ارتباط الصفقات العمومية بالتشريع المعمول به في القانون الجزائري

The relationship of public transactions with the legislation applicable in Algerian Law

طالب الدكتوراه/ حكيم وعيل[1,2]

[1]**جامعة الجزائر 1، (الجزائر)**

[2]**المؤلف المراسل:** hakimo.maitre@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/03/06 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/11 تاريخ النشر: 2020/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ محمد جباري (جامعة خميس مليانة) اللغة الإنجليزية: أ./ أنوار الناصر (العراق)

ملخّص:

تعد الصفقة العمومية عقدا من العقود الإدارية التابعة للقانون العام وما يمنحه هذا القانون من امتيازات خاصة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في مجال إبرام هذا النوع من العقود وما يتميز به من أحكام تميزه عن قواعد القانون الخاص بخاصة في مجال إبرام العقود وبالتالي يبدو وجود استقلال بين القانونين، إلا أن تحليل قانون الصفقات العمومية يظهر مدى التأثر والارتباط بأحكام القانون الخاص بخاصة القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للعقود، مثل أركان العقد (التراضي، المحل، السبب، عيوب الإرادة) ومنه يتضح أن استقلال عقد الصفقة العمومية عن أحكام القانون الخاص هو استقلال نسبي.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية؛ القانون الخاص؛ التشريع المعمول به؛ عقود الأعمال.

Abstract:

The public transaction is considered an administrative law contract that falls under the common law and enjoys the concessions granted to it by this law especially with regard to the contracting interest in the field of concluding this type of contract as well as its provisions that distinguish it from the rules of private law. Therefore, it is clear in principle that these two laws are independent. However, the analysis of the law of public deals shows the extent of vulnerability and correlation with the provisions of the private law, especially the civil law, as the general rule of contract such as the pillars of the contract (consent, the subject, the cause, and defects of the will). Hence, it becomes clear that the independence of the public deal contract from the provisions of the private law is a relative independence.

Key words: *public transaction; private law; applicable legislation; business contract.*

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

مقدّمة:

تستند العقود الإدارية أساسا إلى سلطة الإدارة لما تتمتع به من امتيازات في مجال إبرام العقود ما رجح كفة مبدأ سيادة وهيمنة الإدارة على مبدأ أساسي في إبرام العقود ألا وهو سلطان الإرادة، ففي هذا الشأن نلاحظ أن مضمون القانون الخاص يتضح لأول الأمر انه مرتبط بعلاقات الأفراد فيما بينهم فحسب بخاصة ما تعلق منها بقواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لإبرام العقود ومنه يبدو عدم امتداد قواعد القانون الخاص إلى مجالات القانون العام، كون هذا الأخير مرتبط بالمجالات الحيوية للدولة والمصلحة العامة، بالإضافة لكونه آلية لتسيير شؤونها وتلبية حاجات الأفراد، إلا أن المتأمل في قوانين الصفقات العمومية باعتبارها عقدا إداريا والتي تندرج قواعدها ضمن قواعد القانون العام يلاحظ انتشار قواعد القانون الخاص في مجال الصفقات العمومية ما يعرف في لغة القانون بالتشريع المعمول به.

يمثل مبدأ سلطان الإرادة منطلق أساسي لإنشاء العقود في إطار ما يعرف بالحرية التعاقدية التي لها دور كبير في تحديد وتجسيد الآثار المترتبة عن العقود التي تحكمها، إلا انه مع ازدياد التعاملات التجارية والاقتصادية وكذا التطورات الحديثة التي شهدها العالم، فان مبدأ سلطان الإرادة لم يعد العامل الأساسي والوحيد في عملية إنشاء وإبرام العقود في إطار القانون الخاص على هذا الأساس أصبحت هناك إرادتين، الأولى تتم بين الأفراد وتسمى إرادة تعاقدية اتفاقية، في حين أن الإرادة الثانية تتم بين الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها والأفراد فهي إرادة تنظيمية في إطار القانون العام، إذ يوجد إلى جانبها القانون، إلا انه وعلى الرغم من ذلك نجد أن مبدأ سلطان الإرادة لا يزال مضطلعا بمهمة إبرام العقود بين الأطراف ومنه تحديد جوانب التكوين والتنفيذ في العقد المبرم بينهما خاصة في ظل المستجدات الحالية في مجال إبرام العقود.

من هذا المنطلق كان لزاما البحث عن جوانب تأثير قواعد القانون الخاص خاصة أحكام القانون المدني على عقد الصفقة العمومية، وعليه تبدو معالم الدراسة جلية من خلال توضيح جوانب الارتباط بين القانون الخاص ضمن أحكام القانون المدني وموضوع الصفقات العمومية وهذا التحديد لا يتحقق سوى بتحليل النصوص القانونية، تحديدا قوانين الصفقات العمومية والقانون المدني والذي ستتمحور الدراسة حول قواعده كونه من أبرز قوانين التشريع المعول به، على هذا الأساس تتمحور إشكالية البحث حول:

فيم تكمن مظاهر تدخل القانون الخاص في مجال الصفقات العمومية خلال مرحلة تكوينها؟

بغرض تحليل جميع جوانب الدراسة كان لزاما الاستناد إلى المنهج التحليلي أي تحليل النصوص القانونية بالنظر لأصالة الموضوع، وكذا استخدام المنهج المقارن في بعض الحالات بخاصة القانون المدني الفرنسي لما يكتسيه من مبادئ في هذا المجال، ومن أجل تسليط الضوء على كافة جوانب الموضوع والإلمام بكل العناصر، فانه لابد من إتباع خطة منهجية من شأنها إبراز الارتباط بين قواعد القانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدني وموضوع الصفقات العمومية في جانبها المتعلق بمرحلة التكوين فقط ويتجلى ذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: أثر القانون الخاص على الصفقة العمومية في مجال مبدأ سلطان الإرادة،

المبحث الثاني: أثر القانون الخاص على الصفقة العمومية في مجال أركان العقد.

المبحث الأول

أثر القانون الخاص على الصفقة العمومية في مجال مبدأ سلطان الإرادة

تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 على أنه «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به" (مرسوم رئاسي رقم : 15-247، المؤرخ في : 16 سبتمبر 2015).

باستقراء أحكام هذه المادة يتضح جليا أن المشرع قصد بعبارة التشريع المعمول به الإشارة إلى المفهوم العام للعقود في مجال الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي وهذا ما تبينه المادة 01 من الأمر 67-90بنصها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة". (الأمر رقم 90-67، المؤرخ في 17 جوان 1967).

في حين أن المرسوم رقم 82-145 نص في المادة 04 منه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود". (المرسوم التنفيذي 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982).

وحسب الأستاذ شريف بناجي وبعد دراسته للتأشيرات (les visas) الواردة في المرسوم 82-145 لاحظ وجود القانونين المالي والتجاري وهذا عكس الأمر 67-90 والذي لم ينص عليها إطلاقا، وقد استنتج الأستاذ بناجي أن التعريف الخاص بالصفقات العمومية والوارد ضمن المادة الأولى من الأمر 67-90 هو تعريف إداري محض وأن التعريف المبتكر في إطار المرسوم 82-145 هو تعريف أكثر دقة وصياغة ما يعني التخلي عن مبادئ القانون الإداري الذي كان معمولا بها سابقا كون أن عبارة التشريع المعمول به ذكرت أكثر من 19 مرة في المرسوم التنفيذي 82-145. (Cherif Bennadji, 1991, pp. 557-558).

على هذا الأساس فالتشريع المعمول به يتضمن عدة قوانين تمثل القانون الخاص والتي تتمثل أساسا في القانون المدني كونه الشريعة العامة لإبرام العقود، القانون التجاري، قانون لاستثمار، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون المنافسة، قانون حماية المستهلك، قانون النقد والقرض، وستقتصر هذه الدراسة على أحكام القانون المدني وامتداد أحكامه للتطبيق على الصفقات العمومية، على اعتبار أنه من اهم قوانينه، ومنه نتطرق ضمن هذا المبحث الى مطلبين اثنين، الأول نعالج فيه إعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية في حين أن المطلب الثاني نتطرق فيه إلى الحرية التعاقدية في إطار الصفقات العمومية على التوالي:

المطلب الأول: إعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية

يعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من بين أهم المبادئ التي يستند إليها القانون الخاص تحديدا القانون المدني في مجال النظرية العامة للالتزامات ضمن أحكام المادة 106 منه التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين"، وكذلك نص المادة 107 من ذات القانون التي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي مجال العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة نجد حقوقا والتزامات لطرفي الصفقة، على اعتبار أن كل طرف يكون قد رضي بالشروط التي أدرجها الطرف الأخر ومنه فالصفقة العمومية تستمد أطرها ومبادئها من مبدأ القوة الملزمة للعقد أي الإرادة الحرة لطرفيه كونها مرتبطة من جهة بمصالح المتعامل المتعاقد وكذا مقتضيات المصلحة العامة وعليه كان لزاما إتباع عدة إجراءات وطرق خاصة بإبرام العقد في مجال الصفقات العمومية، اذ تنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 على أنه: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما والى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- موضوع الصفقة محددا وموصوفا وصفا دقيقا.
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة،
- شروط التنفيذ وأجل التسديد.
- بند الرهن الحيازي ان كان مطلوبا.
- شروط فسخ الصفقة، وتاريخ توقفها ومكانه.
- بند التحيين ومراجعة الأسعار.
- كيفية تطبيق حالات القوة القاهرة.
- شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.
- شروط استلام الصفقة.

القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات. "(مرسوم رئاسي رقم : 15-247، المؤرخ في : 16 سبتمبر 2015).

وبذلك يتجلى أن الصفقة العمومية ترتبط بقواعد القانون المدني في إطار حرية ادراج مختلف البيانات التعاقدية التي تضمنتها المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، على اعتبار أن ادراج هذه الشروط التعاقدية يستند الى القوة الملزمة للعقد ومنه امتداده الى الصفقة العمومية، وهو ما يعبر عن مضمون العقد شريعة المتعاقدين، بالإضافة الى ما تضمنته المادة 124 من ذات المرسوم التي نصت: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفية استرجاعها حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الاحكام التعاقدية للصفقة، استنادا الى الاحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها".

وفي مجال تأثر الصفقات العمومية بقواعد القانون المدني، نجد أن اغلب الفقهاء يتجهون نحو ضرورة تجسيد هذا المبدأ وفق نسق لا يضر الطرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وفقا للمادة 106 من القانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدني، وتعد الصفقات العمومية عقدا مثلها مثل بقية العقود، بالنظر إلى تلاقي الإرادتين وهو ما ينطبق على العقود المدنية استنادا للمادة 54 من القانون المدني التي عرفت العقد بأنه" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عده أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" (القانون رقم 75-58، المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975).

إن المتمعن في أحكام القوانين في مختلف الدول نجدها تسعى لتجسيد الارتباط بين القانونين العام والخاص (Sophie nicinski, 2010, p. 268) على اعتبار أن الغاية التي يبتغي القانونان تحقيقها هي ضبط المصالح الفردية والعامة على حد سواء، ووفق النظرية التقليدية للعقد التي مضمونها عدم التوافق والتجانس بين القانون العام والخاص أضحت تتلاشى في ظل النظرية الحديثة، ومرد ذلك أن العقد كقاعدة عامة يعد كيانا مستقلا بذاته عن الأشخاص الذين قاموا بإبرامه وهو ما نجده اليوم منتشرا في عدة عقود جديدة مثل عقود التوزيع، عقد الفاكتورينغ، عقود الفيديك وعقود البوت (وضاح محمود الحمود، 2010،، صفحة 206)، عقود التأجير التمويلي، عقود الإنشاءات (François xavier, testu, 2011, p. 31).

وعليه فالعقد الإداري مثله مثل العقود الخاصة يرتب حقوقا والتزامات لطرفي العقد، وفي هذا الإطار أجمع الفقه الفرنسي على أن الصفقات العمومية تستند أصلا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على اعتبار أن الصفقة العمومية عقد تتلاقى ضمنه الإرادة من أجل إحداث أثر قانوني وبذلك تصبح هذه الإرادة نابعة من الطرفين، فالتراضي هو أهم عنصر من عناصر العقد وهو ما ذهب إليه الأستاذ L'Huillier الذي اعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين موجود في الصفقات العمومية وأنه لابد من إعماله لما يحققه من فائدة على المصلحة العامة (L'Huillier(J), 1953, p. 87)، واستنادا للمادة 03 من المرسوم الرئاسي 15-147 التي تنص: " تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات" هذا ان دل على شيء فإنما يدل على أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح الصفقة أو تنفذها المتعامل المتعاقد سوى بإبرام العقد الذي يمنح طرفي العقد القوة الملزمة، ما يمهد الطريق نحو اعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية.

ان الغرض من التعاقد في مجال العقود هو تحقيق مصالح وآثار قانونية مرتبطة بسلطان الإرادة، تجسيدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، (Debbasch.ch, 1992, p. 165) فطالما كانت السمة في مجال الصفقة العمومية أن العقد شريعة المتعاقدين شأنه في ذلك شأن العقود المدنية، فيجب آنذاك تنفيذ هذه الصفقة وفقا لما اشتملت عليه من ناحية الالتزامات والحقوق التي يحددها طرفي العقد، استنادا للمادة 107 من القانون المدني، وفي حال تضمن العقد شرطا مخالفا للأحكام المتفق عليها كان من الضروري اللجوء إلى فحوى العقد، وهذا استنادا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي مضمونها أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به وتبرم بمقابل وهو ما يدل على أن الصفقة العمومية تعتبر عقدا مثلها مثل عقود القانون المدني، والأصل أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن إعماله في مجال العقود الإدارية ووضع عدة شروط بغية عدم المساس بالعقد، (خالد خليفة، 2017، صفحة 06).

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية في إطار الصفقات العمومية

لقد تم الاعتراف لمختلف المؤسسات العمومية بالحريه التعاقدية، إلا إن هذه الحرية لا يمكن الاعتراف بها وممارستها سوى بتوفر شروط من ضمنها ضرورة تحديد الأشخاص المعنوية العامة في مجال إبرام الصفقات العمومية، ثم تحديد اختصاصاتها استنادا إلى أحكام القانون،

لقد أدى الانتشار المتزايد لمختلف الأساليب التعاقدية للتأثير إلى حد كبير على العقد وفي هذا الصدد نلاحظ أن الإدارة بالرغم مما تمتلكه من امتيازات وسلطة إلا أنها تحاول في كل مرة تجسيد العقد وفقا لما اشتمل عليه مع المتعامل المتعاقد معها وهذا هو فحوى القانون الخاص في إطار ما يعرف بتجسيد العلاقة التعاقدية من جانب الأفراد و الدولة أو من جانب تحقيق المصلحة العامة (سمير عبد العالي، 2010، صفحة 63).

فالحرية التعاقدية في مجال الصفقات العمومية تؤدي الى تجسيد ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد (نرمين محمود محمد صبيح، 2002)، وفي هذا الصدد نجد أن المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على أنه: "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد " وهو ما يجسد الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة عن طريق ترك حرية لاختيار المتعاقد معها من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة وسير المرافق العامة، الا أن هذه الحرية مرتبطة باحترام أحكام المرسوم الخاص بالصفقات العمومية، وهو ما تؤكده المادة 59 بنصها: " يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في اطار مهمتها، اختيار كيفية ابرام الصفقات، ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة وأحكام هذا المرسوم "فالمصلحة المتعاقدة في اطار تجسيد الحرية التعاقدية نجدها تختص وتضطلع بعملية اختيار المتعامل المتعاقد معها وهو ما جسدته المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15-247، (عبد العزيز خير الدين، أكتوبر 1961، صفحة 09).

وكذلك ما نصت عليه المادة 78 من ذات المرسوم بنصها "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية" وعليه بالتمعن في احكام هذه المواد نلاحظ وجود حرية تعاقدية للمصلحة المتعاقدة خاصة في مجال اختيار المتعامل المتعاقد معها، على اعتبار أن العقد يكون ملزما لطرفيه وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي حال ظهور مستجدات أثناء مرحلة إبرام العقد كان الطرفان قد تعاقدا وفقها فان التعديلات لا يمكنها أن تسري على العقد، أما التعديلات الحاصلة أثناء مرحلة تنفيذ العقد فان التعديل لا يكون وفقا لرضى المتعامل المتعاقد وإنما هذا التعديل يكون وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، كما أن هذا التعديل ينبغي كشرط إلزامي أن يكون مدرجا ضمن دفتر الشروط، ذلك لأن حاجة المرفق العام وضرورة ديمومتها وطبيعة والصفقات العمومية تقتضي ذلك، بالإضافة إلى أن نية المتعاقدين خلال إبرام العقد قد انصرفت إلى ضرورة تحقيق المصلحة العامة وهذا ما يمنح المصلحة المتعاقدة حق تعديل بنود العقد بما يتلاءم وتحقيق هذه المصلحة (جليل مونية، 2018،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صفحة 168)، إن سلطة المصلحة المتعاقد في التعديل ضمن الشروط المحددة يعد خرقا لمبدأ ثبات العقد، إلا انه وفي نفس الوقت لا يعني نفي القوة الملزمة للعقد في مواجهة المتعاقد معها، بالإضافة إلى انه لسلطة التعديل المخولة للمصلحة المتعاقدة حدود أي عدم جواز إدراج تعديلات جوهرية في العقد قد تمس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومنه خرق الحرية التعاقدية، فحق المصلحة المتعاقدة في التعديل لا يعني أبدا عدم التزامها وتنصلها من المسؤولية لأن هذا التعديل يكون وفقا لشروط معينة وفي حال مخالفتها تتحمل كامل المسؤولية (علي عبد الأمير قبلان، 2014، صفحة 356).

المبحث الثاني

أثر القانون الخاص على الصفقة العمومية في مجال أركان العقد

إن المصلحة المرجوة في مجال الصفقات العمومية هي تجسيد متطلبات المصلحة العامة وهذا هو المبرر لمنح الإدارة امتيازات، وبمقابل ذلك تم منح المتعاقد معها امتيازات قد لا نجدها ضمن مجالات القانون الخاص، ان الارادة في ميدان العقود المدنية تتطابق بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وكذلك الشأن في مجال العقود الإدارية وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية في العقود الذي يعتبر ابرز ركن من أركان العقد استنادا لمادة 55 من القانون المدني التي تنص: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، يضاف إليه ركني المحل والسبب والشكلية في بعض العقود التي تتطلب شكلا معينا، (علي علي سليمان، 2015، صفحة 33).

وفي هذا الإطار أقر الفقه الفرنسي بأن كافة طرق الإبرام والإجراءات تشكل في مجملها تعبيرا عن الإرادة للهيئات الإدارية وهو ما أكده الفقه المصري أيضا حينما أكد على أن العقد الإداري المبرم من قبل أحد الأجهزة التابعة للدولة تقابلها إرادة أخرى ينتج أثره وهو ما يتوافق وأحكام القانون المدني وان كلا الطرفين سواء المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد يختاران الالتزام بما تم التعاقد عليه وما اتجهت إليه إرادتهما، ويضيف الفقه المصري بشان توافق العقدين الإداري والمدني أن الأركان الرئيسة متطابقة وهو ما يجسد امتداد القانون الخاص وتطبيقه في ميدان العقود الإدارية، كما أكد الفقه المصري أيضا مستندا في ذلك للفقه الفرنسي، أن العقود الإدارية تقوم على توافق إرادتين وأن كل طرف سواء المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد معها يكون على علم ومنه قبول ما ينجر عن هذا العقد من التزامات وحقوق على حد سواء، (L'Huillier(J), 1953) وأن العقد لا يقيد المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة فقط وإنما يقيد المصلحة المتعاقدة أيضا وفي حال ما إذا قامت بفرض سلطتها ففي هذا الصدد تكون مجبرة بتبرير ما قامت به ومنه يتضح أن مبدأ التراضي هو ركن قائم بذاته في مجال الصفقات العمومية وأن الإجراءات المرتبطة بتكوينها لا تؤثر شيئا في ماهية العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بشكل خاص. (عمر سعد الله، 2010، صفحة 211).

على هذا الأساس نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتضمن ركن التراضي بين عقد الصفقة العمومية وأحكام العقد المدني، أما المطلب الثاني مضمونه ركن المحل والسبب بين عقد الصفقة العمومية والعقد المدني نتطرق إليهما تواليا:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: ركن التراضي بين عقد الصفقة العمومية وأحكام العقد المدني

يعد ركن التراضي من بين أهم أركان العقود المدنية والواجب التوفر في جميع أنواع العقود المرتبطة بالقانون الخاص بالخصوص، على هذا الأساس نتطرق ضمن هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أساسية تتجلى فيما يلي:

الفرع الأول: ضرورة توفر الإرادة أثناء التعاقد

في إطار العلاقات التعاقدية فانه لابد من احترام إرادة المتعاقدين في حدود ما يمليه القانون و في هذا الصدد توجد إرادتان، الأولى تتعلق بالمصلحة المتعاقدة، أما الثانية مرتبطة بالمتعامل المتعاقد، فالحرية التعاقدية في مجال التعاقد بين الأفراد تعد القاعدة العامة أما في إطار الصفقات العمومية فالأمر عكس ذلك، لذلك كان لزاما إثبات مدى إمكانية وجود الحرية التعاقدية للمصالح المتعاقدة. (مهند مختار نوح، 2005، صفحة 35).

إن الإرادة في الصفقات العمومية والعقود المدنية هي نفسها وذلك في صورة الإيجاب والقبول على اعتبار أن إنشاء الرابطة العقدية يعد من بين الالتزامات الأصلية لكلا الطرفين، وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني بنصها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، وكذلك ما نصت عليه المادة 55 على أنه يكون العقد ملزما لطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام يبعضهما بعض، وفي هذا الصدد فان العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين. (النوي، خرشي، 2018، صفحة 147) وفي مجال الصفقات العمومية نجد أن المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على: "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد"، وكذا ما نصت عليه المادة 78 من ذات المرسوم، وقد نصت المادة 80 الفقرة 03 أيضا على أنه" كما يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية، أن تضبط الصفقة وتحسن عرضه"، وهذا ما يعبر ركن التراضي في صورة الايجاب والقبول في مجال منح الصفقات العمومية.

يجد العقد أساسه ويستمده من الإرادة الحرة للطرفين وليس من قواعد القانون التي تمثل جانبا رقابي تنظيمي لا يؤثر على إرادة طرفي العقد، فإرادة المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة هي الأساس والتي يعتد بها ومنه حمايتها، أما إرادة المصلحة المتعاقدة تكون دائما مرتبطة بإجراءات خاصة، فهي ليست تلقائية مثل المتعامل المتعاقد كونها مرتبطة باحترام هذه الإجراءات تجسيدا لحسن سير المرفق العام (عمار بوضياف، 2017، صفحة 63) وتحقيق المصلحة العامة، فالتعبير عن إرادة المصلحة المتعاقدة يكون وفق إجراءات ومراحل مركبة (الإعلان عن الصفقة، تلقي العروض) يضاف إليها إلزامية التعبير عن الإرادة في حدود اختصاصها ما يعرف بمبدأ الاختصاص في العقود الإدارية والأهلية في العقود المدنية. (علي عبد الأمير قبلان، 2014، صفحة 357).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الأهلية والاختصاص بين عقود الصفقات العمومية والعقود المدنية

الأهلية تعني قدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهناك أهلية الوجوب التي مضمونها قدرة الشخص على اكتساب الحقوق، وأهلية الأداء تعني صلاحية الشخص استعمال هذا الحق. (عبد الرزاق السنهوري، 1998، صفحة 314).

في إطار القانون المدني نجد أن الأهلية مرتبطة بالشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء وفيما يتعلق بهذا الأخير فان أهليته تمنح بمجرد إنشائه وفقا لما يقتضيه القانون، وقد نصت المادة 40 أنه كل من بلغ سن الرشد القانوني يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وبالنسبة للأشخاص المعنوية نصت المادة 50 على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان ونجد من هذه الحقوق الأهلية في الحدود التي يعينها عند إنشائها أو التي يقررها القانون بمعنى الاختصاص للمؤسسات العمومية.

تمثل الأهلية في مجال الصفقات العمومية امتدادا للأهلية في مجال العقود المدنية على اعتبار أن الصفقة العمومية تكون قد اقتبست مبادئها من أحكام العقود المدنية ومنه فان الأهلية هي نفسها في العقدين، إلا أن الاختلاف بسيط يتمثل في بعض الإجراءات الواجبة الإتباع فيما يتعلق بالصفقات العمومية.

يتمثل مبدأ الأهلية في الصفقات العمومية في الاختصاص بالنسبة للأشخاص العمومية الذي يعد من النظام العام، يضاف إليها اختصاص السلطة الوصية على المصلحة المتعاقدة ويعني الاختصاص صلاحية الهيئة الإدارية أو الموظف الإداري إبرام التصرفات القانونية تعبيرا عن إرادة الهيئة التابع لها ومنه تجسيد المصلحة العامة في إطار أحكام القانون وهذا الاختصاص من خصائصه العمومية بمعنى أنه غير مرتبط بشخص الموظف القائم بالتصرف القانوني، ومنه الاستناد الى أحكام المرسوم الخاص بالصفقات العمومية وعدم الخروج عن اطاره، وفقا لمضمون المادة 38 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص: "يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجا بغية تنفيذ خدماتها، الى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/او المؤسسات الأجنبية، طبقا لأحكام هذا المرسوم". بالإضافة إلى أن هذا الاختصاص يتسم بالاستمرارية أي أن صاحب الاختصاص يمارس المهام الموكلة إليه حتى نهاية هذا الاختصاص (يوسف سعد الله الخوري، 2002، صفحة 65) وينجم عن هذا الاختصاص تطابق الإرادتين بحيث ينبغي أن يكون صاحب الاختصاص مؤهلا قانونا ومنه فان إبرام العقد بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد غير مرتبط بالبحث عن مدى صلاحية المصلحة المتعاقدة لإبرام العقود وأن هذا الاختصاص متعلق بموافقة السلطة الوصية والتصديق على الصفقة وهو ما يجعل العقد مبرما بغض النظر عن موافقة السلطة الوصية من عدمها، وقد نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وقعت عليها السلطة المختصة المذكورة ادناه حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الوزير.
- الوالي.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية".

إلا أنه لا يمكن للعقد الدخول حيز التنفيذ إذا لم تتم الموافقة، تسري بأثر رجعي من يوم إبرام العقد.

الفرع الثالث: عيوب الإرادة في الصفقات العمومية والعقود المدنية

لإبرام العقود وضمان تنفيذها فانه لا بد أن تكون الإرادة خالية من هذه العيوب والمتمثلة في الغلط، الإكراه، الغبن، التدليس، نتطرق إليها على التوالي:

أولاً- عيب الغلط:

نصت المادة 81 من القانون المدني على أنه من وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطاله، ويكون هذا الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد لو علم المتعاقد بذلك الغلط، ويكون الغلط جوهريا متى كان مرتبطا بصفة الشيء أو كان متعلقا بالمتعاقد في حد ذاته وهذا ما يجعل العقد قابلا للإبطال بمعنى أن الغلط لا بد أن يكون جوهريا وهذا ما تضمنته المادة 83 من القانون المدني وقد ميز الاجتهاد الفرنسي بين الغلط الشخصي والمادي .(Vedel et Delvolvé, 1993, p. 343) وقد هجر الفقه الحديث في فرنسا المعيار المادي وعوضه بالمعيار الذاتي المرتبط بالمتعاقد وذلك إلى حد يمتنع معه التعاقد ومضمون الغلط يعني أن المصلحة المتعاقدة تتحمل المسؤولية إذا أخطأت (سليمان الطماوي، 1991، صفحة 320).

ثانياً- التدليس:

وهو يتضمن الأحكام نفسها المعمول بها في ميدان العقود المدنية ومنه امتداده للتطبيق في ميدان العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، ويعني التدليس استعمال وسائل احتيالية من أجل دفع المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لإبرام العقد، وبذلك يتضمن هذا العيب عنصرين الأول مادي عن طريق استعمال طرق احتيالية، في حين أن العنصر الثاني هو ذاتي أي الدافع للتعاقد، بمعنى أن جسامة الحيلة المستعملة أدت إلى جعل الطرف الأخر يقوم بالتعاقد وأن هذا التدليس هو في الأصل غير مفترض ومنه يؤدي إلى التعاقد بواسطة استعمال الحيل بحيث عن طريقها يبرم العقد. (علي علي سليمان، 2015، صفحة 33).

ثالثاً- عيب الإكراه:

يتمثل الإكراه في ميدان العقود المدنية في الرهبة التي البينة التي قد يبعثها المتعاقد لدى الطرف الأخر دون وجه حق (محفوظ لعشب، 2011، صفحة 180) ويراعى في تقدير جسامة هذا العيب ظروف المتعاقد معه بحيث يجعل هذا الخوف إرادة، والإكراه هو الأخر يتضمن عنصرين اثنين الأول عنصر مادي يتمثل في استعمال أساليب ضغط وترهيب بغرض التعاقد ومنه التأثير على حرية الطرف الأخر، أما

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العنصر الثاني فهو شخصي بمعنى بعث الخوف في نفس المتعاقد الأخر، فالإرادة إذن موجودة إلا أن المتعاقد يقوم بإبرام العقد تجنبا العواقب الترهيب من المتعاقد القائم بالفعل وهو ما تضمنته المادة 88 من القانون المدني، ويرى الفقه الفرنسي أنه لا يمكن إجازة هذا النوع من العيوب في ميدان العقود الإدارية ومنه الصفقات العمومية إلا بنص تشريعي وأن هذا الغبن لا يؤدي إلى بطلان العقد الإداري (Vedel et Delvolvé, 1993, p. 343).

رابعاً- عيب الغبن:

لقد أكدت نصوص القانون المدني أنه في حال كانت التزامات أحد المتعاقدين فيها تفاوت كبير ففي هذه الحالة يمكنه طلب الإنقاص من الالتزامان الإضافية والمطالبة بالتعويض وهذا هو فحوى المادة 90 من القانون المدني، وقد أكد الفقه الفرنسي أن الغبن الذي يقع وقت إبرام العقد يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، أما العيب الذي يقع بعد الإبرام أي أثناء مرحلة التنفيذ يتم استبعاده لأنه العقد قد تم إبرامه مسبقا وبالتالي لا يؤثر على العلاقة التعاقدية (عبد الرزاق السنهوري، 1998، صفحة 442) ويعني الغبن انتفاء التوازن بين التزامات الطرف الأول وموجبات الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية في الصفقات العمومية.

يتضح من عيوب الإرادة في ميدان الصفقات العمومية أنها لازالت في مرحلة التكوين وهو ما يجعلها تقترب إلى حد كبير من عيوب العقود المدنية وهذا من أجل تحقيق المصلحة العامة ومن أجل تجسيد هذه العلاقة كان لزاما التخفيف من حدة التشريعات الوطنية في هذا المجال. (بلال أمين زين الدين، 2011، صفحة 188).

المطلب الثاني: ركن المحل والسبب في إطار الصفقات العمومية والقانون المدني

يتضمن هذا المطلب فرعين الأول بعنوان ركن المحل أما الثاني يتضمن ركن السبب نوردهما كالتالي:

الفرع الأول: ركن المحل

إن المحل في مجال العقود المدنية يتمثل في إنشاء التزامات وفيما يتعلق بتطبيق هذا الركن في ميدان العقود والصفقات العمومية يمكن القول أن المحل لا يتعلق بمجالات هي من قبيل الدولة والقانون يمنحها فقط للمؤسسات العمومية ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمتد إلى الأشخاص سواء الطبيعيين أو المعنويين الخواص على اعتبار أن هذه المواضيع من النظام العام مثل الضبط الإداري الذي لا يمكن إسناده إلى الأشخاص الخواص وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية Castelnaudary وفي هذا الاطار نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا قبل الشروع في أي اجراء لتنفيذ الصفقة العمومية"، كما نصت المادة 28 من ذات المرسوم على أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجات معينة"، بالإضافة الى ما نصت عليه المادة 29 من ذات المرسوم بأنه: " تشمل الصفقة إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- انجاز الأشغال.
- اقتناء اللوازم.
- انجاز الدراسات.
- تقديم الخدمات، (Richer, L, 1999, p. 34)

هذه العمليات تمثل المحل في الصفقة العمومية، وللمحل ثلاثة شروط: (محفوظ لعشب، 2011، صفحة 193).

- أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو من الممكن الوجود مستقبلا،
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
- أن يكون مشروعا. (عبد الرزاق السنهوري، 1998، صفحة 643).

الفرع الثاني: ركن السبب

لقد ظهر هذا الركن حينما كانت العقود شكلية ولم يكن للإرادة أي اثر على إبرام العقد، ولكن وبمجرد ظهور العقود الرضائية وعقود التبرع تم الاستناد على معيار الإرادة ودورها في إبرام العقود زمنه كان لزاما البحث عن السبب لإبرام العقود على اعتبار أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو في الأصل سبب لالتزام المتعاقد الأخر (علي علي سليمان، 2015، صفحة 75) وفي هذا المجال ظهرت نظريتان النظرية التقليدية والحديثة، أما التقليدية فمضمونها أن السبب يعد ركنا ماديا لا بد أن يتوفر في جميع العقود، في حين أن مضمون النظرية الحديثة أن السبب يتناول جانبا ذاتيا وهو الدافع للتعاقد وهو شرط لازم لصحة العقد، وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة واعتبر السبب هو الباعث الدافع للتعاقد (عبد الرزاق السنهوري، 1998، صفحة 54) وبالنسبة للعقود الإدارية فان السبب هو أيضا الدافع للتعاقد، على اعتبار أن الدافع لتعاقد المصلحة المتعاقدة هو تحقيق مقتضيات المصلحة العامة وأن السبب ركن مرتبط بصفة عامة بتعريف العقد ولم يستعمل الاجتهاد الفرنسي هذا الركن إلا نادرا وقد جسده مجلس الدولة الفرنسي في قضية Michaux. (سعاد الشرقاوي، 1999، صفحة 256)، و منه فان مضمون السبب في الصفقات العمومية هو نفسه المطبق في ميدان العقود المدنية، إلا أن ركن السبب في الصفقات العمومية مرتبط بالمصلحة العامة.

الخاتمة:

تمحورت هذه الدراسة حول مظاهر تدخل القانون الخاص، تحديدا القانون المدني ومدى تأثيره وتطبيق أحكامه على العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، ويتجلى لنا أن هذا التأثير موجود في عدة مجالات في الصفقة العمومية خاصة في مرحلة تكونها أو ابرامها، على اعتبار أن الصفقات العمومية تعد عقدا مثل بقية العقود ومنه فان الصفقة العمومية تخضع تلقائيا إلى النظرية العامة للعقود خاصة ما تعلق منها بركن التراضي ،المحل والسبب، ونلاحظ أن الصفقة العمومية لا يمكنها التنصل من أحكام القانون المدني نظرا لحاجتها إلى هذه الأحكام والمبادئ وبذلك يتضح تأثير القانون الخاص على الصفقات العمومية بخاصة في مرحلة تكوين العقد وأن هنالك عدة مجالات تشترك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيها أحكام العقدين، ومن يتضح لنا أن أحكام القانون الخاص بصفة عامة والقانون المدني بالأخص تجد اعمالا لها في مجال الصفقات العمومية بالنظر لما تحققه قواعد ومبادئ القانون المدني في تكوين وابرام الصفقات العمومية، وأن اقتباس الصفقة العمومية من احكام وقواعد القانون المدني يكون بشكل تلقائي دون قيود أو شروط تعجيزية، الأمر الذي يساهم في تعزيز مكانة هذا النوع من العقود لارتباطه بالمصلحة العامة ومنه تجسيد التآلف بين أحكام الصفقات العمومية كونها عقدا وكذا مضمون قواعد القانون الخاص، بالإضافة الى أن اعمال قواعد القانون المدني في إطار الصفقات العمومية كان له الأثر الإيجابي في تخفيف حدة التسلط بالنسبة للصفقات العمومية ومحاولة التوفيق بين مقتضيات المصلحة العامة والطرف المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن مبادئ القانون المدني بما تتضمنه من مزايا أثرت الى حد كبير في عملية ابرام الصفقات العمومية، يضاف الى ما سبق ان قواعد واحكام عقود الصفقات العمومية تقتبس من احكام القانون المدني بالقدر الذي يضمن سيرورتها وابرامها خاصة ما تعلق منها باركان العقد وبالتالي فالعلاقة تبادلية بين العقدين.

مراجع المقال:

1- Debbach.ch. (1992). Institution et droit administratif, 3éd, paris .
2- François xavier, testu. (2011). Contrats D'affaires. Paris, éditions DALLOZ.
3- L, Richer.(1999). Presence du contrat(en la plice administrative) paris,.A.J.D.A.
4- L'Huillier, (J), (1953). Les contrats administratifs tiennent- ils lieu de loi à l'administration. paris , chron,
5- Sophie nicinski. (2010). Droit public des affaires, , paris, l'extenso éditions.
6- Vedel et Delvolvé. (1993). Droit administrative , 12éd, paris, P.U.F, ,
7- Bennadji Cherif. (1991). L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse en vue de l'obtention du doctorat d'état en droit, Tome 2, Alger: Université d'Alger.

8- الأمر رقم 67-90المؤرخ في 17جوان .1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد: 52، الصادرة بتاريخ: 27جوان1967.

9- القانون: 58-75المؤرخ في 26 :سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني، ج، رعدد 46 صادرة بتاريخ 26 سبتمبر 1975

10- المرسوم رئاسي رقم .15-247 :المؤرخ في 16 :سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.، جريدة رسمية عدد 50 :، صادرة بتاريخ 30 :سبتمبر .2015

11- المرسوم التنفيذي 82-145، مؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية: 15 الصادرة في 13أفريل 1982.

12- النوي ,خرشي .(2018). الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، الجزائر، دار الهدى،

13- بلال أمين زين الدين .(2011). المسؤولية الادارية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر و فرنسا دراسة مقارنة، طبعة أولى، مصر، دار الفكر الجامعي،

14- جليل مونية (2018) .التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي: رقم: 15-247 .الجزائر، موفم للنشر والتوزيع،

15- خالد خليفة .(2017). طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية.

16- سعاد الشرقاوي .(1999). العقود الإدارية ،القاهرة، مصر، دار النهضة العربية،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

17- سليمان الطماوي .(1991) .الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، مطبعة عين شمس،

18- سمير عبد العالي .(2010) .الصفقات العمومية والتنمية.، طبعة أولى، أرباذ، المغرب، مطبعة المعارف الجديدة،

19- نرمين محمد محمود صبيح .(2002) .مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، غزة، فلسطين، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الأزهر،

20- عبد الرزاق السنهوري ,(1998) .نظرية العقد، بيروت، لبنان، الجزء الأول، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،

21- علي عبد الأمير قبلان .(2014) .أثر القانون الخاص على الصفقات العمومية :.الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية،

22- علي علي سليمان .(2015) .النظرية العامة للالتزام.، الطبعة التاسعة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،

23- عمار بوضياف (2017) شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، طبعة خامسة، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع،

24- عمر سعد الله .(2010) .القانون الدولي للأعمال، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،

25- محفوظ لعشب (2011) المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، طبعة خامسة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،

26- مهند مختار نوح (2005) .الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، طبعة أولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،

27- وضاح محمود الحمود. (2010،). عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، B.O.T ، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة،

28- يوسف سعد الله الخوري .(2002) القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، منشورات صادر الحقوقية،

29- عبد العزيز خير الدين .(1961) .حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانونية:، السنة الخامسة، العدد الرابع، القاهرة، مصر، مجلة ادارة قضايا الحكومة،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com