

ملخص المذكرة

إن ما يميز العقد الإداري عن العقود الأخرى هو عدم المساواة بين أطرافه، وذلك لأن الإدارة تتمتع بامتيازات و سلطات استثنائية لا مثل لها في القانون الخاص، و لعل أخطر هذه الامتيازات هو سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها بنفسها و دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيماً كلما أصبحت العقوبة أشد قسوة ابتداءً من الجزاءات المالية، ثم الجزاءات الضاغطة، وصولاً إلى جزاء الفسخ، الذي يهدف إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة استثنائية و قبل أوانها مع المتعاقد و انقضاء العقد، و يتم توقيعها في الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد مع الإدارة مخالفات جسيمة لا يجدي معها توقيع أي من الجزاءات المالية أو الضاغطة في ردع المتعاقد مع الإدارة أو إصلاحه.

إن جزاء الفسخ يطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، بما فيها الصفقات العمومية التي تعتبر من أهم هذه العقود، و هي عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، قصد إنجاز أشغال أو اقتناء مواد أو تقديم خدمات أو دراسات لحساب المصلحة العامة، و يسمى حينها جزاء فسخ الصفقة العمومية.

يتجلى سبب اختياري لهذا الموضوع الذي يعتبر موضوع الساعة بالنسبة للكثير من الدارسين سواء كانوا باحثين في المجال القانوني أو حتى ممارسين في الميدان إما بهدف المعرفة و حب الإطلاع على الغموض الذي يكتنف هذا الموضوع أو بهدف المساهمة في إثراءه.

الأمر الذي يجعل من موضوع دراستنا هذا من الموضوعات الجديدة و المهمة في إطار البحث، فموضوع جزاء الفسخ هو موضوع دقيق و لا يزال بكرةً و لم تتل حظه من البحث و التمحيص على مستوى الفقه الإداري ، إذ أن معظم جوانب هذا الموضوع لا تزال غامضة تحتاج إلى توضيح، فأغلب الدراسات المنشورة في هذا المجال، لم تتناول جزاء فسخ الصفقات العمومية بالتفصيل الذي يحتاجه، فلا يزال يحتاج إلى الكثير من التوضيح و التدقيق، و ذلك بالنظر إلى خطورته، باعتباره جزاء يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، بالإرادة المنفردة للإدارة، و دون الحاجة للجوء إلى القضاء. مما جعل هذه البحوث بحوث اقتصرت على العموم لكونها اكتفت على دراسة الجانب النظري لهذا الموضوع ، و من المعلوم أن الدراسة المتي ليست لها صلة بالواقع تكون دراسة جافة و جامدة.

من هنا تأتي أهمية موضوع هذا البحث الذي يمكن الاستفادة منه على أرض الواقع، حيث يتناول جزاء فسخ الصفقات العمومية، مع التركيز على ضمانات ممارسة هذا الجزاء، و بالتالي معالجة الإشكالات العملية التي يثيرها هذا الموضوع، خاصة في ظل الدور المهم الذي أصبحت تلعبه الصفقات العمومية في تنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية الوطنية و المحلية، خاصة في ظل التوجه الاقتصادي الجديد للجزائر الهادف إلى تشجيع الاستثمار سواء الوطني أو الأجنبي، الأمر الذي يدفعنا للبحث عن مدى وجود ضمانات تكون كافية للحد من خطورته، و في نفس الوقت تحفز الأفراد على المدخول في علاقات تعاقدية مع الإدارة بكل اطمئنان، و دون التحوّف من احتمال تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في فسخ الصفقة العمومية.

كما تبرز أيضاً أهمية هذا الموضوع من خلال إثراء المكتبة الجامعية و خاصة مكتبة الحقوق بموضوع يعالج جزاء فسخ الصفقات العمومية بصفة مستقلة عن الجزاءات الأخرى التي تملك الإدارة توقيعها، و ذلك بنوع من التفصيل.

إن خصوصية جزاء فسخ الصفقات العمومية أدت إلى طرح العديد من الإشكاليات التي يمكن إجمالها في مدى تناسب ضمانات ممارسة جزاء فسخ الصفقات العمومية مع خطورة آثاره من جهة؟، و مدى كفاية هذه الضمانات لتوفير حماية للمتعاقل المتعاقد، تحفزه على الدخول في علاقات تعاقدية بكل اطمئنان من جهة أخرى؟

و بغرض الوصول إلى نتائج موضوعية في هذا المجال، ارتأينا إجراء دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، الذي يعتبر مهد القانون الإداري من جهة، و القانون المصري الذي يعتبر أحد أهم القوانين العربية، والذي رغم اعتماده على نظام الازدواجية النابعة من القانون الفرنسي، إلا أنه خالفه في الكثير من المواضع، من جهة أخرى.

و قد اعتمدت في معالجة هذا الموضوع على خطة بحث قمت بتقسيمها إلى فصلين، بحيث تناولنا في الفصل الأول النظام القانوني لجزاء فسخ الصفقة العمومية، الذي يشمل بدوره مبحثين، خصصنا المبحث الأول للحديث عن ماهية جزاء فسخ الصفقات العمومية.

و توصلنا إلى أن الفسخ في القانون الإداري أنواع متعددة، إذ تنقضي الصفقات العمومية بموجب هذه الطريقة: إما باتفاق الطرفين كما هو الحال في القانون الخاص، و هو ما يعرف بالفسخ الاتفاقي، و إما أن يكون ناتج عن تدخل القاضي، سواء بناء على طلب المصلحة المتعاقدة أو بناء على طلب المتعاقد معها، أو ما يسمى بالفسخ القضائي، وإما أن يكون بقوة القانون.

إلا أن أصالة العقود الإدارية، و منها الصفقات العمومية، تكمن في
الإمكانية المتاحة للإدارة بفسخه بصورة انفرادية، بحيث يعتبر امتيازاً
من امتيازات السلطة العامة، تظهر من خلاله جلياً فكرة استقلال
القانون الإداري.

تأخذ سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية
بالإرادة المنفردة، بدورها، صورتين: تتمثل الأولى في إنهاء الصفقة
العمومية بإرادتها المنفردة، و وفقاً لتقديرها متى اقتضت المصلحة
العامة ذلك، و دون صدور أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد.

أما الصورة الثانية، فتتمثل في إنهاء الصفقة العمومية من جانب
واحد، بسبب تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته بدرجة
جسيمة، و يتميز هذا النوع عن غيره من أنواع الفسخ السالفة الذكر
بأنه هو الوحيد الذي يعتبر جزاء للمتعامل المتعاقد، و هو موضوع
مذكرتنا.

يتميز هذا الجزاء بمجموعة من الخصائص يشترك في بعضها مع
الجزاءات الإدارية الأساسية.

كما يتميز بخصائص ينفرد بها تتمثل في أنه لا يتم توقيع جزاء الفسخ
إلا عند ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم ، كما أنه هو الجزاء
الوحيد الذي يؤدي إلى نهاية الصفقة العمومية.

و رأينا أن أنواع جزاء الفسخ تختلف بين كل من الجزائر و فرنسا
الذان يعترفان بنوعين يتمثلان في: الفسخ الجزائي البسيط، و الفسخ
الجزائي على مسؤولية المتعامل المتعاقد، و بين المشرع المصري
الذي يعترف بنوع واحد فقط من أنواع الفسخ و هو الفسخ الجزائي

البسيط، و يجعل توقيعه أحياناً وجوبي بحيث لا يكون للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في توقيعه، و أحياناً أخرى جوازي.

كما توصلنا إلى أن خطورة آثار هذا الجزاء تتفاوت بحسب ما إذا كان الفسخ بسيطاً، حيث لا يتحمل المتعامل المتعاقد التبعات المالية للتعاقد الجديد، أو ما إذا كان الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد، بحيث يلتزم فيه هذا الأخير بتحمل التبعات المالية للتعاقد الجديد، و لعل أقصى ما يمكن أن يتعرض له المتعامل المتعاقد هو الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، سواء كان مؤقت أو النهائي، الأمر الذي يستدعي توفير ضوابط تحكم توقيع هذا الجزاء، و تكون كافية للتقليل من حدته و هذا ما تناولناه في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

و بالرجوع إلى هذه الضوابط، توصلنا إلى أن هناك ضوابط سابقة لتوقيع جزاء الفسخ، و ضوابط لاحقة لتوقيعه، و تكون الضوابط السابقة في شكل شروط شكلية و موضوعية تلتزم الإدارة بمراعاتها قبل توقيع الجزاء.

تتمثل الشروط الموضوعية في ضرورة صدور خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد، و أن يستدعي هذا الخطأ توقيع جزاء الفسخ بحيث يكون متناسباً معه، على أن لا يتوافر مانع من موانع الفسخ، و زيادة على كل ذلك التزام الإدارة بتسبب قرارها المتضمن فسخ الصفقة العمومية فسخاً جزائياً .

أما الشروط الشكلية فتتمثل في ضرورة إعداز المتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، و أن يصدر القرار المتضمن توقيع جزاء فسخ الصفقات العمومية من السلطة المختصة قانوناً بتوقيعه و هي السلطة المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية.

إلا أن هذه الشروط رغم تنوعها، فإنها لا تعتبر ضمانات كافية لتوفير الحماية للمتعامل المتعاقد في مواجهة هذا الجزاء الخطير، و مثال ذلك الشرط المتعلق بضرورة صدور خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد ، الذي يبدو كأنه يقيد سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء، إلا أنه في الحقيقة أن تقدير جسامته هذا خطأ يعود لسلطة الإدارة.

أما الضمانات اللاحقة لصدور جزاء فسخ الصفقات العمومية فتتمثل في الرقابة القضائية على قرار الإدارة المتضمن توقيع جزاء الفسخ، و سلطات القاضي في مواجهة قرار الفسخ الجزائي للصفقات العمومية.

تتسع رقابة القضاء الإداري على قرار الفسخ الجزائي للصفقة العمومية لتشمل زيادة على رقابة المشروعية، رقابة مدى ملاءمة جزاء الفسخ للخطأ الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد.

إلا أنه لا يزال يثور جدال فقهي وقضائي حول سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة المتضمن توقيع جزاء الفسخ في حالة ما إذا كان غير مشروع ، فلا يزال القضاء في فرنسا و الجزائر يرفض إلغاء قرار الفسخ الجزائي بالرغم من عدم مشروعيته، و يكتفي بالحكم بالتعويض و بإعفاء المتعامل المتعاقد من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ. في حين أن هذا الموقف فيه إجحاف كبير في حق المتعامل المتعاقد، و في حق مبدأ المشروعية، فمن غير المعقول أن يكتفي القاضي بالاعتناع بعدم مشروعية القرار، دون أن يتمكن من إلغائه، بحجة أنه لا يمكن الطعن في القرارات المتصلة بالصفقة العمومية بالإلغاء، لأن طلب إلغاء قرار غير مشروع متصل

بالصفة ، يندرج ضمن رقابة المشروعية ، التي تعتبر من صميم اختصاصات قاضي العقد أو ما يعرف بقاضي القضاء الكامل.

زيادة على ذلك فإن القضاء الإداري الفرنسي الذي يرفض الحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي للصفقات العمومية، فإنه يسمح بإلغاء جزاء إسقاط الالتزام، بالرغم من عدم وجود أي مبرر لهذه التفرقة خاصة في ظل الدور الكبير الذي أصبحت تلعبه الصفقات العمومية.

و على كلٍّ، فإن مكانة الإدارة في القانون الإداري بالمنظور الفرنسي، تعود لأسباب تاريخية فرنسية محضة، لا شأن للجزائر بها، و بالتالي ليس هناك ما يبرر الوضع السائد في الجزائر، سوى أنه مجرد موروث من النظام الفرنسي، الذي يرى بأن القاضي لا يمكنه أن يأمر الإدارة، حيث أن ذلك كان يعتبر جريمة.

إلا أنه في الحقيقة أن القاضي عندما يلغي القرار غير المشروع فإنه لا يصدر أمرا للإدارة، و إنما يزيل هذا القرار، و هذه هي وظيفة القضاء ، و القول بغير ذلك يؤدي إلى بقاء الكثير من القرارات غير المشروعة سارية المفعول، الأمر الذي يعتبر إجحاف في حق المتعاقد مع الإدارة و إهدار لمبدأ المشروعية.

إضافة إلى ذلك، فإن القاضي الإداري يتمتع بسلطات لاحقة للفصل في النزاع المعروض أمامه، تهدف إلى تنفيذ القرار القضائي الذي أصدره، منها ما هو تقليدي مثل إلغاء قرار المصلحة المتعاقدة المتضمن الامتناع عن تنفيذ الحكم الفاصل في النزاع المتعلق بقرار الفسخ الجزائي، و التعويض عن امتناع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الحكم الصادر لصالح المتعامل المتعاقد.

لكن في ظل عدم نجاعة هذه الوسائل في إلزام الإدارة بالامتثال لأوامر القضاء، كان لا بد من إيجاد وسائل جديدة تحقق هذا الهدف، و هي تتمثل في الغرامة التهديدية و الأوامر التنفيذية.

تقضي القواعد العامة أن تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء يكون بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية، التي حدد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صياغتها في المادة 601 ، إلا انه بالرجوع إلى الصيغة التنفيذية الخاصة بالمواد الإدارية نجد أنها تصدر كالآتي: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو و تأمر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و كل مسؤول إداري آخر، كل فيما يخصه، و تدعو و تأمر كل المحضرين المطلوب إليهم ذلك، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص، أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم، القرار...".

معنى ذلك أن المتعامل المتعاقد الذي يصدر الحكم لصالحه يبقى عاجز عن استيفاء حقه بالرغم من صدور الحكم لصالحه، و هو أمر مخالف للدستور، خاصة المادة 145 منه التي تنص صراحة على أنه: " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت و في كل مكان، و في جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء"، و لم تميّز بين ما إذا صدر الحكم لصالح شخص عام، أو شخص خاص.

و محاولة لتدارك الوضع، تم الاعتراف بنظام الأوامر التنفيذية، و هي الأوامر التي يمكن للقاضي الإداري توجيهها إلى الإدارة لحملها على تنفيذ حكمه الصادر بالإلغاء أو التعويض عن الجزاء التعاقدي.

لكن رغم أن نظام الأوامر التنفيذية تعتبر سلطة تمكّن القاضي الإداري، من إجبار الإدارة على الامتثال للأحكام التي أصدرها، بعد أن كان لا يقدر أن يأمرها، إلا أنها من جهة أخرى تعتبر انتقاصاً من قيمة

الأحكام القضائية، التي لا يمكن تنفيذها بمجرد استيفائها للشروط المعروفة في القواعد العامة للتنفيذ، وإنما على المتعامل مع الإدارة، الذي صدر الحكم لمصلحته، أن يلجأ إلى القضاء مرة أخرى للمطالبة بإجبار الإدارة على تنفيذ هذا الحكم، الأمر الذي ينتقص من حقوق المتعامل مع الإدارة، بالمقارنة مع تلك المعترف بها لأطراف العلاقات الخاصة.

و بالتالي بمقارنة جميع هذه الضوابط مع خطورة الآثار المترتبة عن جزم فسخ الصفقة العمومية نجد، أنها غير كافية في مواجهتها، فالمتعامل المتعاقد يجب أن ينظر إليه بأنه معاون للإدارة و أنه لا يتم الوصول إلى حسن سير المرافق العامة ، و بالتالي تحقيق المصلحة العامة، إذا لم يتم توفير حماية كافية للمتعامل المتعاقد، شأنه في ذلك شأن الموظف.

لكن في نفس الوقت بمقارنة الوضعية الحالية للقانون الإداري بصفة عامة و للجزاءات التعاقدية بصفة خاصة، مع ما كانت عليه في بدايات ظهور القانون الإداري، يمكن القول أن هذه الضمانات تعتبر قفزة كبيرة في القانون الإداري بالمنظور الفرنسي، فبعدما لم تكن الإدارة مقيدة بأي قيد، و لم يكن للقاضي أن يأمرها، أصبحت الإدارة نوعاً ما مقيدة، و أصبح بإمكان القاضي الإداري أن يأمرها بالامتناع للأوامر و القرارات التي يصدرها، و هو ما ينبئ بمستقبل القانون الإداري، الذي يبدو أنه يتوجه شيئاً فشيئاً نحو النظام الأنجلوسكسوني الذي أصبح يستقطب معظم التشريعات العالمية.