنهاء العقد ،وكن قانون الفسخ ليس هو الحل الوحيد لحل الرابطة العقدية بين الادارة و الطرف المتعاقد

1– نفس المرجع ،ص 11.

2– عبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص163 .

معها ،و لمن هناك عدة اجراءات اخرى لإنهاء العقد و ،لكن لا تدخل في مفهوم الفسخ في حد ذاته و ذلك لاختلاف القواعد و الاحكام التي تبنى عليها و هذا ما سنبينه في ما يأتي:

اولا: الفسخ و البطلان

و لنرى مدى الاختلاف بين فسخ العقد و بطلان العقد وجب علينا التعريج على تعريف البطلان و شروطه:

أ-تعريف البطلان

1-التعريف التشريعي للبطلان :

تعرض المشرع الجزائري للبطلان في قانون الاجراءات المدنية بالمادة 462و التي تقول "لا يجوز الدفع بالبطلان او بعدم صحة الاجراءات من خصم قد اودع مذكرته في المضوع "

اما في القانون الجديد المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية النص الكامل و تعديلاته الى غاية 2014/07/31 و الذي جاء على ذكر البطلان في المواد60الى غاية 66 التي تنص على بطلان الاعمال الاجرائية ،فنرى هنا انه لم يكن موقعه واضحا، و ممكن استنتاجه من خلال النصوص القانونية من خلال المصطلحات القانونية :لا يجوز ،تحت طائلة البطلان ،و الا كان باطلا .....الوارد من هذا القانون[1].

2-التعريف القضائي

موقف القضاء الجزائري يرى انه لا بطلان دون ص قانوني ،و مخالفة اشكال متعددة و متنوعة لا تستوجب البطلان ،الا اذا ادى الى غموض في الحكم او هوية الاطراف

1- راجع المواد من 60-الى65، القانون 08-09 السابق الذكر

المتخاصمين ،و هنا قد يؤدي هذا الى ابطال العقد و الذي لا يمكن تدارك تلك الاخطاء الموجودة فبه.

3-التعريف الفقهي :

عرفه الدكتور فتحي والي بقواه :"البطلان تكييف قانوني عمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي الى عدم انتاج الاثار التي يرتبها عليه القانون كاملا "[1].

و هناك جانب اخر من الفقه يرى ان البطلان جزاء يرتبه القانون على مخافة القواعد و الاجراءات التي اوجب على المحاكم مراعاتها بحيث يعتبر الاجراء العديم الاثر غير مرتب ما قد يترتب على الاجراء الصحيح من اثار قانونية .

ب- صور البطلان[2]

هناك نوعان من البطلان و هما البطلان المطلق و الذي يتعلق بالنظام العام ،و كذلك البطلان النسبي و الذي غالبا ما يتعلق بمصلحة الخصوم و سنبين ذلك في ما يلي :

1-البطلان المطلق :

هو الذي يترتب عن مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، تقضي به المحكمة تلقائيا في اي مرحلة من مراحل الدعوى ،و في الاجراءات المتعلقة بالنظام العام ،و يتميز بجملة من الاحكام و هي :

-يجوز التمسك به في اي مرحلة من مراحل الدعوى .

-يجوز الدفع به دون اشتراط مصلحة .

-تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

1- المادة 462 من القانون المتضمن قانون الاجراءات المدنية

2-عمار بوضياف ،القانون الاداري ، ط3،جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2013،ص8.

-عدم قابليته للتصحيح عن طريق الرضا .

2-البطلان النسبي :

و هو البطلان الذي يتعلق بالمصلحة الخاصة ،و ذلك نتيجة قاعدة قررها المشرع لحماية مصالح الخصوم ،و هو الغالب في اجراءات التقاضي ، و يتميز هو الاخر بجملة من الاحكام و هي :

-لا يجوز للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها .

-يجب الدفع و التمسك به امام محكمة التنازع .

-لا يجوز دفعه الا من طرف الخصم صاحب المصلحة المباشرة .

-لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه بل الخصوم "القاضي لا يمكن ان يثير تلقائيا الا اوجه بطلان او عدم صحة الاجراءات ."[1].

من ثم فان الفرق بين الفسخ و البطلان يمكن في :

البطلان قد يحدث حتى و ان قاما كلا الطرفين بالتزاماتهما ،و قبل ان يحدث العقد الاداري اثارا قانونيا ،لكن الفسخ قد يكون جزاء

الاخلال بالتزامات و يحدث بعد ان يبرم العقد و ينتج اثار قانونية قد تؤدي للإضرار بمصلحة احد الاطراف ،او المرفق العام و الصالح العام لذلك يستوجب فسخه لتجنب اضرار اكثر.

سبب الفسخ هو جزاء يفرض في بعض الحالات اما البطلان فهو يرجع لوجود اختلال في احد اركان العقد او شروطه .

1- قرار المحكمة العليا 32462مؤرخ في 1990/03/19 المجلة القضائية ،العدد 3 ،1993،ص107.

ثانيا :فسخ العقد و انهاء العقد الاداري

الغاء العقد الاداري يعني حق الادارة في ان تنهي و تلغي العقد اثناء سريانه ،و تنهي اثاره حتى قبل انقضاء مدته ،رغم عدم وجود خلل من قبل اي طرف، لكن متى رات الادارة مصلحة من ذلك عامة و هذا الامتياز الذي تتمتع به الادارة في قدرتها على انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة هو حق خطيرّ ،و لا نجد له وجودا في عقود القانون الخاص ، الا باتفاق من الطرفين على ذلك ، و بوجود نص صريح يجيز ذلك[1].

و يختلف الوضع في مجال العقود الإدارية ،لان الادارة مسؤولة عن تحقيق الصالح العام ، لذلك لها الحق في الالغاء و انهاء العقد متى رات مصلحة عامة من ذلك ، و العقود الادارية بشكل عام تنتهي بطرق مختلفة ، اما تبعيا او غير طبيعي[2].

و سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري او الصفقة العمومية عند الفقه الجزائري هو ما اطلق عليه الفسخ الانفرادي –الفسخ الاداري– او الفسخ من جانب واحد و الذي سنبين كافة جوانبه لاحقا، اما الفقه الفرنسي فقد اعتبر الفسخ من انواع الجزاءات التي توقعها الادارة حسب عدة حالات :

– الحالة 1: حالة خطاء المتعامل المتعاقد و اخلاله بالتزاماته التعاقدية ،هنا تمارس الادارة سلطة الانهاء للعقد عن طريق فسخه .

– الحالة2: عدم خطاء المتعامل هنا تمارس الادارة سلطة الانهاء لدواعي المصلحة

العامة و فيها حالتين هي الأخرى و هما كما يلي[3]:

–الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة : و ذلك لتمتع الادارة بامتياز السلطة العامة قد تنهي العقد اما :

1– مازن ليلو رضا ، العقود الادارية في القانون الليبي المقارن ،مرجع سابق ، ص165 .

2– مازن ليلو رضا ، العقود الادارية في القانون الليبي المقارن ،مطبعة عاصم جابر ،الاسكندرية ،2013،ص149 .

3– نفس المرجع ،ص 151 .

-مراعاة لمبدأ التكيف و الملائمة و اذي يحكم المرفق العام .

-اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته ول قد نص عليها القانون صراحة .

اما الاجتهاد الفرنسي يري ان كل عقد اداري يمكن انهاءه من قبل الادارة لأجل المصلحة العامة ،و هذا من الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها .

اما الفقه العربي يرى ان الادارة دائما تنهي عقودها الادارية اذا اصبحت غير مفيدة للمرفق العام ،او لا تحقق الغاية العامة المنشودة[1].

هناك جانب ينادي بفكرة انهاء العقد الاداري و انه قائم على السلطة العامة و امتيازات القانون العام يرى اصحابه انها امتيازات استثنائية.

ثالثا :الفسخ و الغاء العقد الاداري

الغاء العقد هو قدرة الادارة على ايقاف سريان اثر العقد اثناء او قبل انتهاء مدته ،و هو من ناحية مفهومه قريب من الانهاء ذلك لقدرة الادارة في الالغاء رغم عدم وجود خطاء من المتعاقد معها ، و الاساس من الغاء العقد هو نفسه الذي يسمح للإدارة بتعديل شروطه ،وذلك لاحتياجات المرافق العامة ، او مقتضيات تسيره ،و هذا الحق اصيل للإدارة مقرر قانونا حتى و لو لم ينص العقد عليه صراحة ،حيث ان للإدارة سلطة تقديرية بهذا الشأن فهي من تقدر حاجات المرافق العامة التي تكون تحت ادارتها ، لكن هذه السلطة التقديرية تخضع لقيد عدم الانحراف في استعمال السلطة ،و من ثم انه اذا اقر القضاء ان الادارة الغت العقد دون ان تكون هناك مصلحة عامة و تعسفت في استعمال هذه السلطة ،فانه يحكم للمتعاقد المتعاقد مع الادارة بتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء الالغاء الذي قد يضر بحقوقه المالية .

1- سليمان محمد الطماوي، العقود الادارية ، مرجع سابق ،ص330.

و الالغاء ايضا يحل الرابطة العقدية شانه شان الفسخ و ذلك ينتج عنه عودة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد فيرد كل منهما للأخر ما تسلمه ،فاذا استحال اعادة الحال الى ما كان عليها ،حكم القاضي بالتعويض للمصلحة المتعاقدة ،مع الادارة حيث انه لا دخل له في الغاء العقد الذي تم بإرادة الادارة ،و في كل الاحوال من حق المتعاقد طلب تعويض عما اصابه من ضرر نتيجة الالغاء عكس الفسخ الذي في بعض الحالة لا يمكن للمتعامل المتعاقد طلب التعويض[1].

وقاضي الالغاء في مجال منازعات العقود الادارية ينعقد الاختصاص في حالتين وهما :

الحالة الاولى: القرار المنفصل عن العقد

و هو قرار تصدره الادارة في مرحلة تكوين العقد و قبل ابرامه ، لكن بشكل منفصل عن العقد الاصلي و يختلف في طبيعته و يجوز الطعن فيه بالإلغاء ، و هو قرار يسبق العقد ، لأنه يعتبر تمهيدا لإبرامه، و هي ايضا قرارات منفصلة مستقلة تخضع للأحكام الخاصة بالإلغاء ووقف التنفيذ ،...الخ[2].

و من ثم فان هذا القرار يخضع الى اختصاص قضاء المشروعية ،ولا يخضع لاختصاص قاضي العقد ،لأنه في حالة صدوره العقد لم ينعقد بعد ،لكن وجب توفر شروط فيه و هي

-1-القرارات المنفصلة يجوز الطعن فيها بشكل مستقل عن العقد بدعوى الغاء القرار و بطلب التعويض عنه.

-2-الغاء القرار المنفصل لا يؤدي بذاته الى الغاء العقد حقا بل الغاء قرار اداري يستتبع في الاصل بطلان جميع ما ترتب عليه من اجراءات ،و لكن وجب ان يدفع الاطراف بذلك وان يتقرر البطلان بواسطة القاضي المختص(قاضي العقد)[3].

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، منشاة المعارف ،الاسكندرية ، 2004،ص337.

2- محمود عاطف البنا ،العقود الادارية ،ط1،دار الفكر العربي، القاهرة ، 2007،ص333 .

3- نفس المرجع ،ص335،344 .

الحالة الثانية :القرارات المتصلة بالعقد

و هي القرارات التي تصدرها الادارة في مرحلة تنفيذ العقد تكون ذات علاقة بالرابطة التعاقدية ، و هذه القرارات تكون في حالة خطاء المتعاقد و هنا تصدر الادارة قرار الفسخ باعتبارها طرفا في العقد وليست صاحبة سلطة ،و تهدف الى تحقيق الصالح العام.[1]

من هنا فان هناك فرق واضح بين الفسخ و الذي يعتبر جزاء ضاغط في العقود الادارية و الصفقات العمومية خاصة توقعه الادارة في حالة خطاء من المتعامل المتعاقد بعد ابرام العقد ،و كذلك في العقود الملزمة للجانبين سواء كانت هذه العقود من العقود التي يحكمها القانون العام او الخاص فيكون الفسخ فيها اما لعدم الالتزام بما هو مطلوب في العقد ،و نرى ان الالغاء يكون في حالتين كما سبق الذكر اما قرارات المنفصلة التي تكون قبل ابرام العقد و تخضع الى تدخل القاضي الاداري لإلغائها ،او العقود المتصلة بالعقد ،لذا فالفسخ لا ضرورة لوجود حكم قضائي لتطبيقه عكس الإلغاء.

رابعا : الفسخ و المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية هي جزاء يرتبه القانون نتيجة عدم قيام احد اطراف العقد بالتزاماته التعاقدية ، و شأنه شان الفسخ الذي يعتبر جزاء عدم تنفيذ الالتزامات العقدية المطلوبة في العقد المبرم ، لكن لكي تقوم المسؤولية العقدية لا بد من وجود عقد صحيح لم يقم الطرف المتعاقد بتنفيذه ادى الى ضرر اقام مسؤولية عقدية عليه ،بينما الفسخ ليس هناك ضرورة في ان يحدث ضرر حتى يفسخ العقد بل يكفي وجود مصلحة عامة او خطاء ، لان الفسخ اصلا لم ينشأ لجبر ضرر ،بل لإحلال الرابطة العقدية ،اما الاثر المترتب عن المسؤولية العقدية ليس انحلال الرابطة التعاقدية ،بل جبر الضرر و التنفيذ الجبري عن طريق التعويض[2].

1- نفس المرجع ،ص336 .

2-فريدة دحماني ،الضرر كأساس للمسؤولية المدنية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، السنة الجامعية2004-2005،ص20.

خامسا :الفسخ و عدم النفاذ

لقد اقر المشرع الجزائري عدم النفاذ في العقود التي نشأت نشأة سليمة ،و نجده في المادة 191 من القانون المدني بالنسبة للعقود التي يحكمها القانون الخاص اما في العقود الادارية نجد المواد من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تكلم عنها صراحة و عن الاحكام الخاصة بها و اجراءاتها ، ففي القانون المدني نجدها تجيز للطرف الذي لم يحق مستحق الاداء ان يطلب بعدم نفاذ تصرفات الطرف الاخر التي تضر بحقه ،اذا قام بتصرف يضر به قصدا.

العقد غير النافذ هو عقد صحيح فيما بين طرفيه وينتج آثاره بينهما، ولكنه لا ينفذ في حق الغير، وهو الأجنبي عن العقد، وذلك أعمال لمبدأ سببية آثار العقود، فالعقد لا يسرى في مواجهة شخص لا يشترك فيه[1] .

ومعنى ذلك أن عدم النفاذ ام عدم السريان يعني أن العقد الصحيح المنتج لآثاره بين طرفه لا يمكن الاجتماع به في مواجهة غير عاقديه .

المطلب الثاني : الاساس القانوني لنظام انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ واثاره

اختلفت الآراء الفقهية بشان الاساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الفسخ ،فهناك جانب يراه جزاء يرده الى الشرط الفاسخ الصريح ، و هناك من يرجعه الى الشرط الفاسخ الضمني ، و هناك من يراه يقوم على فكرة السبب او ارتباط الالتزامات و هذا بالنسبة لعقود القانون الخاص ،اما العقود الادارية فنرى انها ترجع الى الفسخ من اجل المصلحة العامة او الفسخ من اجل مقتضيات السلطة العامة و سنبين ذلك في ما يلي :

الفرع الاول :الاساس القانوني لنظام الفسخ .

اولا: في قواعد القانون الخاص

1- فريدة دحماني ،الضرر كأساس للمسؤولية المدنية ،مذكرة سابقة ، ص21 .

و تقوم على اربعة افكار اساسية و هي كالاتي :

أ- فكرة الشرط الصريح كأساس للفسخ

الشرط هو التصرف القانوني الذي يحقق الالتزام ،وتم النص عليه في المواد من 203 الى المادة 208 من القانون المدني الجزائري، ولا يكون داخلا في عناصر العقد ،و اذا لم يتحقق الشرط فلا يوجد هناك التزام ،ويسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف ،اما اذا انعدم الالتزام هنا يطلق غليه الشرط الفاسخ[1].

و الشرط الصريح الفاسخ هو ذلك الشرط الذي يقوم المتعاقدان بوضعه صراحة ،و يكون هناك محل للفسخ ، اي انه اذا لم ينفذ احدهما التزاماته جاز للطرف الاخر فسخ العقد[2].

ولقد ظهر الشرط الفاسخ الصريح اول مرة باعتباره اساس للفسخ في القانون الروماني ،و ومقتضاه انه لكي يكون هناك محل للفسخ يجب ان يتضمن العقد بندا صريحا ،على انه اذا

اخل احد الاطراف بالتزاماته و لم يقم بها جاز للطرف الاخر فسخ العقد[3].

ب-فكرة الشرط الضمني كأساس للفسخ

تقتضي هذه الفكرة في كل العقود الملزمة للجانبين ،و حتى في العقود الادارية ،انه يجوز فسخ العقد عندما يتخلف احد الاطراف عن تنفيذ ما التزم به في العقد.

وتعود ايضا هذه الفكرة الى الفقه الروماني ،من ثم انتقلت الى الفقه التشريع الفرنسي حيث نصت المادة 1184من القانون المدني الفرنسي على ذلك[1].

1- محمد حسين منصور ،الشرط الصريح الفاسخ ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2003،ص15 .

2- نفس المرجع ،ص17 .

3- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد ،الدار الجامعية ، بيروت ،1997،ص50

4-pierre GUIHO, Georges PEYRARD ,droit civil…,Op.cit,p260 51 .

ج- السبب كأساس للفسخ

هنا يقوم على انه اذا لم ينفذ احد الاطراف التزاماته ،يجعل الاخر ملتزم دون سبب ،الامر الذي يجعل له الحق للمطالبة بالتحلل من الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، بذلك تزول التزاماته نحو المتعاقد الاخر الذي امتنع عن تأدية التزاماته اولا[2].

د- فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ

تقوم هذه الفكرة على انها عملة فنية في العقود الملزمة للجانبين ،تربط المتعاقدين برضاء كل منهما بالتزامات التي تقع على عاتقه ، لذلك يترتب عن عدم فكرة ترابط الالتزامات و اخلال احدهما بالرابط الفني ،الى سقوط الالتزامات المقابلة ،بضرورة فسخ هذه الرابطة التعاقدية، لان طبيعة العقد الملزم لجانبين في حد ذاتها تقتضي ان ل يكون هناك التزام يقابله التزام من الطرف الاخر حتى يكون العقد مستوفي لجميع عناصره التي يقوم عليها[3].

ثانيا :في مادة الصفقات العمومية

ورد في حكم محكمة القضاء الإداري المصري "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .. ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا من اجل الصالح العام وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز

1-توفيق حسن فرج ،مرجع سابق ،ص5.

2- حمو حسيبة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011،ص16.

أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الأخر، او الشروط التي سبق ذكرها[1].

وغالباً ما تضمن الإدارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز تجاه المتعاقد معها، وتضمنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك إنهاء عقودها إذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فمن المستقر فقها وقضاء أن هذه السلطة موجودة خارج شروط العقد ونصوص القوانين والأنظمة.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فسخ عقودها الإدارية، إلا أن أغلبهم ذهب إلى أن هذه السلطة ما هي ألا صورة من صور التعديل الانفرادي، على اساس ان الانهاء هو تعديل للشرط الخاص المدة.

و لقد ذهب الفقه الفرنسي في اعتبار أن حق الفسخ الانفرادي هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، بينما ذهب البعض الاخر إلى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي فلكل منها نطاقها المستقل إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد في حين يشمل الإنهاء و الفسخ حذف كلي لالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها[2].

وأوضح جانب أخر من الفقهاء أن سلطة الإدارة في فسخ العقد إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة، وقد أيد هذا الاتجاه جمع كبير من الفقهاء العرب[3].

1-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ،ص35.

2- خضري حمزة ،الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسة ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،2005،ص ص15-16.

3- نفس المرجع ،ص16.

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد وفسخه للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة ، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يقم على أساس المصلحة العامة ، حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار وإلغائه .على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء قرار الإنهاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه[1].

الفرع الثاني :اثار الفسخ

كما نعرف انه بمجرد ابرام العقد تكون له اثار و قوة ملزمة من حيث موضوعه ،كما انه يلزم الاطراف الذين قاموا بإبرامه بتأدية ما التزم به ،و ذلك بمجرد توفر كافة اركانه و شروطه التي تجعله ساري المفعول ، و كنتيجة حتمية ان هذا العقد يرتب التزامات و اثار فعند فسخه كذلك ستكون هناك عدة اثار قانونية ،و كأصل عام اما بالنسبة للعقود الخاضعة للقانون الخاص او حتى العقود الادارية و التي تكون ملزمة لجانبين فأثار الفسخ هنا تكون نفسها ، و سنوضحها في ما يلي :

اولا: اثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

الاصل العام ان المشرع تناول الفسخ في القانون المدني من المادة 119الى المادة 122 ،باعتبار ان القانون المدني هو القاعدة العامة لكافة العقود سواء خاصة او عامة باعتباره ام القوانين ،كما ان المرسوم المنظم للصفقات العمومية 15-247 نص عليه في المواد السابقة الذكر[2]، ويظهر من هذه التشريعات ان الفسخ بجميع صوره يرتب أثار بالنسبة للمتعاقدين، وقد تمدد هذه الآثار إلى الغير.

1- André delaubadère, Franck MODERNE,traité des contrats administratifs, 1,2édition, LGDJ, 1983– Pierre DELVOLVE, droit,p54, http://www.lgdj.fr,la date15/03/2013,3:55pm.

2 – المادة 149 تنص على ".....فأن المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تقوم بفسخ المنصوص علية اعلاه".

أ –بالنسبة للمتعاقدين

من المسلم به أنه يحق للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض منها إذا كان الفسخ الذي أوقعته الإدارة لا يرجع إلى خطأ جسيم ارتكبه، ومن ثم فإن الفقه يفرق بين حالتين بشأن تعويض المتعاقد مع الإدارة عند فسخ عقده وهما[1]:

1–الحالة الأولى: إذا كان الفسخ من الإدارة إعمالاً لحقها في فسخ العقد الإداري، على اساس أنه يضر بصالح المرفق العام، في مثل هذه الحالة يلتزم المتعاقد بالخضوع لأوامر الإدارة إلا أن ذلك لا يحرمه بالطبع من الفائدة التي كان يأمل في الحصول عليها من تنفيذ عقده، مما يعطيه الحق في التعويض الكامل الذي يجبر ما لحقه من ضرر ..

2–الحالة الثانية: إذا كان الفسخ بناء على رغبة المتعاقد سواء كان أمام القاضي أو بالاتفاق مع الادارة المتعاقدة وذلك بهدف التحلل من الالتزامات .

وذلك كله على عكس الفسخ نتيجة الخطأ الجسيم من المتعاقد فإن ذلك لا يعطيه الحق في طلب التعويض أياً كان مقداره.

قد ترى الإدارة إنهاء العقد، إذا ما اقتضت ذلك مصلحة عامة، وتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المقاول ،فسلطة الإدارة التي تتمتع بها في فسخ العقد الإداري من جانبها وحدها من أبرز الخصائص التي تميز ا لعقد الإداري عن العقد المدني. فأحكام العقد المدني تقضي بأن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، بينما في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك كما سبق الذكر.

وحق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد، بل هو حق مقرر للإدارة حتى في حالة عدم وجود نص في العقد ودون صدور خطأ من جانب المتعاقد وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام إذ ينبغي الوفاء بحاجاته

1– احمد سلامة بدر العقود الإدارية وعقد البوت ، ط2 ،القاهرة ،2003، ص ص 201 –202.

وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ، دون صدور خطأ من جانب المتعاقد معها، حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض[1].

فلا يجوز للإدارة الا ان تعوض المتعاقد خاصة عندم تفسخ العقد من جانبها ،دون خطأ خاصة اذا كان للفسخ تأثير على الوضعية المالية للمتعاقد معها.

- إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد:

بعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدم الوجود كأنه لم يكن وبتالي يجب إزالة ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده ويقتضي هذا الأمر أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الأخر تنفيذا للعقد المفسوخ ويتم استرداد الاداءات التي أداها كل متعاقد عينا كان يرد البائع الثمن الذي قبض من المشتري ويرجع له هذا الأخير المبيع الذي تسلمه، وإذا استحال الاسترداد العيني كان يكون المبيع قد هلك في يد المشتري يعاد الطرفان إلى ما كانا عليه عن طريق التعويض الذي يتولى القاضي تحديده منها[2].

ب- بالنسبة لخلف المتعاقد مع الادارة

1- انصراف الفسخ الى الخلف العام

و الاصل العام ان الخلف العام يخلفه سلفه في ذمته المالية و الخلف العام هو الشخص الذي يخلف احد المتعاقدين في ذمته المالية ،كلها او جزء شائع منها كالورثة مثلا[3]

1- عبد العزيز عبد المُنعم خليفة، مرجع سابق، طبعة 2004 القاهرة، ص ص 258،259.

2- ياقوتة عليوات ،تطبيقات النظرية العامة للعقود الادارية (الصفقات العمومية)في الجزائر، مذكرة سابقة ، ص270.

3- دربال عبد الرزاق ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، د ط ،دار العلوم للنشر ،عنابة ،2004،ص57.

هنا ينصرف اثر العقد الذي يبرمه الشخص الاصيل الى الخلف العام ،سواء في مجال الحقوق او الالتزامات ،بما انه الوريث لكل ما هو ملك له فهو بذلك تصرف طبيعي[1]، وهذا ما يؤدي الى انتقال الحقوق الناجمة عن العقد تلقائيا الى الخلف العام ،لكن الالتزامات فتنتقل حسب القاعدة العامة "لا تركة الا بعد سداد الديون" اي لا تنتقل الا اذا افترض سدادها ،وهذه القاعدة في انتقال اثار السلف الى الخلف الا ان هناك استثناء ،باعتبار هذه القاعدة نسبية و ليست مطلقة بمعنى ان هناك حالات لا تنصرف فيها اثار عقد السلف الى الخلف العام ، لذا يتفق المتعاقدان على انقضاء الحق احدهما وعدم انقضاء الحق بموت احدهما وعدم انتقاله الى الورثة كأن يتفقا في عقد ايجار مثلا عدم انتقال الحق الى الورثة المستأجر في حالة وفاته، وقد ينص القانون على عدم انتقال اثار عقد السلف الى الخلف العام ،كما في الاحوال التي يقرر فيها القانون حماية الورثة من عدم تنفيذ الوصية التي يعقدها المورث الا في حالة ثلث التركة ،او انتهاء حق الانتفاع بموت المتعاقد[2].

2- انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص :

الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا كان قائما في ذمته ،سواء كان هذا الحق عينيا او شخصيا ،كالموهوب له او صاحب حق الانتفاع .

فتنتقل الحقوق و الالتزامات الناجمة عن العقد الى اشخاص لم يكونوا طرفا في التصرفات ،لكن وفق شروط معينة هي :

-عقد يبرمه السلف يكون سابقا على انتقال المال الى الخلف الخاص

-علم الخلف الخاص بالتزامات السلف قبل انتقال المال ،ذلك حتى تتحقق ارادة القبول بما سيؤول الى الشخص من التزامات ،والتي قد تجعله لو علم بها وقت العقد ان يعدل عن ذلك – وجود عقد مبرم من قبل السلف سابق لانتقال المال الى الخلف الخاص.

1- نفس المرجع ،ص60.

2- محمود خلف الجبوري ،العقود الادارية ، د ط ،ذار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ،1998،ص216.

ولذلك نستطيع القول ان الخلف العام الخاص في القانون له حقوق من العقد ،سواء كان هذا العقد اداريا او من عقود القانون الخاص ،فهما يعتبران من الاطراف التي للعقود اثر عليها كقاعدة عامة في كل انواع العقود المبرمة و التي تكون ملزمة لجانبين .

ثالثا: اثار الفسخ بالنسبة للغير

لا ينصرف اثر العقد الى الغير سواء كان حقا او التزاما ،و الغير هم كل الاشخاص الخارجين عن العقد ،اي كل شخص اجنبي و بالتالي لا يستفيد منه كما لا يتأثر به ، و هذا في القانون الخاص[1].

اما في العقود الادارية ،فالغير هو الطرف الثالث الذي يتعهد له القانون من خلال تعهد و ذلك النظام القانوني الخاص الذي تمتاز به العقود الادارية فيما يخص اثارها، لأنه عقد يبرم لتقديم خدمات او حاجات عامة للأفراد و كذلك تهدف الى مصالح عامة ،كذلك تكون الدولة اصلا طرفا في العقد فلا يعقل ان تقوم الادارة او الدولة بإبرام عقد مع كل شخص لتلبي له حاجياته بصفة مباشرة ،لذلك تبرم العقد الاداري مع احدهم ليقوم بتقديم الخدمة الى كل من هو راغب فيها فتنشأ للغير حقوق من هذا العقد[2].

اما عن التزامات هذا العقد للغير فتنحصر في مقدار ما يمكن استعماله من سلطات عليهم.

و الغير في العقود الادارية يقوم على نقطتين مهمتين هما[3] :

النقطة الاولى: ان الصلاحية القانونية التي تمارسها الادارة في نشاطها دون غيرها عندما تقوم بالتعاقد ،ويكون موضوع العقد من اختصاص جهة ادارية اخرى ،فهنا الادارة تكون

1- امجد محمد منصور ،النظرية العامة للالتزامات ،طبعة 1،دارالثقافة للنصر والتوزيع ،الاردن ،2003،ص 191.

2- محمد خلف جبوري ، المرجع سابق ،ص217.

3- نفس المرجع ،ص218.

عبارة عن متعهد عن الغير ،و هذا م يسمى بالاختصاص و الذي يعتبر من النظام العام في القانون الاداري و لا يمكن مخالفته .

النقطة الثانية: عندما تقوم الادارة بنشاط ماي معين و تتجاوز قيمة الاعتماد الممنوح لها ينبغي ابطال العقد، كما انه اذا نفذ العقد ووجدت صعوبة في اعادة الحال الى ما كانت عليه ،جاز للدولة التدخل كطرف ثالث لتغطية ما انفقته الادارة على العقد بكونها من الغير بالنسبة لذلك العقد

أ- شروط التعهد عن الغير :

-الزام المتعهد نفسه و ليس الزام الغير ،و الا اعتبر غير متعهدا ،و لا يرتب اثرا .

-ان يتعاقد المتعهد باسمه ،لينصرف اثر اعقد اليه.

-حمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين.

الحقوق التي يستمدها الغير من العقد الاداري: يتمتع الغير كمنتفع من خدمات المرفق العام بحقوق سواء في مواجهة المتعاقد او في مواجهة الادارة و هذه الحقوق هي :

ب-حق الغير في الانتفاع من خدمات المرفق العام :

بمعنى ذلك ان الغير يستفيدون من عقود التزام المرافق العامة بنص القانون ،و حق الانتفاع بالمرفق قائم على مبدأ المساواة ،فكل تميز يجري لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير جراء ما يترتب عن ذلك التمييز و الاخلال بمبدا المساواة و المنافسة المشروعة بين المنتفعين[1].

ج-حق الغير في مطالبة الادارة بالتدخل :

1- بلقاسمي ام هاني ،فسخ العقد الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر(قانون اداري)أ كلية الحقوق و العلوم السياسة ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2014،ص95

يحق للغير او كل الافراد مطالبة الادارة بالتدخل لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته العقدية في جميع العقود الادارية ، ففي عقود التزام المرافق العامة يجب على الملتزم تقديم الخدمات بأحسن وجه للمنتفعين ،و حتى في مجال الصفقات العمومية فلقد اعطى المشرع للفرد حق الاعتراض عند الادارة او المصلحة المتعاقدة عند اعلان المنح المؤقت للصفقة ،عن طريق التظلم من طرف كل من لحقه ضرر او له مصلحة ،او عند اختيار المترشحين فواجب الادارة هنا احترام مبدأ الشفافية و المنافسة المشروعة بين المتعهدين ،و لكل صاحب حق مطالبة الادارة بالتدخل[1].

د-الالتزامات التي تقع على عاتق الغير من العقد الاداري[2]:

و من اهم العقود التي تمارس فيها مظهر من مظاهر السلطة العامة او البوليس العام في صفقة الاشغال العمومية قد يفتش بعض العاملين و المنتفعين عند دخول موقع

العمل و منعهم من دخول اماكن لا يجوز دخولها ،و قد تلحق ضرر بهم.

وكذلك عند تقصير المتعاقد في تنفيذ التزامات العقد تسري بحقه اثار العقد الجديد المبرم بين الادارة و شخص اخر ،كان يتحمل الفرق بين سعر العقد الجديد و القديم الذي اخل به.

1- بلقاسمي ام هاني ،فسخ العقد الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة سابقة ،ص96

2- نفس المرجع ،ص97-98

خلاصة الفصل

من هذا الفصل الخاص بالاطار المفاهيمي يمكن القول ان مفهوم الصفقات العمومية اصبح واضح حول كونها عقد اداري تم وضع عدة معايير لتميزها عن غيرها من العقود الادارية ، حيث ان الفقه الاداري عرفها كونها العقد الذي يبرم مع اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او تسييره مع وضع شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ،اما المفهوم التشريعي فنجده انه اعتمد المعيار الشكلي كونه يعتبرها عقد اداري مكتوب يربط اشخاص القانون العام مع متعاملين اقتصاديين ، بمقابل من اجل تلبية حاجات الافراد ،اما القضاء فلقد وضع المعيار العضوي وركز على اطراف الصفقة رغم تأكيد القانون لضرورة الكتابة ، و تمتاز الصفقات العمومية بجملة من الخصائص كونها تمس الخزينة العامة للدولة كما ان الدولة طرفا فيها ما يجعلها تتضمن شروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص ،و تنظم بواسطة مرسوم رئاسي.

كما اننا لاحظنا بأن الفسخ هو طريقة لحل الرابطة العقدية، يقع نتيجة اخلال احد الاطراف بالتزاماته العقدية ،له اربعة اسس قانونية ، الشرط الصريح الذي يضعه الطرفان صراحة في العقد، و الشرط الفاسخ الضمني و الذي تكون في كل العقود الملزمة لجانبين كقاعدة عامة ،فكرة السبب كأساس للفسخ ، و العلاقة الترابطية ، اما في الصفقات العمومية فنجد ان الفسخ اساسا غالبا ما يكون من جانب الادارة و ذلك كأساس للمصلحة العامة ، و السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة في ابرامها و انهاءها للصفقة العمومية، او اذا قام المتعاقد مع الادارة بخطاء جسيم ،مع امكانية تعويضه اذا ما نص القانون على ذلك ،و سنوضحه في الفصل الثاني من هذا البحث.

كما ان للفسخ عدة اثار قد تقع اما على المتعاقدين ،او الخلف العام او الخاص لأحدى الاطراف ، كما انها قد تؤثر على الغير و الذي تم تعريفه في العقود الادارية على انه الطرف الثالث الذي يتعهد له القانون من خلال تعهد و ذلك النظام القانوني الخاص الذي تمتاز به العقود الادارية فيما يخص اثارها.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : حالات فسخ الصفقة العمومية.

كما سبق التطرق له في الفصل الاول فإن الفسخ يعتبر طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري و باعتباره نظرية عرفتها علاقات الافراد فيما بينهم و نشأت في القانون المدني فهي بوجه عام بالتالي في العقود الإدارية مجرد امتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني ذلك ان العقد مصدر من مصادر الالتزام و بعد التعرف على نظام الفسخ من خلال تعريفه و تمييزه عن غيره من النظم المشابه له ، سنتطرق في هذا الفصل لحالات الفسخ في العقد الإداري بوجه خاص في مجالات الصفقات العمومية من خلال مبحثين :

المبحث الاول : الفسخ الإرادي للصفقات العمومية .

المبحث الثاني : الفسخ اللاإرادي للصفقات العمومية .

المبحث الأول :الفسخ الارادي للصفقات العمومية.

من المعلوم ان هدف الادارة هو تحقيق الصالح العام و اشباع الحاجات الضرورية للأفراد من خلال الاتفاق مع الاشخاص المعنوية بقصد ادارة مرفق عام في اطار عقد اداري و لعل اهم هذه العقود كما عرفنا عقد الصفقة العمومية و حرصا من المشرع على ضمان حسن سير المرافق العامة و تحقيق المصلحة العامة اجاز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ الصفقة اذا كان ذلك يحقق المصلحة العامة من اجل ذلك ايضا منح للإدارة لها سلطات و امتيازات استثنائية اهمها انهاء العقد الاداري من جانبها كلما اقتضت المصلحة العامة لذلك سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم الفسخ الإتفاقي لعقد الصفقة العمومية (المطلب الاول) و مفهوم الفسخ الاداري الذي يكون من جانب الادارة (المطلب الثاني).

المطلب الاول :فسخ الصفقات العمومية باتفاق الطرفين

يتم اللجوء الى فسخ عقد الصفقة العمومية باتفاق الطرفين بعد التراضي بينهما لأسباب معينة لحل الرابطة العقدية بعد نشوئها الصحيح و زوالها بأثر رجعي .

الفرع الاول : مفهوم الفسخ الاتفاقي.

الفسخ الإتفاقي نوع من انواع الفسخ الذي يتم بواسطته انهاء العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة لأحدهما بعد الاتفاق على ذلك مسبقا.

اولا :تعريف الفسخ الاتفاقي لعقد الصفقات العمومية.

ان العقد الاداري ينعقد برضاء الطرفين و يفسخ باتفاق الطرفين ايضا , اذا ما قرر المتعاقدين ذلك و قبل ان تتحقق نتيجة العقد الطبيعية بشكل تام , او قبل انتهاء مدته ,و طالما ان الصفقة العمومية من العقود الادارية فأنه قد يتم اللجوء الى فسخ الصفقة العمومية باتفاق الطرفين و بالتراضي بينهما لأسباب معينة ,و الفسخ بهذه الطريقة تنطبق عليه القواعد العامة الواردة في القانون المدني دون ان تتنافى مع امتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة و لابد لإنهاء العقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التي تملك ابرامه و

يجب ان تظهر ارادتها واضحة و لكن لا يشترط ان تفرغ تلك الادارة في صورة معينة [1] فالمتعاقدين أحرار في الطريقة التي يتفقون بموجبها على فسخ العقد.

و يجد الفسخ الاتفاقي اساسه في القانون المدني في المادة 120 و التي تنص على أنه:"يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه,..."., و بالتالي يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين اتفاق المتعاقدين على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية دون اللجوء الى القضاء. [2]

أما في مجال الصفقات العمومية فان الفسخ الاتفاقي يجد اساسه القانوني في اغلب تنظيمات الصفقات العمومية ,حيث نصت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية على انه".....يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية ,عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن ارادة المتعامل المتعاقد ,حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض , يتضح من خلال هذا النص ان المشرع الجزائري اجاز لكل من الادارة و المتعامل المتعاقد معها اللجوء للفسخ الاتفاقي مع الالتزام بالتبرير ,و لما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي فان نص المادة 152 في فقرتها الثانية [3] اوجبت توقيع اتفاقية او وثيقة الفسخ [4] من قبل الممثل القانوني للإدارة المعنية و المتعامل المتعاقد التسوية المالية للأشغال المنجزة و هذا حفاظا حقوق المتعامل المتعاقد مع الادارة لاسيما و انه لم يثبت

1- سليمان الطماوي ,المرجع السابق,ص 737.

2- علي علي سليمان,النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري,دون طبعة ,ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر,2008,ص 107.

3- "...و في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك ,يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب ان تنص على تقديم الحسابات المعد تبعا للاشغال المنجزة الباقي تنفيذها و كذا تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".

4- قرار رقم 2017/08 يتضمن فسخ الصفقة ,أنظر الملحق رقم (1).

الخطأ من جانبه و إلا كانت الادارة قد لجأت لأسلوب الفسخ الاداري و عندئذ يتحمل المتعامل المتعاقد كامل المسؤولية من الناحية المالية [1].

ثانيا :تمييزه عن انواع الفسخ الاخرى.

أ- تمييز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ الاداري.

يتميز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ الاداري كونه نابع من ارادة الاطراف المتعاقدة ,و بالتالي فهو حق الاطراف المتعاقدة في الاتفاق عند ابرام العقد على انه يجوز لأحدهما فسخ العقد اذا لم يقم الطرف الاخر بتنفيذ التزاماته الناتجة عن هذا العقد دون اللجوء الى القضاء في شأنه [2]

أما الفسخ الاداري فيتمثل في سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة و التي تعد من اهم السلطات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها لأنها حق اصيل للإدارة سواء تم النص عليها في العقد ام لا ,و اطلق عليه بالفسخ الاداري بسبب صدور قراره من جانب واحد من طرف الادارة أي بصورة الانهاء الانفرادي[3].

ب- تمييز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي

يجوز للطرفين المتعاقدين كما عرفنا سابقا في مجال العقود الملزمة للجانبين ان يتفقا على فسخ العقد دون اللجوء الى القضاء لاستصدار حكم بشأنه و هكذا نكون امام فسخ اتفاقي

1- عمار بوضياف ,المرجع السابق ,ص 368.

2- بوعروج علي ,انحلال الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ في القانون المدني الجزائري ,مذكرة ماستر ,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة اكلي محند اولحاج ,البويرة ,2013/2012,ص24...أنظر أيضا د/أمجد محمد منصور,النظرية العامة للالتزامات ,مصادر الالتزام,طبعة 1,دار الثقافة للنشر و التوزيع,الاردن,2007,ص 210.

3- ماجد بن عتيق الزهراني ,سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري,مذكرة ماجستير,كلية القانون,جامعة اليرموك,الاردن,2015 ,ص 15.

أما الفسخ القضائي كما يدل عليه اسمه هو الذي يتعين ان ينطق به القاضي بناءا على طلب احد الطرفين[1] ,حيث يمكن لأي من طرفي العقد الاداري رفع دعوى امام المحكمة الادارية المختصة لاستصدار حكم يقضي بفسخ العقد في حالة الاخلال بالالتزامات العقدية[2] , و تكمن الحكمة في اعطاء المتعاقدين حق الاتفاق على الفسخ كون الفسخ الاتفاقي هو الطريقة المثلى لتجنب الخسائر المادية و المعنوية ,بينما طريقة الفسخ القضائي تتسم بالبطء في اجراءاتها ,و تحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى الى جانب كل الاحتمالات التي تترتب عن استعمال القاضي سلطته التقديرية التي قد لا تتوافق مع ارادة المتعاقدين فلكي يتفادى المتعاقد اجراءات الفسخ القضائي يضع شرطا في العقد يتضمن فسخ العقد من تلقاء نفسه عند اخلال الطرف الاخر بالتزاماته[3].

كما يمكن التمييز بين الفسخ الاتفاقي و الفسخ القضائي من حيث الحكم بالفسخ ,فالحكم في الفسخ الاتفاقي يكون مقررا للفسخ عموما,بينما في الفسخ القضائي يكون الحكم فيه منشأ للفسخ[4], و يتجلى ايضا الفرق الجوهري بين الفسخ الاتفاقي و الفسخ القضائي في كون ان العقد في الفسخ القضائي يبقى قائما الى غاية صدور الحكم النهائي بينما في الفسخ الاتفاقي فان العقد ينتهي فور تمسك المتعاقد بحقه في الفسخ[5].

ثالثا :تمييز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ بقوة القانون

ان العقد كما يجوز فسخه عند اخلال احد طرفيه بتنفيذ التزاماته يتقرر كذلك فسخه تلقائيا بقوة القانون عندما يستحيل التنفيذ لظروف و اسباب خارجة عن ارادة طرفي العقد,و يمكن التمييز بين الفسخ الاتفاقي و الفسخ بقوة القانون من ناحية كون الفسخ

1- سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق ,ص 740.

2- محمد الصغير بعلي ,المرجع السابق,ص104.

3- حمو حسينة ,المذكرة السابقة, ص 33.

4-عبد الحميد الشاوربي ,فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه ,طبعة 3,منشأة المعارف,مصر,1998,ص437.

5- شباطة فريد ,الفسخ الاتفاقي في القانون المدني الجزائري ,مذكرة ماستر ,كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة اكلي محند اولحاج,جامعة البويرة,2013/2012,ص237.

الاتفاقي يكون باتفاق بين المتعاقدين على حل الرابطة العقدية بسبب الاخلال بالالتزامات العقدية,اما الفسخ بقوة القانون فيحدث بسبب استحالة التنفيذ و بالتالي ينقضي من تلقاء نفسه , كما يختلف الفسخ الاتفاقي عن الفسخ بقوة القانون كون الفسخ الاتفاقي لا يكون إلا بناءا على رغبة المتعاقدين في الفسخ بينما الفسخ بقوة القانون لا دخل لإرادتهما في ذلك بل يقع و لو لم يرضى بذلك[1].

الفرع الثاني :شروط الفسخ الاتفاقي.

فيما يخص شروط الفسخ الاتفاقي فان العقود الادارية لا تنفرد في هذا المجال بشروط خاصة و انما تحكمها القواعد التي تخضع لها العقود جميعا[2],و تتمثل هذه الشروط في :

اولا :يجب ان يكون هناك اتفاق على الفسخ.

لا يوجد ما يمنع الطرفين من ان يتفقا عند التعاقد على ان يعتبر العقد مفسوخا اذا لم ينفذ احدهما التزاماته و هو المبدأ العام الذي وضعه القانون المدني في المادة 120 منه,و بذلك يكون للمتعاقد الحق في ان يعتبر العقد مفسوخا دون أن يستصدر حكما بالفسخ اي يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات ثلاث هي:

- **الحالة الاولى:**اذا تخلف الغرض المقصود من العقد بسبب الاخلال بالالتزامات ,كما لو تعهد مقاول في صفقة الاشغال العمومية بانجاز مشروع في مدة زمنية معينة و مضت هذه المدة دون ان ينجز ما تعهد به.

1- شباطة فريد,مذكرة سابقة,ص22...انظر ايضا د/عبد الكريم بلعيور,نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري,دون طبعة,المؤسسة الوطنية للكتاب,الجزائر,1986,ص 257.

2- محمد الشافعي ابو راس,المرجع ,السابق,ص128.

- **الحالة الثانية**:اذا كان انتظار صدور الحكم بالفسخ في حالة اللجوء الى القضاء من شأنه أن يلحق أضرارا بمصالح الطرف الاخر.
- **الحالة الثالثة** :اذا اخل المتعاقد بالتزاماته بناءا على عدم احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد[1].

ثانيا :استبعاد الفسخ القضائي في مضمون الاتفاق

يتمتع المتعاقدان بالحرية التامة في تحديد صياغة الاتفاق ,غير انه لابد من مراعاة بعض الشروط فبالإضافة الى ضرورة وجود اتفاق صريح من المتعاقدين يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ احدهما لالتزاماته ويجب ان تتصرف ارادتهما الى استبعاد الفسخ القضائي ,اي تجنب السلطة التقديرية للقاضي حيث يقتصر دوره على معاينة مدى توافر الشروط التي وضعها المتعاقدان من اجل تحقق الفسخ و تثبيت ذلك [2] ,فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشروط و هذا عكس ما يحصل في الفسخ القضائي ,اذ يبقى العقد قائما الى حين صدور الحكم بالفسخ و هكذا فان الحكم الذي يثبت فيه الفسخ الاتفاقي و يعتبر حكما كاشفا له .

ثالثا: واقعة عدم التنفيذ كسبب للتمسك بالفسخ

يتضح من خلال المادة 120 من القانون المدني الجزائري انه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ الرابطة العقدية اذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ ما التزم به اتجاه الطرف الاخر[3],و بالتالي تعتبر واقعة عدم التنفيذ شرطا ضروريا لكي يستطيع المتعاقد أن يستعمل حقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه,دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء, و من ثمة فانه من حق المتعاقد ان يستعمل حقه في التمسك بالفسخ و ان يطلب التنفيذ , و يترتب على ذلك ان عدم تنفيذ الالتزام سواء كان جوهريا او غير جوهري يجيز للمتعاقد

1- حمو حسينة,مذكرة سابقة,ص34.

2- علي فيلالي,الالتزامات,النظرية العامة للعقد,دون طبعة,موفم للنشر و التوزيع والجزائر,2005,ص354.

3- خليل احمد حسن قدادة ,الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري,مصادر الالتزام ,الجزء 1,طبعة2 ,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر,2005,ص171.

كقاعدة عامة ان يفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذه ,و على الرغم من ان المشرع الجزائري لم يقيد من حرية المتعاقدين في هذا المجال فان ذلك لا يعني ان عدم التنفيذ يجيز الفسخ الاتفاقي مهما كان تافها ذلك ان المادة 124 مكرر من القانون المدني تقضي بعدم اساءة استعمال الحق و التعسف فيه.[1]

الفرع الثالث: اجراءات الفسخ الاتفاقي.

لا يمكن اعتبار العقد مفسوخا بمجرد توافر شروط الفسخ الاتفاقي ,بل يجب على المتعاقد المتمسك بالفسخ أن يتبع اجراءات قانونية لحل الرابطة العقدية ,فيتحول الوضع القانوني بعد ان يتخذ هذه الاجراءات من مجرد الحق في الفسخ الى فسخ العقد فعلا[2]

اولا: وجوب الاعذار.

الاعذار موقف لازم لا يجوز الاعفاء منه ,اذ يجب اعذار المتعاقد المقصر مطالبا اياه بتنفيذ التزاماته العقدية ,و لقد احسن المشرع صنعا عندما نص على وجوب توجيه الاعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة [3] , و ليكون ذلك كإنذار له عن تخلفه في تنفيذ ما التزم به وهذا حسب ما جاءت به المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه "اذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته, توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد", يتضح من خلال هذا النص ان الاعذار اجراء ضروري وجب القيام به و لا يجوز الاعفاء منه ليكون حجة في مواجهة المتعاقد المقصر ,و هذا ما جاء به القانون المدني كقاعدة عامة ايضا في نص المادة 120 منه المنظمة للفسخ الاتفاقي ,حيث خالف بذلك القوانين العربية في مسالة جواز الاتفاق على الاعفاء من الاعذار ,و هذا ما يدعو الى

1- حمو حسينة,مذكرة سابقة,ص35-36.

2- فريد شباطة ,مذكرة سابقة,ص36.

3- عمار بوضياف,الصفقات العمومية في الجزائر,دراسة تشريعية و قضائية و فقهية,طبعة1,جسور للنشر و التوزيع,الجزائر,2007,ص20.

القول بأن هناك حدا من حرية المتعاقدين دون اي فائدة و لا منطق قانوني[1] , ذلك ان المنطق القانوني يقضي بأنه اذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق على الفسخ مسبقا فانه يجوز لها تبعا لذلك بحريتهما المطلقة ان يتفقا على الاعفاء من الاعذار في حالة عدم قيام احدهما بالتنفيذ ,و مما لا شك فيه ان جواز ذلك يجعل كل متعاقد حريص على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتقه لأنه يعلم مسبقا بان الطرف لأخر له الحق في فسخ العقد بمجرد وقوع اخلال من جانبه دون ان يقوم باعذاره .

اما فيما يخص شروط الاعذار حسب المرسوم الرئاسي 247/15 فان الوزير المكلف بالمالية هو من يحدد بموجب قرار البيانات الواجب ادراجها في الاعذار و كذلك آجال نشره في شكل اعلانات قانونية[2] ,اما المادة 180 من القانون المدني فقد نصت على ان الاعذار قد يكون عن طريق البريد الإلكتروني او قد يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون الحاجة الى اجراء اخر,لكن مقابل ذلك لا يكون الاعذار مطلقا بل هناك حالات لا ضرورة للاعذار فيها.[3]

ثانيا :اعلان المتعاقد تمسكه بفسخ العقد

ان عدم تنفيذ المتعاقد للالتزامات الناتجة عقد تم فيه الاتفاق على الفسخ فان ذلك يجيز للطرف الاخر ان يبدأ باختيار الفسخ ,كما يجيز له ان كان قد بدأ باختيار التنفيذ المتأخر ان يعدل عن ذلك و يتمسك بالفسخ و يكون ذلك بتعبير يعلن فيه تمسكه بالفسخ,

و بالتالي فان الاجراء الاخر الذي يجب على المتعاقد في الفسخ الاتفاقي القيام به هو الاعلان عن رغبته في حل الرابطة العقدية, لان ارادته في هذا المجال هي التي تؤخذ بعين الاعتبار بعد حلول الاجل و ليس الاتفاق الذي بينه و بين المتعاقد الآخر من قبل على فسخ العقد[4],فقد يتحقق عدم التنفيذ في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا مع ذلك يبقى

1- حمو حسينة,مذكرة سابقة,ص36 , ...انظر ايضا كريم بالعيور,المرجع السابق,ص209.

2- راجع الفقرة 2 من المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15.

3- راجع المادة 181من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني.

4- حمو حسينة ,مذكرة سابقة ,ص 37.

العقد قائما من الناحية القانونية مادام المتعاقد الذي لم ينفذ ما التزم به لم يعلن عن رغبته في فسخ العقد ذلك ان عدم التنفيذ يقتصر دوره و لو كان الفسخ اتفاقيا على نشوء الحق في طلب الفسخ،و من ثم فاذا اعلن المتعاقد عن تمسكه به انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة حتمية لاستعماله لهذا الحق[1]

و لما كان لهذا الاعلان اهمية فانه يجب ان يكون قاطعا في دلالته على فسخ العقد, و من ثم لا يجوز استنتاجه او استنباطه وكما يجب ان يكون الاعلان قد اتصل بعلم الطرف الاخر في العقد و إلا فلا اثر له بالنسبة للعقد المراد فسخه[2].

المطلب الثاني : الفسخ الاداري لعقد الصفقة العمومية.

يعد الفسخ من اهم الامتيازات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها فهي تملك حق فسخ العقد من جانبها دون وقوع خطأ من المتعاقد معها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (الفرع الاول) او فسخه كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية (الفرع الثاني) وعلى اعتبار ان الصفقة العمومية عقد اداري فان احكام فسخ العقد الاداري من جانب الادارة لا تختلف عن نظيرتها في عقد الصفقة العمومية .

الفرع الاول: مفهوم الفسخ الاداري

كما عرفنا سابقا ان الادارة تتمتع بامتياز مهم و هو قدرتها على انهاء العقد بارادتها المنفردة و انطلاقا من ذلك فانها تملك سلطة فسخ الصفقة العمومية قبل انتهاءها دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها او في حالة وقوع خطأ منه لذلك سنتطرق للتعريف بهذه السلطة و ابرز الخصائص المميزة لها و اساسها القانوني و حدود ممارستها .

اولا: تعريف الفسخ الاداري و خصائص

1- راجع المادة 62 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني.

2- فريد شباطة , مذكرة سابقة ,ص 39.

أ – تعريف الفسخ الاداري

لقد اتفق الفقه المقارن على تسمية سلطة الادارة في انهاء العقد بالفسخ الانفرادي او الفسخ الاداري كما اطلق عليه الفقه الجزائري[1], و الذي اعتبره بمثابة طريقة من طرق انهاء العقود الادارية بصفة عامة و عقود الصفقات العمومية بصفة خاصة ,و تعتبر هذه السلطة من اهم ما يميز العقود الادارية عن العقود المدنية فالبرغم من انها سلطة اصيلة إلا انها ليست مطلقة ,تمارسها الادارة طبقا للقانون و يقابل ذلك حق المتعاقد في اتعويض الكامل متى انهى عقده لدواعي المصلحة العامة [2] و ينبني على ذلك انه ليس للمتعاقد مع الادارة ان يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه اللجوء الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك[3]

و عموما يمكن تعريف سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري هو قيام الادارة المتعاقدة وفق ما تتمتع به بامتيازات و سلطات ممنوحة لها باعتبارها سلطة عامة ,بفسخ العقد من جانبها و بإرادتها المنفردة مع المتعاقد معها كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك او نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ,و ذلك بعد اعذاره و عدم تداركه لأخطائه في الآجال المحددة للأعذار.

ب –خصائص الفسخ الاداري

تتميز سلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية بعدة خصائص أضفت عليها طابعا مميزا مستقلا فالإدارة تمارس هذه السلطة دون النص عليها في العقد , كما تمارس هذه السلطة دون انذار سابق و هذا بخلاف سلطتها في توقيع الجزاءات اذ انه من اللازم على الادارة

1– محمد الصغير بعلي ,المرجع السابق,ص 103.

2– مفتاح خليفة عبد الحميد,انهاء العقد الاداري,دون طبعة,دار المطبوعات الجامعية,مصر ,2007,ص72.

3– ماجد راغب الحلو,مرجع سابق,ص 123.

انذار المتعاقد معها قبل لجوئها الى توقيع الجزاء عليه و عادة ما يتم النص على هذا الانذار في دفاتر الشروط الخاصة بالصفقة العمومية.[1]

ثانيا :الاساس القانوني للفسخ الاداري

أ-الاساس الفقهي

اختلف الفقه الاداري في تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة في انهاء عقودها دون خطأ من المتعاقد فمنهم من يرى ان الانهاء يقوم على فكرة السلطة العامة ,و منهم من يرى انها تقوم على فكرة الصالح العام و مقتضيات سير المرفق العام ,و منهم من رأى انها تقوم على اساس الجمع بين الفكرتين السابقتين

1-الانهاء الانفرادي لعقد الصفقة على اساس فكرة السلطة العامة

السلطة العامة تشمل كل نشاط اداري تمارسه الادارة ,مع استعمالها لوسائل القانون العام لذلك وجب على الادارة ان تراعي دائما ضرورات المصلحة العامة ,و أنصار هذا الرأي يرون أن السلطة التي تتمتع بها جهة الادارة في الانهاء بالإرادة المنفردة ,انما تقوم على الامتيازات الاستثنائية للإدارة العامة ,وهي نتيجة طبيعية و منطقية لنظام السلطة العامة استقلالا عن شروط اطراف العقد ,ويعد من بين انصار هذا الرأي العميد (VéDEL)الذي يرى أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الادارة تقريره بالإرادة المنفردة ,وان الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام [2] و لفكرة السلطة العامة عنصرين هما :

- عنصر ايجابي:يتمثل في مجموعة الامتيازات و السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها السلطة الادارية ا في مواجهة الافراد كنزع الملكية للمنفعة العامة

1- شواطر فايزة,امتيازات السلطة العامة من حيث تنفيذ العقود الادارية,مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء,دفعة 18,المدرسة العليا للقضاء,الجزائر,2007,ص 36.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد, ص80-81.

- عنصر سلبي:يتمثل في مجموعة القيود و الالتزامات التي تتقيد بها الادارة اثناء ممارستها لأعمالها كاحترام هدف المصلحة العامة ,و احترام اساليب اختيار المتعاقد معها[1]

2- الانهاء الانفرادي لعقد الصفقة على اساس فكرة الصالح العام و مقتضيات سير المرفق العام.

يرجع أساس فكرة المرفق العام نتيجة للتطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في أواخر القرن 19 حين بدأت الدولة في التدخل في كافة الانشطة و الاعمال مقصورة على الافراد فقط ,بعد ان كان دورها يقتصر على وظائف الدفاع و القضاء,و بالتالي كان لابد على الدولة أن تنشئ مرافق عامة متنوعة تتولى القيام بتلك المهام و الانشطة الجديدة و نظرا لأهمية المرفق العام فقد اعتبره بعض الفقهاء اساسا قانونيا يمكن الاعتماد عليه في وضع الادارة بمركز اسمى ,و من انصار هذه الفكرة الفقيه (ليون ديجي) والفقيه(يونار)[2]

لكن الادارة العامة استنادا الى مقتضيات سير المرفق العام قد يظهر لها بعد التعاقد ان المرفق العام لم بعد في حاجة الى هذا العقد ,و عليه فمن مصلحة المجتمع انهاء هذا العقد الذي اصبح يتنافى و المصلحة العامة له ,على اعتبار ان المرفق العام مشروع يعمل بانتظام و اطراد تحت اشراف الدولة لسد حاجيات عامة , ومن القائلين بهذا الرأي الاستاذ (بينكو) الذي يرى ان للإدارة الحق في فسخ عقودها اذا اقتضى الصالح العام ذلك[3].

و في مصر يرى الاستاذ سليمان الطماوي ان اساس حق الادارة في انهاء العقود قبل الاوان وجود ظروف تستدعي هذا الانهاء و ان يكون هدف الادارة في اللجوء اليه تحقيق الصالح العام ,ومن ثم فان للإدارة ان تنهي عقودها اذا اصبحت غير مفيدة للمرفق العام و لا تحقق المصلحة العامة المقصودة لكن بمراعاة الاحكام التالية :

1- مودع فريدة ,مذكرة سابقة,ص32.

2- مودع فريدة,نفس المذكرة ,ص33.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد,المرجع السابق,ص78.

- ✓ ان سلطة الادارة في انهاء عقودها ليست سلطة مطلقة تلجأ اليها كيفما أرادت لكنها سلطة تقديرية يجب ان تهدف لتحقيق المصلحة العامة
- ✓ تستعمل الادارة هذه السلطة تحت رقابة القضاء و يمكن للقاضي الاداري بناءا على طلب المتعاقد مع الادارة أن يتحرى الاسباب الحقيقية التي دفعت بالإدارة الى انهاء العقد الاداري
- ✓ سلطة القاضي محدودة ,فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الادارة و لا يمكنه التعدي لبحث مدى ملائمة انهاء العقد للسبب الذي قام عليه الانهاء
- ✓ اذا ثبت للقاضي ان القرار الصادر بالإنهاء لا يقوم على سبب مشروع,فانه يملك سلطة الغاء القرار كقاعدة عامة
- ✓ حق المتعاقد في الحصول على تعويض في حالة حصول ضرر جراء انهاء العقد [1]

ب- الاساس التشريعي .

بالرجوع الى التشريع الجزائري في الصفقات العمومية و ما اقرته المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 بقولها "اذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد و اذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه اعلاه فان المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تفسخ الصفقة من جانب واحد" , نجد المشرع قد اعترف صراحة لجهة الادارة بممارسة سلطة الفسخ الاداري ,غير انه علق ممارسة هذه السلطة على اجراء جوهري يتمثل في الاعذار قبل اللجوء الى الفسخ ,ليكون هذا الاخير بمثابة حجة للإدارة ضد المتعاقد معها و انها لم تبادر الى الفسخ إلا بعد ان وجهت له الانذار لتدارك الوضعية غير انه متى ثبت انه لم يبال بذلك جاز لها اتخاذ الجزاء اللازم المتمثل في سلطة الفسخ الاداري[2].

1- سليمان الطماوي,المرجع السابق,ص750_753.

2- عمار بوضياف , شرح تنظيم الصفقات العمومية,المرجع السابق,ص 369.

الفرع الثاني :صور الفسخ الاداري

هناك صورتان من الفسخ الانفرادي و هذا مرده الى وجود حالتين تقع خلالهما سلطة الادارة في انهاء العقد بالإرادة المنفردة هما:

- حالة عدم خطأ المتعاقد و في هذه الحالة عندما تمارس الادارة سلطتها في الفسخ فإنها تستند الى دواعي المصلحة العامة و هذا ما اطلق عليه بالفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة
- حالة خطأ المتعاقد في هذه الحالة فان الادارة عندما تمارس سلطتها في الانهاء انما تستند الى المسؤولية العقدية و اخلال المتعاقد بالالتزامات التعاقدية و هذا ما يسمى بالفسخ الجزائي لذلك سنحاول التطرق لهاتين الصورتين

اولا :الفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة

يعتبر هذا النوع الاكثر تطبيقا و ايضاحا لسلطة الادارة في انهاء العقد ,و الاكثر ابرازا لامتيازاتها المختلفة, فقد تستدعي المصلحة العامة و متطلبات تسيير المرفق العام ان تقوم الادارة بإنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته,و ذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار في هذا العقد و دون حاجة الى اثبات خطأ من جانب المتعاقد معها [1]

بالنسبة لعقود الصفقات العمومية و من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية فان المشرع الجزائري قد نص على هذا النوع من الفسخ ضمن المادة 150 و التي جاء فيها انه " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى دون خطأ المتعاقد" و هذا عكس المرسوم 236/10 الذي لم ينص على هذا النوع

و تجدر الاشارة الى ان حالات تحقيق المصلحة العامة متنوعة و لا يمكن حصرها و مع ذلك فقد حدد الفقه و القضاء بعض الحالات التي اعترف فيها بتوافر شروط المصلحة العامة التي تبرر انهاء العقد و حالات اخرى رفض فيها الاعتراف بتوافر هذه المصلحة

1-مفتاح خليفة عبد الحميد ,المرجع السابق,ص 114.

فمن بين الحالات التي اعترف فيها مجلس الدولة الفرنسي و المصري بتوافر شرط المصلحة العامة الذي يبرر انهاء العقد

- انتهاء احتياجات المرفق العام التي ابرم العقد الاداري من اجل توفيرها.
- انعدام الفائدة من العقود المبرمة نظرا لعدم احتياج المرفق العام اليها
- الغاء المرفق الذي ابرمت العقود من اجل تسييره
- انهاء العقد بسبب تغير الظروف الاقتصادية حيث اجاز مجلس الدولة الفرنسي انهاء العقود التي تثقل كاهل الميزانية العامة للدولة.

اما الحالات التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي و المصري الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الذي يبرر الفسخ و هي على سبيل المثال لا الحصر تتمثل في [1]:

- الالغاء لأسباب شخصية
- الالغاء لأسباب تتعلق بحرية العقيدة الدينية
- الانهاء لأسباب ذات طابع سياسي او نقابي للمتعاقد
- انهاء العقد لأسباب مالية

اما الفقه الجزائري فيرى الاستاذ محمد الصغير بعلي انه يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالتين و هما :

- مراعاة لمبدأ الملائمة و التكييف الذي يحكم المرافق العامة
- و في حالة اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية[2]

ثانيا : الفسخ الجزائي

الفسخ في مجال تنفيذ العقود الادارية هو ذلك الجزاء الشديد الذي تلجا اليه الادارة المتعاقدة لحل الرابطة العقدية بينها و بين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته العقدية

1-مفتاح خليفة,المرجع السابق,ص 116,... انظر ايضا محمد صلاح عبد البديع ,سلطة الادارة في انهاء العد الاداري ,رسالة دكتوراه,كلية الحقوق,جامعة الزقازيق,مصر ,1993,ص 507.

2-محمد الصغير بعلي,المرجع السابق,ص 103.

اخلالا جسيما و فادحا , مما يستدعي استبعاده نهائيا عن دائرة التنفيذ , و لهذا فالإدارة لا تلجأ الى توقيع جزاء الفسخ إلا بعد ان تتأكد بصفة نهائية ان المتعاقد لم ينفذ او لم يعد قادرا على تنفيذ التزاماته على وجه مرض[1], مما يهدد استمرر المرفق العام ما يؤدي بالمصلحة العامة للخطر مما يدفع بالإدارة المتعاقدة الى الاستغناء نهائيا عن المتعاقد , قبل انتهاء مدته المقررة, و هذا ما يميز جزاء الفسخ عن الجزاءات الضاغطة التي يستبعد بموجبها المتعاقد عن التنفيذ بشكل مؤقت دون فسخ العقد[2].

و تجدر الاشارة ان الفسخ الجزائي نوعين يختلفان تبعا لجسامة الخطأ فاذا كان الخطأ بسيطا كنا امام فسخ مجرد , اما اذا كان الخطأ جسيما كان الفسخ جسيما لكنه يقترن بمسؤولية المتعاقد .

و يقصد بالفسخ الجزائي المجرد انهاء الرابطة التعاقدية تماما و يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و يكون للإدارة المتعاقدة الحق في المطالبة بالتعويضات عن الاضرار التي تلحقها[3] ,اما الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد[4] فيعد هذا النوع اشد جسامة على المتعاقد المقصر اذ لا تتوقف الادارة عن مجرد انهاء العقد و استبعاد المتعاقد عن العمل بل يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الاصلي و تتكفل الادارة باتخاذ كافة الاجراءات القانونية للتعاقد[5] .

1- بن سديرة جلول ,الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الادارية,مذكرة ماجستير,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة ابي بكر بالقايد,تلمسان,2015/2014,ص 112.

2- سبكي ربيحة,سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية,مذكرة ماجستير,كلية الحقوق و العلوم السياسية,جامعة مولود معمري,تيزي وزو,2013,ص150.

3- عبد الله نواف العنزي,النظام القاوني للجزاءات في العقود الادارية,دون طبعة,دار الجامعة الجديدة, مصر,2010, 149.

4- انظر الملحق رقم (02).

5- د/مفتاح خليفة عبد الحميد,المرجع السابق,200.

الفرع الثالث :شروط الفسخ الاداري

تختلف شروط الفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة عن شروط الفسخ الجزائي إلا انهما تؤديان الى نفس النتيجة و هي فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة .

أ –شروط الفسخ الاداري لدواعي المصلحة العامة

تستطيع الادارة كما عرفنا سابقا فسخ العقد الاداري بإرادتها المنفردة حتى و ان لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد معها بل لما تقتضيه المصلحة العامة ,و هذا الحق مقرر للإدارة حتى و ان لم ينص العقد على ذلك في شروط العقد و دون اعذار المتعاقد ,غير ان هذه السلطة ليست مطلقة بل هي سلطة تقديرية يجب مراعاة بعض الشروط و هي:

1–شرط المصلحة العامة:

لقد اجمع الفقه و القضاء الاداريين على ضرورة قيام سبب من الاسباب التي تتعلق بالمصلحة لعامة لكي تتمكن من ممارسة سلطة الفسخ الانفرادي للعقد ,و بالتالي فان شرط المصلحة العامة شرط ضروري لقيام الادارة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى و لو لم يخطأ المتعاقد و هذا مراعاة لمبدأ الملائمة و التكييف, لكن الادارة في هذه الحالة يجب على الادارة تعليل قرارها بالفسخ و ذلك لأمرين :

–ارتباط التسبيب ارتباطا وثيقا بمصالح الطرفين فيضمن هذا الاجراء حماية حقوق المتعاقد مع الادارة و التأكد من نية الادارة لتحقيق المصلحة العامة .

–وجود و قيام رقابة قضائية صارمة خاصة ان قرار الانهاء فيه من الخطورة ما يجب التسبيب و التعليل.[1]

2–شرط أن يكون القرار مشروعا ليس مشوبا بانحراف السلطة

ان فسخ العقد الاداري بصورة منفردة مثله مثل بقية الاعمال الادارية التي تقوم بها الادارة و التي تتجسد عبر القرار الاداري ,و من هذا المنطلق يجب ان يستوفي قرار

1– مودع فريدة ,مذكرة سابقة,ص123.

الفسخ اركانه الشكلية و الموضوعية ليكون قرارا مشروعا و على الادارة ان تراعي جميع الاجراءات المنصوص عليها في العقد و القوانين و اللوائح التي تتعلق بصحة القرار من الناحية الخارجية (الاختصاص_الشكل_ الاجراءات) و من الناحية الداخلية(السبب_المحل و الغاية)[1] و عدم توفر هذه الشروط يمكن المتعاقد من المطالبة بإلغاء قرار فسخ العقد لعدم المشروعية نظرا لإصابته بعيب الانحراف بالسلطة ,كأن يصدر القرار من جهة غير الجهة المخول لها اصدار القرار وتم التي هي المصلحة المتعاقدة ,فمخالفة و خرق قواعد الاختصاص في المجال الاداري ينجر عنه قيام عيب عدم الاختصاص بشكليه الجسيم و البسيط[2],بالإضافة الى رقابة القاضي على مشروعية قرار الفسخ فانه يملك ايضا سلطة مراقبة مدى ملائمة القرار الصادر عن الادارة و الهدف الصادر لأجله فإذا هي حادت عن الهدف او كان باعثها من اتخاذ القرار تحقيق مصلحة خاصة جاء القرار معيبا بسوء استعمال السلطة .

ب- شروط الفسخ الجزائي

نظرا لخطورة هذا الجزاء فان سلطة الادارة في توقيعه لا تعتبر مطلقة بل هي مقيدة حيث تخضع لشروط تتمثل في :

1-الخطأ الجسيم :

يفترض وقوع اخطاء جسيمة من المتعامل المتعاقد جزاء الفسخ عليه,فكل مخالفة منه لالتزاماته العقدية تمثل خطأ تعاقديا, و لكن يجب ان يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة و الجسامة حتى يكون مبررا تستند اليه الادارة لتوقيع جزاء الفسخ ,و الخطأ الجسيم هو ذلك الاخلال بالتزام تعاقدي او قانوني جوهري.

و قد اتفقت النصوص التشريعية و الاراء الفقهية و احكام القضاء على عدة حالات تتوافر فيها الجسامة و هي حالات اما تتصل بتنفيذ العقد كعدم التنفيذ المطلق للأعمال المتفق

1- مفتاح خليفة عبد الحميد ,المرجع السابق,ص 124.

2-محمد الصغير بعلي,الوسيط في المنازعات الادارية,دون طبعة,دار العلوم للنشر والتوزيع.عنابة,2009,ص109.

عليها ,و حالات تتصل بشخص المتعاقد و المتعلقة بتصرفاته كالتنازل على العقد او اسناده الى شخص اخر. [1]

2-اعذار المتعاقد:

يتمثل هذا الشرط في التزام الادارة بإعذار المتعامل المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه ,و هذا حسب ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 و كذا المادة 35-1 من دفتر الشروط العامة [2] , و يؤيد غالبية الفقهاء اجراء الاعذار على انه اجراء تمليه العدالة و المصلحة العامة, اذ تأبى قواعد العدالة ان يوقع مثل هذا الجزاء الخطير قبل اعذار المتعاقد و منحه مهلة لتنفيذ التزاماته اضافة الى ان المصلحة العامة تتطلب ذلك و يمكن ان يكون من اثره استجابة المتعاقد له و قيامه بتنفيذ التزاماته بدلا من فسخ العقد , غير انه اذا كان الاعذار واجبا إلا انه يمكن ان تعفى الادارة منه في عدة حالات منها[3]:

-اذا ما ورد نص صريح يعفي الادارة من توجيه الاعذار قبل توقيع الجزاء

-اذا اعلن المتعاقد صراحة عن رفضه التنفيذ .

-اذا تنازل المتعاقد عن العقد .

-كما انه لا ضرورة للإعذار اذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المتعاقد كاستعماله الغش في التنفيذ.

_كما تعفى الادارة من الاعذار اذا كان هذا الفسخ تاليا لجزاء سابق .

1- عبد الله نواف العنزي,المرجع السابق,ص 157.

2- القرار مؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادق غلى دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الاشغال الخاصة .

3- بن شعبان علي ,آثار عقد الاشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري,رسالة دكتوراه,كلية الحقوق و العلوم السياسية,جامعة منتوري , قسنطينة,2012/2011,ص 121.

و تجدر الاشارة انه ليس للإعذار شكل مميز بل يحدد الوزير المكلف بالمالية البيانات التي يتضمنها الاعذار و اجال نشره بموجب قرار في شكل اعلان قانوني, و قد الزم المشرع المصلحة المتعاقدة بوجوب اصدار اعذارين قانونيين [1] اذا ما لجأت الى الفسخ من جانب واحد تخطر بهما المتعاقد العاجز ,و يجب ان يتضمن الاعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة الى المتعاقد المقصر بيانات الزامية دون ان يترتب جزاء في حالة اغفال المصلحة احد البيانات .[2]

1- القرار المؤرخ في 28-03-2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار و اجال نشره.

2-عبدلي سهام ,الفسخ بين الطبيعة الادارية للصفقة العمومية و القانون الخاص ,مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية و الاقتصادية,العدد 9,المركز الجامعي لتامنغاست,الجزائر ,2015,ص67.

المبحث الثاني :الفسخ اللاإرادي لعقد الصفقات العمومية

كما عرفنا سابقا ان العقد الاداري بصفة عامة و عقد الصفقة العمومية بصفة خاصة قد لا يبقى حتى ينتهي نهاية طبيعية بالتنفيذ او بانقضاء المدة بل قد ينتهي نهاية غير طبيعية قبل أوانه تسمى بفسخ العقد ,و كما سبق و ان تطرقنا في المبحث الاول الى حالتين من حالات انتهاء عقد الصفقة العمومية تحت عنوان الفسخ الارادي للصفقة و الذي يكون بتدخل أحد أطراف العقد ,يأتي الدور في هذا المبحث الثاني على حالتين تؤديان الى فسخ عقد الصفقة العمومية دون تدخل من احد طرفي العقد ,و ذلك أما عن طريق القضاء ما يسمى بالفسخ القضائي (المطلب الأول) ,أو بصفة تلقائية بقوة القانون(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الفسخ القضائي لعقد الصفقات العمومية

الفرع الاول: مفهوم الفسخ القضائي.

من منطلق ان التقاضي مكفول للجميع فانه يجوز لأي من طرفي الرابطة العقدية اللجوء للقضاء الاداري المختص طالبا فسخ عقد الصفقة[1] .

اولا :تعريف الفسخ القضائي

يعتبر الفسخ القضائي حالة غير طبيعية لانتهاء الصفقة العمومية و ذلك قبل تمام تنفيذها و تمام مدتها ,حيث يتم عن طريق طلب يتقدم به احد المتعاقدين الى القاضي مطالبا اياه بفسخ العقد ,فإذا اتضح للقاضي سلامة ادعاءات المدعي حكم بالفسخ و جعل الفسخ من تاريخ تحريك الدعوى[2],لان سبب الفسخ في مثل هذه الحالة يكون عادة عدم تنفيذ احد طرفي العقد لالتزاماته ,اما اذا تبين عدم صحة الادعاءات او ان الاخطاء التي

1- عمار بوضياف,شرح تنظيم الصفقات العمومية, المرجع السابق ,ص368

2- محمد الشافعي ابو راس,المرجع السابق.ص127

ارتكبها المدعى عليه لا تمثل الجسامة التي تجعل من التنفيذ مستحيلا حكم برفض الدعوى .

و تجدر الاشارة ان تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على هذا النوع من الفسخ عكس الفسخ الاتفاقي و الفسخ الاداري ,و طالما كان الفسخ في مجال العقود الادارية امتداد لنظرية الفسخ في العقود الخاصة فان القانون المدني قد نص على الفسخ القضائي كأصل عام لفسخ العقود و هذا ما جاء في المادة 119 منه حيث نصت على انه:"في العقود الملزمة للجانبين ,اذا لم يوف احد المتعادين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه ,مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الامر ذلك ", يتضح من خلال هذا النص ضرورة اللجوء الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد فهو حق اصيل يستعمله احد طرفي العقد بسبب اخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية, و له ان يطلب الحكم بالتعويض عن ما اصابه من اضرار و يكون ذلك مع طلب الفسخ او بدعوى مستقلة [1] .

ثانيا :شروط الفسخ القضائي.

نكون امام فسخ قضائي اذا توافرت الشروط التالية:

أ-ان يكون العقد ملزما للجانبين:

فلكي يكون هناك فسخ يجب ان يكون العقد ملزما للجانبين اي تبادلي بحيث ينشئ التزامات على كل من طرفيه.[2]

ب-امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه:

يشترط للمطالبة بفسخ العقد وقوع اخلال بالالتزامات التعاقدية من احد طرفي العقد و ذللك بعدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه في العقد بعد حلول الاجل المحدد له, و عدم التنفيذ المعتد

1-محمد الشافعي ابو راس,المرجع السابق.ص127.

2- بوعروج علي ,مذكرة سابقة,ص20.

به في مجال الفسخ القضائي هو عدم التنفيذ الذي تسبب فيه أحد المتعاقدين دون تدخل اجنبي و ذلك نتيجة خطئه المتعمد او اهماله ,او اللامبالاة لما رتبه العقد من التزامات.[1]

ج-ان لا يكون طالب الفسخ مقصرا في التزامه:

من غير الممكن ان يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ ما عليه من التزامات ,فيجب ان لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه و هذا يقضي ان يكون قد وفى بما تعهد به او ان يكون مستعدا على الاقل للوفاء به. [2]

د- ضرورة صدور حكم بالفسخ:

اذا تحققت الشروط السالفة لا يؤدي الى تحقيق النتيجة المرجوة و هي فسخ العقد ,ذلك انه قد يحدث بعد رفع الدعوى ان يقوم الطرف المقصر بالتنفيذ فلا يكون هناك فسخ و لا يستجيب القاضي الى طلب الفسخ لما له من سلطة تقديرية في ايقاع الفسخ القضائي من عدمه ,لذلك لا بد من صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ و يكون الحكم الصادر بهذا الشأن منشأ له.[3]

الفرع الثاني: اجراءات الفسخ القضائي.

حتى يستطيع المتعاقد استعمال حقه في طلب فسخ العقد امام القضاء يجب اتباع

اجراءات قانونية تتمثل في :

اولا :الاعذار.

1- حمو حسينة,مذكرة سابقة,ص23.

2- علي بوعروج,مذكرة سابقة,ص 21....راجع ايضا علي فيلالي,المرجع السابق,ص351.

3- بلحاج العربي,النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري,الجزء 1,الطبعة ,ديوان المطبوعات الجامعية,2004,ص378.

يعتبر الاعذار اجراء مهم قبل القيام بالإجراءات الاخرى للفسخ سواء كان الفسخ اتفاقيا او اداريا او قضائيا, فهو بمثابة انذار للمتعاقد المقصر لتكليفه بتنفيذ التزاماته التعاقدية , ورغم ان قانون الصفقات العمومية لم ينص على الفسخ القضائي الا انه على نص على الاعذار من خلال المادة 149,اما القانون المدني فقد نص على وجوب الاعذار قبل المطالبة بالفسخ و هذا حسب ما جاء في المادة 119 منه ,لكنه المقابل ذلك هناك حالات لا يتوجب فيها الاعذار و التي نصت عليها المادة 181 من القانون المدني و بالتالي فان الاعذار في الفسخ القضائي لا يختلف عن الاعذار في الفسخ الاتفاقي او الفسخ الاداري .

ثانيا : رفع دعوى الفسخ .

أ- تعريف دعوى الفسخ .

كما هو معروف ان الدعوى هي كل ادعاء قانوني معروض على القضاء للحصول على الحماية القانونية للحق المدعى به[1] فانه يمكن تعريف دعوى الفسخ بانها حق المتعاقد في الالتجاء الى القضاء الاداري المختص من اجل المطالبة بفسخ عقد الصفقة العمومية,و من الطبيعي ان يستند رافع الدعوى سواء كان الادارة او المتعاقد لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي و يبرر استجابة القاضي الاداري لموضوع الدعوى[2]

ب-شروط رفع الدعوى .

لكي تقبل دعوى الفسخ يجب توافر جملة من الشروط و هي الشروط العامة لرفع الدعاوى الادارية

1-الشروط الشكلية .

طبقا للمادة 815 و 816 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ترفع الدعوى الادارية امام الجهة القضائية المختصة بعريضة مكتوبة تدع لدى امانة الضبط و موقعة من محام و تكون عريضة افتتاح الدعوى بنسخ تساوي عدد المدعى عليهم و طبقا للمادة 15 من

1- فضيل العيش,شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد,دون طبعة,منشورات امين,الجزائر ,2009,ص39.

2-عمار بوضياف, شرح تنظيم الصفقات العمومية,المرجع السابق,ص368.

نفس القانون و هي مادة مشتركة تسري على جهات القضاء العادي و الاداري وجب ان تتضمن عريضة الافتتاح البيانات التالية :

-الجهة القضائية التي ترفع امامها الدعوى.

_اسم و لقب المدعى و موطنه

_اسم و لقب المدعي عليه

_اشارة لتسمية الشخص المعنوي

-عرض موجز للوقائع و الطلبات ووسائل لإثبات المدعمة للدعوى

-الاشارة للمستندات و الوثائق المرفقة[1]

2 -الشروط الموضوعية:

نصت المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية انه "**لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون**",و عليه لكي تصح دعوى الفسخ يجب ان يكون طالب الفسخ ذي صفة و صاحب حق و الا رفضت دعواه , كما لا تقبل دعواه إلا اذا كانت له مصلحة قائمة و منفعة من وراء رفعها الى القضاء فهذه المنفعة تشكل الدافع من وراء رفع الدعوى و الهدف من تحريكها فلا دعوى دون مصلحة تستند الى حق او مركز قانوني تم الاعتداء عليه .[2]

الفرع الثالث:اسباب الفسخ القضائي.

يقرر القاضي الاداري فسخ عقد الصفقة العمومية للأسباب التالية:

اولا :القوة القاهرة

1-عمار بوضياف, المرجع في المنازعات الادارية,القسم 1,الطبعة1,جسور للنشر و التوزيع,الجزائر ,2013,ص276.

2- عبد الرحمن برابرة,شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية,الطبعة2,منشورات بغدادي,الجزائر ,2009,ص34 .

تؤدي القوة القاهرة الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته اذا ما ثبت ان تحققها بسبب اجنبي لا دخل له فيه ,و بالتالي فان الادارة في هذه الحالة لا تستطيع ارغامه على التنفيذ[1],و تتميز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة في كونها تؤدي الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة بينما الظروف الطارئة تجعل من التنفيذ مرهقا للمتعاقد فبدلا من ضرورة الاصرار على تنفيذ العقد او اللجوء الى فسخه تقوم الادارة بإعانة المتعاقد لاجتياز هذه الظروف و ذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد[2], و قد المشرع الجزائري للمتعاقدين فرصة مناقشة كيفيات تطبيق القوة القاهرة كلما توفرت شروطها و ذلك في اطار احكام دفتر الشروط الخاص بالصفقة كان يحدد مثلا الحد الادنى و الحد الاقصى الذي يجب ان يتحمله المتعاقد اثناء الحدث الفجائي الغير متوقع[3].

ثانيا :الفسخ القضائي كإخلال بالالتزامات العقدية .

انطلاقا من ان الفسخ حق قانوني يمكن صاحبه من حل الرابطة لعقدية بسبب اخلال احد اطراف العقد بواجب التنفيذ ,بالتالي فهو حق للإدارة و المتعاقد معها مع اختلاف موقف كل منهما

أ –بالنسبة للمتعاقد

لا يستطيع المتعاقد ان يوقع الجزاء بنفسه على الادارة بل له يسلك سبيل التقاضي عن طريق رفع دعوى الفسخ و يعد هذا الفسخ الذي يحكم به القاضي الاداري للمتعاقد مقابل لحق الادارة في فسخ العقد لخطأ المتعاقد ,لكن القضاء الاداري لا يحكم به إلا لخطأ جسيم ترتكبه الادارة لان الجزاء الاصيل في المسؤولية التعاقدية هو التعويض و من بين الاخطاء الجسيمة التي قد ترتكبها الادارة و التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مبررا للفسخ

1–سليمان الطماوي,المرجع السابق,ص 728.

2–سعيد السيد علي ,نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية و الشريعة الاسلامية,دون طبعة,دار الكتاب الحديثة,مصر ,2006,ص47.

3– بن شعبان علي,مذكرة سابقة,ص27.

-تأخر الادارة تأخرا كبيرا في البدء في تنفيذ العقد

-وقف الادارة للأعمال موضوع العقد وقتا طويلا [1]

ب- بالنسبة للإدارة

يلجأ الى هذه الطريقة عندما تبلغ جسامة المخالفات العقدية قدرا كبيرا بحيث لا يرجى معها الاستمرار في تنفيذ بنود العقد و يشمل ذلك التنفيذ الخاطئ للالتزام العقدي او عدم التنفيذ أصلا لذلك تستطيع الادارة كما هو معروف ان تلجأ الى فسخ العقد بقرار منها ,غير انه يمكن للإدارة ان تتنازل عن استعمال حقها في الفسخ و تسلك سبيل التقاضي حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض اذا ثبت انها قد اساءت استعمال هذا الحق او استعملته استعمالا غير مشروع[2].

ثالثا :الفسخ القضائي كمقابل لسلطة الادارة في تعديل العقد

للإدارة الحق في ان تجري تعديلات على العقود الادارية و لكن حينما تتجاوز الادارة حدود سلطة التعديل بما يؤدي الى انقلاب موضوع العقد رأسا على عقب يصبح المتعاقد امام عقد جديد, او تؤدي الى تغيير جوهره على نحو او بصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد فتزيد من اعباء المتعاقد , فان المتعاقد له حق طلب الغاء القرارات التي تلجأ الادارة للتعديل عن طريقها بطريقة غير مشروعة ,وإذا وجد ايضا ان التعويض لن يجديه في مواجهة الظروف الجديدة له ان يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد و اذا حكم القاضي بالفسخ فان الحكم يسري بأثر رجعي مع ترتيب التعويض المادي للمتعاقد[3]

1- سليمان الطماوي,المرجع السابق,ص552.

2-سليمان الطماوي,المرجع نفسه,ص727.

3- محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 254

المطلب الثاني: فسخ الصفقة بقوة القانون.

قد يفسخ العقد الإداري بصفة عامة و عقد الصفقة العمومية بصفة خاصة بحكم القانون في بعض الأحيان عند تحقق وقائع معينة لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى النوع الأخير من أوجه فسخ عقد الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تعريف الفسخ بقوة القانون.

يقصد به وقوع الفسخ تلقائيا أي دون تدخل طرفي العقد، في حالات يقرر فيها القانون إنهاء العقد قبل نهاية الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها ,و يكون الفسخ اعتبارا من تاريخ تحققه، كما أنه لا يتطلب إعذار المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، علاوة على أنه لا يمكن الحكم فيه بالتعويض لأن المتعاقد لا إرادة له أو خطأ في حدوث ذلك الطارئ الذي جعل التنفيذ مستحيلا إطلاقا[1] ,و يقابل نظام الفسخ بقوة القانون نظام الإنفساخ في القانون المدني حيث تنص المادة 121 منه على أنه:" **في العقود الملزمة لجانبين إذا نقض الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه التزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون**".

فطبقا لهذا النص نجد مشرع الجزائري قد وضع قاعدة عامة ينحل فيها العقد في جميع الحالات التي لا ينفذ فيها بسبب لا يد للمتعاقد فيه، فتلك القاعدة هي التي ينطلق منها المتعاقد لحماية حقوقه في مواجهة الادارة الذي قد أصبح التنفيذ بالنسبة له مستحيلا و لا إجبارا بالمستحيل[2].

1- الآغر عبد الله محمد أحمد، إنفساخ العقد بقوة القانون، مذكرة ماجيستير، كلية القانون جامعة النيلين، القاهرة، مصر، 2007،ص 3.

2- مراد مليكة، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجيستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية,جامعة أحمد بوقرة، بومرداس الجزائر، 2010,ص 46.

كما تنص المادة 176 من القانون المدني انه **إذا استحال على المدين أن ينفذ عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب لا يد له فيه و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.**"

و يتضح من خلال ذلك أن استحالة تنفيذ التزام العقد بسبب أجنبي كالقوة قاهرة أو في حكمها يؤدي إلى انقضاء التزام و ينقض معه الالتزام المقابل، و يسمى بذلك انفساخ العقد و المقصود بالاستحالة التي تؤدي إلى انحلال العقد هي تلك التي لا يمكن توقعها و لا مقاومتها كالقوة القاهرة في حكمها و عليه فإن الإنفساخ هو إنحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام بسبب أجنبي.

و يلزم لانفساخ العقد توافر الشروط التالية:

- يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد، أي قد نشأت بعد إتمام إبرام العقد الطي هو محل الانفساخ.
- يجب أن تكون استحالة التنفيذ كاملة، أي استحالة تامة، شاملة لجميع التزامات الناشئة عن العقد.
- يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي عن المدين أي لا يد له فيه و أن يكون هذا الاخير قد قام بعمل ما في وسعه لتفادي وقوعها و رغم ذلك وقعت[1].

و منه لا سبيل إلى تدخل القاضي في انفساخ العقد بحكم القانون إذ بمجرد تحقق شروطه إلا أنه لا يؤخذ بهذا القول على الإطلاق ذلك أن الواقع العملي قد يفرض وقوع نزاع بين المتعاقدين بشأن تحقق الاستحالة من عدمها و هذا يجعل اللجوء إلى القضاء ضرورة حتمية، إلا أن سلطة القضاء يجب أن لا تتجاوز التحقق من وقوع الاستحالة أو

1- مليكة مراد,مذكرة سابقة,ص 47...راجع أيضا محمد سعدي الصبري,الواضح في شرح القانون المدني الجزائري,الجزء 1 ,النظرية العامة للالتزامات,مصادر الالتزام,العقد و الارادة المنفردة,الطبعة 4, دار الهدى عين مليلة, الجزائر ,2007 ,ص261 .

عدم وقوعها و حكمه هنا لا يعني أنه منشئ للانفساخ و إنما يعتبر مقررا له، لأن الانفساخ يكون قد تحقق منذ تحقق شروطه أما إذا تبين له أن الاستحالة التي إدعاها المتعاقد وهمية فإنه يحكم ببقاء العقد قائما.

و منه إذا انفسخ العقد بقوة القانون فإنه يترتب على ذلك انقضاء التزام المتعاقد ,كما يترتب عنه زوال العقد من تلقاء نفسه و بقوة القانون و له نفس الاثر الذي يترتب على انواع الفسخ الاخرى فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[1]

الفرع الثاني: حالات الفسخ بقوة القانون.

ينقضي العقد بقوة القانون في الحالات التالية.

اولا : هلاك محل العقد.

يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء الحقوق و الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجودا و ممكنا و معينا تعيينا سواء كان تعيينه بالإشارة إليه و إلى مكانه الخاص أو بذكر الأوصاف المميزة له كما يشترط محل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به اي أن يكون مشروعا[2].

و بذلك فإنه بتعرض محل العقد للهلاك ينقض العقد بقوة القانون و قد يكون هلاك المحل بسبب خارجي عن الطرفين، و هنا ينقض العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضا بسبب الانقضاء.

و قد يكون مرجع الهلاك إلى عمل الإدارة و حين إذ نكون على الحد الفاصل بين انهاء العقد بقوة القانون و إنهاءه بالطريق الإداري و هنا قد يصحب إنهاء العقد تعويض

1- مراد مليكة، نفس المذكرة السابقة، ص48

2- لؤي عبد الكريم، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد و أهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، كلية القانون و العلوم السياسية, جامعة ديالى ,العراق العدد 53 ,2011، ص06.

المتعاقد و ذلك في حالة ما إذا هلك المحل نتيجة لإجراء عام فحين إذ لا يعوض المتعاقد إلا إذا توافرت شروط نظرية الأمير.[1]

ثانيا : إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد.

أ-وفاة المتعاقد:

يدرك المشرع جيدا بأن الموت قد يحول بين المقاول المتعاقد الاصلي و بين تنفيذ الاشغال محل العقد لذلك نجده حريصا على أن يحتوي دفتر الشروط على الأحكام الواجبة التطبيق في هكذا حالة خاصة و أن شخصية المتعاقد هي محل اعتبار فيقرر

استمرار أو انقضاء التعاقد و في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط العامة الإدارية المنظم لعقود الاشغال العامة قد تطرق إلى حالة وفاة مقاول فنص على:" **يفسخ العقد بدعم القانون و بدون التعويض في حالة وفاة مقاول باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لإكمال الاشغال**"[2].

و يبرز من خلال النص أنه أقر فسخ العقد بقوة القانون بمجرد وفاة المتعاقد إلا إذا تقدم ورثته بعرض للإدارة صاحبة المشروع بغية الاستمرار في التنفيذ بدلا من مورثهم و وافقت الإدارة على عرضهم متى رأت بأن ذلك يحقق الصالح العام فهنا تستمر الرابطة العقدية و يواصل الورثة تنفيذ الالتزامات.[3]

ب- إفلاس المتعاقد أو التسوية القضائية.

كما سبق في حالة وفاة المتعاقد فإن المشرع قد تكفل بمعالجة حالة الرابطة العقدية تبين للمتعاقد و الإدارة ففي حالة إفلاس المتعاقد أو التسوية القضائية قرر المشروع ما يلي: "

1- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 738.
2-الفقرة الأولى من المادة 37 من دفتر الشروط العامة 1964
3-بن شعبان علي، مذكرة سابقة، ص 236.

...يفسخ العقد كذلك بحكم القانون و بدون تعويض في حالة افلاس المقاول و باستثناء الحالة التي تقبل بها إدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل الدائن تفليسة لمتابعة المقاولة و ذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة استغلال المشغل.و يفسخ العقد في الحالة ..... التسوية القضائية التي يسمح فيها المقاول بمتابعة استغلال مشغله".[1]

فالمشرع الجزائر فصل بذات الحكم سواء لوفاة المقاول و لإفلاسه و فرض تسوية القضائية على أعماله و ذلك برفع يده عن أمواله و تعيين وكالة التفليسة ليتولى تسوية أعماله و سداد ديونه.

فقرر في الحالتين جعل مصير الرابطة العقدية بيد الإدارة صاحبة المشروع مراعية الصالح العام لتقرر ما تراه كفيلا بتحقيق النفع العام الذي هو هدفها من خلال المرافق العامة.[2]

ثالثا: إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين أو اللوائح.

و هنا أيضا يتم إنفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح و أحيانا يصدر التشريع يقضي بإنهاء بعض العقود و ذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التي أبرمت تلك العقود لمواجهتها.

1- الفقرة الثانية من المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة 1964.

2-بن شعبان علي، المذكرة السابقة، ص238

خلاصة الفصل الثاني

و كخاتمة لهذا الفصل يمكننا القول ان الفسخ طريقة غير طبيعية لانتهاء عقد الصفقة العمومية قبل تمام تنفيذها ,و قد يكون هذا الفسخ اما اتفاقيا من خلال اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ,او اداريا و ذلك بصدور قرار يقضي بفسخ عقد الصفقة من جانب الادارة بارادتها المنفردة لما تتمتع به في هذا المجال من امتيازات ممنوحة لها باعتبارها سلطة عامة سواء كان ذلك لدواعي المصلحة العامة او كجزاء توقعه على المتعاقد المخل بالتزاماته ,كما قد يكون هذا الفسخ قضائيا من خلال اللجوء الى القضاء لطلب فسخ العقد لأسباب معينة ,و اخيرا قد يقع الفسخ تلقائيا في حالات معينة دون تدخل من الادارة او المتعاقد فيكون بذلك مفسوخا بقوة القانون.

الخاتمة

الخاتمة

الخاتمة

اخيرا و ليس اخرا يمكن القول من خلال دراستنا لكافة جوانب هذا الموضوع اننا في الفصل الاول اعرجنا على الاطار المفاهيمي للصفقات العمومية و هي عقود ادارية ذات اهمية كبيرة ،لها ما يميزها عن العقود الاخرى ، سواء الادارية او عقود القانون الخاص بشكل كبير ،كونها تنظم بمرسوم رئاسي ،و تمس الخزينة العامة للدولة ، كما انها تتضمن شروط غير مألوفة في العقود المدنية ،ذلك كون الادارة –الدولة – طرفا في العقد ، فهذا يجعلها هي صاحبة السلطة الاكبر في العقد الاداري اثناء ابرامه ، و هذا الحق اقره الفقه و التشريع و حتى القضاء ،نظرا لان الادارة عند ابرامها لهذا العقد فهي تستعمل اساليب السلطة العامة التي منحت لها.

كما اننا لاحظنا ان المشرع الجزائري في المرسوم المنظم للصفقات العمومية نص على اربعة انواع لها ،و هي عقد الاشغال العامة و الذي يعتبر من اهم انواع الصفقات العمومية ،و عقد اقتناء اللوازم و لذي عرفه الفقه تخت عنوان عقد التوريد ،و كذلك عقد الخدمات و الذي يراد من خلالها تقديم خدمة ،و عقد الدراسات الذي يستوجب خبرة و دراسات سابقة و يأتي في اي صفقة قبل الشروع فيها لدراسات كافة جوانبها السلبية و الايجابية .

و كما هو معروف سابقا ان الصفقات العمومية قد تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء مدتها ، او تنفيذ ما التزم به ، و قد تنتهي نهاية غير طبيعية و التي هي محور دراستنا لهذا ،و لقد اعطى المشرع الجزائري نهاية غير طبيعية للصفقات العمومية واحدة و هي عن طريق الفسخ ، هذا الاخير الذي قمنا بتعريفه على انه جزاء الاخلال بالتزامات العقدية ،

و كذلك ميزنا بينه و بين مختلف المصطلحات القانونية المشابهة له كالبطلان و عدم النفاذ ..الخ

كما انا للفسخ اساس قانوني ، و هوما لاحظناه انه كالقاعدة العامة في كل العقود سواء ادارية ، او من عقود القانون الخاص ، فنطبق ما جاء في القانون المدني على ان لا يخاف ذلك ما جاء به تنظيم الصفقات العمومية ، كما انه عند تطبيق الفسخ في الصفقات العمومية ، يجب ان يوافق مضمونه القاعدة العامة في القانون المدني .

كما ان للفسخ عدة اثار قانونية قد تقع على المتعاقدين و حتى على الخلف العام لإحدى الاطراف المتعاقدة و الخلف الخاص، و هذا بالنسبة لكل انواع العقود الملزمة لجانبين – خاصة ،ادارية –، اما الاختلاف الذي رأينها في الاثار التي تقع على المتعاقدين و خلفهم ، انه في العقود الادارية تم تعريف الغير و الذي قد تقع عليه بعض اثار فسخ العقد الاداري ، هذا الاخير الذي لم يتم تعريفه في عقود القانون الخاص .

و بما ان محور دراستنا هو النهاية غير الطبيعية للصفقات العمومية ، فلقد حاولنا في الفصل الثاني تسليط الضوء و محاولة توضيح جميع المفاهيم التي تخص هذا الجانب ، و انطلاقا من ان عقود الصفقات العمومية اوجدت من اجل تحقيق المصلحة العامة ، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد من خلال التعاقد مع احسن المتعاملين فنيا و ماليا و هذا ما جعل الصفقات العمومية تتطلب عددا كبيرا من المعطيات لارتباطها بالمصلحة العامة و المال العام .

الا انه قد يطرأ ما يجعل من تنفيذ الصفقة العمومية مستحيلا ,فيتم اللجوء الى فسخها كما سبق الذكر و هذا اما باتفاق الطرفين و هذا في كل العقود الملزمة لجانبين ، حيث اجاز المشرع للمتعاقدين الاتفاق بينهما على حل الرابطة العقدية متى ما اخل احد الطرفين بالتزامات المتفق عليها في العقد ، او من جانب الادارة بموجب قرار اداري صادر من

جانبها بصفة منفردة لما تتمتع به من امتيازات و سلطات ، باعتبارها سلطة عامة و هذا ما يميز العقود الادارية عن عقود القانون الخاص ،و كذلك يتم فسخ الصفقة باللجوء الى القضاء من خلال رفع دعوى قضائية اما الجهة القضائية الادارية المختصة ، يطلب فيها احد المتعاقدين فسخ الصفقة العمومية جراء الاخلال بالتزامات العقدية ، او يكون فسخا تلقائيا بقوة القانون لحالات معينة مثل القوة القاهرة التي تجعل من تنفيذ الصفقة العمومية مستحيلا استحالة مطلقة .

ومن خلال كل هذا توصلنا الى النتائج التالية :

-الصفقة العمومية هي عقود ادارية مكتوبة احاطها المشرع بجملة من الشروط الاجراءات التي تميزها عن باقي العقود الاخرى .

-الصفقات العمومية العمومية اربعة انواع ذكرها المشرع بالترتيب في كل التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية .

-تتميز الصفقات العمومية بجملة من الخصائص ، تجعلها من اهم العقود الادارية ، التي تعنى بحسن سير المرفق العام ، و تحقيق المصلحة العامة .

-الفسخ نظام قانوني يتم من خلاله التحرر من الرابطة العقدية ، و هو جزاء الاخلال بالتزامات العقدية .

- الفسخ يتميز عن غيره من المصطلحات المشابهة من حيث شروطه و اسبابه ، و اثاره .

-فسخ الصفقة العمومية أثر رجعي يعيد المتعاقدين الى الحال التي كان عليها من قبل

-تنتهي الصفقة العمومية اما نهاية طبيعية بتنفيذها او انتهاء مدتها ،او غير طبيعية قبل انتهاء المدة المتفق عليها عن طريق فسخها .

-تفسخ الصفقة العمومية اما باتفاق الطرفين ، او ان تقوم الادارة بفسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ، او باللجوء الى القضاء المختص ،او بقوة القانون .

- جواز الاتفاق على فسخ الصفقة بالتراضي .

- سلطة الادارة في فسخ الصفقة ليست مطلقة ، بل ترد عليها قيود و تخضع لرقابة القضاء

-يختص القضاء الكامل بدعاوى الفسخ القضائي .

تتضمن دعوى الفسخ الشروط العامة لكل دعوى قضائية ادارية .

التوصيات المقترحة :

-يجب على المشرع ادراج الفسخ القضائي ضمن قانون الصفقات العمومية .

- اعادة النظر في السلطات الممنوحة للإدارة في تعاملها مع المتعاقد ، حتى لا تتعسف في استعمال هذه السلطة .

-ضرورة تعديل قرار 1964 المتعلق بدفتر الشروط العامة ، حتى يلائم اكثر تنظيم الصفقات العامة .

-تشديد الرقابة على قرار الادارة بالفسخ ، حفاظا على حقوق المتعامل معها .

-ضبط المتعاقد اكثر بالقوانين للحد من التجاوزات التي قد يرتكبها ، حفاظا على المصالح العامة ، و الاموال العامة .

–من المستحسن ان يحدد المشرع التي تلجأ اليها الادارة في الفسخ الاداري للصفقة .

– لا بد للمشرع ان يولي اهمية اكبر لدعوى الفسخ ، و يحيطها بجملة من الاجراءات كباقي الدعاوى الادارية الاخرى .

قائمة المصادر والمراجع

اولا : المصادر

أ-الدساتير :

-دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل و المتمم بموجب القانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر عدد 63 ، الصادرة في 2008/11/16 ، و المعدل و المتمم بالقانون 16-01 المؤرخ في2016/03/06 ، ج رعدد14 مؤرخة في 07 /2016/03.

ب- القوانين :

- القانون 08-09 المؤرخ في 2009/03/25 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج رعدد .. الصادرة في 2009/03/26 .

- الامر 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية ،ج،ر 52.

ج- الاوامر :

-الامر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدنية .

د - المراسيم:

- المرسوم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58صادرة 2010/10/07،المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 11-89 المؤرخ في 2011/03/01 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج ر14 المعدل و المتمم.

- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العمومي، ج ر 50 مؤرخة في 2015/9/20.

هـ - القرارات :

-قرار مؤرخ في 1964/11/21 يتضمن المصادقة غلى دفتر الشروط الادارية العامة .

- القرار الوزاري رقم654 المؤرخ في 1988/05/15 -المتعلق بكيفيات ممارسة تنفيذ الاشغال في مجال البناء و اجر ذلك، ج، ر 43،المعدل و المتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02امؤرخ في 2001/07/04،ج،ر45.

ثانيا :المؤلفات باللغة العربية :

1- احمد سلامة بدر العقود الإدارية وعقد البوت ، ط2 ،القاهرة ،2003.

2-احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة الادارية العامة في العقود الادارية ، د ط ، دار النهضة العربية ،بيروت ،لبنان ، 1983.

3- امجد محمد منصور ،النظرية العامة للالتزامات ،طبعة 1،دارالثقافة للنصر والتوزيع ،الاردن ،2003.

4- بوعمران عادل ،النظرية العامة للقرارات و العقود الادارية ،دراسة تشريعية و فقهية و قضائية، د ط ،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ،2010.

5- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد ،الدار الجامعية ، بيروت ،1997.

6- حمد محمد الشلماني ،امتيازات السلطة في العقد الاداري ، د ط ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007.

7- خليل احمد حسن قدادة ,الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري,مصادر الالتزام ,الجزء 1,طبعة2 ,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر,2005.

8- رضا جنيح ،القانون الاداري ،د ط، مركز النشر الجامعي ،تونس ،2004.

9-عبد الرزاق دربال ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، د ط، دار العلوم للنشر ،عنابة ،2004.

10- عبد الله نواف العنزي ،النظام القانوني للاجراءات في العقود الادارية ، د ط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2010.

11- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الاسس العامة للعقود الادارية، د ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2004.

12- عبدالمنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام، دط ،دار النهضة العربية، مصر ،1991.

13-عبد الرحمان برابرة ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ،ط 2، منشورات بغدادي ، الجزائر ،2009.

14- عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الاولى، ،جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر،2007.

15- ـــــــــــ،الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية) ط1،جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر،2007.

16- ـــــــــــ،الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية) ط3،جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009.

17- ـــــــــ ،القانون الاداري ، ط3،جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2013.

18-ـــــــ،الوسيط في المنازعات الادارية (القسم 1) ، الطبعة 1، جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2013.

19-ـــــــــ،شرح تنظيم الصفقات العمومية،طبعة3، جسور للنشر و التوزيع الجزائر،2014.

20-علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دون ط ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 .

21- فضيل العيش ،شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، د ط ، منشورات امين ، الجزائر ، 2009.

22- محمد الشافعي ابوراس ،العقود الادارية، ببنها ، 2010.

23- محمد الصغير بعلي ،العقود الادارية ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،2013.

24-ـــــــــ، الوسيط في المنازعات الادارية ، د ط . دار العلو للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2009.

25- محمد حسين منصور ،الشرط الصريح الفاسخ ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2003.

26- مفتاح خليفة عبد الحميد ،انهاء العقد الاداري ، د ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ،2007.

27- محمود خلف الجبوري ،العقود الادارية ،ذار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ،1998.

28- ماجد راغب الحلو ،القانون الاداري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2004.

29- ـــــــ، العقود الادارية ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009.

30- مازن راضي ليلو ،العقود الادارية في القانون الليبي ، منشاءه المعارف ، الاسكندرية ، 2003.

31- ـــــــ، العقود الادارية في القانون الليبي المقارن ،مطبعة عاصم جابر ،الاسكندرية ،2013.

32- محمد سليمان الطماوي، العقود الادارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة 5،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1991.

33- محمود عاطف البنا ،العقود الادارية ،ط1،دار الفكر العربي، القاهرة ، .2007.

34- محمد فؤاد عبد الباسط ،اعمال السلطة الادارية ،جامعة الاسكندرية ،كلية الحقوق،1989.

35-محمد سعدي الصبري ،الواضح في شرح القانون المدني ،ط 4 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009.

36-علي سيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية و الشريعة الاسلامية ، دون ط ،مصر 2006.

37-عبد لكريم بلعيور ، نظرية فيخ العقد في القانون المدني الجزائري ، د ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1986.

38-علي فيلالي,الالتزامات,النظرية العامة للعقد,دون طبعة,موفم للنشر و التوزيع والجزائر,2005.

ثالثا :المؤلفات باللغة الاجنبية :

1-André delaubadère , Franck MODERNE ,traité des contrats administratifs, 1,2édition, LGDJ, 1983– Pierre DELVOLVE, droit, , http://www.lgdj.fr,la date15/03/2013.

2- pierre GUIHO, Georges PEYRARD ,droit civil...,Op.cit

رابعا - الاطروحات و المذكرات :

أ-رسائل الدكتوراه :

1- بن شعيبي زعلى ، اثار عقد الاشغال العامة على الطرفين في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة منتوري ، قسنطينة ،2011.

2- بن شعبان علي ,آثار عقد الاشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري, رسالة دكتوراه ,كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة منتوري , قسنطينة,2012/2011.

3-محمد صلاح عبد البديع، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 1993.

4- ياقوتة عليوات ،تطبيقات النظرية العامة للعقود الادارية (الصفقات العمومية في الجزائر ،رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام ،جامعة منتوري ،كلية الحقوق قسنطينة ،2010.

ب- رسائل ماجستير :

1- الاعز عبد الله محمد احمد ، انفساخ العقد بقوة القانون ، مذكرة ماجستير ، جامعة القاهرة ، مصر ، 2006-2007.

2- بن سديره جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الادارية ، مذكرة ماجستير ،جامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2014-2015.

3-حمو حسيبة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011.

4- حنتيت عمار ، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود الادارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ،2014-2015.

5-سبكي ربيعة ،سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، 2012-2013

6- ضحى مثنى داود ،فسخ العقد في القانون المدني ، كلية الرافدين ، العراق ، 2012.

7- فريدة دحماني ،الضرر كأساس للمسؤولية المدنية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، السنة الجامعية2004-2005.

8-ماجد بن عتيق الزهراني ،سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، مذكرة ماجستير ، كلية القانون ،جامعة اليرموك ، الاردن ، 2015.

9--مليكة مراد ، الغاء التصرف القانوني ، مذكرة ماجستير ، جامعة بوقرة ، بومرداس ، الجزائر ، 2014-2015.

ج -مذكرات ماستر :

10 - بلقاسمي ام هاني ،فسخ العقد الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر(قانون اداري)، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2014

11-بوعروج علي انحلال الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق العلوم السياسية ،جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة 2012-2013.

12- جوهري سعيدة ، سلطة القاضي في فسخ العقد ، مذكرة ماستر ، جامعة لبويرة ، الجزائر 2011-2012.

13- شواطر فايزة ، امتيازات السلطة العامة من حيث تنفيذ العقود ، مذكرة لنيل اجازة القضاء ، مدرسة عليا للقضاء ، دفعة 8 ، المدرسة العليا للقضاء .

14-شباطة فريد ، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة ، 2013-20014.

ج – المداخلات:

1- جميلة حميدة، (مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية)، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة البليدة ،يوم 2013/05/20، مداخلة 1،الجزائر.

2- حميدة احمد سرير ،(الصفقات العمومية و طرق ابرامها) الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية و اهميتها في الجزائر، مداخلة 31،الجزائر.

المجالات :

1-عبدلي سهام، (الفسخ بين الطبيعة الادارية للصفقة العمومية و القانون الخاص) ، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية و الاقتصادية ، عدد9 ، مركز الجامعي تامنغاست ،الجزائر ، 2015.

2-لؤي عبد الكريم الاسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد و اهميتها في اداء السلطة العامة لواجبتها ، مجلة ديالى، العدد 35،كلية القانون و العلوم السياسية ، جامعة ديالى ، العراق ،2011.

الفهرس

المحتوى	رقم الصفحة
مقدمة	**4-1**
الفصل الاول : الاطار المفاهيمي لإنهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ.....	**5**
المبحث الاول : مفهوم الصفقات العمومية.....	**5**
المطلب الاول : تعريف الصفقات العمومية و خصائصها	**6**
الفرع الاول : تعريف الصفقات العمومية	**10-6**
الفرع الثاني : خصائص الصفقات العمومية.....	13-10
المطلب الثاني : انواع الصفقات العمومية	14
الفرع الاول : صفقة الاشغال العمومية و صفقة اقتناء اللوازم.....	18-15
الفرع الثاني : صفقات الخدمات و صفقة الدراسات	19-18
المبحث الثاني : ماهية انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ....	21-20
المطلب الاول :تعريف الفسخ و تميزه عن غيره من المصطلحات القانونية المشابهة	21
الفرع الاول : تعريف الفسخ و شروطه	24-21
الفرع الثاني : تمييزه عن المصطلحات القانونية الاخرى	32-25
المطلب الثاني : الاساس القانوني لنظام انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ واثاره.....	32
الفرع الاول : الاساس القانوني لنظام انهاء الصفقات العمومية عن طريق الفسخ.....	36-32
الفرع الثاني : اثار الفسخ	42-36
خلاصة الفصل الاول	43

الفصل الثاني :اوجه فسخ الصفقات العمومية.....	44
المبحث الاول : الفسخ الارادي لعقد الصفقة العمومية.....	45
المطلب الاول : فسخ الصفقة العمومية باتفاق الطرفين.....	45
الفرع الاول :مفهوم الفسخ الاتفاقي.....	45-49
الفرع الثاني :شروط الفسخ الاتفاقي.....	49-50
الفرع الثالث: اجراءات الفسخ الاتفاقي للصفقات العمومية.....	51-53
المطلب الثاني :الفسخ الاداري للصفقات العمومية.....	53
الفرع الاول : مفهوم الفسخ الاداري للصفقات العمومية.....	54-57
الفرع الثاني : صور الفسخ الاداري للصفقات العمومية.....	58-64
الفرع الثالث : شروط الفسخ الاداري للصفقات العمومية.....	
المبحث الثاني : الفسخ اللاإرادي للصفقات العمومية.....	64
المطلب الاول :الفسخ القضائي للصفقات العمومية.....	65
الفرع الاول : مفهوم الفسخ القضائي للصفقات العمومية.....	65-67
الفرع الثاني :اجراءات الفسخ القضائي للصفقات العمومية.....	67-69
الفرع الثالث : اسباب الفسخ العمومية للصفقة العمومية.....	69-71
المطلب الثاني :فسخ الصفقة بقوة القانون.....	71
الفرع الاول : تعريف الفسخ بقوة القانون.....	72-73
الفرع الثاني : حالات الفسخ بقوة القانون.....	74-76
خلاصة الفصل الثاني.....	77
الخاتمة.	78-82
الملاحق	83-91
قائمة المصادر و المراجع.	
الفهرس .	