وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

آليات إبرام العقود الإدارية والأسباب المؤدية إلى بطلانه

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الإداري

من إعداد الطالبة :
مخربش حنان

تحت إشراف الأستاذ :
جلطي منصور

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	زواتين خالد	رئيسا
الأستاذ	جلطي منصور	مشرفا مقررا
الأستاذ	محمد كريم نور الدين	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم:**2021/10/03**

شكر وتقدير

(قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلى بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك الله جل جلاله إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله علية وسلم

الشكر الجزيل للأستاذ الفضيل جلطي منصور كما أتقدم بالشكر الخاص و الجزيل إلى موظفي المكتبة وبالخصوص جمال

و إلى من سهر على كتابة وطباعة هذه المذكرة منصور

وختاما إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على انجاز هذه المذكرة حي و لو بكلمة طية وابتسامة ترفع المعنويات.

اهـداء

بكل حب أهدي ثمرة نجاحي إلى الذي أحمل اسمه بكل افتخار إلى الرجل الذي علمني معنى الحياة أبي الغالي، أيها الجبل الذي أستند إليه في الحياة وأيها الطاقة التي أستند منها قوني ، رحمك الله و أدخلك فسيح جناته.

إلى منبع الحنان إلى الياقوت والمرجان، تخجل الكلمات التي تعبر لكي عن حبي وامتناني بفضلك ما أنا عليه الآن إلى أمي الحبيبة أهدي لكما هذا الجهد المتواضع على خير الجزاء وأوفر الثواب.

إلى أعز انسان في حياتي، زوجي الكريم نبض قلبي وقلمي

أدامك الله تاج فوج راسي.

إلي سندي الثاني في الحياة أخي الكريم

رعاه الله و حفظه

يمكن للإدارة أن تختار لممارسة نشاطها ولتحقيق المصلحة العامة بين طريقين للتعاقد فهي قد تلجأ إلى طريق التعاقد المدني كما يمكنها أن تلجأ إلى طريق التعاقد الإداري ، لذلك كان هناك نوعين من العقود ، العقود الإدارية والعقود العادية ، والتفرقة بينهما مهمة جدا ذلك أن العقود الإدارية تخضع لقواعد القانون الإداري بينما العقود العادية تخضع لقواعد القانون العادي " المدني وتكون الأولى من اختصاص القضاء الإداري بينما الثانية تكون من اختصاص القضاء العادي بالرغم من كون الإدارة طرفا في العقد.[1]

تشير إلى أن العقد الإداري أسوة بالعقد المدني عبارة عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية سواء كانت حقوق أو واجبات متبادلة ، لذا إن العقد لا يعتير إداريا إلا إذا كانت الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه وهذا الأخير نصت عليه المادة 02 من قانون الصفقات العمومية رقم 10/236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010.[2]

ومنه يتبين من تعريف العقد الإداري أن معيار تمييزه يكمن في ثلاثة نقاط أساسية الأولى يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري... الخ ، فإذا خلا العقد الإداري من ذلك فإنه لا يكون إداريا متصل بنشاط مرفق عام سواء كان هذا المرفق إداريا.

وكذلك يجب ان يكون العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه متصل بنشاط مرفق عام سواء كان اداريا او مهنيا.

ونستنتج من ذلك ان الإدارة تقوم بإبرم نوعين من العقود وتتبع في تكوينها وسائل مغايره.[3]

---

[1] محي الدين القيسي، مبادئ القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب ط2004،ص _99

[2] للتفصيل اكتر عد للمادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم10_236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431الموافق ل 7 اكتوبر 2010 ج ر عدد (58)

[3] محمد عبد الحميد ابو زيد، المرجع في القانون الاداري ،ط الثانية ب.د.ر.2008ص403

حيث انها عندما تقرر الإدارة التعاقد لإنجاز عملية من عملياتها فإنها ليست مطلقه الحرية في اجراء عمليه التعاقد كيف ما تشاء، وليست حره في اختيار المتعاقد الذي يروق لها رغم انها تهدف الى تحقيق المصالح العامة، ذلك انه توجد عده ضوابط تقيد جهة الادارة لذلك فهي ملزمه باحترام هذه الضوابط وعدم الخروج عليها وهي بصدد الاقدام على ابرام العقد ومن هذه الضوابط احترام القواعد الاساسية منها ما يتعلق مبدا المساواة بين المتنافسين ومراعاه الاسعار العادلة والجودة العالية بالإضافة الى ان المشرع فرض على الادارة المتعاقدة وجوب خضوعها للرقابة الممارسة عليها الهيئات معينه.

الاداري اركان اساسيه يبرم عليها حتى ينتج اثر قانوني المبتغى من ابرامه، لذلك كان من الضروري ان تكون هذه الاركان المتواجدة وقائمه بصوره صحيحه لاسيما يتطلب القانون وجودها بشكل معين، ويراعى وجوبا ما يشوب العقد من اركان وطريقه ابرامه من عوار يسمى بالبطلان.

والبطلان هو اثر مترتب على وجود خلل اصاب العقد في احد اركانه يختلف باختلاف نوع الخلل الذي يصيبه فالعقد له اركان اذا تخلف احدهما اصابه خلل ذلك الخلل الى حاله من حالات البطلان ويسمى بالبطلان المطلق انعدام الذي يلغي اي وجود للعقد، واذا وجد خلل في شروط صحه العقد يرتب عليه ما يسمى البطلان النسبي حيث ممكن التغلب عليه.

فإذا بطل العقد التصرف انعدمت اثاره فتسقط الحقوق والالتزامات التي يرتبها اذا نفذت انه يتعين اعاده الطرفين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

يكون تقرير البطلان بدعوى البطلان ، كما أنه ليس هنالك ما يمنع من التمسك بالبطلان في صورة رفع في دعوى قائمة إزاء ما تقدم ، ونظرا أن تقرير البطلان يعني القضاء على التصرف القانوني وأثاره ، وما تترتب عليه من استثناءات وهو عدم زوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير وإعمالا لقاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه بين المتعاقدين أن يتأثر

وضع العير أيضا هذه القاعدة و أن يصبح المتصرف في العين محل التعاقد ، إذ يصبح المتعاقد المتصرف في غير ما يملك ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه . فلا ينتقل إلى الغير الحق على العين محل التصرف هذا هو الأصل ، والملاحظ أن القاعدة العامة و المتعلقة بزوال العقد بأثر رجعي، أفرد لها المشرع استثناءات لاسيما في مواجهة الغير.

ولعرض جوانب هذا الموضوع طرحت الاشكالية التالية والتي سنحاول الاجابة عنها من خلال هذه الدراسة.

هل الإدارة حره في ابرام العقود؟

يشوب العقد من اركان وطريقه ابرامه نظام البطلان فيعتبر عقدا باطنا لا وجود له ويترتب عليه كونه عمل مادي او واقعه قانونيه اثار.

فما المقصود بالبطلان؟ وما مدى امتداد اثاره في مواجهه الغير الحسن النيه؟

وما المقصود بالغير الحسنية؟ وما مصيره من العقد الباطل ؟

وما هو الحل الذي وضعه المشرع من اجل لاستقرار المعاملات؟

وهذه الاسئلة المطروحة التي كانت محل عنايه العديد من الفقهاء ورسالات الدراسات العليا ستكون موضوع دراستنا في هذه المذكرة اين بدالك المنهج التحليلي كمنهج اساسي لتحليل بعض النصوص القانونية وكذلك المنهج الوصفي

الهدف من الدراسة

يتمثل الهدف من هذ البحث في دراسة ضوابط إبرام العقود الإدارية و و الاسباب المؤدية الى بطلانه بوضوح والكشف على أهم الضوابط الإجرائية الحاكمة في نطاق إبرام العقود الإدارية في ظل التشريعات السارية المفعول. و كدلك لإبراز الاهمية الكبيرة لآثار بطلان العقد

على الغير في المعاملات المالية ، و ايضا لاتراء معلوماتنا من خلال دراستنا لمختلف جوانب الموضوع.

أسباب اختيار الموضوع

تعددت الأسباب التي جعلتنا نتناول هذا الموضوع منها الذاتية ومنها الموضوعية ولعل أهمها بروز العقود الإدارية بقوة ، خاصة الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارات العمومية كذلك رغبة منا التعرف على هذا الموضوع من العقود والمراحل التي تمر بها بدءا من المراحل التمهيدية (للإبرام) إلى غاية التصديق. و ما مصير العقود المشوبة بخلل.

صعوبات البحث

لعل أهم الصعوبات التي واجهتنا تتمثل في قلة المصادر والدراسات حول الموضوع وصعوبة الحصول على بعضها وعلى الأحكام القضائية و موقف المشرع الجزائري منها ، ومن الصعوبات الأخرى أيضا عدم تمكننا الجيد في التحكم في اللغات الأجنبية وخاصة الفرنسية جعلنا نقتصر على جمع المصادر والمراجع باللغة العربية.

رغم الصعوبات التي واجهتنا فقد تمكنا من جمع مادة علمية رأينا أنها تساعدنا على الإجابة على الإشكالية المطروحة والتي من خلالها قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين : في الفصل الأول تطرقنا الضوابط لأهم الضوابط الإجرائية التي تحكم العقود الإدارية والتي تناولنا فيه مجموعة القواعد الأساسية والآليات التي يجب على الإدارة التقيد بها في عملية الإبرام ثم ضابط الرقابة على عملية الإبرام ،حيت خصصنا الفصل الثاني للبطلان و انواعه و ما مدى امتداد اثاره في مواجهة الغير الحسن النية.

الفصل الأول

آليات إبرام العقود الإدارية

سوف نتناول في الفصل الاول الضوابط الإجرائية التي تلتزم بها الإدارة والمتعامل المتعاقد معها ، ونقصد بها مجموعة من الآليات والطرق التي أوجبها المشرع على الإدارة للسير وفقها بدا من احترامها للقواعد الأساسية للإيرام ، وكذلك إتباعها الوسيلة التي تبرم على أساسها العقد سواء كانت مناقصة أو تراضي إضافة إلى كذللك ألزمها بمبدأ المشروعية في إبرام العقود الإدارية وسبيل ذلك أن المنظم أخضع إبرام العقود الإدارية لضابط الرقابة بأنواعها المختلفة وتدرج مستوياتها وما ينتج عنها من تأشيرة تلزم الإدارة المتعاقدة .

المبحث الأول: طرق إبرام العقود الإدارية

قبل أن تتناول مجموعة الآليات التي تحكم إبرام العقود الإدارية لاختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة المحددة ، لابد من أن نتعرض بإيجاز لأهم القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية ذلك أن المشرع عمل على تقييد حرية الإدارة بمجموعة من المبادئ العامة التي تتمثل في المساواة بين المتنافسين ، قاعدة الأولوية وكذا مراعاة الأسعار العادلة والجودة العالية ، وهذا ما سوف تتطرق له في المطلب الأول لنتطرق بعد ذلك إلى مدى تكريس هذه المبادئ في طرق اختيار المتعامل المتعاقد من مناقصة وتراضي وإجراءات السير فيهما في المطلب الثاني والثالث على التوالي.

المطلب الأول: القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية

جاء قانون الصفقات العمومية رقم 10/236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ليؤكد على قواعد هامة تقوم عليها إبرام الصفقات العمومية وهو ما تضمنته أحكام المادة 3 منه التي جاء فيها لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام وجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادي حرية الوصول الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ، ضمن أحكام هذا المرسوم.[1]

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

وعليه تقوم عملية إبرام العقود الإدارية (الصفقات العمومية خاصة) على قواعد ثلاثة كبرى حرية المنافسة ، قاعدة الأولوية مراعاة الأسعار العادلة ، وكذلك مراعاة الجودة العالية وهذا ضمانا الشفافية الإجراءات.

الفرع الاول : قاعدة المنافسة

تختلف العقود الإدارية عن العقود الخاصة في أن حرية الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد معها مقيدة بقيود منها المساواة بين من يتنافسون على التعاقد معها ، بغية الحصول على أحسن العروض فالقرد له أن يختار من يتعاقد معهم بحرية كاملة ، فهو حر أن يتعاقد أو لا يتعاقد واذا فضل التعاقد كان حر أيضا في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه ، وهذا أمر طبيعي لأنه يتعامل في أمواله وشؤونه الخاصة ، وعليه وحده تقع مسؤولية إهماله أو تسرعه بينما لو تعاقدت الإدارة مع مقاول غير كفئ أو غير أمين لبناء منشأة ، فإن أثار خطئها يرتد على الخزينة العامة بسبب ضياع الأموال وعلى الجمهور تعطل البناء وبالتالي المرفق العام الذي يعتمد عليه ، ولذلك لا يجوز لها أن تفرد بالعقد شخصا دون غيره لأسباب شخصية لا تمت إلى المصلحة العامة بصلة ، ومن هنا فإن الإدارة تلتزم بقاعدة المساواة بين المتنافسين الراغبين في التعاقد معها والذي تتماثل مراكزهم القانونية والحكمة من تطبيق هذه القاعدة هي ضمان الصلاحية والكفاءة فيمن يرغب من الأفراد أو الشركات في التعاقد مع الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة.[1]

أولا : المقصود بمبدأ المنافسة

حرية المنافسة في فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام العقود الإدارية وفقا للشروط التي تضعها وتحددها مسبقا ، بمعنى أن تقف الإدارة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين

[1] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن 2009، ص 332.

وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها وقد جاء هذا تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة.[1]

وقد شهد تعديل قانون المنافسة الجزائري رقم 08/12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه مما يعني سريان القواعد والضوابط المنضمة للمنافسة على الصفقات العمومية من تاريخ الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي ، خاصة ما تعلق منها بالممارسات المقيدة للمنافسة الواردة في الفصل الثاني من المادة 6 إلى المادة 14) من نفس القانون وعلى الخصوص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة يدل على الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ووجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة ، وادخالها في المجال الإداري، لهذا إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية أمر ضروري.[2]

ثانيا : الاعلان عن المنافسة

نصت المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المؤرخ 28 شوال عام 1431 الموافق الـ 7 أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية : المناقصة المفتوحة المحدودة الدعوة للانتقاء الأولية المسابقة

[1] نظرا لأهمية هذا المبدأ جاء تكريسه في قانون المنافسة بموجب أحكما المادة 02 من التي تنص على تطبيق أحكما هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداءا عنى الاعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقات غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الاحكام اداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية. هذا الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ج ر عدد 43 بتاريخ 2003/07/20 معدل ومتمم لقانون 12/08 مؤرخ في 2008/07/25 ج ر عدد 36 بتاريخ 2008/07/02 معد ومتمم بقانون 05/10 مؤرخ في 2010/08/15 ج ر عدد 46 بتاريخ 2010/08/18.

[2] بودريوة عبد الكريم، المادة مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الاصلاحي الدولة المتدخلة، ضابطة أم مترددة للمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، 01 سنة 2014 الجزائر، ص 49-50.

والمزايدة)[1] ، من هذا النص يتضح أن المشرع فرض اللجوء للإشهار بنشر إعلان المناقصة باشكالها المختلفة ، وهذا حتى يتيح الفرصة للمنافسة أمام جميع العارضين.

ويجسد مبدأ علنية الصفقة وكذلك المساواة بين المتنافسين ، فالإعلان عن هذا النحو إجراء شكلى جوهري تلزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة ، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو المزايدة.

ونظرا لأهمية الإعلان كون أن التعاقد لا يتم إلا به كقاعدة عامة في فصل المنظم في قواعد الإعلان وهذا بموجب المادة 49 من المرسوم نفسه ففرض ما يلي:

1-تحرير إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية.

2-أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.

3-أن ينشر الإعلان أيضا على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي.[2]

وما لوحظ على التنظيمات السابقة للصفقات العمومية أن المشرع لم يشر على الإطلاق للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية ، وهو الأمر الذي حرص المشرع على تأكيده في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية فنصت المادة 173 سنه على تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية ' كما نصت المادة 74 أمن المرسوم نفسه على أنه يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهد دينار المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10..

[2] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية، ط الأولى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 113-114.

بموجب قرار من وزير المكلف بالمالية ، ويمكن أن يرد المتعهدون والمترشحون للصفقات العمومية على الدعوى للمنافسة بالطريقة الإلكترونية.[1]

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية يدل على مسايرة المشرع بحق اللمبادئ الأساسية في التعاقد ، فلم يكتف بإلزام الإدارة المتعاقدة باللجوء كأصل عام الأسلوب المناقصة بل فرض عليها نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين به ، سواء عن طريق الإشهار الصحفي أوالإلكتروني إذ تعتبر هذه الوسيلة الأكثر استخداما في وقتنا الراهن.[2]

وبغرض توسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد من العارضين تدخل المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13/301 المتعلق بالصفقات العمومية الصادر بتاريخ 13/01/2013 حيثمم مقتضيات المادة 49 وأجاز إجراء الإشهار الصحفي المحلي بالنسبة لصفقات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.[3]

ثالثا: القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة

هناك بعض الاستثناءات ترد على مبدأ المساواة بين المنافسين من ذلك طبيعة المناقصة أو المزايدة ، فالمحدودة منها تكون للذين يجوز لهم الاشتراك فيها دون غيرهم، كما قد يعطي المشرع أولوية الشركات القطاع العام للتقدم بالعطاءات وإحالة العروض، وسلطة الإدارة بهذا الخصوص هي سلطة تقديرية لا رقابة للقضاء عليها فيما عدا رقابته على الانحراف بالسلطة. ولما كانت العقود الإدارية ترتبط بالمصلحة العامة فمن حق الإدارة أن تتأكد من توفر بعض الصفات المالية والفنية لدى من سوف تتعاقد معهم فتشترط بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعضا من المتقدمين وسلطتها هنا أيضا تقديرية ومشروعة طالما لا يترتب عليها

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 174/173 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[2] ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون جامعية مولود معمري، تيزي وزو 2013، ص 66.

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 49 من المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 ج ر عدد 02 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ج ر عدد 52 المتضمن الصفقات العمومية .

استبعاد طوائف كبيرة من المتقدمين وإنما بمجرد إخضاعهم لبعض الواجبات بشرط أن تستهدف حسن تنفيذ المرفق موضوع العقد وألا تكون مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة وقد يكون استبعاد بعض الأشخاص وقائيا كما قد يكون جزائيا، فالحالة الأولى كان لا يتقدم المقاول بمواصفات الأعمال المسالة التي قام بها أو لا يلتزم بتقديم للإدارة تقريرا عن سلامة ما قام به من أعمال سابقة ، ولكن قد تستبعد الإدارة المقاول المتقدم إليها عند ثبوت غشه ، احتياله ، إفلاسه أو إدراج اسمه ضمن القائمة السوداء المحظور التعامل معها ففي هذه الحالة الاستبعاد أو الحرمان جزائيا.[1]

الفرع الثاني: قاعدة أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية و قاعدة الأسعار العادلة والجودة المناسبة

اولا : قاعدة أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية

من الأسس التي يجب أن يستند إليها أي نظام سليم لتأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها أن يراعي مبدأ اختيار مصدر التوريد أو العمل المناسب ولا شك أن هذا المبدأ يقتضي إعطاء أفضلية للمواطنين والمنتجات المحلية عندما تتساوى العروض –وربما عندما تتقارب – في السعر والجودة.

أ- قاعدة الأولوية:

الواقع أن قصر بعض المعاملات على المواطنين أو إعطائهم أولوية في التعامل ، إنما يحقق أهدافا متعددة الاعتبارات تتعلق بطبيعة العقد ومدى ما يخوله للمتعاقد من سلطات خاصة بالنسبة للعقود ذات الطابع الحربي أو السياسي ويهدف من ناحية أخرى إلى حماية مصالح المواطنين، بإيجاد فرص عمل لهم ، وتشجيع الصناعات الوطنية ، وهذا أمر تحرص عليه كل الدول، نامية أو متقدمة وهو في الدول النامية أولى بالنظر إلى حجم مشتريات الحكومة

[1] محمد خالف الجربوعي، العقود الإدارية، الطبعة الاولى، درا الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2010، ص 63

ومشروعاتها ، فإن تقرير أولوية للمواطنين وللمنتجات المحلية يمكن أن يكون وسيلة فعالة في تشجيع الصناعات المحلية.[1]

ب- هامش الأفضلية في القانون الجزائري

أفادت المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 10 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية على أنه يمنح هامش أفضلية لا يفوق 25 بالمائة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13 من نفس المرسوم[2] ويجب أن يحدد ملف الصفقة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم العروض التطبيق هذه الأفضلية وتجدر الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة يمكنها إسناد مشروع الصفقة الواحدة في حصة موحدة أو حصص منفصلة إلى عدة متعاملين بحيث يختص كل واحد منهم بإنجاز قسم المشروع وهذا على اقتضت مصلحة العملية ذلك.[3]

ثانيا : قاعدة الأسعار العادلة والجودة المناسبة

لا شك أن أهم القواعد الأساسية التي تحكم إجراءات التوريد الحكومية وتنفيذ مشروعاتها ضرورة الحرص على الحصول على المواد والأعمال اللازمة بأقل تكلفة ممكنة، مع توفير الجودة المناسبة ، هذا ما يضمن الاستغلال الاقتصادي للموارد المالية دون تبذير، ويكفل في نفس الوقت أداء خدمات الجهاز الإداري على أفضل مستوى ممكن.[4]

[1] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ط 01 دار الفكر العربي القاهرة 2008، ص 138.

[2] للتفصيل أكثر، عد للمادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

[3] بحري اسماعيل، الضمانات في الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009/2008 ص 37.

[4] محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 182.

أ- مراعاة الأسعار العادلة

ينص نظام الأشغال الحكومية الأردني على أنه يجب التقيد – عند إحالة العطاء – بأفضل العروض المستوفية لشروط دعوة العطاء ، وأنسب الأسعار مع مراعاة درجة الجودة المطلوبة.

كما أن تنظيم إجراءات وشروط الاشتراك فيها يوجب على لجنة العطاءات المركزية تقبل العرض الأقل سعرا إذا كانت أسعاره معتدلة وإذا تبين للجنة أن الأسعار المعروضة عليها مرتفعة أوغير مناسبة مع التقديرات الموضوعة فلها أن تعيد العطاء مرة ثانية أو أن تلجأ إلى الشراء عن طريق استدراج العروض أو بالمفاضلة وفقا لأحكام نظام اللوازم.[1]

بالرجوع إلى القانون الجزائري رقم 10/236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010 في مادته 56 ف 02 ينص " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مذكورة إجباريا على نظام تنقيط مؤسس لاسيما الضمانات التقنية والمالية _ السعر التوعية والآجال".[2]

ب- مراعاة الجودة العالية:

تقتضي الجودة المناسبة وضع مواصفات تفصيلية دقيقة للأصناف أو الأعمال المطلوبة مع ممارسة رقابة فعالة للتأكد من مطابقة الأصناف أو الأعمال المقدمة للمواصفات المحددة سلفا، وعلى هذا الأساس فإنه يجب أن يكون الطرح على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة وعلى استبعاد العطاءات الغير مطابقة للشروط والمواصفات ، بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا.

لهذا يجب تحديد المواصفات الكفيلة بتحقيق الجودة تحديدا دقيقا، ورغبة في دقة المواصفات فعليه يجب وضعها بواسطة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف المطلوبة.[1]

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، ص 340.

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

ويتم أحيانا الاستعاضة عن وضع مواصفات تفصيلية ، بحيث يتم الشراء على أساس (عينة) تحددها الجهة الإدارية المتعاقدة أو يقدمها صاحب العرض ، بحيث يتم فحص العينات المقدمة مع العرض ، وإجراء مفاضلة من حيث وفائها بالغرض ذلك للتوصل من خلال هذه المفاضلة ومن خلال الأسعار المقدمة إلى أفضل عطاء.

كما تبرز أهمية العينات في مجال التحقق من جودة اللوازم المطلوبة في كونها وسيلة تساعد الدائرة المستفيدة في التحقق من مطابقة العطاء للمواصفات والشروط والعينات النموذجية المقدمة مع العروض واختيارها ، بحيث يتم استلام اللوازم من المتعهدين وفقا للمواصفات الواردة في قرار الإحالة والعينات المعتمدة والمذكورة فيه.[2]

المطلب الثاني: المناقصة كآلية في إبرام العقود الإدارية

يقتضي إبرام العقود الإدارية تبني سياسة واضحة متكاملة ، لذا لم يتوقف المشرع على تقرير مبادئ هامة تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك فالإدارة المتعاقدة ملزمة بإبرام عقودها وفق كيفيات وطرق رسمها لها القانون مسبقا فلا تترك مجالا لحرية الإدارة المتعاقدة وذلك باعتبار المناقصة القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية الذي هو موضوع مطلبنا هذا وجعل من التراضي اسلونا استثنائيا [3]وهذا ما أكدته المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236 / 10 السالف الذكر المعدل التي جاء فيها التبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي.[4]

[1] محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 182.

[2] نواف كنعان المرجع السابق، ص 34.

[3] ثياب نادية، آليات مواجه الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 84.

[4] للتفصيل أكثر، عد للمادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 06 ذو الحجة عام 1436 الموافق ل 20 سبتمبر 2015 نجدها تنص التبرم الصفقات العمومية وفقا الإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي" .[1]

الفرع الأول: مفهوم المناقصة

نتناول في هذا المطلب مختلف التعريفات التي قيلت بشأن المناقصة ثم نتناول بعد ذلك لأهم أشكالها.

أولا : تعريف المناقصة

1-التعريف الفقهي للمناقصة

تعرف المناقصة على أنه الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرامها لعقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط مثل توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة تابعة للإدارة وقوام هذه النظرية وأساسها هو الاعتبار المالي الاقتصادي حيث تلجأ الإدارة إلى طلب العروض لاختيار المتقدم بأقل عطاء وذلك في حالة لجوء الإدارة لخدمات وتدخل الغير سدا لاحتياجاتها في مجال معين.

2-التعريف القانوني للمناقصة

عرف المشرع الجزائري المناقصة في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل المناقصة " هي إجراء يستهدف الحصول على عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض مالي".[2]

[1] للتفصيل أكثر، عد للمادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم247/15 الموافق لـ 02 ذو الحجة عام 1436 الموافق لـ 2015/09/16 ج ر عدد 50 يتضمن قانون الصفقات العمومية

[2] لتفصيل أكثر عد للمادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10 /236 السالف الذكر.

ما نلاحظه من التعريفان التعريف الفقهي ارتكز على اختيار الإدارة المتعاقد الذي يقدم أقل " عطاء " ممكن أي المتعاقد الذي يقدم أفضل عرض مالي وتقني ، فالأصل أن طريقة طلب العروض تهتم بكل الاعتبارات المالية والتقنية ، بحيث تقييم التوازن بين السعر والجودة والمواصفات الواردة فعلا بقائمة شروط العقد.[1]

ثانيا : أشكال المناقصة

لما كانت العقود الإدارية وثيقة الصلة بالخزينة العامة وجب تحديد طرق خاصة لإبرامها والزام جهة الإدارة إن رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 236 / 10 المعدل نجدها بينت بوضوح أشكال المناقصة ونصت المادة على أنه يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية ويمكن أن تتم حسب الأشكال الآتية: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية ، المزايدة والمسابقة.[3]

تعتبر المناقصة وطنية إذا تم الإعلان عنها في الجزائر بطلب عروض المعنيين ، بينما تعتبر المناقصة دولية إذا تم توجيه الإعلان عنها نحو الخارج لطلب عروض متعهدين من الخارج أي خارج الجزائر أجانب " مثل الشركات الأجنبية أو المتعددة الجنسيات ويكون ذلك خاصة بالنسبة للصفقات ذات الأهمية المعتبرة أو التي تفتقد إلى متعهدين داخل الوطن.[4]

[1] فريد كركادر، طرق وأجراءات الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائر والقانون المصري، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة فارس يحي المدية ، يوم 2013/05/20، ص 03.

[2] حفيان رادية، العزلي هاجر، بوطويل فرياد، حدادا صباح، أساليب إبرام الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ل م د جامعة سطيف 2014/2013 ص 11.

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

[4] محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، ب ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005، ص31.

1-المناقصة المفتوحة

المناقصة المفتوحة تعرف على أنها إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد ويسمح فيه بالاشتراك لمن يشاء ، وهذا بعد إجراء الإعلان وتلتزم هنا الإدارة باختيار أفضل المتنافسين من حيث الشروط المالية ، كما تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من طلب العروض في المشاريع والأعمال التي لا تتطلب خبرة فنية دقيقة ومعمقة.[1]

2-المناقصة المحدودة

هي التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد من المناقصين الذين تتوفر لديهم شروط الكفاية المادية والفنية ، وتهدف كالمناقصة المفتوحة . إلى الوصول إلى أفضل عرض أو عطاء ، لذا فإن الواجب توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والذين تعتمد أسمائهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم ، وذلك بموجب كتاب موصي عليه قبل الموعد المحدد لفتح الأضرفة الفنية بالإضافة إلى ذلك يجوز تسليم الدعوة بأية طريقة أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن ، حيث لزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات أي أقل العطاءات سعرا مع مطابقته للشروط والمواصفات ، ولذا فإنها فيما عدا الأحكام المتعلقة بالإعلان ، تخضع لنفس القواعد المنظمة للمناقصة العامة.[2]

3-الاستشارة الانتقائية

لقد عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل هذا الشكل من أسلوب طلب العروض بقولها " الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عروضهم هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي كما تعرف المادة 32 من هذا المرسوم الانتقاء الأولى على أنه إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة لاختيار المترشحين الذين

[1] عمار بو ضياف، مرجع سابق، ص 104-105.

[2] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 151.

يوضعون في تنافس على عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة " ، طبقا للمادتين السابقتين فإن هذا الشكل من أسلوب طلب العروض يتمثل في انتقاء أولى تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المترشحين وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم يرخص لهم دون سواهم بتقييد عروضهم .[1] من هنا فإن الصفقة إذا أبرمت بطريق الاستشارة الانتقائية فإنها تمر بمرحلة أولى ، تتولى فيها الإدارة مباشرة الاتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم ، وتقدر فيهم أهليتهم الخاصة أو مهاراتهم وإمكانياتهم ، وتطلب منهم تقديم عروضهم دونان ينجم عن ذلك أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة طالما وصفناها سابقا بأنها أولية أما المرحلة الثانية فتتمثل في اختيار الإدارة المتعاقدة لمعامل متعاقد دون غيرها و العارض دون سواه بالنظر أنه أفضل العروض من الناحية التقنية بخصوص أحكام الاستثمار الانتقائية لم ينظم حالاتها ، إلا أننا نرى أن الطبيعة الخاصة لهذا الأسلوب من أساليب التعاقد تفرض إعطاء قدر من الحرية للإدارة طالما تعلق موضوع الصفقة بعمليات معقدة وذات الاهمية.[2]

4- المزايدة

إذا كانت الصفقات العمومية بمختلف أشكاله سابق الذكر ينجر عنه مصاريف ونفقات حسب التعريف العام للصفقة العمومية فإن التعاقد بالمزايدة ينجم عنه تحقق مداخيل ناتجة عن التعاقد . وعني عن البيان أن المناقصة عكس المزايدة فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء أما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء ولكل من النوعين حالات خاصة، رغم أن الأحكام القانونية لكل منهما واحدة بل تعتبر المزايدة شكلا من أشكال المناقصة حسب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل على الرغم من الاختلاف الجوهري بينهما في المبادئ العامة للعقود الإدارية ، بحيث نجد أن مجال إعمال المناقصة يكون عندما تظهر الإدارة المتعاقدة في وضعية المشتري ، بينما يكون أسلوب المزايدة

[1] مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2008/2007. ص 61.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 106-107.

غالبا عندما تقوم بتأجير أو بيع جزء من أملاكها فتظهر بذلك في مركز البائع الذي يبحث عن أعلى الأثمان كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية أو المحاجر.

وفي كلتي الحالتين نخلص إلى أن هدف الإدارة المتعاقدة واحد وهو ضمان التوفير المالي للخزينة .[1]

بالرجوع إلى المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدلنجدها تنص على المزايدة هي الإجراء التي تمنح الصفقة بموجبه للمعهد الذي يقدم أقل ثمنا ، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات البسيطة من النمط العادي الخاضعة للقانون الجزائري[2] , للإشارة أنه بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 06 ذو الحجة عام 1436 الموافق 203 سبتمبر 2015 في المادة 42 منه لم ينص على المزايدة في أنواع طلب العروض . [3]

5-المسابقة

هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية جمالية واقتصادية خاصة وهو مقتضى المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 236 / 10 المعدل حيث يتقدم أهل الاختصاص للمنافسة بطرح أفكارهم على الإدارة المتعاقدة من أجل اختيار العرض الأكثر ملائمة للمشروع المراد إنجازه.

يتخذ هذا الإجراء عادة في الصفقات الخاصة بالدراسات والمتابعة الأشغال البناء ويتم الإعلان عن المنافسة وفقا لإجراء ان ابرام الصفقات العمومية إذ يرتكز تقييم العروض أساسا على العرض التقني أو الفني نظرا لطبيعة العملية كما يؤخذ في الحسبان العرض المالي رغم

[1] بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، المرج السباق، ص 11.

[2] للتفصيل أكثر، عد للمادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

أن التنظيم المالي لإنجاز أشغال الدراسات يحدد تبعا للمبلغ الإجمالي للأشغال ووفق نسب متفاوتة.[1]

وتكون الدعوى للمنافسة مفتوحة ويمكن للراغبين في المشاركة إيداع طلباتهم لدى القبول وارسالها عن طريق البريد المضمون مع إفادة بالاستلام أو تسلم مباشرة إلى رئيس لجنة القبول في التاريخ المحدد في الإعلان كما يبين برنامج المسابقة الحاجات التي يتعين أن يستجيب لها العمل المطلوب ويحدد عند الاقتضاء المقدار التقريبي أو المبلغ الأقصى للنفقة المخصص لتنفيذها ، وعندما لا تتعلق المسابقة إلا بإعداد مشروع فإن البرنامج يحدد الجوائز أو المكافئات أو الامتيازات التي ستمنح إلى مؤلفي المشاريع التي تحتل أحسن الرتب أما إذا كانت المسابقة بإعداد مشروع وتنفيذه في آن واحد فيمكن للبرنامج أن ينص على منح جوائز أو امتيازات للمتنافسين الذين احتلت مشاريعهم أحسن الرتب.[2]

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب المناقصة

تظهر هذه الإجراءات في أسلوب المناقصة دون أسلوب التراضي وتنحصر هذه الإجراءات التي نوجز شرحها في ما يلي:

أولا : الإعلان

يتم الإعلان عن المناقصة في وسائل الإعلام وهذا ما أكدته المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 03 / 13 المؤرخ في 13/01/2013 المتعلق بالصفقات العمومية يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية : المناقصة المفتوحة ، المناقصة المحدودة ،

[1] شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة لنسل إجازة المدرسة العليا للقضاء 2008/2005، ص 08.

[2] عبد العلي سمير ، الصفقات العمومية والتنمية، ط أولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط 2010، ص 24.

الدعوى للانتقاء الأولى ، المسابقة ، المزايدة عند الاقتضاء بذلك فإن مبدأ الإعلان عن المنافسة قد ورد النص عليه بصفة الإلزام.[1]

يقصد بالإعلان هو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد مع إبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد نوعية المواصفات المطلوبة ، مكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة ، لهذا يجب أن يحتوى إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة 46 من نفس المرسوم.[2]

والإعلان الصادر من الإدارة ليس إلا دعوى للتعاقد ، والتقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة ليبرم العقد[3] علما أن العطاءات تقدم للإدارة وفقا للنموذج الذي تحدده الإدارة في مظروفين مختومين ويجب أن يوضع في الظرف الخارجي الذي يتضمن الإشارة إلى المناقصة التي يتعلق بها العرض أنه سيشارك في المناقصة ، أما الظرف الداخلي فيكتب عليه اسم المترشح والعرض وترسل الظروف المشتملة على العروض عن طريق البريد ويجب أن تتضمن التعهدات على ما يلي:

1-عرض تقني

يتضمن:

- التصريح بالاكتتاب.

[1] للتفصل أكثر، عد للمادة 45 من المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 ج ر عدد 02 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ج ر عدد 52 المتضمن الصفقات العمومية .

[2] نسرين شريفي مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداي، دار بلقس للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 175.

[3] عبد الغاني عبد الله بسيوني، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، المجلد الثاني، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998. ص 489

- كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واقتناء اللوازم التي تدخل في اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات ، تفوق 1 بالمائة من مبلغ التعهد والتي يجب إدراجها في دفتر الشروط المناقصة التي تدخل في اختصاص هاتين اللجنتين.
- ترد كفالة التعهد للمتعهد الذي لم يقبل عرضه ولم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، وترد أيضا كفالة المتعهد الذي لم يقبل ، وتقدم بطعن عند التبليغ بقرار رفض الطعن من لجنة الصفقات المختلفة.
- العرض التقني بالمعنى الحقيقي المحرر وفق دفتر الشروط المناقصة.
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المعني.
- كل الوثائق الأخرى التي تشترطها الإدارة المتعاقدة، كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعهدة والسجل التجاري..
- شهادة جبائيه وشهادة الضمان الاجتماعي.
- مستخرج من صحيفة السوابق العدلية المتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير عندما يتعلق الأمر بشركة

Mk2عرض مالي: يتضمن:

- رسالة التعهد جدول تقديري لأسعار الوحدات.
- التفصيل التقديري والكمي.
- تحديد نماذج رسالة التعهد والتصريح بالاكتتاب بقرار من الوزير المكلف بالمالية.[1]

ثانيا : فحص العروض

بعد نهاية المدة المحددة لإيداع العروض تتولى الجهة المختصة القيام بفحص العطاءات الاختيار أفضلها وفق ما هو مقرر في شروط طلب العروض ، وتشكل لهذا الغرض لجنة أو

[1] عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة متتوري قسنطينة 2009/2008، ص 106-107.

أكثر في كل وزارة أو محافظة أو دائرة يراعى في عضويتها المراكز الإدارية والمالية والفنية لأعضائها.[1] فبعد التقدم بالعطاءات تأتي المرحلة التالية ، وهي فحص العطاءات وإرساء المناقصة ويقصد بها اختيار أفضل المتقدمين لإبرام العقد معهم ، وتقوم بهذه المرحلة لجنة فتح المظاريف ولجنة البت.[2]

1- لجنة فتح الأضرفة:

يتم فتح الأضرفة من قبل لجنة العطاءات بصورة علنية ويوقع كل عرض من جانبها وللجنة قراءة الأسعار الإجمالية لكل عرض ويجوز لكل مناقص أو ممثله حضور جلسة فتح العروض وينظم محضر فتح العروض يسجل فيه أسماء جميع المناقصين المشتركين بالعطاء بأرقام متسلسلة ويسجل فيه قيمة تأمين الدخول ، ولا يشترط لصحة جلسة فتح العروض ومشروعيتها من حيث العلنية حضور جميع المناقصين الذين اشتركوا في المناقصة،[3] بل يكفي حضور البعض منهم بالرجوع إلى المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل المتعلق بالصفقات العمومية السالف الذكر نجده ينص على تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة لفتح الأضرفة لدى كل مصلحة متعاقدة ، يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها.[4] أما عن عمل اللجنة فعلى هذه الأخيرة التأكد من سلامة المظاريف واتفاقها مع الشكل الذي حدده النظام ، وعليها أن تثبت في محضرها عدد العروض المقدمة واعطاء كل عرض رقما تسلسليا ، كما تعلن اللجنة على الحاضرين من أصحاب العروض او مثنوييهم اسم مقدم العرض وسعره الإجمالي ، وما ورد على سعره من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي ، كما يجب على اللجنة إثبات محتويات المظاريف التي قامت بفتحها وما اشتملت عليه الأسعار الواردة بها

[1] محمد خالف الجربوعي العقود الإدارية، الطبعة الاولى، درا الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2010. ص70

[2] محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 180-181.

[3] علي الخطاب الشنطاوي، المرجع السابق، ص 701

[4] للتفصل أكثر عد للمادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

من تعديل ، تصحيح أو طمس ، كما يجب عليها حصر البنود غير المسعرة أو التي لم تدون أسعارها الأفرادية أو الإجمالية رقما وكتابة ، كما لا يجوز للجنة فتح المظاريف أن تستبعد أي عرض أو أن تطلب من أصحاب العروض تصحيح الأخطاء ، أو تلافي الملاحظات الواردة في عروضهم كما يمنع عليها أيضا استلام أي عرض ، مظروف ، خطابات أرعبنات يقدمها أصحاب العروض أثناء الجلسة.[1]

2- لجنة تقييم العروض:

بقراءة المادة 125 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية رقم 10/236 المعدل[2] يتضح لنا أن المشرع ألزم الإدارة العمومية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية أنتحدث على مستواها لجنة لتقييم العروض ، ولم يحدد المشرع تشكيلتها بموجب النص وحسنا فعل ذلك إذ أو كل هذه المهمة للمسؤول الأول على مستوى الإدارة المعنية وألزمه باختيار العناصر المؤهلة والكفاءة ، هذا بالنظر لأهمية هذه المرحلة من مراحل الصفقة العمومية ، فلو فرضنا أن موضوع الصفقة يتعلق بتجهيز مخابر البيولوجيا ، فيلتزم مدير الجامعة بأن يختار أساتذة من هذا التخصص حتى يقوم هؤلاء بدورهم في تنوير اللجنة وتقديم المقترحات الجهات المعنية أما عن مهمة اللجنة فتتولى تقييم العروض ، ويمكنها أن تقترح البدائل كما يمكنها إقصاء العروض غير مطابقة الدفتر الشروط في مرحلتين:

المرحلة الأولى : يتم خلالها ترتيب العروض أو العطاءات من الناحية التقنية بالاعتماد على أسس كشهادة التأهيل ، التصنيف ، اليد العاملة ، والتقنيات الحديثة ، تتولى اللجنة في هذه المرحلة إقصاء العارضين الذين لم يتحصلوا على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط وهذا ما نصت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 12/23 المتعلق بالصفقات العمومية

[1] محمد جماع، مطلق الدنبات، العقد الإداري ط 01، مكتب القانون والاقتصاد، عمان، 2012، ص 105-106.

[2] للتفصل أكثر عد للمادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

المرحلة الثانية : يتم خلال هذه المرحلة على مستوى نفس اللجنة دراسة العروض المالية المقترحة من المتعهدين أو العارضين ، بعد فتح الأضرفة المالية من أجل انتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية ، أو أحسن العروض من الناحية الاقتصادية إذا تعلق الأمر بخدمات معقدة.[1] بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 06 ذو الحجة عام 1436 الموافق 20 سبتمبر 2015 في مادته 71 و 72 منه أنه عمل على جمع لجنة فتح الأضرفة ولجنة تقييم العروض في الجنة واحدة تسمى لجنة فتح الأضرفة وتقييم العروض.[2]

ثالثا : المنح المؤقت للصفقة

بعد إرساء الصفقة على العارض الذي توفر عطاؤه أو عرضه على الشروط والمواصفات المحددة في إعلان المناقصة وطبقا لدفتر الشروط ، والتي دفعت الإدارة المتعاقدة لاختياره دون سواه مستندة في ذلك إلى معايير اختيار المتعامل المتعاقد ، ذلك أن الملح المؤقت للصفقة يعتبر بمثابة إجراء إعلامي تخطر الإدارة المتعاقدة بموجبه كل المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت الغير نهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على اعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي ، مع الإشارة أنه لكل متعهد الحق في ممارسة حق الطعن في هذا المنح أمام لجنة الصفقات المعنية في أجل 10 أيام تبدأ من تاريخ نشر الإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أوفي الصحافة.[3]

رابعا : اعتماد الصفقة

لا أهمية من ناحية إبرام العقد للمراحل التمهيدية التي تسبق إبرام الإدارة المختصة للعقد الإداري ، فالإدارة لا تكون ملزمة بشيء تجاه العارض إلا من تاريخ التصديق على العقد من

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 123-124.

[2] للتفصيل أكثر عد للمواد 71-72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

[3] مساهل عائشة، القيوم الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها، مذكرة مكملة لمتطلبات نسل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري جامعة بسكرة 2013/2012، ص 67.

المرجع المختص فيدون ذلك لا يكون العقد ثاما ، فإرساء المناقصة على العارض الذي قدم أفضل العروض لا يلزم الإدارة بشيء ، ما دام المرجع الصالح لم يوقع بعد فالعقد لم يكتمل ويقصد بالتصديق توقيع العقد من قبل صاحب الصلاحية ولا يقصد به مصادقة سلطة الوصاية عليه ، ويعد التصديق لم يعد من حق الإدارة تعديل العة أو الرجوع عنه ، وبالتصديق يكتمل العقد إلا أنه لا يصبح نهاني إلا بعد إبلاغ التصديق إلى المتعاقد معه بالطرق الإدارية تشير إلى أن حق الإدارة بالتصديق على العقد هو حق تقديري فبوسع الإدارة أن تصادق على العقد أو ترفض في ضوء ما تراه مناسبا للمصلحة العامة.[1] وبالرجوع إلى المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 نجدها تنص لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه –مسؤول الهيئة العمومية الوزير الوالي رئيس المجلس الشعبي البلدي المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مدير مركز البحث والتنمية مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تقوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها .[2]

وينبغي تسجيل ملاحظة نعتقد أن لها الأهمية الكبيرة ، أن نصوص المرسوم الرئاسي لم تبين لنا بوضوح عما إذا كان الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المؤسسة يملك رفض المصادقة على الصفقة وباي طريقة يتم ذلك.[3]

[1] عبد اللطيف قطميش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق، دراسة مقارنة، ص 01، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2013، ص 346.

[2] للتفصيل أكثر، عد للمادة 08 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر.

[3] عمار بوضياف، المرج السابق، ص 131.

المطلب الثالث: التراضي كاستثناء في ابرام العقود الاداري

رغم اعتبار المناقصة بأشكالها المختلفة الأصل والقاعدة في إبرام العقود الإدارية الصفقات العمومية) فقد لا تصلح هذه الآلية في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية الحقوقية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص ، مما يحتم على الإدارة المتعاقدة الخروج عن مبدأ الإرساء الآلي إلى اختيار المتعامل المتعاقد وفقا لمبدأ المفاضلة ، يقوم هذا المبدأ على ترك الحرية للإدارة المتعاقدة قياختيار المتعامل المتعاقد استنادا لمعايير خاصة بما يجعلها تخرج عن الإطار الضيق المحدد في مبدأ الإرساء الآلي حيث تولى فيها الأهمية لجوانب أخرى تفرضها طبيعة العملية لذلك فهو يطبق على العمليات المعقدة التي تحتل أولوية على المستوى الوطنيأو تلك العمليات التي انجازها جانبا إبداعيا كالتصاميم الخاصة بالمنشآت الصعبة . وفي سبيل ذلك تلجا الإدارة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمسابقة ، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج الإدارة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في قانون الصفقات العمومية ، وإتباع أسلوب أكثر مرونة وذلك نتيجة الوجود بعض الحالات التي تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي.[1]

الفرع الأول: مفهومه، اشكال و حالات التراضي.

أولا: مفهوم التراضي

قد تلجا الإدارة في بعض الأحيان إلى إجراء نوع من العلنية والمنافسة حتى تطلب من المقاولات التقدم بعروضها حول الأشغال المراد إنجازها ولكنها لا تتقيد بأي إجراء شكلي كما هو الأمر في الطرق الأخرى ، لأن الغرض من الإعلان والمنافسة في هذه الحالة هو الحصول على إرشادات لمعرفة شروط الصفقة والثمن المقترح لها الذي ينبغي لها أن تتعاقد على أساسه وتبرم الصفقة التفاوضية بإشهار سابق بعد إجراء منافسة أو بدون إشهار سابق وبدون إجراء

[1] ثياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، ص 287.

منافسة . ظهرت هذه الطريقة مع ظهور المناقصة لأن واضعي هذه الأخيرة رغم إلحاحهم على اعتبارها إجراءات إلزامية لإبرام الصفقات لم يترددوا في التذكير بالحالات الاستثنائية التي يمكن فيها إنجاز بعض الأشغال بدون إجراءات شكلية أي بواسطة التراضي .[1]

أ- تعريف التراضي

عرفته المادة 27 من المرسوم رقم 10 / 236 بانه " هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة .[2] وعليه إذا كان إجراء المناقصة يقوم على أساس الإشهار ويعد قاعدة عامة لإبرام العقود الإدارية فإن إجراء التراضي يقوم على أساس المفاوضة والتراضي بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ، أي أن إجراء التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات التي نص عليها المرسوم الرئاسي 10 / 236 . يتبين لنا من خلال ما تم دراسته من أحكام المناقصة أن المشرع جعل من هذا الأخير القاعدة العامة بما كفل به حق المشاركة لكل العارضين ، كما قيد الإدارة بجملة من الإجراءات التي تؤدي في مجملها لفقد حريتها في اختيار المتعاقد معها يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية ، وإبعادها عن المعاملات المشبوهة تفضيل عارض عن أخر ، إضفاء مبدأ العلانية والشفافية لإبرام الصفقات العمومية غير أنه ولأسباب موضوعية يتعين الاعتراف من جهة الإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة لإجراء الإشهار والنشر ودون أدنى داع الإعلام الغير ، هذا ما أطلق عليه بأسلوب التراضي لإبرام الصفقة.[3]

[1] عبد العلي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، ط أولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط 2010. ص28-29

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] رقاقدة عمار، أحكام التراضي في الصفقات العمومية، مذرة مقدن لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة 2013/2013، ص 10.

ب- المنافسة في اجراء التراضي

أدرج المشرع الجزائري الصفقات العمومية في مجال تطبيق قانون المنافسة وذلك بموجب المادة الثانية من الأمر 03 / 03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون 08/12 الموافق ال 25 يونيو 2008 التي تم تعديلها كالآتي : " تطبق أحكام هذا الأمر على نشاطات الإنتاج – الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية "[1] . إن أول ما يلفت الانتباه في هذه المادة صياغتها إذ أن صياغة المطة الثانية يشوبها نوع من الغموض – كي لا نقول تناقض – فمن جهة ينص المشرع على أن الأمر المتعلق بالمنافسة يطبق على الصفقات العمومية ثم يواصل ويجدد ذلك ابتداء من نشر الإعلان عن المناقصة أننا نعلم أن الصفقات العمومية تبرم بإحدى الإجراءين المناقصة الطلب العروض التي تعتبر القاعدة العامة وإجراء التراضي فلماذا اقتصر المشرع على ذكر إجراء المناقصة فقط ؟ أكان ذلك سهوا أم قصد به إقصاء إجراء التراضي في مجال تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة. مع العلم أن قانون الصفقات العمومية تم ذكره بين التأشيرات المشكلة للأمر المتعلق بالمنافسة في قانون الصفقات العمومية لأول مرة بموجب تعديل المرسوم الرئاسي 02 / 250 بموجب المرسوم الرئاسي 08/338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 02 مكرر التي تنص على مايلي : الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادى حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات هي نفسها المقتضيات التي تضمنتها المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 ومنه يمكن القول أن إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية غير مستثني من مجال تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة.[2]

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 02 من الأمر رقم 03/03 السالف الذكر.

[2] صحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 10-11.

ثانيا: أشكال و حالات التراضي

إن المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل جاء واضحا بالنسبة لإجراء التراضي حيث عرفت المادة 27 منه كما يلي : " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة دون أي شكليات اخرى " . يعتبر إجراء التراضي قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم[1] من خلال هذه المادة يبدو واضحا أن المشرع الجزائري قد نجح إلى حد ما في تفادي الانتقادات الموجهة له في هذا الصدد ، من خلال الإيجابيات التي تضمنتها هذه المادة والمتمثلة فيما يلي :

1-لا يحتاج إجراء التراضي إلى الدعوى الرسمية من أجل جلب العروض الإشهار الصحفي وإنما يكفي فقط الوسائل العادية كالرسائل والتلكس والفاكس .

2-لقد ميزت هذه المادة بين نوعين مختلفين للتراضي وهما التراض البسيط والتراضي بعد الاستشارة ، وما تجدر الإشارة إليه أن الإدارة المتعاقدة ملزمة بتقديم الأسباب التي أدت إلى اختيار أسلوب التراضي ، ومما سبق يتضح لنا أن هناك نوعين من التراضي منهما حالات محددة قانونا هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.[2]

أ: التراضي البسيط

يشكل النوع من التراضي طريقا استثنائيا لإبرام العقود الإدارية الصفقات العمومية " لذا نجد الحالات التي تلجأ إليها الإدارة إليه مقيدة بشروط محددة حصريا في أربع حالات[3].

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 43 من الكرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

[2] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 68.

[3] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص33.

1-الحالة الأولى

الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية وقد عرفت المادة 03 ف ج من الأمر رقم 03 / 03 المتعلق بالمنافسة الاحتكار بأنه الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها[1] فالاحتكار هو الحالة التي تتميز بوجود عون اقتصادي في السوق واحد يشغل السوق أو قطاع معين ، ويسمى هذا النوع بالاحتكار الفعلي ، كما يقصد به تواجد بعض السلع لدى المحتكر من الناحية الواقعية بحيث لا يوجد له منافس كما نصت نفس الفقرة من جهة أخرى" ... أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة وهنا تجد الإدارة المتعاقدة نفسها أمام متعاقد ينفرد بالطريقة التكنولوجية سواء الأجهزة التي تستعملها أو التي اختارتها في وقت سابق ، مما يضطرها مرة أخرى للتعاقد معه من جديد ، وعندما تواجه الإدارة المتعاقدة هذه الحالة فما الفائدة من الإعلان الخضوع لإجراء طلب العروض وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة.

2-الحالة الثانية :

حالة الاستعجال الملح وهي حالة تبرر وتسمح للإدارة المتعاقدة إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط كما أن هذه الحالة قيدها المشرع بشروط هي : أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار وعلى الإدارة المتعاقدة تبيان حالة الضرورة والاستعجال وتقديم التبرير الكافي[2] : أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان والوقاية منه لا تتكيف وآجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة . أن لا يكون من الممكن تنبؤ وتوقع الظروف

[1] لتفصل أكثر، عد للمادة 03 ف ج من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر.

[2] ثياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، مرجع سابق، ص 304.

المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث عكس ذلك لكان لازما على الإدارة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات .

أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 . بانتفاء إحدى هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للإدارة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط ، وعند كل رقابة تمارس على الصفقة فالإدارة المتعاقدة ملزمة بتقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط .[1]

3-الحالة الثالثة

الأهمية الوطنية عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية ، في هذه الحالة يخضع اللجوء إلى التراضي كشكل استثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الجمهورية.[2]

4-الحالة الرابعة:

وجود نص تشريعي عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا القيام بمهمة الخدمة العمومية وتحديد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير.

5-الحالة الخامسة

ترقية الأداة الوطنية إذا كان الأمر يتعلق بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.[3]

[1] ثياب نادية، المرجع نفسه ص 305.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 136.

[3] عمار رقاقدة، المرجع السابق، ص 19

ب: **التراضي بعد الاستشارة**

تنظيم هذه الاستشارة يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى ، أي إبرام الصفقة عن طريق الاستشارة المسبقة والتي تتم بكافة الوسائل المكتوبة ، كالبريد بدون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار تلجا الإدارة المتعاقدة إلى هذا النوع من التراضي في الحالات الآتية :[1]

1-الحالة الأولى: حالة عدم الجدوى

إن وصول عرض واحد لا يمكن أن يحقق مبدأ المنافسة طالما كان التنافس من المبادئ الأساسية تحكم كيفية المناقصة ، فإن تحقيقه يفرض على الأقل وجود متعهدين التين أو أكثر هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وجود عرض واحد لن يقدم بالضرورة أفضل الشروط التي يتطلبها تنفيذ الصفقة ، فإطلاع الإدارة المتعاقدة عليه بمفرده لن يمكنها من إجراء المفاضلة بين العروض المقدمة لاستخلاص المعايير التي يتم على أساسها منح الصفقة ، كما أن عدم الجدوى قد تظهر عند تقييم العروض في المرحلة الأولى المتعلقة بالتقييم التقني ولا يتحصل عرض واحد على النقطة المؤهلة للمرحلة

2-الحالة الثانية: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة

إن الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على الإدارة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة ، إلا أن المشرع لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة فما المراد بها لكي يتسنى لنا فهم الغرض من عدم إخضاعها لأسلوب المناقصة كما أن مصطلح " الخاصة " أضفى عليها نوعا من الغموض ، فيمكن أن يكون قصد المشرع صفقات الدولة التي تكتسي طابعا خاصا في إبرامها وتنفيذها ، ولها علاقة بأسرار

[1] حفيان راضية وآخرون، المرجع السابق ص 21.

الدولة وتمس بالسيادة الوطنية كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن ، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق وأسلوب المناقصة.[1]

3-الحالة الثالثة: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08/338 وهي تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة يتم تحديد طبيعتها بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المكلف بالمالية والوزير المعني . إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع تعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر عن طريق المناقصة .

الفرع الثاني: اجراءات التعاقد وفق اسلوب التراضي

سبقت الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي مباشرة في اختيارها للمتعاقد معها وتكون لها الحرية في التفاوض والمساومة دون قيد أو شرط ، وذلك في حالة الاستعجال أو عندما تكون هناك حالة احتكار لخدمة شخص معين أو في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.

اولا: الدعوة للتعاقد

رغم أن أسلوب التراضي بشكليه لم يضبط ولم يضع له تنظيم الصفقات العمومية إجراءات محددة والسبب راجع إلى أن هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد ، إلا أن الإدارة المتعاقدة لا يمكنها إعمال هذا الأسلوب إلا بضوابط محددة . لهذا فإن دعوة المتنافسين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين عليها القيام بها ، فتقوم باستدعاء المتخصصين في

[1] ثياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، المرجع السابق، ص 301.

مجال التعاقد وهو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقا لمبدأ المنافسة للحصول على عدد من العروض حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى الإدارة المتعاقدة إلا أن لجوء هذه الأخير لهذا الإجراء لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين هما : الشرط الأول : يجب أن تتأكد الإدارة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة المزمع عقدها يساوي أو يقل عن السقف المالي الذي حدد ب 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000 بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات المقدمة لصالح الإدارة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذه المبالغ فإن الأمر لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل وهذا تطبيقا لنص المادة 06 من المرسوم ذاته[1] أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتعلق بالصفقات العمومية فقد رفع من قيمة الصفقة بحيث حدد السقف المالي لخدمات الأشغال واللوازم ب 12.000.000 أما بالنسبة الخدمات الدراسات أو الخدمات فقد حدده ب 6.000.000 وهذا ما نصت عليه المادة 13 [2] » الشرط الثاني : سبقت الإشارة إلى أن أسلوب التراضي بشكليه " البسيط أو بعد الاستثارة قد 109/71 النفقات العمومية حالات اللجوء إليه على سبيل الحصر ، حرصا من المشرع على سلم سوسع في إعماله حفاظا على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب بعد تأكد الإدارة المتعاقدة من توافر الشرطين السابقين تقوم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للإدارة المتعاقدة التعامل معهم .[3]

ثانيا : التفاوض

في هذه الحالة تستدعي الإدارة المتعاقدة مباشرة شركة أو شركات التفاوض معهم من ضمن الأفراد أو الشركات لدى قوائمها الخاصة وتحدد لهم تاريخ معين للحضور للتفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم ، يتم ذلك عن طريق مماثل لأسلوب المناقصة بتقديم

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

[3] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 100-101.

عطاءات من جانب المتقدمين ولكن دون التزام من جانب الإدارة باختيار مناقص بعينه ، بل تختار العطاء الذي ترى فيه أنه ملائم لها واضعة نصب عينيها الجوانب المالية والتقنية تحقيقا للمصلحة العامة.[1]

ثالثا: مرحلة التعاقد

بعدما تقوم الإدارة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها في مرحلة المفاوضات ، تقوم الإدارة المتعاقدة بإسناد الصفقة وبطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد . تجدر الإشارة في هذا المقام أن الإدارة المتعاقدة وإن كانت لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفق أسلوب التراضي ، إلا أنها ملزمة بأن تضع نصب عينيها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها ، خاصة أن المرسوم الرئاسي رقم 10 236 أفاد في المادة 42 منه " يجب على الإدارة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها سلطة مختصة " ومن ثمة وجب على الإدارة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضمانا السير المرفق العام بانتظام واطراد .[2]

المبحث الثاني: ضابط الرقابة في إبرام العقود الإدارية

امتدادا لسلسلة القيود التي تضبط عمل الإدارة في إبرامها للعقود الإدارية وضمانا لتحقيق قواعد إبرام العقود ومبادئها حرص المشرع على فرض ضوابط وجب التصرف في حدودها تحقيقا للمصلحة العامة التي تسعى لها الإدارة المتعاقدة من خلال عقودها، تجسيدا لهذا الغرض نص المشرع في تنظيم الصفقات العمومية على إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة ، وما يهم في دراستنا هو الشطر المتعلق بالرقابة الإدارية.

[1] عليوات ياقوت، المرجع السابق، ص 120.

[2] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 104.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة على عملية إبرام العقود الادارية

إن الرقابة التي فرضها المشرع على العقود الإدارية " الصفقات العمومية خاصة متعددة وتستمر في كل مرحلة من مراحل الصفقة ابتداء من تسجيلها في الميزانية المعنية بها إلى غاية الانتهاء تنفيذها وعليه سوف نتطرق لمختلف أنواع الرقابة في النقاط التالية

الفرع الأول : تعريف الرقابة الإدارية

يقصد بالرقابة الإدارية أن تقوم الإدارة بمراقبة العقود الصفقات التي تبرمها قبل دخولها حيز التنفيذ ، تشمل هذه الرقابة الفحص القبلي والبعدي للصفقة ، بمعنى أن الإدارة المتعاقدة تقوم باحترام إجراءات الرقابة المفروضة على صفقاتها العمومية منذ التفكير في إبرامها إلى حين التوقيع عليها ، وتستمر هذه الرقابة حتى بعد إبرامها والشروع في تنفيذها ، لكننا سنحصر مجال الرقابة هذه في حدود دراستنا بمعنى المرحلة الممتدة من البدء في الإجراءات الأولية لإبرام الصفقات العمومية إلى غاية إعطاء إشارة البدء في مشروع الصفقة.[1]

الفرع الثاني : أشكال الرقابة الإدارية

تنص المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل اتخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخوله حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده كما تنص المادة 17 1 من ذات المرسوم " تمارس عملية الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصائية "[2]

[1] مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 95.

[2] للتفصيل أكثر عد للمواد 117-116 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

أولا : الرقابة الداخلية

تنص المادة 120 من المرسوم السابق على التمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية .[1]

1. لجنة فتح الأضرفة :

إن الصفقة عند إبرامها تمر بمراحل تبتدأ بمرحلة الإعلان ثم تحدد تاريخ تلقي العروض وتاريخ إنهاء الأجل وتاريخ اجتماع لجنة فتح الأضرفة بالساعة واليوم ، وكذلك تحديد عنوان الإدارة المتعاقدة وكيفية إرسال العروض لمن يهمه الأمر ، بعدها تأتي مرحلة ثانية تتمثل فيفحص العروض العطاءات وتدخل في هذه المرحلة دور رقابة لجنة فتح الأضرفة . وتجتمع هذه اللجنة في اليوم الأخير من الأجل المحدد لتلقي العروض في جلسة علنية يحضرها المتعهدين أنفسهم من أجل فتح الأضرفة ، فيقوم أعضاء اللجنة بتسجيل العروض على سجل خاص من أجل تثبيت صحة التسجيلات ، وتعد قائمة للمتعهدين حسب تاريخ وصول أظرفة عروضهم ، ويبين محتوى ومبالغ المقترحات المحتملة مع تقديم وصفا مفصلا لكل الوثائق التي يتكون منها كل عرض توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأضرفة المفتوحة ، تختتم الجلسة بتحرير محضر يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين وإن كانت هناك تحفظات فيجب أن تدون في محضر الجلسة.

وفي حالة نقص في الوثائق المطلوبة الخاصةبالعروض التقنية للمتعهدين تقوم اللجنة بدعوة المتعهدين كتابيا لاستكمالها واستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد عندما يكون منصوص عليهم . إذا لم يكتمل المتعهد عرضه التقني خلال ذلك بإرجاع الأضرفة إلى أصحابها من

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 120 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

المتعاملين عند الاقتضاء وتحرر اللجنة محضر جدوى العملية موقع من الأعضاء الحاضرون.[1]

2. لجنة تقييم العروض :

نصت عليها المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المعدل تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض تتولى هذه اللجنة التي يتعين أعضائها بقرار من مسؤول الإدارة المتعاقدة والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم تحليل العروض وبدائل العروض الاقتضاء من أجل إبراز الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئة المعينة.[2]

تتمثل مهام لجنة تقييم العروض في تحليل العروض على أساس المعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط وذلك على مرحلتين ، تقوم الأولى بترتيب العروض التقنية مع إقصاء العرض الذي لم يتحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط بينما تقوم المرحلة الثانية بدراسة العروض المالية والتي تنتهي إما بانتقاء العرض الأقل ثمنا في حالة المناقصة أو العرض الأفضل جودة في حالة إجراء طلب العروض.

أما فيما يتعلق بعمل اللجنة فإنها تجتمع بناء على استدعاء من طرف مسؤول الإدارة المتعاقدة ، حيث يستدعيها هذا الأخير للمرة الأولى بعد فتح العروض التقنية ثم يستدعيها للمرة الثانية بعد فتح الأضرفة التي تتضمن العروض المالية ، وتنتهي مهمتها بوضع قائمة ترتيبية للمتعهدين حسب مؤهلاتهم المادية والبشرية في شكل محضر تدون فيه كل المعلومات الخاصة بعملية تقييم العروض.[3]

[1] لطيفة بهي، آليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر، كلية الحقوق، مجلة النددة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي العدد الأول 2013 الجزائر، ص 196.

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 97.

للإشارة أن المرسوم الرئاسي رقم 15/247 في مادته 160 عمل على دمج لجنة فتح الأضرفة وتقييم العروض في الجنة واحدة وسماها لجنة فتح الأضرفة وتحليل العروض.[1]

ثانيا : الرقابة الخارجية

تنص المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم في إطار العمل الحكومي ، في التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية أيضا التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا للتشريع والتنظيم المعمول به وترمي الرقابة الخارجية أيضا للتحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية .[2]

ومنه تتمثل غاية الرقابة الخارجية من التحقق من طرف لجان متدرجة من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي متخصصة في تدقيق مطابقة هذه الصفقات التشريع والتنظيم المعمول به وكذا للبرامج المحددة في كل سنة مالية بطريقة نظامية .

حيث ترتبط الرقابة بالبرامج النظامية الحكومية ارتباطا وثيقا لدرجة تجعل من البرنامج المرجع الأساسي للرقابة التي تعتبر أداة لتحديد مدى صحة وسلامة ما تمت برمجته في إطار العمل الحكومي[3].

ثالثا : الرقابة الوصائية

تنص المادة 127 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل تتستل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية في مفهوم هذا المرسوم في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها الإدارة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكد من كون العملية التي هي

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير بطلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، فرع القانون العام، جامعة بسكرة، ص 2004/2003، ص19.

موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرنامج المسبق والأسبقيات المرسومة للقطاع . تعد الإدارة المتعاقدة عند الاستلام النهائي للمشروع تقريرا تقييميا عن ظروف إنجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المطر أصلا، يرسل هذا التقرير حسب النفقة الملتزم بها الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعنى وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة.[1]

المطلب الثاني: هيئات الرقابة الخارجية

وضع المشرع الجزائري لجان إدارية لمراقبة الصفقات العمومية لدى الإدارات المتعاقدة لكل واحدة منها تشكيلة معينة واختصاص مجدد تختلف هذه اللجان عن اللجنة الوطنية للصفقات في كون هذه الأخيرة مختصة في مراقبة جميع الصفقات ذات الأهمية الوطنية الكبرى أيا كانت الإدارة المتعاقدة والوزارة التي أبرمت الصفقة على خلاف لجان الصفقات الموضوعة لدى الإدارة المتعاقدة التي يجب ألا تخرج عن المجال المرسوم لها في قانون الصفقات العمومية

الفرع الاول: لجان الصفقات العمومية الخاصة

تتمثل هذه اللجان على حسب درجتها في اللجنة الوزارية ، اللجنة الولائية ، اللجنة البلدية ولجنة الصفقات المؤسسة العمومية المحلية.

أولا : الجنة الوزارية للصفقات

1. تشكيلة اللجنة الوزارية للصفقات :

تنص المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المعدل على تختص اللجنة الوزارية للصفقات ضمن الحدود المرسومة لها في المواد 146 ، 147،148 من نفس المرسوم بدراسة مشاريع الإدارة المركزية وتتشكل اللجنة الوزارية للصفقات من : الوزير المعني أو ممثله رئيسا – ممثل المصلحة المتعاقدة • ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية " المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة ممثل الوزير المكلف بالتجارة ويتم تعيين أعضاء اللجنة

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 127 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

الوزارية للصفقات ومستخلفيهم من قبل إدارتهم وبأسمائهم بهذه الصفقة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ما عدا ماعين منهم بحكم وضيفته ".[1]

وبالرجوع إلى المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتعلق بالصفقات العمومية نجده ينص على استبدال اللجنة الوزارية المذكورة أعلاه باللجنة الجهوية للصفقات دون أي تغيير في تشكيلتها أو اختصاصاتها.[2]

2. اختصاصات اللجنة الوزارية للصفقات

يتحدد اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات بممارسة رقابة سابقة في نطاق معين بموجب ما تصدره من تأشيرات. يقوم اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات على المصادقة على دفاتر الشروط الخاصة بالمناقصات التي تدخل نطاق اختصاصها، كما تولى دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت.

أ- المصادقة على مشاريع دفاتر الشروط:

بعد وضع دفتر الشروط من الإدارة المتعاقدة تتضمن المواصفات التقنية المتعلقة بتنفيذ المشروع ، تتولى بعدها اللجنة الوزارية للصفقات دراسة مشروع دفتر شروط المناقصة قبل نشر الإعلان في أجل 45 يوما من إيداع المشروع لدى كتابة اللجنة ، وتصدر في حال الموافقة مقرر التأشيرة يكون صالحا لمدة 3 أشهر من توقيعها ، وإذا انقض هذا الأجل تعرض دراسة دفاتر الشروط من جديد على لجنة الصفقات الوزارية.

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 171 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر

ب- **دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت:**

على غرار الاختصاص المنوط بها في لجان الصفقات العمومية تتولى اللجنة الوزارية دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة ولكي تمارس هذا الاختصاص وجب توفر المعيار العضوي والمالي:

- **المعيار الموضوعي " العضوي "**

حتى تمارس اللجنة الوزارية رقابتها وجب أن تكون الجهة المعنية هي الوزارة فهي المعنية بالدخول في روابط عقدية وابرام الصفقات العمومية .[1]

- **المعيار المالي:**

تختص اللجنة الوزارية للصفقات بمراقبة الصفقات التي تبرمها الإدارات المركزية للوزارات أو المؤسسة العمومية التي يساوى مبلغها أو يقل عن حد معين.[2]

بالنسبة لصفقات الأشغال

تفصل اللجنة الوزارية الصفقات الأشغال في مجال الرقابة في كل مشروع – صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.[3]

بالنسبة لصفقات اللوازم

تتفصل اللجنة الوزارية لصفقات اللوازم وفي مجال الرقابة في كل مشروع صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم. [1]

[1] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص144.

[2] محمد صغير بلعي، المرجع السابق، ص 59.

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات

تفصل اللجنة الوزارية لصفقات الدراسات والخدمات في مجال الرقابة في كل مشروع:

– صفقة خدمات يفوق مبلغها مائة مليون دينار (100.000.00) وكذا كل ملحق بهذه الصفقة.

– صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60.000.00) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفة.[2]

أما وفق المرسوم الرئاسي رقم 15/247 فقد رفع من قيمة صفقة الخدمات إلى سعر ماتي مليون دينار (200.000.000) بالنسبة الخدمات ومائة مليون دينار (100.000.000) بالنسبة لصفقة الدراسات.[3]

ثانيا : اللجنة الولائية للصفقات

أناط المشرع إلى اللجنة الولائية رقابة الصفقات على المستوى الولائي – فعهد إليها دراسة مشاريع دفاتر الشروط ، دراسة مشاريع الصفقات ، دراسة الطعون الموجهة ضد اختيار الإدارة المتعاقدة الناتجة عن المنح المؤقت[4] .لكن قبل هذا يجب علينا أن نتطرق إلى تشكيل اللجنة الولائية للصفقات.

1-تشكيل اللجنة الولائية للصفقات:

تتشكل لجنة الصفقات الولائية من :

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

[4] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، 138.

- الوالي أو ممثله رئيسا ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية المصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة " –مدير التجارة للولاية مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة – مدير الري للولاية مدير السكن والتجهيزات العمومية مدير الأشغال العمومية.[1]

2-اختصاص اللجنة الولائية للصفقات:

تختص اللجان الولائية للصفقات بما يلي : أدراسة مشاريع دفاتر الشروط : تخضع مشاريع دفاتر الشروط المناقصات الدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الإعلان عن طلب العروض حسب تقدير إداري للمشروع ضمن الشروط المحددة . وتؤدي هذه الدراسة في أجل خمسة وأربعين يوما إلى صدور مقرر التأشيرة من لجنة الصفقات المختصة ، ويعقد الاختصاص لهذه اللجنة متى توافر المعياران العضوي والمالي.

- **المعيار العضوي:**

حتى ينعقد الاختصاص لرقابة اللجنة الولائية للصفقات وجب أن تكون الإدارة المعنية بالصفقة هي – الولاية في إطار صلاحياتها . – الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الولائية التي تحدثها الولاية . الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري للوزارات ذات الاختصاص المحلي المثل الجامعات " . الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ذات الاختصاص المحلي – الصفقات التي تبرمها البلدية في حدود مالية خارجة عن اختصاص اللجنة البلدية

- **المعيار المالي:**

إلى المعيار العضوي وجب توفر المعيار المالي المبين المادة 136 بعد التعديل وذلك حسب نوع كل بالنسبة لصفقات الاشغال: لكي يتقرر اختصاص اللجنة الولائية في دراسة

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

مشاريع دفاتر الشروط ينبغي أن يكون السقف المالي للصفقة يساوي مليار دينار(1.000.000.000)

بالنسبة لصفقات اللوازم: بالنسبة لهذا النوع من الصفقات ينبغي أن يكون السقف المالي يساوي أو يقل عن (300.000.00) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفة .

بالنسبة لصفقات الخدمات: بالنسبة لهذا النوع من الصفقات يجب أن يكون السقف المالي للصفقة يساوي أو يقل عن (200.000.000)دج ، وكذا كل مشروع ملحق بالصفقة.[1]

بالنسبة لصفقات الدراسات : حتى ينعقد الاختصاص إلى اللجنة الولائية ينبغي أن يكون السقف المالي للصفقة يساوي (60.000.000) ج إلا أنه بموجب التعديل الأخير للصفقات رقم 15/247 قد رفع قيمة صفقة الدراسات وحدده ب (100.000.000) دج .[2]

كما تختص اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية والتي يساوي مبلغها ملئتي مليون مليون دينار (200.000.000) د ج لصفقات الأشغال واللوازم خمسين مليون دينار (50.000.000) . ج لصفقات الخدمات وعشرين مليون دينار الصفقات الدراسات (20.000.000) د ج

ب : **دراسة مشاريع الصفقات**

لا تتوقف اختصاص اللجنة الولائية للصفقات عند دراسة مشروع دفتر الشروط الخاص بالمناقصة والمصادقة عليها بل تمتد إلى مشروع الصفقة في حد ذاته ، إذ تجد سلطة الرقابة هذه أساسها القانوني في مواد كثيرة أهمها المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير

[1] للتفصيل أكثر عد للمواد 146-147 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

الممركزة للدولة التي يساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 146 147 148 والمادة 148 مكرر

دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت:

أفضل إجراء جاء به المرسوم الرئاسي 02 / 250 هو استحداثه لآلية جديدة تمثلت في المنح المؤقت للصفقة وجاء المرسوم الرئاسي 10 / 236 المعدل ليثبت هذا الإجراء نظرا لأهمية فإن المادة 130 منه جاءت تنص تقدم لجنة الصفقات مساعدها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها وتقدم رأيا حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار الإدارة المتعاقدة كما جاءت المادة 114 المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12 / 03 تحت عنوان تسوية المنازعات اين اعترف المشرع لكل متعهد الطعن في نتائج اختيار المصلحة المتعاقدة وبالربط بين مختلف هذه المواد تجد أن المشرع أضاف اللجنة الولائية للصفقات اختصاصا جديدا يتعلق بدراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة[1] .

ثالثا: اللجنة البلدية للصفقات

تتشكل اللجنة البلدية للصفقات من عدة أشخاص لتمارس مجموعة من الاختصاصات المنوطة بها:

1-تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات:

تتكون اللجنة البلدية للصفقات المختصة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 137 . - رئس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا ـ ممثل المصلحة المتعاقدة _ منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي

[1] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، 141.

ممثلين اثنين مع الوزير المكلف بالمالية المصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة ' ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.[1]

2-اختصاصات اللجنة البلدية للصفقات

أ- دراسة مشاريع دفاتر الشروط

تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط ومنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 132 المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المعدل نجدها تنص " تخضع دفاتر شروط المناقصات الدراسة لجان الصفقات العمومية قبل إعلان المناقصة حسب تقدير إداري للمشروع ضمن الشروط المحددة في المادة 11 من نفس المرسوم تؤدي هذه الدراسة في أجل خمسة وأربعين يوما 45 يوما الموالية إلى صدور مقرر تأشيرة من لجنة الصفقات المختصة تكون صالحة لمدة 3 أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها وإذا انقضي الأجل تعرض مشاريع دفاتر الشروط المعنية من جديد على لجنة الصفقات المختصة. "

ب- دراسة مشاريع الصفقات

تكون اللجنة البلدية للصفقات مختصة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها تختص اللجان البلدية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات العمومية التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية الصفقات التي يساوي مبلغها أو يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000) دج بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم وخمسين مليون لصفقات الخدمات (50.000.000) وعشرين مليون دينار (20.000.000) د ج لصفقات الدراسات . كما تختص اللجنة البلدية للصفقات بمنح التأشيرة أو رفضها وهذا خلال مدة 20 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

كما تنظر اللجنة البلدية للصفقات بالنظر في الطعن المقدم من طرف المتعهد احتجاجا على المنح المؤقت.[1]

ج- **دراسة طعون المتعهد:**

تقوم اللجنة البلدية في مجال دراسة طعون المتعهد وفق سمعيارين

- المعيار الموضوعي " العضوي: "

1-الصفقات العمومية التي تبرمها البلديات في إطار صلاحياتها.

2-الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية التي تحدثها البلدية.

- **المعيار المالي:**

إن اللجنة البلدية للصفقات تختص فقط بمراقبة الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية السالفة الذكر والتي يساوي مبلغها أو يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000) بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم وخمسين مليون لصفقات الخدمات (50.000.000) وعشرين مليون دينار (20.000.000) د ج لصفقات الدراسات.

رابعا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير ممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الاداري

سنتطرق اللجنة من حيث التشكيلة والاختصاصات بالنسبة للتشكيلة فهي تتكون من ممثل المصلحة المعنية المدير العام أو مدير المؤسسة ممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة الإقليمية المعنية ممثلين اثن لوزير المالية ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة أما بالنسبة للاختصاصات فهي تختص بدراسة مشاريع الصفقات الخاصة بالمؤسسة إذا بلغ قيمة الصفقة مائتي مليون (200.000.000) دج بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم وخمسين مليون

[1] للتفصيل أكثر عد للمواد 137-133-114 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

(50.000.000) دج لصفقات الخدمات وعشرين مليون (20.000.000) الصفقات الدراسات.[1]

الفرع الثاني: رقابة اللجان الوطنية والقطاعية على المستوى المركزي

نظرا لأهمية الرقابة على إبرام العقود الإدارية وبالخصوص الصفقات العمومية لم يكتفي المشرع على تقرير رقابة اللجان السالفة الذكر خاصة إذا علمنا أن هناك عقود إدارية تبرم على المستوى المركزي الدولة الوزارات الإدارات المركزية هذا دفع بالمشرع إلى إيجاد أنواع أخرى من الرقابة أو بالأحرى هيئات تمارس وظيفة الرقابة على المستوى المركزي وهوما سوف نتطرق إليه في النقاط التالية:

اولا: رقابة اللجان الوطنية

بالرجوع إلى أحكام المادة 142 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 نجدها تنص على تحدثت لجان الصفقات التالية _ اللجان الوطنية لصفقات الأشغال اللجان الوطنية الصفقات اللوازم اللجان الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات[2] .

ومنه نجد أن المشرع عمل على تقسيم مهام اللجنة الوطنية للصفقات على ثلاثة لجان ولم يتضمن في حقيقة الأمر إحداث لجان جديدة ، ذلك أن الوصف الدقيق للأمور أن ثقل المهام الموكلة لهذه اللجان الوطنية هو الذي حتم تفكيك مهام اللجنة الوطنية للصفقات إلى لجنة صفقات الأشغال ، لجنة صفقات اللوازم الجنة صفقات الخدمات وهذا الأمر إنما يؤكد على المشرع الواضح واكد تفعيل دور أجهزة الرقابة.[3]

وفيما يلي نتطرق إلى تشكيلة واختصاص اللجنة الوطنية للصفقات:

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 142 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، 148.

تشكيلة اللجان الوطنية للصفقات:

فيما يخص تشكيلة الجان الوطنية للصفقات فإنه وبالرجوع إلى أحكام قانون الصفقات العمومية نجدها تنص على التشكيلة القانونية لصفقات الأشغال وصفقات اللوازم وصفقات الخدمات والدراسات، وما يميز هذه التشكيلة هي أنها تتكون من عدد من الأعضاء والأشخاص ذوي الكفاءة في قطاعهم ووزارتهم ، هذا حرصا من المشرع على تفعيل دور رقابة هذه اللجان في إبرام العقود الإدارية وبالأخص الصفقات العمومية .[1]

اختصاصات اللجام الوطنية للصفقات:

بالرجوع إلى أحكام قانون الصفقات العمومية نجده ينص على المحاور الكبرى الاختصاص اللجنة الوطنية للصفقات حيث تتمثل اختصاصاتهم فيما يلي:

- تساعد المصالح المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية واتمام شكلياتها.
- تساعد في إعداد تنظيم الصفقات العمومية.
- تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية[2].

ومنه نستطيع القول أن اختصاصات اللجنة الوطنية للصفقات تظهر في جانبين جانب رقابي وجائب تنظيمي فمن جانب الرقابة تتولى اللجان الوطنية للصفقات في مجال الرقابة مدى قانونية إجراء إبرام الصفقات العمومية ما يلي:

- مشاريع دفاتر الشروط التي تندرج ضمن اختصاصاتها
- مشاريع الصفقات والملاحق التي تندرج ضمن اختصاصاتها
- الطعون التي تندرج ضمن اختصاصاتها والتي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار التي قامت به الإدارة المتعاقدة في إطار مناقصة أو تراضي بعد الاستشارة.

[1] للتفصيل أكثر عد للمواد 151-150-149 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

- الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة[1]

أما في مجال التنظيم فإن اللجنة تتولى اقتراح أيإجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات العمومية ، كما يمكن أن تقترح نظاما داخليا نموذجيا يحكم عمل لجان الصفقات المذكورة في المادة 140 و 156 من هذا المرسوم.[2]

للإشارة فقط أن المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتعلق بالصفقات العمومية لم يشر إلى اللجان الوطنية للصفقات واكتفى بذكر لجان القطاعية فقط.

ثانيا: رقابة اللجان القطاعية للصفقات

سنتطرق إلى رقابة اللجان القطاعية للصفقات من خلال التشكيلة والاختصاص: .

تشكيلة اللجان القطاعية للصفقات:

- تتشكل اللجان القطاعية كما يلي:

الوزير المعني أو ممثله رئيسا ممثل الوزير المعني ، نائب الرئيس_ ممثلان اثنان عن وزير المالية المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة ' ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة . كما يعين الوزير المعني بموجب قرار أعضاء لجان الصفقات القطاعية ومنتخبيهم بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذين يخضعون له ويختارون نظرا لكفاءتهم ويعينون لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد في حدود الثلث[3].

- اختصاصات اللجان الوطنية للصفقات:

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 144 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[3] للتفصيل أكثر عد للمادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

- الجدير بالذكر أن اختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات هي نفسها اختصاصات اللجنة الوطنية.
- للصفقات إلا أن الاختلاف الموجود يكمن في المعيار المالي ، حيث أن اللجنة القطاعية تختص بدراسة كل مشروع:
- صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار جزائري (1.0000.000.000) وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة
- صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة دينار جزائري (300.000.000) وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000) وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة
- صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60.000.000) وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة.[1]
- أما المرسوم الرئاسي رقم 15/247 فقد رفع من قيمة صفقة الدراسات وحدد مبلغها بمائة مليون دينار (100.000.000) دج.[2]

ثالثا : لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية و مراكز البحث و التنمية و الهيكل الغير مركزي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري و المؤسسة العمومية الاقتصادية.

سنتطرق إلى هذه اللجنة من حيث التشكيلة والاختصاصات ، فبالنسبة للتشكيلة فهي تتكون من : ممثل السلطة الوصية المدير العام أو مدير المؤسسة أو الشركة ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية ممثل عن وزير الموارد المائية ممثل وزير الأشغال العمومية – ممثل عن وزير التجارة ممثل وزير السكن والعمران أما بالنسبة للاختصاصات فهي تختص بمراقبة مشاريع الصفقات التي تبرمها إحدى المؤسسات أو الإدارات المذكورة أعلاه إذا بلغ قيمة الصفقة الحد

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

المالي المخصص للجنة الوزارية للصفقات ، وأيضا تختص بمراقبة ودراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت الذي قامت به الإدارة المتعاقدة لمشاريع الصفقات التي تختص بها هاته اللجنة.[1]

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن ابرام العقود الادارية

إن الآثار المترتبة عن الرقابة المفروضة على إبرام العقود الإدارية وخاصة الصفقات العمومية تختلف بحسب أنواع هذه الرقابة ، حيث تأتي الرقابة الداخلية في المرتبة الأخيرة من حيث قوة الآثار المترتبة عنها لأن القرارات الصادرة عن لجنة فتح الأضرفة وتقييم العروض لا تملك أي قوة إلزامية في مواجهة الإدارة المتعاقدة نظرا لأن مهمتها تقتصر على مساعدة الإدارة المتعاقدة في إبرام العقود الإدارية ، تأتي بعدها رقابة الوصاية لأن هذه الرقابة ناقصة من حيث الآثار المترتبة عنها كونها تحصر في مراقبة مدى مطابقة أهداف الصفقة المبرمة للبرامج المسطرة من طرف السلطة الوصية ولا تتعداها إلى حماية مصالح المتعهدين الطاعنين في صحة إبرام الصفقة ، وبالتالي فإن أثار هذه الرقابة تهمل جانبا مهما في عملية إبرام العقود الإدارية المتعلقة بسلامة الإجراءات والقرارات الإدارية التي تدخل في تكوينها ، تبقى لنا في الأخير الرقابة الخارجية التي تعتبر أهم أنواع الرقابة على إبرام العقود الإدارية وبالأخص الصفقات العمومية. [2]

وبالرجوع إلى أحكام المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 نجدها تنص على اللجنة هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة ضمن اختصاصاته وتسلم لهذا الغرض تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة كما تنص المادة 165 من ذات المرسوم " يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها وفي حالة الرفض يجب أن يكون الرفض معللا ومهما يكن من أمر فإن مخالفة التشريع أو التنظيم المعمول بهما ، قد تعاينهما اللجنة ويكون سببا للرفض". ومنه سوف نقوم بدراسة منح التأشيرة وكذا رفضها في النقاط التالية:

[1] لطيفة بهي، المرجع السابق، ص 202.

[2] مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 99.

الفرع الأول : منح التأشيرة

على الرغم من أن التأشيرة لا تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري ، حيث أنها لا تلحق أثر أو أذى بذاتها ، من حيث عدم تمتعها بالطابع التنفيذي فإنها تقوم كتصرف قانوني على مجموعة من الأركان والشروط تتمثل فيما يلي:

1. **السبب:** يتمثل سبب منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات المختصة يتمثل في حالة قانونية في الطلب المقدم طرف الإدارة المتعاقدة، إذ يجب عليها أن تطلب إجباريا التأشيرة وهذا ما نصت عليه المادة 166 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236.
2. **الاختصاص:** حتى تكون التأشيرة قانونية يجب أن تراعي قواعد الاختصاص التالية

الاختصاص الشخصي:

تختص بمنح التأشيرة لجنة الصفقات المختصة تبعا لقواعد الاختصاص إذ أن صدور التأشيرة عن لجنة صفقات غير مختصة يجعلها باطلة وغير مشروعة.

الاختصاص الزمني:

الإختصاص الزمني لمنح التأشيرة وفقا للمادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المتضمن الصفقات العمومية من طرف لجنة الصفقات المختصة قد حددت بي 20 يوما إبتداءا من تاريخ إيداع الملف لدى كتابة اللجنة المختصة بالنسبة لدراسة مشروع صفقة أو ملحق ، أما بالنسبة لمنح التأشيرة لمشروع دفتر الشروط فالمدة المحددة للجنة الصفقات المختصة هي 45 يوما.[1]

[1] للتفصيل أكثر عد للمادة 167 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

3. **المحل:** يمكن للإدارة المتعاقدة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها أي أن لها السلطة التقديرية في ذلك إلا أنه في حالة الرفض يجب أن يكون الرفض معللا ، كما يمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة وتكون موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة وتكون غير موقفة عندما تتعلق بشكل الصفقة ، ومن جهة أخرى فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على الإدارة المتعاقدة حيث أنه يمكن تأجيل مشروع الصفقة لاستكمال المعلومات وفي هذه الحالة توقف الأجال ولا تعود للسريان إلا ابتداء من يوم تقديم المعلومات المطلوبة .. ومنه يجب تنفيذ الصفقة أو ملحقها من قبل اللجنة المختصة في غضون ثلاثة أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة ، وإذا انقضت المدة تقدم الصفقة أو الملحق من جديد إلى اللجنة المختصة قصد الدراسة .[1]

4. **الشكل والاجراءات:** يخضع منح التأشيرة للأشكال والإجراءات التالية:

التبليغ: بعد انعقاد لجنة الصفقات المختصة والبت بالقرارات يجب تبليغ الإدارة المتعاقدة بهذه القرارات بعد ثمانية (8) أيام على الأكثر من تاريخ انعقاد الجلسة . [2]

الكتابة: اتفقت تنظيمات الصفقات العمومية على أن التأشيرة تصدر في شكل كتابي ، إلا أنها لم تبين تفاصيل هذا الشكل الكتابي ، تارة تذكر التأشيرة في شكل مقرر وتارة تتحدث عن التأشيرة دون ذكر مقرر إذ المتفق عليه هو أن التأشيرة تصدر في شكل كتابي وبالتحديد في شكل مقرر لكن المعمول به ليس دائما بهذه الصفقة.

[1] للتفصيل أكثر عد للمواد 167-168-165 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

[2] للتفصيل أكثر عد 165 ف 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

الهدف او الغاية ::يدخل منح التأشيرة في السعي الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية حفاضا على المصلحة العامة ، باستكمال هذه الشروط والأركان تقوم اللجنة المختصة بمنح التأشيرة الشاملة.[1]

الفرع الثاني: رفض التأشيرة

كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة يقوم رفض التأشيرة على مجموعة من الأركان والشروط تتمثل فيما يلي:

1. **السبب:** يعود سبب رفض التأشيرة طبقا لقانون الصفقات العمومية إلى مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهالتي تعاينهما اللجنة المختصة، أي خرق القواعد القانونية المنظمة الصفقات العمومية مهما كان مصدرها، كعدم الإعلان عن الصفقة في جريدتين يوميتين

2. **الاختصاص:** حتى يكون رفض التأشيرة مؤسسا يجب أن يراعي قواعد الاختصاص

الاختصاص الشخصي: كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة تختص برفض التأشيرة لجنة الصفقات المختصة تبعا لقواعد توزيع الاختصاص التي اشرنا إليها سابقا بالنسبة إلى كل الجنة،

[1] بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تحصص إدارة ومالية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2012/2011. ص 80.

فلا يمكن مثلا للجنة الصفقات الولائية أن تمنح تأشيرة هي من اختصاص لجنة الصفقات الوزارية[1].

الاختصاص الزمني: :كما هو الشأن بالنسبة لمن مثلا للجنة الصفقات الولائية أن تمنح تأشيرة هي من اختصاص لجنة الصفقات الوزارية .

الاختصاص الزمني : كما هو الشأن بالنسبة لمنح التأشيرة فإن الاختصاص الزمني الرفض التأشيرة يكون خلال عشرين 20 يوما ، ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة صفقات الإدارة المتعاقدة.[2]

3. **المحل:** تتمثل الآثار المترتبة عن رفض التأشيرة أساسا في عدم تنفيذ الصفقة ، أي عدم ترتيب أي ارتباط تعاقدي بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها.

4. **الشكل و الاجراءات:** لقد أشار تنظيم الصفقات العمومية فيما يتعلق برفض التأشيرة إلى الإجراءات والأشكال التالية و التبليغ تستلزم المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 تبليغ المصلحة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات المنصوص عليها في هذه المادة وذلك في أجل 8 أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة:

الكتابة: قياسا على منح التأشيرة التي يجب أن تفرغ في شكل وثيقة كتابية المقرر فإن رفض منح التأشيرة يقتضي عملية الكتابة أيضا ، أي أن يحرر لهذا الغرض مقرر يوضع فيه قرار

[1] محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص 67.

[2] للتفصيل أكثر عد للمادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر

اللجنة بالرفض مع توضيح السبب في هذا الرفض لكن ما يلاحظ قد لا يكون رفض التأشيرة في مقرر ، لكن هذا لا يمنع من كون رفض منح التأشيرة يكون في محاضر جلسات اللجان

الهدف او الغاية: بالرجوع إلى أسباب رفض التأشيرة فإن الهدف من رفضها إنما يتمثل في الحفاظ على مبدأ المشروعية واحترامه من طرف الإدارة المتعاقدة من حيث احترام القواعد القانونية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية تكريسا لدولة الحق والقانون.[1]

[1] محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص 67.

الفصل الثاني

أسباب بطلان العقد الإداري

المبحث الأول: مفهوم بطلان العقد

نتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب، المطلب الأول سنتطرق فيه إلى تعريف البطلان، و المطلب الثاني، سنتحدث فيه عن تمييز البطلان عما يشابهه من أنظمة، أما المطلب الثالث فسنتكلم فيه عن أنواع البطلان، وكل مطلب قسمناه إلى ثلاثة فروع حتى يتسنى لنا تحليل الأفكار وشرحها بدقة.

المطلب الأول: تعريف البطلان

تنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نعالج في الفرع الأول المقصود بالبطلان، وفي الفرع الثاني أقسام بطلان العقد، أما في الفرع الثالث فسنتعرف على الحالات التي يبطل فيها العقد.

الفرع الأول: المقصود بالبطلان

إن مصطلح البطلان له عدة تعريفات، لذلك سنذكر أهمها و أبرزها، وسنقوم بشرحها و تحليلها. ومن هذا المنطلق قسمنا هذا الفرع إلى قسمين: القسم الأول سنتعرف فيه عن المقصود بمصطلح البطلان لغة، أما القسم الثاني نتعرف فيه إلى المقصود بالبطلان اصطلاحا.

أولا: المقصود بالبطلان لغة

يقصد بالبطلان لغة الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة. [1]

وجاء بالمصباح المنير (بطل الشيء، يبطل بطلانا و بطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه، فهو باطل، وجمعه بواطل. قيل بجمع أباطيل على غير قياس. و قال أبو حازم

[1] فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008 ، ص : 9

الأباطيل مع أبطولة بضم الهمزة، وقيل جمع إبطاله بالكسر ويتعدى الهمزة، فيقال أبطلته وذهب دمه بطلا أي هدرا). وجاء في فاكهة البستان (بطل الشيء يبطل بطلا و بطولا وبطلانا) بضمهن بمعنى ذهب ضياعا و خسر. بطل في حديثه ببطل بطالة هزل.[1]

كما جاء أيضا بطل – بطلا وبطولا وبطلنا (أي فسد. سقط حكمه، ذهب خسرا وضياعا، فهو باطل. بطله عطله. أبطل الشيء بالباطل فهو مبطل. الشيء ذهب به ضياعا، جعله باطلا، الباطل، ضد الحق جمع أباطيل.[2]

ومنه من قال أن البطلان هو سقوط الشيء لفساده، و الباطل ما لاثبات له عند الفحص عنه، ويتعدى بالهمزة، فيقال: "أبطله"،" وبطل :"ذهب ضياعا و خسرانا[3] .ومنه قيل لخلاف الحق"باطل"، [4] وعليه قول كعب بن زهير:

ومن دعا الناس إلى ذمة ذموه بالحق وبالباطل.

وجاء في اللغة الفرنسية، البطلان هو الشيء الباطل لا قيمة له.[5]

ثانيا :المقصود بالبطلان اصطلاحا

لقد تعددت تعاريف **البطلان**، فقد عرفه السنهوري، بأن بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها[1] .

---

[1] عبد الحكم فودة، الموسوعة العملية في ضوء الفقه وقضاء النقض (البطلان في القانون المدني والقاونين الخاصة)، المجلد الأول، الجزء الأول، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،. 17-18 . (أنظر عبد الله البستاني، مختصر البيان، الطبعة الأمريكية، بيروت، لبنان، 1993 ، ص: 97

[2] فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط 45 ، دار المشرق، بيروت،لبنان، 1986 ، ص: 36

[3] محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي،)د.ط(، دار هومه، بوزريعة، الجزائر،) د.ت.ن(، ص95 :

[4] المرجع نفسه، ص: 96 . أنظر المصباح المنير للمقري: الجزء الأول، ص 72 ، وقد جاء فيه: (بطل الشيئ يبطل بطلا وبطولا....)، ص: 96 . أنظر أيضا: القاموس المحيط، . للفيروز أبادي، الجزء 3، ص: 335.

[5] Paul robert ،Petit robert (Dictionner de langue).nullite : '' caractère de ce qui est nul ،sans valeur'' 1977،paris ،P : 1289.

فيرى أصحاب هذا الرأي أنه العقد الذي لم يستجمع الشروط اللازمة لانعقاده .ومن منطلق هذا الرأي يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، أن البطلان كجزاء هو في الواقع نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام غير قائم، بسبب اختلال تكوينه.

كما ذهب الدكتور محمد جمال الدين زكي الى أن البطلان جزاء صارم وضعه المشرع عند مخالفة القواعد التي أوجب اتباعها في إبرام العقد، أي أنه لاينتج عنه أثرا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام.

وفي نفس المعنى يرى الدكتور توفيق فرج ان البطلان جزاء لتخلف عنصر من العناصر الأساسية للعقد سواء بتخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته .ويرى في نفس الرأي أيضا الدكتور أنور سلطان[2] .

ويذهب الأستاذ نصر الدين محمد زغلول الى تبني فكرة أن البطلان هو انعدام للأثر القانوني الذي ينبغي وضعه للفعل.

ونشير الى أن لفظ اعدام الأثر القانوني يعني أن البطلان جزاء لتخلف الأوضاع التي تطلبها القانون.

وقد نادى الدكتور جميل الشرقاوي، بأن البطلان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب وليس جزاء وجيه الى أثاره مباشرة، ويلحق العيب بالتصرف اذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بابرام التصرف وينتهي الى أن هذا الوصف يؤدي الى عدم نفاذ التصرف[3].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام) المجلد 1، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000 ص 532

[2] توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام،(د.ط)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د.ت.ن)، ص: 157

[3] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص19.

وتلخيصا لما تقدم، نذكر أن البطلان في حقيقته نظام قانوني للجزاء المدني، يبدأ بنعت التصرف بالبطلان عند ثبوت المخالفة لنصوص القانون، ثم ينتقل الى تطبيق الجزاء وهو شل الفعالية وافقاد العقد لقوته الملزمة، ولاينصب الجزاء على أطراف العقد بل يلحق بأثاره فقط، فهذه الطبيعة القانونية للبطلان المدني[1] .

ويعد تعريف الفقيهين الكبيرين " أوبري " Aubry" و"RAU" التعريف الراجح **للبطلان** في الفقه الفرنسي لبطلان عندهما هم "عدم الصحة أو عدم النفاد الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهمي من القانون".[2]

كما جاء في تعريف أغلب الفقهاء ومن بينهم الدكتور بلحاج العربي و أمير فرج يوسف، أن البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد أو اختلاله، أو شرط من شروط صحته[3] .فهو نظام يؤدي لزوال العقد، أي أنه يرد على عقد نشأ بشكل غير سليم قانونيا[4]. بمعنى أن هناك علة صاحبت ابرام العقد.

والعقد الباطل هو العقد الذي لا تتوفر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح، فلا يقوم العقد صحيحا الا اذا استجمع أركان انعقاده الرضا والمحل والسبب والشكل في حالة اشتراط القانون أو الاتفاق، ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانوني غير موجود وأنه لم يقم منذ البداية .بمعنى انعدام العقد مستقبلا ومن يوم ابرامه، فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام .ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير أيضا.[5]

---

[1] عبد الحكم فودة،، المرجع السابق، ص26

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص: 36-37

[3] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005 ، ص: 171

[4] حسين تونسي، انحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة)، ط 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، 2007 ، ص: 26

[5] أمير فرج يوسف، العقد والارادة المنفردة في التقنين المدني (معلقا عليها الأعمال التحضيرية من قانون المدني وبأحكام محكمة النقذ)، (د.ط)، المكتب الجامعي . الحديث، مصر، 2008 ، ص: 321

يميز معظم الفقهاء بين البطلان المطلق والبطلان النسبي .ويتضح أن المشرع الجزائري تبنى التقسيم الثنائي للبطلان كمعيار أساسي للتفرقة بين نوعي البطلان على غرار جانبا من الفقه الحديث، الذي يقوم على أساس المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من وراء تقرير البطلان، وهو نفس المعيار الذي أخد به الفقه[1] .اذ تناول أحكامه في القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني تحت عنوان شروط العقد[2] .وذلك بعد ان عالج أركان العقد، ثم أعقبها مباشرة بتفصيل أحكام البطلان، وقد عالج البطلان بنوعيه[3] .

مما سبق نلاحظ أن قوة الجزاء تختلف باختلاف نوع القاعدة التي لم تراع في تكوين العقد، فاذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق، بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون،[4] وغنى عن البيان يكون البطلان جزاء تخلف ركن من أركان العقد في حكم القانون أو الواقع، يحول دون انعقاده أو وجوده، أو يكون للمحافظة على النظام العام للآداب[5] .

أما اذا كان المشرع يريد حماية مصلحة خاصة، فيكون الجزاء هو البطلان النسبي، فيكون للعقد وجوده القانوني، بمعنى أنه يبطل اذا طلب ابطاله لمن تقرر الجزاء لمصلحته، ومتى تقرر هذا الابطال يزول ذلك الوجود، ويرتد زواله الى حين ابرامه.

وبذلك يكون جزاء مخالفة قاعدة مقررة لمصلحة شخص أو أشخاص معينين، كما في حالة عيوب الرضا، ونقص الأهلية.

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، (د.ط)، موضم للنشر والتوزيع، وحدة الرغاية، الجزائر، 2005 ، ص: 251-256

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص: 74

[3] محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا مقدم الى جامعة الجزائر، 1976 ، ص : 15

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 171

[5] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2003 ، ص: 250

وخلاصة لهذا القول يتضح لنا من خلال هذا التقسيم، هو أن المصلحة العامة هي أساس البطلان المطلق، ومن الطبيعي ان يخول لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، أما البطلان النسبي فقوامه المصلحة الخاصة، ومادام الأمر يتعلق بمصلحة خاصة، فلصاحبها وحده أن يتمسك بإبطال العقد، وله أن يتخلى عن ذلك بالإجازة، ويتقادم الإبطال اذا لم يتمسك به المتعاقد المعني مدة من الزمن[1] .

واعمالا لما تقضي به المادة 102 من التقنين المدني على أنه " :اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان المطلق بالاجازة."....

ويراد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان، تلك التي تستند الى كل صاحب حق تؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، ولايشمل على هذا التحديد سوى الخلف العام والخلف الخاص لكلا المتعاقدين ودائني كل منهما[2] .

كما أنه يكون للمحكمة أن تقضي بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها اذا ماعرض عليها طلب تنفيذ عقد باطل، ولها ذلك حتى ولم يطلبه أحد الطرفين[3] .وذلك لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني فهو اما منعدم بسبب تخلف ركن من أركانه، أو باطل بسبب مخالفة النظام العام و الآداب[4].

أما فيما يتعلق بالبطلان النسبي فتنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري : اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا العقد"

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص : 252-253 ،256

[2] أنور طلبة، انحلال العقود، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2004 ، ص: 236

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006 ، ص : 77

[4] العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص : 186

وعليه لايجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها بل لابد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة أو خلفه العام، اذا فالإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس للغير ولابحكم طبيعة الأشياء ولا مخالفتها النظام العام والآداب العامة[1] .

الفرع الثاني :أقسام بطلان العقد (النظريات القائمة في البطلان)

لقد سبق أن قلنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تترتب عليه أثار قانونية، ولكنه عمل مادي، ويجوز أن تترتب على هذا العمل آثار باعتباره عملا ماديا لا باعتباره عقدا، [2] ففي هذه الحالة تلحق هذه الآثار بالعقد الباطل كونه واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا،كما تعتبر هذه الآثار عرضية، لأن مصدرها القانون، ومن أمثلة ذلك عقد الزواج الباطل، فإذا تم الدخول بالزوجة، وجبت العدة ويثبت النسب رغم انعدام الزواج، وهذا ما جاء في المادة 34 من قانون الأسرة[3] ، وفي مثل هذا الوضع تلحق الآثار بالقانون وليس بالعقد لأنه منعدم ولا يترتب عليه آثار[4] .ومن أهم الآثار العرضية للعقد الباطل نظريتان اذ تقضي المادة 104من القانون المدني الجزائري بأنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله". فهذه هي نظرية إنقاص العقد.

و أضافت المادة 105 من القانون المدني الجزائري قولها " :إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد أخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .وهذه هي نظرية تحول العقد وفيما نتناول شرح النظريتين:

[1] العربي بالحاج، المرجع السابق، ص: 187

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص : 79

[3] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 27 9 يونيو سنة يتضمن قانون الأسرة ،المعدل و المتمم بالأمر05-02 ، المؤرخ في27 فبراير 2005

[4] علي فيلالي، ، المرجع السابق، ص : 278،279

أولا :نظرية إنقاص العقد

ويتبين من دراسة المادة 104 من القانون المدني الجزائري بأن المشرع الجزائري يشترط لإنقاص العقد توافر شرطين هامين :أن يكون العقد باطلا في جزء منه فقط وأن يكون قابلا للانقسام، لأنه إذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله .ويقع على عاتق من يدعي البطلان عبئ إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد[1] .

عندما يكون العقد باطلا في جزء منه، وصحيح في الجزء الأخر، وكان قابلا للانقسام، فانه ينقص وهذا بمعناه أننا في هذه الحالة نستبعد الجزء الباطل، وسنستبقي الجزء الباقي من العقد الذي يظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، وهذا ما يسمى بانتقاص العقد أو البطلان الجزئي[2] .

لذا يشترط أن يكون جزء من العقد باطلا أو قابلا للابطال، فينصب البطلان عليه وحده ويبقى الأخر صحيحا متى تبين أن هذا الجزء الباطل لم يكن هو الباعث الدافع الى ابرام العقد، والا كان العقد كله باطلا .مثال ذلك الشخص الذي يهب لزوجته التي طلقها مالا ويشترط عليها الا تتزوج وليس لها ولد منه، وتبين أن هذه الهبة هي منحة لتعويضها عن طلاقها، فيكون الشرط باطلا والهبة صحيحة، أما اذا كانت الهبة قد منحت لها لأن الواهب يريد ألا تتزوج لرعاية أولاده منها، فان هذا الشرط يكون هو الباعث الدافع، وتبطل الهبة اذا تزوجت[3] .

ويلخص فيما سبق أن الانقاص هو تفسير لارادة المتعاقدين، تبين أن إدارتهما قد قصدت إما أن يصح العقد كله أو يبطل كله، فيمتنع الانقاص الا اذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد (وهو العقد الأصلي بعد الانقاص) لو علما بالبطلان.

[1] العربي بلحاج، المرجع نفسه ، ص: 189

[2] المرجع نفسه "، ص: 18

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 79

غير أن القانون الجزائري تولى بنفسه فكرة الانتقاص، بصرف النظر عما تتجه اليه ارادة المتعاقدين ومن بين هذه الحالات جواز القاضي اعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية (م110 . 112/ 2 ق.م) فان هذا الشرط يبطل لمخالفته نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري حتى ولو ثبت أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط التعسفية .ومن ذلك أيضا تجاوز الثمن المحدد بقوانين التسعيرة الجبرية، أو تجاوز الأجرة الحد القانوني المقرر لها، والاتفاق على فائدة تزيد عن الحد الأقصى القانوني في التقنينات التي تقرر الفائدة .ومن ذلك أيضا انقاص مدة البقاء في الشيوع الى 5 سنوات (م 2/722 ق.م).[1]

والخلاصة أن نظرية إنقاص العقد هو ضمان استقرار المعاملات على حساب انانية المتعاقدين، وفي هذا السياق يقضي المشرع بانقاص العقد بقوة القانون دون مراعاة الشروط السالفة الذكر، وذلك جزاء لمجاوزة بعض الحدود أو الأوضاع التي يقررها.[2]

ثانيا : نظرية تحول العقد

يتضح من نص المادة 105 من القانون الجزائري أن التقنين المدني الجزائري أخد بنظرية تحول العقد .من هذا الحكم الاستثنائي يمكن تجنب زوال كل أثر للعقد الباطل أو القابل للإبطال، حيث يحول إلى عقد صحيح.

إن نظرية التحويل هذه لم يعرفها القانون الفرنسي، بل أخدها المشرع الجزائري من القانون الألماني، وقوامها استقرار المعاملات عن طريق إنقاذ العقد[3].

ويتضح أنه يلتزم توافر ثلاثة شروط ليتحول العقد الباطل الى عقد أخر صحيح ومن بين هذه الشروط:

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام – التصرف القانوني– العقد والارادة المنفردة)، ج 1، ط 1، دار الهدى،. – عين مليلة، الجزائر، 2004 ، ص : 277–278

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 283

[3] المرجع نفسه، ص: 279

1-أن يكون العقد الأصلي المقضى ببطلانه، اما باطلا أو قابلا للإبطال...بحيث لا يجوز تحويل عقد صحيح الى عقد آخر حتى لو تضمن التصرف الأول عناصر التصرف الثاني، لمجرد عدول أحد المتعاقدين عن نيته الأولى ،[1] اذ يجب أن يكون باطلا كليا لاجزئيا، لأنه في هذه الحالة الأخيرة يمكن انقاص العقد لا تحويله.

ومثل ذلك عقد هبة صحيح يتضمن أركان عقد وصية، ويتبين أن المتعاقدان كانا يفضلان الوصية على الهبة، فان كان عقد الهبة لا يتحول الى عقد وصية، فيجب أن يكون الأصلي باطلا و وليس في شق منه، اذ في هذه الحالة لا يتحول العقد، بل ينقص[2] .

2-أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للأبطال كافة عناصر العقد الجديد، بحيث يكون عقدا كاملا دون اضافة أي عنصر، أما اذا تخلف أحد عناصر العقد الجديد فلا يجوز استكماله بغية تحويله.

فالسفتجة إذا لم تشتمل على تسمية السفتجة طبقا للمادة 390 من القانون التجاري[3] ، تكون باطلة غير أنه يمكن اعتبارها سند دين عادي، أي يجب أن تتضمن كل العناصر اللازمة لسند دين صحيح عادي.

3- والمقصود بهذا الشرطالأخير، تنصرف الإرادة المحتملة للمتعاقدين إلى العقد الجديد فكانا يريدانه لو أنهما تبينا أن العقد الأصلي باطل .فالقاضي يحل نفسه محل العاقدين بعد ان يستخلص عناصر العقد الجديد من العقد الباطل .ويقيم لهما عقدا جديدا بدلا من العقد الأصلي الباطل، وبذلك جعل العقد الجديد أثرا عرضيا للعقد الباطل.

---

[1] محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004 ، ص: 204

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 275

[3] الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

فاذا كانت السفتجة باطلة لعدم استفائها لبعض البيانات، كذكر تسمية السفتجة، نتساءل عن الارادة المحتملة للمتعاقدين أمام هذا الوضع، وإذا تبين أنهما يريدان تثبيت الدين وتحديد ميعاد الوفاء به، فإرادتهما انصرفت لعقد جديد هو سند الدين العادي[1] .

وفي بعض الأحيان يتدخل المشرع ليقضي بتحويل العقد الباطل بقوة القانون دون الحاجة الى تحقق الشروط السالفة الذكر، وهذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة " الهبة في مرض الموت و الأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية."أي أن يثبت أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا أن ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان، وبذلك يستقل القاضي بالكشف عن هذه النية بأسباب سائغة[2] .

وغنى عن البيان اذا تم تحويل العقد الباطل، وهو العقد الأصلي، يصبح هذا الأخير منعدم الوجود، ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يرتب العقد الجديد، وهو العقد الصحيح، كل أثاره.[3]

المطلب الثاني :تمييز بطلان العقد عما يشابهه

بعد أن عرضنا تعريف البطلان بصورة مدققة، يحسن لنا أن نقارنه ببعض المفاهيم القانونية التي تشبهه والتي يصل الشبه بين أثرها وأثر البطلان في بعض الأحوال، إلى حد أن بعض الفقه يحاول التقريب بينهما، لذا من الواجب التمييز بين البطلان وبين الأوضاع التي قد تشبهه كالفسخ، وعدم النفاذ، والعقد الموقوف.

وفي ما يلي نتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، الفرع الأول نتطرق فيه الى التمييز بين البطلان والفسخ، أما المطلب الثاني سنعرض فيه الفرق بين البطلان و عدم النفاذ في مواجهة الغير، و الفرع الثالث و الأخير سنقوم فيه بالمقارنة بين البطلان و العقد الموقوف.

[1] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص: 275

[2] محمد محمود زهران همام، المرجع نفسه، ص: 205

[3] علي فيلالي،، المرجع السابق، ص : 2

الفرع الأول :تمييز البطلان على الفسخ وعن الموقوف

سبق القول أن البطلان يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله، بمعنى أن هناك علة صاحبت ابرام العقد[1] . كما يرد على عقد نشأ بشكل غير سليم قانونيا [2].أما الفسخ فهو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته[3] .

كما تعتبر نظرية البطلان أوسع من نظرية الفسخ، فالفسخ لا يكون إلا في العقود التي تولد التزامات متبادلة، أما البطلان فيمكن تطبيقه بغض النظر عن كون العقد ملزما لجانب واحد أو لجانبين.وكذلك البطلان هو عدم الصحة وعدم النفاذ يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهي القانون[4] ؛ فهو نظام يؤدي لزوال العقد[5] .أما الفسخ فالعقد نشأ صحيحا غير أن احد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزامه بعد إبرامه مما خول للمتعاقد الأخر حل الرابطة العقدية حتى يتخلص من تنفيذ التزامه. ولذلك نجد أنه لا يكون إلا في العقد الملزم لجانبين[6].

لذا البطلان جزاء قانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها،[7] وهو أيضا الجزاء عن تخلف ركن الانعقاد ومقوماته عن جزاء تخلف شروط صحة العقد، [8] فهو ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه[9] .أما الفسخ فهو نظام جزائي يرد في العقود الملزمة لجانبين بسبب تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته العقدية لسبب راجع إلى المدين نفسه .إذ تكون

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243

[2] حسين تونسي، المرجع السابق، ص: 26

[3] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص: 37

[4]المرجع نفسه"، ص: 37

[5]حسين التونسي، المرجع نفسه، ص: 26

[6] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه ص: 24

[7] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص: 321

[8] محمد محمود زهران، المرجع السابق ، ص: 183

[9] صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001، ص: 20

أركان العقد سليمة ولكن احد المتعاقدين ينكل عن تنفيذ التزاماته دون سبب مقبول في العقود الملزمة للجانبين .فهو دعوة إلى تنفيذ العقد بطريقة غير مباشرة[1] .

والبطلان هو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين وبالنسبة للغير[2] .اذ يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي أثر قانوني[3] .فهو وصف يلحق التصرف القانوني المعيب فيرتب جزاء بافتقار التصرف لقوته الملزمة .اما الفسخ يؤدي الى حل الرباط التعاقدي واعتبار العقد كأن لم يكن، فلا يرتب أثاره، الا في العقود الزمنية التي تستعصي على الرجعية[4] .ومؤدى الفسخ أن ينحل العقد، فيعتبر كأن لم يوجد أصلا[5] .

وكذلك البطلان تنعدم فيه السلطة التقديرية للقاضي، فمتى تحققت شروطه، فلا يكون في وسع القاضي الا الحكم به. أما في الفسخ فالقاضي غير ملزم بإجابة طالب الفسخ الى طلبه وفسخ العقد، فسلطة القاضي هنا تقديرية لا تخضع لرقابة[6] .

كذلك نرى انه في الفسخ يمكن للعاقد الاخر اذا كان العقد ملزم للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتحلل مما عليه من التزام، لذا لا يكون الفسخ الا في العقود التبادلية[7] .

فدور المشرع في البطلان يأتي في م رحلة انشاء التصرف، بينما في الفسخ يأتي بعد انعقاد العقد وترتيب أثاره، ويهدف الفسخ الى حل الرباط التعاقدي وازالة أثاره، فبينما البطلان يهدف الى احترام الأفراد لإرادة المشرع، بإلغاء إرادتهم المخالفة للقانون وإحلال إرادة المشرع لها[8] .

---

[1] حسين تونسي، المرجع السابق، ص: 50

[2] أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 412

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 77

[4] عبد الحكم فودة،، المرجع السابق، ص: 66

[5] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق. ص: 47

[6] عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص: 68

[7] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 175

[8] عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص: 69

ومن خلال ما سبق نرى انه يترتب على تطبيق كل من البطلان و الفسخ، كقاعدة عامة، زوال العقد بأثر رجعي يستند الى وقت ابرامه وهذا ما جاء في المادتين 122 " ، 103 من التقنين المدني الجزائري"

وبذلك هذين النظامين يقتربان في أثرهما .ولكن هذا هو الشبه الوحيد الذي يلتقيان فيه، اذا تبقى لكل منهما قواعده الخاصة المختلفة عن قواعد الأخر .فهما كما رأينا يختلفان من حيث السبب و النطاق، وكذا من حيث سلطة القاضي التقديرية ازاء كل منهما وهذه نبذة عن الاختلاف[1] .

الفرع الثاني :تمييز البطلان عن عدم النفاذ في مواجهة الغير

يخلط البعض بين البطلان وعدم نفاذه في حق الغير، رغم ما بينهما من خلاف بين، فإذا كان التشابه متمثلا في أنهما يتعلقان بالعقد، وانهما يمسان أثاره فإن عدم النفاذ ليس وجها للبطلان، ولا احدى صوره.

فنعني بعدم النفاذ عدم الاحتجاج بآثار العقد في مواجهة الغير ويفترق البطلان عن عدم النفاذ في أن الأول يتسمك به أحد طرفي العقد، بينما لا يتمسك بعدم النفاذ، الا من هو من الغير.

كما يفترق البطلان عن عدم النفاذ في أن الأول لا يرتب أثاره ما بين طرفي التعاقد ولا بالنسبة للغير، بينما عدم النفاذ يترك العقد صحيحا يرتب اثاره بين عاقديه، لكنه لا يرتب هذه الآثار في ذمة الغير[2] .

[1] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق. ص: 46

[2] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص: 60

والبطلان اذا كان مترتبا على عدم توافر صحة العقد، يرتفع عن طريق الإجازة الصريحة أو الضمنية، أما عدم النفاذ .فينتفي عن طريق اقرار الغير للعقد، كإقرار بيع ملك الغير بمعرفة المالك الحقيقي (المادة 1/398 ق.م)[1]

فالتصرف يعتبر باطلا متى كانت هناك علة قد لحقت التصرف حين انشاءه، في حين أن التصرف يعتبر غير سار أو نافذ في حق الغير متى كانت أثاره غير ممكنة التحقيق بالنسبة الى الغير على الرغم من ان التصرف يعتبر صحيحا حين انشائه[2] .

كذلك يضاف الا ما تقدم أن المشرع ينظم من يتمسك بالبطلان، سواء كان ذلك في البطلان المطلق او البطلان النسبي .أما اذا رجعنا الى عدم النفاذ فإننا نجده في هذه النقطة يقترب كثيرا من البطلان النسبي، بحيث يكون الشخص الذي تقرر عدم السريان لمصلحته فهو لم يشترك في إبرام العقد أصلا، اما الشخص الذي خول له القانون الحق في الطعن بالبطلان طرف في العقد[3] .

مثال :فبيع ملك الغير صحيح منتج لأثاره فيما بين طرفيه قبل أن يقره المالك الحقيقي، ولكنه لا يسري في مواجهة هذا الأخير قبل اقراره اياه.

كذلك البطلان المطلق لا يزول بالإجازة[4] .أما عدم السريان فيزول أثره إذا أقره من خول له القانون الحق في التمسك به .فإذا كانت الإجازة تزيل القابلية للإبطال في تأييد العقد، فان عدم السريان يزيله الإقرار الصادر من صاحب المصلحة في التصرف.

---

[1] العربي بلحاج، ، المرجع السابق، ص: 175 ، المحكمة العليا، 27 أفريل 1983 ، الاجتهاد القضائي، د.م.ج، الجزائر، 1986 ، ص: 12-14

[2] محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا، مقدم الى جامعة الجزائر، 1976 ، ص: 15

[3] محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص: 44

[4] محمد صبري السعدي، ، المرجع السابق، ص: 244

المطلب الثالث: امتداد آثار بطلان العقد في مواجهة الغير

الفرع الأول: الآثار العرضية

أولا: آثار بطلان العقد بصفة عامة

1-انتقاص العقد:

- مفهوم الانقاص العقد:

وفي موضوع العقد الاطل تنور مسألة اذا كان العقد في شق منه باطلا والجزء الأخر حدا، وهو ما يسمى في الفقه مسألة انتقاض العقد.[1]

وتعني بالانتقام التخلص من الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح لطالما احتمل التجزئة ، فإذا لم يحتملها لم يكن هناك محل لهذا الانتقاص[2].

وفي حالة ما يكون العقد باطلا لي جنيه منه أو في شق منه فان هذا البعبلان لا يشمل الشق الصحيح من العقد ، إلا إذا تبين أن العقد لا يمكن أن يتم بدون وجود الشق الآخر الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيطل حينئذ العقاد كله ، ويفسر هذا الحكم الذي جاءت به المادة (104) رغبة المشرع في التقليل من حالات الإبطال ، ودلك حقا لا منه على الاستقرار والثقة في التعامل[3].

مثال ذلك إذا باع شخص ما يمتلكه من منزل وسيارة ، بعقد واحد ، ولكن مع تحديد تمن مستقل لكل منهما ، فلو كان المنزل من سينتغل في عمل مخالف للنظام العام و الآداب

---

[1] عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، ط 3، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011 ، ص:

[2] فرج علواني هليل، ، المرجع السابق، ص: 50

[3] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح قانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، ج 1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005 ، ص: 94

عندئذ يبطل الشق الخاص بالمنزل ولكن يبقى العقد الصحيحة في الشق الأخر المتعلق بالسيارة، ذلك أننا تكون في هذه الحالة بصدد عقدين كل منهما الأخر وليس عقدا واحدا.[1]

وغنى على البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، فيجب أيضا ألا يكون هذا الانتقام متعارنا مع قصده المتعاقدين ما كان ليرني إبرام العقد بغير الشق العيب ، فان المعدلان أو الإيطالي لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشيق وحده[2].

- **شروط انتقاص العقد:**

أ- أن يكون العقد باطلا في شق عنه فقط

ب- أن يكون العقد قابلا للانقسام

ج- وان يكون الشق الباطل غير مؤثر.[3]

أ- بطلان شق من العقد

اذا كان العقد صحيحا في كل بنوده أو باطلا بأكمله ، فلا حاجة للانقاص ، حيث يكون العقد في الحالة الأولى صحيحا ، ويكون باطلا كليا في الحالة الثانية ، وهذا اذا تعذر تحويله كما أسلفنا . ويعتد بالإنقاص اذا كان العقد باطلا في بلد من بنوده ، أو في جزء منه فقط ، ويحدث الوضع – عادة – اذا تطمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون ، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه في المادة 622 ق.م) و أو الشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو

[1] أمجد محمد منصور، النظريةالعامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط 6، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011 ، ص: 20

[2] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني (بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة)، ج 1، ط 4، دار العدالة، القاهرة، مصر، ص: 405

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 282

الحد أو الإنقاص منه (المادة 556 من القانون المدني الجزائري) ، أو الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يتعمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منه (المادة 384 ق.م)[1].

ب – **قابلية العقد للانقسام**

يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله ، أما اذا كان جزء منه باطلا وكان التصرف قابلا للانقسام ، فلا يكون هناك محل التحول التصرف ، بل لانتقاصه ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح،[2] وفي اعتقادنا فان العقد يكون قابلا للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد ، فلا يغير من طبيعته القانونية ، كإطلال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 من ق.م وقد نصت المادة 426 من ق.م " إذا وقع الاتفاق على أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا .. " أن مثل هذا الشرط بال من طبيعة عقد الشركة، الذي يقوم أساسا على أقسام الربح والخسارة ، وقد يكون العقد كذلك غير قابل للانقسام بمقتضى القانون مثل المادة 466 م . ق . م " الصلح لا يتجزأ فيطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله[3]. "

ج – **الشق الباطل غير مؤثر**

ويشترط أيضا ألا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، ومعنى آخر أنه لولا هذا الشق أو الشرط لما أبرم المتعاقدان العقد ، لأن إبقاء العقد يعد إبطال هذا الشق أو ذلك الشرط يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب احترامها[4].

---

[1] المرجع نفسه"، ص: 282

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ص: 54

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 283

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 276

ثانيا: أثر انتقاص العقد:

بعد إنقاص العقد يكون الشق الباطل منعدما وكأنه لم يكن ، ولا يترتب عليه أي أثر ، فعند إبطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو المقاول طبقا للمادة 556 من القانون المدني ، فإنما يلتزمان بالضمان من توافرت الشروط المقررة لذلك . أما بالنسبة للشق الصحيح فانه يرتب كل أثاره القانونية الأصلية . [1]

ويلخص مما سبق أن الانقاص هو تفسير الارادة المتعاقدين ، فاذا تبين أن إرادتهما ، قد قصدت اما أن يصح العقد كله أو يطل كله ، فيمتنع الانقاص الا اذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد لو علما بالبطلان [2]. كما أن الانقاص يكون حتما اذا نص القانون علي ، وذلك جزاء فجاورة بعض الخدود أو الأوضاع التي يقررها.[3]

ففي هذه الأحوال يجب انقاص العقد دون حاجة الى اثبات ارادة المتعاقدين الى هذا الانتقام ، بل حتى ولو ثبت أن ارادة المتعاقدين ما كانت لتتجه إلى ابرام العقد لولا تجاوز الحدود التي قررها القانون .[4]

وتشير أيضا إلى أن أبطال أو بطلان العقد قد يلحق بالمتعاقد أضرارا ، خاصة اذا كان يجهل سبب ذلك البطلان أو الابطال عند التعاقد ، وهذا يطرح مشكلة التعويض حيث يكفي للمتضرر أن يثبت وقوع خطأ من جانب المتعاقد معه طبقا للمادة 124 قدم للحصول على التعويض . فالعبرة تكون بالمسؤولية التقصيرية وليس بالمسؤولية العقدية ، لأن العقد باطل.[5]

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 284.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 277

[3] المرجع نفسه" ، ص: 278

[4] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص: 284

[5] فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص: 50

2- تحول العقد:

- **مفهوم تحول العقد:**

يقصد بالتحول إنقاذ مالا يمكن إنقاذه من العمل القانوني ، والاستفادة منه في شكل آخر، أخذ بالقاعدة الشرعية (وأعمال الكلام خير من إلغائه) ، فإذا كان العمل القانوني الباطل يصلح لأنه يشكل عملا قانونيا آخر ، لا مانع من الأحد بالا العمل.[1]

وإذا اشتمل التصرف الباطل على عناصر عقد أخر فانه يتحول إلى هذا العقد الأخير إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف إلى ذلك العقد الأخير ، وهذه هي فكرة " تحول العقد"[2]

وهذا جاء لتوضيح ما نصت عليه المادة 105 من قيم . ويكون تحول العقد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال ، وتتوافر فيه عناصر عقدا أخر ، وفي هذه الحالة بدلا من أن يسقط العقد الذي قصد الطرفان إبرامه ، يتحول العقد إلى عقد أخر هو العقد الذي توافرت عناصره ، متى تبين أن نية الطرفين كانت تنصرف إلى هذا العقد الأخير والارتباط به ، أو أفما تبينا ما في العقد الذي قصداه في الأصل من بطلان . ولا شك في أن هذا الأثر يترتب بصفة عرضية على العقد الباطل أو القابل للإبطال ، لأن الطرفين لم يقصد بصفة أساسية التصرف الذي توافرت أركانه ، وان كانت إراد گما المحتملة تتجه إليه لو علما بأن التصرف المقصود أصلا ، تعرف معيب الواقع أن مبرارات الأخذ هذه النظرية يمكن تلمسها من رغبة المشرع في التقليل من حالات البطلان ، لأن البطلان لا يعتبر هدفا يسعى اليه المشرع ، وانما وسيلة يستعملها للتخلص من عقد غير موجود ، وذلك بسبب عدم توافر أركان وجوده ، أو لحماية بعض الأشخاص كناقصي الأهلية ، أو من عابت ارادهم بعيب من عيوب الرضا في حالة ما يتمسك

[1] محمود علي دريد، المرجع السابق، ص: 234

[2] توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص: 175.

هؤلاء بحقهم في ايطال العقد ومن ثم فإذا كان العقل الباطل يتضمن عناصر عقد صحيح ، فيتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح . [1]

ومن صور تحول العقد الباطل أن الكمبيالية لا تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تعتبر سندا عاديا اذا كانت مستوفية الشروط اللازمة له و السندات وهو التوقيع وهي الكمبيالية النقل ملكيتها ، اذ وقع باطلا لنقص بياناته، فانه يتحول إلى تظهير توكيلي يفيض قيمة الكمبيالية[2].

- **شروط تحول العقد**

أ- أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال[3]

بحيث لا يجوز تحويل عقد صحيح إلى عقد أخر حتى لو يتضمن العقد الأول عناصر العقد الثاني ، عود عدول أحد المتعاقدين عن نيته الأولى .[4]

فالهبية الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة.

ب- أن يكون التصرف الأصلي متضمنا عناصر تصرف أخر

إذ لا يجوز الأخذ بنظرية تحول العقد ، الا اذا كان التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال يتضمن عناصر عقد صحيح ، في مثال ذلك عقد البيع الوارد في ورقة رسمية و الذي تخلف فيه ركن الثمن ، فقد قلنا ، أنه يتحول إلى عقد هبة صحيح ، لكن لوكان البيع لم يرد في ورقة رسمية ، فان عقد الهية كذلك يعتبر باطلا ، لكون أن الهية لابد أن تدرج في عقد رسمي،

[1] خليل أحمد حسن قدادة،، المرجع السابق، ص: 95

[2] أنور السلطان، المرجع السابق، ص: 169

[3] محمود علي دريد، المرجع السابق،ص: 234

[4] محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص: 204

كذلك اذا باع أحد الأشخاص دار لشخص أخر ، ثم تبين أن هذه الدار ليست مملوكة للبائع ، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يتحول هذا البيع إلى بيع أخر يرد على دار مملوكة للبائع[1].

ج – انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح

يشترط اخيرا لتمام تحول العقد أن تنصرف ارادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح لو أنهما تبينا بطلان العقار الأجلي ، وعلى هذا لا يتم التحول بناء على ارادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن الارادة الحقيقية انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل ، انما بناءا على ارادهما المحتملة التي يفترض أنها كانت تتجه إلى العقد الجديد الصحيح لونتيه المتعاقدين إلى بطلان العقد القدم ، و على هذا النحو يرتب العقد الباطل أثاره باعتباره واقعة مادية أثرا عرضيا.[2]

والمسألة على كل تنتهي عند القاضي ، وهو الذي يقع عليه عين التوصل إلى مثل هذا الافتراض أي عبء الكشف عن الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، ويستطيع القاضي أن يهتدي إلى ذلك من خلال ، تضمن التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال العناصر العقد الصحيح ، وهذا دليل على إمكان اتجاه نية المتعاقدين ، إلى جعل هذا التصرف صحيحا لو علما بالبطلان، وكذلك أن يحقق التصرف الصحيح الذي يتضمنه العقد الباطل الغاية التي يهدف إليها المتعاقدان من التصرف الأصلي ، فالقاضي في هذه الحالة يحل محل المتعاقدين في اختيار التصرف القانوني الصحيح.[3]

ومن قبيل ذلك تحول الرهن الرسمي الباطل لعيب في الشكل الى رهن حيازي على ذات المعقود عليه[4].

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع نفسه، ص: 96

[2] أنور سلطان، المرجع نفسه، ص: 171

[3] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص:97

[4] محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص : 205

- **آثار تحول العقد**

اذا تم تحويل العقد الباطل ، وهو العقد الأصلي ، يصبح هذا الأخير منعدم الوجود ، ويعتبر كأنه لم يكن ، بينما يرتب العقد الجديد ، وهو العقد الصحيح ، كل آثاره[1].

الفرع الثاني: الآثار الاصلية للبطلان في مواجهة الغير

الأصل أن في تقرير بطلان العقد او ابطاله ، يفيد انعدام العقد ليس مستقبلا فقط ، بل من يوم ابرامه أي بأثر رجعي ، ويقتضي في بعض الأحيان انسحاب آثار تقرير البطلان إلى يوم ابرام العقد اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد وكذلك الأمر بالنسبة للغير اذا كان قد اكتسب حقا من أحد المتعاقدين[2].

اذ تنص المادة 103 من القانون المدني الجزائري : " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله ، فان كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، برد ما عاد عليه من بسبب تنفيذ العقد اذ يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به. "

فعلى أي مدى يمكن اعادة الحال الى الوضع السابق ؟ تور الصعوبة اذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه ، اذ ينبغي اعادة الحال إلى ما كان عليه ، وقد يتعذر ذلك في بعض الأحيان . اذ قد تستحيل اعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، كما أن هناك حالات ما لا يستلزم فيها الشخص بالرد ، أو ما قد يلتزم فيها برد بعض ما تم قبضه تنفيذا للعقد[3].

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 270

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 272

[3] توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص: 177

فاذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه ، يجب على كل عاقدا أن يرد كل ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه ، فاذا كان العقد بيعا ، التزم البائع برد الثمن ، والمشتري برد المبيع وثمراته من يوم المطالبة القضائية اذ كان حسن النية .[1]

واذا ما استحال الاسترداد ، بأن ملك المبيع مثلا وهو في حيازة المشتري وبخطأ منه مع جواز القاضي بتعويض معادل ، هنا يلزم المشتري برد قيمة المبيع وقت هلاكه وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس المسؤولية العقدية لانعدام العقدة .[2] والبائع يلتزم برد الثمن على أساس دفع غير مستحق.[3]

وفي العقود الزمنية ، يستحيل اعمال الأثر الرجعي للبطلان . إذ يستحيل على أحد العاقدين رد ما تسلمه ، أو ما أفاد منه بمقتضى العقد ، كما هو في عقد الإيجار و العمل و المقاولة و العارية ؛ فهنا بحكم القاضي بتعويض معادل (م 103 / 2) ؛ وهذا التعويض هو قيمة العمل أو هذه المنفعة دون التقيد بالأجر المتفق عليه لقاء العمل ، أو الأجرة المتفق عليها مقابل المنفعة . ولكن هذا الحل المبدئي ، وهو اعادة الأطراف إلى ما كانا عليه قبل ابرام العقد حدود خاصة اذا كان المتعاقد ناقص الأهلية أو ملوثا[4].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 588

[2] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص: 339

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 269-270

[4] الزهرة حمو، أثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة للاستكمال متطلبات شهادة الليسانس اكاديمي، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012-2013. ، ص: 7 –

1- كيفية الاسترداد

-أ الاسترداد العيني

وهو أفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد ، وهي أن يسترد كل منهما ما أداه عينان فللبائع أن يسترد المبيع وثماره منذ ابرام العقد ، و للمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه وكذلك المصاريف التي أنفقها لحفظ البيع عن حسن نية[1].

-ب - الاسترداد بمقابل

ويكون عند استحالة التنفيذ العيني ، بسبب هلاك الشيء ، أو لطبيعة المعاملة (كما هو الأمر بالنسبة للعقود الزمنية) ، ففي هذه الحالة وعند غياب اتفاق المتعاقدين ، يحدد القاضي مبلغ التعويض الذي يحل محل الاسترداد العيني[2].

-آ- الزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة:

القاعدة في هذا الصدد أن ناقص الأهلية لايلزم اذا أبطل العقد لنقص أهلية ، أن يرد على غير ما عاد عليه من منفعة منه ، فاذا أنفقه في ملذاته أو فوه لايلتزم برد شيئ منه ، اما اذا اتفقه في وجود الانفاق المعقولة أو استثمار ، كان ملزما بأن يرده في حدود حد ما عاد عليه من نفع .[3] وذلك طبقا للمادة 103 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر.

[1] مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي (مصادر الالتزام)، ط 1، الفتح للطباعة و النشر، الأزاريطة، مصر، 1996 ، ص273-274.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 273

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 248

-ب- حرمان الملوث من الاسترداد الكلي[1] : Nemo auditur propriam turpitudinem allegans

هناك قاعدة رومانية قديمة تقضي : " ليس للغاش أن يستفيد من غشه " . ومعناه أنه يحرم المتعاقد الذي تسبب في عدم المشروعية يفقد الحق في استرداد ما أداه ، وتنص قاعدة رومانية أخرى " اذا تساوى الطرفين في الغش فلا مجال للاسترداد " . وفي : الحالي لا يعتد كائين القاعد يتين الا اذا تعلق الأمر بالآداب فقط ، اذ لايجوز أن يحظى الطرف الملوث بحماية القضاء ، ويمتنع عليه رفع دعوى قضائية باسترداد ما كان قد أداه.[2]

فاذا دفع شخص مبلغا من المال الى امرأة بقصد اقامة علاقة غير مشروعة معها ، وقضى ببطلان هذا الاتفاق فان هذا الشخص وفقا لهذه النظرية لا يستطيع استرداد ما دفعه ، وكذلك من اتفق مع غيره على ارتكاب جريمة من الجرائم في مقابل مبلغ معلوم دفعه اليه ، فاذا أبطل هذا الاتفاق ، فان هذا الشخص الذي دفع هذا المبلغ لا يستطيع استرداده وفقا لهذه النظرية .[3]

ومع ذلك فانه بالنسبة للمحل الغير المشروع ، فانه يحكم مصادرته ، اذا كانت حيازته تكون جريمة جنائية ، وفي حالة الباعث الدافع للتعاقد الغير المشروع ، فان العقد يظل صحيحا ، إذا كان العاقد اللاخر حسن النية ، حيث لم يشترك في هذا الباعث غير المشروع ، ولم يثبت علمه به ، ولا يجوز بالتالي للطرف الملوث استرداد ما أداه ؟.[4]

و القاعدة في القانون الجزائري هي أن العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب أخر ، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقا للقاعدة العامة التي

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 85

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص: 270

[3] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط 3، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2003 ، ص: 184

[4] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية و الغير الارادية، (د.ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص : 100

ذكرناها سابقا ، و وهذا انطلاقا من أن القاعدة الرومانية لا تتفق مع منطق البطلان ، كما أنها تشجع على الفساد اذ تؤدي إلى النتيجة التي تترتب على العقد الصحيح .[1]

ولا تقتصر قاعدة الأثر الرجعي بالنسبة للمتعاقدين فقط ، بل وبالنسبة للغير أيضا، ومن هذا المنطق ، ومما سبق ذكره ، تقسم هذا المطلب الى فرعين ، الأول تعرف فيه الغير الحسن النية ، أما الفرع الثاني فستستعرض قاعدة الأثر الرجعي في مواجهة الغير الحسن النية.

اولا: المقصود بالغير

ينعكس أثر البطلان أو الإبطال بما يؤدي اليه من التقرير بزوال العقد وضرورة إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقدة . اذ لا يقتصر أثره على العاقدين فقط ، بل يمتد إلى الغير ، فالبطلان له أثر مطلق ، ويحتج به في مواجهة الكافة[2].

وهنا يثور سؤالنا، من هو الغير الذي يتأثر بالعقد الباطل إلى جانب العاقدين ؟ ثم ما هي الآثار التي تسري على هذا الغير في حالة بطلان العقد هل هو عن العقد ؟ أم أنه شخص تلقى من المتعاقدين حقوق متعلقة بهذا العقد ؟[3] فلا شك أن المعني الأخير هو المقصود في هذا الصدد ، وبعبارة أوضح الخلف الخاص للمتعاقدين ، أي من تلقى ملكية الشيء محل العقد الباطل أو من تقرر له حقا من الحقوق على هذا الشي[4] وهو أيضا من يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات ، أو في حق عيني[5].

بمعنى أن الغير ، هو كل اكتسب حقا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه . وبذلك يمكن القول بأن البطلان أثرا مطلقا كما يقول البعض، أو أثرا عينيا كما يرى البعض

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق ،ص: 195-196

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 277

[3] ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات)،ج 1،ط 1، الاصدار 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2008 ، ص: 291

[4] سعيد سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 202-2003، ص 184.

[5] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص: 27

الأخر.[1] و الغير هنا أيضا من يكون قد تعاقد مع المتصرف اليه في العقد الباطل على أكسا تعلق بالشيء موضوع هذا العقد الباطل[2].

بمعنى أنه تلقى من العاقدين حقا على الشيء الذي هو محل العقد الذي تقرر بطلانه ، وهو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين[3]. وهو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه ومقتضى هذه القاعدة ، أنه في حالة ما إذا نفذ العقد كله أو جزء منه ثم قرر القاضي أبطاله ، يجب على كل عاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى هذا العقد ، أي أن تقرير البطلان أو الايطال يحمي كل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، وينشئ ، حقوقا والتزامات جديدة في ذمة كل متعاقد[4].

ثانيا: زوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير

الأصل أنه إذا بطل العقد الأول ، فيجب أن يبطل العقد الأخر تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان .[5] ومن مقتضاها إذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقا عينيا رهن أو اتفاق) ثم تقرر بطلان البيع فان البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري حتى ولو كان المشتري قد باعها لأخر ، فللبائع الحق في أن يستردها من المشتري الأخير[6].

لأنه إذا زال حق المشتري زالت بالتالي الحقوق التي ترتبت للغير معرقته تطبيقا لمبدأ " أن فاقد الشيئ لايعطيه"، فزوال حق الناقل يزيل حق الملتقى Resoluto juire dontis.

---

[1] لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، مقدم بكلية الحقوق و العلوم الادارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،. 200-2001 ، ص : 149

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 24

[3] ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه، ص: 2

[4] عبد المنعم فرج صده، مبادئ القانون، (د.ط)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1982 ، ص: 3

[5] العربي بالحاج، المرجع السابق، ص: 198

[6] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص: 339

resoluitar jus accipients فطالما بطل حق المشتري الأول بطل حق المشتري الأخير ، فان حق المشتري الأخير يكون باطلا أيضا فما بني على الباطل يكون باطلا أيضا . غير أن هذا المبدأ تحد عنه القواعد الخاصة بحماية الغير الحسن النية."[1]

ومثال ذلك أيضا ، إذا باع عمر عمارة لزيد ، وباعها هذا الأخير لعلي ، فيعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة للعملية التي تمت بين عمر وزيد ، ولكن إذا تم إبطال عملية البيع هذه ، يتأثر علي بذلك ، لأن زايد الذي اشترى منه العمارة لا يعتبر مالكا وليس له إذن في أن يتصرف في العمارة ، وهكذا يسرى البطلان مبدئيا في حق الغير ، فيلزم علي برد العمارة.[2]

ومثال ذلك أيضا في عقد البيع الباطل الذي تقذ يلتزم فيه المشتري برد العين المبيع من وقت المطالبة القضائية كذلك ، مع افتراض حسن النية[3].

لكن قد يهلك المبيع في يد المشتري بخطأ منه ، هنا يصبح الاسترداد مستحيلا فيحكم القاضي بتعويض معادل ، بحيث يلتزم المشتري برد قيمة المبيع وقت هلاكه . بالمقابل يلتزم البائع يرد الثمن. [4]

ويتعين عمليا أن يرفع المالك (البائع الأول) دعواه على السلف و الخلف معا.

السلف (المشتري الأول) باعتباره الملزم أصلا بالرد و الخلف باعتباره حائز العين أو صاحب الحق عليها[5].

[1] أنور السلطان، المرجع السابق، ص: 160

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 277

[3] عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص: 363

[4] لطيفة عروسي، وآخرون، بطلان العقد بين الفقه و القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية الادارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2001– 2002 ، ص: 26 –

[5] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص: 688

وجوب تسجيل دعوى البطلان

وتشير أيضا إلى أنه مني قضى بالبطلان وأصبح الحكم خاليا ، فان حقوق الغير التي تعلقت بالعقار محل العقد يتحدد مدى نفاذها في حق المالك بحسب تاريخ تسجيل صحيفة دعوى اطلان أو التأشير إما على هامش تسجيل العقد الباطل ، إن كان قد سجل قبل رفع الدعوى[1].

فان كان الغير الذي العين قام بالتسجيل قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان ، استقرت له الملكية بشرط أن يكون حسن النية أي لا يعلم بالعيب الذي شاب عقد من تلقى الحق منه و أن يكون هذا العقد خلوا مما يدل على بطلانه ، فإن كان من تلقي الحق سيء النية وقت ابرام العقد ، فان الملكية لا تنتقل إليه ويحاج بالبطلان ، و العبرة بتوافر حسن النية وقت إبرام العقد لا وقت تسجيله ، ويفترض في من تلقى الحق حسن النية ومن ثم يقع على طالب البطلان إثبات سوء نيته وله ذلك بكافة الطرق ، أما إن كان الغير قد سجل تصرفه بعد تسجيل صحيفة دعوى البطلات أو التأشير هما ، فانه يحاج بالحكم الذي يصدر بالبطلان[2].

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقا عينيا بعد تسجيل دعوى البطلان ، فان حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية ، أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر أن حقه يزول إذا كان سيئ النية ، ويبقى إذا كان حسن النية.[3]

ونتيجة ما تقدم أن تضيع حقوق الملف الخاص بسبب بطلان أو إبطال عقد السلف.

---

[1] مصطفى مجدى هرجه، العقد المدني (أركانه، أثاره، بطلانه)، (د.ط)، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2002 ، ص: 201-202

[2] مصطفى مجدى هرجه، المرجع السابق، ص: 202

[3] مصطفى مجدى هرجه، المرجع السابق، ص: 594

وجدير بالذكر أن من تصرف في شيء تملكه بموجب عقد قابل للإبطال يسبب من جهته يمتنع عليه أن يطلب إبطال عقده ، إذا تصرف في الشيء للغير لأن ذلك يعد من جانبه إخلالا بالتزامه بالضمان في مواجهة خلفه.[1]

وخلاصة القول إذا تقرر بطلان العقد ، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ومن ثم يزول العقد بأثر رجعي ، وتكون العقود المترتبة عليه عديمة الأثر بالنسبة للخلف الخاص ، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن ينقلها إلى غيره ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فتعتبر عقوده بالنسبة للشيء عقودا صادرة من غير مالك . " [2]

ولكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها حيث أن ذلك قد يضر بالغير حسن النية ، ولذلك وردت عدة استثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية ، لذا سندرس الأن بالتفصيل حدود هذه القاعدة.[3]

المبحث الثاني: أنواع البطلان

تبني قانون الالتزامات والعقود تقسيما ثانيا للبطلان، متبعا في ذلك. غالبية التشريعات الحديثة. مثل القانون المدني المصري التي تبني نفس التقسيم الثنائي للبطلان ، وقبل أن تمضي على تطبيقه خمس سنوات ظهر رأي فقهي سنة 1953 في مصر ينادي بوحدة البطلان، وقد جاء أيضا القانون المدني الجزائري مقتفيا أثر القانون المصري في الأخذ بالتقسيم الثنائي، وللوقوف على الاتجاه الذي انتهجه المشرع الموريتاني وكذلك الجزائري في تبنيهما التقسيم الثنائي. سنعرض لكلا من التقسيم الثنائي ونظرية وحدة البطلان وذلك على النحو التالي.

[1] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص: 688

[2] الزهرة حمو، المرجع السابق، ص: 12-13.

[3] نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 249

للبطلان نوعان : (البطلان المطلق والبطلان النسبي) اهتم الفقه بمسألة البطلان ، وحظيت عنده بعناية خاصة ، وفي إطار عناية الفقه هذه مسألة البطلان اتجه اتجاهات متعددة ، فهناك من قال بالتقسيم الثنائي للبطلان ، وهناك من أضاف نظرية الانعدام، في حين أن رأيا ثالثا قال بوجود بطلان من نوع خاص وكما سبق فإن المشرع الجزائري أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان مثله مثل المشرع الموريتاني ولاستبيان موقفيهما سنتناول هذه المسائل في ما يلي:

المطلب الأول: البطلان المطلق

الفرع الأول: تعريف

البطلان المطلق هو البطلان الذي يلحق العقود التي استوفت كل أركانها الأساسية ولكنها تكون باطلة لمخالفتها لقوانين متعلقة بالنظام العام أو الآداب وبالتالي فسبب البطلان حسب هذا الرأي هو مخالفة العقد[1] لقانون متعلق بالنظام العام وبالإضافة إلى هذا الرأي ذهب رأي ثاني من الفقه إلى أن البطلان المطلق هو البطلان الذي يلحق بعض العقود جراء عدم توافر الأركان أو أخلالها بالالتزامات القانونية واعتبارات النظام العام ، فيعرف البطلان المطلق بأنه الجزاء الذي يرتبه المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد ، كانعدام الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل ، وإما بموجب نص قانوني في حالات خاصة ولاعتبارات تتصل بالنظام العام فيبطل العقد على الرغم من توافر سائر أركان انعقاده .56 ويؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل في تعريف البطلان الشروط المتطلبة في الأركان ، كما أنه لم يأخذ بعدم تطابق الإرادتين كسبب لبطلان العقد.[2]

[1] الدكتور محمد كامل المرسي، شرح القانون المدني المصري الجديد، الجزء الاول،بند247، ص 499

[2] زهدي يكن، شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنة. بالقوانين الحديثة، الجزء الرابع، الطبعة 01، بيروت،1962، بند332، ص118

الفرع الثاني: حالاته

بعد أن تطرقنا للتعريفات الفقهية للبطلان على النحو الذي تقدم سنتطرق إلى الحالات، ترى أنه حدد حالات أربع هي:

إبرام تصرف من شخص لا أهلية له ، وانعدام التراضي والمحل والسبب وشروطهما . إلى جانب تخلف ركن الشكلية في العقود الشكلية " – والتسليم في العقود العينية "، وسنحلل كلا من هذه الحالات الأربع على أن نتبع ذلك بالحالات التي أورد فيها المشرع البطلان بلص خاص

اولا: إبرام العقد من شخص لا أهلية له

لقد نصت المادة 193 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أنه يكون العقد باطلا في الحالات الآتية : " إذا أبرم من شخص لا أهلية له إطلاقا "[1] وهذا السبب ذاته نقله بعض الفقه بدون تحريف إذ قال أن العقد يكون باطلا إذا أبرم من شخص لا أهلية له إطلاقا 57 والمقصود بالأهلية هي أهلية الأداء التي مناطها الإدراك والتمييز 58 ، والحكم في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أن الشخص يعتبر فاقد التمييز ومن ثم عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر سبع سنوات ، فمرحلة التمييز تبدأ وفقا للتشريع الموريتاني.

من السنة السابعة ، عكس ما نص عليه المشرع الجزائري من أن الشخص يعتبر فاقد التمييز[2] ومن ثم عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة ، وبالتالي فهو غير مأهلا لإبرام العقود سواء كانت تلك العقود عقود تبرع أم عقود اغتناء ، ولذا فإن الصبي غير المميز وفقا للقانون المدني الجزائري لا يستطيع أن يقبل الهبة ، لأنه فاقد التمييز ، فلا يكون لإرادته أثر وقد كان القانون المدني الجزائري قبل تعديل 20 يونيو 2005 يحدد سن التمييز بستة عشر سنه وهو ما سبب له انتقادات جوهرية من بعض الفقهاء ، مثل الانتقاد الذي وجهه له

[1] زهدي يكن ،المرجع السابق، بند 333، ص119

[2] الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري،ج01 ، بند152ص290

على على سليمان الذي يرى أن ملك المشرع الجزائري في هذا الصدد جاء معيبا ، حين أناط التمييز بهذه السن المتأخرة 61 ، خاصة إذا كان لا يفصلها عن سن الرشد سوى ثلاث سنوات فقط 62 ، و هو ما دعاه المطالبة بتعديل يراعي هذه المسألة 164/38 وعلى الرغم من أن التعديل الذي أدخل على القانون المدني الجزائري في 20 2005 قد حط سن التمييز من ستة عشر سنة إلى ثلاث عشرة سنة ، فإنه من وجهة نظرنا لا تزال هذه السن متأخرة ، وتتعارض مع ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية الحديثة وكذلك ما سارت عليه الشريعة الإسلامية ، التي جعلت سن التمييز سبع سنوات ، باعتبارها السن التي يملك فيها الطفل القدرة على التمييز[1] إذا كان في حالة طبيعية وبالتالي فإنه وحسب وجهة نظرنا كان من الأفضل للمشرع الجزائري أن يجعل سن التمييز سبع سنوات تماشيا مع التشريعات العربية التي تأخذ هذا الحكم من الشريعة الإسلامية وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري خالف المشرع الموريتاني وكذلك أغلب التشريعات العربية ، وذلك حين سوى بين الصبي غير المميز وبين المجنون والمعتوه حيث اعتبرهم جميعا في حكم عديمي الأهلية " المادة 42/1 "[2] وكان على المشرع الجزائري أن يميز بين الصبي غير المميز من جهة وبين المعتوه والمجنون من جهة ثانية مثل ما فعل المشرع الموريتاني ، وذلك أن تصرفات الأول باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له نفعا محضا ، بينما تصرفات المجنون والمعتوه تكون صحيحة قبل تسجيل قرار الحجر عليهما ولا تكون باطلة إلا بعد هذا التسجيل ، أو في حالة ما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت العقد أو معروفة للطرف المتعامل معها 63 من خلال كل ما سبق ورباعمال دراسة المقارنة يتضح أن المشرع الموريتاني في قانون الالتزامات والعقود ، والمشرع الجزائري في القانون المدني يتفقان في كل ما يتعلق بأهلية التعاقد ، إلا أنهما يختلفا في تحديدهما لبدأ سن التمييز ، حيث قرر المشرع الموريتاني أن سن التمييز تبدأ من يوم بلوغ الفرد السنة السابعة من عمره ، في حين أن المشرع الجزائر رفع سن التمييز إلى السنة الثالثة عشر ، حيث اعتبر

[1] الاستاد محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي،بيروت،1969, ص494

[2] للتفصيل اكتر عد للمادة 1/42 من القانون المدني الجزائري

أن الفرد لا يعتبر مميزا إلا بعد بلوغه الثالثة عشر من عمره ، وهو بذلك خالف التشريع الموريتاني والتشريع المصري ، بل وكل التشريعات العربية ، وكذلك الرأي المعمول به في الشريعة الإسلامية ، من أن سن التمييز تبدأ منذ بلوغ الإنسان السنة السابعة من عمر.

ثانيا: إبرام عقد ينعدم فيه التراضي من جهة ، أو المحل أو السبب

قد سبق لنا حصر أركان العقد في التراضي ، المحل والسبب – بحسب الأصل . فما حكم تخلقها أو تخلف شروط المحل أو شرط السبب ؟

1- التراضي

إن اصطلاح التراضي يفيد حسب الأصل . اقتران إرادة المتعاقدين وتطابقهما تطابقا تاما في زمن محدد مع منهما إلى إحداث أثر قانوني معين . ويقتضي ذلك أن تكون الأرادتان جادتين غير خراجهما من دائرة الحالات النفسية إلى نطاق الظواهر لا هازلتين أو مجاملتين، وأن يتم التعبير عنها، الاجتماعية التي ينظمها القانون رادتين فأكثر لإحداث وقد أورد الفقهاء عدة تعريفات للتراضي منها اضي هو " اجتماع ويلاحظ على التعريف " ويزجز البعض فيقول أن " التراضي هو تطابق ارادتين:[1] الأول أنه يعبر عن التراضي بانه " اجتماع إرادتين دون أن يوضع عما إذا كان هذا الاجتماع ينطوي على تطابق الاراديتين من عدمه ، كما يلاحظ على التعريف الثاني أنه لم يقيد التطابق بقيد زمني ، وهذان لا يكفي صدور الأمران هما اللذان استدركهما رأي حديت في الفقه العربي بتعريفه للتراضي بانه وفد نجا،[2] " القبول و الإيجاب بل يجب ان يتلاقيا او يعلم كل من المتعاقدين ب القبول و الإيجاب المنحى إذ نص في المادة 59 التقنين هدا المشرع الجزائري من في تحديده لمدلول التراضي المدني الجزائري على أنه : " يتم العف بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (والأصح إرادتيهما) المتسابقتين " مفيدا بذلك أن اللحظة الزمنية التي يعتد بها لقيام التر هي لحظة تطابق الإيجاب والقبول الصادرين

[1] دكتور محمد كامل المرسي ،مرجع سابق، بند 29، ص70

[2] الاستاذ الدكتور محمد حسين, الوجيز في نظريه القانون الجزائري, المؤسسة الوطنية للكتاب1986, الجزائر

من طرفية التراضي ركن أساسي في ومن ثم يحق لنا أن نتساءل عن الجزاء على أن الخصو المترتب على تخلفه [1] أثر قانوني.

وللإجابة على هذا التساول ، نجد القضاء قد درج على أن الأثر الهام الذي ينتج عن تخلف التراضي هو بطلان العقد ، وهناك أحكام قضائية كثيرة تفصح عن الحكم ، بيد أنني أقتصر على حكمين صادرين من القضاء المصري تية ، فقد جاء في حكمها الصادر في 4 نوفمبر 1901 " يشترطا أما المحكمة الجز الوجود اتفاق شخصين أن يكون هذا الاتفاق مبنيا عل رضاء كل من كما أنه يشترط في رضاء من يتعاقد أن يكون رضاء مطلقا ، إذ أن وجود أدني خلاف بين القبول والإيجاب يكون من شأنه عدم إتمام الاتفاق وجعله كأن لم المتعاقدين . " يكن وأما محكمة النقض المصرية ، فقد قررت في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1951 مبدأ قانونيا هاما مفاده أنه متى كانت الإرادة منعدمة فإن التصرف يقع فهذان الميدان القانونيان اللذان قررتهما المحاكم المص رية يؤكدان أن انعدام ،[2] باطلا التر جزاؤه البطلان المطلق ويطالعنا في الفقه العربي رأي حديث يذهب أن التفرقة المستقر والتي مفادها أن البطلان نوع طلان مطلق يتقرر وتشريعا ضاء عليها فقها في حالة بطلان الرضا ، وبطلان يعتد به في حالة كون أحد الطرفين مشوبا والمستمر الاجتهاد تعتبر تفرة نهاغير متمشية مع بعيب من العيوب ويضرب لذلك مثلا مضمونه أنه حالة كون أحد المتعاقدين مصابا بجنون أو يوجد في حالة سكر ظاهر إلى درجة انعدم معها فكر عاقل لديه ، لا نكون بصدد بطلان مطلق أن الطرف المجنون أو السكران هو الذي يتضرر فقط في هذا العقد على عكس .المتعاقد الآخر الذي كان ملما بأحكام العقد أو أنه هو الذي تولى وضعها لهذا الأخير التمسك بمبدأ بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام الرضا ومن ثم فإنه لا يجوز في جانب الطرف الآخر المتعاقد معه وذلك بسبب عدم مراعاته لقواعد الضمير ، بل أن العقد يعتبر باطلا بطلانا نسبيا فقط بالنسبة

[1] الدكتور المرحوم احمد كامل مرسي, مرجع سابق ص 503 504

[2] الدكتور المرحوم, احمد كامل مرسي, مرجع نفسه ص 503 504

للطرف المتعاقد الذي كان رضاه معدوما فله أن يقرر هو أو ممثله إجازة العقد ويطلب تنفيذه أو أن يقيم دعوى الأبطال[1].

2- المحل

قبل تحليل أحكام البطلان المتعلقة بالمحل، يتعين التعرض لتحديد ماهيته و البحث عما إذا كان يراد به محل العقد أم يقصد به محل الالتزام ؟ وعلة هذا التساؤل تكمن في أن هناك عددا من العقود تنشي عدة التزامات يتعدد محلها بتعدد الأطراف. ففي عقد البيع مثلا يكون البائع ملتزما بنقل ملكية المبيع ، كما أن المشتري يلتزم بدفع الثمن ، أي أن عقد البيع ينطوي على محلين على الأقل هما : المبيع ، والثمن . وقد أدى هذا التعدد في المحل بالفقه إلى الأخذ بالتفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام ، وهو يرى في هذا الصدد أن محل وانه يراد ، الالتزام يقصد به ما يلتزم به المدين سواء كان ذلك عملا أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء بمحل العقد العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها وذلك نظرا لكونها متمايزين عن بعضهما البعض[2]opération juridique ' en visagee .... . بند فالعقدقد يكون باطلا لبطلان محله كما هو الأمر بالنسبة إلى التعامل في إن العملية القانونية (تركة إنسان على قيد الحياة (المادة 2/92 مدني جزائري[3] المراد تحقيقها محصورة قانونا و مع ذلك تظل الالتزامات التي يولدها العقد صحيحة وقد نجا المشرع الجزائري رأي الفقهي الغالب إذ أنه اعتد بمحل الالتزام وقد تطلب فية شروط معينة يجب توافرها حتى يكون صحيحا ، دون محل العقد تتلخص في كونه موجودا وقت نشاته وان كان ليس هناك ما يمنع من أن يرد الالتزام في هدا الصدد على شيء مستقبل ومحقق (المادة 1/92 مدني جزائري) ، ولا يفوتني ان اشير الى ان المشرع الجزائري جانبه الصواب حين تطلب شرط التحقق في فهم يرون أن المادة 92 بعض الشيء المستقبل .

[1] الدكتور جورج السيوفي, النظرية العامة للموجبات والعقود, ج اول, مصادر الموجبات, بيروت 1960, بند 193, ص 293 294

[2] الدكتور سليمان مرقص, شرح القانون المدني المصري, في الالتزام, الجزء الثاني, قاهره 1964, بند 118, ص 103

[3] نص المادة 1/92 مدني جزائري كتسالي, " غير ان التعامل في تركه انسان على قيد الحياه باطل ولو كان برضاه"

وقد وجه صياغتها العربية والفرنسية قد أخطأت حينما اشترطت لصحة تقبلية أن يكون الشيء المستقبل محققا " وهذا الشرط لا انون الفرنسي (المادة 1120 مدني) ولا في القانون المصري (المادة نون ينص على العقود الاحتمالية ، ومحل هذه 121 العقود وقد عرفت المادة 2/1104 مدني فرنسي العقد (incertain) , الاحتمالي بأنه العقد الذي يتوقف فيه الالتزام على حادث غير محقق ويتعرض فيه كل من المتعاقدين لمجرد الصدفة التي قد تأتي بربح أو بخسارة . وقد نقلت المادة 2/57 من النسب للقانون الج التعريف الوارد في القانون الفرنسي للعقد الاحتمالي" غير أن ذلك لا يعني جواز التعامل في جميع الأشياء المستقبلة بل يخرج من نطاق ذلك التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة إذ أخضعه المشرع الجزائري للبطلان المطلق حتى في حالة رضا صاحب الشأن به إلا إذا نص القانون على غير ذلك (المادة 2/92 مدني صحيح لأنوإلى جانب شرط الوجود في محل الالتزام ، فقد تطلب فيه المشرع شرط الإمكان المادة 93 مدني جزائري) ، فضلا عن أنه اشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين المادتان 94 و 95 مدني جزائري) ، ومشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب) . (المادة 96 مدني جزائري) وإذا كان المشرع الجزائري قد تطلب شروطا في محل الالتزام ، فإنه قد رتب . " البطلان المطلق كجزاء على تخلفها أو تخلف بعضها مسايرة لما درج عليه القضاء ومن قبيل ذلك ما نص عليه في المادة 93 من أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " ، كما اشترط في المادة 1/94 ضرورة تعيين محل الالتزام إذ جاء بها : " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعة ومقداره وإلا كان العقد باطلا " ، كما علق نفس الجزاء على عدم مشروعية المحل في المادة 96 التي جرى نصها على النسق التالي : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا وإنه ، وإعمالا بالمادتين 96 و 97 من ق.م.ج. ومتى كان محل الالتزام أو سببه دا مخالفا للنظام العام أو الآداب[1] ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ورغم أن الفكر القانوني قد

[1] راجع قرار المجلس الاعلى رقم44571 المؤرخ في 26/01/1987, المنشور بالمجلة القضائية 1992, العدد الرابع, صفحه 56

استقر على أن انعدام المحل أو تخلف أحد شروطه يفضي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، فقد ظهر حديثا في الفقه العربي رأي يذهب إلى ضرورة استبعاد البطلان المطلق كجزا على تخلف موضوع العقد مؤسسا وجهة نظره على أن موضوع العقد (المحل) غير قائم لعدم توافر شروط اكتمال العقد ثم يصبح هذا الأخير (أي العقد) غير ملزم لا باطل بطلانا مطلقا ، بحيث إذا ما رفعت دعوى بشأنه فإنها ترد لهذا السبب وأرى أن هذا التصور الجديد ترد عليه الملاحظتان التاليتان إن صاحب هذا الرأي الجديد لم يوضح هو الطرف الذي يتمسك بعدم إلزامية –1 العقد ، فإذا ما قلنا بأن الأمر يقتصب على صاحب المصلحة فكيف يمكن للمحكمة أن تامر المدين بتنفيذ عقد إنعدم أحد أركان وإذا ما أعطى هذا الحق للمحكمة لكي تحكم ، " بعدم إلزامية العقد فلا فائدة دول عن استعمال اصطلاح " البطلان المطلق .لأنه أوضح من عبارة " غير ملزم " للدلالة على ذلك وحتى يقال أن العقد " غير ملزم بداهة العقد قانم –2 وموجود ، وهو أمر غير متحقق في الصورة الاختلال ركن وفي العقد وهو موضوعه خلص مما سبق أن المحل الذي قصده المشرع الجزائري هو محل الالتزام نست الناشئ عن العقد دون محل العقد نفسه ، وأن تخلفه بسبب عدم توافر أحد شروطه أو كلها المتمثلة في ضرورة كونه موجودا أو قابلا للوجود ، ومعينا أو قابلا للتومشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو للآداب– يؤدي إلى إلحاق صفة البطلان المطلق بالعقد

3- السبب

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد، وهو يتضمن إجابة على سؤال مضمونة: لم التزم المدينة بالمقابلة إلى سؤال آخر يثار بصدد المحل: بم التزم المدين ؟ وقد ثار تساؤل في الفقه حول الطبيعة القانونية للسبب ، فذهب رأي إلى أن في حين أن فريقا أخر ذهب إلى أنه ركن في إرادة،[1] السبب ركن في الالتزام العقدي ومن وجهة نظر شخصية ، أرى أن السبب ركن في الالتزام العقدي ويراد به الغرض الذي دفع كلا من المتعاقدين لإبرام العقد ،

[1] الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز في شرح القانون المدني, ج1, نظريه الالتزام بوجه عام, القاهرة, 1966, بند 171, صفحه 161 162

ومن ثم فهو يختلف باختلاف الأشخاص ودوافعه ملموسة حيوية خلافا لسبب الالتزام حيث يقصد به الغرض الذي بسببه تحمل المتعاقد بالتزامه وهو لا يختلف باختلاف العقود و من ثم تكون افعه مجردة وذات طابع فني.

ما موقف المشرع الجزائري من نظريه السبب

قبل بيان موقف المشرع الجزائري من نظريه السبب اشير الى ملاحظه الأهمية في نظري في نظر حل وهو مسلك معيب ان المحل والسبب تتجسد في ان المشرع الجزائري قد ادخل السبب في نطاق الاركان العقد متميزات عن بعضهما البعض ويترتب على انعدام اي منهما بطلان العقد صياغتها العربية اسندت 97 بالرجوع الى التقنين المدني الجزائري ان الماد, وبمقارنه و بالمقارنة في حين ان صياغتها الفرنسية قد اسندت السبب الى الالتزام السبب الى العقد الصيغتين الصياغة العربية ذلك ان النسخة العربية هي النسخة الأصلية بالإضافة الى ذلك فان هاجرت الان ومن ثم فلا يسعنا الا ان نقرر في هذا الصدد ما قرره النظرية من الفقهاء من انه يراد بسبب في القانون الجزائري هو السبب بالمعنى الحديث اي الباعث او الدافع الى التعاقد هذا ما عندك التيليفون و وجوده الا في العقد كبار السبب هو الباعث الدافع باختلاف العقود وباختلاف اشخاص المتعاقدين ويترتب على ذلك اذا انه اذا كان الباعث على التعاقد غير مشروع فان العقد يصبح باطلا بطلانا لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري وحيث انه متى كان سبب العقد غير مشروع ما تم التعاقد عليه كان باطلا بطلانا مطلقا و هذا ما صار عليه قضاء المجلس الاعلى.[1]

اغفال الشكل:

يقصد بالشكل افراغ قالب يحدده القانون ومفاد ذلك الشكل هو ذلك العقد الذي لتطابق الارادتين وحده فيه مصدر الشكلية المنصوص عليها في الاجراءات بل انه يتطلب اتباع بعض الالتزامات قيام استفاؤها قانونا لقيام العقد ذاته وبالتالي عدم حتى في صور متعددة حسب ما

[1] سليمان مرقص, مرجع السابق, بنت 148, صفحه 133

يح واحيانا يتطلب ابرام العقد عن طريق توثيقه(الماده12 بولي 12 من قانون الصادر 70-91 في15 ديسمبر سنه1970 وبذلك يتميز وبذلك يتميز الشكل يعتبر في العقد بنص القانون المتطلب لإثبات شهر في ورقه مكتوبه دون تطلب الرسميه فيها وراء اذا حلي هذه المصطلحات ضرورة التمييز بين الاثبات القضائي و بين الشكل الذي يتطلبه القانون ركنا في العقد القانون اذا اشترط شكلا معين لإثبات عقد معين فالعقد ينشا بصرف النظر عن تدوينه في المحرر او عدم تدوينه ولهذا لا يعتبر الشكل ركنا من اركان العقد واذا تخلف الشكل المطلوب لإثبات فليس معنى ذلك ان التصرف يستحيل اثباته اثباته اما بتوجيه اليمين او باقراره اما اذا اشترط القانون صب العقد في شكل معين فان العقد لا ينشئ بدون استفاء ذلك الشكل الذي ينظر اليه على انه ركن في العقد فاذا لم يتم الشكل المطلوب فلا يعني عن اقرار الشخص بصدور العقد عنه جوز توجيهي توجيه اليمين اليه.

نتائج عمليه تترتب على التفرقه بين الشكل اما ومن هذا يتضح قلوب للإثبات و الشكل المطلوب ففي حاله التخلف الشكل المطلوب يعتبر العقد قائما ويرتب كافه اثاره اما في حاله تخلف او الشكل المطلوب لانعقاد فلا يعتبر العقد موجودا الا اذا استوفى الشكل ولا ولا يرتب قبل ذلك اثار.

ميز بين الشكل والشهر استيفاء اجراءات الشكل المطلوب لانعقاد يؤدي الى عدم وجود العقد ومن ثم ترتيب اي اثر عليه اما الشهر الثالث شان له بوجود العقد وانما يعطل عدم استفاء اجراء اذا كان الشهر مطلوبا بعد اثاره فحسب اذ لا يمكن الاحتجاج به في مواجهه الغير للحقوق العينية التبعية مطلوبا للحقوق العينية الأصلية يترتب عليه عدم انتقالها لإفراغ الإرادة ركن جوهري شكل المتطلب عن الشكل المنتخب لإثبات عن الشهر وترتيبا على هذه الفوارق لقد استقر الفقه على ان عدم مراعاه الاجراءات الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد الشكلي يفدي الى بطلانه بطلانا مطلقا نظرا لانعدام احد اركانه الجوهرية وفي هذا المجال محكمه العليا حكما قضائيا بتاريخ23/5/97 تحت رقم 148541 حيث اعتبرت الشكل ركن من اركان العقد

زياده على الرضا والمحل والسبب العقود المتصلة بنقل ملكيه العقار الى ركن الشكل اما القضاء الفرنسي فيذهب على خلاف الى تطبيق احكام البطلان النسبي مترتب على عدم مراعاه الشكل استنادا الى ان الهدف من تطلب الشكل يتمثل في حمايه المتعاقدين مليكة ما قضت به محكمه النقض الفرنسيه في حكمها الصادر بتاريخ16 نوفمبر 19 1932 من ان التقادم العشري والمنصوص عليه في الماده1304 من تقنين نابليون هو الواجب التطبيق على دعوه بطلان العقد المعيب شكلا.

وعلى الرغم من ان هذا الحكم لا يوضح صفه البطلان هو المطلق او النسبي؟ الا ان محكمه النقض بإخضاعها البطلان المترتب على عدم استفاءه الشكل للتقادم العشري قد افادت ضمنا بان الامر المتعلق بالبطلان النسبي لان البطلان المطلق لا 30 سنه كما في ذلك النشاط الشكل المتطلب في العقد يتقادم يستهدف اساسا حمايه المتعاقد الذي يحتاج الى الاستعانة باستشارة فتره ملائمه له البطلان النسبي يكون لان الموثق وذلك ما ذهبت اليه محكمه النقض الفرنسية محل نظر اذ ان الاسباب التي دفعت المشرع اطلبوا الشكلية تهدف في اساسها من جهة دفع كل من كل من المتعاقدين الى عليه جلب انتباه الغير يتضرر من هذا وعلى سبيل المثال فان يتطلب توثيق بيع العقار حمايه للمتعاقدين كما انه يستهدف حمايه المالك الحقيقي مراد السيئة التصرف في ملك الغير ومن ثم فعدم استفاء الشكل في توثيق العقد يؤدي الى انعدام احد اركان العقد الجوهرية التي يترتب على تخلفها بطلان العقل بطلانا مطلقا.[1]

[1] العصامي الوردي, نظريه بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري, مذكره عنايه شهاده الماجستير في العقود والمسؤوليه, سنه 2001 2000, صفحه 27

المطلب الثاني: البطلان النسبي

الفرع الأول: ماهيته

يقصد بالعقد الباطل بطلانا نسبيا او قابل للإبطال ذلك العقد الذي يبرمه شخص ناقص اهليه او في حاله وجود غلط في السبب ،او تكون ارادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا.[1]

الفرع الثاني: حالات

اولا: نقص الاهلية

اعتبر المشرع الجزائري نقص الأهلية سببا من أسباب البطلان النسبي إذ أنه نص في المادة 1/101 على أن سقوط الحق في إبطال العقد لنقص الأهلية محدد بعشر ويلاحظ أن هذه المدة تعتبر فترة سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يزول فيه السبب تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ، لذلك فقد قصب ها القانون طويلة جدا من شأنها أن . (المصري على ثلاث سنوات (المادة 140 مدني مصري كما يوخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد ، عدم تنسيقه بين الأحكام ، إذ أنه حدد مدة التقادم بالنسبة لدعاوى الأبطال لنقص الأهلية دون أن ينص على حكم تصرفات الصبي المميز الذي بلغ السادسة عشرة من عمره ولم يبلغ سن الرشد ويكون الشخص ناقص الأهلية إذا أبرم عقدا وعمره يتراوح بين السادسة عشرة سنة والتاسع عشرة سنة . أما قبل بلوغه الست عشرة سنة فيعتبر عديم الأهلية (المادة 2/42 مدني وترتيبا على ذلك ، إذا أبرم ناقص الأهلية عقدا ، أصبح العقد مشوبا بعيب ناجم عن ، (جزائري تلال شرط الأهلية يخوله حق طلب إبطاله.

[1] وقد عبر عن هذه الفكرة محمد حسين, المؤسسة الوطنية للكتاب, صفحه 76, في القانون المدني الجزائري, رقم النشر81/986, الجزائر

ثانيا: إذا كانت إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا

بابا اب رضا المتعاقد كامل الأهلية عيب من عيوب الإرادة ، كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته وتنحصر إذا حبوب الرضا كما سبقت الإشارة إلى ذلك في الغلط ، والتدليس ، والإكراه ، والاستغلال ، وذلا على التفصيل الاتي:

1-الغلط

يعرف بعض الفقهاء الغلط بأنه : " اعتقاد يخالف الحقيقة " 93 ، ويعرفه بعض آخر من الفقه بأنه : " وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد "[1] 94. هذا وقد ظهرت بصدد الغلط نظريتان : نظرية تقليدية وأخرى حديثة ، و النظرية التقليدية : وقد قسمت الغلط إلى ثلاثة أنواع:

الغلط المانع

هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد ، ذلك أنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركان العقد، لهذا يسمى بالغلط المعدم الرضا . وهو بالتالي يقف في سبيل قيام العقد فيؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا ، ولهذا يسمى بالغلط المانع أو (الغلط العقبه) ، فالغلط المانع إذا يعدم الإرادة ولا يعيبها فقط ، ويرى بعض الفقهاء 95 أن هذا النوع من الغلط يندمج في ما كان يسمى بالانعدام ، والغلط المائع حسب النظرية التقليدية يتحقق في ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى : الغلط في طبيعة العقد وهو عبارة عن الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه، ومثل هذا الغلط يمنع نشوء العقد لانعدام الإرادة ، ذلك أن إرادتي طرفي العقد لم تتوافقا ، فإحداهما انصرفت إلى إبرام عقد معين مثلا بينما انصرفت الأخرى إلى عقد آخر ، ومثال ذلك من يسلم الأخر مبلغا من النقود على سبيل الوديعة فيتسلمه الآخر على سبيل

[1] الدكتور محمد جمال الدين زكي, دروس النظرية العامة للالتزام, القاهرة, سنه 1965 بند 71 صفحه 290

القرض ، فمثل هذا الغلط يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، فلا ينشالا عقد وديعة ولا عقد قرض.

الحالة الثانية : الغلط في ذاتية محل الالتزام ويتحقق هذا الغلط مثلا إذا أراد الشخص بيع عقار له ويرتضي آخر الشراء وهو يعتقد أن البائع يريد بيعه عقار آخر ، ففي هذا الفرض أيضا ينعدم التراضي نظرا لعدم توافق إرادتي الطرفين على الشيء محل الالتزام

الحالة الثالثة : الغلط في سبب الالتزام ويحدث هذا مثلا إذا تعهد وارث بدفع مبلغ من النقود إلى شخص معين تنفيذا الوصية المورث ، ثم يظهر بطلان الوصية ، أو أن الموصي كان قد رجع فيها قبل موته ، ففي هذا المثال يتوهم الشخص وجود سبب للتزامه ، في حين أن هذا السبب غير موجود ، ولذلك لا ينعقد العقد لتخلف ركن من أركانه هو سبب الالتزام فالغلط في هذه الحالات الثلاث هو الغلط المانع الذي يعدم الإرادة ويؤدي إلى البطلان المطلق ، والذي لا يدخل بحالاته الثلاثة المذكورة ، ضمن عيوب الإرادة ، بل يدخل إما في موضوع وجود الإرادة أو وجود المحل والسبب .[1]

الغلط غير المؤثر في الرضا

وهو غلط يقع فيه الشخص لكنه لا يصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي ، بل يبقى صحيحا ويتحقق ذلك في إحدى الحالات التالية.

1 /**الحالة الأولى** : الغلط صفة غير أساسية في الشيء محل العقد

مثال ذلك الغلط الذي ينصب على صنف الكتاب الذي تشتريه على أن ورقه من نوع معين ثم يتضح خلاف ذلك.

[1] الدكتور انور سلطان, الموجز في مصادر الالتزام, 1970, بند 91, صفحه 90

2 /**الحالة الثانية** : الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيها

إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار للتعاقد ويظهر هذا أساسا في عقود المعارضات ، كما إذا باع تاجر سلعته بثمن حدده في الأصل لشخص يعتقد أنه فلان ، ثم اتضح أنه شخص آخر غير أنه مع ذلك ، فإن هناك من عقود المعاوضات ما يعقد بناء على اعتبار الشخص ، كما في شركة الأشخاص التي يكون فيها الشخصية الشريك اعتبار كبير في العقد ، وكما في عقد الوكالة و عقد العمل حيث تهم شخصية الوكيل أو العامل.

3 /**الحالة الثالثة** : الغلط في قيمة المحل

مثال ذلك أن يبيع شخص عقارا معتقدا أنه يساوي ألفي أرو ثم تبين له أنه يساوي أربعة آلاف أرو الحالة الرابعة : الغلط في الباعث كما إذا اشترى الشخص سيارة معتقدا خطا أن سيارته قد سرقت ، فالتعاقد في هذا المثال لا يستطيع أن يطعن في العقد على أساس غلط في الباعث ذلك إذا هو كل من الغلط المانع والغلط غير المؤثر ، وهما يخرجان من ضمن الغلط الذي يعيب الإرادة ، ذلك بأن الغلط المانع يعدم الإرادة فلا يقوم الرضا أصلا ، ولولا ذلك لما سمي مانعا ، أما الغلط غير المؤثر فلا تأثير له أصلا على العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي ، فكان المتعاقد لم يقع فيه وإذا نحن استبعدنا هذين النوعين من الغلط مجارين في ذلك النظرية الحديثة في الغلط ، فلا يبقى لنا إلا النوع الثالث من الغلط كعيب في الإرادة وهو الغلط الذي يؤثر في الرضا

الغلط الذي يعيب الرضا

وقد أصطلح أيضا على تسميته (بالغلط المؤثر في الرضا) ، وهو الغلط الذي لا يحول دون انعقاد العقد ، ولكن إرادة أحد المتعاقدين لا تكون سليمة ، ومن ثم فإن انعقا العقد لا ينشأ خلوا من التأثير على صحة الاتفاق ، أي أنه غلط يعيب العقد ، ولكنه لا يعدمه ، وبذلك

فإن الجزاء المترتب عليه هو قابلية العقد المبرم للإبطال ، وتندرج تحت هذا النوع من الغلط صورتان:

الصورة الأولى:

هي التي ينصب فيها الغلط على مادة الشيء ، وذلك كمن يشتري خاتما على أنه من ذهب في حين يظهر في ما بعد – أنه من النحاس أو الحديد الصورة الثانية:

وهي التي ينصب فيها الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها على شرط أن تكون محل اعتبار أساسي في التعاقد ، وذلك كمن يهب سيارة لشخص يعتقد أنه زميلا له ثم يتضح أنه مجرد شخص يحمل هذا الاسم

2-**التدليس**

التدليس هو تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد ، بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد أو هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد . ويستفاد من هذا التعريف أن التدليس غلط ناشئ عن الحيل أي غلط مستثار وليس تلقائيا . وإذا كان السائد في الفقه أن الغلط يمكن أن يغني عن التدليس فإن التدليس لا يمكن أن يغني عن الغلط ، إذ هناك تدليس لا يوقع في نفس المتعاقد غلطا ولا يؤثر في صحة العقد وباستقراء المادتين 72 و 73 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني يتضح أن المشرع أجاز رفع دعوى إبطال العقد للتدليس لكنه رهن ذلك بضرورة تضافر شرطان هما : تعمد استخدام الحيل و أن تكون الحيل هي الدافعة إلى التعاقد.[1]

[1] العصامي الوردي, نظريه بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري, مرجع سابق, صفحه 32 33

تعمد استخدام الحيل

لابد أن يكون ما استخدم من خداع في التدليس يرقى إلى مستوى الحيلة التي من شأنها إخفاء الحقيقة عن الطرف الآخر ، وتولد الغلط في ذهنه ، وليكون التدليس كذلك اشترط فيه المشرع تضافر عنصرين : مادي و معنوي–

العنصر المادي

فيتجلى في الطرق الاحتيالية التي تتخذ صورا شتى هدفها إخفاء الحقيقة وتضليل الطرف الآخر ، ودفعه إلى تعاقد ما كان ليبرمه لولا الحيل والتضليل . ويعتبر من التدليس : السكوت عمدا عن واقعة أو غرف اكتنف العقد ، إذا كان يهم أحد أطرافه الإحاطة به بحيث أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة–

العنصر المعنوي

لابد لقيام التدليس من وجود العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي ، ويتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل ، أي أن تكون وسائل التدليس قد استغلت بقصد تضليل الطرف الآخر ، للوصول إلى غرض غير مشروع ، فإن انتفت نية التضليل انتفى التدليس ، فمثلا لو استهدف أحد التجار إبراز محاسن بضاعته ، استهواء للزبائن لا تضليلا لهم ، فإن نية التضليل هنا منتفية وبالتالي ينتفي التدليس– .

–الحيل الدافعة إلى التعاقد

وتعني أن يكون المدلس عليه قد أبرم العقد نتيجة تأثره بالطرق الاحتيالية التي استعملها المدلس ، وهذا ما تقتضيه المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي نصت على أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان ما لجأ إليه المدلس من حيل قد بلغ في طبيعته حدا لولاه لما تعاقد الطرف الآخر ، وينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أن المعيار في تقدير الطرق الاحتيالية المعتمدة معيار شخصي يجب أن تراعي فيه حالة الطرف المتعاقد (المدلس عليه

الشخصية من حيث السن ، الجنس ، المستوى الثقافي والاجتماعي والخبرة وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري وخصوصا المادة 86/1 نرى أنه اعتد بالتدليس كسبب يؤدي إلى إبطال العقد ، لكنه اشترط فيه ليكون كذلك شرطان هما : لجوء المجلس إلى استخدام الطرق الاحتيالية للتأثير في إرادة الغير ، وأن يكون التدليس الذي وقع فيه الغير هو الدافع له إلى التعاقد هذا و بعد أن حللنا التدليس وبينا الشروط المطلوبة فيه ليكون سببا للإبطال ، يجدر بنا أن نبين التدليس الذي يكون سببا للابطلان ذلك أنه ليس كل تدليس موضوعا الطلب الإبطال ، وكذلك حكم التدليس الصادر من الغير.

ما حكم التدليس الصادر من الغير؟

التساؤل نصا مشرع صراحه في المادة 87 من القانون المدني الجزائري على انه اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلل عليه ان يطلب ابطال ا العقد حكم باليد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم وبذلك فان المشرقة اعتبر التدليس الصادر من الغير سببا بشرط ان العقد الذي ارتكب التدليس لصالحه عالما بذلك او من المفروض حتما ان يعلم به اثبات الدعوة العلم بالطرف الاخر او امكانه العلم بذلك يقع على عاتق المدعي مدلس عليه بحيث انه اذا لم يستطع الاثبات بقي العقد صحيحا وليس له الا ان يرجع بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس.[1]

3- الاكراه

الأصل أن الشخص حر في إبرام العقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ، لكن قد يتعرض لضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى ، ويمكن تعريف الإكراه بأنه : " عبارة عن وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها على الرضا بالعقد ، والتي تولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى ".[2] فالإكراه من خلال

[1] العصامي الوردي, نظريه بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري, مرجع سابق, صفحه 32 33

[2] الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي, نظريه العقد بند 103, صفحه 195

هذا التعريف هو تعاقد تحت سلطان الرهبة التي تتولد تحت التأثير بالشعور بجدية التهديد بالخطر ، فالإكراه يمس الإرادة في أهم مرتكزاتها المتمثل في القدرة على الاختيار وحريته ، وقد ذهب الفقه إلى التمييز بين نوعين من الإكراه تبعا لمدى التأثير على الإرادة.

-إكراه مادي (مطلق)

وهو معدم للإرادة ، يترتب عليه تناقض ، بين حقيقة الإرادة وطريقة التعبير عنها ، إذ أن المكره يقصد التعبير ولا يريد مضمونه مما يفضي إلى صدور تعبير لا يترجم بحق الإرادة التي ينسب إليها . ومثال ذلك أن يمسك أحد الأطراف بيد الأخر ليجبره على توقيع وثيقة لا يرضاها- .

- إكراه معنوي (نسبي)

وهو إكراه معيب للإرادة ، فتكون فيه موجودة وإن اعتراها الفساد لسجينها وليدة الرهبة ولكن هل يمكن للإكراه الصادر من الغير أن يكون سببا الإبطال العقد ؟

أجابت على هذا التساؤل المادة 89 مدني جزائري بقولها : " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد فإذا صدر الإكراه ، الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه غير المتعاقد ، فإنه يفسد الإرادة إذا توافرت له الشروط السابقة ، ومع ذلك فإنه لا يجوز للمكره أن يتمسك بطلب الإبطال إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه، فإذا لم يتوافر هذا الشرط فإن استقرار إلى الإرادة الظاهرة وعبء إثبات التعامل يقتضي الإبقاء على العقد صحيحا استناد فإن لم يستطع ذلك رفضت دعواه ، العلم أو إمكانيته يقع على عاتق

المتعاقد المكره الابطال العقد ، ويجوز المتعاقد المكره أن يعود على منه الإكراه بالتعويض عما أصابه من أضرار وفقا للقواعد المسؤولية التقصيرية .[1]

4- الاستغلال:

يتحقق الاستغلال في حاله عدم تعادل اداء الطرفين اي عدم التناسب بينما يقدمه العاقب وما يحصل عليه من جزاء ابرامه للعقد وهو نفس المعنى . الذي اذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة روتين ان المتعاقد المقبول لم يبرم لم يبرم العقد بموجب العقد مع التزامات المتعاقد الاخر الا ان المتعاقد الاخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش او هواء جاز للقاضي ان يبطل العقد وهذا ما نصت عليه الماده1/90 القانون المدني الجزائري.

الاستغلال يستلزم نظره نفسيه دوامها استغلال حاله نفسيه تقوم بالشخص المستغل وهي ما تعرف بالطيش البين والهوى الجامع انه يتبين ان المتعاقد المقبول لم يضرب العقد الا ان المتعاقد الاخر قد استغل فيه مغلب عليه من طيف او هوى (الماده1/90 من القانون المدني الجزائري)[2] صوره ذلك فتاه شابه دلالها على زوجها الهرم وتحمله ان يهبها ماله بغيت اليها نظره للهواء الجامع الذي رتبه دلال .زوجته في نفسه.

ومثال ذلك ايضا ان يستغل المرابون طيش شاب ثري فيوقع على عقود تهدر مصالحه اي ان للاستغلال عنصرين.

اولا: عنصر مادي

يتمثل في عدم تعادل التزامات الطرفين اي بين ما يحصل عليه المتعاقد وما يعطيه.

[1] عبد الحي حجازي, مذكرات في نظريه الالتزام, طبعه اولى, 1951 1952, صفحه 285, وكذلك الدكتور انور سلطان, النظرية العامة للالتزام, مرجع سابق, صفحه 169

[2] العصامي الوردي, نظريه البطلان العقد في التقنين المدني الجزائري, مرجع سابق, صفحه 36 37

ثالثا: عنصر نفسي

ضعف الطرف الاخر نتيجه باستغلال بمقتضاه ان يقوم احد المتعاقد بالبين او الهوى الجامع. واذا ما توفر للاستغلال عنصراه فان الجزاء المترتب على ذلك في القانون المدني الجزائري يتخذ احد الحالتين التاليتين:

الحكم بإبطال العقد او انقاص التزامات الطرف المستغل مع ملاحظه ان الطرف المشتغل اذا طلب انقاص التزاماتها حتى تتعادل مع التزامات الطرف المستقل فليس للثاني ان قد قاد يحكم بالإبطال والا فيكون قد قضى بأكثر مما الخصم.

أما اذا طلب المتعاقد المستغل للإبطال فيجوز للقاضي ان يحكم بتعادل الالتزامات وذلك تطبيقا لما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الاولى 90 من القانون المدني الجزائري جاء فيها "اذا كانت احد المتعاقدين متساوية كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا ان المتعاقد الاخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش او هوى جاز للقاضي.

المطلب الثالث: صاحب المصلحة في التمسك في العقد[1]

و بطبيعة الحال يجب التمييز بين هذا الحق بالنسبة للبطلان النسبي وكذلك البطلان المطلق.

الفرع الأول: حق التمسك في حالة البطلان النسبي و المطلق

1- في حالة البطلان النسبي:

يقتصر حق التمسك بالإبطال في العقد الباطل بطلانا نسبيا ، على المتعاقد ناقص الأهلية أو المتعاقد المعيبة إرادته بعيب من عيوب الرضا المادة 99 من القانون المدني) ،

[1] www.elmizaine.com

ويجوز مباشرة حق الإبطال عن طريق النائب القانوني ، مثل الوصي ، أما دائنوا المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته فلا يجوز له التمسك بإبطال العقد غير انه يجوز لهم ذلك بطريق مغاير هو طريق الدعوى غير المباشرة وينتقل حق طلب الإبطال إلى الورثة.

2- في حالة البطلان المطلق

أما العقد الباطل بطلانا مطلق لأنه ليس له وجود قانوني ، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به المادة 102 من القانون المدني) ، ولا شك بأن المتعاقدين وخلفهما العام يجوز لهم ذلك ، كما يجوز للخلف الخاص ، ودائنوا المتعاقدين يجوز لهم التمسك بالبطلان كذلك ومثال ذلك أن الحان من مصلحته أن يحكم ببطلان عقد بيع المدين ، وذلك لكي يستطيع التنفيذ عليه ، ويأخذ بالتالي حقه من ثمنه.

أما الغير الأجنبي الذي لا تربطه أية علاقة مع المتعاقدين ، فلا يجوز له التمسك ببطلان العقد ما دام أن الصحة او البطلان لا تؤثر في حق له فلا يجوز مثلا للجار أن يتمسك ببطلان عقد بيع منزل جاره لما له من مصلحة في بقاء البائع (جاره القديم) نظرا لدماثة خلقه وحسن جواره . كما يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها مهما كان سبب البطلان ، سواء تعلق بالنظام العام والآداب العامة أم لم يتعلق ـ

الفرع الثاني: سقوط الحق في التمسك في المسؤولية عن البطلان[1]

يسقط حق التمسك ببطلان العقد عن طريق التقادم، وكذلك عن طريق الإجازة ، وهذه الأخيرة لا تكون إلا في العقد الباطل بطلان نسبيا..

اولا : الاجازة

الإجازة في عمل قانوني بإرادة منفردة مفادها تنازل المتعاقد الذي تقرر الإبطال المصلحة عن حقه في الإبطال ، والإجازة لا تكون صحيحة في حالة نقص الأهلية إلا بعد

[1] www.elmizaine.com

يصبح المتعاقد كامل الأهلية وبالنسبة العيوب الرضا الأخرى ، فانه وجب أن تصدر الإجازة بعد علم المتعاقد بما شاب إرادته من عيب فبالنسبة للغلط والتدليس بعد اكتشافهما وبالنسبة للإكراه بعد زواله . وإجازة العقد قد تكون صريحة , كما قد تكون ضمنيه ومثل الأخيرة أن يبادر من وقع في غلط إلى استكمال تنفيذ العقد على الرغم من علمه بالغلط الذي وقع فيه ويترتب عن الإجازة سقوط الحق في التمسك بإبطال العقد ولقد نص المشرع على أن للإجازة أثرا رجعيا بمعنى إن العقد يعتبر صحيحا منذ إبرامه لا منذ الإجازة (المادة 100 من القانون المدني) ، والإجازة لا تمس بحقوق الخ ١١ فإذا قام مثلا قاصرا ببيع شيء إلى ث و ثم بعد أن استكمل أهليته أعاد بيع نفس الشيء إلى شخص آخر ، وأجشخص ثم بعد أن استكمل أهليته أعاد نفس الشيء إلى شخص آخر ، وأجاز بيعه الأول ، الإجازة لا تؤثر في حق المشتري الثاني ، بل يبقى حقه قائما على الشيعر ومن ثم يجوز له التمسك بإبطال البيع الأول

ثانيا: التقادم

لقد كان الفقه القديم في فرنسا يرى بان حق التمسك ببطلان العقد الباطل بطلانا مطلق، لا يسري عليه التقادم لأنه في حكم العدم ، والعدم لا يمكن أن يتحقق له الوجود مع مرور الزمن . الفقه الحديث ، وأيده في القضاء الفرنسي فقد جرى على أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم أم الدفع بالبطلان فيبقى أبديا والعلة في إهدار الدعوى بالتقادم وتأييد بقاء الدفع هو أن العائلة في تقادم عموم الدعاوي هي الحفاظ على

بالتقادم وتأييد بقاء الدفع هو أن العائلة في تقادم عموم الدعاوى هي الحفاظ على استقرار الأوضاع الفعلية . فالالتجاء إلى دعوى البطلان يكون في الغالب بعد تنفيذ العقد , وذلك بغية أن يسترد المتعاقد ما أداه ولا شك بأنه إذا مضى على هذا التنفيذ مدة معينة فإن كلا المتعاقدين يكونا قد اطمئنا العقد (أو أحدهما).

ومن ثم فإنه ليس من العدالة أن يفاجأ أحدهما بعد مدة معينة بهدم كل ما تصور انه بناه, وربما قد تصرف فيما تلقاه ولاشك بأن هذا يفتح المجال لتعقيدات لا حدود لها وعلى

العكس فإن الدفع ليس من شانه المساس بأوضاع ما ذلك أن الدفع بالبطلان يتصور أن يلجأ إليه المتعاقد قبل تنفيذ العقد وذلك إذا ما طالب أحدهما من الأخر أن ينفذه ومن ثم فإن العقد لم ينفذ بعد ولم تنشأ أوضاع تقتدي إصرارا للمحافظة على ثباتها ، لذلك يظل الدفع قائما بالبطلان ولو مضى من الزمن ما يتعدى مدة التقادم .

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا هذا وكخاتمة لموضوع ضوابط إبرام العقود الإدارية و الاسباب المؤدية الى بطلانها نقول بأن الإدارة عندما ترغب في إبرام عقد من العقود الإدارية سواء كان عقد نقل، توريد ، عمل ، صفقة أو غير ذلك فإنها ليست مطلقة الحرية في عملية الإبرام وإنما يجب عليها مراعاة مجموعة من الضوابط التي أوجدها المشرع وفرضها عليها بداية من الضوابط الإجرائية ، فإن المشرع أوجب على الإدارة المتعاقدة ضرورة احترام مجموعة من القواعد والإجراءات أثناء سير العملية التعاقدية بدءا من احترام قاعدة المساواة بين المتنافسين ومراعاة الجودة العالية والأسعار العادلة ، بالإضافة إلى ضرورة إتباع الإدارة لآليات وطرق إبرام العقود الإدارية بدءا من المناقصة بأنواعها المختلفة التي تعتبر القاعدة العامة في إبرام العقود والتي تتميز بطول إجراءاتها من الإعلان عن المناقصة واستقبال العطاءات العروض وفحصها وتقييمها وأخيرا التصديق على الصفقة إلا أنه تستطيع الإدارة في حالات محددة العدول عن السير في هذه الإجراءات متبعة أسلوب يمنحها السلطة التقديرية أي حرية أكبر في إبرام العقود الإدارية ألا وهو التراضي الذي يعتبر كاستثناء والذي يتميز بقصر إجراءاته المتبعة في الإبرام حيث لا تتبع الإدارة إجراءات الإعلان واستقبال العروض وغيرها من الإجراءات التي يشترطها المشرع في المناقصة وإنما تستطيع دعوة عدد معين من المتعاقدين للتفاوض معهم وتمنح الصفقة لأحد منهم بناء على تحقيق المصلحة العامة.

بالإضافة عمل المشرع على تقييد الإدارة بضابط الرقابة عند إبرامها للعقود الإدارية خاصة الرقابة الخارجية التي تمارسها الإدارة وهذا سعيا من المشرع لتحقيق مبدأ المشروعية في إبرام العقود الإدارية.

اما في ما يخص الاسباب المؤدية الى بطلان العقد فان العقد الصحيح يجب توافر فيه جميع الأركان و الشروط ، فان تخلف ركن من أركان العقد ، كان الجزاء هو البطلان أي البطلان المطلق ، أما في حالة خلف شرط من شروط صحة العقد كما في حالة وجود عيب

في الرضا أو نقص الأهلية لأحد العاقدين مثلا ، فان العقد يكون قابلا للإبطال وهو ما يسمى بالبطلان النسبي فالعقد يكون صحيحا وترتب علية آثاره حتى يحكم ببطلانه فاذا ما قضي بذلك اعتبر كأن لم يكن ، ويستوي العقد القابل للإبطال العقد باطل بطلانا مطلقا في هذا الصدد ، لذا فهو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي واحيها المشرع في العقد ، غير أننا نجد لاعتبارات تاريخية وأخرى ترجع إلى نصوص تشريعية ، أن الفقهاء قاموا بتقسيم البطلان إلى درجات ، فالنظرية التقليدية قسم البطلان الى ثلاثة مراتب : الانعدام ، البطلان المطلق و البطلان النسبي . فجاء التقسيم الثنائي الذي يقوم على العقد المنعدم والبطلان النسبي أو العقد القابل للإبطال . ويرى بعض الفقهاء أن للبطلان مرتبة واحدة هو البطلان الذي يصنفه الفقه بالبطلان المطلق أما عن البطلان النسبي ، فيرون أنه يمر بمرحلتين : الأولى : قبل الحكم بإبطاله يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره الا أنه مهدد بالزوال . أما الثانية فهي : أن تتأكد فيه صحته بالإجازة أو التقادم فيزول عنه البطلان ، وإما أن يحكم ببطلانه فيصبح وجوده عدما وهو يستوي في هذه الحالة مع البطلان المطلق . وجاء موقف المشرع الجزائري بأن احد المعيار الذي يضم بالتفرقة بين نوعي البطلان ، فالبطلان في ثوبه الأول يكون مطلقا اذا احتل أحد أركان العقد ويكون نسبيا اذا لم تتوافق فيه شروط صحة العقد ، تلك اذن هي أنواع البطلان في الفقه الحديث إلى الموقوف.

وتتمثل حالات البطلان المطلق في خلف ركن من أركان العقد فيبطل العقد يطلانا مطلقا في الحالات الأتية:

1-اذا انعدم ركن الرضا نظرا لعدم تطابق الارادتين أو لأن أحد المتعاقدين علم الارادة .

2-عدم وجود المحل أو كان المحل غير معين أو مستحيل أو كان خارجا عن دائرة التعامل.

3-اذا لم يوجد سبب الالتزام أو أن سبب العقد غير مشروع.

4-تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون الانعقاد العقد في العقود الشكلية.

أما حالات البطلان النسبي فتعود الى:

5-عيوب الرضا : وهي الغلط التدليس او الأكراد والاستغلال.

6-نقص الأهلية : وهو الصبي المميز وهو من بلغ 10 سنوات ويقل عن 19 سنة ، كما يكون ناقص الأهلية لعاهة عقلية كما أورد التقنين المدني الجزائري في تصود متفرقة حالات خاصة للبطلان.

وقد ذهبت النظرية الحديثة إلى تقسيم البطلان إلى نوعين : بطلان مطلق و بطلان نسبي ، وللبطلان بتوعية آثار تقع على عاتق المتعاقدين وهذه الآثار منها العرضية ، ومنها الأصلية ، وهي اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وتمتد هذه القاعدة إلى العير أيضا وهو الخلف الخاص الذي اكتسب حقا عينيا من المتعاقدين ، مما يؤدي إلى تأثر حقوقه بتقرير البطلان وزوال حقوقه ، الا أن قاعدة الأثر الرجعي تترتب عليها استثناءات مما تمكن للغير حسن النية التمسك بحقوقه ، وقد أشار المشرع لحماية الغير حسن النية باكتسابه حقا محل التعاقد الباطل وهو لا يعلم ببطلانه مما يؤدي إلى ضياع حقوق هذا الغير واضراره، تعالج المشرع هذه الآثار السلبية لقاعدة الأثر الرجعي ، وخفف من قسوة هذه القاعدة ، تحقيقا الاستقرار المعاملات و حماية الثقة والائتمان .

قائمة المراجع والمصادر

المراجع والمصادر

أولا: الكتب

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية والغير الارادية، (د.ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002،
2. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط 6، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011
3. أميرفرج يوسف، العقد والارادة المنفردة في التقنين المدني (معلقا عليها الأعمال التحضيرية من قانون المدني وبأحكام محكمة النقذ)، (د.ط)، المكتب الجامعي . الحديث، مصر، 2008
4. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني (بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة)، ج 1، ط 4، دار العدالة، القاهرة، مصر
5. انور سلطان, مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007
6. أنور طلبة، انحلال العقود، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2004
7. بودريوة عبد الكريم، المادة مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الاصلاحي الدولة المتدخلة، ضابطة أم مترددة للمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، 01 سنة 2014 الجزائر.
8. توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام،(د.ط)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د.ت.ن)
9. جورج السيوفي, النظرية العامة للموجبات والعقود, ج اول, مصادر الموجبات, بيروت 1960, بند 193,

10. حسين تونسي، انحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة)، ط 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، 2007.
11. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح قانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، ج 1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005
12. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط 3، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر 2003
13. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنة. بالقوانين الحديثة، الجزء الرابع، الطبعة 01، بيروت،1962،
14. سعيد سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 202-2003.
15. سليمان مرقص, شرح القانون المدني المصري, في الالتزام, الجزء الثاني, قاهره 1964,
16. صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001
17. عبد الحكم فودة، الموسوعة العملية في ضوء الفقه وقضاء النقض (البطلان في القانون المدني والقاونين الخاصة)، المجلد الأول، الجزء الأول، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،. 17-18 . (أنظر عبد الله البستاني، مختصر البيان، الطبعة الأمريكية، بيروت، لبنان، 1993
18. عبد الحي حجازي, مذكرات في نظريه الالتزام, طبعه اولى, 1951 1952,
19. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز في شرح القانون المدني, ج1, نظريه الالتزام بوجه عام, القاهرة, 1966
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام) المجلد 1، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

21. عبد العلي سمير ، الصفقات العمومية والتنمية، ط أولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط 2010،
22. عبد الغاني عبد الله بسيوني، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، المجلد الثاني، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998.
23. عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، ط 3، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011
24. عبد اللطيف قطميش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق، دراسة مقارنة، ص 01، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2013.
25. عبد المنعم فرج صده، مبادئ القانون، (د.ط)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1982
26. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005
27. علي الخطاب الشنطاوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الأردنية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2004.
28. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006
29. علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، (د.ط)، موضم للنشر والتوزيع، وحدة الرغاية، الجزائر، 2005 ،
30. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية، ط الأولى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
31. فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008

32. فريد كركادر، طرق وإجراءات الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائر والقانون المصري، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة فارس يحي المدية ، يوم 2013/05/20.
33. فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط 45 ، دار المشرق، بيروت،لبنان، 1986
34. لطيفة بهي، آليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر، كلية الحقوق، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي العدد الأول 2013 الجزائر
35. مازوي هنري ليون و جان
36. محمد جماع، مطلق الدنبات، العقد الإداري ط 01، مكتب القانون والاقتصاد، عمان، 2012.
37. محمد جمال الدين زكي, دروس النظرية العامة للالتزام, القاهرة, سنه 1965
38. محمد حسين, الوجيز في نظريه القانون الجزائري, المؤسسة الوطنية للكتاب1986, الجزائر
39. محمد خالف الجربوعي، العقود الإدارية، الطبعة الاولى، درا الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2010.
40. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي،)د.ط(، دار هومه، بوزريعة، الجزائر،) د.ت.ن
41. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام – التصرف القانوني– العقد والارادة المنفردة)، ج 1، ط 1، دار الهدى،. – عين مليلة، الجزائر، 2004
42. محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، ب ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005.
43. محمد عبد الحميد ابو زيد، المرجع في القانون الاداري ،ط الثانية ب.د.ر.2008
44. محمد كامل المرسي، شرح القانون المدني المصري الجديد، الجزء الاول

45. محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004
46. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي،بيروت،1969,
47. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ط 01 دار الفكر العربي القاهرة 2008.
48. محمود علي دريد، المرجع السابق،ص: 234
49. محي الدين القيسي، مبادئ القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب ط2004،
50. مصطفى مجدى هرجه، العقد المدني (أركانه، أثاره، بطلانه)، (د.ط)، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2002
51. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي (مصادر الالتزام)، ط 1، الفتح للطباعة و النشر، الأزاريطة، مصر، 1996.
52. نسرين شريفي مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداي، دار بلقس للنشر والتوزيع، الجزائر.
53. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن 2009.
54. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات)، ج 1،ط 1، الاصدار 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2008

ثانيا: النصوص القانونية

1. المرسوم الرئاسي رقم247/15 الموافق لـ 02 ذو الحجة عام 1436 الموافق لـ 2015/09/16 ج ر عدد 50 يتضمن قانون الصفقات العمومية
2. الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل و والمتمم.

3. قرار المجلس الاعلى رقم44571 المؤرخ في 26/01/1987, المنشور بالمجلة القضائية 1992, العدد الرابع, صفحه 56
4. المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 ج ر عدد 02 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ج ر عدد 52 المتضمن الصفقات العمومية.
5. الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ج ر عدد 43 بتاريخ 2003/07/20 معدل ومتمم لقانون 12/08 مؤرخ في 2008/07/25 ج ر عدد 36 بتاريخ 2008/07/02 معد ومتمم بقانون 05/10 مؤرخ في 2010/08/15 ج ر عدد 46 بتاريخ 2010/08/18..
6. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 27 9 يونيو سنة يتضمن قانون الأسرة ،المعدل و المتمم بالأمر 05-02 ، المؤرخ في27 فبراير 2005
7. المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1431الموافق ل 7 اكتوبر 2010 ج ر عدد (58)

ثالثا: الرسائل الجامعية

أ – رسائل الدكتوراه:

1. ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون جامعية مولود معمري، تيزي وزو 2013.
2. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة متنوري قسنطينة 2009/2008.

ب –رسائل الماجيستير:

1. بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تحصص إدارة ومالية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2012/2011.
2. بحري اسماعيل، الضمانات في الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009/2008.
3. صحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2011/2010
4. العصامي الوردي, نظريه بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري, مذكره عنايه شهاده الماجستير في العقود والمسؤوليه, سنه 2001 2000,
5. علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير بطلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، فرع القانون العام، جامعة بسكرة، ص 2004/2003.
6. لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، مقدم بكلية الحقوق و العلوم الادارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،. 200–2001 ،
7. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2008/2007.
8. مساهل عائشة، القيوم الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها، مذكرة مكملة لمتطلبات نسل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري جامعة بسكرة 2013/2012.

ج- مذكرات الليسانس:

1. حفيان رادية، العزلي هاجر، بوطويل فرياد، حدادا صباح، أساليب إبرام الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ل م د جامعة سطيف 2014/2013.
2. رقاقدة عمار، أحكام التراضي في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة 2013/2013.
3. الزهرة حمو، أثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة للاستكمال متطلبات شهادة الليسانس اكاديمي، مقدمة لكلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012-2013.
4. عمار رقاقدة، المرجع السابق، أحكام الاراضي في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2012-2013.
5. لطيفة عروسي، وآخرون، بطلان العقد بين الفقه و القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية الادارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2001- 2002

د- مذكرات الدراسات العليا:

1. شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة لنسل إجازة المدرسة العليا للقضاء 2008/2005.
2. محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا، مقدم الى جامعة الجزائر، 1976

رابع: الكتب اللغة الفرنسية والمواقع الالكترونية

1. www.elmizaine.com
2. Paul robert ،Petit robert (Dictionner de langue).nullite : '' caractère de ce qui est nul ،sans valeur'' 1977،paris ،P : 1289

الفهرس

اهداء	
شكر وتقدير	
الملخص	
مقدمة	أ
الفصل الأول: آليات إبرام العقود الإدارية	
المبحث الأول: طرق إبرام العقود الإدارية	01
المطلب الأول : القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية	01
الفرع الأول: قاعدة المنافسة	02
أولا : المقصود بمبدأ المنافسة	02
ثانيا : الاعلان عن المنافسة	03
ثالثا: القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة	05
الفرع الثاني : قاعدة أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية و قاعدة الأسعار العادلة والجودة المناسبة	06
أولا : قاعدة أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية	06
ثانيا : قاعدة الأسعار العادلة والجودة المناسبة	07
المطلب الثاني : المناقصة كآلية في إبرام العقود الإدارية	09
الفرع الأول : مفهوم المناقصة	10
أولا : تعريف المناقصة	10
ثانيا : أشكال المناقصة	11
الفرع الثاني : القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب المناقصة	15
أولا : الإعلان	15
ثانيا : فحص العروض	17
ثالثا : المنح المؤقت للصفقة	20
رابعا : اعتماد الصفقة	20

المطلب الثالث: التراضي كاستثناء في ابرام العقود الاداري	22
الفرع الأول: مفهومه، اشكال و حالات التراضي	22
أولا: مفهوم التراضي	22
تانيا: أشكال و حالات التراضي	25
الفرع الثاني: اجراءات التعاقد وفق اسلوب التراضي	29
اولا: الدعوة للتعاقد	29
تانيا : التفاوض	30
ثالثا: مرحلة التعاقد	31
المبحث الثاني: ضابط الرقابة في إبرام العقود الإدارية	31
المطلب الأول: مفهوم الرقابة على عملية إبرام العقود الادارية	32
الفرع الأول : تعريف الرقابة الإدارية	32
الفرع الثاني : أشكال الرقابة الإدارية	32
أولا : الرقابة الداخلية	33
ثانيا : الرقابة الخارجية	35
ثالثا : الرقابة الوصائية	35
المطلب الثاني: هيئات الرقابة الخارجية	36
الفرع الاول: لجان الصفقات العمومية الخاصة	36
أولا : الجنة الوزارية للصفقات	36
ثانيا : اللجنة الولائية للصفقات	39
ثالث: اللجنة البلدية للصفقات	42
رابعا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير ممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الاداري	44
الفرع الثاني: رقابة اللجان الوطنية والقطاعية على المستوى المركزي	45
اولا: رقابة اللجان الوطنية	45
تانيا: رقابة اللجان القطاعية للصفقات	47
ثالثا : لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية و مراكز البحت و التنمية و الهيكل الغير	48

مركزي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري و المؤسسة العمومية الاقتصادية.	
المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن ابرام العقود الادارية	49
الفرع الأول : منح التأشيرة	50
الفرع الثاني : رفض التأشيرة	52
خلاصة الفصل	54
الفصل الثاني: أسباب بطلان العقد الإداري	
المبحث الأول: مفهوم بطلان العقد	55
المطلب الأول: تعريف البطلان	55
الفرع الأول: المقصود بالبطلان	55
أولا: المقصود بالبطلان لغة	55
ثانيا: المقصود بالبطلان اصطلاحا	56
الفرع الثاني: أقسام بطلان العقد (النظريات القائمة في البطلان)	61
أولا: نظرية إنقاص العقد	62
ثانيا: نظرية تحول العقد	63
المطلب الثاني :تمييز بطلان العقد عما يشابهه	65
الفرع الأول :تمييز البطلان على الفسخ وعن الموقوف	66
الفرع الثاني: تمييز البطلان عن عدم النفاذ في مواجهة الغير	68
المطلب الثالث: امتداد اتار بطلان العقد في مواجهة الغير	70
الفرع الأول: الآثار العرضية	70
أولا: آثار بطلان العقد بصفة عامة	70
ثانيا: أثر انتقاص العقد	73
الفرع الثاني: الآثار الاصلية للبطلان في مواجهة الغير	77
اولا: المقصود بالغير	81
ثانيا: زوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير	82
المبحث الثاني: التقسيم الثنائي للبطلان	85
المطلب الأول: البطلان المطلق	86

الفرع الأول: تعريف	86
الفرع الثاني: حالاته	87
اولا: إبرام العقد من شخص لا أهلية له	87
تانيا: إبرام عقد ينعدم فيه التراضي من جهة ، أو المحل أو السبب	89
المطلب الثاني: البطلان النسبي	97
الفرع الأول: ماهيته	97
الفرع الثاني: حالات	97
اولا: نقص الاهلية	97
ثانيا: إذا كانت إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا	98
ثالثا: عنصر نفسي	106
المطلب الثالث: صاحب المصلحة في التمسك في العقد	106
الفرع الأول: حق التمسك في حالة البطلان النسبي و المطلق	106
الفرع الثاني: سقوط الحق في التمسك في المسؤولية عن البطلان	107
اولا : الاجازة	107
ثانيا: التقادم	108
الخاتمة	110
المراجع والمصادر	

ملخص مذكرة الماستر

إن الادارة تقوم بإبرام نوعين من العقود وتتبع في تكوينها مجموعة من الضوابط وتتمثل في الضوابط الإجرائية أي أنها ليست حره في إبرام العقود الإدارية ولا حره في اختيار المتعاقد معها.

أما في ما يخص البطلان في القاعدة العامة لا يقتصر فيما بين المتعاقدين بل يمتد الى الغير، والمقصود بالغير هو من يتأثر حقوقه بصحه أو بطلان العقد لم يكن طرفا فيه، وتمس هذه النتيجة التي يرتبها الأثر الرجعي للبطلان في استقرار المعاملات .

الكلمات المفتاحية:

1/ العقود 2/ الضوابط الإجرائية3 / العقود الإدارية 4/ البطلان

5/ الأثر الرجعي للبطلان

Abstract of Master's Thesis

The administration concludes two types of contracts and follows in its composition a set of controls, which are procedural controls, meaning that it is not free to conclude administrative contracts, nor is it free to choose the contractor with it.

As for the invalidity in the general rule, it is not limited to between the contracting parties, but extends to others, and what is meant by third parties is the one whose rights are affected by the validity or invalidity of the contract who was not a party to it, and this result, which is arranged by the retroactive effect of invalidity, affects the stability of transactions.

key words:

1/ Contracts 2/ Procedural controls 3/ Administrative contracts 4/ Invalidity5/ Retroactive effect of invalidity