جامعـــــة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق تخصص قانون عام

مذكـــــرة مكملة لمتطلبات نيــل شهادة الماستر في القانون

بعنوان

الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية

إعـــداد الطلبة:
1/ بوشملة نادية
2/ بن عمارة آية

تحت إشراف:
أ.د. فنيدس أحمد

تشكيل لجنـة المناقشـــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	أ.د. خشايمية لزهر	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
02	أ.د فنيدس أحمد	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ التعليم العالي	مشرفًا
03	د. نويري سامية	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر- أ-	عضوا مناقشًا

السنـــة الجامعيـــة: 2023_2024

بسم الله الرحمن الرحيم

{رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ}

صدق الله العظيم.

سورة النمل الآية: 19.

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده كثيرا على أن يسر لنا أمرنا في القيام بهذا العمل كما نتقدم بأسمى ايات الشكر والامتنان والتقدير إلى اللذين حملوا رسالة العلم والمعرفة.

ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى:

الأستاذ المشرف:" أحمد فنيدس" على توليه الإشراف على هذه المذكرة، وعلى كل ملاحظاته القيمة التي أضاءت أمامنا سبل البحث وجزاءه الله عن ذلك كل خير، والذي كان لنا الشرف أن يكون مشرفا لنا.

كما لا يفوتنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بالشكر لكل من ساهم في إنجاز هذا العمل، وكل من خصنا بنصيحة أو دعاء، ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء اللجنة المناقشة على تفضلهم بقبول فحص وتدقيق هذه المذكرة، ونسأل الله أن يحفظهم وأن يجازيهم خيرا.

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

من ربتني وأنارت دربي بالصلوات والدعوات إلى أغلى إنسان في هذا الوجود،

"أمي الحبيبة".

إلى من عمل بكد وجهد من أجلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه،

" أبي الغالي أدامه الله لي سندا".

إلى كل أخواتي وإخوتي الذين كانوا لي سندا في حياتي، وخاصة في مساري الدراسي.

إلى من تقاسمت معي رحلة بحثي وإنجاز هذا العمل زميلتي وصديقتي" اية بن عمارة".

إلى كل ممن ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل.

إلى كل من علمني حرفا وأنار حياتي بشعاع العلم والأمل.

نادية

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

أحمد الله عزوجل على عونه لإتمام هذا البحث.

اهدي هذا العمل إلى أمي التي لطالما وقفت بجانبي في مساري الدراسي، والتي لم تبخلني يوما بالدعاء،

وإلى أبي الغالي الذي أفتخر به أبا وهو بحر من الحنان والاطمئنان، أطال الله في عمرهما.

إلى اخواتي واخواتي، إلى الزميلة والصديقة "نادية بوشملة" التي تقاسمت معي عبء الاعداد والبحث.

وإلى كل من ساعدني في إعداد هذه المذكرة سواء من قريب أو بعيد.

آية

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية من العقود الإدارية التي تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة لتلبية احتياجات الافراد والوسيلة المثالية التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، والالية الأساسية في النمو الاقتصادي، كما تعد الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في ايدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المتعلقة بتسيير وتجهيز المرافق العمومية.

ان الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم القانون الإداري اذ تبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين وفق شروط قانونية وذلك لتلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، تلجأ اليها من أجل تحقيق المصلحة العامة تتمثل في سلطة الاشراف والرقابة وسلطة توقيع الجزاءات غير الفاسخة على المتعامل المتعاقد، ويرجع الأساس القانوني لتوقيع المصلحة المتعاقدة لهذه الجزاءات ليس الى بنود الصفقة فحسب بل الى امتياز المصلحة العامة لسير المرفق العام، وكذا سلطة تعديل الصفقة العمومية التي تمارسها بإرادتها المنفردة سواء تم النص عليها في الصفقة ام لا.

كما لها سلطة فسخ الصفقة وذلك نتيجة لعدم التنفيذ او اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية، وبالتالي فالفسخ هو أخطر الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة ان توقعها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها الأمر الذي يؤثر سلبا على تنفيذ مضمون الصفقة.

قد تتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها وتلحق اضرار للمتعاقد دون تقديم تعويض، هنا يعتبر القضاء الإداري الحل الأمثل من اجل استرداد حقوقه والحصول على التعويض المناسب الذي يجبر الضرر جراء تصرفات المصلحة المتعاقدة غير المشروعة.

حيث تعد رقابة القضاء الرقابة الأصلية للفصل في منازعات الصفقات العمومية، وبمثابة آلية حمائية وضمانة ودافع للمتعاقدين للإقبال على التعاقد، لتمتعه بالحياد والنزاهة، وإيجاد توازن بين المصلحة العامة التي تملكها المصلحة المتعاقدة والمصلحة الخاصة التي تكمن في مصلحة المتعامل المتعاقد.

بالتالي فأي منازعة تقوم بين طرفي الصفقة تخضع لاختصاص قاضي العقد، أي أن هذا الأخير هو الذي ينظر في هذه المنازعات، باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل، وبناء على ذلك، اذ خالفت المصلحة المتعاقدة تصرفاتها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قواعد القانون،

كان سبيل الدفاع عن الحقوق هو حق اللجوء للقضاء، باعتباره الأكثر فعالية في وقف تجاوزات المصلحة المتعاقدة.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في كون أن الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقة العمومية تعد ضمانة لعدم خروج المصلحة المتعاقدة عن مبدأ سيادة القانون، وذلك نظرا لخطورة السلطات الممنوحة لها، والتي قد تتعسف في استعمالها على حساب المتعامل المتعاقد، مما يستوجب رسم حدود لسلطاتها حفاظا على الغاية التي خولت لأجلها.

فالمصلحة المتعاقدة تشرف وتراقب وتوجه ضمن حدود بنود الصفقة فإذا تجاوزتها عد ذلك تعديل والذي يتطلب التعويض، كما يعترف لها بسلطة التعديل ويقابها حق المتعامل في التعويض، لها سلطة توقيع الجزاءات وفي حالة تعسفها تخضع تلك الجزاءات لقابة القضاء، فموضوع بهذه الأهمية يستحق فعلا البحث والدراسة.

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز ما إذا كانت المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية تمس كل السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة سواء تلك في مواجهة اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو في مواجهة المصلحة العامة، وتضمن للمتعامل المتعاقد حقوقه في حالة تجاوز المصلحة المتعاقدة لما هو منصوص عليه في بنود الصفقة أو ممارسة تلك السلطات بطريقة تعسفية تضر بالمتعامل المتعاقد، وذلك من خلال محاولة إيجاد الثغرات التي غفل عنها المشرع وتسليط الضوء عنها.

وعليه، فالإشكالية المطروحة هي: هل الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية كفيلة بحماية حقوق المتعامل المتعاقد في مقابل السلطات المعترف بها للمصلحة المتعاقدة ؟

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب شخصية وأخرى موضوعية

الأسباب الشخصية:

_الرغبة في دراسة هذا الموضوع والتعمق فيه بعد دراسته كمقياس.

– الاطلاع على الاجتهاد القضائي في هذا المجال لأن الصفقات العمومية هي محل نفقات الدولة وهي مجال للفساد.

الأسباب العلمية:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بجملة سلطات تمارسها بما لها من امتيازات السلطة العامة، هذه السلطات بعضها يكون في مواجهة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية والبعض الأخر يكون تحقيقا للمصلحة العامة.

إن سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة إخلال المتعامل المتعاقد ليس امتياز تمارسه كما تشاء، وإما يكون في إطار بنود العقد، حتى ينفذ المتعامل التزاماته على أكمل وجه، في حين أن سلطاتها في مواجهة المصلحة العامة فهي تهدف إلى حماية المصلحة العامة والمال العام مع تعويض المتعامل المتعاقد عن كل ضرر لحق به.

هذه السلطات تخضع لرقابة القضاء، حماية لحقوق المتعاملين المتعاقدين من إمكانية تعسف المصلحة المتعاقدة، قصد الإضرار بالمتعامل المتعاقد، ويعيد الأمور إلى نصابها.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: خالدي عمر، الحماية القضائية للمتعامل المتعاقد بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2023، طرحت اشكالية: ما مدى كفاية الاليات القضائية في حماية المتعامل المتعاقد؟

وتوصل الى ان المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات وامتيازات واسعة تجاه المتعامل المتعاقد معها جعلها في وضع غير متكافئ معه، هذا الامر استوجب وجود رقابة قضائية على هذه السلطات التي تتمتع بها تكون بمثابة حماية وضمانة للمتعامل المتعاقد

الدراسة الثانية: سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، طرحت إشكالية: مدى نجاعة رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية؟ وتوصلت الى ان للقاضي الإداري سلطات واسعة في فض النازعات القائمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد في مرحلة الابرام والتنفيذ.

الدراسة الثالثة: زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، والتي طرحت الاشكال التالي: هل تخضع القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري لرقابة قضاء الإلغاء ام القضاء الكامل هو المختص وحده من دون غيره بالفصل في المنازعة الناشئة في هذه المرحلة؟

وتوصلت إلى أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية والقرارات التي تصدر في هذه المرحلة تدخل في ولاية القضاء الكامل باعتبارها مرتبطة بالعملية العقدية وتخرج عن نطاق القرارات الإدارية المنفصلة.

المنهج المتبع:

إجابة عن الإشكالية المطروحة تم استعمال المنهج الوصفي لأنه يمكن من وصف وتحليل العناصر المدروسة، وتبيان العلاقة القائمة بينها، للوصول إلى الغاية المتوخاة من الدراسة، مستعينا بآليات التحليل والنقد والتقديم.

خطة البحث:

تم تقسيم الموضوع إلى فصلين مسبوقين بمقدمة ومتبوعين بخاتمة

الفصل الأول: بعنوان الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وتطرقنا فيه أولا إلى الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات غير الفاسخة، وثانيا إلى الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.

الفصل الثاني: بعنوان الرقابة القضائية على فسخ الصفقة العمومية وتطرقنا فيه إلى الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، وثانيا الرقابة القضائية على الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية.

الصعوبات:

واجهتنا في إنجاز هذا البحث عدة صعوبات منها:

- صعوبة الحصول على القرارات القضائية
- صعوبة الترجمة وما تتطلبه من جهد ووقت
- قلة الوقت الممنوح لإنجاز هذه المذكرة

الفصل الأول

الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات لا نظير لها في العقد الإداري، التي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذه، وتتمثل هذه السلطات في سلطة الرقابة والاشراف والتعديل، إلى جانب ذلك سلطتها في توقيع الجزاءات غير الفاسخة، غير أن ممارستها لهذه السلطات ليست مطلقة، إنما مقيدة باستهداف الصالح العام وخاضعة لضوابط، التي تجعل المتعامل المتعاقد في مأمن من تعسفها، وكذلك من خلال الدور الذي يلعبه القاضي الإداري عن طريق القضاء الكامل في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، فكل متعاقد مع الإدارة يتضرر من التصرفات المادية أو القانونية يلجأ إلى القضاء لمخاصمة الإدارة المعنية.

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية لا تتخلى عن صفقتها كمصلحة عامة، بل تبقى متمتعة بسلطة إصدار الإجراءات القانونية التي يكون لها أثر على تنفيذ الصفقة العمومية، كما قد يتعرض المتعامل المتعاقد معها لبعض الظروف التي لم تكن في حسبانه، والتي من شانها أن تضيف أعباء إضافية تكون ثقلا على عاتقه، هذا يستدعي تدخل المصلحة المتعاقدة لإحداث ما يعرف بالتوازن المالي للصفقة وذلك بهدف إحداث توازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، ويتم تعويضه بناء على شروط ونظريات معينة.

إن وجود رقابة القضاء الإداري على سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، هو بمثابة أليه حمائية وضمانة ودافع للمتعاقدين للتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، دون خوف من ضياع أو من سلب حقوقهم بسبب تعسفها في استخدام سلطاتها العقدية.

وبناء على ما تقدم ذكره سنقوم بمعالجة هذا الفصل في مبحثين، (المبحث الأول) سيكون بعنوان الرقابة القضائية على بعض سلطات المصلحة المتعاقدة، و(المبحث الثاني) الرقابة القضائية على اختلال التوزان المالي للصفقة العمومية.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

المبحث الأول

الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات

خول المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطات متنوعة تمارسها أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذ هذه الأخيرة من البداية حتى النهاية، ومن بين هذه السلطات سلطة الرقابة والإشراف، إلى جانب ذلك سلطتها في توقيع بعض الجزاءات عند وجود أي إخلال من المتعامل المتعاقد معها، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة.

فإذا لجأت المصلحة المتعاقدة إلى استغلال سلطاتها على نحو غير مشروع، وجب عليها تعويض المتعامل المتعاقد معها عما لحقه من ضرر، وفي حالة رفضها تسوية الإخلال الذي قامت به وديا، ما على المتعامل المتعاقد سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه.

وبناء على ما تقدم سنتطرق في هذا المبحث إلى الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة، (المطلب الأول) والرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة توقيع الجزاءات غير الفاسخة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الرقابة القضائية لاستخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة

نظرا لأهمية الصفقات العمومية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة، الأمر الذي يجعل المصلحة المتعاقدة تسعى إلى مراقبة تنفيذ هذه الصفقات، وذلك من خلال سلطة المراقبة والإشراف على الصفقة بكل أنواعها، ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة وحسن سير ذلك التنفيذ، غير أن ممارستها لهذه السلطة محدد بضوابط وشروط، تحد من سلطتها بهدف ضمان عدم انحراف سلطة الرقابة عن تحقيق المصلحة العامة، فاستعمال هذه السلطة ليس مطلقا بل مقيد بعدة اعتبارات، تحمي المتعاقد من تعسفها في استخدام هذه السلطة في أغراض أخرى، لا تتعلق بالغرض الذي تم تخويله لها.

وعليه سنتطرق في هذا المطلب، إلى مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (الفرع الأول) وضوابط استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة حتى في حالة عدم وجود نصوص قانونية، فسلطة الرقابة والإشراف يتسع مجالها في عقود الأشغال العامة، أما في عقود التوريد فإن حق الإدارة في الرقابة يكون أضعف، هذا ما يبرر تنوع مظاهر الرقابة على الصفقة العمومية، ولتوضيح هذه المظاهر قسمنا هذا الفرع إلى (أولا) مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة، و(ثانيا) مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم.

أولا: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة

تعد صفقات الأشغال من أبرز أنواع الصفقات، هذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، وتعد المصلحة المتعاقدة الصاحب الحقيقي للمشروع، مما يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، من بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها.[1]

1 _ الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع

تبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان في التاريخ المحدد في الصفقة، ولا يمكن للمقاول المباشرة في التنفيذ، إلا بعد تسليمه لهذا الأمر بطريقة رسمية، ذلك لكون أن المصلحة المتعاقدة لها كامل الحرية في تحديد زمن انطلاق الأشغال، بوصفها صاحبة المشروع وبالنسبة لتسليم موقع العمل للمقاول.[2]

[1]- نبيل أزاريب، سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2018، ص103.

[2] _ المرجع نفسه، ص103.

2 _ تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال

تتحدد خطوات تنفيذ الأشغال بوضع جدول إنجاز الأشغال على الفترات التي تتم فيها الأعمال، وكذلك مواعيد التسليم، ويلتزم المقاول بتسيير وتيرة إنجاز الأشغال مع هذا الجدول.[1]

ويلتزم المتعامل المتعاقد بالمدة المحددة في العقد لتسليم النهائي للأشغال، وتلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل هذه الأشغال المنجزة متى تم الاستلام النهائي للمشروع، وهذا ما جاء به قرار مجلس الدولة رقم16150 الصادر بتاريخ 2004/09/21، في قضية مديرية التربية لولاية تيارت ضد (ب، ل) حيث جاء فيه" حيث أن أشغال الترميم التي طلبتها بلدية الرحوية وأن الأمر بالخدمة من اجل إنجاز الأشغال وقع عليه رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الرحوية ومدير التعمير والبناء بصفته هيئة مكلفة بالمراقبة والمتابعة التقنية.....وأن بلدية الرحوية لم تقدم أي محضر اجتماع أي وثيقة كتابية أخرى من شأنها إعفائها من تسديد الأشغال التي انجزها المقاول (ب، ل) لحسابها لأن ترميم المدارس الابتدائية تخضع للبلديات عملا بأحكام المادة 97 من القانون رقم 90-08 المؤرخ في 1990/04/07 المتعلق بالبلديات.

وأنه من ثم فإنه يتعين إلزامها بأن تدفع مبلغ 668،665،74 دج الذي يطالب به المقاول تسديدا للأشغال التي أنجزها على مستوى المدرسة الابتدائية شيحاوي عبد القادر."[2]

كما أنه لا يمكنها أن تتحجج بذريعة عدم توفر السيولة لديها للتملص من دفع ما عليها من التزامات فهي ملزمة بدفع مبلغ الاشغال المنجزة متي تم الاستلام النهائي، وهذا ما جاء به قرار مجلس الدولة رقم 20289 الصادر بتاريخ 2005/07/12 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد، ضد (ز. د)، والذي جاء فيه " حيث أنه وفيما يتعلق بالعجز المالي فإنه لا يمكن للمستأنف التمسك بهذا الوجه ذلك لأنه وعملا بأحكام المادة 58من القانون 90-21 المؤرخ في 1990/08/15 والمتعلق بالمحاسبة العمومية والمواد 09/07/06/05

---

[1] _ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص246.

[2] _ مجلس الدولة، قرار رقم16150، الصادر بتاريخ 2004/09/21، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، ا لجزائر، 2013، ص 1393، 1394.

من المرسوم التنفيذي 92-414 المؤرخ في 1992/11/14 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الموظفة فإنه لا يمكن للبلدية الالتزام بأشغال دون أن تتوفر على القروض الضرورية لذلك....."[1]

3 _ الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا

يجوز للمصلحة المتعاقدة الأمر بالهدم وإزالة ما تم تنفيذه من أشغال، وهذا بعد الاستنتاجات والملاحظات المدونة في محاضر الورشة، التي تتم بحضور الجهة المكلفة بمتابعة الأشغال، وتتم إعادة البناء والقيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر.[2]

ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم

تتفاوت سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة وتوجيه المورد، بحسب نوع عقد التوريد، فسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية، تقتصر على مجرد فحص الأصناف الموردة، لبيان مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها ثم استلامها نهائيا، وفي هذا الصدد نلاحظ أن رقابة المصلحة المتعاقدة على المورد في عقود التوريد العادية، لا تتجاوز معنى الإشراف، كما أنها رقابة ذات مصدر تعاقدي حيث ينبغي النص عليها في العقد.[3]

إن حدود سلطة الإدارة في الرقابة واسعة في عقود التوريد الصناعية، حيث تعتبر دقيقة وصارمة، والرقابة هنا تعد جوهر هذا العقد.[4]

الفرع الثاني: ضوابط استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والإشراف

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في الإشراف والتوجيه، في إطار محدد بضوابط وشروط معنية تحد من سلطتها، بهدف ضمان عدم انحراف سلطة الرقابة عن تحقيق المصلحة

---

[1] _ مجلس الدولة، قرار رقم 20289، الصادر بتاريخ 2005/07/12، المرجع نفسه، ص 1396، 1397، 1398.

[2] _ سهام بختي، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 70،71.

[3] _ محمد شعبان الدهروبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص45.

[4] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص45.

العامة، وعدم خروج قرارها عن إطار مبدأ المشروعية، ولضمان عدم تغيير شروط وطبيعة الصفقة.[1]

ومن بين الضوابط التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة، وهي تمارس سلطة الرقابة والتوجيه(أولا) الضوابط العامة و(ثانيا)الضوابط الخاصة.

أولا: الضوابط العامة

تتمثل هذه الضوابط في ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة، وأن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية، يعني أن تكون في الحدود التي يسمح بها القانون وهي كما يلي:

1 _ الالتزام باتخاذ قرارات الرقابة في إطار احترام مبدأ المشروعية

تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطة الرقابة استنادا على مبدأ المشروعية، التي يتعين على الإدارة احترامها والالتزام بها عند ممارستها لأي نشاط إداري، ذلك لأن القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية، ويجب أن يكون صدورها في حدود قواعد المشروعية.[2]

ومن أهم القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، هي أوامر الخدمة فيجب أن تصدر من السلطة أو الجهة المختصة المكلفة بمتابعة الأشغال، ولا يحق لأي ممثل عن الإدارة أن يصدر أوامر وتوجيهات للمقاول.

2 _ ألا تتجاوز حدود حق الرقابة

تقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة، عندما تتخذ سلطتها في الرقابة والتوجيه لتعديل العقد محدثة بتصرفها هذا ضررا للمتعاقد معها.[3]

---

[1] _ عمار بوضياف، شرع تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، 2017، ص7.

[2] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص101.

[3] – محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص47.

ففي عقود الأشغال العامة يحق للإدارة القيام بإجراءات للتأكد من أن المتعامل المتعاقد يستعمل المواد المتفق عليها، لكن إذا أقرت إخلال مواد أخرى في التنفيذ هنا تكون تجاوزت نطاق استعمال ذلك الحق.[1]

إذ يقع على الإدارة التزام واضح في الرقابة والإشراف لضمان التنفيذ الجيد للأشغال العامة، فإذا مارست الإدارة سلطة الإشراف والرقابة بطريقة معيبة، أو غير مشروعة تسبب إرهاقا للمقاول، هذا العيب يشكل خطأ من شأنه أن يولد مسؤولية الإدارة التعاقدية، وإذا كان الإشراف على تنفيذ الأعمال، يتعين أن تقوم بها جهة الإدارة عن طريق مهندسيها فإن إهمال هؤلاء في الإشراف يمكن أن يرتب مسؤوليتها.[2]

3 _ ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة

ضرورة الهدف من الرقابة تلبية احتياجات المرفق العام، ذلك من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العامة، أو مطابقة الأصناف المورد للعينات المعتمدة في صفقات التوريد، لذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الهدف الذي تسعى المصلحة المتعاقدة لتحقيقه وأي نشاط أو تقصير تتخذه خارج هذا الإطار، يعد انحرافا في استعمال السلطة.[3]

وعليه نستنتج أن الإدارة تتمتع بامتياز هو الحق في الرقابة لكن هذه الرقابة ليست مطلقة، وإنما مقيدة، أولا أن يقتصر عمل الإدارة لسلطتها في الرقابة والإشراف في إطار مبدأ المشروعية، ثانيا أن يكون الهدف من ممارسة سلطة الرقابة تحقيق المصلحة العامة، لهذا أي تقصير أو استعمال لحقها في الرقابة بطريقة غير مشروعة، يكون للمتعامل المتعاقد الحق في الحصول على تعويض عما لحق له من أضرار، بسبب خطأ الإدارة.[4]

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة، 2008، ص 110،111.

[2] – مجدوب عبد الرحمان، "المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، مجلد06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2022، ص92.

[3] – نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص100.

[4] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص48.

ثانيا: الضوابط الخاصة

تتعلق الضوابط الخاصة بالعقد الإداري موضوع الرقابة، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال المصلحة المتعاقدة لهذا الحق، تعديل شروطه وطبيعته وهذا ما سوف نوضحه فيما يلي.

1 _ ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة.

عندما تلتزم المصلحة المتعاقدة والمتعاقد صفقة بهدف تحقيق غاية معينة، ليس للمصلحة المتعاقدة الحق أن تفرض أمرا من شأنه تغيير موضوع الصفقة، حتى يصبح المتعاقد أمام صفقة جديدة، فسلطة المصلحة المتعاقدة بمعناه الواسع الإشراف، والمعنى الضيق التوجيه، سواء كانت مستمدة من القوانين أو قائمة بذاتها كسلطة أصلية خارج نصوص العقد، لها نطاق معين، وهذا النطاق يمثل الحد الفاصل بين سلطة الرقابة وسلطة تعديل العقد، فإذا تجاوزت رقابتها هذا النطاق، فإنها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لسلطة الرقابة.[1]

سلطة الرقابة يتعين، استعمالها في حدود توقعات العقد، بحيث لا يكون تغيير في مضمونه أو قلب لاقتصادياته.[2]

لهذا فإن الضوابط التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة، تعتبر سندا للمتعامل المتعاقد في حال نشوب نزاع، وعلى المتعاقد أن يثبت أن المصلحة المتعاقدة استعملت هذا الحق بطريقة غير مشروعة، أو غيرت به بنود العقد، مما سبب ضررا للمتعامل المتعاقد.[3]

الفرع الثالث: سلطة القاضي الإداري في الرقابة على سلطة الاشراف والرقابة

تعتبر القرارات التي تصدر من المصلحة المتعاقدة بناء على سلطة الإشراف والرقابة قرارات إدارية، والقرارات التي تصدر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية قرارات متصلة بالصفقة، كما أن المصلحة المتعاقدة تصدر أوامر عند ممارسة سلطة الإشراف والرقابة، وهذه الأوامر

---

[1] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص206.

[2] _ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991، ص478.

[3] _ عمر خالدي، "الحماية القضائية للمتعامل المتعاقد بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 03، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2023، ص757.

ملزمة ومحصنة حيث أن ليس للقاضي سلطة لإبطال أوامر التنفيذ، أو إيقاف الأثار التي تترتب عليه.[1]

يتأكد قاضي العقد على رقابة المشروعية وذلك من خلال احترام المصلحة المتعاقدة لضوابط سلطة الإشراف والرقابة التي تحد من تعسفها، ويكون قرارها غير مشروع عند خروجه عن الغاية من الرقابة، أو لأغراض لا تتعلق بالغرض الذي تم تخويله لها، ذلك قصد الإضرار بالمتعامل المتعاقد، أو لتجاوزه حدود الرقابة.[2]

عند ثبوت عدم مشروعية قرارات الإشراف والرقابة، ليس لقاضي العقد سلطة إلغاءها بل تعويض المتعامل المتعاقد عن النفقات الإضافية التي تحملها بسبب تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطتها.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير الفاسخة.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاء باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لهذا أقر لها المشرع سلطة توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ومن بين هذه الجزاءات الجزءات المالية المتمثلة في الغرامة التأخيرية ومصادرة الضمان، والجزاءات الضاغطة كسحب المشروع من المقاول أو الشراء على حساب المورد.

لكن هذه السلطات والامتيازات المخولة للمصلحة المتعاقدة غير مطلقة، تخضع لرقابة القضاء المختص الذي يراقب مدي مشروعية هذه القرارات.

سنتطرق من خلال هذا المطلب الذي قسمناه الى فرعين (الفرع الأول) الرقابة القضائية على الجزاءات المالية و(الفرع الثاني) الرقابة على الجزاءات الضاغطة.

---

[1] _ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 248.

[2] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص110.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

الفرع الأول: الرقابة على الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي جزاءات تستحصلها المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد الذي يخل بالتزامه، وتعد ضمانة لإنجاز المتعامل المتعاقد لعمله، وتشمل هذه الجزاءات غرامة التأخير ومصادرة الضمان، والجزاءات في العقود الإدارية جزاءات توقعها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وتقوم على الخطأ دون إثبات الضرر لأنه مفترض بمجرد وقوع الضرر كما أن هذه الجزاءات تخضع لرقابة القاضي الإداري.

ومن خلال هذا الفرع سنقوم بتوضيح هذا (أولا)غرامة التأخير و(ثانيا) مصادرة الضمان و(ثالثا) دور القاضي الإداري في الرقابة على الجزاءات المالية.

أولا: غرامة التأخير

تعرف غرامة التأخير أنها جزاء من الجزاءات المالية التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك لعدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط، ولها خصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات الإدارية الأخرى.[1]

1 _ خصائص غرامة التأخير

تتمتع غرامة التأخير كجزاء مالي في إطار تنفيذ الصفقات العمومية بمجموعة من الخصائص فهي اتفاقية وتفرض بشكل تلقائي وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه فيما يلي:

أ _ غرامة التأخير هي غرامة اتفاقية

عند إبرام صفقة عمومية يتفقان الطرفان على غرامة التأخير مقدما، هنا لا يحق للجهة الإدارية أن تفرضها على الطرف الذي يتأخر في تنفيذ الاعمال إذ لم تنص عليها في الصفقة، عكس بقية الجزاءات كسحب العمل من المقاول، وحق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة.[2]

---

[1] _ موسي برادعية، "غرامة التأخير في الصفقة العمومية" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، المركز الجامعي أحمد زبانة، غيليزان، 2022، ص 209.

[2] _ موسى برادعية، غرامة التأخير، المرجع السابق، ص 209.

ب _ غرامة التأخير التلقائية

إن غرامة التأخير تطبق دون إثبات أن هناك ضرر أصاب المصلحة المتعاقدة، أي أنها توقع بمجرد حصول التأخير، ومن دون حاجة إلى تنبيهه أو إعذاره.[1]

ج _ غرامة التأخير توقع إداريا

إن مبلغ الغرامة التأخيرية الذي تستحصله جهة المصلحة المتعاقدة، يكون بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.[2]

2 _ عدم مشروعية غرامة التأخير

تكون غرامة التأخير غير مشروعة عند صدورها من غير السلطة المختصة بإبرام الصفقة، وعندما تتجاوز الحدود القصوى التي حددها القانون، ويجب أن تتناسب مع الضرر الذي لحق بالمصلحة المتعاقدة، فإذا تجاوزت هذا التناسب تصبح غير مشروعة، ويكون هنا بوسع قاضي العقد تخفيضها، كما تخرج المصلحة المتعاقدة بقرار توقيع غرامة التأخير في إطار غير مشروع، وهذا في حالة فسخ الصفقة قبل انتهاء مدتها، كذلك عندما يكون التأخير راجع إلى خطأ المصلحة المتعاقدة، وتراخيها عن تنفيذ التزاماتها بعدم تسليم المتعامل المتعاقد معها المواد والتصميمات في الوقت المنصوص عليه في الصفقة، وكحالة القوة القاهرة.[3]

وفي هذا السياق جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 65145 الصادر بتاريخ 1989/12/16 الذي جاء فيه: ".....أنه من المقرر قانونا أن غرامة التأخير تطبق عند عدم اكتمال الأشغال في الآجال، على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه، وتاريخ الاستلام، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة الأشغال، والتي لا يمكن وضعها على عاتق المقاول، فإن القرار المستأنف فيه القاضي بدفع

---

[1] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص 140.

[2] _ موسي برادعية، غرامة التأخير، المرجع السابق، ص 210.

[3] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص 58.

مبالغ للطاعن تعويضا عن الضرر اللاحق به، طبق القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب تأييد القرار المطعون فيه."[1]

3 _ الإعفاء من غرامة التأخير

أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعاقد معها من جزاء غرامة التأخير، وحدد أسباب الإعفاء الذي يتمثل في أن التأخير كان بسبب أجنبي أخر ليس للمتعامل المتعاقد يد فيه، وكحالة القوة القاهرة، أي اصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجة عن إرادته، ولم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة العمومية، ويجعل توقيعها مرهقا للمتعامل المتعاقد، مثال ذلك الظروف التي أدت إلى ارتفاع الأسعار.[2]

وفي هذه الحالات يكون على المصلحة المتعاقدة توقيف الأشغال واستأنفها حسب الحالة، وتحرير شهادة إدارية.[3]

ثانيا: مصادرة التأمين

يقصد بمصادرة التأمين استلاء المصلحة المتعاقدة على المبلغ الذي يودعه المتعامل المتعاقد، ليضمن لها ملائمته لمواجهة مسؤوليته عند إخلاله بشروط الصفقة العمومية، وهذا التأمين تضمن به المصلحة المتعاقدة جدية المتعامل المتعاقد معها، وتتوخى به أثار الأخطاء التي يرتكبها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.[4]

1 _ أنواع مصادرة التأمين

التأمين على نوعين تأمين موقت وتأمين نهائي:

---

[1] _ مجلس الدولة، قرار 65145 الصادر بتاريخ 1989/12/16، رشيد خلوفي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص221.

[2] _ أحمد بركات، "سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها،" المجلة القانونية والتنمية المحلية، المجلد 03، العدد01، جامعة طاهري محمد، بشار،2022، ص 48.

[3] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص 142.

[4] _ نوال ملوك، "مصادرة مبلغ التامين وتأثيره على العقود الإدارية في الجزائر،" مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 35، العدد 01، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2021، ص1648.

أ _ التأمين الموقت (كفالة التعهد)

هو إلزام للمتعامل المتعاقد على تقديم كفالة تعهد، وهذا لضمان جدية صاحب العرض وبدونه يتم استبعاده.[1]

وتتمثل مبلغ كفالة التعهد الذي يجب دفعها من قبل المتعهد أن تفوق 1 بالمئة، وعلى المصلحة المتعاقدة أثناء تقييمها للعروض أن تتحقق بعد إجراء التصحيحات اللازمة للعرض المالي للمتعهد، إذا كانت هذه الكفالة تفوق 1 بالمئة من عرضه بعد التصحيح، وفي حالة المخالفة يتم استبعاد هذا العرض واسترداد مبلغ الكفالة، فالمشرع الجزائري شدد على ضرورة أن ترد دون تقديم طلب.[2]

ب _ التأمين النهائي (كفالة حسن التنفيذ)

هو عبارة عن ضمانة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في تنفيذ ما ألتزم به في الصفقة، وهذا التأمين يعتبر نهائيا لأن المتعامل المتعاقد هنا يلتزم بتقديمها بعد إحالة الصفقة عليه بصورة قطعية، ضمانا لحسن التنفيذ.[3]

ويتم استرجاع كفالة حسن التنفيذ في مدة شهر واحد من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، وهذا ما جاء به قرار مجلس الدولة رقم01341 الصادر بتاريخ 2004/1/20 في قضية المدير العام لديوان الترقية ضد بن رابح سعيد، حيث جاء فيه".... أن المساكن الأربع المتنازع عليها تم استلامها بدون أي تحفظ بتاريخ 1999/5/16 من طرف لجنة مكونة من ممثلي ديوان الترقية والتسيير العقاري تيارت ومدير السكن لولاية تيارت ومكتب الدراسات المكلف بمتابعة أشغال الإنجاز.

---

[1] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص 144.

[2] _ نوال ملوك، المرجع السابق، ص1655.

[3] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص 144.

ومنه فإن ديوان الترقية والتسيير العقاري وبصفته المستفيد من المشروع ملزم بالنطق برفع اليد على مبلغ الضمان طبقا لأحكام المادة 87 من المرسوم 434/91 المؤرخ في 1991/11/19 المذكور أعلاه ومن ثمة تأييد القرار المستأنف بكافة مقتضياته."[1]

وفي حالة عدم التسليم النهائي للأشغال أو ما تم الاتفاق عليه لا يستطيع المتعاقد استرجاع مبلغ التأمين النهائي، وهذا ما جاء به مجلس الدولة في قراره رقم 004605 الصادر بتاريخ 2002/05/27 في قضية مؤسسة الأشغال العمومية والبناء "الأخوة حمزة" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بلدية بالهادف ولاية جيجل، حيث جاء فيه" حيث أنه وبما أنه لم يتم الاستلام النهائي فإن المؤسسة المستأنفة لا يمكنها المطالبة بدفع مبلغ الضمان الذي قدم لضمان التنفيذ الأحسن للصفقة."[2]

2 _ عدم مشروعية مصادرة التأمين النهائي

أوجب المشرع استرجاع مبالغ الضمان في مدة شهر، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة،[3]فيستوجب من المصلحة المتعاقدة رد التأمين النهائي للمتعامل المتعاقد معها عند أدائه لالتزاماته التعاقدية على النحو المنصوص عليه، وفي حالة تراخيها دون سبب أو مبرر منها في رد التأمين للمتعاقد معها، ليتعارض ذلك مع ما يستوجبه تنفيذ العقود الإدارية من توفر مبدأ حسن النية، ولما يشكله هذا التراخي

والإخلال من أضرار للمتعامل للمتعاقد مع معها، ويحق للمتعامل المتعاقد هنا استرداد مبلغ الضمان والتعويض عما لحقه من ضرر.[4]

---

[1] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 013418، الصادر بتاريخ 1991/1/20، غير منشور.

[2] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 004605، الصادر بتاريخ 2002/05/27، غير منشور.

[3] _ أحمد فنيدس، محاضرات منازعات الصفقات العمومية، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2024/2023، ص67.

[4] _ زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016، ص 270.

في حالة عدم استلام المشروع، هنا لا يحق للمتعامل المتعاقد طلب استرداد مبلغ الضمان، وفي هذا السياق جاء قرار مجلس الدولة رقم 004546 والذي جاء فيه"... حيث أن النزاع الحالي يتعلق بمشكل استرجاع مبالغ الضمان إثر إنجاز مشروع لتغيير على أساس صفقة عمومية، حيث أن المستأنف له الحق في استرجاع مبالغ الضمان، إذ أنه تحصل على محضر قبول موقت للأشغال المنجزة، وأن مدة الضمان انقطعت منذ تاريخ 1992/05/18، حيث أنه تبين أن المشروع تعرض لتخريب جزئي بعد التسليم المؤقت، حيث أنه من الثابت أن المحضر النهائي للأشغال لم ينجز لأسباب التخريب، علما أن المقاول يبقى مسؤول حتى يتم التسليم النهائي.[1]

3 _ الإعفاء من جزاء مصادرة التأمين

للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاء مصادرة الضمان، فلها أن تعفي المتعامل المتعاقد معها إذا تأكدت أنه لم يلحق بها ضرر ما، ويكون هذا الإعفاء صراحة أو ضمنيا، وعلى ذلك قضي أنه إذا كان الثابت أن للمدعي بالتوريد في ذمة جهة المصلحة المتعاقدة مبلغ التامين، ولم تقم بمصادرته لأنها لم تقل بأن ضرر ما قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد ما عليه من التزامات، وهنا القضاء يسترد له هذا المبلغ.[2]

ثالثا: دور القاضي في الرقابة على الجزاءات المالية

يمارس قاضي العقد رقابته على الجزاءات المالية التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد، التي تتسع وتشمل الرقابة على مشروعية الجزاء والرقابة على ملائمته، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

1 _ رقابة المشروعية

إن رقابة القضاء الإداري على القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الجزاء الإداري، هي رقابة واسعة، وتشمل رقابة المشروعية (الشكل، الاختصاص، السبب).

---

[1] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 460045، الصادر بتاريخ2023/04/22، غير منشور.

[2] _ نوال ملوك، المرجع السابق، ص 1661.

أ _ عيب الشكل

يقصد بعنصر الشكل المظهر الخارجي الذي تصبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها، والعيب في الشكل يتحقق عند عدم مراعات الإدارة للإجراءات الشكلية الواجب إتباعها، عند ممارستها لسلطاتها بفرض الجزاء على المتعاقد معها.[1]

يستهدف من النص على قواعد الشكل والإجراءات تحقيق مصلحة الإدارة والأفراد، فمصلحة الإدارة تتحقق من خلال حمايتها من التسرع واتخاذ قرارات غير مدروسة، أما مصلحة الأفراد تتمثل في الضمانات التي توفرها قواعد الشكل والإجراءات في مواجهة السلطة الإدارية وقراراتها، مثلا مصادرة التأمين النهائي لاستخدمه بمجرد التأخير في تنفيذ الأعمال، لأنه له مهمة حددها القانون كضمان لإجراء العمل على الوجه الأكمل، فمصادرة التأمين من غير ما حدده القانون يشكل انحرافا بالإجراءات.[2]

واستنادا عما سبق نستخلص أن الجزاء الصادر من قبل الإدارة على المتعامل المتعاقد معها، يكون غير مشروع في نطاق العقود الإدارية إذا أهملت إتباع إجراء الشكل المطلوب منها.

ب _ عيب الاختصاص

إذا ثبت لدى القاضي صدور القرار من قبل سلطة غير معنية أي من غير السلطة التي أحيط بها حق إبرام العقد، كذلك الحال في حالة صدوره عن سلطة غير مفوضة من قبل السلطة المختصة طبقا للقانون.[3]

ج _ عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها

عندما تنحرف الإدارة عن الغاية أو الهدف المحدد لها كذلك يعد انحرافا بالسلطة، وهذا العيب يتحقق في حالتين، تحقيق مصلحه بعيده عن المصلحة العامة، أو مخالفه قاعده

---

[1] _ فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية عن المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 261.

[2] _ رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص147.

[3] _ فوزية سكران، المرجع السابق، ص 275.

تخصيص الأهداف التي حددت الإدارة تحقيقها، إذا ظهر هذا المبدأ الاخير لأول مرة في فرنسا في قرار ليبيا، بتاريخ 2/25 1864 عندما قرر بمجلس الدولة الفرنسي، بأن القرار صادر من المحافظ بخصوص تنظيم المراتب بالقرب من محطة القطارات، هو قرار صدر من قبل تنفيذ العقد ولم يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.[1]

إذا ساعد الإدارة على تحقيق غاية أخرى، يكون قرارها الجزائي معيبا بعيب الانحراف بسلطة، ومن ثم يكون قرارها فاقد للمشروعية، على سبيل المثال قرار الإدارة بإسقاط الالتزام من أجل إتمام عقل جديد أبرم مع آخر.

2 _ الرقابة على ملائمه الجزاء التعاقدي

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية، ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء، الرقابة على مدى ملائمته، إذا بسط القضاء رقابته ليتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب اليه،[2] بحيث يكون بوسع القاضي رد الجزاء المبالغ فيه إلى الدرجة التي تتحقق مع الموازنة بينه وبين الخطأ محل توقيعه.[3]

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على الجزاءات الضاغطة

تستطيع المصلحة المتعاقدة إلى جانب الجزاءات المالية، توقيع جزاءات أخرى على المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته، وهي الجزاءات الضاغطة، ونظرا لشدة هذا النوع من الجزاءات فإن المصلحة المتعاقدة لا تلجأ إليها إلا إذا كان الإخلال في درجة من الجسامة، وتختلف الجزاءات باختلاف نوع العقد المبرم، كما أنه ينجر عنها أثار قانونية يتحملها المتعامل المتعاقد، وأن هذه الجزاءات ليست مطلقة بل خاضعة لرقابة القاضي الإداري، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى أشكال الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية(أولا) والأثار

---

[1] _ فوزية سكران، المرجع السابق، ص 266.

[2] _ عبد الوافي، عبد الجبار، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد 07، 2018، ص260.

[3] _ فوزية سكران، المرجع السابق، ص263.

المترتبة عن الجزاءات الضاغطة(ثانيا) ودور القاضي في الرقابة على الجزاءات الضاغطة(ثالثا).

أولا: أشكال الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية

تتخذ الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية، مظهرين وفقا لنوع الصفقة فنجد سحب العمل من المقاول، والشراء على حساب المورد وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

1 _ جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

جزاء الشراء على حساب المورد، هو جزاء تتخذه المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها مع المصلحة المتعاقدة، بموجب الصفقة المبرمة بينه وبين هذه الأخيرة في المدة المحددة لذلك، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في الصفقة، ذلك بأن تقوم بتنفيذ الصفقة على حسابه وتحت مسؤوليته.[1]

عند قيام المصلحة المتعاقدة بالتعاقد، تحرص على اختيار أفضل المتعاقدين معها من ناحية الكفاءة الفنية والقدرة المالية، وذلك بهدف مواجهة الظروف والعراقيل التي تحول دون تنفيذ موضوع الصفقة، خاصة عند تقصير المتعامل المتعاقد، المصلحة المتعاقدة تتدخل بأساليب ضغط لإجبار المتعامل المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته ولضمان حقوق المتعامل المتعاقد، كان واجبا على المشرع الجزائري أن يعترف للمتعاقد بحق اللجوء للقضاء المختص للطعن في قرار المصلحة المتعاقدة.[2]

2 _ سحب العمل من المقاول

يقصد به أن تحل المصلحة المتعاقدة عن طريق شخص أخر محل المقاول المقصر، ويعتبر تنفيذ الأشغال على حساب المقاول الوجه الثاني لقرار سحب العمل من المقاول، إذن الأمر لا يتوقف بسحب المشروع من المتعامل المتعاقد الأصلي، وإلا فهذا يؤدي إلى وقف

---

[1] _ سعيد عبد الرزاق باخيرة، السلطة الإدارية الجزائية اثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص262.

[2] _ عمر خالدي، المرجع السابق، ص801.

نشاط المرفق العام وهنا المصلحة المتعاقدة تتولى بنفسها أو عن طريق مقاول أخر، بتنفيذ الأعمال وفقا للطرق المقررة للتنفيذ على الحساب.[1]

يشترط لسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته إعذاره بذلك، وهذا يكون من طرف المصلحة المتعاقدة، وقبل توقيع الجزاء على المقاول بمنحه مدة بعد إعذاره، لكي يفي بالتزاماته في أجال محددة.[2]

إن قانون الصفقات العمومية لم يتناول جزاء سحب العمل من المقاول، لكن نص عليه دفتر الشروط العامة الإدارية، أنه إذ لم ينفذ المقاول ما تم الاتفاق على إنجازه، فإن المهندس الرئيسي بعد عرض المسألة على الوزير يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئيا، هذا الوزير يمكنه تبعا للظروف المتخلفة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر من الإدارة، أن يأمر بأخذ إجراء الصفقة على ذمة المقاول.[3]

ثانيا: الأثار القانونية للجزاءات الضاغطة

تترتب على الجزاءات الضاغطة أثار قانونية يمكن حصرها في، أثار عن استبعاد المتعامل المتعاقد مع تنفيذ العقد على حسابه، وتحميل المتعامل المتعاقد النتائج المترتبة عن تنفيذ العمل على حسابه.

1 _ استبعاد المتعامل المتعاقد مع تنفيذ العقد على حسابه

يستبعد المتعامل المتعاقد مؤقتا عن تنفيذ الأعمال التي تأخر في أدائها، هنا تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الأعمال بنفسها، أو تعهد بها إلى مقاول أو مورد أخر.[4]

---

[1] _ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص273.

[2] _ مليكة بوشيرب، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص66.

[3] _ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص273.

[4] _ ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 110،111.

2 _ تحميل المتعامل المتعاقد النتائج المالية المترتبة عن تنفيذ العمل على حسابه

رغم تحميل المتعامل المتعاقد المسؤولية المالية عن تنفيذ العمل على حسابه، إلا أن القضاء أقر حمايته من المغالاة والإذعان في حقه بتكريسه القواعد الأتية:

إذا كان تأخر المتعامل المتعاقد في التنفيذ ينجر عنه مبدئيا فرض الغرامة التأخيرية، إلا أنه على المصلحة المتعاقدة أن توقف احتسابها متى قررت سحب العمل منه.[1]

يستوجب على المصلحة المتعاقدة شراء الأصناف وإنجاز الأشغال وفق الشروط والمواصفات المتعاقد عليها، وتستمر الصفقة في إنتاج أثارها ويظل المتعامل المتعاقد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة عن استمرار الصفقة.[2]

ثالثا: دور قاضي العقد في الرقابة على الجزاءات الضاغطة

تندرج رقابة القضاء على سلطة فرض الجزاءات الضاغطة ضمن القضاء الكامل، وسنتناول فحص قرار الجزاء من زاوية المشروعية والملائمة.

1 _ رقابة المشروعية

يكون الجزاء غير مشروع إذا شابه من عيوب الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة، وقد استقر القضاء في فرنسا على عدم مراعاة المصلحة المتعاقدة بإجراء إعذار المتعامل المتعاقد، وهذا يعد عيب فالشكل يؤدي إلى بطلان إجراء التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد.[3]

2 _ رقابة الملائمة

تشمل رقابة القاضي تقدير المصلحة المتعاقدة لأهمية السبب وخطورته ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ، وفي حالة عدم تناسب الجزاء هنا يكون حكم القاضي بعدم صحة الجزاء

---

[1] _ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 74.

[2] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 277.

[3] _ ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص117،118.

المبالغ فيه، كما يملك سلطة الحكم بالتعويض للمتعامل المتعاقد، متى تسببت المصلحة المتعاقدة بتصرفها المعيب في إلحاق الضرر به.[1]

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

تلجأ المصلحة المتعاقدة من أجل سير المرفق العام إلى استعمال سلطتها في تعديل العقد بإرادتها دون موافقة المتعامل المتعاقد معها، لكن هذه السلطة ليست حق مطلق لها، بل مقيدة وفق شروط وضوابط تخضع لرقابة القاضي الإداري المختص في الفصل في النزاعات، من أجل إيجاد حل للتوازن المالي للصفقة العمومية، وإقامة التوازن المالي بين المتعاقدين لضرورة سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، باعتبار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة يعتبر الطرف الضعيف في الصفقة، بسبب التعديل الذي ينتج عنه إرهاق المتعامل المتعاقد، أو ما يعبر عليه بنظرية فعل الأمير، التي تنتج عنها أثار تحمل المتعامل المتعاقد أعباء، ويكون من حقه الحصول على تعويض بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، سواء كان التعويض كلي أو جزئي، حسب الظروف التي أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، إما بفعل المصلحة المتعاقدة أو بفعل ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة.

ومن خلال هذا المبحث سنتطرق في (المطلب الأول) إلى الرقابة القضائية اختلال التوازن المالي بفعل المصلحة المتعاقدة و(المطلب الثاني) الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي بسبب ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة.

المطلب الأول

الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي بفعل المصلحة المتعاقدة

لا زالت فكرة التوازن المالي للعقد يتم الأخذ بها من قبل الفقه، كما يعتمد عليها القضاء في تقدير التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد، فمنح المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد يقابلها تعويض المتعامل المتعاقد من أجل تنفيذ العقد وسير المرفق العام، إذ يملك قاضي العقد إقامة التوازن المالي للصفقة العمومية بين المتعاقدين ويتأكد من رقابته على منازعة التعويض

[1] _ ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص120.

من توفر شروط و أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، ويتم تعويض المتعامل المتعاقد على أساس فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية لخطأ من جانبها في حالة ما يسمى بنظرية فعل الأمير، التي تتخذه المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطتها في التعديل الانفرادي، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية ومن خلال هذا سنوضح في هذا المطلب في (الفرع الاول) فعل الأمير و(الفرع الثاني) الاثار المترتبة على نظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: فعل الأمير

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وهذا الحق أخطر من الرقابة والإشراف لأن المصلحة المتعاقدة تتدخل لتغيير التزامات تعاقدية نص عليها العقد بالزيادة أو النقصان، وذلك من خلال ألية الملحق لكن هذه السلطة ليست مطلقة، إنما مقيدة بضوابط وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع(أولا) صور فعل الأمير(ثانيا) شروط تطبيق نظرية فعل الأمير و (ثالثا) تعديل الصفقة عن طريق الملحق.

أولا: صور فعل الأمير

تأخذ الإجراءات المشروعة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة المسماة عمل الأمير، صورا مختلفة سواء كانت في صورة إجراء خاص، أو في صورة إجراء عام وهذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

1 _ الإجراء الخاص

حينما تقدم المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وذلك في:

_ الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل شروط الصفقة، مثال ذلك أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتعديل التزامات المتعامل المتعاقد معها سواء بالنقصان أو بالزيادة، بما يكلف المتعاقد تكاليف لم تكن في حسابه،

_ الإجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذ الصفقة، هذا الاجراء تتخذه جهة المصلحة المتعاقدة ليس بغرض المساس بأحد شروط الصفقة لكن يكون من شأن تدخل جهة

المصلحة المتعاقدة التأثير على ظروف التنفيذ، مما يؤدي إلى تحميل المتعامل المتعاقد أعباء جديدة.[1]

2 _ الإجراء العام

تتمثل صور الإجراء العام في:

_ أن يؤدي إلى تعديل شروط تنفيذ الصفقة بإلغاء تلك الشروط أو تعديل فحواها،

_ أن يعدل الإجراء العام ظروف تنفيذ الصفقة مما يجعل هذا التنفيذ أكثر كلفة على المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.[2]

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

استقر القضاء الإداري على وجوب توفر عدة شروط معينة لإمكان حصول المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على تعويض لإعادة التوازن المالي للصفقة، وهذه الشروط سنقوم بتوضيحها فيما يلي:

1 _ وجود عقد إداري

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون العقد إداري، فلا تطبق في القانون الخاص حتى وإن كانت المصلحة المتعاقدة طرفا في العقد، وهذا الأمر عاديا مادام أننا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام، التي تتميز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص.[3]

2 _ أن يكون الإجراء الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة

يجب أن يكون الإجراء الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة، وإلا فالمتعامل المتعاقد لا يستفيد من نظرية عمل الأمير وإنما يمكنه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا إذا

---

[1] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص119،120.

[2] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص172.

[3] _ مولود محمودي، رقابة القاضي على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غيليزان، 2022، ص188.

توفرت شروطها بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، أما السلطة التي أصدرت الإجراء يمكنه مقاضاتها وهذا وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية.[1]

3 _ أن يكون الإجراء الضار غير متوقع

يعتبر هذا الشرط ضروريا للحصول على التعويض عند اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، فعندما يتعاقد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ صفقة عمومية ويستهدف مصلحة شخصية من إبرام هذه الصفقة فإن قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة وتسببها بإحداث ضرر للمتعامل المتعاقد، هنا يشترط عدم توقع هذا الضرر لأنه عندما يتبين أن المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة كان يتوقع حدوث الضرر، هنا لا يمكنه المطالبة بالتعويض.[2]

4 _ عدم وقوع خطأ من المصلحة المتعاقدة

يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة والذي أضر بالمتعامل المتعاقد معها، هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها، وتهدف من ورائه تحقيق الصالح العام، وإذا تم الإثبات أن هذا الإجراء كان نتيجة خطأ من طرف المصلحة المتعاقدة، هنا تستبعد نظرية فعل الأمير وتسأل المصلحة المتعاقدة على أساس المسؤولية التعاقدية.[3]

5 _ أن ينشأ عن إجراء المصلحة المتعاقدة ضرر خاص بالمتعاقد

يستوجب أن يكون الفعل قد أضر بالمتعامل المتعاقد حتى يستحق التعويض، ورغم ذلك لا يحق للمتعامل المتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزاماته، وذلك بحجة اتخاذ المصلحة المتعاقدة إجراءات إدارية في حقه سببت له ضرر بل يستمر في تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه، ثم يطالب المصلحة المتعاقدة بالتعويض.[4]

---

[1] _ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص217.

[2] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص115.

[3] _ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة 2، منشورات زين الحقوقية، 2012، ص117.

[4] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص118.

ثالثا: تعديل الصفقة العمومية عن طريق الملحق

إن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة تعديل صفقاتها بإرادتها المنفردة من خلال أليه الملحق الذي هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذ كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية، وتعديل شروط الصفقة العمومية عن طريق الملحق يستدعي توفر شروطها أهمها:

1 _ صدور الملحق في صيغة مكتوبة مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة

لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد في إطار منازعة ناجمة عن تعديل الصفقة بعد تلقيه وعود من سلطات غير مختصة.[1]

إن الالتزام بهذا الشرط يثير مشكلة فلا يمكن إعداد ملحق إلا بعد إكمال المشروع وتعيين الاشغال التي تندرج ضمن الملحق، هنا لا يمكن للمتعامل المتعاقد المباشرة في إنجاز العمليات الملحقة، إلا إذا تم إعداد ملحق وتم المصادقة عليه من طرف اللجان المختصة.[2]

2 _ ألا يؤثر الملحق بصورة أساسية على موضوع الصفقة وتوازنها

لا يمكن للملحق أن يغير موضوع الصفقة أو يؤثر على توازنها باعتباره شرط تجسيد لقاعدة القضاء الإداري لممارسة المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي للصفقة العمومية، وتعد قاعدة وجود عدم بلوغ التعديل إلى حد تغيير طبيعة الصفقة.[3]

---

[1] _ سهام شقطمي، "مشروعية ملحق الصفقة العمومية"، مجلة الدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 01، جامعة باجي مختار، الجزائر، 2022، ص427.

[2] _ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص255.

[3] _ سميرة بن خليفة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية، 2016، ص201.

3 _ يجب أن يبرم الملحق خلال الأجال التعاقدية

لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية، غير أنه يمكن تجاوز هذا الشرط كقاعدة استثنائية في حالة الأسباب التقنية غير المتوقعة، حالة إقفال الصفقة نهائيا.[1]

4 _ يجب خضوع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة العمومية

ففي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء.[2]

5 _ يستوجب أن لا يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، إلا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وكل تعديل يمس شروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة.[3]

6 _ خضوع الملحق للرقابة

تخضع الصفقة العمومية للرقابة بمختلف صورها من لحظة إبرامها وقبل دخولها حيز التنفيذ إلى غاية تنفيذها، أما الملحق فقد أعفاه المشرع من، الخضوع لمختلف أنواع الرقابة المخصصة للصفقة الاصلية، واستثناء من ذلك خضوعه فقط للرقابة القبلية من قبل لجان الصفقات المختصة، وهذا في حالة إذ ما تضمن الملحق عمليات جديدة تتجاوز مبالغها النسب المقررة من خلال نص التنظيم، وإذ ترتبت أسباب استثنائية خارجة عن إرادة الأطراف في اختلال التوازن الاقتصادي للصفقة اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي، في هذه الحالة يخضع لتقنين الإجراءات التي تخضع لها الصفقة الاصلية.[4]

---

[1] _ المادة 138 من المرسوم الرئاسي15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

[2] _ Brahim Boulifa، Marchés Publics، Berti Editions، Alger، 2013، p 256.

[3] _ مونيه جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 245/15، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص171.

[4] _ سهام شقطمي، المرجع السابق، ص429.

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على نظرية فعل الامير

إن الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل الصفقة زيادة أو إنقاص التزامات المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لا بد أن يقابلها من جانب أخر حق المتعامل المتعاقد بمنحه مجموعة من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة على التزاماته، فالعدالة تقضي أن تكون طبيعة العقود الإدارية تحقيق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة وبين المزايا التي ينتفع بها، ومن خلال ما يلي سنقوم بتوضيح الأثار المترتبة على نظرية فعل الأمير:

يستحق المتعامل المتعاقد المتضرر تعويضا كاملا وهذا عند توفر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، وهذا التعويض يعيد للصفقة توازنها، كما يمكن للمتعامل المتعاقد فسخ الصفقة إذ تبين أن هناك صعوبة في تنفيذها.[1]

ويترتب على فعل الأمير عدة نتائج تظهر فيما يلي:

في حالة استحالة التنفيذ مثال ذلك أن تصدر جهة المصلحة المتعاقدة قرار باستيراد سلعة معينة،

أو طلب المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا مع إعفاءه من غرامة التأخير، في حالة إثبات أن تأخره في الصفقة راجع إلى المصلحة المتعاقدة، وإذ ترتبت زيادة الأعباء على عاتق المتعامل المتعاقد له حق طلب فسخ الصفقة.[2]

وفي هذا السياق طبق مجلس الدولة الجزائري أثار نظرية فعل الأمير في القرار الصادر عنه بتاريخ 09 أفريل 2001 في قضية (متررر، ب) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المغير ومن معه في الصفقة العمومية المبرمة بينهما، وتم تقدير التعويض الكامل على أساس عنصر الخسارة اللاحقة والكسب الضائع.[3]

---

[1] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري بالفقه وقضاء مجلس الدولة، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص268.

[2] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص122.

[3] _ مجلس الدولة الجزائري، قرار الصادر بتاريخ 2001/04/09، محمودي مولود، رقابة القاضي على سلطة تعديل، المرجع السابق، ص206.

يقوم أساس التعويض في فعل الأمير على فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية، وذلك تأسيسا على نية الأطراف المتعاقدة من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، ولضمان تنفيذها وتحمل المصلحة المتعاقدة التعويض، وفي هذا السياق جاء في حكم المحكمة الإدارية بالجزائر الصادر بتاريخ 1964/12/11 في قضية كهرباء وغاز الجزائر بلدية فوكة والتي تتلخص وقائعها بأنه تم إبرام عقد امتياز بين الشركة والبلدية لنقل الخطوط الكهربائية، فطلبت الشركة تعويض عن الأعباء التي تحملتها بسبب أن حالة بناء المدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حسابها، حيث كيف القاضي هذا الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة بأنه لم يكن غير متوقعا، وأدى إلى اختلال التوازن المالي للصفقة، فألزم المصلحة المتعاقدة تعويض الشركة تعويضا كاملا.[1]

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي خارج إرادة المصلحة المتعاقدة

يتعرض المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية إلى ظروف خارجة عن إرادتها تزيد الأعباء وترهق المتعامل المتعاقد مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة العمومية، وهذه الظروف تمنح المتعامل المتعاقد الحق في الطلب من المصلحة المتعاقدة المساهمة في تحمل الخسائر التي لحقت به، وهذا لضمان حماية المرفق العام واستمراره في خدماته.

كما أن القاضي الإداري يتأكد من رقابته على منازعة التعويض بتوفر أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، وتعويض المتعامل المتعاقد وتأمينه من مخاطر هذه التغيرات في نظريتين، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى (الفرع الأول) الظروف الطارئة و(الفرع الثاني) الصعوبات المادية.

[1] _ المحكمة الإدارية بالجزائر، قرار الصادر بتاريخ 1964/12/11، زينب سالم، المرجع السابق، ص289.

الفرع الأول: الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة ظروف تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وتكون خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة، وغير متوقعة ويصبح تنفيذ الصفقة العمومية مرهقا للمتعامل المتعاقد.

ومن خلال هذا الفرع سنقوم بتوضيح (أولا) شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و(ثانيا) سلطة قاضي العقد في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تطبق نظرية الظروف الطارئة بتوفر شروطها التي يمكن حصرها في أربع شروط، أن يكون الظرف طارئ، وأن يكون الظرف مستقل عن إرادة الأطراف، وأن يؤدي الظرف إلى اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه فيما يلي:

1 _ أن يكون الظرف طارئ وغير متوقع

يشترط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون حدوث الظرف الطارئ خارج عن نطاق التوقعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، إضافة إلى عدم قدرة المتعامل المتعاقد على دفع هذا الظرف لذلك نميز بين المخاطر العادية والمخاطر الغير عادية، فالمخاطر العادية هي المخاطر التي من المفروض أن يتوقعها المتعامل المتعاقد فلا يعوض عنها، أما المخاطر غير العادية هي التي تفوق الواقع وتتجاوز الحد المعقول، مثل حدوث أزمة اقتصادية، سياسية، أو طبيعية.[1]

2 _ أن يكون الظرف طارئ مستقل عن إرادة الأطراف

لا يتم تعويض المتعامل المتعاقد إذا كانت حدوث الظرف الطارئ المسبب لاختلال التوازن المالي للصفقة العمومية بسبب المتعامل المتعاقد أو أن له دخل فيه، كما أنه لا يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا تكون بسبب عمل المصلحة المتعاقدة، لأنه إذ كان الظرف الطارئ بفعل المصلحة المتعاقدة فهنا نظرية الظروف الطارئة تستبعد وتطبق نظرية فعل الأمير.[2]

---

[1] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص135.

[2] _ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 2007، ص304.

3 _ أن يؤدي الظرف الطارئ إلى اختلال التوازن المالي للصفقة

هنا يترتب على تنفيذ الصفقة العمومية خسارة تتجاوز فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، أي أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأس على عقب.[1]

4 _ أن يستمر المتعامل المتعاقد رغم الظروف الطارئة في تنفيذ الصفقة

يشترط على المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية وهذا لاحترام مبدأ استمرار سير المرفق العام.[2]

ثانيا: سلطة قاضي العقد في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

عندما تتوفر شروط نظرية الظروف الطارئة يستحق المتعامل المتعاقد المتضرر التعويض من المصلحة المتعاقدة، ويتميز التعويض أنه غير كاملا بل جزئيا ويقتصر على الخسارة التي لحقت بالمتعاقد ولا يشملها كلها بل جزء فقط، والإدارة هي التي تتحمل النصيب الأكبر من الخسارة.[3]

يستمر المتعامل المتعاقد بأداء ما عليه من التزامات دون توقف، لأن هذه الظروف لا تعفيه من الوفاء بالتزامه حتى وإن كان التنفيذ مرهقا، فهنا العقد يظل قائما وموجودا ويستوجب على المتعامل المتعاقد مواصلة تنفيذه وهذا من أجل سير المرفق العام.[4]

لا يملك قاضي العقد سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية بنفسه لإعادة التوازن المالي، بل يدعو طرفي الصفقة للاتفاق فيما بينهما على توزيع الخسائر أو إعادة النظر في نصوص الصفقة وتعديلها على أساس الظرف الجديد ولمحاولة رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وفي حالة فشل طرفي الصفقة في الإتفاق في توزيع الأعباء، يحكم قاضي العقد بالتعويض المالي وهذا التعويض يكون جزئيا، أي أن المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة يتحمل جزء من هذه النفقات

---

[1] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص138،139.

[2] _ المرجع نفسه، ص140.

[3] _ محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 305.

[4] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص141.

ويتميز التعويض هنا بأنه مؤقت ومرتبط بالظرف الطارئ وجودا وعدما إذ يتوقف بزوال هذا الظرف.[1]

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها رقم 99694 الصادر بتاريخ 1993/10/10، في قضية (دج) ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة"....بأنه من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع يجب الاخذ به...." [2]

الفرع الثاني: الصعوبات المادية

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات التي يتم الاستعانة بيها من القضاء لتحقيق التوازن المالي للصفقة العمومية في حالة الإخلال، وهذه النظرية ترمي بنقل أعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول وحق التعويض معترف به، وسنتطرق في هذا الفرع إلى شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة(أولا) وسلطة قاضي العقد في مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة(ثانيا).

أولا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن الصعوبات التي تواجه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، لا تخول له المطالبة بالتعويض إلا إذا اجتمعت شروط معينة، وهذه الشروط هي ما سنتطرق إليها تباعا فيما يلي:

---

[1] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص233.

[2] _ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 الصادر بتاريخ 10/10/ 1993، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص217.

1 _ أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية واستثنائية

يترتب عن هذه الصعوبات أن يصبح تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهاقا وأكثر كلفة أثناء تنفيذ العقد، كما لو قابل متعاهد الأشغال العامة أرض صخرية وغير قابلة للبناء عليها، أو وجود أتربة متكتلة تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ، أو تكون هذه الصعوبات المادية بفعل الغير، مثال ذلك وجود قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم ينوه عنها في المواصفات التي جرى على أساسها إعداد الصفقة، أو اضطرار المتعامل المتعاقد إلى إصلاح طريق لمقتضى ضرورة تنفيذ الأشغال العامة.[1]

2 _ أن يترتب على الصعوبات المادية ضرر للمتعامل المتعاقد

يترتب عن الصعوبات المادية ضرر للمتعامل المتعاقد وذلك في زيادة أعباء على عاتقه وإرهاقه، فلا يشترط هنا نوع الضرر إذ كان جسيما أو بسيط وتطبق هذه النظرية إذ أثر على التوازن المالي للصفقة.[2]

3 _ أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين

يجب أن لا يكون لأحد طرفي الصفقة المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة دخل في وجود هذه الصعوبات، ويتعين أن تخرج هذه الصعوبات عن إرادة المتعامل المتعاقد، أي أن لا يكون له يد في إحداثها أو حتي في زيادة أثارها الخطرة.[3]

ثانيا: سلطة قاضي العقد في مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن المتعامل المتعاقد المتضرر يستحق تعويضا كاملا عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات، ويستمر المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة بحيث أن وجود هذه الصعوبات المادية لا تحرره من التزاماته إذ تظل الصفقة قائمة وواجبة التنفيذ، ولا يعفى من التزاماته إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيل.[4]

---

[1] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص159.

[2] _ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص171.

[3] _ عبد لعزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص228.

[4] _ محمد شعبان الدهروبي، المرجع السابق، ص170.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

يقتصر دور قاضي العقد في إلزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعامل المتعاقد لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يمكنه إعفاءه من غرامات التأخير إذ تأكد أن هذه الصعوبات هي سبب تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته.[1]

[1] _ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص626.

خاتمة الفصل الاول

مما تقدم نستنتج أنه رغم تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة والاشراف وتعديل العقد وسلطة توقيع الجزاءات غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إنما مقيدة وخاضعة لضوابط والتي تجعل المتعامل المتعاقد في مأمن من تعسفها.

غير أن رقابة القضاء عليها تكتنفها اختلالات تجعلها ليست فعالة بالقدر الذي يضمن عدم تعسف المصلحة المتعاقدة وبالتالي حماية حقوق المتعامل المتعاقد، كون المصلحة المتعاقدة يمكنها توقيع الجزاءات المالية حتى ولو لم يلحقها ضرر.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على فسخ للصفقة العمومية

تتميز العقود الإدارية بعدم المساواة بين طرفي العقد، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات استثنائية مقارنة بالمتعامل المتعاقد معها، الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد، ومن بين هذه السلطات المخولة لها سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد، وتأخذ هذه الجزاءات عدة صور ويعتبر أخطر جزاء يمكن أن توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها، هو جزاء الفسخ إذا بلغت المخالفة درجة من الجسامة لا يستقيم معها تنفيذ العقد، فالمشرع خول لها هذه السلطات من أجل حماية المصلحة العامة.

والفسخ لا يكون دائما في صورة جزاء موقع من طرف المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، بل توجد صور أخرى للفسخ كفسخ الصفقة من أجل المصلحة العامة، دون خطأ من المتعامل المتعاقد.

وإذا كان المتعامل المتعاقدة لا يملك الحق في فسخ الصفقة انفراديا، كما هو مخول للمصلحة المتعاقدة، لكنه مقابل ذلك يملك الطريق القضائي إذ أقر له المشرع بحقه في اللجوء إلى القضاء لفسخ الصفقة، عن طريق الفسخ القضائي.

وخوفا من تعسف الإدارة في استعمال سلطة فسخ العقد، جعلها المشرع مقيدة برقابة قاضي العقد حماية لحقوق المتعامل المتعاقد، كونه الطرف الضعيف في العقد.

ولتوضيح ما إذا كانت رقابة قاضي العقد على فسخ الصفقة، كفيلة بحماية المتعامل المتعاقد أم لا، قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا (المبحث الأول) الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية و(المبحث الثاني) الرقابة القضائية على الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية.

المبحث الأول

الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تنتهي الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عندما يتم تنفيذ الخدمات وما تم الاتفاق عليه في العقد بشكل كامل وصحيح،[1] وهذا كنهاية طبيعية للعقد ولكن كون المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات عديدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، فإنها تستطيع فسخ الصفقة وإذ لم يتم تنفيذها بشكل كامل وهذا ما يسمى بالنهاية المبسترة عن طريق الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، عند صدور خطأ من المتعامل المتعاقد، إذ يمكنها توقيعه دون اللجوء إلى القضاء ولكن بعد إعذار المتعامل المتعاقد، وحتى لا تتعسف في استعمال هذا الحق المخول لها قانونا، بموجب قانون الصفقات العمومية 23-12، وجب عليها تطبيق ذلك في حدود المشروعية الإدارية وأن تراعي شروط محددة عند ممارستها لحقها فالفسخ، كما أنها تخضع لرقابة القاضي الإداري، الذي يقوم بفحص القرار الإداري ليتأكد من مدى مشروعيته من عدمها، ويتحقق من مدي توافر الشروط اللازمة لفسخ الصفقة العمومية.

هذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال هذا المبحث، حيث قمنا بتقسيميه إلى مطلبين خصصنا (المطلب الأول) لدراسة مشروعية سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي و(المطلب الثاني) خصصناه لدراسة رقابة قاضي العقد على قرار الفسخ الجزائي.

المطلب الأول: مشروعية سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي.

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لحقها أو سلطتها في الفسخ الجزائي، على المتعامل المتعاقد الذي يعتبر من الجزاءات غير المالية، والتي توقعها دون الحاجة للقضاء، ونظرا لخطورة هذا الجزاء وجب عليها التقيد بشروط معينة قبل توقيعه، وفي حالة تطبيق هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد فهو يرتب أثار قانونية، ومن خلال هذا المطلب سنقوم بتوضيح أنواع وشروط الفسخ الجزائي (الفرع الأول) وأثار الفسخ الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع وشروط الفسخ الجزائي.

الفسخ الجزائي من أخطر الجزاءات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة، ضد المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، ونظرا لخطورته وجب على المصلحة المتعاقدة لممارسة هذه السلطة، أن تراعي شروط

[1] _ Christophe Lajoy، Droit des marches publics، berti Editions، Alger، 2007، p189.

معينة، حماية لحقوق المتعامل المتعاقد من تعسفها في استعمال هذه السلطة، وسوف نوضح فيما يلي هذه الشروط، ولكن قبل ذلك سنقوم أولا بذكر أنواع الفسخ الجزائي (أولا) وشروط الفسخ الجزائي (ثانيا).

أولا: أنواع الفسخ الجزائي

يعرف القانون الجزائري نوعين من الفسخ في عقد الأشغال العامة، تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع أي منهما على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وهما الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعاقد.[1]

1 _ الفسخ المجرد

الفسخ المجرد هو إنهاء الرابطة التعاقدية تماما، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، والإدارة لها الحق في اقتضاء غرامات التأخير، أو التعويض عن الأضرار التي تلحقها نتيجة فسخ العقد لخطأ المتعامل المتعاقد. [2]

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا النوع من الفسخ الجزائي المجرد، لكن نجده تحدث عن الفسخ من جانب واحد، والذي يتم من طرف المصلحة المتعاقدة، بإرادتها المنفردة عند إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية وبعد إعذاره، [3]وبالتالي فإن المشرع لم يشر صراحة إلى هذا النوع من الفسخ في قانون الصفقات العمومية23-12، إلا انه نجد أن هذا الأخير تضمن أحكام فسخ تتفق مع الفسخ الجزائي المجرد. [4]

2 _ الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد

تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد بينها وبين المتعامل المتعاقد معها، المخل بالتزاماته التعاقدية، ويتحمل المتعامل المتعاقد كافة النفقات، والمصاريف الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة مع الغير،

---

[1] _ موسى برادعية، ليلى هواري، "الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية دراسة مقارنة "، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد02، كلية الحقوق، جامعة أحمد زبانة، غليزان، 2021، ص 574.

[2] _ سميرة جرار، فسخ الصفقات العمومية في إ يطار المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018-2019، ص28.

[3] _ المادة 90 من قانون الصفقات العمومية 23-12، المؤرخ في 18 محرم 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد51، الصادر بتاريخ 6 غشت سنة 2023.

[4] _ نوال عدادي، فسخ الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2021-2022، ص 45، 46.

وهذا النوع من الفسخ هو أشد قسوة من النوع الأول،[1] لأن المصلحة المتعاقدة تقوم بإبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد جديد، لإتمام تنفيذ مالم يتم تنفيذه من قبل المتعامل المتعاقد المقصر، وتكون على حساب هذا الأخير، وهذا ما نص عليه المشرع في قانون الصفقات العمومية23-12، ويؤكد أخذه بهذا النوع من الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، ومنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تمارس بنفسها الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد المقصر دون اللجوء الى القضاء.[2]

ثانيا: شروط الفسخ الجزائي

تتمثل هذه الشروط في، ارتكاب المتعامل المتعاقد خطا جسيم (أولا) وجوب إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي (ثانيا) وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه فيما يلي:

1 _ ارتكاب المتعامل المتعاقد خطا جسيم

لا يعتبر كل خطأ من المتعامل المتعاقد سببا مبررا لإنهاء العقد، بل لابد ان يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ من درجة معينة من الجسامة،[3] حتى يكون مبررا تستند إليه المصلحة المتعاقدة لتوقيع جزاء الفسخ،[4] ولا يتصور هذا الخطأ الجسيم، إلا في عدم قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه.[5]

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية 23-12،[6] وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعامل المتعاقد الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة، في مصادرة كفالة حسن التنفيذ.[7]

حيث جاء في قرار مجلس الدولة رقم 072357 الصادر بتاريخ، 2012/12/13، في قضية والي ولاية عنابة، ضد مؤسسة أشغال بناء جميع هياكل الدولة بنصه على أن: ".....يكون طلب

---

[1] _ ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص156.

[2] _ المادة 93 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[3] _ سميرة جرار، المرجع السابق، ص30.

[4] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص154.

[5] _ زين العابدين بخوش، طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2016-2017، ص351.

[6] _ المادة 93 من قانون الصفقات العمومية 12/23.

[7] _ زين العابدين، المرجع السابق، ص351.

المستأنف عليها المدعية الرامي إلى رفع اليد عن كفالة الضمان، طلب غير مؤسس ويتعين معه إلغاء القرار المستأنف، وفصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس."[1]

وكذلك جاء في قرار مجلس الدولة رقم 077626 الصادر بتاريخ 2013/11/21 في قضية مقاولة أشغال البناء (ب م) ضد ديوان الترقية الذي جاء فيه "...حيث أن عدم تنفيذ الأشغال وتسليمها يؤدي حتما إلى عدم رفع اليد عن الكفالة، ويعد ذلك تعويضا لصاحب المشروع عن الضرر الناتج عن فسخ الصفقة العمومية، على مسؤولية المتعامل ....." [2]

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعامل المتعاقد:

_ عدم تنفيذه للأوامر المصلحية الموجهة له من طرف المصلحة المتعاقدة،

_ التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة،

_ نكول الملتزم عن تنفيذ التزاماته ومخالفة شروط تنفيذ العقد،

_ أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته.[3]

فإذا ثبت للقاضي أن الخطأ لم تكن درجة جسامته متناسبة مع توقيع جزاء الفسخ، فإنه لا يحكم بإلغاء قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد، ولكنه يحكم بتعويض مناسب للمتعامل المتعاقد المفسوخ عقده.[4]

2 _ وجوب إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي

يعتبر الإعذار من بين الشروط الجوهرية، التي يجب توفرها لتوقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد،[5] وهو إجراء تمهيدي سابق لتطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية من خلاله يتم تنبيه المتعامل

---

[1] _ مجلس الدولة، الغرفة الاولى، القرار رقم 072357 مؤرخ في 2012/12/13، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، لسنة 2014، ص114، 115، 116.

[2] _ مجلس الدولة، الغرفة الاولى، القرار رقم 077626 مؤرخ في 2013/11/21، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، لسنة 2013، ص 85، 86، 87.

[3] _ زينة مقداد،" سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية وسياسية، المجلد 2، العدد الرابع، جامعة سعيدة، 2018، ص424.

[4] _ نبيل أزاريب، المرجع السابق، ص154، 155.

[5] _ محمد الصادق قابسي، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد16، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2018/12/31، ص439.

المتعاقد إلى أنه متأخر في تنفيذ التزاماته، وإنذاره بالجزاء الذي سيوقع عليه،[1] ومنحه مدة ليتدارك أخطائه فإذا انقضت المهلة ولم يتدارك أخطائه خلالها أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية،[2] كما أنه لا يتم الفسخ إلا بعد إعذارين قانونين للمتعامل المتعاقد العاجز،[3] ووجب أن يتضمن الإعذار بيانات محددة.

وجاءت العديد من الأحكام القضائية لتؤكد، ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، ومن بين هذه الأحكام ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا، في قرارها الصادر 1990/07/28، بخصوص قضية (توهامي الطاهر ضد والي ولاية عنابة) والذي جاء في مضمونه " .....أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة 06 والمادة 35 من العقد تقضيان ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، كما أن نص المادة 102 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، يقضي صراحة بضرورة الإعذار المسبق للمتعامل المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء". [4]

كما أكد أيضا مجلس الدولة الجزائري ذلك، حيث جاء في قراره رقم9443 الصادر بتاريخ 2003/02/25، في قضية (ق ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخثير بنصه: " الإعذار شرط يستوجب قبل الفسخ، وكل قرار لا يحترم يكون غير شرعي، وتعسفي يستوجب التعويض".[5]

ومن خلال ما سبق عرضه تتضح أهمية شرط الإعذار بالنسبة للمتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته، لأنه يمنحه فرصة حقيقية له لتدارك تقصيره، وتنفيذ واجبات الصفقة الملقاة على عاتقه، كما أنه حماية له من تعسف الإدارة أثناء توقيع الجزاء ضده، وهو الأمر الذي جعله وجوبيا وإلزاميا قبل توقيعه. [6]

وللإعذار شروط وبيانات وأجال وجب توفرها سوف نوضحها فيما يلي:

---

[1] _ سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد57، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، ديسمبر 2020، ص314.

[2] _ موسي برادعية، ليلي هواري، الفسخ الجزائي، المرجع السابق، ص580.

[3] _ المادة 90من قانون الصفقات العمومية 12/23.

[4] _ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار الصادر بتاريخ 1990/07/28، نقلا عن، سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية، المرجع السابق، ص 314، 315، 316.

[5] _ مجلس الدولة، قرار رقم 9443 المؤرخ في 2003/02/25، محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص445.

[6] _ سعاد خضراوي، عزالدين فريوة، الفسخ في الصفقات العمومية، مذكرة للحصول على شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2021،2022، ص43.

أ _ شروط الإعذار

لكي يكون الإعذار صحيحا لا بد من توافر عدة شروط وهي:

_ وجب أن يكون صدور الإعذار عن المصلحة المتعاقدة المختصة بتوقيع الجزاءات،

_ يجب أن يتضمن الإعذار الأخطاء والمخالفات التي ارتكبها المتعامل المتعاقد،

_ على المصلحة المتعاقدة أن تحدد في الإعذار المدة الممنوحة بينه وبين توقيع الجزاء، [1]

ب _ بيانات الإعذار

وجب أن يتوفر الأعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة للمتعامل معها، المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية على بيانات محددة وهي كالتالي:

_ أن تعين المصلحة المتعاقدة وعنوانها،

_ عنوان المتعامل المتعاقد،

_ التعين الدقيق للصفقة ومراجعتها،

_ توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء،

_ موضوع الإعذار،

_ الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،

_ العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ. [2]

ج _ أجل الأعذار

الأعذار موجه لتنبيه المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولذلك وجب أن تكون مدته معقولة، ووجب على المصلحة المتعاقدة احترامها.

يجب أن تكون مدة الإعذار معقولة:

---

[1] _ أحمد فنيدس، "ضوابط سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في مادة الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2022، ص1198.

[2] _ نسيمة تواهري، فريال تواتي، فسخ الصفقات العمومية دراسة في ضوء الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022-2023، ص16.

ليتمكن المتعامل المتعاقد من تدارك الأخطاء خلال هذه المدة، وتحديد المدة يرجع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، فهي وحدها أدرى بالمدة التي يتطلبها التنفيذ.[1]

يجب على المصلحة المتعاقدة احترام مدة الإعذار:

يجب على المصلحة المتعاقدة احترام المدة المحددة في الإعذار، ولا يمكنها مساءلة المتعامل المتعاقد إلا عن تقصيره من تاريخ الإعذار، ويكون التعويض مستحيلا بعد ذلك على أساس المسؤولية العقدية، ولا يجوز فسخ الصفقة العمومية خلال مدة أقل من تلك المدة المحددة فالإعذار، وإلا أعتبر غير مشروع.[2]

الفرع الثاني: أثار الفسخ الجزائي

توقع المصلحة المتعاقدة جزاء الفسخ على الصفقة العمومية، بسبب إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، لكن لا توقع الفسخ قبل إعذار المتعامل المتعاقد من أجل إعطاءه فرصة لتدارك تقصيره، وهذا الفسخ يترتب عليه أثار قانونية ومن بين هذه الأثار ما سنقوم بتوضيحه (أولا) إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد و(ثانيا) تحميل المتعامل المتعاقد مسؤولية جزاء الفسخ(ثالثا) استبعاد وإقصاء المتعامل المتعاقد.

أولا: إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد

الفسخ الجزائي يعتبر من الجزاءات المنهية للرابطة التعاقدية،[3]بين الإدارة والمتعاقد معها، حيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء عملية التعاقد،[4] فبمجرد صدور قرار الفسخ تنقطع وتنتهي العلاقة التعاقدية بينهما بالنسبة للمستقبل، وبالتالي يتوقف المتعامل المتعاقد عن أداء وتنفيذ التزاماته ابتداء من التاريخ المحدد في قرار الفسخ، وأي عمل يقوم به المتعامل المتعاقد بعد هذا التاريخ لا يعتد به. [5]

وعلى خلاف ما هو متعارف عليه في النظرية العامة للعقود الإدارية، أن يشمل الفسخ كل أجزاء العقد، إذ لا يحق للإدارة أن تفسخ جزء فقط من العقد الذي لا يحقق لها نفعا، وتترك باقي العقد.

---

[1] _ أحمد فنيدس، " ضوابط سلطة المصلحة المتعاقدة "، المرجع السابق، ص 1199، 1200.

[2] _ المرجع نفسه، ص 1199، 1200.

[3] _ سهام دعاس، المرجع السابق، ص 316.

[4] _ موسى برادعيه، ليلى هواري، الفسخ الجزائي، المرجع السابق، ص582، 583.

[5] _ سهام دعاس، المرجع السابق، ص316.

فإن المشرع الجزائري قد خالف هذه القاعدة، حين أقر للمصلحة المتعاقدة حقها بالفسخ الجزئي للصفقة،[1]وهذا ما يؤخذ على المشرع في هذا الإطار، أن الفسخ الجزئي فيه إجحاف في حق المتعامل المتعاقد، وأنه ليس عدلا أن تخل المصلحة المتعاقدة بالتوازن المالي لعقد الصفقة حتى في حالة خطأ المتعامل المتعاقد معها،[2]وفي حالة تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة الفسخ الجزئي، فإنها تستغل خطأ المتعامل المتعاقد معها وتفسخ الجزء المربح وتبقي على الجزء الخاسر من الصفقة، وهذا سيخل بالتوازن المالي للعقد. [3]

ثانيا: تحميل المتعامل المتعاقد مسؤولية جزاء الفسخ

من أثار الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، تحميل المتعامل المتعاقد تبعات هذا الجزاء الخطير،[4] إذ أن للمصلحة المتعاقدة الحق في طلب التعويض اللازم لجبر الضرر، الذي لحقها حتى تاريخ صدور قرار الفسخ.[5]

كما يحق لها مصادرة التامين المالي المقرر في الصفقة، التي تجمعهما وكذا كفالة حسن التنفيذ التي سبق للمتعامل المتعاقد تقديمها، والقرار الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد نهائي، لا يقبل الاعتراض عليه من قبل المتعامل المتعاقد، بالإضافة لذلك يترتب على الفسخ الجزائي، تحميل المتعامل المتعاقد النفقات المالية الباهظة عند إبرام عقد جديد مع المتعامل المتعاقد الجديد. [6]

ثالثا: استبعاد وإقصاء المتعامل المتعاقد

المتعامل المتعاقد المعني في صفقة الاشغال العامة يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز للمصلحة المتعاقدة ان تقوم بإخلاء المكان ويتحمل كل النفقات على عاتقه المتعامل المتعاقد، وتقوم مصلحة المتعاقدة بخصم كل المبالغ من مبلغ الضمان او تقوم ببيع جميع أدواته.[7]

---

[1] _ المادة 90 من قانون الصفقات العمومية23-12.

[2] _ سهام دعاس، المرجع السابق، ص316، 317.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص337.

[4] _ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص317.

[5] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص337.

[6] _ المادة 93 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[7] _ أحمد فنيدس، محاضرات منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص30.

ومن أثار الفسخ الجزائي أيضا، إقصاء المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده من المشاركة في إبرام الصفقات العمومية مستقبلا، ويحرم من تقديم عرضه لتحصل على الصفقة بشكل مؤقت، أو نهائي.[1]

المطلب الثاني

رقابة قاضي العقد على قرار الفسخ الجزائي

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها، خاصة سلطتها في الفسخ الجزائي الذي تستخدمه لمواجهة المتعامل المتعاقد عند اخلاله بالتزاماته، قد تتعسف في استعمالها لهذه السلطة، وتمس بحقوق المتعامل المتعاقد معها، ولهذا اخضعها المشرع الجزائري لرقابة قاضي العقد، ليقرر مدى مشروعية وملائمة قرار الفسخ، مع ما ارتكبه المتعامل المتعاقد من أخطاء، وهذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال هذا المطلب، حيث قمنا بتقسيمه الى ما يلي في (الفرع الأول) سنوضح فيه النظر في منازعات قرار الفسخ الجزائي و(الفرع الثاني) الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي من المتعامل المتعاقد و(الفرع الثالث) خصصناه لدراسة نطاق رقابة قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة.

الفرع الأول: النظر في منازعات قرار الفسخ الجزائي

الرقابة القضائية من أهم الضمانات للمتعامل المتعاقد في نطاق العقود الإدارية، وذلك لوضع حد للمصلحة المتعاقدة، في حالة تعسفها في فرض الجزاء عليه أو عند مخالفتها للقانون وعليه يجوز له اللجوء إلى القضاء ليفصل القاضي في مشروعة قرار المصلحة المتعاقدة من عدمه.[2]

سنوضح في هذا الفرع، الأساس القانوني لاختصاص قاضي العقد بمنازعات الصفقات العمومية (أولا) عدم جواز النظر في منازعات قرار الفسخ الجزائي من طرف قاضي الإلغاء(ثانيا)

أولا: الأساس القانوني لاختصاص قاضي العقد بالنظر في قرار الفسخ الجزائي

إن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي إلى القضاء الكامل، هذا ما أستقر عليه القضاء والفقه الإداريان، إذ يختص قاضي العقد بجميع المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد، باستثناء المسائل التي تدخل بطبيعتها اختصاص القضاء العادي،[3] وقد تم النص من قبل المشرع الجزائري على أن المنازعات التي تكون فيها الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها تؤول

---

[1] _ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص318.

[2] _ فوزية سكران، "الرقابة القضائية على الجزاء الإداري: دراسة مقارنة بين بعض الدول المتوسطية"، مجلة الفكر المتوسطي، المجلد 11، العدد 01، جامعة تلمسان، تلمسان، 2022، ص273.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 342.

لاختصاص القضاء الإداري، وهذا حسب قواعد الاختصاص النوعي الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبما أن منازعات الصفقات العمومية أحد طرفيها من الأشخاص الإدارية، فإن منازعاتها يختص بها القاضي الإداري.[1] كما نص قانون الصفقات العمومية أيضا على أن المنازعات التي تطرأ اثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تسوى وفق التشريع المعمول به.[2]

ثانيا: عدم جواز النظر في منازعات قرار الفسخ الجزائي من طرف قاضي الإلغاء

إن القرارات الإدارية المتعلقة بتنفيذ العقد لا يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، أمام قاضي الإلغاء، بل تكون محلا لدعوى القضاء الكامل، أمام قاضي العقد، ولا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطعن في القرار الصادر من المصلحة المتعاقدة بصفة منفصلة، عن طريق دعوى الإلغاء لأن القرارات التي تصدر في مرحلة تنفيذ العقد قرارات متصلة بالعقد،[3] وجزء لا يتجزأ منه ومن ثم فهي تدخل في المجال الطبيعي لقاضي العقد الذي يختص بنظر العملية ككل إذ لا يقبل القضاء فصل هذه القرارات والطعن فيها استقلالا امام قاضي الإلغاء.[4]

ولقد أعتبر مجلس الدولة الجزائري أن منازعات قرار الفسخ تخرج عن ولاية قضاء الإلغاء، وتدخل في صميم اختصاص قاضي العقد، حيث جاء في قراره رقم 091413 الصادر في 2016/01/07 في قضية مديرية التكوين المهني والتمهين ضد (ق ن) ومن معه انه: " .....حيث انه ثبت للمجلس ان النزاع الحالي ينصب حول الغاء مقرر فسخ الاتفاقية المؤرخ في 2012 /06/13 .....وحيث انه ومن المستقر عليه اجتهاد مجلس الدولة، ان كل النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية هي من دعاوي القضاء الكامل، وبالتالي فإن قرار الفسخ لا يمكن أن يكون محل إلغاء لأن هذا القرار ليس قرارا إداريا بمفهومه التقليدي أي ليس قرار قائما بذاته....." [5]

---

[1] _ المادة 800، من القانون 08-09 الصادر في:18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير لسنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، الصادرة في 2008/04/23.

[2] _ المادة 87 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 342.

[4] _ زين العابدين، المرجع السابق، ص352.

[5] _ مجلس الدولة، قرار رقم 091413، الصادر بتاريخ 2016/01/07، سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص343، 344.

حيث جاء أيضا في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 117879 الصادر بتاريخ 2018/02/01 بين شركة ميديا للإنجاز الممثلة من طرف مسيرها، ضد بلدية الدار البيضاء مبدأ أن كل الدعاوى الناتجة عن الصفقات العمومية، هي دعاوى القضاء الكامل. [1]

نستنتج مما سبق أن المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، تدخل في اختصاص القضاء الكامل يختص بها قاضي العقد، وبما أن قرار فسخ الصفقة يعتبر قرار صادر في مرحلة تنفيذ الصفقة فهو يدخل في اختصاص هذا الأخير.

الفرع الثاني: الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي من المتعامل المتعاقد

من حق المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده، منازعة قرار المصلحة المتعاقدة بخصوص مشروعيته أمام القضاء المختص، فيقوم قاضي العقد برقابة واسعة تجاه هذا القرار، تشمل رقابة المشروعية ورقابة الملائمة، [2] وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه فيما يلي (أولا) رقابة قاضي العقد على قرار الفسخ، و(ثانيا) رقابة قاضي العقد على ملائمة قرار فسخ الصفقة.

أولا: رقابة قاضي العقد على مشروعية قرار الفسخ

يقوم قاضي العقد بفحص القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد، ليتأكد من توفر الأركان الشكلية، والموضوعية للقرار فإذا توفرت أحد العيوب التالية بقرار الفسخ أصبح القرار يتصف بعدم المشروعية.

1 _ عيب الاختصاص

يكون قرار جزاء الفسخ غير مشروع، عند صدوره من جهة إدارية غير مختصة بتوقيعه، أو غير الجهة المحددة في العقد أو دفتر الشروط، فيكون دور القاضي في هذه الحالة التحقق من الجهة التي أصدرت الجزاء هي المختصة أم لا. [3]

وعيب الاختصاص يتعلق بالنظام العام، يثيره القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يدفع به الخصم. [4]

---

[1] _ مجلس الدولة، قرار رقم 117879 الصادر بتاريخ 2018/02/01، موسى برادعية، ليلى هواري، المرجع السابق، ص 585.

[2] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 346.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 346، 347.

[4] _ محمد أمين عثماني، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي، سعيدة، 2015-2016، ص 50.

2 _ عيب الشكل

يقصد بالشكل هو المظهر الخارجي الذي وجب على المصلحة المتعاقدة أن تسبغه على القرار للإفصاح عن إرادتها التي تتبعها في إصداره، والعيب في الشكل يتحقق عند عدم مراعاة المصلحة المتعاقدة إجراءات الشكلية الأساسية الجوهرية، والشكليات الغير الجوهرية أيضا، وقد يتطلب أيضا في بعض الأحيان إجراء معين كوجوب إعذار المتعامل المتعاقد قبل فسخ الصفقة، والقرار الذي يصدر دون اتخاذ إجراء وشكل معين يتطلبه القانون والعقد يكون غير مشروع.[1]

3 _ عيب الانحراف بالسلطة

إذا قامت المصلحة المتعاقدة بجزاء الفسخ من أجل نية الإضرار بالمتعامل المتعاقد، أو من أجل تحقيق ربح مالي لجهتها.

قرار الفسخ في هذه الحالة يعتبر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة.[2]

4 _ عيب مخالفة القانون

يجب أن يكون قرار الفسخ مطابقا للنصوص القانونية والتعاقدية،[3] إذ يجب أن يكون الفعل الصادر من المتعامل المتعاقد ينطوي على خطا تعاقدي يبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه، فإذا لم يوجد هذا الفعل أو وجد ولا يشكل خطأ بذاته، ولا يتعارض مع التزاماته التعاقدية أو القانونية فإن جزاء الفسخ يكون مشوب بعيب مخالفة القانون.[4]

ثانيا: رقابة قاضي العقد على ملائمة قرار فسخ الصفقة

إلى جانب الرقابة على مشروعية الجزاء، يمارس قاضي العقد رقابته على مدى ملائمة قرار فسخ الصفقة العمومية، فيراقب مدى تناسب الجزاء الموقع على المتعامل المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه ارتكابه.[5]

---

[1] _ فوزية سكران، الرقابة القضائية على الجزاء الإداري، المرجع السابق، ص279، 280.

[2] _ محمد الهادي بن السي حمو، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، جانفي 2018، ص259.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 349.

[4] _ محمد الهادي بن السي حمو، المرجع السابق، ص 259، 260.

[5] _ فوزية سكران، الرقابة القضائية على الجزاء الإداري، المرجع السابق، ص 283.

فرقابة القاضي الإداري لا تشمل فقط رقابة مشروعية الجزاء، بل حتى ملائمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعامل المتعاقد، والتي اعتبرتها الإدارة إخلالا بالتزاماته. [1]

والملائمة عرفها محمد فريد سليمان الزهري: " في نطاق القرارات الإدارية تعني الملائمة، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت الى إصداره والأوضاع السائدة وقت إتخاذه والظروف الأخرى المختلفة كإصداره في الوقت المناسب والكيفية المطلوبة وأن يكون ملائما لمواجهة الحالة التي اتخذ من أجلها وغير ذلك من الأمور.[2]

إذا رأى القاضي الإداري أن الأعمال الصادرة عن المتعامل المتعاقد، لا تشكل خطورة كافية تبرر الجزاء الصادر عن الإدارة، جاز له أن يقرر عدم صحة الجزاء المتخذ من طرف المصلحة المتعاقدة، بل تمتد هذه الرقابة إلى رقابة مدى توافق الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذه.[3]

فخضوع قرار الفسخ للرقابة يعتبر ضمانة للمتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة.[4]

الفرع الثالث: نطاق رقابة قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة العمومية

في حالة ثبوت عدم مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي، فإن قاضي العقد في هذه الحالة تقتصر سلطته بالحكم بالتعويض، لصالح المتعاقد دون أن تتعدى إلى إلغاء قرار الفسخ الجزائي،[5] وهذا ما سنقوم بتوضيحه(أولا) قاعدة عدم جواز الحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي(ثانيا) سلطة تقدير التعويض في حالة الفسخ الجزائي.

أولا: عدم جواز الحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي للصفقة

إن كل الدعاوى التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية هي دعاوى القضاء الكامل، وأن قرار فسخ الصفقة لا يخضع لدعوى الإلغاء، لأنه ليس قرار إداري بالمفهوم الإداري وإنما هو تصرف ناشئ عن عقد يربط بين الطرفين. [6]

---

[1] _ محمد الهادي بن السي حمو، المرجع السابق، ص 260.

[2] _ سماح فارة، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2014، ص 64.

[3] _ محمد الهادي بن السي حمو، المرجع السابق، ص 261.

[4] _ عمر خالدي، المرجع السابق، ص802.

[5] _ محمد المهدي بن السي حمو، المرجع السابق، ص 258.

[6] _ موسى برادعيه، ليلى هواري، المرجع السابق، ص 586.

حيث أن القضاء الإداري استقر على مبدأ قضائي أساسي، مفاده أن قاضي العقد في مجال الصفقات العمومية لا يستطيع إلغاء قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة، حتى وإن كان غير مشروع.[1]

فالمتعامل المتعاقد لا يستطيع أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار فسخ الصفقة العمومية، الصادر عن المصلحة المتعاقدة، ويرجع ذلك كون القضاء الإداري الجزائري لا يعتبر قرار الفسخ قرارا منفصلا عن العقد، لذلك لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

إن عدم منح المتعامل المتعاقد المتضرر صلاحية إلغاء قرار الفسخ غير المشروع، يحمل تناقضا واضحا، من جهة حرمان المتعامل المتعاقد من اللجوء إلى قضاء الإلغاء، بحجة أن لديه طريق أخر يحقق له نفس النتائج التي يحققها له اللجوء إلى قضاء الإلغاء، ويتمثل هذا الطريق في دعوى القضاء الكامل، التي يختص بها قاضي العقد، فهي أشمل من دعوى الإلغاء، وسلطات القاضي فيها أوسع إذ يملك القاضي سلطتي فحص القرار وتقدير مدى مشروعيته، وإذا كان غير مشروع فإنه يقوم بتحديد قيمة التعويض المناسب، الذي يغطي كامل الضرر الذي لحق المتعامل المتعاقد، من جراء هذا القرار غير المشروع وإلزام المصلحة المتعاقدة به.[2]

إن ما أستقر عليه القضاء الجزائري هو قاعدة عدم امتلاك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الفسخ غير المشروع، وجعل قرار الفسخ قرار محصن غير قابل للإلغاء، وتنحصر سلطة قاضي العقد في الحكم بالتعويض فقط وهذا ما جاء بيه قرار مجلس الدولة رقم 063683، المؤرخ في 2012/01/12، في قضية بلدية العلمة ضد (ح ع) الذي جاء فيه: حيث أن والحال كذلك وبغض النظر عن الدفوع التي أثارتها المستأنفة فإن قضاة الدرجة الأولى قضوا بإلغاء قرار الفسخ وألزموا الإدارة بتنفيذ الصفقة، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون والاجتهادات القضائية، مما يتعين معه إلغاء هذا القرار وفصلا من جديد.....[3]

وكذلك القرار رقم 080407 الصادر بتاريخ 2014/02/06 في قضية مؤسسة البناء كل هياكل الدولة ممثلة من طرف (م ع) ضد ولاية سيدي بلعباس الذي جاء فيه: " حيث أن طلب المستأنف إلغاء

---

[1] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 352.

[2] _ المرجع نفسه، ص354.

[3] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 063683 المؤرخ في 2012/01/12، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، لسنة 2014، ص108، 109، 110.

قرار الفسخ لعقد الصفقة من جانب واحد طلب يرمي إلى إجبار المستأنف عليها البقاء مرتبطة بالعقد، مخالفة لإرادتها الحرة وبالتالي فالطلب غير مؤسس، يتعين رفضه ومنه تأييد الحكم المستأنف ....." [1]

ثانيا: تقدير التعويض في حالة الفسخ الجزائي

إن التعويض في المنازعات الإدارية الذي يحكم به قاضي العقد، ومداه يخضع لذات القواعد والأسس التي يخضع لها التعويض في القانون المدني، فمقدار التعويض يتم الاتفاق عليه، فإذا انتفى هذا الأخير، ولا يوجد نص قانوني يبين قيمة التعويض فإن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مقدار التعويض، والذي يكون بالعملة الوطنية، والقاضي عند تقديره لقيمة التعويض فهو يستند إلى القواعد العامة، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر لا الخطأ.

وجب أن يكون التعويض شاملا للأضرار التي لحقت المتعامل المتعاقد، من خسارة وما فاته من كسب، ووجب أن لا يفوق التعويض قدر الضرر، ولا يجوز أن ينزل التعويض عن الحد اللازم لإصلاح الضرر، وهذا ما جاء به قرار مجلس الدولة رقم 078480 المؤرخ في 2013/12/05، في قضية (ا ع) ضد ولاية الجزائر ومن معها الذي جاء فيه: ".....يتعين الرجوع بالتعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر..."[2] وتقدير الضرر يكون في نفس يوم صدور الحكم بالتعويض حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم55531، الصادر بتاريخ 1998/01/20، في قضية وزير المالية ضد (م ع) والذي جاء فيه:.....حيث أن حساب التعويض يتم حسب مبدأ معمول به وفق الأسعار المطبقة يوم رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة....." [3]

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية

فسخ الصفقة يأخذ صور مختلفة، ومن بين هذه الصور الفسخ غير الجزائي أو الانفرادي للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة، إذ يمكنها فسخ الصفقة دون صدور خطأ من المتعامل المتعاقد، من أجل

---

[1] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 080407، المؤرخ في 2014/02/06، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، لسنة 2015، ص88، 89، 90.

[2] _ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 078480 المؤرخ في 2013/12/05، مجلة مجلس الدولة، العدد11، لسنة 2013، ص102، 103، 104، 105.

[3] _ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 55531 المؤرخ في 1988/01/02، المجلة القضائية، العدد04، لسنة 1993، ص173.

المصلحة العامة ولكن هذا الفسخ يخضع لرقابة قاضي العقد، بطلب من المتعامل المتعاقد، فيراقب القاضي مدي مشروعية هذا القرار من عدمه.

كما أنه من صور الفسخ غير الجزائي أيضا الفسخ القضائي الذي يلجأ إليه المتعامل المتعاقد بما أنه الطريق الوحيد المخول له لمواجهة أي ضرر قد يصيبه أثناء تنفيذ الصفقة سواء كان هذا الضرر تسببت به المصلحة المتعاقدة أو بفعل ظروف قاهرة يجعل من المتعامل المتعاقد عاجز عن تنفيذ العقد فيطلب من قاضي العقد فسخ الصفقة حماية لحقوقه.

ولتوضيح أكثر هذا المبحث قسمناه إلى مطلبين حيث خصصنا (المطلب الأول) لسلطة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للصفقة لأجل المصلحة العامة و(المطلب الثاني) الفسخ القضائي للصفقة بطلب من المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول

سلطة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للصفقة لأجل المصلحة العامة

منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، دون خطأ من المتعامل المتعاقد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة،[1] غير أن هذه السلطة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة ليست مطلقة تمارسها كما تشاء، إنما هي سلطة منحت لها من أجل تحقيق غاية معينة، وتمارسها وفق شروط محددة، وبالتالي يكون استعمالها تعسفيا وغير مشروع، كلما حادت عن هذه الغاية وهذه الشروط، كما أنها تمارس هذه السلطة تحت رقابة قاضي العقد الذي يتحقق من صحة قرار الفسخ من عدمه.[2]

وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في (الفرع الأول) القيود الواردة على سلطة الإنهاء لأجل المصلحة العامة و(الفرع الثاني) التسوية الودية كشرط وجوبي قبل اللجوء للقضاء و(الفرع الثالث) الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لأجل المصلحة العامة.

الفرع الأول: القيود الواردة على سلطة الإنهاء لأجل المصلحة العامة

من أبرز الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري عن غيره من العقود، سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وهو حق مكفول لها من خلال نصوص قانونية لكن هذا

---

[1] _ المادة 91 من القانون رقم 23-12.

[2] _ سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016/02/17، ص109.

الحق ترد عليه قيود وجب الالتزام بها وهذه القيود سنوضحها فيما يلي (أولا)أن يكون الإنهاء مما تقتضيه المصلحة العامة(ثانيا) أن يحقق قرار الإنهاء جميع شروط المشروعية.

أولا: أن يكون الإنهاء ما تقتضيه المصلحة العامة

تقوم المصلحة المتعاقدة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل انتهاء أجله، عندما تستدعي المصلحة العامة ومتطلبات تسير المرفق العام، ذلك دون الحاجة إلى إثبات صدور الخطأ من المتعامل المتعاقد، وفي هذه الحالة يتحقق السبب القانوني لإنهاء العقد، وهو المصلحة العامة اللازمة لمشروعية قرار إنهاء العقد.[1]

ويعتبر ذلك من أهم السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، ومن أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية.[2]

فالغاية من إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، هو تحقيق المصلحة العامة وبالتالي تعتبر هذه الأخيرة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، عكس نشاط الأفراد الذي يشمل المصالح الشخصية فقط، فالمصلحة المتعاقدة لا تعمل إلا وتحقيق الصالح العام هدفها، فإذا حادت عن هذا الهدف شاب قرارها عيب الانحراف بالسلطة.

كما تجدر الإشارة إلى أن حالات تحقيق المصلحة العامة، تتنوع وتختلف، إذ لا يمكن حصرها بدقة.[3] ومن الأمثلة على هذا الشرط، (الفسخ من أجل المصلحة العامة):

_ انتهاء احتياجات المرفق التي ابرم العقد من اجل توفيرها،

_ كفسخ عقد توريد معدات ومؤن حربية للجيش بسبب توقف القتال،

---

[1] _ أشرف عبد الحليم عمر، "سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري للمصلحة العامة –دراسة تحليلية "، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو 2022، ص1371.

[2] _ كمال زيغش، نهاية الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2021–2022، ص76.

[3] _ فوزية هاشمي، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين–دراسة مقارنة–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017–2018، ص155.

_ إلغاء المرفق الذي أبرمت العقود من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يا تلائم مع التطورات العلمية الحديثة، إن شرط المصلحة العامة شرط ضروري، لقيام الإدارة بأي إجراء من شانه إنهاء عقدها.[1]

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة إذا كان دافعها أسباب شخصية أو عقائدية أو سياسية أو لتحقيق مصلحة مالية لها وإلا كان هذا الإنهاء غير مشروع،[2] وجاز لقاضي العقد إذا ما تأكد يقينا أن المصلحة المتعاقدة استندت لإنهاء الصفقة إلى سبب لا يتعلق بالمصلحة العامة أن يحكم بعدم مشروعية الإنهاء.[3]

ثانيا: يجب أن يحقق قرار الإنهاء جميع شروط المشروعية

يجب أن يكون قرار إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، مستوفي جميع الشروط الشكلية والموضوعية، مثله مثل أي قرار أخر لكي يكون قرارا مشروعا.[4]

وعليه يجب ألا يكون قرار الإنهاء مخالفا لإجراءات الإنهاء المنصوص عليها في العقد والقوانين واللوائح، فإذا أوجب القانون أن تراعي في مثل هذه القرارات إجراءات معينة، أو شكلية محددة فيجب أن يكون قرار الإنهاء مستوفيا لما نص عليه القانون، من إجراءات فعندما تفرض على الجهة الإدارية هذه الإجراءات فإنها ترمي الى هدفين أساسيين هما:

مراعاة مصلحة الإدارة، وضمان حقوق الأفراد الذين يتعاملون معها من جهة أخرى، لأن إتباع الإجراءات الصحيحة يؤدي إلى اجتناب القرارات المرتجلة التي تكون عادة إما خاطئة أو غير عادلة. [5]

هذه هي شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة، في حالة عدم وجود خطأ من المتعامل المتعاقد معها.[6] وعدم توفرها يصبح القرار غير مشروع.

---

[1] _ سميرة جرار، المرجع السابق، ص23.

[2] _ زينة مقداد، المرجع السابق، ص422.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص111.

[4] _ عبد الوهاب محمد، " الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم 15-247"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة عاشور، الجلفة، ص535.

[5] _ محمد أمين عثماني، سلطة الإدارة المنفردة في انهاء العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016، ص 27.

[6] _ سميرة جرار، المرجع السابق، ص 24.

الفرع الثاني: التسوية الودية كشرط وجوبي قبل اللجوء للقضاء

ألزم المشرع في قانون الصفقات العمومية 23-12 طرفي الصفقة العمومية أثناء حدوث نزاع اللجوء إلى التسوية الودية وطرح النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات قبل اللجوء للتسوية القضائية، أولا كشرط وجوبي.[1]

وفي هذا السياق جاء قرار المجلس الأعلى في قراره رقم 62252 الصادر بتاريخ 1988/12/31، في قضية صالح مصطفي ضد وزير الاشغال العمومية، حيث جاء فيه".....وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية، عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية."[2]

كما جاء أيضا عن ضرورة التسوية الودية قبل القضائية في قرار مجلس الدولة رقم 32002 الصادر بتاريخ 1982/12/25 في قضية (س م) ضد (ب م) و(ت ن)، الذي جاء فيه "حيث أن الفقرة 2 من المادة 152 المذكورة تضيف أن القيام بهذا الإجراء أمام اللجنة يكون مسبقا وجوبا وقبل كل دعوى في النزاع، وبما أنه لا يتبين من التحقيق أن هذا الإجراء قد أتبع، مما يستتبع بمقتضاه عدم قبول الدعوى الراهنة على الوضعية الموجودة عليه حاليا."[3]

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لأجل المصلحة العامة

المصلحة المتعاقدة لها سلطة إنهاء العقد من أجل المصلحة العامة، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة، إذ تمارسها تحت رقابة قاضي العقد بناء على طلب المتعامل المتعاقد الذي تضرر من قرار إنهاء العقد.[4] وفيما يلي سوف نوضح نطاق الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة (أولا) وطبيعة الطعن الموجه ضد قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة (ثانيا) وسلطة قاضي العقد تجاه قرار الفسخ الانفرادي غير المشروع(ثالثا).

---

[1] _ المادة 87 من قانون الصفقات العمومية23-12.

[2] _ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 62252 الصادر بتاريخ 1988/12/31، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1992، ص161،162،163.

[3] _ مجلس الدولة، قرار رقم 32002، الصادر بتاريخ 1982/12/25، نقلا عن رشيد خلوفي، ص 933.932.

[4] _ سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية، المرجع السابق، ص 322.

أولا: نطاق الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

الرقابة القضائية التي يمارسها قاضي العقد على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، تقتصر فقط على رقابة المشروعية دون الملائمة،[1]على خلاف الرقابة القضائية التي يمارسها على قرار الفسخ الجزائي، ولقد استقر القضاء الإداري على وجود حالات لا يتوفر فيها عنصر المصلحة العامة، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

1 _ الحالات التي لا يتوفر فيها عنصر المصلحة العامة

وسنوضح فيما يلي الأسباب التي لا يجب على المصلحة المتعاقدة إنهاء العقد لأجلها لأنها لا تتعلق بالمصلحة العامة.

أ _ الأسباب الشخصية

لا يجوز أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإنهاء العقد لأسباب شخصية، لا تتعلق بالمصلحة العامة مثل: العداء الشخصي للمتعاقد، أو إبعاد المتعامل المتعاقد لأنه لا يطيب لها رغم عدم ارتكابه خطأ.[2]

ب _ الأسباب المتعلقة بحرية العقيدة الدينية

لا يجوز أن تنهي المصلحة المتعاقدة الصفقة من أجل أسباب تتعلق بممارسة العقائد الدينية، كأعتناق المتعاقد معها ديانة ما.[3]

ج _ أسباب ذات الطابع السياسي أو النشاط النقابي

لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تنهي العقد لأسباب ذات طابع سياسي، او للنشاط النقابي للمتعامل المتعاقد. [4]

ج_ أسباب ذات طابع مالي

إنهاء الصفقة من أجل أسباب ذات طابع مالي، من أكثر الحالات التي أثارت جدلا فقهيا

كبيرا ما إذا كانت تصلح كسبب لإنهاء الصفقة أم لا.

---

[1] _ إيمان أحمد العبدولي، "القاضي المختص بالرقابة على الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، مجلة الشارقة، المجلد17، العدد01، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص 152.

[2] _ سميرة جرار، المرجع السابق، ص23.

[3] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 372.

[4] _ سميرة جرار، المرجع السابق، ص23.

المشرع لم يوضح موقفه من جواز فسخ الصفقة لأسباب مالية، فالأمر متروك لسلطة القاضي الإداري، فالقاضي إذا عرضت عليه مسالة مماثلة وجب عليه أن يوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعامل المتعاقد.

2 _ مراقبة سلامة قرار الإنهاء من زاوية رقابة المشروعية

ونطاق الرقابة القضائية على قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، يختلف باختلاف الأسباب التي استندت إليها المصلحة المتعاقدة في اتخاذ قرار الإنهاء، في حالة ما إذا كان العقد متضمن للأسباب، فالقاضي يمكنه أن يراقب ويفحص التكييف القانوني للوقائع الواردة في الأسباب، حتى يتحقق من مدى اكتسابها لوصف المصلحة العامة، وان إنهاء العقد كان لدواعي المصلحة العامة وليس لأسباب أخرى، وأما في حالة عدم تضمن العقد الإداري لأي سبب فإن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة واسعة في تقدير إنهائه.

والقاضي هنا لا يمكنه مراقبة مدى ملائمة هذه الأسباب لقرار الإنهاء، ولكن هذا لا يعني أن الإدارة سوف تفلت من الرقابة، إذ يبقى للقاضي في هذه الحالة إلا رقابة المشروعية.[1]

والرقابة التي يمارسها القاضي على قرار إنهاء العقد لأجل المصلحة العامة، تشكل الحد الأدنى من الرقابة القضائية، فالقاضي يراقب سلامة قرار الإنهاء من زاوية المشروعية فقط، لا يملك الحق في تقدير ملائمة القرار لأنه يحضر عليه أن يتدخل في نشاط المصلحة المتعاقدة.[2]

فقرار المصلحة المتعاقدة يستوجب ان لا يشوبه أي عيب من العيوب التي تشوب القرار بصفة عامة، إذ أن تغيب أحد الشروط اللازمة لمشروعية القرار، يجعل قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة عرضة لعدم المشروعية، حتى وإن كان غير قابل للإلغاء كونه من القرارات المتصلة بالصفقة العمومية. [3]

ثانيا: طبيعة الطعن الموجه ضد قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

سنوضح فيما يلي طبيعة الطعن الموجه من طرف المتعامل المتعاقد، وبالنسبة للغير هل يمكنه توجيه طعن ضد قرار المصلحة المتعاقدة أم لا:

---

[1] _ نسيمة طواهري، المرجع السابق، ص59.

[2] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 370،373،372.

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

1 _ بالنسبة للطعن من طرف المتعامل المتعاقد

في حالة توجيه الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من طرف المتعامل المتعاقد يجب أن يتم ذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال الالتجاء إلى قاضي الإلغاء،[1] فيجب أن تأخذ دعواه شكل دعوى القضاء الكامل، لأن قرار الإنهاء من أجل المصلحة العامة، يعد قرار إداريا متصلا بالعقد فلا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطعن فيه بالإلغاء، لأن الدعوى أمام القضاء الكامل هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها للطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بالإنهاء الانفرادي للصفقة،[2] وبالتالي فإن قاضي العقد هو المختص بالرقابة على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة إذا تم الطعن فيه من طرف المتعاقد.[3]

2 _ بالنسبة للطعن المقدم من طرف الغير

أما بالنسبة للطعن المقدم من طرف غير المتعاقد، لا تقبل دعوى القضاء الكامل من الغير لأنه أجنبي عن العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها، وبالتالي لا يملك هذا الأخير الطعن في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذه أو بإنهائه.[4]

ثالثا: سلطة قاضي العقد تجاه قرار الإنهاء الانفرادي للصفقة غير المشروع

رغم كل السلطات الواسعة التي يتمتع بها قاضي العقد إلا انها ليست مطلقة، بل مقيدة حيث أن القاضي عند مواجهته لقرار الإنهاء الانفرادي للعقد، كقاعدة عامة لا يتمتع بصلاحية إلغاءه بل تقتصر سلطته على مراقبة هذا القرار، من زاوية المشروعية فقط، للتحقق من مدى وجود أسباب المصلحة العامة،[5] وفي حالة ثبوت عدم مشروعية هذا القرار يقرر القاضي عدم مشروعية القرار ويقدر قيمة التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعامل المتعاقد من جراء هذا الانهاء، دون أن تتجاوز سلطته إلى إلغاء القرار.[6]

---

[1] _ عبد الحفيظ مانع، "الأثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة "، مجلة القانون الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ديسمبر 2022، ص176.

[2] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص373.

[3] _ عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص 176.

[4] _ المرجع نفسه، ص177.

[5] _ محمد أمين عثماني، المرجع السابق، ص47، 48.

[6] _ عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص183.

لأن قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة لا يعتبر قرار إداريا منفصلا عن العقد، يمكن الطعن فيه بالإلغاء من طرف المتعامل المتعاقد، وإنما يملك فقط المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا الإنهاء عن طريق دعوى القضاء الكامل.[1]

إن عدم قدرة قاضي العقد إلغاء قرار غير مشروع أصدرته المصلحة المتعاقدة، وتسبب في ضرر للمتعامل المتعاقد والاكتفاء بالتعويض مسألة غاية في الخطورة فالقاضي عند عدم قدرته للتصدي للقرار غير المشروع بالإلغاء، فإنه يكون ملزما بالحكم لصالح المتعامل المتعاقد بمبالغ معتبرة كتعويض له، وقد تكون هذه المبالغ أكبر من التي تتكبدها المصلحة المتعاقدة لو استمرت الصفقة.[2]

المطلب الثاني

الفسخ القضائي للصفقة بطلب المتعامل المتعاقد

حق التقاضي مكفول للجميع فإنه يجوز لأي طرف في العقد الإداري اللجوء إلى القضاء الإداري المختص لطلب فسخ العقد،[3] وبما أن الإدارة بصفتها مسؤولة عن المصلحة العامة فهي تتمتع بامتيازات لا جدال فيها في تنفيذ العقد،[4] فهي تتمتع بسلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة للفسخ القضائي، بينما المتعامل المتعاقد فلا يملك سوى الفسخ القضائي، ويعتبر الفسخ القضائي من أخطر الجزاءات التي تتعرض لها المصلحة المتعاقدة.[5]وهو الطريقة الوحيدة التي يستطيع بها المتعامل المتعاقد مواجهة أي إخلال من المصلحة المتعاقدة،[6] والتحلل من التزاماته.

وسنوضح من خلال هذا المطلب، الحالات التي يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء للقضاء لطلب الفسخ القضائي للصفقة العمومية (الفرع الأول) خصصناه للفسخ القضائي لإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، (الفرع الثاني) الفسخ القضائي مقابل حق الإدارة في التعديل (الفرع الثالث) القوة القاهرة.

---

[1] _ سمية شريف، تقيم دور الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص376.

[2] _ المرجع نفسه، ص376.

[3] _ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر–دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص236،237.

[4] _ Laurent Richer، droit des contrats administratifs، 8édition، L.G.D.J Lextenso éditions، paris، 2012، p 31.

[5] _ حورية بن أحمد، "سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، جوان 2016، ص466.

[6] _ جمال فرناش، " رقابة القاضي الإداري للصفقة العمومية الية لصيانة المرفق العام"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد01، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2023/03/31، ص1338.

الفرع الأول: الفسخ لإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية

تملك المصلحة المتعاقدة امتيازات مخولة لها تمارسها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها وقد يتخلل هذه الممارسة احتمال تعسفها،[1]وللمتعامل المتعاقد الحق في اللجوء للقاضي الإداري للحصول على حكم قضائي، يقضي بفسخ الصفقة العمومية إذا أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها،[2] ونظرا لخطورة فسخ الصفقة على سير المرافق العامة فإن القاضي يشترط لفسخها أن يكون خطا المصلحة المتعاقدة جسيما.[3]

ويتعين على المتعامل المتعاقد أن يلجأ للإدارة أولا قبل رفع الدعوى أمام قاضي العقد للتقاضي، أي أن يذهب للتسوية الودية قبل التسوية القضائية[4]، والقاضي لا ينطق بالفسخ للصفقة إلا إذا ثبت أن المصلحة المتعاقدة ارتكبت خطأ جسيما،[5] ومن أهم الأخطاء التي ترتكبها المصلحة المتعاقدة والتي اعتبرها القضاء الإداري مبرر لطلب الفسخ هي:

_ أن تتراجع عن المشروع موضوع الصفقة دون سبب معقول،

_ عندما تتأخر تأخر جسيم في تنفيذ التزام تمكين المتعامل المتعاقد من البدء في التنفيذ،

_ عندما تقوم بوقف الأعمال موضوع الصفقة مدة طويلة دون مبرر معقول،

_ إذا قامت بتوقيع عقوبات غير مناسبة مع الأخطاء التي يرتكبها المتعامل المتعاقد،

_ أن تفرض عليه أعمال جديدة تفوق بكثير الاعمال المتفق عليها في الصفقة.[6]

المتعامل المتعاقد الذي يطلب فسخ الصفقة العمومية بسبب تضرره من تصرفات المصلحة المتعاقدة التعسفية، يجب أن يكون غير مقصر في أداء التزاماته، لأن القاضي إذا ثبت له وجود خلل في تنفيذ الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد قضى برفض طلب الفسخ.[7]

---

[1] _ سمية شريف، رقابة القاضي الإداري، المرجع السابق، ص.106.

[2] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص467.

[3] _ سمية شريف، رقابة القاضي الإداري، المرجع السابق، ص.106.

[4] _ المادة 87 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[5] _ مونيه جليل، المرجع السابق، ص182،183.

[6] _ أحمد خثير، اليات الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لجاج، البويرة، 2019-2020، ص16.

[7] _ سمية شريف، رقابة القاضي الإداري، المرجع السابق، ص106.

ويترتب على الإخلال الجسيم للمصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، فسخ الصفقة وتعويض المتعامل المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب. [1]لكن لا يمكن لصاحب العقد المتعامل المتعاقد أن يقرر برغبته وبإرادته المنفردة فسخ العقد بل يرفع الأمر إلى قاضي العقد،[2]ولكن قبل اللجوء إلى القضاء اشترط قانون الصفقات العمومية 23-12 ضرورة القيام بالتسوية الودية في جميع منازعات تنفيذ الصفقات العمومية أولا وإذ لم يتوصل الطرفين إلى حل يلجأ المتعامل المتعاقد إلى القضاء،[3]وهذا ما جاء به مجلس الدولة الجزائري في قراراه رقم 43731 الصادر بتاريخ 1985/11/09حيث جاء فيه:".....ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أهمل إجراء تقديم طلب طبقا لأحكام المادة 152 من قانون الصفقات العمومية إلى السيد وزير الري لعرض النزاع على اللجنة الاستشارية واكتفائه بالطعن عن طريق التدرج الرئاسي يجعله غير محق في تأكيده على أن المجلس القضائي قد أخطأ عندما فصل في القضية كما فعل، ومتى كان كذلك استوجب تأييد القرار المطعون.[4]

الفرع الثاني: الفسخ مقابل حق الإدارة في التعديل

خلافا للوضع في القانون الخاص حيث تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"،[5]تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد وتعديل شروطه بإرادتها المنفردة،[6]شرط ألا تتجاوز تلك التعديلات حدود معينة، كي لا تؤدي إلى تغيير جوهر العقد وقلب اقتصادياته، بحيث لا يستطيع المتعامل المتعاقد تنفيذه. [7]

ولكن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة إذ تمارسها في إطار محدود ووفق ضوابط تتمثل فيما يلي: [8]

---

[1] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص467.

[2] _ Christophe Lajoy، Droit des marches publics، op، cit، p 195.

[3] _ المادة 87 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[4] _ مجلس الدولة، قرار رقم 43731، الصادر بتاريخ 1985/11/09، رشيد خلوفي، الجزء 1، المرجع السابق، ص229،230،231،232.

[5] _ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص74.

[6] _ صلاح الدين خيار، الفسخ القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري والعلوم الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2022-2023، ص15.

[7] _ مونيه جليل، المرجع السابق، ص183.

[8] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص467، 468.

أولا: ألا يتعدى التعديل موضوع العقد

حق المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد مكفول، لكن لا يجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغير موضوع العقد، وإرهاق الطرف المتعاقد معها إذ أنها لا تستطيع تعديل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه وإلا كنا أمام عقد جديد غير العقد الذي تم الاتفاق عليه في مرحلة الابرام، ذلك أن المتعامل المتعاقد عندما قبل التعاقد والتزم بتنفيذ العقد في أجال محددة فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية فإذا قامت المصلحة المتعاقدة بتغيير موضوعي أو هيكلي للعقد فذلك قد لا يناسب المتعاقد معها ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.[1]

ثانيا: أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

قد تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام ظروف جديدة خارجة عن إرادتها بعد توقيعها للعقد، غير الظروف التي تعاقدت في ظلها، وهذا راجع خاصة إلى طبيعة بعض العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها، فإن تغيرت الظروف جاز للإدارة تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي. [2]

ثالثا: أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية

عندما تقبل المصلحة المتعاقدة على تعديل العقد فإنها تصدر قرار إداريا تعلن فيه عن نيتها في تعديل العقد، ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا.[3]

وبالرجوع لقانون الصفقات العمومية23-12 نجد أن المشرع أدرجه تحت عنوان ملحق، أي أن قرار التعديل يكون على شكل ملحق، وخول للمصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة عن طريق ابرام ملاحق،[4] وعرف الملحق بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.[5]

---

[1] _ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ص146.

[2] _ المرجع نفسه، ص147.

[3] _ المرجع نفسه، ص147،148.

[4] _ المادة 81 فقرة 1 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

[5] _ المادة 81 فقرة 2 من قانون الصفقات العمومية 23-12.

نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في قانون الصفقات العمومية 23-12 والذي أجاز للمصلحة المتعاقدة وفي جميع الصفقات العمومية، أن تعدل بندا أو بنودا إما بالزيادة أو النقصان غير أن هذا التعديل يخضع لشروط معينة:

_ يجب أن يكون مكتوبا طالما أن الصفقة الاصلية مكتوبة،

_ يجب أن يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة، لأنه يجعلنا هذا الأخير أمام عقد جديد،

_ ويجب أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدد في القانون. [1]

فعلى الرغم من أن العقد الإداري يجعل الإدارة في مركزا فريدا ومتميزا مرده مسؤوليتها عن تنظيم وتسير المرافق العامة، فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما اتفقت عليه مع المتعاقد ولا تتجاوزه إلا للضرورة وتحقيقا للمصلحة العامة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافا بالسلطة العامة فإنه يجوز للمتعامل المتعاقد معها في هذه الحالة، أن يلجأ إلى القاضي الإداري طالبا منه فسخ العقد الإداري كجزاء لتجاوز الإدارة لسلطاتها،[2] حيث يسعى القاضي في هذه الحالة إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، وكذلك مدى علاقته بالصفقة الأصلية والحدود المالية المنصوص عليها تشريعيا، وعلى أساس هذا يقرر التعسف في ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل من عدمه، فإذا ثبت للقاضي الإداري ذلك جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناء على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية، ويملك المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب إضافة إلى فسخ الصفقة.[3]

الفرع الثالث: القوة القاهرة

القوة القاهرة هي ذلك الحادث المفاجئ الذي لا دخل للمتعامل المتعاقد أو الإدارة فيه، ويستحيل دفعه يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة يترتب عليها إعفاء المتعامل المتعاقد من التنفيذ دون

---

[1] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص469.

[2] _ ياقوتة عليوان، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري للصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص263.

[3] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص470.

توقيع عقوبة أو غرامة تأخير عليه، ويحق في هذه الحالة اللجوء للقضاء الإداري لطلب فسخ الصفقة،[1]كما يمكنه طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه.

ويعتبر الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة الوسيلة الوحيدة التي تؤدي إلى إعفاء المتعامل المتعاقد مع الإدارة من التحلل من التزاماته، ونظرية القوة القاهرة تقوم على عناصر أساسية مكونة لها وهي كالتالي:

أولا: الحادث الأجنبي الخارجي

بحيث يكون الحادث خارجي، ومستقل عن إرادة أطراف العقد.[2]

ثانيا: أن يكون الحادث غير متوقع عند التعاقد

معيار عدم التوقع معيار موضوعي، لا ذاتي ويؤخذ فيه بتوقع أشد الناس يقظة، وتبصر للأمور وهنا تشترك القوة القاهرة مع الظروف الطارئة.[3]

ثالثا: أن يكون الحادث مستحيل دفعه

أي أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه صده، ويمنعه من تنفيذ التزاماته التعاقدية.[4]

رابعا: أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ العقد

استحالة مطلقة وبصورة دائمة، وسواء كانت تلك الاستحالة مادية أو قانونية فليس من شأنها أن تقضي على الالتزام، بل تؤدي إلى توقف العقد لمدة معينة وينفذ المتعامل المتعاقد بعد زوال المانع، وفي حال استمرار ذلك وعدم زواله يفسخ العقد بقوة القانون.[5]

خامسا: ألا يكون للمتعامل المتعاقد يد في إحداثه

عندئذ يتحول الالتزام من التنفيذ العيني، إلى الالتزام عن طريق التعويض.[6]

---

[1] _ مونيه جليل، المرجع السابق، ص182.

[2] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص471.

[3] _ نوال عدادي، فسخ الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2021-2022، ص24.

[4] _ حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص471.

[5] _ نوال عدادي، المرجع السابق، ص24.

[6] _ المرجع نفسه، ص24.

عند توفر العناصر الأساسية المكونة للقوة القاهرة التي يستند إليها القاضي عند إصداره لقرار الفسخ، فيجوز له الحكم لصالح المتعامل المتعاقد بفسخ الصفقة العمومية لاستحالة التنفيذ وقد يحكم كذلك إلى جانب الفسخ بتعويض مناسب للمتعامل المتعاقد عن الضرر الذي لحقه من هذا الظرف القاهر وقد جاء في هذا السياق قرار مجلس الدولة رقم 56392 الصادر بتاريخ 1989/02/25، في قضية (ش ع) ضد (و. و. م. ومن معه) الذي جاء فيه:" حيث أن فيضان واد مالا يعد في نظرها قوة قاهرة.....عن مسالة مبلغ التعويض المستحق الأداء للطاعن.....الحكم على ولاية المسيلة وعلى مديرية المنشأت القاعدية وعلى وزارة الاشغال بدفع مبلغ 130،573،78دج للطاعن مقابل الخسائر اللاحقة به."[1]

[1] _ مجلس الدولة، الغرفة الإدارية، قرار رقم 56392، الصادر بتاريخ 1989/02/25، المجلة القضائية، نقلا عن رشيد خلوفي ص306، 307، 308.

خاتمة الفصل الثاني

مما تقدم نستنتج أنه رغم تمتع المصلحة بسلطة فسخ الصفقة العمومية، فإن ممارستها لهذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بشروط وقيود وجب عليها التقيد بها، والتي تخضع لرقابة قاضي العقد، هذه الرقابة تكفل نسبيا حق المتعامل المتعاقد نظرا لتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية لضمان حماية المصلحة العامة.

الخاتمة

درسنا في هذا الموضوع الرقابة القضائية على سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الإشراف والرقابة، والتي يتبع فيها جملة من الضوابط العامة والمتمثلة في احترام مبدأ المشروعية عند تنفيذ قراراتها، ولا تتجاوز حدود الإشراف والرقابة، وأن يكون الهدف من هذه السلطة هو تحقيق المصلحة العامة، وكذا ضوابط خاصة وذلك بأن لا تؤدي هذه السلطة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة العمومية، وأن تستعمل هذه السلطة في حدود توقعات العقد.

كما تناولنا الرقابة القضائية على سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير الفاسخة والتي تكون في صورة إما جزاءات مالية والتي تتمثل في غرامة التأخير ومصادرة الضمان، أو في صورة جزاءات ضاغطة وتتمثل في الشراء على حساب المورد في عقد اللوازم وسحب العمل في صفقات الأشغال العمومية.

وتناولنا أيضا الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية والذي يكون إما بفعل المصلحة المتعاقدة من خلال سلطة التعديل (فعل الأمير) والتي تجعل المتعامل المتعاقد يتحمل أعباء إضافية تستوجب تعويضا كاملا، أو خارج عن إرادة المصلحة المتعاقدة نتيجة للظروف الطارئة التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة وتجعله مرهق للمتعامل المتعاقد مع إمكانية الاستمرار في التنفيذ ويكون التعويض في هذه الحالة جزئيا بقدر ما يسمح بإتمام المشروع حفاظا على قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد، أو نتيجة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي يكون التعويض فيه كليا.

إن الرقابة القضائية على سلطة توقيع الجزاءات الفاسخة للصفقة العمومية تخص مشروعية سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي، والذي يتطلب توافر ضوابط تتمثل في ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم، وإعذاره بتنفيذ التزاماته، ومنحه أجل، وبفوات ذلك الأجل يوجه له إعذار ثان ثم تفسخ الصفقة.

أما الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي، والتي يمارسها قاضي العقد، بطلب من المتعامل المتعاقد المتضرر منه، تكون على مشروعية وملائمة قرار الفسخ الجزائي للصفقة، وتقدير التعويض المناسب في حالة ما أذا كان قرار الفسخ غسر مشروع.

في حين أن الرقابة القضائية على الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية، والذي يكون إما إنهاء انفرادي من أجل المصلحة العامة، بأن يكون الإنهاء مما تقتضيه المصلحة العامة، وليس إنهاء لأسباب أخرى، وأن يكون قرار الإنهاء يحقق جميع شروط المشروعية، وإما فسخا قضائيا

الخاتمة

بطلب من المتعامل المتعاقد، وذلك في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، في حالة تعديل المصلحة المتعاقدة للصفقة تعديلا يمس جوهر العقد وفي حالة القوة القاهرة.

وتوصلنا إلى ان الرقابة القضائية على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والاشراف والتعديل وفرض الجزاءات غير الفاسخة، غير كافية لحماية حقوق المتعامل المتعاقد كون المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع تلك الجزاءات، كما أنها تملك سلطة تقديرية واسعة في تطبيق جزاء الفسخ والانهاء من أجل المصلحة العامة، مما يجعل إمكانية تعسفها واردة في استعمالها لحقها في الفسخ، وبالتالي تعتبر الرقابة القضائية غير بالقدر الكافي لحماية حقوق المتعامل المتعاقد مقابل تلك السلطات.

نختم هذا البحث بما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات.

النتائج:

1-لم ينص المشرع على ضرورة إعذار المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية قبل توقيع الجزاءات غير الفاسخة عليه وهذا يحرمه من حقه في الدفاع.

2- لم ينص المشرع على الأجل أو المدة التي يجب منحها للمتعامل المتعاقد للوفاء بالتزاماته قبل تنفيذ جزاء الفسخ، وترك ذلك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، مما قد يفتح باب تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء.

3- لم ينص المشرع على شروط وقيود لممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة انهاء الصفقة من اجل المصلحة العامة، بل جعل هذا الانهاء خاضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة التي قد تسيء استعمالها وتهدد مصالح المتعامل المتعاقد.

4-المشرع لم ينص على حق المتعامل المتعاقد في طلب الفسخ القضائي للصفة في قانون الصفقات العمومية، غير ان تطبيقات النظرية العامة للعقد اثبتت احقية المتعامل المتعاقد في اللجوء لطلب الفسخ اما بسبب القوة القاهرة أو إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها أو الفسخ كمقابل لحق الإدارة في تعديل العقد.

5-لم ينص قانون الصفقات على ضرورة تسبيب قرار توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعامل المتعاقد مما يحرمه من حق الدفاع.

الخاتمة

التوصيات:

1-ضرورة نص المشرع في قانون الصفقات العمومية على شرط الإعذار في حالة الجزاءات غير الفاسخة، حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في اختيار الجزاء وتقديره.

2-وجب على المشرع التدخل باشتراط أن يكون الخطأ الذي يرتكبه المتعامل المتعاقد لتبرير جزاء الفسخ على درجة معينة من الجسامة، أو على الأقل تحديد بعض الحالات التي تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الفسخ الجزائي، على سبيل المثال لا الحصر لتقييد سلطتها في ذلك درء لأي تعسف.

3-ضرورة تضييق سلطة المصلحة المتعاقدة التقديرية اثناء فسخ الصفقة من اجل المصلحة العامة من خلال ادراج حالات اعمالها ووضع تفاصيل أكثر لممارسة هذا الحق.

4_ضرورة النص على الفسخ القضائي في قانون الصفقات العمومية وتحديد حالاته وشروط إجراءاته.

5- ضرورة نص المشرع على الزامية تسبيب قرارات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بتوقيع الجزاءات التعاقدية، لحماية المتعامل المتعاقد من إمكانية تعسفها.

قائمة المصادر المراجع

أولا: قائمة المصادر:

1_النصوص القانونية:

_ القانون رقم 23-12 المؤرخ في 18 محرم 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد51، الصادر بتاريخ 6 /08/ 2023.

_ القانون 08-09 الصادر في:18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير لسنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، الصادرة في 2008/04/23.

2_النصوص التنظيمية:

_المرسوم الرئاسي15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

ثانيا: قائمة المراجع:

1_ المؤلفات:

أ_ باللغة العربية:

_ رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

_ رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

_ رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

_ رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

قائمة المصادر والمراجع

_ زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016.

_ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر،1991.

_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة، 2008.

_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري بالفقه وقضاء مجلس الدولة، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2009.

_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

_ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر–دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

_ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، 2017.

_ فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية عن المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

_ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

_ محمد شعبان الدهروبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

_ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

_ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 2007.

_ مونيه جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 245/15، موفم للنشر، الجزائر، 2018.

_ نبيل أزاريب، سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2018.

_ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة 2، منشورات زين الحقوقية، 2012.

_ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

_ ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

ب_ باللغة الأجنبية:

_ Brahim Boulifa، Marchés Publics، Berti Editions، Alger، 2013.

_ Christophe Lajoy، Droit des marches publics، berti Editions، Alger، 2007.

_Laurent Richer، droit des contrats administratifs، 8édition، L.G.D.J Lextenso éditions، paris، 2012.

2_المقالات العلمية:

_ أحمد بركات، "سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها،" المجلة القانونية والتنمية المحلية، المجلد 03، العدد01، جامعة طاهري محمد، بشار،2022.

_أحمد فنيدس، "ضوابط سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في مادة الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2022.

_ أشرف عبد الحليم عمر، "سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري للمصلحة العامة –دراسة تحليلية "، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو 2022.

_ إيمان أحمد العبدولي، "القاضي المختص بالرقابة على الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، مجلة الشارقة، المجلد17، العدد01، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2020.

_ جمال فرناش، " رقابة القاضي الإداري للصفقة العمومية الية لصيانة المرفق العام"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد01، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2023/03/31.

_ حورية بن أحمد، "سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، جوان 2016.

_زينة مقداد،" سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية وسياسية، المجلد 2، العدد الرابع، جامعة سعيدة، 2018.

_ سميرة بن خليفة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية، 2016.

_ سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد57، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، ديسمبر 2020.

_ سهام شقطمي، "مشروعية ملحق الصفقة العمومية"، مجلة الدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 01، جامعة باجي مختار، الجزائر، 2022.

_ عبد الحفيظ مانع، "الأثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة "، مجلة القانون الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ديسمبر 2022.

_ عبد الوافي، عبد الجبار، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد 07، 2018.

_ عبد الوهاب محمد، " الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم 15-247"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة عاشور، الجلفة،2020.

_ عمر خالدي، "الحماية القضائية للمتعامل المتعاقد بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 03، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2023.

_ محمد الصادق قابسي، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد16، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2018/12/31.

_ محمد الهادي بن السي حمو، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، جانفي 2018.

_ مجدوب عبد الرحمان، "المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، مجلد06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2022.

_ موسى برادعية، ليلى هواري، "الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية دراسة مقارنة "، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد02، كلية الحقوق، جامعة أحمد زبانة، غليزان، 2021.

_ موسي برادعية، "غرامة التأخير في الصفقة العمومية" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، المركز الجامعي أحمد زبانة، غيليزان، 2022.

_ نوال ملوك، "مصادرة مبلغ التامين وتأثيره على العقود الإدارية في الجزائر،" مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 35، العدد 01، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2021.

3_الرسائل والمذكرات:

أ_ رسائل دكتوراه:

_زين العابدين بخوش، طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2016-2017.

_ سماح فارة، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2014.

_ سعيد عبد الرزاق باخيرة، السلطة الإدارية الجزائية اثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

_ سمية شريف، تقييم دور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

_ فوزية هاشمي، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018.

_ مولود محمودي، رقابة القاضي على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غيليزان، 2022.

_ ياقوتة عليوان، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري للصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.

ب_ مذكرات الماجستر:

_ ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

_ سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016/02/17.

_ سهام بختي، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستر في القانون، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.

ج_ مذكرات الماستر:

_ أحمد خثير، اليات الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لجاج، البويرة، 2019-2020.

_ سميرة جرار، فسخ الصفقات العمومية في إ يطار المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018-2019.

___ سعاد خضراوي، عزالدين فريوة، الفسخ في الصفقات العمومية، مذكرة للحصول على شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2021،2022.

_ صلاح الدين خيار، الفسخ القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري والعلوم الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2022-2023.

_ كمال زيغش، نهاية الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2021-2022.

_ محمد أمين عثماني، سلطة الإدارة المنفردة في انهاء العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016.

_ مليكة بوشيرب، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

_ نسيمة تواهري، فريال تواتي، فسخ الصفقات العمومية دراسة في ضوء الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022-2023.

_ نوال عدادي، فسخ الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2021-2022.

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

4_ المحاضرات المنشورة:

_ أحمد فنيدس، محاضرات منازعات الصفقات العمومية، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2024/2023.

5_القرارات القضائية:

_ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 460045، الصادر بتاريخ2023/04/22، غير منشور.

_ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 080407، المؤرخ في 2014/02/06، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، لسنة 2015.

_ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 063683 المؤرخ في 2012/01/12، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، لسنة 2014.

_ مجلس الدولة، الغرفة الاولى، القرار رقم 072357 مؤرخ في 2012/12/13، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، لسنة 2014.

_ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 078480 المؤرخ في 2013/12/05، مجلة مجلس الدولة، العدد11، لسنة 2013.

_مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 004605، الصادر بتاريخ 2002/05/27، غير منشور.

المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 الصادر بتاريخ 10/10/ 1993، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994.

_ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 55531 المؤرخ في 1988/01/02، المجلة القضائية، العدد04، لسنة 1993.

_ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 62252 الصادر بتاريخ 1988/12/31، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1992.

_ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 013418، الصادر بتاريخ 1991/1/20، غير منشور.

الفهرس

مقدمة.....01-05

الفصل الأول: الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لبعض سلطاتها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية 05

المبحث الأول: الرقابة القضائية على استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات.....06

المطلب الأول: الرقابة القضائية لاستخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة.....06

الفرع الأول: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.....07-09

الفرع الثاني: ضوابط استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والإشراف.....09-12

الفرع الثالث: سلطة القاضي الإداري في الرقابة على سلطة الاشراف والرقابة.....12-13

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير الفاسخة...13

الفرع الأول: الرقابة على الجزاءات المالية..... 14-21

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على الجزاءات الضاغطة.....21-25

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.....25

المطلب الأول: الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي بفعل المصلحة المتعاقدة.....26

الفرع الأول: فعل الأمير..... 26_31

الفرع الثاني: الاثار المترتبة على نظرية فعل الأمير.....31 -32

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على اختلال التوازن المالي خارج إرادة المصلحة المتعاقدة.....32_33

الفرع الأول: الظروف الطارئة.....33_35

الفرع الثاني: الصعوبات المالية.....36-37

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على فسخ الصفقة العمومية.....39

المبحث الأول: الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية.....40

المطلب الأول: مشروعية سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي.....40

الفهرس

الفرع الأول: أنواع وشروط الفسخ الجزائي.....40 -46

الفرع الثاني: أثار الفسخ الجزائي.....46 -48

المطلب الثاني: رقابة قاضي العقد على قرار الفسخ الجزائي.....48

الفرع الأول: النظر في منازعات قرار الفسخ الجزائي.....48-50

الفرع الثاني: الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي من المتعامل المتعاقد.....50_52

الفرع الثالث: نطاق رقابة قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة العمومية.....53_55

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية.....55

المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للصفقة لأجل المصلحة العامة.. 55_56

الفرع الأول: القيود الواردة على سلطة الإنهاء لأجل المصلحة العامة.....56-58

الفرع الثاني: التسوية الودية كشرط وجوبي قبل اللجوء للقضاء.....58

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لأجل المصلحة العامة.....59-62

المطلب الثاني: الفسخ القضائي للصفقة بطلب المتعامل المتعاقد.....62 -63

الفرع الأول: الفسخ لإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية.....63_64

الفرع الثاني: الفسخ مقابل حق الإدارة في التعديل.....64_67

الفرع الثالث: القوة القاهرة.....67_68

الخاتمة.....70_72

قائمة المصادر والمراجع.....73_81

الملخص:

تملك المصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية سلطات في مواجهة المتعاقد معها باعتبارها تسعى إلى تحقيق الصالح العام ، منها سلطة الإشراف والرقابة ، وسلطة التعديل، كذلك سلطة توقيع الجزاءات، هنا يتطلب توفر رقابة قضائية تعمل على إيجاد التعادل والتوازن بين المتعاقدين وضمانة فعالة للمتعاقد ، هذه الرقابة تكون عن طريق دعوى القضاء الكامل كون أن كل المنازعات الناشئة في مرحلة التنفيذ تدخل في نطاق القضاء الكامل.

الكلمات المفتاحية: الرقابة القضائية، القضاء الكامل، الصفقات العمومية .

Abstract :

The contractor's interest in public transactions contracts has powers vis-à-vis the contractor as it seeks to achieve the public interest, including supervision and control authority and amendment authority. as well as the sanctions authority, here requires judicial control that works to achieve parity and balance between contractors and an effective contractor's guarantee all disputes arising at the stage of implementation fall within the scope of full jurisdiction ".