تلخيص المدكرة

إن قانون الصفقات العمومية قد عرف تطورات كثيرة إذ خضعت الصفقات العمومية في الجزائر لنظام خاص بها أثناء الفترة الاستعمارية تمثل في المرسوم رقم 57/24 المؤرخ في 08/01/1957 و المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر و دفتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقات اللوازم لسنة 1960 و التي جاءت خالية من ذكر مواد تتعلق بالتعامل الثانوي .

وعند الاستقلال اضطرت الجزائر للاحتفاظ بالتشريع و التنظيم الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية لعدم توافر تشريع جديد ، الأمر الذي حتم على الجزائر الاحتفاظ مؤقتا بالتشريع الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية مادام مضمونه متنافى و السيادة الوطنية

و بالرجوع إلى موضوع التعامل الثانوي فيمكننا القول أن هذا الموضوع لم يحظى في الفترة الممتدة بين 1963- 1988 باهتمام السلطات العمومية أو المصلحة المتعاقدة و ذلك نظرا لطبيعة النظام السياسي و الاقتصادي الذي كان سائدا في تلك الفترة ، و الذي لم يسمح ببروز المؤسسات الصغيرة و المتوسطة غير تلك التي كانت تابعة للقطاع العام و بصورة جد محدودة ، و بقي الأمر كذلك إلى أن صدر أول تشريع خاص بالصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر رقم 67/90 المؤرخ في 17/06/1967 و الذي تناول موضوع التعامل الثانوي أو المقاولة الفرعية في الصفقات العمومية ، وهذا على غرار ما جاء به القانون المدني الجزائري الذي صدر فيما بعد ، حيث نظم بدوره المقاولة الفرعية بشكل عام بمناسبة تطرقه للعقود الواردة على العمل .

و ما تجـدر بـه الإشـارة غيـاب سياسـة واضـحة للتعاقـد مـن الباطن بصفة عامـة مـن الناحيـة الاقتصـادية و القانونيـة خلال هذه الفترة.

لكن مع بداية الثمانينات شـرعت الجزائـر فـي إعـادة هيكلـة المؤسســات الوطنيــة و القيــام بإصــلاحات اقتصــادية بإعطائها الضوء الأخضر للاستثمارات الخاصـة مـن خلال تقليص تدخل الدولة في النشاطات الاقتصادية للأفــراد ، و هذا ما أعطى دفعا قويا لبدايـة التفكيـر فـي تأسـيس و إنشاء المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، و التي انبثقت عنها المؤسسات التي كانت تهتـم بالتعـاملات الفرعيـة و كل أنواع التعاقد من الباطن في إطار العقود الأصلية ، و منه السماح لهذه المؤسســات بالاسـتثمار فـي مجـالات متعددة من بينها مجال الصفقات العمومية خاصة .

واستمرار في سياسة الإصـلاحات الاقتصـادية الـتي انتهجتهـا الجزائر و تحديدا مع بداية التسعينات مع بداية بروز توجه اقتصادي و سياسي جديد صدور المرسوم التنفيذي رقـم 91/434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بحيث أشـار بــدوره إلــى موضــوع التعامــل الثــانوي ضــمن القســم السادس منه .

و استمر اهتمـام المشـرع الجزائـري بالتعامـل الثـانوي فـي مجال الصفقات العمومية و ذلك بصدور المرســوم رقــم 02-250 المنظم للصفقات العمومية ،و الـذي نظـم بـدوره التعامل الثانوي من خلال مجموعة من المواد و قد عــدل بموجب المرسوم 03-301 المؤرخ في 11/09/2003 و الــذي لم يشر إلى أية مادة جديدة تتعلق بالتعامل الثـانوي فـي مجال الصفقات العمومية كما عـدل المرسـوم رقـم 02-250 مرة أخرى سنة 2008 و ذلك بمـوجب القـانون رقـم 08-338 دون أن يمــس هــذا التعــديل بالأحكــام المتعلقــة بالتعامل الثانوي

و تجدر الإشارة إلـى أن سـنة 2010 عرفـت صـدور المرسـوم الرئاسـي 10-236 المتضـمن تنظيـم الصـفقات العموميـة

حيث تناول هذا المرسوم التعامل الثانوي في مواده من 107 إلى 109 و التي جاءت في صياغة جديدة نوعا ما مع توسيع في بعض الشروط الواجب توافرها في المتعامل الثانوي ،ولم يكتفي المشرع بذلك بل عدل هذا المرسوم مرة أخرى و ذلك من خلال المرسومين رقم 11-98 المؤرخ في 01/03/2011 الجريدة الرسمية العدد 14 السنة الثامنة و الأربعون و الثاني رقم 12-23 المؤرخ في 18/01/2012 الجريدة الرسمية العدد 04 السنة التاسعة و الأربعون ، و هذين التعديلين لم يأتيا بأية أحكام جديدة تنظم التعامل الثانوي ،كما لم يدرج فيها مواد جديدة تتناول هذا الموضوع و نفس الشيء بالنسبة لمرسوم 2013 لم يأتي بأي جديد.

و ما دام المشرع الجزائري استند إلى القانون المدني عند وضعه لقانون الصفقات العمومية يمكننا الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري و المتعلقة بالمقاولة الفرعية المصطلح عليها بـ « la sous traitance » و هو نفس المصطلح المستعمل في قانون الصفقات العمومية للدلالة على التعامل الثانوي .

و يبقى الأصل العام في المعاملات أن العقد شريعة المتعاقدين و بما أن الصفقة العمومية تعتبر عقد باعتبارها عمل قانوني بمقتضاه حدد الطرفان علاقتهما فان أحكامها ملزمة لطرفيها ، فإذا تم الاتفاق و ابرم العقد يلزم كل منهما بتنفيذه اتجاه الأخر و بحسن نية

ففي مقابل تنفيذ الإدارة لالتزاماتها فعلى المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد و حسب القواعد العامة المقررة في القانون المدني.

و أهم الالتزامات المترتبة على النظرية العامة للعقد هو التنفيذ الشخصي للصفقة باعتبار أن المصلحة المتعاقدة عند اختيارها للمتعاقد معها راعت مجموعة من الاعتبارات المرتبطة بشخصه و بحالته و التي بررت منحه الصفقة إلا أن ذلك لا يعني وجوب أو إلزامية

المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة لوحده بل يمكنه الاستعانة بالغير لتنفيذ المشروع محل العقد بما يسمى بالتعامل الثانوي « la sous traitance » وفقا لما هو منصوص عليه في القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية .

و من هنا تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع نظرا لطبيعته القانونية و للدور الكبير الذي تلعبه هذه التعاملات الثانوية لدى المؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تمكنها من المنافسة و تحقيق الاستقرار على الصعيد الاقتصادي .

و من هنا يثار الإشكال حول النظام القانوني للتعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية؟ و الذي تتفرع عنه عدة إشكالات أهمها :

1) : ما هو مفهوم التعامل الثانوي ؟
2) : ما هي شروط و إجراءات التعامل الثانوي ؟
3) : ما مدى إمكانية التعامل في مجمل الصفقة ؟
4) : على من يقع دفع مستحقات المتعامل الثانوي ؟
5) : ما هي الآثار الناتجة عن التعامل الثانوي ؟
6) : من هو المسؤول اتجاه المصلحة المتعاقدة ؟

و بما أن موضوع دراستنا يتعلق بالدراسة المقارنة فسوف نتناول في الدراسة بلدنا الجزائر مع بعض التشريعات الأخرى .

و ستتم هذه الدراسة من خلال فصلين :

الفصل الأول : الأحكام العامة للتعامل الثانوي .

الفصل الثاني : الآثار القانونية للتعامل الثانوي و مدى مشروعيته .