

ضوابط سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقات العمومية

على ضوء القانون رقم 12-23

Legal Constraints on the Powers of the Contracting Authority to Terminate Public Procurement Contracts under Law No. 23-12

ليلي بوخديمي

جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - (الجزائر)

l.boukhedimi@univ-alger.dz

تاريخ النشر: 2026/10/27

تاريخ القبول: 2026/10/03

تاريخ الاستلام: 2026/07/28

ملخص:

تتمحور هذه الدراسة حول النظام القانوني الذي يحكم سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، لما تتمتع به من امتيازات هامة وحقوق في مواجهة المتعامل المتعاقد معها التي تجب مبررها في فكرة حماية المصلحة العامة التي تسعى لتحقيقها وضمان سير المرفق العام، وتكمن إشكالية الدراسة في كيفية التوفيق بين هذه السلطة وبين ضرورة حماية حقوق المتعامل المتعاقد معها من خلال إبراز الضوابط الإجرائية والموضوعية لممارستها في ظل القانون رقم 12-23، وتوضيح مدى فعالية الضمانات الإجرائية المستحدثة للحد من تعسفها، لأن العلاقة بين الطرفين لا تقوم على مبدأ المساواة.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، الفسخ، المصلحة المتعاقدة، قانون رقم 12-23، المصلحة العامة، الإعذار.

Abstract :

This study explores the legal framework governing the contracting authority's power to unilaterally terminate a public contract, in light of the significant prerogatives it enjoys vis-à-vis its contracting partner. Such prerogatives are justified by the imperative of safeguarding the public interest and ensuring the proper functioning and continuity of public services. The central issue addressed by this study lies in striking a balance between this unilateral power and the protection of the contractor's rights, through an analysis of the procedural and substantive controls governing its exercise under Law No. 23-12. The study further evaluates the effectiveness of the newly introduced procedural safeguards intended to prevent potential abuse of this power, particularly given that the contractual relationship between the parties is not founded upon the principle of equality.

Keywords: Public contract , Unilateral terminatio, Contracting authority, Law N° 23-12 – Public interest, Formal notice.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية من أبرز الأدوات القانونية الأساسية التي تعتمد عليها الدولة لتحقيق الأهداف التنموية وتجسيد السياسات العمومية، ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، حول المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطات استثنائية تتجاوز قواعد القانون الخاص وتواجه بها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، التي نجدها في شكل بنود غير مألوفة في العقد بحيث تنشئ خللا شكليا تبرره المصلحة العامة التي تسعى إليها المصلحة المتعاقدة، من أبرزها سلطة الفسخ الانفرادي للصفقة العمومية قبل انتهاء مدتها المقررة مسبقا، ومع ذلك فإن هذه السلطة وبرغم طابعها الردعي والمرفقي، لا تعني تحلل من قيود المشروعية بل تظل محفوفة بضمانات جوهرية أقرها المشرع لحماية المتعامل المتعاقد وبصون التوازن المالي للعقد.

ومع صدور القانون رقم 12-23 المتعلق بالقواعد العامة للصفقات العمومية تماشيا مع التعديل الدستوري لعام 2020 الذي حول صلاحية التشريع في مجال الصفقات العمومية للسلطة التشريعية استنادا لنص المادة 139 منه¹، خلافا لما كان عليه منذ الاستقلال الذي كان يسند هذا المجال للسلطة التنفيذية، دخلت المنظومة التعاقدية في الجزائر مرحلة جديدة من الضبط التشريعي، حيث أعاد المشرع هيكلة ضوابط الرابطة التعاقدية نوعا ما بما يتوافق مع مقتضيات الشفافية والفعالية الاقتصادية التي تسعى الدولة لتحقيقها من خلال هياكلها.

الإشكالية:

تأسيسا على ما سبق تتمحور إشكالية هذه الدراسة حول التساؤل التالي:

ما مدى فعالية الإجراءات القانونية في ضبط سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية وفق مستجدات القانون رقم 12-23؟

منهج الدراسة:

للإجابة على هذه الإشكالية، اعتمدنا على المنهج التحليلي للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، وعلى المنهج المقارن كلما اقتضت الدراسة ذلك.

¹ مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

المبحث الأول: النطاق الموضوعي لحالات فسخ الصفقة العمومية

المبحث الثاني: القيود والضمانات الاجرائية لممارسة سلطة الفسخ في ظل القانون رقم 12-23

المبحث الأول: النطاق الموضوعي لحالات فسخ الصفقة العمومية

يعتبر قرار فسخ الصفقة العمومية من أخطر القرارات أثراً، كونه ينهي الوجود القانوني للرابطة التعاقدية التي تربط المصلحة المتعاقدة بالمعامل المتعاقد، ويضع حداً للمراكز القانونية المترتبة عنه، وهو حدث استثنائي عارض يؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد قبل أوانه.

استناداً إلى مقتضيات القانون رقم 12-23 المتعلق بالقواعد العامة للصفقات العمومية، لم يعد الفسخ مجرد امتياز مطلق لجهة المصلحة المتعاقدة، بل صار آلية قانونية مقيدة بضوابط موضوعية واجرائية صارمة تهدف إلى تحقيق التوازن بين متطلبات المرفق العام وحماية حقوق المتعامل المتعاقد.

ولضبط معالم هذه السلطة في ظل المستجدات التشريعية يقتضي الأمر منا بداية تحديد النطاق الموضوعي لحالات الفسخ التي حصرها المشرع (المطلب الأول) ثم الانتقال إلى تحليل المسار الاجرائي والقيود الشكلية التي أوجب القانون اتباعها قبل الولوج إلى مرحلة الانهاء التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لحالات الفسخ في ظل القانون رقم 12-23

يستند الفسخ إلى إطار تشريعي وتنظيمي متكامل، وتتعدد مجالاته حسب كل حالة، إذ لم يترك المشرع سلطة انهاء عقد الصفقة العمومية لإرادة المصلحة المتعاقدة دون ضوابط قانونية، بل حصرها في حالات موضوعية تعكس التوازن بين المصلحة العامة والعدالة التعاقدية، فيمكن أن يتم الفسخ بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة الذي تلجأ إليه في حالة الفسخ التقديرية أو الجزائي² كما يمكن أن يتم الفسخ باتفاق الطرفين³.

² انظر كل من المادة 90 و91 من القانون رقم 12-23 المؤرخ في 5 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51، مؤرخة في 6 أوت 2023.

³ انظر المادة 92 من القانون رقم 12-23، نفس المرجع.

الفرع الأول: فسخ الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى استصدار قرار إداري بفسخ الصفقة العمومية -التي تمارس من خلاله مظهر من مظاهر امتيازات الإدارة في العقود الإدارية كوجه عام- دون إشراك المتعامل المتعاقد في اتخاذ القرار أو الحصول على موافقته المسبقة، سواء كان لدواعي المصلحة العامة أو بسبب تقصير أو إهمال في تنفيذ بنود الصفقة.

أولاً: الفسخ التقديري:

مكّن المشرع بموجب المادة 91 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بسلطة استثنائية في إمكانية فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة متى اقتضت اعتبارات المصلحة العامة ذلك، كونها الهدف الجوهرية الذي يقوم عليه النشاط الإداري بأكمله، تجسيدا لمبدأ سمو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، خصوصا إذا ما أصبح استمرار تنفيذ الصفقة يتعارض مع متطلبات المرفق العام أو مع التحولات الطارئة سواء في المجال الاقتصادي أو التنظيمي، دون الأخذ بعين الاعتبار موافقة المتعامل المتعاقد أو وجود اتفاق مسبق مع المصلحة المتعاقدة، ودون صدور أي خطأ من طرف هذا الأخير⁴، لأن المبادرة تقع حصرا على عاتق المصلحة المتعاقدة التي لها سلطة تقديرية واسعة في إنهاء عقد الصفقة العمومية كمثلية للصالح العام، وكنتيجة لتطبيق أهم المبادئ العامة لسيرورة المرفق العام، الذي يتمثل في مبدأ الملائمة والتكيف الذي يحكم المرافق العامة⁵، أمام غياب تعريف قانوني ومحدد للمصلحة العامة التي يفترض ضمان مواكبتها للمتغيرات، مما يبين ترك المجال واسعا لاستنباطها من خلال تقدير ملائمتها للواقع والظروف المحيطة والمؤثرة على اتخاذ قرار الفسخ للمصلحة المتعاقدة، لأن المصلحة العامة تتغير بتغير الظروف.

رغم النتائج التي تترتب على الفسخ، لا يمكن اعتبار هذا النوع من الفسخ كجزء ما دام أنه لم يقابله خطأ، لذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة اتخاذ هذا القرار بناء على معطيات جدية مسبقة تجيز لها إنهاء الرابطة التعاقدية في إطار المشروعية حتى لا يؤدي قرار الفسخ إلى الانحراف في استعمال سلطتها إزاء المتعاقد معها، ومن ثم يجب أن يصدر وفق ضوابط قانونية، وبأن يستوفي جميع الشروط الشكلية والموضوعية كأني قرار إداري، سيما أن الجهة المصدرة له هي ذاتها الجهة التي أبرمت الصفقة العمومية.

⁴ المادة 123 فقرة 1-1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 مايو 2021 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخة في 24 يونيو 2021.

⁵ الصغير بعلي محمد، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 311.

لقد كرّس جانب من الفقه هذا التوجه، ورأى أن هذا القرار يمكن أن يكون محل لدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري لفرض الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لذلك يتعين أن يكون قرار الفسخ صحيحاً خالياً من العيوب التي ترتب إلغاء القرار الإداري لمخالفته مبدأ المشروعية⁶، غير أن القرارات الصادرة بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية لا تعتبر تدابير منفصلة عن العقد، خلافاً للقرارات الإدارية الصادرة من طرفها قبل إبرام الصفقة، بل هي إجراءات تنفيذية منبثقة مباشرة من الالتزامات العقدية وتستمد مشروعيتها من بنود الصفقة العمومية، وما هي سوى ترجمة فعلية أو انعكاس مباشر لما تم الاتفاق عليه مسبقاً، وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء اطلاقاً، إنما ترتب التعويض إن كان مستحقاً، وتبقى رهينة بمدى استهدافها للمصلحة العامة، وأي حياد عن هذا الهدف يخرجها من نطاق المشروعية إلى نطاق التعسف.

الملاحظ أن المشرع في القانون رقم 23-12 المتعلق بالقواعد العامة للصفقات العمومية لم يتطرق اطلاقاً لمسألة تعويض المتعامل المتعاقد رغم الضرر الذي قد يلحقه من جراء انهاء الرابطة التعاقدية، وهذا يعتبر اجحافاً وتضييقاً لحقه الذي يبقى في هذه الحالة مكفولاً باللجوء إلى القضاء للمطالبة به عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ثانياً: الفسخ الجزائي للصفقة العمومية:

يعتبر الفسخ الجزائي من أقوى صور الفسخ، تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة كجزاء يوقع على المتعامل المتعاقد، بسبب ارتكابه خطأً جسيماً نتيجة الاخلال بالتزام قانوني أو تعاقدي والذي يمتد أثره لتعطيل سير المرافق العامة، ولتأخير غير مبرر في تنفيذ المشاريع التي تمثل عصب المصلحة العامة وعرقلة المسار التنموي خاصة في مجال الصفقات العمومية للأشغال التي تستنزف أموال باهضة لتنفيذها، لذلك لا يوقع الجزاء إلا عند ارتكاب خطأ جسيم من جانب المتعاقد يحمل الإدارة على فسخ العقد المبرم معه لفقدائها الثقة به⁷.

يقتضي التحليل القانوني للفسخ الجزائي للصفقة العمومية ضرورة التمييز بين صورتين من الاخلال وهما الاخلال بالتزام قانوني والاخلال بالتزام تعاقدي، إذ أن المشرع لم يعالج هذا النوع من الفسخ ضمن نص قانوني موحد، إنما بسط تنظيمه من خلال نصين متفرقين يختلفان من حيث طبيعة الإخلال.

⁶ عبد الفتاح محمد علي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009، ص 297.

⁷ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د س ط، ص 522.

1- الإخلال بالتزام قانوني:

مفاده مخالفة أو انتهاك المتعاقد لالتزام أو واجب مفروض عليه، مصدره التشريع أو التنظيم، مما يترتب عليه مسؤولية قانونية وليس عقدية، عاجله المشرع من خلال نص المادة 66 من القانون رقم 12-23 تحت اطار النزاهة ومكافحة الفساد بصفة مستقلة عن الفسخ باعتباره بمس بمبدأ المنافسة والشفافية، ولا يشمل هذا الإخلال فترة تنفيذ الصفقة العمومية فقط، إنما يستغرق مرحلة ما قبل أو أثناء أو بعد إبرام الصفقة العمومية أو ملحق، وبالتالي يشكل ثبوت أدلة على وقوع انحياز أو فساد إخلالاً جسيماً بمبدأ النزاهة يبرر فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة حماية للمال العام، باعتبار أن النزاهة والشفافية تعتبران من المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وهو نفس ما توجه إليه المشرع المصري الذي نص في قانون المناقصات والمزايدات على الحالات التي تستطيع الإدارة فسخ العقد تلقائياً، من بينها في حالة ثبوت استعمال المتعاقد للتلاعب أو الغش عند تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد⁸.

للإشارة، فإن تطبيق عقوبة الفسخ في هذه الحالة لا تتطلب وجوب اعدار للمتعاقد مسبقاً كإجراء أولي قبل فسخ الصفقة، وإنما تتم مباشرة فسخها نظراً لجسامة الخطأ المرتكب من طرفه.

كما أشارت المادة 2/66 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أثر خطير جدا يترتب عن الإخلال بالالتزام القانوني، بحيث يتم اقضاء المتعامل المتعاقد من المشاركة مستقبلاً في تقديم العروض في الصفقات العمومية المعلن عنها بصفة مؤقتة أو نهائية حسب جسامة الخطأ، زيادة على ذلك يسجل في القائمة السوداء تحفظاً، مما يبين أن المشرع توسع في نطاق الفسخ الجزائي ليشمل الإخلال بالالتزامات التعاقدية وحتى القانونية تعزيراً لحماية المصلحة العامة وضمان احترام القانون⁹.

2- الإخلال بالتزام تعاقدي:

مفاده مخالفة المتعامل المتعاقد للشروط التعاقدية المتفق عليها مع المصلحة المتعاقدة مسبقاً التي تشكل خطأ تعاقدياً، بعدم تنفيذ التزاماته الجوهرية سواء كانت متعلقة بجودة الخدمة أو العمل أو الأداء المالي أو مواعيد التنفيذ،

⁸ أنظر المادة 24 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم

<https://www.goeic.gov.eg>

1367 لسنة 1998

تم الاطلاع عليه بتاريخ 10 فيفري 2026 على الساعة 21:25

⁹ أكد المشرع المصري بموجب المادة 24 في فقرتها الثانية أن فسخ الصفقة بصفة تلقائية بسبب التلاعب أو الغش يترتب عنه شطب المتعاقد مع الإدارة من سجل الموردين أو المقاولين، مرجع سابق.

علما أن المشرع نص عليه بموجب المادة 90 من القانون رقم 23-12 لكنه لم يحدد حالات الاخلال على سبيل الحصر، وهذا أكيد راجع لطبيعة كل صفقة ومضمونها، وهي اخلالات قد تؤثر على جوهر الصفقة العمومية بحيث يصبح استمرار تنفيذها مستحيلا ويترتب عليها فسخ كلي للصفقة أو يقتصر على جزئيات منها مما يترتب حق للمصلحة المتعاقدة بفسخ العقد جزئيا بعد قيامها بالإجراءات القانونية اللازمة.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 21-219 الذي نص على البنود الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال أشار بموجب المادة 1.3.123 منه على حالة الفسخ الانفرادي بسبب ارتكاب المقاول لخطأ الكبير الذي يشكل اخلال بالتزام تعاقدي، وهو ما عبرت عنه المادة 90 من القانون رقم 23-12 بعدم تنفيذ الالتزامات أو التقصير، بالتالي يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا للمصلحة المتعاقدة لتوقيع الفسخ¹⁰، التي لها سلطة تقديرية واسعة لتحديد درجته، في حين تبقى رقابة القاضي الإداري منحصرة فقط في تقدير تعويض مناسب بناء على طلب المتعامل المتعاقد دون التدخل في الغاء قرار الفسخ، والتي تنقطع معه الرابطة العقدية بين الطرفين بالنسبة للمستقبل، وكنتيجه لذلك يتوقف المتعامل على أداء التزاماته التعاقدية الواردة في العقد والتي شملها الفسخ كمبدأ عام، لكن المشرع وضع استثناء على هذه القاعدة بحيث لا يجوز للمتعامل المتعاقد المتسبب في ارتكاب الخطأ الاستناد إلى فسخ الصفقة كحجة لوقف تنفيذ البنود التعاقدية، إنما مسؤوليته تبقى قائمة لتحمل الأعباء المرتبطة بالضمان أو تلك المتعلقة بجبر الضرر، كما أنه يتحمل التكاليف الإضافية المترتبة عن إبرام صفقة جديدة لاستكمال ما تبقى من المشروع أو الخدمة لضمان استمرارية المرفق العام، هذا ما أكدته نص المادة 1/93 من القانون رقم 23-12، مما يجنب تحمل المصلحة المتعاقدة أعباء إضافية ناتجة عن تقصير المتعاقد معها.

الفرع الثاني: الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية (الفسخ الاتفاقي)

يقتضي الفسخ الاتفاقي وضع حد للصفقة العمومية قبل انقضاء مدتها بصفة رضائية دون الحاجة لتدخل القضاء، ذلك بسبب ظهور ظروف غير متوقعة تؤثر بصفة واضحة على تنفيذ الصفقة دون أن يكون المتعامل المتعاقد متسببا فيها، مما يستلزم وجوبا اللجوء إلى تسوية الحالة بطريقة ودية بين الطرفين لضبط شروط الفسخ والآثار المترتبة عنه من تعويض حسب الحالة وتسوية الالتزامات المتبقية، وقد عبر عنه المشرع بالفسخ التعاقدي¹¹، هذا ما يبرز ميزة الصفقة أنها بمثابة عقد إداري تنظيمي باعتباره يفتح المجال للاتفاق في حالات محددة لانحلال الرابطة العقدية قبل أوانها دون نزاع، ولكن قيّد المشرع فسخها بمبررات يقتضي توفرها مسبقا وليتسنى الاتفاق على انهاء الصفقة العمومية سواء كانت خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد أو خارجة عن إرادة الطرفين معا.

¹⁰ محمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 211.

¹¹ المادة 92 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

أولاً: الفسخ لأسباب خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد:

ذكر المشرع هذه العبارة بموجب نص المادة 2/93 من القانون رقم 12-23، لكنه لم يحصر الأسباب التي تستوجب انهاء العلاقة التعاقدية باعتباره قانون يقرر الإطار العام والمرجعي للصفقات العمومية وإبقائه نصاً مستقراً، تاركاً ذلك للمجال التنظيمي لضبط التفاصيل وقدرته على التكيف مع خصوصية كل صفقة عمومية¹².

على الرغم من غياب النص التشريعي من إحالة صريحة للتنظيم، إلا أن طبيعة الحالات المحددة تتطلب الاستعانة بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹³، الذي يتضمن الضوابط الموضوعية لصفقات الأشغال دون غيرها، والتي يمكن تعميمها على كامل الحالات المشابهة، والتي نجد تبريرها للفسخ التعاقدية في حالات خاصة تتعلق بما يلي:

- 1- حالة وفاة المتعامل المتعاقد في حالة عدم ضمان الورثة الاستمرار في تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة،
- 2- حالة الإفلاس والتسوية القضائية¹⁴، التي تشير إلى إمكانية عدم القدرة على تنفيذ أو الوفاء بالالتزامات التعاقدية، إلا إذا قبلت المصلحة المتعاقدة في حالة الترخيص عن طريق المحكمة وكيل الدائنين للوصي بالاستمرار في متابعة استغلال المؤسسة، لضمان عدم توقف الأشغال واستمرارية المرفق العام

¹² غير أن الأمر مختلف بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 6 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، الذي لم يتدارك النقص الذي كان يعتري المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58 مؤرخة في 7 أكتوبر 2010 برغم أنه كان مجسداً للقواعد العامة للصفقات العمومية ومفصلاً لمقتضاها نوعاً ما بأسلوب يقرها من التنفيذ الفعلي والمباشر أما غياب النصوص التنظيمية في تلك الفترة باستثناء القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية، السنة الثانية، عدد 6، مؤرخة في 19 جانفي 1965 (ملغى).

¹³ المادة 2/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

¹⁴ أشار كل من:

- المشرع المصري بموجب المادة 24 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998، إلى حالة واحدة فقط تتعلق بإفلاس المتعاقد أو عسره التي تستوجب فسخ الصفقة تلقائياً.
- قانون الصفقات الفرنسي لهذه الحالة بموجب المادة L 2195 التي تجيز للمشتري أي المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة إذا أخضع المتعامل المتعاقد لإجراءات التصفية القضائية، انظر:

3- حالة العجز الجسدي للمتعاقد بشكل واضح ودائم مما يهدد التنفيذ السليم للصفقة العمومية، وتجدر الإشارة أن دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964 لم ينص على هذه الحالة ضمن الحالات التي تستوجب الفسخ بحكم القانون دون إقرار تعويض¹⁵، باستثناء حالة الوفاة أو الإفلاس والتسوية القضائية.

أشار المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹⁶ إلى الزامية ادراج بند في الصفقة العمومية متعلق بشروط فسخ الصفقة العمومية كآلية قانونية ترر اللجوء إلى هذا الاجراء وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقا، مما يضيف عليه طابعا قانونيا مشروعا يضمن حقوق طرفي الصفقة.

كما أوجب القانون رقم 23-12. بموجب المادة 3/93 منه على ضرورة تضمين وثيقة الفسخ الموقعة من قبل طرفي العقد التسوية المالية للأشغال التي تم إنجازها والتي لم يتم تنفيذها بعد، قصد ضمان الحقوق المالية للمتعاقد المتعاقد الذي لم يكن سببا في فسخ الصفقة، وإلا كانت المصلحة المتعاقدة قد لجأت لأسلوب الفسخ وعندئذ يتحمل المتعاقد معها المسؤولية الكاملة من الجانب المالي، هو ذات المقتضى الذي كرسه المادة 4/123 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، هناك من يرى أنه لا يشترط أن يفرغ الاتفاق بفسخ العقد في صورة معينة باعتبار أن أطراف العقد لهما كل الحرية في اختيار الطريقة التي يتم بموجبها انهاء العقد¹⁷

ثانيا: توافر أسباب خارجة عن إرادة طرفي الصفقة العمومية معا:

لم يكن المشرع واضحا سواء بموجب القانون رقم 23-12 باعتباره الركيزة الأساسية في ابرام الصفقات العمومية أو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي لازال ساري المفعول باستثناء الأحكام التي تتعارض مع القانون سابق الذكر بخصوص هذه الأسباب الجوهرية، رغم تأثيرها المباشر على إمكانية فسخ الصفقة العمومية، خاصة إذا تعلقت باستحالة مطلقة أو جزئية في تنفيذ موضوع الصفقة بسبب خارج عن إرادة طرفي عقد الصفقة العمومية، كالقوة القاهرة والظروف الاستثنائية.

رجوعا إلى المرسوم التنفيذي رقم 21-219 الذي يشكل الإطار المرجعي في تفسير حالات الفسخ والاستناد عليه في ابرام الصفقات العمومية للأشغال على وجه الخصوص، لقد تطرق لهذه الأسباب المؤدية إلى الفسخ دون أن

¹⁵ انظر المادة 37 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، مرجع سبق ذكره

¹⁶ المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حددت جميع البيانات الواجب ادراجها في الصفقة العمومية من بين البند المتعلق بشروط الفسخ، علما أن القانون رقم 23-12 لم يحددها تاركا الأمر للنصوص التنظيمية له التي لم تصدر بعد.

¹⁷ مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص 408.

يدرجها في القسم المتعلق بإجراءات الفسخ، إنما أوردتها ضمن أصناف الأخطار المتعلقة بالصفقات العمومية للأشغال المحددة، ومن هذا المنطلق نجد أن هذه الأسباب محددة في ثلاث أصناف¹⁸:

1- تبعات تقنية غير متوقعة: تتمثل في ظروف مادية وتقنية استثنائية بحثة غير مألوفة تظهر أثناء تنفيذ الصفقة، ولم يكن في وسع طرفي العقد توقعها أثناء إبرام الصفقة، مما تؤثر على السير العادي للالتزامات التعاقدية دون أن تكون استحالة في التنفيذ من طرف المتعامل المتعاقد، لكنها ترهق كاهله من حيث التعقيد والكلفة، وتنشئ التزامات جديدة وتعديل من القيمة التعاقدية مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

تكمن هذه التبعات في الظروف الجيوتقنية، سواء بسبب حالة الأرضية أو متصلة بالوضعية المادية لمواقع الإنجاز، تتجلى بصفة خاصة في وجود منابع أو مياه جوفية، صخور يصعب استخراجها، الطبيعة الجيولوجية الصعبة لطبقات الأرض، وكذا وجود أرضيات تتسم بعدم التجانس والاستقرار الأمر الذي يتطلب زيادة عمق الحفريات وإعادة ضبط الخصائص المرتبطة بالأساسات استناداً لما نصت عليه المادة 5/108 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، كما قد تكون بسبب الأخطار المناخية ذات الطابع الاستثنائي كما أشارت إليها المادة 6/108 من المرسوم التنفيذي السابق ذكره خاصة المرتبطة بالأمطار المستمرة في أماكن ورشات العمل على غير العادة، فيضانات والرياح والحرارة، كما يمكن أن تكون بسبب عوائق مصطنعة خاصة في حالة الأساسات للعمارات المجاورة لموقع الأشغال بما قد يعرض استقرارها للخطر¹⁹، وأمام هذه التحديات والصعوبات في تنفيذ موضوع الصفقة أقر المشرع إمكانية تعويض الطرف المتضرر أي المتعامل المتعاقد تعويضاً كاملاً.

2- الظروف الاستثنائية: أو "عدم التوقع" كما وردت تسميتها في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 بموجب المادة 109 منه، وهي الحالة التي ترمي إلى مواجهة أوضاع استثنائية غير متوقعة خارجة عن نطاق المخاطر التعاقدية العادية، يمتد أثرها على الجميع أي شاملة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي دون أن يكون تنفيذ الصفقة مستحيلاً، لكنه يكبد المتعامل المتعاقد خسائر مالية جسيمة، مما يتطلب اتخاذ تدابير قانونية لمعالجة وضعية غير منصوص عليها في العقد²⁰ بتدخل المصلحة المتعاقدة بدفع تعويض جزئي يعادل قيمة الخسائر الفعلية للتخفيف من حدتها، وهذا يعتبر تجسيدا عمليا لنظرية الظروف الطارئة التي استحدثها الفقه الإداري بهدف حماية المتعامل المتعاقد من الأعباء التي

¹⁸ المادة 107 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

¹⁹ المادة 7/108 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

²⁰ قد تنشأ هذه الحالة نتيجة عوامل متعددة تشمل الأحداث السياسية كالحرب، أو اقتصادية كارتفاع الأسعار، أو طبيعية كالزلازل أو السيول، أو إدارية كصدور قرار عن جهة إدارية غير المصلحة المتعاقدة.

لم تكن ضمن المخاطر التعاقدية العادية، وضمان استمرار تنفيذ العقد بما يحافظ على المصلحة العامة ويوازن بين حقوق طرفي الصفقة العمومية.

3- القوة القاهرة: هي حالة ناتجة عن حدوث ظواهر طبيعية استثنائية، لا يد للمتعاقدين في إحداثها، ولا يمكن توقعها أو مقاومتها، وهي خارجة عن إرادة طرفي الصفقة العمومية تحول دون تنفيذ العقد سواء بشكل مؤقت عند تجاوز العائق، على أن يستمر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته عند زوال المانع الذي أدى إلى وقف التنفيذ²¹، أو نهائيا إذا أصبح تنفيذ المشروع أو الخدمة مستحيلا.

قد يحدد دفتر التعليمات الخاصة للصفقة العمومية للأشغال نسب القوة القاهرة بسبب الظواهر المناخية التي لا يمكن للمتعامل المتعاقد التمسك بها لتبرير عدم تنفيذ التزاماته العقدية، كما أنه لا يجوز لأي طرف أن يستحدث من ممارساته أو أفعاله أو نسيانه على أنها قوة القاهرة لتبرير إخلاله بالتزاماته التعاقدية وذلك طبقا لما ورد في المادة 110 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 السابق الذكر، وهذا يعد تضيقا لمجال تطبيق القوة القاهرة لضمان استمرار تنفيذ الالتزامات العقدية، واستبعاد أي تحايل من المتعامل المتعاقد أو التنصل من التزاماته.

مكّن المشرع المتعامل المتعاقد من الحصول على التعويض جراء الضرر الذي لحق به بشرط عدم تهاونه في اتخاذ جميع التدابير اللازمة التي يتفادى بها الأضرار بالملكات الموجودة في الورشة وتجهيزاتها والمنشآت نتيجة العوامل المناخية والطبيعية، التي تشكل مخاطر متوقعة عادة في إطار ظروف التنفيذ الطبيعية للمشروع، والقيام بالإجراءات القانونية اللازمة المتعلقة بالإبلاغ الفوري المصلحة المتعاقدة سواء تعلق الأمر بالقوة القاهرة أو التبعات التقنية غير المتوقعة²².

إن تجاوز هذه الأخطار حسب كل حالة تعكس التوازن بين مبدأ استقرار عقد الصفقة العمومية و بين واقعية التنفيذ، لأن المشرع يسعى إلى تضيق نطاق الفسخ وتبني سياسة الإبقاء على العلاقة التعاقدية باقتراح حلول بديلة، إلا أن الاستمرار في وضعية تعاقدية غير منتجة لأثارها القانونية رغم مرور مدة محددة، يبرر التدخل بفسخ الصفقة العمومية سواء كان بطلب من المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد أي المقاول، كذلك يتعين على كلا الطرفين

²¹ انظر مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 410.

²² حسب ما نصت عليه المادة 2/111 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

استنفاد كافة الآليات الكفيلة بضمان الوفاء بالتزامات المترتبة في ذمتها ضمن الإطار الزمني المحدد بشهرين²³ بعد تاريخ الإخطار برأي معلل في مهلة لا تتجاوز 10 أيام بوجود قوة قاهرة أو تبعات تقنية غير متوقعة سعيًا لتفادي الفسخ.

استنادًا لما سبق ذكره، فإن المهلة القانونية المحددة بشهرين تمثل معيارًا حاسمًا لتقييم جدوى العلاقة العقدية بين الطرفين ومدى فعالية التدابير المتخذة بحسن نية، وبناءً على ما تم إنجازه خلالها يتقرر مصير الصفقة العمومية، إما بالاستمرار أو بالفسخ إذا استحال عليهما استرجاع توازن العقد كضرورة حتمية لحماية طرفي الصفقة العمومية.

رغم أن المشرع قد حدد معالم أنواع الفسخ التي قد تطيل الصفقة العمومية وفق أحكام القانون رقم 23-12، إلا أن المقتضيات البحثية تتطلب رصد لكافة الظروف أو الأسباب المؤدية إلى فسخ الصفقات العمومية والالمام بها، هي حالات تندرج فقط في صفقات الأشغال التي تتسم بالتعقيد وطول أمد تنفيذها وتستنزف أموال ضخمة من الخزينة العمومية، وقد نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 21-219 لتبرير فسخ الصفقة العمومية وذلك بموجب نصوص متفرقة يمكن إجمالها فيما يلي:

- في حالة تجاوز الزيادة أو الزيادات المتتالية في حجم الأشغال النسبة المحددة في دفتر التعليمات الخاصة والمقدرة بـ 20% من المبلغ التعاقدي سواء تعلقت بالنسبة لصفقة الأشغال مدفوعة الأجر على أساس سعر إجمالي وحزافي أو على أساس جدول أسعار الوحدة أو بسعر مختلط، يجوز للمقاول انهاء الصفقة فوراً بالفسخ دون أن يترتب عنه تعويض، شريطة تقديم طلب كتابي للمصلحة المتعاقدة في غضون 30 يوم من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة المشتمل على التعديلات أو الإضافات²⁴.

- بسبب الزيادة في حجم أشغال المنشآت وعناصر المنشأة وحجم خدمات الأشغال بنسبة 20% أو التخفيض من قوامها بنسبة تتجاوز 20%، أو في حالة الزيادة في حجم الأشغال المرتبطة بخدمات الإصلاح والصيانة بنسبة 50%، أو التخفيض من قوامها بنسبة تتجاوز 35%، استنادًا لما نصت عليها المادة 1/126 من دفتر البنود الإدارية العامة لصفقات الأشغال، وتتعلق هذه الحالات بالتغييرات التي قد تطرأ على حجم الأشغال المتفق عليها بموجب الصفقة، بحيث تشير هذه النسب المثوية إلى الحد الأقصى الذي يسمح بمراجعة حجم الأشغال مسبقًا.

- تأجيل الأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة لفترة تزيد عن سنة واحدة أو التوقف النهائي لها.

²³ انظر المادة 2/111 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ويتبين من خلال الفقرة الأولى من هذا النص القانوني أن هذه الحالة تخص كلا الطرفين عند عدم القدرة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

²⁵ انظر كل من المادة 1.3.34 و 2.3.34 و 3.3.34 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

- تقلب في الأسعار بنسبة تتجاوز 50% من مبلغ الصفقة تجيز للمقاول طلب فسخ الصفقة مع سقوط حقه في المطالبة بالتعويض²⁵.

يتبين من خلال هذه الحالات الخاصة بصفقات الأشغال، على أن الأصل العام للفسخ يتم من جانب المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة سلطة وتسعى لحماية المصلحة العامة، إلا أن هذا الأصل يقبل استثناءات التي تخول للمتعاقل المتعاقد (المقاول) حقا قانونيا نادرا في طلب فسخ الصفقة إذا تسببت المصلحة المتعاقدة في تحقق الحالات المشار إليها أعلاه، هذا ما كرسه التشريع الفرنسي من خلال المادة 53 من القرار المؤرخ في 30 مارس 2021 يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العمومية²⁶، الذي أوجد توازنا للعلاقة العقدية بين طرفي الصفقة التي منحت للمقاول حق الفسخ في حالة تباطؤ أو تقاعس المصلحة المتعاقدة، ما يترجم بوضوح توجهها يميل نحو التوازن، وتجاوزا للمفاهيم الكلاسيكية التي تجعل الفسخ حكرا على المصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني: القيود والضمانات الاجرائية لممارسة سلطة الفسخ في ظل القانون رقم 12-23

لا تكتمل مشروعية قرار فسخ الصفقة العمومية بمجرد استناده إلى مسوغات موضوعية، بل يجب أن يمر عبر إجراءات شكلية صارمة وضعها المشرع كضمانة وقائية للمتعاقل المتعاقد من القرارات التعسفية للمصلحة المتعاقدة، إذ القانون رقم 12-23 قد استلهم معظم أحكامه من التراكمات التشريعية السابقة، إلا أنه سعى إلى إضفاء صبغة أكثر انضباطا على المسار الاجرائي للفسخ محولا إياه من مجرد تدير اداري إلى مسار اجرائي دقيق مقيد بضمانات شكلية لا يجوز اغفالها، وإن الإلمام بالموضوع يتطلب التطرق لمسألة إلزامية بتوجيه اعدار مسبق مزدوج(أولا)، ثم اتخاذ الإجراءات اللاحقة للفسخ والنظر إلى نتائجه.

المطلب الأول: إلزامية الاعذار المسبق:

يعد الاعذار اجراء إلزاميا تمهيدا جوهريا سابقا لفرض الجزاءات القانونية من طرف المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقل المتعاقد بسبب عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويعتبر بمثابة فرصة تمنح له لتمكينه من تدارك تقصيره وتصحيح

²⁵ باستثناء التعويض الناتج عن تطبيق كل من:

- نص المادة 2.126 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلقة بالمنشآت وعناصر المنشأة وخدمات الأشغال والعتاد الذي يمكن للمصلحة المتعاقدة استرجاعه كليا أو جزئيا عن طريق الشراء.
- نص المادة 5.126 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلقة بالمواد التي تم توفيرها بموجب أمر الخدمة والمستوفاة للشروط المقررة في دفتر التعليمات الخاصة والتي تقوم المصلحة المتعاقدة باقتنائها.

²⁶ انظر الموقع الإلكتروني: <https://www.legifrance.gouv.fr> ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 9 فيفري 2026 على الساعة 11:41

مسار تنفيذ موضوع الصفقة في الأجل المحدد، علما أن اجراء الاعذار لا يشمل جميع حالات الفسخ، نظرا للوضوح الجلي للسبب القانوني المؤدي لإنهاء الرابطة التعاقدية في بعض الحالات التي تتطلب اتخاذ هذا الاجراء مباشرة دون الحاجة لإخطار المتعاقد وكأنها نهاية عادية للصفقة، لذلك يجب توجيه الاعذارين للشخص المعني به، مستوفيا جميع البيانات المتعلقة بموضوعه، مع الزامية مراعاة كافة اجراءات التبليغ المقررة قانونا.

الفرع الأول: ازدواجية الاعذار وصفة المخاطب به:

أكد القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية صراحة مسألة توجيه اعذارين للمتعاقل المتعاقد، غير أن الشخص الموجه له الاعذار لم يكفله التشريع والتنظيم بمصطلح موحد مما يستلزم توضيح الأمر لتجنب سوء التفسير.

أولاً: ازدواجية الاعذار

لم يحدد القانون رقم 12-23 مضمون الاعذار وكيفيات تبليغه، رغم أنه أحدث تطورا لافتا بتداركه للنقص التشريعي الذي كان يشوب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إذ كان يكتفي هذا الأخير بموجب المادة 149 منه بتوجيه إعدار وحيد فقط من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقد معها قبل مباشرة إجراءات الفسخ، بحيث أكد القانون رقم 12-23 بموجب المادة 90 منه على الزامية توجيه اعذار ثان لتأكيد مقتضيات الاعذار الأول كإجراء لرفع درجة التنبيه وإعادة حث المتعاقل المتعاقد وتذكيره مرة ثانية بوجوب تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما يجسد هذا الاجراء مبدأ حسن نية المصلحة المتعاقدة في استمرارية الصفقة واستنفاد جميع الوسائل الودية، ما يؤكد قرار الفسخ اللاحق الذي لم يكن تعسفيا بل نتيجة حتمية أثبتته تكرار الاعذار، وفي حالة تقاعس المتعاقل المتعاقد في تنفيذ التزاماته يتحمل مسؤوليته، هذا ما أكدته قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2017/10/05²⁷ وأن رفض الامتثال للأمر بعد الاعذار يشكل اخلالا بالالتزامات التعاقدية، يترتب عنه فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة، علما أن القرار ذكر في حثياته أن الإدارة وجهت ثلاث إعدارات للمتعاقد معها والتي لم تعطي نتيجة قبل اتخاذ قرار الفسخ.

كما كرّس مجلس الدولة الفرنسي الزامية الاعذار قبل توقيع جزاء الفسخ إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، عكس المشرع المصري الذي لم يتطلب اجراء الاعذار كشرط أساسي في جميع الحالات²⁸،

²⁷ مجلس الدولة، قسم الصفقات العمومية، ملف رقم 114905، بتاريخ 2017/10/05، مجلة مجلس الدولة، العدد 15، 2017.

²⁸ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، مطبعة جامعة عين شمس، ص 555.

أي باستثناء الحالة المتعلقة بتوقيع الجزاء المتمثل في غرامة التأخير لا يحق لها توقيع الجزاء على المتعاقد دون اعذاره. بمهلة كافية لتنفيذ التزامه²⁹.

رجوعاً للقانون رقم 12-23 نجده قد استلهم وتبنى وقتن فكرة الاعذارين من خلال قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011³⁰ الذي أكد من خلال نص المادة 2 منه من أن الفسخ لا يتم من طرف المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه اعذارين³¹ للمتعاقد العاجز، مما يؤكد أنه اجراء غير مستحدث في المنظومة القانونية الحالية، بل هو قاعدة مستقرة في قرار وزير المالية، وبالرغم من أن المرسوم الرئاسي اكتفى بالإشارة إلى الاعذار كإجراء عام إلا أن الممارسة الميدانية منذ 2011 جرت على توجيه اعذارين، وذلك لتعزيز قيام الحجة على التعامل المتعاقد العاجز كما عبر عنه القرار الوزاري، و إضفاء أقصى درجات المشروعية على قرار الفسخ، كما جسد أيضاً المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مسألة وجود إعذارات وليس اعذار واحد. بموجب المادة 1/123 منه كوسيلة بديلة تحول دون إقرار الفسخ.

ثانياً: ازدواجية صفة المخاطب بالإعذار

يستلزم القانون أن يوجه الاعذار كإجراء أساسي للتعامل المتعاقد المعني تحديداً، غير أن الملاحظ أن القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد لبيانات الاعذار وآجال نشره أكد بشكل واضح على اعذار التعامل المتعاقد العاجز وليس للتعامل المقصر كما أشار إليه القانون والنصوص التطبيقية، مستعملاً مصطلح مغاير تماماً، واستبدل الوصف الوارد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236³² الصادر قبل القرار، بإعادة تكييف مقتضياته من مجرد الاحلال بالالتزامات القانونية إلى استحالة التنفيذ مكرساً مصطلح أكثر خطورة في تقييم قدرة التعامل المتعاقد على الوفاء بواجباته.

إن التباين في استعمال مصطلحين مختلفين يمثلان شخص واحد أمر غير معقول، فالتعامل العاجز هو الشخص الذي لم يعد يملك القدرة الجسدية أو العقلية أو المالية أو التقنية أو الامكانيات الكافية للاستمرار في تنفيذ الالتزام أو

²⁹ مرجع نفسه ، ص 938

³⁰ قرار مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.

³¹ إن فكرة توجيه الاعذارين التي جسدها القانون رقم 12-23 ما هي إلا تطبيقاً لنص المادة 112 منه التي كرست مبدأ استمرارية نفاذ الأحكام التنظيمية السابقة والعمل بها بصفة انتقالية إلى غاية نشر الأحكام التنظيمية الجديدة، علماً أن المرسوم الرئاسي السابق عن صدور القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 والمعمول به في تلك الفترة أشار إلى اعذار واحد فقط ويتعلق الأمر بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، مؤرخة في 7 أكتوبر 2010.

³² تجدر الإشارة أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، أشار إلى التعاقد المقصر وليس العاجز بموجب المادة 112 منه والتي أكدت في فقرتها الأخيرة أن الوزير المكلف بالمالية يحدد بيانات الاعذار وآجاله. بموجب قرار وعلى إثر ذلك صدر القرار المؤرخ في 28 مارس 2011.

انجاز موضوع العقد، ويكون أمام حالة موضوعية يصعب أو يستحيل حلها بالإعذار، ويجعل المتعاقد عاجز بعذر واضح مما يشكل خطراً على الجدوى الاقتصادية من الصفقة وتضييع الوقت والمال، بهذه الصفة يمنح للمصلحة المتعاقدة سنداً قوياً ومبرراً كافياً لممارسة سلطتها في فسخ الصفقة أمام استحالة استمرار الرابطة التعاقدية لزوال قدرة المتعامل المتعاقد بالعجز الذي يشكل درجة كبيرة من الإخلال دون قصد احداثه.

الفسخ في هذه الحالة يتجاوز فكرة فرض العقاب بسبب الخطأ ليصل إلى مسألة حماية موضوع الصفقة من الركود، مما يبين أن المصطلح لا يخدم مصلحة الإدارة أكثر مما هو حماية للمتعاقد معها، ويكلف المصلحة المتعاقدة عبء إثبات العجز ونسبته سواء بتقارير الخبرة أو المعاينة الميدانية حسب موضوع الصفقة، مما يجعل من وثيقة الفسخ أداة فعالة لتحديد نوع العجز ونسبته، ويبقى الإعذار سواء الأول مجرد إجراء شكلي فقط، وأن الثاني كإجراء كاشف للعجز يتحول إلى أداة إثبات لاستحالة التنفيذ ويجعل منه إضافة مهلة أخرى مجرد استنزاف ومضيعة للوقت في حسن سير المرفق العام، ويبدو أنه يضفي مشروعية شكلية كتمهيد لمباشرة الفسخ دون مسؤولية المتعامل المتعاقد أي مسؤولية، هنا يدور التساؤل حول مبرر الإعذار الثاني في حالة ثبوت العجز وليس التقصير، فهل استهدف القرار الوزاري من وراء ذلك منح المصلحة المتعاقدة حصناً قانونياً أم حماية للمتعامل المتعاقد؟ يبدو في النهاية أن القرار كان مخططاً عند توظيف هذا المصطلح.

الملاحظ أنه بالرجوع إلى نص المادة 2 من القرار الوزاري باللغة الفرنسية، نجد أنه ترجم العاجز ب: *défaillant*، مما يظهر وجود تضارب بين النص العربي والفرنسي وعدم الدقة في ترجمة المصطلح، كما يبين أن الترجمة ضيقة وتستغرق فقط المتعاقد المتقاعس، مما يفتح باباً واسعاً للتأويل وتضارب الآراء ويثير إشكالاً أمام تفسير المصطلح خاصة في حالة وجود نزاع³³، ما يؤدي إلى استغلال هذه الثغرة القانونية الواضحة لصالح المتعاقد، سيما أن المشرع يقصد بصفة قطعية المتعاقد المخل بالتزاماته فقط، أما العاجز فقد ذكره بصدد الحالات التي تبرر الفسخ التعاقدية لسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد باعتبار أن العجز يعيق حسن تنفيذ الصفقة³⁴، وأن هذه الحالة لا تستدعي الإعذار ولا فائدة منه.

³³ رغم هذا التباين في المصطلح بين القانون رقم 23-12 كنص تشريعي والقرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 كنص تنظيمي ينفذ مقتضيات القانون إلا أن الالتزام بمبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية أمر وارد، ويتعين تغليب مضمون القانون على القرار واستبعاد أي نص يخالفه ويبقى القانون المرجع الأساسي الواجب التطبيق عند التعارض بينه وبين القرار الأدنى منه مرتبة.

³⁴ راجع في هذا الصدد المادة 2/123 (المطلة الأخيرة) من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، مرجع سبق ذكره.

خلافا لمصطلح المتعامل العاجز، فإن المتعامل المقصر يفترض أنه أحل بتنفيذ التزاماته التعاقدية رغم أنه يملك القدرة المالية والتقنية على ذلك، أي أنه مقصر بدون عذر وهي حالة مؤقتة، ويمكن تدارك هذا الإخلال أو الإهمال بتوجيه اعذار له كوسيلة تحذيرية، ما يكسب الاعذار الثاني قيمة ثمينة لتقويم الخلل ومنحه أيضا مهلة كافية من أجل الاستمرارية في تنفيذ موضوع الصفقة وتفادي الفسخ.

يمكن القول من خلال ما تم ذكره أن المشرع أحسن فعلا عندما اكتفى بذكر مصطلح المتعامل المقصر أو المخل لالتزاماته بموجب القانون رقم 12-23 على غرار المرسوم التنفيذي رقم 21-219³⁵، مما يتعين ضرورة استبعاد مصطلح المتعامل العاجز من المادة 2 من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011، وتعويضه بمصطلح المتعامل المقصر والأخذ بعين الاعتبار ذلك في النصوص التطبيقية للقانون رقم 12-23 التي ستصدر قريبا لرفع اللبس القائم وتوحيد المصطلحات القانونية.

الفرع الثاني: البيانات الإلزامية في الاعذار واجراءاته:

يشترط لصحة الاعذار زيادة على توجيهه للمعني، بأن يتضمن مجموعة من البيانات الجوهرية حسب ما أكد عليها القرار الوزاري سابق الذكر بموجب المادة 3 منه، على أنها ليست مجرد اجراء شكلي فقط إنما تعد ضمانا اثباتية كبيرة تستهدف المتعامل المقصر واعلامه بالالتزام الذي أحل به تحديدا، ونطاق مسؤوليته ومنحه فرصة للعدول عن تقصيره، كوسيلة لتضييق النطاق عليه أمام القضاء.

تتمثل هذه البيانات حصرا فيما يلي:

- تحديد المصلحة المتعاقدة وعنوانها،
- تحديد المتعامل المتعاقد وعنوانه،
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها،
- تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بالإعذار الأول أو الاعذار الثاني،
- موضوع الاعذار، أجل التنفيذ الخاص بموضوع الاعذار،
- العقوبات المقررة في حالة رفض المتعامل المتعاقد التنفيذ.

³⁵ انظر المادة 1/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، نفس المرجع.

أمام عدم صدور النصوص التطبيقية للقانون رقم 12-23 يتعين الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات القرار الوزاري المتضمن تحديد البيانات المتعلقة بالإعذار وآجال نشره، الذي حث على ضرورة اتباع جملة من الإجراءات³⁶ التي تهدف أساساً إلى حماية المتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة وترسيخ مبدأ الشفافية في المعاملات والأكثر من ذلك الإبقاء على تنفيذ موضوع الصفقة وتمثل فيما يلي:

- وجوب تبليغ الاعذار عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.
- وجوب نشر الاعذار اجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، تكون احدهما على الأقل تكون باللغة الأجنبية.
- الزامية تحرير الاعذار باللغة العربية وعلى الأقل بلغة أجنبية واحدة.
- الزامية تقديم طلب نشر الاعذار بالتزامن مع تبليغه عبر رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.
- يبدأ سريان أجل الاعذار اعتباراً من تاريخ أول نشر له في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.
- استناداً لما سبق ذكره فإنه يتعين اتباع الخطوات التالية قبل اتخاذ قرار الفسخ:
- وجود تقصير ينسب للمتعامل المتعاقد.
- توجيه الاعذار الأول من طرف المصلحة المتعاقدة لتنفيذ الالتزامات ومعالجة الوضع في أجل محدد مسبقاً في الاعذار.
- استمرار التقصير رغم الاعذار.
- الاعذار الثاني الذي يحدد مهلة إضافية لتدارك التقصير.
- عند انقضاء الأجل المحدد في الاعذار الثاني تباشر المصلحة المتعاقدة إجراءات الفسخ من جانب واحد.

المطلب الثاني: الضوابط الإجرائية لمباشرة الفسخ ونتائجه

يعد مباشرة فسخ الصفقة العمومية بموجب قرار إداري حقاً مشروعاً للمصلحة المتعاقدة لما لها من سلطات وامتيازات في ممارسته، والتي تظهر للمتعامل المتعاقد في العقد ذاته الذي يتضمن بنود أو شروط استثنائية غير مألوفة، تهدف من خلالها إلى ضمان السير الحسن للمرفق العام وتحقيق المصلحة العامة باستبعاد المتعاقد المقصر في التزاماته أو

³⁶ المادة 4 و5 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، مرجع سبق ذكره.

لدواعي أخرى تبررها المصلحة العامة أو عوامل غير متوقعة يشملها القانون، غير أن الفسخ يخضع لضوابط وجب مراعاتها سواء تلك المرتبطة بإجراءات التوجيه والتبليغ أو اللاحقة له لينتج آثاره القانونية.

الفرع الأول: الإجراءات المرتبطة بقرار الفسخ:

لا يقتصر فسخ الصفقة العمومية على مجرد صدور قرار من المصلحة المتعاقدة، بل يتعين كذلك أن يصدر وفق إجراءات تضمن مشروعيتها، وتحول دون تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها وامتيازاتها المخولة لها قانوناً، ومن أبرز هذه الإجراءات الالتزام بتسبيب القرار، ثم استكمال إجراءات تبليغه ونشره حتى ينتج آثاره القانونية في مواجهة المتعامل المتعاقد.

أولاً: تسبيب قرار الفسخ:

إن ممارسة سلطة الفسخ تجبر المصلحة المتعاقدة أمام تعدد حالاته بتسبيب قرار الفسخ بتحديد الأسباب الواقعية والموضوعية والقانونية بكل وضوح والتي أدت إلى إنهاء الصفقة العمومية سواء كانت تتعلق بالأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، ويكمن هذا القيد استبعاد كل العوامل السلبية التي تكتنف قرار الفسخ وتحسيد مبدأ الشفافية الذي كرسه قانون الصفقات العمومية وجسده من قبل التعديل الدستوري لعام 2020، فضلاً عن كونه الأداة التقنية التي تمكن القاضي الإداري من بسط رقابته اللاحقة على مشروعية القرار، والتأكد من عدم وجود انحراف في استعمال السلطة من طرف المصلحة المتعاقدة،

ويختلف تسبيب القرار حسب الحالة التي أدت إلى فسخ الصفقة فيما يلي:

1- الفسخ بسبب تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو القانونية، في هذه الحالة يتم تسبيب القرار بتحديد درجة جسامه الخطأ من طرف المصلحة المتعاقدة، غير أن سكوت المشرع عن عدم تعريف الخطأ الجسيم وحصر حالاته منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في مجال تكييف الوقائع حسب نوع الصفقة وتحديد جسامه الخطأ الذي يبنى عليه قرار الفسخ.

2- فسخ الصفقة قبل أوانها لدواعي المصلحة العامة بوجود ظروف تحول دون الفائدة من الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة، كزوال الغرض الذي من أجله تعاقدت الإدارة بإلغاء المرفق العام أو تعديل نظامه على نحو يؤدي الاستغناء عن العقود المرتبطة به، ومن المبادئ التي استقر عليها القضاء في هذا الصدد، أن حق المصلحة المتعاقدة في إنهاء

عقودها هو أمر مسلم به حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ³⁷، ودون حاجة إلى نص يتعين عليها أن تثبت الظروف التي استدعت هذا الفسخ بما يبرره الصالح العام.

3- الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي الذي يتم - كما سبق ذكره - إما بسبب يكون خارج عن إرادة المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معا أو بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد فقط، في هاتين الحالتين يسهل تبرير قرار الفسخ لدواعي أملت ظروف خارجية يتعين أخذها بعين الاعتبار في تقرير يكون إما بعدم تحمل كلا الطرفين تعويضا بسبب هذا الفسخ أو قد تتحمل المصلحة المتعاقدة جزء من الخسارة أو كلها حسب الحالة.

مهما تعددت الأسباب المؤدية إلى الفسخ، استلزم مراعاة كل حالة على حدى، فتارة نجد حق المصلحة المتعاقدة قائما لمطالبة المتعامل المتعاقد بالتعويض، وتارة أخرى نجد حق المتعاقد قائما لمطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض الكلي أو الجزئي عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح كان سيحققه عند تنفيذ كامل الخدمة وذلك من جراء الفسخ، وفي بعض الأحيان يسقط حق كليهما للمطالبة بالتعويض.

ثانيا: إجراءات التبليغ والنشر:

لا يتطلب الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية قيد الانجاز إجراءات شكلية معقدة باعتبار الطرفان اتفقا بصفة رضائية على انهاء الرابطة العقدية، يتم بمجرد توقيعهما على وثيقة الفسخ، غير أن هذه الأخيرة يستوجب أن تنص على تقديم الحساب العام النهائي بشكل شامل ومفصل وفق الحالة التي وصلت إليها الأشغال إلى غاية الفسخ، ويتضمن حصرا دقيقا للأشغال التي تم إنجازها والتي لم يتم إنجازها بعد بتوضيح نسبة الإنجاز فيها³⁸، وفي كل الأحوال لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اجبار المتعامل المتعاقد على اخلاء الأماكن كما هو الحال في صفقات الأشغال إلا بعد تبليغه رسميا بقرار الفسخ. بما يضمن العلم اليقيني، باعتباره نهاية حتمية للصفقة وترفع يد المتعاقد عن المشروع رسميا، وفي إطار رقمنة مجال الصفقات العمومية وتفعيل آليات النشر الالكتروني عبر البوابة الالكترونية للصفقات العمومية³⁹، يكون متمشيا ومتطلبات العصرنة وتعميم الإدارة الالكترونية في جميع القطاعات كوسيلة لتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، يتعين نشر قرار الفسخ وفق اجراء الكتروني لمواكبة التطورات واضفاء الصبغة القانونية والعلنية على انهاء

³⁷ سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص 776.

³⁸ انظر كل من المادة 2/93 من القانون رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، والمادة 4/123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، مرجع سبق ذكره.

³⁹ راجع المادة 105 من القانون رقم 12-23، مرجع سبق ذكره.

الصفقة بين الطرفين، غير أن هذا الاجراء لم يتم تفعيله بعد في البوابة الالكترونية⁴⁰، مما يتطلب الإسراع بالعمل به ليس فقط ما يخص الفسخ انما يجب تعميمه على جميع العمليات التي تشمل تنفيذ الصفقة العمومية ولا يبقى عملها محدودا، من أجل إضفاء الشفافية وضبط العمليات وتسريعها، وقد تم إعادة تفعيل البوابة الالكترونية لمنحها مصداقية أكبر ، بالزام المصالح المتعاقدة للعمل بها⁴¹.

تجدر الإشارة أن القانون رقم 12-23 لم ينص اطلاقا على كيفية تبليغ قرار الفسخ، مما يتعين إعادة النظر في هذا الاجراء وتحديد سريانه بصفة دقيقة لا يقبل التأويل سيما أن للصفقات العمومية أنواع وكل نوع يختلف موضوعه واجراءاته، وبالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 21-219 نجده قد أشار إلى مسألة تبليغ قرار الفسخ من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقل، وأقر أن ميعاد نفاذ الفسخ يوافق التاريخ الفعلي لاستلام المنشآت وخدمات الأشغال المنفذة⁴²، سواء تعلق الأمر بنقطة انطلاق أجل الضمان أو الأجل المقرر في التسوية النهائية للأعمال التي تم استلامها المتعلقة بصفقة الأشغال، وتكمن أهمية تاريخ سريان الفسخ بصفة فعلية كنقطة مفصلية لتحديد مواعيد الطعن القضائي، وأن فوات الميعاد يعيق على المتعاقل المتعاقل اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات عن الضرر الذي أصابه من جراء الفسخ.

الفرع الثاني: الإجراءات اللاحقة لقرار الفسخ ونتائجه:

لا يتوقف فسخ الصفقة العمومية عند مجرد صدور القرار من طرف المصلحة المتعاقدة وتبليغه للمتعاقل المتعاقل، إنما يمتد ليشمل اتخاذ إجراءات وتدابير قانونية ضرورية لإنهاء الرابطة العقدية بين الطرفين تترتب عليها نتائج حسب الحالة المتوصل إليها كما سنبينه لاحقا.

أولا: مقتضيات فسخ الصفقة العمومية:

تشمل هذه المستلزمات الإجراءات التي تتبع صدور قرار الفسخ مباشرة بإجراء معاينة ميدانية وجرد المواد والمعدات والمنشآت المتواجدة بالورشة وتوثيقها بمحضر واتخاذ جميع التدابير اللازمة والضرورية، قصد تقييم الوضعية التعاقدية

⁴⁰علما أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان بمثابة أول نص قانوني اعتمد هذه الآلية الحديثة، وعلى إثره صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2014 يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 9 أبريل 2014.

⁴¹قرار مؤرخ في 4 فبراير 2026، يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها، جريدة رسمية عدد 1، مؤرخة في 2 مارس 2026.

⁴²راجع المادة 2.3.124 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، مرجع سبق ذكره.

وتصفية الحسابات النهائية وتحديد الأضرار وتقديرها قصد تحديد مسؤولية كل طرف لتفادي الوقوع في النزاعات مستقبلاً.

لم يتطرق القانون رقم 23-12 ولا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى تحديد الإجراءات اللاحقة لقرار الفسخ رغم أهميتها القصوى، إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 21-219 والمتعلق بصفقات الأشغال العمومية إذ يعتبر الإطار المرجعي في مجال الفسخ وتبعاته القانونية، فقد حدد جميع القواعد الشكلية والجوهرية المرتبطة به وبمصوص صريحة وواضحة، تمهيدا لتقديم الحساب النهائي وتصفية المراكز القانونية للطرفين مما يجعل العمل بها أمراً إلزامياً لترتيب آثار الفسخ القانونية والمتمثلة فيما يلي:

1- معاينة الأشغال المنجزة وجردها: تكون عن طريق القيام بإجراء معاينة حضورية للمتعاقل المتعاقد أو ذوي الحقوق أو الوصي أو المتصرف أو المصفي والأشخاص المستدعين قانونياً والمتعلقة بالمعاينات المتعلقة بالأشغال المنفذة، والمعاينات المتعلقة بالخدمات المنفذة تتم بشكل حضوري قصد المحافظة على حقوق المتعلقة بأحد طرفي الصفقة حسب ما أكدته المادة 39/2/3 من المرسوم الرئاسي رقم 21-219، فإذا كانت المعاينة بطلب من المتعاقل المتعاقد وامتنع عن التوقيع على المحضر أو إذا قام بالتوقيع تحفظاً عليه تحديد تحفظاته كتابياً، أما إذا كانت المعاينة مطلوبة من طرف المصلحة المتعاقدة و/أو صاحب الاستشارة الفنية، ويتم استدعاء الطرف المقابل (المتعاقل المتعاقد) في الوقت المناسب لكنه تخلف عن الحضور، فيعتبر المحضر المحرر في هذا الشأن مقبولا دون تحفظات، كما يتم أثناء أشغال المعاينة القيام بمجرد خاص بمواد البناء المزودة وكذا العتاد وتجهيزات الورشة⁴³.

2- تحرير محضر معاينة يقوم مقام استلام المنشآت: يتعين أن تكون عمليات المعاينة والجرد محل محضر يشتمل رأي صاحب الاستشارة الفنية بخصوص مطابقة الأشغال وفق ما نصت عليه المادة 124/2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، ويوقع المحضر من طرف المصلحة المتعاقدة ينتج عنه إثبات استلام المنشآت والأشغال المنفذة طبقاً لما ورد في المادة 124/3 من دفتر البنود الإدارية العامة لصفقات الأشغال لسنة 2021، تتولى المصلحة المتعاقدة تحديد التدابير الاجبارية قبل غلق الورشة خلال 10 أيام الموالية للتوقيع على المحضر، قصد ضمان الحفاظ على سلامة المنشآت، واقتراح ما تراه ضرورياً من إزالة بعض عناصر المنشأة⁴⁴، وفي حالة عدم تنفيذ المتعاقل المتعاقد للتدابير المقررة في الموعد

⁴³ المادة 124/2/1، نفس المرجع.

⁴⁴ المادة 124/4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، مرجع سبق ذكره.

المحدد تبأشر المصلحة المتعاقدة الإجراءأ من تلقاء نفسها وفق المقتضيات القانونية المعمول بها وفق ما نصت عليه المادة 5/124 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

3- التصفية الفورية للحسابات المتعلقة بالتسيقات الممنوحة مسبقا: هي حالة تتطلب التعجيل بالقيام بها في حالة فسخ الصفقة وفق لما نصت عليها المادة 11.1.67 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، بحيث يتعين تقديم بيان تسوية متعلق بتصفية الحسابات المتعلقة بالتسيقات بشكل فوري، والتي منحتها المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقل سواء كان التسبيق جزائي أو على التمويل أو من دفع على حساب حسب الحالة، بشرط أن يتم تحديد حساب التصفية الذي يحل محل الحساب العام بمقتضى مقرر من طرف المصلحة المتعاقدة وتبلغه للمتعاقل المتعاقل (المقاول)، وأن يلحق بقرار فسخ الصفقة، كما حددت المادة 2/125 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 محتوى حساب التصفية الذي يتضمن ما على المتعاقل المتعاقل أي المقاول من التزامات كقيمة المبالغ المدفوعة في شكل تسيقات، والقيمة المحددة بموجب الصفقة وملاحقها وكذا قيمة العقوبات المالية، والنفقات الإضافية بسبب ابرام صفقة على حسابه ومسؤوليته، كما تتضمن أيضا ما له من حقوق والمتمثلة في القيمة التعاقدية للأشغال المنجزة والفوائد المستحقة، وأيضا مبالغ الاسترداد، وإذا استلزم الأمر مبلغ التعويضات بسبب فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة، أو بسبب التخفيضات أو التعديلات التي قامت بها المصلحة المتعاقدة على المخططات المعتمدة الموافق عليها، أو بسبب تجاوز التخفيضات المتتالية في قوام الأشغال بنسبة 20 بالمئة.

ثانيا: النتائج المترتبة على فسخ الصفقة العمومية

تلجأ الإدارة إلى ابرام الصفقات العمومية بكل أنواعها وفق متطلباتها قصد اشباع الحاجات العامة للأفراد وضمان حسن سير المرافق العامة، مستعملة في ذلك المال العام، لكن قد تعترض إنجازها عدة عقبات تحول دون إمكانية اتمامها كاملة أو يستحيل ذلك تماما، مما يستوجب في شأنها انهاء الرابطة التعاقدية مع المتعاقل معها عن طريق الفسخ الذي يربأ آثارا تختلف حسب الحالة التي أدت إليه، منها الاجبارية وقد تكون اختيارية ويمكن اجمالها فيما يلي:

1- الزامية تسوية الالتزامات المالية والتعاقدية بموجب وثيقة الفسخ:

يستلزم على الطرفين عند التوقيع على وثيقة الفسخ التعاقدية إدراج بيان للحسابات المعدة وفقا للأشغال المنفذة والأشغال الباقي إنجازها، وتنفيذ سائر أحكام الصفقة.

2- إمكانية إبرام الصفقات عن طريق إجراء التفاوض بعد الاستشارة:

تعتبر حالة استثنائية تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة في حالة فسخ الصفقة العمومية قيد التنفيذ، ويتطلب منها أمر الاستعجال في استكمال ما تبقى من أشغال أو خدمات، إذ لا تسمح طبيعة هذه الصفقة انتظار الآجال المقررة لطلب عروض جديد، وقد أدرج قانون الصفقات العمومية هذه الحالات من بين الحالات المقررة لإجراء التفاوض بعد الاستشارة.⁴⁵

3- إمكانية إجراء استلام مؤقت فوري بعد الفسخ التعاقدية:

في حالة فسخ الصفقة بعد البدء الفعلي في تنفيذ الصفقة، يجوز تفعيل هذا الإجراء فوراً بناء على طلب من المتعامل المتعاقد (المقاول) ويشمل استلام المنشآت وعناصر المنشأة وخدمات الأشغال التي تم إنجازها، ليتم بعد ذلك إجراء الاستلام النهائي عقب انتهاء فترة الضمان استناداً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 21-219.⁴⁶

إذا كان المشرع قد أحاط سلطة الفسخ بجملة من الضوابط الموضوعية والقيود الإجرائية، فإن هذه النصوص تظل قواعد جامدة ما لم تفعل من خلال رقابة قضائية فاعلة، فالممارسة العملية تؤكد أن القاضي الإداري لا يقف عند حدود المراقبة الشكلية للنصوص، بل يتعمق في جوهر القرار لضمان عدم انحراف الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بسلطتها، من هذا المنطلق نقول إذا لم يفعل الفسخ حسب حالاته العادية من طرف المصلحة المتعاقدة، ولم تراعي هذه الأخيرة مصلحة المتعامل المتعاقد حتى وإن كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في جبر الضرر عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسببها أو لسبب خارج عن إرادته أو إرادتهما، فإن اللجوء إلى القضاء الإداري⁴⁷ يعد ضماناً أساسية لحفظ الحقوق وتصحيح مسار الفسخ، باعتبار أن القضاء يقر الفسخ ولا ينشئه قصد إعادة التوازن المالي وترتيب موازنة قانونية بين امتيازات السلطة العامة وحماية الحقوق التعاقدية للمتعامل المتعاقد.

⁴⁵ حددت المادة 42 من القانون رقم 12-23 هذه الحالات على سبيل الحصر، مرجع سبق ذكره.

⁴⁶ أكدت المادة 3.4.114 الأحكام الواجب احترامها عند تنفيذ هذا الإجراء ويتعلق الأمر بالقسم الأول من الفصل الخامس والقسم الأول من الفصل السابع من الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، مرجع سبق ذكره.

⁴⁷ يعتبر اللجوء إلى القضاء الإداري كآخر مرحلة لحل النزاع بعد استنفاد كل الوسائل الودية للنزاع القائم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد المتاحة في قانون الصفقات العمومية أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية والمنشأة أمام كل وزارة أو ولاية كإجراء إلزامي يستوجب على المصلحة المتعاقدة النص عليه في دفتر الشروط، انظر في هذا الصدد كل من المادة 87 و88 من القانون رقم 23-12، مرجع سبق ذكره.

الخاتمة:

يسعى تنظيم الصفقات العمومية إلى حماية المال العام، وضمان استقرار المعاملات التعاقدية وحفظ الحقوق المكتسبة للمتعاملين المتعاقدين، لذلك لا يقتصر فسخ الصفقة العمومية على إرادة المصلحة المتعاقدة فقط لما لها من امتيازات استثنائية في مواجهة التعامل المتعاقد لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، بل نظم المشرع أنواع أخرى للفسخ تدرج خارج إرادتها تملئها الظروف المحيطة بتنفيذ الصفقة العمومية في حد ذاتها، حرصا منه على الجمع بين مرونة المصلحة المتعاقدة في تسيير الصفقات العمومية والضمانات القانونية اللازمة لمقاومة تعسفها وتعزيز الثقة في العلاقة التعاقدية، والأخذ بعين الاعتبار بعض الحالات التي تستوجب الفسخ، إذ تعتبر مسألة فسخ الصفقة العمومية من أخطر العقوبات التي تواجه المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على حد سواء عند تنفيذ الصفقة نظرا لما يترتب عنه من آثار وخيمة، يفتقد معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة قبل أوانها، الخلاصة في ختام هذه الدراسة، أن المشرع الجزائري سعى من خلال القانون رقم 12-23 لإيجاد نوع من التوازن بين مقتضيات تسيير المرفق العام وحماية الحقوق العقدية للمتعامل المتعاقد، من خلال إخضاع سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية لضوابط قانونية تحد من تعسفها، ومن تمكين التعامل المتعاقد المقصر من وجوب اعداره مرتين قبل اتخاذ قرار الفسخ من طرف الإدارة رغم خطئه، مما يمنح له فرصة أخرى لتنفيذ التزاماته وعدم التقاعس في القيام بها، قصد الاستمرار في تنفيذ الصفقة وتفادي اتخاذ إجراءات جديدة تطيل أمد تنفيذ المشاريع العالقة بسبب الفسخ، وقد تم الوقوف في هذه الدراسة عند النطاق الموضوعي لحالات الفسخ بإبراز مظاهره والقيود والضمانات الإجرائية لممارسة سلطة الفسخ، بذلك توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج

1. إن الفسخ في الصفقات العمومية هو سلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة دون سواها تمارسها دون الحاجة إلى حكم قضائي ضمانا لاستمرارية المرفق العام، غير أنها مقيدة بمجموعة من الإجراءات الشكلية تحول من تعسفها.
2. أحدث القانون رقم 12-23 قفزة نوعية بإقراره توجيه اعدارين للمتعامل المتعاقد المقصر كشرط جوهري قبل مباشرة الفسخ مما يضع حدا للتعسف الإداري.

3. ازدواجية في صفة المخاطب بالإعذار بين المتعامل العاجز والمقصر من شأنه أن يثير إشكالا قانونيا ينطوي تحته المتعامل المقصر دون أن يحمي المصلحة المتعاقدة.
4. ارتباط فسخ الصفقة العمومية بدرجة جسامة الخطأ الذي حوّل سلطة تقديره وتكييفه للمصلحة المتعاقدة أمام غياب تحديده قانونا، مما يفتح مجال لرقابته من طرف القاضي الإداري.
5. سلطة فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة دون تحديد معالمها من طرف المشرع يفتح مجالا واسعا للمصلحة المتعاقدة في تقديره.
6. حق المتعامل في التعويض الكامل أو الجزئي حسب الحالة لجبر الضرر اللاحق به، ما يجعل الفسخ بكل حالاته تحت مجهر الرقابة القضائية من حيث مشروعية السبب وتقدير التعويض.

ثانيا: التوصيات المقترحة

1. ضرورة تفعيل الرقابة المسبقة على قرارات الفسخ بدعوة الهيئات الرقابية داخل المصلحة المتعاقدة إلى عدم التأشير على قرارات الفسخ إلا بعد استيفاء شرط الاعذار المزدوج تفاديا لتحميل خزانة الدولة تعويضات باهضة، ولجعل الفسخ الخيار الأخير وليس الأول للمصلحة المتعاقدة.
2. ضرورة مواكبة التحولات الرقمية بتكريس الاعذار الالكتروني كآلية قانونية للإخطار، وتفعيل آليات التبليغ والنشر الالكتروني لقرارات الفسخ عبر البوابة الالكترونية للصفقات العمومية لضمان أقصى درجات شفافية الإجراءات.
3. استحداث آليات قانونية جديدة تحفظ حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض وتجنّب اللجوء إلى القضاء.
4. وضع سّلم لتحديد الخطأ الجسيم في الصفقات العمومية الذي يستوجب الفسخ لمنع المصلحة المتعاقدة من اللجوء المباشر للفسخ لتقليل التضارب في التكييف بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.
5. ضرورة إلزام المصلحة المتعاقدة بتقديم تقرير الجدوى الاقتصادية كأداة وقائية سابقة لاتخاذ قرار فسخ الصفقة لضمان حماية المال العام.
6. رصد جهاز استشاري متخصص في الصفقات العمومية ترجع إليه المصلحة المتعاقدة قبل اتخاذ قرار الفسخ خاصة في المشاريع الضخمة لتفادي التعويضات المرهقة للخزينة العمومية.
7. تعديل المادة 2 من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 بتعويض المتعامل المتعاقد العاجز بالمتعامل المتعاقد المقصر تماشيا مع القانون المنظم للصفقات العمومية لتوحيد المصطلح بالمعنى المراد منه.

8. تعزيز التكوين القانوني للإطارات المكلفة بمتابعة الصفقات العمومية حول المستجدات الإجرائية للقانون رقم 12-23 لضمان ممارسة سلطة الفسخ وفق الأشكال التي رسمها القانون.
9. الإسراع في اصدار النصوص التطبيقية للقانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، لتوضيح حالات الفسخ ومساره الاجرائي.
10. تطوير الاجتهاد القضائي من خلال توسيع رقابة القضاء الإداري في رقابة التناسب بشكل أكبر لجعل الفسخ الحل الأخير وليس الخيار الأول للإدارة عند نشوب أي نزاع.

قائمة المراجع:

1. المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
2. القانون رقم 23-12 المؤرخ في 5 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51، مؤرخة في 6 أوت 2023.
3. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 6 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
4. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، جريدة رسمية عدد 58، مؤرخة في 7 أكتوبر 2010.
5. المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 مايو 2021 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة رسمي عدد 50 مؤرخة في 24 يونيو 2021.
6. قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية، السنة الثانية، عدد 6، مؤرخة في 19 جانفي 1965.
7. قرار مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.
8. قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2014 يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 9 أبريل 2014.
9. قرار مؤرخ في 4 فبراير 2026، يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها، جريدة رسمية عدد 1، مؤرخة في 2 مارس 2026.
10. مجلس الدولة، قسم الصفقات العمومية، ملف رقم 114905، بتاريخ 2017/10/05، مجلة مجلس الدولة، العدد 15، 2017.
11. الصغير بعلي محمد، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.
12. حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

13. عبد الفتاح محمد علي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009.
14. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د س ط.
15. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991.
16. مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2013.
17. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 <https://www.goeic.gov.eg>
18. قانون الطلب العمومي الفرنسي <https://www.legifrance.gouv.fr>