

جامعة وهران 2

محمد بن أحمد
Université d'Oran 2
Mohamed Ben Ahmed



كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

تخصص قانون عام إقتصادي

التعامل الثانوي في إطار تنظيم الصفقات العمومية

تحت إشراف

الأستاذ: عباس بلغول

مقدمة ومناقشة من طرف

الطالبة: هجيرة سراط

لجنة المناقشة

الصفة	مؤسسة الإنتماء	الرتبة	الإسم واللقب
رئيساً	جامعة وهران 2	أستاذ	الأستاذ العربي شحط عبد القادر
مشرفاً مقررأ	جامعة وهران 2	أستاذ	الأستاذ بلغول عباس
عضواً مناقشأ	جامعة وهران 2	أستاذ محاضر (أ)	الأستاذ لونيس عبد الوهاب
عضواً مناقشأ	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	الأستاذ مكلل بوزيان
عضواً مناقشأ	جامعة تلمسان	أستاذ	الأستاذ بدران مراد

2022 ~ 2021

شكر وتقدير

﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ صَلَّى﴾

بعد الله....

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني في إنجاز أطروحتي هذه سواء كنت أعرفهم أو لا.. إلى كل من لم يبخل علي بمعلومة سواء كانت مهمة أو بسيطة، إلى كل الأوفياء الذين كانوا لي نعم السند في السراء والضراء.. أوجه شكري على وجه الخصوص إلى عائلتي، أقاربي وأصدقائي وكل من يعرفني من قريب أو بعيد، إلى كل من قدم لي يد المساعدة ولم يتوانى عن تقديم الدعم، إلى من لن أنسى وقوفهم بجاني ودعمهم ومساندتهم لي في كل صغيرة وكبيرة طوال مسيرتي في إعداد الأطروحة ما حييت، فلا يمكن لكلمات شكر وعرفان أن توفيهم حقهم. إلى الأستاذ المشرف بلغول عباس على توجيهي وإسداء النصح لي ومجهوداته القيّمة، ولا يفوتني شكر الأساتذة الأفاضل الذين تكرموا بقبول مناقشة هاته الأطروحة تصحيحا وإثراء، وكافة أساتذتي في مشواري الدراسي. إلى موظفي الإدارات والهيئات العمومية الذين لم يبخلوا عليّ بمعلومات من الواقع وتطبيقات عملية حول موضوعي...

إلى كل هؤلاء أقدم عميق شكري وخالص امتناني...

إهداء..

إلى..

من لا يمكن للكلمات أن توفيهما حقهما
من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضلهما
والدي العزيزان..

إلى..

من هو رفيق عمري وشريك حياتي
زوجي العزيز...

إلى..

من لا يمكن للملأ أن يعوضهم
إخوتي..

إلى..

من كان ينير فكري ويوجهني
أساتذتي..

إلى كل من سقط قلبي سهوا عن ذكرهم

أهدي هذا العمل...

قائمة المختصرات

المختصرات باللغة العربية :

ج : جزء

ص : صفحة

م : مادة

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المختصرات باللغة الفرنسية :

AJDA	: Actualité Juridique de Droit Administratif
CE	: Conseil d'Etat
CFCE	: Centre Français du Commerce Extérieur
Ch.	: Chambre
Fasc.	: Fascicule
JORF	: Journal Officiel de la République Française
MURCEF	: Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier
N°	: Numéro
ONUDI	: Organisation des Nations Unies de Développement Industriel
OPU	: Office des Publications Universitaire
Op. cit	: Ouvrage Précité
P	: Page
PUF	: Presses Universitaires de France
Rec.	: Recueil
UNIDO	: United Nations Industrial Development Organization
Vol	: Volume

مقدمة

لقد منح القانون للإدارة سلطات هامة وواسعة في سبيل تحقيق الأهداف المسطرة لها وضمان سير المرفق العام وحفظ المصلحة العامة، مستعملة في ذلك "القرار الإداري" الذي يعد أسلوباً إنفرادياً تظهر فيه الإدارة بمظهر السلطة العامة، وتمارس من خلاله كافة السلطات والإمكانيات التي منحها لها القانون، وكذا صورة "العقد الإداري" والذي يعتبر الطريق التعاقدية بين الإدارة والأشخاص الأخرى سواء كانت طبيعية أو معنوية، أين تتجرد الأولى من كل امتيازاتها وسلطاتها لتنزل إلى منزلة الأفراد العادية وتتعاقد معهم من أجل إبرام عقودها لتلبية حاجياتها، دون أن ننسى صورة "الصفقات العمومية".

فالصفقات تتضمن بدورها أسلوبين: أسلوب إيداع العروض وأسلوب التراضي، فتلجأ المصلحة المتعاقدة بموجب إجراء طلب العروض إلى إبرام الصفقة العمومية وإسنادها إلى متعامل متعاقد (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا) الذي يكون قد قدم كل مؤهلاته التقنية والمالية التي تجعله منه متفوقا على غيره، وهذا بعد استيفاء مجموعة من الإجراءات التي خصص لها قانون الصفقات العمومية الجزائري جزءا كبيرا فتم النص عليها في المادة 39 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،¹ إذ كان الهدف من وراء هذا التفصيل والتشديد في إجراءات إبرام الصفقة العمومية هو الحفاظ على المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم المتمثلة في: المساواة في معاملة المترشحين وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية وشفافية الإجراءات.

ومن هنا فإن العبرة من وراء كل هاته الصرامة والإحكام في الإجراءات هو الوصول إلى المتعامل المتعاقد أو المرشح الأكفأ القادر على تنفيذ المشروع على أكمل وجه، وبالتالي وكسائر العقود المبرمة من قبل طرفين أو أكثر، فإن المتعامل المتعاقد المختار من قبل المصلحة المتعاقدة يتمتع بحقوق كما تقع على عاتقه التزامات يمكن تحديدها إجمالاً في كونه ملزم بالتنفيذ وفقا لما تمليه بنود دفاتر الشروط المعدة مسبقا من قبل صاحبة الصفقة والعقد الموقع بينه وبينها، فيلتزم بمبدأ حسن النية، واحترام المدة المحددة في العقد لإنجاز المشروع، وتنفيذ جميع الأعمال الموكلة إليه بنفسه وعلى مسؤوليته الخاصة.

إن الإلتزام بالتنفيذ الشخصي هو من أكثر الإلتزامات أهمية على الصعيد القانوني، بإعتبار أن العامل الشخصي هو عامل أساسي ومهم عند اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل معها فتضع هذا

¹. الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

المعيار الشخصي في المقام الأول، كون أن هذه الأخيرة تأخذ بعين الاعتبار أولاً وقبل كل شيء المؤهلات المالية، الفنية والقانونية، وتأسيساً على ذلك فإنها تملك سلطة تقديرية عند اختيارها لهذا المتعامل بدليل أنه يمكنها الامتناع عن إبرام العقد مع شخص لا ترتضيه، وبهذا يكون مختاراً لشخصه وكفاءته.

ومن هذا المنطلق نستنتج أن التزامات هذا الأخير لها طابع شخصي ونتيجة لذلك فإنه يقع عليه واجب الوفاء الشخصي للالتزام التعاقدية، ولأن هذا الالتزام يفرضه القواعد العامة في العقود الإدارية، فإن عدم انطواء العقد الإداري على نص صريح يؤكد لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من واجب احترامه، فقد جاء في قرار محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 27 جانفي 1957 أنه: "ومن حيث أن المحكمة تلاحظ بادئ ذي بدء أن العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها، ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات شخصية *intuitu personae* أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه..."¹.

فوفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بنفسه وشخصياً يترتب نتيجة حتمية وأثراً واحداً وهو أنه يحظر على هذا الأخير إناطة تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى شخص آخر، ومن ثم لا يستطيع المتعامل الذي توافرت فيه شروط التعاقد التي قصدتها الإدارة التصل من واجب تنفيذ التزاماته بمنحها إلى غيره وإجبار الإدارة على التعامل مع شخص آخر في حين أن نيتها لم تتصرف إلى التعاقد معه (أي الغير)، فدزمة المتعامل المتعاقد لا تبرأ إلا بالوفاء الشخصي للعمل المنوط به، ولا يمكنه التحلل من التزاماته التعاقدية بحجة وجود إجراءات إدارية حالت دون ذلك.

ففي مجال الصفقات العمومية تكون شخصية المتعاقد وحدها محل اعتبار في تنفيذ المشروع، فحين تختار الجهة الإدارية أحد المتعاقدين معها فإنها كأمانة على مصالح الجمهور تراعي في اختيارها ضرورة توافر صفات جوهرية في الشخص المرغوب التعاقد معه حتى تضمن تنفيذ العقد بدقة وأمانة على نحو يحقق الصالح العام، مما يؤمن سير المرفق العام بصفة منتظمة وتتعلق هذه الصفات بالكفاءة المالية، المقدرة الفنية، حسن السيرة والسمعة، الخبرة والجنسية، أين تجسد هذه العناصر مدى أهمية الاعتبار الشخصي:

¹. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء و تحكيما، منشأة المعارف، 2009، ص 258.

فيما يتعلق بالكفاءة المالية فإن يسر المتعاقد من الناحية المالية يعد من أهم الضمانات لتنفيذ العقد الإداري ولتحقيق النفع العام لا سيما في العقود التي تتطلب في تنفيذها إمكانيات ضخمة من الناحية المالية، ذلك أن القدرات المالية لهذا المتعاقد تؤثر بشكل كبير على حسن تنفيذ المشروع والدقة فيه، سواء من حيث التقنيات أو المدة المستغرقة في الإنجاز.

أما جانب المقدرة الفنية فإن المؤهلات التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد الفنية تضم كفاءته، قدرته الفنية، الإدارية والتقنية، فاستنادا على الأصول المتبعة عالميا فإن هذه المؤهلات تكون محل إعتبار وتقدير الإدارة في مجال تنفيذ مختلف العقود الإدارية. فلا يعقل منح مشروع ما أو صفقة لشخص لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة، وهو ما أكدته المواد 53، 54، 55 و 56 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام الجزائري أين نصت المادة 54 منه على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية". كما أشارت المادة 56 على أنه: "تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات، عند الإقتضاء، عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج".

الخلق والسمعة، كثيرا ما ينصب الاهتمام على خلق المتعاقد وسمعته وبالذات فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بسهولة ويسر ودون ممانعة، وكذا على خبرته ويثبت ذلك من واقع سجل أعماله السابقة الأمر الذي يبرر إصرار المشرع الجزائري على ضرورة عدم وقوع المتعهد في حالة من حالات المنع المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفا خاصة تلك المتعلقة بالتصريحات الكاذبة والغش والمخالفات الماسة بالنزاهة والشرف.

إن جنسية المتعامل المتعاقد تعد محل اعتبار في بعض أنواع العقود ولاسيما تلك التي تتصل بأمن وسلامة الدولة كعقود التوريد الحربية.

نظرا لصلة العقد الوثيقة بالمرفق العام فإن الاعتبار الشخصي يعد من الأفكار الأساسية فيما يتعلق باختيار المتعاقد من أجل تنفيذ العقد، فللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في الإمتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه كما تملك في المرحلة الأخيرة لإبرام العقد أن ترفض التعامل مع شخص أوصت به لجنة البث، مما يكرس فكرة الإعتبار الشخصي والسلطة المطلقة للمصلحة المتعاقدة.

وعليه، فإن هذه الفكرة في العقود الإدارية تظهر في عدة نقاط، فتتجسد عند إبرام العقد، تنفيذه وانقضائه. أما فيما يتعلق بمرحلة الإبرام تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية تخول لها الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه أو لا تتوفر فيه المؤهلات المطلوبة فيكون من حق الإدارة عدم التعاقد إلا مع الشخص الذي تطمئن لقدراته المالية والفنية وحسن السمعة، أما عند مرحلة التنفيذ، فإنه يتوجب على المتعاقد تنفيذ الصفقة العمومية بنفسه ولا يمكنه إحلال غيره فيها، فشخصية المتعاقد وصفاته تعد في مقدمة العوامل التي تقدرها الإدارة قبل إبرام العقد معه. أما عند إنقضاء العقد فإن موت، إفلاس، إفسار المتعاقد أو فقده لأهليته يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية أو فسخ العقد، وعليه نستنتج أن المبدأ الشخصي في العقود الإدارية هو من المسلمات الواجب إعمالها ولو لم ينص عليها في العقد صراحة.

وكقاعدة عامة يمكن القول أن الإعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري وآثاره لا يشكل هدفا في حد ذاته بقدر ما يكون وسيلة تتمكن بها الإدارة من ضمان تنفيذ الصفقة العمومية على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق، فهذا العنصر يلعب دورا هاما في العقود الإدارية وتختلف هذه الفكرة من عقد إلى آخر وهذا حسب أهمية العقد ومدى اتصاله بالمرفق العام.

وبالتالي يمنع على المتعهد الذي تم اختياره شخصيا لتنفيذ الصفقة العمومية أن يتجاهل الإعتبارات التي مكنته من الحصول على الصفقة ومنح تنفيذها إلى شخص آخر، وعليه، فإن هذا الحظر الذي يمس - إن أمكننا القول - حرية المتعامل المتعاقد تتمخض عنه قاعدة "عدم جواز التنازل عن تنفيذ العقد" ويمكننا تبرير هذا الحظر وهذه القاعدة في أن التزامات المتعامل المتعاقد - كما سبق وأن أشرنا - هي إلتزامات شخصية وهو ما أكدته المحاكم القضائية للعديد من الدول وخاصة فرنسا ومصر وخير مثال على ذلك هو القرار المشار إليه والصادر في 24 جانفي 1957¹، والذي نص على أنه "... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن... فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الإلتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر...".²

كما ذهب الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن غاية حظر تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد لصالح الغير، هي الرغبة في عدم تحول العقود الإدارية إلى

¹. قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية .

². سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة عين الشمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 440،441.

مجالات للوساطة، الأمر الذي يخرجها عن غايتها والهدف من إبرامها والتي هي ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام لما تتطوي عليه من تغليب للصالح العام - الذي يفرض الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري - على الصالح الخاص للمتعاقد مع الإدارة الذي يحق له تنازل هذا الأخير لعقده لفائدة الغير.

كما أنه ومن جهة أخرى فإن هذا الأمر يكرس تجاهل إرادة المصلحة المتعاقدة بالتعاضد عن اختيارها ونيتها المنصرفه إلى تنفيذ الصفقة العمومية من قبل المتعامل المتعاقد الذي اختارته ولأصبح تفضيلها لهذا الأخير بدون معنى وبدون جدوى كون أنه سيقوم بالتنازل عن العقد الموكل إليه وضرب الاعتبار الشخصي عرض الحائط.

ولكن ومن الناحية القانونية فإن هذا الموضوع قد يطرح تساؤلا حول ما إذا كان إلتزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ شخصيا هو إلتزام مطلق لا استثناء وارد عليه؟

لقد اعتدنا في مجال القانون أن تكون لكل قاعدة استثناء ولكل أصل فرع، ففي ظل التحديات الكبيرة التي تفرضها التطورات الإقتصادية والصناعية، وتسابق بعض الشركات العابرة للقارات نحو الاندماج والحصول على صفقات عمومية مبرمة وطنيا ودوليا من أجل الإستثمار أين كان لزاما على الشركات والمؤسسات الكبرى التركيز على وظائفها الأساسية وإسناد النشاطات الأخرى التي يستحسن التخلي عنها إلى شركاء أكثر تخصصا وأكثر خبرة لأجل تزويد الصفقة أو المشروع بمزيد من الدقة والإحترافية، ومن جهة أخرى كان على المصالح المتعاقدة والإدارات العمومية التخفيف من حدة هذا الإلتزام تماشيا مع الأوضاع.

فالواقع العملي ونظرا للتطورات التي يشهدها باستمرار يرفض فكرة تقييد المتعامل المتعاقد وعرقلة عن إنجاز مهامه فإسناد صفقة ذات أهمية كبرى أو مشروع كبير لمعامل متعاقد قد يثقل كاهله نوعا ما، فلا حرج في أن يقوم هذا الأخير بتعيين متعامل آخر لإعانتته في تنفيذ الصفقة العمومية أو المشروع المسند إليه خاصة وإن كانت هناك أجزاء من المشروع تخرج عن معرفة المتعامل المتعاقد الأصلي وتستدعي منحها إلى أشخاص ذوي خبرة ودراية أكبر في هذا المجال.

وقد شكل هذا النوع من النشاط محورا أساسيا من استراتيجيات المشاريع في عموم الدول التي تمكنت بواسطة هذا الأسلوب من تنمية وتطوير منتجاتها ورفع قدراتها التنافسية في الأسواق المحلية والخارجية إلى جانب أهداف اقتصادية واجتماعية أخرى،

وقد أدركت الدول النامية في العقود الأخيرة أهمية هذا الأسلوب في تفعيل علاقات التشابك والتكامل بين مختلف وحدات القطاع الصناعي خاصة والتجاري عامة الذي يعاني في الأساس من مشاكل كثيرة لعل أبرزها التركيز على الصناعات الأولية وقلّة مستويات الكفاءة والإنتاجية.

وعليه ولحل كافة هذه المشاكل يتولى المتعاقد مع الإدارة الاستعانة بمتعاملين آخرين لتنفيذ أشغال أو القيام بأعمال قد تخرج عن نطاق اختصاصه، وقد تمت الإشارة إلى هذا المعنى من قبل المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 14 ماي 1966 وأعدت تأييده في حكم 16 يناير 1971 أين كان أحد متعهدي الألبان يستعين ببعض المندوبين في المحافظات الأخرى، فنص الحكم على أنه: "..... لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ، وإلاّ وضع أمام استحالة مطلقة، وأنه بالبناء على ما تقدم، وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية...".¹

من الناحية الواقعية أصبحت هذه المعاملات حقيقة متداولة من أجل الاستجابة لمختلف العراقيل الاقتصادية، المالية والتقنية، فيجد المتعاقدون مع المصلحة المتعاقدة أنفسهم مجبرين على اللجوء إلى الغير وهذا ما يخرجنا من دائرة وحيز قاعدة "عدم التنازل عن الوفاء الشخصي للالتزامات" أو "التنفيذ الشخصي للالتزام التعاقدية" لنجد أنفسنا أمام استثناء عن القاعدة، وهذا بمنح المشروع إلى شخص ثالث سواء بمنحه الصفقة في مجملها أين يحل هذا الشخص الثالث محل المتعامل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ جميع الالتزامات التي تقع على عاتقه واكتساب جميع الحقوق المقررة له لتنشأ بذلك علاقة تعاقدية جديدة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد فتسمى بذلك هذه العملية "بالتنازل عن العقد"، وهناك طريق آخر يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء إليه وهو منح تنفيذ الصفقة ولكن في جزء منها فقط فتسمى هذه العملية قانوناً "بالمناولة la sous-traitance".

يعتبر أسلوب التنازل عن العقد التصرف القانوني الذي يبرمه المتعامل المتعاقد مع شخص آخر ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء جميع التزاماته واكتساب حقوقه الناتجة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة، أي تنفيذ العقد كلياً، بمعنى آخر فإنه

¹. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 442.

العملية القانونية التي تتم بواسطة المتعاقد الأصلي مؤداها قيام هذا الأخير بإحلال طرف ثالث محله أي بديل له في تنفيذ العقد، ويصبح الطرف الجديد (المتنازل له) لدينا مباشرة للمصلحة المتعاقدة بالالتزامات التي أنشأتها الصفقة العمومية على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها هذا العقد لمصلحة المتنازل (أي المتعاقد الأصلي).

حسب رأي مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 08 جوان 2000 فإن هذا الأخير عرف عملية التنازل عن العقد بأنها :

« La reprise pure et simple par le cessionnaire, qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat » ... « ce nouveau titulaire devant être une personne distincte du titulaire initial ».¹

فلا نكون أمام تنازل عن العقد إلا إذا تم منح المتعاقد الجديد جميع الحقوق الناتجة عن العقد الأصلي وترتيب على ذمته جميع الإلتزامات التي ينص عليها هذا الأخير، أما بالنسبة للمتنازل فإنه يتجرد من جميع ما ينص عليه العقد الأصلي ومن جميع الإلتزامات التي تحملها شخصيا وتعهد بأدائها في الفترة المحددة للتنفيذ.

فمن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن عملية التنازل عن العقد تنشأ من خلال عقدين متتاليين، العقد المبرم من قبل المتعاقد الأصلي والمصلحة المتعاقدة، والذي يكون محله القيام بعمل أو إعطاء شيء، وعقد آخر لاحق له وهو عقد التنازل أين يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة شخص آخر يسمى "المتنازل له" ليحل محل المتعاقد المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات ناشئة عن الرابطة التعاقدية الأولى.

إن عملية التنازل تقضي تماما على فكرة الإعتبار الشخصي التي تقوم عليها الصفقات العمومية، لذلك فإنه يتوجب طلب موافقة الإدارة على هذه العملية حتى تكون نافذة في مواجهتها، فعدم موافقة جهة الإدارة على التنازل يجعله باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام، وذلك على أساس أن التنازل عن العقد هو أشد أنواع المخالفة لمبدأ الإلتزام الشخصي بتنفيذ الصفقة.

¹.FOLLIOT-LALLIOT (L.), Exécution du contrat administratif, obligations contractuelles et pouvoirs de l'administration, jurisclesseur administratif n°08, fasc. 608, p 06.

أشار المشرع الجزائري إلى هذا الأسلوب في إطار القانون المدني من خلال المادة 564 التي نصت على أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الإعتماد على كفاءته الشخصية".

إن موافقة المصلحة المتعاقدة على قيام المتعامل المتعاقد بعملية التنازل شرط مهم حتى تكون هذه العملية صحيحة ومرتبطة لكافة آثارها القانونية، لكن قد يحدث أن يتم هذا التنازل دون الحصول على موافقة من المصلحة المتعاقدة، وبهذا فما هي الآثار الناتجة عن هذه العملية في حالة ما إذا تحصل المتعامل المتعاقد على موافقة المصلحة المتعاقدة وكذا في حالة عدم حصوله عليها؟

ترتب موافقة المصلحة المتعاقدة في حالة التنازل الصحيح آثارا قانونية تؤثر على المراكز القانونية للأطراف سواء بالنسبة للمتعاقد (المتنازل) أو المتعاقد الجديد (المتنازل له):

*بالنسبة للمتنازل (المتعاقد الأصلي): يترتب على موافقة المصلحة المتعاقدة على إجراء التنازل عن العقد تحرر المتعامل المتعاقد من كافة إلتزاماته التعاقدية التي إلتزم بها في إطار العقد الأصلي وبهذا لا يحق للمصلحة المتعاقدة مطالبته بالاستمرار في التنفيذ، كما أن هذا الأخير لا تكون له الصفة لمناقشة هذه الإدارة حول تسوية الحساب عن الأعمال التي يتم تنفيذها بعد إجراء التنازل رغم أن معظم العقود الإدارية تشترط بقاء المتعامل المتعاقد الأصلي ضامنا للمتنازل له أي المتعاقد الجديد. (وثيقة مرفقة رقم I - الصفحة 289).

*بالنسبة للمتنازل له: إن موافقة المصلحة المتعاقدة على عملية التنازل لها آثارها الخاصة التي تتعكس على المتعاقد الجديد أو المتنازل له، وهي حلول هذا الأخير محل المتعامل المتعاقد الأصلي في إلتزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة، ونتيجة لذلك يكون للمتنازل له وحده صلاحية تلقي التعليمات والتوجيهات من هذه الأخيرة، كما أنه يصبح له الحق في اقتضاء المقابل المالي المنصوص عليه في العقد، وبالتالي تنشأ بين هذا المتعاقد الجديد وجهة الإدارة علاقة مباشرة سواء من الناحية التعاقدية أو المالية.

أما في حالة التنازل المعيب (دون موافقة الإدارة): تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء قيامها بالمهام المنوطة بها بالسلطة التقديرية، خاصة عند تعاقدتها مع الغير بما في ذلك عمليات التنازل التي قد يلجأ إليها المتعامل المتعاقد معها، فحتى تحافظ الإدارة على النفع والصالح العام لها سلطة رفض طلب هذا الأخير والمتمثل في القيام بالتنازل عن العقد التي تم منحه إياه، لكن سلطة

الرفض هذه مشروطة بحسن استعمالها وأن تنحصر في هدف واحد وهو الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام كما أنه لا يمكن للإدارة رفض التنازل لمجرد الرفض وبدون سبب فيجب أن تستند في رفضها على حجج وأسباب جديّة ومشروعة.

فلو تبين للمصلحة المتعاقدة عدم تمتع المتعاقد الجديد أو المتنازل له بالمؤهلات والصلاحيات الفنية أو المالية التي تمكنه من تنفيذ الصفقة العمومية والحلول محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ التزاماته التعاقدية كان لها أن ترفض هذا المتعاقد الجديد وترفض إجراء التنازل أيضاً.

وعليه، وبناء على ما سبق نستخلص أن التنازل عن الصفقة العمومية كلياً يشترك إلى حد ما مع التنازل عنها بصفة جزئية مما يسمى بالمناولة، باعتبار أنهما يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد الأصلي، كما أنه ومن حيث المدة الزمنية التي يجب أن يبرم فيها هذين العقدين فإنه يجب أن يبرم أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية أو قبلها وليس بعد إنتهاءها، زيادة على ذلك فإن المتعامل المتعاقد لا يمكنه التنازل عن العقد ولا التعامل بشأنه عن طريق المناولة إلا استناداً على موافقة صريحة من المصلحة المتعاقدة فإن تم التصرف في العقد لصالح الغير بدون الحصول على هذه الموافقة يكون المتعاقد الأصلي أو المتنازل مرتكباً لخطأ - على أساس أنه لم يحترم مبدأ أساسي وهو إلتزامه بالتنفيذ الشخصي- وجزء هذا الخطأ يمكن أن يصل إلى حد فسخ الصفقة العمومية.

لكن ومن جهة أخرى، حتى ولو كان عقد الباطن وعقد التنازل يشتركان في بعض المسائل، إلا أنهما يختلفان في العديد من النقاط لذا قام الفقه بوضع معايير عامة وشاملة للفرقة بينهما وتمثل هذه المعايير في:

***معيار إرادة المتعاقد:** فهذا يؤخذ بعين الإعتبار إتجاه إرادة المتعاقد في ترك العقد أو البقاء ضمن نطاقه، فيكيف تصرفه بأنه تنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن تبعاً لموقفه، إما البقاء في دائرة التعاقد أو الخروج منها، فلو إختار البقاء ملتزماً بالعقد الذي يربطه بالمصلحة المتعاقدة أُعتبر تصرفه تعاقداً من الباطن الهدف منه إحلال الغير إحلالاً غير كامل في تنفيذ العقد الأصلي، لكنه إن إختار التخلي نهائياً عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر والخروج كلية من دائرة التعاقد فيعتبر هنا متنازلاً عن العقد الذي يربطه مع المصلحة المتعاقدة.

التنازل عن الصفقة هو عملية قانونية يستبدل بواسطتها الملتزم بشخص آخر يحل محله في العقد ويصبح بمقتضاها مسؤولاً مباشرة إتجاه الإدارة عن تنفيذ الواجبات الواردة في العقد ومستفيداً من الحقوق المقابلة المدرجة في هذا الأخير، أما في التعاقد من الباطن فيبقى المتعامل المتعاقد موجوداً في الرابطة التعاقدية ومسؤولاً تماماً عن تنفيذ الصفقة العمومية أمام المصلحة المتعاقدة رغم أنه قام بإبرام إتفاق قانوني مع شخص ثالث بهدف الحصول على مساعدته في تنفيذ الأشغال الملقاة على عاتقه أو أداء الخدمات وتوريد المواد.

*معيار طبيعة العملية القانونية: يقتضي هذا المعيار أن تنازل المتعامل المتعاقد عن مركزه العقدي في الرابطة التعاقدية يؤدي إلى إنهاء هذه العلاقة لتنشأ على إثر ذلك علاقة مباشرة ومتبادلة بين المتنازل لديه (أي المصلحة المتعاقدة) والمتنازل له، فإن وقع تنازل عن الصفقة بجميع ما اشتملت عليه من حقوق والتزامات بين المتعامل المتعاقد المتنازل والمتنازل له وأقرته الإدارة، فإن هذا الأخير يصبح مديناً بجميع إلتزامات المتنازل نحو المصلحة المتعاقدة ودائناً بجميع حقوق المتنازل، ليختفي هذا الأخير ولا يعود مسؤولاً عن المتنازل له ولا ضامناً له، وفي هذا الصدد يرى الفقيه G. Jéze أن "التنازل عن الصفقة يؤدي إلى إجراء عقد جديد مع ملتزم جديد".¹

وبعبارة أخرى فإن التنازل عن العقد ينتج عنه قيام علاقة تعاقدية جديدة ومباشرة بين الإدارة والمتنازل له، إذ يتم في هذه العملية تغيير أطراف العلاقة القانونية التي كانت موجودة سابقاً وهذا دون تغيير في الإلتزامات الناشئة عنها، مما ينتج عنه ترك المتعامل المتعاقد للمسرح التعاقدية أو العملية التعاقدية ليتم إحلال متعاقد جديد محله - دون قيد أو شرط - وهذا في تنفيذ الإلتزامات التي كانت تقع على عاتقه حين كان ملتزماً بالعقد الذي كان يربطه مع المصلحة المتعاقدة، فيتولى هذا المتعاقد الجديد تحمل كافة الإلتزامات والحقوق التي ينص عليها العقد وتنشأ بذلك علاقة مباشرة بينه وبين المصلحة المتعاقدة.

في حين أن تعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة دون أن تختلط معها أو تندمج معها، أين يجتمع كل من المتعامل المتعاقد الأصلي والغير أي المناول، ويظل هذا الأخير من الغير

¹. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعاً وفقها واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 100.

بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فلا وجود لأي علاقة تعاقدية بينهما ولا يُسأل أمامها عن تنفيذ الصفة العمومية.

كما تجدر بنا الإشارة إلى أنه يوجد فارق مهم بين كل من عقد المناولة وعقد التنازل يتمثل في كون الأول ينصب على جزء ومجال معين ومحدد بذاته من موضوع الصفة ولا يتعدى ذلك الجزء فقط من المشروع، لكن محل التنازل هو جميع العقد المبرم من قبل المتعامل الأصلي والإدارة وما يشمل من حقوق والتزامات.

أما من جهة فكرة الإعتبار الشخصي، فإن كل من عقد المناولة والتنازل عن العقد يختلفان في هذه النقطة، فهذا الأخير أي التنازل يهدم فكرة التنفيذ والإعتبار الشخصي كلية من أساسها لما ينتج عنه من إحلال شخص آخر إحصائياً كاملاً وكليا محل المتعاقد الذي وافقت عليه المصلحة المتعاقدة وتوفرت فيه كافة الشروط والمؤهلات المطلوبة وهذا في تنفيذ جميع التزاماته وتلقي كافة حقوقه.

وعلى عكس التنازل فإن عقد المناولة أو التعاقد من الباطن لا يهدم فكرة الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفة العمومية - وإن كان لا يأخذ بها كلية - فمدلول هذه الفكرة يتسع حالة التنفيذ الشخصي للعقد من جانب المتعاقد الأصلي مع الاستعانة بشخص آخر في تنفيذ جزء من الصفة العمومية تحت مسؤولية المتعاقد الأول التامة والكلية.

إن عقد المناولة يكون عادة مقبولاً من جانب المصلحة المتعاقدة ومسموحاً به في مجال الصفقات العمومية طالما أن المتعامل المتعاقد يظل ضامناً ومسؤولاً شخصياً أمامها عن تنفيذ كافة الالتزامات الواردة في العقد وفي دفاتر الشروط الخاصة بتلك الصفة.¹

هذا فيما يخص تعريف وآثار التنازل الكلي عن العقد، أما فيما يتعلق بالمناولة أو المقولة الفرعية كما يسميها البعض معنيان ومفهومان، مفهوم اقتصادي وآخر قانوني، فقد عرفت المنظمة العربية للتنمية الصناعية والتعدين التعامل الثانوي في المجال الصناعي بأنه: "جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العملية الإنتاجية، بموجبها تقوم المنشأة مقدّمة الأعمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر تسمى

¹. طارق سلطان ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية 2010، ص 365.

منفذة الأعمال أو المناولة متخصصة لإنجاز مرحلة أو أكثر من عمليات الإنتاج، طبقا لعقد محدد مسبقا وملزم للطرفين".¹

هذا فيما يخص الجانب الإقتصادي، أما فيما يتعلق بالجانب القانوني فلم تمس هذا الموضوع تعديلات كبيرة منذ المرسوم الرئاسي رقم 91-434 الموافق لـ 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية² إلى غاية المرسوم رقم 10-236 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، باستثناء التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري أين أولى هذا المجال عناية خاصة باستحداث مواد جديدة وتعديل أحكام ومفاهيم المناولة، ذلك أن التعديل الجذري الذي قام به في هذا السياق هو إستبدال مصطلح "التعامل الثانوي" بـ "المناولة" و"التعامل الثانوي" بـ "المناول" بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أين أورد هذا الأخير عقد المناولة في القسم السادس من الفصل الرابع وهذا تحت عنوان "المناولة"، أين خصص لها المواد 57، 140، 141، 142، 143، 144 والمطمة 12 من المادة 145.

بموجب المادة 140 قام المشرع الجزائري بالنص على ما يلي : "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم...." وبالتالي فإن المناولة هي عبارة عن عقد يربط المتعامل المتعاقد صاحب الصفقة العمومية مع شخص آخر يسمى المناول أين ينصب هذا العقد على جزء من التزامات صاحب الصفقة، أما المادة 141 فقد أقر فيها بمسؤولية المتعامل المتعاقد عن الأضرار والأخطاء التي تقع إثر التنفيذ المعيب للصفقة العمومية من جانب المناول، وحدد بموجب المادة 143 الشروط الواجب إتباعها في حالة اللجوء إلى تنفيذ هذا الجزء من قبل الغير، أما المادة 145 في مطتها 12 فإنها منحت للمناول حق الرهن الحيازي للصفقة.

لكن ما يلاحظ في الجانب القانوني أن المشرع الجزائري لم يكتف بالنص على المناولة في قانون الصفقات العمومية فقط، بل تم إدراجه والنص عليه في القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني فقد أورد هذا الأخير المناولة في القسم الثالث من الباب

¹. صليحة برجم، المقالة الفرعية، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 2009، ص 02.

². الجريدة الرسمية عدد 57، ص 2211.

التاسع تحت عنوان "المقاول الفرعية"، أين خصص لها المادة 564 و565، لكن أول ما يتم ملاحظته في هذا القانون أن المناولة في الصفقات العمومية والقانون المدني يختلفان من حيث المجال، باعتبار أن الأولى تنصب على جزء من المشروع الموكل إلى المتعامل المتعاقد، لكن وفي إطار القانون المدني فإن الأمر يختلف ليشمل كل العقد، فللمقاول الخيار والحرية في إبرام عقد المقاول الفرعية في جزء من العمل الموكل إليه أو في مجمله، وهذا ما نصت عليه المادة 564 من هذا القانون " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي".

هذا فيما يخص القانون الجزائري أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي، فإن هذا الأخير قد أولى أهمية وعناية كبرى للمناولة من خلال التطورات والتعديلات التي طرأت على هذا الموضوع في التقنين الفرنسي وكذا من خلال التنظيمات والقرارات والتعليمات الصادرة في هذا الخصوص أين خصص لها قوانين كاملة وليس فقط قسما أو بابا، وكان أول مرسوم صدر بخصوص المناولة أو التعامل الثانوي هو 26 Pluviôse والذي عقبه بعد ذلك المرسوم المؤرخ في 11 ماي 1953 والذي منح للمناول إمكانية استيفاء حقوقه مباشرة من الهيئة الإدارية (الدفع المباشر)، لكنه أُستبدل بالمرسوم المؤرخ في 14 مارس 1973، إلا أنه بعد ذلك قام المشرع الفرنسي بسد الفراغ الموجود وأصدر القانون رقم 1335/75 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 1168/01 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المسمى قانون MURCEF، فتضمن هذا القانون في مادته الأولى تعريفا للمناولة وذلك بنصها على ما يلي:

« L'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à un autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

فهو العملية التي بمقتضاها يمنح المقاول بموجب عقد الباطن le sous-traité وتحت مسؤوليته لشخص آخر يسمى المناول تنفيذ كل أو جزء من عقد المقاول أو جزء من الصفقة العمومية التي تم إبرامها مع المصلحة المتعاقدة.

يمكننا القول أن هاته الحالة تفرض على المتعامل المتعاقد البقاء مسؤولا عن العقد، فتجد أساسها في كون أن هذه القاعدة هي من الأصول العامة التي تراعيها المصلحة المتعاقدة حفاظا على المبدأ الذي هو التنفيذ الشخصي، فالالتزام بالتنفيذ الشخصي هنا لا يعني بالضرورة التنفيذ المادي بقدر ما يعني المسؤولية الشخصية عن هذا التنفيذ على نحو يضمن الحفاظ على المنفعة العامة والصالح العام، الأمر الذي أشارت إليه المادة 564 السالفة الذكر في فقرتها

الثانية التي نصت على أنه: "...ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

يعود ظهور علاقات المناولة إلى عدة قرون مضت شملت عددا كبيرا من الأنشطة أهمها في مجال النقل والبناء والتصنيع والخدمات، وانتشرت لتشمل مجالات أخرى خلال الفترة ما بين الحرب العالمية الأولى والثانية أين ربط هذا التطور بحاجة الدول إلى التسلح، لذلك ظهرت العديد من الشركات الصغرى الخاصة في ظل شبكة مناولة متعددة الأطراف، ثم ازدهرت من جديد بعد الحرب العالمية الثانية والتي عرفت بفترة الاقلاع الاقتصادي العالمي، فعرفت هذه المرحلة الممتدة بين (1945-1975) تطورا ملحوظا إذ أن هذا التطور في المطالب شكّل ضغطاً كبيراً على وتيرة تحقيق الأرباح في المؤسسات والشركات الكبيرة، مما أدى بها إلى البحث عن منح أجزاء من أنشطتها لشركات أخرى تكون فيها إجمالا التكلفة أقل؛ ومن هنا بدأت المناولة كإستراتيجية اقتصادية وصناعية وتجارية على نطاق واسع؛ ومنذ تلك الفترة ظهرت الاستراتيجيات التعاونية والتحالفات وعلاقات الشراكة بين المؤسسات التي تسمح للشركاء فيما بينهم بالاستفادة من بعض المزايا كتنقاسم المخاطر أو خفض تكاليف الانتاج والخدمات وخلق الشراكة والتعاون....الخ، يمكننا تقسيم التطور التاريخي للمناولة على النحو التالي:

● **من سنة 1945 إلى 1975:** المناولة كانت تعتمد على الكفاءات، وكانت العلاقة عمودية بين المؤسسين، وكانت بين المؤسسات المناولة منافسة كبرى، كما كان عليها تخفيض تكاليفها قدر المستطاع لأن المؤسسة الأمرة كانت تعتمد عليها بشكل كبير؛

● **من سنة 1975 إلى 1985:** في هذه الفترة تميزت بظهور المناولة المتخصصة، بالإضافة إلى ظهور التغيير في السياق الاجتماعي والاقتصادي بسبب النقل الكمي والنوعي في الأسواق فكان هناك تركيز كبير من طرف المؤسسات على التخصص في الأعمال والأشغال نظرا للتطور التكنولوجي وهو ما سمح بظهور المناولة التخصصية التي تعتمد على الكفاءات وهي مازالت موجودة؛

● **من سنة 1985 إلى غاية 1999:** تميزت هذه المرحلة بظهور شبكات المناولة، أين أصبحت المناولة أكثر تعقيدا بسبب تعقيد الصفقات العمومية وهو ما سمح بظهور درجات في المناولة (درجة أولى ودرجة ثانية) وهو ما يعرف أيضا بالمناولة المباشرة (رئيسية) ومناولة غير مباشرة (فرعية)، فمع بداية سنة 1988 شرعت الجزائر في إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية

والقيام بإصلاحات اقتصادية وتجارية، فأعدت الاعتبار للاستثمارات الخاصة وتقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي من خلال صدور قانون رقم 88-25 المؤرخ في 19 جويلية 1988 والمتعلق بالاستثمار، والذي كان له دور كبير في إعطاء دفع قوي لإنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بما فيها المؤسسات المناولة، والسماح لها بالاستثمار في مجالات متعددة، ومع بداية التسعينيات جاء قانون الصفقات العمومية الصادر في 09 نوفمبر 1991 المعدل والمتمم والذي خصص قسما منه للتعامل الثانوي أو المناولة باعتبارها وسيلة من وسائل تنفيذ المشاريع الكبرى، ثم إنشاء البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة في 11 ديسمبر 1991 التي أعطت دفعا قويا في مجال إقامة علاقات مناولة.

• **من سنة 2000:** منذ بداية القرن الواحد والعشرين 21 نلاحظ إرتفاع المشاريع في عمليات الإنجاز والبناء وهو الذي سمح بظهور مجال أوسع في عمليات التفاوض وبقوة لدى المؤسسات المناولة وهو ما أدى إلى تطور علاقات المناولة إلى علاقة شراكة أي من مجرد علاقة قصيرة إلى علاقة طويلة الأمد تقوم على التكامل بالدرجة الأولى، وهو ما سمح للمؤسسات المناولة الصغيرة والمتوسطة من دخول العالمية واثبات دورها ومكانتها.

نظرا لأهمية عقد المناولة في الصفقات العمومية فإن له عدة تصنيفات تستند إلى موضوع أو وظيفة هذا التعامل، فالنوع الأول هو المناولة القائمة على التخصص *Sous-traitance de spécialité* ويتم التعامل في هذا النوع بلجوء المتعامل المتعاقد إلى مناوول أو عدة مناولين ليعهد إليهم ببعض الأعمال أو جزء من الصفقة الممنوحة له كونه لا يحوز على الأجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذ ذلك الجزء أو أنه لا يملك الخبرة الكافية للقيام به شخصيا.

أما النوع الثاني فهو المناولة القائمة على الإمكانيات *Sous-traitance de capacité* والتي يلجأ إليها المتعامل المتعاقد عند حدوث تذبذب في كمية الطلبات التي يتلقاها هذا الأخير أين يكون أمام حالة عجز وغير قادر على تلبية هذه الطلبات الإضافية، فيضطر إلى الاعتماد على الوسائل الموجودة لدى المناولين حتى يتمكن من توفير باقي الكمية، فاللجوء إلى أسلوب المناولة يمكن أن يهدف ليس فقط إلى البحث عن خبرات خارجة عن المؤسسة المتعاقدة، وإنما أيضا لإرضاء وتلبية حاجيات معينة لها علاقة بتضخم النشاطات أين تكون الوسائل المالية والبشرية للمتعامل المتعاقد غير قادرة نوعا ما على توفيرها في الوقت الراهن¹.

¹.BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), Schulz (P.), Contrats internationaux: guide juridique et fiscal, Centre Français du Commerce Extérieur (CFCE), janvier 2002, p 390.

ومن هنا فإن اللجوء إلى المناولة له عدة دوافع وأسباب تجعل المتعامل المتعاقد يتبنى استراتيجية المناولة في حالة ما إذا لم تكن له موارد مالية كافية لتحقيق كافة أجزاء الصفقة؛ أو لتفادي بعض المخاطر المتعلقة بالجودة، فالمتعاقد الأصلي يمكن أن يملئ عدة شروط في إطار عقد بينه وبين المؤسسة المقاوله من الباطن متعلقة بجودة ومردودية الإنجاز، وكذا تفادي دفع مقابل المواد الأولية وخاصة أجور العمال في أوقات محددة، ففي حالة المناولة يوفر الجهد والتكاليف وكذا يمكنه الإتفاق مع المناول على مدة معينة للدفع تتراوح عادة ما بين 60 إلى 90 يوماً بدءاً من تاريخ التسليم؛ وكذا توفير الجهد والوقت كون المناولة يمكن أن يكون لها دور في تقليص مدة الإنجاز.

تمثل المناولة "نقلة نوعية" للتقدم التكنولوجي والتقني فالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة المتخصصة {PME} تنقل مهاراتها {Savoir faire} إلى المؤسسات الكبيرة فلا يمكن النظر إلى المناولة على أنها مجرد عملية أو إجراء عرضي لتغطية حالة طارئة، فالمحور الأساسي للمناولة قد يكون النمو أو اختراق السوق أو التنوع في المنتج أو المردودية في الإنجاز أو تقليص مدة التنفيذ، فالمؤسسات الكبرى تملك دائماً فرصاً للاستثمار والمشاركة في كبريات العقود والصفقات والتي لا يمكن أن تحققها لوحدها، فتغيرات السوق والتطورات التقنية والتكنولوجية وكذلك طرق التسيير تفتح آفاقاً وفرصاً جديدة أمام المؤسسات والشركات المتخصصة في المجال.

إذ برهنت الوقائع على أهمية المناولة التي أصبحت تشكل أهم أبرز الاستراتيجيات الحديثة وأكثرها قدرة على تحقيق التنمية بجميع البلدان المتقدمة، فقد مكنت المؤسسات التي أخذت بها على: تنظيم النشاط، تحقيق التخصص، تقسيم العمل، الحد من النفقات، زيادة الكفاءة، تعظيم المكاسب، ورفع القدرة التنافسية، هذا ويعتبر نظام المناولة من أهم الأساليب التي تعمل الدولة على انتشاره وخلق قاعدة عريضة له نظراً للدور الهام الذي يلعبه في مجال الصفقات العمومية من خلال تعزيز الترابط والتكامل والتنمية بين جميع المؤسسات وهذا في العديد من النقاط الأساسية لعل أهمها:

- قيام المؤسسات المناولة بإنتاج كميات من المكونات أو الأجزاء الوسيطة حسب طلبات المتعاقد الأصلي بتكلفة أقل وجودة أعلى عما إذا تم إنتاجها في الشركات الكبيرة؛

- يساعد هذا النظام على تطوير المؤسسات وتوزيع المنتجات طبقا لاحتياجات السوق، كما يساعد علي الاستغلال الأمثل لهاته الشركات مما يعظم قدراتها ومواجهة المنافسة في الأسواق المحلية والدولية ؛
- تبادل الخبرات والتكنولوجيات بين مختلف المؤسسات؛
- تساهم بشكل غير مباشر في تشغيل العمالة الوطنية وتقليص نسب البطالة وبالتالي رفع مستوى الكفاءات والتطور المحلي والوطني ؛
- تشجيع المؤسسات على التخصص في مجال التقنيات الحديثة ويكون بذلك توزيع العمل بين المتعاملين أكثر إحكاما وتوازنا، وتساعد الجودة العالية في الإنتاج والسرعة في الانجاز على مواكبة التطور العالمي والمنافسة الدولية ؛
- التكيف مع المستجدات والتغيرات فيصبح هيكل المؤسسات أقل تعقيدا وأكثر مرونة ؛
- الإنفتاح أكثر على المحيط الخارجي.

نظرا لأهمية المسائل التي يثيرها هذا النوع من المعاملات والتي تحتاج إلى دراسة وبحث معمقين، فقد أفردنا له بحثنا هذا فهو في نظرنا موضوع حساس وهام جدا يحتاج للتعلمق فيه، الأمر الذي شجعنا على الإقدام على اختياره... إذ نهدف من خلال هذا البحث إلى الإحاطة بعقد المناولة من كل جوانبه للوصول إلى معرفة دقيقة وشاملة له، ومعالجة بعض التفاصيل والجزئيات التي ينفرد بها، أملين أن تسهم هذه الدراسة في إثراء البحث القانوني في مجال الصفقات العمومية باعتبار أن هذا النوع من العقود يحتل أهمية كبرى وحيزا كبيرا في الواقع العملي.

لكن لابدّ من الاعتراف بأنّ الخوض في دراسة هذا الموضوع لم يكن بالأمر الهين فقد واجهتنا صعوبات جمّة في إعداد هذه الأطروحة، لعلّ أهمّها على الإطلاق قلة الدراسات في هذا الإطار من جهة والاجتهادات القضائية من جهة أخرى.

وبالتالي فإنّ تطبيق أسلوب المناولة والاستفادة منه في كل الدول التي تأخذ بنظام الصفقات العمومية عامة والجزائر خاصة، يواجه صعوبات وإشكاليات منها ما يتعلق بماهيته وآلياته، ومنها ما هو مرتبط بنظام الحماية فيه والرقابة عليه، مما يؤثر على نظامه القانوني، الأمر الذي ينعكس حتما على فعاليته. فما هي الصعوبات والإشكاليات المرتبطة بالنظام القانوني للمناولة وما مدى فعاليته؟.

من خلال هذه الإشكالية يمكن لنا أن نطرح عدة تساؤلات تدور حول عملية إبرام وتنفيذ عقد المناولة، وما هي الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من أجل تحديد حقوق والتزامات المناول في عقد المناولة؟، ضف إلى ذلك فإن تدخل طرف ثالث في علاقة تعاقدية ثنائية يخرق مبدأ التعاقد القائم على طرفين، فما هي الضمانات التي كفلها المشرع الجزائري لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد حقوق المصلحة المتعاقدة بوصفها طرف أجنبي عن العقد الفرعي لاسيما وأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بأموال عامة؟ وهل وفَّق في في بناء حماية للمناول في مواجهة المتعامل المتعاقد الأصلي والمصلحة المتعاقدة؟

لمعالجة هذه الإشكاليات فضلنا إتباع المنهج العلمي الوصفي استنادا على خطة علمية مقسمة إلى بابين، فقد تطرقنا في الباب الأول إلى الإطار القانوني لعقد المناول، الذي احتوى على فصلين ، أما فيما يخص الباب الثاني، فقد خصصناه لدراسة الآليات التي كرسها المشرع الجزائري من أجل حماية المال العام بصفة رئيسية بالدرجة الأولى وكذا لحماية كل من المصلحة المتعاقدة والمناول في حالة التنفيذ أو سوء التنفيذ و تم تقسيمه بدوره إلى فصلين .

الباب الأول: الإطار القانوني لعقد المناولة

بحلول القرن الواحد والعشرين ظهرت عدة تغييرات طبعت وتيرة جديدة للتطورات لسريعة في مجال الإنتاج والأشغال والخدمات، هاته التغييرات لم يكن لها تأثير على التنظيم الداخلي وطرق سير المؤسسات فقط، وإنما أيضا على طبيعة وطرق تسيير العلاقات التي تجمع هاته الأخيرة خاصة فيما يتعلق بالروابط بين الهيئات الأمرة والشركات المنفذة، أين أصبحت هاته الأخيرة تلجأ إلى أساليب وطرق عدة من أجل تنفيذ المشاريع التي تسند إليها ومن بينها أسلوب المناولة الذي يمس جزءا من الصفقة، فقد تطور هذا الأخير أو ما كان يعرف بالتعامل الثانوي في مجال إبرام الصفقات العمومية تطورا ملحوظا وانتشارا خاصة فيما يتعلق بالمشاريع العامة المتعلقة بإقامة المنشآت الهامة كإنشاء الطرق والموانئ والمراكز والمنشآت المختلف.

في مجال المعاملات اليومية وخاصة في نطاق التجارة والمبادرة تظهر الحاجة الى إبرام عقود قانونية معينة لتسهيل التعامل، فهناك جملة من العقود التي ظهرت نتيجة تطور الحياة وازدياد متطلباتها ومن بينها عقد المقاولة من الباطن أو ما يسمى بالمناولة، وهذا العقد وجد قديما لكنه لم يشكل أهمية كالتى يشهدها في الوقت الحاضر وذلك بسبب اتساع المشاريع وتنوع اعمالها وظهور اعمال جديدة لم تكن موجودة سابقا، وتظهر الحاجة الى إبرام هذا النوع من العقود في حالة عدم قدرة المقاول الاصلي على تنفيذ العقد تنفيذا فوريا وفي الوقت المناسب وعدم توفر الامكانيات المادية لديه او افنقاره الى الكفاءة كل هذا يشكل سببا لإبرام عقد المناولة.

مع مطلع القرن الواحد والعشرين وبظهور الشركات الكبرى امتدت المناولة إلى القطاع الخاص، أين أصبحت تشكل حيزا هاما من نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتحث اليوم أكثر فأكثر مكانة ذات أهمية خاصة في مجال الصفقات العمومية فعلى الرغم من وجود درجة عالية من التكامل والتطور الذي تشهده المؤسسات الكبيرة والشركات المتعاقدة في مختلف الميادين والمجالات إلا أنها لم تحقق الاكتفاء الذاتي في جميع أنشطتها.

تعتمد هاته المؤسسات على أسلوب التعاون والإشراك من أجل تلبية حاجيات المصالح المتعاقدة لإنجاز العديد من الأعمال والخدمات مما يبين الدور الهام الذي يلعبه التعاقد من الباطن أو المناولة في الصفقات العمومية.

لكن وعلى الرغم من انتشار أساليب التعاون في مجال تنفيذ المشاريع والصفقات في الواقع العملي واهتمام مختلف القوانين التشريعية والتنظيمية في شتى البلدان بهذا النوع من الطرق الاستثنائية، إلا أنها مازالت تطرح العديد من الإشكاليات التي تنصب أساساً حول ماهية هاته العقود وخاصة المناولة وخصائصها وشروط إعمالها في إطار تنفيذ وتجسيد العقود على أرض الواقع وكذا عن المراحل والإجراءات التي يجب اتباعها بمناسبة عقد اتفاقات وعقود من هذا النوع.

وعليه وللإجابة عن كافة هاته الأسئلة سنتطرق بالتفصيل إلى كل هاته النقاط من خلال دراسة مختلف التعاريف والخصائص وكذا الإجراءات القانونية المتبعة في هذا المجال وذلك من خلال فصلين يتضمن الأول ماهية المناولة أما الثاني فيتعلق بإبرام عقد المناولة.

الفصل الأول : ماهية المناولة

إن الإجراءات المعقدة والمطولة المتبعة من قبل المصلحة المتعاقدة في سبيل إبرام العقد الإداري إنما تركز أولاً وقبل كل شيء على الإعتبار والجانب الشخصي للمتعاقل المراد إبرام العقد معه، وذلك بالنظر إلى مؤهلاته المالية، الفنية، التقنية، والقانونية مما يجعل هذا الأخير ملزماً بتنفيذ الصفقة العمومية تنفيذاً شخصياً، لكن مبدأ تنفيذ العقد الإداري بصفة إنفرادية يدفعنا للتساؤل حول ما إذا كان هذا الإلتزام مطلقاً؟ أو إذا ما كانت هناك طريقة معينة للتنفيذ؟.

إن منح المتعاقل المتعاقد امتياز تنفيذ الصفقة العمومية، يفتح له المجال ويضيف لهذه الأخيرة بعض المرونة ليجد هذا المتعاقل نفسه أمام عدة وسائل أو طرق تمكنه من تنفيذ العقد على أكمل وجه، فيمكنه إما تنفيذه شخصياً، وبهذا يكون قد طبق مفهوم مبدأ التنفيذ الشخصي على أكمل وجه الأمر الذي يعتبر الأصل في تنفيذ العقود الإدارية - كما ذكرنا سابقاً - وهذا بتجنيد قدراته وخبراته الخاصة في ذلك المجال مع الإستناد على المعايير والأسس التي سطرتها المصلحة المتعاقدة له في الصفقة العمومية المبرمة بينه وبينها.

كما يمكن للمتعاقل المتعاقد الذي منحت له الصفقة اللجوء إلى وسائل وطرق استثنائية منحها وفتحها المشرع الجزائري أمام هذا الأخير في سبيل التسهيل والتخفيف عنه في مجال التنفيذ، و تتمثل هاته الوسائل في أسلوب المناولة الذي يجيز للمتعاقل المتعاقد حق التصرف في الصفقة العمومية لصالح الغير أي حق تنفيذ المشروع الموكل إليه بواسطة أشخاص آخرين مع الإبقاء على موضوع وجوهر العقد.

فتتلخص المناولة بكونها تسمح للمتعاقل المتعاقد بالاستعانة بأشخاص آخرين نظراً لما يتميزون به من خبرات ومؤهلات وحتى قدرات خاصة تجعلهم أنسب خيار، وهذا لخلق نوع من التعاون مع المتعاملين الأصليين لتنفيذ الصفقة باحترافية ودقة وحتى لوجه السرعة أين تبقى مراكز الأطراف كلها محفوظة ولا تؤثر على سير الصفقة ولا على آثارها، وتعرف هذه الطريقة بـ " المناولة " أو "التعاقد من الباطن" أو "التعامل الثانوي" كما كان يطلق عليه سابقاً.

وعليه فإن هذا الأسلوب وباعتباره طريقاً خارجاً عن الأصل والذي يقضي بالتنفيذ الشخصي، لا بد أن يتم إفراغه في قالب عقدي يجسد ويحدد معالمها، وبالتالي

وكسائر العقود الإدارية والمدنية فإن هذا العقد تتميز بخصائص ومميزات تميزه عن سائر العقود المبرمة.

نظرا لأهمية هاته الطرق في تنفيذ العقود الإدارية أو بالأحرى الصفقات العمومية وقبل الخوض في دراسة الإجراءات الواجب الاستناد عليها وإتباعها سنتطرق أولا وقبل كل شيء إلى الإحاطة بمفهوم هذا العقد الأمر الذي يعد طبيعيا في هذا المجال واستثنائيا في نفس الوقت، وكذا دراسة مدى تأثيره على العقد الأصلي ومن جهة أخرى تكييفه نظرا لكونه - إن صح التعبير - دخيلا نوعا ما على الطرق العادية للتنفيذ.

ومن هنا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تضمن المبحث الأول المفهوم القانوني للعقد والذي خصصنا له دراسة شاملة والذي تضمن بدوره تعريفا شاملا لهذا الأسلوب ودراسة تفصيلية لتكييفه وخصائصه.

أما فيما يخص الشرط الثاني من هذا الفصل والمتمثل في المبحث الثاني فقد خصصناه للإحاطة بمجال آثار المناولة ونتائجها من خلال التركيز على طبيعة العلاقة الرابطة بين جميع الأطراف من حيث إذا كانت المناولة مبرمة بصفة شرعية أو غير شرعية.

المبحث الأول: المفهوم القانوني لعقد المناولة

إن تنظيم الصفقات العمومية ورغم إقراره صراحة أن هذه الأخيرة تعد بمثابة عقد فقد قرنها بمجموعة من الشكليات الجوهرية، والتي تتخذ طبيعة وشكل محدد يجعلها مختلفة في العديد من جوانبها عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق إرادتين لإحداث آثار قانونية، ذلك أن عملية إسناد صفقة ما لشخص معين تخضع لطرق خاصة لاختيار المتعامل المتعاقد وإجراءات معقدة وهذا ما يشكل خروجاً على قاعدة حرية التعاقد، كما أنها تخضع لأطر رقابية خاصة وذلك لما تحوزه من أهمية بالغة في تسيير الأموال العمومية وانتعاش الاقتصاد الوطني من خلال ضبط المشاريع الداعمة لعملية التنمية الوطنية.

ونتيجة لذلك فإن المشرع الجزائري تدخل بتنظيم إجراءات ومراحل الصفقة العمومية، التي تمر عبر عدة خطوات بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، وكذا حددها دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل²، ولعل أهم مرحلة من مراحل الصفقة العمومية هي مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد لأن حسن تنفيذ الصفقة ككل يتوقف على مدى سلامة إجراءات انتقاء هذا الأخير ومدى خضوعها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، والدليل على هذا هو كثرة الصفقات المشبوهة خاصة في السنوات القليلة الأخيرة وتأثيرها على الاقتصاد الوطني، وهو من الأسباب التي دعت المشرع إلى إعادة النظر وتعديل قانون الصفقات العمومية عدة مرات، ذلك أن مصير الصفقة يتحدد تبعاً لهذه المرحلة، فإذا تمت عملية اختيار المتعامل المتعاقد طبقاً لما هو منصوص عليه قانوناً في تنظيم الصفقات العمومية تكون المصلحة المتعاقد قد ضمنت نسبة كبيرة من إنجاز الصفقة على نحو سليم.

فالعقود الإدارية يسودها مبدأ عام وهو وجوب تنفيذها من متعاقد الإدارة شخصياً، وهذا المبدأ يقوم على فكرة أساسية في هذا النوع من العقود وهي فكرة الإعتبار الشخصي "l'intuitus perssonea"، فهذا المبدأ أي مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد

¹. الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

². صادر بموجب القرار المؤرخ في 16 رجب 1384، الموافق ل 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965 العدد 06 صفحة 47.

الإداري يتطلب من المتعامل أن يكون موجودا في موقع تنفيذ العمل¹ فالالتزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه يعد من القواعد العامة في العقود الإدارية، ومن تم يكون تنفيذ هذا الإلتزام واجبا حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد.²

فمثل سائر العقود المبرمة - وخاصة مع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة - فإن هاته الأخيرة تحتفظ لنفسها في نطاق العقد حق فرض طريقة التنفيذ على المتعاقد معها كما سطرتهما الصفة العمومية المبرمة آنفا، فبعد إسناد المشروع لمتعامل متعاقد استوفى جميع المؤهلات والشروط التي أعطت له صلاحية وامتياز تنفيذ العقد وتفضيله عن غيره من المرشحين، ويقع على عاتق هذا الأخير إلتزام ذو أهمية وهو أن يعمل على تنفيذ المشروع أو الخدمات أو الدراسات على أحسن وجه وضمن المعايير والأسس التي تم تحديدها وفرضها مسبقا في اطار تعاقدية وكذا في دفتر الشروط وبصفة انفرادية.

لكن رغم التشديد في قاعدة التنفيذ الشخصي، إلا أن المشرع الجزائري مكن المتعامل المتعاقد من اللجوء إلى طريق آخر هو إستثناء عن القاعدة العامة، وهو الاستعانة بأشخاص آخرين للقيام بتنفيذ الصفة العمومية نظرا لمرونة العقد والصفة العمومية، وبالتالي فإن للمصلحة المتعاقدة أن تحلل المتعاقد معها من هاته القيود وهذا الإلتزام بإجازتها منح التنفيذ لشخص آخر لكن في نطاق محدود ومعلوم عن طريق ما يعرف بعقد المناولة، وهنا نتساءل حول ماهية هذا العقد وتعريفه وكيف يكتف بمَنْظور القانون وبمَنْظور المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفة.

¹. طارق سلطان ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية 2010، ص 339.

². عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام . التنفيذ . المنازعات، منشأة المعارف، 2004، ص 171.

المطلب الأول: تعريف عقد المناولة

إن عملية عقد المناولة موضوع حديث النشأة على مستوى العقود الإدارية بإعتباره عقد إستثنائي عن الأصل وثنائي لا يتم اللجوء إليه في كل الحالات الأمر الذي يجعل منه موضوعا حساسا يستوجب الدراسة المعمقة، ذلك أن الدراسات الفقهية لم تتناول موضوع عقد المناولة كمفهوم قانوني إلا مع بداية القرن الواحد والعشرين مع انتشار موجة المؤسسات المتخصصة والميادين المتشعبة وكثرة الصفقات العمومية.

وعلى هذا الأساس سنقوم بإعطاء نظرة شاملة ومفصلة حول كافة التعريفات التي جاء بها الفقه عامة والتشريع خاصة ونستهل بذلك بالتعريف التشريعي الذي جاءت به مختلف القوانين.

الفرع الأول: التعريف التشريعي لعقد المناولة

في ما يخص التشريع الجزائري فإن الإطار القانوني الذي تنحصر فيه المناولة في عقود الصفقات هو ما تم النص عليه في المواد 140، 141، 142، 143 و144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أما تعريفها فقد جاء محتشما نوعا ما في المادة 140 من هذا المرسوم التي نصت على ما يلي: " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم....¹".

من خلال هذا التعريف المختصر فإن عقد المناولة في مجال الصفقات العمومية هو عبارة عن إتفاق وإلتزام تعاقدي ينشأ بين المتعامل المتعاقد الذي يعد صاحب المشروع الأصلي، وشخص آخر أجنبي عن الصفقة يتم إدخاله من طرف هذا الأخير، أين يتم منحه جزءا من موضوع الصفقة المبرمة أو المشروع المراد إتمامه وهذا لأجل تنفيذه بالنيابة عن المتعاقد الأصلي، وفق شروط وإجراءات تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقا بمناسبة إعدادها لدفتر الشروط، وكذا على حسب الإجراءات التي سطرها المشرع الجزائري من خلال المرسوم السالف الذكر أي مرسوم 15-247.

¹. تنص المادة قبل تعديلها على أنه: " يشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة في إطار إلتزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة".

وبالتالي فإن هاته المعاملة تُنشئ علاقة تعاقدية ثلاثية قائمة على أساس العقد الأصلي الذي يجمع المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ومن جهة أخرى تجمع بين الطرفين الأول والمناول¹، إلا أن هذا التدخل من طرف الشخص الثالث لا يخول له الحق في أية رابطة تعاقدية مباشرة مع المصلحة المتعاقدة فهو يعتبر بمثابة الغير بالنسبة إليها.

إن التشريع الفرنسي أولى هذا النوع من التعاقدات أهمية كبرى لحد أنه خصص لها قانونا منفصلا وهو قانون 75-1334 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالمناولة، إلا أن هذا الأخير قد تم تعديله سنة 2001 بموجب القانون رقم 1168/2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المسمى La loi MURCEF²، الأمر الذي حثنا على الإستعانة بهذا القانون من أجل إعطاء تعريف للمناولة مستندين على مادته 06 والتي عرفت هذا الأسلوب على أنه:

"المقولة من الباطن هي العملية التي من خلالها تمنح مؤسسة بموجب عقد مناولة وتحت مسؤوليتها لمؤسسة أخرى تسمى المقاول من الباطن تنفيذ جزء من الصفقة العمومية المبرمة مع صاحبة المشروع."³

التعاقد من الباطن هو عبارة عن عقد باطني (عقد فرعي) يعطي لشركة ما، حاصلة على عقد رئيسي تم إبرامه مع جهة ما تسمى "صاحبة الشغل" حق تكليف شركة أو جهة أخرى تسمى "المتعاقد من الباطن"، بتنفيذ جزء من هذا العقد أو كله.

ويتضمن هذا التعريف ثلاث عناصر :

- صاحب الأشغال (المصلحة المتعاقدة)؛
- المتعامل المتعاقد الأصلي؛
- المناول (المتعاقد الفرعي).

إضافة إلى وجود عقدين: عقد رئيسي يربط بين صاحب المشروع بالشخص الحاصل على العقد الرئيسي من جهة، وعقد من الباطن يربط هذا الأخير مع المتعاقد من الباطن

¹. PIELBERG (H.) , Sous-traitance, juriscasseur administratif n° 08-2008, fasc. 651, p 03.

². La loi portant sur les Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier, JORRF n° 01 du 12 décembre 2001.

³. TEMPLE BOYER (S.), MELICHZON (R.), Sous-traitance, les obligations réciproques du maitre d'ouvrage et de l'entrepreneur principale, Moniteur n° 5404 du 22 juin 2007, p94.

من جهة أخرى، يمكن للمقاول الأصلي أن يتعهد بالعمل للمقاول من الباطن، ما لم يوجد شرط صريح أو ضمني يمنعه من ذلك في العقد الرئيسي، تشمل المناولة جزءا من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقد يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة.

يمثل مفهوم التعاقد من الباطن أحد أشكال العلاقات والاعتماد المتبادل بين المنشآت أو بالأحرى الشركات والتي تشكل نمط العلاقات بين المتعاملين، فتقوم أحد المؤسسات بإنتاج المنتج النهائي أو القيام بأشغال أو خدمات ودراسات لصالح مؤسسة متعاقدة أخرى وذلك وفقا للمواصفات والمعايير والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة التي يتم الإنجاز لصالحها.

ويقوم هذا المفهوم على أساس وجود عنصرين أساسيين هما:

- أ. وجود علاقة مباشرة بين المتعامل المتعاقد الأصلي والمناولين التابعين له؛
- ب. وجود عقد ينظم العلاقة ويصون المصالح المشتركة ويحدد معالم التنفيذ.

من خلال استقراءنا لكل من التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي والجزائري، فإنه يتضح لنا وجود بعض النقاط الأساسية التي تجسد عقد المناولة والتي تتلخص في العنصرين التاليين:

أ. أن عقد المناولة ينصب على جزء من الصفقة:

إن العقد المبرم بين المناول والمتعامل المتعاقد لا بد أن يكون محددًا بمجال معين أو جزء محدد من الصفقة العمومية أو المشروع المراد إبرامه ولا يجب أن يتعدى هذه الحدود ليشمل كل المشروع، فيمنع منعا باتا على المتعامل المتعاقد التصرف ثانويا في كل الصفقة وهو ما أكدته المادة 140 من قانون الصفقات العمومية الجزائري بنصها: " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة... " كما أنه سيتم التطرق لهذه النقطة بشيء من التفصيل في إطار المبحث الأول من الفصل الثاني.

ب. وجود رابط مباشر بين المناول والمتعامل الأصلي:

على عكس ما هو موجود بين المناول والمصلحة المتعاقدة - اللذان لا يجمعهما أي عقد - فإن المتعامل الأصلي والمناول متصلان بموجب عقد المناولة أو عقد الباطن الذي يحدد

حقوق والتزامات كل منهما، فحتى يمكننا القول بوجود عملية تقتضي مناولة لا بد من وجود عقد يربط بين كل من هذين الطرفين اللذان يعتبران طرفا علاقة تعاقدية جديدة، إذ لا يعقل أن يوكل المتعامل المتعاقد شخصا آخر لتنفيذ جزء من الصفقة الممنوحة له بدون وجود أي رابط أو علاقة تعاقدية تثبت علاقتهما، وهو ما يتجسد من خلال العقد الذي يتم تحريره من قبل الطرفين والذي يعتبر وثيقة إثبات تجمع بين المتعامل المتعاقد والمناول.

ومن خلال ما سبق وبما أن عقد المناولة هو عقد مركب نوعا ما ومتداخل العلاقات والأطراف فهو عبارة عن شراكة أو تعاون بين الشركات والمؤسسات أو حتى الأشخاص مبني على قرار تنفيذ الأمر، ذلك أن مصدر أو معطي الأوامر هو الذي ينص على طريقة العمل ويعطي التوجيهات اللازمة أما المناول فهو الذي يقوم بالتنفيذ والإنجاز، وعليه ارتأينا الإستناد أيضا في هذا الإطار إلى مجموعة من التعاريف التي تطرقت إليها بعض المنظمات العالمية الناشطة في هذا المجال ومن بينها:

أ. المركز الوطني للمناولة (CENAST) Centre National de Sous-traitance

لقد عرف المركز الوطني للمناولة أسلوب التعاقد عن طريق المناولة على أنه : " النشاط الذي من خلاله يتم إنتاج أو تصنيع منتج أو أكثر لحساب المؤسسة الآمرة وذلك طبقا للمعايير والخصائص التقنية والطرق التي تحددها تبعا للنتيجة المراد الوصول إليها".

« la sous-traitance se définit comme l'activité qui consiste à fabriquer ou à façonner un produit ou plus généralement des composants pour le compte exclusif du donneur d'ordre et conformément aux spécifications techniques et modalités de réception qu'il arrête de dernier ressort en fonction du résultat recherché »¹.

ب. المنظمة الفرنسية للتقييس (AFNOR) Association Française de Normalisation

أما فيما يخص المنظمة الفرنسية للتقييس فقد عرفت بدورها المناولة على أنها :

« Une ou plusieurs des opérations de conception, d'élaboration, de fabrications, de mise en œuvre, ou de maintenance du produit cause dont une entreprise dite donneur d'ordre confie la réalisation à une entreprise dite

¹. ALTERSOHN (C.), La sous-traitance à l'aube du XXIe siècle, édition L'Harmattan, 1997, p 23.

preneur d'ordre tenue de se conformer exactement aux directives ou spécifications arrêtées en dernier ressort par le donneur d'ordre ».¹

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد المناولة

اكتفت الدراسات الفقهية بالتعرض لموضوع عقود المناولة من جانب صورته التطبيقية الواردة في القانون المدني المتمثل في الإيجار من الباطن (الإيجار الفرعي المادة 505 من القانون المدني) والمقاول الفرعية (المادة 546 من نفس القانون) باعتبار أنها أوضاع يمكن أن ترد على العقود الأصلية التابعة لها.

لكن مع بداية القرن العشرين أفرز التطور الإقتصادي أوضاعا قانونية معقدة استقطبت إهتمام رجال القانون مما أدى إلى ظهور عدة دراسات فقهية تضمنت أفكارا ومفاهيم جديدة قدمت كوسائل قانونية حتى ثلاث هذه الأوضاع المستجدة.

لهذا يمكننا تقسيم هذه الدراسات إلى دراسات فقهية تقليدية وحديثة.

أولا: وفقا للفقه التقليدي

إن الدراسات الفقهية التقليدية اکتفت بتقسيم العقود إلى عقود أصلية وأخرى تبعية مقدمين عدة تعاريف مختلفة لكنها تصب في نفس السياق والمعنى.

فالأستاذ عبد الرزاق السنهوري يعرف العقد الأصلي بأنه "ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر" أما العقد التبعي فهو ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله... فهو يتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه فيكون صحيحا أو باطلا، ويبقى أو ينقض تبعا للعقد الأصلي.

ويعرف فقيه آخر أسلوب المناولة بأنها العقد الذي لا يقوم إلا بالإستناد إلى عقد آخر، أي هي إتفاق يفرض وجود عقد آخر يستند إليه ويرتبط به ويستهدف تنفيذه.

أما المؤلفان Malaurie et Aynes فيعتبران أن العقد التبعي هو عقد يفترض وجود عقد سابق له يعمل على تكملته.

إن ما نلاحظه من خلال كل هذه التعريفات أنها تركز وتؤكد على نقطة أساسية وهي علاقة التبعية التي تنشأ بين العقد الأصلي وعقد المناولة.¹

¹. ALTERSOHN (C.), Op.cit, p 24.

ثانياً: وفقاً للفقهاء الحديث

على عكس الفقه التقليدي فإن الفقه الحديث قد أولى أهمية كبرى لعقد المناولة أو عقد الباطن، ذلك أنه وفي الوقت الحالي لم تعد العقود المنفردة كافية لتلبية حاجات المجتمع والإدارة العامة المتزايدة والمتنوعة الأمر الذي يحتم عليها مضاعفة العمليات القانونية وتكثيف الجهود، كما أن تعقيد العمليات الاقتصادية والأشغال العمومية وتخصص المتعاملين يقتضي إبرام عدة عقود لتنفيذ هذه العمليات من أجل تحقيق أحسن نتيجة.

فالمناولة هي شكل من الأشكال التي يمكن من خلالها المساهمة في تنفيذ العقد الإداري، ذلك أن اعتبارات التقدم الفني وما يتبعه من التخصص وتقسيم العمل يؤدي بالضرورة إلى مساهمة أكثر من شخص في تنفيذ موضوع العقد²، لهذا فقد تعددت التعاريف التي تحدد موضوع عقد المناولة نذكر منها ما يلي:

أ. هو الإتفاق الذي بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلي عن جزء من العقد المبرم مع الإدارة لصالح شخص آخر، على أن يبقى مسؤولاً بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد الأصلي.³

ب. هو التصرف الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد أو بتنفيذ جانب من التزاماته مع المتعاقدين.

ج. هو الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المتعاقد الأصلي الذي اختارته الإدارة بالدخول في علاقة قانونية مع طرف ثالث لتنفيذ جزء من محل التعاقد، فيظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته وضامناً لهذا الطرف الثالث المسمى المناول أو المتعاقد من الباطن.

د. هو مساهمة الغير في تنفيذ بعض من العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة ومن تعاقدت معه، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين - المتعاقد الأصلي والمناول - رابطة عقدية جديدة هي رابطة المناولة، على أن يبقى المتعاقد الأصلي من حيث المبدأ مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله.

¹. صليحة بروجم، المقالة الفرعية، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 2009، ص. ص : 10 - 11.

². طارق سلطان، المرجع السابق، ص 357.

³. نفس المرجع والصفحة.

ويعرف أيضا بأنه العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك مع شخص أجنبي عن العقد الأصلي يقال له المناول وهذا بهدف تنفيذ العقد الإداري أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد الأصلي، كما ذهب بعض الفقهاء العرب، إلى تعريف التعاقد من الباطن بأنه: «التصرف الذي يبرمه المتعاقد في العقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد أو تنفيذ التزاماته التعاقدية».¹

ويعرفه جانب آخر بأنه: " تلك الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المتعامل المتعاقد الأصلي الذي اختارته الإدارة، بالدخول بعلاقة قانونية من طرف ثالث لتنفيذ جزء من موضوع التعاقد، بحيث يظل المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته وضامنا لهذا الطرف الثالث الذي يطلق عليه المتعاقد من الباطن".²

هناك من الفقهاء المتخصصين من عرف عقد المناولة بأنه: " عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول ثاني يسمى مقاول من الباطن وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاوله المبرم مع صاحب العمل فردا عاديا أو شخصا عاما".³

كما تم تعريف المناولة من الجانب الإقتصادي على أنها " جميع الإلتزامات في مجال الإنتاج والخدمات الصناعية من مكونات، منتجات، أكسسوارات، خدمات، التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر طبقا لعقد متفق عليه وملزم للطرفين، بما يضمن استمرار العلاقة وخدمة المنافع المشتركة".⁴

وتعرف أيضا بأنها: " عقد عن طريقه تقوم المؤسسة المسماة الأمرة بالأعمال donneur d'ordre بالتعهد لمؤسسة أخرى بمنتجات نصف مصنعة من أجل أن تقوم ببعض العمليات قبل أن تقوم بردها".⁵

¹. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2013، ص 19.

². علي عبد الأمير قبالن، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى دار نشر بيروت، 2011، ص 211.

³. غازي خالد أبو العرابي، المقاوله من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، الطبعة الأولى دار وائل للنشر والتوزيع، عمان 2009، ص 19.

⁴. عبد المالك مهلال، المناولة والشراكة الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإقتصادية 2013-2014، ص 15.

⁵. بن الدين امحمد، المناولة الصناعية كإستراتيجية لتحقيق الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية قسم الإقتصاد، 2012-2013، ص 110.

وقد عرفه بعض الفقه عموماً بأنه عبارة عن تصرف قانوني بموجبه يعهد المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المناول) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته وضامناً للمناول، وعرف البعض الآخر عقد المناولة بأنه: "عقد يتراكم مع عقد آخر من نفس الطبيعة القانونية مما يسمح بوجود علاقات بين العقدين تجعل من العقد الثاني تابع للأول ويعمل على تنفيذه".

يرى الفقيه Néret أن "التعاقد من الباطن هو عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين إثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا الأخير إحلالاً غير كامل من الطرف المشترك في تنفيذ العقد الأصلي".

فالمفهوم الذي جاء به Néret لعقد الباطن أو المناولة هو أكثر شمولية لأنه لا يتوقف عند تحديد العلاقة بين عقد الباطن والعقد الأصلي الذي يستند عليه، وإنما يضيف على ذلك تبيان وظيفة عقد المناولة والتي من خلالها يعتبر هذا الأخير وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي فيشارك العقدان في المحل والهدف، ذلك أن المتعاقد يحل غيره في تنفيذ جزء من التزاماته ويجعل من هذا الغير مدينا بهذا الإلتزام بموجب عقد الباطن.¹

وعليه يرى الأستاذ عبد المنعم عبد العزيز خليفة أن: "التعاقد من الباطن هو بمثابة إتفاق بين المتعاقد مع الإدارة والغير على توليته تنفيذ جزء من إلتزاماته التعاقدية، ولا يؤدي هذا الإتفاق إلى إنفصام العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة والتي تظل قائمة ومرتبة لكافة آثارها القانونية وأخصها الإلتزامات التعاقدية بالنسبة لكافة أعمال العقد ومنها الجزء المتفق على تنفيذه بواسطة الغير، فلا ينشئ التعاقد من الباطن أي علاقة بين الإدارة والمتعامل الثانوي.²

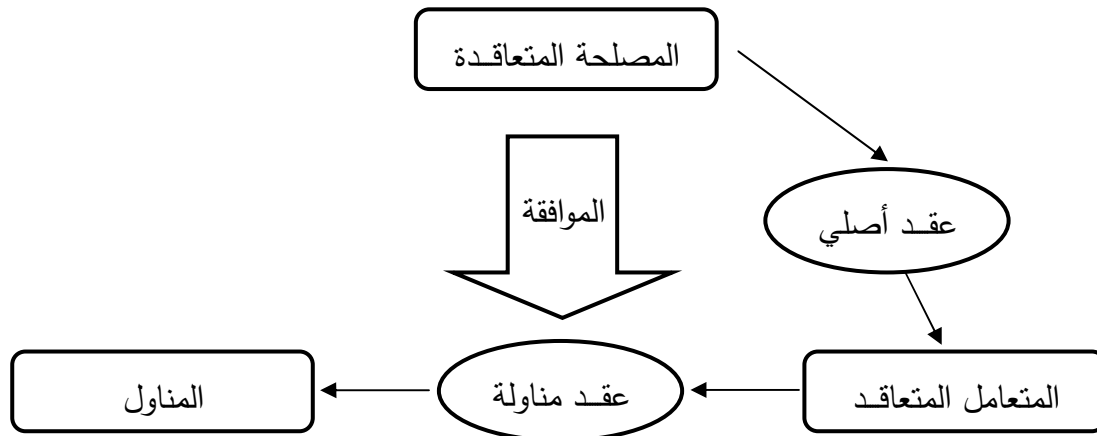
حسب الدكتور محمد طه ابراهيم فإن المناولة أو ما يسمى أحياناً المقاوله هي "ذلك العقد الذي يبرمه متعاقد أو مؤسسة مشتركة مع مؤسسة من الباطن أخرى أو شخص أجنبي يدعى المقاول من الباطن أو المناول بغية تنفيذ العمل الأصلي أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد الأصلي والذي يستند في وجوده ونطاقه ومدته إلى العقد الأصلي باعتباره سبب

¹. صليحة برجم، المرجع السابق، ص 14.

². عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص. ص: 262 - 263.

وجوده، ينصب على عنصر واحد من موضوع الصفقة وعلى جزء منها بموجبه يبقى المتعامل المتعاقد المسؤول الوحيد والأصلي عن تنفيذ هذا العقد في مجمله.¹

ونبين من خلال المخطط التوضيحي باختصار نشأة عقد المناولة:



إن المهام التي تكون موضوع المناولة تختلف باختلاف طبيعتها وأهداف الأطراف وقدرتهم وغيرها من العناصر التي تلعب دورا مهما في تقسيم المناولة إلى عدة أنواع فهناك صيغ كثيرة في مجال المناولة وذلك لتمييز هذا الأسلوب بالمرونة والتأقلم مع متطلبات السوق المتجددة والمتطلبات التي تفرضها الصفقات العمومية، ويمكن تصنيف عقود المناولة المبرمة إلى عدة أصناف وأنواع فرضها الواقع العملي وطبيعة المعاملات وتتمثل في:

أ. المناولة الوطنية (Sous-traitance nationale):

في هذه الصيغة يتمتع المتعامل المتعاقد والمناول بنفس الجنسية ويتم تنفيذ الصفقة العمومية داخل حدود التراب الوطني، ذلك أن المتعامل الأصلي وفي إطار مناولته لجزء من العقد يلجأ إلى أشخاص وطنيين أو بالأحرى شركات خاضعة للقانون الوطني، ويعتبر هذا النوع هو المفضل والمحبذ لدى المشرع الجزائري والمصالح المتعاقدة لما يحمله من أهداف تسعى إلى ترقية المؤسسات الوطنية والإنتاج الوطني وإدماجها في الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة من خلال هيئاتها ومؤسساتها العمومية الإدارية.

¹. أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، 2008 ص 39.

ب. المناولة الدولية (Sous-traitance internationale):

تختلف جنسية المتعامل المتعاقد والمناول دون اعتبار للمكان الذي تمارس فيه عملها، أين يلجأ المتعاقد الأصلي إلى اللجوء إلى شركات دولية متخصصة في المجال أو تحوز قدرات وإمكانيات متطورة غير متوفرة في المناولين الوطنيين الأمر الذي يطبع العقد الفرعي بالصبغة الدولية.

ج. مناولة القدرات: (Sous-traitance de capacité):

في حالة ما إذا كانت قدرات المتعاقد الأصلي ليست كافية لتنفيذ وتحضير طلبية ما، وفي حالة ما إذا لم يرغب أو لم يستطع رفع قدراته فإنه يلجأ إلى المناولة، إن هذا النوع يستعمل خاصة إذا كان حجم الطلبيات التي تحصل عليها المؤسسة الأصلية متغير باستمرار أو كانت صفقة الأشغال العمومية والبناءات تتطلب آلات ضخمة ومعدات كثيرة لا يحوز عليها المتعامل المتعاقد كلها فيلجأ إلى التعاقد مع الأشخاص الذين يحوزون على المعدات والتجهيزات والآلات المتخصصة التي يفتقر هو إليها في تنفيذ الخدمة والتي لا تتوفر لديه لأسباب اقتصادية أو مالية، وكذلك على مستخدمين مؤهلين متمكنين ولديهم القدرات والإمكانيات لتنفيذ مهام دقيقة ومعقدة.

د. مناولة التخصص (Sous-traitance de spécialité):

في هذا النوع من المناولة يقوم المتعامل المتعاقد الأصلي باللجوء إلى المناولين أو المتعاقدين من الباطن الحائزين على كفاءات ومهارات تقنية جد متخصصة وتقنيات عالية تتعلق بمكونات الصفقة أو العقد، كلجؤه في حالة صفقة الأشغال العمومية إلى ذوي الخبرة في مجال الأرضيات أو الطلاء أو الكهرياء وغيرها من الأمور المرتبطة بهذا المجال والتي تعد ضرورية لإتمام الصفقة.

هـ. مناولة الخدمات (Sous-traitance de services):

تفضل العديد من المؤسسات اللجوء إلى المكاتب والمؤسسات المتخصصة لأداء عدة أعمال كانت تقوم بها بنفسها، كالتسيير المحاسبي، المالي، المعلوماتي، البيئة، النقل، الأمن، التأمينات... وغيرها من الخدمات، ذلك أن هذا النوع من المناولة يتطلب كفاءة ونظاما متخصصا.

و. مناولة الصيانة (Sous-traitance de maintenance):

إن عمليات الصيانة والتصليح تلعب دورا مهما في مجال الصفقات العمومية وكذا في توجيه نشاط المتعامل المتعاقد ذلك أنه وفي هذا الإطار تعتبر المناولة ذات أهمية قصوى، فهي تمكن من تخفيض أسعار عمليات الصيانة وكذا توفير الجهد والوقت والتكاليف على المتعاقدين الأصليين خاصة في حالة وجود آلات ومعدات.

المطلب الثاني: تكييف عقد المناولة

إن أهم سؤال يدور حول العقد الذي يجمع بين المتعامل المتعاقد والمناول هو تكييفه القانوني وفي أي صنف من أصناف العقود يندرج، وهل يعتبر عقدا مدنيا أم يتبع طبيعة العقد الأصلي ليكون إداريا؟، لقد اختلف الفقه حول التكييف القانوني لعقد الباطن أو عقد المناولة، فقد ربطه الفقهاء بالعديد من العقود المشابهة له، وقد كلفوه على أساس أنه عقد بيع أو إيداع والعديد من صيغ العقود، لكن عقد المناولة يختلف في كونه ينصب على الالتزام واحد وهو الالتزام بأداء عمل أو القيام بعمل الأمر الذي يتجسد في تنفيذ الأعمال الموكلة إلى المناول في حين أن محل العقود الأخرى هو إعطاء شيء.

وعليه، ومن أجل الإجابة على كل تلك التساؤلات سنتطرق إلى تمييز عقد المناولة عن العقود المشابهة له وكذا دراستنا لمحتواه والنظام القانوني الذي يخضع له.

الفرع الأول: تمييزه عن العقود المشابهة

قد يتعاقد المتعاقد الأصلي مع الغير ويكون ذلك بإبرام اتفاقات بقصد تسهيل تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومثال ذلك: الاتفاقات التي يبرمها هذا الأخير مع الغير لتأمين احتياجاته اللازمة لتنفيذ العقد، من مواد أولية أو سلع أو خدمات أو مواد أولية أو معونة فنية، ومنه فإن الاختلاف الجوهرى بين هذه التعاملات وعقد المناولة ينحصر في كون أن :

الاتفاقات لا تؤدي إلى إشراك الغير مباشرة في تنفيذ جزء محدد في العقد، أما في حالة المناولة فإن المناول يتولى تنفيذ جزء معين من الصفقة.

التعاقد من الباطن لا يزال الأصل فيه محظورا ما لم توافق عليه الجهة الإدارية المتعاقدة، أما اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد فهي جائزة كأصل عام ومسموح بها.¹

لكن نظرا لكون عقد المناولة عقدا إستثنائيا يستدعي تدخل طرف آخر في علاقة تعاقدية فإنه يشبه لحد ما العديد من العقود التي يبرمها الأشخاص من أجل تنفيذ أشغال أو بالقيام بأعمال معينة لتحقيق غاية مرجوة وبذلك إرتأينا، وقبل الخوض في خصائص هذا العقد ومحتواه، التطرق إلى أوجه الإختلاف لوضع حدود بينه وبين هذه المعاملات المشابهة.

أولا : تمييزه عن عقد الوكالة

لقد تم تكييف عقد المناولة على أساس أنه عقد وكالة نظرا للتشابه بينهما في بعض النقاط والتي هي حسب التعريف الوارد في نص المادة 571 من القانون المدني : "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، وبالتالي فإن الوكالة هي إنابة شخص لشخص آخر للقيام بما يتوجب على الأول القيام به بنفسه.

ويتضح لنا من خلال استقراء النص المذكور بأن المقصود من الوكالة هو الإنابة الاتفاقية التي يستمد النائب فيها سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل، وذلك بموجب عقد الوكالة الذي يبين حدود هذه المعاملة، وترد الإنابة إما على تنفيذ أعمال مادية أو أعمال قانونية فيجوز للمتعاقد الأصلي أن ينيب غيره في تنفيذ العمل الموكول له إذ يختار وكيلًا فرعيا في تنفيذ محل الوكالة الأصلية.

تعرف الوكالة بأنها إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل، بحيث ينتج هذا التصرف القانوني آثاره مباشرة في ذمة هذا الأخير، كما أن المشرع الجزائري نص على الآثار القانونية التي تترتب على الوكالة الفرعية في المادة 580 من القانون المدني كما يلي " إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية، أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن

¹. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 219.

خطئه فيما أصدره من تعليمات، ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

يلاحظ من إستقراء النص القانوني أن المشرع قد ميّز بين حالتين هما:

أ. حالة ما إذا لم يكن مرخصا للوكيل في إنابة غيره فتطبق أحكام المسؤولية العقدية، ويكون الوكيل ونائبه مسؤولان بالتضامن اتجاه الموكل عن الخطأ الصادر من نائب الوكيل وكأنه صادر من الوكيل الأصلي.

ب. حالة ترخيص الموكل للوكيل في إنابة شخص آخر عنه، ففي هذه الحالة لا يكون الوكيل مسؤولا إلا عن خطئه الشخصي فيما صدر منه من توجيهات أو خطئه في اختيار النائب.

وقد يلجأ المتعامل المتعاقد الأصلي إلى تكليف شخص آخر كوكيل عنه من أجل القيام ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد الصفقة الأصلي، فكيف يتم التمييز بين عمل الوكيل وعمل المناول؟

باعتبار أن عقد المناولة عبارة عن عقد مقاوله في تكليفه القانوني، فإنه يشترك مع الوكالة في أن كلا العقدين واردين على تأدية خدمات، فمحل التزام المدين في كلا العقدين هو القيام بعمل لفائدة الدائن بيد أن محل عقد الوكالة تصرف قانوني إذ يقوم الوكيل بأعمال قانونية لمصلحة موكله فيكون نائبا عنه ويمثله في التصرف الذي يؤديه، في حين أن محل عقد المناولة هو تصرف مادي يتمثل في إنجاز بنايات والهدم والتهيئة وغيرها من أشغال البناء أو خدمات أو دراسات، غير أن التمييز الأساسي بين العقدين يتمثل في طبيعة الإلتزام في محل العقد، فالإلتزام الوكيل هو القيام بعمل باسم ولحساب الموكل ولهذا فهو يخضع لإرادة الموكل، فيلتزم الوكيل بموافاة هذا الأخير بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وعليه أن يقدم حسابا وتقريراً عنها وإن كان لا يلتزم إلا ببذل عناية الرجل العادي، كما يحق للموكل عزل الوكيل وله إنهاء الوكالة في أي وقت.¹

فالفرق الأساسي بين العقدين يتمثل في سلطة التمثيل التي يتمتع بها الوكيل سواء كان مأجورا أو غير مأجور وسواء كان يتصرف باسمه أو باسم موكله في العمليات القانونية التي أبرمها، في حين أن المناول لا يتمتع بسلطة تمثيل المتعاقد معه أي المتعاقد الأصلي أمام

¹ . VERMELLE (G.), Les contrats spéciaux, Dalloz, 5 éme édition, 2006, p 122.

المصلحة المتعاقدة باعتبار أنه يعد بمثابة الغير بالنسبة لها وإنما يتولى القيام بجزء من التزاماته في سبيل إبرام العقد تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد.

كما يتميز عقد المناولة عن عقد الوكالة، في أن الأول يكون دائما مقابل أجر فالأجر هو أحد العناصر الأساسية لعقد المناولة، في حين أن العقد الثاني يعد من العقود التبرعية أصلا ما لم يتفق الأطراف على أن تكون مأجورة.

ثانيا: تمييزه عن عقد العمل

حقيقة الأمر أنّ المتعامل المتعاقد وفي سبيل تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الصفقات العمومية يملك عدة خيارات، فقد يؤدي العمل الملتزم به عن طريق عمال تابعين له بواسطة عقود عمل، أو عن طريق التعاقد الفرعي أو المناولة مع مناول أو عدة مناولين بواسطة عقد الباطن أو الجمع بين الأسلوبين، فينفذ شخصا جزء من الصفقة بواسطة العمال التابعين له بموجب عقود عمل، ويعهد لمقاول أو عدة مقاولين آخرين تنفيذ الجزء المتبقي من الصفقة في إطار التعاقد من الباطن.¹

فكما سبق وأن ذكرنا أن المتعامل المتعاقد ومن أجل تنفيذ عقد الصفقة العمومية على أكمل وجه، يبرم عدة عقود في آن واحد من أجل تنفيذ تلك الإلتزامات وأهم عقدين قد يبرمهما هذا الأخير هما عقد المناولة وعقد العمل، فما هو معيار التمييز بينهما ؟

لتبيان الفرق بين العقدين المذكورين، يجب تعريف كلاهما وتحديد العناصر المميزة لكل منهما.

لقد سبق وأن عرّفنا عقد المناولة في إطار المطلب الأول، أما بالنسبة لعقد العمل فلم يعرفه المشرع الجزائري واكتفى بتبيان منشأ علاقة العمل، إذ نصت المادة الثامنة من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم والمتعلق بعلاقات العمل على أنه " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة - على أية حال - بمجرد العمل لحساب مستخدم ما وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية وعقد العمل".

أما المادة الثانية من نفس القانون فقد نصت على أنه: " يعتبر عمالا أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب

¹ . BENABENT (A.), Sous-traitance des marchés des personnes privées, juriscasseur contrats, fasc. 1450 n° 37, du 2013, p 14.

شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم. ويعرف عقد العمل أيضا بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر معين ولمدة محددة أو غير محددة ".¹

ومن هنا فإن عقد العمل يتكون من عناصر أساسية تتمثل في: العمل، الأجر، التبعية والزمن، أما عناصر عقد المناولة فهي: القيام بجزء من الأعمال، وجود عقد أصلي سابق والأجر، وبذلك يتضح تخلف عنصر التبعية من عناصر المناولة فالمناول لا يعمل بتبعية للمقاول الأصلي بل يؤدي إلتزاماته التعاقدية بكل استقلالية، أما بالنسبة للعامل فإنه يؤدي التزمه في ظل تبعية قانونية لصاحب العمل المتمثلة في سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في أدائه للعمل ويلتزم الأول بطاعة هذه الأوامر والتعليمات التي يصدرها صاحب العمل.

فعقد العمل يستوجب وجود علاقة تبعية "un rapport de subordination" كما أن العامل فيه يتلقى أجرا من رب العمل، في حين أنه وفي إطار الصفقات العمومية فإن عقد المناولة لا يعتبر المناول تابعا مباشرة للمتعاقل الأصلي كما أنه لا يتلقى أجرا منه وإنما مقابل مادي عن الخدمات التي قام بإنجازها، إضافة إلى ذلك فإن رب العمل في عقد المناولة هو المصلحة المتعاقد وبتطبيق علاقة التبعية الموجودة في عقد العمل على هذا العقد فإننا نجد أن المناول غير تابع لهذه الأخيرة وإنما هو مستقل تماما عنها باعتبار أنه لا يوجد أي رابط تعاقدى يجمع بينهما.

فالتفرقة بين عقد المناولة وعقد العمل تستند أساسا على فكرة أنه وعلى الرغم من أن المناول يلتزم بالقيام بعمل إلا أنه يقرر وبحرية الكيفية التي ينجزه بها، (مبدأ الاستقلالية القانونية) أما في إطار عقد العمل فالأمر مختلف تماما ذلك أنه يتضمن رابط تبعية قانوني يلزم العامل بالقيام بالعمل المنوط به وفق ما يمليه عليه رب العمل.¹

وعلى هذا الأساس فإن محكمة النقض الفرنسية تستدل في الحالات التي تثير شكاً ببعض المعايير الدقيقة التي تستخلص من المركز القانوني للمعني والمتعلقة بطريقة دفع أتعابه son mode de rémunération والشروط والإجراءات التي تم توظيفه أو تشغيله بها.²

¹. MODERNE (F.), La sous-traitance des marchés publics, essai sur une institution hybride, édition Dalloz, 1995, p 08.

². Les tribunaux utilisent traditionnellement une série d'indices afin de vérifier si le contrat en question est bien un contrat d'entreprise ou s'il relève du droit du travail :
– Le contractant est-il inscrit au registre de commerce ou au registre des métiers ?

ويعتمد القضاء الفرنسي عموماً حسب ما ذكره جانب من الفقه على بعض المعايير الأخرى لمعرفة ما إذا كان العقد المبرم يعتبر من قبيل عقود المناولة أو من عقود العمل والتي تتمثل في ما يلي:

- أ. إذا كان المتعاقد مسجلاً في السجل التجاري أو في سجل الحرف.
 - ب. إذا كان المتعاقد الفرعي يملك عملاء، أو أن المتعاقد الأصلي هو مستخدمه الوحيد التابع له.
 - ج. إذا كان أجر المناول يحدد بناء على أعمال محددة أو جزافياً أو أن الأجر محدد على أساس الساعة، فطريقة دفع الأجر تعد من أهم معايير تحديد طبيعة العقد، فإذا كان الأجر يدفع إلى أساس الساعة أو اليوم أو الأسبوع أو الشهر كان العقد عقد عمل، أما إذا كان احتسابه ودفعه بناء على الأعمال المنجزة ونسبة تقدمها وحسن تنفيذها فيعد العقد عقد مناولة.
 - د. ما إذا كان العمل ينجز بكل استقلالية من جانب المناول في إطار المدة الزمنية المتاحة، أو أنه خاضع لتعليمات وأوامر محددة في إطار استعمال زمني معد مسبقاً.
- ومن جهة أخرى هناك فارق مهم بين العقدين يكمن في الجهة القضائية المختصة النظر في المنازعات الناجمة عن تنفيذهما، ذلك أنه وفي إطار المناولة تخضع للقضاء العادي وذلك في قسمه العقاري متى تعلق الأمر بنزاع مرتبط بأشغال عمومية، أما إذا كان خارجاً عن هذا النشاط فيتم الفصل فيه من قبل القسم المدني، أما بالنسبة للمنازعات الناجمة عن عقد العمل فهي من اختصاص القسم الاجتماعي للمحكمة بصفة حصرية، لأن هذا القسم، وبصفة استثنائية له اختصاص مانع للنظر في المنازعات الاجتماعية عامة والمنازعات العمالية خاصة.
- وفي هذا الصدد وبعد تمييزنا لهذا العقد عن العقود المشابهة له يتوجب علينا تحديد مضمون ومحتوى العقد المبرم بين المناول والمتعامل المتعاقد.

-
- Le sous-contractant dispose-t-il d'une clientèle ou l'entrepreneur principal est-il son unique employeur ?
 - La rémunération du sous-contractant est-elle définie en fonction de tâches bien définies, s'agit-il d'une rémunération forfaitaire ou la rémunération est-elle prévue à l'heure ?
 - L'exécution des travaux s'effectue-t-elle sous contraintes horaires, dans l'indépendance par le sous-contractant ou est-elle soumise à des instructions précises selon un cadre horaire organisé ?

الفرع الثاني: عقد المناولة عقد الإستثنائي

إن المناولة وباعتبارها عقدا فإنها تعد من العقود الرضائية الملزمة لجانبين، لذلك فإنه يقتضي وجوب قبول للحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي بإعتبار أن المتعاقد الأصلي يوكل غيره في تنفيذ جزء من المهام الممنوحة له بموجب العقد الذي أبرمه سابقا أي العقد الأساسي، وتطبيقا للقواعد العامة للعقود فإن رضا الطرفين يعد من قبيل العناصر الأساسية والجوهرية في عملية الإبرام.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يولد التزام بعمل هو من العقود المستمرة، أي تلك التي تتطلب فترة من الزمن لأجل تحقيقها ليكون بذلك لعنصر الزمن دور مهم كونه وسيلة للتنفيذ، فحتى يتمكن المناول من تنفيذ التزاماته فإنه يحتاج لوقت ليس بقصير وذلك حسب طبيعة الخدمة.

وهنا يثار تساؤل مهم وهو أنه هل يمكن للمتعاقدين إحالة الإتفاق بينهما إلى نفس العقد المحرر بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الأصلي أي عقد الصفقة العمومية الأصلي؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول أن مجرد الإحالة لا تعني إمكانية تطبيق النصوص التي تم ذكرها في دفتر شروط المناقصة أو العقد الأصلي كما هي ودون أي تعديل، ويرجع سبب ذلك إلى أن العقد الأصلي المبرم هو بمثابة عقد من عقود الإذعان التي يخضع فيها المتعاقد لسلطة المصلحة المتعاقدة، وبما أن هذه الأخيرة هي عبارة عن شخص من أشخاص القانون العام فقد منحها القانون امتياز السلطة العامة وصلاحيات لا يمكن أن يتمتع بها الأشخاص العاديون، خاصة وأن عقد المناولة هو عقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وخاضع للأحكام العامة المقررة في القانون الخاص، فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بصلاحيات سواء من حيث طريقة أو مدة التنفيذ كما تتميز بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وإدراجها كبنء في العقد، كما يمكنها فرض توقيع غرامات تهديدية في حالة التأخير عن التنفيذ.

ومن هذا المنطلق ينبثق سؤال آخر يطرح نفسه وهو أنه هل يمكن للمتعامل المتعاقد الأصلي إدراج شروط استثنائية في المناولة كاشتراطه الحق في تعديل التزامات المناول بإرادته المنفردة أو توقيعه لجزاءات عليه؟

كما هو معروف أن للأفراد الحرية في تضمين عقودهم ما يشاءون من شروط شرط أن تنحصر هذه الأخيرة ضمن النظام العام والآداب العامة، كما ومن جهة أخرى يجب أن تكون

هاته الشروط واضحة لا يشوبها لبس أو غموض، وفي هذا الصدد هناك من يميز بين حالتين، حالة ما إذا كان المتعاقد الأصلي شخصا من القانون العام أو الخاص:

فإن كان المتعاقد شخصا من أشخاص القانون العام فإنه يجوز له أن يضمّن إتفاق عقد المناولة شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

أما في حالة ما إذا كان من أشخاص القانون الخاص - وهو الحال في جميع عقود المناولة التي تبرم وتجسد واقعا - فإنه يتم النظر إلى كل شرط من الشروط الاستثنائية بحدّة، فلا يمكن للأفراد العاديين إدراج شروط استثنائية في عقودهم بصفة مطلقة إذ أن هناك بعض الشروط التي لا يمكن للأفراد إدراجها كون أن لها طابع السلطة العامة الذي لا يتمتع به الأفراد العاديون.

وعلى كل فإنه يمكن القول أنه يمكن للمتعاقدين (المتعامل المتعاقد والمناول) تطبيق المبادئ الموجودة في العقد الأصلي والاستناد عليها بالقدر الذي لا يتنافى مع الشروط التفصيلية الواردة في الإتفاق الثانوي وهذا راجع لوحدة المحل بينهما كما بيّنا سابقا باعتبار أن العقد الثانوي يرد على جزء من العقد الأصلي، ولكن ليس تطبيق كافة الشروط الموجودة في العقد باعتبارها تتعلق بسلطة وامتيازات المصلحة المتعاقدة، كما أنه يجوز لهما اللجوء إلى نصوص العقد الأصلي لتفسير أحكام المناولة.¹

وفي هذا الصدد ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك أين أقر صراحة على أنه: يعد باطلا:

- أ. العقد المبرم بين مناول ومتعاقد الذي يعطي لأحد الأطراف إمكانية تعديل بصفة إنفرادية بندا أو مجموعة من البنود الواردة في العقد؛
- ب. العقد الذي يمنح لأحد الطرفين إمكانية فسخ العقد بدون إشعار أو سبب وجيه.

إلا أنه تعد صحيحة الإتفاقات التعاقدية التي تتولى تحديد آجال تنفيذ الخدمات أو الأشغال أو التوريدات من قبل المناول وكذا الكميات المطلوبة.

فيحدد هذا العقد المكتوب ما لكل طرف من حقوق وواجبات ضمانا لتنفيذ الصفقة العمومية حسب المواصفات المطلوبة وفي الوقت المحدد حتى يتم تقادي نشوء أي نزاع بين الطرفين في المستقبل، كما يتم ذكر مجموعة من البنود والعناصر التي يجب توافرها

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 374.

في كل العقود عامة وعقد المناولة خاصة، أين سنقوم اتبعا بدراسة استثنائية المناولة من حيث البنود التي ينطوي عليها هذا العقد.

أولا: من حيث البنود

كما هو الحال بالنسبة لجميع العقود سواء كانت عامة أو خاصة فإنها يجب أن تتوفر على مجموعة من العناصر والبنود نظرا لأهميتها في ضبط حقوق الأطراف والتزاماتهم ولدورها في إثبات صحة العقد مما أدى بالعديد من التشريعات إلى التركيز عليها وإعتبار إدراجها في جميع عقود المقاولات من المسائل الإلزامية مهما كان نوع العمل المراد تنفيذه.¹

وتختلف هذه البنود من عقد إلى آخر لكن هناك بعض البنود الأساسية التي لا بد من توافرها في كل عقد وخاصة المناولة وهو ما جاء في نص المادة 144 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه: " يجب أن يحتوي عقد المناولة وجوبا على المعلومات التالية : إسم ولقب وجنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة، إسم ومقر مؤسسة المناولة عند الإقتضاء، موضوع ومبلغ الخدمات محل المناولة، الأجل والجدول الزمني لإنجاز الخدمات محل المناولة وكيفيات تطبيق العقوبات المالية عند الإقتضاء، طبيعة الأسعار وكيفيات الدفع وتحيين الأسعار ومراجعتها عند الإقتضاء، كيفيات استلام الخدمات، تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات، تسوية النزاعات" ويمكننا تلخيص هذه البيانات فيما يلي:

1) هوية الأطراف

من الضروري أن يتضمن عقد الباطن هوية كل من المتعامل المتعاقد صاحب الصفة والمناول المنفذ لجزء منها، فإن كان هذان الطرفان شخصان طبيعيين فيذكر إسم كل منهما ولقبه وعنوانه الشخصي، أما إن كانا شخصان معنويان فيتم تبيان إسم الشخص المعنوي، ممثله القانوني، مقره الإجتماعي ورقم تسجيله التجاري.

إن ذكر هذه المعلومات التي تحدد هوية كل من الطرفين له أهمية كبرى بالنسبة لهما من جهة وكذا بالنسبة للهيئات القضائية من جهة أخرى وهذا في حالة نشوب نزاع بينهما في المستقبل حول تنفيذ العقد أو مضمونه، كما أنه يسمح للمصلحة المتعاقدة هي الأخرى من معرفة هوية المناول الذي ينوي المتعامل الأصلي التنفيذ بواسطته.

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 50.

(2) موضوع العقد

إضافة إلى هوية الأطراف فإنه يشترط تحديد العمل المسند إلى المناول بدقة ووضوح فيبين موضوع العمل، نوعه، ومكان تنفيذه حتى يتم حصر المجال الحقيقي للتعامل الثانوي خاصة وأن هذا الأخير لا بد أن ينصب على جزء ومجال معين من الصفقة العمومية وليس كلها، لذلك يجب تحديد هذا الجزء بالتفصيل والتدقيق كأن يتم تحديد العمل المسند إلى المناول - في صفقة خاصة ببناء جامعة مثلا - بالتكفل بالكهرباء والإنارة في المبنى وإنشاء قنوات المياه، أما في صفقات الدراسات على سبيل المثال فيتم تحديد مجال وطبيعة الدراسة والمخططات المطلوبة.

(3) قيمة الأعمال

يتم في هذا البند تحديد المبلغ المتفق عليه وقيمة الأعمال التي تعادل الخدمات المقدمة والأشغال التي قام بها والواجب دفعها للمناول، كما يجب التفاوض حول الأسعار في إطار ما يقتضيه السوق فالأطراف وخاصة المتعامل المتعاقد الأصلي يبحث عن تخفيض التكاليف أثناء انجاز وتنفيذ الصفقة كما يجب تحديد كل العمليات والخدمات التي يتم إدماجها في السعر كالتخزين، التأمين، النقل،... وغيرها، كما يتم الاتفاق على الأسعار المناسبة في حالة تعديلات أو إضافات (في مبلغ الضمان مثلا) وخاصة إذا مست التكاليف.

بتحديد الأسعار عن طريق التفاوض يصبح السعر الذي يتفق عليه في البداية في العقد غير قابل للتغيير، إلا إذا وجد بند للتعديل أو يشير إلى ضرورة إعادة المفاوضات في حالة الرغبة في تغيير الأسعار.

كذلك يتحدد السعر عن طريق مراقبة التكاليف بالنسبة للمنتجات فإن تحديد أسعار السوق عن طريق التفاوض تخضع إلى أنظمة التخطيط أو مراقبة المنتجات والتكاليف، في الحالات التي يحدد فيها سعر المنتج أو الخدمة حسب سعر السوق مسبقا.

(4) مدة الإنجاز

من الضروري أن يحدد الطرفان مدة تنفيذ الجزء المتعامل فيه عن طريق المناولة وبداية سريان هذه المدة ونهايتها، وعادة ما تكون نهاية عقد المناولة مقترنة مع نهاية العقد الأصلي إلا إذا كانت الأعمال الموكلة إلى المناول لا تتطلب وقتا كبيرا للتنفيذ، فهنا يتم تحديد تاريخ إستلام

هذه الأعمال من قبل المتعامل المتعاقد الأصلي والتي تكون قبل تسليم هذا الأخير للصفحة للمصلحة المتعاقدة وانتهاء العقد الأصلي.

5) طبيعة الأسعار وكيفية الدفع وتعيين الأسعار ومراجعتها

يقوم الطرفان بتحديد طبيعة السعر الذي يتم اقتضائه من طرف المناول كما يتم تحديد الجهة التي تقوم بالدفع لهذا الأخير سواء كان المتعاقد الأصلي أو المصلحة المتعاقدة نفسها.

في هذا الإطار فإنه وفي أغلب الأحيان يتم النص على قبض المناول لمستحقته مباشرة من المصلحة المتعاقدة وليس من المتعامل المتعاقد الأصلي وهو ما أجازته المطة 03 من نص المادة 143 من تنظيم الصفقات العمومية والتي نصت على أنه: "يقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا مستحقته مباشرة من المصلحة المتعاقدة بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها....."

6) كيفية إستلام الخدمات:

تحدد الطريقة التي يتم من خلالها استلام الأشغال والخدمات من قبل المتعاقد الأصلي وكذا مكان إستلامها، وهنا يختلف الأمر حسب موضوع وطبيعة المناولة فإن كانت مناولة أشغال فيتم تحديد طبيعة الإستلام التي عادة ما تكون تشبه إلى حد ما عقد الصفقة العمومية الخاصة بالأشغال بأن تكون بموجب محضر إستلام يحدد كافة التحفظات والملاحظات، أما إن كانت متعلقة بالدراسات والخدمات فيتم توضيح ذلك في العقد بتبيان كيفية الإستلام.

7) تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات:

يعتبر هذا البند من أهم البنود التي ينطوي عليها عقد المناولة كونه يحدد بدقة ويفصل بين المسؤوليات فيبين مسؤولية كل طرف في حالة التأخير في الإنجاز أو سوء التنفيذ مثلا، مع الإشارة أنه في هذا المجال كان تنظيم الصفقات العمومية واضحا في هذه النقطة أين أقر بمسؤولية المتعاقد الأصلي في تنفيذ الصفقة ومسؤولا عن المناول التابع له.

كما أنه يشترط تحديد كل ما يتعلق بالضمانات والتأمينات سواء كانت عن المخاطر أو الهلاك أو غيرها.

(8) تسوية النزاعات:

إن هذا البند لا يقل أهمية عن البنود الأخرى كونه يعتبر أهمها في حالة نشوب نزاعات مستقبلية حول طريقة التنفيذ أو الإنجاز أو الضمان أو الأسعار وغيرها من الخلافات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد، فيدرج الطرفان بنداً يحدد الجهة القضائية المختصة وطرق حل النزاعات.

(9) إلتزامات الطرفين

يتم تخصيص في عقد الباطن مجموعة من البنود الهامة والتي يتم من خلالها تحديد إلتزامات كل من المناول والمتعامل الأصلي وحقوقهما. وسنقوم إتباعاً بتحديد وتفصيل إلتزامات المناول التي تعد جوهر العملية التعاقدية.

ثانياً: من حيث الإلتزامات

باعتبار أن عقد المناولة أو عقد الباطن هو من العقود الملزمة لجانبين فإنه - وبطبيعة الحال - يترتب إلتزامات في ذمة كل من المتعامل الأصلي والمناول على حد سواء والتي يتوجب عليهما تحديدها في عقد الباطن، فإننا فضلنا التطرق لهاته الإلتزامات بنوع من التفصيل وهذا من خلال العناصر التالية:

أ. إلتزامات المتعامل المتعاقد:

يمكننا إجمال إلتزامات المتعاقد الأصلي في إلتزامه بإستلام العمل المتعامل فيه عن طريق المناولة متى تم إنجازه، تمكين المناول من القيام بالأشغال، إشرافه على المناول، دفع الأجر، تنسيق الأعمال بين مناويله وعماله، المعاينة الدورية والمستمرة، الرقابة والتوجيه.... وغيرها من الإلتزامات التي تضمن التنفيذ الحسن للصفقة العمومية والتي سنتطرق إلى بعض منها فيما يلي:

(1) الإلتزام بالنصح والإعلام:

لقد أصبح الإعلام من الإلتزامات الثابتة في مجال المقاولات والبناء والأشغال خاصة وهذا على غرار التعاملات الأخرى من خدمات ودراسات، إذ أصبح هذا النوع من الإلتزامات أمراً ضرورياً لإحاطة المناول علماً بالميزات الأساسية والصفات المميزة للسلعة أو الخدمة موضوع العقد وما قد يتضمنه من شروط وبنود ومخاطر متعددة، وذلك وفقاً لمبدأ حسن النية من جهة، ولتفادي الأخطاء المستقبلية من جهة أخرى .

إنّ الإلتزام بالإعلام هو إلتزام يفرضه القانون والعرف على حد سواء على كل متعاقد بضرورة تبصير الشخص الذي يتعامل معه وتسييره بكافة جوانب العقد التي يجهلها من معلومات وبيانات متعلّقة به في مرحلة سابقة للتعاقد، وكذا بجميع المستجدات والتعليمات التي قد تطرأ وذلك لتمكينه من التعرف على الخدمة المقدمة له، فعلى اعتبار أنّ المتعاقد الأصلي هو الشخص المسؤول عن مناولة وباعتبار أنه من الأشخاص المهنيين والمحترفين، يقع عليه واجب إعلام هذا الأخير بكافة الأعمال المراد انجازها وتبليغه بمختلف التعليمات الصادرة عن صاحبة المشروع المتمثلة في المصلحة المتعاقدة، كما يشمل هذا الإلتزام أيضاً تحذير المناول ولفت انتباهه حول المخاطر التي تنجم عن تنفيذ الصفقة إن وجدت.

من جهة أخرى فإنه يقع على عاتق المتعامل المتعاقد أيضاً واجب والإلتزام تقديم النصح والمشورة للمناول وذلك بإظهار المزايا والعيوب لهذا الأخير خاصة فيما يتعلق بالمواد المستعملة، ممّا سيمكنه من اتخاذ قرار معيّن عن بيئة وإدراك وهذا على أساس المساعدة التقنية التي تقوم عليها أغلب عقود المناولة، إذ ينبغي على المتعاقد الأصلي أن يقدم النصيحة إلى مناوليه لمساعدتهم في تنفيذ مهامهم.¹

(2) إلتزام الإشراف والرقابة:

إن المتعامل المتعاقد الأصلي كونه مسؤولاً تجاه المصلحة المتعاقدة فهو ملزم بمراقبة المناول في الأعمال التي أوكله القيام بها وتتمثل مهمة متابعة الأشغال ومراقبتها في برمجة الاجتماعات واللقاءات لمعرفة مدى تطور وتقديم الأعمال، وكذا القيام بزيارات لورشات العمل ومراقبة عن قرب كيفية سيرها، ويقصد برقابة الأعمال التأكد من سلامة سير الأشغال لتفادي حدوث أي خطأ أو إهمال سواء من المناول أو من العمال الذين يستخدمهم لإنجاز المشروع، وذلك عن طريق التأكد من أنهم يحترمون قواعد وتقنيات البناء وأصول الفن عامة والخدمات والدراسات خاصة.

(3) إلتزام تحقيق نتيجة:

إن التزم المتعامل المتعاقد هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فلا تبرأ ذمته من إلتزامه إلا إذا تحققت الغاية المرجوة وقام بتنفيذ العقد والعمل المتفق عليه، ولا تنفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، سواء قدم المادة من عنده، أو كانت المادة مقدمة من المصلحة المتعاقدة.

¹ علي الشهبان هاشم، المسؤولية المدنية للمهندس الإستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009، ص 66.

* الحالة الأولى: المتعاقد هو الذي يقدم المادة: إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها، فالعقد هنا يكون مزيجاً من مقابلة وبيع، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل، أو أقل وعندما نقول إن العقد هو مزيج من مقابلة وبيع، فيترتب على ذلك نتيجة وهي أن المقاول يكون مسؤولاً عن جودة مادة العمل وعليه ضمانها، ويضمن ما فيها من عيوب خفية، إلا أن المقاول لا يضمن العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت العقد، أو كان يستطيع أن يعرفها لو فحص الشيء محل العقد.¹

وعندما يختار المقاول تقديم المادة، وجب عليه أن يلتزم بشروط العقد والمواصفات المتفق عليها، وإذا لم يكن هناك شروط وجب عليه أن يختار المادة التي تفي بالغرض، كما أنه إذا لم يتفق الأطراف على جودة المادة ولم يستطع المقاول استخلاص ذلك من العرف أو أي طرف آخر وجب على المتعاقد أن يقدم مادة من صنف متوسط.

* الحالة الثانية: المصلحة المتعاقدة هي التي تقدم المادة: نصت المادة 783 الفقرة الثانية من القانون الأردني على أنه: "إذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية، وأن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك، فتلفت أو فقدت، فعليه ضمانها."²

نستنتج من هذه المادة أن المقاول عليه أن يحافظ على ما يُسلم إليه من مواد من قبل المصلحة المتعاقدة، فإن قصر أو أهمل كان مسؤولاً عن تلفها، وإذا احتاج إلى نفقات تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات التي تدخل في حساب الأجر، كذلك يجب على المتعامل المتعاقد عدم الإفراط وأن يستعمل الكمية الكافية لإنجاز العمل، وأن يقدم حساباً لرب العمل عما استعمله ويرد الباقي.

وخلاصة القول إذا تلفت المادة أو ضاعت كان المقاول مسؤولاً، وعلى رب العمل إثبات أن هذا الأخير لم يبذل العناية اللازمة، وحتى يستطيع المتعامل المتعاقد دفع المسؤولية عنه يجب أن

¹. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة (المقاولة - الوكالة - الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 53.

². يقابل المادة في القانون المصري المادة رقم 649 والتي تقضي " إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل".

يثبت أن الهلاك أو الضياع كان بسبب أجنبي لم يستطيع دفعه، وأنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة للحفاظ على المادة.

(4) إلتزام السلامة وحفظ الصحة:

في إطار هذا الإلتزام يشترط على المتعامل المتعاقد إتخاذ كافة التدابير الخاصة بالوقاية الصحية والأمن، وذلك بأن يبعد عن مشروعه وورشته كل ما يمكنه أن يقتضي استعمال طرق أو مواد تشكّل تهديدا وخطرا على أمن وسلامة وصحة المناولين وكذا كافة الموجودين في الأمكنة أو الورشات.

يجب على المتعامل المتعاقد إتباع مجموعة من القواعد والإجراءات في سبيل الوقاية والتحكم في مخاطر حوادث العمل والأمراض المهنية، وكذا تحسين ظروف العمل بالنظر إلى التقنيات الحديثة المستعملة، ومن جهة أخرى التزامة بضمان الإسعافات الأولية للمتعرضين إلى الحوادث أثناء تأدية مهامهم.

(5) إلتزام تسلم الأعمال موضوع المناولة:

يقع الإلتزام بتسليم العمل في عقد المناولة على عاتق المتعاقد الأصلي باعتباره في مرتبة صاحب المشروع في العلاقة العقدية الفرعية التي تربطه بالمناول، فرجوعا إلى الأحكام العامة فإننا نجد أن المادة 558 من القانون المدني الجزائري قد نصت على أنه " عندما يُتمّ المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي أعتبر أن العمل قد سلّم إليه، ويتحمّل كل ما يترتب على ذلك من آثار."

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي فقد عرّف التسلم بأنه " ذلك العمل الذي عن طريقه يقر صاحب المشروع قبوله للعمل المنجز سواء بتحفّظ أو بدونه"¹، كما تم تعريفه فقها بأنه "عملية حضورية موضوعها التحقق من اكتمال الأعمال ومن حسن تنفيذها طبقا لشروط الصفقة"، كما أنه

¹. المادة 1792 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي.

"تعبير عن إرادة منفردة من قبل صاحب المشروع على حيازته للشيء المصنوع، وإقراره بأنه تم تنفيذه طابقاً لما هو متفق عليه".¹

ب. إلتزامات المناول

تتمحور الإلتزامات الملقاة على عاتق المناول أساساً في النقاط التالية:

أ. إلتزام العمل المسند إليه

يعتبر هذا الإلتزام من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المناول فهو ملزم بإنجاز العمل المعهود إليه حسب الطريقة المتفق عليها وطبقاً للشروط الواردة في عقد المناولة، وفي هذا الصدد تنص المادة 666 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة: "على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المحددة المتفق عليها، فإن لم تكن هناك شروط هناك ولم يتفق على مدة إلتزام بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة...".²

فالإلتزام بالتنفيذ الملقى على عاتق المناول يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فلو تعهد هذا الأخير بإعادة صيانة قنوات المياه فإنه يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة لا تبرأ ذمته إلا إذا تحققت هذه النتيجة المرجوة وأنجز العمل المطلوب.

ب. تسليم العمل المنجز

كما هو الحال في جميع العقود المبرمة بين طرفين، فإن عقد المناولة يجب أن ينص على إلتزام المناول بتسليم العمل المنجز، فبعد تنفيذ هذا الأخير لجميع ما أوكل إليه من أعمال يلتزم أن يسلم المتعاقد الأصلي ما قام بتنفيذه، كما يتوجب عليه احترام مدة الإلتزام المقررة في العقد وإلا تعرض لعقوبات هو في غنى عنها نتيجة تماطله وعدم تسليمه للأشغال في المدة المحددة وعند إنجازها.

فلم يتم الإشارة من قبل تنظيم الصفقات العمومية إلى مكان تسليم الأشغال المناولة، غير أنه ورجوعاً إلى الأحكام العامة فإن مكان تسليم في عقود الأشغال العامة مثلاً يكون في مكان وجود

¹. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى "دراسة مقارنة"، دار الفكر

العربي، القاهرة، 1985، 143.

². صليحة برجم، المرجع السابق، ص73.

العقار بموجب محاضر استلام، أما في صفقة التوريد فيكون التسليم في مكان وجود المنقولات وبذلك يكون المناول هو من يتحمل نفقات التسليم، وكل ذلك في حالة عدم وجود نص أو اتفاق ينظم تسليم العمل المنفذ في عقد المناولة والطرف الذي يتحمله.¹

ج. الالتزام بالنوعية والدقة في التنفيذ:

إن كل من المتعامل المتعاقد والمؤسسة المناولة يجب أن يتفقا على تبني مقاربة مشتركة فيما يخص النوعية وهذا في إطار مشترك ومحدد، فيجب على هاته الأخيرة أي المناول أو الشركة المناولة السعي إلى تحقيق أفضل نوعية وإن أمكن الجودة الشاملة في كل المستويات المتعلقة بالجزء الممنوح لها خاصة إذا كنا أمام مناولة تخصص وهو النوع الذي يتم اللجوء إليه بكثرة في الواقع العملي إلى أصحاب الخبرة والمهارة.

د. ضمان العمل المنجز:

يلتزم المناول بضمان العمل خاصة إذا كان هو من قدم المادة فإنه يكون مسؤولاً عن جودتها أين يضمن العيوب الخفية فيها أمام المتعامل المتعاقد الأصلي، وفي حالة ما إذا كان هذا الأخير هو من قدم المواد الأولية فإن المناول في هذه الحالة يلتزم بإخطاره بعدم صلاحيتها، وإلا كان مسؤولاً عن كل ما يترتب عن إهماله من نتائج.²

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية التي يخضع لها عقد المناولة

على الرغم من الاختلاف والتضارب في وجهات النظر من قبل الفقهاء ورجال القانون إلا أن معظمهم أجمع على تكييف قانوني يعتبر معقولاً ومقبولاً في نظرنا والمتمثل في كون عقد المناولة إنما هو عقد مقاوله "contrat d'entreprise"، وبالرجوع إلى الأحكام العامة وأحكام القانون المدني، فإننا نجد أن هذا الأخير نص في مادته 549 على أنه : "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

¹. سرير الحرسي خديجة، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2009-2010، ص 112.

². بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاوله - دراسة تحليلية ونقدية - ، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014، ص 143.

وبالتالي فالمناولة هي عقد ملزم للطرفين يتعهد بمقتضاه أحدهما بأداء عمل أو القيام بصنع شيء مقابل أجر معين وذلك دون تمثيل الطرف الآخر فالعنصر الرئيسي والأساسي في هذا النوع من العقود هو وجود إلتزام بقيام عمل "obligation de faire" التي تقع على عاتق المقاول لحساب رب العمل، وفي إطار عقد المناولة يلتزم المناول أمام المتعامل المتعاقد بأداء أو القيام بعمل.

وعليه فإنه يمكننا القول أن هذا العقد الإستثنائي إنما هو عقد مدني خاضع للأحكام العامة التي تفرضها الشريعة العامة فلا يمكننا تكييفه على أساس أنه عقد إداري لأنه لا يبرم مع أحد الهيئات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما أنه لا يخضع للأسس والمعايير التي تخضع لها العقود الإدارية، وبالتالي يعتبر عقدا خاضعا للقانون الخاص باعتبار أنه يبرم عن طريق الإتفاق ولا يخضع للإجراءات المطولة التي يخضع لها العقد الأصلي.

إن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمناول هي علاقة عقدية مباشرة وسبب ذلك هو قيام الطرفين بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن بينهما، وتعد هذه الصلة رابطة من روابط القانون الخاص ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون الخاص، وإختصاص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها، وعلى ذلك تخضع مسؤولية المناول في مواجهة المتعاقد الأصلي للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية في القانون المدني سواء في ذلك مسؤوليته في التنفيذ أو عن الأضرار أو عن العيوب الخفية أو غيرها.¹

ففي إطار المناولة يتحول المتعامل المتعاقد الأصلي إلى رب عمل بالنسبة للمناول، ويكون هذا الأخير متعاقدا أصليا بالنسبة لأول، ومن ثمة يوجد عقد أصلي تحكمه العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الأصلي، وعقد باطني يحكم العلاقة بين هذا الأخير والمناول.

لقد تكفل المشرع الجزائري بتحديد إطار قانوني يتولى تنظيم عقد المناولة أو التعامل من الباطن في إطار التعديل الجديد الذي جاء به في 2015 من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي اهتم بدراسة جميع جوانب هذا العقد من خلال المواد 140، 141، 142، 143 و 144 كما نظم حقوق المناول المتمثلة في اقتضاء المقابل المالي في إطار القرار الوزاري المؤرخ

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 378.

في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعاقل الثانوي أي المناول، فنظم العلاقة والمركز القانوني لكل من الأطراف.

إلا أن تنظيم القواعد العامة لأسلوب المناولة في إطار عقود الصفقات العمومية لا يجعل منه عقدا مماثلا لهذه الأخيرة وخاضعا لنفس أحكامها كونه يعتبر - وكما ذكرنا سابقا- عقدا خاصا يجمع طرفين خاضعين للقانون الخاص.

المطلب الثالث: مدى ترابط العقد الأصلي بالمناولة

يتميز عقد المناولة أو عقد الباطن بمجموعة من الإمتيازات والخصائص التي تجعله عقدا متميزا عن العقود الأخرى وخاصة الإدارية، وذلك باعتباره عقدا استثنائيا فهو يتميز بكونه يرد كإستثناء عن القاعدة العامة وعن الأصل كما أنه لا يعدل ولا يؤثر في العقد الأصلي الذي جاء على أساسه، وكذلك تمتعه بخاصية - إن لم نقل فريدة نوعا ما - كونه يعتبر تابعا ومستقلا في نفس الوقت.

وبالتالي سنقوم بدراسة هذه الخصائص وتفصيلها وذلك في الفروع التالية.

الفرع الأول: تباين عقد المناولة مع العقد الأصلي

لقد تطرقنا سابقا إلى أن المصلحة المتعاقدة وفي سبيل إبرامها لصفقة عمومية تسعى دائما إلى تحقيق الصالح العام والسير الحسن للمرفق العام كما تسعى إلى مراعاة المبادئ المنصوص عليها قانونا والمذكورة في تنظيم الصفقات العمومية، وللوصول إلى هاته الغاية تقوم بإختيار المتعاقل المتعاقد معها على أساس مجموعة من المعايير الفنية، المالية، التقنية والقانونية حتى يكون اختيارها صائبا وفي محله لضمان التنفيذ الحسن للصفقة.

تطبيقا لهاته المبادئ والإجراءات يكون العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقل المتعاقد عقدا قائما على الإعتبار الشخصي، مما يحتم على هذا الأخير القيام بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة شخصا وبنفسه، خاصة وإن كانت طبيعة العمل تستلزم القيام به شخصا إستنادا إلى كفاءة شخص المتعاقد مع الإدارة وسمعته وخبرته ومهاراته، ومثال ذلك أن تكون الصفقة المبرمة هي صفقة خدمات كأن يقوم المتعاقل

المتعاقد المختار بتصميم رمز إلكتروني للمصلحة المتعاقدة، فهذا يتحتم عليه القيام بهذا العمل بصفة شخصية.

هذا هو الأصل في العقود والصفقات المبرمة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، لكن تطبيق هذا المبدأ يكون مرنا في بعض الأحيان ليتولد عنه إستثناء عن الأصل - كما سبق وأن ذكرنا - يجيز لهذا المتعامل التصرف في جزء من الصفقة بالتعامل فيها عن طريق المناولة لصالح الغير.¹

إن هذا الإستثناء الذي فتحه المشرع الجزائري أمام المتعاملين المتعاقدين يبرر نفسه في كون أن هناك بعض العقود التي تهدف إلى تنفيذ مشاريع ضخمة ومعقدة أو وجود بعض الجوانب التقنية التي يصعب على المتعامل المتعاقد القيام بها لوحده، أين تحتاج هاته العمليات إلى تضافر الجهود والكفاءات مع المتخصصين والتقنيين كل في مجال تخصصه حتى يتم تنفيذ الأعمال على أكمل وجه.

فلو قلنا بعدم وجود هذا الإستثناء لكانت المصلحة المتعاقدة في سبيل إبرامها لصفقة عمومية ضخمة اضطرت للجوء إلى العديد من المقاولين المختصين لإبرام عقود إدارية معهم الأمر الذي يكلفها جهدا ووقتا كبيرا، كما تجد نفسها أمام مسؤوليات مختلفة وعقود كثيرة ومشعبة، ومن جهة أخرى لكان المتعامل المتعاقد أمام شبه إستحالة وصعوبات تتعلق معظمها بضيق الوقت والتكلفة في الإنجاز أين يفتح له هذا الإستثناء المجال للتخفيف عن نفسه وإنجاز الأشغال في مدة قصيرة وبجودة عالية، وبالتالي فإن عقد المناولة هو الطريق الأمثل لتنفيذ هذه المشاريع والعقود.

كما أن هذا الإستثناء يعكس من جهة أخرى رغبة المشرع الجزائري الملحة في تدعيم المؤسسات والشركات الوطنية خاصة الصغيرة والمتوسطة وإدخالها في جميع الصفقات العمومية وإشراكها مع كبار المتعاقدين الأمر الذي نلتمسه بكثرة في القانون التوجيهي المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة رقم 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001² وهذا في العديد من مواد نذكر منها نص المادة 17 التي جاء فيها أنه: "يجب على المصالح المعنية في الدولة والهيئات التابعة لها، في مجال إبرام الصفقات العمومية، السهر على تخصيص حصة من هذه الصفقات للمنافسة بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وفق شروط وكيفيات تحدد عن طريق التنظيم".

¹. BENHOMME (R.), Sous-contrat et co-contrat et conjonction de contractant, juriscasseur contrat-distribution février 2004, fasc 105, paragraphe n° 19.

². جريدة رسمية رقم 77.

الفرع الثاني: عدم خضوع العقد الأصلي للمناولة

إن عقد الباطن المبرم بين المتعامل المتعاقد صاحب الصفقة العمومية والمناول إنما يأتي نتيجة عقد أول أصلي سابق له وذلك لتنفيذه والإمام بجميع أجزائه، لكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يمكن للعقد الثانوي الفرعي أن يؤثر بأي شكل من الأشكال على العقد الأصلي الذي جاء لتنفيذه؟

الجواب هنا هو أنه بالرغم من إدخال شخص ثانوي ثالث في علاقة ثنائية محضة للتعاقد معه، إلا أن هذا الأمر لا يؤثر في العقد الأصلي ولا يعدل فيه، فيظل مركز المتعامل المتعاقد محفوظا وقائما، فإسناد تنفيذ جزء من الصفقة العمومية إلى هذا الشخص الثالث لا يحوو وجود المتعامل المتعاقد الأصلي أين يبقى ملزما أمام المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية بكل أجزائها وبجميع الإلتزامات المنصوص عليها في العقد الأصلي المبرم بينهما ولا يمكنه التوصل أو التكرار للإلتزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة بحجة منحها إلى الغير، وفي هذا الصدد ينص القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة في الفقرة 2 من المادة 681 على أنه: "لا تؤثر المقاوله عن الباطن في إلتزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يُسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن".¹

كما أشار القانون المدني الجزائري إلى هاته النقطة أين بين بوضوح أن عقد المناولة لا يؤثر بأي حال من الأحوال في الترتامات المتعاقد الأصلي وذلك في المادة 564 التي نصت على أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الإعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

أما فيما يخص تنظيم الصفقات العمومية فإنه تولى بدوره الإشارة إلى هاته النقطة في المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه: " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة".

ومن هنا فإن العقد الأصلي لا يُلزم سوى طرفاه، فيبقى المتعامل الأصلي ملزما إتجاه المصلحة المتعاقدة بكل الإلتزامات المتولدة عن العقد من إنجاز الأعمال وتسليمها وذلك وفقا لما

¹. صليحة بروجم، المرجع السابق، ص 42.

تم الإتفاق عليه بما فيها الجزء الذي تمت مناولته، وإلا كان مسؤولاً عن أي عيب في التنفيذ أو تأخير فيه.

إن وجود عقد الباطن أو عقد المناولة - كما وضحنا من خلال ما سبق - لا يعني وجود تغيير في شخص المدين أي المتعامل المتعاقد أو إنابة غيره في تحمل جزء من المسؤولية أو كلها، أو إبراء ذمته من تحمل هذه الأخيرة مما يؤكد لنا خاصية عدم التأثير على العقد الأصلي.

فالمتعامل الذي يتصرف في جزء الصفقة ثانوياً لا يقصد من تصرفه هذا تخليه عن العلاقة التعاقدية التي تربطه مع المصلحة المتعاقدة أو التنصل من إلتزاماته نحوها، كما هو الحال بالنسبة لعقد التنازل، لكن علاقته تبقى قائمة ومرتبطة لكافة الإلتزامات الملقاة على عاتقه.

ومن جهة أخرى فإن عقد المناولة لا يؤثر على العقد الأصلي في كونه لا يعتبر المناول ملزماً أمام المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ المشروع فهو لا يحل محل المتعامل الأصلي ولا تربطه أي علاقة تعاقدية مع هاته الأخيرة فهو يعتبر بمثابة الغير بالنسبة إليها، أما فيما يخص المصلحة المتعاقدة فإنها تبقى هي الأخرى ملزمة ومسؤولة عن جميع الإلتزامات المترتبة عليها والناجئة عن العقد المبرم بينها وبين المتعامل المتعاقد، وذلك بإستلامها للأعمال المنجزة ودفع الأجر لهذا الأخير لقاء أتعابه ولا شأن للإدارة بعقد المناولة فهو لا يكسبها حقوقاً ولا يرتب في ذمتها إلتزامات إلا تلك المنصوص والمتفق عليها¹.

الفرع الثالث: التداخل بين الاستقلالية والتبعية

أولاً: مظاهر الإستقلالية

إن المناول يعتبر مقاولاً رئيسياً بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يعد رب عمل بالنسبة للمناول وتنشأ بينهما علاقة عقدية جديدة يكون فيها المتعامل المتعاقد رب عمل، وكذا المناول الذي يكون مقاولاً أصلياً ولا تنتقل العلاقة بينهما إلى عقد الصفقة العمومية باعتباره مستقلاً عنهما²، فيعتبر كل من العقد الأصلي وعقد المناولة مستقلان في بعض الجوانب المتمثلة بصفة جوهرية في نقطتين أساسيتين:

¹. إن عقد المناولة يرتب في ذمة المصلحة المتعاقدة إلتزاماً، وهو إلتزام الدفع المباشر للمناول وذلك في حالات وطبقاً لشروط معينة.

². عبد الرحمن العايد، عقد المقاول، مكتبة الملك فهد، الإدارة العامة للثقافة والنشر، الرياض 2004، ص 262.

أ. من حيث الهدف:

إن لكل من هذين العقدين هدف خاص به، أين يتمثل هدف عقد الصفقة العمومية الأصلي في إنجاز أشغال أو القيام بخدمات أو دراسات أو إقتناء لوازم ضرورية من أجل تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة، أما فيما يخص عقد المناولة فإن هدفه بالدرجة الأولى هو تنفيذ الجزء المتعلق به والذي يكون منبثقاً عن عقد الصفقة العمومية.

ب. من حيث كيفية الإبرام:

على عكس العقد الأصلي المتعلق بالصفقة العمومية الذي يبرم إستناداً إلى مجموعة من القواعد المسطرة قانوناً فلا يكون لإرادة المتعامل المتعاقد أي وجود والمحددة مسبقاً في إطار مجموعة من الإجراءات والخطوات التي تولى تنظيم الصفقات العمومية تفصيلها بداية من الإعتماد المالي والإعلان وتقديم للعروض وتقييم ودراسة وصولاً إلى التوقيع على الصفقة بعد المرور على العديد من اللجان والهيئات المختصة من أجل منح التأشيرة والمباشرة في التنفيذ، فإن طريقة إبرام عقد المناولة تختلف تماماً عن طريقة إبرام عقد الصفقة الأصلي أين تخرج عن هاته الإجراءات والقواعد المطولة.

فالمناولة تبرم بإتفاق بين الأطراف أي المتعامل المتعاقد والمناول وبناء على إرادتهما المتبادلة، فلا يمكن للعقد الأصلي التدخل في كيفية إبرام هذا الأخير ولا الطرف الواجب التعاقد معه ولا صيغة التعاقد، شرط احترام الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً لصبغ هذا الإتفاق بطابع المشروعية، كما أن الأطراف أحرار في تحديد إلتزامات كل منهما على أن لا تتجاوز لتمتد إلى حد احتوائها لجميع الترتامات المتعاقد الأصلي، وذلك لكون أن العقد المبرم بينهما هو عبارة عن عقد مدني لا يخضع في إبرامه إلى إجراءات شكلية معقدة غير إشتراط وجود إيجاب وقبول ومجموعة من القواعد المخصصة لهذا النوع من العقود الإستثنائية المتمثلة في إجازة المصلحة المتعاقدة.

فالمناولة وإن كانت تفترض بالضرورة توافر عقدين أولهما عقد الصفقة العمومية الذي يربط المصلحة المتعاقدة بالمتعاقد الأصلي، ومع هذا العقد يكون المناول غيراً - أي أجنبياً عنه - فلا يكسب حقاً من حقوقه ولا يتحمل أيّاً من الترتامات، والعقد الثاني هو عقد المناولة الذي يربط المتعاقد الأصلي بالمناول، ومع هذا العقد تكون المصلحة المتعاقدة غيراً أجنبياً عنه.

ومن هنا يتضح لنا أن هاذين العقدين مستقلان عن بعضهما في العيد من النقاط وعليه فإن هذا الطابع الإستقلالي أو طابع الإستقلالية - إن صح التعبير- إنما يرتب نتائج مختلفة تتمثل أساسا في:

- (1) عدم امتلاك المصلحة المتعاقدة حق مطالبة المناول، مباشرة - أي بأسمه - تنفيذ ما يقع عليه من التزامات تجاه المقاول الأصلي، فهي بناء على ذلك لا يمكن أن تطالب المناول بإنجاز العمل محل المناولة.
- (2) لا يمكن للمناول أن يطالب المصلحة المتعاقدة مباشرة بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية تجاه المتعاقد الأصلي فهذه الإلتزامات مصادرها عقد الصفقة الأصلي المبرم بينها وبين هذا الأخير، ولأن المناول لم يكن طرفاً في هذا العقد فلا يمكنه المطالبة بحق لم يقرره له .
- (3) عدم قيام المسؤولية التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمناول، فالمسؤولية التعاقدية تقوم نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزام يفرضه عليه العقد المبرم بينهما، ولأن المصلحة المتعاقدة لا ترتبط مع هذا الأخير بعقد أي كان نوعه، فلا تتحقق المسؤولية التعاقدية لأحدهما تجاه الآخر.
- (4) عدم ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها المقررة لها قانونا اتجاه المناول أو عقد المناولة، وبذلك فإنه لا يمكنها استعمال سلطة التوجيه والإشراف والرقابة ولا حتى اصدار الأوامر وسلطة تعديل العقد أو توقيع جزاءات على المناول مثلما تمارسها على المتعامل المتعاقد معها، ذلك أن المناول ليس تابعا لها ولا تربطه معها أي علاقة تعاقدية تجيز لها ممارسة جميع سلطاتها وامتيازاتها ضده، وعليه فإنها توجه كافة الإعدارات والأوامر إلى المتعامل المتعاقد الذي يقوم بدوره بتوجيه هاته الأخيرة إلى المناول وإعلامه بملاحظات ورغبات وقرارات المصلحة المتعاقدة من أجل تداركها.

ثانياً: مظاهر التبعية

قبل التطرق لمظاهر تبعية عقد المناولة للعقد الأصلي فإننا لا بد أن نعرف معنى التبعية، فالتبعية تتحقق عندما يكون هناك عقد ما ناتج عن عقد آخر أو مخصص لتنفيذه فهي تعمل على تكملة هذا الأخير، لذلك هناك نوعان من التبعية:

▪ النوع الأول: يشمل العقد المخصص لخدمة العقد الأصلي، فيتحدان في الغرض ويختلفان في الطبيعة القانونية.

▪ النوع الثاني: يكون فيه العقد الثاني ناتجاً عن العقد الأصلي فيشتركان في الطبيعة القانونية، لكن يكون لكل منهما هدف خاص به.

فمن خلال هذا التعريف أو بالأحرى التمييز، نستنتج أن عقد المناولة أو عقد الباطن تابع لعقد الصفقة العمومية، وبالرغم من سماح المصلحة المتعاقدة للمتعاقد المتصرف في العقد المسند إليه، وإستقلالية العقدان عن بعضهما وعدم إمكانية المناول التدخل في عقد الصفقة العمومية، إلا أن العقد الذي يبرمه المتعاقد مع المناول يبقى تابعا للصفقة التي أبرمها معها في بعض النقاط، فتظهر التبعية بذلك فيما يلي:

▪ من حيث المحل

تجد التبعية مظهرها في إتحاد المحل بين عقد الصفقة الأصلي وعقد المناولة إذ تشمل وحدة الإلتزام في العقدتين ووحدة الشيء وذلك كاشتراكهما في إنشاء جامعة أو مستشفى أو توريد الأجهزة الكهربائية والإلكترونية للمصلحة للمتعاقد أو القيام بخدمات ودراسات لصالح هاته الأخيرة.

فالعقد الباطني يتبع العقد الأصلي في المحل، فمحل وهدف العقد الأصلي هو نفسه محل وهدف العقد الباطني أو الثانوي، فهو يتبعه من حيث أنه يسعى إلى تنفيذ جزء من موضوع العقد الأصلي، فلو كان محل هذا الأخير هو بناء مشفى فإن عقد المناولة سينصب على تنفيذ جزء من هذا المحل، وبالتالي سيكون محله مثلاً التكفل بالكهرباء أو تركيب النوافذ والأبواب أو القيام بدراسات حول كيفية الإنجاز، إلا أن تبعية عقد المناولة تقتضي أن يكون هذا الأخير مقيداً بمحتوى العقد الأصلي، فلا يجوز أن يكون محله أوسع من محل هذا العقد فلا يصح أن يتعدى سقف العقد الأصلي كأن تتجاوز الأعمال المسندة إلى المناول الأعمال المحددة في هذا العقد وإلا كنا أمام عقد أصلي جديد وليس عقد مناولة تابع للعقد الذي أنشئ من أجله

وفي هذا الصدد تبرر هذه القاعدة بتبعية الفرع للأصل ويبررها القضاء الفرنسي بقاعدة عامة مفادها أنه: " ليس للشخص أن ينقل حقوقا إلى غيره أكثر مما يملك "، فتمتد التبعية لتشمل الشروط المتعلقة بالمحل والواردة في العقد الأصلي المتعلقة بتعيين الأشغال وطريقة تنفيذها، فالعقد الثانوي يلزم الطرفان أي المناول والمتعامل المتعاقد بالتقيد بهذه الشروط وتنفيذ هذه الأشغال وفقا لما جاء في العقد الأصلي.

■ من حيث الإلتزامات

تظهر التبعية هنا في كون أن الإلتزامات الواردة في عقد المناولة تتحدد تبعا لطبيعة الإلتزامات المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية المنبثق عنها، فلو كان إلتزام المتعامل المتعاقد في العقد الأصلي يقتضي تحقيق نتيجة كان إلتزام المناول في المناولة هو تحقيق نتيجة أيضا، فطبيعة الإلتزامات في العقد الثانوي تتحدد مبدئيا تبعا لتلك الموجودة في العقد الأصلي كونها المنبع الرئيسي لوجودها.

■ من حيث المصير

إن تبعية عقد المناولة لعقد الصفقة العمومية الأصلي تظهر بقوة في هذه النقطة وذلك بإعتبار أن العقد الباطني ينقضي وينتهي بإنهاء العقد الأصلي وذلك لإستحالة تنفيذه، فلو انقضى هذا الأخير لأي سبب من الأسباب العادية والغير عادية كتتفيذ موضوع العقد، فسخ الصفقة بقوة القانون أو بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة، هلاك محل العقد أو تحقيق الغرض الذي جاء من أجله عن طريق تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بتسليم المواد والسلع في عقود التوريد والإنتهاء من الأعمال المطلوبة في عقد الأشغال العمومية، وكذا بإنجاز الدراسات والخدمات،¹ فسيؤدي هذا الأمر بالضرورة إلى انتهاء وانقضاء عقد المناولة، فلا يمكن الإستمرار في تنفيذ اتفاق تم فسخ وانقضاء أساسه والعقد الذي يستند إليه.

كما قد ينتهي العقد الأصلي نهاية غير طبيعية تؤدي إلى انقضاء العقد التبعي، كفسخه بناء على استحالة تحقيق غرضه أو الإضطراب الشديد والدائم الحاصل في التوازن المالي للعقد الذي يؤسس بناء على نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، كما قد يطلب الفسخ من طرف المتعامل المتعاقد في حالة تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها وامتيازاته في مواجهته، ويمكن كذلك إنهاؤه كجزء لإخلال المتعاقد بالإلتزاماته أو حالة موت هذا الأخير أو إفلاسه، وبالتالي فإن هذا الإنتهاء يؤدي إلى إنقضاء

¹ . ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2010، ص 300.

عقد المناولة وذلك بسبب وحدة المصير بينهما، فبمجرد إنقضاء العقد الأصلي يجب على المناول أن يترك موقع العمل أو ورشة الأشغال.

من خلال كل ما سبق نستنتج أنه من نتائج التبعية عدم جواز المتعامل المتعاقد - أي الطرف المشترك في العقد - الإقرار بحقوق للمناول أكثر مما له في العقد الأصلي، ولا يلتزم في العقد الثانوي بالتزامات لا يمكن تنفيذها نظرا لتعارضها مع أحكام العقد الأول، كأن يتم النص في عقد الباطن على إلتزام المناول بالتنفيذ خلال مدة تفوق المدة المحددة في العقد الأصلي.

كما أنه يترتب على التبعية حق المناول أن يتعامل ثانويا ومرة أخرى مع شخص آخر ما لم يوجد مانع من ذلك، كأن يتضمن عقد الباطن شرطا مانعا أو تضمن العقد الأصلي ما يمنع من ذلك، أما إذا كان جوازها مقيدا بشروط وجب على هذا المناول إحترام هذه الشروط والقيود وإتباعها، وبذلك يصبح عقد الباطن عقدا أصليا بالنسبة لعقد المناولة الثاني،¹ الأمر الذي أشارت إليه المادة الثانية (02) من قانون MURCEF بنصها على أنه: "يعتبر المناول بمثابة متعامل أصلي بالنسبة للمناولين التابعين له".

ومثال الشروط التي يتضمنها عقد الباطن هو ما نصت عليه المادة 06 من القانون الفرنسي 1168/2002 الصادر في 22 سبتمبر 2001 "MURCEF" بنصها على ما يلي :

« Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé, est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 ».²

فهو يشترط عليه أن يقدم للمتعامل الثانوي الثاني تفويضا للدفع حتى يمكنه التعامل ثانويا لمرة أخرى.

¹. صليحة برجم، المرجع السابق، ص 34.

². PIELBERG (H.), Op.cit, p 06.

المبحث الثاني: مجال تطبيق المناولة وتأثيرها على الأطراف

يعتبر مجال الصفقات العمومية بحرا واسعا من المعاملات والأحكام أين تتعدد فيه الميادين وتتشعب، ومع وجود كافة هاته التشعبات لابد من معرفة الميدان الرئيسي الذي تنصب فيه عقود المناولة باعتبارها عقود استثنائية تنحصر في مجال معين، ومن جهة أخرى معرفة مدى تأثير هذا العقد الإستثنائي على علاقة الأطراف فيما بينهم خاصة والتطرق إلى أحكام التعامل المشروع الذي يكون في إنشائه محترما لكافة القواعد والحدود القانونية والتنظيمية التي رسمها المشرع الجزائري، وكذا التعاملات غير المشروعة التي تخرج عن الإطار القانوني المسموح به ولا تحترم الشروط المحددة ومدى تأثيرها على العقد الرئيسي والثانوي من جهة، وعلى الأطراف فيما بينهم من جهة أخرى.

المطلب الأول: الصفقات المجيزة للمناولة

في أي عقد من العقود يتم اللجوء إلى إبرام عقد المناول؟ وما هو المجال الذي ينحصر فيه هذا التعاقد؟ سؤال يطرح نفسه بصفة متكررة في مجال الصفقات العمومية، إذ ينظر إليه من زاويتين: بالنسبة لمشروع صاحب الصفقة، وبالنسبة لطبيعة الصفقة بحد ذاتها.

بالرجوع لنص المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: " يمكن للمتعاقد المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة..."، ومن هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد المجال الأساسي ونوع الصفقات العمومية التي يتم اللجوء فيها إلى التعاقد عن طريق المناولة وإنما ترك هذا الأمر لرغبة وحاجة المتعاملين المتعاقدين دون قيد.

غير أنه ومن خلال الواقع العملي فإن صفقات الأشغال العمومية وحدها من يمكن أن تكون محل تعامل ثانوي نظرا لضخامتها وتعقيدها واشتراطها للدقة والخبرة في الإنجاز والسرعة فيه، لكن هذا الأمر ليس على إطلاقه ذلك أن هناك بعض عقود الصفقات العمومية غير الأشغال، يمكن أن تكون محل مناولة ولكن يتم اللجوء فيها واقعا بصفة محتشمة إن لم نقل نادرة نوعا ما، وهناك عقودا أخرى لا تقبل التصرف فيها بهذا الأسلوب لأسباب أو لأخرى، وبالتالي، ما هي الصفقات العمومية التي يمكن أن تكون ميدانا للمناولة، وما هي تلك الممنوعة من هذا الإجراء ولماذا؟

الفرع الأول : المناولة في صفقات التوريدات واقتناء اللوازم

لقد نص تنظيم الصفقات العمومية أن صفقة اللوازم تهدف إلى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.¹

كما يمكن أن تكون مواد تجهيز منتجات إنشائية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمنان، محل صفقة توريد، كما بينت المادة 29 في فقرتها الثامنة (08) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومن هذا التعريف نستنتج أن موضوع صفقات إقتناء اللوازم ينصب دائما على منقول بحيث يكون إما أشياء أو منقولات كالبضائع المختلفة أو مواد تخزين أو مواد تموين وغيرها.

لكن صفقات اللوازم أو التوريدات تعتبر ميدانا مستثنى من دائرة المناولة، ذلك أنه رجوعا للفقرة الثالثة من المادة 140 من تنظيم الصفقات العمومية نجدها تنص على أنه: "... ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة".

إن النص صريح في هذا الخصوص أين منع التعامل بالمناولة في هذا النوع من الصفقات العمومية، وعليه يستنتج منه أنه وحدها صفقات الأشغال، الخدمات والدراسات هي من يمكن أن تكون ميدانا للمناولة بعكس صفقات اللوازم.²

لم يتبع هذا الإستثناء المشرع الجزائري فقط وإنما كذلك الفرنسي وذلك بموجب المنشور رقم 46-78 الصادر بتاريخ 07 مارس 1978 الذي نص بدوره على أنه: "صفقات اللوازم العادية والمتكررة كما هي مبينة في المنشور رقم 77-107 الصادر في 22 جويلية 1977، ليست معنية بالمناولة"، كما أن دفتر البنود الإدارية العامة الفرنسي المطبق على صفقات اللوازم والخدمات نص صراحة على إمكانية اللجوء إلى المناولة في إطار صفقات الخدمات وليس اللوازم.³

¹. أنظر المادة 29 في فقرتها الخامسة (05) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

². MODERNE (F.), Op.cit, p 31.

³. Idem, p 32.

إن هذا المنع والإقصاء الواضح من دائرة ومجال المناولة، يرجع إن صح التعبير في كون أن هذا النوع من العقود لا يمكن أن يتم النظر إليه على أساس عقد مقاوله ولا تكييفه على أساس عقد مناولة، ذلك أن المورد لا تربطه علاقة مع المتعامل المتعاقد الأصلي وإنما يربطهما عقد بيع عادي، كما أنه لا يساهم في تنفيذ عمل ممنوح لهذا الأخير.

كما أنه ومن جهة أخرى لا يمكن تصور لجوء المتعامل المتعاقد إلى إبرام عقود ثانوية في صفقة عادية لا تنطوي على أي خصائص معينة بذاتها أو صفقة لا تستلزم مجهود أو تخصص ما ومثال ذلك صفقات توريد الأطعمة والأغذية اللازمة لمشفى فهنا لا يعقل أن يتولى هذا المتعامل المتعاقد بتوريد البقوليات أو الأطعمة الجافة والخضر ويمنح توريد الخبز والحليب مثلا إلى مناوول ما، أو في حالة صفقة إقتناء اللوازم المكتبية لفائدة بلدية ما ففي هذه الحالة لا يصح أن يورد المتعامل الأصلي المكاتب والكراسي وبناول جانب المستلزمات المكتبية.

الفرع الثاني: المناولة في صفقات الخدمات والدراسات

لا تلجأ المصلحة المتعاقدة حال ممارسة نشاطاتها بهدف خدمة الجمهور إلى إبرام عقود الأشغال أو عقود التوريد فقط، بل تحتاج أيضا إلى جانب هذين العقدين إلى إبرام نوعين آخرين من العقود يكون متعلقا بالدراسات والخدمات.

ففيما يخص صفقات الدراسات فإنها تبرم مع المتعامل المتعاقد ليتولى مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية ومن أهم العمليات التي تنصب عليها صفقة الدراسات نجد: الدراسات الأولية، التشخيص، الرسم المبدئي، دراسات المشاريع التمهيدية الموجزة والمفصلة، دراسات المشروع، دراسات التنفيذ، مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة وإستلام الأشغال.¹

وبذلك تتميز صفقة الدراسات عن صفقة الأشغال العامة في أنها تنصب على جانب فني وتقني وهو ذو طابع علمي يعتمد على (مساحات، أرقام، تصاميم، هندسة، إحصاءات...) ووضعها تحت تصرف الإدارة، أما صفقة الأشغال العامة فينصب موضوعها على عقار (بناء، تشييد، ترميم أو إصلاح...).

¹. أنظر المادة 29 في فقرتها الحادية عشر (11) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

أما صفقات الخدمات فهي إتفاق بين المصلحة المتعاقدة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد توفير خدمة معينة لها تتعلق بتسيير مرفق عام بمقابل مالي، كما عرفها تنظيم الصفقات العمومية عن طريق إستبعادها باعتبارها كل موضوع لا يتعلق بالأشغال واللوازم.

فعلى عكس ما هو الحال بالنسبة لصفقات اللوازم، فإن عقود الخدمات ليست ممنوعة من تطبيق المناولة لإنعدام وجود نص صريح في هذا الصدد، فالمهندس مثلا أو مكتب الدراسات يمكن أن يرتبط بالمتعامل المتعاقد بموجب عقد مناولة، فمبدئيا ليس هناك أي مانع من إنشاء علاقة مناولة في مجال الخدمات - هندسة مثلا -.

ومثال ذلك أن تتعلق صفقة الدراسات مثلا بإبرام عقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض انجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد المصلحة المتعاقدة (الإدارة المعنية) إقامتها، فيعهد هذا المتعامل إلى مكتب دراسات آخر لإنجاز تصميم لبناية من هذه المجموعات السكنية في إطار عقد مناولة.

في هذا الصدد نص المنشور الفرنسي السالف الذكر رقم 78-46 الصادر عن وزارة التجهيز والتهيئة الإقليمية، على أنه: " كل عقود الهندسة والهندسة المعمارية... يجب أن تتضمن تدابير تسمح بالدفع المباشر للمناولين" إذ تجدر الإشارة إلى أن هذا المنشور يشكل أمرا صادر عن الوزير الأول موجه إلى كل هيئات الدولة ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري مشيرا إلى ضرورة اتباع هذه الأخيرة لهذا الأسلوب في صفقات الخدمات التي تبرمها مع متعاملين متعاقدين مع التأكيد على تمكين المناولين في هذه العقود من إجراء الدفع المباشر، كما أضاف نفس المنشور بالنص على أنه : " ... ولكن إذا قرر المتعامل المتعاقد الإستعانة بخدمات المهندسين، مكاتب دراسات، تقنيين ومتخصصين، يجب عليه مسبقا، وتطبيقا لأحكام القانون الصادر في 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالمناولة، أن يسعى إلى قبول هؤلاء المناولين من قبل المصلحة المتعاقدة وإعتماد شروط دفعهم، الإتفاقات التي يبرمها مع هؤلاء لابد أن تحدد مهام كل واحد منهم ومسؤوليته ومبلغ أتعابه، كما أن المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع لا تتدخل في تنفيذ هذه الإتفاقات ولكن يجب عليها أن تقوم بالدفع المباشر للمناولين عندما يكون المبلغ المناول لا يقل عن 4 000 F¹."

وعليه فإنه يمكن للمتعامل المتعاقد في إطار صفقة خدمات الإستعانة بأشخاص آخرين عن طريق إجراء المناولة باللجوء مثلا إلى خدمات المهندسين أو مكاتب الدراسات.

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 38.

الفرع الثالث: المناولة في صفقات الأشغال العمومية

لقد عرّف قانون الصفقات العمومية صفقة الأشغال بأنها عقد تبرمه المصلحة المتعاقدة قصد إنجاز أشغال البناء أو الهندسة المدنية مع المتعامل المتعاقد وتأخذ شكل المقابلة وتتمثل عملية الأشغال في عمليات البناء، التجديد، الصيانة، التأهيل، التهيئة، الترميم، الإصلاح أو الهدم لمنشأة أو جزءا منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بالعقار والضرورية لاستغلالها.¹

بما أن القانون أجاز اللجوء إلى هذا الأسلوب أي المناولة، فإن مجال صفقات الأشغال العمومية يعتبر الميدان الأكثر عرضة لهذا الطريق الإستثنائي لما تنطوي عليه من أشغال وإنجازات ضخمة نوعا ما قد لا يقدر المتعامل المتعاقد القيام بها بمفرده، فالواقع العملي حاليا يشهد العديد من التدخلات في مجال المناولة في هذا النوع من العقود أين يلجأ هذا الأخير إلى التعاقد مع أشخاص أو مؤسسات للقيام بإنجاز البنيات التحتية أو الأعمدة أو حتى الهياكل الخارجية للمبنى أو تعبيد الطرقات أو القيام بأشغال الحفر والترميم والطلاء وغيرها من الأعمال المرتبطة بالأشغال العمومية والبناءات، الأمر الذي يوفر على المتعامل المتعاقد الكثير من الجهد والوقت خاصة إذا علمنا أن قطاع الأشغال العمومية هو من أكثر القطاعات التي تستدعي الدقة في الإنجاز والخبرة في التنفيذ والتي غالبا ما تكون تنطوي على عنصر الإستعجال كونها مشاريع ضخمة ولا تحتمل التأخير أو التماطل.

¹. أنظر المادة 29 في فقرتها الثانية والثالثة (02، 03) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: تأثير المناولة على علاقات الأطراف فيما بينهم

إن موافقة المصلحة المتعاقدة على قيام المتعامل المتعاقد بعملية التنازل شرط مهم حتى تكون هذه العملية صحيحة ومرتببة لكافة آثارها القانونية - كما سنتطرق في الفصل الثاني من هاته الرسالة - إذ يقصد بهاته الأخيرة النتائج التي تترتب على المناولة وآثارها على علاقة الأطراف ببعضهم سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أو المناول أو المتعاقد الأصلي ومراكزهم القانونية، لكن قد يحدث أن تتم عملية المناولة دون الحصول على موافقة من المصلحة المتعاقدة وبهذا فما يطرح الإشكال ليصل إلى حد التساؤل حول الآثار الناتجة عن هذه العملية في حالة ما إذا تحصل المتعامل المتعاقد على موافقة المصلحة المتعاقدة وكذا في حالة عدم حصوله عليها؟

الفرع الأول: حالة التعامل المشروع

إن التصرف في العقد الأصلي أو الصفقة العمومية غير جائز إلا بموافقة المصلحة المتعاقدة المسبقة والصريحة - كما سنبيين في اطار دراستنا للفصل الثاني من هذا الباب - وذلك على أساس أن هذه القاعدة تنبثق من طبيعة العقد الإداري ذاته، ذلك أن موافقتها تدخل في إطار السلطة التقديرية التي تمارسها وتملكها المصلحة المتعاقدة شريطة حسن استعمالها وكذا هدفها لتحقيق الصالح العام،¹ وبالتالي فإنه إذا تم منح الموافقة على هاته المناولة إكتسبت هاته الأخيرة صفة المشروعية، وعليه تترتب كافة آثارها القانونية سواء على المراكز القانونية للأطراف أو على العلاقات بينهم وطبيعة هاته العلاقات.

أولاً: بالنسبة للمتعامل المتعاقد وعلاقته بالمناول

إن أسلوب المناولة المرخص به من قبل المصلحة المتعاقدة لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، ولا تنشأ عنه أية علاقة أو رابطة بين المناول والمصلحة المتعاقدة، لكن بالعكس تبقى الرابطة العقدية بين المتعامل المتعاقد الأصلي والجهة الإدارية والمبنية على أساس العقد الأصلي قائمة دون مساس أو إخلال فيها ومرتببة لكافة آثارها.

وعليه فإن تدخل طرف ثالث في علاقة تعاقدية لا ينفى قيام مسؤولية المتعاقد الأصلي فيبقى هذا الأخير مسؤولاً مسؤولية شخصية عن التنفيذ الكلي للصفقة العمومية حتى بالنسبة

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 370.

للجزء الذي تم تنفيذه من قبل المناول، إذ تتواجد وتنشأ هاته المسؤولية حتى ولو لم ينص عليها العقد فهي مكفولة بناء على القواعد العامة للعقود.

يترتب على ذلك أنه يمكن توقع بعض الجزاءات على المتعاقد الأصلي بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ الناتج عن تصرف المناول أو المناولين التابعين له مثل غرامات التأخير أو الجزاءات العقدية الأخرى التي قد تصل إلى حد الفسخ، ويكون للمتعاقد وحده الحق في المطالبة المالية المتولدة عن عقد الصفقة العمومية الأصلي حتى بالنسبة للأعمال التي تم تنفيذها من قبل المناول - إلا إذا تضمن عقد المناولة شرطاً يجيز لهذا الأخير الحصول على أمواله مباشرة من المصلحة المتعاقدة - .

يمكننا القول أن القاعدة التي تفرض على المتعامل المتعاقد البقاء مسؤولاً عن العقد، تجد أساسها في كونها مبنية على أساس الأصول العامة التي تراعيها المصلحة المتعاقدة حفاظاً على المبدأ العام المتمثل في التنفيذ الشخصي، فالالتزام بالتنفيذ الشخصي هنا لا يعني بالضرورة التنفيذ المادي بقدر ما يعني المسؤولية الشخصية عن هذا الإنجاز على نحو يضمن الحفاظ على المنفعة العامة والصالح العام.

أما فيما يتعلق بعلاقة المتعاقد الأصلي بالمناول فإنها علاقة عقدية مباشرة تخضع لأحكام القانون الخاص وهو ما قمنا بتبينه في إطار دراستنا لتكييف عقد المناولة، أين يعد المناول تابعاً للمتعاقد الأصلي.

ثانياً: بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وعلاقتها بالمناول

إن قبول تدخل المناول في تنفيذ الصفقة العمومية من قبل المصلحة المتعاقدة، لا يعني أن تكون هناك أية علاقة عقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن أو المناول، ومن ثم لا يكون هذا الأخير طرفاً في العقد الأصلي ولا تابعاً للمصلحة المتعاقدة فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تقاضي المناول مباشرة عن طريق الدعوى المباشرة ولا مسألته عن تنفيذه العقد بطريقة سيئة أو مخالفة لما ورد في الصفقة العمومية أو دقتر الشروط لانتهاء أي رابط مباشر بينهما.

ومن جهة أخرى، لا يحق للمتعامل الثانوي أو ما يسمى بالمناول أن يطالب المصلحة المتعاقدة بالحقوق الناشئة عن الجزء الذي قام بتنفيذه عن طريق المناولة إلا في حالة وحيدة وهي اقتضاه للمقابل المالي مباشرة منها شريطة موافقتها المسبقة على خلق رابط مالي مباشر أو علاقة مالية بينهما وإجازتها لهذا الإجراء مسبقاً في إطار تعاقدي، وإلا فإنه لا يمكن للمناول

المطالبة بأية حقوق ولا التمتع بعلاقة مباشرة مع المصلحة المتعاقدة كمطالبته بفوائد التأخير عن الدفع أو بالحصول على تسبيقات وتعويضات نتيجة الأعمال الإضافية وغيرها من المطالب المرتبطة بالجزء الممنوح له عن طريق المناولة.

ومن جهة أخرى فإن جهة الإدارة هنا أو المصلحة المتعاقدة وفي حالة إجازتها للمناولة، لا يمكنها التكرار لهذا المناول دون سبب مشروع، فحتى لو كان هذا الأخير من قبل الغير بالنسبة إليها فإنها لا يمكن أن تنفي وجوده. وبالتالي فإنه يترتب على ذلك عدة نتائج منها:

1) عدم وجود صلات قانونية بين المصلحة المتعاقدة والمناول: فيعد هذا الأخير كما سبق وأن ذكرنا بمثابة الغير بالنسبة للإدارة، فلا يجمعها أي عقد حتى في الجانب المالي، وبالتالي فإن هاته الأخيرة تقوم بدفع الثمن للمتعاقد الأصلي معها حتى بالنسبة للأعمال التي تمت مناولتها والتي قام المناول بالتولي بمهمة تنفيذها، إذ ليس لهذا الأخير أي صفة في أن يتقاضى المقابل المادي المستحق له مباشرة من المصلحة المتعاقدة - إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك وتم إجازة الأمر بموافقتها الصريحة - كما لا يملك المناول حق مقاضاة هاته الأخيرة.

لكن ما يلاحظ من خلال نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أنه خلق نوعاً من الإستثناء على هذه القاعدة أين سمح بوجود تسوية مباشرة بين الإدارة - أي المصلحة المتعاقدة - والمناول، أين تتمثل هاته التسوية في المقابل المالي الذي يتقاضاه هذا الأخير من المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي أكده وبيّن شروطه وإجراءات اللجوء إليه بموجب القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعاقد الثانوي، أين أقر بنشأة علاقة مالية بينهما وهي العلاقة الوحيدة التي من الممكن أن تنشأ في إطار عقد المناولة بين صاحبة المشروع والمناول، فهاته العلاقة ليس لها أثر على أي شيء آخر باعتبار أن القاعدة الجوهرية عي عدم وجود أي علاقات قانونية مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمناول، فخرج هذا النطاق المالي تنتفي أي علاقة تعاقدية بينهما بالرغم من موافقتها على المناول.¹

يتضح لنا أن المصلحة المتعاقدة تبذل قصارى جهدها من أجل اجتناب قيام أي علاقة مع المناول التي من الممكن أن تجعلها مجبرة على التعامل مع هذا الأخير مباشرة، بدليل أن أوامر الخدمة والتنفيذ المتعلقة بالأشغال سواء الأصلية أو تلك التي تمت مناولتها، توجه إلى المتعامل المتعاقد الأصلي الذي تكون له وحده صفة تلقي الأوامر وإبداء

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 372.

التحفظات، الأمر الذي يبدو طبيعياً لكون أن هاته المصلحة المتعاقدة أنطت واعرترفت لهذا الأخير حصرياً بمسؤوليته عن كافة الأعمال والخدمات بما فيها تلك المناولة.¹

(2) ليس للمتعاقد من الباطن أو المناول أن يتظلم من الإجراءات الجزائية التي تتخذها الإدارة ضد المتعاقد الأصلي حتى فيما يتعلق بجزء العقد الذي التزم بتنفيذه، وهو أمر طبيعي ناتج عن قاعدة مسؤولية المتعامل المتعاقد عن إنجاز كافة الصفقة وتحمل جميع الأخطاء والعيوب التي تمس الإنجاز ولا دخل للمناول بأي شكل من الأشكال في قراراتها.

الفرع الثاني: حالة التعامل غير المشروع

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء قيامها بالمهام المنوطة بها بالسلطة التقديرية - خاصة عند تعاقدتها مع الغير- تظهر هاته السلطة بكثرة في العمليات التي تطرأ على العقد الأساسي أو الصفقة العمومية، وأهمها عمليات المناولة التي قد يلجأ إليها المتعامل المتعاقد معها في إطار تنفيذه للصفقة، فحتى تحافظ الإدارة على النفع والصالح العام منح لها القانون سلطة رفض طلب هذا الأخير أي المتعامل المتعاقد والمتمثل في القيام بمناولة جزء من العقد الذي تم منحه إياه.

لكن سلطة الرفض وعلى الرغم من إقرارها قانوناً فإنها مشروطة بحسن استعمالها وأن تتحصر في هدف واحد وهو الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام كما أنه لا يمكن للإدارة رفض التنازل الجزئي لمجرد الرفض وبدون سبب، فينبغي أن يكون رفضها أساسه الحرص على تحقيق الصالح العام وليس تعسفاً في استعمال السلطة، لاسيما وأن مثل هذا التعاقد يشكل أحيانا ضرورة تفرضها الرغبة في الوصول إلى أعلى معدلات الجودة في الأداء في بعض العقود الإدارية مثل عقد الأشغال العامة الذي تنتوع فيه الأعمال ومنها ما يحتاج تنفيذها خبرات خاصة أو تقنية عالية أو أجهزة وآلات متطورة قد لا تكون متوفرة لدى المتعاقد الأصلي الأمر الذي يعجزه عن الوفاء بالتزامه التعاقدية بصفة بصفة إنفرادية.

لكن ورغم كل هاته الإعتبارات، فإنه لو تبين للمصلحة المتعاقدة عدم تمتع المتعاقد الجديد أو المناول بالمؤهلات والصلاحيات الفنية أو المالية التي تمكنه من تنفيذ الصفقة العمومية والحلول محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية أو أعماله من خلال دراستها وتفحصها لملفه الشخصي والوثائق المتعلقة بتأهيله ومؤهلاته كان لها أن ترفض

¹. VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Droit et pratique des marches publics de travaux, Moniteur, p 43

هذا المتعاقد من الباطن وترفض إجراء المناولة وعليه فإنه بموجب هذا الرفض يحظر على المتعاقد الأصلي التعاقد من الباطن في عقد الصفقة العمومية وبالتالي يكون مجبرا على تنفيذ كافة العقد بنفسه واحترام قرارها وعدم الخروج عنه أو تجاوزه وتجاهله.

لكن السؤال الذي يطرح هنا هو أنه ماذا لو تعنت هذا المتعاقد الأصلي ولم يولي لقرار المنع والحضر أي أهمية وبالتالي قام باللجوء إلى تنفيذ الجزء عن طريق أشخاص آخرين أو بالأحرى مناولين؟ ففي هاته الحالة ما هي الآثار والنتائج التي قد تترتب على هذا التصرف وفيما تتمثل انعكاساته على العلاقات التعاقدية؟

أولا: بالنسبة للمتعاقد الأصلي

إن الفرض هنا أن المتعاقد الأصلي قام بإبرام اتفاق التعاقد لتنفيذ جزء من العقد الإداري دون الحصول على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة مقدما على التعاقد من الباطن، أو أن هذا المتعاقد قدم طلب إلى هاته الأخيرة يبدي فيه رغبته في المناولة ويطلب منها الموافقة بيد أن هاته الأخيرة قد رفضت الموافقة على التعاقد من الباطن وكان رفضها مستندا لأسباب معقولة، وبالرغم من ذلك قام المتعاقد الأصلي بتجاهل هذا الرفض وأقدم على إبرام العقد مع المتعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من الالتزامات.

إن المبدأ الأساسي والمستقر عليه في القضاء والتشريع والفقهاء أن التعامل والتصرف في عقد الصفقة العمومية سواء كان كلياً أو جزئياً أمر محظور على المتعامل المتعاقد إلا إذا وافقت عليه المصلحة المتعاقدة، وينتج عن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده بدون موافقة هاته الأخيرة المسبقة خطأ جسيم في تنفيذ الصفقة العمومية مما يترتب مسؤوليته التامة عن الأضرار الناتجة عن سوء التصرف الصادر عنه المتعمد والمقصود، مما يعطي للإدارة حقا قانونيا في توقيع أقصى العقوبات على هذا المتعاقد الأصلي قد تصل إلى حد فسخ العقد على مسؤولية هذا الأخير سواء تم النص على هذا الفسخ في العقد أم لا، ذلك أن هذا التصرف يفسخ العقد بقوة القانون استنادا على حق المصلحة المتعاقدة في الفسخ بناء على طبيعة العقد ذاته التي تلزم المتعامل المتعاقد الأصلي بالتنفيذ الشخصي لانطواء الصفقة على معايير شخصية لا يمكن لأحد آخر القيام بها غير المتعامل المتعاقد.

على عكس ما هو معروف في المعاملات الخاصة أين يتجسد مبدأ القوة الملزمة للالتزامات، فإنه وفي العقود الإدارية العامة فإن الأمر مختلف تماما، أين تملك المصلحة

المصلحة المتعاقدة سلطة مطلقة خارجة عن المألوف في توقيع الجزاءات ضد المتعاقد معها التي تصل إلى حد الفسخ الإنفرادي للصفقة.

أكدت دفاتر الشروط العامة للصفقات العمومية الفرنسية على تطبيق أقصى العقوبات التعاقدية في حالة المناولة التي لم يتم تسويتها من قبل المتعامل المتعاقد الأصلي.¹

ومن الدول التي أكدت هذه القاعدة نجد الدولة الكاميرونية في قانونها للصفقات العمومية بموجب المادة 100 التي نصت على أنه: "تفسخ الصفقة العمومية بقوة القانون من قبل المصلحة المتعاقدة أو السلطة المفوضة لها بذلك في الحالات التالية: في حالة المناولة، شبه المناولة، أو الطلبات الباطنية sous-commande المبرمة بدون الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة أو السلطة المفوضة".

في فرنسا تم تكريس سلطة الفسخ الإنفرادي للصفقة بسبب المناولة الغير مشروعة بموجب قرار Distillerie de Magnac-Laval² وفي دولة الكامرون تم تأكيده في العديد من القرارات ومثال ذلك قضية Amsecom/Amseconcom ضد الدولة الكاميرونية، أين جاء في منطوق القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا - ردا على طلب الشركة المتعاقدة لإلغاء قرار فسخ الصفقة - أن: "سلطة الفسخ الإنفرادي التي تملكها الإدارة في مادة الصفقات العمومية تعتبر من قبيل الامتيازات المطلقة والغير مألوفة Exorbitante"³

وعليه فإن للمصلحة المتعاقدة كامل الحق والسلطة في النطق بفسخ الصفقة بصورة إنفرادية في حالة وجود مناولة غير مشروعة تم اكتشافها في مكان تنفيذ الأشغال أو في ورشة العمل، فقد ذهب الفقهاء إلى أبعد من هذا الحد أين أقروا أن لجوء المتعامل المتعاقد إلى هذا الطريق وعدم التصريح بمناوله واتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها قانونا، إنما يعتبر دليلا على عدم كفاءته وقدرته على تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي فإن هذا العجز يوجب ويبرر الفسخ الإنفرادي للعقد.⁴

¹. BOLCH (B.M), La sous-traitance, la sous-traitance des marchés des personnes publiques, juriscasseur contrat-distribution octobre 2013, fasc 1455, paragraphe n° 29.

². AJDA du 1958, N° 267 p 282.

³. BAHOKEN (V.), Le maitre d'ouvrage de contrat de sous-traitance dans les marchés publics de travaux au Cameroun, juridical tribune, vol 5, issue 2, Décembre 2015, p.p 179 - 188.

⁴. BAHOKEN (V.), Op.cit, p 191

إن المناولة المعيبة في مجال الصفقات العمومية هي ببساطة كل مناولة تم اللجوء إليها بدون موافقة المصلحة المتعاقدة، فبمجرد إكتشاف مناول ينفذ بطريقة مباشرة صفقة عمومية وله رابط تعاقد مباشر مع المتعاقد معها، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الفسخ الإفرادي للعقد بعد إعدار هذا الأخير.

ولقد اختلف الفقهاء في تبريرهم لجزاء الفسخ أين اعتمد جانب منهم على أن الفسخ هنا هو نتيجة تقصير من جانب المتعاقد الأصلي للجوءه إلى المتعاقد من الباطن، وهناك رأي آخر يرى أن الفسخ هنا هو نتيجة فكرة الإعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري، ذلك أن الاعتبارات الشخصية التي تمت مراعاتها في المتعاقد الأصلي عند إبرام العقد قد لا تتوفر في المتعاقد من الباطن وهذا ما يشكل اخلافا لمصلحة المرفق.¹

أما فيما يتعلق بمسؤولية هذا المتعاقد الأصلي فإنه يبقى مسؤولا مسؤولية كاملة أمام المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ كافة الالتزامات التي التزم بها والمنصوص عليها في العقد ودفاتر الشروط التي تربطه بالإدارة، وهذا بغض النظر عن العلاقة التي تربط المتعاقد الأصلي مع المتعامل الجديد أو المناول باعتبار أن هذه العلاقة باطلة ولا أساس لها من الصحة.

ثانيا: بالنسبة للمناول والمصلحة المتعاقدة

إن الأصل هو انتفاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن فتظل العلاقة العقدية المباشرة قائمة فقط بينها أي المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد الأصلي أين يبقى هذا الأخير وحده مسؤولا عن تنفيذ العقد بأكمله وتحمل مسؤولية تصرفاته، فينجر على تعاقد غير شرعي مجموعة من النتائج بالنسبة للمناول خاصة المتمثلة في:

- لا يمكن للمناول غير الشرعي مطالبة المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها اتجاه المتعاقد الأصلي لأن هاته الإلتزامات مصدرها عقد الصفقة العمومية المبرم بينهما، فليس له - أي المناول - مطالبتها بتمكينه من انجاز العمل أو تسلمها للعمل المنجز أو دفعها للمقابل المالي للمتعاقد الأصلي جراء خدماته.
- عدم قيام المسؤولية العقدية بين الإدارة والمناول، وذلك لانعدام الرابطة التعاقدية بين الطرفين ولكون المصلحة المتعاقدة ليست طرفا في العقد الباطني ولم تبدي موافقتها أصلا عليه.

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 376.

• عدم امكانية استفاضة المناول من حقوقه المكفولة قانونا والتي أقرها له تنظيم الصفقات العمومية وخاصة المالية منها، كحقه في اقتضاء المقابل المالي مباشرة من المصلحة المتعاقدة وحقوقه في التسبيقات والرهون، فعدم احترام اجراءات التصريح يؤدي إلى غياب الحق في الدفع المباشر، إذ تجدر الإشارة إلى أنه في هذه الحالة لا يكون أمام المناول سوى الرجوع على المتعامل المتعاقد من أجل اقتضاء مقابل الأشغال والخدمات التي قام بها.

من جهة أخرى وأمام انعدام أي حق من حقوق المناول، فإنه يمكن لهذا الأخير الرجوع على المصلحة المتعاقدة في حالة تنفيذ التزاماته كافة استنادا على قاعدة الإثراء بلا سبب والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

أما فيما يخص جانب المصلحة المتعاقدة، فإن التنازل الجزئي والتصرف في عقد الصفقة العمومية دون موافقة منها لا يسري في مواجهتها ولا يحتج به عليها ولا ينشئ أي علاقة تعاقدية بينها وبين المناول حيث يظل المتعاقد الأصلي مسؤولا في مواجهة الإدارة عن تنفيذ العقد كما لو كان عقد المناولة غير موجود أصلا.¹

ثالثا: جزاء التعامل غير المشروع

إن لجوء المتعامل المتعاقد الأصلي إلى إبرام عقد مناولة والتعامل مع مناولين بغير علم المصلحة المتعاقدة وتجاهله لقرارها في الرفض وتجاوزها هو أمر لا يمكن السكوت عنه كونه يشكل نوعا من تحدي للمصلحة المتعاقدة واستهزاء بها وقراراتها، وعليه فإنه يطرح عدة إشكالات قانونية وعملية من ناحية موقف هاته الأخيرة ومصير عقد الصفقة العمومية، فالسؤال الأهم الذي يطرح في التعامل الغير مشروع هو ما موقف المصلحة المتعاقدة عند علمها بتواجد مناولين في مكان تنفيذ الأشغال؟ وماهي الإجراءات التي قد تقوم بها؟ وهل يستمر عقد الصفقة أو أنه ينقضي نتيجة هذا الإهمال من جانب المتعامل المتعاقد؟

لقد تولى تنظيم الصفقات العمومية من خلال نص المادة 142 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنظيم هاته المسألة، يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري ألقى مهمة الإعلام بالتدخل على عاتق المتعامل المتعاقد أساسا الذي يلتزم بالتصريح بمناوليه أمام المصلحة المتعاقدة، وفي المرتبة الثانية يأتي على عاتق المناول الذي يقوم بإحاطة المصلحة المتعاقدة بتواجده أو تدخله في تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة بينها وبين المتعاقد الأصلي من أجل تسوية

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 376، 377.

وضعيته كونه هو صاحب المصلحة والمنفعة في الإعتراف به وتسوية عقده والحصول على كافة حقوقه.

غير أنه ومن جهة أخرى وفي حالة عدم مبادرة المناول بهذا الإجراء يشترط على المصلحة المتعاقدة وعند علمها بتواجد هذا الأخير - والذي لا يكون مصرحا - في مكان تنفيذ الصفقة العمومية القيام بإجراء جد مهم وهو إعدار المتعامل المتعاقد في أجل محدد تنظيميا بموجب نص المادة 142 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أين حدد المشرع الجزائري هذا الأجل بثمانية أيام (08) فقد نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه: " يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة،

تلزم المصلحة المتعاقدة التي تعلم بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة بإعدار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع في أجل ثمانية (08) أيام وإلا اتخذت ضده تدابير قسرية"¹.

من خلال هاته المادة فإنه إن علمت المصلحة المتعاقدة بتدخل مناول في حين أن هذا الأخير لا يكون مصرحا به أو مقبولا به، يشترط عليها وفور علمها وقف هذا التدخل ومطالبة المتعامل المتعاقد معها بمباشرة إجراءات التصريح بمناوله، باعتبار أن هذا الجهل في الإجراءات قد يعرضه لجزاء الفسخ أي فسخ عقد الصفقة العمومية الأصلي الذي يربطه مع المصلحة المتعاقدة بخطأ منه، زيادة على تعرضه إلى عقوبات مالية ماثمة في غرامات مالية.²

فقبل اللجوء إلى أي عقوبة قيد المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة بإجراء " الإعدار"، فنظرية الجزاءات في العقد الإداري لا ترسم فقط حقوق المصلحة المتعاقدة أو الإدارة وسلطاتها ازاء المتعاقد معها، وإنما تعترف أيضا لهذا الأخير بضمانات قانونية لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة لحدود سلطتها. فتتمثل هاته الضمانات في إلزام هاته الأخيرة بأن تعذر المتعاقد معها بالجزاء قبل توقيعه عليه ويعتبر هذا الإلتزام إجراء جوهريا يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء.

¹. في القانون الفرنسي تحدد مدة الإعدار بخمسة عشر يوما (15).

². تقدر هاته الغرامات في القانون الفرنسي ب 7500 أورو.

يقصد بالإعذار تطبيقاً للقواعد العامة هو إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته تنفيذاً قانونياً، ولذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة أحداث حالة قانونية جديدة بل هو إجراء تمهيدي للتنفيذ إذا لم يقم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته على النحو القانوني السليم.¹

يسلم فقهاء القانون الإداري في فرنسا بأنه يجب على الإدارة إعذار المتعاقد معها عند عدم تنفيذ التزامه، أو تأخيره في التنفيذ، أين تدعوه إلى أدائه وإعلامه بالجزاء الذي سيطبق عليه إذا لم يصلح من تقصيره.

من حيث المبدأ يجب إعذار المتعاقد مسبقاً بالفسخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته، ويعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيباً، ويعفى المتعامل المتعاقد من نتائج الوخيمة.

ونظراً لأهمية الإعذار لاسيما باعتباره ينبه المتعامل المتعاقد لإخلاله، إلا انه يعد فرصة ثانية له لتدارك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية قبل الإقدام على سحب الصفقة العمومية منه، فقد نص عليه قانون الصفقات العمومية بموجب المادة 149 والتي أفادت أنه " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

إضافة إلى النص على إجراء الإعذار في تنظيم الصفقات العمومية، فقد تم ذكره في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل وذلك بموجب المادة 35 التي نصت على أنه: " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة . وهذا الأجل باستثناء حالة الإستعجال، لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداءً من تبليغ الإنذار... " إذ تحيلنا إلى هاته المادة نص المادة 11 من نفس دفتر الشروط التي نصت على أنه: "...إذا قام المقاول دون إذن، بالتعاقد مع مقاول فرعي أو

¹ خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى،

قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة، يجوز عند ذلك ودون سابق إنذار تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد..."

مما يلاحظ من خلال المواد السالفة الذكر أن المشرع الجزائري منح المتعاقد الأصلي أجل ثمانية أيام من أجل تصحيح تصرفه وإعطائه الطابع المشروع من خلال القيام بإجراءات التصريح، إلا أنه في حالة انتهاء الأجل المحدد للإعذار، ففي هاته الحالة تضطر المصلحة المتعاقدة إلى اتباع تدابير قسرية في حق المتعامل معها كجزاء له عن عدم احترام بنود العقد وعدم التقيد بالإجراءات المنصوص عليها في التنظيم وفي الصفقة، زيادة على إمكانية تعرضه لغرامات مالية.

تتمتع المصلحة المتعاقدة إضافة إلى توقيع الجزاءات المالية بسلطات أوسع في فرض جزاءات أخرى أشد قسوة على المتعامل المتعاقد إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لذلك لا تلجأ إليها الإدارة إلا في حالة الإخلال الجسيم، ويذكر أن هذا النوع من الجزاءات الإدارية غالبا ما تنص عليها المصالح المتعاقدة في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة تتمثل عادة في حقها في رفع يد المتعاقد مؤقتا عن الإستمرار في تنفيذ الصفقة، وفي أن تحل هي محله شخصا آخر حسبما تراه، وذلك في حالة تقصيره في الوفاء بالتزاماته ومع ذلك فإن إجراءات الضغط المؤقتة بجميع أشكالها، سواء في ذلك الوضع تحت الحراسة، أو الحلول محل المتعاقد، أو الشراء على حسابه، أو حتى فسخ العقد تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليه في الصفقة أو دفاتر الشروط.¹

وعليه سنتطرق اتبعا إلى دراسة جزاء فسخ الصفقة العمومية أو سحبها في أنواع الصفقات والمتمثلة في صفقة الأشغال العامة و صفقة الخدمات والدراسات باعتبارها المجال الذي يمكن أن يتم التعامل فيها عن طريق المناولة.

1) فسخ الصفقة في عقود الأشغال العامة ومنحها لشخص آخر.

يقصد بهذا الجزاء أن تعهد المصلحة المتعاقدة إلى الغير بتنفيذ هذه الأشغال على مسؤولية المقاول الأول أو بالأحرى المتعامل المتعاقد وعلى حسابه وذلك تحت إدارتها المباشرة لضمان إنجاز العمل.

¹ عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار عنابة 2011، ص 155.

تجدر الإشارة أن التشريعات المقارنة قد حرصت على تحديد الحالات التي يجوز فيها سحب الصفقة من المقاول وعلى سبيل الحصر؛ وهذا مراعاة لعملية إختيار المتعاقد القائمة أساسا على اعتبارات خاصة، سواء من حيث الكفاءة المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة كما بينا سابقا، ذلك أن الإعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق بإختيار المتعامل المتعاقد أو تنفيذ العقد، ومن ثم ليس من السهل حرمان هذا الأخير من أداء الإلتزامات التي أسندت له.

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية في الجزائر، نجد أن قرار سحب العمل أو فسخ الصفقة من المتعامل الأصلي مذكور في نص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية التي حددت ترتيبات سحب العمل من المقاول في فقرتها الخامسة التي نصت على أنه " وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

ونظرا لخطورة هذا الإجراء المخول للمصلحة المتعاقدة والموقع على المتعاقد معها في حالة تقصيره، وما ينتج عنه من آثار التي قد تكون سلبية في مجال الأشغال بسبب تخوف المقاولين من التعاقد مع المصلحة المتعاقدة فلا بد من توافر شروط محددة لممارسته لكي تترتب آثاره، لذا لا بد من التعرض إلى هذه الشروط والآثار معا:

أ. شروط تطبيق جزاء سحب أو فسخ المشروع من المتعاقد:

يجب لممارسة سحب العمل من المقاول توافر شروط معينة وتتمثل في:

* ارتكاب المقاول خطأ يوجب السحب والفسخ وهو مخالفة الإجراءات وعدم الإستجابة لنصوص العقد أو أوامر المصلحة المتعاقدة زيادة على التعامل الغير مشروع خاصة إذا كانت طبيعة الصفقة تستدعي السرية المطلقة والتنفيذ الشخصي والصارم.

* إذار المتعاقد الأصلي: فيصدر جزاء السحب بعد إذاره من قبل الإدارة نفسها، وهذا حتى يكون على بينة وعلم تام من أنها عازمة على توقيع هذا الجزاء في الحالة استمرار مخالفته وتقصيره في أداء الإلتزامات المفروضة عليه وهو ما تقرر صراحة في نص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية وكذا نص المادة 142 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والسالفة الذكر، وعليه يعتبر الإنذار شرطاً ضرورياً قبل توقيع أي جزاء.

ب. آثار سحب المشروع من المتعاقد:

* تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر بواسطة مقاول آخر تختاره لذلك وبالطريقة التي تراها مناسبة.

* عدم إمكانية مطالبة المصلحة المتعاقدة بتعويضات نتيجة فسخ الصفقة، ذلك أن الفسخ جاء نتيجة لخطأ من المتعامل المتعاقد وليس عن خطأ صاحبة المشروع.

* يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن جميع إلتزاماته التعاقدية بعد سحب العمل ولا يمكنه المطالبة بإقتضاء الأشغال التي نفذها بعد إعلان السحب ما دام أن العمل مستمر في التنفيذ على حسابه.

(2) سحب الخدمة في عقود الخدمات :

إن أي عجز من جانب المتعامل المتعاقد أو تقصير منه أو إخلال منه بواجب التنفيذ الشخصي، من شأنه تهديد المرفق العام بالتوقف أو التأخير عن قيامه بمهامه، يقابله قيام الإدارة بالسحب بواسطة قرار تصدره يتضمن القيام بالخدمات على حساب المتعامل المتعاقد وعلى مسؤوليته، كما يمكنها اللجوء إلى فسخ العقد الذي يجمعها كلياً، ولكي لا تتعسف الإدارة في توقيع هذه الجزاءات إشتراط الفقه والقضاء الإداريين توافر شروط معينة وهي:

* يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة إستخدام هذا الجزاء.

* إعطاء مهلة أولية بإخطار المتعاقد بوجوب تنفيذ إلتزاماته، مع توقيع غرامات إذا اقتضى الأمر ذلك.

* أن يكون القرار الصادر من قبل المصلحة المتعاقدة قراراً مشروعاً، فيمكن للمتعاقد أن يطعن في صحته وكما هو الحال في عقود الأشغال العامة.¹

¹. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 159، 160.

أ. الآثار القانونية لجزاء السحب والفسخ في عقود الخدمات:

* التنفيذ على حساب وتحت مسؤولية المتعامل المتعاقد يعتبر إجراء لا ينهي العقد ولكن يظل مستمرا.

* إنهاء الرابطة القانونية والتعاقدية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة في حالة الفسخ.

* عدم تعويض المصلحة المتعاقدة للمتعاقد المخل بالتزاماته معها جراء فسخ الصفقة.

* تحمل المتعامل المتعاقد كافة النتائج الباهظة التي تسفر عنها عملية التنفيذ على حسابه.

إن الفسخ الذي توقعه المصلحة المتعاقدة هو جزء من أقسى الجزاءات التي تلجأ إليه كونه يأتي نتيجة لخطأ المتعاقد معها وهذا الخطأ يترتب عنه إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما، فهو يضع حدا ونهاية للصفقة العمومية لأنه يفترض أن المتعاقد قد ارتكب خطأ جسيما، وهذا الخطأ الجسيم يجعل المصلحة المتعاقدة تفقد الأمل والثقة من إستمرارية المتعاقد في تنفيذ التزاماته مستقبلا، ومن خلال فقدانها للثقة في الإستمرارية، تلجأ إلى هذا العقاب من أجل إنهاء الرابطة التعاقدية نتيجة إخلاله، فعلى هذا الأساس نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية في المادة 95 منه على أن تحديد شروط فسخ الصفقة تعتبر من بيانات العقد الأساسية أو الإلزامية.

يتم فسخ العقد الرابط بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بناء على نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة."

وبالتالي فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد ولا يحق للمتعاقد الاعتراض أو الإحتجاج على تصرفها وذلك لنص المادة 152: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة."

يطبق هذا الجزاء ويعمل به في مختلف التشريعات العربية والصفقات العمومية منها القانون الفرنسي والمصري، إذ نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري في مادته 82: "إذا أحل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان لرئيس الإدارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسؤوليته الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية: فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ، أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه..."¹

كما أشار القانون الفرنسي إلى هذا الجزاء من خلال المادة الثانية (03) من دفتر الشروط العامة للأشغال التي نصت صراحة على أنه: "إن اللجوء إلى المناولة بدون الموافقة على قبلية للمناول ودون الاعتماد المسبق لشروط دفعه، يعرض المتعاقد الأصلي إلى تطبيق التدابير المنصوص عليها في المادة 46 فقرة 03 بما فيها فسخ الصفقة بخطأ من هذا المتعامل".

إن هذا الإلتزام الملقى على عاتق الإدارة تمارسه بمجرد إكتشافها في مكان تنفيذ الصفقة العمومية وجود:

- ◆ إما مناوول لم يتم احترام اجراءات التصريح به
- ◆ إما مناوول لا يستفيد من اجراء الدفع المباشر
- ◆ أو مناوول لا يستفيد من تفويض الدفع أو كفالة².

وعليه يظهر لنا جليا أنه ونظرا لخطورة التعامل المعيب فقد عمدت العديد من الأنظمة إلى معاقبته بالفسخ إذ تطبق نفس العقوبة في حالة صفقات الخدمات و صفقات الدراسات وكذا في الصفقات الصناعية وليس فقط في حالة الأشغال العمومية.

تجدر الإشارة إلى أنه في القانون الفرنسي ومن خلال نص المادة 46 من تنظيم الصفقات العمومية فإنها حاربت إخفاء العمل أو العمل المخفي travail dissimulé، فعند تجاوز مبلغ الصفقة 3000 أورو يشترط على المصلحة المتعاقدة أن تفرض على المتعاقد معها - عند إبرام العقد وكل سنة 06 أشهر - تقديم وثائق تثبت شرعية وضعيته ازاء التشريع وفيما يتعلق بعمله.

ومما سبق، فإذا صدر قرار الفسخ وتم تبليغه للمتعامل المتعاقد، تترتب عنه الآثار التالية:

¹. خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 100.

². PIELBERG (H.), Op.cit, p 21.

* إنهاء الصفقة وانفصام الرابطة العقدية بين طرفيه ويشمل الفسخ الصفقة الفسخ الكلي أو الجزئي، ومعناه أنه يمكن فسخ الصفقة العمومية في مجملها أو يفسخ فقط الجزء الذي تم التعامل فيه ثانويا عن طريق المناولة.

* يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل وإلا تحققت مسؤوليته، كما أن من حق الإدارة أن ترفض إستلام أية توريدات أو أشغال أو خدمات بعد فسخ الصفقة لعدم وجود أي رابط أو عقد بينها وبين المتعامل المتعاقد الذي فسخت علاقتها معه.

* تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم العقد هذه المسألة، فإذا لم ينص على ذلك في الصفقة لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابها كما أن للمقاول أن يرفض التنازل عنها.

ومن جهة أخرى فإن المتعامل المتعاقد هو الملام الوحيد في هذا الأمر، ذلك أن تدخل مناول في تنفيذ الصفقة العمومية دون احترام للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، عن طريق التدخل المعيب في التنفيذ، يعرض المناول هو الآخر لعقوبات نتيجة إهماله هو في غنى عنها تتمثل أساسا في حرمانه من حق الحصول على مقابل مالي مباشرة من المصلحة المتعاقدة وكذا متابعتها قضائيا على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.¹

وبالتالي فإننا من دراستنا لكل هاته التدابير نلاحظ أن المشرع الجزائري وكغيره من المشرعين تعمد إلى إدخال المصلحة المتعاقدة وإعطائها دورا فاعلا ومحركا في عملية المناولة من خلال تسليحها بالجزاءات وليس فقط تقييدها بالموافقة أو الرفض في حالة تقديم المناولين لها، ولم يتركها مجرد آلة في عملية المناولة إنما منح لها دورا فعالا في إعطاء الطابع الشرعي للمناولة والحرص على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها قانونا وتسليحها بالآليات الرادعة والرقابية، وذلك لفرض الرقابة والتقليل من عمليات التعامل الغير مشروع والتدخل فيها.

لكن الأمر ليس دائما بهذه السهولة، فهاته المسألة لا تخلو من التعقيدات والتساؤلات تتمثل في حالة سكوت الإدارة، وبمعنى آخر ما هو أثر علم المصلحة المتعاقدة بوجود مناول غير مرخص به وعدم قيامها بأي إجراء وسكوتها عن هذا الفعل؟

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 125.

جدل كبير ثار حول هذا الوضع فهناك جانب من الفقه يعتبر سكوتها عن هذا الأمر موافقة ضمنية على التعاقد من الباطن أو المناولة، وجانب من الفقه يقضي باعتبار هذا السكوت خطأ يوجب تحملها للمسؤولية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يلقي هاتاه المسؤولية على عاتق المصلحة المتعاقدة فقط وإنما جعلها مسؤولية ثلاثية مشتركة بحيث أصبح لكل من المتعامل المتعاقد والمناول دور في الأمر، ذلك أن الأول يسأل على أساس أنه لم يقم بتقديم المتعاقد من الباطن أو المناول إلى الإدارة لقبوله وتسوية وضعيته وفقاً للنصوص القانونية التي تنظمها المراسيم والمتعلقة بالمناولة وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية، كما يتحمل المناول بدوره جزءاً من المسؤولية لأنه أهمل المبادرة إلى تصحيح وضعه ولم يسعى إلى الإدارة لتقديم نفسه إليها لقبوله، ومن جهة أخرى تتحمل المصلحة المتعاقدة المسؤولية على أساس فكرة الخطأ الشبه تقصيري والذي يقوم على أساس معرفته الصحيحة بوجود مناول رغم عدم مراعاة الإجراءات المتعلقة بالقبول والرضا، فتكون هاتاه الأخيرة قد أخطأت بعدم تسوية الوضع بين المتعاقد الأصلي والمناول، وفوتت الفرصة على هذا الأخير من الاستفادة من السداد أو الدفع المباشر¹.

فلا يخفى علينا أن سلطة الرقابة والإشراف المخولة للمصلحة المتعاقدة هي سلطة مخولة لها بموجب القانون حتى ولو لم ينص عليها العقد فهي منبثقة عن النظام العام وسلطتها كصاحبة إمتياز وباعتبار أن هذه المصلحة المتعاقدة هي عبارة عن شخص معنوي عام وليس طبيعي فإنها تمارس سلطة الرقابة والإشراف هذه أساساً من قبل ممثليها في الميدان، ذلك أن هؤلاء مكلفون بتسيير الأشغال لحسابها، فبواسطتهم تتجسد شخصية المصلحة المتعاقدة التي تتدخل وتكفل سير الأعمال.

السؤال المطروح هو " هل يمكن قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة فسخ عقد الصفقة العمومية بسبب المناولة المعيبة باعتبار أن ممثليها كانوا على علم تام وأكد بتواجد المناول في الميدان؟

إن مجلس الدولة الفرنسي أجاب على هذا التساؤل بالإيجاب من خلال قضية Schmid-Valenciennes التي تتمحور حول صفقة مبرمة بتاريخ 04 جوان 1974 بين le département de la Charente maritime et la société TRUCHETET et TANSIMI إذ اعتبر مجلس الدولة بتاريخ 04 نوفمبر 1980 في هذه القضية أن علم مصالح le département de la Charente maritime بتواجد المناول في مكان التنفيذ وترك

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 378.

شركة TRUCHETET et TANSIMI تمنح تنفيذ جزء من الأشغال المنصوص عليها في الصفقة لشركة Schmid-Valenciennes، بدون القيام بأي إجراء من شأنه قبول هذه الأخيرة كمناول، يعد بحد ذاته خطأ في الإجراءات يوجب مسؤولية المصلحة المتعاقدة.¹

ومنذ ذلك الحين والعديد من القرارات تحذو حذو هذا القرار وتعتمد قرينة العلم كأساس في القضايا الفاصلة فيها، فتجاهل المصلحة المتعاقدة المتعمد لتواجد مناول ما وعدم اتخاذها أي إجراء في هذا الصدد يجعلها مسؤولة عن هذا التواطؤ في المناولة الغير مشروعة.²

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مجرد علم المصلحة المتعاقدة بتواجد الغير في مكان العمل أو مكان تنفيذ الأشغال والخدمات موضوع الصفقة الأصلية ليس كافيا لوحده، ذلك أنه يشترط أن تكون على علم صحيح ويقين تام لا لبس فيه *correctement informé* بطبيعة العلاقة التي تربط المعني بالمتعامل المتعاقد، فإذا كان هذا الغير يتجسد في ممثل أو وكيل عن هذا الأخير، أو تم قيام شك حول طبيعة العلاقات التي تجمعهما، أو كان علم صاحبة المشروع متأخرا جدا أي عند إنتهاء الأشغال وإخلاء المتعاقد لموقع التنفيذ، ففي هذه الحالات لا تقوم مسؤولية المصلحة المتعاقدة.³

يقع عبء إثبات علم المصلحة المتعاقدة على عاتق المتعاقد من الباطن أو المناول المعني أو الشخص المتضرر رافع الدعوى أين يستطيع أن يثبت ذلك عن طريق الإجتماعات التي كان يحضرها أو رؤيته في ورشات العمل أكثر من مرة أو تحصلها على فواتير ومستندات أو مراسلات بإسمه.

فعلى المناول إقامة الدليل على أن مصالح المراقبة وممثلي المصلحة المتعاقدة كانوا على علم بوجوده في مكان تنفيذ الأشغال من خلال محادثاتهم له وزياراتهم المتكررة لورشة العمل، ذلك أن المناولات الغير مشروعة تكتشف خلال مرحلة التنفيذ وعند الانطلاق في الأشغال والتقدم فيها فلا يمكن أن لا يتم إكتشافها في هذه المرحلة أو التستر عنها، هذا ما يجعل المصلحة المتعاقدة مسؤولة أمام هذا المناول بمجرد أنها لم تتفد الالتزامات المفترضة عليها ولم تعذر المتعامل المتعاقد بهذا الخلل وإصلاح الوضع.⁴

¹. BAHOKEN (V.), Op.cit, p 190.

². MODERNE (F.), Op.cit, p 152.

³. Idem, p 153.

⁴. BAHOKEN (V.), Op.cit, p 190.

الإدارة التي تعلم بوجود مناوول ولا تقوم بإعذار المتعاقد معها من أجل تسوية الوضعية يحملها مسؤولية كبيرة، الأمر الذي يظهر جليا من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي بفرساي الصادر بتاريخ 12 أبريل 2005 في قضية المركز الإستشفائي بأوبون centre hospitalier d'Eaubonne الذي جاء في منطوقه :

« Qu'en s'abstenant de provoquer une telle régularisation, le centre hospitalier intercommunal d'Eaubonne-Mommerency a méconnu les dispositions précitées des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975 ; que cette faute est à l'origine du dommage subi par la société La Métallerie Industrielle qui n'a pas été payée par la société Miravalle pour les travaux qu'elle a exécutés en application du contrat de sous-traitance » .¹

إلا أنه بموجب هذا القرار تم تخفيف مسؤولية المركز الإستشفائي على أساس أن الأطراف الأخرى كذلك لم تحترم التزاماتها.

فالخطأ الحقيقي الذي ارتكبه المصلحة المتعاقدة يتمثل في كونها سمحت - لمدة طويلة - بتدخل مناوول غير شرعي بمكان التنفيذ وامتاعها عن تسوية وضعية هذا الأخير عن طريق المتعاقد الأصلي، فكل اخلال من قبل المصلحة المتعاقدة في التزاماتها يعتبر خطأ يوجب مسؤوليتها اتجاه المناوول الغير مشروع. تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري الفرنسي اعتبر أن مجرد إبرام الإدارة لعقد صفقة عمومية مع مؤسسة لا تملك القدرات التقنية التي تسمح لها بالتنفيذ الكلي للعقد دون اللجوء إلى إعانات من طرف مناولين، لا يعتبر دلالة على علمها بوجود مناولين غير شرعيين وبالتالي لا يقيم مسؤوليتها.

غير أننا وعند معاينتنا للواقع العملي نلاحظ أن علم أو إكتشاف المصلحة المتعاقدة بوجود مناولين ليس بالأمر السهل والهين، ذلك أنه وفي العديد من الأحيان إن لم نقل كلها يسعى هؤلاء المتدخلون في الصفقة العمومية بطريقة غير مشروعة إلى تظليل صاحبة المشروع أو بالأحرى أعوان المراقبة والرقابة التابعين لها عند زيارتهم لموقع العمل، فباعتبارهم على اتفاق سري وتفاهم مع المتعامل المتعاقد الأصلي يصرحون أنهم ليسوا مناولين وإنما مجرد عمال أو أيادي مساعدة mains œuvres وأحيانا أخرى رفضهم التصريح بهوياتهم أو التحدث مع المراقب وإعطائه أدنى المعلومات،

¹. Instruction N° 10-027, du 02 Novembre 2010 ; Analyse, définition, mise en œuvre et exécution de la sous-traitance (France), p.20.

مما يتعذر على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة إكتشاف صفتهم وبالتالي يصعب عليها العلم بوجود مناولة.

كما أنه ومن جهة أخرى صعوبة أخرى تطرحها مسألة العلم عمليا، ذلك أن المصلحة المتعاقدة كثيرا ما لا تتدخل في عمال المتعامل المتعاقد معها، فعلى الرغم من إيداع هذا الأخيرة قائمة تتضمن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ الصفقة العمومية عند تقديم عرضه التقني مع نسخ شهادات تثبت مؤهلاتهم ومدى خضوعهم للضمان الإجتماعي والتأمين، إلا أنه وأثناء مرحلة التنفيذ يأتي بأشخاص وعمال جدد غير أولئك الذين صرح بهم في مرحلة إيداع العروض، وعلى الرغم من ضرورة تسليم المصلحة المتعاقدة لشهادات وهويات هؤلاء المتدخلين ووضعيتهم واتجاه التشريع والتأمين الإجتماعي، إلا أن هذه الأخيرة - عمليا - تفضل عدم التدخل في هذا الأمر تاركة سلطة التفتيش والنظر في مدى احترام الأشخاص الذين يتعامل معهم المتعامل المتعاقد للتشريع العمالي والإجتماعي ومدى وجود عقد من عدمه لمفتشية العمل، ذلك أن الأهم والمهم بالنسبة إليها وبنظرها هو تنفيذ الأشغال والصفقة العمومية وإتمامها وفق ما هو محدد في دفتر الشروط بغض النظر عن الأطراف المتدخلة في التنفيذ ومراكزهم القانونية وصلتهم بالمتعامل المتعاقد، لكن هذه النظرة وهذا الموقف في اعتقادنا هو أمر في غاية الخطورة يستدعي إعادة النظر فيه وإصلاحه مع ضرورة تغيير اتجاه ونظرة المصلحة المتعاقدة في هذا التصرف.

الفصل الثاني: إبرام عقد المناولة

إن أغلب العقود الإستثنائية سواء أكانت مدنية أم إدارية ونظرا لأهميتها وطبيعتها المتميزة فإنها تعتمد وترتكز على قواعد وشروط لضمان صحتها وسريان مفعولها وترتيب آثارها، فإنعدام شرط واحد من هاته الشروط يجعل من هذه التصرفات والطرق الإستثنائية باطلة بطلانا مطلقا ولا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك بها.

وعليه، لما كان عقد المناولة أو التعامل الثانوي طريقا استثنائيا يلجأ إليه المتعامل المتعاقد في سبيل التنفيذ الأحسن والأمثل للعقد الموكل إليه وكونه يشجع دخول المؤسسات المتخصصة المتوسطة والصغيرة ومشاركتها في الصفقات العمومية، فقد كان لزاما على المشرع الجزائري وفي إطار تنظيم الصفقات العمومية حصر وتقييد هذا المتعامل بمجموعة من الشروط التي تشكل عاملا أساسيا ومهماً في عملية إبرام العقد الثانوي وكذا مجموعة من القواعد والإجراءات التي تنظم سيره.

من أجل دراسة هاته المعايير والأسس وتحديد معالمها قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تضمن المبحث الأول تفصيل شروط قيام عقد مناوله، أما فيما يخص المبحث الثاني أو القسم الثاني من الدراسة فقد خصصناه للإجراءات العملية والخطوات التي يجب اتباعها من أجل انعقاد هذا النوع من العقود باعتباره ليس عقدا عاديا وإنما يشترط فيه مجموعة من القواعد الإجبارية لإتمام صحته.

المبحث الأول: شروط الإنعقاد

المبحث الثاني : إجراءات تجسيد عقد المناولة

المبحث الأول: شروط الإنعقاد

لما تعددت الشروط التي تحدد المناولة ونظرا لطبيعتها فإننا ارتأينا تقسيمها إلى شروط شكلية تمس أولا وقبل كل شيء شكل العقد الخارجي دون المساس بموضوعه وأخرى موضوعية تعنى بجوهر عقد المناولة وأساسه القانوني، إذ تضم كلاهما المعايير التي يجب مراعاتها وأخذها بعين الاعتبار في حالة إبرام عقد ما عن طريق التعامل الثانوي أو المناولة.

المطلب الأول: الشروط الشكلية

لما كان عقد المناولة عقدا مدنيا قائم بذاته فإنه لابد وأن تحكمه من جهة قواعد عامة مقررة قانونا والتي يجب أن تتوافر في كافة العقود كونها من الأساسيات والركائز الهامة التي تقوم عليها عملية في إبرام هذه الأخيرة، كما ومن جهة أخرى فإن هذا الأمر لا ينفى ضرورة احترام شروط شكلية أخرى خاصة متعلقة بهذا النوع من العقود والتي لا يمكن تجاهلها بأي شكل من الأشكال.

الفرع الأول: الشروط الشكلية العامة

أولا: الرضا

إن عقد المناولة وكغيره من العقود لا ينعقد إلا بوجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول والذي يعتبر شرطا أساسيا لإتمام هذه العملية، كما أنه لا يكون الرضا صحيحا إلا إذا كانت إرادة أطرافه سليمة لا يشوبها عيب.

ويتم التراضي في المناولة بين المتعاقد الأصلي والفرعي على ماهية العقد، إذ يستلزم أن يكون العقد عقدا ثانويا وليس عقدا أصليا، والإتفاق على العمل الذي يؤديه المناول للمتعاقد الأصلي، وقيمة المقابل المالي الذي سيتقاضاه منه.

ثانيا: المحل والسبب

يجب أن يكون لكل عقد سواء أكان عقدا أصليا أو فرعيا سبب يقوم عليه ومحل يحتويه، فلا يكفي لإبرام عقد المناولة وجود عقد أصلي سابقا له، بل يتعين اتحاد هذين العقدين في

المحل، ولتحقق الوحدة في المحل لا بد أن يرد محل التزام المناول على بعض الالتزام المحدد في العقد الأصلي.

أما فيما يتعلق بالسبب فيقصد به الغرض الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه أو الغاية التي يستهدف تحقيقها نتيجة هذا التصرف، ويجب التمييز في هذا الصدد بين سبب الإلتزام (cause de l'obligation) وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه، وسبب التعاقد (cause de contrat) وهو الدافع الباعث إلى التعاقد، أي الباعث الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام هذا التصرف، وهو أمر شخصي يختلف من متعاقد إلى آخر.

ومثال السبب في عقود المناولة هو عدم قدرة المتعاقد الأصلي على التنفيذ لوحده أو حيازة المناول لتكنولوجيات وتقنيات متطورة تستدعي التنفيذ السهل وفي أجل ضيق، ويشترط في سبب ومحل هذا العقد، على غرار جميع العقود أن يكونا مشروعين وغير مخالفين للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

ثالثا: الكتابة

إن القانون خاصة والواقع العملي عامة فرض إعطاء الشكلية على عقد المناولة ومنحه صبغة كتابية إذ حتم ضرورة أن يحرر الاتفاق الحاصل بين المتعامل المتعاقد والطرف الثالث - أي المناول- في وثيقة كتابية (وثيقة مرفقة رقم II - الصفحة 295) وهوما أكدته المادة الثانية 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي فنصت على أنه: "... يجب أن يكون عقد المناولة محل عقد بين المناول وصاحب الصفقة...".

يتولى هذا قالب الكتابي تحديد ما لكل طرف من حقوق وما عليه من واجبات ضمانا للتنفيذ الأحسن والأنجع للصفقة العمومية وضمان تنفيذها حسب المواصفات والتقنيات الأساسية المطلوبة مسبقا في دفتر الشروط، الأمر الذي يضمن تحقيق واحترام أهم المبادئ التي فرضها تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في مبدأ الشفافية المنصوص عليه في اطار المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق.

فالكتابة شرط جوهري لانعقاد الصفقة وليس وسيلة لإثباتها فقط، وتطبيقا لمبدأ "الفرع يتبع الأصل" فإن التعامل بالمناولة في الصفقات العمومية يجب أن ينعقد كتابة، وهذا

ما أكدته المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لما ألزمت المتعامل المتعاقد بتسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة.

كما أن الشكلية تضمن في نفس الوقت تفادي نشوء أي نزاع مستقبلي بين الطرفين المتعاقدين وتسطر بوضوح المنهج الذي يسير عليه العقد كما تبيين ما لكل طرف وما عليه من حقوق والتزامات، دون أن ننسى أهمية ذكر مجموعة من البنود والمعطيات التي تولى المرسوم الرئاسي السالف الذكر تحديدها في المادة 144، فلو فرضنا أن الاتفاق المبرم من قبل الطرفين لم يكن محل عقد كتابي يجمع إرادتهما لترتب عليه نتيجتين:

أ: لكان المناول في وضعية غير قانونية وغير شرعية تجعل كل من هذا الأخير والمتعامل الأصلي عرضة لعقوبات توقع عليهما من قبل المصلحة المتعاقدة؛

ب: وفي حالة عدم وجود عنصر الشكلية لا يمكن للمناول الاستفادة من حقوقه كافة ولا حق المطالبة بها باعتبار أن اتفاقه الشفهي مع المتعامل المتعاقد يعتبر ملغى ولا يرتب آثارا وغير موجود أصلا.

الفرع الثاني : الشروط الشكلية الخاصة

بالإضافة إلى الأحكام العامة يجب على المتعامل المتعاقد مع الإدارة وقبل إقدامه على التصرف في الصفقة المسندة إليه شخصيا عن طريق منحها لشخص آخر أو متعامل آخر وهو المناول، احترام مجموعة من الشروط الأساسية إن لم نقل - جوهرية - حتى تكون المناولة مشروعة وقانونية، تتمثل أساسا في ضرورة توافر عقد أصلي أولي وكذا إجازة دفتر الشروط على المناولة.

أولاً: وجود عقد أصلي

يعتبر العقد الأصلي العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد الذي اختارته بناء على معايير محددة مسبقا في دفتر الشروط أين تقوم المصلحة المتعاقدة بناء على هذا العقد بتحديد حقوق والتزامات هذا الأخير الركيزة التي يبني عليه عقد المناولة أساسه والوعاء الذي ينصب فيه هذا التصرف، وعليه فإنه من البديهي أن يكون عقد المناولة منصبا ومحترما لكل الشروط الواردة في العقد الأساسي السابق له في الإبرام والأصلي بالنسبة إليه، إذ لا وجود لعقد فرعي في ظل غياب عقد أصلي

يحدد تفاصيله وخصائصه ومجالات تطبيقه، فمن الضروري أن يتحدد الوعاء أو المجال الذي يمكن للمتعاقد المتعاقد التصرف فيه بمنحه للغير.

نتيجة لذلك لا بد أن يكون عقد المناولة لاحقا للعقد الأصلي، فلا يعقل أن يتعامل المتعاقد المتعاقد في عقد أو مشروع ما بمناولته لشخص آخر في حين أنه لم يقد بالتوقيع على الصفقة والتحصل على نسخة من العقد الأساسي.

لكن ومن جهة أخرى فإن الأسبقية في الإبرام لا تعني بالضرورة الأسبقية في التنفيذ ذلك أنه يمكن للمناول البدء في الأشغال أو الجزء من الأشغال الذي منح إليه قبل أن يقوم المتعاقد الأصلي بالشروع في تنفيذ الصفقة شريطة حول المناول أو المتعاقد المتعاقد على الأمر بأداء الخدمة *ordre de service* الذي يعتبر سندا وتصريحا بالبداية في التنفيذ ولا تبتدأ الأشغال إلاّ به، إلاّ إذا اتفق الأطراف على أن ينفذ المناول الأشغال الموكلة إليه بعد إنجاز المتعاقد لجزء من أعماله أو تقدمه فيها.

وعليه تجدر الإشارة أن تخلف شرط وجود عقد سابق قائم بين المتعاقد المتعاقد والمصلحة المتعاقدة يجعل من العقد اللاحق عقدا أصليا وليس عقدا من الباطن.

ثانيا: إجازة دفتر الشروط

تعتبر دفاتر الشروط الإطار الأساسي الذي تسطره المصلحة المتعاقدة مسبقا بصفة إنفرادية وقبل أي شروع في إجراءات إبرام الصفقة أين تحدد بالتفصيل وبدقة كافة الخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة المراد تحقيقها أو الأشغال المراد إتمامها، ومن جهة أخرى يعتبر مجالا يمكن من خلاله تبيان وتسطير طرق الإنجاز والتنفيذ والأهداف المرجوة من ذلك، ونتيجة لذلك ونظرا لطبيعة عقد المناولة يشترط أن يكون تابعا ومحترما لما جاء في دفتر الشروط المعد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة.

لقد اشترط القانون مسبقا من خلال تنظيم الصفقات العمومية في عقد المناولة أن يكون منصوصا عليه مسبقا كبنود من البنود المتفق عليها والمذكورة في دفتر الشروط الذي تعده المصلحة المتعاقدة أثناء إعدادها للصفقة كمرحلة أولية، وعليه يظهر لنا جليا من خلال هذا الشرط أن المشرع الجزائري تعمد أن يجعل من موافقة صاحبة المشروع موافقة سابقة حتى عن الإبرام وإجراء أساسيا وجوهريا يلتزم به المتعاقد المتعاقد حتى قبل إمضاءه للعقد النهائي الذي يربطه معها والبدء في تنفيذ الأشغال.

وبالتالي وإستنادا على نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي تحدد الشروط الواجب توافرها للجوء إلى المناولة يجب أن يتضمن دفتر الشروط الذي تعده المصلحة المتعاقدة كافة الأعمال والنشاطات أو الأشغال التي يمكن للمتعاقل المتعاقد مناولتها لشخص آخر كأن تحدد مثلا في صفقة الأشغال العمومية أن تنحصر المناولة فقط على أعمال نجارة الألمنيوم أو أعمال الكهرباء وأنابيب المياه plomberie، إذ هناك نوع من تقييد حرية المتعاقل الأصلي في مجال المناولة وحتى لا يفتح له الباب على مصراعيه أمام التلاعب بالصفقة والتصرف في الأشغال كيفما شاء، وبالتالي يشترط على المصلحة المتعاقدة رسم الإطار المسبق للمناولة وتعيين بدقة ووضوح المجال الرئيسي لعقد الباطن، فنصت المادة على ما يلي: " يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعاقل المتعاقد في دفتر الشروط..."

فلا يجوز للمتعاقل المتعاقد اللجوء لتقنية المناولة إذا خلا دفتر الشروط من النص والإشارة إلى ذلك، فتبدو لنا الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع الجزائري تعمد من خلال ذلك تحديد المجال المناول فيه في مرحلة مبكرة من العقد وليس في مرحلة التنفيذ،¹ كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهد - بموجب دفتر الشروط - أن يحدد في عرضه الجزء من العقد الذي تكون له نية في مناولته للغير.²

من خلال تنظيم الصفقات العمومية يجوز للمصلحة المتعاقدة رفض اللجوء إلى المناولة وإدراج شرط مانع في العقد وفي دفتر الشروط، وقد يأتي المنع في صورة حضر صريح وأحيانا في صورة تعهد المقاول بتنفيذ التزاماته شخصيا وأحيانا أخرى يرد في صورة أخف فيكون مقيدا كتعليق استعمال هذا الحق على تحقق شرط معين، كالحصول على موافقة كتابية من المصلحة المتعاقدة على المناولة وعلى شخص المناول.³

والملاحظ أن نص المادة المذكورة أعلاه من تنظيم الصفقات العمومية وكذا نص المادة 564 من القانون المدني التي نصت على أنه: " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد..." أشار إلى حالة الشرط الوارد في العقد

¹. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع 2010، ص 236.

². MARCEL (S.), Droit communautaire des marchés publics ; eau, énergie, transports, services postaux, juriscasseur 2008, Fasc 622, p 15.

³. صليحة برجم، المرجع السابق، ص 37.

مما يفتح المجال إلى التساؤل أبعد من ذلك حول إمكانية النص على المنع بعد إبرام عقد الصفقة العمومية، أي في حالة عدم نص دفتر الشروط عن المناولة وسكوته في هذا المجال، فهل يجوز اتفاق المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الأصلي حول هذا الشأن؟

في هذا الصدد وللإجابة على هذا التساؤل، فإنه يلاحظ اختلاف في الفقه فالبعض يجيز ذلك ويرى أنه لا مانع من اشتراط المصلحة المتعاقدة على المتعاقد الأصلي لتنفيذ شخصيا وبالتالي منع المناولة في اتفاق لاحق للعقد الأصلي باعتباره تعديل لهذا الأخير.

أما فيما يخص الجانب الثاني من الفقه فإنه اشترط في المنع أن يأتي في ذات العقد، لأن هذا الأخير ما كان ليتم لولا قبول المتعاقد بالشرط المانع.

ومن هنا يظهر لنا أن الرأي الراجح والأقرب إلى الصواب هو الرأي الأخير لأنه زيادة على التبرير المقدم له فإن النص ذاته واضح إذ ينص صراحة على الشرط الوارد في العقد وأن نية المشرع ذهبت في هذا الإتجاه، وإلا لما أكد المشرع على ضرورة النص عليه مسبقا.

أما فيما يخص طبيعة الشرط، فإنه يجب أن يكون واضحا وصريحا لا لبس فيه، لكن من جهة أخرى نفتح المجال أمام تساؤل آخر هو أنه هل يجوز أن يكون هذا الشرط المانع للمناولة ضمنيا؟

أمام سكوت أغلب التشريعات عن التعرض لهذه المسألة إنقسم الفقه بين قائل بوجود تفسير الشك بمفهوم الإجازة وبين رأي مفسر له بمعنى المنع القطعي فيحرم على المتعامل المتعاقد اللجوء إلى المناولة إلا إذا توافرت إجازة صريحة من قبل المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، مستنديين إلى أنه في حالة الشك يجب الرجوع إلى الأصل وهو عدم جواز المناولة أو عدم جواز التعامل في جزء من الصفقة وأن المنع هو شرط وارد خلافا للأصل لا يجوز التوسع في تفسيره، وإنما يجب تحديد معناه طبقا لقواعد التفسير، والإلتزام بالمعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة السلطة.

وبالتالي فإن الرأي الصائب في نظرنا هو الرأي الذي يعتبر الشرط الضمني هو شرط مانع للمناولة منعا قطعيا، ذلك أن رأيهم يتوافق أكثر مع التحليل القانوني السليم، فلا يجوز استبعاد نصوص قانونية صريحة والإعتماد على التأويلات فقط.

ومن هنا فإنه يمكننا القول سواء أكان نص دفتر الشروط على المنع صريحا أو ضمنيا، فإن هذا الأمر لا يحرم المتعامل المتعاقد من الإستعانة بشخص آخر يستخدمه لتنفيذ العمل مادام ليس

بمناول إنما مجرد عامل يؤدي عمله تحت اشراف المتعامل الأصلي ورقابته¹ ، كما أنه ومن جهة أخرى يجب أن لا يخرج المتعامل المتعاقد عن الإطار الذي رسمه له دفتر الشروط وبالتالي يتقيد بالمنع والإجازة والمجال الرئيسي المرسوم له.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية

إضافة إلى الشروط الشكلية المقررة طبقاً للقواعد العامة وطبقاً للقانون والتنظيم، فإن المشرع الجزائري بناءً على تنظيم الصفقات العمومية قد فرض على المتعامل المتعاقد احترام مجموعة من الشروط الأخرى التي تنصب أساساً على الصفقة أو المشروع عموماً والمناول خاصة، وعليه فإن هاته الشروط تتمثل في ما يلي:

الفرع الأول : التعامل في جزء من الصفقة فقط

هل يمكن للمناولة أن تكون كلية؟ بناءً على هذا التساؤل جاءت المادة 140 من تنظيم الصفقات العمومية حاسمة لتقطع الشك باليقين أين نصت على أنه: " يمكن للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أن يمنح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول" ، فكلمة « جزء » في صلب النص جاءت واضحة لتمنع هذا المتعامل من التصرف في كل العقد، إن الطابع الإجباري لهذه النقطة تم تأكيده أيضاً بموجب المنشور الصادر عن الوزير المكلف بالإقتصاد والمالية الفرنسي بتاريخ 07 أكتوبر 1976 المتعلق بإصلاح نظام المناولة في الصفقات العمومية (وثيقة مرفقة رقم III - الصفحة 299) التي نصت على أنه: " وحدها عقود الصفقات المكيفة كعقود مقاوله يمكن أن تتم مناولتها جزئياً بموجب عقود والتي يجب أن يكون لها هي الأخرى طابع عقد مقاوله " ²

« Seuls les marchés s'analysant comme des contrats d'entreprise peuvent être partiellement sous-traités au moyen de contrats qui doivent eux-mêmes avoir le caractère de contrat d'entreprise ».

إن سبق تعهد المتعامل المتعاقد بالتنفيذ الكلي والشخصي لجميع التزاماته التعاقدية بناءً على دفتر الشروط وبنود العقد يجعله ملزماً باحترام التزامه، لكن ذلك لا يمنعه من منح التنفيذ إلى شخص آخر، وفي كل الأحوال فإنه لا يحق له أن يوكل غيره في أداء الخدمات المتفق عليها إلا بالمقدار الذي سمحت به الصفقة وفي المجالات التي حددتها.

¹. صليحة برجم، المرجع السابق، ص 38.

². MODERNE (F.), Op.cit., p 49.

لقد جاء تنظيم الصفقات العمومية واضحا في مسألة مجال التعامل في العقد عندما أقر وحدد ضرورة التعامل في جزء فقط وليس في مجمل المشروع، أين صرح بمبدأ عدم التعامل الكلي بموجب المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247 فلا يمكن للمتعاقل التصرف في مجمل العقد وبالتالي عليه مناولة فقط الجزء الذي قد يخرج عن نطاق اختصاصه أو إمكانياته، ويجد هذا التحديد مصدره في أنه يحد من التلاعبات والتهاونات بتقييد المتعاقل المتعاقد بمجال معين حفاظا على مبدأ التنفيذ الحسن والشخصي للعقد.

وفي هذا الإطار نجد أن التنظيم جاء متشددا كثيرا في هذه المسألة نظرا للممارسات العملية المخلة بهذه القواعد التي يسعى من خلالها المتعاملون المتعاقدون إلى إبرام عقود مناولة تتجاوز بحد كبير نسبة 40 % المقررة في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ودون احترام للقواعد المتعلقة بالقدرات التقنية والمهنية، وخاصة فيما يتعلق بالجزء الواجب منه والتصرف فيه عن طريق المناولة، وفي هذا الصدد تم صدور تعليمة من الوزير الأول السابق رقم 34 المؤرخة في 02 جويلية 2017 بخصوص المناولة في إطار تنفيذ الصفقات العمومية التي جاءت بصيغة أمرة وملتزمة تدعو جميع أعضاء الحكومة والولاية إلى التصدي لهذه الظاهرة والحد منها عن طريق اتخاذ مختلف التدابير الضرورية ضد المؤسسات المخالفة لهذه النسبة والأحكام، وكذا ضرورة السهر على احترام النظام الذي يحكم المناولة كما هي محددة في تنظيم الصفقات العمومية، (وثيقة مرفقة رقم IV - الصفحة 312).

وبالتالي فإنه وفيما يتعلق بتحديد الجزء الذي تتم مناولته، فإن المشرع الجزائري - وعلى عكس القانون الفرنسي - قد قام بحصره بـ 40 % من المبلغ الإجمالي للصفقة وذلك في جميع أنواع الصفقات على حد سواء ولم يتم تخصيص صفقة معينة أو تمييزها عن الأخرى، فلم يترك التنظيم المجال واسعا أمام المتعاقد مع الإدارة للتصرف فيه كيفما شاء ولم يتركه له واسعا على إطلاقه، على عكس القانون المغربي الذي حددها بخمسون بالمائة (50%) من مبلغ الصفقة أين تم النص في المادة 23 من المرسوم المغربي رقم 2.06.388 الصادر في 5 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها¹: "التزام المتنافس، إذا كان ينوي اللجوء إلى التعاقد من الباطن بأن لا يتجاوز هذا التعاقد خمسين في المائة (50 %) من مبلغ الصفقة وأن لا يشمل الحصة أو الحرفة

¹. الجريدة الرسمية المغربية، عدد5518، الصادرة بتاريخ 19 أبريل 2007 .

الرئيسية منها، وأن يتأكد من أن المتعاقدين من الباطن يستجيبون كذلك للشروط المنصوص عليها في المادة 22 أعلاه.

كما نص التنظيم المغربي في مادته 84 المتعلقة بالتعاقد من الباطن على أنه: "... ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتجاوز التعاقد من الباطن خمسين في المائة (50%) من مبلغ الصفقة أو أن يشمل الحصة أو الحرفة الرئيسية منها، إلا أنه يجوز لصاحب المشروع أن يحدد في نظام الاستشارة أو في دفتر الشروط الخاصة بالأعمال التي لا يمكن أن تكون موضوع تعاقد من الباطن".

وتحتسب عمليا في الجزائر نسبة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة، فمن المعروف أنه وفي صفقات الأشغال العمومية مثلا يتم تحديد وبدقة كافة الأعمال التي يجب القيام بها بداية بأشغال الحفر والردم وإزالة التربة والصخور والشوائب، إلى القيام بإنشاء البنية التحتية وهو ما يسمى بـ les infrastructures عن طريق القيام بالأساس وإنشاء الأرضية، ثم مرحلة البنية أو المنشآت الفوقية les supra structures التي تشمل الأعمدة والجدران والسقف وصولا إلى ما يسمى بالمتابعات والملحقات travaux d'accessoire التي تتضمن أعمال تلبس الحائط والطلاء والكهرباء وأنابيب المياه والنجارة الألمنيومية والخشبية من أجل صنع الأبواب والنوافذ، عمليا يتم تقدير كل مرحلة من هاته المراحل نقدا عن طريق جدول تقييمي تفصيلي وآخر إجمالي يبين المبلغ الكلي لكل مرحلة.

وبالتالي ومن أجل معرفة نسبة الـ 40% يقوم المتعامل المتعاقد باختيار مرحلة أو مرحلتين التي تشكل في مجموعها قيمة 40% من مبلغ الصفقة وتحتسب هاته القيمة خارج الرسم على القيمة المضافة TVA أي Hors Taxe، ومثال ذلك صفقة أشغال عمومية مقدرة إجمالا بـ 53.833.154,31 دينار جزائري أبرمتها مديرية الشباب والرياضة مع مقاول متعاقد من أجل بناء مركب رياضي وباحتساب قيمة الجزء المذكورة يصبح المبلغ الذي يجب مناولته لا يفوق 21.533.261,72 دينار جزائري إذ قد يشمل هذا المبلغ مرحلة واحدة من الإنشاء أو عدة مراحل وأشغال كأعمال الحفر والنجارة والترصيص وإنشاء الأعمدة ونقل الحجارة وغيرها على أن لا تتعدى قيمة هذه الأعمال حدود الواحد والعشرون مليون دينار جزائري.

فبالنسبة لصفقة الأشغال أو اللوازم قيمة الصفقة يساوي أو يقل عن اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج)، لا يمكن بأي حال أن تتجاوز قيمة المناولة فيها مبلغ أربعة ملايين وثمان مئة ألف دينار (4.800.000 دج).

أما بالنسبة لصفقة الدراسات أو الخدمات عندما تكون قيمة الصفقة يساوي أو يقل عن ستة ملايين دينار 6.000.000 (دج)، فلا يمكن بأي حال أن تتجاوز قيمة المناولة بمبلغ مليونين وأربعة مئة ألف دينار 2.400.000 (دج).

الفرع الثاني: ضرورة اللجوء إلى المناولة

يقع على المصلحة المتعاقدة مسبقاً عبء التفكير في مدى جدوى اللجوء إلى المناولة من عدمه وإلى أي حد وفي أي جانب من جوانب الصفقة يمكن السماح به معتمدة في ذلك على دراسة طبيعة المشروع ومكوناته وخصائصه.

كثيراً ما نجد أن تدخل المناول لتنفيذ جزء من الصفقة في بعض مكونات المشروع أجدى مما لو قام به المتعامل الأساسي بنفسه لاسيما إن كان يراد من وراء ذلك الحصول على خدمات يقدمها صاحب إختصاص أدق من إختصاص المتعامل المتعاقد الأصلي في مجال ما كالكهرباء، الترخيص، برمجيات، إلكترونيات، صيانة المعدات... وغيرها من المجالات التي قد تخرج عن دراية هذا المتعامل.

فيجب على المناولة أن تكون ذات جدوى وضرورية من أجل تنفيذ المشروع، ذلك أن بعض الأعمال بطبيعتها لا تحتاج ولا تستدعي أصلاً مناولتها مثل أعمال الفنانين من نحت ومسرح وإنتاج فكري... كونها تضم لمسات شخصية بارزة لا تتوفر لدى شخص آخر أو في الصفقات التي تنصب حول إقتناء لوازم والمتوافرة في جميع الأسواق، الأمر الذي أكدت عليه المادة 140 الفقرة 3 من تنظيم الصفقات العمومية إذ نصت على أنه: "...ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة. ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استناداً إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة"، وهو ما قمنا بتفصيله في الفصل الأول عند دراستنا لمجال تطبيق المناولة.

الفرع الثالث: عدم وجود مانع في المناول

إن أهم شرط موضوعي تنصب عليه المناولة يمس أساسا شخص المناول، فاستنادا على نص المادة 143 مطة 2 وتطبيقا للأحكام العامة فإنه لا يجب أن يتوافر في المناول أي عنصر من عناصر المنع من المشاركة في المشروع وذلك تطبيقا للمادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية التي تعتبر نفسها المطبقة على المتعاقد الأصلي فلا يمكن التعامل مع مناولين تنطبق عليهم المواصفات التالية:

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو تسوية قضائية أو صلح
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية والشبه جبائية
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم
- الذين قاموا بتصريح كاذب
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.¹

وعليه فإنه لو توفر مانع واحد من هاته الموانع نكون أمام حالة عدم قبول المناول من طرف المصلحة المتعاقدة وعدم اعتماده، ويتم تحقق صاحبة المشروع من عدم وقوع المناول في أي حالة من هذه الحالات المذكورة في نص المادة 75 من خلال الوثائق الإدارية والقضائية التي يقدمها المتعامل المتعاقد أو المتعهد والمتعلقة بالمناول، ولعل أهمها سجل السوابق العدلية، نسخة من الجدول الضريبي، إيداع حسابات الشركة للسنوات الثلاث الأخيرة، مستخرج من هيئة الضمان الإجتماعي للعمال الأجراء والغير أجراء CASNOS et CNASAT وغيرها من الوثائق.

¹. للتفصيل أكثر أنظر القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المتضمن كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 الصادرة في 16 مارس 2016.

تجدر الإشارة إلى أن النظام المصري وعلى عكس الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك أين أقر بفسخ العقد الأصلي كجزاء على مناولة المشروع لشخص يتوافر فيه عارض من عوارض المشاركة أين أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 30 جوان 1960 : " أن إقدام المدعي على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلا عن إلتزامه وحقوقه للسيد.... المحروم من دخول مناقصات الوزارة، يعد من قبيل الغش والتلاعب في نطاق العقد الإداري على الإطلاق مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير إنذار ومما يبزر حرمان المدعي من دخول المناقصات".¹

نستنتج أنه لولا أهمية شرط السمعة واحترام التشريع والنظام العام والنزاهة في المناول لما كان النظام القانوني والقضائي المصري متشددا وقاسيا في هذه المسألة إلى أبعد الحدود أين قضى بإقرار عقوبتي الفسخ والإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يقدم على إبرام عقد مناولة مع شخص يتوفر وينطبق عليه مانع من موانع المشاركة في الصفقة كما حكمته بجريمة تمس نزاهته المهنية أو قيامه بتصريح كاذب أو تهرب ضريبي ...، فكل هاته الأمور وغيرها كفيلة بأن تدفع المصلحة المتعاقدة إلى سحب ثقتها من المتعاقد معها وفسخ العقد الرابط بينهما ووضع هذا الأخير في قائمة الأشخاص المقصين والممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ذلك أنه وفي نظرها فإن تصرفا غير قانوني كهذا يمكن أن لا يقف عند هذا الحد ويدفع المتعامل المتعاقد إلى ارتكاب مخالفات وممارسات غير مشروعة أشد خطورة وإنعكاسا على تنفيذ الصفقة العمومية ومصلحة وسمعة صاحبة المشروع.

¹. سليمان محمد الطماوي، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين الشمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 441.

الفرع الرابع : توفر المؤهلات المالية والتقنية

لقد تقرر بموجب المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية منع المؤسسات الفاشلة تقنيا وماليا من المشاركة في الصفقات بعدما تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالتحقق من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين قبل تقييم العروض، وذلك بالاستناد على معايير غير تمييزية تتعلق بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها، يمكن للمتعهدين أن يستعينوا بمؤسسات أخرى شريطة أن يقدموا دليلا على أن هاته الأخيرة لها القدرات والمؤهلات التي تمكنها من المشاركة كما يثبتون وجود علاقة قانونية بينهم، تتمثل على سبيل المثال في المناولة أو التعاقد المشترك أو صلة في إطار قانون أساسي، ففي إطار تجمع مؤقت لمؤسسات تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان ليس فقط قدرات المتعهد والمتعاقد معها وإنما قدرات التجمع إجمالا، كما لا تطلب المصلحة المتعاقدة ملكية الوسائل المادية إلا في حالة ما إذا كان ذلك ضروريا.

فكما هو الحال بالنسبة للمتعاقد الأصلي الذي يخضع لإعتبارات شخصية وتقنية لا بد أن يحوزها إذ تقيّم وتدرس من قبل لجان متخصصة وعلى مراحل عدة خلال إيداع العروض، فإن المناول أيضا لا بد أن تتوفر فيه المؤهلات التي يقتضيها دفتر الشروط والعقد من أجل تنفيذ الصفقة، إذ لا يعقل أن يتم إسناد العقد إلى شخص غير مؤهل ولا يحوز على أدنى وأبسط الإمكانيات لتنفيذ الجزء المناول له.

لقد تم إقرار هذا الشرط من قبل تنظيم الصفقات العمومية في مادته 143 للمرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: ".....ينبغي أن يحظى إختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من قبل المتعاقد المتعاقد.....وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية....." ومثال ذلك العقد الذي أبرمته الحكومة المصرية مع شركة AYOUK أيوك للتنمية والتي أجازت التنازل للشركة المتعاقدة واشترطت أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول للحكومة المصرية على قدرتها المالية على الوفاء بالالتزامات التي تقع على عاتقها وأن تقدم الشركة سابقة أعمالها التي تثبت قيامها بأعمال مماثلة.¹

¹. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة 2012 الإسكندرية ص 176 .

فلا يمكن لمتعاقد مع الإدارة أن يمنح تنفيذ عقد ما لشخص لا يحوز على المؤهلات المالية ولا على الخبرة اللازمة للقيام بالعمل، كونه على علم ودراية تامة أنه هو الوحيد الذي سيتحمل تبعات ونتائج قلة الكفاءة في المناول وانعكاساتها على المشروع.

وفي هذا الصدد تولت المواد 54، 55، 56، 57 من تنظيم الصفقات العمومية التأكيد على ضرورة إسناد المشروع أو الخدمة لأشخاص ذوي مؤهلات وقدرات تمكنهم من التنفيذ على أحسن وجه، حيث نصت المادة 54 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية" كما نصت المادة 57 على أنه: "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، ويكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينهما تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك.... وتأخذ في الحسبان، عند تقييم قدرات المرشح أو المتعهد، قدرات المناول المقدم في العرض...."

تجدر الإشارة إلى أن نص هاته المادة يطبق على المتعاملين المتعاقدين الأصليين في مرحلة التعاقد، كما تنطبق أيضا على المناولين أو المناول الذي تم تقديمه عند إيداع العروض وسحب دفاتر الشروط في عرض المتعهد.

كما أنه ومن أجل التأكد من مدى صحة المعلومات المقدمة أمام المصلحة المتعاقدة والمتعلقة بالتأهيل والكفاءة، فإن المشرع الجزائري منح لهذه الأخيرة صلاحية الإستعلام والتحري أمام الجهات الإدارية الأخرى، وذلك من خلال نص المادة 56 التي أفادت بأنه: "تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات - عند الإقتضاء - عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية، ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج".

المبحث الثاني : إجراءات تكوين عقد المناولة

إن خضوع عقد المناولة لشروط معينة سواء كانت شكلية أو موضوعية لا يجعل منه عقدا صحيحا ومشروعا إذ لا بد أن تكتمل الحلقة باتباع مجموعة من الإجراءات والقواعد التي يمكن القول إنها خاصة نوعا ما نظرا لطبيعة المناولة الخاصة والاستثنائية سطرها المشرع الجزائري في إطار تنظيم الصفقات العمومية الجزائري أين تنصب أساسا وبصفة جوهرية حول المناول الذي يُعهد إليه تنفيذ جزء من العقد وذلك من أجل إحاطة المصلحة المتعاقدة علما بالشخص الذي ينوي التعامل المتعاقد التعامل معه حتى لا تتفاجأ بعد ذلك بمناول لا ترتضيه.

ويتمثل الغرض الرئيسي من وراء كل هذه الإجراءات هو فرض نوع من الرقابة والتدخل في عقد المناولة من جانب المصلحة المتعاقدة، فحتى وإن كان التنظيم لا يعترف بوجود علاقة تعاقدية ولا سلطات لهاته الأخيرة على المناول ومعه، إلا أننا ومن خلال استقراءنا لما وراء السطور وتحليل هذه الإجراءات إنما نجد أنها تركز رقابة المصلحة المتعاقدة خاصة وأن هذا العقد سيمس تنفيذ صفقتها، وبالتالي فإن من حقها أن تعلم وتستعلم عن كل صغيرة وكبيرة في عقد المناولة وأن تكون بيدها زمام الأمور فيما يخص مصيره إما نشوءه أو عدم نشوئه، مما يخلق نوعا من التدخل والسلطة على علاقة المناولة وإن كانت مستترة وغير جلية.

بالنسبة للإجراءات التي تجسد عقد المناولة والتي تعد جوهرية فيه فإننا تطرقنا إليها إجمالا من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: تصريح المتعامل المتعاقد بالمناول

لقد فرض القانون على المتعامل التعاقد مع الإدارة احترام مجموعة من القواعد قبل الإقدام على تنفيذ العقد بواسطة شخص أجنبي، والمتمثلة أساسا في إجراء أساسي وجوهري لا يتم تجسيد عقد المناولة في ظل غيابه ولا يكتسي هذا الأخير طابع المشروعية بدونه، وهو تقديم المناول.

إذ يتضح جليا من خلال النصوص التنظيمية أنه يقع على عاتق المتعامل الأصلي الذي يسعى إلى التنفيذ بواسطة الغير التزام تقديم المناولين إلى صاحب المشروع أو المصلحة المتعاقدة كتابيا¹، وذلك لإحاطتها علما بجميع المتدخلين في الصفقة العمومية التي أبرمتها معه.

لكن تقديم المناول إلى المصلحة المتعاقدة ليس بهذه السهولة، وإنما يخضع بدوره إلى مجموعة من المعايير والأسس التي يجب مراعاتها عند انتقاء هذا المتدخل الباطني - إن صح التعبير - ، وكذا ضرورة احترام إجراءات أخرى وخطوات تلي هذا التقديم.

وبالتالي فإننا سنتطرق إلى دراسة هاته المعايير والأسس من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: اختيار المناول

إن اختيار المناول يتم عن طريق التراضي فيكون بعرض من أحد طرفي العقد وقبول من الطرف الآخر، كأن يتقدم المتعاقد الأصلي من المناول الفرعي بغرض طلب تنفيذ عمل معين أو العكس، بعد تفاوض على المسائل الجوهرية وتوافق إرادتهما لينتهي بذلك بإبرام عقد المناولة الفرعية.

ويعتبر إبرام العقد عن طريق الممارسة أو التراضي الأسلوب الأكثر استعمالا في المعاملات، إذ يتصل الطرفان مباشرة قصد انجاز مشروع معين سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة لا تتطلب أموالا كثيرة أو باتفاقات مباشرة بعد استشارة وتفاوض مثل ما هو الحال في عقود الاستثمار أو المنشآت الضخمة ولعل من بين أهم الأسباب التي تجعل من هذا الطريق مفضلا لدى الكثير من المتعاملين المتعاقدين هو وجود تعامل سابق بينهم وبين المناولين أو الرغبة في

¹ . PIELBERG (H.), Op.cit, p 07.

السرعة في الإنجاز، أو أن يكون المناول محكرا لطريقة الصنع أو الإنجاز أو في بعض الاحيان حفاظا على سرية المشروع.¹

لكن تجدر الإشارة إلى أنه وبرغم اتباع هذا الأسلوب المباشر، فإن ذلك لا ينفي الطابع الشخصي في عقد المناولة كونه لا يخلو من اعتبارات شخصية تجعل المتعامل المتعاقد ينزع إلى التعامل مع شخص يحوز ثقته ويرى أنه القادر على تنفيذ ما تعهد به، لهذا فإن المقاول الأصلي لا يقدم على المناولة إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الاحترازية حتى يتمكن من اختيار المناول المناسب لأداء العمل المطلوب وهو ما يحدث غالبا في قطاع البناء والتشييد أين تتجسد المناولة الفرعية بصفة أساسية، وهذا نظرا للمشاريع الضخمة والكبيرة التي يعرفها هذا القطاع والتي يحتاج تنفيذها إلى التعامل مع عدد كبير من الشركات المتخصصة.

أولا: معايير اختيار المناول

إن اختيار المناول الفرعي من قبل المقاول الأصلي لا يكون عشوائيا وإنما يتم بناء على ما يتمتع به من خبرة فنية ومهنية وما له من إمكانيات مادية ويد عاملة مؤهلة ومتخصصة.

فقبل اختيار شركة أو متعامل متعاقد لمناول ما - يكون قادرا على إنجاز العمل المطلوب - يجب عليه القيام بدراسة شاملة للسوق، أين يتم فيها دراسة واستعراض جميع الخيارات بما في ذلك إمكانية إدراج صنع المنتج أو أداء الخدمة من طرف المؤسسة المناولة نفسها، ومن المستحيل وجود مناولة إلا إذا كان المتعامل المتعاقد متأكدا من إمكانية إنجاز العمل بدقة، وبالتالي فإن الشغل الشاغل لهذا الأخير بعد اختيار مجالات المناولة والأنشطة التي ترد عليها هو اختيار المرشحين للمناولة، وتقع مسؤولية اختيار المناول المناسب على عاتق المتعامل المتعاقد الأصلي بالدرجة أولى، وعادة يضع هذا الأخير للمناول معايير وشروط وفقا للأهداف المسطرة مسبقا والتي يهدف إلى تحقيقها من خلال اللجوء إلى عملية المناولة وفيما يلي أهم المعايير الفاعلة في تحديد المناول المناسب:

1) الجودة: والمقصود بها الدقة في النوعية والتفاصيل، فعادة ما يلجأ العديد من المتعاملين المتعاقدين إلى مؤسسة مناولة (مناولة الاختصاص أو التخصص مثلا) لإنتاج بعض أجزاء المنتج النهائي بأكثر جودة منها وهو ما يتيح لهم الاستفادة من مواصفات ومعايير جودة قياس

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 45.

دولية، خاصة إذا ما كان المناول شركة أجنبية تمكنها من دخول بعض الأسواق العالمية والأوروبية بصفة خاصة كون هذه الأسواق يتطلب دخولها وجود معايير ومواصفات ذات جودة وفق معايير ومقاييس دولية.

(2) السعر: والمقصود به اختيار الأقل تكلفة، إن المتعاملين الأصليين أو المتعامل المتعاقد يلجأ إلى هذا المعيار في انتقاء المؤسسات المناولة لكون هذه الأخيرة تمكنه من تقديم خدمة أو منتج أو أشغال في شكل مداخيل له باعتبار أنه يقدمها بأقل تكلفة ونفس الجودة أو أكثر في بعض الأحيان، وبالتالي توفر عليه الكثير من المصاريف والأعباء، ويرجع اختيار هذا المعيار إلى الإستراتيجية التنافسية المعتمدة على الأقل تكلفة لدخول واكتساح الأسواق.

(3) الوقت (السرعة): والمقصود به الدقة في المواعيد، حيث يركز هذا المعيار على اختيار مؤسسة مناولة ذات مصداقية وقدرة على الوفاء والتسليم في الوقت والزمن المحدد، في الحصول على أجزاء الخدمة أو الأشغال، ليضمن المتعامل المتعاقد حصول المصلحة المتعاقدة على طلباتها وخدماتها في آجالها ومواعيدها المحددة دون الوقوع في مخاطر التأخير التي قد تترتب عليها خسارة معنوية وتعويضات مادية متمثلة في فقدان الصفقة بسبب عدم الدقة واحترام المواعيد النهائية للتسليم وكذا التعرض إلى جزاءات وعقوبات جراء هذا الفعل.

(4) القرب: وهو أن المؤسسة المرشحة أو المناولة تقع جغرافيا بجانب أو بقرب من المتعامل المتعاقد وهذا ما يوفر عليه العديد من الأعباء، مثل تكاليف النقل والأعباء الجمركية وأعباء تكاليف المراقبة... الخ، كما يمكنها من الاستفادة من عنصر ربح الوقت وسهولة الرقابة والاتصال.¹

(5) القدرة: والمقصود به قدرة المناول على استيعاب جميع الطلبات دون اللجوء إلى مناوّل آخر من نفس الاختصاص أي عدم تجزئة الخدمة أو الأشغال على أكثر من مناوّل، ويكون ذلك وفق دراسة إمكانياته المادية والمالية مثل الوسائل والمعدات والقدرة على التخزين والموارد البشرية... الخ.

ويمكن للمتعامل المتعاقد أيضا أن يأخذ بعين الإعتبار مجموعة من الشروط الخاصة حسب طبيعة النشاط أو الصفقة العمومية نذكر منها ما يلي:

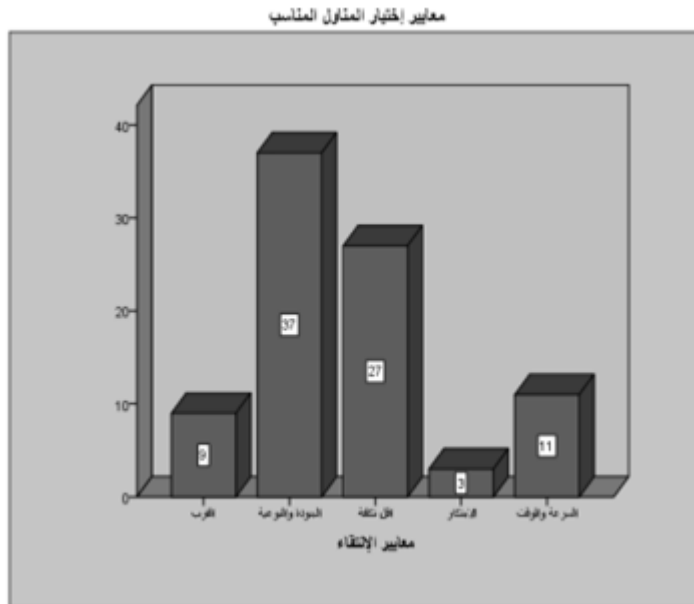
¹ <https://www.asjp.cerist.dz>.

(1) **الابتكار:** هو كون المؤسسة المناولة لها براءة إختراع جديدة وحصرية لا يمكن للمتعاقد الأصلي الحصول عليها أو اقتنائها إلا عن طريق عقد مناولة، ونجد هذا المعيار بكثُر في حالة إبرام عقود مناولة دولية - الأمر الذي سنتطرق إليه لاحقاً -.

(2) **تكنولوجيا متطورة:** يعتبر هذا النوع قليل نوعاً ما، أين تكون المؤسسة المرشحة للمناولة بحوزتها تكنولوجيا متطورة على التي يملكها المتعاقد الأصلي، وهذا عادة ما يكون في تكنولوجيا المعلومات والاتصال والبرمجيات.

(3) **الشهرة والاسم التجاري:** يعتمد بعض المتعاملين الأخذ بهذا المعيار للاقتناء واختيار المناول كونه يوفر لها عناية الدراسة والتقييم وكون المؤسسة المناولة تتمتع بسمعة طيبة وهذا يمنحها الاستفادة من الاسم التجاري والشهرة في أعمالها وخدماتها وزيادة حظوظ نجاحها في الصفقة.¹

وبناءً على هذه المعايير يقوم المتعاقد باختيار المناول المناسب وفق أسسه العامة وهدفه من وراء عملية المناولة، مع العلم أن هناك معايير أخرى تكميلية تهدف إلى معرفة ما إذا كان المناول في حال تم اختياره يتوفر على ضمانات تتوافق مع مصلحة المتعاقد الأصلي والعكس صحيح أيضاً بالنسبة لمصلحة المناول.



ومن خلال كل ما سبق فإنه وقبل اتخاذ القرار على المتعاقد الأصلي أن يقيس أولاً فعالية المناولة وكذلك فعالية المناولين المحتملين من خلال طرحه جملة من الأسئلة ولعل أهمها:

¹. <https://www.asjp.cerist.dz>.

- أ. هل بإمكانه تحقيق مكاسب إذا لجأ إلى المناولة ؟
- ب. هل سيحترم المناول كل توجيهات المتعامل المتعاقد الذي يعطيه الأوامر؟
- ج. كيف سيكون تأثير أسلوب المناولة على المستخدمين؟
- د. في حالة تنفيذ المناولة، هل ستقدم المؤسسة المناولة الخدمة الأفضل؟ وهل ستمارس الأشغال بصفة أحسن؟
- هـ. في حالة اللجوء إلى هذه الإمكانية، هل سيتم التنفيذ في الآجال المحددة في العقد الأصلي دون أية عراقيل؟

إن المتعاقد الأصلي مطالب كذلك بمراجعة الوضع المالي للمناول والنظر في طريقة تسييره وقدرته على الابتكار وكذلك كيفية تنسيق العلاقات والعمليات بينهما، وأفضل عمليات المناولة والمقصود أكثرها نجاحا هي التي تتميز بالسهولة في التنفيذ أي إمكانية قياس الأداء ودرجة تعقيد العمليات بها تكون الأدنى، فالمؤسسات بلجوئها إلى المناولة عليها أن تحقق ميزة تنافسية سواء فيما يتعلق بالتكاليف أو بالنوعية أو بالتميز مع الاحتفاظ بالاستقلالية.

فحسب بعض النماذج من العقود يلزم المقاول الفرعي أو المناول بتقديم نفس الوثائق التي سبق وأن طلبها رب العمل - المتمثل في المصلحة المتعاقدة - من المقاول الأصلي، حتى يتأكد هذا الأخير من سمعته في سوق المقاولات من بينها نسخة من السجل التجاري للمقاول الفرعي أو بطاقة الحرفي، مستخرج يبين وضعيته إزاء مصالح الضرائب والضمان الاجتماعي، قائمة بالمعدات المتوفرة لديه، بالإضافة إلى بيان مفصل عن مجمل الأعمال والمشاريع التي نفذها، والأکید أن الهدف من هذه الوثائق هو معرفة المتعاقد الأصلي لمدى مطابقتها من الناحية الفنية والمهنية مع أعمال المشروع المطروح للتنفيذ، والتزام المناول بمقاييس العمل ومعايير الجودة وتقديا لأي تضارب في وجهات النظر، ومنعا لأي خلافات قد تحدث مستقبلا وتتسبب في تعطل الأعمال أو التأخر في إنجازها مما يلحق أضرارا بجميع الأطراف.

إذ أن هذا الأمر تم التأكيد عليه من خلال نص المادة 78 من المرسوم 15-247 التي حددت معايير اختيار المتعامل المتعاقد وعممتها على المناول، حيث أن هذا الأخير تطبق عليه نفس أحكام اختيار المتعاقد الأصلي.

ثانيا: حالة المناول الأجنبي

ومن هنا فإن اختيار المناول يطرح عدة تساؤلات واشكالية قانونية تتمثل أساسا في حالة المناولة الدولية، فهل يمكن للمتعاقل المتعاقد اللجوء في إطار صفقة عمومية وطنية إلى مناولة دولية، والعكس صحيح، هل يمكن للمتعاقل الأصلي الأجنبي في إطار صفقة دولية أن يقوم بمناولة جزء منها إلى مؤسسة وطنية وما هي الآثار القانونية التي قد تترتب على ذلك؟.

في ظل التحديات الكبيرة التي تفرضها التطورات الدولية وانفجار ثورة المعلومات التكنولوجية في الأسواق الدولية وتسابق بعض الشركات العابرة للقارات نحو الاندماج للهيمنة على الحركة الاقتصادية العالمية إنتاجا وتسويقا، أصبح لزاما على الشركات الوطنية التأقلم مع هذا الوضع ومسايرة التطورات، لكن من جهة أخرى أصبح من غير الممكن للمتعاقلين الوطنيين مواكبة التطور العالمي في العديد من المجالات خاصة وأن مجال الصفقات العمومية أصبح يفرض ضرورة مطابقتها لمعايير دولية معتمدة سواء من حيث الإنشاء أو التشييد أو الخدمات أو الدراسات.

إن الجزائر شأنها شأن كل الدول المحتلة سابقا، وجدت نفسها في حالة التبعية الاقتصادية الكاملة وعلى هذا الأساس اتخذت المؤسسة العامة كأسلوب للتنمية نتيجة لتكيفها مع الحياة الاقتصادية، ولكن هذه المؤسسة أثبتت نجاعتها في النشاط الاقتصادي والتجاري والصناعي والإجتماعي أكثر من اعتبارها مجرد أداة للتنمية لذلك تم اللجوء للمبادرة الأجنبية أين تمثلت هاته المبادرة في العقود المبرمة ما بين الدول والمؤسسات الخارجية والتي تمثل طائفة خاصة بفعل الخضوع للنظام القانوني الخاص والعام، إلا أن هاته العقود الدولية تخضع لقواعد خاصة لتواجد العنصر الأجنبي من جهة، وبسبب المصالح المتواجدة، وأخيرا صفة الأطراف من جهة ثانية، إلا أن شروط تنفيذ العقد تستلزم بعض القيود بالنسبة للطرف الأجنبي.¹

حصرت المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 مفهوم المصلحة المتعاقدة في الولاية، البلدية، الدولة، المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، أما المادة الثانية عرفت الصفقة العمومية بشكلها المكتوب، أما بالنسبة للمتعاقل المتعاقد فيمكن أن يكون وطنيا كما يمكن أن يكون أجنبيا.

¹. بن قفاط مايا، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 70.

من الملاحظ في إطار الصفقات العمومية أن معظم المتعاملين المتعاقدين الوطنيين يطمحون إلى إبرام عقود دولية عن طريق المناولة مع شركات ذات خبرة واعتمادية تكون شركات مناولة أجنبية، وذلك على حساب منتج المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين بحجة النقص في الاحترافية والصرامة والتحكم في النوعية أو نقص المعلومات .

إذ أصبح اللجوء إلى الخبرة الأجنبية ضمن عقود المناولة لاقتناء سلع وخدمات أو القيام بأشغال من قبل المؤسسات الوطنية أمراً حتمياً، ولعل هذا السلوك يحرم النسيج الوطني من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من النمو والاستفادة من الموارد الوطنية، بالإضافة إلى منعها من اكتساب الخبرة.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى المناولة الدولية أو الأجنبية يخضع بدوره إلى قيود ومعايير فهو لا يأتي على إطلاقه، فيشترط على المصلحة المتعاقدة وقبل قبولها للمناولة الدولية التأكد من عدم قدرة المؤسسات الوطنية على تنفيذ الجزء المراد مناولته، وذلك حفاظاً على المنتج الوطني وترقيته، وهو ما أكدته المادة 85 في فقرتها الثالثة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على أنه: "ومهما يكن الإجراء المختار، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتج المستورد، إلا إذا كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة، وبالإضافة إلى ذلك لا تسمح المصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها."

فعقد المناولة هو عملية وإجراء إستثنائي عن مبدأ التنفيذ الشخصي للخدمات والذي يسمح بدخول والتعامل مع مؤسسات وشركات متخصصة وكذا مع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في علاقة تعاقدية ثنائية تفرض في طياتها التنفيذ الشخصي للعقد¹، أين دعى المشرع الجزائري من خلال العديد من النصوص القانونية والتنظيمية إلى إشراك هاته المؤسسات وخاصة الوطنية منها في العمليات والمشاريع الضخمة التي تبرمها المصالح المتعاقدة ولعل أهمها هو القانون رقم 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الصادر بموجب اريدة الرسمية رقم 77 بتاريخ 15 ديسمبر 2001 وهذا في مادته 20 التي نصت على أنه: "تعتبر المناولة الأداة المفضلة لتكثيف

¹. BOULIFA (B.), Marché public, Manuel méthodologique, volume 1, Berti édition, 2015, p 267.

نسيج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، تحظى المناولة بسياسة ترقية وتطوير بهدف تعزيز تنافسية الاقتصاد الوطني".

وعليه فإنه على المصلحة المتعاقدة تكييف دفاترها وعقودها بطريقة تجعل من المؤسسات الوطنية ذات أولوية في عمليات الصفقات العمومية والمناولة، إلا في حالة استحالة هاته المؤسسات الوطنية وعجزها عن تقديم خدماتها وتلبية متطلبات الصفقة العمومية، ففي هاته الحالة يلجأ المتعاقد الأصلي إلى طلب العون من مناولين أجنبيين.

بالإضافة إلى ذلك، لا تسمح المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى المناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية احتياجاتها، كما أشار المرسوم إلى ضرورة إدراج ضمن دفتر الشروط أحكام تسمح بضمان التكوين ونقل المعرفة بالاتصال مع موضوع الصفقة للسماح برفع مستوى المؤسسات الجزائرية، ضف إلى ذلك فقد تم التأكيد على النص في دفتر الشروط في حالة المؤسسات الأجنبية، إلا إذا استحال ذلك وكان مبررا كما ينبغي، على ضرورة مناولة ثلاثين بالمائة (30%) على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

هذا في ما يخص المناولة الدولية، أما فيما يتعلق بالصفقة الدولية ومدى إمكانية لجوءها إلى المناولة الوطنية فإن لها قواعد وأحكام هي الأخرى، ففي حالة إبرام صفقة عمومية مع متعامل أجنبي فإن المشرع الجزائري وحرصا منه على ضرورة إدماج الإقتصاد الوطني وترقيته، فقد فرض على هذا الأخير إلزامية التعامل عن طريق المناولة مع شركات وطنية، الأمر الذي أكدته المادة 85 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر التي نصت على أنه :

"...وعندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية و/أو دولية، مع مراعاة حالات الإستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم، فإنه يجب عليها حسب الحالة أن:

- تعطي الأفضلية للإندماج في الإقتصاد الوطني وأهمية الحصاص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو إقتناء في السوق الجزائرية؛

- تنص في دفتر الشروط، في حالة المؤسسات الأجنبية التي تتعهد لوحدها، إلا إذا إستحال ذلك وكان مبررا كما ينبغي، بوجود مناولة ثلاثين في المائة (30%) على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري..."

يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة بالنسبة للمتعهدين الأجانب على التزام الاستثمار في شراكة النسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات أو الهيئات التابعة لها وكذا إلتزام التعامل عن طريق المناولة، وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقاً للزرنامة الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطأ من التعامل المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تقوم بإعداره بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعدار، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من التعاقد في الصفقات العمومية، أين سيكون في إمكان المصلحة المتعاقدة هنا إذا رأت ضرورة في ذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية التعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الوزير المعني،¹ وذلك استناداً على نص المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الإلتزام بالاستثمار في شراكة... إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الإستثمار لم يتجسد طبقاً للزرنامة الزمنية والمنهجية لخطأ من التعامل المتعاقد الأجنبي فإنها يجب أن تقوم بإعداره... بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدده الإعدار، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية... وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الإقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك... فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني..."

فالشراكة هي عبارة عن رابط تعاون مؤقت بين متعاقد أجنبي ومؤسسة أو أكثر خاضعة للقانون الجزائري بغرض تنفيذ عقد صفقة عمومية، فهي إلتزام قانوني يقع على عاتق المتعهدين الأجانب في إطار صفقات الأشغال، صفقات التوريدات، الدراسات والخدمات، وكذا الصفقات التي تمت عن طريق المناقصة أو التراضي.²

كما تجدر الملاحظة أن المرسوم الرئاسي الخاص بالصفقات العمومية قد أكد على ضرورة منح هامش للأفضلية بنسبة 25 % للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، (وثيقة مرفقة رقم V - الصفحة 314)

¹. www.ennaharonline.com article du 13/10/2017.

². BOULIFA (B.), Op.cit, p 111.

وتخضع الاستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، إلى جانب إدراج تدابير أكثر فعالية لحماية وترقية الإنتاج وأداة الإنتاج الوطنيين وكذا تشجيع المؤسسات المصغرة، فعندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرا على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيةها للمصلحة المتعاقدة، يتوجب على هذه الأخيرة أن تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وإعطاء أهمية للحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية، وبهذا يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدخل في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتج المستورد إلا إذا كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة.

ومن جهته فقد تطرق القانون المغربي بموجب مرسوم رقم 2.06.388 الصادر في 16 من محرم 1428 الموافق ل 5 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها في مادته 81 تحت عنوان "الأفضلية لفائدة المقولة الوطنية" على حالة الأفضلية لكن على سبيل التخيير وليس الأمر، وذلك بنصها على أنه: "قصد إجراء المقارنة بين العروض المتعلقة بصفقات الأشغال والدراسات المرتبطة بها، وبعد أن تكون لجنة طلب العروض أو لجنة المباراة قد حصرت لائحة المتنافسين الممكن قبولهم وأقصت المتعهدين الذين لا تطابق عروضهم المواصفات المطلوبة، وعندما تتقدم مقاولات أجنبية بتعهدات لهذه الصفقات، يمكن منح أفضلية للعروض المقدمة من طرف مقاولات وطنية".

تجدر الإشارة إلى أنه عمليا أصبح اللجوء إلى إبرام صفقات عمومية دولية أمرا في غاية الصعوبة والصرامة، فبعدما كانت المصلحة المتعاقدة سابقا تقرر إبرام صفقة وطنية و/أو دولية بنفسها والإعلان عنها في الجرائد والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMAP، أصبحت الآن مقيدة وليست مخيرة، إذ أصبح لزاما عليها تكوين ملف الصفقة وإرساله إلى وزير القطاع المعني الذي يقوم بدوره بإرساله إلى الوزير الأول الذي يبدي رأيه وقراره حول التصريح باللجوء إلى الصفقة الدولية أو لا وبالتالي حصرها في أن تكون صفقة وطنية.

ثالثاً: حالة وفاة أحد الطرفين

إن أهم تساؤل يطرح في مجال العقود الباطنية وبالأخص عقد المناولة في الصفقات العمومية هو ما أثر وفاة المناول الذي تم اختياره من قبل المتعامل المتعاقد والموافقة على مشاركته في العقد واعتماد شروط دفعه والذي تم الاعتراف بمؤهلاته وقدراته في المجال على سير عقد المناولة؟ ومن جهة أخرى نتساءل حول مصير وفاة المتعامل المتعاقد الأصلي على مكانة المناول الذي تمت الموافقة عليه؟ وما مدى إستمرارية عقد المناولة؟.

أ. وفاة المتعاقد الأصلي:

إن دفتر الشروط العامة الجزائري وكنظيره الفرنسي والمصري، لم يتطرق لحالة وفاة المتعامل المتعاقد ومدى تأثيرها على التعاقد من الباطن، كما أنه ومن جهة أخرى لم يتم الإشارة إلى هاته النقطة في تنظيم الصفقات العمومية ولا في القرارات الوزارية.

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التفرقة بين إذا ما تمت الموافقة على اختيار المناول من قبل المصلحة المتعاقدة قبل وفاة المتعاقد الأصلي، وإذا لم يحظى المناول بموافقة منها.

(1) في حالة ما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بالموافقة على المتعاقد من الباطن أو المناول وأقرت أنه تتوافر فيه الاعتبارات الشخصية التي تطلبها في المتعاقد الأصلي، ففي هاته الحالة لا تترتب على وفاة هذا الأخير انتهاء عقد المناولة، لاسيما إذا كانت المصلحة المتعاقدة قد سمحت لورثة المتوفي أي المتعاقد الأصلي بالاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية.

(2) أما في حالة قيام المتعامل المتعاقد بالتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ جزء من العقد دون الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة ثم توفي المتعاقد الأصلي، تقوم الإدارة بالخيار بين فسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يتطلب ذلك، أو السماح للمتعاقد من الباطن بمتابعة التنفيذ طالما أنه يتمتع بنفس الكفاءة،¹ غير أنه وفي الغالب يتم فسخ العقد ذلك أن المصلحة المتعاقدة لم تعلم بوجود المناول ولم توافق عليه أساساً.

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 383.

ب. وفاة المناول:

إن وفاة المناول في عقد المناول تطرح اشكالا هاما، فإذا كانت المؤهلات الشخصية للمتعاقد من الباطن محلا للاعتبار في عقد المناولة فإن الإتفاق ينتهي استنادا إلى النصوص القانونية المتعلقة بوفاة المتعاقد الأصلي وللقواعد العامة، أما إذا كانت مؤهلات المتعاقد من الباطن ليس لها اعتبار عند التعاقد ، فلا ينقضي التعاقد من الباطن من تلقاء نفسه، ولا يحق للمتعاقد الأصلي فسخه لهذا السبب إلا إذا لم تتوفر في الورثة الضمانات الكافية لحسن التنفيذ.¹

الفرع الثاني: مراحل التصريح بالمناول

لقد منح تنظيم الصفقات العمومية للمتعاقد امكانية تقديم والتصريح بالمناول في مراحل مختلفة من الصفقة العمومية وليس فقط في فترة معينة بذاتها وذلك في أي وقت باستثناء مرحلة الانتهاء من الأشغال وهو ما يستفاد من خلال نص المادة 143 المطة الأولى: " يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط الآتية: يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة ، ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة وقبول شروطه المتعلقة بالدفع طبقا للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية...." أين فتح له المجال لتقديم المناول للمصلحة المتعاقدة في فترتين والمتمثلتين في مرحلة التعهد ومرحلة التنفيذ:

أولا: مرحلة تقديم العروض

لقد أجاز التنظيم للمتعهد عند تقديم عرضه إلى المصلحة المتعاقدة تقديم متعامله الثانوي أو بالأحرى مناوله للمصلحة المتعاقدة في نفس الوقت ونفس العرض حتى قبل أن يتم منحه الصفقة والموافقة على عرضه وهذا في حالة علمه مسبقا باحتياجاته، وبالتالي يقع على عاتقه هنا ليس فقط تبيان نيته في اللجوء إلى المناولة من أجل تنفيذ الصفقة - التي من الممكن أن ترسى عليه - وإنما أن يبين ويحدد أيضا المناول أو المناولين الذين ينوي التعامل معهم بمجرد اسناد المشروع إليه.²

كما أنه يشترط على المناول في هاته المرحلة أن يقوم بعرض قدرات وكفاءات المناول حتى يتم تقييمها ودراستها من قبل لجان فتح الأطراف وتقييم العروض مع تنقيطها، الأمر الذي

¹. طارق سلطان، المرجع السابق، ص، ص : 383 - 384.

². PIELBERG (H.) , Op.cit, p.08

نستخلصه من خلال نص المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على أنه: " يجب أن تشمل العروض على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي.

يتضمن ملف الترشيح مايلي: كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين أو المتعهدين أو- عند الإقتضاء - المناولين :

أ / قدرات مهنية: شهادة التأهيل والتصنيف، إعتماذ وشهادة الجودة عند الإقتضاء؛

ب/ قدرات مالية : وسائل مالية مبررة بالحصائل المالية والمراجع المصرفية؛

ج/ قدرات تقنية : الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية."

وتأكيدا على ضرورة تبيان المناولين في مرحلة التعهد أضافت المادة 126 من تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر على أنه: " يجب على المتعاملين المتعاقدين ومناوليهم، أن يرصدوا الوسائل البشرية والمادية المصرح بها في عروضهم ما عدا الإستثناء المبرر، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الإلتزامات المتعهد بها في هذا الشأن."

يتضمن طلب الموافقة على المناول في هذه المرحلة إذا كان معروفا إجباريا البيانات التالية:

- تحديد المصلحة المتعاقدة فتحدد طبيعة وهوية الشخص المعنوي (دولة، بلدية، ولاية، المؤسسات ذات الطابع الإداري...)، العنوان أو المقر الاجتماعي، رقم الهاتف والمصلحة المعنية بمتابعة تنفيذ الصفقة - عند الإقتضاء-
- موضوع العقد الأصلي: أي تحديد طبيعة المشروع وعنوان الصفقة
- هوية المتعهد : يحدد الإسم واللقب إذا ما كان شخص طبيعي، الإسم التجاري في حالة شخص معنوي، المقر الإقتصادي أو العنوان، رقم الهاتف والبريد الإلكتروني.
- هوية المناول المقترح: يذكر الإسم واللقب إذا ما كان شخص طبيعي، الإسم التجاري في حالة شخص معنوي، المقر الإقتصادي أو العنوان، رقم الهاتف والبريد الإلكتروني، الطبيعة القانونية للمناول، رقم قيده في السجل التجاري
- طبيعة الخدمات المراد مناولتها للغير: فيبين بدقة قائمة الخدمات التي يتوقع منحها لمناوله
- المبالغ القصوى المتوقع دفعها مباشرة للمناول
- طرق التسوية والدفع وشروطه
- القدرات المهنية والتقنية والمالية للمناول

تجدر الإشارة إلى أن هذا الطلب يسمى في القانون الفرنسي DC4 وهو ما كان يعرف سابقا بـ DC13 (وثيقة مرفقة رقم VI - الصفحة 316)، فيجب أن يخضع كل متعاقد من الباطن أو مناول إلى هذا التصريح أما في حالة ما إذا كان هناك عدة مناولين يملأ التصريح أو الطلب بشكل فردي لكل مناول على حدة، دون أن يغفل أنه يشترط في هذا الطلب أن يرفق بتصريح محرر من قبل المناول أين يصرح ويقر بعدم وقوعه في حالة من حالات المنع من المشاركة في الصفقات العمومية وموقع من طرفه (وثيقة مرفقة رقم VII - الصفحة 322).

وعليه فإنه على المتعهد إضافة على الوثائق المذكورة سابقا تقديم المناول والتصريح به في نموذج خاص أين يتضمن بيانات أساسية وجوهرية متعلقة بالمناول وبالجزء المتصرف فيه، يعتبر هذا الطلب أو التصريح مهما جدا حتى ولو كان المتعهد لم يقيم باختيار مناوليه بعد¹، وفي هذا الإطار قامت وزارة المالية بالجزائر بإعداد نموذج يتضمن التصريح بالمناول أثناء إيداع العروض وذلك طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (وثيقة مرفقة رقم VIII - الصفحة 324).

ومن خلال ما سبق فإن أهم تساؤل يثار في هذه المرحلة هو في أي تاريخ يبدأ سريان مفعول طلب الموافقة على المناول؟

إذا قام المتعهد بتقديم مناوله خلال هذه المرحلة أي عند ايداع العروض فلا بد عليه من انتظار نتائج لجنة فتح وتقييم العروض وانتهاء هذه الفترة والإعلان عن منح الصفقة، ذلك أن العقد لم يوقع من قبل المصلحة المتعاقدة ولم يبلغ بعد للمعني، حيث أكد المنشور المتعلق بإصلاح المناولة في الصفقات العمومية - الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1979 السالف الذكر - أن طلب الموافقة يعتبر ساري المفعول ابتداء من تاريخ تبليغ الصفقة التي تتضمن الموافقة على المناولين²، كما نصت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أنه: " عندما يقدم الطلب في العرض أو التعهد، فإن تبليغ الصفقة يتضمن قبولا للمناول " ، وعليه نستنتج كيف أن لتبليغ الصفقة دورا في منح طلب الموافقة أجلا للسريان والذي يعني قبولا للمتعاقد أو بالأحرى المتعهد وللمناول على حد سواء.²

¹. إن هذا الشرط - إن صح التعبير - لا يقيد ولا يمنع المتعامل المتعاقد من اللجوء إلى مناولين آخرين أثناء تنفيذه للعقد غير أولئك الذين قدمهم في مرحلة إيداع عرضه.

². MODERNE (F.), Op.cit, p 82, 83.

غير أنه عمليا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن توافق على المتعهد الأصلي دون مناولة إذا رأت أن هذا الأخير لا يحوز على المؤهلات والقدرات التقنية والمالية الكافية التي تمكنه من القيام بالجزء الممنوح له، وعليه فإنها تقبل المتعهد وترفض المناول إذ ليست كل موافقة على مقدم العرض موافقة على مناولة بالضرورة وحتمية فهناك حالات تكون فيها جزئية فقط.

ثانيا: مرحلة تنفيذ العقد

لا يقتصر تقديم المناول فقط على مرحلة التعاقد إذ قد يصادف المتعامل المتعاقد الذي سبق منحه مشروع ما وتوقيع الصفقة معه مجموعة من العراقيل أو الإشكالات - إن صح التعبير - تجعله عاجزا نوعا ما من مواصلة تنفيذ العقد بمفرده أين يجد نفسه مضطرا إلى التعاقد مع متعاملين آخرين أثناء هاته المرحلة.

وعليه ومن أجل ضمان علم المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع بهذه الخطوة يتعين على المتعامل الأصلي القيام بتصريح خاص - يتضمن نفس البيانات التي يتضمنها الطلب المقدم أثناء مرحلة التعاقد - يرسله إلى المصلحة المتعاقدة بواسطة رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام، وبالتالي يتم إدراج عقد المناولة في عقد خاص أو ملحق ممضى من طرف كل من المتعاقد الأصلي والمصلحة المتعاقدة الذي يجمع البيانات والمعلومات التي يحتويها التصريح الخاص المقدم من طرف المتعامل المتعاقد وبالأخص طرق ومبالغ الدفع للمناول¹.

يتوجب على المتعامل المتعاقد في هذه المرحلة التصريح بعدم خضوعه لأي تنازل أو رهن للديون الناتجة عن الصفقة والتي من شأنها أن تشكل عائقا أمام الدفع المباشر للمناول والتي من الممكن أن تهضم حقوقه المالية.

بناء على كل ما تقدم فإنه أيا كان وقت تقديم المناول فإن ذلك يتم بصفة مماثلة تقريبا، فسواء كان ذلك عند إيداع العروض أو عند إبرام العقد أو عند تنفيذه، يتم عن طريق ارسالها مباشرة إلى المصلحة المتعاقدة مقابل اشعار بالاستلام أو عن طريق رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام، وعليه ففي كل المراحل يكتسي التقديم طابع تصريح كتابي. وبالتالي فإن اتباع هاته الاجراءات هو شرط اجباري وضروري لتمكين صاحبة الصفقة أي المصلحة المتعاقدة من قبول المناول أو المناولين، وتمكينها كذلك من بسط رقابتها وعلمها بمصير تنفيذ صفقاتها وهوية الأشخاص المتدخلين فيها.

¹. BRACONNIER (S.), Précis du droit des marches publics, 2^{ème} édition, Moniteur 2007, p 181.

المطلب الثاني: تسليم عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة

فيما يخص الإجراء الثاني والذي يشترط القيام به هو ضرورة تسليم نسخة من العقد الرابط بين المتعامل المتعاقد الأصلي والمناول والمتمثل في عقد المناولة إلى المصلحة المتعاقدة، تظهر أهمية هذا الإجراء في كونه يسمح لهاته الأخيرة بالاطلاع على محتوى العقد والنظر في مدى صحة وشرعية بنوده والتأكد من عدم وجود شروط تعسفية أو بنود إذعان قام المتعامل الأصلي بإدراجها في عقد المناولة.¹

يمكننا القول أن إجراء التسليم يوحى نوعا ما بنية المشرع الجزائري في بسط رقابة المصلحة المتعاقدة على العقود الواردة على صفقاتها، فبالرغم من عدم وجود أية علاقة تعاقدية بينها وبين المناولين واستقلاليتها عنهم إلا أنها تتدخل بصفة محتشمة في عقد المناولة سواء من حيث إبرامه أو نشوءه لتفرض بذلك نوعا من الرقابة بحكم ما تتمتع به من سلطات، وكذا حتى تطمئن للمناولين ولمسار تنفيذ مشاريعها وخدماتها.

نجد أن المشرع الجزائري أكد على هذا الشرط أو الإجراء من خلال نص المادة 143 مطة 03 التي صرحت بأنه: "تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد." وعليه نلاحظ أن هذا الإلتزام الملقى على عاتق هذا الأخير أي المتعاقد الأصلي ليس إختياريا يقوم به متى شاء وإنما هو إلزامي من أجل صحة عقد المناولة وصحة الإجراءات المتعلقة به.

إن إرسال نسخة من العقد إلى المصلحة المتعاقدة تبرره الرقابة التي تمارسها هذه الأخيرة على بنود عقد المناولة وخاصة المالية منها التي تربط كلا من المناول والمتعامل المتعاقد الأصلي، فتجدر الإشارة إلى أن هذا الإجراء لا علاقة له بالثقة التي يجب أن تضعها المصلحة المتعاقدة في هذا الأخير، وعليه فإن واجب الإعلام يجب أن يقع على جميع بنود العقد وكتيته وليس فقط الشروط المالية المرتبطة به.

وفي اجتماع قامت به الجمعية العامة للبرلمان الفرنسي صرحت بأن مسألة إرسال نسخة من عقد المناولة لصاحبة المشروع لا يطرح إشكالا في إطار الصفقات العمومية، ذلك أن جميع عقود المناولة يشترط أن يتم اعتمادها من قبل المصلحة المتعاقدة، وبهذه الطريقة تكون هذه الأخيرة على

¹. LABBOUZ (C.), L'exécution du marché journée d'étude sur les marchés publics de travaux, du 04 Avril 2017, organisée par l'Ecole National d'Administration (ENA), et AXES management à Paris, p 102.

علم مسبق بهذا الاتفاق فحقها في الحصول على عقد المناولة المبرم يعتبر تكملة لسلطتها في قبول المناول وإعتماده.¹

ومن هنا فإن إرسال عقد خاضع للقانون الخاص لشخص معنوي عام يطرح طابعا غير إعتيادي، وبالتالي فإن خطر التدخل الغير مبرر لشخص يعتبر من قبل الغير في علاقة تعاقدية لا تمت له بصلة هو خطر غير مستبعد.²

إن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا معيناً يتم التقيّد به من قبل المتعامل المتعاقد للقيام بهذا الإجراء وإنما ترك المجال مفتوحاً أمام هذا الأخير، غير أنه وفي حالة إكتشاف المصلحة المتعاقدة أن منطوق ومحتوى عقد المناولة لا يتطابق مع ما قام به المتعاقد من تصريحات مسبقة عند تقديمه للمناول، فإن لها الحق في أن تسعى إلى سحب الإعتماد الممنوح لهذا الأخير وتوقيع جزاءات وعقوبات على المتعامل المتعاقد من أجل تصريحه الكاذب.

في فرنسا عدم قيام المتعامل المتعاقد بتسليم عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة بدون سبب خلال أجل خمسة عشر (15) يوماً من إعداره يعرضه لعقوبات مالية تتمثل في غرامة تهديدية 1/1000 من مبلغ الصفقة، وفي حالة تجاوز هذا الأجل لشهر يتم تطبيق اجراءات الفسخ.³

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 108.

². Idem, p.p : 108 – 109.

³. LABBOUZ (C.), Op.cit, p 102.

المطلب الثالث: موافقة المصلحة المتعاقدة

إن أهم سؤال قد يطرحه أي دارس لنظام المناولة هو: هل للمتعاقد الحرية في اللجوء إلى هذا الأسلوب؟ هل يعتبر هذا النظام حقا مخولا لهذا الأخير يمارسه متى شاء وبدون قيود؟ أم أنه إجراء مقيد بضرورة الحصول على إذن مسبق لممارسة هذا التعامل؟

إن الأمر الأكيد الذي يمكن استنتاجه هو أن التنظيم والإدارة على حد سواء قد اتفقوا على الاعتراف بمبدأ حرية اللجوء إلى أسلوب المناولة، فهذا المبدأ تم تأكيده من قبل المشرع الجزائري والفرنسي من خلال العديد من القوانين والتعليمات والمناشير، والذي يطغى عليه شرط التصريح والموافقة المسبقة والذي هيمن طويلا على هذا الأسلوب في التعاقد.

حرية التعاقد أو حرية اللجوء إلى المناولة لا تعني أبدا حرية شروط وإجراءات هذا الأسلوب الإستثنائي، باعتبارها تسطر من قبل القوانين وتمنح للمصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع حق ممارسة الرقابة والتقييم الضروريين لتنفيذ الصفقة والنظر في مدى صحة المناولة ومشروعية الطلب وخاصة طلب الموافقة واعتماد شروط الدفع، فللمصلحة المتعاقدة بموجب القانون والتنظيم كافة الصلاحيات لرفض أو قبول المناول والتعبير عن رأيها فيما يخص اختيار هذا الأخير واعتماد شروط دفعه.¹

فالركيزة التي تقوم عليها عقود المناولة والتي تضمن صلاحيتها ومشروعيتها هي ضرورة موافقة المصلحة المتعاقدة على هذا الإجراء الإستثنائي باعتبار أن هذا التعامل ليسا حقا ممنوحا للمتعاقد يمارسه متى شاء وبدون قيود، وإنما يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تعاقد من الباطن يتم دون موافقة صاحبة المشروع، فمن اجل منح المناولة طابعا قانونيا وصحيا لابد من موافقتها على المناولة أين تعتبر موافقتها أساسية ولا مفر منها.

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 47.

الفرع الأول: السلطة المختصة بالموافقة

إن قبول المناول من جانب المصلحة المتعاقدة تم اعتباره من قبل الفقه على أنه " الحقيقة القانونية الوحيدة " *La réalité juridique unique*، وحتى ولو كان هذا التعبير أو التأكيد مفردا بعض الشيء إلا أنه يعكس أهمية هذه الشكلية التي تم تقيدها قانونا والتي تشكل نوعا من المشاركة والرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على صفقاتها.¹

ويبرر هذا التدخل باعتبارات نظرية وتطبيقية فمن المنطقي أن يحق لصاحبة المشروع معرفة ما إذا هناك شخص من الغير ينفذ صفقتها، و لا يجب استبعادها من التدخل في أسلوب المناولة ذلك أن من مصلحتها الاطمئنان على مشروعها ومعرفة الأيدي التي ستشارك فيه.

بناء على ما نصت عليه المادة 143 مطة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فإن موافقة المصلحة المتعاقدة عامل جوهري وذلك بنصها على ما يلي: " ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من قبل المتعامل المتعاقد، وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا...."

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو أين يطلب المتعامل المتعاقد الموافقة على طلبه؟ وبعبارة أخرى ماهي الجهة المختصة بالنظر في مدى شرعية وجدوى المناولة وبالتالي إبداء رأيها؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإننا نطبق قاعدة توازي الاختصاصات أين تكون الجهة المختصة بالموافقة على المناولة هي نفسها تلك التي تختص بإبرام العقد الأصلي، ذلك أنه من البديهي أن من يملك الأصل يملك الفرع، وأن من يمتلك سلطة إبرام العقد هو من يقرر مصير هذا الأخير ومنحاه، فالمادة 143 من المرسوم السالف الذكر والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحيلنا تلقائيا إلى نص المادة 06 من نفس المرسوم والتي تم حصرها في الهيئات التالية كل حسب نطاق اختصاصه :

- الدولة
- الجماعات الإقليمية (البلدية والولاية)

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 73.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة - كلياً أو جزئياً - بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وعليه فإنه لا يصوغ لأي هيئة ماعدا الهيئات السالفة الذكر والمسماة بالمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتقديم موافقتها على المناول، كونها هي صاحبة الإختصاص في عملية إبرام عقد الصفقة العمومية بينها وبين المتعامل المتعاقد.

الفرع الثاني: أشكال الموافقة وآجالها

بالرغم من أن التصرف الذي يلجأ إليه المتعامل مع الغير لتنفيذ التزاماته لا يخرج عن دائرة التعاقد أو الرابطة التعاقدية ولا يترتب آثاراً قانونية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أين يبقى ملتزماً تجاه دائنه ولا يؤثر في أي مركز من المراكز القانونية، فإنه من حق هذه الأخيرة والمتمثلة في صاحبة المشروع معرفة الشخص الذي تولى مهمة التنفيذ والقبول به أو رفضه.

إن شرط قبول المناولين ينزع إلى حماية حقوق المصلحة المتعاقدة وذلك بتمكينها من التعرف على المناول المراد منحه الصفقة وكذا النظر فيما إذا كان تدخل هذا الأخير من شأنه الإخلال بالتنفيذ الحسن والجيد، ومن جهة أخرى يعتبر هذا الإجراء فرصة لبسط نوع من الرقابة على الخدمات والأشغال التي من المفترض تنفيذها من قبل المتعامل المتعاقد إن كانت بالفعل يمكن أن تكون محلاً للمناولة¹ ، وكذا ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها في المراقبة والرقابة على الأعمال والتصرفات الواردة على عقد الصفقة العمومية والأيادي المتدخلة في تنفيذه.

وعليه وبمناسبة عرض المناول على المصلحة المتعاقدة لها الحق في قبوله أو رفضه وهذا راجع إلى سلطتها التقديرية وطبيعة العقد أو الصفقة، ذلك أن القانون اعترف لها بهذه السلطة لتقرير مصير مشروعها أو صفقتها، فنلاحظ أنه لم يتم اشتراط أي نوع من انواع الرقابة على قرار المصلحة المتعاقدة مما يعني ان قرارها أياً كان أو موافقتها كافية بحد ذاتها وهو

¹. Instruction N° 10-027, Op.cit, p 10.

ما جاءت به محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 27 جانفي 1957 بقولها: " ...فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، كذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الإلتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر..."¹

أولاً: الرد الصريح

بالرجوع إلى سلطة الإدارة في إصدار القرارات يمكن القول أنها مهما اتسعت فإنها ليست سلطة مطلقة، إذ تحدها اعتبارات قوامها توفير ضمانات للذين تمسهم هاته القرارات أين تحميمهم من احتمال تعسف الإدارة، ويعدّ احترام بعض الشكليات من أهم الضمانات اللآزمة لذلك، والقاعدة في هذا المجال أنّ الاستعانة بشكلية معينة تعبّر من خلالها جهة الإدارة عن إرادتها هي مسألة تقدرها الإدارة ذاتها، فلها أن تستعين بهذه الشكلية أو أن تغض الطرف عنها إذا ما اصطدمت بظروف حالت بينها وبين اتباع هذه الأخيرة، بيد أنّ هناك حالات تلتزم الإدارة فيها بإفراغ إرادتها في قالب وشكل معين وهي تلك التي يفرض فيها المشرع ذلك، أي أنّ مصدر الإلزام في قواعد الشكل هو القانون لهذا اعتبر البعض أنّ قواعد الشكل لم تفرض إلّا لتكون حاجزا موازنا لسلطات الإدارة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تمتع في هذا المجال بامتيازات وسلطات، فإنّ عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين والتنظيمات لإصدار تلك القرارات، فهي ضمانات لمنع تعسف الإدارة ومنع انحرافها في استعمال سلطاتها.²

ومفاد ذلك أنّ للإدارة أن تفصح عن إرادتها المنفردة صراحة أو ضمنيا، إذ تستشف إرادتها الضمنية من التزام المصلحة المتعاقدة الصمت تجاه طلبات المتعاملين معها، ولكن فرضية احتماء الإدارة وراء جدار الصمت وتجاهلها الرد على الطلبات المقدمة إليها قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصالح الأفراد، وشل قدراتهم على ممارسة بعض حقوقهم التي كفلها لهم

¹. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 440.

². دايم نوال، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة - ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير

2010 جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ص 3.

القانون وهذا في سبيل حماية المتعاقدين من تعنت الإدارة وتحقيق التوازن بين مصلحة هاته الأخيرة كسلطة عامة من جهة ومصلحة المتعاملين معها من جهة ثانية.

إن الاعمال الإدارية التي تقوم بها الادارة عامة والمصلحة المتعاقدة خاصة هي أعمال تشترط الشكلية والكتابة، وبما أن هذه القاعدة تنطبق على كل أعمال الادارة فإنه من الأجدر أن تكون قراراتها المتعلقة بالمناول مكتوبة وصريحة بدورها الأمر الذي لا يدع أي مجال للشك أو التأويل.

فقد استقر الفقه والقضاء على ضرورة موافقة جهة الإدارة على التعامل في العقد موافقة صريحة ومكتوبة، لأن هذا الأخير يعتبر بمثابة هدم للإعتبار الشخصي في العقود الإدارية¹ ، وبالتالي فإن الأصل في رد المصلحة المتعاقدة أن يكون مكتوبا تأكيدا منها على إمكانية قبول الإستثناء في التنفيذ أو لا ، وهو ما أكدته كذلك المطة الثانية من المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك بنصها على ما يلي: " ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من قبل المتعامل المتعاقد، وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما **وكتابيا...**".

وعليه نظرا لأهمية إجراء المناولة وتأثيره البالغ على مبدأ التنفيذ الشخصي فقد قرنه المشرع الجزائري بالقبول المسبق والكتابي الصادر عن جهة المصلحة المتعاقدة أين لم ينص عليه في إطار قانون الصفقات العمومية فحسب، وإنما شمله بالذكر أيضا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الذي جاء ضمن القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة عليه، وهذا بموجب المادة 11 تحت عنوان " حظر التنازل للغير أو المشاركة بدون إذن" أين جاء في منطوقها أنه " لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة".

إن شرط الكتابة يبرره انسام الالتزامات المتولدة عن العقد بالطابع الشخصي لتعلقها بشخصية المدين، لهذا وجب تنفيذها من المدين شخصيا ولا يجوز تنفيذها بواسطة الغير ولا التنازل عنها، فقد أعطى المشرع للدائن أي المصلحة المتعاقدة حق رفض الوفاء من غير المدين إذا كان التنفيذ العيني مقترنا بشخصية هذا الأخير أي المتعاقد معها، فمبدئيا تعد الموافقة

¹. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، المرجع السابق، ص 173.

الصريحة لهذه الأخيرة شرط ضروري عندما يتعلق الأمر بعقود تتضمن بطبيعتها عنصر الاعتبار الشخصي أو تلك المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن أو المناولة، فالقبول الصريح عنصر أساسي في هذه الحالة إذ يعتبر بمثابة تنازل عن الشرط أو الأصل وهو التنفيذ الشخصي، ونتيجة لذلك فإن جواز المناولة بالنسبة للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي متوقف على إذن صريح وكتابي من المصلحة المتعاقدة.

ليس هذا فحسب وإنما نجد أن الموافقة الصريحة لهذه الأخيرة تبررها أيضا حالة ما إذا كان العقد الأصلي المبرم يتسم بطابع السرية فيحدث أن تتضمن بعض الاتفاقات بندا يمنع على المقاول أو بالأحرى المتعامل المتعاقد وعماله من إفشاء المعلومات المتعلقة بالصفقة القائمة بينهما أو نشر بيانات عنها أو إعطاء أي مستند منها أو صورة عنها دون الحصول على موافقة كتابية مسبقة من المصلحة المتعاقدة، فالملاحظ أنه في هذه العقود تحرص المصلحة المتعاقدة على جعل الالتزام بسرية المعلومات ملقى على عاتق كل شخص يتصل بالعقد ومستنداته طيلة فترة قيامه وأحيانا حتى بعد انتهاءه، ومثال ذلك الصفقات التي تبرم من قبل وزارة الدفاع الوطني من أجل إنشاء مراكز عسكرية أو خدمات أو دراسات متعلقة بهذا الميدان لا يجب أن يعلم بها الغير والعديد من العقود المشابهة والمرتبطة بسيادة وأمن الدولة.

وعليه فإنه من الضروري أن تكون موافقة صاحبة المشروع على تدخل شخص غريب عن الصفقة موافقة صريحة لا لبس فيها نظرا لطبيعة المشروع السرية، مما يضمن الشكليات والشفافية في قرارات المصلحة المتعاقدة وتمكين المحاسب من ممارسة جميع أنواع الرقابة والتدقيق التي تقع على عاتقه في إطار دفع النفقات العامة .

ومن خلال ما سبق نخلص إلى القول أن موافقة المصلحة المتعاقدة تتخذ شكل عقد خاص مبرم وموقع من قبل كل من المتعامل المتعاقد، المتعامل الثانوي، والمصلحة المتعاقدة، فبمجرد موافقة هذه الأخيرة الصريحة على المناولة تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بينها وبين المتعامل الأصلي كاملة ومنتجة لكافة آثارها، أين لا يكون المناول أو المتعاقد من الباطن طرفا في هاته العلاقة، بل وجرى مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة 1953 على إنكار كل علاقة تعاقدية بين المناول والإدارة.

وهكذا لا يرتب مجلس الدولة الفرنسي على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن أو المناولة إلا نتيجة واحدة هامة، وهي أن تلك الموافقة الصريحة تجعل من المناولة طريقا مشروعاً

لتنفيذ العقد، ومن تم لا تستطيع الإدارة أن تنتكر له بعد ذلك وإلا تكون قد ارتكبت خطأ تعاقديا يوجب مسؤوليتها بالتعويض.

ومن تم يمكن القول بأن المتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة ترجع عليه في حالة التقصير وله وحده المطالبة بالحقوق المتولدة عن العقد ولا علاقة مباشرة بين المناول والإدارة إلا ما يرد به في نص صريح بين الأطراف.¹

ثانيا: الرد الضمني

إن الواقع العملي قد يوجد في كثير من الأحيان حالات أين لا ترد المصلحة المتعاقدة على طلب المتعامل المتعاقد فيما يخص تعاقد من الباطن أو مناولته لجزء من الصفقة وتلتزم بذلك السكوت، لكن المنظومة القانونية الجزائرية أو الإطار التنظيمي الخاص بالمناولة لم يتطرق لهذه الحالة بأي شكل من الأشكال واحتفظ لنفسه بالسكوت هو الآخر، رغم أن هذه الحالة واردة جدا في الإطار العملي، أما القانون الفرنسي فقد دقق في هذه المسألة وهذا المجال وذلك في إطار مادته 114 فقرة 4 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي التي تنص على أن السكوت المحتفظ به لمدة 21 يوما ابتداء من تاريخ استلام المصلحة المتعاقدة لكافة الوثائق المذكورة آنفا وطلب المتعامل المتعاقد المودع مقابل وصل استلام أو رسالة موصى عليها، يعتبر بمثابة قبول للمناول، فبانتهاؤ المدة المحددة يعتبر قانون الصفقات العمومية سكوت المصلحة المتعاقدة موافقة تامة *acceptation pure et simple*.

غير أنه لا مجال للموافقة الضمنية إلا إذا ما كان التصريح بالمناول مستوفيا لكل المعلومات والبيانات الأساسية ويتضمن كل الوثائق الضرورية.

لكن هنا يثور تساؤل حول مدى تطبيق هاته الأحكام على الواقع العملي الجزائري ففي ظل غياب أي نص صريح يتناول مسألة الرد الضمني، هل يمكننا الرجوع الى الأحكام العامة والمنصوص عليها في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أو تبقى هاته المسألة مجرد نقطة استفهام معلقة في الصفقات العمومية المبرمة؟.

إن من التقاليد الإدارية المستقرة في العديد من الدول النص على أنّ التزام الإدارة الصمت -خلال المدة المحددة لها- إزاء الطلبات المقدمة إليها تعتبر بمثابة قرار إداري ضمني بالرفض

¹. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 447.

« Le silence garde, pendant un délai déterminé, par l'autorité administrative saisie d'une demande vaut décision administrative »

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد منح من خلال المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقرارات الضمنية المتخذة من قبل الإدارة صفة الرفض مثله مثل العديد من التشريعات العربية والأوروبية في هذا السياق، ومن جهته قضى القانون المغربي الصادر في 10 ديسمبر 1993 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية بأنه " إذا التزمت الإدارة الصمت طوال 60 يوما في شأن طلب قدم إليها اعتبر سكوتها عنه - ما لم ينص قانون على خلاف ذلك - بمثابة رفض له، وللمعنى بالأمر حينئذ أن يطعن في ذلك أمام المحكمة الإدارية داخل أجل 60 يوما يبتدئ من انقضاء مدة ال 60 يوما المشار إليها أعلاه "

وفي ذات الاتجاه يسير القانون اللبناني وذلك من خلال المادة 68 من المرسوم الاشتراعي لمجلس شورى الدولة معتبرا سكوت الإدارة عن الرد رفضا للطلب.

وإذا انتقلنا إلى بعض التشريعات الأوروبية فإننا نجد نفس المبدأ فالمادة 94 من قانون الإجراءات الإدارية الإسبانية قضت بأن مضي ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم صاحب الشأن طلبه للجهة الإدارية دون أن تجيب عنه يعتبر بمثابة قرار ضمني بالرفض¹.

أما بخصوص التشريع الفرنسي فقد أصدر في عام 1900 قانون يوليو ليفسر من خلال المادة الثالثة منه أن صمت جهة الإدارة مدة أربعة أشهر بأنه قرار ضمني بالرفض، وفي نفس السياق سار قانون مجلس الدولة ثم جاء مرسوم 11 يناير 1965 ليضع من خلال مادته الأولى مبدأ عاما يفسر سكوت الإدارة لمدة 04 أشهر دون أن تجيب عن الطلب المقدم إليها بمثابة قرار ضمني بالرفض.

« Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité vaut décision de rejet ».

ولم ينحرف المشرع الفرنسي عن مسلكه فيما صدر من تشريعات لاحقة ولم يغير أو يتنازل عن موقفه ونظرتيه واستمر هذا الوضع حتى صدور القانون رقم 2000-321 بتاريخ 12 أبريل 2000 الذي قام بتقليص المدة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة بعدما كانت مقدرة بأربعة أشهر (04) أصبحت شهرين (02) حيث تنص المادة 21 منه على:

¹. دايم نوال، المرجع السابق، ص 12.

« Le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet ».

يخضع قبول المناول في القانون الفرنسي للسلطة التقديرية لصاحب المشروع الذي يمكنه رفض القبول استنادا إلى المعلومات المتوفرة لديه، فإذا رأى أنّ العقد الفرعي سيبرم بشروط مالية ضخمة بالمقارنة مع تلك المبرمة في إطار عقد الصفقة الأصلي، حق له الرفض حتى ولو كان ذلك ضمنيا.

فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي بمقتضى قراره الصادر في 29 يوليو 1969 أن هناك مبدأ عاما في النظام القانوني الفرنسي فحواه أن التزام الإدارة السكوت يولد قرارا إداريا ضمنيا بالرفض، في حين ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الغالب إلى أن النص في القانون الفرنسي على أن مضي مدة معينة (أربعة أشهر) على تقديم الطلب دون رد من جهة الإدارة المقدم لها الطلب يولد قرارا ضمنيا بالرفض، إنما يعتبر قاعدة إجرائية يمكن للإدارة مخالفتها بالنص في المرسوم أو اللائحة على اعتبار السكوت مدة معينة (تحدد في المرسوم أو اللائحة) بمثابة قرار إداري ضمنيا بالموافقة.

إن الاختلاف بين المجلس الدستوري ومجلس الدولة له آثاره العملية خاصة أن هذا الرأي للمجلس الدستوري قد تم تأكيده تشريعا بمقتضى المرسوم الصادر في 28 نوفمبر 1983 الذي جعل المبدأ العام في القانون الفرنسي أن سكوت الإدارة لمدة معينة يولد قرارا ضمنيا بالرفض.

أما الفرع أو الاستثناء هو تكييف قراراتها في حالة السكوت في مجال الصفقات العمومية بمثابة قرار بالقبول.

تجدر الإشارة أن القانون الجزائري ترك المجال مفتوحا، فرجوعا إلى نص المادة 380 فقرة 02 التي تنص على أن سكوت الإدارة لمدة شهرين يعتبر قرارا ضمنيا بالرفض، نجد أنفسنا أمام ثغرة في مجال قانون الصفقات العمومية ليبقى السؤال معلقا حول ما مدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة على هاته الأخيرة أو بالأحرى على مجال المناولة، فهل يتم اعتبار سكوت المصلحة المتعاقدة عن الرد في القانون الجزائري بمثابة قبول ضمنيا مثل ما هو منصوص عليه في التشريع الفرنسي في إطار قانونه المتعلق بالصفقات العمومية، أو رفض ضمنيا مثل ما هو الحال في قانون الاجراءات المدنية والإدارية والعديد من تنظيمات الدول العربية والأوروبية؟.

سؤال ظل مطروحا إلى حين إجابة المشرع الجزائري والتنظيم عنه بموجب مواد وأحكام قانونية في الصفقات العمومية تسد هذا الفراغ وتضع حدا فاصلا له، لكن في نظرنا

حالة سكوت المصلحة المتعاقدة عن الرد يجب أن تفسر بناء على الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في مادته 380 والتي تجعل من حالة سكوت الإدارة قراراً ضمنياً بالرفض.

الفرع الثالث: حالة رفض المناول

بما أنه للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في قبول المناول واعتماد شروطه فإنها تملك من جهة أخرى سلطة رفضه إذ يمكن لهاته الأخيرة أن ترفض طلب المتعامل المتعاقد فيما يخص مناولته للصفقة لشخص ثالث وذلك استناداً لعدة أسباب، غير أنه يجب أن يكون الرفض صريحاً كما يشترط فيه أن يكون مسبباً، لكن يثور التساؤل حول مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على المناولة وما هي الحالات التي تسمح لهاته الأخيرة باللجوء إلى الرفض؟

إن المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد يجد أحكاماً كثيرة فيما يتعلق بعقود الصفقات التي تبرز فيها الصبغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة بروزاً ملموساً أين تتضح المبادئ التالية:

- إن الملتمزم إذا تقدم إلى الإدارة بطلب الموافقة على المناول، فيجب عليها أن ترد عليه في ميعاد مناسب *dans un délai raisonnable* ومن تم فإنه لا يجديها نفعاً أن تلزم جانب الصمت.
- لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض بل يجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، فإن حدثت وان تذرعت بأسباب غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من القاضي على إلغاء القرار الصادر برفض الموافقة¹، كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة أو الحكم بتعويض الأضرار التي تلحقه من جراء هذا الرفض².

فحق الإدارة في رفض المناولة مندرج ضمن باب سلطتها التقديرية والتي هي مشروطة بدورها بحسن استعمالها ومقيدة باستهداف الصالح العام دائماً، أين يجب أن يستند رفضها إلى أسباب معقولة متعلقة بضعف كفاءة من يرغب المتعاقد الأصلي مناولته الصفقة سواء

¹. حكم المجلس الصادر في 08 مارس 1944 في قضية *commune de Balaguère* وفي 01 يوليو 1949 في قضية *Cie Guedeeloupéenne*، مقتبس من كتاب سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 446.

². حكم المجلس الفرنسي الصادر في 13 نوفمبر 1908 في قضية *Wuillaume* وحكمه الصادر في 20 مارس 1942 في قضية *Dame Vue Bastil* مقتبس من كتاب سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 446.

من الناحية المالية أو الفنية، أو أن الصفقة العمومية يطغى عليها الطابع الشخصي من جميع جوانبها.

ينبغي أن يكون عدم سماح الإدارة للمتعاقد بمناولة الصفقة التي أبرمها معها رفضاً أساسه الحرص على تحقيق الصالح العام وليس التعسف في استعمال السلطة أو رفضاً لمجرد الرفض، لاسيما وأن مثل هذه المعاملات ضرورة تفرضها الرغبة في الوصول إلى أعلى معدلات الجودة في الأداء في بعض العقود الإدارية مثل عقد الأشغال العامة الذي تتنوع فيه الأعمال ومنها ما يحتاج تنفيذها إلى خبرات خاصة أو تقنيات عالية قد لا تكون متوفرة لدى المتعاقد المتعاقد الأصلي في بعض أجزائها الأمر الذي يعجزه عن الوفاء بالتزامه أو قد يضطره إلى الوفاء به على نحو ما لا ينبغي.¹

وفي هذا الصدد ما جاء به قرار مجلس النقض الفرنسي رقم 03-15409 الصادر بتاريخ 02 فيفري 2005 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء Aix-en-Provence الذي تتلخص وقائعه في أن الشركة HLM والتي هي شركة إسكان ذوي الدخل معتدل (Proletazur) صاحبة المشروع قامت بعقد عن طريق المناقصة صفقة من أجل إنشاء مشروع عقاري مع شركة SENEK وتوقيع العقد معها، حيث أن هاته الأخيرة قامت بتبليغ قائمة ثلاث مقاولين بما فيهم مؤسسة الطلاء شركة (ETP) Toulonnaise لشركة HLM مع منح المؤسسة ETP مسؤولية تنفيذ الجزء المتعلق بالطلاء مما يجعلها مؤسسة مناولة في حين قامت المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع برفض اعتماد هاته الأخيرة وعدم قبولها، الأمر الذي دفع بمؤسسة ETP باللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتعويض من جراء الرفض التعسفي للمصلحة المتعاقدة والتي عادت بدورها على المتعاقد المتعاقد شركة SENEK .

ومن هنا قام مجلس القضاء وكذا محكمة النقض برفض الطعن مستنديين على أساس قانوني وهو أن حق المصلحة المتعاقدة في رفض قبول المناول هو حق تقديري واعتباطي يجعل من ممارسته غير خاضعة لأي رقابة قضائية إلا في حالة اتفاقات وتواطؤ احتيالي بين كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد المتعاقد، وعليه لا يمكن للمناول الرجوع على المصلحة المتعاقدة بسبب رفضها له.

¹. عبد المنعم عبد العزيز خليفة المرجع السابق، ص 176.

الفرع الرابع: حالة سحب الموافقة

بما أن القانون خول للمصلحة المتعاقدة صلاحية وسلطة الموافقة أو الرفض على طلب المتعامل المتعاقد فيما يخص المناولة، فإن أول سؤال يتبادر إلى أذهاننا هو أنه هل يحق لهاته السلطة أن تتراجع عن قراراتها المتعلقة بالموافقة وسحبها؟ وهل تعتبر قراراتها قطعية لا رجعة فيها بحكم فعاليتها وما مدى تأثيرها على العلاقة التعاقدية؟

على الأرجح أنه - ومن خلال ما يفرضه الواقع العملي - فإنه لا شيء يمنع المصلحة المتعاقدة من سحب قرارها المتعلق بالموافقة، سواء بإرادتها المنفردة وبمبادرة منها لأسباب متعلقة بنشاط المناول أين تكون نشاطاته وأعماله غير مقنعة وغير كافية فقد يحدث أن توافق هذه الأخيرة على إدخال مناول ما في علاقة تعاقدية لكنها تكتشف فيما بعد بطريقة أو بأخرى أنه لا يحوز على المؤهلات أو أن نشاطاته التي اعتاد ممارستها غير مرضية أو بالأحرى غير مقبولة أو أن يتبين لها فيما بعد أنه ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية أو تسري بحقه حالة من حالات المنع فإلحاح في هاته الحالة يتخذ بعداً آخر كونه مرتبط بأعمال المناول.

ويحدث أحيانا أن تقدم على سحب القرار ليس بمبادرة منها وإنما بمبادرة من المتعامل المتعاقد الأصلي الذي قد يكون غير راض عن تدخل المناول في الصفقة أو يصبح مستاء أو غير مقتنع بأعمال المناول كظهور مشاكل في الصفقة بسبب طريقة التنفيذ التي يقدم عليها المناول، أو حصول نزاعات ومناوشات بينهما.

فيعتبر سحب القرارات بإزالة وإنهاء الآثار القانونية والتصرفات الإدارية وإعدامها بأثر رجعي بالقضاء على آثارها في الماضي منذ تاريخ وجودها وإصدارها وبالنسبة للمستقبل بصورة تجعل هذه القرارات والتصرفات كأنها لم توجد أو لم تصدر أصلاً، باختصار يمكن القول أن سحب القرار يقصد به إلغاءه بأثر رجعي من قبل الجهة الإدارية المختصة بحيث يعتبر التصرف المسحوب كأن لم يكن.

إلا أنه ومن أجل منح السحب طابعا قانونيا يتعين أن يتم صدور القرار المسحوب من قبل السلطة المختصة، فهذه الأخيرة يجب أن تكون السلطة ذاتها التي أصدرت القرار المراد سحبه أي تلك التي أبدت رأيها بالموافقة، ذلك أن الجهة الإدارية مصدرة القرار وحدها من تملك ودون غيرها أن تعيد النظر في قرارها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل، ومثال ذلك أن تكون بلدية وهران مصدرة قرار الموافقة على مناولة في صفقة عمومية متعلقة

بخدمات لفائدتها، وتقوم بعد ذلك بلدية أخرى بسحب قرار الموافقة الذي لم يصدر عنها أساساً.

كما أنه ومن جهة أخرى لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقدم على سحب الموافقة متى أرادت وإلا اعتبر تصرفها تعسفاً في حق المتعاقد الفرعي أو المناول، وعليه فإنه لا بد من الإشارة إلى أن قرارات الموافقة على تدخل هذا الأخير هي قرارات منشأة لحقوق لفائدة المناول والمتمثلة في قبوله واعتماد شروط الدفع المباشر *acceptation du sous-traitant et agrément de ces conditions de paiement* وبالتالي فإن هذا النوع من القرارات أي السحب سيمس بهذا المركز.

نتيجة لذلك وبما أن سحب قرار الموافقة يمس بحقوق المناول كون أن الموافقة بحد ذاتها تنشأ حقاً له، فإن قرار السحب يجب أن يكون محل تسبب وذلك تطبيقاً للقواعد العامة المتعارف عليها والمتعلقة بتسبب القرارات الإدارية الخاصة بالرفض - وتحسين العلاقة بين الإدارة والخاضعين للإدارة - التي تنص صراحة على ضرورة تسبب القرارات المنشأة للحقوق، كما أنه تجدر الإشارة إلى أن إصدار قرار بسحب الموافقة لا يتم إلا بعد استدعاء المعني وسماع ملاحظاته الكتابية ومبرراته للدفاع عن موقفه.¹

لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك أين أقر أنه حتى يكون قرار السحب صائباً ومنتجاً لآثاره فإن على الإدارة التي تنطق بقرار سحب موافقتها الصريحة على مناول ما واعتماده أن تتقيد بمدة زمنية محددة وهو ما جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 أكتوبر 2001 Ternon والذي جاء في فحواه أنه: "حيث أنه وبناءً على الأحكام التشريعية أو التنظيمية المخالفة والخارجة عن النطاق الذي يكون فيه طلب المستفيد مستوفياً لجميع الشروط ومُرضياً، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة سحب قرار فردي صريح منشأً لحق، إن كان غير مشروع، إلا خلال أجل أربعة (04) أشهر الموالية لصدور القرار".

« Considérant que, sous réserve de disposition législatives ou réglementaires contraires et hors le cas où il est satisfaite une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirée une décision individuelle explicite créatrice de droit si elle est illégale, que dans le délais de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

¹. PIELBERG (H.), Op.cit, p 13.

فبمعنى آخر فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسحب قرار الموافقة والاعتماد إلا خلال أجل أربعة أشهر من تاريخ اتخاذه ولا يحق لها ذلك بعد المدة المحددة تحتسب سواء من تاريخ إبرام العقد إن تم تقديم المناول في مرحلة تقديم العروض في عرض المتعامل المتعاقد، أو من تاريخ توقيع العقد الخاص أو الملحق إن تم تقديم المناول بعد إبرام العقد الأصلي.

هذا فيما يخص القرارات الصريحة، أما فيما يخص القرارات الضمنية - فإنه بناء على القانون الفرنسي الذي يعتبرها قرارات بالموافقة، لا يمكن أن يتعدى الأجل شهرين من تاريخ ظهور القرار الضمني (قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1997 (Laubier).¹

الفرع الخامس: الرقابة القضائية على موقف المصلحة المتعاقدة

إن الأعمال الصادرة عن المصلحة المتعاقدة والتي من الممكن أن تكون محل رقابة قضائية تتمثل أساسا في: قرارات قبول المناول التي يمكن أن يتم الطعن فيها من قبل الغير، قرارات الرفض وسحب الموافقة، فهذه الأخيرة والتي تصدرها المصلحة المتعاقدة في حق المناول تُعرض لرقابة القاضي وذلك إستنادا على القواعد الخاصة بالطعون لتجاوز السلطة، باعتبار أن قرارات الرفض تكيف على أساس أنها أعمال انفرادية خالية من أي دلالة تعاقدية، وعليه يعتبر الطعن هنا طعنا كلاسيكيا يستند إلى تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري الذي يختص بالنظر في دعاوى الإلغاء وتقدير المشروعية ضد القرارات التي تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها، وذلك استنادا على نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

بما أن المصلحة المتعاقدة تملك إمتيازات السلطة العامة وتحوز بين يديها على سلطة التقرير فيما يخص قبول أو رفض المناولين، كان لابد من فرض نوع من الرقابة القضائية على هذه السلطات والنظر في مدى مشروعيتها، فعلى حسب العديد من رجال القانون فإن " قرار الرفض لا يمكنه بطبيعة الحال إلا أن يكون خاضعا للرقابة على أساس تجاوز السلطة إن كان يشوبه خطأ في الوقائع أو في تطبيق القانون أو الإنحراف بالسلطة أو الخطأ في تفسير القانون..."².

وكخاتمة عن هذا الباب يمكننا أن نقول أن عقد المناولة عقد إستثنائي بحد ذاته، متميز عن جميع العقود الأخرى وخاصة المشابهة له سواء من حيث ماهيته أو إبرامه

¹. PIELBERG (H.), Op.cit, p 13.

². MODERNE (F.), Op.cit, p .100.

وخصائصه وحتى طبيعته القانونية، ذلك أنه يرد على عقد أصلي سابق له في الإبرام يكون الطرف الرئيسي فيه هو المصلحة المتعاقدة باعتبارها السند الأساسي للصفقة العمومية.

وعليه فإنه ونظرا لخصوصية هذا النظام فقد نظمه المشرع الجزائري بمجموعة من الشروط والشكليات التي تتماشى وطابعه الخصوصي، والمرتبطة أساسا بمرحلة إبرام عقد المناولة منذ إختيار المناول إلى غاية منحه عقد المناولة والموافقة عليه من قبل المصلحة المتعاقدة.

الباب الثاني: آليات الحماية في المناولة

رغم الدور الهام الذي تلعبه المناولة في تحسين وتطوير القدرات الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية والتجارية وغيرها، ومساهمتها الفعالة في تكثيف النسيج الصناعي والتجاري والإقتصادي وكذا رفع مستوى الرفاهية الاجتماعية من خلال تخفيض نسبة البطالة وزيادة فرص التشغيل، وبالتالي تحقيق تنمية اقتصادية تسمح بالاندماج شيئاً فشيئاً في الاقتصاد العالمي، ورغم أن الصفقات العمومية - كما سبقت الإشارة - تعد عقوداً إدارية هامة على مستوى جميع الميادين، والتي تجيز تدخل طرف ثالث في العلاقة التعاقدية التي تجمع كلا من المتعامل المتعاقد الأصلي والمصلحة المتعاقدة، إلا أن الواقع العملي أظهر أن قطاع المناولة مازال يعاني من بعض المشاكل يمكن إجمالها في تدني العلاقة بين الأمرين بالأعمال أو بالأحرى المتعاملين المتعاقدين والمناولين بالإضافة إلى مشاكل الأسعار والتأخيرات في الدفع ناهيك عن المشاكل التي قد تحدث أثناء التنفيذ إلى غير ذلك.

ومن هنا فإن أول ما يتبادر إلى الذهن أن تدخل شخص آخر له تأثير على هاته العلاقة الثنائية فهو لا يجعل منه طرفاً رئيسياً بقدر ما يكون متدخلاً لتنفيذ جزء من العقد بدليل عدم ارتباطه مع المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة بأي رابط تعاقدى أو علاقة مباشرة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول الضمانات التي يتمتع بها والحقوق التي تضمنها له الصفقة.

وبالتالي فإن هذه الوضعية التي تعيشها المؤسسة المناولة قد أثرت كثيراً على استقرار الصفقات على الصعيد المحلي، وتراجع في المبادلات الاقتصادية على الصعيد الدولي مما حتم على المشرع التدخل على مستوى الصعيدين من أجل ضمان حماية قانونية للمناولين والمتدخلين في الصفقات العمومية وضمان حقوقهم التي يمكن أن تهضم - وتهضم فعلاً في الواقع العملي والتطبيقي - ومن جهة أخرى حماية المصلحة المتعاقدة وكذا المال العام الذي يعتبر عاملاً أساسياً ومهماً في جميع العلاقات التعاقدية المبرمة عن طريق الصفقات العمومية، وهذا من خلال سن قوانين والأحكام وتكريس مجموعة من الآليات والأساليب التي تعنتي بتنظيم هذا المجال وخاصة مجال المناولة وترقيتها.

كما أنه ومن جهة أخرى وبما أن المناولة تعد طريقاً استثنائياً في التعاقد أو بالأحرى في التنفيذ، فإنه يشترط على المشرع التدخل في هاته المجالاً من أجل تحديد المسؤوليات خاصة وأن المناول لا يعتبر طرفاً في العلاقة التعاقدية بقدر ما يعد متدخلاً في التنفيذ، كما أنه كان لزاماً على التنظيم كفل حماية سواء بالنسبة للمتعامل المتعاقد أو مناوله من جهة والمصلحة المتعاقدة من

جهة أخرى في حالة نشوب نزاعات مستقبلية أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أو مرحلة الإنتهاء من التنفيذ.

وللإجابة على هاته الإشكالات القانونية التي تطرحها عقود المناولة فإننا فضلنا تقسيم هذا الباب إلى قسمين أو بالأحرى فصلين، تضمن الفصل الأول دراسة شاملة لموضوع الضمانات المالية التي يمكن أن يحضى بها المناول والتي من خلالها يتم كفل حماية قانونية للمال العام وضمان عدم إهداره والتعسف في استعماله، كما تضمن الأجهزة والآليات التي استحدثتها المشرع الجزائري من أجل ترقية نشاطات المناولة وحمايتها.

كما تطرقنا في الفصل الثاني من هاته الدراسة إلى تحليل موضوع المسؤولية خاصة وأنه بنظر المصلحة المتعاقدة يعتبر المتعامل المتعاقد هو الكافل لمناوله ولحسن التنفيذ والمسؤول أمامها، ومن جهة أخرى تطرقنا إلى حالة النزاعات وطرق حلها والجهات المختصة في ذلك.

الفصل الأول: الآليات التشريعية والمؤسسية المتخذة

لقد سعى المشرع الجزائري بعد تفتنه إلى قيمة وأهمية العقود الإستثنائية وخاصة تلك المتعلقة بمناولة قسم معين من الصفقة، إلى الاهتمام قانونا بهذه الأساليب وإعطائها القيمة القانونية التي تستحقها من خلال ضمان أحسن التطبيقات والتجسيّدات على أرض الواقع.

بما أن المتدخلين في إنجاز الصفقات العمومية عادة ما يكونون الحلقة الأضعف في سلسلة العقود وخاصة عقود الصفقات العمومية، فإن القانون أخذ بعين الاعتبار فكرة كونهم مستضعفين في علاقة تعاقدية لا مكان لهم فيها ولا نفوذ، أين يسعى كافة الأطراف إلى تهميشهم نوعا ما وهضم حقوقهم الأمر الذي استدعى التدخل بطريقة صارمة وخلق منظومة قانونية تتولى حفظ ورعاية هاته الحقوق والامتيازات من خلال الاعتراف لهم بضمانات وأجهزة تكفل حقهم في مجال تنفيذ الصفقات العمومية وتدافع عنها.

إن الغاية من وراء تشديد المشرع الجزائري في شروط وإجراءات اللجوء إلى أساليب استثنائية لتنفيذ عقود الصفقات العمومية، لم يكن سدى وإنما بهدف حماية المتدخلين سواء من الناحية المالية أو القانونية أو التعاقدية، أين أقر لهم بحقوق وعلاقات استثنائية - إن صح التعبير- تعد ضمانا لهم لقاء الخدمات والأشغال التي قاموا بها، كحقهم في التمتع بعلاقة تعاقدية مباشرة تنصب حول جانب مالي محض مع المصلحة المتعاقدة، وكذا عن طريق إستحداث أجهزة وسلطات تحميهم وتعنى بترقيتهم ودعمهم.

لكن الجانب الأهم والأساسي في هاته الحقوق يقابله إلتزام معين وواجب مهم يتعلق بضرورة إحترام القواعد والإجراءات التي سطرها المشرع في هاته الأساليب وخاصة أسلوب المناولة، فلا يعقل لمناول ما أن يطالب بحقوقه في حين أنه لم يحترم الشروط التي تحدد كفيات تدخله، أو تدخل في تنفيذ الصفقة العمومية بطريقة غير شرعية وغير قانونية، ذلك أن هناك ارتباطا وثيقا بين اجراءات إبرام المناولة والضمانات التي تمنحها هذه الأخيرة، أو بالأحرى بين الإلتزامات والحقوق ذلك أن حقوق المناول ترتبط أساسا بمدى إحترامه للإجراءات والشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس يطرح إشكال هام حول مدى تمتع هذا المناول بالضمانات المخولة قانونا.

المبحث الأول: الحماية المالية للمناول

متلما هو الحال في كافة العقود التي تنتج آثارا بالنسبة لجميع الأطراف فإنه من البديهي أن يترتب على عقد المناولة - هو الآخر- نتائج وآثار، لكن هاته الأخيرة تختلف بالنظر إلى طبيعة عقد المناولة إذا ما كان مشروعا وقد احترم جميع الإجراءات والشروط المنصوص عليها قانونا والتي قمنا بتفصيلها في إطار دراستنا للمجال الإجرائي الذي ينحصر فيه هذا النوع من العقود وذلك في الفصل الثاني من الباب الأول، فتدخل مناوول أو طرف ثالث في علاقة تعاقدية تجمع بين صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد - بعد استنفاد جميع الإجراءات المنصوص عليها قانونا من تصريح واعتماد وغيرها- لا يعني بالضرورة محو حقوق هذا الأخير بل يكون له نظام قانوني يترتب عنه أثر مالي.

إذ يعد تدخل المناول في الصفقة العمومية وسيلة من أجل مساهمة هذا الأخير في الصفقة العمومية وكذا في اقتضاء مقابل مالي جراء الخدمات المقدمة من قبله وتمتعه ببعض الحقوق المالية.

وعليه فيما تتمثل هاته الحقوق وكيف يتم تطبيقها والاستفادة منها؟

المطلب الأول: إجراء الدفع المباشر للمناول

إن الإمتيازات المعترف بها للإدارة والمتمثلة في امتياز السلطة العامة وحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة وإمتياز توقيع الجزاءات والغرامات وكذا تعديل الصفقة العمومية، هي امتيازات هامة جدا في مجال إبرام العقود والتي يشترط فيها حسن استغلالها وعدم التعسف فيها، لكن في المقابل تقع على عاتقها التزامات لا تقل أهمية عن امتيازاتها، بحيث يكون من الصعب إن لم نقل من المستحيل إيجاد أطراف تقبل التعامل والتعاقد مع هاته المصلحة المتعاقدة لو كان الأمر غير ذلك.¹

يعتبر هذا الحق أي الحق المالي من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد، لأن الهدف الأساسي والرئيسي من وراء إبرام المتعاملين المتعاقدين لعقود مع هاته الأخيرة هو تحقيق عائد مادي مجز والحصول على إمتيازات مالية وتحقيق الربح، من خلال المكاسب المالية التي يحصلون عليها من خلال من تنفيذ العقد، بعد تغطية ما يتكبذونه من نفقات وتكاليف، وبالتالي فإن

¹. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 296.

المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق تتصل أساسا بالجانب المالي كحقه في اقتضاء مقابل الأعمال والأشغال والخدمات والدراسات التي قام بها.

الفرع الأول: الأحكام العامة للمقابل المالي

يعرف الثمن على أنه المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعاقد مع الجهة الإدارية مقابل ما يقدم لها من سلع وخدمات، ويتم تحديد الثمن في أغلب عقود الإدارة بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد.

تجدر الإشارة إلى أنه يجوز الدفع بعدم التنفيذ لتوقف الإدارة عن سداد مستحقات التعاقد، وفي هذا الإطار يتم الخروج عن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ ذلك لأن الإدارة أخلت بالتزام أساسي لا يستمر التنفيذ بدونه بأن امتنعت دون مبرر عن سداد مستحقات المقاول أو المتعامل المتعاقد عما أداه من أعمال تنفيذا لتعاقدته، متى كانت المبالغ كبيرة تؤثر في إمكانية استمرارية التنفيذ، ويتعارض موقف الإدارة هنا مع مبدأ حسن النية الواجب تنفيذ العقود الإدارية في إطاره.

تأكيدا لذلك ذهبت المحكمة العليا بالمغرب إلى أنه: " إذا تقاعست الإدارة أو أهملت في تنفيذ التزام جوهرى في العقد، بعدم سداد مستحقات المقاول عما تم من أعمال بلغت مبلغا كبيرا، فإن توقف المقاول عن التنفيذ أو استكمال الأعمال، إنما يرجع إلى خطأ جهة الإدارة بعدم صرفها مستحقاته، فإن المقاول لا يكون قد أخطأ، وإنما خطأ الإدارة هو السبب الجوهرى في توقف الأعمال ... الأمر الذي لا يصلح معه هذا التوقف سببا لسحب الأعمال من المقاول"¹.

يعتبر هذا الأمر ضمانا لحقوق المتعامل المتعاقد المالية، فرجوعا إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري نجدتها تنص في المادة 119 على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"

وبالتالي فإن التطرق لمسألة الدفع والمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد هي مسألة هامة في مجال الصفقات العمومية تحيلنا إلى مسألة أخرى جوهرية تنصب حول كيفية دفع هاته المبالغ واحتسابها وكذا كيفية الاستفادة منها.

¹ . <http://mdroit.com/652.html>

قبل الخوض في مسألة اقتضاء المقابل المالي من قبل المناول فإنه يجب عليها الإشارة بإيجاز واختصار إلى ماهية هاته الأسعار وكيفية دفعها أو بالأحرى احتسابها، ومن هنا فإن المشرع الجزائري لم يغفل هاته النقطة بل تولى تفصيلها من خلال المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إذ نصت على أنه:

" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات التالية:

- بالسعر الإجمالي والجزافي،
- بناء على قائمة سعر الوحدة،
- بناء على النفقات المراقبة،
- بسعر مختلط.

يمكن للمصلحة المتعاقدة مراعاة لاحترام الأسعار تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزافي"

▪ **السعر الإجمالي الجزافي:** بموجب هذه الكيفية يتم تحديد ثمن الصفقة سلفا بأكمله وبشكل جزافي ثابت غير قابل للتغيير والتبديل، وغالبا ما يتبع هذا الأسلوب في صفقات الأشغال العامة التي تأخذ وقتا في إنجازها وتكون مصاريفها عرضة للارتفاع، أين كشف الواقع العملي عن تفضيل هذه الكيفية في تحديد المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد.

▪ **السعر بناء على قائمة سعر الوحدة :** بناء عليه يتم تحديد الثمن على اساس قائمة سعر الوحدة بضرب ثمن الوحدة الواحدة في عدد الوحدات المشابهة لها، أما إذا تضمنت الصفقة أكثر من صنف للموحدات فيحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المتشابهة، ثم نقوم بجمع أثمان هذه الأصناف المتشابهة لنحصل على سعر الصفقة الكامل.

▪ **السعر بناء على النفقات المراقبة :** إن الثمن الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محددًا ومعرفًا عند إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير ومقاييس مراقبة ما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء انجازه للخدمة، فالصفقة التي يتم تأديتها وتنفيذها وفق النفقات المراقبة يجب أن تذكر وتحدد طبيعة وطريقة الحساب، وقيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع.

▪ **السعر المختلط** : يفترض في هاته الكيفية أن تكون جامعة بين أسلوبين من أساليب تحديد الثمن الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد، كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة.¹

الفرع الثاني : الأصل في الدفع للمناول

بما أن المتعامل المتعاقد يتمتع بحقوق مالية لقاء الخدمات التي أنجزها، فإنه ومن البديهي أن يقوم بالإهتمام بمسألة الحقوق المالية للآخرين في حالة لجوءه إلى منح جزء من الصفقة لمناولين من أجل تنفيذها، فمثلاً هو الحال بالنسبة إليه، يجب أن يعنى بدفع مستحقات مناوليه وعدم هدر حقوقهم المالية.

يعتبر المتعامل المتعاقد كأصل عام مسؤولاً عن دفع المقابل المالي للمناول عن الأعمال التي قام بها حتى ولو لم يتقاضى هو أجره من المصلحة المتعاقدة، لكن ومن جهة أخرى يرى البعض أنه لا مانع من إدراج شرط في عقد المناولة يجعل من المخالصات المدفوعة من قبل المتعامل خاضعة وتابعة للدفع الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة لفائدة هذا الأخير وهو ما يطلق عليه الفقهاء إسم « **بند إذا وعندما** » « clause si et quand »² وهو بند يسمح للمتعامل المتعاقد بتقاسم الخطر مع المناول بالنص على أنه « يدفع المتعامل المتعاقد أجر المناول إذا قامت المصلحة المتعاقدة بالدفع له عن العقد الأصلي، وعندما تقوم هاته الأخيرة بتسديد ما عليها واحترام أهم التزام يقع على عاتقها»³.

لكن ما يعاب على هذا الشرط أنه يجبر المناول على تحمل عبء طول إجراءات مراقبة ديون المتعامل المتعاقد قبل أن يتم الدفع له كما أنه يعرضه لخطر رفض المصلحة المتعاقدة إجراء بعض الدفع بسبب تأخر المتعاقد في تنفيذ بعض الجوانب، أو عيب في جزء من الصفقة وعليه تتم معاقبة المناول بطريقة غير مباشرة على تصرفات وأخطاء المتعاقد الأصلي، وعليه وبمعنى عام بموجب هذا الشرط يكون خطر إفسار صاحبة المشروع مقتسماً بين كل من المناول والمتعامل المتعاقد.

¹ . <http://www.univ-medea.dz>

² . Clause « if and when »

³ .BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Contrats internationaux: guide juridique et fiscal, Centre Français du Commerce Extérieur (CFCE), janvier 2002, p 410.

وفي هذا الصدد وحتى يتم تفادي كل هاته الإشكالات، فإنه يقع على عاتق المتعامل المتعاقد تسليم مناو له ما يسمى بكفالة بنكية *caution bancaire* حتى يضمن له أنه سيقوم بإعطائه كافة مستحقاته الناتجة عن تنفيذ جزء من الصفقة، فهي من وجهة نظر القانون الفرنسي تعتبر تعهدا شخصيا وتضامنيا صادر عن مؤسسة مصرفية تمكن المناول من اقتضاء مقابله المالي في حالة إعسار المتعاقد الأصلي، إن الاجتهادات القضائية حتمت ضرورة أن تكون الكفالات إسمية ومحددة القيمة تعطى مسبقا للمناول لضمان حقه في الدفع.

إن لهذا الإجراء مظهر وقائي يتبين من خلاله أن المتعامل المتعاقد الأصلي يسعى إلى وقاية وحماية مناويله بشتى الطرق من الأخطار التي قد تحدث مستقبلا عند تنفيذ الصفقة العمومية من قبلهم، فإعسار المتعاقد الأصلي أو إفلاسه أو حتى موته أمر يهدد مصالح المناولين وحقوقهم وبالتالي فإنه من الضروري منحهم ضمانات وكفالات تحمي حقهم في اقتضاء مقابل مالي جراء الخدمات والأشغال التي قاموا بها.

الفرع الثالث: الإستثناء في اقتضاء المقابل المالي

قد يحدث أن لا يمتلك المناول أي ضمان لحقوقه فيجد نفسه يواجه أخطارا لا علاقة له بها كتأخر المصلحة المتعاقدة عن الدفع للمتعاقد الأصلي بسبب بعض التحفظات أو إعسار هذا الأخير، أو وجود إضطرابات مالية غير متوازنة الأمر الذي قد يهضم حقوقه نوعا ما، وبالتالي ومن باب حماية المناول من كل هاته التأخيرات والأخطار التي تتعرض لها الصفقة العمومية، ومن باب الوفاء لهذا الأخير بحقوقه الثابتة والمكفولة في الصفقة وخاصة المالية منها، وبرغم غياب أي شكل من أشكال العلاقة التعاقدية بين كل من المناول والمصلحة المتعاقدة، فإن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من خلق رابطة وعلاقة بينهما تكيف على أنها علاقة مالية محضة، أين اعترف وأقر لهاته الأخيرة أي المصلحة المتعاقدة بإمكانية دفع المستحقات كاملة للمناول بصفة مباشرة بعد المرور بمجموعة من الإجراءات المسطرة تنظيما.

فتدخل شخص ثالث لا ينفي حقه في اقتضاء مقابل أتعابه وخدماته التي قام بإنجازها بمناسبة تنفيذ الصفقة، ذلك أنه يمكن انشاء رابط يجمعها وهو الرابط المالي أين يمكن لهذا المناول أن يكون تابعا لصاحبة الصفقة أو ما يسمى بالمصلحة

المتعاقدة فيما يخص الجانب المالي فقط مما ينتج عنه علاقة مديونية بينهما - إن صح التعبير - عن الخدمات التي قام بتأديتها بمناسبة تنفيذه للصفقة.¹

لقد علق تنظيم الصفقات العمومية هاته الإمكانية على قرار وزاري يبين الشروط والإجراءات وهو القرار الوزاري الصادر بتاريخ 28 مارس 2011 عن وزير المالية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011، فعلى الرغم من تعديل تنظيم الصفقات العمومية في سنة 2015 إلا أن الدفع المباشر المنصوص عليه في هذا الأخير لازال ينظم بموجب قرار 2011 ولم يتم تعديله طبقا للمرسوم الرئاسي 2015 وهو ما أكدته وزارة المالية بواسطة قسم الصفقات العمومية في إرساليتها المؤرخة في 07 أوت 2017 (وثيقة مرفقة رقم IX - الصفحة 329) فالدفع المباشر من قبل المصلحة المتعاقدة يعتبر واحدة من الوثائق الرئيسية التي تكفل حماية حقوق المناول والمنظمة من قبل أحكام تنظيم الصفقات العمومية.²

وعليه يعتبر إجراء الدفع المباشر من جانب المصلحة المتعاقدة الذي كفله المشرع الجزائري بموجب المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إجراء وقائيا وعلاجيا في نفس الوقت، كونه يضمن للمناول حقه في حالة ما إذا لم يتم باستيفائه من المتعاقد الأصلي، أين يعتبر أكبر ضمان وأهم حماية يملكها هذا المناول لمصالحه.³

فأكبر حماية وضعها المشرع الجزائري لحماية حق المناول في اقتضاء المقابل المالي هي تمكينه من تحصيله مباشرة من المصلحة المتعاقدة خاصة في حالة إعسار المتعامل

¹. GUETTIER (C.), Droit des contrats administratifs, édition 2004, Presses Universitaires de France, p 446.

². VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Op.cit, p34.

³. إن المشرع الفرنسي في هذا الصدد علق إمكانية اللجوء إلى الدفع المباشر على وجوب أن لا تقل قيمة الأعمال مبلغا معيناً حدده بموجب نص المادة السادسة (06) من قانون الصفقات العمومية الفرنسي بقيمة 600 أورو، التي نصت على أنه:

« le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant de la sous-traitance est inférieur à un seuil qui...est fixé à 600 euros... »

تجدر الإشارة إلى أنه القضاء الفرنسي يحمل المحاسب المسؤولية في حالة الدفع للمناول مبلغاً أكبر من المبلغ المحدد في الصفقة وفي عقد المناولة حتى ولو يتجاوز هذا المبلغ مبلغ الصفقة، وتبريره في ذلك أن العقد الأصلي لا يسمح بالمناولة إلا في حدود مبلغ 29834.75 أورو ، الأمر الذي لا يسمح بأي حال من الأحوال للمحاسب، بمناسبة دفعه لمقابل الخدمات التي تمت بموجب المناولة، أن يتجاوز هذا المبلغ.

الأصلي أو إفلاسه الأمر الذي نصت عليه المادة 02 من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي: "عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة، فإنه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة..."

إن نص المادة الثانية (02) من القرار الوزاري السالف الذكر جعل من الدفع المباشر إمكانية معلقة بالسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وموافقتها، أين يمكننا استشعار أهمية هذا الشرط باعتباره ضرورة حتمية مثلما هو الحال بالنسبة لقبول المناول اللذان يجب استيفائهما مع بعض فلا وجود لدفع مباشر بدون قبول هذا الأخير والعكس صحيح، لكن الفرق بينهما يظهر جليا من خلال هدف كل منهما، فقبول المناول يعتبر بالدرجة الأولى في صالح المصلحة المتعاقدة التي يجب أن تسعى إلى الحرص على التنفيذ الحسن للمشروع ومعرفة من يتولى الإشراف والقيام به كما يدخل ضمن حقها وسلطتها في ممارسة الرقابة، بعكس الدفع المباشر الذي كان ولازال أداة قانونية فعالة ومهمة في حماية المناول وخاصة حقوقه المالية، كما يعتبر الدفع المباشر من جهة أخرى وسيلة لمراقبة المال العام وحمايته بشتى الوسائل وكذا تقادي تلاعب المتعامل المتعاقد الأصلي في هذا المال.

إن هذه الوسيلة الحديثة في عقود الصفقات العمومية تعتبر بمثابة ابتكار مهم - إن صدقنا التعبير - على المستوى القانوني أكثر منه اقتصادي، فهي تقود المصلحة المتعاقدة (التي تعد قانونا بمثابة الغير بالنسبة للعلاقة بين المناول والمتعاقد الأصلي) إلى التدخل في العقد الذي يجمع كل من الطرفين بتمكينها من فرض نوع من الرقابة الغير مباشرة على العلاقات التي يمكن أن تولد بين المؤسسات، الأمر الذي أثار استياء العديد من المتعاملين أين اعتبروه ازعاجا غير مبرر لكونه يجعل من المصلحة المتعاقدة متدخلة في عقد المناولة، لكن صدور التعليم بتاريخ 07 أكتوبر 1976 عن وزارة الاقتصاد والمالية الفرنسية جاءت بتوصيات طمأنت المتعاملين نوعا ما وأزلت ارتيابهم وشكوكهم في هذا المجال التي جاء في فحواها أن النظر في مدى قبول الدفع المباشر لا يقود الشخص المسؤول عن الصفقة أو صاحب المشروع إلى التدخل في العلاقة بين المتعاقد الأصلي ومناوله فلا يمكنها استعماله كحجة من أجل إعادة النظر في العرض والأحكام التعاقدية.

« L'examen en vue de l'acceptation des conditions de paiement ne doit pas conduire la personne responsable du marché à s'immiscer dans les relations du titulaire avec le sous-traitant, il ne doit pas non plus être utilisé

comme argument pour une renégociation des offres et des stipulations contractuelles »¹.

رجوعاً إلى التطور التاريخي لهذا الأثر المالي فإننا نجد قديماً نوعاً ما فأول ظهور له كان في فرنسا بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 11 ماي 1953 التي أدرجت أحكامه في ظل قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 1964 التي مستها فيما بعد مجموعة من الإصلاحات في نفس القانون بمقتضى التعديل الذي جاء به مرسوم 14 مارس 1973،² فبصدور هذا الأخير الخاص بالروابط المباشرة بين الإدارة والمناول بدأ الوضع يتغير أين أخذت الإدارة الفرنسية تنظر إلى التعاقد من الباطن أو المناولة على أنها حقيقة عملية لازمة ولا بد من التعامل معها بشكل مباشر ومنظم، وبالتالي أصبح التعاقد من الباطن يتلقى وفق شروط معينة مستحقته المالية مباشرة من المصلحة المتعاقدة بعدما كان مجلس الدولة الفرنسي ينكر كل علاقة تعاقدية بين المناول وهاته الأخيرة.³

تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن لهذا الأخير أي المناول أن يستفيد بأي حال من الأحوال من الدفع المباشر عن الأعمال السابقة عن قبوله واعتماد شروط دفعه المباشر من قبل المصلحة المتعاقدة، كما أن قيمة الدفع لا بد أن تشمل فقط الأشغال التي تم تحديدها مسبقاً في عقد المناولة أو الملحق، ومن هنا نلاحظ أن تطبيق هاته القاعدة على إطلاقها يهدر نوعاً ما حقوق المناولين ذلك أنها تُخرج من هاته الدائرة المعنية بالدفع المباشر كافة الأعمال الإضافية التي قام بها المناول والتي لم يتم تحديدها في عقد المناولة.

فمبدئياً يعد المقابل المالي المحدد في العقد ثابتاً ولا يمكن تغييره، فالمناول شأنه شأن المتعامل المتعاقد يجب عليه أن ينفذ إلتزاماته بالثمن المنفق عليه، إلا أنه هناك بعض الأحداث الغير متوقعة يمكن أن تعترض مسار تنفيذ الصفقة وتؤدي إلى تغيير في وضعية العقد فتجعل من تنفيذه باهظاً ومكلفاً نوعاً ما بالنسبة للمناول الأمر الذي قد يؤدي إلى إفلاسه.

إن هاته الوضعية يمكن أن يكون مصدرها المصلحة المتعاقدة بما قد تتخذته من تدابير وإجراءات تأثر مباشرة على العقد وخاصة عقد المناولة، كما يمكن أن يكون مصدرها ظروف خارجية ناتجة عن اجراءات عامة تم اتخاذها من قبل السلطات العمومية دون أن يكون العقد هو المقصود بتلك التغييرات، كأن تقوم برفع أسعار المواد الأولية

¹. VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Op.cit, p 31.

². Idem, p 34 .

³. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 363.

أو أسعار الإسمنت والحديد وغيرها من المواد والوسائل المتصلة والضرورية لتنفيذ الصفقة، أو أن تدخل أعباء إضافية يمكن أن تكون ذات طابع عام أو خاص ومن أمثلة الإجراءات ذات الطابع العام زيادة الضرائب، زيادة رسوم الجمارك التي تنعكس على أسعار السوق، أما تلك ذات الطابع الخاص غلق السلطات المعنية للطرق بسبب تدابير وإجراءات أمنية واحترازية مما يجبر المناول على قطع مسافات أطول وبالتالي الزيادة في التكلفة، وعليه فإنه من واجب المصلحة المتعاقدة وفي سبيل مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية تحمل الزيادات في الأعباء المالية المترتبة،¹ كما قد يكون سببها رغبة المناول في القيام بأشغال أحسن من تلك المحددة في العقد أو بالأحرى أعمال إضافية تجعل من المشروع أفضل وأحسن من جميع الجوانب.

إن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها أن تدفع للمناول مبالغ تفوق المبالغ أو القيم التي تم الإتفاق عليها في عقد الصفقة العمومية أو الملحق أو العقد الخاص، فلا يمكن لهاته المبالغ أن تفوق تعهدات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد الأصلي نفسه.

إذ أنه بناء على التعلية الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بتاريخ 07 أكتوبر 1976، فإن الدفع المباشر للمناول لا بد أن يكون محددًا ومحصورًا فقط بالمبالغ التي تم تحديدها مسبقًا أين تستثنى كل إضافات فيما يخص الأعمال الإضافية.²

لكن ولتفادي الجدل الذي كان قائمًا في هذا الخصوص تدخل مجلس الدولة الفرنسي في هذه النقطة أين حسم الأمر من خلال مجموعة من القرارات الصادرة عنه ومن بينها القرار الصادر بخصوص قضية شركة الأسهم Bernard travaux Polynésie رقم 205.449 بتاريخ 28 ماي 2001 وقضية département de la Seine-Maritime رقم 240271 في 24 جوان 2002، أين صرح بحق المناول في الحصول على مقابل مالي حتى عن الأشغال التي لم يتم تحديدها في العقد والأعمال الإضافية التي تعتبر ضرورية لتنفيذ الصفقة وكذا عن النفقات التي اضطر على تحملها ولم تكن متوقعة أثناء توقيع العقد وأخلت بالتوازن المالي للصفقة نوعًا ما لكن ضمن نفس الشروط المتفق عليها والتي تم ذكرها صراحة في العقد.³

¹. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 297.

². NEGUELLOU (R.), Nouveaux code des marches publiques, jurisclasser administratif n°08,11-2004, fasc. 624, p 16.

³. AUBERT (S.), L'action en paiement direct du sous-traitant, Revue A.J.D.A, Droit administratif n°27-2010, 02 aout 2010, p 1535.

إن الفقه الفرنسي يفرق في هذا الصدد بين حالتين فيما يتعلق بالأعمال الإضافية بناء على مدى وجود الأمر بأداء الخدمة من قبل المتعاقد الأصلي الذي يكون قد تحصل عليه من المصلحة المتعاقدة أو لم يتحصل عليه:

■ **في حالة وجود أمر بأداء خدمة:** عند قيام المناول بإنجاز أعمال إضافية بعلم المتعاقد الأصلي وبناء على أمر منه، فإنه يقع على عاتق هذا الأخير تسوية الوضعية اتجاه المصلحة المتعاقدة عن طريق ملحق أو عقد خاص يعدل الأعمال المتفق عليها مسبقا من أجل إقتضاء المقابل المالي، ومهما يكن من أمر فإنه يشترط أن تكون هاته الأعمال محل ملحق عن عقد المناولة وإعلام المصلحة المتعاقدة بذلك حتى يتمكن الأطراف من تعديل عقد المناولة من خلال الإستمارة السالفة الذكر DC4.

فالقضاء الفرنسي يمنع اقتضاء أي مقابل عن الأعمال الإضافية أو الأشغال غير تلك المتفق عليها والمتعلقة بأعمال لم يتم النص عليها في الملحق أو العقد الخاص والتي لم يتم تحديدها بسعر معين، فالمناول أو حتى المتعامل الأصلي لا يمكنه المطالبة بتعويضات أو مبالغ إضافية عن الأعمال التي قام بها لوحده، وفي هذا الصدد نص القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 جوان 1969 في قضية شركة Guyot :¹

« Si la société requérante à utilisée des canalisations en amiante ciment au lieu et place des canalisations en ciment centrifugé armé prévues par le marché, elle n'établie pas que cette substitution lui ait été prescrite par l'administration et se soit avérée nécessaire à la bonne exécution des travaux ; que dès lors , elle n'est pas fondée à demander que soit appliqué à cette fourniture ...un prix différent de celui stipulé au bordereau des prix pour les canalisations en ciment centrifugé armé. »²

وعليه يشترط في هذا الإحلال أو التغيير أن يكون ضروريا ولا مهرب منه من أجل التنفيذ الحسن للعقد، مما يسمح للمتعاقد - تحت مسؤوليته - اللجوء إلى خيار آخر، لكن في الواقع العملي من مصلحة هذا الأخير إعلام المصلحة المتعاقدة والحصول على أمر بأداء الخدمة تقاديا لكل إحتجاج مستقبلي خاصة إذا رأى القاضي أن الأعمال الإضافية لم تكن ضرورية من أجل السير الحسن للعقد.³

¹. VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Op.cit, p 243.

². Idem, p 243.

³. VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Op.cit, p 243.

■ **في حالة عدم وجود أمر بأداء خدمة:** في هاته الحالة يمكن للمناول اقتضاء مقابل عن هاته الأعمال شرط أن يقيم الدليل ويثبت أن هاته الأخيرة كانت ضرورية وملتصلا اتصالا شديدا بالأعمال الرئيسية التي تم منحها له، أما في حالة ما إذا لم تكن ضرورية وإنما فقط ذات طابع جمالي وإضافي للمشروع أو المنشأة ولم يتم الموافقة عليها من قبل المصلحة المتعاقدة أين يكون المناول قد قام بها من عنده ومن دون الحصول على موافقة الأطراف أو إعلامهم، ففي هاته الحالة لا يتم دفع مقابل هاته الأشغال من قبل المصلحة المتعاقدة كونها لم توافق عليها ولم تعلم بنية المناول في القيام بها خاصة وأنها تخرج عن ما تم الإتفاق عليه وما تم تحديده في عقد المناولة المبرم بين المتعامل المتعاقد والمناول.

وعليه فإن ظاهرة الدفع المباشر تهيمن على النظام القانوني للمناولة باعتباره الضمان الوحيد حتى يتم كفل الحقوق المالية للمناولين، لكن وحتى يتم تفعيل وتجسيد هذا الإجراء لا بد من احترام مجموعة من الشروط وإتباع جملة من الإجراءات حتى يكتسي الدفع المباشر طابعه القانوني.¹

الفرع الرابع: شروط إعمال الدفع المباشر

إن المشرع الجزائري وحتى يكفل حقوق جميع الأطراف وخاصة المناولين عمد إلى حصر وتقييد اللجوء إلى اجراء الدفع المباشر بمجموعة من الشروط والقواعد منها ما هو متعلق بالعقد وأخرى ما هو خاص بالمبلغ المدفوع.

أولا : فيما يتعلق بعقد المناولة

إن أهم شرط وضعه المشرع الجزائري كان في نص المطة الأولى من المادة الثانية والمذكورة في القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع للمتعامل الثانوي أين اشترط أن يكون اجراء الدفع المباشر منصوصا عليه كبنود من بنود دفتر الشروط الذي تعده المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرامها لصفقة عمومية، وذلك بنصها على ما يلي: "عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة، فإنه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة حسب الشروط الآتية: يجب أن ينص دفتر شروط المناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي..."

¹. BRACONNIER (S.), Op.cit, p186.

فكما هو معروف في مجال الصفقات العمومية يعد دفتر الشروط القالب الذي من خلاله يتم تحديد خصائص المواد الأولية للأشغال أو الخدمات المراد إنجازها، كما أنه ومن جهة أخرى يتولى تحديد طرق وأساليب الإنجاز والأهداف المراد التوصل إليها، وعليه يمكن لدفتر الشروط أن ينص على المناولة بين بنوده، إلا أنه وبناء على طبيعة ومحتوى عقد المناولة فإنه يجب تكريس مبدأ التبعية التقنية وذلك بإخضاع المناولين لدفتر الشروط مع احترام ما جاء فيه، ومن جهة أخرى إخضاع الرابطة المالية التي قد تتعدّد مع المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة إلى إجازة بنود دفتر الشروط.¹

فلا يعقل أن يقدم المناول على مطالبة المصلحة المتعاقدة بأن تدفع له مقابل الأشغال والخدمات التي قام بها أو عن الجزء الذي نفذه في حين أنها لم تنص على هاته الإمكانية في دفتر الشروط المعد من قبلها في المرحلة التحضيرية للصفقة أو المشروع، فإذا خلا دفتر الشروط من الإشارة لذلك لا يمكن أن يستفيد المناول من هذا الإجراء.²

وبالتالي نستنتج من هذا الشرط أن القانون نوّه بطريقة ما إلى ضرورة موافقة المصلحة المتعاقدة المسبقة والصريحة على إنشاء رابط مالي وعلاقة تعاقدية مالية مع المناول دون أن تغفل أن هاته العلاقة هي مجرد ضمان لحقوق المناول المالية وليست دعوة منها إلى تغيير المناصب أو تعديل في المراكز القانونية وحتى العلاقات بينها وبين المتعامل المتعاقد الرئيسي أو الأصلي.

من جهة أخرى نلاحظ من خلال استقراءنا لنص المادة الثانية من القرار الوزاري في مطتها الثالثة أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة تحرير اتفاق المناولة في وثيقة كتابية وذلك بموجب عقد مكتوب حتى يتمكن المناول من الاستفادة من نظام الدفع المباشر، أين نصت صراحة على أنه: "عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة، فإنه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة حسب الشروط الآتية: يجب أن يكون التعامل الثانوي محل عقد بين المتعامل الثانوي وصاحب الصفقة..."

¹. DUHAUTOIS (R.), RERRAUDIN (C.), La nature des liens interentreprises dans les relations de sous-traitance, Revue Réseaux, édition la Découverte, Paris, juin-juillet 2010, p107.

². عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 237.

تظهر لنا الغاية من وراء هذا الشرط في نية المشرع في السعي لحماية المناول بشتى الطرق أين كفل حقوقه وحصرها في الطابع الكتابي للعقد، ومن جهة أخرى معرفته المسبقة أن الكتابة تعتبر أحسن وسيلة تحدد فيها الحقوق والالتزامات وكذا تولي عقد المناولة تحديد المبلغ المتفق عليه بدقة مما يسهل على المصلحة المتعاقدة الإطلاع عليه ودفعه للمناول دون حاجة منها إلى إحتسابه والبحث عنه الأمر الذي يوفر عليها الجهد والوقت.

ثانيا: فيما يتعلق بالسعر

فيما يخص الشرط الخاص الثاني الذي وضعه المشرع الجزائري هو شرط متعلق بالثمن أو السعر الواجب دفعه للمناول، أين وضع مجموعة من الشروط التي تنظم وتحدد هذا المجال فلم يتركه مفتوحا أمام تأويلات وتلاعبات المتعاقدين بل حصره في مجموعة من الشروط المتمثلة أساسا في:

أ. ألا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر مشمولاً برهن حيازي للصفقة

إن موضوع الرهن الحيازي في الصفقات العمومية، يستمد أهميته من المكانة التي تحتلها المشاريع العمومية باعتبارها أداة للإقلاع الاقتصادي في المجتمع وذلك بالنظر إلى ما تطلبه من نفقات يتم صرفها من ميزانية الدولة من أجل تجسيد هذه المشاريع على أرض الواقع، هذه النفقات تمثل في مجملها المستحقات التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفعها لصالح المتعامل المتعاقد بعد التنفيذ الكلي لموضوع الصفقة.

إلا أنه من الناحية العملية، يلاحظ تأخر المصلحة المتعاقدة في دفع هذه المستحقات مما يجعل المتعاملين المتعاقدين بحاجة إلى تمويل خارجي، وذلك تقاديا للاضطرابات بين النفقات والإيرادات التي قد تصيب خزينتهم.

إذ أنه وبغية تسهيل تمويل الصفقات العمومية، نظم المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية تقنية الرهن الحيازي للصفقة العمومية، باعتبارها الوسيلة الوحيدة للتمويل البنكي للعقود ذلك أن تمويل المشاريع العمومية يقتضي تدخل عدة متدخلين لضمان الأموال الكافية لتنفيذ الصفقة وبالتالي تكون الحاجة إلى خدمات البنك أو مؤسسة مالية ضرورية للحصول على قروض أين تطلب هذه المؤسسات والبنوك أو صناديق ضمان الصفقات العمومية تقديم ضمانات حقيقية وكافية يتم من خلالها منح عقد الصفقة العمومية كضمان مقابل الحصول على هذا التمويل.

يستمد هذا الضمان أهميته من خلال ارتباطه بالصفقة العمومية في حد ذاتها، فتضمن بموجبه الديون الناشئة أو التي تنتشأ عن تنفيذ الصفقة، وينتج كأثر عن تنفيذ هذا الضمان حقوقاً للجهة المانحة لهذه الديون باعتبارها مستفيداً من الرهن الحيازي للصفقة العمومية.¹

وينص المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في مواده 145، 146 على أن الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة قابلة للرهن الحيازي ضمن شروط حددتها حصراً المادة 145، كما أن القانون المدني تولى تعريف الرهن الحيازي على أنه "عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

كما يعرف الرهن عموماً بأنه : العمل الذي بموجبه يرصد صاحب الصفقة صفقته لضمان التزام لدى مؤسسة أو عدة مؤسسات ائتمان قصد الاستفادة من تمويل هذه الصفقة، ويخول للمؤسسات المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذه الصفقة بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين مع مراعاة أصحاب الإمتياز.

وفي حالة الصفقات العمومية يكون الرهن الحيازي منصبا على ضمان القرض الذي استفاد منه المتعاقد المتعامل معه ويتم ذلك من خلال إصدار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها وثيقة خاصة وهي نسخة من الصفقة العمومية مؤشر عليها من الأمر بالصرف وهو وثيقة وحيدة تتحول إلى عقد في حالة الرهن الحيازي² إذ نصت المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 في مطنها 02 و03 على أنه : "تسلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد نسخة من الصفقة تتضمن بيانا خاصا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سنداً في حالة الرهن الحيازي؛ إذا تعذر تسليم النسخة المذكورة في الفقرة 02 أعلاه للمتعامل المتعاقد حفاظاً على السر المطلوب، فإنه يجوز للمعني أن يطلب من السلطة التي تعاقد معها مستخرجا من تلك الصفقة موقعا عليه من قبلها ومتضمنا البيان المذكور في الفقرة 02 أعلاه، والبيانات الملائمة للسر المطلوب، ويعادل تسليم هذه الوثيقة بالنسبة لإنشاء الرهن الحيازي تسليم النسخة بكاملها..." تسلم هاته النسخة إلى هيئات تولى المشرع ذكرها على سبيل الحصر من خلال المادة 145 السابقة الذكر إذ تم إنشاء إلى جانب المؤسسات المصرفية، مؤسسة مالية بموجب المرسوم التنفيذي 98-67 المؤرخ في

¹. <http://hdl.handle.net/123456789/540>

². <http://www.djelfa.info/vb/index.php>

21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، والذي أصبح يحتل مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري وذلك بالنظر إلى الخدمات التي يقدمها بأقل نسبة عمولة بالمقارنة مع البنوك، وكذا نظرا لتخصسه في تمويل الصفقات العمومية عن طريق ما يمنحه من كفالات و ضمانات في هذا المجال، إذ ينفرد صندوق ضمان الصفقات العمومية في تدخله في تمويل الصفقة العمومية مقابل رهنها حيازا بتقنية الضمان الإحتياطي، والذي يعتبر نادر الاستعمال من الناحية العملية بالمقارنة مع الكفالات، كما أنه يختص بمنح التسيقات الاستثنائية، فعقد الرهن الحيازي للصفقة العمومية يعتبر من قبيل العقود العينية التي لا تقوم إلا بتسليم السند محل الرهن والمتمثل في "النسخة الفريدة".

ومن هنا ومن أجل الاستفادة من هذا النظام حول قانون الصفقات العمومية للمتعاملين المتعاقدين إمكانية رهن صفقاتهم أمام مجموعة من الهيئات المحددة على سبيل الحصر بموجب المادة 145 من تنظيم الصفقات العمومية والمتمثلة في:

1) البنوك والمؤسسات المالية:

إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته، ذلك أن تطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها صار يعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض، فعلى المقترض أن يشرع بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة من تحمل هذا العبء ويعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها.

وبغرض إنعاش وإحياء النظام البنكي بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات، كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري والصندوق الجزائري للتنمية اللذان كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم المساعدات والقروض بغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالى عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمويل المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية.

لكن هذا كله لم يمنع من وجود بعض النقائص خاصة في مجال التمويل نظرا لمعاناة البنوك من مشكلة تراكم الديون وكثرة الطلبات لذا كان لزاما حل كافة هاته المشاكل، مما أدى

بالسلطات العمومية المعنية إلى التفكير نحو إنشاء هيئة أخرى تتكفل بالمسائل المالية الخاصة بمجال الصفقات العمومية ألا وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية.¹

(2) صندوق ضمان الصفقات العمومية:

إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية والجماعات المحلية يعتبر عائقا كبيرا بالنسبة لمعظم المؤسسات العمومية والخاصة التي لها دخل في إنجاز الصفقات والطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة، الأمر الذي أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين وذلك لغياب جهاز فعال للضمان وهذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية لوحدها، أين تم إنشاؤها إلى جانب المؤسسات المصرفية، فهي مؤسسة مالية أستحدثت بموجب المرسوم التنفيذي 67-98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، فهذا الأخير عبارة عن مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري، لها شخصية معنوية وتتمتع بالاستقلالية المالية، موضوع تحت وصاية وزير المالية، فالهدف من وراء إنشاء هذا الصندوق الحفاظ على التطور المادي والمالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية وكذا العقود والصفقات العمومية.

يحتل الصندوق كمؤسسة مالية، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالاته بشتى الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن والصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية.

وعليه، فإنه استنادا إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وكذا أحكام المرسوم التنفيذي المحدد لصلاحيات دفتر الشروط، فإن هذا الأخير يسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية بما يلي:

- الحصول على الكفالات أو الضمانات التي تخول لهم المساهمة في إنجاز الصفقات العمومية.
- الاستفادة من التسيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبات العمومية.

¹. اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر،

• الاستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة أو طلبية عمومية، وبالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين من الضمانات والكفالات تقديم كل التبريرات والوثائق الضرورية.¹

• الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة.

• تسديد كشوف المؤسسات وفواتيرها إذا لم يتم ذلك ضمن الآجال القانونية.

• الحصول على التسبيقات مقابل كشوف الأشغال قبل أن تعترف المصلحة المتعاقدة بحقها.

يعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقة العمومية لأنه يكون مقابل مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة إنجاز الصفقة ولتمكينها من مواصلة أشغال الإنجاز، إذ يمكننا تلخيص شروط الرهن الحيازي إجمالاً في:

■ يتم الرهن الحيازي لدى مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات المصرفية سواء كانت عمومية أو خاصة أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية وتسمى هذه المؤسسة بـ "المتنازل له عن الصفقة".

■ يكون الرهن الحيازي مقابل نسخة من الصفقة تحمل بيانا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي والبيان يكون في شكل العبارة التالية "مقبول كسند للرهن الحيازي"، تقدم هذه الوثيقة من قبل المصلحة المتعاقدة للمتعاقد ولكن في بعض الأحيان قد يتعذر تسليمها وبالتالي تحل محلها وثيقة أخرى تسمى "مستخرج من الصفقة إذا كان تقديم النسخة الكاملة من شأنه الإخلال بالسر المطلوب في الصفقة شرط أن يتضمن هذا المستخرج البيانات اللازمة التالية : تاريخ صدور الوثيقة ، ختم المصلحة المتعاقدة وإمضاء الأمر بالصرف، وذلك لتفادي وقوع غش أو تلاعب من قبل المتعاقد المتعاقد أو المناول بحيث قد يسعى أحدهما إلى استخراج عدة نسخ من هذه الصفقة ليقوم برهنها لدى عدة مؤسسات مالية ممولة للصفقات العمومية، ومن جهة أخرى حماية وتدعيم هذه المؤسسات المصرفية.

■ يبلغ المتنازل له المحاسب المعين في الصفقة بالرهن الحيازية، وهذا الأخير عوض أن يدفع الكشوف إلى رصيد المؤسسة يدفعها إلى رصيد المتنازل له الذي يصبح المستفيد بدلا من المؤسسة المتعاقدة.¹

¹. اسماعيل بحري ، المرجع السابق، ص 88.

■ يرسل المحاسب المعين للمتنازل له وثيقة تبيين الوضعية المالية للصفقة العمومية، أما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فعليها أن تقدم للمتنازل له كشفا موجزا للخدمات المنجزة وإما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد أو كشفا بالتسيقات المدفوعة، أي المؤسسة المصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.²

كما أنه ومن جهة أخرى، يجب أن لا نتجاهل واقع أننا أمام عملية تمويل إنجاز صفقة من طرف مؤسسة ائتمان، وأن هاته الأخيرة تسعى دوما إلى معرفة تطور إنجاز الصفقة، وهل هناك صعوبات أم لا، كما يتعين على صاحب المشروع أن يعلم لمستفيد من الرهن بكل عمل أو حادث من شأنه أن يعرقل إنجاز الصفقة المرهونة لفائدته، لا سيما في حالة حدوث منازعات، فسخ للصفقة، وفاة المتعامل الرهن، فرض غرامات عن التأخير أو أي اقتطاع آخر قد ينتج عنه تقليص دين المستفيد من الرهن، من أجل ذلك، أجاز قانون الصفقات العمومية للمستفيد من الرهن أن يطلب خلال تنفيذ العقد من صاحب المشروع قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة وشهادة تثبت الحقوق المعايئة لفائدة المقاول، إذ تبيين الشهادة على الخصوص المبلغ الإجمالي للحقوق المعايئة ومبلغ الاقتطاعات الواجب خصمها، وكذا مبلغ الجزاءات عن التأخير في تنفيذ الأشغال، ويجوز له كذلك أن يطلب قائمة تبين التسيقات الممنوحة والدفعات المسبقة الموضوعة للأداء برسم الصفقة المرهونة.

ومن هنا وباعتبار أن للمتعامل المتعاقد الحق في تموين صفقته بطلب مساعدات مالية من مؤسسات مالية مصرفية مختلفة، فإنه من البديهي أن لا يعلق حقه على حساب مناولة، وبالتالي فإن المشرع الجزائري سمح للمتعاقد اللجوء إلى الرهن لكن في نطاق معين وهو أن لا يتعدى الجزء الخاص به ويمتد إلى الجزء الممنوح لمناولة، وعليه يشترط عليه تقديم الدليل إلى

¹. اسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 91.

². تقدم على حقوق المستفيد من الرهن الحيازي الحقوق التالية:

- إمتياز المصاريف القضائية؛
 - إمتياز متعلق بأداء الأجرور وتعويض العطل المدفوعة الأجر في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية؛
 - إمتياز أجرور المقاولين القائمين بالأشغال أو المتعاملين الثانويين أو الموصين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة؛
 - إمتياز الخزينة فيما يخص الضرائب والإقتطاعات؛
 - إمتياز ملاك الأراضي التي تم شغلها.
- يتم رفع اليد على الرهن الحيازي بطلب من المتنازل له من المحاسب الحائز على النسخة الخاصة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

المصلحة المتعاقدة إلى أنه لا يوجد رهن أو تنازل يمكن أن يعيق الدفع المباشر للمناول، يعتبر هذا الشرط أو الإجراء أهم ضمان لحقوق هذا الأخير المالية.¹

إن هاته الأهمية نستخلصها من نص المادة الثانية من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 السالف الذكر التي نصت على أنه: "عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة، فإنه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقته مباشرة من المصلحة المتعاقدة حسب الشروط الآتية: يجب ألا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل الثانوي مشمولا برهن حيازي للصفقة..."

وعليه يشترط في المتعامل المتعاقد الذي ينوي رهن الصفقة العمومية أن يرهن فقط الجزء الذي يقوم بتنفيذه شخصيا ولا يتعدى ذلك الجزء المناول، كما أنه وفي حالة الرهن الكلي للعقد فإنه يجب على هذا المتعامل المتعاقد الذي ينوي مناولة جزء من الصفقة أن ينقص من قيمة الرهن وتبرير ذلك أمام المصلحة المتعاقدة بموجب وثيقة صادرة عن المؤسسة المصرفية الراهنة، كما أن المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى لا يمكنها قبول مناول ما في حالة وجود رهن كلي للصفقة العمومية مما يسلب هذا الأخير حقه في الدفع المباشر، ذلك أن قبول هذا الأخير ضمن هاته الشروط يعد خطأ تتحمله المصلحة المتعاقدة.²

وفي هذا الصدد وبمناسبة تطرقنا للرهن الحيازي، فإننا ارتأينا الإشارة إلى حق المناول في الرهن، الأمر الذي يطرح عدة تساؤلات حول هذا الموضوع تنصب أساسا حول أحقية المناول في رهن جزئه، فيما أن المتعامل المتعاقد الأصلي يملك حق تمويل صفقته عن طريق رهنها لدى مؤسسات مصرفية، فهل يمكن لهذا الحق أن يمتد إلى مناويله؟

الجواب هنا يكون بالإيجاب ذلك أن المشرع الجزائري أو بالأحرى تنظيم الصفقات العمومية كان قد اعترف للمناول مثله مثل المتعاقد الأصلي بحق رهن الصفقة، فمن أجل تغطية النفقات الضرورية لعقد المناولة يمكن للمناول الذي يستفيد من الدفع المباشر اللجوء إلى هيئات ومؤسسات مصرفية ويكون الضمان المقدم هو قيمة الجزء الممنوح له من الصفقة العمومية، وتطبيقا لهذا الإجراء يتم تسليم المناول نسخة مطابقة للأصل أو مصادق عليها من عقد الصفقة، أو نسخة المطابقة للأصل للملحق في حالة إبرام عقد المناولة بعد التوقيع على العقد الأصلي، أين نصت المادة 145 في فقرتها 13 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر على أنه: "يجوز للمناولين

¹. PIELBERG (H.), Op.cit, p 06.

². BRACONNIER (S.), Op.cit, p190.

والموصين الثانويين أن يرهنوا رهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزءا منها في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها وذلك ضمن الشروط المبينة في هذه المادة".

إن رهن الصفقة العمومية رهنا حيازيا يعتبر حقا قانونيا ممنوحا للمناول في حدود الجزء الذي يقوم بتنفيذه شخصيا، ذلك أن المشرع الجزائري أقر له نفس الإجراءات التي يتبعها المتعاقد الأصلي في هذا الصدد والمذكورة في نص المادة 145 من تنظيم الصفقات العمومية التي تولت بالتفصيل الإجراءات المتبعة وتبيان طرق الرهن والهيئات المستفيدة من هذه العملية.

حتى يتم إعمال هذا الإجراء يستفيد المناول من وثيقة أو مستخرج من الصفقة من أجل إيداعه لدى البنوك والمؤسسات المالية من أجل تمكينه من القيام بالرهن في حدود المبالغ التي يتقاضاها وهو ما أكدته المادة 145 في فقرتها 12 أين نصت على أنه: "يجوز للمناولين والموصين الثانويين أن يرهنوا رهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزءا منها في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها... ولهذا الغرض يجب أن تسلم لكل موص ثانوي أو مناول النسخة المصادقة والمطابقة لأصل الصفقة، وعند الإقتضاء للملحق".

ب. أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المناول والمعني بالدفع المباشر

إن من حق المتعامل المتعاقد الحصول على تسبيقات مالية من المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان التنفيذ الحسن والسريع للصفقة العمومية، الأمر الذي أجازه له المشرع الجزائري من خلال أحكام تنظيم الصفقات العمومية، شريطة أن يقوم بتقديم كفالة من أجل إرجاع هاته التسبيقات.

تقوم المصلحة المتعاقدة بخصم هاته التسبيقات من المبلغ الإجمالي للصفقة، إلا أنه وفي مجال المناولة يختلف الأمر إذ يدفعنا إلى التساؤل حول مدى مشروعيته، ذلك أنه وفي هذا النوع من التعاقد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى خصم المبالغ التي يتم تقديمها كتسبيقات للمتعاقد الأصلي من المبالغ الواجب دفعها للمناول، بناء على نص المادة الثانية (02) من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي في مطتها الرابعة: "... يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي والمعني بالدفع المباشر..."

إن هذا الشرط يدعو إلى إعادة النظر فيه وتكييفه مع متطلبات الواقع والمنطق، إذ لا يعقل أن يتم خصم مبالغ لم يستفد منها المناول من الخدمات الواجب تنفيذها من قبله، تظهر لنا المادة في هذا المجال كأنها تعاقب نوعا ما هذا الأخير وتقص من المبالغ الواجب عليه الإستفادة منها.

وعليه ندعو المشرع الجزائري والسلطة التنفيذية على الخصوص إلى إعادة صياغة هذا الشرط وإعادة تركيبه بطريقة تتماشى مع كفل حقوق المناول.

ج. أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للمناول المحلي.

ثالثا: فيما يتعلق بالمناول

حتى يستفيد المناول من إجراء الدفع المباشر الذي أقره القانون فإن المشرع الجزائري وبالأخص تنظيم الصفقات العمومية قد أكد على ضرورة أن تتوفر في هذا الأخير مجموعة من الشروط أو المواصفات حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من قبول اعتماده والموافقة على الدفع المباشر الأمر الذي نص عليه في المطة 03 من المادة 143 للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: " ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم وذلك بعد التأكد من مهاراته المهنية والتقنية والمالية.....".

رجوعا إلى أحكام المادة 75 التي تحيلنا إليها المادة 143 نجدها تنص على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وبالتالي فإنه حتى يتم قبول اعتماد شروط الدفع المباشر للمناول يشترط أن لا تتوفر فيه حالة من حالات الإقصاء التي حددها المرسوم؛ كأن يكون في حالة إفلاس أو تصفية، أن يكون محل حكم قضائي حاز على قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس نزاهته المهنية، أن لا يستوفي واجباته الجبائية أن يكون قد قام بالتصريح الكاذب، أن يكون مسجلا في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، أن لا يكون مرتكبا للغش في مجال الجبائية والجمارك والتجارة..... وغيرها من الأمور التي تمس شخص المناول ووضعيته اتجاه التشريع والتنظيم الجزائري.

ومن هنا يمكننا القول أنه تظهر لنا جليا وبصورة واضحة من خلال هاته الشروط الحماية القانونية التي أمنتها القانون للمناول الذي عادة ما يكون عبارة عن مؤسسات صغيرة ومتوسطة، حتى يمكنها من الاستفادة من إجراء الدفع المباشر وتحقيق فعالية لهذا الإجراء خاصة فيما يتعلق بعدم شمولية المبلغ المدفوع للرهن الحيازي حتى تكون هناك سهولة في تطبيق إجراء الدفع المباشر للمناول.

الفرع الخامس: الإطار الإجرائي للدفع المباشر

حتى يتم كفل وتعزيز الحماية المالية للمناول لضمان حقوقه فإن التنظيم والمشرع الجزائري قد فرض - ولمنح إجراء الدفع المباشر نوعا من الفعالية في التطبيق - على الأطراف في الهرم الثلاثي إتباع مجموعة من الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية والذي ترك مهمة تحديدها للقرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع للمتعامل الثانوي الذي قام بدوره بتسطيرها في مادته الثالثة بتحديد الخطوات الواجب الزاما اتباعها من قبل المناول خاصة والمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عامة، أين وضع مهمة القيام بكل هاته الإجراءات على عاتق المناول كونه صاحب المصلحة والمستفيد الرئيسي من خاصية الدفع المباشر.

فبناء على أحكام القرار الوزاري يمكننا تقسيم هذه الإجراءات إلى إجراءات متبعة من قبل المناول، المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، لكن المحرك الأساسي لكل هاته الإجراءات هو المناول.

أولا : إجراءات متبعة من قبل المناول

لقد ألزم تنظيم الصفقات العمومية بصفة عامة والقرار الوزاري بصفة خاصة المناول الذي يود الاستفادة من الدفع المباشر على الجزء الذي قام بتنفيذه في المشروع، بأن يتبع مجموعة من القواعد والإجراءات تحت طائلة عدم تمكينه من الاستفادة من الدفع المباشر و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

أ. تقديم طلب إلى المتعامل المتعاقد الأصلي

كمرحلة أولى ألزم القرار الوزاري المناول الذي تم قبول تدخله في تنفيذ الصفقة بإجراء جوهري وهو تقديم طلب كتابي إلى المتعاقد الأصلي مصحوبا بجميع التبريرات والتوضيحات في هذا المجال لمحو كل إبهام أو غموض، ولضمان علم هذا الأخير برغبة المناول اشترط القانون في هذا الطلب أن يكون مقترنا بوصل استلام لضمان وصوله إليه وهذا لإبداء رأيه والموافقة على الدفع المباشر لصالح المناول.

ب. تقديم طلب آخر إلى المصلحة المتعاقدة

إلى جانب الطلب الموجه إلى المتعامل المتعاقد الأصلي يتعين على المناول توجيه طلب آخر إلى المصلحة المتعاقدة مع وصل الاستلام، وهذا حتى تكون هذه الأخيرة على علم برغبة

المناول في اقتضاء المقابل المالي منها مباشرة، وهو ما أكدته المادة الثالثة (03) من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 والتي نصت على أنه: " يجب أن يوجه المتعامل الثانوي إلى ... المصلحة المتعاقدة طلبا للدفع المباشر مرفقا بالفواتير أو الوضعيات ووصل الاستلام..."، إذ يجب على هذا المناول زيادة على الطلب الذي يوجهه لها أن يرفق ملفه بوصل الإستلام المتعلق بالطلب الذي قام بتوجيهه للمتعاقد الأصلي وكذا كافة الفواتير والكشوفات التي تحدد مبالغ الأشغال المراد اقتضاؤها، تظهر أهمية ذلك في ضرورة علم المصلحة المتعاقدة بوصول الطلب إلى هذا الأخير وأن المناول قام باحترام الإجراءات المنصوص عليها بالترتيب.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه خلال تقديم الطلب تتم التفرقة بين حالتين؛ حالة ما إذا تم تقديم الطلب عند إيداع العروض، أو إذا تم تقديمه بعد منح الصفقة أي أثناء تنفيذ العقد:

1. في حالة تقديم الطلب عند إيداع العروض (مرحلة التعاقد)

في هذه الحالة يجب أن يتضمن طلب الدفع المباشر البيانات التالية:

- طبيعة الخدمات المتعامل فيها ثانويا ؛
- اسم ولقب المناول إن كان شخصا طبيعيا، أو مقر الاجتماعي إن كان شخصا معنويا ؛
- قيمة المبالغ المتوقعة دفعها مباشرة للمناول ؛
- شروط الدفع وطرق تغيير ومراجعة السعر ؛
- المؤهلات المالية، التقنية، والمهنية للمناول ؛
- شهادة تثبت عدم وقوع المناول في حالة من حالات الإقصاء المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

تجدر الإشارة إلى أنه وفي هاته المرحلة يخضع المناول لنفس المعايير التي يخضع لها المتعاقد الأصلي في مرحلة تقييم العروض، وبالتالي يتم دراسة ملفه المتعلق بالدفع المباشر والنظر فيه بدقة.

2. في حالة تقديم الطلب بعد منح الصفقة (مرحلة الإبرام أو التنفيذ)

في هذه الحالة يتم تقديم طلب يتضمن نفس البيانات السابقة مع إشعار بالاستلام، بالإضافة إلى أنه يتم التصريح من قبل المتعامل المتعاقد الأصلي أنه لا يوجد أي رهن حيازي قد يقوم بعرقلة إجراء الدفع المباشر للمناول.

كما يتم استظهار الفواتير ووضعيات الإنجاز أين يقوم المناول بتقديم الوثائق والفواتير التي تسمح له باستيفاء حقوقه المالية والاستفادة من الدفع المباشر والتي تثبت أحييته في اقتضاء المقابل المالي ولقاء أتعابه.

ثانيا: إجراءات متبعة من قبل المتعاقد الأصلي

أ. الرد على الطلب:

يعتبر هذا الإجراء إجراء متناسقا مع الإجراءات السابقة له، فالمتعاقد الأصلي وباعتباره المسؤول الوحيد عن مجمل الصفقة وعن كافة الخدمات المقدمة بمناسبة تنفيذ هذه الأخيرة بما فيها تلك المتعلقة بمناوله والمسؤول عن هذا الأخير أيضا، فإنه يملك حق النظر في طلبات مناويله وذلك من أجل تحديد في ما إذا كان الطلب يعكس قيمة الخدمات المقدمة والمنفذة فعليا أو لا.

ولهذا الغرض منح تنظيم الصفقات العمومية للمتعاقد المتعاقد أجل للرد على الطلب الموجه إليه من قبل المناول ولم يترك له المجال واسعا، إذ أنه وبناء على الفقرة الثانية من المادة الثالثة (03) للقرار الوزاري فإنه على المتعاقد الأصلي إبداء رأيه خلال 20 يوما تسري إبتداء من تاريخ توقيع وصل الاستلام¹، إذ قد تكون موافقته على الدفع المباشر كلية أو جزئية، كما قد يكون رده متمثلا في الرفض في هذه الحالة ألزمه القرار الوزاري بتبرير قرار الرفض حتى لا يكون رفضه تعسفيا ومجحفا في حق المناول، إذ يجب عليه تقديم مبررات توضح أسباب منع مناوله من اقتضاء المقابل المالي مباشرة من المصلحة المتعاقدة.

في حالة انتهاء الأجل الممنوح للمتعاقد الأصلي للرد فإن سكوته وامتناعه عن الرد يعتبر موافقة ضمنية على الطلب يجوز للمصلحة المتعاقدة الدفع المباشر للمناول بمجرد انتهاء الأجل المحدد ذلك أن سكوته يعتبر كقبول ضمني للفواتير والكشوف.

ب. تبليغ رده إلى الأطراف

بعد انقضاء الأجل الممنوح للمتعاقد يجب عليه إعلام كل من المصلحة المتعاقدة والمناول بقبوله لإجراء الدفع المباشر أو رفضه له، فإن رفض هذا المتعاقد أسلوب الدفع المباشر أو

¹. في قانون الصفقات العمومية الفرنسي تم تحديد أجل الرد ب 15 يوما من تاريخ استلام الطلب من أجل ابداء قبوله أو رفضه.

بالأحرى طلب المناول يجب عليه زيادة على تبرير سبب رفضه، القيام بتبليغ هذا الأخير بقراره عن طريق رسالة موصى عليها مع اشعار بالإستلام لضمان العلم بالوصول.

ثالثا: إجراءات متبعة من قبل المصلحة المتعاقدة

أ. إرسال نسخة من الفواتير والكشوف إلى صاحب الصفقة

بعد استلام المصلحة المتعاقدة للفواتير والكشوف والوضعيات من المناول فإنه يتعين عليها إرسال نسخة منها إلى المتعاقد الأصلي صاحب الصفقة، إذ تظهر أهمية هذا الإجراء في عدة نقاط:

- من جهة يسمح بتحويل الوثائق وتمكين المتعاقد الأصلي من الاطلاع عليها في حالة ما إذا لم تكن بحوزته؛
- التحقق إذا ما كانت الخدمات المراد إقتضاء أموالها قد تم تنفيذها فعليا أم أن هناك بعض الجوانب لم تنفذ؛
- إن هذا الإجراء يسمح بالتفحص والتحقق فيما إذا كانت هناك عدم مشروعية في الكشوفات كالفواتير الخاطئة "fausses factures" والفواتير الإضافية "supplémentaires factures"؛
- تمكين المصلحة المتعاقدة من مراجعة تفاصيل ما قد تقوم بدفعه¹؛
- مراقبة المصلحة المتعاقدة للمبالغ المطالب بها في حالة إذا ما كان المبلغ المراد دفعه للمناول يتعدى المبلغ المسموح به في إطار المناولة أو يفوق مبلغ الصفقة العمومية بذاته.

إلا أنه وفي هذا الصدد نلاحظ أن التنظيم لم يقيد المصلحة المتعاقدة بأجل أو مدة زمنية معينة من أجل القيام بهذا الإجراء مثلما فعل مع المتعامل المتعاقد، بل اشترط عليها أن يكون أجل ارسالها لهاته الفواتير أجلا معقولا وقريبا وذلك لعدم اهدار حقوق المناول وعدم الإطالة عليه، إذ نصت المادة الثالثة من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع للمتعامل الثانوي على أنه: "... ترسل المصلحة المتعاقدة في أقرب الآجال نسخة من الفواتير أو الكشوف لصاحب الصفقة ..."

¹. GUILLAUME BLANCHARD, La sous-traitance dans le cadre des marches publics
(http://Legavox.fr/article/imprimer.php?id_article=7086)

وعليه نلاحظ أن هاته المادة قد اكتفت بعبارة "أقرب الآجال" ولم تقيدها بأجل محدد على أن تكون هذه المدة معقولة وتتماشى مع متطلبات الإجراء، لكن السؤال يبقى مطروحا حول تقدير هذه المدة وحدودها.

ب. صرف الفواتير والكشوف

عند استلام المصلحة المتعاقدة لطلب المناول وكل الوثائق المتعلقة بالدفع المباشر فإنه يشترط عليها بعد قبولها لإجراء هذا الدفع أن تقوم بصرف الفواتير والكشوف المرسلّة إليها خلال أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ قبول أو رفض صاحب الصفقة للدفع المباشر أو عند انتهاء أجل 20 يوما الممنوح للمتعاقد الأصلي إذا لم يعط أي رد.

ج. إعلام المتعامل المتعاقد الأصلي

يتعين على المصلحة المتعاقدة، حسب ما جاء في الفقرة الخامسة من نص المادة الثالثة (03) من القرار الوزاري التي أشارت إلى أنه: "يجب أن تعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بكل دفع لصالح المتعامل الثانوي..."، أن تعلم المتعاقد الأصلي بكل دفع أو إجراء تتخذه لصالح المناول وهذا لتحقيق الترابط والانسجام بين أطراف العلاقة التعاقدية، كما أن هذا الإجراء يكفل ويكرس في نظرنا مبدأ الشفافية في إطار الصفقات العمومية المنصوص عليه في المادة الخامسة (05) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام التي تنص على أنه "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

فيجب على المتعامل المتعاقد أن يكون على دراية تامة بكل دفع لصالح مناوليه خاصة في حالة إلزامه الصمت وعدم رده على طلب هذا الأخير.

الفرع السادس: آجال الدفع المباشر

بعد قبول المناول وموافقة المصلحة المتعاقدة على إجراء الدفع المباشر، وحتى يتم كفل حق المناول في اقتضاء المقابل المالي جراء الخدمات والأشغال الجزئية التي قام بتنفيذها وعدم إهدار حقه فإن المرسوم الرئاسي تولى مسألة تحديد آجال معينة يجب على المصلحة المتعاقدة عدم تجاوزها حتى لا تضيع حقوق المناول المالية.

إن المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية منح للمصلحة المتعاقدة أجل ثلاثون (30) يوما من أجل تسوية المناول أو المتعامل المتعاقد على حد سواء وذلك من خلال المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي أحالتنا إليها المادة الثالثة من القرار الوزاري المتعلق بكيفيات الدفع للمتعامل الثانوي إذ نصت على أنه: " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين..."

أما فيما يخص المادة 03 من القرار الوزاري فقد نصت على أنه: " تقوم المصلحة المتعاقدة بصرف الفواتير أو الكشف مع مراعاة أجل ثلاثين (30) يوما المحدد في المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010¹ والمذكور أعلاه، يبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من تاريخ قبول أو رفض صاحب الصفقة أو عند انتهاء أجل عشرين (20) يوما المذكور أعلاه إذا لم يعط صاحب الصفقة أي رد"

تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري تعمد إلى تحديد أجل الدفع للمناول حفاظا على حقوقه المالية وعدم اهدارها، فحتى يتم حماية حق المناول في تقاضي مقابله المالي وحتى لا يتم تضييع حقه، أكد المرسوم على ضرورة عدم تجاوز أجل الدفع والتسوية شهرين، كما أنه على المصلحة المتعاقدة إعلام المناول كتابيا بتاريخ الدفع.

وبالتالي فإنه تجدر الإشارة إلى أنه وعلى عكس القانون الجزائري، فإن القانون الفرنسي قد ميز في مسألة آجال الدفع والتسوية المالية وفرزها حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة وذلك كما يلي:

- 30 يوما إن كانت المصلحة المتعاقدة دولة أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.
- 45 يوما إن كانت المصلحة المتعاقدة من الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المحلية.
- 50 يوما إن كانت المصلحة المتعاقدة من المؤسسات العمومية للصحة ومؤسسات الخدمات الصحية للجيش.²

ذهب القانون الفرنسي إلى أبعد من ذلك فيما يخص مسألة آجال الدفع أين أصدر الإتحاد الأوروبي تعليمة بتاريخ 29 جوان 2000 تحت رقم 35/2000 والمتعلقة

¹. حاليا هي المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015.

². GUILLAUME BLANCHARD, Op.cit.

بمحاربة التأخير في الدفع في المعاملات التجارية¹، وضع من خلالها مبدأ يسمح في حالة وجود أي تأخير في الدفع بتطبيق غرامات لصالح المؤسسة التي مسها الضرر أو التأخير.

تسري هاته الغرامات التأخيرية ابتداء من اليوم الذي يلي آخر أجل للدفع أو تاريخ انتهاء المدة المحددة إلى غاية الدفع الفعلي للمقابل المالي².

أما فيما يتعلق بالدفع العمومية فإن المرسوم 2001-210 الصادر بتاريخ 07 مارس 2001 المتعلق بقانون الصفقات العمومية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم 2002-232 ل 21 فيفري 2002، وضع أسس تطبيق هاته القاعدة وأدمجها في القانون الفرنسي، حيث أن المادة 98 منه نصت على أنه: "الأجل الأقصى للدفع في الصفقات العمومية لا يمكنه أن يتعدى خمسة وأربعين يوماً، إلا أنه بالنسبة للمؤسسات العمومية للصحة ومؤسسات الخدمات الصحية للجيش فيحدد فيها الأجل بخمسين يوماً"

أما فيما يخص المادة الرابعة 04 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي والمتعلقة بالأجل الإجمالي للدفع للمناول فإنها نصت على أنه: "الأجل الإجمالي للدفع بالنسبة للمناول الذي يتقاضى أجره مباشرة من الشخص العمومي يحدد بناء على ما تم وضعه في عقد الصفقة العمومية والخاص بالمتعاقد الأصلي، يسري أجل الدفع للمناول ابتداء من تاريخ استلام المصلحة المتعاقدة أو - إذا أجاز العقد ذلك - مسؤول المشروع أو كل هيئة مخولة لذلك، طلب المناول مثلما تم ارسالها إلى المتعاقد الأصلي..."

وعليه يظهر جليا ومن خلال المقارنة بين هاته النصوص القانون، أن المدة الإجمالية للدفع محددة بخمسة وأربعين يوماً وتعد قاعدة أمر لا يجوز بأي حال من الأحوال خرقها عن طريق الأسلوب التعاقدية ولا خرقها عن طريق تمديدها، ففي حالة سكوت عقد الصفقة العمومية عن تحديد هاته المدة ضمن بنوده فلا يمكن أن تتجاوز أجل الخمسة وأربعين يوماً³.

بصفة عامة فإن القانون الفرنسي وبناء على نص المادة الرابعة 04 من المرسوم رقم 2002-232 المؤرخ في 21 فيفري 2002 المتعلق بتطبيق الآجال القصوى للدفع في إطار الصفقات العمومية فإنها وضعت المناول والمتعامل المتعاقد في نفس الكفة فيما يخص آجال الدفع فمنحتهم نفس الأجل أين نصت على أنه: "آجال الدفع للمناول المدفوع مباشرة

¹. تعليمة الإتحاد الأوروبي رقم 35/2000 الصادرة في 29 جوان 2000، جريدة رسمية رقم L200/35 الصادرة

في 08 أوت 2000 ص 35.

². PIELBERG (H.), Op.cit, p 18.

³. PIELBERG (H.), Op cit, p:p: 17- 18.

من قبل المصلحة المتعاقدة هي نفسها تلك المذكورة في العقد الأصلي للدفع لفائدة المتعامل المتعاقد".

فمن غير المعقول أن تكون الآجال مختلفة بالنسبة للمتعاقد الأصلي والمناول باعتبار أن مبلغ كل حساب بعدما يتم إيقاف الأشغال يجب أن يقسم بين مختلف المتدخلين في الصفقة.

وعليه رجوعا إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية الفرنسي 2001-210 المؤرخ في 07 مارس 2001 نجدها حددت أجلا أقصى للدفع مقدر بخمسة وأربعين يوما (45) كحد أقصى.

لكن التطبيق العملي للمواد القانونية على أرض الواقع يبقى دائما صعب المنال، فعلى الرغم من تحديد آجال الدفع بدقة إلا أن المصلحة المتعاقدة غالبا ما تتعدى هذه الآجال لظروف قد تكون أحيانا خارجة عن نطاقها وأحيانا أخرى تكون هي المتسبب فيها، سواء كان ذلك في الجزائر أو في العديد من الدول ومن بينها فرنسا، فمن خلال تقرير أعده الوسيط المكلف بالعلاقات الصناعية الداخلية والمناولة بفرنسا والمتضمن تحليلا للممارسات المخلة بالمناولة ومدى تطبيق أحكامها من قبل المصالح المتعاقدة بتاريخ 30 جوان 2010، جاء فيه أنه على عكس ما جاء في القانون فإن تطبيق إجراء الدفع المباشر يمتد من ستون (60) يوما إلى تسعون يوما (90)، فالفارق الشاسع بين الفواتير وسندات الطلبات bons de commandes اللاحقة للتسليم أو التنفيذ هي من الظواهر المتكررة في مجال المناولة التي يجب معالجتها.¹

بما أن المبالغ المدفوعة للمناول بعنوان الدفع المباشر من قبل المصلحة المتعاقدة يمكن أن تمسها تأخيرات والتي هي بلا شك ضارة نوعا ما بالمعني خاصة في حالة حاجته الماسة إلى أموال ومبالغ مالية مستحقة له نتيجة تنفيذ عقد المناولة، وعليه، ومن أجل مواجهة الحالات المشابهة ومواجهة التأخير في الدفع الصادر عن المصلحة المتعاقدة سواء بإرادتها أو خارج نطاق إرادتها، منح القانون للمعني إمكانية اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بفوائد التأخير، وهو الحال كذلك بالنسبة لتنظيم الصفقات العمومية الذي أجاز هذه الإمكانية ووضعها كوسيلة أمام المتضرر من أجل الحصول على مقابل أتعابه في أقرب الآجال مع فوائد عن كل يوم تأخير، أين سعى

¹. Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, du médiateur des relations inter-industrielles et de la sous-traitance au Ministre chargé de l'Industrie et à Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation, 30 juillet 2010, p 14.

المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إلى حماية هذا المناول من كل تأخير قد يمس مصالحه، وكذا إلى ضمان حقه والحفاظ عليه.

وعليه يمكن للمناول اللجوء إلى هذا الإجراء عند إنتهاء الأجل المقرر بالدفع والمتمثل في شهرين وذلك استنادا إلى نص المادة 122 في فقرتها الرابعة التي نصت على أنه: " يخول عدم صرف الدفعات على الحساب، في الأجل المحدد أعلاه...الحق في الإستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر مدرجا الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب..." إذ تحتسب فوائد التأخير في هذه الحالة ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد للدفع ويتم تقديرها يوميا إذ تحتسب فوائد التأخير في هذه الحالة ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد للدفع ويتم تقديرها يوميا لي حين صرف الدفعات.

غير أننا ومن خلال الواقع العملي أو التطبيقي نلاحظ إمتناع واضح أو بالأحرى عدم جراءة المناولين والمتعاملين المتعاقدين على حد سواء من اللجوء إلى هذه الوسيلة خوفا منهم من المصالح المتعاقدة التي قد تتخذ موقفا عدائيا اتجاههم مما قد يحرمهم من المشاركة أو الفوز بصفقات مستقبلية، وبهذا يفضلون تحمل التأخر الواضح (الذي يكون أحيانا جد طويل وغير قانوني قد يمتد لعدة أشهر) والسكوت عنه وتحمل الأضرار التي قد تمسهم في هذا الصدد على الاحتجاج واللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على المقابل المالي المتفق عليه مع فوائد تأخيرية إلا قلة قليلة من المتعاملين المتعاقدين والمناولين.

الفرع السابع: علاقة الدفع المباشر بالضريبة

كما هو معروف قانونا فإن جميع المعاملات سواء أكانت تجارية أم حرفية أم مهنية أم صناعية تعتبر موادا خاضعة للجباية بشتى أنواعها وأشكالها، وبما أن العقود المبرمة بين المتعاملين المتعاقدين والمصالح المتعاقدة أو الإدارات العمومية هي عقود خاضعة للضريبة فإنه وباعتبار أن عقد المناولة عقد تابع للصفقة فإنه المقابل المالي فيه يخضع هو الآخر لإقتطاعات ضريبية سنتولى تبيانها في كل من حالة المناولة الوطنية والدولية.

أولا: خضوع المناولة الوطنية للضريبة

إن الرسم على القيمة المضافة TVA يمس جميع المعاملات والعقود، وذلك استنادا على قانون الرسوم على رقم الأعمال في مادته الأولى التي نصت على أنه: " تخضع للرسم على القيمة المضافة: عمليات البيع والأعمال العقارية والخدمات من غير تلك الخاضعة للرسوم الخاصة، التي تكتسي طابعا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا، ويتم انجازها في الجزائر بصفة اعتيادية أو عرضية...". وكذا المادة الثانية التي أقرت أنه: " تخضع وجوبا للرسم على القيمة المضافة:

- المبيعات والتسليمات التي يقوم بها المنتجون، كما جاء تعريفهم في المادة الرابعة.
- الأشغال العقارية.
- المبيعات والتسليمات على الحال الأصلي، من المنتجات أو البضائع الخاضعة للضريبة والمستوردة والمنجزة وفقا لشروط البيع بالجملة من قبل التجار المستوردين.
- المبيعات التي يقوم بها تجار الجملة، كما جاء تعريفهم في المادة الخامسة.
- عمليات الإيجار، وأداء الخدمات، وأشغال الخدمات والبحث وجميع العمليات من غير المبيعات والأشغال العقارية".
- التسليمات لأنفسهم :

1. العمليات تثبيت القيم المنقولة التي يقوم بها الخاضعون للرسم.

2. الأملاك غير تلك المثبتة التي يقوم بها الخاضعون للرسم، لأنفسهم، لتلبية حاجياتهم الخاصة أو حاجيات مستثمراتهم بموجب المختلفة، على ألا تستعمل هذه الأملاك لإنجاز

عمليات خاضعة للرسم على القيمة المضافة أو تكون معفاة طبقاً للمادة التاسعة.

بما أن المتعامل المتعاقد قد يلجأ إلى إبرام عقد ثانوي مع مناولين، فإنه ومن البديهي أن تخضع الأموال المترتبة عن هذا العقد الفرعي بدورها إلى ضرائب ورسوم، خاصة إذا كان هذا المناول يتقاضى أجره مباشرة من الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، أين يصنف هذا الأخير أو المناول في قائمة الأشخاص الخاضعين للضريبة بمناسبة وجود رابط تعاقدى مالي محض بينهما، فتعتبر الخدمات والدراسات والأشغال المقدمة من قبله خاضعة للرسم على القيمة المضافة وذلك بنسبة 19 % و 09 % بالنسبة للقيمة المخفضة وهو ما أكدته القرار الصادر عن وزارة المالية في 15 يناير 2017 (وثيقة مرفقة رقم X - الصفحة 331)، وفي تصريح صادر عن السيد عبد الرحمن راوية المدير العام للضرائب صرح بموجبه أن الصفقات والعقود التي تم إبرامها قبل 31 ديسمبر 2016 تبقى خاضعة للنسب القديمة والمتمثلة في 17 % و 07 % إلى غاية إنهائها، أما في ما يخص الصفقات التي تم إبرامها فيما بعد أي خلال سنة 2017 فإنها تخضع للرسم الجديد المتمثل في نسبة 19 % و 09 %¹.

هذا فيما يخص الصفقات التي تتم مع متعاملين وطنيين في نفس الإقليم، أما فيما يتعلق بالتدخلات خارج حدود الإقليم الوطني فإنها تطرح اشكالا نوعا ما، ذلك أن المتعاملين يصطدمون على المستوى الجبائي بإشكاليتين الأولى متعلقة بالرسم على القيمة المضافة TVA، والثانية متعلقة بالضريبة على الأرباح، وعليه سنقوم بدراستهما اتبعا.

ثانيا: خضوع المناولة الدولية للضريبة

أ. الرسم على القيمة المضافة TVA

إن الأشغال والخدمات التي يتم إنجازها من قبل مؤسسات جزائرية أو أجنبية خارج حدود دولتها (ورشة عمل، دراسات تقنية، أشغال عقارية، خدمات تركيب وتثبيت....) تعد هي الأخرى أعمال خاضعة للرسم على القيمة المضافة، فحسب بعض الدول تعد الشركات الأجنبية إما معفية من كافة الإلتزامات التي قد تقع على عاتقها في المجال الضريبي

¹. نصت المادة 110 من القانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016 المتضمن قانون المالية لسنة 2017، جريدة رسمية عدد 77، الصادرة في 29 ديسمبر 2016، على الإعفاء من الحقوق الجمركية والرسم على القيمة المضافة لمدة خمس سنوات بالنسبة للمكونات والمواد الأولية المستوردة أو التي يتم إقتناؤها محليا من طرف المتعاملين من الباطن (المناولين) المعتمدين من طرف منتجي الأطقم والأطقم الفرعية الموجهة لمنجيات وتجهيزات الصناعة الميكانيكية والإلكترونية والكهربائية، أين أشارت المادة إلى أن هذه المواد والتجهيزات تحدد بقائمة بموجب قرار مشترك.

مما يجعلها على عاتق الزبون المحلي الذي تتم الأشغال والخدمات لحسابه، أو تعد ملزمة بتعيين في الدولة المستقبلة ممثلاً جبائياً من أجل إتمام إجراءات التصريح وكافة المعاملات المتعلقة بالضريبة.¹

في بعض الدول يجب على المتعامل المتعاقد أن يلعب دور رئيس السلسلة (chef de file) في المجال الجبائي أين يشترط عليه تعيين ممثل ضريبي والتصريح بجميع العمليات ودفع الضرائب التي تقابلها بما فيها تلك الخدمات والأشغال الجزئية التي قام بها مناولة أو مناوليه، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هاته القاعدة تفقد إلزاميتها في حالة وجود مناولة عن المناولة وبعبارة أخرى في حالة قيام المناول بدوره بدعوة مؤسسات أجنبية لإنجاز جزء من الأعمال الممنوحة إليه، ففي هاته الحالة يصبح هذا المناول يلعب دور المتعامل المتعاقد الأصلي بالنسبة لمناوليه فيقوم بالتصريحات والاكتتابات الجبائية.²

ب. الضريبة على الأرباح I.B.S

إن الضريبة على الأرباح تطرح إشكالا على الأخص في المعاملات الدولية أو الصفقات الدولية فالمؤسسات التي تمارس أشغال وخدمات في دولة أخرى والتي تستدعي تواجدها المؤقت أو الدائم في إقليم هاته الدولة وتواجد وسائلها المالية والبشرية، يجب عليها إجباريا التساؤل حول الجانب الجبائي، ومعرفة إذا ما كانت هاته العملية تجعلها خاضعة للضريبة في هاته الدولة المقيمة أم لا.

في ظل غياب معاهدات دولية فإن خطر الوقوع في الازدواج الضريبي وارد، أما في ظل وجود معاهدات في هذا الصدد فإنه يجب تطبيق مبدأ المقر الثابت l'établissement stable من أجل تحديد طبيعة الالتزامات الضريبية الواقعة على عاتق المؤسسة وطرق الخضوع التي تمس النشاط الممارس في الخارج.

وفي هذا الصدد، فإن اللجوء إلى المناولة قد يخلق مشاكل متعلقة بتحديد مفهوم المقر الثابت l'établissement stable في مجال ورشات العمل، وعليه فإن الإتفاقيات الدولية لا تعطي صفة المقر الثابت إلا للورشات التي تتعدى أجلا معيناً أي تتراوح بين 6 أشهر و 12 شهراً بصفة عامة، وبهذا فإن المناول الذي لا يتواجد بصفة دائمة في الورشة

¹ . BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Op cit, p 414.

² . Idem, p 414.

le chantier بالخارج فمن البديهي أن لا يتم النظر إليه كأنه يملك مقر ثابت إن كانت مدة تدخله أو تواجدته في مكان تنفيذ الأشغال بالإجمال لا يتعدى المدة المحددة في الاتفاقية الدولية

وفي هذا الإطار جاء في مقال صادر عن جريدة الشعب بتاريخ 06 نوفمبر 2014 بقلم بن عياد سعيد المتعلق بضرورة مراجعة نظام الضرائب والرسوم المطبقة على الشركات الأجنبية، أنه :

" دعا الخبير المحاسبي ومحافظ الحسابات السيد اعوج أعراب، إلى الإسراع بمراجعة عميقة واستعجالية للإجراءات التي تنظم دفع الضرائب والرسوم من طرف المتعاملين الأجانب وتجاوز أسلوب المراجعة الجزئية والمنتالية التي أظهرت اختلالات ونقائص وتجاوزات ينبغي معالجتها، ذلك أنه يلاحظ كما أشار إليه على سبيل المثال، أن المسير صاحب الأغلبية في شركة ذات مسؤولية محدودة يدفع نسبة ضريبة أقل من المسير صاحب الحصة الأقل في أسهم رأسمال الشركة، انطلاقا من دخل معين، كما أن الموظفين والعمال يدفعون أكثر من الشركاء في شركات تجارية، ومن هنا يطرح سؤال مهم وهو لماذا تدفع الجزائر الضرائب والرسوم التي على عاتق المؤسسات الأجنبية العاملة بالجزائر في إطار الصفقات العمومية؟، وأوضح المتخصص في المجال المحاسبي إلى أنه ما عدا الاستثناءات الخاضعة لاتفاقيات دولية خاصة، كل عائد مالي يكسب في أي بلد ينجم عنه دفع ضرائب من طرف المتعامل الذي يقوم بإنجاز في ذلك البلد، لذلك فإن الدين الضريبي الذي ينجم عن الدخل يجب أن يدفع من هذا الأخير (المتعامل المتعاقد الأجنبي) بالتالي دفع هذا الدين من طرف الدولة أو طرف آخر بدل الخاضع للضريبة يعد كأنه دخل آخر يجب أن يخضع للضريبة، وأضاف الخبير المحاسبي بنبرة وطنية قائلاً إذا كان في الماضي بفعل عدم التحكم في النظام المحاسبي المتعلق بالصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب، يمكن تبرير ما حدث، فإن الأمر لا ينبغي أن يستمر خاصة منذ صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي كرّس حقيقة في مادته 31 التي تقضي بأن يدفع كل طرف ضرائبه والرسوم التي تقع عليه لكن يواصل الخبير قائلاً " يلاحظ إلى اليوم استمرار تلك الممارسة الغربية في إطار صفقات عمومية تتعلق بخدمات تخضع للاقتطاع من المصدر طبقا للمادة 156 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم الشبيهة."

" حقيقة، وأمام اتساع تواجد المؤسسات الاقتصادية الأجنبية خاصة في مجال الخدمات والصفقات، يبدو أنه من الضروري إعادة تشخيص جانب الضرائب والرسوم التي يجب أن يدفعها المتعامل بشكل يكون أكثر دقة ووضوحا بما يحمي حقوق المجموعة الوطنية ويضمن للدولة مواردها القانونية وكذا بما يمنع أي تلاعب جراء اختلاف التفسيرات للأحكام القانونية أو

غموض للإجراءات المعمول بها، خاصة في هذا الظرف الذي يتطلب من الإدارة تفعيل أدواتها تجاه المتعاملين الأجانب ضمن معادلة حماية الحقوق فيكون لكل ذي حق حقه وينبغي بالمناسبة الإشارة إلى أن نشاطات الخدمات في إجراء الدراسات والخبرات يمنح مساحة واسعة للشركات الأجنبية، التي تلجأ إلى موارد محلية لإنجاز المشاريع مقابل فواتير هائلة، مما يفرض الانتقال إلى وضع ترتيبات قانونية تحمي حقوق الكفاءات الوطنية وتعطيها الفرصة أمام منافسة أجنبية شرسة وبالرجوع إلى المادة 31 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 فإنها تنص على أن الضرائب والرسوم المترتبة في إطار تنفيذ عقد يتحملها قانونا المتعامل الأجنبي، ولا يمكن أن تتحملها الهيئات، المؤسسات العمومية والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.¹

وعليه ومن خلال هذا المقال يتضح لنا أن تطبيق الضرائب في مجال الصفقات العمومية في الواقع - خاصة تلك التي تضم طرفا أجنبيا -، يستدعي إعادة النظر والتشديد نوعا ما وإعطاء الضرائب والرسوم المطبقة على المؤسسات والشركات الأجنبية نوعا من الحيوية والصرامة، بإعتبار أن مجال الصفقات العمومية هو المجال الذي يظهر فيه المال العام بكثرة وعليه فلا بد من عدم التساهل في حمايته ومنح النصوص القانونية والنظرية انعكاسا جليا على الواقع التطبيقي.

عمليا يتم احتساب نسبة نسبة 40 % المخصصة للجزء المناول خارج الرسم على القيمة المضافة TVA، وعند إعداد المناول للفواتير والكشوفات من أجل إقتضاء مقابل الخدمات والأشغال التي أداها فإنه يضمن نسبة 19 % و 09 % - حسب الحالة - في هذه المبالغ واقتضائها من المصلحة المتعاقدة أين يقوم بدوره بالتصريح بهذه القيمة لدى المصالح الجبائية.

غير أن الواقع العملي كشف عن تهرب ضريبي كبير من جانب المكلفين بالضريبة خاصة التجار والمقاولين منهم، ذلك أن التصريحات بالرسم على القيمة المضافة دائما ما تكون تصريحات كاذبة أين يسعى المكلفون بالضريبة إلى التصريح بمبالغ للقيمة المضافة أقل من المبالغ الفعلية التي تقاضوها، مما يدفع مفتشية الضرائب إلى القيام بتحقيقات جبائية وإعادة تقييم الرسم مع توقيع غرامات جبائية باهضة ضد المتهربين.

إن الأعمال الخاضعة للضريبة لا تنحصر فقط في المعاملات والأموال التي تترتب على تنفيذ عقد المناولة، وإنما أيضا على المناولين أنفسهم، فالقانون ألقى على عاتق الأشخاص والشركات وفي

¹ www.ech-chaab.com

حالة لجوءها إلى المناولة لتنفيذ الصفقة، التصريح بكافة مناوئهم الذين يستخدمونهم لتنفيذ الأشغال والخدمات المتعلقة بالعقد الأصلي.¹

وعلى هذا الأساس فأيا كانت جنسية المتعامل المتعاقد سواء وطنيا كان أو أجنبيا، يتوجب عليه التصريح بالمناول أمام مفتشية الضرائب قبل انتهاء الشهر الموالي للبدء في أعمال المناول، وذلك بموجب وثيقة تتضمن البيانات التالية:²

- إسم ولقب أو المقر الإجتماعي وعنوان المناول
- طبيعة الأشغال المتعامل فيها عن طريق المناولة
- عنوان ورشة العمل، ومكان تنفيذ العقد

الفرع الثامن: الدعوى المباشرة وطرق إستيفاء المناول لحقه المالي

إنّ انقضاء علاقة تعاقدية تربط المناول بصاحبة المشروع أو ما يعرف بالمصلحة المتعاقدة لا يعني بالضرورة انعدام أية علاقة تجمع بين عقد الصفقة الأصلي وعقد المناولة، بل إنّ العقديين يتحدان في المحل المتمثل في تنفيذ الأشغال والخدمات المتفق عليها بين صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد، ويترتب على ذلك أنه في الأصل لا تقوم علاقة تعاقدية مباشرة بينهما لإنعدام وجود عقد كون أن المناول يعتبر من قبيل الغير بالنسبة لعقد الصفقة العمومية، وبالتالي لا يحق للمصلحة المتعاقدة الرجوع مباشرة على هذا الأخير ومطالبته بإصلاح العيوب التي عاينها وقت استلام الأعمال أو بإتمامها أو تعويض الضرر اللاحق به - وهو ما سنقوم بتفصيله عند دراستنا لحدود المسؤولية في الفصل الثاني من هذا الباب -.

وتأسيسا على ذلك، فإنّ العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن هي علاقة غير مباشرة، فلا يمكن لها مطالبته بالتنفيذ أو التسليم أو الضمان لا بموجب عقد الصفقة العمومية الأصلي لأن المناول ليس طرفا فيه، ولا بموجب عقد المناولة لأنها ليست طرفا فيه أيضا.

لكن، وبمقابل ذلك ومن أجل إستيفاء المتعاقد الفرعي أو المناول لكافة حقوقه المالية والحصول على المقابل المالي الذي يدين به جراء الخدمات والأشغال التي قدمها، يحق له ممارسة

¹ . عدم التصريح بالمناول يعاقب عليه بدفع غرامة جبائية تتراوح بين 1000 دج إلى 5000 دج.

² . BOULIFA (B.), Marches publics, Op cit, p 267.

الدعوى المباشرة l'action directe لمطالبة المصلحة المتعاقدة بأداء أجره المستحق على مدينه الأصلي، أي المتعامل المتعاقد - خاصة إذا لم تكن قد مكنته من إجراء الدفع المباشر.¹

مع انعدام أي رابط تعاقدى بين المصلحة المتعاقدة والمناول، فإن لهذا الأخير إمكانية ممارسة دعوى مباشرة ضد صاحبة المشروع في حدود ما يدين به للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الأشغال أو بالأحرى بمناسبة تنفيذ عقد المناولة، فهو بهذا الأمر يستفيد من ضمانه عظمى في حالة عجز المتعاقد الأصلي، أين يمكنه مطالبتها بتسديد الفواتير الغير مدفوعة المتعلقة بالأشغال الممنوحة لهذا الأخير والتي تمت مناولتها له.²

منح المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري للمناول الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المصلحة المتعاقدة لمطالبتها بأجره المستحق له.³

" وتعرف الدعوى المباشرة بأنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ما هو مستحق له من مدين مدينه، فهي تسمح للدائن برفع الدعوى باسمه شخصيا ولحسابه ضد هذا الأخير بهدف الحصول على حقه مباشرة مما يجب أن يؤديه هذا الأخير لمدينه، " وتعرف كذلك بأنها الدعوى التي يصبح بموجبها الدائن دائئا مباشرا لمدين مدينه، فيحق له بواسطتها مطالبة مدين المدين باسمه هو شخصيا وليس باسم مدينه بأن يؤدي له ما كان يجب أن يؤديه للمدين في حدود دين الدائن لمدينه وهي وسيلة كفلها القانون لحماية حقوق بعض الدائنين قبل مدينهم بالرجوع المباشر على مدين مدينهم.

¹. نصت المادة 189 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وان هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

². CRAHAY (P.), Contrat de sous-traitance de travaux de construction, revue Mosal, du 01 janvier 2012, p 01.

³. Art 1798 du code civil belge : « Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés a la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits a l'entreprise ont une action directe contre le maitre de l'ouvrage jusqu'a concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l' egard des propres sous-traitants du premiers ».

وتعد الدعوى المباشرة من الدعاوى الخاصة التي تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع باعتباره مدينا للمتعاقد الأصلي ولا تتعلق بكل أمواله أي أنها تنحصر على ما يكون مستحقا لهذا الأخير اتجاه رب العمل في الأصل، كما أنه ومن جهة أخرى تعتبر استثناء عن مبدأ عدم انصراف أثر العقد للغير، كونها تخول للمناول المطالبة بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفا فيه وكأن العقد الذي أنشأ حقا للمدين امتد أثره إلى دائنه فاكتسب حقا مباشرا منه.

يتضح مما سبق أنّ المشرع الجزائري قد حدد نطاق رجوع المناول على صاحب المشروع وذلك بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمتعاقد الأصلي وقت رفع الدعوى بموجب العقد الثانوي، فلا يمكن مطالبته بأكثر مما هو مدين به أصلا، إذ تقتض الدعوى المباشرة أن يكون للمناول دين لدى المتعامل المتعاقد من جهة، وأن يكون لهذا الأخير دينا في ذمة المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على أحقية المناول في المطالبة بأجره عن طريق الدعوى المباشرة من المصلحة المتعاقدة في إطار الباب الثالث في مادته (12) تحت عنوان "الدعوى المباشرة" *l'action directe* من قانون الصفقات العمومية، إذ نصت هذه المادة على حق المناول في استيفاء مقابل خدماته من المصلحة المتعاقدة بعد إنقضاء أجل شهر من إعدار المتعامل المتعاقد الأصلي، ويستمر هذا الحق حتى ولو كان هذا الأخير في حالة إفلاس أو تسوية قضائية شريطة أن تمس المبالغ المطالب بها فقط الخدمات التي تم التصريح بها في عقد المناولة والتي استفادت منها حقا المصلحة المتعاقدة.

Article 12 : « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites ».¹

¹. كما نصت المادة 13 من نفس القانون الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: لا تشمل الدعوى المباشرة إلا المدفوعات المقابلة للخدمات المنصوص عليها في عقد المناولة، والتي يكون صاحب المشروع هو المستفيد الفعلي منها. إذ تقتصر التزامات هذا الأخير على ما يجب عليه اتجاه المقاول الرئيسي في تاريخ استلام نسخة من الإشعار المنصوص عليها في المادة السابقة".

وقد اختلفت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية مع غرفتها المدنية في هذا الشأن إذ قضت الأولى بأحقية المقاول الفرعي أو المناول في مباشرة الدعوى المباشرة ضد المصلحة المتعاقدة إذا لم يسدد المتعاقد الأصلي أجره حتى وإن لم يتم قبوله من قبل هذه الأخيرة ولم يعتمد شروط دفعه، في حين اشترطت الغرفة المدنية أن يكون المناول قد نال موافقة صاحبة المشروع وأن تكون قد اعتمدت شروط دفعه حتى يحق له مباشرة الدعوى المباشرة.

فلطالما ظل السؤال غير واضح عما إذا كان المناول الغير معتمد لديه مع ذلك الإجراء المباشر الذي ينظمه الباب الثالث من القانون الفرنسي الصادر في 31 كانون الأول / ديسمبر 1975. وكان الاختلاف في هذه النقطة على أعلى مستوى منذ أقرت غرفة التجارة في محكمة النقض الفرنسية في 19 ماي 1980 أنه "حتى لو لم يقبل المقاول الرئيسي المقاول من الباطن ولم يوافق على شروط سداد عقد المناولة من قبل المصلحة المتعاقدة، فإن هذا الأخير لديه بموجب القانون الحق، في حالة تقصير المقاول الرئيسي، إجراء دعوى مباشرة ضد المصلحة المتعاقدة". في حين أن الغرفة المدنية الثالثة لنفس الهيئة أقرت بتاريخ 29 ماي 1980 على أنه: "ليس للمتعاقد من الباطن الحق في ممارسة الدعوى المباشرة ضد المصلحة المتعاقدة إلا إذا تم قبول كل مناول وإعتماد شروط دفعه بالنسبة لكل عقد من عقود المناولة".¹

ومن أجل وضع حد لهذا الخلاف اجتمعت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية واشترطت توافر موافقة المصلحة المتعاقدة على المناول وأن تكون قد اعتمدت شروط دفعه حتى تقبل الدعوى المباشرة المرفوعة من قبله، غير أنها أكدت بأن المصلحة المتعاقدة أو بالأحرى صاحبة المشروع هي الطرف الوحيد الذي بإمكانه الدفع بعدم توافر شرط قبول المناول وعدم اعتماد شروط أداء مستحقاته أثناء مباشرة الدعوى المباشرة وليس بإمكان المتعامل المتعاقد الأصلي ولا دائنيه الاحتجاج بذلك، واستقر العمل بهذا المبدأ بعد ذلك تطبيقاً لهذا الاجتهاد.

رجوعاً إلى الأحكام العامة للقانون الجزائري فإننا نجد أن القانون المدني بدوره قد رخص للمتعاقد من الباطن مزاوله هذا الحق بموجب نص المادة 565 التي نصت على أنه: "يكون لمقاولين الفرعيين والعمّال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمّال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل".

¹. BENABENT (A.), Op.cit, p 32.

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن حق إقامة الدعوى المباشرة ليس محصوراً فقط للمناول وإنما لعماله أيضاً إن وجدوا، وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 مارس 1983¹ المتعلق بالمناولة،¹ نجد أنه أقر للمناول من الدرجة الثانية حق اللجوء إلى الدعوى المباشرة للحصول على مستحقاته المالية.

فلعامل المناول أن يرجع في حدود ما هو مستحق له بموجب عقد العمل في ذمة المناول على المتعامل المتعاقد باعتباره رب العمل بالنسبة للمناول، كما يرجع على المصلحة المتعاقدة بما هو مستحق في ذمة المتعامل المتعاقد.²

وعلى خلاف المشرع الجزائري - الذي لم يبين شروط ممارسة الدعوى المباشرة - فإن المشرع الفرنسي اشترط لممارسة هذه الدعوى عدم تسديد المتعامل المتعاقد مستحقات المناول بعد انقضاء مهلة شهر من إعداره مع واجب تبليغ المصلحة المتعاقدة نسخة من الإعدار كما يحق لهذا الأخير ممارسة الدعوى المباشرة حتى مع تعرض المتعاقد الأصلي لتصفية أمواله أو تعرضه للتسوية القضائية وبما أن الدعوى المباشرة تعد من قبيل الحقوق الممنوحة للمناول فإن المشرع الفرنسي اعتبر أن كل تنازل عن ممارسة هذا الحق يعد كأنه لم يكن.

تجدر الإشارة إلى أنه وفي الجانب التطبيقي للصفقات العمومية يعد اللجوء إلى مثل هذه الدعاوى أمراً نادر الحدوث وذلك بسبب إمكانية حصول المناول في الصفقة على مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة بمجرد الإنتهاء من تنفيذ الأشغال المنصوص عليها في عقد المناولة.

وتتلخص خصائص الدعوى المباشرة فيما يلي:

- تعتبر الدعوى المباشرة استثناء على " مبدأ نسبية العقد " ، إذ الأصل أنّ العقد لا ينصرف أثره إلى غير المتعاقدين وخلفهم ولا يجوز أن يرتب أي التزام في ذمة الغير، وهو الحال بالنسبة للمناول الذي يعد طرفاً خارجاً عن عقد الصفقة الأصلي وخول له القانون سلطة الرجوع على المصلحة المتعاقدة عن طريق الدعوى المباشرة مما يكسبه حقا مباشرا من العقد.

¹. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16 مارس 1983، ملف رقم 30852/09550، المجلة القضائية الصادرة سنة 1990، العدد الأول، ص 15.

². أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة والمقاوله والتزام المرافق العامة، المكتبة القانونية للنشر، مصر، سنة 2004، ص 300.

■ لا يشترط لممارستها أن يكون المتعاقد الأصلي في حالة عسر وإنما يمكن ذلك حتى ولو كان هذا الأخير ميسور الحال، ومن باب أولى حتى إذا كان في حالة تصفية أو تسوية قضائية، وهذا ما صرح به التشريع الفرنسي في مادته الثانية عشر (12) من تنظيم الصفقات العمومية.

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها من أجل ممارسة الدعوى المباشرة فتتمثل في الشروط التالية:

■ يجب أن يكون عقد الباطن قانونياً: ويقصد به أن يتم اختيار المناول والتعاقد معه وفقاً للشروط المقررة في تنظيم الصفقات العمومية، وألاً يتضمّن دفتر الشروط والعقد الأصلي شرطاً يمنع اللجوء إلى تنفيذ الصفقة العمومية عن طريق هذا الأسلوب، وأن تكون طبيعة العمل لا تعتمد على كفاءة المتعامل المتعاقد الشخصية، أي أن يكون عقد المناولة مستوفياً لكافة الشروط والإجراءات المنصوص عليها تنظيمياً وتشريعياً.

■ يجب أن يكون حق المناول مستحق الأداء ومعلوم المقدار: إذ يشترط أن يكون الأجر الذي يطالب به مستحق الأداء وغير معلق على شرط أو مقترن بأجل معين، كما يجب أن يكون حقه موجوداً وغير متنازع فيه بمعنى أن المبلغ الذي يتعيّن على صاحبة المشروع دفعه يتحدد بالقدر الذي يكون المناول مدينا به للمتعاقد وقت رفع الدعوى، ويتم إثبات ذلك بموجب الفواتير والكشوفات والمبالغ المحددة بموجب عقد المناولة.

■ يجب أن يثبت المناول تخلف المقاول الأصلي عن دفع أجره: ويتم ذلك عن طريق توجيه إنذار له وإرسال نسخة منه إلى المصلحة المتعاقدة وإعطائه مهلة شهر كما نص عليها المشرع الفرنسي.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه المسألة هو أنه هل يمكن اللجوء إلى سلوك سبيل دعوى الإثراء بلا سبب ضد المصلحة المتعاقدة من قبل المناول المبهم أو الغير شرعي والذي يكون قد قام بتنفيذ جزء من موضوع الصفقة العمومية دون الحصول على تسوية أو اعتماد؟ وبعبارة أخرى إلى أي حد يمكن للمناول الغير مشروع الاستفادة من حقوقه والمطالبة بأتعابه من المصلحة المتعاقدة وما هي حظوظه في ذلك؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات أثارت جدلاً واختلافاً في الآراء جعلت الفقهاء يفرقون بين حالتين:

1. إذا كانت المصلحة المتعاقدة قد سددت للمتعاقد مقابل مجمل الخدمات المقدمة بعنوان الصفقة بما فيها تلك التي تم تنفيذها بموجب المناولة، فإن الدعوى القائمة على

أساس الإثراء بلا سبب يمكن أن تثمر وتأتي بنتائج، ذلك أن الأسس التي تركز عليها هذه الأخيرة هي إفتقار صاحب الدعوى مقابل إثراء المعني، وبهذا يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة قد أثريت عندما قامت بالإستفادة من خدمات المناول من دون أن تدفع له مقابلا عنها، في حين أنها سددت جميع مستحقات المتعامل المتعاقد معها باعتباره قد برأ نفسه من كافة الإلتزامات التي تقع على عاتقه.

2. إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قد سددت أتعاب المتعامل المتعاقد معها في إطار الصفقة العمومية، فإن دعواه هنا قد لا تلقى تطبيقا ونجاحا.¹

وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة والتي تعتبر المستفيدة من إنجاز أشغال قد تم تنفيذها عن طريق المناولة الغير مشروعة، تجد نفسا بمواجهة مناول لم يتمكن من الحصول على مقابل أتعابه المقررة بموجب عقد المناولة من مدينه التعاقدى الأول والمتمثل في المتعامل المتعاقد، وعليه ومن أجل اللجوء إلى هذه الوسيلة فإنه يشترط أن يكون مدين المناول في حالة إعسار تمنعه من الوفاء بديونه، وبالتالي يمكن لهذا الأخير تحصيل مقابل الخدمات التي قام بتنفيذها من المستفيد الرئيسي من هذا الإثراء.²

إن بعض الدارسين للقانون يرون أن الإثراء الحاصل للمصلحة المتعاقدة من خلال الأشغال والخدمات التي تمت مناولتها " بصفة غير شرعية "، لا يمكن أن يكون إثراء « بلا سبب » ، ذلك أن سببه يستمد بصفة أساسية من عقد الصفقة العمومية المبرم " بصفة مشروعة " مع المتعامل المتعاقد، أين يحتفظ ويتحمل هذا الأخير المسؤولية الكاملة بسبب لجوءه إلى التعامل المبهم والمعيب وعدم قيامه بإجراءات التصريح بالمناول وإعتماد شروط دفعه، ومن جهة أخرى فإن المصلحة المتعاقدة مكلفة ومجبرة بسداد المبلغ المتفق عليه فقط لهذا الأخير، لكونه المتعاقد الوحيد الذي تعترف بوجوده.³

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 148.

². Idem.

³. Idem, p 149.

المطلب الثاني: الحق في التسبيق المالي

إن الأصل في مجال الصفقات العمومية أن التسوية المالية فيها تكون خاضعة لمبدأ التسوية البعدية، وبعبارة أخرى فإن الثمن فيها يخضع لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد إلا بعد إنجاز العمل أو القيام بالخدمة أو الأشغال والدراسات.

ويترتب على تطبيق هاته القاعدة تطبيقا حرفيا أنه يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز جميع إلتزاماته قبل المطالبة بمستحققاته من الإدارة، ولا يمكنه مطالبتها بدفع أموال ومبالغ مالية مقابل أشغال وخدمات لم تنفذ بعد ولم تجسد ولم تستلمها المصلحة المتعاقدة بعد.

لكن الملاحظ في الواقع العملي أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها وعموميتها قد يكلف المتعاقد المتعاقد إنفاق مبالغ طائلة في سبيل إتمام المشروع محل التعاقد وقد يستغرق التنفيذ مدة وأجال طويلة.

إلا أنه وتخفيضا من حدة هذا المبدأ ونزولا أمام التكيف مع متطلبات الصفقات العمومية، ولأن هناك مشاريع وعقود تتطلب تمويلا كبيرا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد أو المؤسسة - خاصة إذا كانت صغيرة أو متوسطة - تحمله لوحدها حتى اكتمال التنفيذ، فقد عمد التنظيم الجزائري إلى إعانة هاته الأخيرة في هذا المجال وتسهيل تنفيذ الصفقة العمومية أمامها، حيث أجاز تسليف الملتزم أو بالأحرى المتعاقد نسبة معينة من قيمة الصفقة وفق كشوفات مؤقتة بالأشغال المنفذة ضمن فترة زمنية محددة تدفع قيمتها إلى الملتزم وهو ما يعرف بالتسبيقات.

الفرع الأول: التسبيق في العقد الأصلي

تعد التسبيقات من أهم الوسائل التي تستخدمها المصلحة المتعاقدة في تمويل الصفقات العمومية وأصحابها، هادفة بذلك إلى إنعاش خزينة المتعاملين والمتعاقدين قبل تنفيذهم لموضوع الصفقات المبرمة بغية تأدية الخدمة المتعاقد عليها في أحسن الظروف وأسرع وقت ممكن ، فهي عبارة عن تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة.¹

وبالتالي، ونظرا لارتباط هاته الدفعات والتصرفات الوثيق بالمال العام فإن التنظيم لم يترك المجال مفتوحا أمام تلاعبات المتعاملين وإنما قام بضبط هذا المقابل المالي بشيء من التفصيل باعتبار أن هاته الأموال المدفوعة هي جزء لا يتجزأ من المال العام الذي يكون عرضة للإهدار خاصة في مجال الصفقات العمومية، ومن خلال هذا سيتم التطرق في البداية إلى تعريف التسبيق ثم دراسة القواعد العامة التي تحكمه.

أولاً: تعريف التسبيق ومعايير تحديده

أ. تعريف التسبيق

يعرف التسبيق لغة بأنه : التسليف أو السلف أي قرض الشخص مالا ، والسلفة تعني في بعض الحالات دفع بعض المطلوب مقدما أي مسبقا، أين يسلم شخص شخصا آخر سلفة لمواجهة المصروفات الوقتية على ألا تتجاوز هذه المبالغ حدودا معينة.

أما إصطلاحا وقانونا: فهو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد لتعزيز خزينة الشريك المتعاقد ورأس مال العامل إذا قدم المتعامل المتعاقد أو هذا الأخير كفالة بقيمة معادلة يصدرها بنك جزائري أو أجنبي معتمد أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.²

فهو بهذا يعتبر الجزء من السعر المؤدى لفائدة المتعامل قبل تنفيذ الخدمات أو الأشغال موضوع العقد ودون مقابل للتنفيذ المادي أو الفعلي للخدمة وهو ما أشارت إليه المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بنصها على أنه : " التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ".

¹. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 33.

². نفس المرجع والصفحة.

ب. معايير تحديد التسبيق

ومن هنا ومن خلال مختلف هاته التعاريف والتعريف الوارد في تنظيم الصفقات العمومية يتضح لنا أن هناك معيارين لتحديد التسبيق وهما:

- المعيار المالي: ويقصد به المبلغ المالي الذي يدفع إلى المتعاقد طبقا لمقتضيات نص المادة السالفة الذكر، فيعبر هذا المبلغ عن أجر مسبق، فيدفع هذا المبلغ للهدف الذي أقر لأجله التسبيق والذي تهدف الإدارة من خلاله إلى ضمان العمليات التحضيرية من أجل تنفيذ موضوع الصفقة تنفيذا كاملا ومطابقا.
- المعيار الزمني : وهو الوقت المناسب الذي يحق للمتعاقل المتعاقد مع الإدارة بالحصول على التسبيقات والذي يكون قبل البدء في التنفيذ الفعلي لموضوع الصفقة المبرمة، فبعد التوقيع على الصفقة وإتمام كل الإجراءات المتعلقة بذلك يمكن للمتعاقل المتعاقد وقبل البدء في أداء الخدمة المنفق عليها أن يتحصل على التسبيقات، مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك قبل البدء في تنفيذ الصفقة العمومية.¹

ثانيا: أنواع التسبيق

مثلما هو الحال في الأسعار، فإن التسبيق بدوره ينقسم إلى عدة أشكال تولت تصنيفها المادة 111 من المرسوم السالف الذكر سنقوم بذكرها اتباعا:

أ. **التسبيق الجزافي:** وهو التسبيق الذي تقوم المصلحة المتعاقدة بدفعه بصفة جزافية، وما يلاحظ أنه لا يوجد تعريف خاص بالتسبيق الجزافي فلم يتطرق التنظيم الحالي الخاص بالصفقات العمومية ولا التنظيمات السابقة له إلى إيراد تعريف خاص أو إعطاء مفهوم محدد للتسبيق الجزافي، في حين أنه تولى التطرق إلى كفيات دفعه ونسبه، فأيراد مصطلح جزافي لا يعني خلو هذا الدفع من أي قيد أو حدود ذلك أن المشرع لم يترك حرية تحديد نسبة الدفع إلى الأطراف المتعاقدة وإنما فرض التنظيم الخاص بالصفقات العمومية نسبة هذا التسبيق كحد أقصى أين إشرط فيه أن لا يتجاوز قيمة 15 % من السعر الأول للصفقة العمومية حسبما أشارت إليه المادة 111 من المرسوم المذكور: " يحدد التسبيق الجزافي بنسبة أقصاها خمسة عشر في المائة (15%) من السعر الأول للصفقة"، فيعتبر سعر الصفقة الأولي هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي .

¹. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 34.

إلا أنه وكما اعتدنا في مجال القانون أن لكل قاعدة فرع ولكل أصل استثناء، وبالتالي فإن قاعدة الخمسة عشر بالمائة بدورها تخضع لبعض المرونة، أين أجاز التنظيم أن تفوق قيمة التسبيق هاته النسبة في بعض الحالات ولكن بتوفر مجموعة من الشروط والمتمثلة في:

- إذا رأت المصلحة المتعاقدة وأثناء مرحلة التفاوض على صفقة ما أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل الدولية يترتب ضررا كبيرا يمس بهذه المصلحة فلا يمكن لهذا الضرر أن يكون محتملا فلا يجوز تغيير نسبة التسبيق الجزافي عندما يكون الضرر محتملا،
- أن تتم الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي بحسب الحالة، فلا يمكن منح تسبيق جزافي يفوق النسبة المحددة حتى وإن رأت المصلحة المتعاقدة أن هذا الرفض يترتب ضررا أكيدا لها إلا بعد الموافقة الصريحة وليست الضمنية .
- لا تمنح هاته الموافقة إلا بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة وفقا لنص المادة 111، لكن التنظيم لم يحدد نوع هاته الإستشارة إن كانت ملزمة أو لا.

أما فيما يخص الشرط الثاني فإنه وكما هو الحال بالنسبة لجميع العقود، فإنه يشترط في التسبيق الجزافي أن يكون منصوصا عليه في الصفقة العمومية مسبقا حتى يتم الاستفادة منه، يمكن للمستفيد من التسبيق أن يحصل على هذا التسبيق مرة واحدة أو على عدة أقساط يتم تحديدها في الصفقة أو العقد وفق تعاقب زمني معين، الأمر الذي أكدته المادة 112 بنصها على أنه: " يمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني".

فيكون مدفوعا مرة واحدة بناء على طلب المتعامل المتعاقد وبناء على تقديمه مسبقا لكفالة رد التسبيقات الجزافية، أما في الحالة التي يدفع فيها على عدة أقساط فلا بد أن تنص الصفقة على التعاقب الزمني وقيمة كل قسط مسبقا بما أنه يجب الإتفاق على كيفية دفع التسبيق مسبقا ومثال ذلك كأن يتم دفع تقسيط بعد إثني عشر 12 شهرا، أو بدفع ثلاث أقساط متفرقة ومختلفة مقسمة حسب تواريخ التنفيذ (أقساط سنوية)

ب. التسبيق على التموين: في ما يخص الشكل الثاني من أشكال التسبيقات هناك ما يعرف بالتسبيق على التموين، فيمكن للمتعامل المتعاقد أو المستفيد من التسبيق الاستفادة من هذا النوع من التسبيقات في حالة حيازته على عقود أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة والتي تثبت وتبرر حاجته للتسبيق، كما أنه ومن جهة أخرى يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعاقد معها تقديم إلتزام صريح لا لبس فيه

بايداع المواد والمنتجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق.

بناء على ما تم النص عليه في تنظيم الصفقات العمومية فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتجاوز مجموع التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين خمسون بالمائة (50 %) من مبلغ الصفقة الإجمالي، وهو ما أكدته المادة 115 من ذات المرسوم: " لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة (50 %) من مبلغ الصفقة الإجمالي".

أما فيما يتعلق بمدى إلزامية دفع التسبيق، فإنه ومن خلال تحليل نصوص تنظيم الصفقات العمومية يمكننا القول بأنه لم يرد أي نص يجعل أو يضيفي الصفة الإلزامية لدفع التسبيق الجزافي أو على التموين، حتى فيما يخص التنظيمات السابقة لصدور هذا المرسوم الرئاسي لم تشر إلى هذه النقطة، وبذلك يمكن القول ووفقا لهذا التنظيم أن دفع التسبيقات غير إلزامي في جميع أنواع الصفقات العمومية، إلا أننا وعند استقرائنا لدفتر الشروط العامة بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية في مادته الرابعة والأربعون (44) نجد أنها أعطت الطابع الإلزامي للتسبيق أين نصت على أنه: " يجوز بقطع النظر عن أحوال التسبيق الإجمالي الذي يكون أدائه إجباريا للمقاول أن ينص على التسبيق في دفتر الشروط المشتركة أو في دفتر الشروط الخصوصية...".

وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه وفقا لدفتر الشروط العامة فإنه في صفقات الأشغال يكون دفع التسبيق الجزافي إلزاميا، أما فيما يخص صفقات الخدمات والدراسات لا يمكن اعتبار أدائه إلزاميا لعدم وجود نص يقر ذلك.

هذا فيما يخص القانون الجزائري، أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فإن التسبيقات فيه لها طابع الإلزامية، باعتبار أنه إلزامي بالنسبة للجماعات المحلية ومؤسساتها، فدفع تسبيق مالي لمتعامل متعاقد ما يعتبر مبدأ وحقا من حقوقه التي يستمدّها من الصفقات العمومية، فهو إلزامي فقط في الصفقات التي لا يتعدى مبلغها € 50 000 ويسقط فقط في حالة تنازل المتعامل الصريح ورفضه لهذا التسبيق، لكن في حالة تنازله عن هذا الأخير يشترط عليه اعلام المصلحة المتعاقدة أو مسؤول الصفقة عن قراره عند نبليغه للصفقة.

أما فيما يتعلق بنسبة التسبيق فالأمر يختلف في القانون الفرنسي حسب مدة الصفقة العمومية، فإن كانت مدة العقد أقل من إثني عشر شهرا (12) فالتسبيق هنا لا يجب أن يتعدى 5%

من المبلغ الإجمالي للخدمات المقدمة، ويدفع بعد مرور شهر من تاريخ البدء في الأشغال والذي يحتسب من تاريخ تبليغ الصفقة أو الأمر بأداء الخدمة، فالوعاء الرئيسي لاحتساب التسبيق هو المبلغ الإجمالي TTC للصفقة، فلا يمكن للملحق بأي حال من الأحوال أن يغير ويعدل من قيمة التسبيق.¹

الفرع الثاني: التسبيق في عقد المناولة

ومن هنا وبعد التطرق لمفهوم التسبيق وأشكاله بالنسبة للعقد الأصلي، فإننا لا بد أن نتساءل حول مدى أحقية المناول في الحصول على تسبيق مالي جراء الخدمات التي قام بتنفيذها، فيما أن القانون خول للمتعاقد الأصلي الحق في الحصول على تسبيقات بشتى أنواعها، فهل يمكن أن يمتد هذا الحق إلى مناويليه؟ وهل يخضع هؤلاء المناولين لنفس الأحكام التي يخضع لها المتعاملون الأصليون في مادة التسبيقات أم أن لهم أحكاما خاصة بهم؟ ومن جهة أخرى، هل يعتبر تنازل المتعاقد عن التسبيق محوا لحق مناولة في المطالبة به؟

إن حق المتعاقد الأصلي في التسبيق يعتبر حقا ممتدا إلى مناويليه بحكم التبعية، إذ يحق للمناول أن يتحصل على التسبيق شريطة أن يكون منصبا فقط على الجزء الذي قام بتنفيذه أو الذي سيقوم بتنفيذه، إذ يمكنه أن يطالب المصلحة المتعاقدة بدفع التسبيق له حتى ولو لم يطالب به المتعاقد الأصلي أو قام برفضه، مثله مثل إجراء الرهن الحيازي الذي يستفيد منه المناول عن الجزء الذي قام بتنفيذه.

غير أنه وفي القانون الفرنسي فإن حصول المناول على التسبيق مقرون بالمبلغ المناول فلو كان مبلغ الخدمات أو الأشغال التي تمت مناولتها أكبر من 50 000 € فإنه يحق للمناول الاستفادة من تسبيق متعلق بالجزء الذي قام بتنفيذه أو الذي سينفذه مستقبلا، فهذا الحق مرتبط أساسا بمبلغ ومدة الصفقة العمومية فيمنح التسبيق إذا كانت مدة إنجاز العقد أكثر من شهرين حتى ولو كانت مدة الجزء المناول أو الممنوحة للمناول أقل من شهرين، أما وعاءه فهو يحتسب على أساس الجزء الذي تم إنجازه من قبل كل متعاقد أو مناول، كما أن هاته الإمكانية مفتوحة أمامه ابتداء من تاريخ البدء في الأشغال الممنوحة له.

¹ TAILLEFAIT (A.), Financement du marché public, jurisclesseur administratif n°08, fasc. 636, p 12.

ذهب القانون الفرنسي من خلال قانون الصفقات العمومية إلى أبعد من ذلك أين فكر في حماية حقوق المناولين حتى قبل ظهورهم وتدخلهم في الصفقة أو العقد من خلال المادة 115 فقرة 06 التي نصت على أنه: "إذا تحصل المتعامل المتعاقد على تسبيق مالي وقام بمناولة جزء من الصفقة الممنوحة له بعد تبليغه بالصفقة، يشترط عليه رد التسبيق الذي يوافق قيمة الخدمات التي تمت مناولتها، حتى في الحالة التي لا يمكن أو يرفض فيها المناول الإستفادة من هذا التسبيق...."¹

أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فإنه ولأجل إستفادة هذا المناول من التسبيقات يشترط فيه أن يكون مقبولا لدى المصلحة المتعاقدة وأن يكون متمتعا بخاصية الدفع المباشر التي أقرها له القانون وخاصة تنظيم الصفقات العمومية، فالمناول الذي لا يقبل إجراء الدفع المباشر لفائدته لا يمكنه بأي حال من الأحوال المطالبة بالتسبيق، كون أن إجراء الدفع المباشر هو المفتاح الأساسي والرئيسي لحقوق المناول كلها والتي يمكن له الإستفادة منها باعتبار أن له علاقة مالية مع المصلحة المتعاقدة الأمر الذي يمكنه من الحصول على امتيازات مالية متعددة.

¹. Instruction N° 10-027, du 02 Novembre 2010 ; Analyse, définition, mise en œuvre et exécution de la sous-traitance (France), p 19.

المبحث الثاني: هيئات وأجهزة حماية المناول

رغم الدور الهام الذي تلعبه المناولة في تحسين وتطوير القدرات الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية، الصناعية، التجارية والحرفية، ومساهمتها الفعالة في تكثيف النسيج الصناعي والتجاري والإقتصادي والحرفي، وكذا رفع مستوى الرفاهية الاجتماعية من خلال تخفيض نسبة البطالة وزيادة فرص التشغيل وبالتالي تحقيق تنمية اقتصادية تسمح بالاندماج شيئاً فشيئاً في الاقتصاد العالمي، إلا أن الواقع العملي أظهر أن قطاع المناولة مازال يعاني من بعض المشاكل يمكن إجمالها في تدني العلاقة بين المتعاملين المتعاقدين والمناولين بالإضافة إلى مشاكل الأسعار والمسؤولية والتأخيرات في الدفع إلى غير ذلك من المشاكل التي قد تعترض وتعرقل وجود المناولة وتجسيدها واقعياً.

تهدف دراستنا هاته إلى إبراز دور مراكز المناولة على المستوى المحلي والدولي كإحدى أهم الآليات الداعمة لترقية نشاط المناولة خاصة في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة سعياً وراء زيادة قدراتها التنافسية.

المطلب الأول: حماية المناولة على الصعيد الدولي

إن هاته الوضعية التي تعيشها المؤسسة المناولة أثرت كثيرا على وجود المناولة في مختلف القطاعات والنشاطات خاصة قطاع الصفقات العمومية بمختلف ميادينها على الصعيد المحلي، وتراجع ملحوظ في المبادلات والمعاملات التي تلجأ إلى هذا النوع الإستثنائي في التنفيذ وتراجعها كذلك على الصعيد الدولي، مما حتم على المشرع وعلى مستوى الصعيدين التدخل من أجل ضمان حماية قانونية فعالة للمناولين، وهذا عن طريق سن قوانين وتنظيمات تعنتي بتنظيم قطاع المناولة وترقيتها.

أين أصبح الوعي بأهمية دور المناولة في تحقيق التنمية في تزايد كبير لدى الجهات المعنية في الدول العربية والأوروبية على حد سواء وقد انطلقت التجربة العربية في مجال المناولة مع مطلع التسعينيات بالتعاون بين عدد من الأقطار العربية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية - اليونيدو UNIDO - باعتبارها الوكالة المنفذة لبرنامج الإنماء للأمم المتحدة الذي يتولى جانب التمويل واتسمت هذه التجربة بالنماذج الثلاثة التالية :

* **النموذج الأول :** اتسم هذا النموذج بإنشاء مراكز للمناولة والشراكة في كل من : تونس، الجزائر، والمغرب، وقد تمكنت هذه المراكز من الاستمرار في أداء عملها بعد توقف الدعم المالي المقدم لها من برنامج الإنماء للأمم المتحدة بواسطة اليونيدو خلال مرحلتي التأسيس والتشغيل ويرجع الفضل في ذلك إلى وعي ودعم الجهات المسؤولة في هذه الدول وكفاءة وإرادة الأطر الوطنية العاملة فيها.

* **النموذج الثاني :** تميز هذا النموذج بإنشاء مراكز للمناولة والشراكة في كل من : السعودية والأردن، ومصر، التي تجمد نشاط هذه المراكز فيها بعد توقف الدعم المالي المقدم لها من الهيئة سألفة الذكر.

* **النموذج الثالث:** يتمثل النموذج الثالث في قيام بعض الأقطار العربية، مثل دولة الإمارات العربية المتحدة، وسلطنة عمان وسوريا بتنفيذ برامج توعية وتعريف بالمناولة لإيجاد الاهتمام اللازم حول هذا الأسلوب في الأوساط الصناعية والتجارية والاقتصادية فيها بالتعاون مع المنظمة العربية للتنمية الصناعية والتعدين.

فإضافة إلى برنامج منظمة اليونيدو UNIDO التي تم تنظيمه هناك مراكز أخرى على الصعيد الدولي، ذلك أن الإهتمام بقطاع المناولة شمل هيئات دولية ناشطة في مجال تعزيز التنمية بالبلدان النامية نذكر منها:

1. **منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية: ONUDI** رأت منظمة الأمم المتحدة في المناولة أسلوباً فعالاً في دفع عجلة التنمية من خلال نجاعتها، وعليه قامت بوضع برنامج إنشاء بورصات المناولة بمختلف الدول النامية، أين تهدف إلى بناء نظام للمعلومات التقنية يسهل الإتصال بين مختلف المؤسسات.

2. **المنظمة العربية للتنمية والتعدين:** هي منظمة عربية متخصصة قامت في إطار جامعة الدول العربية، وتعمل في هذا الإطار على دعم ومساندة الجهود العربية الرامية إلى تحقيق التنمية والرقي من خلال مجالات التنمية الصناعية والطاقة والتعدين والمواصفات والمقاييس وتقديم كافة الخدمات الفنية التي من شأنها تعزيز القدرة التنافسية للمشروعات، ومن بين أهم أهدافها:

- تحقيق التنسيق والتكامل،
- الإسهام في تنمية وتطوير الإقتصاد وتعزير قدراته في مجالات الصناعة والطاقة والمواصفات والمقاييس وكل ما من شأنه أن يعزز ويطور الإنتاج والجودة والقدرة التنافسية،
- التخطيط لدعم وإقامة المشروعات على المستوى العربي والإقليمي،
- تنسيق التعاون الفني والتكنولوجي بين الدول العربية بينها والأجنبية.

3. **البرنامج العربي للمناولة:** أولت المنظمة إهتماماً كبيراً بالمناولة مما دفعها إلى إستحداث البرنامج العربي والذي من بين أهدافه :

- رفع وتعميم درجة الوعي بأهمية أسلوب المناولة،
- تكثيف حملات التعريف والترويج للمناولة والشراكة وإبراز قدرة هذا الأسلوب في تحقيق إستغلال أمثل لموارد المؤسسات والتغلب على حالات ضعف التعاون والتنسيق والتكامل بينهما.

4. المجلس الوطني الإستشاري لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة : وهو جهاز إستشاري يسعى لترقية الحوار والتشاور بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وجمعياتهم المهنية من جهة والهيئات والسلطات العمومية من جهة أخرى، إذ يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي ومن مهامه:

- ضمان الحوار الدائم والتشاور بين السلطات والشركاء والمؤسسات
- تشجيع وترقية إنشاء الجمعيات المهنية وجمع المعلومات المتعلقة بمنظمات أرباب العمل والجمعيات المهنية.¹

المطلب الثاني: حماية المناولة على الصعيد المحلي

تلعب التشريعات في مجال تطوير المناولة دورا هاما في الحياة الاقتصادية والتجارية والحرفية للمؤسسات كما تعبر أيضا على اهتمام السلطات العمومية فيما يخص مختلف النشاطات، إذ تشهد الجزائر حاليا تحركات إيجابية فيما يخص وضع التشريعات اللازمة لتأطير هذا النشاط الهام للاقتصاد الوطني والذي يسهل ويحدد العلاقات بين المؤسسات الأمانة أو المتعاملين المتعاقدين والمؤسسات المناولة.

من خلال هذا المطلب سيتم تسليط الضوء على الدور الذي أنشأت من أجله إحدى هاته المراكز ممثلة في بورصات المناولة ومجلس ترقية المناولة بالجزائر، والمتمثل في دعم المناولة وإحداث تشابك بين المؤسسات من خلال الاعتماد على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقيتها، لذلك سيتم التطرق إلى واقع هاته المؤسسات ومدى مساهمتها في الصفقات العمومية، وفي هذا الإطار سيتم كذلك إبراز أهم التدابير التي انتهجتها الجزائر لترقية نشاط المناولة واعتماده في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتعريف بهاته التدابير من شتى الجوانب، باعتبار أن المناولة أضحت تعد من أهم أنواع التنفيذ المستعملة بين المؤسسات.²

¹. عزيزو سليمة، بورصة المناولة والشراكة وعلاقتها بالمؤسسات الصناعية الصغيرة والمتوسطة، - حالة البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة ناحية الوسط-، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2008، ص 108، 109، 113.

². <http://www.univ-medea.dz>

فأيا كانت أهمية المناولة فإن الاستفادة منها بشكل فعال يظل مرهونا بمجموعة من العوامل منها على سبيل المثال وجود السياسات والتشريعات اللازمة واستحداث الهياكل التنظيمية المتخصصة كمراكز المناولة والشراكة والجمعيات المهنية والوحدات الإدارية.

ومن هذا المنطلق تبرز معالم إشكالية الدراسة مبلورة في التساؤل التالي: فيما تتمثل مراكز المناولة؟ وما هو الدور الذي يمكن أن تلعبه هاته المراكز في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وخاصة في قطاع الصفقات العمومية بالجزائر؟

الفرع الأول: مجلس ترقية المناولة

إن مراكز المناولة عامة هي عبارة عن " أجهزة فنية معلوماتية تقوم بتقديم خدمة من الخدمات المتكاملة يتم اختيارها بأقصى كفاءة لتتناسب مع حاجيات التعاقد وتنمية المناولة بين المنشآت على الصعيدين المحلي والإقليمي " ومن مهامها:

- القيام بجمع وتحليل وخرن وتحديث مستمر للمعلومات الخاصة بفرص المناولة المتاحة التي تعرضها المؤسسات الطالبة للأعمال وتعميمها على المنشآت المنفذة وتقديم الاستشارات الفنية اللازمة في مجال إبرام العقود للجهات التي تحتاجها،
- تنظيم المعارض المهنية والعكسية في مجالات المناولة والشراكة والتكنولوجيا،
- تنظيم دورات تدريبية وندوات وورش عمل متخصصة في المناولة لصالح أطر المؤسسة المقدمة والمنفذة للأعمال،
- إعداد الدراسات والإحصاءات اللازمة لتنمية قطاع المناولة.

وبالتالي فإن أهم قانون أولى عناية بالمناولة وأنشأ مراكز من أجل كفل حمايتها هو قانون 18-01 المؤرخ في 27 رمضان عام 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة¹ ، وذلك من خلال مواده التي تحث على ترقية المناولة والنهوض بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة على وجه الخصوص من خلال إنشاء مراكز ومجالس تعنى بهاته المسألة ولعل أهمها مجلس ترقية المناولة.

¹. جريدة رسمية رقم 77 الصادرة في 15 ديسمبر 2001.

وعليه قبل التطرق إلى تعريف مجلس المناولة والنظر في مهامه وتشكيلته وكذا الدور الذي يلعبه في الرفع من الأداء الاقتصادي، الصناعي، التجاري والحرفي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لا بد من الإشارة أولاً وقبل كل شيء إلى مفهوم هذه الأخيرة.

إن أهم مشكلة تواجه الباحث عند دراسته للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة هي عدم وجود تعريف دقيق وموحد لها بين العديد من الباحثين في شؤونها في جميع دول العالم وذلك لاختلاف إمكانياتها التنظيمية وقدراتها الاقتصادية والاجتماعية ومراحل نموها ومستوى تطورها وتقدمها الفني، لذلك تم الإعتماد في تصنيفها على عدة معايير منها ما هو كمي كحجم العمالة ورقم الأعمال ومقدار رأسمالها، ومنها ما هو نوعي كالمعيار القانوني والتنظيمي ومعيار الاستقلالية والحصة السوقية.

فحسب القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة 01-18 المؤرخ في 27 رمضان عام 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001 تم تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من خلال المواد 04، 05، 06، 07 كما يلي:

" تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة مهما كانت طبيعتها القانونية بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/ أو الخدمات، تشغل من 01 إلى 250 شخصا ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي ملياري دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 500 مليون دينار بالإضافة إلى أنها تستوفي معايير الاستقلالية."

فتعتبر مؤسسة مصغرة كل مؤسسة تشغل من 01 إلى 09 أشخاص وتحقق رقم أعمال أقل من عشرون (20) مليون دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية عشرة (10) ملايين دينار.

أما فيما يخص المؤسسة الصغيرة فهي كل مؤسسة تشغل من 10 إلى 49 شخصا ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي مائتي (200) مليون دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مائة (100) مليون دينار.

أما بالمؤسسة المتوسطة فإنها تعرف بناء على المادة الخامسة من نفس القانون بأنها مؤسسة تشغل من 50 إلى 250 شخصا ويكون رقم أعمالها بين مائتي (200) مليون وملياري دينار أو يكون مجموع حصيلتها السنوية بين مائة (100) وخمس مائة (500) مليون دينار.¹

¹. ولقد تضاعف عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة منذ منتصف السبعينات من القرن العشرين لتمثل نسبة مهمة تجاوزت % 90 من المشروعات الاقتصادية الموجودة في العالم ولتشغل ما بين 50 % و 60 % من إجمالي القوة

فلا يخفى علينا أبداً أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تلعب دوراً حيوياً في عملية التطور الاقتصادي والصناعي والتجاري للدول المتقدمة والحديثة النمو على حد سواء، أين أضحت تمثل قطاعاً أساسياً ضمن اقتصادياتها ليس فقط بسبب عددها وتنوعها وتفرع مجالاتها وميادينها، ولكن أيضاً لتواجدها في كل المجالات حتى مجال الصفقات العمومية، وكذا مساهمتها في تنفيذ العقود الإدارية، بالإضافة إلى تكاملتها للمؤسسات الكبرى عن طريق المناولة.

وعليه، تعتبر المناولة أحد العناصر الأساسية لأي تنمية أو مشروع ومقياساً للتطور والسرعة من خلال دورها في تحسين وزيادة الإنتاجية وإسناد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عقود تنفيذية في سبيل تحقيق برامجها سواء فيما بينها، أو مع المؤسسات الكبرى باعتبارها الأداة المانحة للمناولة، أين تستفيد المنشآت الصغيرة والمتوسطة من الشركات الكبرى في ظل نظام التعاقد من الباطن بالحصول على التكنولوجيا الحديثة لتطوير وسائلها وأساليب إدارتها.¹

مع بداية التسعينيات جاء قانون الصفقات العمومية الصادر في 1991/11/09 المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 03-301 الصادر في 2003/09/11 والذي خصص قسم منه للمقاولة الفرعية باعتبارها وسيلة من وسائل تنفيذ المشاريع الكبرى، ثم إنشاء البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة في 11 ديسمبر 1991 وفقاً لتوصيات برنامج الأمم المتحدة للتنمية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية وبمساعدة وزارة الصناعة وإعادة الهيكلة التي أعطت دفعا قويا في مجال إقامة علاقات مناولة.

ففي الواقع لم يكن هناك نص قانوني صريح يترجم اهتمام الدولة بقطاع المناولة في الجزائر، إلا أن هذا الفراغ سد نسبياً بصدور بعض القوانين أين تم التركيز على ضرورة الاهتمام بالمناولة باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وانطلاقاً من هذا القانون وضعت الجزائر إستراتيجية وطنية لتنظيم وترقية المناولة، والتي بدأت تتضح معالمها بإنشاء المجلس الوطني للمناولة والذي تم النص عليه من خلال القانون رقم 01-18 الموافق لـ 12 ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة

العامة، حيث توفر نحو 70 % من فرص العمل في دول الاتحاد الأوربي، كما تمثل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أكثر من 95 % من المشروعات في منطقة شرق آسيا ودول الباسيفيك والتي تستقطب ما بين 35 % إلى 85 % من إجمالي قوة العمل، كما تساهم هذه المؤسسات بنحو 70 % من الانتاج العالمي للسلع والخدمات وتمثل القوة المحركة للابداع والابتكار في فروع الانتاج المختلفة وتسهم بحوالي 25 % إلى 35 % من الصادرات العالمية للمواد المصنعة.

¹. بن الدين محمد، دور مراكز المناولة في دعم وتوجيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مجلة الحقيقة،

والمتوسطة في مادته الواحد والعشرون (21) التي نصت على أنه: " يؤسس مجلس وطني مكلف بترقية المناولة يرأسه الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ويتشكل من ممثلي الإدارات والمؤسسات والجمعيات المعنية بترقية المناولة.... تحدد تشكيلة هذا المجلس وتنظيمه وسييره عن طريق التنظيم."

وفعلا صدر التنظيم الموعود به متمثلا في المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 أبريل 2003 المتضمن تشكيلة المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة وتنظيمه وسييره والذي أسس هذا الأخير وحدد دوره ومعالمه.

يعد المجلس الوطني لترقية المناولة من بين الآليات التي اعتمدها السلطات العمومية لتطوير قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أين تم التنصيب الرسمي له بتاريخ 20 نوفمبر 2003 من طرف وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية، ويعتبر هذا المجلس الإطار الأنسب للتفكير وعرض الإقتراحات التي من شأنها أن تساهم في إدماج الإقتصاد الوطني ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في جهودها من خلال سياسة ترقية موجهة نحو تطور المناولة.¹

أولا: تشكيلة المجلس

يعتبر مجلس المناولة مجلسا متعدد الأعضاء يتشكل من ممثلين عن مختلف الإدارات والمؤسسات وكذا الجمعيات المعنية بترقية المناولة، إذ تتمثل هاته الإدارات حسب نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 أبريل 2003 والمتضمن تشكيلة المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة وتنظيمه وسييره في الوزارات المكلفة بـ:

- الدفاع الوطني،
- الداخلية والجماعات المحلية،
- الشؤون الخارجية،
- المساهمة وترقية الإستثمار،
- التجارة
- الطاقة والمناجم

¹. عزيزو سليمة، المرجع السابق، ص 107.

- التهيئة العمرانية والبيئية
- النقل
- الفلاحة
- السياحة
- الأشغال العمومية
- الصحة
- المالية
- الموارد المائية
- التعليم العالي والبحث العلمي
- الإتصال
- التكوين المهني
- السكن والعمران
- الصناعة
- الصيد البحري
- الإدارات والمؤسسات والجمعيات المعنية بترقية المناولة

كما يتولى رئاسة هذا المجلس الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أما فيما يخص الإدارة فيتولاها أمين عام الذي يتم تعيينه من قبل هذا الأخير، ويصنف في رتبة مدير في الإدارة المركزية كما يعتبر عضوا في الجمعية العامة للمجلس بقوة القانون، أما فيما يتعلق بالجمعية العامة فإنها تتكون من:

- ممثلين عن بورصات المناولة والشراكة
- ممثلين عن المؤسسات الأمرة بالسحب ومؤسسات المناولة
- ممثلين عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة
- ممثلين عن منظمات أرباب العمل والجمعيات المهنية
- ممثلين عن الغرفة الوطنية للصناعات التقليدية والحرف
- ممثلين عن الوزارات السالفة الذكر

تجتمع هاته الجمعية العامة مرة واحدة في السنة في دورة عادية بناء على إستدعاء من رئيس المجلس والممثل في الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كما يمكنها الإجتماع في دورة غير عادية بناء على استدعاء من رئيس المجلس أو بطلب من ثلث أعضائه.

أما فيما يخص اللجان الأخرى المشكلة للمجلس فإنها تتمثل إضافة إلى الجمعية العامة في:

- **اللجنة المديرة:** وتتكون من رئيس المجلس أو ممثله، الأمين العام للمجلس، الرؤساء والمديرين التنفيذيين لبورصات المناولة والشراكة، أربعة (04) ممثلين عن الشركات الكبرى، أربعة (04) ممثلين عن الجمعية العامة للمجلس، ممثل واحد عن كل إدارة من الإدارات العضوة في الجمعية العامة والمعنية مباشرة بنشاطات المجلس وكذا من رؤساء اللجان التقنية، تجتمع اللجنة المديرة بناء على استدعاء من رئيسها مرة واحدة كل أربعة (04) أشهر وكلما دعت الحاجة إلى ذلك.
- **اللجان التقنية:** وهي لجان دائمة تعنى بمسألة التفكير والدراسة وتكلف بضبط وصياغة ملخص الآراء والإقتراحات ووجهات النظر التي يبديها الأعضاء ويتم إدماجها في جدول أعمال الجمعية العامة للمجلس، كما ينبثق أعضاء هاته اللجان التقنية عن الجمعية وهذا بناء على ما تنص عليه المادة التاسعة (09) من المرسوم التنفيذي 03-188 السالف الذكر.
- **الأمانة التقنية:** ويتولى تسييرها الأمين العام، كما يمكن للرئيس أن يفوض له جزءا من سلطاته المتعلقة بالإدارة والتسيير والعمل.

ثانيا: مهام المجلس وصلاحياته

لقد تولى المرسوم التنفيذي 03-188 المؤرخ في 22 أبريل 2003 والمتضمن تشكيلة المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة وتنظيمه وسيره، تحديد وبدقة مجالات تدخل المجلس ومهامه من خلال نص المادة الثالثة (03) أين يتجلى دوره في النقاط التالية:

- العمل على تشجيع التحاق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الوطنية وإندماجها بالتيار العالمي للمناولة،
- تقديم إقتراحات من شأنها تحقيق اندماج أحسن للاقتصاد الوطني،
- ترقية الشراكة مع كبار أرباب العمل سواء كانوا وطنيين أو أجنب،
- تنسيق نشاطات بورصات المناولة والشراكة الجزائرية فيما بينهما،
- يشجع على تثمين قدرات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال المناولة،

- وضع برنامج عملي للتطوير وترقية المناولة وذلك من خلال تنظيم ملتقيات متخصصة لتطوير وترقية المناولة مثل قيام وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتنظيم لقاءين متخصصين لتطوير وترقية المناولة حول الأقطاب البتروكيمياوية لسكيدة (2000) وأرزيو (2002) كما يقوم بالمشاركة في تنظيم اللقاءات والتظاهرات والأيام الدراسية سواء على المستوى الوطني أم في الخارج و يخص الموضوع ترقية المناولة،
- تنسيق نشاطات بورصة المناولة والشراكة الجزائرية فيما بينهما،
- إنجاز كل عمل أو دراسة من شأنهما المساهمة في ترقية المناولة في الأسواق الوطنية والأجنبية،
- إقامة علاقات الشراكة مع إبرام اتفاقات التعاون مع الهيئات الأجنبية، فقد امضى وزير المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة خلال 2001 بروتوكولات (مراسيم) اتفاق مع شركاء وطنيين وأجانب بهدف ترقية المبادلات والتجارب في مجال الإشراف والتنشيط، ودعم مؤسسات القطاع، إذ تمثلت هاته الاتفاقيات في:
- مرسوم اتفاق تم إمضاؤه في 23 جويلية 2001 بين وزارة المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة ووزارة التعليم والبحث العلمي، يحدد إطار للتعامل من خلال شراكة بين مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
- بروتوكول اتفاق تم إمضاؤه بتاريخ 31 أكتوبر 2001 بين وزارة المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة ووزارة الاتصال والثقافة ينص على شراكة بين الوزارتين.
- بروتوكول اتفاق تم إمضاؤه في سبتمبر 2001 بين وزارة المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة ووزارة السياحة والصناعات التقليدية الفرنسية Ministère du Tourisme et l'assemblée permanent des chambres des métiers de France (A.P.C.M)
- إمضاء خمسة (05) مراسيم اتفاق في ديسمبر 2001 بين وزارة المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة والبنوك العمومية BNA-CNMA-BADR-CPA-BDL، تهدف إلى ترقية الوساطة المالية بين هذين القطاعين.
- ينشئ بداخله مركزا للوثائق يتولى جمع واستغلال وتوزيع كل النصوص القانونية المتصلة بترقية المناولة والشراكة بين المؤسسات والشركات والمناولين،

■ يعمل على ترقية تطوير وعصرنة المنظومة الإعلامية لتمكين المؤسسات الكبرى والمتعاملين الجزائريين في مجال المناولة من التعارف فيما بينهم.

ليس هذا فحسب فحتى على المستوى الوطني نلاحظ إهتمام الدول وخاصة فرنسا ببذل مجهود وعناية فائقة من أجل تطوير وتحسين المناولة، ومثال ذلك التعلية الصادرة عن كاتب الدولة المكلف بالتجارة والحرف للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والسياحة والخدمات والإستهلاك من أجل تحسين المناولة (وثيقة مرفقة رقم XI - الصفحة 334).

وكخلاصة عن هذا الموضوع فإنه وعلى الرغم من كل هذه الآليات التي وضعتها الجزائر، إلا أنها مازالت غير كافية نظرا لحدثة تصيبيها ومع ذلك فإنها مازالت تسير قدما من أجل إعداد ميثاق خاص بالمناولة وكذا إعداد عقد نموذجي خاص بالمناولة يعني بتحديد العلاقة بين المتعاملين والمناولين من خلال بيان واجبات وحقوق كل طرف.

الفرع الثاني: بورصة المناولة

تعتبر الصفقات العمومية وخاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمود الفقري لأية تنمية من خلال تلبية احتياجات الطلب المحلي من السلع والأشغال والخدمات وخلق فرص العمل، إلا أنها تواجه تحديات جوهرية ليس فقط في مجال المنافسة الشديدة المفروضة عليها، بل لإفتقارها كذلك إلى التنظيم الجيد في العديد من الدول النامية.

وانطلاقا من هذا المنظور أصبحت تنمية هذا القطاع وخاصة جانب المناولة فيه يتطلب وجود جهاز فني معلوماتي متخصص للإشراف المباشر عليها بدلا من الأجهزة الكثيرة التي تقوم بهاته المهمة في الوقت الراهن وهو ما يعرف " ببورصة المناولة " .

إلا أن بورصات المناولة حاليا تواجه بعض الصعوبات منها ما هو متعلق بمفهومها، خصائصها، ونشأتها، ومنها ما هو مرتبط بكيفية التعاطي معها بشكل نظامي، وعلى هذا الأساس ارتأينا في هذا المطلب إعطاء لمحة عن بورصة المناولة من شتى جوانبها ودراسة سيرها وتنظيمها.

أولاً: نشأتها وتعريفها

أ. نشأة بورصة المناولة

إن تفاقم أنشطة المناولة بشكل ملحوظ في بداية السبعينات جعل من معظم الدول تعتبرها أسلوباً هاماً في التنمية وإيماناً بالدور الهام الذي تلعبه المناولة في النهوض بشتى القطاعات، الأمر الذي أدى إلى تأسيس بورصات المناولة.

إن نشأة هذه الفكرة كانت في فرنسا سنة 1957 بظهور أول بورصة للمناولة في منطقة " بوردو " والتي حققت نجاحاً معترفاً به، ثم تلتها " كيتان " في سنة 1960 وهذا في إطار مجموعة مصالح اقتصادية تجمع حوالي عشرة مؤسسات.

تجسدت فكرة مفهوم بورصة المناولة والشراكة ابتداءً من 1961 في " لوران " بفرنسا بحيث قامت السلطات العمومية بتأييد انطلاق المبادرة وقامت حينها بتأسيس حوالي 20 بورصة للمناولة والشراكة ثم تبعتها عدة بلدان من أوروبا التي عملت على نشر هذه الفكرة أين تكونت عدة بورصات تم إنشاؤها في كل من ألمانيا، بلجيكا، إسبانيا وإيطاليا، وبفضل المساعدة التي قدمتها منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI ظهرت بورصات المناولة في العديد من الدول السائرة في طريق النمو والدول العربية منها: الهند، ماليزيا، الفلبين، تركيا، تونس، المغرب، الجزائر، المملكة العربية السعودية، لبنان...، واليوم توجد حوالي 65 بورصة على مستوى العالم تعمل بالمشاركة مع منظمة الأمم المتحدة للتنمية.¹

أما فيم يخص التجربة الجزائرية فقد انطلقت مع مطلع التسعينات بالتعاون مع عدد من الأقطار العربية ومنظمة اليونيدو (منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية) ONUDI / UNIDO باعتبارها المنفذة لبرنامج الإنماء للأمم المتحدة الذي يتولى جانب التمويل، نتج عن هاته التجربة إنشاء 04 بورصات للمناولة والشراكة في الجزائر بموجب أحكام القانون رقم 90-31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات وفق المشاريع التالية:

- مشروع PNUD-DP/ALG/01990 الموقع في سبتمبر 1990 والمخصص لإنشاء بورصة المناولة والشراكة الجزائرية.
- مشروع PUND/ALG/95/004 الموقع في 09 أكتوبر 1996 والمخصص لإنشاء بورصة المناولة والشراكة للشرق وبورصة المناولة للمغرب؛

¹. عزيزو سليمة، المرجع السابق، ص 114، 115.

أما بورصة المناولة والشراكة للجنوب فتم إنشاؤها بمبادرة من وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ثم أدمجت في مشروع PUND/ALG/95/004¹.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن نشأة بورصات المناولة في الجزائر لم تتم دفعة واحدة وإنما تم ذلك وفق التسلسل الزمني التالي:

- بورصة المناولة والشراكة الجزائرية BASTP أنشأت في 11 سبتمبر 1991 وتم اعتمادها في 12 أبريل 1992.
- بورصة المناولة والشراكة للشرق BASTPE أنشأت بتاريخ 18 ماي 1993 وتم اعتمادها في 08 جانفي 1994 ومقرها ولاية قسنطينة.
- بورصة المناولة والشراكة للغرب BASTPO أنشأت بتاريخ 09 نوفمبر 1997 وتم اعتمادها في 03 أكتوبر 1999 ومقرها ولاية وهران².
- بورصة المناولة والشراكة للجنوب BASTPS أنشأت بتاريخ 20 أبريل 1998 وتم اعتمادها في 03 أكتوبر 1999 ومقرها ولاية غرداية.

ملاحظة: إن إنشاء بورصة المناولة والشراكة للغرب BASTPO تم بموجب إجتماع شاركت فيه أكثر من 200 مؤسسة صغيرة ومتوسطة من مختلف ولايات الغرب الجزائري، وبحضور السيد وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الإستثمار، وكذا مشاركة ممثل البرنامج الأمم المتحدة للتنمية PNUD ووالي ولاية وهران بمرافقة جملة من إطارات الولاية³.

إن إنشاء هاته البورصات أعطى فرصة للمؤسسات المنخرطة فيها بإنشاء علاقات عمل جديدة مثمرة إضافة إلى المشاركة في الملتقيات والمعارض والصالونات الدولية والوطنية وكذا الإستفادة من المساعدة التقنية والتجارية وإبرام عقود مناولة وشراكة مع العديد من المؤسسات.

¹. عزيزو سليمة، المرجع السابق، ص 127.

². الموقع الرسمي لبورصة المناولة والشراكة للغرب <http://www.bstpo.org/creation.php>.

³. الموقع الرسمي لبورصة المناولة والشراكة للغرب <http://www.bstpo.org/creation.php>.

ب. تعريف بورصة المناولة

يمكن تعريف بورصات المناولة على أنها مراكز معلومات تقنية للترقية وربط العلاقات حول القدرات والأساليب والإختصاصات الإنتاجية أو الخدمات على شكل هيكل مستقل الهدف منه تسهيل التقارب بين العرض والطلب في أشغال المناولة.

وتعرف أيضا بأنها " الهياكل المتخصصة في مهام الإعلام، التنشيط وترقية المناولة والشراكة ووضع علاقات عمل بين المؤسسات"، كما يوجد تعريف آخر يفيد بأن بورصات المناولة والشراكة عبارة عن " أجهزة فنية ومعلوماتية لها خبرتها وعلاقاتها وكيانها الإداري والقانوني والمالي المستقل، تؤدي عملها بواسطة عدد قليل من الموظفين المختصين، ومجموعة من المهام الأساسية بهدف تفعيل علاقات التشابك والترويج المتواصل لأسلوب المناولة في الأوساط المعنية".

عادة ما تكون بورصة المناولة على شكل جمعية مهنية سواء مستقلة أو تحت إشراف المنظمة أو الجامعة المهنية الوطنية، وهي تتكون من أصحاب المؤسسات المنخرطة ويكون تسييرها من قبل إطارات مختصة في مجال المناولة والشراكة، فهي جمعية ذات غرض غير مريح تتكون من مؤسسات عمومية وخاصة إضافة إلى دعم السلطات العامة ومساهمة الهيئات المختصة بأشكالها المختلفة.¹

فهي مركز فني معلوماتي متخصص يهدف إلى تشجيع وتفعيل علاقات التعاقد أو المناولة بين المؤسسات صاحبة الأعمال (الأمرة) والمؤسسات المتخصصة المنفذة للأعمال (المناولة)، فهي بذلك عبارة عن هيئة معلوماتية تقوم بواسطة وسائلها وأدواتها الخاصة بعمليات تشخيص وتحديد فرص المناولة المتوفرة لدى المؤسسات والمصالح المتعاقدة وعرضها على الشركات المناولة لإحداث علاقات تعاقدية ومناولة بينهما، وبعبارة أخرى، فإنها تعتبر مركزا للتنمية يهتم بمسألة تشجيع المناولة الصناعية والخدماتية والعمرائية والتجارية فيما بين المؤسسات الجزائرية والأجنبية من خلال ربطها ببعضها البعض (المؤسسات الأمرة والمؤسسات المنفذة للأوامر) نظمت في شكل جمعية مهنية بمساعدة وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية وبدعم من الأمم المتحدة عن طريق البرنامج الأمم المتحدة للتنمية PNUD ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو (UNUDI/UNIDO) ².(United Nation Industrial of Développement Organization)

¹. بن الدين محمد، المرجع السابق، ص 180.

². عزيزو سليمة، المرجع السابق، ص. ص : 115 ، 128.

ثانياً: مهام البورصة وسيرها

أ. مهام بورصة المناولة

مهما تكن طبيعة بورصات المناولة فقد أنشئت كمراكز للإعلام وكنك للمعطيات إذ تعتبر البورصات نقطة التقاء وأداة ضبط بين العرض والطلب على نشاطات المناولة وأداة لمساعدة الشركاء، ذلك أن الهدف الأساسي لبورصات المناولة هو ضبط التدفقات في المعلومات بين أصحاب المشاريع والمتعاملين الذين يبحثون عن التنفيذ الأنجع والمتخصص والمناولين الذين لديهم إمكانيات وقدرات في جزء من الأعمال المراد مناولتها.

إضافة إلى هذا الدور فإن بورصات المناولة بإمكانها عرض خدمات وذلك بواسطة الوثائق التي تتمركز لديها بخصوص الإمكانيات التقنية والشروط المحلية، كما أنها تقدم معلومات ضرورية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تنشأ حديثاً، كما تتوفر على إمكانية تقديم مساعدات تقنية واستشارات في التسيير للمؤسسات الصغيرة التي لا تكتسب هذه الوسائل والمعارف.

زيادة على كل ما سبق فإن بورصة المناولة تهدف إلى تحقيق مجموعة من المهام التي تتمثل فيما يلي:

- إنشاء بنك معلومات مختص حول القدرات المهنية للمؤسسات المحلية المختصة في مجال المناولة.
- القيام بزيارات ميدانية متكررة لدى المؤسسات المحلية قصد التعرف على الصعوبات التي تعترضها واستكشاف إمكانياتها وتشخيص عمليات المناولة الممكن إنجازها لديها أو لفائدتها.
- تنظيم معارض مختصة في المناولة على النطاق المحلي وتنظيم وتأطير مشاركة المؤسسات الوطنية في المعارض المحلية والملتقيات الدولية.
- نشر وتوزيع وثائق إخبارية ووثائق عمل للتعريف بالمناولة الوطنية والترويج لها على الصعيد الوطني والدولي مثل دليل المناولة.
- المشاركة في نشاطات تكثيف النسيج الصناعي والإقتصادي والتجاري والخدمات عن طريق تشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال المناولة.
- تأسيس فضاء وسيط محترف لصالح المتعاملين والذي يمكن أن يكون همزة وصل للتشاور مع السلطات العمومية.
- ترقية المناولة والشراكة على الصعيد الجهوي والوطني والدولي.

- المساعدة في الحصول على شهادات المطابقة وتطبيق الجودة والمواصفات القياسية الدولية.
- العمل على تشجيع مختلف القطاعات على اتباع أسلوب التخصص والتطوير واللجوء إلى المناولة.
- ترقية المنتج الوطني والمساهمة في تغطية الأسواق الداخلية بواسطة تطوير نسبة النوعية والسعر.
- المساهمة في الحد من العجز الذي يواجه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وخاصة المناولة في مجال المعلومات.
- الربط بين علاقات العمل وذلك عن طريق الطلبات التي ترد إليها من المؤسسات الأمرة بالأعمال (تصاميم القطع، الكميات، المهلة...) أين تقوم بالبحث عن المناولين الذين بإمكانهم تحقيق هاته الأعمال المطلوبة على أحسن وجه والإتصال بهم شخصيا والتشاور معهم، ثم بعد ذلك تقوم بإعداد قائمة بإسم المؤسسات المناولة المستعدة للقيام بالأشغال وعرضها على المتعاملين أو المؤسسات الأمرة بالأعمال.¹

أما فيما يخص النشاطات التي تغطيها برورصة المناولة والشراكة عن طريق المؤسسات المنخرطة فيها فهي عديدة، إذ تنصب على القطاعات التالية:

- البناء والأشغال العمومية،
- المحروقات،
- صناعة وتحويل المعادن،
- صناعة الآلات والمعدات،
- الصناعات الزراعية،
- صناعة البلاستيك / المطاط والمركبات،
- الكيمياء،
- الغزل والنسيج،
- صناعة الجلود،
- صناعة الورق والكرتون والتغليف،
- الصيانة والأشغال الصناعية،
- الأعمال الكهربائية والإلكترونية ومجال الإتصالات،

¹. لا تشارك البورصة الجزائرية للمناولة في المفاوضات التي تجمع بين المتعاملين والمناولين، كما أنها لا تتلقى مقابل ذلك أي نوع من التعويضات.

- مواد البناء،
- الصناعات المتعددة،
- الخدمات،
- التوزيع،
- دراسات، إستشارات وتكوين،
- النقل.¹

ب. سير البورصة

إن تنظيم وتسيير بورصات المناولة والشراكة الجزائرية يخضع إلى كل من النظام الأساسي والقانون الداخلي لكل بورصة، فنتكون هاته الأخيرة من المؤسسات المنخرطة وبمشاركة حكومية، إذ يتم تسييرها من قبل إطارات مختصة في مجال المناولة وتتكون من الأجهزة التالية:

1) الجمعية العامة: تتشكل الجمعية العامة لكل بورصة من المؤسسات الخاصة والعمومية المنخرطة فيها والمتواجدة في إقليمها، بالإضافة إلى هيئات عمومية ومهنية، من بين مهامها القيام بما يلي:

- إنتخاب مجلس الإدارة؛
- المصادقة على القانون الأساسي والقانون الداخلي للبورصة؛
- الإطلاع على التقارير الخاصة بالنشاطات المحققة؛
- المصادقة على الحسابات الخاصة بالدورة.

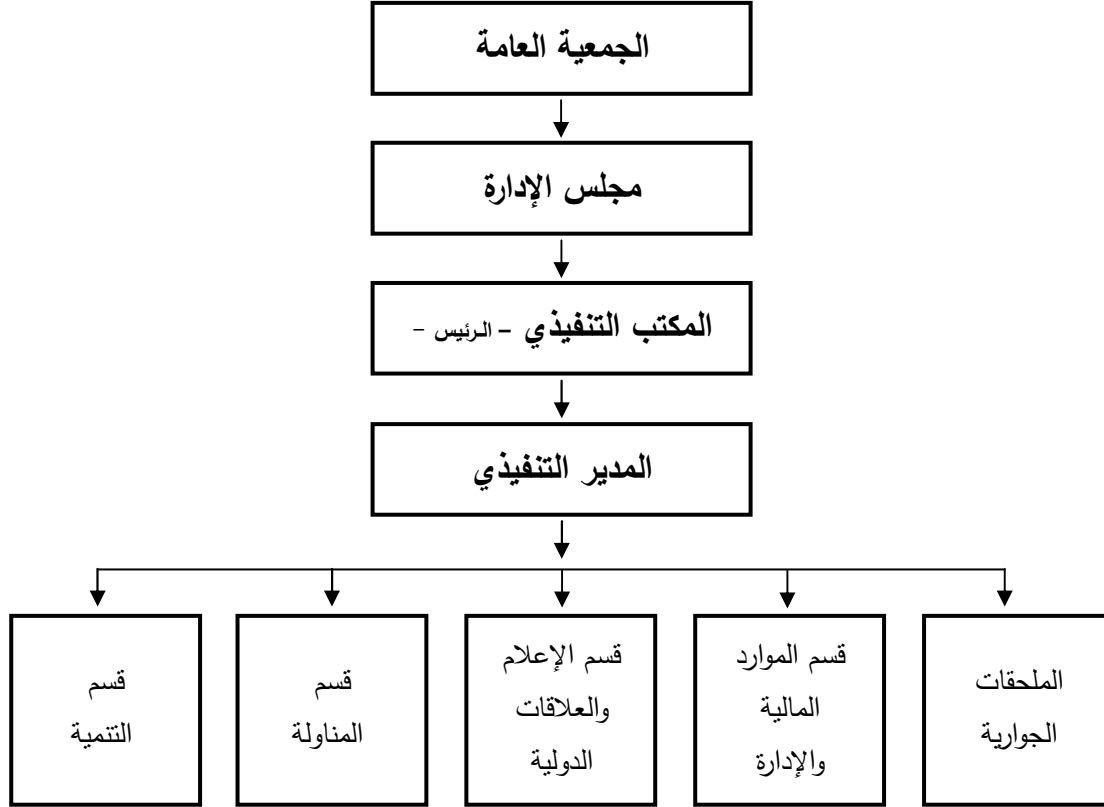
2) مجلس الإدارة: ويتكون من الأعضاء المنتخبة من طرف الجمعية العامة بالإضافة إلى الأعضاء الشرفية التي تعينها الجمعية العامة والممثلة في الهيئات العمومية والهيئات المهنية، كما يقوم المجلس بالأعمال التالية :

- إنتخاب المجلس التنفيذي؛
- متابعة التسيير المالي للبورصة؛
- المصادقة على الحسابات الختامية في نهاية النشاط؛
- الترخيص للنفقات اللازمة من أجل قيام البورصة بمهامها.

¹. http://www.bstpo.org/secteurs_couverts.php

(3) المكتب التنفيذي: ويتشكل من الأعضاء المنتخبة من طرف مجلس الإدارة وهم:

- رئيس المكتب التنفيذي؛
- نواب الرئيس؛
- المؤمن على الخزينة أو مسؤول الخزينة.¹



وبالتالي وكخلاصة عن الموضوع فإن معظم الدراسات التي تم القيام بها حول هذا المركز توصلت إلى أن حصيلة أعمال البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة لازالت بعيدة نوعا ما عن المستوى والطموحات التي كانت تهدف إليها السلطات المعنية وقت إنشائها، وذلك بالرجوع إلى بعض المؤشرات النموذجية التي تشكل حسب المنظمة العالمية للتنمية الصناعية ONUDI معايير لقياس درجة نجاحها، وتتمثل هاته المعايير فيما يلي:

- عدد المؤسسات التي تم تسجيلها،
- عدد حالات المناولة التي تم معالجتها،

¹. عزيزو سليمة ، المرجع السابق، ص 130.

- عدد عقود المناولة التي تم إبرامها على الصعيدين الوطني والأجنبي،
 - عدد المعارض المتخصصة في المناولة والشراكة التي تم تنظيمها.
- يمكن إرجاع أسباب إخفاق أو فشل بورصات المناولة في الجزائر إلى مايلي:
- الطبيعة القانونية لهاته البورصات،
 - عدم دفع الإشتراكات من طرف أعضائها،
 - عزوف المؤسسات الكبرى إلى الانضمام بالبورصة.
 - نقص في الموارد المتاحة.
 - ضعف الوعي العام بأهمية المناولة ودور بورصات المناولة والشراكة.

على الرغم من كون البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة مركز لتقديم المعلومات التقنية والصناعية والخدماتية وبنك معلومات محدث، كما أنها تعد زيادة على كونها وسيلة لتنظيم عروض وطلبات المناولة كسبيل لتقديم المساعدة فيما بين الشركاء، ورغم وجود البورصة كمركز هام لتطوير المناولة في الجزائر منذ أكثر من عشرين سنة، إلا أن نشاط هاته الأخيرة لم يصل بعد إلى مستوى الطموحات والتطلعات المطلوبة، حيث أرجع مسئولو البورصة هذا الأمر إلى عدم وضوح مفهوم المناولة بشكل جيد في معظم القطاعات في الجزائر بالإضافة إلى ضعف الوعي العام بأهمية المناولة ودورها.

ولكن ومع وجود هذه الوضعية التي يعرفها نشاط البورصة وبعض العراقيل، وفي ظل عدم توفر معلومات دقيقة عن عدد المؤسسات المدرجة سواء الأمانة أو المنفذة فإن ما يمكن الإشارة إليه هو أن هاته البورصة استطاعت أن تغطي في إطار نشاطها مجموعة من الأشغال والقطاعات لعل أهمها صناعة الحديد واستخراج المعادن، الميكانيك والكهرباء والإلكترونيك، بالإضافة إلى صناعة النسيج والجلود والخدمات.

على الرغم من حادثة تنصيب هاته الآليات - وإن كانت ليست بهذا القدر من الحداثة - فإنها مازالت تسير قدما من أجل إعداد ميثاق خاص بالمناولة وكذا إعداد عقد نموذجي خاص بالمناولة يعني بتحديد العلاقة بين الأمر بالأعمال والمناول من خلال بيان واجبات وحقوق كل طرف في هاته الرابطة.

الفصل الثاني: المنازعات في عقد المنافاة

تعتبر الصفقات العمومية الوعاء الرئيسي للمنازعات والمسؤوليات، فعلى قدر تعقيدياتها بقدر ما تتضمن من إشكاليات ومخالفات بين مختلف الأطراف المشاركين فيها، ولعل أهم الأسباب التي تؤدي بهاته الأخيرة إلى الوقوع في نزاعات هي في غنى عنها، مسألة آجال التنفيذ إذ تعد مدة إنجاز الصفقة العامل الرئيسي والمهم في أي صفقة عمومية أين تسعى المصلحة المتعاقدة إلى وجوب إحترامه من قبل المتعاملين المتعاقدين معها، كما هناك سببا آخر أساسي متمثل في طرق التنفيذ أو أساليب التنفيذ، بإعتبار أن الهدف الأسمى الذي تسعى إليه المصلحة المتعاقدة هو تنفيذ العقد بالمعايير المتفق عليها مسبقا في إطار دفتر الشروط وعلى أحسن وجه ضمانا للجودة والدقة في الأداء خاصة إذا كانت الصفقة العمومية تتعلق بأشغال عمومية أو لوازم.

ومن هنا، فإن عدم احترام هاته القواعد والأسس الضرورية في الصفقة العمومية يعرض صاحبها أو ما يسمى بالمتعامل المتعاقد لتحمل عواقب إخلاله ومخالفاته في التنفيذ مما يجعله مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة مسؤولية كاملة لا لبس فيها إلا في حالة الضرورة القصوى أو الظروف القاهرة التي تخرج عن نقاط طاقته وقدراته.

إن الأمر يبدو سهلا عند وجود متعاقد واحد أو شخص واحد تتعامل معه المصلحة المتعاقدة لكنه يتعدد بعض الشيء في حال ما إذا كانت في مواجهة أشخاص آخرين ينفذون الصفقة العمومية بالإشتراك مع المتعاقد الأصلي، فهنا يطرح تساؤل مهم وهو : على من تقع المسؤولية في حالة وجود مناولين خاصة وإن كان الخطأ أو العيب صادرا منهم، ففي هاته الحالة من يتحمل تبعيات هذا الخطأ ويسائل من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل إستيفاء حقوقها منه؟.

وعليه للإجابة على كل هاته التساؤلات فضلنا أولا وقبل كل شيء دراسة طبيعة المسؤولية والتعريف بها وتحليلها في إطار نظام المناولة، ومن جهة أخرى التعرض إلى طرق حل النزاعات الناشئة عن الصفقة العمومية وبالأخص عقد الباطن، ثم التطرق إلى الجهات القضائية المختصة بالنظر فيه.

المبحث الأول: المسؤولية في عقد المنابولة

لقد أشرنا سابقا إلى أن الصفقات العمومية تعد مجالا واسعا تتكاثر فيه الخلافات والنزاعات وعليه وجب تحديدها وتسطيرها مسبقا خاصة في العقود التي تتضمن عقود منابولة، وعليه وقبل الخوض في موضوع المسؤولية في المنابولة ارتأينا تحليل مفهوم المسؤولية وكذا الشروط الواجب توفرها لقيام هذه المسؤولية، وبالتالي دراسة الآثار التي تتجم عن هاته الأخيرة في عقد المنابولة وكيفية التعامل معها وعلى من تقع.

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية في عقد المنابولة

كأصل عام تعتبر المسؤولية في مجملها جزءا عن الإخلال بالالتزام سابق إذ يترتب عنها تعويض الضرر الناجم عن إخلال المسؤول عن هذا الإلتزام، وعليه فإن الطبيعة القانونية للمسؤولية في مجال الصفقات العمومية هي مسؤولية عقدية نابعة عن العقد المبرم بين المفاوض أو المتعامل المتعاقد من جهة وصاحب العمل أو المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى، فمن البديهي وحتى يتم قيام مسؤولية عقدية يشترط وجود عقد صحيح، وكون الضرر ناتجا عن الإخلال بالإلتزامات العقدية المنصوص عليها في صلب العقد أو الصفة إضافة إلى المسؤولية التقصيرية المتعلقة بالنظام العام المنصوص عليها في القانون المدني، فهي التي تترتب على عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد كمسؤولية المتعاقد أو المفاوض عن التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببناءه أو عن القيام بالخدمات المتفق عليها في الميعاد المحدد في العقد.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية في عقد المنابولة

كمبدأ عام لا يوجد نص صريح في القانون المدني يتناول بصفة صريحة ومباشرة المسؤولية العقدية مثلما هو الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية الواردة صراحة في المادة 124 لهذا السبب رفض بعض المؤلفين أمثال René Rodier الاعتراف بهذا المفهوم، مؤكداين أنه في كل الأحوال لا يخرج الأمر عن مسؤولية شخصية للمدين الذي أناب غيره في تنفيذ العقد قائمة على خطئه الشخصي، والمتمثل في إهماله في الإشراف عليه أو في تزويده بالتوجيهات والتعليمات الضرورية لحسن سير الصفة واللازمة لتنفيذه التزامات العقدية.¹

¹ .NERET (J.), Le sous-contrat, LGDJ, paris 1975, p 209.

إذ يمكن تعريف المسؤولية العقدية لغة بأنها " كل ما يتحملة مسؤول تتناط بعهدته أعمال تكون تبعات نجاحها أو إخفاقها عليه، أما العقدية فهي ناجمة عن لفظ عقد وهو الاتفاق المبرم بين طرفين، أما قانونا فعموما يراد بالمسؤولية : الجزء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك ويختلف هذا الجزء باختلاف نوع القاعدة المخل بها".

أما المسؤولية العقدية فهي جزء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر فيها، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند إستحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا إستحال تنفيذ هذا الإلتزام نهائيا وبصفة مطلقة.

لكن هذا الموقف بقي معزولا، ذلك أن غالبية الفقه والقضاء يعترفان بوجود هذا النوع من المسؤولية، خاصة وأن إنكارها هو إعطاء للمدين وسيلة وفرصة ملائمة للتخلص من التزاماته عن طريق تكليف الغير بتنفيذها.

وبناء عليه يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير " أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله، ودون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية عنهم، ودون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤوليته، لأن ما يصدر منهم كأنه صادر منه ، فهو ليس أمرا خارجا عنه ، ولو كان غشا أو خطأ جسيما".¹

والحقيقة أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لم تحض باهتمام كبير من جانب الفقه، إذ كلما كانت تثور مشكلة أو منازعة بين الأطراف كان يرجع إلى أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بالرغم من كون الأولى مسؤولية عقدية والثانية مسؤولية تقصيرية².

وتعتبر المسؤولية العقدية عن فعل الغير مسؤولية استثنائية، ذلك أن الأصل في المسؤولية هو أن تكون شخصية أي لا تكون إلا على ما صدر من الشخص نفسه، كما أن هذا المفهوم ينطوي

¹. عبد السيد الجارحي مصطفى، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النشر

العربية، الطبعة الأولى، 1998، القاهرة، ص 78.

². برجم صليحة، المرجع السابق، ص 99.

على تناقض وهو كيف يسأل المدين عن سوء تنفيذ العقد في حين أن المتسبب في ذلك شخص آخر يعتبر من "الغير"؟.

إن المبدأ العام الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية عن أفعال الغير جاء بلا شك من أجل التخفيف من حدة وصرامة فكرة الاستقلالية في الاتفاقات، كونها تعود سلبا على العقد الأساسي بسوء تنفيذ عقد المناولة، ونتيجة لذلك دعت محكمة النقض الفرنسية في العديد من المرات أن المدين بالتزام ما لا بد أن يتحمل اتجاه دائنه ليس فقط نتائج أخطائه الشخصية، وإنما أيضا تلك المرتكبة من قبل أعوان التنفيذ التابعين له.

حاول بعض الفقهاء اعطاء إجابة عن هذا التساؤل مفادها أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تعد نوعا من الحيل القانونية التي وجدت بغية حماية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد والمتمثل في المصلحة المتعاقدة، فهي تسمح بترك المعني الحسي للغير، كون بعض الأشخاص لا يعتبرون غيرا حقيقيا بالنسبة للمدين، فهم ليسوا أجنب عن المدين - أي المتعامل المتعاقد - إنما هم امتداد له كما يمكن القول أنهم هو، باعتباره هو الذي أدخلهم في تنفيذ العقد أو الصفقة العمومية فيسأل عن أخطائهم وكأنها صدرت عنه شخصيا.

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية في عقد المناولة

إن المقصود بنطاق المسؤولية العقدية هو المجال الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية أو بطريقة أخرى نعني به شروط المسؤولية العقدية كما يسميها البعض، وهناك من الفقهاء من أدرج نطاق المسؤولية في شرطين أساسين ألا وهما : وجود عقد صحيح، والإخلال بالتزام عقدي، إلا أن هناك من الفقهاء من أضاف شرطا ثالثا ألا وهو : قيام المسؤولية العقدية في إطار عقدي.

فحتى يتم إدانة المدين بجبر الضرر المرتكب من قبله أو من قبل غيره لا بد من وجود خطأ فعلي أصاب المصلحة المتعاقدة ناتج عن عدم تنفيذ موضوع الصفقة العمومية ضمن الأسس المتفق عليها ضمن دفتر الشروط والعقد الأصلي، أو حدوث تأخر في التنفيذ، فالمسؤولية في مجال الصفقات العمومية إجمالا وعقود المناولة خصوصا، تقتضي اجتماع مجموعة من الشروط والتي سنقوم بدراستها اتباعا.

أولاً: وجود عقد صحيح ومشروع

لا يمكن الإدعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف وأن يكون هذا العقد صحيحاً فيشترط لقيام مسؤولية المقاول الأصلي وجود عقد صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية بينه وبين المصلحة المتعاقدة، ذلك أن إنعدام الرابط التعاقدى بينهما ينفي قيام المسؤولية عنه ويخرج الأمر من إطار المسؤولية العقدية لتكون بصدد نوع آخر من المسؤولية والمتمثل في المسؤولية التقصيرية.

فيعتبر وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمضروب شرطاً بديهياً لقيام المسؤولية العقدية، بحيث لا يترتب أي أثر قانوني قبل التعاقد أو عن مرحلة التفاوض السابقة لإبرام العقد، كما لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين الطرفين وإنما يشترط قيامه وبقائه، كما يجب أن يكون صحيحاً ولا يسقط تحت طائلة البطلان، إذ يبطل العقد إذا تخلف ركن من أركانه أو كان معيباً، فيعتبر في حكم العدم.

وعليه لا يسأل المتعاقد الأصلي عن فعل مناوله اتجاه صاحب المشروع أو المصلحة المتعاقدة على أساس المسؤولية العقدية، إلا إذا كان عقد الصفقة الأصلي وعقد المنابولة صحيحاً.

لهذا السبب تعتبر مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد المنابولة المنبثق من عقد الصفقة العمومية الأصلي وقائمة على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المناول تعتبر بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أعمالاً وأخطاءً صدرت من المتعاقد الأصلي، فيكون مسؤولاً عنه أمامها.

وعليه يشترط في هذا الإحلال أو بالأحرى في عقد المنابولة أن يكون صحيحاً في مواجهة الإدارة، ويكون كذلك عندما لا ترفض المصلحة المتعاقدة صراحة أو ضمناً بأن يحل المتعاقد الأصلي غيره في تنفيذ جزء من العقد الممنوح له، أو بالأحرى موافقتها على تدخل المناول في الصفقة العمومية واستيفاء عقد المنابولة لكافة الشروط والإجراءات

المنصوص عليها تنظيميا من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 كما بينا من خلال دراستنا للباب الأول.

أما إذا كان هذا الإحلال أو التدخل من قبل المناول غير صحيح في مواجهة المصلحة المتعاقدة، كما لو اشترطت هذه الأخيرة على المتعاقد معها أن يتولى تنفيذ العقد شخصيا رغم ذلك أقدم على المناولة اعتبر في هذه الحالة مخطئا ومسؤولا عن كل النتائج الضارة بالمصلحة المتعاقدة، عندئذ تتحقق مسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي وليس على أساس خطأ الغير.¹

أما فيما يخص عقد المناولة الصحيح والنافذ في حق المصلحة المتعاقدة التي تكون قد وافقت عليه مسبقا، فإن وقوع أي ضرر لها ناتج عنه يجعل من المتعاقد الأصلي - ورغم عدم إرتكابه للخطأ- مسؤولا عقديا أمام رب العمل أو بالأحرى أمام المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع عن الضرر الذي سببه المناول أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

ثانيا: وجود خطأ أو عيب في التنفيذ

في مجال العقود الإدارية وخاصة عقود المناولة فإنه من الضروري لقيام مسؤولية المتعاقد الأصلي العقدية عن أفعال مناوليها، ارتكاب هؤلاء لخطأ عقدي أي إخلالهم بالالتزام التعاقدية والمهام التي تم تكليفهم بها، ويتحقق ذلك عند امتناعهم عن التنفيذ أو تأخرهم فيه أو كان التنفيذ معيبا أو جزئيا.

يعتبر الخطأ ركنا أساسيا في المسؤولية العقدية والمسؤولية عن العمل الشخصي والخطأ على أفعال الغير على حد سواء، إذ لا يكفي لقيام هذه الأخيرة وقوع الضرر فحسب، بل يجب اتخاذ الفعل المرتكب من قبل الشخص صفة الخطأ، وأن يتسبب في إحداث الضرر ويقع على عاتق الطرف المضرور حتى يحصل على حقه في التعويض إثبات الضرر وعلاقته بالخطأ المرتكب ولا يقصد الفقه من الخطأ الإخلال بالالتزام يربط بين شخصين فحسب بل هو

¹. LE TOURNEAU (PH.), La responsabilité civile, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1982, p 430.

إخلال بأي التزام عام يقع على عاتق كل شخص، ولا يحتاج تقريره إلى نص قانوني بل يستنبط من المبادئ القانونية العامة.¹

وعليه يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية أو التأخير في تنفيذه، ولا يشترط أن يكون الخطأ بفعل إيجابي بل إن الإهمال أو قلة الاحتراز كثيرا ما ينجم عنه ضرر يصيب الطرف الآخر، ويقصد بالإهمال " الترتك أو الامتناع أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يفعله لو وجد في ذات الظروف، وهو أيضا كل إخفاق في تأمين واجب العناية المفروض عليه"، فمجرد الإخلال بالالتزامات العقدية أو الغير عقدية والتقصير في تنفيذها يشكل خطأ يسأل عنه عقديا.

فإذا كان الالتزام بإنجاز العمل التزاما بتحقيق نتيجة كإقامة مبنى أو صنع شيء، فلا تبرأ ذمة المناول ولا ذمة المتعاقد الأصلي إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة وتم إنجاز العمل المطلوب وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا ضمن أحكام دفتر الشروط وعقد الصفقة العمومية وكذا عقد المناولة.

فإن لم ينجز العمل أو أنجزه بشكل معيب كان المتعاقد الأصلي مسؤولا عن ذلك أمام المصلحة المتعاقدة، ولا يمكنه التذرع بخطأ المناول كما لا يمكنه التعامل مع هذا الخطأ كسبب أجنبي، فبانعقاد العقد وعدم قيام المناول بالالتزام بتنفيذه وتأخره في التنفيذ سواء كان متعمدا، أو كان نتيجة إهمال منه أو كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو معيبا يكون بذلك الخطأ العقدي قد توفر، ويفترض أن يكون ضرر يصاب به الدائن والمتمثل في المصلحة المتعاقدة من جراء هذا الخطأ وبذلك يتحمل المتعامل المتعاقد نتائج هذا الضرر ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حال بينه وبين تنفيذ الالتزام تنفيذا حسنا وجيدا لكافة جوانب الصفقة العمومية، ونضيف أن المادة 172 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري نصت هي الأخرى عن الخطأ ولكن نشير هنا إلى أنها تقتصر فقط بما يسمى بالالتزام ببذل عناية وما يجب على المدين بذله من العناية حتى يفي بالتزامه فالخطأ العقدي حسب هذه المادة يقاس على أساس معيار الرجل العادي .

¹ جلال حمزة محمود، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للإلتزام، القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985، ص. ص : 64-65.

وترجع أهمية الضرر باعتباره أحد أركان الفعل الضار المنشئ للمسؤولية إلى أنه المتطلب الأول الذي لابد من توافره لكي يصار إلى البحث عن الأركان الأخرى، فعلى سبيل المثال لا يكفي أن يقع من الفاعل فعل يشكل انحرافاً في السلوك لكي تنهض في مواجهته المسؤولية عن هذا الفعل طالما لم يترتب على ذلك الانحراف ضرر ألم بالمضروب وتوافرت شروطه القانونية، و لا تختلف التشريعات فيما بينها في اشتراط وقوع الضرر لتحقيق المسؤولية عن الفعل الضار وفي أنه النواة التي من بعدها يتم البحث عن الأركان والشروط الأخرى، وإن اختلفت تلك التشريعات في الفعل المؤدي إلى الضرر فبعضها اشترط أن ينطوي على الخطأ، وعليه فإذا كان أساس المسؤولية التقصيرية في العديد من التشريعات هو الخطأ أين اتفقت معظمها على أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " وإذا كانت النظم القانونية المختلفة قد تباينت مواقفها من أساس المسؤولية التقصيرية أين ترددت بين الخطأ أو مجرد إحداث الضرر، فإنها لم تختلف حول ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسؤولية.

وما تجدر الإشارة إليه أن ارتكاب المفاوض الفرعي أو المناول لأخطاء تخرج عن نطاق ودائرة الخطأ العقدي ولو كانت بمناسبة تنفيذ العقد، فإنه يكون وحده مسؤولاً عنها على أساس المسؤولية التقصيرية أو المدنية.

ومثال ذلك قيام رب العمل أو المصلحة المتعاقدة بزيارة تفقدية لموقع العمل بمناسبة ممارسة حقها في الرقابة، وأبدت ملاحظات تخص سير الأشغال ووجهت أوامر وتعليمات لعمال المتعاقد الأصلي ولممثل هذا الأخير في الورشة ولم تعجب هذه الملاحظات المناول، مما أدى إلى وقوع مناقشات وصلت لحد الشجار بينهما الذي انتهى إلى ضرب وجرح رب العمل، أو قيامه بتصرفات أخرى تخرج عن نطاق تنفيذ الصفقة، وبالتالي فإن مثل هذه الأعمال الصادرة من المناول لا تعد أخطاء عقدية، ولا ترتب مسؤولية المتعاقد الأصلي عنها، وإنما وحده المناول هو من يكون مسؤولاً مسؤولية جزائية ومدنية عن الأفعال الصادرة عنه أمام المصلحة المتعاقدة وأمام ممثليها.

عكس ما إذا لو أصيب رب العمل بجروح داخل موقع الأشغال بسبب سقوط أخشاب عليه، الناتج عن إهمال ورعونة المناول، ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية المتعاقد الأصلي بإعتباره الوحيد الملزم بضمان السلامة والأمن في ورشات العمل.

كما لا يمكننا إغفال واقع أنه ومن أجل قيام المسؤولية لا يكفي وقوع خطأ من جانب المناول، وإنما يجب كذلك أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المصلحة المتعاقدة، ويعرف الضرر فقها بأنه الأذى الذي يلحق بالشخص سواء كان طبعياً أو معنوياً، فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة

مشروعة له، أما الأستاذ Philippe Le tourneau فإنه يميز بين le dommage و le préjudice فيقول في هذا الصدد :¹

" الضرر يعني بالمعنى الدقيق الإصابة التي يتعرض لها والتي يتم تقييمها على مستوى هذه الإصابة، في حين أن الضرر الذي هو نتيجة الإصابة يظهر كأثر أو ما بعد الضرر."²

ولقد عرف الفقه الضرر على انه: " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه، أو غير ذلك، أو كانت تلك المصلحة ذات قيمة مالية."

ويخضع الضرر في الصفقات العمومية لنفس الشروط التي تستلزمها المسؤولية العقدية عموماً وهي أن يكون محققاً أي أن يكون بطبيعة الحال قد حصل فعلاً وتجدت آثاره على الواقع، ولكن الضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط بل يمتد إلى أن يشمل كذلك الضرر المستقبلي طالما يكون وقوعه مستقبلاً أمراً محققاً وأكيداً والمقصود بالضرر المستقبلي أن تخرج آثار الفعل المرتكب من نطاق الحاضر لتمتد إلى المستقبل فلا يكون الضرر حالاً بقدر ما يكون مؤجلاً، كما يشترط أن يكون مباشراً، ويقصد بالضرر المباشر ذلك الضرر الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار، والمشرع وضع معيار تحديد الضرر المباشر فيتمثل في عدم استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول وهذا الجهد المعقول يقصد به الجهد الذي يبذله الشخص العادي في تنفيذ التزاماته، ولذلك فالضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، كما يشترط في الضرر كذلك أن يكون متوقعاً.

إذ يشترط القانون الجزائري شأنه في ذلك شأن سائر القوانين الأخرى أن يتحقق الضرر لنشوء المسؤولية التقصيرية أو العقدية وبالتالي لإمكان التعويض عن هذا الضرر المحقق، والضرر المحقق هو الضرر الذي وقع فعلاً أو الذي سيقع مستقبلاً ولكنه لا محالة واقع وهو يختلف عن الضرر المحتمل الذي لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، إذ يشترط فيه أن يكون ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، يكون كذلك إذا كان قد وقع فعلاً وهو ما يسمى الضرر الحال سواء أكان هذا الضرر عبارة عن خسارة لحقت بالمضروب أو كسب فاته.

¹. مدوري زايدى، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود

معمري، تيزي وزو، ص 119.

². « Le dommage désigne, à proprement parler, la lésion subie qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de la lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage »

أما الضرر المحتمل أو المتوقع فهو ضرر غير مؤكد الوقوع ولا يوجد ما يؤكد أو ينفي وقوعه في المستقبل وغاية الأمر أنه يحتمل وقوعه مثلما يحتمل عدم وقوعه وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفاً، وقد تبلغ من الضعف حداً يعتبر وهمياً، الأمر الذي لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلاً.

إذ لا تختلف التشريعات فيما بينها في اشتراط وقوع الضرر لتحقيق المسؤولية عن الفعل الضار وفي أنه النواة التي يرتكز عليها، وعليه فإن أساس المسؤولية التقصيرية في العديد من التشريعات هو الخطأ الذي ينتج ضرراً بالغير وكذا وجود علاقة سببية بين الفعل والضرر.

لا يمكن للمدين المتمثل في المصلحة المتعاقدة أن تقيم مسؤولية المتعاقد معها إذا لم تثبت أن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب سبب لها أضراراً ومس بمصلحتها، أو سبب لها ضرراً مستقبلياً نظراً لما كانت تتوقعه من الصفقة وهو ما أشار إليه القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 182 في فقرتها الثانية والثالثة (02، 03) التي نصت على أنه:

" يغطي التعويض الخسائر التي تكبدها الدائن والمكاسب التي حرم منها ، شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم أداء الالتزام أو التأخير في الأداء. يتضمن المسار الطبيعي الضرر الذي كان من غير المعقول أن يتجنبه الدائن."¹

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على قيام المسؤولية في عقد المنابولة

إن القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقود، هي أن العقد يبرم لكي ينفذ فيكون من حق كل طرف فيه استيفاء حقه عينا متى كان ذلك ممكناً وإلا قامت مسؤولية المدين عن ذلك، وبالتالي أجبر على تعويض الدائن عن كافة الأضرار اللاحقة به جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للصفقة.

وبناء عليه إذا أخل أي من طرفي عقد الصفقة العمومية أو المنابولة بالتزاماته، حق للطرف الآخر مسأله إستنادا على هذا العقد، لكن موضوع المسؤولية يعد موضوعاً شائكاً نوعاً ما، إذ يستلزم وقبل توجيه أصابع الإتهام نحو شخص ما التعرف وبدقة على أساس المشكل وكذا توفير مجموعة من الشروط التي تتمثل أساساً في وقوع خطأ فعلي صادر عن المناول وليس

¹ . « La réparation couvre les pertes subies par le créancier et les gains dont il a été privé, à condition que ce soit la suite normale de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution. La suite normale comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter »

حالة قوة قاهرة أو ظروف خارجة عن نطاقه، وكذا لابد من وجود عقد صحيح ومشروع منتج لكافة آثاره القانونية.

كما أنه ومن جهة أخرى وبعد توافر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، لابد من معرفة الشخص الذي يتوجب على المصلحة المتعاقدة مسائلته والرجوع عليه من أجل استيفاء حقوقها كاملة، ذلك أننا أمام عقد ثانوي وإستثنائي عن التنفيذ، فأول ما يتبادر إلى ذهن هاته المصلحة المتعاقدة هو على من ترجع في حالة سوء التنفيذ أو التأخر في التنفيذ هل على المتعاقد الأصلي الذي تربطها معه علاقة تعاقدية مباشرة ترتب كل آثارها، أم على المناول الذي لا يمت لها بأي صلة ما عدا الروابط المالية في بعض الحالات؟.

ومن هنا سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لهذه الآثار بشيء من التفصيل، وخصوصا النقاط المتعلقة بمدى إعفاء المناول من أي مسؤولية.

الفرع الأول: مسؤولية المتعاقد الأصلي وحالات إعفائه منها

أولا : مسؤولية المتعاقد الأصلي

« المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمنابولة » إن هذه المادة من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري تعد حجر الأساس والركيزة التي تقوم عليها المسؤولية في نظام المنابولة، ذلك أن أول ما يتساءل حوله في هذا النوع من العقود هو على من تقع مسؤولية تحمل عواقب سوء التنفيذ أو الأخطاء التي قد تصدر عن المناول؟

وعليه، فإن المشرع الجزائري تولى من خلال تنظيم الصفقات العمومية والقانون المدني الإجابة عن هذا السؤال وحصر هاته المسألة ولم يجعلها بابا مفتوحا أمام تأويلات الأطراف، أين حسم النزاع مسبقا بإقراره مسؤولية الطرف الأصلي والرئيسي في العقد، إذ أقر بصفة واضحة وصريحة على أنه إذا أقدم المتعامل المتعاقد على إبرام عقد منابولة فرعية بقي مسؤولا نحو رب العمل عن أي إخلال صادر عن مناويله بالتزاماتهم التعاقدية لارتباط العقدين من حيث عنصر التنفيذ، ذلك أن خطأ أو عيب في عقد المنابولة يؤثر حتما على عقد الصفقة العمومية.

إن هذه المسؤولية الشخصية والأصلية للمتعاقد الأصلي عن المناول تعد أثراً أساسياً وهاماً في موضوع الصفقات العمومية المتعامل فيها ثانوياً أو عن طريق المنابولة، مما يستدعي دراستها والتركيز عليها بشكل معمق نوعاً ما، باعتبار أن المشرع الجزائري لم يجعل من هذا الأخير مسؤولاً إلى جانب المناول التابع له، بل جعله مسؤولاً بدلاً عنه أمام المصلحة المتعاقدة، فيسأل المقاول الأصلي أولاً أمام هذه الأخيرة، وبعد ذلك يكون له الحق في الرجوع على هذا المناول لاسترجاع ما تكبده من خسائر وما دفعه من تعويضات مالية.

تشكل المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الأساس القانوني الذي تركز عليه مسؤولية المتعاقد الأصلي عن أعمال المناول نحو رب العمل أو بالأحرى المصلحة المتعاقدة وذلك بنصها على مايلي: « المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمنابولة » ، أين جاءت هذه المادة واضحة وجلية إذ قطعت الشك باليقين في مسألة المسؤولية عن الأخطاء الواردة عن المناول ويقابلها في ذلك نص المادة 564 من القانون المدني في فقرتها الثانية التي نصت على أنه : « ... ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي ».

يعتبر المقاول هو الجهاز التنفيذي لمشروع البناء أو لأي مشروع آخر، لذا يتعين عليه أن يبذل كل الإمكانيات الفنية التي يملكها لتحقيق التنفيذ الأمثل، ويتقيد في ذلك بمجموعة من الضوابط والمعطيات التقنية والقانونية التي تحكم عقود الصفقات بصورة عامة وعلى الخصوص احترام بنود الصفقة التي أبرمها مع المصلحة المتعاقدة وأن يتقيد بالمواعيد والآجال التي يتعين عليه إنجاز الأشغال خلالها، وكل تأخير في ذلك إلا ويعرضه لتحمل المسؤولية العقدية كما أنه يظل مسؤولاً تجاه المصلحة المتعاقدة حتى عن أخطاء مقاوليه من الباطن أو مناويله والذين يمكن أن يستعين بهم، وباعتبار المقاول الأصلي رجل حرفة فيتوجب عليه احترام الأصول الفنية التي تملئها عليه طرق التنفيذ العصرية قصد إنجاز أشغال سليمة وصالحة للغرض الذي أعدت له بمقتضى العقد الذي يربطه مع صاحبة الصفقة، لكي يتحقق كل ذلك يجب عليه أن يحرص على توفير عنصر السلامة داخل الورش التي يزول فيها مهامه.¹

فاستناد إلى المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن للمصلحة المتعاقدة مسائلة المتعاقد معها بصفة شخصية وأساسية ومباشرة عن أي ضرر يصيبها جراء عدم تنفيذ عقد الصفقة العمومية بخطأ من مناويله، ودون أن يكون له أي إمكانية في دفع هذه المسؤولية عن طريق التمسك

¹ . <http://www.blog.saeed.com>

بخطأ المناول باعتباره المتسبب الرئيسي في الضرر، أو في جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، باعتبار أن تدخل هذا الأخير في الصفقة كان بناءً على رغبة إرادة المتعاقد الأصلي، وكذلك من جهة أخرى لكون التنفيذ يتم باسم هذا الأخير ولحسابه وليس باسم المناول.

وبذلك يدخل هذا الأخير أي المناول ضمن فئة الأشخاص الذين يستخدمهم المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وبالتالي يكون مسؤولاً عن أفعالهم وأخطائهم كما لو كانت صادرة عنه شخصياً.¹

يلزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها مسبقاً، فإذا كانت جهة المصلحة المتعاقدة قد أعلنت عن صفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط واطلع عليه بدوره وتعهّد بتنفيذ الخدمة على أتم وجه وتعاقّد مع الإدارة، توجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بتنفيذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه، وطالما كان للصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة وبحسن سير المرفق العام وجب تنفيذها في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل، بل إن تجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي ويتحمل المتعامل المتعاقد وحده نتائج ذلك.²

يلتزم المتعاقد بإتمام العمل الموكول إليه في المدة المتفق عليها بالعقد، حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية.³

¹. عادل عبد العزيز سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة نابلس، فلسطين 2007، ص 40.

². عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 238.

³. عملياً يمكن الخروج عن هذه القاعدة عن طريق تجاوز المتعامل المتعاقد للمدة والأجل المتفق عليه شريطة أن يقدم الدليل على أن ظروفًا قاهرة حالت دون استمرارية التنفيذ بطريقة منتظمة، وهو ما يحدث كثيراً في صفقات الأشغال العمومية أين تعترض المتعامل المتعاقد عراقيل متعلقة أساساً بسوء الطقس والتقلبات الجوية الغير متوقعة، ذلك أن أشغال البناء والتشييد تعتمد أولاً وقبل كل شيء على الأحوال الجوية فإن كان تنفيذ الأشغال تزامناً مع فترة الشتاء فإن هذا الأمر سيعطل المتعامل المتعاقد كثيراً نظراً للرياح والأمطار والعوامل الجوية التي لا تساعد، وبالتالي ففي هذه الحالات عليه أن يقدم المصلحة المتعاقدة بياناً من مديرية الرصد الجوية يتبث ويبيّن حالة الطقس في تلك الفترة التي لم يشتغل فيها المتعامل المتعاقد ونسبة الأمطار التي هطلت وإذا كانت فعلاً تعرقل التنفيذ أم لا، أين تقوم المصلحة المتعاقدة بدورها بإضافة هذه المدة إلى عقد الصفقة العمومية مما يعد تمديداً للأجل المتفق عليه.

ذهبت العديد من التشريعات العربية إلى ربط المسؤولية بالنظام العام نظرا لأهميتها الكبيرة في حماية جميع الأطراف، فيرى جانب من الفقه في فرنسا أن هدف المشرع من ارتباطها بالنظام العام خاصة في حالة الأشغال العمومية، هو ضرورة حماية المصلحة العامة فعيوب البناء لا تصيب المصلحة المتعاقدة وحدها بل تتعدى إلى حدوث كوارث قد تصيب أرواح وأموال الآخرين وممتلكاتهم كالجيران والمارة في الطريق والقاطنين في البناء، فلا بد من حماية هؤلاء الأشخاص من هذه المخاطر التي قد تنتج من سقوط المباني أو انهيار المنشآت.

وعليه فإن قام هذا الأخير بمناولة جزء من الأعمال التي تعهد القيام بها على أحسن وجه عند سحبه لدفتر الشروط والموافقة عليه، يجعله مسؤولا عن التنفيذ الحسن لهذا الجزء حتى ولو لم يرتكب خطأ في ذلك، باعتبار أنه هو من قرر اللجوء إلى المناولة وهو من قام باختيار مناولة لاعتبارات متعلقة بالكفاءات والقدرات.

كما أن دفاتر الشروط المعدة من قبل الفدرالية الدولية للمهندسين الإستشاريين FIDIC كرسست هي الأخرى مسؤولية المتعاقد أين نصت صراحة على أن موافقة المصلحة المتعاقدة على المناول " لا تجرد المتعاقد الأصلي من أية مسؤولية أو التزام في الصفقة العمومية"، وأضافت في هذا المجال قائلة أنه: " يبقى المتعامل المتعاقد مسؤولا عن الأعمال، التصرفات، الأخطاء، الفشل، الإهمال، الصادر عن كل مناويليه، ممثليه، عماله أو مستخدميه، مسؤولية تامة كما لو كانت صادرة عنه شخصيا".¹

إذ يعد المتعاقد الأصلي مسؤولا تعاقديا اتجاه صاحبة المشروع عن التنفيذ الحسن للعقد الموكل إليه فقد نصت المادة الأولى من قانون 31 ديسمبر 1975 المعدل سنة 2002 بقانون MURCEF بصفة واضحة وصريحة أن المتعامل المتعاقد يمكنه اللجوء إلى المناولة " تحت مسؤوليته"، ونتيجة لذلك فإنه من يتوجب عليه الإستجابة للأخطاء التي يرتكبها مناويليه، وعليه لا يصوغه التهرب منها.²

ذلك أن المبدأ العام للمسؤولية التعاقدية عن أفعال الغير جاءت حتما للتخفيف من صرامة وحدة فكرة استقلالية العقود أو الاتفاقات، وذلك لانعكاس أخطاء تنفيذ عقود الباطن على العقد الأصلي.

¹. BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Op.cit, p 413.

². PIELBERG (H.), Op.cit, p19.

اختلف الفقهاء في تحديد أساس المسؤولية في هذا النوع من العقود، أين ذهب البعض إلى فكرة سوء اختيار المدين للشخص الذي أوكل له تنفيذ التزامه التعاقدية الذي يتضح فيما بعد أنه لم يكن أهلاً لهذه الصفة، كما يرجع حسب البعض الآخر إلى فكرة الضمان بمعنى أن المدين يضمن للدائن الأعمال الصادرة عن الشخص الذي أحله في تنفيذ العقد، أما رأي الفئة الثالثة من الفقهاء توصل إلى اعتبار الإنابة هي أساس قيام هذا النوع من المسؤولية العقدية على اعتبار أن النائب يحل محل الأصيل ويتصرف باسمه ولحسابه، أما إن حدث وارتكب هذا النائب خطأ في تنفيذ النيابة اعتبر هذا الخطأ وكأنه صادر عن الأصيل.

غير أن جانباً من الباحثين يرى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تجد ما يبررها في مبادئ العدالة، لأنه إذا سمح للمدين أن ينيب غيره في تنفيذ التزاماته كان مجبراً على تحمل نتائج هذه الإنابة بصفة كاملة، إذ ليس من العدل نفي مسؤوليته بحجة خادعة مفادها أن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد راجع إلى شخص آخر وليس بسببه.¹

يعد المتعامل المتعاقد مسؤولاً تعاقدياً أمام زبونه المتمثل في المصلحة المتعاقدة عن الأضرار والخسائر التي يتسبب فيها مناوله باعتبارها مسؤولية عن أفعال الغير، فيلزم هذا المتعاقد أمام هذه الأخيرة بتحقيق نتيجة، الأمر الذي يطرح إشكالا وتساؤلاً ألا وهو: " هل تعتبر هذه المسؤولية حصرية فقط بالمصلحة المتعاقدة؟ " وبعبارة أخرى، هل تعد المصلحة المتعاقدة الشخص الوحيد الذي يستفيد من أحكام المسؤولية عن أخطاء الغير ضد المتعامل المتعاقد أم أن هناك أشخاصاً آخرين يمكنهم استعمال هذا الحق؟.

هناك اتجاه قضائي حديث طرح مبدأ هام الأمر الذي دفع الباحثين إلى التشكيك في مدى حصرية المسؤولية، فبتاريخ 06 أكتوبر 2006 قررت الجمعية العامة لمجلس النقض بأنه: « يمكن للغير أن يثير استناداً على المسؤولية التقصيرية ، خلا تعاقدياً، بمجرد أن يتسبب له هذا الخلل بضرر.»²

وعليه، فإن الخلل التعاقدية المرتكب من قبل المناول كفيل بأن يشكل حقيقة خطأ يتحملها المتعامل المتعاقد، وفي هذا الصدد ومنطقياً، يمكن للغير المتضرر أن يثير

¹. NERET (J.), Op.cit, p 209.

². « Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. » .

استنادا على مبدأ المسؤولية التقصيرية، خطأً تعاقديا للمناول من أجل إثبات مسؤولية المتعاقد الأصلي، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 27 مارس 2008 عن نفس المحكمة أضاف فيه أن هذا الأخير أي المتعامل المتعاقد يعد مسؤولا أمام الغير كونه لم يسهر على ضرورة احترام مناوله للتعليمات والتوجيهات المقدمة له.¹

ثانيا: إعفاء المتعاقد الأصلي من المسؤولية وحالاتها

من خلال كل ما سبق ومتى توافرت جميع أسباب وأركان مسؤولية المتعاقد الأصلي طرح تساؤل هام حول مدى إمكانية إعفاء المتعاقد الأصلي من المسؤولية؟.

لم يتطرق المشرع الجزائري في إطار الصفقات العمومية إلى طرق وآليات الإعفاء من المسؤولية بالنسبة للمتعامل المتعاقد، غير أنه ورجوعا إلى الأحكام العامة فإنه أجاز بموجب الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني إعفاء المدين من تحمل مسؤولية الخطأ الجسيم والخطأ العمدي الصادر عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، غير أنه إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم كان شرط الإعفاء باطلا وبقيت مسؤولية المدين قائمة، إذ تنص المادة السالفة الذكر على أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي.

ويرى الأستاذ السنهوري أنه "يمكن أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقول من الباطن ولا يكون مسؤولا عن المقاول من الباطن" مستندا في ذلك على أن مسؤولية المقاول الأصلي في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية، ومن ثمة يمكن طبقا للقواعد العامة الاتفاق على ما يخالفها، بالمقابل هناك اتجاه يرفض الأخذ بهذا الرأي ويعتبر أن بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي هو من الأحكام الرئيسية للمقابلة الفرعية ولا يجوز استبعاده، وحثهم في ذلك هي أن المشرع كان حريصا على التأكيد على هذه المسؤولية وتشيدها إذ خصها بنص واضح وصريح.

¹ DISSAUX (N.), La responsabilité délictuelle du fait du sous-traitant, Recueil Dalloz vol 1-2010, n°04-7409 p 241.

إن القول بصحة شرط إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي، يؤدي إلى نتائج لم يرتضيها الأطراف خاصة في حالة عدم التنفيذ، فرب العمل لا يمكنه مساءلة المقاول الأصلي إعمالاً لشرط الإعفاء، كما لا يمكنه مساءلة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين يظل المقاول الفرعي ملزماً بتنفيذ عقده أمام المقاول الأصلي.¹

ولتفادي هذه النتائج يجب استبعاد شرط الإعفاء، وإبقاء المقاول الأصلي مسؤولاً اتجاه رب العمل عن الأعمال والأخطاء الصادرة عن المقاول الفرعي.

أما فيما يخص القضاء الفرنسي فإنه لا يجيز للمدين أن يشترط إعفاءه من مسؤوليته العقدية متى كان سبب عدم التنفيذ راجع إلى خطأ جسيم أو غش سواء صدر من المدين نفسه أو أن أحد مساعديه، وسنده في ذلك أن غش مساعد المدين أو خطئه الجسيم يعامل وكأنه صادر عن المدين شخصياً، حتى يمنع المدين من التهرب من تحمل مسؤوليته عن طريق اللجوء إلى الغير لتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وبذلك يكون المدين ملزماً بتحمل أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه مهما كانت درجة الخطأ الذي ارتكبه، ولا يمكنه الإدعاء أن فعلهم لم يكن متوقفاً منه أو لا يمكن دفعه مما يشكل قوة قاهرة معفية من مسألته.²

وحجة القانون والقضاء الفرنسي في تحميل المتعاقد الأصلي أخطاء مناوليه وعدم إمكانية إعفائه منها، هو أن هذا الأخير له مصلحة في مراقبة إذا ما كان مناوله يحترم أم لا التزاماته التعاقدية سواء على مستوى النظافة والأمن أو التنفيذ والإنجاز، كما أنه يتولى القيام بجميع التدابير الوقائية خاصة في مجال الأشغال، كما يعد مسؤولاً عن ضمان توافق هذه التدابير مع تلك المتوخاة في عقد المناولة، وبالتالي فإن مخالفة المناول لهاته الأخيرة يعرض المتعاقد الأصلي إلى عقوبات جد صارمة.

وعليه وبمناسبة حديثنا عن مسؤولية هذا الأخير اتجاه الغير والمصلحة المتعاقدة، ارتأينا التطرق إلى حالة أخرى وهي حالة مسؤولية المتعامل المتعاقد إتجاه مناوله، ففي هذا الصدد هناك قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 جويلية 2008 عن غرفته المدنية في القضية رقم 745 بين شركة IDRI مدعية وشركة BOTTA وأبنائه مدعى عليها، التي فصلت في الطعن ضد

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 106.

². برجم صليحة، المرجع السابق، ص 105.

القرار الصادر عن مجلس استئناف AIX PROVENCE في غرفته الثانية بتاريخ 22 جوان 2006.

ترجع وقائع هذه القضية أن الشركة BOTTA قد عهد إليها للقيام بأشغال بناءات هيكلية، وبدورها قامت بمنابولة الأعمال المتعلقة ببناء جدار يحول دون امتداد الحريق coupe-feu وجدار المحلات التقنية إلى الشركة MS. إذ حدد الأجل المرتقب لانتهاؤ الأشغال في نهاية شهر ماي من نفس السنة، وفي 06 جوان 2000 تم إعداد كشف تقييمي غير أنه وبموجب رسالة موسى عليها مع إشعار بالإستلام مؤرخ في 15 سبتمبر 2000 قامت الشركة BOTTA والمتمثلة في المتعامل المتعاقد الأصلي، بفسخ العقد بسبب التأخر في إنجاز الجدار الحائل دون الحريق.¹

لم يتفق الأطراف على سبب الفسخ، أين سعى كل منهما إلى إدانة الطرف الآخر وطلب تعويضات متبادلة، أين دعت الشركة المنابولة MS إلى طلب تعويضات جراء الفسخ التعسفي للعقد الذي كان يربطها مع الشركة BOTTA (متعامل متعاقد أصلي)، وطلب هذه الأخيرة لتعويضات جراء التأخر في التنفيذ الذي تسببت فيه الشركة المنابولة.

إن القرار قضى بمساهمة المتعامل المتعاقد والمناول معا في قطع العلاقة التعاقدية بينهما، وأن الحق في الغرامات التأخيرية التي قد تكون مستحقة من قبل المناول تم تعويضها بالحق في تعويض الضرر الذي كان من الممكن أن يكون مدفوعا من قبل المتعاقد الأصلي جراء عدم احترامه للشكليات المقررة قبل إنهائه وفسخه للعقد.

ومن خلال ذلك، قضى المجلس كذلك أن خرق كلا من الطرفين لإلتزاماته هو من تسبب لكل منهما ضررا متساويا مما أدى إلى التعويض الكلي للأضرار compensation total التي دافع عنها كلا الطرفين.

وعليه فإن القرار لم يعطي أي أساس قانوني لقراره استنادا على نص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه: "يحكم على المدين ، إذا كان هناك محل لذلك، أن يدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن

¹ . DAVOUT (L.), BOLLEE (S.), Droit du commerce international, Recueil Dalloz vol 4-2008, n°36-7353, p 2077.

يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيء النية.¹

وبالتالي، فإننا نخلص من هذا القرار إلى أن كل من المتعامل المتعاقد والمناول يعد مسؤولاً أمام الطرف الثاني في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية الناتجة عن عقد المناولة، ولا يمكن لأي منهما التهرب من مسؤوليته أو تحميلها على الطرف الآخر.

وعليه تعتبر مسؤولية المتعامل المتعاقد مفترضة بحكم القانون فلا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إلا بوجود السبب الأجنبي والمتمثل في القوة القاهرة وخطأ المصلحة المتعاقدة أو الغير وفي هذا الصدد سنتدرق بإيجاز إلى حالات الإغفاء من المسؤولية.

أ. حالة القوة القاهرة

يمكن تعريف القوة القاهرة أنها أمر ادى إلى تهدم البناء أو المنشآت الثابتة أو عدم القيام بالخدمات أو عدم تنفيذ محتوى العقد بالطريقة المتفق عليها، بحيث لا يمكن توقعه ولا دفعه ولا يكون للمتعاقد إرادة في حدوثه من قريب أو بعيد، ولم يؤثر في حدوثه كما أنه خارج عن سيطرته وإدراكه ومثال ذلك الزلازل والبراكين والإعصار والفيضانات.

وحتى يتم القول بحدوث قوة القاهرة يجب أن يكون الحادث خارجاً عن البناء أو الأشغال الذي قام بها المتعاقد أو مناولة وأن لا يكون هو المتسبب الرئيسي فيها، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل يمكن اعتبار العيب الذي يظهر في استخدام المواد الرديئة قوة القاهرة وأمرًا خارجياً؟

إن طبيعة المواد المستعملة في البناء والأشغال العمومية وكذلك سوء هذه المواد المستخدمة لا يمكن اعتباره قوة القاهرة يتوافر فيها الشرط الخارجي، لأن حسن اختيار المواد وفحصها والتحقق من جودتها وخلوها من العيوب هي أولى التزامات المتعامل المتعاقد.

كما أنه ومن جهة أخرى يشترط في القوة القاهرة أن تكون أمراً من المستحيل دفعه أو توقيه، فإذا كان بمقدرة المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ المشروع دفع هذا الضرر، فلا يجوز له التمسك بالقوة القاهرة لدفع المسؤولية عن نفسه.

¹. DAVOUT (L.), BOLLÉE (S.), Op.cit, p 2077.

ونرى أن المعيار فيما إذا استطاع المتعامل المتعاقد دفع المسؤولية عن نفسه، هو اللجوء لسلوك مقاول آخر لو وجد في مثل هذه الظروف التي كان يوجد فيها المقاول المدعي بعدم إمكانية الدفع .

وحتى يستطيع المتعامل المتعاقد أن يدفع مسؤوليته الخاصة بالقوة القاهرة يشترط أن يكون الضرر الذي أصاب البناء سببه الوحيد هي القوة القاهرة فهذا يعني انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ المفترض للمتعاقد والضرر .

ب. حالة خطأ المصلحة المتعاقدة

يعتبر خطأ رب العمل وتدخله بمثابة سبب أجنبي تنتفي فيه مسؤولية المقاول، وأكثر الصور شيوعاً في هذا الصدد قيام المصلحة المتعاقدة بإجراء تعديلات على البناء أو الأشغال بشكل خاطئ، لكن المسألة تبرز هنا هل يعتبر سبباً أجنبياً تنتفي فيه مسؤولية المقاول تدخل رب العمل الخاطئ أثناء فترة التنفيذ كأن يقوم بتقديم مواد معيبة، أو أن انتفاء المسؤولية مقتصر على تدخل رب العمل بعد تمام إنجاز الأشغال.؟

إن تدخل رب العمل لا يصلح أن يكون سبباً لإنتفاء مسؤولية المقاول وهذه قاعدة عامة وسبب ذلك أن هذا الأخير غالباً ما يكون غير خبير في فنون البناء مما يستوجب الاستعانة بالمختصين من المقاولين، وهذا يعني أنه إذا قدم مواد معيبة أو حتى أصدر تعليمات مخالفة لأصول الفن وجب على المتعامل المتعاقد أن يقوم بتنبيهه، وإذا أصرّ على موقفه فعليه الامتناع عن التنفيذ، فإذا قام المقاول بالتنفيذ وأطاع أوامره واستعمل المواد المعيبة فإنه يعتبر مخطئاً ولا تنتفي عنه المسؤولية.

أما إذا كانت المصلحة المتعاقدة أو رب العمل خبيراً في فنون البناء فإن خطأه المعيب يمكن أن يكون أساساً لنفي المسؤولية عن المتعامل المتعاقد كونه لم يكن المتسبب الرئيسي في الأخطاء وإنما كان ذلك راجع لخطأ المصلحة المتعاقدة.

ج. حالة خطأ الغير

يمكننا أن نعرف الغير بأنه كل شخص كانت له صلة بعملية الأشغال العمومية أو لم تكن له صلة بها ولكنه قام بعمل أدى إلى حدوث عيب يهدد سلامة البناء ومثانته، فالغير الذي تكون له صلة بعملية البناء مثل المهندس أو المكتب الاستشاري أو بائع مواد البناء، هم من الغير الذي له

علاقة بعملية الأشغال العمومية، وكذلك هناك المنتفعين والإدارات والمؤسسات الأخرى التي ليست لها صلة في تنفيذ الصفقة أو العقد.

ومثال ذلك ولتوضيح هذه المسألة لو قام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى أو استخدم آلات ضخمة تسببت في حدوث ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه الأمر الذي أدى إلى تهدم أو انجراف التربة أو ظهور عيوب في المبنى.¹

الفرع الثاني: إنتفاء مسؤولية المناول

تطبيقاً للمبادئ العامة المعمول بها فإنه لا يلتزم المناول مباشرة بأحكام العقد الأصلي، وبالتالي لا يكون مسؤولاً أمام رب العمل أو المصلحة المتعاقدة عن عدم تنفيذ الصفقة الأصلية ولا الوقوع تحت طائلة المسؤولية العقدية، إنما يأخذ كل منهما حكم الغير بالنسبة للآخر، ليعتبر المتعاقد الفرعي مثله مثل أي شخص آخر من الكافة، يقع عليه التزام عام باحترام حقوق رب العمل، فإن أخل بهذا الواجب عدّ مرتكباً لخطأ تقصيري وإن كانت صلته بالتنفيذ ساعدت على ارتكابه.

¹. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.ص: 350 - 361.

وإن كان من غير الممكن مسائلة المصلحة المتعاقدة للمناول عقدياً عن عدم تنفيذ عقد الصفقة العمومية الأصلي، فهل الأمر كذلك في حالة عدم تنفيذ هذا الأخير لعقد المناولة الفرعية، خاصة وأنها تعتبر صاحبة المصلحة الأولى في تحقق التنفيذ السليم والكامل لهذا العقد؟، وما حكم تأخر المناول في إنجاز الأعمال الموكلة إليه في الموعد المحدد، ومن المسؤول في هذه الحالة؟¹.

إنّ تنفيذ الإلتزامات التعاقدية التي يربتها عقد المناولة، يتضمن ضرورة التقيد بالآجال المتفق عليها والتي تجعل الإنجاز كاملاً الأمر الذي يوفر للعقد المبرم النتائج المرجوة منه، لذلك يرى الفقه أن إلتزام المناول بانجاز المشروع في مدة معقولة أو بالأحرى في المدة المتفق عليها والمحددة في العقد هو إلتزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية، فلا يكفي لإعفاءه من المسؤولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص العادي في إنجاز الأشغال، بل عليه إثبات أن السبب في ذلك هو أجنبي عنه والمتمثل في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير، الأمر الذي حال دون إتمام الأشغال في الأجل المتفق عليه.

ويعتبر تأخر المناول في إنجاز المشروع من المسائل التي تشملها أحكام المسؤولية العقدية، إذ أن مصدر هذه الأخيرة يكمن في عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه، كما يعد التأخر في الإنجاز إخلالاً بواجب تحقيق نتيجة الملقى على عاتق المتعامل المتعاقد الأصلي والمتمثل في احترام الميعاد التعاقدية وتسليم الأعمال في الأجل المتفق عليه وكذا إنجاز الأشغال طبقاً للمواصفات وبصفة خالية من العيوب.

نظراً لمبدأ نسبية العقود أو الإتفاقات لا توجد أي علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمناول، فلا تملك الأولى أبداً الحق في التدخل في تنفيذ عقد المناولة أو فرض طريقة التنفيذ، ولا حتى حق مسائلة هذا الأخير مباشرة لدفع تعويضات ناتجة عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية والتسبب في تنفيذ معيب للصفقة أو بالأحرى للجزء الممنوح له.²

إن المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية بالنظر إلى المناول هو أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها تحميل هذا الأخير مسؤولية على أساس العقد ذلك لانعدام وجود أي رابط تعاقدية بينهما، الأمر الذي يؤدي إلى عدم إمكانية نشوء أي نزاع بينهما ذو طبيعة تعاقدية، فهو

¹. بريج صليحة، المرجع السابق، ص 107.

². PICHANNAZ (P.), La relation entre maitre d'ouvrage et sous-traitant, le problème de la réparation directe du dommage subi par le maitre, la jurisprudence BR/DC 2/2011, p 75.

يعتبر بمثابة الغير بالنسبة إليها حتى ولو تم قبوله اعتماد وشروط الدفع المباشر الخاصة به،¹ كما لا يمكن من جهة أخرى للمصلحة المتعاقدة أن تطالب هذا المناول بإستدراك وتدارك العيوب المكتشفة،² وعليه لا يعد هذا الأخير مجبراً اتجاه هاته المصلحة بالضمان العشري، ولا الضمان لمدة سنتين ولا ضمان عن حسن التنفيذ، فمن جهة المسؤولية التقصيرية لا يمكن مسائلة المناول من قبل المصلحة المتعاقدة، أما من جهة الأشغال يمكن لهذه الأخيرة رفض الدفع لصالح المناول في حالة ارتكابه لخطأ أو تقصيره في إنجاز العقد.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنه: " وحدهم الأشخاص الذين أبرموا عقداً مع المصلحة المتعاقدة يمكن أن يحكم عليهم بإصلاح النتائج الضارة لعيب في الأشغال سواء من حيث مفهومها أو تنفيذها... حتى ولو عازمت صاحبة المشروع على الإنتقال لموقع التنفيذ ".³

إن مبدأ نسبية العقود المجتمع مع نظرية حصانة أعوان التنفيذ تؤدي بالضرورة إلى استحالة الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق القيام بدعوى مباشرة ضد المناول الفرعي، فقد أقرت محكمة استئناف Liège بلجيكا أنه: "... لا تملك المصلحة المتعاقدة أي دعوى مباشرة ضد المناول التابع للمتعاقد الأصلي... حيث أن كل الأطراف تتواجد في علاقات تمنع صاحب المشروع اللجوء إلى المسؤولية وتقصي كل دعوى مباشرة ضد المناول المتسبب الحقيقي في الضرر.... إن هذا الحل المتبني دائماً من قبل الفقه والقضاء يحمي ما تبقى من الطابع الشخصي intuitue personae في تنفيذ العقد الأصلي أين يكون المتعاقد المختار من قبل المصلحة المتعاقدة الوحيد المسؤول اتجاهها عن اختياره للمناول...".⁴

لقد كانت هذه المسألة محل جدل فقهي وقضائي كبيرين في فرنسا، فالعقد بما ينشئه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يعتبر الشريعة العامة التي تحكم العلاقة بينهما دون أن يمتد إلى غيرهما إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية العقد السائدين منذ فترة زمنية ليست بالقصيرة.

¹ . Voir CE 11 janvier 1988 n° 56630, Ch. Métiers Ille et vilaine

² . Voir CE 02 février 1979 Ste Entreprise Roul : Rec CE 1979, p.p : 789 - 798.

³ . PIELBERG (H.), Op.cit, p 18. « Seules les personnes ayants passé avec le maitre de l'ouvrage un contrat de louage peuvent être condamnées envers le maitre de l'ouvrage à réparer les conséquences dommageables d'un vice de cet ouvrage imputable à sa conception ou à son exécution...même si le maitre de l'ouvrage entend se placer sur le terrain quasi délictuel »

⁴ . KOHL (B), Sous-traitance, questions spéciales, p. 92.

لكن التطور الحاصل وما أفرزه من أوضاع معقدة ومفاهيم جديدة حاولت النيل من هذين المبدئين، غير أنهما مازالا صامدين في وجه الانتقادات الموجهة لهما، ومازالت النظرة الفردية للعقود قائمة ومكرسة حتى ضمن المجموعة العقدية المكونة من العقود الأصلية والفرعية.

يقصد بمبدأ نسبية العقد الواردة في المادة 113 من القانون المدني، أن آثار العقد تقتصر على المتعاقدين وخلفهما الخاص والعام دون أن تمتد مبدئياً إلى الغير، فالعقد لا يكسب الغير حقوقاً ولا يحمله التزامات، وبتطبيق مبدأ نسبية العقد على عقد المناولة الفرعية تكون العلاقة العقدية قائمة بين المتعاقدين الأصلي والمناول وتقتصر آثارها عليهما فقط، أما فيما يخص رب العمل فيعتبر المناول من الغير بالنسبة له لانعدام أي رابطة عقدية بينهما.¹

وبالتالي واعتماداً على مبدأ نسبية العقود تنعدم كل علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة المناول، وبالتالي من غير الجائز مطالبتها لهذا الأخير مباشرة بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المناولة، ولا مسائلته استناداً على أحكام المسؤولية العقدية، لكن في مقابل ذلك تنشأ بينهما علاقة غير مباشرة أساسها رابط كل منهما بالمتعاقدين الأصلي.

وفي هذا الصدد يبرز تساؤل حول مدى إمكانية تمسك المصلحة المتعاقدة بإخلال المناول بالتزامه العقدي كخطأ تقصيري؟

يذهب بعض الشراح إلى عدم وجود تعارض بين مبدأ نسبية العقد وبين إمكانية التمسك بالخطأ العقدي كخطأ تقصيري، لأن تمسك رب العمل أو المصلحة المتعاقدة بعقد المناولة ليس على اعتبار هذا العقد تصرفاً قانونياً إنما باعتباره واقعة هذا من جهة، ومن جهة ثانية من الضروري أن يشكل الخطأ العقدي خطأ تقصيرياً، أي انحرافاً عن السلوك المألوف أو الواجب العام، وليس إخلالاً بالتزام عقدي محض.

والواقع أن جانباً من الفقه الحديث رفض اعتماد مبدأ نسبية العقد والمكرس للنظرة الفردية للعقود في مجال العقود الفرعية بما فيها عقد المناولة، تأثراً منه بالواقع الاقتصادي المستجد، ليتساءل هل فعلاً تعتبر المصلحة المتعاقدة من الغير بالنسبة للمناول؟ ألا يعمل هذا الأخير لحساب ولمصلحة الأولى؟ أليست المصلحة المتعاقدة هي المستفيد الأول من تنفيذ عقد

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 108.

المناولة بصورة مباشرة؟ أليس من العدل السماح لهذه الأخيرة بمسائلة المتعاقد الفرعي مباشرة باعتبارها المتسبب في الضرر الحاصل والمنفذ الحقيقي للأعمال؟¹

"وتحت تأثير هذه الحتميات الاقتصادية رأى هذا الاتجاه ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأوضاع المستجدة ولو على حساب المبادئ المستقر عليها، ليعتقوا فكرة المجموعات العقدية، ويوسعون في مفهوم المتعاقد فلا يعود يقتصر على من ساهم في إبرام العقد فقط، بل مده ليشمل كل من ساهم في تنفيذه، ولو لم يشارك في عملية إبرامه، باعتباره طرفا مستفيدا من العقد، وبذلك تم التوسيع حتى في نطاق المسؤولية العقدية وعدم تقيدها بالطرف المتضرر، بل مدها لتشمل أيضا كل متضرر مرتبط بأحد طرفي العقد برابطة عقدية.

وبالتالي فإن وجوب ثبوت دعوى مباشرة لكل من المتعاقد الفرعي والمتعاقد الأصلي الأول اتجاه الآخر ومساءلته على أساس المسؤولية العقدية، والإقرار بالمسؤولية العقدية في العقود الفرعية، أساسه العقد الأصلي والعقد الثانوي اللذان يهدفان إلى تحقيق نفس الغرض.

فالقول بغياب علاقة عقدية مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمناول، يقتضي أن لا توجه الأولى دعواها ضد هذا الأخير وتوجيهها ضد المسؤول المباشر والمتمثل في المتعاقد الأصلي، إلا على الأساس التقصيري، وهو ما استقر عليه القضاء والفقهاء في فرنسا.²

لكن ظهور هذا المفهوم أدى إلى استبعاد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية للمسؤولية التقصيرية للمناول اتجاه المصلحة المتعاقدة، بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 17 فيفري 1987 ، والذي جاء فيه "أن العيب الحاصل في القطعة المصنوعة من قبل المتعاقد الفرعي، لا يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في مقاضاته استنادا للمسؤولية التقصيرية".

وإن كان هذا القرار لم يذكر صراحة بأن دعوى المصلحة المتعاقدة ضد المناول هي ذات طبيعة عقدية، فإن ذلك ما أوردته الغرفة المدنية الأولى صراحة في قرارها الصادر في 8 مارس 1988.

ملخصه أن شخصا يدعى HOLGUERA قدم لشركة تصوير CLIC CLAC PHOTO صور من أجل تكبيرها، فتعاقدت هذه الأخيرة من الباطن مع شركة STRITT MUTTER PHOTOCIN لتتولى تنفيذ هذه المهمة بدلا عنها، لكن هذه الأخيرة أضاعت الصور، فأقام رب

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 110.

². نفس المرجع، ص 111.

العمل دعوى على شركة المناوبة من الباطن أمام محكمة باريس على أساس المسؤولية التقصيرية، فحكمت له المحكمة بالتعويض، فطعنت شركة PHOTOCIN STRITT MUTTER بالنقض مدعية أن النزاع القائم تحكمه قواعد المسؤولية العقدية، حتى تتمكن من التمسك بالشروط المحددة للمسؤولية الواردة في العقد الأصلي¹.

قضت الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 8 مارس 1988، بأن "علاقة رب العمل بالمقاول الفرعي هي حتما علاقة عقدية، ولا يمكن لرب العمل مقاضاة المناول إلا على أساس هذه المسؤولية، وإن انعدام العقد بين رب العمل وهذا الأخير لا يمنع الأول من التمسك بالمادة 1147 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية العقدية."

وقد أكدت الغرفة المدنية الأولى موقفها هذا في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 21 جوان 1988 في قضية تتلخص وقائعها، في تضرر طائرة مروحية تابعة لشركة TRANSPRET BRAATHENS SOUTH AMERICAN AND FAR EAST AIR في مطار باريس بسبب عيب في الجرار الذي كان يحركها داخل المطار، فأقامت دعوى ضد كل من البائع SOYBY والشركة المصنعة SODE REP دون مطار باريس، لوجود بند ضمن عقد المساعدة القائم بينهما ويقضي بإعفائه من أي مسؤولية، فأقرت محكمة الدرجة الأولى مسؤوليتها التقصيرية وحكمت عليها بأداء تعويض لشركة الطيران.

لكن بعد الطعن بالنقض قضت الغرفة المدنية الأولى بأنه² " : في سلسلة العقود فإن قواعد المسؤولية العقدية هي التي تحكم طلب التعويض المقدم من المتضرر طالما أن له علاقة بالعقد الأصلي ، وأن دعوى رب العمل ضد صانع الآلات المعيبة هي دعوى مبنية على أساس المسؤولية العقدية ولو لم يكن رب العمل طرفا في العقد القائم بينهما."³

والجدير بالذكر أن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض أحاطت دعوى رب العمل المباشرة ضد المناول والتعويض على أساس المسؤولية العقدية بقيدتين أساسيتين:

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 112.

². " Dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en répartition de tout ceux qui n'ont souffert du dommage que parce que qu'ils avaient un lien avec le contrat initial "

³. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 112.

القيد الأول: أن لا يلتزم المقاو الفرعي إلا في حدود ما تعهد به نحو المقاو الأصلي في عقد المناولة الفرعية فلو كان قد اشترط إعفاءه من المسؤولية أو التخفيف منها، فله أن يتمسك بذلك في مواجهة رب العمل ولو كان المقاو الأصلي لم يشترط مثل هذا الإعفاء أو التخفيف. فعندما يحتج رب العمل المتضرر بعدم تنفيذ العقد لا بد أن يتوقع أن يحتج ضده بالحدود الخاصة بالمسؤولية، بذلك فإن نظام المسؤولية المتولد عن عدم تنفيذ عقد المناولة الفرعية، هو الذي يطبق ويفرض على رب العمل سواء من حيث ماهية الالتزام أو محتواه أو الاختصاص القضائي أو تقادم الدعوى.

القيد الثاني : لا يكون لرب العمل حقوقاً أكثر مما له قبل المقاو الأصلي، فلا يحق لرب العمل الرجوع على المقاو الفرعي إلا في حدود التعويض الذي يكون مستحقاً له اتجاه المقاو الأصلي فحسب، ولا يمكن أن تسمح مساءلة رب العمل المتضرر للمقاو الفرعي من الحصول على تعويض أكثر مما كان سوف يحصل عليه من مدينه المباشر أي المقاو الأصلي، وفي هذا الصدد يحق للمقاو الفرعي الاحتجاج ضد رب العمل بالشروط المعفية من الضمان أو المنقصة منه والواردة في عقد المناولة الأصلية وعقد المناولة الفرعية، وبالتالي فهناك مجال للجمع بين شروط المتفق عليها في العقدين.

لكن الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية بقيت متمسكة بمبدأ نسبية العقد ومصرة على تطبيقه، أين قضت في قرارها الصادر بتاريخ 22 جوان 1988 ، بأن الالتزام الذي يقع على عاتق المقاو هو التزام بتحقيق نتيجة وهو تنفيذ الأعمال بصفة خالية من العيوب، كما أنه التزام عقدي بين المقاو الأصلي والمقاو الفرعي، أما رب العمل فيعتبر من الغير ولا يمكنه الرجوع على المقاو الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقد أصرت الغرفة المدنية الثالثة على موقفها هذا من خلال عدة قرارات لها كالقرار الصادر في 13 ديسمبر 1983 والقرار الصادر في 28 مارس 1990 مؤكدة في كل مرة على عدم وجود أي علاقة عقدية بين رب العمل والمقاو الفرعي، وأنه لا يحق لرب العمل التمسك بعقد المناولة الفرعية لأنه لا علاقة له به.

أما فيما يخص موقف القضاء الفرنسي بعد سنة 1991 فقد تغير جذرياً عما كان معهوداً به سابقاً، فالتناقض الحاصل بين غرف محكمة النقض الفرنسية حمل الجمعية العامة على الإجتماع وإصدار قرار مبدئي بتاريخ 12 جويلية 1991.

وتتلخص وقائع القضية الصادر فيها هذا القرار أن رب العمل BOSSE تضرر من إصلاحات قام بها المناول PROTOIS في العين المملوكة له، ولم يكتشف رب العمل العيوب إلا بعد 10 سنوات من تسلّم العين، فرفع دعوى ضد هذا الأخير للمطالبة بالتعويض، فقضت محكمة NANCY في حكمها الصادر بتاريخ 11 جانفي 1990 برفض دعواه على أساس أن مسؤولية المناول هي مسؤولية عقدية وأنها تقادمت بمرور 10 سنوات.¹

فطعن رب العمل بالنقض في هذا الحكم، لتصدر الجمعية العامة قرارها المبدئي معتبرة أن محكمة الاستئناف قد خرقت القانون وقضت بما يخالف مضمون المادة 1165 من القانون المدني، لأنه لا وجود لعقد بين رب العمل والمناول، وبالتالي لا يحق للأول التمسك بأحكام المسؤولية العقدية ولا الاحتجاج بالتقادم العشري لهذه المسؤولية.

وبهذا القرار تكون الجمعية العامة منعقدة بكامل هيئاتها، قد أيدت موقف الغرفة المدنية الثالثة المكرس لمبدأ نسبية العقود وعدم سرّيان العقد إلا بين أطرافه، واستبعدت في ذات الوقت مفهوم المجموعات العقدية رافضة الاستناد إلى العقود المتتالية كأساس للمسؤولية العقدية.

ونتيجة لذلك كله تبقى علاقة رب العمل مع المناولين وكذا علاقة المتعاقد الأصلي مع المناولين الذين تعاقد معهم مناوله من الباطن علاقة غير مباشرة، وبالتالي يكون لرب العمل باعتباره من الغير الرجوع على المتعاقد الأصلي فقط على أساس العقد الذي يربطه معه وكذا على أساس المسؤولية عن أفعال الغير مع ما يترتب على ذلك من نتائج.²

" لقد أيد بعض الشراح موقف الجمعية العامة على اعتبار أن مفهوم سلسلة العقود يعني وجود علاقة اقتصادية بين هذه العقود، ولا يعني بالضرورة وجود علاقة قانونية بينهما، كما أن هذا المفهوم غامض ومشوه لمفاهيم مستقر عليها منذ زمن، ولا يمكن الاستناد إليه للقول بوجود علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الفرعي، ولا يمكن منح الأول حق الرجوع على الثاني وفقا لأحكام المسؤولية العقدية.

ومع ذلك فإن موقف الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية لم يسلم هو الآخر من النقد، ذلك أن جانبا من الفقه يرى أنه تجاهل لضرورات عملية هامة على اعتبار أن تنفيذ المشاريع الكبرى

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 114.

². نفس المرجع والصفحة.

يتطلب دوما إبرام سلسلة من العقود، والتي يجب اخضاعها كلها لنظام قانوني موحد، لا أن تكون المسؤولية فيها تارة عقدية وتارة أخرى تقصيرية.

وحجتهم في هذه الإنتقادات أنه كيف يسمح للمصلحة المتعاقدة أو رب العمل بمساعدة مورد المواد المستخدمة في البناء مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، بينما لا يمكنه ذلك اتجاه المقاول الفرعي أو المناول منفذ الأشغال بالمشروع!، زيادة على ذلك أنه لا يمكن تجاهل حقائق ثابتة وهي أن الأعمال التي يقوم بها المقاولون الفرعيون تنفذ لمصلحة رب العمل فيكون المستفيد منها أو المتضرر منها، فليس من العدل إبقاءه مكتوف اليدين أمام تصرفات المناول المضرة به خاصة إذا أصبح المتعاقد الأصلي معسرا أو غير قادر على إصلاح الأضرار الناجمة.¹

كما أنه ومن جهة أخرى، قد تم التوصل إلى ان المناول لا يمكنه البحث في مسؤولية المصلحة المتعاقدة بمناسبة الأخطاء التي يمكن أن ترتكبها في إطار إعداد المشروع²، غير أنه وبالمقابل تم الإقرار بالمسؤولية التقصيرية للمصلحة المتعاقدة بمجرد قيام المناول بإثبات الخطأ والعلاقة السببية مع الضرر الذي أصابه.

هذا فيما يخص مسؤولية المناول اتجاه المصلحة المتعاقدة، غير أن الأمر يختلف في حالة علاقته مع المتعامل الأصلي، فأي إخلال من جانب المتعامل من الباطن أو المناول في التزاماته يقيم مسؤوليته التعاقدية بمناسبة العقد الذي أبرمه مع المتعاقد الأصلي، ذلك أنه مسؤول أمام هذا الأخير بـ " تحقيق نتيجة وتنفيذ للأعمال بشكل خال من العيوب".³

إلا أن القانون منح للمناول إمكانية إعفاء نفسه من المسؤولية اتجاه المتعامل المتعاقد إذا أثبت أن سوء التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي أو فعل هذا الأخير، أو أن هذا المتعاقد لم يقم بإعلامه بالشكل المطلوب حول التنفيذ الدقيق للأسس أو المعلومات اللازمة للقيام بمهامه.⁴

أما فيما يتعلق بمسؤولية المناول اتجاه الغير فإنها تطرح نوعا من الإشكال، ذلك أنه وعلى الرغم من ارتباطه مع المتعاقد الأصلي بعقد مناول، إلا أنه يمكن أن يكون مسؤولا مسؤولية تامة

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص 115.

². Voir CCA Nantes, 24 juin 1993, Ste Ets Lucas et Paillard : JurisData n° 1993-047534 ; Rec CE 1993, p 867.

³. KARILA (L.), Responsabilité du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal, Jurisdata n° 2008-359138, Mars 2008.

⁴. PIELBERG (H.), Op, cit, p 19.

اتجاه الغير عن الأخطاء والأضرار التي يتسبب فيها بمناسبة تنفيذه لعقد الباطن والأشغال التي عهدت إليه، بمجرد إثبات هذا الغير للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحقه .

إن مسؤولية المناول تدرس على ضوء العقد الثانوي الذي تم إبرامه مسبقا بينه وبين المتعاقد الأصلي، فمثلا وعلى أساس مبدأ نسبية المعاملات، لا يمكن للمناول أن يفرض على هذا الأخير أو على المصلحة المتعاقدة الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدرجة في عقد الصفقة الأصلي.¹

إن مسألة ما إذا كان المناول مسؤولا حقا عن الجزء الذي قام بتنفيذه اتجاه الغير كانت محل جدل كبير ونقاش من قبل الفقهاء، حتى تم الفصل فيها نهائيا فيما بعد من قبل مجلس النقض البلجيكي، فعلى عكس ما هو مقرر في أحكام القانون الفرنسي، فإن هذا الأخير أثبت مبدأ المسؤولية العشرية للمناول اتجاه المتعاقد الأصلي *responsabilité décennale* وذلك استنادا للحجج التالية :

▪ أن المناول يعتبر مقاولا أصليا بالنسبة للجزء الذي يقوم بتنفيذه، فقد أقرت المادة 1792 من القانون المدني البلجيكي في مفهومها العام بالمسؤولية العشرية أي لمدة 10 سنوات، دون أن تميز فيها أو في طبيعة العقد أو الشروط التي انعقد فيها.

▪ أن نظام المسؤولية جاء لحماية المصلحة المتعاقدة، لكنه من جهة أخرى يحمل في طياته بعدا آخر يتمثل في حماية الأمن العام، والذي يفرض على المقاول الفرعي *sous-entrepreneur* أن يكون هو الآخر مسؤولا في حالة وقوع المبنى أو التهدم الجزئي أو الكلي للجزء الذي قام بإنشائه، أو انطوائه على عيب خفي راجع إلى خطأ المناول.

▪ كما ومن جانب آخر فإن قيام مسؤولية المناول تحمي نوعا ما المتعاقد الأصلي باعتباره قام بمنح تنفيذ جزء من العقد لمناولين من أجل القيام بأشغال تفوق قدراته وإمكانياته.

وعليه، فإن مسؤولية المناول القائمة على أساس نص المادة 1792 من القانون المدني البلجيكي والمبادئ العامة للإلتزامات، تعد منفصلة ومستقلة عن مسؤولية المتعاقد الاصيلي.²

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الثالثة بتاريخ 08 سبتمبر 2009 قرارا في القضية بين شركة قنوات بروفانس وتهيئة المنطقة (Ste canal de Provence et d'aménagement de la région provençale) ، وشركة

¹. KOHL (B), Sous-traitance, questions spéciales, p 110.

². KOHL (B), Op cit, p 111.

الأشغال العمومية للهدم والبناء ، أين طعنت الشركة الأولى في الحكم رقم 965 الصادر بتاريخ 12 فيفري 2007 عن محكمة اكس بروفانس (Aix en Provence).¹

ترجع وقائع القضية أن شركة قنوات Provence وتهيئة المنطقة (Ste canal de Provence et d'aménagement de la région provençale) قامت برفع دعوى قضائية ضد شركة الأشغال العمومية للهدم والبناء (Ste TPDM) من أجل دفع تكاليف الأضرار التي سببتها للقنوات عند قيامها بأشغال الحفر وتسوية الأرضية (terrassment) بواسطة المجرفة، إلا أن المحكمة التجارية رفضت طلبات شركة القنوات مستندة في ذلك إلى ضرورة توجيه الدعوى ضد شركة Compenon Bernard باعتبارها المتعامل المتعاقد الأصلي وأن شركة الأشغال العمومية للهدم والبناء ماهي إلا مناول لدى هذه الأخيرة، كما أنه ومن جهة أخرى قامت الشركة المناولة بإرسال تصريح إلى المدعية تعلمها فيه بنيتها في البدء في أشغال الحفر بالمنطقة بصفتها مناول لدى شركة برنارد وأن هذه الأخيرة غير مسؤولة عن الأضرار التي تتسبب فيها للغير.²

وبالتالي فإن المحكمة تجاهلت هذا النص بحكمها برفض دعوى شركة بروفانس للقنوات، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض بنقض وإحالة القرار أمام محكمة التجارة بمرسيليا.

وعليه ومن خلال هذا القرار يطرح تساؤل مهم وهو أنه: هل تعتبر مجرد حركة بمجرفة كفيلا بوضع حد للمسؤولية على أفعال الغير ؟

إن المحكمة الابتدائية أقرت في حكمها المطعون فيه أن المشروع المتنازع عليه منح بموجب عقد صفقة عمومية للمتعاقد الأصلي، أين تعتبر المدعى عليها مجرد شركة مناولة تتمتع بالحصانة، وأن المدعى عليها كانت على علم تام بتدخل شركة الأشغال العمومية للهدم والبناء (مناول) ولكنها لم تقم بالرد فيما يخص موقع القنوات بالتحديد.

إن الطعن هنا استند على حجتين: فمن جهة يمكن اعتبار أن المناول ليس عامل لدى المتعاقد الأصلي، ومن جهة أخرى أن المحكمة لم تكيف أي خطأ واقع على عاتق الضحية والتي كانت من الممكن أن تجنب قيام المسؤولية الشخصية للمناول وذلك لعدم علمه بتواجد القنوات في المكان المعين، وعليه فإن محكمة النقض لم تجب سوى عن النقطة الأولى وما

¹. DISSAUX (N.), Op cit, p 239.

². Idem.

تمت ملاحظته أن الشركة المدعى عليها للأشغال تدخلت بصفتها مناول وأن المتعامل المتعاقد ليس مسؤولاً تقصيرياً اتجاه الغير عن الأضرار التي تسبب فيها مناوله، مما جعل المحكمة تتجاهل هذا النص وهذه النقطة.¹

وعليه، فإن هذا الأخير لا يتمتع بأي حصانة في مواجهة الغير عن الأخطاء التي ارتكبها مما يجعل مسؤولية المناول قائمة، وبذلك تكون محكمة اكس بروفانس قد أخطأت في تقدير الوقائع بحكمها على المدعية شركة القنوات بتوجيه دعوتها ضد المتعامل المتعاقد الأصلي شركة Compenon Bernard.

تطبيقاً للقواعد العامة تقوم مسؤولية المناول عن أفعاله الشخصية الخاطئة والناجمة عن إهماله في تنفيذ العقد ولاسيما عن عدم اتخاذ تدابير الأمن والسلامة والإحتياط المشترطة في تنفيذ الأشغال، وتقوم هذه المسؤولية إذا توافرت شروطها وهي وقوع الخطأ الذي يقصد به الإخلال بالالتزام قانوني، وحصول الضرر، ووجود العلاقة السببية بينهما، أي لا بد أن يكون الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر، ويستوي في قيام المسؤولية التقصيرية للمناول الإضرار بالمصلحة المتعاقدة، بالمتعامل المتعاقد، وكذا بالغير، فمهما كانت صفة المتضرر فلا يحق له مساءلة المتعاقد الأصلي على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الأخطاء التي ارتكبها مناوله، إذ يبقى هذا الأخير مسؤولاً مسؤولية شخصية اتجاه الغير في حالة ارتكابه خطأ تقصيرياً ألحق بهم ضرراً، ولا يمكن إثارة مسؤولية المتعامل المتعاقد مادام أنه لم يرتكب أي خطأ ولم يساهم في إحداث الضرر اللاحق بالغير.²

الفرع الثالث: رجوع المتعامل المتعاقد على المناول

هل من العدل تحميل المتعامل المتعاقد الأصلي كافة الأخطاء والأضرار التي لم يتسبب فيها فعلياً؟ وهل من الممكن لهذا الأخير أن يسترجع التعويضات والغرامات التي تكبدها بحكم عدم أحقيتها بالنسبة له؟

أسئلة وأخرى تستوجب الطرح والإجابة، ذلك أنه ورجوعاً إلى المبادئ العامة المنصوص عليها قانوناً، فإنه لا يمكن للشخص أن يدفع تعويضات على أساس أضرار لم يتسبب فيها، وبالتالي منح له

¹. DISSAUX (N.), Op cit, p 239.

². SABLIER (B.), CARO (J.E), ABBATUCCI (S.), La sous-traitance dans la construction, le Moniteur, 7ème édition 2012, p 289.

القانون إمكانية الرجوع على المسؤول الفعلي والحقيقي عن الأضرار التي تحملها لوحده، وهو ما أكده القانون المدني في مادته 136 التي نصت على أنه: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع ". كما نصت المادة 137 من نفس القانون على أنه: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

وعليه، أليس من الأصح تطبيق نص هاته المادة على مجال الصفقات العمومية وتمكين المتعامل المتعاقد من إجراء الرجوع على المسؤول الفعلي عن الأضرار والمتمثل في المناول، وخاصة نص المادة 137 ؟

إن الإجابة على هاته التساؤلات تتم على ضوء المبادئ والأحكام العامة المعمول بها، فبمجرد تحديد أجل تنفيذ الأشغال في عقد الصفقة العمومية الأصلي، لا يسمح للمناول تجاوز هذه المدة والتنفيذ في آجال مغايرة، خاصة وإن كان المتعاقد الأصلي قد لفت إنتباه هذا الأخير حول أهمية الأجل وأحاطه علما بمدة التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لتحديد الواجبات والإلتزامات مسبقا، وعليه فإن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب يجبر المناول واستنادا على القواعد العامة على تعويض كافة الأضرار التي تسبب بها.

على ضوء هذه الزاوية يجب تحليل هذه الأسئلة لمعرفة إذا كان المناول ملزما بتحمل العقوبات التي تكبدها المتعامل المتعاقد الأصلي استنادا على بند المسؤولية المنصوص عليه في عقد الصفقة العمومية.

لقد أكد بعض الكتاب والمؤلفين واقع تحمل المناول التعويضات التي تكبدها المتعاقد معه، من منظور أنه لا يمكنه تجاهل - وقت إبرامه عقد المناولة - نتائج عدم تنفيذه للعقد، فقد أكد مجلس النقض البلجيكي هذا الرأي بنصه أن المادة 1165 من القانون المدني لا تمنع: "... القاضي من أن يأخذ بعين الإعتبار عند تقديره لمبلغ التعويض - الواجب دفعه من قبل المناول للمتعاقد الأصلي بمناسبة إخلاله بالتزاماته - لانعكاس الحقيقي لهذا الإخلال على العقد المبرم بين هذا الأخير والمصلحة المتعاقدة."¹

¹. KOHL (B), Op.cit, p, 104.

وعليه، فإنه من المعقول أنه وإن كانت مسؤولية المتعاقد الأصلي قائمة اتجاه المصلحة المتعاقدة على أساس التأخر أو العيب في التنفيذ الذي تسبب فيه مناولة، فإن هذا لا يسلبه حق الرجوع على هذا الأخير وتطبيق الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد المناولة الرابط بينهما.

"فبعدها يقوم المقاول الأصلي بتعويض المصلحة المتعاقدة عما لحقها من ضرر بسبب إخلال المتعاقد الفرعي بالتزاماته التعاقدية، حق له الرجوع على هذا الأخير على أساس عقد المناولة القائم بينهما وطبقاً لأحكام المسؤولية العقدية، وذلك عن طريق دعوى قضائية يقيمها ضده لمطالبته بمبلغ التعويض الذي دفعه للمصلحة المتعاقدة.

وتؤسس دعوى الرجوع في حال ثبوت مسؤولية المتعاقد الأصلي عقدياً عن فعل المناول بسبب الخطأ العقدي الناشئ عن الإخلال بعقد المناولة، بمعنى أن دعوى رجوع المتعامل المتعاقد مرتبطة بوجود خطأ ارتكبه مناولة، وهو خطأ واجب الإثبات وإلا كانت دعواه غير مقبولة.

وعلى هذا الأساس تنتفي مسؤولية المناول إذا اثبت أنه قد نفذ عقد المناولة طبقاً لتعليمات وأوامر المتعاقد الأصلي، أو أن هذا الأخير كان على علم بالعيب الذي استوجب التعويض، والأكد أن رجوع المتعامل المتعاقد على مناولة يكون ضمن حدود مبلغ التعويض المدفوع للمصلحة المتعاقدة، بشرط أن لا يكون التعويض المدفوع قد نجم عن ضرر كان المتعاقد الأصلي هو المتسبب الرئيسي فيه.

وعليه، فإنه وإن كان للمقاول أو المتعاقد الأصلي حق المطالبة بكل المبلغ الذي سبق وأن دفعه للمصلحة المتعاقدة، فإن القضاء أحياناً لا ينزل إلى تلبية طلباته كاملة أين يحكم بمبلغ أقل من المبلغ المطالب به على أساس وجود تقصير وخطأ صادر من جانب المتعامل المتعاقد والمتمثل في عدم قيامه بواجب الرقابة والتنسيق أو التعاون على أكمل وجه".¹

¹. برجم صليحة، المرجع السابق، ص، ص: 106 - 107.

المبحث الثاني: آليات حل منازعات عقد المناولة

لما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وباعتبارها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة أخرى، ولما كان مجال الصفقات العمومية مجالاً واسعاً لا يخلو من التعقيدات، فإنه لا شك يثير منازعات في شتى مراحلها ولعل أهم وأكثر المراحل عرضة للنزاعات هي فترة التنفيذ أين تصطدم مصلحة الإدارة مع مصالح المتعامل المتعاقد، الأمر الذي فرض على المشرع الجزائري البحث في هاته النقطة عن طريق وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات وضمان تنفيذ هادئ وخالي من المشاكل أو بالأحرى نظام يسهل من فض هاته الإشكالات على نحو يتماشى مع مصالح جميع الأطراف ويرعاها بنفس الوقت دون ترجيح كفة عن أخرى.

والجدير بالإشارة أنّ الصفقة العمومية وبالنظر لطابعها التنموي، باعتبارها صفقات تتعلّق بمشاريع الدولة أو الإدارات العمومية المحلية والمرفقية، توجب أن يُتبع بشأن منازعاتها طرقاً خاصة وأحكام قانونية مميّزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام، ويطول تواصل وامتداد النزاع بما يؤثر سلباً على مبدأ الاستمرارية، الأمر الذي يلحق الضرر أولاً وقبل كل شيء بجمهور المنفعين من خدمات المرفق العام خاصة إن كانت الصفقة موجهة للمصالح العام أو النفع العام، وكذا تعطيل تنفيذ المخططات التنموية، ومن جهة أخرى تعطيل المصلحة المتعاقدة عن القيام بمهامها وحرمانها من الإنتفاع بصفقاتها واستغلالها.

إذ تسوى النزاعات التي تطرأ على الصفقات العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وهو ما يعني أن مسألة تسوية منازعات الصفقات تخضع إلى الإجراءات القضائية المعمول بها للفصل في المنازعات الإدارية وما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نظراً لامتلاك المصلحة المتعاقدة امتيازات وسلطات كبيرة تظهر وتتجسد جلياً في المراحل الأولى لإبرام الصفقة، وتبرز بشكل أكثر تمييزاً في مرحلة التنفيذ نظراً لحرص صاحبة المشروع على أداء الخدمات المتعاقد عليها والمتفق عليها على أكمل وجه من قبل

المتعامل المتعاقد، لذا فإن معظم نزاعات الصفقات العمومية تتركز في هذه المرحلة نظرا لتعلقها المباشر بحقوق وواجبات الطرفين.

من أجل الحفاظ وضمان حسن تنفيذ الصفقة لم يغفل القانون مسألة هامة وهي تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ مثلما تطرق إلى النزاعات الخاصة بمرحلة التكوين والإبرام في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، أين سعى التنظيم إلى فض شتى النزاعات القائمة بين الطرفين بمختلف الطرق تكريسا منه على مبدأ الحل الودي بطريق التراضي الذي يشمل العديد من الوسائل بالدرجة الأولى، وكذا الطريق القضائي الذي يتخذ كآخر إجراء يتم اللجوء إليه.

ومن هنا تطرح الإشكالية التالية: هل وفق المشرع الجزائري في صياغة وضبط قواعد منازعات الصفقات العمومية في الأحكام العامة والخاصة؟ وهل ضبط آليات حسم هذه النزاعات بالطرق الودية بطريقة محكمة تمنع وصولها إلى الجهات القضائية المختصة ربحا للوقت والمصاريف؟، وهل لهذه الأحكام فعالية وانعكاس على مستوى التطبيق الواقعي أو بالأحرى النظري ومردودية من حيث التجسيد؟

المطلب الأول: آلية التسوية الودية للنزاع

إن وجود نظام قانوني يقر بمسؤولية الأطراف لا يمنع من أن تكون هذه الأخيرة محل تسوية ودية في العقد بحد ذاته، بشرط أن تكون هذه التسوية غير مخالفة للنظام العام وتعكس النية الحسنة للأطراف، خاصة وأننا أمام عقد يكرس مبدأ حرية التعاقد وشريعة المتعاقدين، وعليه فإن هذا الإجراء يحتل مكانة هامة، إذ لا مانع من اتفاق الطرفين على أسباب عدم التنفيذ ومبالغ التعويضات والطريقة الواجب اتباعها في حل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا ضمن بنود العقد الرابط بينهما، أو لجوئهما لحل هاته الخلافات أثناء وقوعها بطريقة ودية ضمن ما تقتضيه المبادئ العامة والقانون وعدم مخالفتها للنظام العام.¹

¹. BENCHENEB (A.), Le droit algérien des contrats, données fondamentales, éditions universitaires de Dijon, 2^{ème} édition 2015, p 296.

الفرع الأول: التحكيم كحل ودي في عقود الصفقات العمومية

على غرار التشريعات الأخرى، فقد حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على المال العام والسرعة في إنجاز المشاريع والصفقات العمومية، أين حاول إيجاد طرق ودية من أجل فض النزاعات الناشئة بين الأطراف من دون اللجوء إلى القضاء وتحمل ما قد يترتب عنه من ضياع للوقت وتعطيل للصفقة وهذا بمقتضى نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أين نصت هذه المادة على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة ... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة".

ومن هنا نستنتج من خلال نص هذه المادة النقاط التالية:

- أن على الإدارة المعنية احترام التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وأن لا تخالفه، فكل اتفاق لحسم نزاع بطريق ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يترتب أي أثر بالنسبة لأطرافه، فالإتفاق يستمد وجوده من مشروعيته.
- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين : فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر حين المطالبة بها، أين يجب على المصلحة المتعاقدة أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل

المتعاقد معها، عن طريق حسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا، أو أن تتكرر عليه هذا الحق خاصة وأن نصوص تنظيم الصفقات العمومية واضحة جدا فهي تبيح صراحة للإدارات المعنية والمصالح المتعاقدة حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقاً للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة التعاقدية.¹

■ التوصل إلى إسرع إنجاز لموضوع الصفقة : ألحت المادة 153 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض بلا شك ضرورة الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما تم التوصل إلى حل ودي يرضي جميع الأطراف وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية.

■ البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة: نظراً للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ الصفقات، وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية العقد، فرض المشرع ضرورة البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد ، وإذا لم يحدث الإتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فإن المشرع كفل للمتعاقد أحقية عرض النزاع على مستويات أخرى منها اللجوء إلى القضاء.²

كما تجدر الإشارة أن المشرع أصر من خلال الفقرة الرابعة من المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية، على ضرورة إدراج بند للتسوية الودية في إطار إعدادها لدفتر الشروط الخاص بالصفقة حتى قبل إبرامها وإعطائها شكل العقد النهائي، وهذا لإحاطة المتعهدين علما مسبقا بنيتها الحسنة وطريقتها الودية في حل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا.

وعليه من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري كرس مبدأ التسوية الودية أو قاعدة الحل الودي الرضائي للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقات العمومية وخاصة الدولية، معترفا للمصلحة المتعاقدة بهذا الإجراء كحل أولي قبل أي عرض أمام العدالة تقاديا لفكرة اللجوء إلى القضاء الإداري أو العادي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات، متى كان هذا الحل يخدم الصفقة سواء من حيث التكاليف أو التنفيذ.

¹. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015،

القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة 2017 ، ص 145.

². بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 115.

فإذا كانت التسوية الودية للنزاعات في مرحلة تكوين الصفقة تعد ذات طابع اختياري بالنسبة للمتشرح أو المتعهد الذي لم ترسو عليه المناقصة أو لم يتم منحه الصفقة فيما يخص رفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة من عدمه ، فإن طبيعة التسوية الودية للنزاعات الحاصلة في إطار عملية التنفيذ تكون ملزمة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.¹

وحسنا فعل التنظيم حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية حتى لا تتعطل المشاريع والعقود الإستيعالية، وكذا لتمكين أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله وتحقيق منافع بالنسبة لجميع الأطراف الأمر الذي يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.²

ويتحقق الحل الودي لحل النزاعات غالبا عن طريق أبرز إجراء والذي يكتسي حاليا أهمية بالغة في الطرق البديلة لحل النزاعات والمتمثل في التحكيم.

من خلال ما سبق تقديمه تجدر بنا الإشارة إلى أنه قد ثار اختلاف وجدل حقيقي حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود فظهر اتجاهان أحدهما اعترض على ذلك وقد كان مستندا إلى جملة من الحجج والبراهين، كما أن موقفه كان محل أخذ ورد لدى بعض التشريعات، وجسدته بعض الأحكام القضائية في منطوقها، أما الاتجاه الثاني فقد أجاز التحكيم في العقود، واستند أنصار هذا الاتجاه كذلك من أجل تبرير موقفهم لجملة من الحجج.

ففيما يخص القانون الجزائري فإنه هو الآخر في وقت مضى لم يسمح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وإقراره بعدم أهلية الدولة وهيئاتها العامة لطلب هذا الإجراء، وهو ما يتضح لنا من خلال القرار الصادر عن المجلس القضائي بتاريخ 26 ديسمبر 1986 في نزاع بين شركة " ك.ل " ضد المؤسسة العمومية للبناء، فأبرام العقد بينهما في 20 ماي 1983 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع، والذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام غرفة التجارة الدولية إلا أن هذا القرار التحكيمي، الصادر عن هذه الأخيرة بتاريخ 20 ديسمبر 1985، قد ألغي وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجته الأطراف المتعاقدة لم

¹. عمار بوضياف، المرجع السابق، الطبعة الخامسة 2017، ص: 135.

². بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص: 114.

يكن جائزاً، فلم يعترف القضاء بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط التحكيم في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك.¹

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد استقر منذ القرن الماضي على فكرة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية باعتبار أنه لا يجوز سلب الإختصاص من القضاء الإداري في شأن تلك المنازعات استناداً إلى مبررات النظام العام من ناحية، ومن ناحية أخرى طبقاً لنص المادتين 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية، ولقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً أكثر تشدداً عندما ذهب إلى حظر التحكيم على أشخاص القانون العام باعتباره مبدأ قانوني وقضائي مستقر وهذا من خلال مجموعة من القرارات الصادرة عنه ولعل أهمها :

■ قضية الشركة الوطنية S.N.V.S ضد شركة TANGER

تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الوطنية S.N.V.S لبيع المخلفات قد باعت في عام 1947 كمية من الأنابيب لشركة TANGER التي مقرها في الولايات المتحدة الأمريكية، وطبقاً لنص المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 15/10/1946 فإنه يحق لرئيس مجلس إدارة شركة S.N.V.S عندما يتعاقد مع إحدى الشركات الخاصة أن يتفق معها على اللجوء للتحكيم، وبناءً على ذلك أورد الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما، ولما ثار خلاف بينهما تم اللجوء لقضاء التحكيم وصدر حكم لصالح الشركة الأمريكية فطعنَت شركة S.N.V.S في هذا الحكم، وتمسكت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية طبقاً لنص المادة 1004، 83 من القانون المدني الفرنسي، في البداية قرر المجلس أن الشركة المذكورة هي شركة عامة تخضع للقانون العام، وانتهى إلى إلغاء المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 15/10/1946 والتي تسمح لرئيس شركة S.N.V.S باللجوء إلى التحكيم، وأخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي المفوض GAZIER والذي أوضح أن أساس حظر التحكيم على أشخاص القانون العام لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الإجراءات المدنية فحسب، بل إنه مبدأ قانوني وقضائي ثابت ومستقر في القانون العام الفرنسي.²

■ قضية مجلس الدولة الفرنسي في العقد المبرم بين فرنسا وشركة walt Disney

¹. قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص: 186.

². علاء الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص

في سنة 1986 أرادت فرنسا أن تنشئ مدينة ملاهي أوروبية euro Disneyland ومن أجل تحقيق ذلك أقدمت الدولة بمشاركة أكثر من شخص معنوي عام على التعاقد مع شركة waltdisney وتم الاتفاق بين الطرفين على أن تتولى الشركة الأمريكية إنشاء المدينة بأحد المدن الفرنسية الجديدة وأصررت الشركة الأمريكية على أن يتضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين، وقد طلب وزير التخطيط الفرنسي الفتوى والشورى على مدى صحة تضمين هذا العقد لشرط التحكيم، وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتحليل هذا العقد ودعم رأيه بعدة مبادئ وهي:

- إن الاتفاق على التحكيم في علاقات القانون الوطني يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام، ما لم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة أو اتفاقات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم.

- أن اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تمنح أشخاص القانون العام في فرنسا اللجوء إلى التحكيم، استنادا إلى أن هذه الاتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية المنازعات التي يقرر الأطراف إخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹.

وعليه يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي كان حريصا على عدم سلب اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويسعى في سبيل ذلك دائما لإبطال شرط التحكيم، ما لم يكن له سند تشريعي.

غير أن موقف المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات الأخرى المتشدد بدأ بالتلاشي نوعا ما بعد جملة من الإصلاحات وخاصة بعد سنة 1988 أين أصبح يقر صراحة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم معترفا بأهميته الكبرى.

فلقد سائر القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها، ومن الأمثلة على ذلك النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية وشركة يوغسلافية، فعرض النزاع على المحاكم الوطنية، أين أصدر مجلس قضاء الجزائر قرارا يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة بئر مراد رايس الذي فصل في النزاع مستندا إلى

¹. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 216.

المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية مقررا عدم الاختصاص بالموضوع ومعتبرا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف.¹

يعتبر هذا الأخير وكغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين من أهم الطرق المستعملة لتسوية النزاعات بالطرق الودية مثل الصلح والوساطة، أين تم إدراجه ضمن آليات التسوية في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم...".

فعلى الرغم من حداثة هذا الإجراء إلا أنه استطاع أن يفرض نفوذه وهيمنته على العقود وخاصة مجال الصفقات العمومية في المراحل المتعلقة بالتنفيذ، لا سيما وإن تعلق الأمر بمنافسة أجنبية أبرمت مع مؤسسات خارجية سواء كانت هذه الأخيرة متعاقدا أصليا أو مناوئا، فالمشرع الجزائري وموازة مع التزامات الدولة مع الخارج وكذا سعيا منه لإضفاء أكثر مرونة لتجاوز الخلافات والعقبات التي من شأنها أن تمس بمبدأ حرية التعاقد والعقد شريعة المتعاقدين وكذا الشفافية في الإجراءات من جهة والحق في ممارسة كل طرق الطعن والتسوية من جهة أخرى، قد أجاز - إضافة للمصلحة المتعاقدة - للأطراف المتعاقدة أن تطلب إجراء التحكيم وتضمنه في عقودها شريطة ألا يمس هذا البند بالنظام العام.²

ولعل من بين أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء لخاصية التحكيم في إطار الصفقات العمومية فقد جاء في نص المادة 975 من هذا القانون على أنه : "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، إذ يبدو واضحا انتقال المشرع من مرحلة حضر اللجوء إلى التحكيم إلى مرحلة

¹. قرار المجلس القضائي، محكمة إستئناف الجزائر، صادر بتاريخ 1973/07/04 رقم 119.

². تجدر الملاحظة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعمم إجراء التحكيم على كل الأشخاص وإنما جاء به كاستثناء عن القاعدة، أين لا يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ إلى هذا الحل الودي إلا إذا كانت بصدد علاقة اقتصادية دولية مع أجنبي، أو عند إبرامها لصفقات العمومية، فخارج هذه الحالات لا تستطيع الإدارات والأشخاص المعنوية تضمين التحكيم في عقودها العادية، وهو ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على أنه : "...ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، فيما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

جواز اللجوء إليه، هذا لما ينطوي عليه هذا الإجراء من مزايا وخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي:¹

- أن التحكيم يحقق سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ، بينما عرض النزاع بحد ذاته أمام القضاء قد يأخذ زمنا طويلا يكون الأطراف في غنى عنه، والانتقال من درجة أولى إلى ثانية ومن خبرة قضائية إلى أخرى، وهو ما يجعل عنصر الزمن يمتد ويسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف.
- يتسم التحكيم بالسرية التامة خلافا للقضاء الذي تكون جلساته علنية.
- بإمكان المتنازعين في التحكيم اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم.²

الفرع الثاني: التحكيم كحل ودي في عقود المناولة

إن تطبيق آلية التحكيم كوسيلة لحل النزاعات وديا في عقود الصفقات العمومية الأصلية يدفع بنا إلى التساؤل حول مدى تطبيق هذه الأحكام على عقد المناولة، أليس من الأجدر والأنسب تطبيق أحكام التسوية الودية على عقود المناولة باعتبارها عقودا تابعة ومستتبطة من العقود الأصلية المتمثلة في عقود الصفقات العمومية؟ أليس من الممكن إدراج شروط تفيد الحل الودي والتسوية الودية للمنازعات التي قد تنشأ والناشئة بين المتعامل المتعاقد ومناوله، على أساس أنها جاءت نتيجة تنفيذ العقد الأصلي؟ .

إذا كان قانون الصفقات العمومية يجيز اللجوء إلى التسوية الودية في إطار العقد الأصلي الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد لتنفيذ صفقة عمومية، فإنه لا مانع من أن يطبق هذا الأخير نفس المبدأ على العقد الذي يربطه مع مناوله، وهذا عن طريق التحكيم.

إذ يحق للأطراف المتعاقدة في إطار عقد المناولة تضمين هذا الأخير شرطا للتحكيم، فيعرف هذا الأخير بأنه: " اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين، يقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المستقبلية التي تثار حول العقد وتنفيذه، وعادة ما يدرج شرط

¹. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 169.

². عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 170.

التحكيم في العقد الأصلي، إلا أن هذا لا يمنع من الإلتفاق عليه في وثيقة مستقلة تعد بمثابة ملحق للعقد الأصلي".¹

فالتحكيم هو إلتفاق يجرى بين طرفي النزاع بإرادتهما الحرة، ويقنضي عرض خلاف معين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل في ذلك النزاع بقرار قاطع وإيجاد حل للخصومة التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا وإدعاءاته أمام هذا المحكم أو هيئة التحكيم.²

لا يختلف تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية عن التعريفات التي قدمت للتحكيم بصفة عامة، إذ عرّف الأستاذ محمد بجاوي التحكيم بأنه: "نظام عدالة خاصة، من خلالها ينتزع النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئيا من قبل الأطراف أو بمساعدتهم،" وعرفه فقهاء آخرون على النحو التالي: "يقصد بالتحكيم، العدالة الخاصة وهي آلية يتم وفقا لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"، التحكيم هو نظام تسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلا من الطريق القضائي".³

أما بخصوص الاجتهادات القضائية لتعريف التحكيم فإنها لم تتفق على إعطاء تعريف موحد للتحكيم وهذه بعض اجتهاداتها:

عرفته المحكمة الإدارية المصرية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/01/1994 طعن رقم 882 بأنه: "إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلو فيه دون المحكمة المختصة".

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث

قضاء أحكام مجلس الدولة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2006، ص 25.

² عباد صوفية، المرجع السابق، ص 170 .

³ موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد التاسع، سبتمبر 2015، ص 179.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن: " التحكيم يتمثل في سلطة إتخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.¹"

فشرط التحكيم في الصفقة العمومية هو: الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها في صفقة عمومية متصلة بحقوق متاحة بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة على التحكيم.

أما اتفاق التحكيم في الصفقة العمومية هو الاتفاق الذي يقبل أطراف الصفقة العمومية (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها) بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، أي أن النزاع قد نشأ بعد إبرام الصفقة العمومية ولم يحترز لنشوئه بتضمين الصفقة العمومية شرط التحكيم لأجل حله، وبالتالي يمكن عقد إتفاق على اللجوء إلى التحكيم حال نشوء النزاع.²

ويعتبر شرط التحكيم مستقلا عن العقد الذي ورد به ومن ثمة فلا يؤدي بطلان العقد إلى بطلان الشرط، وهذا الأمر يرتب اختصاص المحكم بالنظر في المنازعات المتصلة بهذا العقد، فالمحكم لا يستمد ولايته من العقد الباطل وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه، وهو ما نصت عليه المادة 23 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية التي نصت على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".³

كما أنه ومن جهة أخرى قد يحدث وأن لا يضمّن الأطراف إتفاقهم على شرط للتحكيم لكن نيتهم كانت تذهب لحل نزاعاتهم عن طريق هذا الإجراء، ففي هذه الحالة يكون النزاع قد نشب فعلا، وهنا يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم في نزاع قائم فعلا وهو ما يسمى بـ " مشاركة التحكيم"، أين اعترف قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في مادته العاشرة على أنه: " إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه

¹. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013، ص 70.

². موساوي مليكة، المرجع السابق، ص 181.

³. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 26.

دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا¹.

إن هذا الإجراء وكنظام بديل عن القضاء في تسوية المنازعات، وإن كانت له أهميته الخاصة بالنسبة للعقود الإدارية الوطنية والعقود التجارية، إلا أن تلك الأهمية تزداد اتساعا كلما تعلق الأمر بعقد دولي، ذلك أن تسوية نزاعات هذا الأخير عن طريق التحكيم قد يكون شرطا يفرضه الطرف الأجنبي ولا ينعقد العقد بدونه.

كما قد تقبل الدولة أو المصالح المتعاقدة هذا الشرط على مضمض رغبة منها في الإستحواذ على الخبرات والإستثمارات الأجنبية التي أصبح إستقطابها في العصر الحالي يحظى بمنافسة واسعة بين كافة دول العالم.

ولعل السبب الرئيسي في اشتراط الطرف الأجنبي - سواء كان مناولا أو متعاقدا أصليا - تسوية النزاع عن طريق التحكيم، هو رغبته في عدم المثل أمام القضاء الوطني الراجعة إلى قلة ثقته في القاضي المحلي لاستشعاره بإمكانية تحيزه للطرف الوطني الذي ينتمي لنفس بلده، بغض النظر عن قلة التكاليف وسرعة الفصل إضافة إلى ما تتسم به أحكام التحكيم من نهائية وقابلية للطعن فيها. (وثيقة مرفقة رقم XII - الصفحة 336) (المتضمن قرار تحكيمي بين مناول ومتعامل متعاقد أصلي بتاريخ 17 جانفي 2017).

إن ما يعاب على تنظيم الصفقات العمومية أنه أهمل نوعا ما هذه النقطة والمتعلقة بالحل الودي في إطار المناولة، خاصة وأن هذا الأمر يعد في غاية الأهمية في كافة العقود، ذلك أن المشرع الجزائري لم يحدد لا كيفية حل نزاعات العقد الثانوي ولا إجراءات التسوية الودية ولا آجالها بل ترك المجال مفتوحا أمام الأطراف ليحددوا مصير إنفاقهم وطرق حل نزاعاتهم، بعكس القوانين والدول الأخرى وبالأخص الأوروبية التي أولت عناية فائقة بهذا المجال وأعطته نصيبه من الإهتمام بوضع قوانين خاصة بالمناولة، ومثال ذلك الدولة الإيطالية والفرنسية، فقد قامت إيطاليا بوضع قانون رقم 192 الصادر بتاريخ 18 جوان 1998 المتعلق بتنظيم المناولة في نشاطات الإنتاج ، إذ نص في مادته الثامنة والمتعلقة بـ " المصالحة والتحكيم " على أنه :²

¹. نفس المرجع، ص.ص: 26-27.

². www.juriscope.org

" خلال الثلاثين يوماً التي تلي الآجال المذكورة في المادة الخامسة فقرة الرابعة¹، فإن النزاعات المتعلقة بعقد المناولة المذكورة في هذا القانون تخضع للمبادرة الإجبارية على المصالحة أمام غرفة التجارة، الحرف والفلاحة في الإقليم الذي يتواجد فيه مقر المناول... إذا لم تثمر المصالحة خلال أجل ثلاثين يوماً (30) يوماً، وبناءً على طلب أحد الطرفين، يعاد عرض النزاع أمام لجنة التحكيم المتواجدة لدى غرفة التجارة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، وفي حالة غياب هذه الأخيرة، يعرض أمام لجنة التحكيم لدى غرفة التجارة المختارة من قبل الطرفين. إن إجراء التحكيم يجب أن ينتهي خلال أجل لا يتعدى ستون (60) يوماً ابتداءً من تاريخ أول مبادرة للمصالحة، إلا إذا اتفق الأطراف على أجل أقل".

ومن هنا يظهر جلياً اهتمام التشريع الإيطالي بموجب هذه المادة بإجراءات التسوية الودية في إطار المناولة وأجالها، ولم يتركها مفتوحة أمام المتنازعين أو بالأحرى المتخاصمين، أين قيد المتعاقدين بأجل ستون (60) يوماً وعدم تعدي هذه المدة، إذ تقسم هذه الأخيرة بين كل من المصالحة والتحكيم بأجل ثلاثون (30) يوماً لكل إجراء وعرضهما أمام غرفة التجارة الحرف والفلاحة في الإقليم الذي يتواجد فيه مقر المناول، نلاحظ من خلال هذا الأمر أن المشرع الإيطالي لم يهتم فقط بمسألة آجال التحكيم وإنما بمسألة الإختصاص الإقليمي والجهة التي يعرض عليها النزاع أيضاً، أين حصرها بتلك التي يتواجد فيها موطن المناول ولم يحددها بمكان تنفيذ الأشغال ولا بمكان تواجد مقر المتعامل المتعاقد الأصلي.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق في عقود المناولة

إن لجوء الأطراف إلى خاصية أو إجراء التحكيم خاصة في العلاقات الأجنبية، يطرح مشكلاً آخر يتمثل في القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة، إذ أنه ورجوعاً إلى الأحكام العامة نجدها تنص على مبدأ "استقلالية الإرادة l'autonomie de volonté" الذي يمنح الحرية المطلقة للأطراف فيما بينها لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المناولة. فيمكن لهذا الأخير أن يكون القانون الذي ينظم العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الأصلي، كما يمكن أن يكون قانوناً آخر.

أما في مجال المناولة فيمكن للمتعامل الأصلي والمناول النص على أن القانون المطبق على عقد المناولة والنزاعات الناشئة عنه، هو القانون الإنجليزي مثلاً في حين أن العقد

¹. المادة الخامسة (05) فقرة 04 : " كل النزاعات التي قد تطرأ بمناسبة تنفيذ عقد المناولة يجب أن يتم عرضها من قبل المعني في الآجال المحددة في العقد والتي لا يمكن أن تتجاوز الآجال القانونية".

الأصلي أو عقد الصفقة العمومية يطبق في إسبانيا، وأن أطراف عقد المنابولة كلاهما من جنسية فرنسية.¹

لم يتم التطرق إلى هذه الحالة من قبل التشريع الجزائري وخاصة تنظيم الصفقات العمومية، باعتبار أنه ترك أمر تحديد القانون الواجب التطبيق للطرفين، أما في فرنسا مثلا، في حالة وجود جنسية مشتركة للطرفين، يمكن لأحدهما تحديد قانون بلده الأصلي لحل النزاعات والعلاقات المستقبلية، كما يمكنهم تعيين القانون الفرنسي، وعليه فإن القانون رقم 75-1334 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 المعدل بموجب قانون MURCEF سنة 2002 المتعلق بالمنابولة يظهر كامتياز بالنسبة للأطراف، ولكن هل يمكن تطبيق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون؟.

إن القانون الفرنسي المتعلق بالمنابولة هو لا شك قانون ينظم العلاقات الناشئة بين المتعامل المتعاقد الأصلي ومناوليه، ويتطبيق أحكامه نجد أنه قانون متعلق بالنظام العام، فهذا الطابع العام والإلزامي غير قابل للتغيير بمجرد أن يكون المتعاقد الأصلي قد اتفق من جهة على جعل القانون الفرنسي هو المطبق على العقد الأصلي، ومن جهة أخرى على أن يطابق ويلتزم بالواجبات الملقاة على عاتقه بموجب قانون المنابولة لسنة 2002.

فرجوعا لنص المادة 14 من القانون المتعلق بالمنابولة الفرنسي نجدها تنص على أنه: "تحت طائلة بطلان عقد المنابولة، الدفوع لمختلف المبالغ المستحقة من قبل المتعاقد الأصلي لمناوله، بموجب عقد المنابولة، يتم ضمانها بكفالة يتحصل عليها المتعامل المتعاقد من مؤسسة مؤهلة ومعتمدة..." لكن ما يلاحظ في هذا الصدد أن هذه الأحكام الحامية لمصالح المناول لا يمكن أن يتم تطبيقها إلا في حالة ما إذا اتفقت الأطراف المعنية على إخضاع علاقتهم التعاقدية للقانون الفرنسي، وبعبارة أخرى فإنه لا سبيل لحماية مناول فرنسي في حالة تنفيذ عقد أجنبي أو جزائري.²

لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو ماذا لو صمت الأطراف في عقد المنابولة ولم يحددوا القانون الواجب التطبيق؟ .

في هذه الحالة وكقاعدة عامة، فإن مكان تنفيذ عقد المنابولة هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، فالنتيجة التي توصلت إليها غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 7528 لسنة

¹. BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Op.cit, p 397.

². BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Op.cit, p 401.

1993 كشفت بشكل خاص عن النهج الذي اتبعه المحكمين الذين بحثوا عن نية الأطراف لمعرفة القانون المناسب للتطبيق على عقد المناولة، - باعتبار أن معظم العقود الدولية أو التي تضم طرفاً أجنبياً تخضع في حل منازعاتها المتعلقة بتأويله وتنفيذه للتحكيم - فقد جاء في منطوق الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية رقم 7528 والمتعلق بمؤسستين فرنسيتين أبرما عقد مناولة وأن مكان تنفيذ هذا الأخير هو باكستان، على أنه :

« لا يمكن إنكار أن القانون الفرنسي لـ 1975 هو قانون له طابع النظام العام المطبق على المعاملات الداخلية بناءً على مادته الخامسة عشر (15)، وعليه يتم التساؤل حول ما إذا كان هذا الطابع العام يمكن أن يمتد إلى العقود الدولية، وهل يتم النظر إلى هذا القانون على أنه قانون بوليسي *une loi de police* ؟»

تم إبرام عقد المناولة بين شركتين فرنسيتين فله طابع دولي ذلك أن المصلحة المتعاقدة هي عبارة عن شخص معنوي خاضع للقانون الباكستاني والأشغال المتفق عليها تم تنفيذها في باكستان.

وعليه واعتماداً على هذا المعيار يمكن القول أن عقد المناولة يرتبط بدولة باكستان أكثر مما يرتبط بفرنسا.

مع انعدام أي إجتهد أو حكم قضائي فرنسي صادر عن المحاكم يقر أن العقد الدولي المبرم يمكن أن يتم إلغاؤه لعدم مطابقته واحترامه للمادة 14 ... في قضية الحال فإن الجنسية المشتركة للطرفين مهمة، ولكن مكان تنفيذ الأشغال لا يقل أهمية عنها، فالعديد من المعلقين أخذوا بصفة قطعية مكان تنفيذ عقد المناولة كمعيار أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد في حالة غياب اختيار الأطراف.

وبالتالي، تلاحظ المحكمة أن الأطراف قد اتفقوا بوضوح على التهرب من أحكام القانون رقم 75-1334، بما في ذلك مادته 14، عند تكوين العقد مراعاة للطابع الدولي للعقد ومكان تنفيذه، يجب التأكد من نية الأطراف وتطبيق عقد المناولة على النحو المتفق عليه...¹.

ومن هنا يظهر لنا جلياً من خلال منطوق هذا الحكم أن مكان تنفيذ عقد المناولة هو المعيار الأصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة صمت الأطراف، وعليه فلا بد على

¹. BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), SCHULZ (P.), Op.cit, p 404, 405.

المحكّم اتباع نية الطرفين وتحديد قانون البلد الذي تم تنفيذ العقد فيه كمرجع لحل الإشكالات والنزاعات المعروضة عليه.

المطلب الثاني: آلية التسوية القضائية

إن عدم إتيان الحل الودي المتبع من قبل المتعاقدين أي نتيجة ترضي الطرفين، يجعل الأطراف مجبرين على إتباع وسلوك الطريق القضائي لحل ما عجز الأسلوب الودي عن حله، غير أن القضاء بدوره منحهم إمكانية أخرى لتقريب وجهات النظر والبحث عن حل يرضي جميع الأطراف قبل عرض النزاع على القضاء وهو ما يسمى بالوساطة، وعليه من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى دراسة هذه النقاط وتحليل إجراء الوساطة بشيء من التفصيل نوعاً ما، وكذا دراسة الجهات القضائية المعنية وأنواع الدعاوى المقدمة في مجال الصفقات العمومية وخاصة مجال المناولة.

الفرع الأول: الوساطة كحل قضائي قبلي

تعتبر الوساطة أسلوباً حديثاً ومفهوماً جديداً أدخله المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 994 إلى 1005 في الفصل الثاني تحت عنوان : « الوساطة » من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات، لذلك ينبغي في البداية تناول الموضوع بشكل عام عن طريق إعطاء بعض التعاريف للوساطة وتوضيح وبيان خصائصها وأنواعها وإجراءاتها وفقاً لما ورد في التشريع الجزائري، وكذا التمييز بينها وبين الوسائل الأخرى لفض النزاعات.

أولاً: ماهية الوساطة

تعتبر الوساطة الركيزة والأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل الودية القضائية السابقة عن الدعوى أمام القضاء، فهي المحرك والسبيل لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين، أين أصبحت تبدو الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة الحديثة، إذ يكون القرار فيها من صنع الأطراف، ويقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد النزاع وإزالة العقبات.

ويقصد بالوساطة في الاصطلاح أنها مأخوذة من الوسط وهو ما بين طرفي الشيء والمعتدل من كل شيء، وفي القاموس الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين والوساطة بهذا المعنى قد تظهر في عدة مجالات كالسياسة والتجارة والعقود وغيرها.¹

أما قانوناً فإن المشرع الجزائري عند سنه لقواعد الوساطة لم يقدم تعريفاً لها وإنما ترك أمر تعريفها للفقهاء، وعليه يمكن تعريفها أنها: " وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية وبدون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً"، كما يمكن تعريفها أنها " إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيداً عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف"².

كما تعرف أنها: " تقنية إجرائية لحل النزاعات يستطيع من خلالها طرف محايد ومستقل ونزيه يدعى الوسيط لمساعدة الخصوم على حل مشاكلهم عبر الحوار والتفاوض للوصول إلى اتفاق يلائمهم".

¹. عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 78.

². عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 78، 79.

وعليه، فإن فكرة الوساطة الجديدة على القانون الجزائري - وليس على مجتمعنا الإسلامي العربي والقبلي - هي وسيلة اختيارية ورضائية تستلزم حوارا مفتوحا على قدم المساواة والقرار فيها ذاتي فدور الوسيط يقتصر على تسهيل التواصل والحوار بين الأطراف، إذ يعد هذا الإجراء مفيدا عملياً للمتنازعين الذين يريدون حلا سريعا للخلاف القائم بينهم، وتضمن الوساطة للمتخاصمين المساهمة في بناء حيثيات حكمهم بمساعدة الوسيط، وتسعى أيضا للوصول لريح الجميع وبمعنى آخر حل متفق عليه وليس حل مفروض.¹

ثانيا: أنواع الوساطة

بعكس التشريع الجزائري الذي اكتفى بالتطرق إلى أحكام الوساطة القضائية إجمالا دون التعمق فيها والنص على أنواعها وتعريفاتها، فقد ذهبت التشريعات الأخرى للعديد من الدول إلى إعطاء أنواع لهذا الإجراء وتبيان تعاريفها وأحكامها، ومن بين أهم الأنواع التي يركز عليها هذا الإجراء هي الوساطة القضائية، الإتفاقية، والخاصة.

أ. الوساطة القضائية: أخذت بها معظم التشريعات التي تأخذ بالوساطة كحل بديل للنزاعات كالقانون الأمريكي أو الفرنسي وعربيا اخذ بها القانون الأردني والجزائري والعديد من التشريعات العربية، وتتم هذه الوساطة وفقا لهذا التشريع، أمام جهات قضائية عبر قضاة الصلح والوسطاء الذين يتم اختيارهم من قبل رئيس المحكمة الابتدائية، ويكلفون بهذه المهمة ويطلق عليهم قضاة الوساطة، ومن أجل تطبيق هذا النوع من الوساطة وإعتماده تم إحداث مقر للوساطة في المحاكم، ويضم هذا المقر أشخاص مؤهلين ومدربين على أعمال الوساطة تتناط بهم مهمة الإشراف ومتابعة الأمور ذات العلاقة بالنزاع،² كما يشترط في الوسطاء بناءا على نص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مجموعة من الشروط أهمها حسن السلوك والإستقامة، والمتمثلة في:

- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية؛
- أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه؛
- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة؛

¹. نفس المرجع، ص 80.

². عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 85.

ب. **الوساطة الخاصة:** وهي الوساطة المعمول بها في تشريعنا والتشريع السوداني تحت اسم الوساطة القضائية فيما تدرجها اغلب التشريعات تحت اسم الوساطة الخاصة، وهذا النوع يتم من خلال أشخاص خارجين عن مرفق القضاء (بعكس حالة الوساطة القضائية التي يكون الوطاء فيها ينتمون إلى سلك القضاء) ويملكون الخبرة اللازمة ويتمتعون بالحياد والنزاهة يتم تنصيبهم من طرف وزير العدل، مع تعيينهم من قبل القضاة في النزاعات المطروحة أمام القضاء وفقا للقائمة المعتمدة المعدة مسبقا على مستوى كل مجلس قضائي.¹

ج. **الوساطة الاتفاقية:** في هذا النوع من الوساطة يتم اختيار الوسيط من قبل الأطراف أنفسهم وباختيارهم، إذ يجمعون على تسمية وسيط معين يجدون لديه القدرة الكافية والكفاءة لحل النزاع، وعند اختيار هذا الوسيط يتم التقدم بطلب للقاضي الذي ينظر في الدعوى، ويقوم هذا الأخير بإحالة النزاع لهذا الوسيط وقد أخذت بهذا النوع من الوساطة أغلب التشريعات العربية، وتعتبر من بين الأنواع الأكثر رواجاً للوساطة، إلى جانب بعض الأنواع التي تعرف تطبيقاتها في مختلف التشريعات، كالوساطة الاستشارية التي يطلب فيها الأطراف من محام أو خبير استشارة في موضوع النزاع، ثم يطلبون منه التدخل كوسيط، وهناك أيضا الوساطة التحكيمية وهي بند في العقد يقضي بأنه في حال نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط وفي حال فشل الوساطة يتحول الوسيط لمحكم.²

ثالثا: خصائص الوساطة

ثمة مميزات وخصائص تتمتع بها الوساطة جعلتها متقدمة على الوسائل التقليدية لحل الخلافات، وهذه المميزات باتت مقبولة وفعالة في حسم النزاعات، سواء كان ذلك من حيث تخفيف العبء عن القضاء، أو مرونة وسرعة الفصل في الخلاف أو سريتها أو ضمانها لاستمرار العلاقات الودية بين أطراف النزاع، وهو ما سنتناوله كآلاتي:

- تخفيف العبء على القضاء: بما أن الوساطة وسيلة لحل النزاعات خارج مرفق القضاء، فإنها بلا شك ستساهم بشكل كبير في تخفيف العبء عنه، خاصة إذا علمنا أن حجم القضايا التي يتم الفصل فيها أمام المحاكم في تزايد مستمر مما يزيد في العبء، غير انه بإحالة النزاع للوساطة وحله عن طريقها سيؤدي لتفادي عرضها على القضاء، ضف إلى أن هذا الإجراء يعطي حلا نهائيا للنزاع مما يؤدي كذلك إلى عدم عرضه على جهات الاستئناف وهو ما أكدته المادة 1004

¹. نفس المرجع، ص 85.

². www.mohamah.net

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الإتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الإتفاق سندا تنفيذيا".¹

■ المرونة: لعل أهم الأسباب التي استوجبت اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات وجود الأساليب التقليدية والشكليات الرسمية المعقدة، فحل النزاع عن طريق القضاء يحتوي ويشمل عدة أمور يجب إتباعها تحت طائلة البطلان مما يشكل قيودا على عاتق المتقاضين، ففي الوساطة لا يوجد أي إجراء يترتب عليه البطلان، فعلى عكس القضاء تهدف الوساطة لإتباع أي إجراء يمكن أن يؤدي للتوصل لحل مرضي لأطراف النزاع، فالوسيط غير ملزم بإتباع إجراءات معينة ما دام الهدف هو إيصال الأطراف للحل الذي يرغبون فيه.²

■ السرعة واختصار الوقت: باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ومقصدا مطلوباً في جميع الميادين، ولا شك أن العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة، لذلك نجد أن عملية الوساطة تخدم وبشكل كبير هذا الاتجاه، أي سرعة الفصل في النزاعات، ويظهر ذلك من خلال تحديد المشرع للمدة التي تنجز في ظرفها الوساطة، إذ نص المشرع الجزائري بموجب المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي: موافقة الخصوم، تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة" وذلك لأجل ضمان سرعة حل النزاعات، لأن التأخير في حسمها يذهب بحقوق الأطراف المتنازعين ويفوت عليهم فرصا قد لا تعوض خاصة في المجال التجاري ومجال الصفقات العمومية لاسيما إذا لم تحسم منازعتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري إلى الحث على ضرورة تحديد المدة تحديدا دقيقا فيما يتعلق بالوساطة.³

■ استمرار العلاقات الودية بين أطراف النزاع: توفر الوساطة للمتخاصمين الفرصة للالتقاء وعرض وجهات النظر ومحاولة إزالة الإشكالات بين الأطراف للتوصل لحل يرضيهم عن طريق تقريب وجهات النظر المتباعدة والخروج بمصالحة تزيل كافة الخلافات، خلافا للقضاء الذي

¹ عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 87.

² فنيش كمال، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح والتحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر 2009، ص 581.

³ عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 86.

يفصل في نهاية الدعوى بانتصار طرف وخسارة الآخر بصدور قرار متولد عن قناعة ورؤية المحكمة بالنزاع مما يؤدي لفقدان العلاقات الودية بين الأطراف وتولد التشاحن والبغضاء بينهم.¹

■ سرية إجراءات الوسائل البديلة: إذا كانت علنية الجلسة من الخصائص المميزة للقضاء ومن ضماناته الأساسية، فإن السرية تعد أهم الركائز للوسائل البديلة ومنها الوساطة، فالمتنازعين يرحبون بفكرة عدم علم الغير بالنزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تقضي إليه هذه المعرفة بالمساس بمراكزهم، إذ أن هذه السرية المطلقة تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل البديلة، حيث أن الشخص الثالث أي الوسيط المكلف بالنزاع يحظر عليه إفشاء المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين ومخالفته لهذه الالتزامات يترتب عنه قيام مسؤوليته وشطبه من قائمة الوسطاء المعتمدين وهو ما أكدته المادة 1005 بنصها على أنه: " يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير."²

رابعا: التمييز بين الوساطة والأنظمة المشابهة لها

لقد تطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للطرق البديلة لحل النزاعات وتتمثل في الوساطة والتحكيم، ونظرا لأن كل هذه الوسائل تهدف إلى التقريب بين أطراف النزاع ومساعدتهم على الوصول إلى اتفاق مشترك بمساعدة طرف ثالث، يجب الوقوف على التمييز بين هذه الأساليب لتجنب الخلط بين المفاهيم.

إذا كان التحكيم هو وسيلة تقليدية ومعروفة في مختلف التشريعات كحل بديل لتسوية النزاعات، فإن الوساطة مفهوم جديد دخل على تشريعنا الوطني، على خلاف العديد من التشريعات التي عرفته وأثبتت نجاعته كحل بديل للتقاضي، وتتمثل أوجه الاختلاف بين التحكيم والوساطة في النقاط التالية:

■ إحالة النزاع للتحكيم يكون قبل اللجوء للقضاء، فإما أن يكون بندا في الاتفاقية المبرمة وهو ما يعرف بشرط التحكيم، أما إذا وقع نزاع فعلا يتم عرضه على التحكيم أو الاتفاق على عرضه على محكمة تحكيمية وهو ما يعرف باتفاقية أو مشاركة التحكيم، وفي حال تجاوز هذا الاتفاق من طرفي النزاع فإنه يحق للطرف الآخر تقديم دفع أمام المحكمة التي تقضي بالفصل في الدعوى، أما

¹. نفس المرجع، ص 88.

². نفس المرجع والصفحة.

الوساطة القضائية التي جاء بها المشرع الجزائري فإنها لا تعرض إلا بعد طرح النزاع أمام القضاء ويكون الأطراف بعدها أحرارا إما إتباع إجراءات التقاضي أو الوساطة.¹

■ مهمة الوسيط تختلف عن مهمة المحكم، فمهمة الوسيط لا تتجاوز تقريب وجهات النظر واتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل ذلك، إضافة إلى أن رأي الوسيط غير ملزم للأطراف وليس له سلطة عليهم، وإن وجدت هذه السلطة فهي أدبية تتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته التي تشكل مدخلا وسبيلا لحل النزاع القائم. أما المحكم فمهمته تكمن في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروف عليه بعد معاينة وتدقيق الأدلة والوقائع تماما كالقاضي، وهذا القرار يكون ملزما شأنه شأن الحكم القضائي.

■ التحكيم شأنه شأن الوساطة مقيد بمجال محدد فإذا كانت الوساطة غير جائزة في مواد شؤون الأسرة والمواد الاجتماعية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام فإن القاعدة في التحكيم هي جواز اللجوء له لكن الاستثناء عدم جوازه في المسائل المتعلقة بالحقوق التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها أي غير القابلة للتفاوض بشأنها، والمسائل المتعلقة بالنظام العام، وكذا حالة الأشخاص وأهليتهم.

■ في الوساطة يكون تلقي الأتعاب فيها نظرا لطبيعة الأطراف، وإذا سكت المشرع الجزائري عن تحديد أتعاب المحكم مكتفيا بالنص على أن القاضي يتولى تحديد أتعاب الوسيط القضائي، فإن تكلفة التحكيم في بعض الأحيان باهظة جدا، وهي من الانتقادات الموجهة لهذا الأسلوب من حل النزاعات.²

■ تكون أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع قابلة للطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر بدائرة اختصاصه حكم التحكيم في أجل شهر من تاريخ النطق به، ويجوز للأطراف التنازل عن هذا الطعن من خلال الاتفاقية التي تربطهم، أما الأمر الذي يتضمن المصادقة على اتفاقية الوساطة لا يقبل أي طريق من طرق الطعن ويكون بمثابة السند التنفيذي.

■ يتم تعيين المحكمين من الأطراف المتنازعة سواء في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، أما الوسيط فإنه يتم تعيينه من طرف القاضي من قائمة الوسطاء القضائيين المعتمدة لدى المجالس القضائية.³

¹. عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 80-81.

². نفس المرجع، ص 81-82.

³. www.mohamah.net

خامسا: شروط الوساطة

إن المشرع الجزائري اخذ بالوساطة القضائية دون الأنواع الأخرى للوساطة، ومن خلال نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن أهم شرط لإحالة النزاع للوسيط هو تسجيل الدعوى أمام القضاء، ثم يقوم القاضي بعرض الوساطة على الأطراف، إلى جانب هذا الشرط فإن المشرع الجزائري حدد شروط الوسيط القضائي.

يعتبر شخص الوسيط من أهم عناصر الوساطة، ذلك لما له من دور في إنجاح عملية الوساطة، غير أن المشرع لم يعط تعريفا للوسيط واكتفى بتحديد شروطه وعموما فالوسيط هو شخص من الغير ليس له علاقة بالنزاع غير انه له القدرة على المناقشة مع الأطراف، وألزم المشرع أن يكون شخصا طبيعيا، أما في حال ما إذا أسندت الوساطة لجمعية فان على رئيسها أن يعين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها وهو ما تضمنته المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية"

أ. الشروط المتعلقة بالوسيط

يجب أن تتوفر في شخص الوسيط مجموعة من الشروط الأساسية والمهمة باعتباره العامل المهم والمحرك الرئيسي لعملية الوساطة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- حسن السلوك والإستقامة: جاء هذا الشرط في نص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والإستقامة..." إذ يشكل هذا الشرط نتيجة حتمية لكون شخصية الوسيط محل اعتبار في مهنة الوساطة كما قد تكون سببا في رفضه من قبل الأطراف، ويظهر حسن السلوك في عدم تعرضه إلى أي عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية .
- كفاءة الوسيط : أي أن يكون مؤهلا بنظر المنازعة المعروضة عليه وهو شرط موضوعي، فيفترض تعيين الوسيط في نزاع قادر على فهم طبيعته وله الدراية والمعرفة الكافية بجوانبه، خاصة وأن أغلب منازعات الصفقات العمومية تتطلب أشخاصا ذوي خبرة واختصاص في المجال .
- الحياد والإستقلالية في ممارسة الوساطة : يقصد بالحياد أن يراعي الوسيط مبدأ المساواة بين أطراف النزاع وضمنان عدم التحيز لأي طرف من الأطراف، أما الاستقلالية فهي انتفاء أي صلة أو مصلحة للغير، ويجب أن تظل هذه الصفة ملازمة للوسيط خلال سير الإجراءات وحتى

الوصول إلى الحل النهائي له، ولأجل ضمان ذلك فقد أُلزم المرسوم التنفيذي المتضمن تحديد مهام الوسيط إخطار القاضي بأي وضعية يمكن أن تشكل تهديدا أو مساسا لحياض الوسيط أو استقلاليته.

ب. الشروط الشكلية

لقد تم النص على إجراءات تعيين الوسيط القضائي على النحو التالي:

بعد عرض القاضي للوساطة وقبول الأطراف بها يتم صدور أمر يقضي بتعيين وسيط، ذلك أن الموافقة شرط لصحة الوساطة فالوساطة حل رضائي لا يمكن قيامها إلا بقبول الخصوم لها وهو يتماشى مع نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا قبل الخصوم بهذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع"، والإشكال الذي تطرحه هذه المادة هو هل قبول الأطراف يكون على الوساطة فقط أم يجب موافقة الأطراف على الوساطة والوسيط معا.

ذهب بعض الفقه إلى أن اختيار الوسيط يكون للقاضي دون أن يكون للخصوم دخل في ذلك، شأنه شأن الخبير، وهناك من ذهب عكس هذا الرأي، وحجتهم أن عدم اختيار الأطراف للوسيط يعارض مفهوم الوساطة، فعدم موافقة الأطراف على الوسيط كافية لعدم السير في إجراءات الوساطة، ولأجل ذلك على القاضي ترك الخيار للأطراف لانتقاء الوسيط أما إذا انفقوا على مبدأ الوساطة القضائية وعدم اقتراحهما الوسيط، وتركوا ذلك للقاضي فله أن يعينه، وبالعودة للتطبيق القضائي نجد أنه بمجرد الموافقة على إجراء الوساطة يتولى القاضي تعيين الوسيط من القائمة دون اخذ رأي الأطراف في ذلك.¹

■ تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية للجلسة: ذلك أن المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حددت المدة التي يقوم فيها الوسيط بأداء مهمته بثلاثة أشهر مع إمكانية تمديدها، وعليه فإن تاريخ رجوع القضية للجلسة لا يجوز أن يتعدى المهلة الأولى لتنفيذ الوساطة ألا وهي ثلاثة أشهر.²

¹. سولم سفيان، المركز القانوني للوسيط القضائي في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد العاشر، ص 493.

². ديب عبد السلام، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر 2009، ص 547.

■ صدور أمر عن القاضي: بعد تحرير الوسيط لمحضر الإتفاق ترجع القضية للقاضي الذي يتولى إصدار أمر يتضمن ما تم التوصل إليه من طرف الأطراف، وعليه فهو غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

ومن هنا نتوصل إلى أن إجراء الوساطة لا يمكن أن يلغي دور القاضي في العملية، فهي لا تعتبر تفويضا من القاضي خاصة في مجال الصفقات العمومية والنزاعات التي تنشأ بين المتعامل المتعاقد ومناوليه، بل إن الوسيط يعمل تحت إشراف ورقابة القاضي وهو ما يشكل ضمانا لنجاعة هذا الإجراء، كما لا يمكننا أن نهمل دور الأطراف في العملية فنجاحها يعتمد أساسا على إستعداد الأطراف في التفاوض والتصالح وتسوية النزاع وتنفيذ المقررات المتوصل إليها.

تجدر الإشارة إلى أن الفدرالية الفرنسية للبناءات Batiment (FFB) توصلت إلى إنشاء مركز للوساطة لحل المنازعات الناشئة عن المنافسة على مستوى مقرها، ومن جهتها قامت الفدرالية الوطنية للأشغال العمومية بفرنسا Fédération Française des Travaux Publics (FNTP) بإنشاء هيئة للوساطة والتحكيم في الأشغال العمومية، والتي أشارت تقاريرها أن 95 % من النزاعات المعروضة على الوساطة كانت ناجحة.

إن ما يظهر جليا أن وضعية النزاعات التي تخص الصفقات العمومية وخاصة المنافسة تفتقد نوعا ما لخاصية الحوار بين المتعاقدين مما يستدعي تجديد التفاوض بينهم وعدم ترك الرؤية تنحصر فقط في إتجاهين فقط، وتحمل تبعيات قرارات صارمة وإجبارية أو التحول إلى منازعة قضائية، وعليه فإن الوساطة تلعب هذا الدور من خلال المحافظة على العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإنه يتوجب الحرص على مايلي:

- تشجيع المؤسسات على إدراج بنود للوساطة ضمن عقودهم، وقبول اللجوء إليها في حالة وقوع نزاع.
- حث المصالح المتعاقدة والشركات على إنشاء هيئات للوساطة الداخلية من أجل حل الخلافات التي قد تطرأ في مجال الصفقات العمومية.
- ضمان نشر واسع لثقافة الوساطة في مجال الصفقات العمومية وخاصة المنافسة، وتمديد سلطات الوسيط.¹

¹. Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, du médiateur des relations inter-industrielles et de la sous-traitance au Ministre chargé de l'Industrie et à Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, des

الفرع الثاني: الدعوى القضائية

إن أهم مشكل تطرحه عقود المنابولة باعتبارها عقودا استثنائية هو تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة نشوب نزاع لم يتم التوصل لحل ودي بشأنه، وعليه فمن مصلحة الأطراف معرفة القضاء الواجب التوجه إليه لفض نزاعاتهم.

ففي إطار علاقة تعاقدية ثلاثية والتي تميز عقود المنابولة في الصفقات العمومية، التي تضم كل من المصلحة المتعاقدة (شخص عام)، المتعامل المتعاقد (شخص خاص) والمنابول (شخص خاص)، فإن تحديد الجهة القضائية المختصة كثيرا ما يطرح إشكالا نظرا للتعقيد في طبيعة أطراف الدعوى ذلك أن المصالح المتعاقدة في مجملها هي عبارة عن أشخاص عمومية ترتبط مع المتعامل المتعاقد بموجب عقد خاضع للقانون العام، في حين أن هذا الأخير والمنابول هم أشخاص خاضعين للقانون الخاص يرتبطون بعقد يخضع للقانون الخاص، وبالتالي فإن النزاعات الناشئة بينهم تتجه أحيانا للقضاء العادي، وأحيانا أخرى تكون من إختصاص القضاء الإداري.

أولا: إختصاص القاضي العادي

إن إنشاء عقد منابولة ضمن عملية أشغال عمومية يسودها القانون العام من كل الجوانب، وبصفة عامة في تنفيذ عقد صفقة عمومية مبرمة مع الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري ولحسابها في ظل المصلحة العامة، من شأنه أن يوتر تصنيف النزاعات بين الأطراف.

غير أنه وباعتبار أن العلاقات الناشئة عن عقد المنابولة بين كل من المتعامل المتعاقد والمنابول، هي بطبيعتها علاقات خاضعة للقانون الخاص وبطبيعة الحال تخضع في منازعاتها للقضاء العادي باعتباره الهيئة القضائية الوحيدة والحصرية المختصة بالنظر في العلاقات الخاصة وعقود المنابولة، عكس ما هو مقرر بالنسبة للعلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد التي تخضع في نشأتها وممارستها ونزاعاتها للقضاء الإداري باعتبارها تضم طرفا معنويا ينتمي للقانون العام.

يمكن للمتعاقد المتعاقد اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بالتعويضات المستحقة بسبب الأضرار التي سببها المناول له، ولحل كل النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقد المناولة الأمر الذي أكدته مجلس الدولة الفرنسي من خلال القرار الصادر بتاريخ 02 جويلية 1970 في قضية Lachaud et Aubineau الذي جاء في منطوقه أنه: " النزاعات التي تعترض المتعاقد المتعاقد في صفقة عمومية اتجاه مناوله تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري حتى ولو كانت تتعلق بتنفيذ أشغال عمومية " وكذا القرار الصادر في 24 ماي 1974 في قضية Paul Millet et cie الذي جاء فيه أنه: "... حتى ولو كان متعلقا بتنفيذ أشغال عمومية، فإن هذا العقد الموقع والمبرم بين شخصين خاصين ويجسد بالتالي تابعا خاضعا للقانون الخاص، فإنه يخرج عن دائرة اختصاص القضاء الإداري ..."¹، فحتى ولو كان دفتر الشروط ينص على ضرورة إبرام عقد المناولة مع أشخاص أو مناولين معتمدين، إلا أن هذا الأمر لا يغير طبيعة الروابط القانونية المتولدة عن هذا العقد.

وعليه فإن العلاقة بينهما تخضع دائما للقضاء المدني،² كونه دائما مختصا بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين المتعاقد الأصلي ومناوليه الأمر الذي نستخلصه من القرار الذي أصدرته محكمة التنازع الفرنسية في قضية société Quillery-Goury الذي جاء فيه أنه: " نظرا للعلاقات القانونية الرابطة بين مفاول الأشغال العمومية ومناوله، في حالة وقوع ضرر ناتج عنه أو عن عتاده، بمناسبة الخدمات المحددة في العقد، وحتى لو كان سبب الضرر راجع ومرتبب بتنفيذ صفقة أشغال عمومية ... فإن هذه العقود الخاضعة للقانون الخاص ... لا تخضع في منازعاتها إلا للمحاكم العادية."³

فبالنظر إلى العلاقات القانونية الناشئة عن عقد يربط بين متعاقد لصفقة عمومية ومناوله، فإن الأول لا يمكنه في حالة تعرضه لضرر مسه هو شخصيا أو مس عتاده وممتلكاته بمناسبة الخدمات المقررة في عقد المناولة، أن يمارس ضد مناوله دعوى غير تلك الناتجة عن طبيعة هذا العقد، حتى ولو كان سبب الضرر يرتبب بتنفيذ أشغال عمومية، ذلك أن هذا النوع من العقود يخضع للقواعد المقررة في القانون الخاص، حتى بالنسبة للنزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن عقد المناولة لا يمكن الفصل فيها إلا أمام المحاكم العادية.⁴

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 189.

². Instruction N° 10-027, Op.cit p 22.

³. PIELBERG (H.), Op.cit, p 24.

⁴. Observation du Tribunal des conflits dans un arrêt du 15 janvier 1973, affaire société Quillery-Gourmy, MODERNE (F.), Op.cit, p 190.

وفي ذلك نجد القرار الصادر عن محكمة التنازع في قضية (ق.ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين SAA بتاريخ 13 نوفمبر 2007¹، التي صرحت أن الجهات القضائية المدنية هي المختصة بالفصل في نزاع منصب على صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص، أين جاء في منطوق القرار أنه : « ... حيث أن الجهة القضائية المدنية في قرارها الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2002 توصلت إلى عدم اختصاص القاضي المدني بالفصل في النزاع الحالي معتبرة أن القاضي الإداري هو المختص، حيث أن مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 01 مارس 2005 اعتبر من جهته أن اختصاص الفصل في هذا النزاع يعود للقاضي المدني.

وبالتالي فإن هناك تنازعا سلبيا في الإختصاص ناجما عن هذين القرارين لأن كل من مجلس قضاء بشار الفاصل في المجال المدني وكذا مجلس الدولة صرحا بعدم الإختصاص بالفصل في النزاع.

بتاريخ 14 أكتوبر 1996 أبرم السيد (ق.ج) عقدا مع الشركة الجزائرية للتأمين لإنجاز مقر هذه الشركة في مدينة بشار، وأن السيد (ق.ج) ومن منطلق عدم تلقيه كامل مستحقاته المالية بعد استلام المشروع قرر رفع دعوى ضد الشركة الجزائرية للتأمين أمام محكمة بشار مطالبا بالحصول على مبلغ 6.975.540,14 دينار جزائري.

وبناء على هذا فإن الشركة الجزائرية للتأمين SAA ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة ذات طابع تجاري وصناعي، وأن اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية.

لهذه الأسباب فإن محكمة التنازع تقرر:

القول بوجود تنازع سلبي في الإختصاص بين القرار الصادر في 13 نوفمبر 2002 عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء بشار وقرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 01 مارس 2005 ... إحالة الدعوى والأطراف أمام مجلس قضاء بشار (الغرفة المدنية) للفصل في النزاع².

ثانيا: اختصاص القاضي الإداري

¹. ملف رقم 42 مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، محكمة التنازع، قسم الوثائق 2009، ص 103.

². عمار بوضياف، المرجع السابق، الطبعة الخامسة 2017، ص 157.

يمكن للقاضي الإداري أن يفصل في العديد من المسائل المتعلقة بالمناولة سواء تم رفعها من قبل المناول أو من قبل الغير أو حتى من قبل المصلحة المتعاقدة بحد ذاتها.

أ. الدعوى المرفوعة ضد المصلحة المتعاقدة:

إن الدعوى المرفوعة من جانب المناول أمام القاضي الإداري لا يمكن أن تكون موجهة ضد المتعامل المتعاقد الأصلي باعتباره يرتبط معه بموجب عقد خاضع للقانون الخاص، ولكن بالمقابل لا يمكن نفي الإختصاص الإداري عندما تكون الدعوى موجهة ضد المصلحة المتعاقدة.

ففيما يخص الدعوى المرفوعة من قبل المناول ضد المصلحة المتعاقدة، فإنها تمس أساسا الجانب المالي، لارتباطها في الكثير من الحالات بالدفع المباشر للخدمات والأشغال التي تمت مناولتها، ذلك أن الطلبات الرامية إلى الدفع المباشر يتم الفصل فيها أساسا من قبل القاضي الإداري كونها تضم طرفا عموميا، فقد فصلت المحاكم الإدارية وكذا مجلس الدولة الفرنسي في القضايا المشابهة باختصاصهما بالنظر فيها، ومثال ذلك المحكمة الإدارية Bordeaux التي فصلت في قضية menuiseries et constructions légères بتاريخ 15 نوفمبر 1979 ومحكمة Dijon الإدارية في قضية société Ascinter-Otis بتاريخ 19 نوفمبر 1979.¹

إذ تعد منازعات دفع مقابل تنفيذ الصفقة من أكثر المنازعات شيوعا التي تقوم في الصفقات العمومية، فكثيرا ما ترفض المصالح المتعاقدة دفع الحقوق المالية بحجة عدم توفر المبالغ اللازمة، ورغم وضوح القانون في هذا المجال إلا أن واقع قطاع الأشغال العمومية أثبت أن معظم المقاولات تعاني من الناحية المالية بسبب التأخر المستمر في تسديد المستحقات المالية وتراكم التأخرات، وهو ما أدى إلى وقوعها في ضائقة مالية أين تجبر إما على توقيف الأشغال أو فسخ الصفقة أو الدخول في نزاع مع المصلحة المتعاقدة.²

إن مجلس الحكومة الفرنسي قد أقر أن الدعوى المتعلقة بالدفع المباشر المرفوعة من قبل المؤسسة المدعية لا تمثل في طبيعتها لا طابع تعاقدي ولا تقصيري، وترجع أساسا إلى إختصاص القاضي الإداري، ففي حين أن قانون الصفقات العمومية أقر بمبدأ العلاقات المباشرة بين المصلحة المتعاقدة (هيئة عمومية كانت أو مؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو جماعات

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 181.

². شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 72-73.

محلية) والمؤسسات أو الأشخاص المتعاقدة معها، فإنه لا بد أحيانا من الإعتماد على مبدأ المشاركة في تنفيذ الصفقات العمومية.

لكن تجدر الإشارة أنه وحتى يختص القضاء الإداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بالدفع المباشر يشترط في العقد الأصلي أن يكون عقد صفقة عمومية خاضع لتنظيم الصفقات العمومية، وأن تكون المصلحة المتعاقدة مؤسسة عمومية وليست خاصة، فالعقود الخاصة ليست خاضعة لهذا الإختصاص أو هذا المبدأ، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 24 أكتوبر 1986 في قضية شركة technique de construction TECO الذي استنتج أن العقد المبرم بين مؤسسة العتاد Société d'équipement départemental والشركة الأولى الخاصة ليس له أي طابع إداري، وأن القاضي الإداري يجب أن ينظر إليه على أنه غير مختص بالفصل في دعاوى الدفع المباشر المتعلقة به.¹

تتحدد الاختصاصات القضائية تبعا لطبيعة العلاقات الناشئة بين أطراف النزاع الأمر الذي أكدته محكمة التنازع الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 02 جوان 2008 تحت رقم 3642 بين شركة Aravis- Enrobage وبلدية Cusy وكذا مؤسسة Grosjean وفي قرار آخر لها بنفس التاريخ تحت رقم 3621 بين كل من Souscripteurs des Lloyd's وبلدية Dainville،² أين جاء في منطوقه أنه: "حيث ومن جهة أخرى فإن النزاع الناشئ بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية للأشغال يرجع لإختصاص القضاء الإداري، إلا في حالة ما إذا كانت الأطراف المعنية مرتبطة بعقد مدني، وحيث أن الشركة Ducrocq-Catoire قد شاركت في تنفيذ عقد الصفقة العمومية للأشغال بصفتها مناول لدى شركة Artebat، حيث أن بلدية Dainville ليست مرتبطة بالشركة الأولى بأي عقد راجع للقانون الخاص وكونها تبحث عن المسؤولية العشرية لهذه الأخيرة، وعليه فإن القضاء الإداري وحده المختص بالنظر في هذا النزاع."

ومن جهة أخرى أقرت محكمة التنازع الفرنسية باختصاص القضاء الإداري فيما يخص المنازعات التي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة والمناول حول الرابط المالي أو الدفع المباشر، وبررت ذلك في أن المناول يساهم ولو جزئيا في تنفيذ عقد صفقة عمومية التي ترجع في حد ذاتها للاختصاص الإداري، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 ماي 1984 في قضية Société Smac Acieroid ضد بلدية Mirande الذي جاء في

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p 182.

². Instruction N° 10-027, Op.cit p 21.

منطوقه أنه : " النزاعات المتعلقة بالدفع المباشر للمناول من قبل المصلحة المتعاقدة، أسعار الأشغال المتعلقة بتنفيذ صفقة الأشغال العمومية، وكذا طلبات التعويض من قبل شركة Smac Acieroid ضد بلدية ميراند وجميع هذه النزاعات تؤول لاختصاص القضاء الإداري"، ومن جهة أخرى يمكن للمحاكم الإدارية أن تفصل في الطلبات المتعلقة بمسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة رفض الإعتماد أو في حالة ارتكابها لخطأ ما في إطار إعدادها للمشروع.¹

كما أنه ومن جهة أخرى فقد ورد في منطوق قرار المحكمة العليا الجزائرية (الغرفة الإدارية سابقا) الصادر بتاريخ 13 جانفي 1990 في قضية ب . م . ب ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة "... حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في هذه الحالات"²

ومن تم ورجوعا إلى الأحكام العامة - وبصفة عامة - فإن القضاء المختص في النظر في النزاعات الناشئة عن مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية عامة هو القضاء الإداري كذلك، ولقد تبني المشرع أيضا هذا المبدأ من خلال نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية معتمدا كأصل عام على المعيار العضوي لفصل اختصاص جهة القضاء الإداري عن القضاء العادي، فنصت المادة 800 على أنه " : المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها..."

ورجوعا إلى نص المادة السادسة (06) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجدها تنص على أنه : " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات : الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية"، وعليه وبمفهوم المخالفة نجد أن هناك ارتباطا وثيقا بين أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنظيم الصفقات العمومية مما يجعل الهيئات السالفة الذكر خاضعة للقضاء الإداري استنادا للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹. Voir conseil d'Etat 23 janvier 1976, Hôpital Ferté-Macé, recueil CE 1890, p.p : 809-999.

². شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998، ص 398 .

وهكذا فقد قضت هذه الأخيرة في طبيعة المؤسسة العمومية واشترطت أن تكون ذات صبغة عمومية إدارية بما يعني أن القاضي الإداري يقضي بعدم الاختصاص في حال عرضت أمامه منازعة تتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري الأمر الذي تم تأكيده من قبل مجلس الدولة الجزائري في الكثير من قراراته.¹

ففي قرار له صادر بتاريخ 2002/05/24 ملحق رقم 05147 في قضية الوكالة الوطنية للسودود ضد شركة لحمد انترناسيونال اعتبر مجلس الدولة أن الوكالة الوطنية للسودود هي عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري فأقر عدم اختصاصه مستندا على نص المادة السالفة الذكر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وكذلك الحال بالنسبة للنزاعات التي يكون فيها دواوين الترقية والتسيير العقاري بصفتها مؤسسات ذات طابع تجاري بحيث اعتبر مجلس الدولة أن الفصل في منازعاتها يعود إلى القضاء العادي .

ومن جانب آخر حينما أقم المرسوم الرئاسي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل نظر إلى تمويل الصفقة كون أنها ممولة من ميزانية الدولة كليا أو جزئيا لا من ميزانية القطاع أو المؤسسة، لذا شفع لها هذا الجانب فغدت حينئذ صفقة عمومية خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

وإذا كان من الطبيعي أن يطبق القاضي المدني قواعد القانون المدني على الخصومات المعروضة عليه حسب الموضوع وطبيعة كل عقد ومن الطبيعي أيضا أن يطبق القاضي التجاري قواعد القانون التجاري على النزاعات المطروحة عليه، فإنه من المؤكد أنه من غير الطبيعي أن يطبق القاضي الإداري قواعد القانون المدني والتجاري ويترك تطبيق نصوص القانون العام وبالأخص قانون الصفقات العمومية، وعليه فإنه وبوجه عام تطبيقا للمعيار العضوي في مجال الصفقات فإن منازعات التنفيذ تؤول كأصل عام لاختصاص القضاء الإداري ممثلا حاليا في المحاكم الإدارية كبنية قضائية ابتدائية ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية أو هيئة عمومية وطنية وهو ما أكدته المادة 901 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

¹. بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 117.

كما يمكن للقاضي الإداري أن يتدخل بالنظر في دعاوى المسؤولية المطروحة من قبل ضحايا الأشغال العمومية بصفتهم من الغير أو منتفعين من الصففة، ضد المناول كونه شارك في تنفيذ عقد أشغال عمومية وسبب لهم ضررا.¹

ومثال ذلك القرار الصادر عن محكمة التنازع في قضية (ب.ك.ع) ضد بلدية زمورة بتاريخ 09 ديسمبر 2007 أين صرحت هذه الأخيرة بأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا نوعيا للفصل فيه،² وأمام وجود تنازع سلبي في الإختصاص بين كل من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غيليزان بموجب قراره الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 2005، والمحكمة الابتدائية لزمورة بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ 17 جانفي 2006، قضت محكمة التنازع بموجب قرار 09 ديسمبر 2007 أنه : « حيث أن البلدية ليست لها صفة التاجر ولا تمارس أنشطة تجارية، وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات بلدية زمورة، وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع كفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه، وأن الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء غيليزان قد أخطأت عندما صرحت بعدم اختصاصها.

لهذه الأسباب فإن محكمة التنازع تقرر القول بأن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غيليزان مختصة للفصل في النزاع »³.

أما فيما يخص قواعد الاختصاص المحلي أو الإقليمي المطبقة على مجال الصفقات العمومية، فإنه ورجوعا إلى الأحكام العامة فإننا نجدتها تنص بمقتضى المادة 804 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "... ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية المبينة أدناه: ... في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تنفيذ الأشغال ، في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام الإتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به...."

¹. Voir conseil d'état 18 octobre 1935, C^{ie} chemins de fer du nord, recueil CE 1935 p ,953.

². ملف رقم 45، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، محكمة التنازع، قسم الوثائق، 2009، ص 115.

³. عمار بوضياف، المرجع السابق، الطبعة الخامسة 2017، ص 163.

ومن هنا فإنه يتضح لنا من خلال استقراء هذه المادة أنها تحمل في طياتها قواعد قد لا تلائم طبيعة الصفقات العمومية، فقد أقرت بالاختصاص المحلي للجهة القضائية التي في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، ويعد هذا المعيار منتقدا نوعا ما خاصة وإن كان مكان التنفيذ واسعاً أو ممتداً كما هو الحال بالنسبة للمنشآت القاعدية كالطرق والسكك الحديدية وغيرها من الأشغال التي لا تنحصر في إقليم معين الأمر الذي يؤدي إلى المساس باختصاص أكثر من محكمة إدارية.

ومن جانب آخر فقد أقر المشرع الجزائري في نفس المادة بالنسبة لأنواع الأخرى للصفقات المتمثلة في صفقات اللوازم أو الخدمات أو الدراسات بأبلولة الاختصاص للمحكمة التي تضم ضمن نطاق اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وهذا طبعاً خارج دائرة عقد الأشغال العامة، غير أن هذا المعيار لم يسلم هو الآخر من الإنتقادات بحجة أن هناك العديد من الصفقات ونظراً لطابعها الوطني تبرم في الجزائر العاصمة مما يؤدي إلى كثرة المنازعات المتعلقة بها والمعروضة أمام المحكمة الإدارية بالجزائر¹.

وعليه وبصفة عامة يمكننا اعتبار مكان إبرام العقد المعيار الراجع في تحديد الجهة القضائية المختصة إقليمياً بالفصل في النزاع في حالة ما إذا لم يضمّن الأطراف بنداً في عقد الصفقة العمومية يمنح الإختصاص للتحكيم أو يحدد الجهة القضائية المختصة، إذ يكتسي هذا البند أو الشرط أهمية كبيرة في كونه يترقب مسبقاً مكان الفصل في النزاع².

ففي مادة العقود الإدارية يتحدد الاختصاص الإقليمي عموماً بمكان إبرام العقد أو الصفقة، حتى وإن كان القانون قد ترك المجال مفتوحاً أمام الأطراف باللجوء إما إلى المحكمة الواقع في مجال اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإنه من الأحسن ترك المجال لمحكمة مكان الإبرام لما يحمله هذا المعيار من أهمية في حالة ما إذا كنا أمام صفقة دولية امتنع أطرافها عن تحديد الجهة القضائية المختصة إقليمياً، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد³.

ب. الدعوى المرفوعة ضد المناول

■ دعوى مرفوعة من قبل المصلحة المتعاقدة : إن الدعاوى التي ترفعها المصلحة المتعاقدة ضد المناول لا يمكن أن تكون بسبب نزاعات تعاقدية، وعليه فإن السؤال المطروح هو هل يمكن

¹. بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 118.

². BENCHENEB (A.), Op.cit, p 76.

³. Idem, p 23.

مقاضاة المناول مباشرة أمام القاضي الإداري من أجل خطأ تم ارتكابه في تنفيذ الخدمات والأشغال المناولة؟ وهل يمكن لهذه الدعوى أن تكون ذات أساس تقصيري؟

في هذه الحالة فإنه ليس للمصلحة المتعاقدة أي فائدة أو مصلحة من رفع دعوى ضد المناول خاصة على أساس المسؤولية التقصيرية، ذلك أن أمامها طريقا آخر يمنحها حق الرجوع على المتعامل المتعاقد الذي يتحمل المسؤولية التامة على جميع الأعمال والأشغال كونه الضامن الوحيد والمسؤول الوحيد أمام المصلحة المتعاقدة كما بيّنا سابقا.¹

■ دعوى مرفوعة من قبل الغير : إن فرضية لجوء الغير إلى القضاء الإداري ضد المناول هي نظرية فقهية غير مستبعدة خاصة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ أشغال عمومية، فالقضاء الإداري كان قد فصل في العديد من دعاوى المسؤولية المرفوعة من ضحايا الأشغال العمومية (الذين لهم صفة الغير أو المنتفعين) ضد المناولين الذين شاركوا في تنفيذ أشغال عمومية.

إن القرار المبدئي في هذه الحالة هو قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 18 أكتوبر 1935 في قضية مركب السكك الحديدية للشمال ومؤسسة Vandewalle et Cie التي تشكل مرجعا بالنسبة للقضاء، فبناء على هذا القرار فإنه لا مانع من ممارسة الضحية دعوى ضد المناول والمتعامل المتعاقد متضامنين أمام القضاء الإداري استنادا على معيار سبب الضرر الذي يتمثل في تنفيذ أشغال عمومية.²

غير أن مثل هذه الدعاوى لا يمكن أن تمارس في ظل القضاء الإداري الجزائري الذي لا يعترف بإختصاصه بالنظر في القضايا التي لا تشمل على طرف عام ممن تضمنتهم المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في : الدولة، الولاية ، البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ذلك أن الغير من الخواص لا يمكنه رفع دعوى أمام القضاء الإداري ضد شخص خاص آخر، إلا إذا كان رافع الدعوى أي الغير المتضرر شخصا من أشخاص القانون العام مثل تسبب المناول بأضرار معتبرة لقنوات صرف المياه التابعة للبلدية أثناء قيامه بحفر الطريق لتعبيده أو تسويته.

ومن خلال كل ما سبق فإن منازعات الصفقات العمومية يمكن تصنيفها إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء، لذا فإن اللجوء إلى القضاء الإداري في مجال المنازعات الناشئة

¹. MODERNE (F.), Op.cit, p.185.

². Idem, p,187.

عن تنفيذ الصفقة يندرج إما تحت وجه القضاء الكامل بمختلف صورته وأشكاله خاصة دعوى فسخ العقد أو في إطار ممارسة دعوى إلغاء بعض القرارات الإدارية في مرحلة التنفيذ مثل قرارات التعديل في بنود الصفقة وغيرها.

1) دعوى القضاء الكامل

يدخل تحت هذا النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة ببطان العقود والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة وهي كثيرة جدا وتكاد تغطي على بقية أنواع المنازعات الأخرى، والمنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية¹، والدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي حين يقبل المتعامل المتعاقد على رفع دعوى الفسخ أمام السلطة القضائية المختصة، والدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار²، والدعاوى المتعلقة بوقف الأشغال بحجة عدم وجود إعمادات مالية³، والدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان⁴، والدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار⁵، ودعاوى الفوائد التأخيرية⁶، ويمكن حصر هذه الدعاوى إجمالاً في الصور التالية⁷ :

♦ دعوى الحصول على مبالغ مالية : وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بالتعويض، ومن القرارات الصادرة في هذا الصدد كان في قضية مقاوله الأشغال العمومية لزعر ميلود ضد بلدية التنس بتاريخ 2003/04/15 ملف رقم 008072 عن مجلس الدولة في

¹. قرار مجلس الدولة الجزائري الغرفة الأولى ملف رقم 006052 بتاريخ 15 أبريل 2003 قضية ق.ع ضد بلدية متليلي المتعلقة بالجمع بين مبلغ الأشغال الإضافية وفوائد التأخير، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2004، ص 71.

². قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 16 ديسمبر 2003 الغرفة الأولى ملف رقم 0011126 فهرس 917 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش (قرار غير منشور).

³. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 12 جويلية 2005 الغرفة الأولى ملف رقم 020289 فهرس 870 قضية بلدية ثنية الأحد ضد ز.د، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 86.

⁴. قرار مجلس الدولة بتاريخ 20/05/2003 الغرفة الأولى ملف رقم 009768 فهرس 429 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبسكرة ضد بن يحي أحمد (قرار غير منشور)

⁵. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 02/01/2003 الغرفة الأولى فهرس 012 قضية بلدية عين الكيحل ضد مجاهد عبد الرحمن (قرار غير منشور)

⁶. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 20/01/2004 الغرفة الأولى ملف رقم 012781 فهرس 06 قضية المؤسسة الوطنية للإنجاز العام أشغال الري بعنابة ضد بلدية برحال (قرار غير منشور)

⁷. عمار بوضياف، المرجع السابق، الطبعة الخامسة 2017، ص 155.

غرفته الأولى الذي تضمن أن "... طبقا للمادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن الحساب العام والنهائي الموقع عليه من طرفي عقد الصفقة العمومية قابل للإحتجاج به على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة فيه لاحقا..."¹.

♦ دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية: في هذه الدعوى إذا صدر من المصلحة المتعاقدة تصرف مخالف لما تم الإتفاق عليه مسبقا ويخل بالتزاماتها التعاقدية، فإنه يحق للمتعاقد الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل باعتباره لا يستطيع اللجوء إلى قضاء الإلغاء، وتحفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى لو اقتصر على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة وهذا ما فصلته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1956/11/18 الذي جاء فيه : "... أما ما يصدر في القرارات تنفيذيا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه فهي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل، فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من الإدارة الصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم"².

♦ دعوى فسخ العقد: ذلك أن المتعاقد المتعاقد له أن يطالب بفسخ الصفقة مع الإدارة المتعاقدة في حدود معينة أين تدرج دعواه في هذا الصدد في نطاق القضاء الكامل أيضاً.³

♦ دعوى المتعلقة بمراجعة الأسعار: صدر قرار قديس عبد القادر ضد رئيس المجلس الشعبي بلديّة مثليي أين استند مجلس الدولة في تسبب قراره على أن: " قضاة الدرجة الأولى لم يحسنوا إعتبار المسألة الخاصة بعملية مراجعة الأسعار لما أشاروا إلى المادة 25 من الصفقة واعتبروا المدة الزمنية... وكان عليهم أن يستندوا إلى المادة 26 من الصفقة التي تتعلق بتغيير الأسعار"⁴، والملاحظ في هذا القرار أنه إستندا على أحد بنود العقد مكرسا بذلك مبدأ حجبة العقد الذي يعتبر

¹. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 175.

². سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 200.

³. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 176.

⁴. قرار مجلس الدولة الجزائري الغرفة الأولى ملف رقم 006052 بتاريخ 2003/04/15 قضية ق.ع ضد بلدية مثليي

المتعلقة بالجمع بين مبلغ الأشغال الإضافية وفوائد التأخير، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2004، ص 71.

الإتفاق الحاصل هو القانون المطبق على أطرافه في حالة نشوب نزاع وذلك من مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

وعليه ومن خلال كل ما سبق، نلاحظ أن اختصاص القضاء الكامل واسع جدا ويمتد ليشمل معظم منازعات تنفيذ الصفقة باعتبار أن أعمال هذه المرحلة في مجملها متصلة بالعقد وغير قابلة للفصل وبالتالي تخضع لقاضي العقد، ذلك أن النظام القانوني للصفقات العمومية لم يشر إلى نوع الدعاوى المرفوعة في إطار تسوية منازعات هذه الأخيرة، بل تركها للقواعد العامة التي تحكم سير مثل هذه الدعاوى والمنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

(2) دعوى قضاء الإلغاء

من حيث المبدأ تعتبر المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعاقدين معها مندرجة تحت ولاية القضاء الكامل حتى ولو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة اتجاههم، وأساس ذلك أن ما تصدره المصلحة المتعاقدة من قرارات تنفيذا للصفقة مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه، وإنما تدخل ضمن العقد ذاته وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية تنير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء ومؤدى ذلك عدم تقيد الطعن بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء.²

فالقرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ موضوع الصفقة العمومية هي في حقيقتها ليست قرارات إدارية وإنما هي إجراءات تتخذها الجهة الإدارية أثناء سريان العقد، كما أن أعمال التنفيذ في غالبيتها العظمى متصلة بالصفقة وغير قابلة للفصل، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فإذا كان يستطيع أن يستعمل الطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد وبينيه على مخالفة قواعد المشروعية، فإن الوضع يختلف تماما أثناء مرحلة التنفيذ ذلك أن كل الأعمال الصادرة فيها والتي يكون له مصلحة في الطعن فيها إنما تكون مخالفة للشروط العقدية ولا يمكن أن يبني عليها الطعن بالإلغاء.³

¹. بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 120.

². عمار عوابدي، النظرية العامة لمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 452.

³. بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 120.

ومنه فإن الأصل أن يلجأ المتعامل المتعاقد إلى قاضي الموضوع إذا أصدرت الإدارة قراراً انتهكت فيه نصاً من نصوص العقد أو عدلت فيه بأن زادت مثلاً في حجم الأشغال الموكولة إليه، أو أصدرت قراراً بإلغاء الصفقة بطريقة تعسفية.

لكن هذا الأصل ليس مطلقاً باعتبار أنه يوجد ما يعرف فقها بالأعمال المنفصلة التي تخول للمتعامل المتعاقد الطعن فيها بالإلغاء، إذ أورد القضاء الإداري استثناءً على الأصل وسمح بممارسة دعوى الإلغاء في هذه القرارات بصورة مستقلة عن دعوى العقد، إذا ما صدرت هذه القرارات من السلطات الإدارية ليست بصفتها متعاقدة وإنما باعتبارها سلطة ضبط إداري أو هيئة إدارية، ويجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري (وجه الإلغاء) مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب أو الانحراف بالسلطة وغيرها.¹

إذ يحدث أن تصدر الجهة الإدارية المختصة (وزارة، هيئة وطنية عمومية، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية إدارية...) قراراً إدارياً يتعلق بصفقة عمومية فلا يكون لهذا الأخير وجود بذاته، بل يكون له علاقة بالعملية التعاقدية، وهو ما اصطلح عليه بالأعمال المنفصلة كالقرارات الإدارية المتضمنة تعليمات للقائم بالتنفيذ، أو القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة وهذه القرارات جميعها اعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها بصفقة مستقلة بالإلغاء.²

وكخلاصة لهذا المطلب، فإنه يمكننا القول أن آليات تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية تعتبر من ضمن أهم الضمانات ذات الصبغة القضائية التي تسمح بمراقبة أعمال المصلحة المتعاقدة وتمنح للمتعامل المتعاقد فرصة الدفاع عن مصالحه أمامها، فبالرغم من أن النظام القانوني للصفقات العمومية قد فتح المجال أمام هذه الأخيرة بإعطائها إمتيازات وسلطات واسعة في إطار الصفقة، إلا أنه بالمقابل أقر للمتعامل المتعاقد معها والمناولين التابعين له ضمانات هامة تكون بمثابة حماية قانونية لهم من أي إجراء تعسفي صادر عنها، أو تجاوز في ممارسة السلطات المخولة لها، ويتمثل هذا الضمان في الرقابة القضائية التي تعد أداة في نظام الضمانات على الإطلاق.

¹. عباد صوفية، المرجع السابق، ص 178.

². عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 156.

خاتمة

تتشكل الصفقات العمومية من شبكة من المفاهيم والمبادئ والإجراءات المركبة والمعقدة داخل منظومة قانونية وتنظيمية يتعدد فيها الفاعلون والمتدخلون، ومن أبرز خصائصها بالإضافة إلى حدة الشكليات أنها دائمة التطور والتعديل والتأثر بالعوامل والمتغيرات الواقعية، إذ تعد الصفقات وسيلة جبارة من أجل تحقيق الصالح العام وتلبية حاجيات مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، كما أنها ومن جهة أخرى تعتبر طريقاً أمام المؤسسات والشركات من أجل تطوير أعمالها، ومساهمتها في ضمان الموارد الضريبية للدولة من خلال إلزام المتعهدين والمتعاملين بتأدية جميع التزاماتهم الضريبية قبل المشاركة في الصفقة وبعد الحصول عليها.

كما ذهبت بعض الدول إلى أبعد من هذا الحد ومن هذه الوظائف أين جعلت من الصفقات العمومية وسيلة من أجل النهوض بحماية البيئة - وهو الحال كذلك بالنسبة للجزائر - أين يمكن للمصالح المتعاقدة إلزام المتعاقدين معها بالحفاظ على البيئة واحترامها عن طريق تقديم خدمات وأشغال وتوريدات تحترم الطبيعة وهو ما يطلق عليه اسم "المشتريات العمومية المستدامة أو الخضراء".

ومن جهة أخرى ومن أجل رفع الصعوبات والتحديات في تنفيذ الصفقات العمومية والسماح لها بتحقيق كافة أهدافها، قامت الدولة بتشجيع المتعاملين المتعاقدين على إشراك المؤسسات والشركات وحتى الأشخاص الطبيعية في تنفيذ هاته المشاريع واستغلال امكانياتها وقدراتها لتجسيدها على أرض الواقع، يضم إقليم أي دولة من الدول مجموعة متشعبة ومختلفة من المؤسسات والشركات تنشط في العديد من المجالات أين تنشأ بين هاته الأخيرة علاقات وصلات وروابط متعددة من التعاون والتكافؤ، فتلعب هاته المؤسسات دوراً هاماً في تحقيق التطور والتنمية وخاصة تلك الناشطة في مجال المناولة لما تتمتع به من مزايا عدة في المهارات والإبتكارات والتخصصات.

أكد العديد من رجال الإقتصاد والقانون على ضرورة اعتماد المناولة كأسلوب وسبيل للتنمية في كل القطاعات والمجالات خاصة مجال الصفقات العمومية وقطاع الأشغال نظراً للدور الذي تلعبه باعتبارها المحرك الأساسي في علاقات التعاون بين مختلف الشركات والمؤسسات، لهذا أصبح اللجوء إلى المناولة أسلوباً يُهتدى إليه

من قبل المتعاملين المتعاقدين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة وحتى البسيطة لما توفره لهم من مزايا.

فقد أصبحت المناولة أو ما كان يعرف بالتعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية طريقاً حتمياً يسلكه المتعامل المتعاقد من أجل تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بعنوان عقد الصفقة العمومية المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة وهذا راجع أساساً لما يحظى به هذا الأسلوب من أهمية كبرى في القطاع الاقتصادي عامة وفي قطاع البناء والترقية العقارية والصفقات العمومية خاصة، إذ أنه وفي كثير من الأحيان يستعصى على المتعاملين تنفيذ المشاريع الضخمة لوحدهم مما يدفعهم إلى التعاقد ثانوياً مع مقاولين ومتعاملين آخرين نظراً لتخصصهم في مجال معين لا يتقنونه ويشكل جزءاً من الصفقة أو المشروع الممنوح لهم، أو بالنظر إلى قصر المدة التي تتطوي عليها الصفقة، فيتعاقد المتعامل المتعاقد عن طريق المناولة من أجل حسن تنفيذ المشروع من جهة وتسليمه في الميعاد والأجل المتفق عليه من جهة أخرى.

تولى تنظيم الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 توضيح أحكام المناولة بموجب المواد من 140 إلى 144 أين أخضعها إلى مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية سابقة لإبرام عقد المناولة كضرورة تحرير إتفاق التعامل الثانوي في عقد مكتوب، وانعدام وجود شرط مانع في الصفقة العمومية أو بالأحرى إجازة دفتر الشروط والتعامل في جزء من الصفقة فقط، وأن تكون طبيعة الأشغال أو الصفقة لا تتعلق بالكفاءات الشخصية للمتعامل المتعاقد وأهم من ذلك موافقة المصلحة المتعاقدة الصريحة والمكتوبة على المناولة.

وبالتالي فإن التعاقد عن طريق المناولة وكجميع التصرفات التي يتم الإقدام عليها إنما يحمل إيجابيات كما يتضمن سلبيات ويمكننا تلخيص النقاط الإيجابية أولاً في كون أن هذا الأسلوب يتميز بـ:

- تقليص تكاليف التنفيذ،
- تشجيع التعاون بين المؤسسات /الشركات الكبرى والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتطوير العلاقة بينهما،
- تشجيع المؤسسات المناولة على تطوير إمكانياتها وقدراتها،
- تكريس فكرة تقسيم العمل والتعاون،

- إفساح المجال أمام المتعامل المتعاقد للتركيز في قسم من الصفقة وليس كلها مما يساعد على إعطاء مردودية وتنفيذ أفضل،
- تعتبر حلا من الحلول التي تحد من مستوى البطالة كون أن المؤسسات المناولة تخلق مناصب للشغل وإتاحة فرص العمل عن طريق تشغيل اليد العاملة خاصة في مجال البناء والأشغال العمومية والري التي تستقطب عدد كبير من مناصب الشغل وبالتالي رفع مستوى الدخل،
- تساهم المؤسسات المناولة في تحقيق التنمية الاقتصادية لما لها من دور في تحقيق الزيادة المعتمدة في حجم الإستثمارات المحلية ودعم القيمة المضافة والزيادة في نسبة الناتج الداخلي الخام.
- الحد من نزيف العملات الصعبة الذي يستخدم في استيراد المنجيات الأجنبية (اللوازم، التجهيزات، الخدمات...) وذلك بانتاجها محليا وبجودة عالية.
- تجنب المتعامل المتعاقد من تحمل تكاليف التنفيذ الزائدة من جهة وتكاليف تطوير إمكانياته وقدراته من جهة أخرى كإشراء المعدات والآلات الضرورية للقيام بالأشغال،
- عدم التغيير في مركز ومكانة المتعامل المتعاقد الذي يحتفظ بمركزه القانوني وكافة صلاحياته وامتيازاته وحقوقه حتى مع تدخل طرف ثالث في الصفقة،
- تمتع المناول باستيفاء كافة حقوقه المالية مباشرة من المصلحة المتعاقدة مما يحميه ويجنبه خطر إفسار أو إفلاس أو تماطل المتعامل المتعاقد عن الدفع،
- بقاء المتعامل المتعاقد المسؤول الوحيد أمام المصلحة المتعاقدة مما يجنب هذه الأخيرة مواجهة العديد من الأطراف أو المسؤولين إن صح التعبير،
- تخفيض الضغط على المتعامل المتعاقد، مع تقليص آجال التنفيذ والسرعة في الإنجاز،
- إستخدام تقنيات تكنولوجية عالية خاصة في حالة ما إذا كنا أمام مناولة تخصص الأمر الذي قد يصعب على المتعامل المتعاقد توفيره باعتباره يستدعي تشغيل أشخاص مؤهلين ومتخصصين وأجهزة متطورة مع تحمل تكاليف ومصاريف التكوين عند الإقتضاء،
- فسح المجال أمام الشركات والأشخاص والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لإثبات مهاراتها والمشاركة في تنفيذ الصفقات العمومية خاصة إن كانت دولية مما يمكنهم من تبادل الخبرات والمعارف،
- تشجيع وتطوير المنتج الوطني والكفاءات المحلية وإستغلالها أحسن استغلال،

■ إكتساب المناول لثقة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عند تنفيذه للجزء الممنوح له باحترافية وجودة ومهارة عالية.

هذا فيما يخص الإيجابيات لكن وجود جانب إيجابي في أسلوب المناولة لا يعني خلوه من كل إعتبارات سلبية فلكل موضوع محاسن مثلما له مساوئ، وبالتالي فمن بين السلبيات التي ينطوي عليها هذا النوع من التعاقد تتمثل في:

■ تماطل المناول في بعض الأحيان في تنفيذ الصفقة أو وجود عيب ما في الإنجاز مما يحتمل المتعامل المتعاقد خسائر وتعويضات يدفعها للمصلحة المتعاقدة الأمر الذي يثير تخوف العديد من المتعاملين اتجاه هذا الأسلوب في التنفيذ،

■ هضم حقوق المناول خاصة المالية منها في حالة تهاون المتعامل المتعاقد في القيام بواجب التصريح بمناوله،

■ فقدان المتعامل المتعاقد لمصداقيته أمام المصلحة المتعاقدة ذلك أن لجوءه المستمر إلى المناولة قد يجعلها تغير نظرتها إليه وتشكك في قدراته وإمكانياته في تنفيذ صفقاتها خاصة وأنها عند فحصها للعروض والتعهدات كانت قد اختارته هو بناء على إعتبارات شخصية وبناء على ما صرح لها من معلومات،

■ عدم إعلام المصلحة المتعاقدة في حالة وجود نزاع أو خلاف بين كل من المتعامل المتعاقد ومناوله أو مناولين أيا كان موضوعه وذلك تقاديا منهم إلى خسارة الصفقة وقطعها للعلاقة التعاقدية التي تربطها مع المتعامل المتعاقد خاصة وإن كان سبب النزاع جسيما.

■ تلاعب المتعاملين المتعاقدين وتحايلهم على المصلحة المتعاقدة وإبرامهم لمناولة غير مشروعة وغير مصرح بها أمامها لما يدرّ عليهم بمنافع ومكاسب غير قانونية.

فعلى الرغم من أهمية هذا الأسلوب وتأطيره بموجب تنظيم الصفقات العمومية بمجموعة من المواد، إلا أن هذا الأمر لا يعد كافيا لكون أن المشرع الجزائري لم يعطي لأسلوب المناولة الأهمية والإعتبار الذي يستحق خاصة وأن هذه الأخيرة أصبحت ظاهرة موجودة بكثرة في الواقع العملي لكن وللأسف بطرق غير شرعية في بعض الأحيان لإنعدام النصوص القانونية المستفيضة والدقيقة التي تحذر وتعاقب على مثل هاته الممارسات التي أصبحت إعتيادية نوعا ما عند العديد من المتعاملين المتعاقدين والمناولين على حد سواء، فغياب نصوص قانونية صارمة تحدد وبدقة كل تفاصيل المناولة من شتى الجوانب سواء تعلق

الأمر بطريقة الإبرام أو الضمانات أو النزاعات التي قد تنشأ وطرق حلها والعقوبات والغرامات المطبقة على المخالفين لأحكامها، يجعل بعض المتعاقدين يستهينون بعض الشيء بهذا الإجراء ويلجؤون إلى الطرق الملتوية من أجل تنفيذ صفقة عمومية بأكثر الأرباح.

وعليه فقد كان من الأجدر لو قام المشرع الجزائري باستحداث نص قانوني منفصل عن تنظيم الصفقات العمومية يتضمن مختلف الأحكام والمواد التي توطر مجال المناولة، بطريقة تسد كل العيوب وتمنع كل الممارسات الغير مشروعة وتغلق كافة الثغرات القانونية المتعلقة بحالة سكوت المصلحة المتعاقدة عن الرد على طلب المتعامل المتعاقد بقبول مناوله، أو حالة رفض هذا الأخير إجراء الدفع المباشر لصالح مناوله، أو حالة إجراء المناولة بأساليب وطرق غير مشروعة فما هي العقوبات الجزائية والغرامات المالية التي يمكن أن تطبق؟، كذا حالة قيام المناول بأشغال وأعمال إضافية فكيف يتم أخذها بعين الإعتبار وما هي الأحكام التي تنظمها؟ وكيف يمكن لهذا الأخير الحصول على مقابله المالي عن هذه الأعمال؟،

وكذا سد الثغرات المتعلقة بمسألة علم المصلحة المتعاقدة بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الأشغال وعدم قيامها بإعداد المتعامل المتعاقد ولا الإلتزامات التي تترتب عليها في هذا الخصوص ففي هذه الحالة من يتحمل المسؤولية اتجاه المناول وما هي الآثار التي قد تنتج عن إخلال صاحبة المشروع بهذا الإجراء الجوهري وهل يمكن أن تطبق عليها عقوبات وإن تم تطبيقها فما نوعها ومن يتولى توقيعها وهل هي عقوبات إدارية أم جزائية؟، وما مدى التزمات ومسؤوليات المناول اتجاه المتعامل المتعاقد الأصلي والغير خاصة وإن أحدث هذا المتعامل الثانوي أضرارا للغير بمناسبة تنفيذه للجزء من الصفقة العمومية الممنوحة له ففي هذه الحالة من يتحمل المسؤولية؟،

أسئلة وأخرى وممارسات واقعية يجب على المشرع إعادة النظر فيها وتنظيمها وأخذها بعين الإعتبار عن طريق الإجابة عنها بموجب مواد قانونية صارمة وحازمة في هذا المجال في إطار نص تشريعي أو تنظيمي مستقل.

حاليا أصبح تدخل المشرع ضروري ومستعجل من أجل وضع كيان قانوني خاص ينظم العلاقات التي تحكم المناولة أي العلاقة العقدية التي تجمع بين المصلحة المتعاقدة والمقاول الأصلي أو المتعامل المتعاقد والتي أساسها عقد الصفقة العمومية المبرم بينهما، والعلاقة التعاقدية الرابطة بين هذا الأخير والمناول التي يحكمها عقد المناولة،

وعلاقة هذا الأخير بالمصلحة المتعاقدة، وكذا تنظيمه لحالة تعاقد المناول باطنيا مع مناول آخر أي إبرامه لعقد مناولة آخر ومدى جواز هذا التعاقد والشروط والإجراءات الواردة والمطبقة عليه، الأمر الذي يعرف في القانون الفرنسي بـ " سلسلة المناولة " sous-traitance en chaine.

رغم الدور الهام الذي تكتسيه المناولة واعتمادها في العديد من الدول وعلى رأسها فرنسا كأسلوب إستثنائي فعال في تنفيذ الصفقات العمومية، إلا أنها لازالت بعيدة المنال في الجزائر فحتى ولو كانت منظمة نظريا إلا أنها أحيانا لا تلقى التطبيق الذي يليق بها في الأوساط العمومية، وذلك راجع لعدة أسباب تختلف من طرف إلى آخر يمكن إيجازها سواء من حيث المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد أو المناول، فلكل طرف من الأطراف أسبابه ودوافعه الخاصة التي تمنعه من اللجوء أو بالأحرى من التصريح والقبول بالمناولة.

نظريا لا يمكننا إنكار دور النصوص التنظيمية وما تهدف إليه من خلال إدماج المؤسسات الوطنية في تنفيذ الصفقات العمومية وترقية الإنتاج الوطني وإنتهاج سياسات الدعم والتعاون وتبادل الخبرات وتكريس مبادئ الشفافية والمساواة، إلا أن الواقع العملي يختلف أشد الإختلاف مع ما هو محصور تنظيميا، إذ يرجع سبب عدم تعامل بعض المصالح المتعاقدة بهذا الأسلوب إلى تخوفها وتفاديها الدخول في متاهات وأمور معقدة واتفاقات هي في غنى عنها، سواء كان ذلك من حيث التنفيذ أو الضمان أو التسوية المالية أو المسؤوليات.

فعمليا وبعد تعاقد صاحبة المشروع مع شخص واحد تجد نفسها أمام العديد من الأشخاص في صفقة واحدة مما يطرح لها إشكالا على مستوى دفع المقابل المالي، فبعدما كانت تدفعه لحساب واحد تصبح تدفعه لحسابين أو عدة حسابات، كما أن المصلحة المتعاقدة تتحفظ نوعا ما في الموافقة على المناولة لتفادي نزاعات محتملة مع المناول فيما يخص الجانب المالي، كما أن أكبر دافع لها هو عدم رغبتها في الدخول في صراعات ومنازعات هي في غنى عنها ذلك أنه وفي حالة حدوث خلاف بين المتعامل المتعاقد والمناول سيتم حتما إدخالها فيه باعتبارها هي من سمحت وصرحت للأول بإبرام عقد المناولة أين يسعى الطرف المتضرر إلى تحميلها جزء من المسؤولية وهو أمر لا تحبذه الإدارة مما يجعلها تتجنب كل ما من شأنه الإضرار بها وخلق مشاكل لها.

أما بالنسبة للمتعاقد للمتعاقد فإن امتناعه في بعض الأحيان عن اللجوء إلى المناولة راجع بالدرجة الأولى إلى تخوفه من سوء تنفيذ المناول للجزء الممنوح له أو إرتكابه لأخطاء أو تجاوزه مدة الإنجاز وغيرها من الأمور التي تجعله يتحمل المسؤولية أمام الإدارة وتعويضها عن أخطاء لم يرتكبها، كما أنه حتى ولو أراد التعامل ثانويا وعلى الرغم من الإلتزام الواقع على عاتقه بالتصريح بالمناول، إلا أنه عمليا لا يقوم بهذا الإلتزام كون أن من مصلحته ألا يطلع المصلحة المتعاقدة عن مناويله ويتعاقد عن طريق هذا الأسلوب بصفة غير مشروعة بدون إعلام ولا ترخيص، فلو قام بالتصريح به لجبر على تحديد المبلغ المتفق عليه أي 40 % بدقة في العقد المبرم بينهما وبالتالي تقاضي المناول لهذا المبلغ بالكامل من صاحبة المشروع، في حين أنه يفضل التعامل ثانويا بطريقة سرية والإتفاق مع هذا الأخير على مبلغ معين يكون عادة ضئلا مقارنة بالمبلغ الحقيقي الواجب دفعه وأخذ هامش ربح خاص به، وبالتالي يصبح مجال المناولة أو بالأحرى مجال الصفقات العمومية ميدانا للسمرسة والتجارة والمعاملات الخارجة عن مظلة القانون والتنظيم.

أما من جهة المناول فهو الآخر قد يتهرب من تسوية وضعيته والقيام بكافة الإجراءات القانونية حتى لا يجد نفسه في مجابهة المصالح والإدارات الضريبية وحتى مفتشيات العمل والضمان الإجتماعي والتأمين من خلال الفواتير التي يتعامل بها والسجل التجاري وغيرها من الأمور - إذ تجدر الإشارة إلى أنه عمليا بعض الأشخاص المناولين هم أشخاص يشتغلون بصفة غير قانونية وغير شرعية - .

وعليه فإنه لا بد من تدارك كافة هاته النقائص وتطوير الوعي والإدراك لدى المتعاملين والمتدخلين في الصفقات العمومية، فبعد انتقالنا إلى العديد من الإدارات العمومية ومن بينها مديرية الشباب والرياضة، الديوان الوطني للترقية العقارية، مديرية الأشغال العمومية... ومن خلال المعلومات القيمة التي تحصلنا عليها فإننا لم نجد أي إدارة من هاته الإدارات تعتمد أو تتعامل بأسلوب المناولة، أين ترفض السماح للمتعاقد معها باللجوء إلى هذا التعامل خوفا منها على حسن تنفيذ الصفقة وفي بعض الأحيان وعلى الرغم من إقرارها ببند يجيز اللجوء إلى التعاقد من الباطن في دفتر الشروط أو عقد الصفقة العمومية، إلا أنها لم تصادف أن قدم لها المتعاقد معها عقد مناولة أو لجأ إليه بطريق شرعي وتنظيمي، ذلك أنه وفي أغلب الحالات يتم اللجوء إلى إبرام مناولة بطرق ملتوية وغير مشروعة.

إذ نستخلص من خلال كل ما سبق أن المناولة وباعتبارها حديثة النشأة على أرض الواقع فإنها تعترضها عراقيل شتى سواء تعلق الأمر بمفهومها أو تطبيقها ويمكننا تلخيص هاته العراقيل في النقاط التالية:

- قلة وضعف الوعي العام بأهمية المناولة وآلياتها ودورها،
- عدم اهتمام العديد من المتعاملين المتعاقدين باللجوء إلى هذا الأسلوب لجهلهم بالأحكام التي تنظمه وعدم إلمامهم به،
- عدم وجود قانون منفصل ينظم العلاقات بين المناولين والمتعاملين المتعاقدين والمصالح المتعاقدة وتحديد التزامات وحقوق و ضمانات كافة الأطراف بصفة مفصلة ودقيقة.

ومن أجل مواجهة كافة هاته العراقيل وغيرها من الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ وتجسيد الصفقات العمومية عن طريق المناولة ونشر ثقافة التعاون وإشراك الأشخاص والمؤسسات خاصة الصغيرة والمتوسطة منها وكذا الرقي بالمنتوج والشركات الوطنية والمحلية ومنحها فرصة المشاركة في الصفقات العمومية سواء كانت وطنية و/أو دولية، فإننا نقترح إضافة إلى خلق نصوص قانونية مستقلة ومراسيم أو قرارات تعنى بالإجابة عن كافة التساؤلات المتعلقة بالمناولة وضبط تفاصيلها وسد ثغراتها أن يتم:

- زيادة الإهتمام بالمناولة في مجال الصفقات العمومية خاصة لإحداث الإدماج والتكامل بين المؤسسات والشركات،
- تشجيع المتعاملين المتعاقدين على اللجوء إلى المناولة عن طريق خلق تحفيزات جبائية وتسهيلات إدارية وكذا تخفيضات ضريبية،
- ضرورة تعامل المتعاقدين في الصفقات العمومية مع شركات وطنية لترقية المنتج الوطني وتطوير الشركات الوطنية والحد من التعامل عن طريق المناولة مع شركات ومؤسسات أجنبية ودولية مما يكلفها مبالغ باهضة،
- تفعيل دور وصلاحيات المجلس الوطني لترقية المناولة ومنحه سلطات أوسع خاصة في مجال تطبيق هذا الأسلوب الإستثنائي والرقابة عليه،
- خلق لجان ولائية ومحلية للنظر في النزاعات القائمة بين المتعاملين المتعاقدين والمناولين على أساس أنها نزاعات تنشأ بمناسبة تنفيذ صفقات عمومية وهذا لفرض نوع

من الرقابة والتنظيم والصرامة على هذا الأسلوب وعدم تركه مجالا وبابا مفتوحا على مصراعيه أمامهم.

■ تحسيس الشركات بأهمية التعاقد من الباطن أو التعاقد عن طريق المناولة في شتى الجوانب والمجالات،

■ التأكيد على ضرورة وأهمية إعداد عقود مكتوبة تحدد وبدقة حقوق والتزامات و ضمانات جميع الأطراف بوضوح تام لا لبس فيه، والحد من المناولات الغير مشروعة والشفهية.

■ التأكيد على الجزاءات والعقوبات المطبقة على الأشخاص والمؤسسات المخلة بأحكام المناولة، ومنحها طابع الصرامة والتشديد في التطبيق.

ومن هنا وانطلاقا من كل ما قمنا بدراسته، فإننا نخلص إلى القول أن التعامل الثانوي أو المناولة ما هي إلا وسيلة استثنائية لتنفيذ الصفقات العمومية التي تستدعي تدخل طرف ثالث في علاقة تعاقدية ثنائية في أصلها، لكن هذا الطرف وعلى الرغم من تدخله إلا أنه ليس بالأمر السهل أو الهين فعلى هذا الأخير والمسمى تنظيميا بالمناول أن يتبع طريقا طويلا وشاقا نوعا ما في سبيل خلق نوع من الحصانة والحماية حول نفسه سواء تعلق الأمر بالجانب التعاقدى أو التنفيذى أو المالى أو النزاعى.

فباعتباره - وإن نظرنا وتمعنا في مركزه القانوني - حلقة أضعف أو إن صح التعبير طرفا مستضعفا في علاقة تعاقدية تجمع بين سلطة عامة وطرف أقوى مع متعاقد يفوقه إمتيازات و ضمانات و حصانات و حقوق، فإن المشرع الجزائري - وعلى الرغم من قلة المواد التنظيمية التي تنظم هذا المجال أي مجال المناولة - إلا أنه سعى جاهدا إلى خلق دائرة حصانة حول هذا الطرف الضعيف ولم يتوانى في حمايته عن طريق فرضه لمجموعة من الشروط والإجراءات المطبقة على المناولة لعل أهمها إشتراطه تحرير إتفاق المناولة الحاصل بين المتعامل المتعاقد والمناول في شكل مكتوب يحدد كافة الحقوق والإلتزامات و الضمانات لكلا الطرفين وإعطاء نسخة منه للمصلحة المتعاقدة، وهو لغاية منه في تكريس رقابة هذه الأخيرة على أعمال وتصرفات المتعاقد معها ومدى مشروعية البنود الواردة في الإتفاق من جهة وحماية المناول من تلاعبات وإنكار المتعامل المتعاقد من جهة أخرى.

كما تظهر أكبر حماية كفلها التنظيم للمناول في تمكينه من إجراء الدفع المباشر من المصلحة المتعاقدة الذي يعد بمثابة حق يفتح له المجال أمام حقوق مالية أخرى إذا ما

كان مسموحاً به ومذكوراً في عقد الصفقة العمومية ودفتر الشروط، والغرض من ذلك هو رغبة المرسوم الرئاسي 15-247 في حماية المناول من تعسف أو تماطل أو إفسار وإفلاس المتعامل المتعاقد الأصلي، وكذا عدم تحميله لأخطاء وأمور لا دخل ولا يد له فيها كمعاقبة المصلحة المتعاقدة لهذا الأخير عن خطأ ارتكبه في التنفيذ وعدم دفعها لمبلغ تنفيذ الأشغال لحين الإنتهاء منها وإصلاحها، وغيرها من الأمور التي قد تهدد الحق المالي للمناول.

الملاحق

الوثيقة رقم (I)

(رأي إستشاري لمجلس المحاسبة اللبناني بخصوص قبول تنازل عن صفقة)

رئاسة مجلس الوزراء
ديوان المحاسبة

رأي استشاري
صادر عن ديوان المحاسبة سندا للمادة 87 من قانون تنظيمه

رقم الرأي : 2009/13

تاريخه : 2009/1/20

رقم الأساس : 2008/67 استشاري

الموضوع: الموافقة على التنازل عن عقد تقديم وتركيب واستثمار لوحات إعلانية في مطار رفيق الحريري الدولي وعلى الطرق المؤدية إليه لصالح شركة آربورت بلوس ش.م.ل.

المرجع: كتاب وزير الأشغال العامة والنقل رقم 777/ص تاريخ 2008/12/20.

* * *

الهيئة

رئيس الغرفة : ناصيف ناصيف

المستشار : عبد الله القتات

المستشار : سنا كروم سلمان

* * *

أن ديوان المحاسبة (الغرفة الثانية)

بعد الاطلاع على كافة الأوراق بما فيها تقرير المقرر، ولدى التدقيق والمداولة،

تبين ما يلي:

أنه ورد ديوان المحاسبة بتاريخ 2008/12/30 كتاب السيد وزير الأشغال العامة والنقل رقم 777/ص تاريخ 2008/12/20 الذي يشير فيه إلى ما يلي:

1- أن شركة ميديا بلوس تقدمت من الوزارة بطلب الموافقة لها على التفرغ عن عقد تقديم وتركيب واستثمار لوحات اعلانية في مطار رفيق الحريري الدولي وعلى الطرق المؤدية إليه والموقع مع وزارة الأشغال العامة والنقل بالتكافل والتضامن لصالح شركة أربورت بلوس.

2- أن المادة /18/ من عقد تقديم وتركيب واستثمار لوحات إعلانية في مطار رفيق الحريري الدولي وعلى الطرق المؤدية إليه نصت على أنه: "يحظر على من رست عليه المزايدة أن يتفرغ أو يبيع أو يتنازل إلى الغير كلياً أو جزئياً عن حقوقه في هذا الإستثمار سواء بالبيع أو الرهن أو بأية صورة أخرى بدون موافقة الإدارة الخطية المسبقة".

3- أنه لا مانع لدى وزارة الأشغال العامة والنقل بحول دون الموافقة على طلب شركة ميديا بلوس بإجراء التنازل المطلوب عن العقد الموقع مع وزارة الأشغال العامة والنقل - المديرية العامة للطيران المدني لصالح شركة أربورت بلوس ش.م.ل.

وأن السيد وزير الأشغال العامة والنقل يخلص في كتابه المذكور إلى طلب إبداء الرأي بطلب شركة ميديا بلوس المشار إليه أنفاً.

وأنه بتاريخ 2009/1/15 عقدت في ديوان المحاسبة جلسة استيضاحية مع مدير المطارات في المديرية العامة للطيران المدني مكلفاً من قبل المدير العام للطيران المدني.

بناءً عليه

بما أن الموضوع المطلوب ابداء الرأي بشأنه يتعلق بطلب شركة ميديا بلوس الموافقة لها على التنازل عن حقوقها في استثمار الإعلانات في مطار رفيق الحريري الدولي - بيروت إلى شركة أربورت بلوس وذلك بالتكافل والتضامن وعلى مسؤوليتهما الكاملة مع التعهد بالتقيد بكافة بنود العقد وأحكام دفتر الشروط الخاصة استناداً إلى احكام دفتر الشروط الخاص لاسيما المادة الثامنة عشرة منه.

وبما أن الفقرة الرابعة من المادة /18/ من دفتر الشروط الخاص نصت على أنه: "يحظر على من رست عليه المزايدة أن يتفرغ أو يبيع أو يتنازل إلى الغير كلياً أو جزئياً عن حقوقه في هذا الإستثمار سواء بالبيع أو الرهن أو بأية صورة أخرى بدون موافقة الإدارة الخطية المسبقة".

وبما أنه يترتب على توقيع أي عقد إداري بين الإدارة والملتزم حقوق لهذا الأخير وأهمها تنفيذ الإلتزام بنفسه دون أن يحق للإدارة إعادة إسناد الإلتزام إلى أي فريق آخر.

وبما أن التنازل عن الحقوق سواء في نطاق العقود المدنية أو العقود الإدارية أمر متعارف عليه وقد يشمل ذلك التنازل عن العقد بكامله إلى الغير (Cession de contrat ou Cession de marché) أو التنازل عن حق الدين (Cession de créance).

وبما أن التنازل عن العقد يحرر المتنازل من موجباته التعاقدية التي تنتقل إلى المتنازل له الذي يصبح الفريق الثاني في العقد ويحل بالتالي مكان المتنازل".

"La cession de contrat libère le cédant de ses obligations contractuelles qui sont transmises au cessionnaire... Il en résulte que le cessionnaire d'un contrat devient toujours partie contractante et se substitue au cédant..." Et "La cession de contrat postule que le cédant veut quitter la sphère des relations contractuelles..."

وبما أن التنازل عن العقد يندرج في إطار العقود المتسلسلة Catégorie des "chaînes" de contrats الذي ينطبق أيضاً على التعاقد من الباطن أو (La sous-traitance) وهذا النوع الأخير وأن اختلف مع التنازل عن العقد لناحية بقاء الملتزم الأساسي وليس الثانوي الفريق الأساسي في العقد في حين أن المتنازل له يصبح الفريق الأساسي في العقد كما أسلفنا إلا أنهما يتشابهان لناحية ضرورة الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة المسبقة وهذا الشرط المسبق غالباً ما يتم إدراجه في دفاتر الشروط الخاصة.

وبما أن وزير الأشغال العامة والنقل أورد في كتابه رقم 777/ص تاريخ 2008/12/20 أن لا مانع يحول دون موافقة الوزارة على طلب شركة ميديا بلوس بإجراء التنازل لصالح شركة آربورت بلوس.

وبما أنه ولئن كان الإجتهد الصادر في نطاق الصفقات العمومية لا يجيز التنازل عن هذه الصفقات بين شركات لا يجمع بينها رابط قانوني:

"Le transfert du marché par avenant, d'une société à une autre, est possible si les modifications de la situation de la société titulaire n'affectent pas sa personnalité morale..." Et "La commission centrale des marchés estime que la cession d'un marché à une entreprise n'entretenant aucun lien juridique direct avec le titulaire initial est impossible car elle reviendrait à attribuer le marché à une entreprise désignée en dehors de toute procédure prévue par le code des marchés publics."

معتبراً في ذلك أن مثل هكذا تنازل من شأنه تخطي القواعد الموضوعة لتلزيم الصفقات العمومية وأبرزها تأمين المنافسة بين أكبر عدد ممكن من الملتزمين، وبالتالي وجوب إعادة التلزيم كلما تبين للإدارة أن تغييرات جوهرية ستطرأ على الصفقة العمومية من جراء التنازل عنها:

"...Dans le cas où la personnalité morale de l'entreprise titulaire du contrat se trouve réellement affectée par une opération de cession... et dans le cas où de telles opérations modifieraient en profondeur les éléments organiques et matériels de la convention, cela pourrait ainsi conduire à la nécessité de passer un nouveau contrat... un avenant de transfert ne suffit pas, la collectivité doit désigner un nouveau titulaire dans le cadre des procédures de mise en concurrence prévues par la réglementation."

وبما أن مدير المطارات في المديرية العامة للطيران المدني أفاد خلال الجلسة الإستيضاحية التي عقدت معه بأن شركتي "ميديا بلوس" و "آربورت بلوس" هما شركتين مستقلتين ولهما شخصيتين معنويتين مختلفتين وقد اشترك كل منهما بشكل مستقل في المزايدة التي جرت لتلزيم استثمار إعلانات المطار.

وبما أنه ولئن كان الإجتهااد الآنف ذكره واضحاً في هذا المجال إلا أن ما يسمح بتخطيه هو أن شركة "ميديا بلوس" قد تنازلت لشركة "آربورت بلوس" عن تنفيذ الإلتزام بالتكافل والتضامن وعلى مسؤوليتهما الكاملة مع التعهد بكافة بنود العقد وأحكام دفتر الشروط الخاصة، ودون أي تغيير جوهري في مضمون وغاية الإلتزام الأساسي.

"...La cession de contrat libère le cédant de ses obligations contractuelles qui sont transmises au cessionnaire... Cette libération n'est sans doute pas totale dans la mesure où le cédant reste tenu à l'égard du cédé en qualité de garant..."

وبما أنه وفي جميع الأحوال على الإدارة أن لا تسمح بإجراء التنازل إلا في حال توافرت لدى المتنازل له جميع الشروط المفروضة للإشتراك في التلزيم الأساسي:

"En toute hypothèse, la cession de contrat ne peut être autorisée que si le cédant remplit les conditions requises des candidats à la commande publique...."

وبما أنه تأسيساً على ما تقدم، يمكن قبول التنازل الحاصل بين شركتي "ميديا بلوس" و"آربورت بلوس" شرط عدم تضمين عقد التنازل أي بند يحد من الضمانات الممنوحة للإدارة لقاء موافقتها على التنازل المذكور.

لذلك

يرى الديوان:

أولاً: الإجابة وفقاً لما تقدم.

ثانياً: إبلاغ هذا الرأي إلى كل من وزارة الإشغال العامة والنقل - المديرية العامة للطيران المدني - والنيابة العامة لدى الديوان./.

* * *

رأياً استشارياً صدر في بيروت بتاريخ العشرين من شهر كانون الثاني سنة ألفين وتسعة./.

رئيس الغرفة	المستشار	المستشار	كاتب الضبط
ناصر ناصيف	عبد الله القاتات	سنا كروم سلمان	وسيم كاملة

يحال على المراجع المختصة

بيروت في 20/01/2009

عن رئيس ديوان المحاسبة
المدعي العام
القاضي جوزيت طراوي راشد

الوثيقة رقم (II)

(نموذج عن عقد مناولة)

CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

ENTRE

La société (indiquer le nom et la désignation commerciale) ayant pour siège social (ou pour adresse principale...préciser l'adresse rue / ville / CP) immatriculée RCS (préciser le RCS, SIRET ou autre numéro d'immatriculation disponible), ici représentée par M/Mme. (indiquer M./Mme, le nom et prénom du représentant autorisé pour ce contrat),

Ci-après dénommée « le Sous-traitant »,

ET

La société / l'association / l'établissement (*indiquer l'organisme, son numéro d'immatriculation, et son adresse*), ci-après dénommée le « Donneur d'ordre », ici représentée par M/Mme (*indiquer M./Mme, le nom et prénom du représentant autorisé pour ce contrat*)

Ci-après dénommées conjointement « les Parties »

ETANT PREALABLEMENT EXPOSE QUE :

Le Donneur d'ordre souhaite faire exécuter des tâches par le Sous-traitant. Le présent contrat a pour objet de définir le cadre juridique dans lequel le Sous-traitant devra exécuter les tâches qui lui sont confiées ainsi que les obligations respectives des parties au contrat.

IL EST CONVENU CE QUI SUITE

Article 1 – Objet des tâches à réaliser par le Sous-traitant

Les tâches confiées au Sous-traitant sont les suivantes :

1.1. (*décrire la tâche ou la mission confiée*)

1.2. (*décrire la tâche ou la mission confiée*)

Article 2 – Durée - Délai d'exécution – Rapports

2.1. Le contrat est conclu pour une durée de(*préciser la durée*).... à compter de (*préciser une autre disposition que la date de signature, le cas échéant*) et prendra fin le

2.2. Les tâches à réaliser doivent intervenir suivant le calendrier suivant :

..... (*préciser un éventuel calendrier ou l'indiquer en annexe*)

2.3. Des rapports portant sur(*préciser la nature des rapports, relevés ou comptes-rendus à fournir selon votre situation*)..... devront être adressés au Donneur d'ordre aux dates suivantes :

..... (*indiquer un calendrier*).....

Article 3 – Prix

Pour la réalisation des tâches prévues au contrat, le Sous-traitant recevra les paiements ci- après :

(indiquer le budget global, la grille des prix, etc.

Article 4 – Exécution de la prestation

Le Sous-traitant s’engage à mener à bien la tâche précisée à l’article 1, conformément aux règles de l’art et de la meilleure manière.

Le Donneur d’ordre s’engage à mettre tout en œuvre pour aider le Sous-traitant à respecter ses engagements contractuels.

Article 5 – Obligation de confidentialité

Les parties considèrent comme strictement confidentiel et s’interdisent de divulguer toute information, document, donnée ou concept dont elles pourraient avoir connaissance à l’occasion du présent contrat. Pour l’application de la présente clause, les parties répondent de leurs salariés comme d’elles-mêmes. Toutefois, les parties ne sauraient être tenues pour responsables d’aucune divulgation si les éléments divulgués étaient dans le domaine public à la date de la divulgation, ou si elles en avaient connaissance ou les obtenaient de tiers par des moyens légitimes.

Article 6 – Propriété des résultats

Les résultats de la prestation seront la propriété commune des parties. Les parties s’interdisent de faire état desdits résultats et de les utiliser de quelque manière que ce soit, sauf à obtenir préalablement l’autorisation écrite de l’autre partie. Leur protection éventuelle et leur valorisation feront l’objet d’une nouvelle convention.

Article 7 – Responsabilité

Le sous-traitant est responsable des dommages causés à autrui à l’occasion de l’exécution des obligations résultant du présent contrat et garantit le Donneur d’ordre contre tous recours et actions exercés contre ce dernier de ce chef, et ce aussi longtemps que la responsabilité du Donneur d’ordre peut être recherchée.

Article 7 – Fin anticipée du contrat

Les parties pourront mettre fin au contrat de manière anticipée en cas de manquements graves ou répétés de l’une ou de l’autre à ses obligations.

Article 8 – Litiges

Afin de trouver ensemble une solution à tout litige qui surviendrait dans l’exécution du présent contrat, les Parties conviennent de se réunir physiquement ou par conférence téléphonique dans les sept jours à compter de la réception d’une lettre recommandée avec accusé réception, notifiée par l’une des deux parties. Si au terme d’un délai de quinze jours, les parties n’arrivent pas à se mettre d’accord sur un compromis ou une solution, le litige serait alors soumis à la compétence

juridictionnelle du Tribunal de Commerce de (préciser la ville du tribunal de commerce proche de votre siège) exclusivement compétent.

Article 9 - Invalidité d'une clause

Si une ou plusieurs conditions du présent contrat étaient tenues pour non valides ou déclarées telles en application d'un traité, d'une loi ou d'un règlement, ou encore à la suite d'une décision définitive d'une juridiction compétente, les autres stipulations garderaient toute leur force et leur portée. Les Parties procéderont alors sans délai aux modifications nécessaires en respectant, dans toute la mesure du possible, l'accord de volonté existant au moment de la signature du présent contrat.

Fait à, le

en autant d'originaux que de parties, chacune reconnaissant avoir reçu le sien.

Pour le Donneur d'ordre

Pour le Sous-traitant

(Signer et appliquer le cachet de l'entreprise, avec la mention " lu et approuvé ")

الوثيقة رقم (III)

(Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics)

Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics

Paris, le 7 octobre 1976

*Le ministre délégué auprès du premier ministre
Chargé de l'économie et des finances à Mesdames et
Messieurs les ministres et secrétaires d'Etat,*

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et le décret n° 76-476 du 31 mai 1976 pris pour son application ont apporté des changements substantiels à l'exercice de la sous-traitance dans les marchés publics.

Les objectifs poursuivis par cette réforme tendent à prémunir les sous-traitants, tout à la fois, contre les aléas économiques pouvant affecter leurs donneurs d'ordres, c'est-à-dire les titulaires des marchés, et contre certaines pratiques inéquitables que ceux-ci pourraient être tentés de leur imposer.

Pour répondre au premier de ces objectifs, la loi impose le paiement direct par la collectivité publique contractante de la plupart des sous-traitants tout en offrant, sous certaines conditions, à ceux qui ne bénéficient pas d'un tel paiement la possibilité de demander à cette collectivité le règlement de leurs créances en cas de défaillance de leurs donneurs d'ordres.

Par ailleurs, et ceci constitue le second objectif, en vue d'assurer un meilleur équilibre des relations contractuelles des sous-traitants avec leurs donneurs d'ordres, la loi donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance.

La présente circulaire commente les nouvelles dispositions législatives et réglementaires et précise les modalités qui paraissent de nature à en assurer l'application dans les meilleures conditions, elle comporte en annexe des indications relatives à l'enregistrement, dans la comptabilité des titulaires de marchés, des paiements effectués directement par la collectivité publique contractante aux sous-traitants.

PREMIERE PARTIE

LES CONDITIONS DE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE

Le principe antérieur de la liberté du recours à la sous-traitance est confirmé ; les innovations essentielles concernent les conditions d'exercice de la sous-traitance.

A. Principe de la liberté de sous-traiter :

Le choix entre l'exécution personnelle par le titulaire de la totalité des prestations prévues dans le marché et le recours à un ou plusieurs sous-traitants relève de l'initiative du titulaire sous la seule réserve qu'il ait obtenu de la personne responsable du marché, dans les conditions indiquées ci-après, l'acceptation de ses sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les sous-traités.

S'agissant de la liberté de sous-traiter, la loi n'a apporté aucun changement à la situation antérieure. Elle fournit, en revanche, des précisions quant aux prestations pouvant être sous-traitées.

B. – Champ d'application de la sous-traitance

Sous le régime du décret n° 73-329 du 14 mars 1973, il était admis qu'il y avait sous-traitance dès lors qu'une entreprise exécutait une fraction d'un marché conformément aux spécifications figurant dans celui-ci.

La part sous-traitée pouvait porter sur une fraction de la prestation globale prévue dans le marché. Tel était le cas de l'exécution d'un bâtiment particulier, pour un marché prévoyant la construction d'un ensemble immobilier, de la réalisation d'un certain nombre de kilomètres de voie routière, pour un marché portant sur la construction de routes, ou de l'exécution soit d'une étude particulière, soit d'une partie d'un service dans le cas, respectivement, d'un marché d'études ou de services.

La part sous-traitée pouvait également correspondre à des prestations nécessaires à la réalisation du marché. Ainsi, dans le domaine des marchés de travaux, l'exécution d'un lot technique particulier, de même que, s'agissant des marchés industriels, la réalisation de pièces intégrées dans la prestation globale ou nécessaires, à sa réalisation du marché, pouvait être sous-traitée.

En revanche, les composants disponibles sur catalogue et ne nécessitant pas une adaptation spéciale à la prestation globale étaient considérés comme des fournitures ordinaires ne pouvant donner lieu à sous-traitance. Ainsi en était-il, par exemple, de la fourniture de batteries destinées à équiper indifféremment les véhicules commandés par le secteur public et par des acheteurs privés alors que la fabrication de batteries répondant aux exigences particulières d'un acheteur public pouvait être partiellement sous-traitée.

A l'usage, il est apparu que les critères de distinction rappelés ci-dessus ont, dans la majorité des cas, permis de déterminer les prestations pouvant être sous-traitées. Une incertitude subsistait toutefois à propos de certaines d'entre elles.

L'article 1er de la loi, qui se réfère à la notion civiliste de « contrat d'entreprise », apporte une précision complémentaire de nature à clarifier la situation.

Les contrats d'entreprise, appelés également contrats de louage d'ouvrage ou d'industrie, doivent, en effet, être distingués d'autres contrats notamment ceux de travail et de vente.

Pour s'en tenir à ces derniers, leur différence essentielle par rapport aux contrats d'entreprise tient au fait qu'ils portent sur la fourniture d'objets qui n'ont pas été fabriqués pour répondre à la demande d'un seul acquéreur et conformément aux spécifications fournies par lui.

Cette différence ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour l'exécution d'un contrat d'entreprise, l'entrepreneur, outre son travail, fournisse certaines matières premières. Dans la mesure où ces fournitures sont d'une valeur inférieure à celles des autres prestations prévues par le contrat d'entreprise, elles n'affectent pas sa qualification juridique.

Au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, seuls les marchés s'analysant comme des contrats d'entreprise peuvent être partiellement sous-traités au moyen de contrats qui doivent eux-mêmes avoir le caractère de contrat d'entreprise.

Il en résulte que les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux marchés de fournitures courantes. En revanche, les marchés industriels, de travaux ou de services peuvent, selon les cas, faire l'objet soit de contrats d'entreprise conclus avec des sous-traitants, soit de contrats de vente conclus avec des fournisseurs.

Si la décision d'exécuter personnellement la totalité du marché ou d'en sous-traiter une partie appartient au seul titulaire, la liberté de sous-traiter, n'en est pas moins soumise à certaines conditions.

C. – Conditions d'exercice de la sous-traitance

Deux conditions sont posées à l'exercice de la sous-traitance :

Le titulaire ne peut donner en sous-traitance la totalité de son marché ;

Les sous-traitants doivent être acceptés par la collectivité publique contractante et les conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance doivent être agréées par elle.

I. – La sous-traitance ne peut porter sur la totalité du marché.

Le nouvel article 2 du code des marchés publics confirme la faculté antérieurement reconnue au titulaire de sous-traiter « certaines parties de son marché ». *A contrario*, le titulaire est donc tenu d'effectuer une partie des prestations.

Il appartient aux services contractants et aux autorités de contrôle de s'assurer du respect de ce principe. Il convient, notamment, de veiller à ce que soient écartées par les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées.

II. – L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement des contrats de sous-traitance

1. Les buts respectifs de l'acceptation et de l'agrément :

Alors que l'acceptation des sous-traitants est prévue dans l'intérêt de la collectivité publique contractante, l'agrément des conditions de paiement répond à un souci de protection des sous-traitants. L'acceptation permet à l'acheteur public de connaître le sous-traitant auquel un soumissionnaire ou un titulaire envisage de confier l'exécution d'une partie du marché. Ainsi, informée, la collectivité contractante peut, en connaissance de cause, refuser le sous-traitant dont l'intervention serait de nature à nuire à une bonne exécution du marché.

La demande d'acceptation est aussi l'occasion pour la personne responsable du marché d'apprécier si, au regard des critères rappelés ci-dessus, les prestations que le titulaire se propose de faire exécuter par un tiers peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

Sous réserve qu'il en soit bien ainsi, il convient de souligner que deux raisons contribuent à ce que le refus d'acceptation soit exceptionnel. En premier lieu, le titulaire est responsable de l'exécution de la totalité des prestations prévues dans le marché, y compris celles qui sont sous-traitées. La collectivité publique dispose donc d'une garantie en cas de défaillance du sous-traitant.

En second lieu, le développement de la sous-traitance est l'une des voies conduisant à une plus large participation des petites et moyennes entreprises à l'exécution des commandes publiques. Il n'en demeure pas moins que l'acceptation d'un sous-traitant et le retrait d'acceptation, dans les cas exceptionnels où un tel retrait s'avérerait nécessaire, sont des actes discrétionnaires qui bien que devant être fondés en droit, n'ont pas à être motivés.

Alors que l'acceptation des sous-traitants était déjà prévue par la réglementation, l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constitue une des innovations introduites par la loi.

Au même titre que la communication des sous-traités – cf. ci-après – l'agrément est un moyen pour la personne responsable du marché de constater si les rapports entre sous-traitants et titulaires de marchés sont équilibrés.

En effet, l'activité de sous-traitance met souvent en relation une entreprise importante titulaire d'un marché public et une petite ou moyenne entreprise sous-traitante. Il n'est donc pas rare que le rapport des forces soit défavorable aux sous-traitants.

Cette situation n'est nullement propre aux marchés publics, mais elle peut revêtir un caractère inéquitable dans la mesure, notamment, où le titulaire du marché bénéficie d'avantages financiers de son client, révision de prix, avances, acomptes notamment et ne les répercute pas sur ses sous-traitants.

L'examen en vue de l'acceptation des conditions de paiement ne doit pas conduire la personne responsable du marché à s'immiscer dans les relations du titulaire avec le sous-traitant. Il ne doit pas non plus être utilisé comme argument pour une renégociation des offres ou des stipulations contractuelles.

Son but essentiel est de permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le sous-traité.

2. Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément ;

L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constituent deux formalités indissociables et obligatoires.

Le défaut d'acceptation et d'agrément soit que le titulaire ait omis de les solliciter, soit que l'un ou l'autre et *a fortiori* les deux aient été refusés entraîne en effet tant pour le titulaire que pour le sous-traitant les conséquences suivantes :

Le sous-traitant ne peut bénéficier du paiement direct. Le titulaire, quant à lui, encourt deux risques. Le premier résulte de l'application par le maître de l'ouvrage des sanctions prévues par l'application par le maître de l'ouvrage des sanctions prévues par les C.C.A.G. en cas de sous-traitance occulte. Le second procède de la nullité relative instituée par l'article 3 de la loi ; le sous-traité est opposable par le sous-traitant au titulaire sans qu'il y ait réciprocité.

L'acceptation et l'agrément peuvent être demandés soit avant, soit après la conclusion du marché :

a) Demandes d'acceptation et d'agrément formulées avant la conclusion du marché :

Deux procédures peuvent être suivies pour la présentation de ces demandes.

Dans le cadre de la première, les candidats à l'attribution d'un marché public indiquent à la personne responsable du marché, dans leurs offres ou dans leurs soumissions, la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter. S'agissant des marchés négociés, ces précisions sont fournies en cours de négociation.

Les indications ainsi données ne constituent, en règle générale, qu'une simple déclaration d'intention.

Dès l'attribution du marché et avant sa notification, la personne responsable du marché invite l'attributaire à lui remettre ou à lui adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, une demande d'acceptation et d'agrément comportant une déclaration mentionnant :

La nature des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;

Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

Le montant prévu des prestations sous-traitées et les conditions de paiement prévues pour chaque contrat de sous-traitance.

Il s'agit notamment des modalités de calcul et de versement des avances, des acomptes et du solde, de la date d'établissement de leurs prix et des modalités de leur révision ainsi que des stipulations relatives aux pénalités, primes et réfections.

Si la personne responsable du marché décide d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement figurant dans le sous-traité, elle doit faire connaître son accord dans les vingt et un jours suivant la réception de la demande. Passé ce délai son silence vaut rejet. La personne responsable du marché peut néanmoins revenir sur ce rejet implicite sous réserve de l'accord de l'attributaire du marché.

L'acceptation et l'agrément, lorsqu'ils sont donnés, doivent être constatés dans le marché. Cette constatation donne lieu à l'insertion des précisions indiquées dans les articles 186 bis et 359 bis du code des marchés publics.

Toutefois, lorsque l'attributaire du marché adresse à la personne responsable du marché une demande qui, en raison de son caractère tardif, serait de nature à différer la notification du marché, la constatation de l'acceptation et de l'agrément est faite non dans le marché mais dans un avenant ou un acte spécial à conclure dès la notification du marché.

Ces deux documents emportent les mêmes effets juridiques. Mais, à la différence des avenants, les actes spéciaux signés des deux parties n'ont pas à être soumis aux contrôles des commissions spécialisées des marchés et des contrôleurs financiers ou à l'approbation des autorités de tutelle.

Par rapport à la première procédure, la seconde, qui doit être expressément prévue dans le dossier de consultation des entreprises, diffère essentiellement sur un point : les demandes d'acceptation et d'agrément sont jointes aux offres ou aux soumissions des candidats.

Ces demandes sont réputées prendre effet à la date de notification du marché, laquelle emporte acceptation des sous-traitants et agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance.

En toute hypothèse, et quelle que soit la procédure choisie, les demandes d'acceptation et d'agrément doivent être assorties de la déclaration, en double exemplaire, souscrite par chaque sous-traitant en application de l'article 50 du code des marchés publics.

b) Demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché :

La procédure instituée en vue de l'acceptation et de l'agrément après la conclusion du marché est, à maints égards, identique à celle prévue lorsqu'il s'agit de demandes intervenant avant sa conclusion.

C'est ainsi que les demandes doivent comporter les mêmes renseignements et être assorties de la déclaration prévue à l'article 50 du code des marchés publics.

Il existe cependant des différences notables entre les deux procédures.

L'acceptation et l'agrément qui ne peuvent plus, à ce stade, figurer dans le marché lui-même sont constatés dans un avenant ou dans un acte spécial signé des parties et comportant les précisions prévues aux articles 186 bis et 359 bis du code des marchés publics.

Par ailleurs, une justification supplémentaire est exigée à l'appui des demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché. Le titulaire doit, en effet, établir que le

nantissement dont le marché a pu faire l'objet ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant. Toutefois, il peut être admis que cette justification soit produite ultérieurement. Dans ce cas, la validité de l'acte spécial est subordonnée à sa production.

Enfin, avant la conclusion du marché, les seules informations dont dispose la personne responsable du marché quant aux stipulations contenues dans le sous-traité, résultent des déclarations de l'attributaire. Après la notification du marché, il lui est possible de demander la communication de tous les sous-traités, cette faculté jouant également à l'égard des sous-traités ayant fait l'objet d'une demande d'acceptation et d'agrément antérieure à cette notification. Il convient d'insister sur le fait que ces demandes de communication, qui ne doivent pas revêtir un caractère systématique, sont pleinement justifiées lorsque de sérieuses présomptions permettent de penser que les déclarations des titulaires, relatives aux conditions de paiement figurant dans les sous-traités, sont inexactes.

Les titulaires de marchés sont tenus de déférer aux demandes de communication.

A cet effet, et en attendant la remise à jour des C.C.A.G., ma circulaire du 31 mars 1976 contient un modèle de clause à insérer dans les cahiers des clauses administratives particulières (C.C.A.P.). Cette stipulation prévoit l'application de sanctions graves en cas de défaut de communication sans motif valable.

Il convient, en effet, de préciser qu'il n'y a pas lieu de recourir à des mesures coercitives à l'encontre d'un titulaire qui, matériellement, ne serait pas en mesure de répondre à une demande de communication. A cet égard, il est, par exemple, concevable que le contrat de sous-traitance ne soit pas encore définitivement conclu au moment où la demande de communication est adressée.

Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément, que ceux-ci interviennent avant ou après la conclusion du marché, nécessitent une demande et une constatation écrites.

Il en résulte que, lorsque des entrepreneurs qui effectuent des travaux dont le montant est inférieur aux seuils fixés aux articles 123 et 321 du code des marchés publics ont l'intention de recourir à des sous-traitants, ils devront conclure à un marché avec la collectivité publique contractante.

D. – Etendue des responsabilités du titulaire

Les titulaires du marché, outre leur responsabilité à l'égard de leurs propres ouvriers dans les conditions de droit commun, sont responsables du règlement des salaires dus aux ouvriers de leurs sous-traitants. Par ailleurs, ils restent personnellement responsables envers la collectivité publique contractante de l'exécution de la totalité de leurs marchés, même lorsqu'ils en sous-traitent une partie, quelles que soient les modalités de paiement des sous-traitants. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'acheteur public constitue l'une des principales différences entre la sous-traitance et la cotraitance.

DEUXIEME PARTIE

LES NOUVELLES MODALITÉS DE PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS PAR LA COLLECTIVITÉ PULIQUE CONTRACTANTE

La loi relative à la sous-traitance comporte deux modalités de paiement des sous-traitants par la collectivité publique contractante.

A – Le paiement direct des sous-traitants

Les sous-traitants sont payés directement dès lors que :

La collectivité publique contractante les a acceptés et a agréé les conditions de paiement figurant dans leurs sous-traités ;

Le montant des sommes qui leur sont dues est égal ou supérieur à un certain seuil.

Il convient, en outre, de préciser que seuls les sous-traitants du titulaire ont vocation au paiement direct par la collectivité publique contractante.

Ces sous-traitants, lorsqu'ils concluent des contrats de sous-traitance, sont, aux termes de l'article 2 de la loi, considérés comme entrepreneurs principaux à l'égard de leurs propres sous-traitants.

S'agissant de contrats de droit privé, ces sous-traités relèvent du titre III de la loi. Aussi n'est-ce que par le moyen d'une action contre le titulaire du marché que les sous-traitants des sous-traitants de ce même titulaire peuvent, le cas échéant, demander le règlement de leurs créances. La collectivité publique contractante n'a donc pas à connaître de cette action.

1. Appréciation des seuils ouvrant droit au paiement direct :

Le seuil de droit commun, évalué par rapport au montant du sous-traité, a été fixé à 4 000 F. Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par l'article 188 bis du code des marchés publics à 10 p. 100 du montant du marché.

Le seuil de droit commun, apprécié à partir des indications figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial signé des parties contractantes, est calculé en tenant compte :

Pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant des prestations confiées à chaque sous-traitant au titre de la tranche ferme ;

Pour les marchés à commandes, du montant minimal des prestations dont la réalisation est confiée à chaque sous-traitant.

Pour les marchés de clientèle, du montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées à chaque sous-traitant en fonction des prévisions de commandes faites par l'administration.

Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par rapport au montant de l'avenant, soit de l'acte spécial signé des parties contractantes. Par le montant du marché, il faut entendre :

Pour les marchés à tranches conditionnelles, le montant constitué par la tranche ferme et les tranches conditionnelles ;

Pour les marchés à commandes, le montant maximal des prestations susceptibles d'être commandées ; Pour les marchés de clientèle, le montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées au titulaire.

L'appréciation du montant des sous-traités conclus pour l'exécution d'une partie des prestations d'un marché industriel du ministère de la défense est faite conformément aux indications figurant ci-dessus à propos du seuil de droit commun.

2. Détermination des sommes à payer directement :

Quel que soit le seuil, cette détermination peut s'effectuer selon deux modalités.

Lorsque le marché prévoit les prix ou les bases de calcul des prix de prestations réalisées par les sous-traitants, c'est à-dire lorsque les prestations sous-traitées sont clairement individualisées dans le marché et que celui-ci fixe les stipulations permettant leur règlement, ceux-ci sont payés par application des clauses du marché.

Cette première modalité peut être utilisée notamment pour le paiement direct des lots techniques dans le secteur des travaux publics et du bâtiment ou de certains composants s'intégrant dans un ensemble faisant l'objet d'un marché de fournitures industrielles.

En revanche, lorsque les prestations ne sont pas individualisées dans le marché et que celui-ci ne comporte pas les stipulations permettant leur règlement, les sous-traitants sont payés sur indication du titulaire dans la limite du montant figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial, sous réserve que les sommes versées au titulaire et au sous-traitant n'excèdent pas celles qui résultent des clauses du marché.

Afin d'éviter d'avoir à conclure un acte spécial pour le rajuster, ce montant doit être déterminé en tenant compte d'une estimation aussi exacte que possible des prestations à réaliser en tenant compte, notamment, des variations en quantité et, le cas échéant, des variations de prix.

Les modalités pratiques de paiement direct des avances et des acomptes comportent certaines règles applicables aux deux modalités mentionnées ci-dessus et d'autres propres à chacune d'elles.

a) Les avances :

Les avances ne sont versées qu'aux sous-traitants qui demandent à en bénéficier.

Les avances facultatives ne sont versées qu'après constitution par le titulaire du marché de la caution personnelle et solidaire prévue pour en garantir le remboursement (art. 133 du code des marchés publics). Le versement de l'avance forfaitaire ne peut intervenir avant que le titulaire du marché ait fourni un cautionnement ou une caution personnelle et solidaire dans les cas où cette garantie est exigible dès le début de l'exécution du marché (art. 125 et 131 du code des marchés publics).

L'acceptation par le titulaire du marché des sommes à verser aux sous-traitants au titre des avances est donnée dans la forme indiquée au paragraphe b ci-dessous.

L'avance forfaitaire est accordée dès lors que le montant prévisionnel des prestations sous-traitées est supérieur à la somme fixée dans les articles 154 et 336 du code des marchés publics.

Deux cas sont à envisager :

Lorsque les prestations sous-traitées sont individualisées dans le marché, le mandatement de l'avance forfaitaire doit être effectué à la diligence de la personne responsable du marché. Ce mandatement doit intervenir dans le délai d'un mois compté à partir du commencement d'exécution du sous-traité ou de la réception par elle, soit de la demande de paiement du sous-traitant transmise par le titulaire soit, le cas échéant, de la pièce justifiant la constitution de l'une des garanties précitées si cette réception est postérieure au commencement d'exécution du sous-traité.

Les modalités de remboursement de cette avance sont celles fixées par la réglementation en vigueur. Le montant total des avances forfaitaires ne pouvant excéder 5 p. 100 du montant d'un marché, le paiement d'une telle avance à un sous-traitant est subordonné au remboursement de la partie de l'avance forfaitaire qui aurait été versée au titulaire d'un titre des prestations qu'il a sous-traitées.

Lorsque les prestations sous-traitées ne sont pas individualisées dans le marché, le versement ainsi que le remboursement de l'avance forfaitaire s'effectuent à la diligence du titulaire du marché. Cette avance est prélevée sur le montant des sommes qui lui sont dues. Son remboursement est effectué par imputation par le titulaire sur les sommes à payer directement au sous-traitant.

b) Les acomptes et le solde :

Le versement d'acomptes et du solde au profit du sous-traitant est subordonné à l'acceptation du titulaire compte tenu de la responsabilité qui lui incombe.

Cette acceptation est donnée différemment selon que les sous-traitants exécutent ou non des prestations individualisées dans le marché.

1. Lorsque les sous-traitants exécutent des prestations individualisées dans le marché, l'acceptation du titulaire figure, normalement, sur le procès-verbal administratif qui, relatant la constatation matérielle des opérations effectuées par les sous-traitants, est destiné à être joint à l'appui du titre de paiement correspondant.

A cet effet, le titulaire porte sur ce document la mention « d'accord pour le règlement d'une somme deF à(nom ou raison sociale du sous-traitant) au titre du marché n° du..... » et la fait suivre de la date de sa signature.

L'acceptation du titulaire peut également, et toujours à propos de prestations individualisées dans le marché, être donnée d'une autre manière.

La signature par le titulaire d'un projet de décompte vaut acceptation pour le règlement du montant de l'acompte ou du solde afférent aux prestations effectuées par les sous-traitants sous réserve que le titulaire joigne à son projet de décompte une attestation par laquelle il manifeste son accord pour le paiement au sous-traitant des sommes qui seront déterminées, en application des stipulations du marché, par la personne responsable en fonction des éléments de base qu'il a indiqués.

Cette attestation, qui est annexée au procès-verbal administratif relatant la constatation matérielle des opérations effectuées par les sous-traitants, est destinée au comptable.

Elle doit être complétée par une mention signée par la personne responsable du marché précisant que la somme à mandater au profit du sous-traitant, résulte bien de l'application des stipulations du marché sous réserve de la prise en compte d'une éventuelle réfaction.

1. Lorsque les sous-traitants n'exécutent pas des prestations individualisées dans le marché, le paiement direct des sous-traitants est effectué sur la base d'une attestation du titulaire comportant l'indication de la somme à régler directement au sous-traitant par prélèvement sur celles dues au titulaire.

Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant, d'un cotraitant, l'attestation est signée par celui-ci et par le mandataire du groupement d'entreprises. Le prélèvement des sommes à régler au sous-traitant est effectué sur celles dues au cotraitant.

Cette attestation est jointe, en double exemplaire, au projet de décompte. L'un de ces exemplaires, dûment visé par la personne responsable du marché, est destiné à être joint au certificat pour paiement annexé au mandat. Il comporte éventuellement une mention signée par la personne responsable du marché indiquant que la somme à mandater au sous-traitant tient compte, le cas échéant, d'une réfaction.

La personne responsable du marché n'a pas à vérifier en détail les justifications produites par les sous-traitants. Il suffit qu'elle s'assure que les sommes dont ils demandent le paiement n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement à leur profit et, en toute hypothèse, qu'elles n'excèdent pas les évaluations auxquelles ces prestations ont donné lieu dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial.

La nécessité dans laquelle se trouve le sous-traitant d'obtenir l'acceptation de ses projets de décompte comporte un risque : celui de voir le titulaire faire obstacle, sciemment ou par négligence, au paiement direct de son sous-traitant en ne donnant pas son acceptation.

C'est pour prévenir cette difficulté que le législateur a prévu un mécanisme de nature à ménager la responsabilité du titulaire sans pour autant lui permettre de faire obstacle au paiement direct de ses sous-traitants.

Le titulaire dispose désormais d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct pour les revêtir de son acceptation, ou pour notifier au sous-traitant, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, son refus motivé de le faire. En l'absence d'un tel refus, le sous-traitant est en droit de s'adresser à la personne responsable du marché en vue d'obtenir le paiement des prestations qu'il a effectuées.

La collectivité contractante, saisie d'une demande en ce sens appuyée des pièces justificatives et de l'avis de réception correspondant à ces mêmes pièces et signé par le titulaire, doit s'assurer :

Que les sommes revendiquées n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement soit au titulaire soit au sous-traitant ; dans le cas où ces sommes auraient déjà fait l'objet d'un règlement au profit du titulaire, elles seront mandatées au sous-traitant après avoir été précomptées sur les sommes dues au titulaire ;

Que le titulaire n'a pas opposé un refus motivé dans le délai qui lui est imparti.

En vue de vérifier ce dernier point, la personne responsable du marché met le titulaire en demeure de lui fournir dans un délai de quinze jours la preuve qu'il a opposé un refus motivé à la demande du sous-traitant.

Deux situations sont alors envisageables :

Si le titulaire n'est pas en mesure d'établir qu'il a opposé un refus motivé, la personne responsable du marché mandate la somme réclamée par le sous-traitant sur ce qui est dû au titulaire. Celui-ci étant réputé avoir accepté les prestations ainsi payées, il en assume l'entière responsabilité.

En revanche, si le titulaire établit qu'il a opposé un refus motivé portant soit sur l'ensemble, soit sur une partie des pièces justificatives de son sous-traitant, la personne responsable du marché ne mandate que les sommes correspondant aux pièces justificatives non expressément refusées.

La personne responsable du marché n'a pas à apprécier la validité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus. Tout au plus est-il possible d'admettre qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un motif manifestement erroné.

Les sommes revendiquées par le sous-traitant et à l'égard desquelles le titulaire a opposé un refus motivé d'acceptation ne doivent être mandatées qu'après accord amiable des parties ou décision de justice dûment notifiée à la personne responsable du marché.

c) Le nantissement :

Les conditions de nantissement des marchés par les titulaires ont été profondément modifiées par la loi. A l'usage, il est, en effet, apparu que le régime institué par le décret du 14 mars 1973 n'assurait pas, à cet égard, une protection satisfaisante des sous-traitants.

Il suffisait, en effet, que le titulaire nantisse en totalité son marché avant de demander l'acceptation de sous-traitants pour faire obstacle au paiement direct de ceux-ci et, par là même, leur interdise également de nantir la part du marché dont ils assuraient l'exécution.

Dorénavant, deux situations peuvent se présenter :

Le recours à des sous-traitants n'a pas été prévu dans le marché. En ce cas, l'acceptation et l'agrément sont donnés sous réserve que le titulaire obtienne, si nécessaire, la modification de la formule d'exemplaire unique figurant sur la copie certifiée conforme ou sur l'extrait prévu à l'article 188 du code des marchés publics.

Si le titulaire n'a pas donné son marché en nantissement, il le rend à la personne responsable du marché afin que celle-ci modifie la formule d'exemplaire unique.

Si, en revanche, le marché a été donné en nantissement et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier :

Soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ;

Soit que ce nantissement du marché a été réduit de manière à réaliser cette condition.

Cette justification est donnée par une attestation du comptable assignataire indiquant le montant pour lequel l'acte de nantissement a été initialement notifié ou signifié ainsi que les variations de ce montant provenant des notifications ou des significations ultérieurement prises en charge au titre de ce marché.

B – L'action directe des sous-traitants

La loi accorde aux sous-traitants ne remplissant pas les conditions requises pour bénéficier du paiement direct une action directe contre la collectivité publique contractante.

Cette action concerne les sous-traitants dont le sous-traité est inférieur à l'un des seuils prévus à l'article 186 bis du code des marchés publics.

Le sous-traitant exerçant l'action directe :

Signifier au titulaire une mise en demeure d'avoir à lui payer une somme due, pour un montant déterminé, en vertu du contrat de sous-traitance et pour l'exécution du marché ;

Adresser une copie de la mise en demeure à la personne responsable du marché et au comptable assignataire de la dépense. Dès réception de cette copie, la personne responsable du marché prend les dispositions nécessaires pour retenir le montant de la créance revendiquée par le sous-traitant sur les sommes qu'elle doit au titulaire ; Présenter à la personne responsable du marché, après l'expiration d'un délai d'un mois compté à partir de la date de réception par le titulaire de la mise en demeure, une demande de paiement des sommes qui lui sont dues. Cette demande doit être appuyée des pièces justifiant :

De l'existence d'un contrat de sous-traitance conclu pour l'exécution d'une partie du marché ;

De ce que la créance réclamée résulte à la fois de l'exécution de ce contrat de sous-traitance et de la participation effective à l'exécution du marché.

Et, enfin, de la mise en demeure faite au titulaire depuis au moins un mois.

La loi n'impose aucune forme pour la signification de la mise en demeure, celle-ci peut être effectuée par simple lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal.

Cependant, pour éviter toute contestation portant sur la consistance de cette mise en demeure et sur l'identité de la copie adressée à l'administration avec l'original destiné au titulaire, il semble que les sous-traitants aient tout intérêt à signifier cette mise en demeure par acte d'huissier.

Dès réception de la demande du sous-traitant, la personne responsable du marché procède à la vérification des justifications qui y sont annexées et à la constatation du service fait. Elle doit, par ailleurs, demander au titulaire du marché s'il reconnaît l'existence de la créance revendiquée par son sous-traitant.

Deux situations sont alors envisageables :

Si le titulaire se reconnaît débiteur du sous-traitant, la personne responsable du marché fait émettre, au vu de son acceptation, un mandat correspondant aux sommes non contestées. Ce mandat et l'ordre de paiement qui l'accompagne sont établis à nom du titulaire, cette dérogation étant suivie de la mention « à payer à... (nom ou raison sociale du sous-traitant) par virement à son compte... (Caractéristiques du compte à créditer), ce sous-traitant ayant exercé l'action directe prévue par les articles 6 et 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ».

A moins qu'une cession, une saisie-arrêt ou une subrogation antérieure à la réception par le comptable assignataire de la dépense de la copie de la mise en demeure ait été légalement effectuée, il sera procédé au règlement de la somme due au sous-traitant ayant exercé l'action directe.

En revanche, si le titulaire conteste la créance revendiquée par son sous-traitant, et sauf dans le cas où la demande du sous-traitant apparaîtrait manifestement dénuée de tout fondement la personne responsable du marché ne fait pas procéder au mandatement des sommes litigieuses jusqu'à ce que, soit une décision de justice non susceptible de recours, soit un accord intervenu ultérieurement entre les parties lui permette de déterminer en toute certitude quel est le véritable créancier.

Il convient de préciser qu'il n'est pas dû d'intérêts moratoires par l'administration au titre des sommes non mandatées au titulaire du marché pour ce motif.

Dans l'hypothèse où le sous-traitant n'aurait pas adressé à la personne responsable du marché, à l'expiration du délai d'un mois prévu ci-dessus, une demande de paiement, les sommes litigieuses ne sont mandatées, sous réserve de l'application des règles de la déchéance quadriennale, que lorsque, la personne responsable du marché a reçu :

Soit la renonciation du sous-traitant à l'action entreprise ;

Soit le reçu du sous-traitant produit par le titulaire et attestant le règlement de la créance litigieuse ;

Soit, enfin, la notification d'une décision de justice non susceptible de recours ou bien d'un accord intervenu ultérieurement entre les parties.

La loi prévoit, par ailleurs que les sommes dues par le titulaire à son sous-traitant ne bénéficiant pas du paiement direct sont garanties par une caution personnelle et solidaire, sauf « si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant ».

Une telle délégation, qui assure au sous-traitant deux débiteurs, le titulaire du marché, d'une part, et la collectivité contractante, d'autre part, implique l'accord de cette dernière.

Il est expressément recommandé aux collectivités contractantes de refuser cette délégation. En effet, l'institution des seuils par le législateur répond à un souci d'allègement des tâches administratives. Admettre pour les marchés publics un mécanisme qui, prévu essentiellement pour les contrats de droit privé, aboutirait à une généralisation du paiement direct, irait donc à l'encontre de cet objectif.

Je vous demande de bien vouloir porter la présente circulaire, qui abroge celle du 14 mars 1973 relative à la sous-traitance, à la connaissance des services placés sous votre autorité ou sous votre tutelle.

MICHEL DURAFOUR

ANNEXE RELATIVE À L'ENREGISTREMENT COMPTABLE DU PAIEMENT DIRECT DES SOUS-TRAITANTS

Le paiement direct d'un sous-traitant par la collectivité publique contractante n'a pas pour effet de modifier la nature des liens juridiques qui existent entre le titulaire d'un marché et son sous-traitant. Il en résulte :

Que le sous-traitant admis au bénéfice du paiement direct doit facturer le montant de sa prestation, non pas à la collectivité publique contractante, mais au titulaire du marché qui lui a passé la commande et qui est le seul responsable vis-à-vis de cette dernière de la bonne exécution de cette commande ;

Qu'il est nécessaire et normal que le titulaire du marché enregistre dans sa propre comptabilité le montant des décomptes ou des factures se rapportant aux prestations sous-traitées ainsi que le montant des sommes payées directement au sous-traitant.

Sur le plan pratique, les différentes opérations relatives à l'enregistrement comptable du paiement direct d'un sous-traitant doivent se dérouler de la façon suivante.

I. – Facturation par le sous-traitant.

Pour les raisons indiquées ci-dessus, le sous-traitant facture au titulaire du marché les prestations qu'il a exécutées.

Il adresse au titulaire du marché le décompte ou la facture original accompagné d'un duplicata :

L'original est destiné au titulaire du marché ;

Le duplicata, destiné à la collectivité publique contractante, doit comporter une mention précisant que la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.) facturée par le sous-traitant n'est pas déductible par la collectivité publique contractante ; le cas échéant, seule est déductible par cette dernière la T.V.A. qui lui est facturée par le titulaire du marché.

II. – Acceptation par le titulaire du marché.

Cette acceptation est donnée suivant une des deux modalités indiquées dans la circulaire (cf. IIe partie

- a) Le paiement direct des sous-traitants ;
- b) Les acomptes et le solde).

Lorsque, pour le sous-traitant, le fait générateur de la T.V.A. est l'encaissement, le titulaire du marché ne pourra déduire celle-ci dans les conditions de droit commun qu'après avoir été avisé du paiement effectif du sous-traitant.

III. – Paiement du sous-traitant par la collectivité publique contractante.

Dès réception des documents justifiant l'acceptation du titulaire du marché, la collectivité publique, contractante mandate directement au sous-traitant le montant des sommes auxquelles il peut prétendre.

La somme payée par la collectivité publique contractante doit correspondre au montant du décompte ou de la facture du sous-traitant. Il importe donc que le titulaire en soit tenu informé pour qu'il puisse enregistrer l'opération dans sa comptabilité. A cette fin, la collectivité publique contractante doit lui faire parvenir un « avis de mandatement ».

Lorsque le sous-traitant a connaissance du règlement, il en informe le titulaire du marché.

IV. – Facturation par le titulaire du marché.

Le titulaire du marché doit reprendre, dans un décompte ou une facture qu'il adresse à la collectivité publique, contractante pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées en les faisant apparaître d'une manière distincte pour chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations nettement individualisées dans le marché ou en indiquant, dans une attestation annexée au décompte ou à la facture, le montant global de la somme à payer à chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations non individualisées dans le marché. La T.V.A. est facturée sur le montant global de ces prestations (titulaires + sous-traitantes) au taux applicable au marché du titulaire.

Lorsque, pour le titulaire du marché, le fait générateur de la T.V.A. est l'encaissement, celui-ci doit acquitter la T.V.A. correspondant au versement direct effectué par la collectivité publique contractante au sous-traitant dès qu'il a été avisé du paiement effectif de ce dernier. Il doit alors, en toute hypothèse, adresser à la collectivité publique contractante un décompte ou une facture comportant le montant du versement direct fait au sous-traitant.

La collectivité publique contractante règle au titulaire du marché le montant de sa facture, T.V.A. comprise, déduction faite des sommes payées directement par elle au sous-traitant du marché et qui ont supporté la T.V.A. lorsque celle-ci est acquittée d'après les encaissements.

V. – Schéma général de comptabilisation des différentes opérations décrites ci-dessus.

Le schéma général de comptabilisation des différentes opérations décrites ci-dessus doit obligatoirement être le suivant :

A – Comptabilisation chez le sous-traitant

1. Au moment de la facturation de la prestation :

Le sous-traitant crédite le compte 70 « Ventes de marchandises, produits finis, travaux et prestations de services par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 410 « Clients ordinaires » titulaire du marché).

2. Au moment du paiement par la collectivité publique contractante :

Le sous-traitant crédite le compte 41 « Clients » par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement.

Cette écriture solde le compte « Clients » ouvert au nom du titulaire du marché.

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant : « paiement par la collectivité publique contractante X de la facture n°..... relative au marché n°..... et au sous-traité n°.....avec l'entreprise Y » (ou tout autre libellé indiquant succinctement l'origine des fonds et l'opération concernée).

B – Comptabilisation chez le titulaire du marché.

1. Au moment de la réception de la facture du sous-traitant et de sa propre facturation à la collectivité publique contractante :

Le titulaire du marché passé les écritures suivantes pour enregistrer :

- a) D'abord, l'achat de la prestation commandée par lui au sous-traitant.

Il crédite le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le débit, soit du compte 63 « Travaux, fournitures et services extérieurs » (compte divisionnaire 632 « Travaux et façons exécutés à l'extérieur »), soit du compte 60 « Achats », lorsque les plans comptables professionnels prévoient d'enregistrer à ce compte les façons et les sous-traitances.

b) Ensuite, la vente à la collectivité publique contractante de la prestation achetée au sous-traitant et de ses propres prestations.

Il crédite, pour ce faire, le compte 70 « Vente de marchandises, produits finis, travaux et prestations de service » par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411 « Clients Etat et collectivités publiques ») du montant du décompte ou de la facture établi par lui et englobant la prestation du sous-traitant ainsi que les siennes propres.

2. Au moment du paiement direct du sous-traitant :

A la réception de l'avis de mandatement du sous-traitant, le titulaire du marché solde le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le crédit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411).

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant : « Réception de l'avis de mandatement direct du compte ou de la facture n° de l'entreprise Z relative au marché n° ».

3. Au moment du paiement des propres prestations du titulaire du marché par la collectivité publique contractante :

Au moment du paiement par la collectivité publique contractante des prestations propres du titulaire du marché celui-ci crédite le compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411) par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement du montant global de son décompte ou de sa facture, déduction faite des sommes versées directement au sous-traitant par la collectivité publique contractante.

Le compte 41 « Clients » est alors soldé puisque le paiement du sous-traitant par la collectivité publique contractante y a déjà été enregistré.

VI. – Problèmes particuliers posés par la comptabilisation de la T.V.A.

Les problèmes posés par la comptabilisation de la T.V.A. à l'occasion du paiement direct des sous-traitants par les collectivités publiques contractantes, doivent être réglés conformément aux dispositions d'ordre général et particulières qui font l'objet de la note d'information n° 19 du 15 décembre 1970 du conseil national de la comptabilité.

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET
DES FINANCES, POUR MINISTRE
ET PAR DÉLÉGATION :
MICHEL DURAFOUR

LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL
DE LA COMMISSION
CENTRALE DES MARCHÉS
J. SIMON

الوثيقة رقم (IV)

(تعليلة بخصوص المناولة في إطار تنفيذ الصفقات العمومية)



1570/15 G

CMS
COPU MR SI

الوزير الأول

02 حويلية 2017

رقم... 31-239... و.ا.

إلى
السيدات والسادة أعضاء الحكومة
وللتبليغ إلى السيدات والسادة الولاية.

الموضوع: بخصوص المناولة في إطار تنفيذ الصفقات العمومية.

تشير المعلومات الواردة إلى أن بعض الصفقات العمومية المخصصة لمعاملين عموميين أو خواص، قد كانت محل مناولة جزئية وحتى تامة، الأمر الذي يتجاوز بشكل كبير نسبة 40% المرخص بها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

زيادة على ذلك، فإن الصفقات حتى التي كانت موضوع مناولة أدنى من الحد المقبول لم تكن في أغلب الحالات، محل موافقة مسبقة من قبل أصحاب المشاريع أو المشرفين على المشاريع المنتدبين، ودون تقييد صريح بالشروط التي ترضيها المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15، سالف الذكر، ولا سيما التحقق من القدرات المهنية والتقنية والمالية للمستفيد من المناولة.

ومن هذا المنطلق، فإن هذه الوضعية المخالفة للأحكام لقانونية والتنظيمية في هذا المجال والتي تشبه عقود الوساطة، لا يمكن التسامح معها مهما كان المبرر.

ولهذا الغرض، فإنكم مكلفون بالقيام، كل فيما يخصه، بإحصاء مفصل لهذه الحالات ودعوة المصالح المتعاقدة إلى اتخاذ تدابير التقويم الضرورية ضد المؤسسات المخالفة، على أن يتم مسبقا إعلام هيئات المراقبة الخارجية التي منحت التأشير لهذه الصفقات، من أجل أخذ هذه القرارات في الحسبان.

وفي الأخير، يتعين السهر مستقبلا على الإحترام الصارم للنظام الذي يحكم المناولة كما هي محددة في قانون الصفقات العمومية.

وإنني أولى أهمية كبيرة لتطبيق هذه التعليمات تطبيقا صارما ومسؤولا.

الوزير الأول



عبد المجيد تبون

الوثيقة رقم (V)

(تعلیمة متعلقة بمنح الأفضلیة للمؤسسات الجزائریة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التربية الوطنية

الأمين العام

1706



110

السيدات والسادة

- مديرو التربية

- مديرو المؤسسات العمومية تحت الوصاية

الموضوع: ب/خ الصفقات العمومية.

المرجع: إرسال السيد الوزير الأول رقم 27 المؤرخ في 2017/10/19.

تبعاً لإرسال السيد الوزير الأول، المشار إليه في المرجع أعلاه، المتعلق بالصفقات العمومية، انتهى إلى علمكم أن كل صفقة عمومية لإنجاز أشغال في القطاع المدني يجب أن تمنح لمؤسسات محلية جزائرية.

كما أن اللجوء، عند الضرورة القصوى، إلى أي مؤسسة أجنبية، بما في ذلك تلك الخاضعة للقانون الجزائري، يجب أن تحظى بالموافقة المسبقة للسيد الوزير الأول.

أولي عناية كبيرة لتنفيذ تعليمات السيد الوزير الأول.

الأمين العام
عبد الحكيم بلعابد

الوثيقة رقم (VI)

(نموذج التصريح بالمناولة DC4)



MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES
Direction des Affaires Juridiques

MARCHES PUBLICS ET ACCORDS-CADRES

DC4

DECLARATION DE SOUS-TRAITANCE

Le formulaire DC4 est un modèle de déclaration de sous-traitance qui peut être utilisé par les candidats ou titulaires de marchés publics ou d'accords-cadres pour présenter un sous-traitant.

Ce document est fourni par le candidat ou le titulaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice soit au moment du dépôt de l'offre soit après le dépôt de l'offre.

A - Identification du pouvoir adjudicateur (ou de l'entité adjudicatrice).

■ Désignation du pouvoir adjudicateur (ou de l'entité adjudicatrice) :

(Reprendre le contenu de la mention figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence ou la lettre de consultation.)

.....
.....

■ Personne habilitée à donner les renseignements prévus à l'article 109 du code des marchés publics (nantissements ou cessions de créances) :

(Indiquer l'identité de la personne, ses adresses postale et électronique, ses numéros de téléphone et de télécopie.)

.....
.....
.....

B - Objet du marché public ou de l'accord-cadre.

(Reprendre le contenu de la mention figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence ou la lettre de consultation. En cas d'allotissement, préciser également l'intitulé de la consultation.)

.....
.....

C - Objet de la déclaration du sous-traitant.

La présente déclaration de sous-traitance constitue :

(Cocher la case correspondante.)

- une annexe à l'acte d'engagement remis par le candidat ;
- un acte spécial portant acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement ;
- un acte spécial modificatif ; il annule et remplace la déclaration de sous-traitance du

D - Identification du candidat ou du titulaire du marché public ou de l'accord-cadre.

[Indiquer le nom commercial et la dénomination sociale du candidat ou du titulaire du marché public ou de l'accord-cadre, les adresses de son établissement et de son siège social (si elle est différente de celle de l'établissement), son adresse électronique, ses numéros de téléphone et de télécopie et son numéro SIRET. En cas de groupement d'entreprises candidat ou titulaire, identifier le mandataire désigné pour représenter l'ensemble des membres du groupement et coordonner les prestations.]

.....
.....
.....
E - Identification du sous-traitant.

■ Nom commercial et dénomination sociale du sous-traitant, adresses de son établissement et de son siège social (si elle est différente de celle de l'établissement), adresse électronique, numéros de téléphone et de télécopie et numéro SIRET :
.....
.....

■ Forme juridique du sous-traitant (entreprise individuelle, SA, SARL, EURL, association, établissement public, etc.) :
.....

■ Numéro d'enregistrement au registre du commerce, au répertoire des métiers, au centre de formalité des entreprises :
.....

■ Personne(s) physique(s) ayant le pouvoir d'engager le sous-traitant : (Indiquer le nom, prénom et la qualité de chaque personne. Joindre en annexe un justificatif prouvant l'habilitation à engager le sous-traitant.)
.....
.....

■ Le sous-traitant déclare remplir les conditions pour avoir droit au paiement direct (article 115 du code des marchés publics) :
(Cocher la case correspondante.) NON OUI

F - Nature et prix des prestations sous-traitées.

■ Nature des prestations sous-traitées :
.....
.....
.....

■ Montant des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant :

a) Montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant dans le cas de prestations ne relevant pas du b) ci-dessous :

- Taux de la TVA :
- Montant maximum HT :
- Montant maximum TTC :

b) Montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant dans le cas de travaux sous-traités relevant de l'article 283-2 nonies du code général des impôts :

- Taux de la TVA : autoliquidation (la TVA est due par le titulaire)
- Montant maximum hors TVA :

■ Modalités de variation des prix :
.....

G - Conditions de paiement.

■ Compte à créditer :
(Joindre un relevé d'identité bancaire ou postal.)
.....

Nom de l'établissement bancaire :
.....

Numéro de compte :

.....

■ Conditions de paiement prévues par le contrat de sous-traitance :

.....

■ Le sous-traitant demande à bénéficier d'une avance : NON

OUI

(Cocher la case correspondante.)

.....

H - Capacités du sous-traitant.

Récapitulatif des pièces demandées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice dans l'avis d'appel public à la concurrence, le règlement de consultation ou la lettre de consultation qui doivent être fournies, en annexe du présent document, par le sous-traitant pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières :

-
-
-
-
-

I - Attestations sur l'honneur du sous-traitant.

Le sous-traitant déclare sur l'honneur :

a) Condamnation définitive :

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 225-1, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure, ou pour une infraction de même nature dans un autre Etat de l'Union européenne ;

- ne pas être exclu des marchés publics, à titre de peine principale ou complémentaire prononcée par le juge pénal, sur le fondement des articles 131-10 ou 131-39 du code pénal ;

b) Lutte contre le travail illégal :

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail, ou pour des infractions de même nature dans un autre Etat de l'Union européenne ;

- pour les contrats administratifs, ne pas faire l'objet d'une mesure d'exclusion ordonnée par le préfet, en application des articles L. 8272-4, R. 8272-10 et R. 8272-11 du code du travail ;

c) Obligation d'emploi des travailleurs handicapés ou assimilés : pour les marchés publics et accords-cadres soumis au code des marchés publics, être en règle, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;

d) Liquidation judiciaire : ne pas être soumis à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce, ne pas être en état de faillite personnelle en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du même code, et ne pas faire l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

e) Redressement judiciaire : ne pas être admis à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, ou justifier d'une habilitation à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ou de l'accord-cadre ;

f) Situation fiscale et sociale : avoir, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale et acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date, ou s'être acquitté spontanément de ces impôts et cotisations avant la date du lancement de la présente consultation ou avoir constitué spontanément avant cette date des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement ;

g) Marchés de défense et de sécurité :

- ne pas avoir été sanctionné par la résiliation de son marché et ne pas avoir vu sa responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, par une décision de justice définitive, pour méconnaissance de ses engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou de sécurité de l'information, ou avoir entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à son encontre et établir, par tout moyen, que son professionnalisme ne peut plus être remis en doute ;

- avoir la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat ;

h) Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes :

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées à l'article L. 1146-1 du code du travail ;

- avoir, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail ou, à défaut, avoir réalisé ou engagé la régularisation de cette situation à la date de la soumission ;

i) que les renseignements fournis en annexe du présent document sont exacts.

J - Cession ou nantissement des créances résultant du marché public.

(Cocher les cases correspondantes.)

La présente déclaration de sous-traitance constitue un acte spécial ; le titulaire établit qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché public ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116 du code des marchés publics, en produisant en annexe du présent document :

l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché public qui lui a été délivré,

OU

une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

La présente déclaration de sous-traitance constitue un acte spécial modificatif :

le titulaire demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du code des marchés publics qui est joint au présent document ;

OU

l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité ayant été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne pouvant être restitué, le titulaire

justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché public est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible. Cette justification est donnée par une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché qui est jointe au présent document.

K - Acceptation et agrément des conditions de paiement du sous-traitant.

A _____, le _____ A _____, le _____

Le sous-traitant :

Le candidat ou le titulaire :

Le représentant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, compétent pour signer le marché, accepte le sous-traitant et agrée ses conditions de paiement.

A _____, le _____

Le représentant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice :

L - Notification de l'acte spécial au titulaire.

En cas d'envoi en lettre recommandée avec accusé de réception :

(Coller dans ce cadre l'avis de réception postal, daté et signé par le titulaire.)

En cas de remise contre récépissé :

Le titulaire reçoit à titre de notification une copie du présent acte spécial :

A _____, le _____

Date de la dernière mise à jour :

الوثيقة رقم (VII)

(تصريح شرفي خاص بالمناول)

ATTESTATION SUR L'HONNEUR DU SOUS-TRAITANT

(à remplir impérativement par une personne habilitée à engager le sous-traitant)

Je soussigné, M. habilité à engager la personnalité morale de la société, atteste sur l'honneur que

- la société n'est pas en état de liquidation judiciaire ou que je ne suis pas en état de faillite ,

- je ne tombe pas sous le coup de l'interdiction visée à l'article 50 de la loi n° 52-401 du 14 avril 1952 modifiée par l'article 56 de la loi n°7 8-753 du 17 juillet 1978,

- que le travail sera réalisé avec des salariés employés régulièrement au regard des articles L. 1221-10, L. 1221-13, L. 1221-15, L. 3243-1, L. 3243-2 et L. 3243-4 du Code du travail, et que l'entreprise que je représente, ou toute personne ayant agi sous son couvert, présente dans l'entreprise, n'a pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années, d'une condamnation inscrite au bulletin n2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L. 5221-8, L. 5221-11, L. 8221-1 à L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8241-2 et L. 8251-1 du Code du travail,

s'il fait appel, pour l'exécution du marché, à des salariés de nationalité étrangère, ces salariés sont ou seront autorisés à exercer une activité professionnelle en France,

- les renseignements figurant au chapitre 3 de la présente demande d'acceptation sont exacts.

Fait à :

LE SOUS-TRAITANT

Le :

Nom et qualité du signataire

Signature

الوثيقة رقم (VIII)

(نموذج التصريح بالمناول)

الملحق الخامس

نموذج التصريح بالمناول

1/ تحديد المصلحة المتعاقدة:

تعيين المصلحة المتعاقدة:

.....

اسم ولقب وصفة الممضي على الصفة العمومية:

.....

2/ موضوع الصفة العمومية:

.....

.....

3/ تقديم المتعهد: (في حالة تجمع مؤقت لمؤسسات توضح المعلومات المتعلقة بوكيل التجمع):

تسمية الشركة:

عنوان الشركة:

الشكل القانوني للشركة:

مبلغ رأسمال الشركة:

رقم وتاريخ التسجيل في السجل التجاري أو سجل الحرفي والمهني أو غير ذلك (يوضح)

(أشطب العبارات غير المفيدة):

لقب واسم وجنسية وتاريخ ومكان ميلاد الممضي الذي له الصفة للالتزام باسم الشركة عند إبرام

الصفة:

4/ تقديم المناولين: (يجب على كل مناوول أن يملئ هذه الفقرة. يجب على الأعضاء الآخرين أن يملأوا

هذه الفقرة في ورقة ترفق بالملحق، مع إعطاء رقم تسلسلي لكل عضو)

- تسمية الشركة:

- عنوان الشركة:

- الشكل القانوني للشركة:

- مبلغ رأسمال الشركة:

- رقم وتاريخ التسجيل في السجل التجاري أو سجل الحرفي والمهني أو غير ذلك (يوضح)

(أشطب العبارات غير المفيدة):

.....

5/ طبيعة الخدمات موضوع المناولة:

.....

.....

6/ مجموع المبالغ التي تصرف بالدفع المباشر للمناول :

ا/ المبلغ الأقصى خارج الرسوم (بالحروف والأرقام) :

.....

ب/ المبلغ الأقصى بالرسوم (بالحروف والأرقام) :

.....

7/ كفاءات تحيين ومراجعة أسعار الخدمات التي تكون موضوع مناقلة :

.....

8/ رقم الحساب الذي يدفع له:

إسم المؤسسة البنكية :

رقم الحساب :

9/ شروط الدفع المنصوص عليها في عقد المناولة :

المناول طلب الاستفادة من تقديم:

نعم أو لا

10/ تصريح المناول :

يصرح المناول أنه يمتلك القدرات الضرورية لتنفيذ الصفقة العمومية ويقدم من أجل ذلك الوثائق المطلوبة من طرف المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط (أذكر فيما يأتي الوثائق المرفقة):

- ‘
- ‘
- ‘
- ‘
- ‘
- ‘

يصرح المناول أنه غير ممنوع أو مقصى من المشاركة في الصفقات العمومية:

نعم أو لا

في حالة النفي (وضح ذلك) :

.....

.....

يصرح المناول أنه :

- ليس في حالة تسوية قضائية وأن صحيفته للسوابق القضائية الصادرة منذ أقل من ثلاثة أشهر،
تحتوي على الإشارة "لاشيء"، في خلاف ذلك يرفق العرض بنسخة من الحكم القضائي وصحيفة
السوابق القضائية. في حالة كانت المؤسسة محل تسوية قضائية أو صلح يصرح المرشح أو المتعهد أنه
مسموح له بمواصلة نشاطه.

- مسجل في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفيين لفنيين أو له
البطاقة المهنية للحرفي، ويخص موضوع الصفة العمومية، تحت رقم :
بتاريخ : أصدره
اصل على رقم التعريف الجبائي الآتي : الصادر عن :
تاريخ.....، بالنسبة للمؤسسات الجزائرية والمؤسسات الأجنبية التي سبق لها العمل
بالجزائر،

يصرح المناول أنه لا توجد امتيازات و/أو رهون حيازية و/أو رهون عقارية مسجلة ضد
الشركة.

نعم أو لا

في حالة الإيجاب (أذكر طبيعة هذه الامتيازات و/أو الرهون الحيازية و/أو الرهون و/أو الرهون
العقارية وأرفق هذا التصريح بقائمتها، الصادرة عن سلطة مختصة) :

يصرح المناول أنه لم يحكم على الشركة لارتكابها مخالفة لأحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ
في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، أو
مخالفة لإجراء مماثل.

نعم أو لا

في حالة الإيجاب (وضّح سبب الإدانة والعقوبة وتاريخ الحكم وأرفق هذا التصريح بنسخة من الحكم):
.....
.....

يصرح المناول أن :

الشركة مؤهلة و/أو معتمدة من إدارة عمومية أو هيئة متخصصة لهذا الغرض، إذا كان ذلك
منصوصا عليه بموجب نص تنظيمي:

نعم أو لا

في حالة الإيجاب (اذكر الإدارة العمومية أو الهيئة المتخصصة التي أصدرت الوثيقة ورقمها وتاريخ
إصدارها وتاريخ انتهاء صلاحيتها) :

الشركة حققت خلال (اذكر الفترة المعتبرة (متوسط رقم أعمال سنوي) : يذكر رقم أعمال بالحروف
وبالأرقام وخارج الرسوم).....

والذي من بينه..... % لهم علاقة بموضوع الصفقة العمومية أو الحصة (أشطب العبارات غير
المفيدة).

11/ قبول المناول والموافقة على شروطه للدفع :

أؤكد، تحت طائلة فسخ الصفقة العمومية بقوة القانون أو وضعها تحت التسيير المباشر للإدارة على
حساب الشركة، أن المؤسسة المذكورة لا تنطبق عليها الممنوعات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم
المعمول بهما.

أشهد بأن المعلومات المذكورة أعلاه صحيحة تحت طائلة التعرض لتطبيق العقوبات المنصوص عليها
في المادة 216 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966
المتضمن قانون العقوبات.

حرر ب..... في
إمضاء المناول

حرر ب..... في
إمضاء المتعهد

ممثل المصلحة المتعاقدة، مختص لإمضاء الصفقة العمومية، يقبل المناول ويوافق على شروطه للدفع
ويشهد أنه ليس هناك رهن حيازي لأي مستحقات تمنع الدفع المباشر للمناول، حسب الشروط
المنصوص عليها في المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436
الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 المذكور أعلاه.

حرر ب..... في
إمضاء ممثل المصلحة المتعاقدة

ملاحظات هامة:

- كل الخانات المناسبة يجب ان تملئ.
- ضع العلامة (x) في الخانة المناسبة.
- عندما يكون المرشح أو المتعهد شخص طبيعي، يجب عليه تكييف الفقرات المتعلقة بالشركات، مع المؤسسات
الفردية..

الوثيقة رقم (IX)

(إرسالية توضيحية)

MINISTRE DES FINANCES

Division des Marchés Publics

الجزائر، في

07 MAI 2017

وزارة المالية

قسم الصفقات العمومية

رقم 727 و.م.أ.ق.ص.ع.م.ق.ص.ع.م.ق.ص.ت/2017

السيد

مصطفى عبد العزيز

مسير مكتب دراسات الهندسة المدنية

ولاية المسيلة

الموضوع : طلبكم توضيح قانوني.

المرجع : إرسالك غير المرقم، المؤرخ في 30 مايو 2017.

عطفًا على إرسالك المشار إليه في المرجع أعلاه، يشرفني أن أخبركم بما يأتي:

1/ لا يوجد حكم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يمنع مكتب دراسات للهندسة المعمارية من إبرام عقد مناقلة مع مكتب دراسات للهندسة المدنية.

2/ يتم دفع مستحقات المناول طبقًا لأحكام قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفية الدفع المباشر لمستحقات المتعامل الثانوي.

تقبلوا، سيدي المسير، فائق الاحترام و التقدير.

رئيس قسم الصفقات العمومية

إمضاء: م. بوزرد



الوثيقة رقم (X)

(تعليمية حول تطبيق الرسم على القيمة المضافة)

الجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère des Finances
Direction Générale des Impôts
Direction de la Législation
et de la Réglementation Fiscales



وزارة المالية
المديرية العامة للضرائب
مديرية التشريع
والتنظيم الجبائين

N° 16 ME/DGI/DLRE/SD1/2017.

Alger, le 3 2 JAN 2017

NOTE - CIRCULAIRE

A

**MONSIEUR LE DIRECTEUR DES GRANDES ENTREPRISES
MEDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS REGIONAUX**

EN COMMUNICATION A MESDAMES ET MESSIEURS :

- **LES DIRECTEURS DES IMPOTS DE WILAYA**
- **LES CHEFS DES CENTRES DES IMPOTS**

Objet : Modalités de mise en œuvre des nouveaux taux de la TVA.

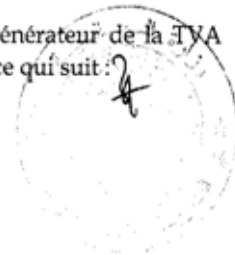
Références :- Articles 26 et 27 de la loi de finances pour 2017.
- Articles 14, 21 et 23 du code des taxes sur le chiffre d'affaires.

La présente note-circulaire a pour objet d'apporter des précisions quant à la date d'entrée en vigueur des nouveaux taux de la TVA et ce, en application des dispositions des articles 26 et 27 de la loi de finances pour 2017 ayant modifié respectivement les articles 21 et 23 du code des taxes sur le chiffre d'affaires (CTCA).

Aux termes de ces dispositions, la TVA est perçue :

- au taux normal de 19% au lieu de 17% ;
- au taux réduit de 9% au lieu de 7%.

Les nouveaux taux s'appliquent aux opérations dont le fait générateur de la TVA intervient à compter du 1^{er} janvier 2017. A ce titre, il est précisé ce qui suit :



Toutefois, pour les encaissements intervenant à compter du 1^{er} janvier 2017, afférents aux travaux réalisés, réceptionnés et facturés avant cette date et dont les contrats ont été achevés, demeurent soumis aux taux de 17% ou 7%.

4. Cas particulier des marchés publics de travaux ou prestations ayant connu un début d'exécution avant le 1^{er} janvier 2017 :

- Concernant les contrats conclus jusqu'au 31 Décembre 2016 et ayant connu un début d'exécution avant cette date, ils continueront à être soumis à la TVA au taux en vigueur à la date de leur conclusion, soit 7% ou 17% selon le cas et ce jusqu'à l'achèvement des travaux ou prestations.

- il demeure évident que les contrats conclus avant la date du 1^{er} janvier 2017 et qui n'ont pas connus de début d'exécution avant cette date, les nouveaux taux de la TVA à savoir celui de 9% ou 19 %, sont applicables.

- Pour ce qui est des éventuels avenants à ces contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2017, et qui emportent une incidence financière, ils entraînent la mise en œuvre des nouveaux taux de la TVA à savoir 9% ou de 19 % selon le cas.

Vous voudrez bien assurer une large diffusion de la présente note, veiller à son application et me rendre destinataire des difficultés éventuelles rencontrées lors de son application

17 2 JAN 2017
مدير التشريع والتنظيم
مصطفى زنگارة

الوثيقة رقم (XI)



Le Ministre chargé de l'Industrie

*Le Secrétaire d'Etat chargé du
Commerce, de l'artisanat, des PME, du
tourisme, des services et de la
consommation*

Paris, le 22 JUIN 2010

Monsieur le Médiateur,

Au cours des Etats Généraux de l'Industrie (EGI), de nombreuses fédérations professionnelles ont souligné le déséquilibre de la relation commerciale entre donneurs d'ordre et fournisseurs qui grève la compétitivité de l'économie française.

Le Président de la République, sur proposition du Ministre chargé de l'Industrie, a décidé de vous confier une médiation des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance.

Plusieurs acteurs socioprofessionnels ont formulé des propositions sur le contexte légal, réglementaire et jurisprudentiel (issu notamment de la loi de 1975 relative à la sous-traitance), dans lequel s'exercent les relations client/fournisseur.

Nous souhaitons que vous engagiez une réflexion sur l'état des lieux du cadre légal, réglementaire et jurisprudentiel qui régit les relations de sous-traitance.

A ce titre, vous examinerez notamment :

- Les pratiques de sous-traitance au regard des règles du droit et la nécessité de mesures ou d'actions ciblées pour corriger d'éventuels écarts,
- l'opportunité d'engager une modification de la législation visant à rétablir des relations plus équilibrées et partenariales entre client et fournisseur et renforcer le maillage du tissu industriel.

Monsieur Jean-Claude VOLOT
Médiateur des relations interentreprises industrielles
et de la sous-traitance
Tour Gamma A
193/197 rue de Bercy
75572 PARIS Cédex 12

Nous souhaitons que vous conduisiez cet exercice en intégrant l'analyse des praticiens et l'expérience des acteurs professionnels.

Vous nous remettrez un rapport présentant votre analyse et vos propositions de méthode pour le 30 juillet 2010.

Vous pourrez à cette fin vous appuyer sur les services de la DGCCRF, de la DGCIS et de la DAJ du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Médiateur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Christian ESTROSI

Hervé NOVELLI

الوثيقة رقم (XII)

(قضية حول التحكيم في المناولة)

موسوعة التحكيم الدولي

15 جانفي 2015

القضية التحكيمية المرفوعة من شركة مقاولات (مقاول من الباطن): محتكمة

ضد اتحاد شركات المقاولات (مقاول أصلي): محتكم ضدها

* موضوع التحكيم: عقد مقاوله من الباطن لبناء مشروع

* هيئة التحكيم: مصريون

* العقد: عقد فيدك

* القانون الواجب التطبيق: مصري

* القاعدة القانونية: إن وجود أي تسوية في دعوى تحكيمية سابقة بين طرفي التحكيم الحالي لا يمكن تفسيره إلا تفسيرا ضيقا لأن الصلح يعني تنازل كل طرف عن بعض ما يدعيه لدى الطرف الآخر وعلى ذلك فلا ينبغي التوسع في تفسيره .

الوقائع

أودعت المحتكمة بيان الدعوي التحكيمية وأشارت فيه إلى استناد طلب التحكيم إلى البند 1/18 من عقد المقاوله من الباطن بين المحتكمة والمحتكم ضدها لتنفيذ أعمال الجرانيت في بناء المشروع الذي تتولاه المحتكم ضدها للمطالبة بما استحق لها من مبالغ نجمت عن:

أ- حصر ما تم تنفيذه من أعمال الجرانيت بالمشروع .

ب- بنود أخرى إضافية أقرتها المحتكم ضدها وسبق أن طالبت بها المحتكمة .

وكان شرط التحكيم ينص علي أن أي منازعة أو خلاف أو مطالبة ناشئة عن هذا العقد أو متصلة به يتم تسويتها وفقا لقواعد اليونسترال للتصالح والتحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بواسطة محكم أو أكثر تبعا للقواعد السابقة وذلك بجانب كافة بنود هذا العقد وكذا عقد المقاوله الاصيلي الذي أحال إليه البند السابق حيث وجه وكيل المحتكمة خطابا إلي محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي لتحديد الجهة المنوط بها تسمية المحكم عن المحتكم ضدها بعد أن أخطرت بتعيين محكما عنها ولم تستجب، حيث أرسل سكرتير عام محكمة التحكيم الدولية بلاهاي خطابا للمحتكم ضدها يتضمن الاشارة الى طلب المحتكمة بشأن قيامها بتحديد السلطة المختصة بتعيين المحكم عن المحتكم ضدها للتعليق على هذا الطلب مع الاستعلام من مركز التحكيم الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة عما اذا كان يقبل أن يقوم بمهمة سلطة التعيين أم لا ؟.

ثم أرسل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي خطاب السكرتير العام يتضمن قبوله تعيين محكم عن المحتكم ضدها ردا على خطابه بهذا الشأن واستند مركز التحكيم إلى أن المواعيد المحددة وفقا للمادة 2/7 من قانون اليونسترال للمحتكم ضدها لتعيين محكما قد

انقضت وان الاختصاص وفقاً لقواعد اليونيسترال يتمثل في انعقاد السكرتير العام لمحكمة لاهاي لإصدار قراره بتحديد سلطة تعيين المحكم .

وكان هذا النزاع قد عرض جزء منه في دعوى سابقة حرر عنها اتفاق صلح سابق جاء بالبند الخامس منه في فقرته الثانية والثالثة ويلتزم الطرف الأول المحتكم ضدها بتقديم المطالبات المقدمة من الطرف الثاني المحتكمة تجاه المالك الأصلي إلى المالك مع التزام الطرفين بالطرق الودية ويلتزم الطرف الأول بسداد مستحقات الطرف الثاني فور قيام المالك بسدادها .

حيث عقدت هيئة التحكيم أولى جلساتها وحددت مكان التحكيم ولغته والمواعيد المقررة لتقديم المذكرات والمرافعة الشفهية وأن تتبع قواعد اليونيسترال في اجراءات التحكيم مع مراعاة احكام القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم .

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة قانوناً .

فإن الهيئة تحدد طلبات طرفي الدعوى على الوجه الآتي :

*- طلبات المحتكمة:

1- تقرير حقها في اقتضاء مبلغ 12.604.000 دولاراً أمريكياً مع عوائده محدداً مفرداته على

النحو التالي (أ) تكاليف تنفيذ امر التغيير رقم 52. ب) تكاليف تنفيذ أمر التغيير 53. ج)

تكاليف تنفيذ أمر التغيير 54. د) تكاليف تغيير الأعمال من حيث المواصفات والمقاسات .

2- تكاليف الامتداد الزمني لتنفيذ المشروع .

3- مبالغ ناتجة عن خطأ في الحصر الأصلي وهو الفارق بين الكميات في المستخلص (18)

وحصر 2001، 2003 .

4- الفوائد المستحقة على كافة المبالغ التي تقضي بها هيئة التحكيم .

5- إلزام اطراف الاتحاد (المحتكم ضدها أي المتعاقد الأصلي) بسداد المبالغ مع الفوائد

بالتضامن فيما بينها .

6- إلزام المحتكم ضدها بسداد كامل مصاريف التحكيم وأتعاب المحاماة مع الفائدة منذ

طلب التحكيم.

*- طلبات المحتكم ضدها : أي المقاولين الأصليين: وتنقسم قسمين :

أولاً: إصدار حكم في الدفوع الإجرائية قبل الفصل في الموضوع وهي :

1- بطلان تشكيل الهيئة لاستبعاد المحكم المختار بمعرفتها وتعيين آخر .

2- وقف الدعوى التحكيمية لحين الفصل في دعواه لبطلان تعيين المحكم المعين عن المحتكم

ضدها .

3- سقوط الحق في التحكيم لسبق التنازل عنه واللجوء للقضاء .

4- سقوط الحق في التحكيم لإستنفاد اتفاق التحكيم في قضية سابقة وصدور حكم فيها

وتنفيذه.

5- انقضاء الحق موضوع التحكيم .

6- عدم جواز نظر دعوى التحكيم لسبق الفصل فيها .

*- وفي جميع الأحوال الزام المحكمة أي المتعاقد من الباطن بأتعاب التحكيم .

وعليه أقرت الهيئة التحكيمية الفصل في الدفوع الإجرائية التي أثارها المحكّم ضدها :

1- بخصوص الدفع الأول والثاني وهما بطلان تشكيل الهيئة لاستيفاء المحكّم المختار بمعرفة الاتحاد وتعيين محكّمأ آخر بدلا منه .

2- وقف اجراءات التحكيم لحين الفصل في الدعوى المقامة من المحكّم ضدها بطلب بطلان تعيين المحكّم المختار بمعرفة مركز القاهرة.

حيث إن هذين الدفيعين في غير محلّهما إذ قررت هيئة التحكيم في جلستها الإجرائية أن تتبع اجراءات التحكيم طبقا لقواعد اليونسترال وهو ما تم اتباعه في تعيين محكّم عن المحكّم ضدها بعد امتناعها عن تعيين محكّمها في 30 يوماً من خلال تسلمها الإخطار باللجوء للتحكيم فقام مركز التحكيم بتعيين محكّم عنها وهو ما يعني صحة تعيين محكّمأ عن المحكّم ضدها .

أما دعوى بطلان اجراءات تعيين المحكّم فهي لا تخرج عن كونها :

أ) إما أن تكون دعوى بطلان وفقا لحكم المادتين 1/53 – 54/ب من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 94 التي تنص في المادة الاولى منها على : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية : إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو اختيار المحكّمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين وما جاء بالمادة 545/ب بالنص على أن تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون واللذان تتطلبان لقبول دعوى البطلان بسبب تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين محكّمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين أن يكون قد صدر حكم في التحكيم ممن عين المحكّمين على خلاف القانون أو إرادة طرفيه وإذا كان الحال في الدعوى التحكيمية انه لم يصدر حكم بعد من هيئة التحكيم قبل اقامة المحكّم ضدها دعوى البطلان الأنفة الذكر فإنها تعد غير مقبولة لرفعها قبل الاوان .

ب) أو قد تكون هذه الدعوى دعوى رد للمحكّم المعين من قبل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وما يستتبعه من بطلان اختياره للمحكّم المرجح وهو ما تولت الفقرة الثالثة من المادة (19) من قانون التحكيم سالف الذكر التعرض لها بالنص على أنه (3) لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف اجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكّم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من اجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكّمين كأن لم يكن والتي تقطع بأن تقديم طلب رد أحد المحكّمين ليس من شأنه أن يؤثر على استمرار نظر المحكّمين للدعوى التحكيمية وهو ما رجحت الهيئة الأخذ به نتيجة لهذين الفرضين وقررت وفقاً لذلك الاستمرار في نظر الدعوى والفصل فيها وساندها في ذلك أيضا دون أن يعد ذلك تعرضاً بالفصل في دعوى المحكّم ضدها

ببطلان تعيين محكم عنه أن الفقرة الثانية من المادة (7) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال الواجبة التطبيق في شأن تعيين محكم عن المحتكم ضدها قد نصت على أنه (2) إذا قام أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر باختيار محكم ولم يتم هذا الآخر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الإخطار بإخطار الطرف الأول بالمحكم الذي اختاره فإنه يجوز للطرف الأول أن يطلب من سلطة التعيين التي سبق أن اتفق الطرفان على تسميتها وهو السكرتير العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي أن تتولى تعيين المحكم الثاني أو تسمية سلطة التعيين.

ولما كانت المحكمة قد طلبت بواسطة خطاب (المركز) المرسل إلى المحتكم ضدها تعيين محكماً عنها متى كانت مصالحها متعارضة مع المالك (مكتبة الاسكندرية) وقد كررت ذلك بكتابي المركز المرسلين إليه أي بعد فوات الميعاد الوارد في المادة (2/7) أنفة الذكر وكذلك بعد فواته أيضاً من تاريخ طلب المحكمة إلى سكرتير عام المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي تسمية المحكم عن المحتكم ضدها بعد أن تم إخطارها بذلك ولم تستجب بالإضافة إلى كتابي السكرتير العام الموجه أولهما إلى المحتكم ضدها للتعليق على طلب تسمية سلطة التعيين والثاني إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بطلب قبوله سلطة تسمية المحكم عن المحتكم ضدها ثم خطاب المحكمة إلى السكرتير العام الذي يشير فيه إلى انقضاء المواعيد المحددة للمحتكم ضدها لتعيين محكمها وإلى اختصاص السكرتير العام وحده بتسمية جهة التعيين تبعاً لذلك ثم أخيراً إلى صدور قرار السكرتير العام بإسناد مهمة تسمية المحكم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي واتخاذ إجراءات تسمية المحكم المختار تبعاً لذلك وعلى نحو ما جاء بصدر هذا الحكم في بيان الاجراءات وبذلك يضحى إدعاء المحتكم ضدها في دفاعها بأن خطاب المحكمة المرسل إليها هو طلب تحكيم جديد لا سند له من واقع أوراق الدعوى .

(2) في خصوص الدفع الثالث والمتعلق بسقوط الحق في التحكيم لسبق التنازل عنه واللجوء إلى المحاكم :

حيث أن هذا الدفع مردود إذ اقتصر دفع المحتكم ضدها بهذا الخصوص على مجرد ما أورده في صحيفة الدعوى التي أقامتها المحكمة أمام محكمة الاسكندرية الابتدائية على المحتكم ضدها ومكتبة الاسكندرية باعتبارها رب العمل في عقد المقاولة الأصلي الذي أسند إلى المحكمة بموجبه عقد المقاولة من الباطن لتنفيذ أعمال الرخام ودون أن تورد ما اسفر عنه رفع هذه الدعوى أو الاجراءات التي اتخذت في شأنها ما ينبئ عن تنازل المحكمة عن طلب التحكيم حتى قفل باب المرافعة وحجز الدعوى التحكيمية للحكم وكان النص في الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994 التي أشارت الهيئة إلي تطبيق أحكامه مع قواعد اليونسترال في جلسة الاجراءات والتي تمسك بأحكامه المحتكم ضدها في دفاعها السابق على أنه لا يحول رفع الدعوى التي يوجد بشأن النزاع فيها اتفاق تحكيم امام المحاكم دون البدء في اجراءات التحكيم والاستمرار

فيها أو إصدار حكم التحكيم يدل على أن مجرد رفع دعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب إحدى المحاكم في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ليس من أثره انتزاع الاختصاص بنظره من هيئة التحكيم كما لا يعد ذلك بمجرد تنازلاً من رافع الدعوى أمام المحاكم عن الالتجاء إلى التحكيم والاستمرار في إجراءاته حتى الفصل في الدعوى التحكيمية بحكم تحكيمي .

ولما كانت المحاكم ضدها لم تورد في دفاعها أو تقدم ما يدل على تنازل المحكمة عن دعواها التحكيمية سوى صحيفة دعواها رقم 140 لسنة 2004 أمام محكمة الاسكندرية الابتدائية (مستند رقم 4) من بيان الدفاع المقدم من المحاكم ضدها وكان ذلك بمجرد على نحو ما سبق بيانه لا يحول دون البدء في اجراءات التحكيم والاستمرار فيها وإصدار حكم تحكيمي فإن ذلك الدفع من المحاكم ضدها يكون على غير أساس متعيناً رفضه .

(3) في خصوص الدفع التي تمسكت بها المحاكم ضدها من الرابع حتى السادس وهي :
أ) سقوط الحق في التحكيم لاستنفاذ اتفاق التحكيم في القضية التحكيمية السابقة وصدور حكم فيها وقبوله وتنفيذه .

ب) إنقضاء الحق موضوع التحكيم وبالتالي إنقضاء الحق في التحكيم لحسم المنازعة بالصلح طبقاً للمواد 553، 556، 557 من القانون المدني .

ج) عدم جواز نظر الدعوى التحكيمية الحالية لسبق الفصل فيها في ذات القضية التحكيمية السابقة.

وحيث أن هيئة التحكيم قد سبق لها أن أمرت بضم ملف الدعوى التحكيمية السابقة مركز تحكيم القاهرة الاقليمي السابق اقامتها من المحكمة على المحاكم ضدها (الاتحاد) للفصل في المنازعات التي نشأت بينهما بصدد تنفيذ عقد المقاوله المبرم بينهما والمتعلق بتنفيذ أعمال الجرانيت لهذا المشروع وعلى نحو ما ورد بحكم التحكيم الصادر في هذه الدعوى والذي جاء بالبند الرابع منه أنه:

(4) تلقت الهيئة وثيقة موقعة من ممثلي الطرفين وطلب إلحاق هذا الاتفاق بمحضر جلسة هيئة التحكيم لتصدر حكماً بمقتضاه بمشموله، وانتهت الهيئة إلى اعتبار هذا الاتفاق جزءاً لا يتجزأ من حكمها. وكان من المقرر في قضاء محكمة النقض أن القاضي (المحكم أو هيئة التحكيم) وهو يصدق على محضر الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ولا يعدو هذا الاتفاق أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه إلا أن المادة (553) من القانون المدني نصت على أن تنحسم بالصلح المنازعات التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولاً نهائياً بما مؤداه أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأي من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع بإقامة دعوى به ولا بالمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة مما حسمه الطرفان صلحاً نقض 977/1/31 س 28 ص 328، 979/4/5 س 30 ص 37ع2، 981/12/1 س 32 ص 2256. كما أنه من المقرر في قضاء محكمة

النقض أيضاً أنه لما كان الصلح عقدا يحسم به النزاع من الطرفين في موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ولهذا يجب ألا يتوسع في تأويله وأن يقتصر تفسيره على موضوع النزاع على أن ذلك ليس من مقتضاه أن قاضي الموضوع ممنوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق ومن الظروف التي تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من الصلح، ويحدد نطاق النزاع الذي أراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه، بل إن ذلك من سلطته ولا رقابة عليه فيه ما دامت عبارات الصلح والملايسات التي تم فيها تحتمل ما استخلصته منه طعن 51 لسنة 10 ق جلسة 1941/1/16 مجموعة الربع قرن.

لما كان ذلك، وكانت هيئة التحكيم بما لها من سلطة قاضي الموضوع في تفسير عقد الصلح الموقع عليه بين ممثلي طرفي الدعوى التحكيمية الحالية والسابق تقديمه في الدعوى المحررة بينهما رقم 225 لسنة 2001 بما لا يؤدي إلى التوسع في تأويل بنوده وأن يحدد نطاق النزاع الذي أراده طرفي الصلح بناءً على استخلاص سائغ لعباراته والظروف التي تمت فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من عقد الصلح سالف الذكر وكان النص في التمهيد الوارد باتفاق طرفي الدعوى على أن يتم انجاز المشروع وتنفيذه وتسليمه للجهة المالكة تسليماً ابتدائياً شاملاً لكافة الأعمال ومنها الأعمال المتخصصة ومنها أعمال الجرانيت، وتقدم الطرف الثاني (المحتكمة في التحكيم الحالي) للطرف الأول (المحتكم ضدها) بمطالباته المترتبة على تنفيذ التزاماته التعاقدية واستطالة مدة المشروع لأسباب ذكر أنه لا دخل لإرادته فيها وبصدور أوامر تغيير على بنود الأعمال الأصلية تطلب تنفيذها نفقات زائدة على المتعاقد عليه إلا أن هذه المطالبات لم تلق قبولاً لدى الطرف الأول (المحتكم ضدها) فما كان من الطرف الثاني (المحتكمة) إلا اللجوء للتحكيم لحسم هذا الخلاف، والنص في البند الأول من هذا الاتفاق على أن يعتبر التمهيد جزء لا يتجزأ من هذا الاتفاق وأحد بنوده. وفي البند الثاني منه على أنه بموجب هذا الاتفاق قبل الطرفان تسوية الخلاف الحاصل بينهما بخصوص تعاقد الطرف الثاني على تنفيذ أعمال الجرانيت وعن البنود موضع الخلاف التي تقاضي الطرف الأول (المحتكم ضدها) مستحقته عنها من المالك .

وما جاء بالبند الثالث منه على أن تسوية النزاع وإعمالاً لما جاء بالبند الثاني أعلاه قبل الطرف الأول دفع مبلغ 1200000 دولاراً أمريكياً فقط مليون ومائتان ألف دولاراً أمريكياً لا غير للطرف الثاني يدفع له بموجب شيكات مصرفية وبذا تبرأ ذمة الطرف الأول قبل الطرف الثاني من أية مبالغ أو مطالبات مترتبة على تنفيذ مشروع مكتبة الإسكندرية وما ورد بالبند الرابع منه على أنه من المتفق عليه من الطرفين أن التوقيع على هذا الاتفاق يعتبر تنازلاً منهما عن مطالبيهما المبدأة بالقضية التحكيمية وقبولاً للتسوية الودية المنصوص عليها بالبند ثالثاً عاليه وبراءة ذمة للطرف الأول من أية مطالبات مالية خاصة بتنفيذ الطرف الثاني لأعمال الجرانيت بالمشروع وما نص عليه البند الخامس منه من أن هذا الاتفاق ينهي النزاع بين الطرفين في جميع المسائل المثارة أمام هيئة التحكيم وغيرها من الجهات بحيث لا يجوز لأي من الطرفين مطالبة الطرف الآخر بأي متطلبات

تتعلق بشئ من هذه المسائل ويلتزم الطرف الأول (المحتكم ضدها) بتقديم المطالبات المقدمة من الطرف الثاني إلى المالك ومستشاره الهندسي مع التزام الطرفين بالطرق الودية دون سواها تأكيداً على العلاقة الأخوية والودية التي تربط الطرفين بعضهما ببعض من جهة ومع المالك من جهة أخرى والتي تقضي الالتزام التام بالحلول الودية. ويلتزم الطرف الأول (المحتكم ضدها) بسداد مستحقات الطرف الثاني

(المحتكمة) فور قيام المالك بسدادها والنص في البند السادس من هذا الاتفاق على أنه بموجب هذا الاتفاق يلتزم الطرف الثاني (المحتكمة) بالتوقيع على الحساب الختامي لأعمال المشروع وأيضاً الختامي للمشروع الذي يقدم للمالك من الطرف الأول (المحتكم ضدها) مفاده أولاً أن موضوع التسوية الودية في النزاع التحكيمي السابق باعتباره صلحاً وما سدد عنه من مبالغ من (الاتحاد) المحتكم ضدها إلى المحكمة في الدعوى التحكيمية الحالية إنما يتعلق فقط بنود الخلاف الواردة بالتمهيد والتي تقاضت عنها المحتكم ضدها من المالك مستحقاته عنها وهو الأمر الذي يؤكد اعتبار بند التمهيد جزءاً لا يتجزأ من العقد وإحالة البند الثالث الخاص بالتسوية الودية وتحديد المبلغ على ما جاء بالبند الثاني المتعلق بقصر التسوية على بنود الخلاف التي تقاضت المحتكم ضدها مستحقاته عنها من المالك وهو ما أحال إليه بدوره البند الرابع وأكدته الفقرة الأولى من البند الخامس .

ثانياً: أن هناك التزامات متبادلة بين طرفي هذا الاتفاق لم تستقر بشأنها حقوق والالتزامات كل منهما تجاه المالك مما يتطلب تضافرهما معاً للتوصل إليه وهي :

أ) التزام المحتكم ضدها بتقديم طلبات المحكمة إلى المالك ومستشاره الهندسي والالتزامها بسداد مستحقات المحكمة فور سداد المالك لها (الفقرتان الثانية والثالثة من البند الخامس).
ب) التزام المحكمة بالتوقيع على الحساب الختامي لأعمال المشروع وكذا ختامي المشروع الذي يقدم للمالك من المحتكم ضدها (البند السادس) .

وإذا استقر في وجدان هيئة التحكيم اقتصار نطاق اتفاق التسوية المذكور الذي صدر بموجبه حكم التحكيم السابق بالحاقه بمحضر الجلسة ومنحه القوة التنفيذية على بنود الخلاف التي تقاضت عنها المحتكم ضدها مقابلاً عنها من المالك دون تلك التي لم تتقاضي عنها شئ والتي أشارت إليها الفقرتان الثانية والثالثة من البند الخامس من هذا الاتفاق وأن ما تمسكت به المحتكم ضدها من دفعات تتعلق بسقوط حق المحكمة في التحكيم الحالي لاستفاد اتفاق التحكيم في القضية التحكيمية السابقة وبانقضاء حق المحكمة في طلب تحكيم جديد بعد أن حسمت المنازعة صلحاً في الدعوى السابقة وبعدم جواز نظر الدعوى التحكيمية الحالية لسبق الفصل فيها يكون لا سند لها من الواقع أو القانون ومتعين رفضها وذلك لاختلاف الموضوع والمحل بين الدعوى التحكيمية السابقة وبين الدعوى التحكيمية الحالية الأمر الذي يؤكد قيام كل من طرفي الدعويين سالفتي الذكر باتخاذ إجراءات تنفيذ اتفاق التسوية السابق بما أجرله المحتكم ضدها من حصر

للأعمال المنفذة بمعرفة المحكّمة موضوع عقد المقاولة من الباطن المستند رقم 20 من مستندات بيان الدعوى وتحفظ المحكّمة على ما جاء به ثم إجراء حصر بمعرفة المحكّمة لها المستند 22 من بيان الدعوى وخطر المحكّم ضدها به المستند 25 من مستندات المحكّمة في بيان دعواها المتضمن أنه تنفيذاً لاتفاق التسوية ولما ورد في الاجتماع مع المحكّم ضدها فإن المبالغ التي استحققت للمحكّمة ولم تحصل على مقابل لها هي أمري التغيير رقمي 52، 53 ثم أمر التغيير رقم 54 وتقديره لأعمال التكاليف الإضافية للظروف غير المتوقعة ثم قيمة الكميات المنفذة منه وغير المحصورة وتحديدده للمصاريف الادارية مع الإشارة إلى مقابل امتداد مدة العقد وتركها لتقدير المالك المستند رقم 25 من بيان الدعوى وقيام المحكّم ضدها فور إبلاغها بذلك بإرسال خطاب إلى المالك أوردت به ذات البيان بعد أن أجرت تخفيضاً في قيمة أمر التغيير رقم 52 وتعديله وكذا استبعاد بند التكاليف الإضافية للظروف غير المتوقعة الذي أعقبه رفض المهندس الاستشاري للمالك لهذا المطالبات بكتابه المرسل إلى المحكّم ضدها مستند رقم 4 من مذكرة بيان الدعوى الأمر الذي من شأنه على نحو ما سلف بيانه أن تعرض هيئة التحكيم للطلبات الموضوعية التي تمسكت بها المحكّمة في بيان دعواها ومذكرتها الختامية .

المنطوق

* الفصل في الدفع الموضوعية :

بداية تشير الهيئة إلى ما جاء بالبند 1/18 من عقد المقاولة بين الطرفين والذي ينص على أن أي خلاف أو نزاع قد ينشأ عن عقد المقاولة يحل بالطرق الودية وإذا لم يتيسر ذلك يحال النزاع لتسوية المنازعات وفقاً لقواعد اليونسترال للتصالح ومركز التحكيم المختارين . وعلى ذلك فإن الهيئة تعرضت لطلبات المحكّمة على التفصيل الآتي :

أولاً : المطالبة بمقابل أوامر التغيير : وتشير الهيئة بداية إلى البند الثامن من عقد المقاولة من الباطن وفقاً للفقرة الأولى منه بإجراء التعديلات على أعمال عقد المقاول من الباطن أو تعديلها أو الانتقاص منها إذا :

أ) صدرت له تعليمات من المهندس بموجب العقد وتم تأكيدها كتابة من المقاول .

ب) اتفق على إجرائها بين المالك والمقاول الأصلي وتم تأكيدها كتابة من المقاول الأصلي .

ج) صدرت له تعليمات مكتوبة من المقاول الأصلي .

وبند 3/8 من العقد ينص على أن قيمة أوامر التغيير تؤخذ في الحسبان عند تحديد القيمة المالية لعقد المقاول من الباطن وما جاء في البند 1/9 من أن جميع أوامر التغيير المعتمدة سوف تحدد بالرجوع للنسب والأسعار المحددة في عقد المقاول الباطن فإذا لم توجد تكون القيمة هي القيمة المعادلة والمعقولة في جميع الظروف .

وعلى هدى من ذلك، تعرض هيئة التحكيم كل ادعاء من المحكّمة بشأن أوامر التغيير على

حده :

1) أمر التغيير رقم (52) : - وموضوعه هو تعديل بلاطات أرضيات الجرانيت الرمادي شولمان (قياس 1.20 م × 0.60 م) المطلوب عند التعاقد إلى قياس (0.80 م × 0.40 م) وهو ما تم بناءً على طلب المحكّم ضدها ولا ينال من ذلك ما جاء في دفاع المحكّم ضدها من أن هذا التعديل جاء لمساعدة المحكّمة لعدم قدرتها على تصنيع بلاطات بالحجم الكبير وهو ادعاء لم تبرهن عليه المحكّم ضدها وقد حددت المحكّمة قيمة الأعمال الإضافية على النحو التالي :

- قيمة جرانيت تم انتاجه ولم يستخدم .

- تكاليف إضافية للتصنيع .

- مصاريف ادارية .

وقد تأكدت هيئة التحكيم من توافر الشروط اللازمة لاعتبار الأمر 52 أمراً تغييرياً وعلى ذلك فإنها تقضي لها به .

2) أمر التغيير (53) : موضوعه هو تعديل قياسات بلاطات التكسية من الجرانيت الأسود الزيمبابوي من قياس (1.6 م × 0.867 م) وأن من شأن هذا التغيير أن يوفر للمحكّمة الفاقد ويجنبها استيراد كتل فيه لذلك ترى هيئة التحكيم أن أمر التغيير (53) لم تتوافر شروطه ولذا تقضي الهيئة برفضه .

3) أمر التغيير (54) : موضوعه وجوب استعمال لون رمادي من درجة واحدة من جرانيت شولمان لتكيب التكسية الخارجية بدلا من ثلاث درجات من اللون الرمادي كما كان متفق عليه ثم طلبت المحكّم ضدها كتابة لون فاتح الأمر الذي جعل المهندس الاستشاري يطلب التغيير على لون رمادي من درجة واحدة وأخذا بما منحة بند 4/18 من عقد مقاول الباطن الذي يعطي المحكّمة سلطة واسعة، فإن هيئة التحكيم تقدر أحقية المحكّمة في ذلك وهي تقضي لها به .

ثانيا : المطالبة بقيمة زيادة مدة تنفيذ العقد : إن الثابت لهيئة التحكيم أن بند 2/6 من عقد مقاول الباطن ينص على أنه إذا تأخر مقاول الباطن في تنفيذ عمله بسبب :

أ) ظروف أو حادث استحق عنه المقاول الأصلي امتدادا زمنيا .

ب) صدور أمر بأي تغيير في أعمال عقد مقاول الباطن .

ج) إخلال المقاول الأصلي بعقد مقاول الباطن .

- وكانت المحكّمة قد دلت على امتداد العقد ما هوأت :

1 - أن المقاول الأصلي حصل على امتدادين زمنيين مدتهما 504 يوما .

2- إصدار المهندس والمقاول الأصلي أوامر التغيير (52 ، 53 ، 54) .

وقد قدرت المحكّمة حقها عن امتداد العقد ومفرداته وأجور للعاملين والموظفين وخسائر ناجمة عن التضخم .

ولما كان من البين لهيئة التحكيم حصول المحكّم ضدها على امتدادين زمنيين وهو ما يعطي للمحكّمة الحق في الحصول على مقابل لهذين الامتدادين فإن الهيئة بما لها من سلطة

تقديرية تحدد المقابل لامتداد العقد بعد الأخذ في الاعتبار إهمال المحكمة في اتخاذ باقي الإجراءات للحفاظ على حقها والذي ليس من شأنه اسقاط الحق في طلب مقابل امتداد العقد .

ثالثا : المبالغ الناتجة عن كثرة التغيير في العقد : تستند المحكمة إلى قيامها بتنفيذ 103 بندا خارج نطاق عقد مقاول الباطن دون تفصيل لمفرداته أو بيان عناصره حتى تعمل الهيئة سلطتها التقديرية بشأن كل منها مما يثير الشك لدى الهيئة في أحقية المحكمة لهذا المبلغ وتقضي تبعا لذلك برفض طلبها بشأنه .

رابعا : المطالبة بالمقابل عن قرض الحصر في الكميات الموردة منها من الجرانيت : تستند المحكمة إلى خطأ المقاول الأصلي في الحصر وهو ما دعاها إلى الاعتراض وقيامها بالحصر وتم إخطار المحترم ضدها به وهو ما يمثل الفارق بين مستخلص 18 وحصر 2003، مع إضافة المصاريف الإدارية بنسبة 32.65% من المبلغ الذي تقضي به الهيئة .

ولما كانت البيانات الواردة في مستخلص 18 وحصر 2001 و2003 لا يقطع بأن أي منها يمثل المستخلص الختامي إلا أنها تقضي بوجود فارق بالزيادة للمحكمة، فإن الهيئة تعتمد أقل التقديرات وهو الفرق بين حصر 2001 وحصر 2003 وتقضي للمحكمة به .

خامسا : أما عن طلب المحكمة عائدا عن المبالغ التي تقضي بها الهيئة: فقد قررت هيئة التحكيم إلزام المحترم ضدها بتعويض المحكمة عن التأخير في سداد المبالغ التي قضت بها الهيئة .
سادسا : طلب إلزام الاتحاد بالتضامن : فإن الهيئة تقضي به باعتبار أن التضامن مفترض في المسائل التجارية .

سابعا : أما عن مصاريف التحكيم : فتقضي الهيئة بتحمل الطرفين مصاريف التحكيم مناصفة بينهما ويتحمل كل طرف مصاريف محاميه .

المراجع

قائمة المراجع

I. المؤلفات باللغة العربية

1) المراجع العامة:

1. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
3. جلال حمزة محمود، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للإلتزام، القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985
4. خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى 1994.
5. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، 2011.
6. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين الشمس، الطبعة الخامسة، 1991.
7. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، طبعة 2008.
8. شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998.
9. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، 2010.
10. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام - التنفيذ - المنازعات، منشأة المعارف، 2004.
11. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث قضاء أحكام مجلس الدولة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2006.
12. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، 2009.

13. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
14. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة (المقاوله -الوكالة- الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
15. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2012.
16. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى دار نشر بيروت، 2011.
17. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، 2011.
18. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة 2017.
19. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003.
20. فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليسي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، 1992.
21. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
22. مارسو لونغ، بروسبير قيل، غي بريبان، بيار دلقولقيه، برونو جينقوا، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009.
23. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1998.
24. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2008.
25. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
26. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، 2008.
27. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2010.

(2) المراجع المتخصصة:

1. أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، 2008.
2. أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتبة القانونية للنشر، مصر، سنة 2004.
3. بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة - دراسة تحليلية ونقدية -، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.
4. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2013.
5. عبد الرحمن العايد، عقد المقاولة، مكتبة الملك فهد، الإدارة العامة للثقافة والنشر، الرياض 2004.
6. عبد السيد الجارحي مصطفى، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النشر العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.
7. علي الشهوان هاشم، المسؤولية المدنية للمهندس الإستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.
8. غازي خالد أبو العرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، الطبعة الأولى دار وائل للنشر والتوزيع، عمان 2009.
9. فتيحة قره، أحكام عقد المقاولة، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1992.

(3) الرسائل:

أ. رسائل الدكتوراه

- (1) امحمد بن الدين، المناولة الصناعية كإستراتيجية لتحقيق الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية، قسم الإقتصاد، 2012-2013.
- (2) فيصل خالد المكرد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة 2013.

(3) عبد المالك مهلل، المناولة والشراكة الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإقتصادية 2013-2014.

ب. مذكرات الماجستير

1. اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
2. خديجة سرير الحرتسي ، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2009-2010.
3. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013.
4. شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
5. عادل عبد العزيز سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة نابلس، فلسطين 2007.
6. عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2012.
7. زايددي مدوري، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
8. سليمة عزيزو، بورصة المناولة والشراكة وعلاقتها بالمؤسسات الصناعية الصغيرة والمتوسطة،- حالة البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة ناحية الوسط - ، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2008.
9. صليحة برجم، المقابلة الفرعية، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 2009.
10. صوفية عباد، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار عنابة 2011.

11. مايا بن قلفاط، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
12. نوال دايم، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 .
13. هديل سعد احمد العبادي، عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة المستنصرية، العراق 2007.

(4) المقالات:

1. امحمد بن الدين، دور مراكز المناولة في دعم وتوجيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مجلة الحقيقة، العدد 21 جامعة أدرار، جوان 2012، ص 157.
2. ديب عبد السلام، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر 2009.
3. فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الحادي عشر، ص 429.
4. فنيش كمال، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر، 2009.
5. سفيان سولم، المركز القانوني للوسيط القضائي في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد العاشر، ص 481.
6. محمد سعد جرندي، قراءة أولية في المقتضيات المنظمة لعقد المقاولة من الباطن، موسوعة القضاء والقانون المغربي، 2017.
7. موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد التاسع، سبتمبر 2015.

5) النصوص القانونية والتنظيمية:

أ. القوانين:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتعلق بالقانون المدني .
2. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 17 بتاريخ 02 ماي 1990 صفحة 562.
3. القانون رقم 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2001 جريدة رسمية رقم 77.
4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بموجب الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.
5. القانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016 المتضمن قانون المالية لسنة 2017، جريدة رسمية عدد 77، الصادرة في 29 ديسمبر 2016.
6. القانون رقم 17-02 المؤرخ في 10 يناير 2017، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية عدد 02 الصادرة في 11 يناير 2017.

ب. المراسيم:

1. المرسوم التنفيذي 98-67 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسييره بموجب الجريدة الرسمية رقم 11.
2. المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 أبريل 2003 المتضمن تشكيلة المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة وتنظيمه وسييره الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 23 أبريل 2003.
3. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 والمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 جريدة رسمية عدد 02.
4. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015 جريدة رسمية رقم 55.

ج. القرارات:

1. القرار المؤرخ في 16 رجب 1384، الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965 العدد 06 صفحة 47.
2. قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011 العدد 24.
3. القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المتضمن كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 الصادرة في 16 مارس 2016.

د. التعليمات والوثائق:

1. تعليمة الإتحاد الأوروبي رقم 35/2000 الصادرة في 29 جوان 2000، جريدة رسمية رقم L200/35 الصادرة في 08 أوت 2000.
2. INSTRUCTION N° 10/027 du 02 Novembre 2010 ; analyse, définition, mise en œuvre et exécution de la sous-traitance (France).
3. La loi MURCEF N° 1168/2001 du 11 décembre 2001 portant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

ت. الاجتهادات القضائية

1. مجلة مجلس الدولة الفرنسي 1890، قضية hôpital Ferté-Macé، ص 809.
2. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 13 نوفمبر 1908 في قضية Wuillaume.
3. مجلة مجلس الدولة الفرنسي 1935، قضية Cie chemins de fer du nord، ص 953.
4. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20 مارس 1942 في قضية Bastille Dame Vue.
5. مجلة مجلس الدولة الفرنسي 1979، قضية Ste Entreprise Roule، ص 789.
6. المجلة القضائية الصادرة سنة 1990، العدد الأول، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16 مارس 1983، ملف رقم 30852/09550، ص 15.

7. قرار مجلس الدولة الفرنسي 11 جانفي 1988، قضية رقم 56630، Chambre des Métiers Ile et vilaine .
8. مجلة مجلس الدولة الفرنسي 1993، قضية Ste Ets Lucas et Paillard، ص 867.
9. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 02 جانفي 2003 الغرفة الأولى، فهرس 012 قضية بلدية عين الكيحل ضد مجاهد عبد الرحمن.
10. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 16 ديسمبر 2003 الغرفة الأولى، ملف رقم 0011126 فهرس 917 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش.
11. قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 20 جانفي 2004 الغرفة الأولى، ملف رقم 012781 فهرس 06 قضية المؤسسة الوطنية للإنجاز العام أشغال الري بعنابة ضد بلدية برحال.
12. مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع، 2004، ملف رقم 006052، قضية (ق.ع) ضد بلدية متليلي، ص 71.
13. مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد السابع، 2005، ملف رقم 020289 فهرس 870 قضية بلدية ثنية الأحد ضد (ز. د)، ص 86.
14. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2009، ملف رقم 42، قسم الوثائق، قضية (ق.ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين SAA، ص 103.
15. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2009، ملف رقم 45، قسم الوثائق، (ب.ك.ع) ضد بلدية زمورة، ص 115.

.II. المؤلفات باللغة الفرنسية:

A. Ouvrages généraux :

1. BENCHENEB (A.), Le droit algérien des contrats : données fondamentales, éditions universitaires de Dijon, 2^{ème} édition 2015.
2. BRAYER (G.), PRIEUR (D.), RADIZZA-GALMARINI (F.), Schulz (P.), Contrats internationaux: guide juridique et fiscal, Centre Français du Commerce Extérieur (CFCE), janvier 2002.
3. DE LAUBADER (A.), VENIZIA (J.C.), GAUDEMET(Y.), Droit Administratif général, Tome 2, Delta, 10^{ème} édition.

4. DE LAUBADER (A.), Traité de droit administratif, Delta, 11^{ème} édition 2002.
5. FOILLARD (F.), Droit Administratif, Paradigme, 11^{ème} édition, 2007.
6. LEBRETON (G.), Droit Administratif, Dalloz 3^{ème} édition, 2004.
7. LEBRETON (G.), Droit Administratif, Dalloz 2^{ème} édition.
8. RIVERO (J.), WALINE (J.), Droit Administratif, Dalloz 16^{ème} édition, 1996.
9. RIVERO (J.), WALINE (J.), Précis Droit Administratif, Dalloz 21^{ème} édition.
10. ROUAULT (M.C.), Droit Administratif, Lextenso, 7^{ème} édition, 2011.
11. ROUSSET (M.), ROUSSET (O.), Droit Administratif, Tome 1, 2^{ème} édition.
12. VERMELLE (G.), LES CONTRATS SPECIAUX, DALLOZ, 5 EME EDITION, 2006.

B. Ouvrages spécialisé :

1. ALTERSOHN (C.), La sous-traitance à l'aube du XXI^e siècle, édition L'Harmattan, 1997.
2. BALON (F.), La sous-traitance, édition Lancier 2006.
3. BOULIFA (B.), Marches publics, manuel méthodologique, Berti 2013.
4. BOULIFA (B.), Marches publics, manuel méthodologique, volume 1, 2^{ème} édition, Berti, 2015.
5. BRACONNIER (S.), Précis du droit des marches publics, 2^{ème} édition, Moniteur 2007.
6. GAVALDA (CH.), La sous-traitance de marchés de travaux et de services, édition economica, Paris 1978.
7. GUETTIER (C.), Droit des contrats administratif, P.U.F, 3^{ème} édition, 2011.
8. KOBTAN (M.), Les marches de l'opérateur public ou la réforme du droit de marches publiques, O.P.U, Alger.
9. LAJOYE (C.), Droit de marches publiques, édition Berti, Paris 2005.
10. LE TOURNEAU (PH.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2006.
11. LE TOURNEAU (PH.), La responsabilité civile, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1982.

12. LOUBERE (J.M.), PERROTIN (R.), Stratégies d'achats: sous-traitance, partenariat, délocalisation, Eyrolles édition d'organisation 5^{ème} édition 2009.
13. MODERNE (S), La sous-traitance des marchés publics, essai sur une institution hybride, édition Dalloz, Paris 1995.
14. NERET (J.), Le sous-contrat, LGDJ, Paris 1975.
15. SABLIER (B.), CARO (J.E), ABBATUCCI (S.), La sous-traitance dans la construction, le Moniteur, 7^{ème} édition 2012.
16. VILLARD (M.), BACHELOT (Y.), ROMERO (J.M.), Droit et pratique des marchés publics de travaux, Moniteur.

C. Les Articles:

1. AUBERT (S.), L'action en paiement direct du sous-traitant, Revue A.J.D.A, Droit administratif n°27-2010, 02 aout 2010.
2. AUSSEUR (F.), Sous-traitance : responsabilités et assurances, Revue actualité juridique, assurance construction, n° 17 du décembre 2009.
3. AMRANI MEKKI (S.), Droit des contrats, Recueil Dalloz, 2012, p 224.
4. BAHOKEN (V.), Le maître d'ouvrage de contrat de sous-traitance dans les marchés publics de travaux au Cameroun, Juridical tribune, volume 5, issue 2, décembre 2015, p1 179.
5. BENABET (A.), Sous-traitance, sous-traitance des marchés des personnes privées, juriscasseur contrat n°37, 2013, fasc. 1450, p17.
6. BENHOMME (R.), Sous-contrat et co-contrat et conjonction de contractant, juriscasseur contrat-distribution février 2004, fasc 105.
7. BOLCH (B.M), La sous-traitance, la sous-traitance des marchés des personnes publiques, juriscasseur contrat-distribution octobre 2013, fasc 1455.
8. BOULOUIS (N.), La Sous-traitance des marches publics, étendue et protection, Revue française de droit administratif, n°02, 2008.
9. BURETTE (C.), Kohl (B.), Responsabilité des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception, Strada Lex.
10. CHAILOU (B.), Définition et typologie de la sous-traitance, Revue économique n° 02, volume 28, 1977.

11. CRAHAY (P.), Contrat de sous-traitance de travaux de construction, Revue Mosal.
12. CYRILLE (CH.), Actualité en droit de la construction, Recueil Dalloz, 30 juin et 1^{er} juillet.
13. DAVOUT (L.), Bollée (S.), Droit du commerce international, Recueil Dalloz vol 4-2008, n°36-7353.
14. DELPECH (E.), Sous-traitance, devoir de conseil du maître d'œuvre, Recueil Dalloz 2008, n°15-7332.
15. DELPECH (E.), Sous-traitance, La loi de 1975 est bien une loi de police, Recueil Dalloz vol 1-2008, n°08-7325.
16. DELPECH (E.), Sous-traitance, Droit au paiement direct et action en paiement, Recueil Dalloz vol 4-2008, n°44-7361.
17. DISSAUX (N.), La responsabilité délictuelle du fait du sous-traitant, Recueil Dalloz vol 1-2010, n°04-7409.
18. DUHAUTOIS (R.), RERRAUDIN (C.), La nature des liens interentreprises dans les relations de sous-traitance, Revue Réseaux, édition la Découverte, Paris, juin-juillet 2010 p101.
19. FRANÇOIS (A.), Sous-traitance : responsabilités et assurances.
20. FOLLIOT-LALLIOT (L.), Exécution du contrat administratif, obligations contractuelles et pouvoirs de l'administration, jurisclasseur administratif n°08, fasc. 608.
21. GAVALDA (CH.), La Sous-traitance des marchés de travaux et de services, Revue internationale de droit comparé, 1979, p 225.
22. GROSSMANN (J.P), Responsabilité des sous-traitants, Revue flash de la SSE, juillet 2013, n° 36.
23. KARILA (L.), La responsabilité délictuelle du maître de l'ouvrage, Jurisdata n° 2006-317924, septembre 2006.
24. KARILA (L.), Responsabilité du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal, Jurisdata n° 2008-359138, Mars 2008.
25. KARILA (L.), Mise en demeure de l'entrepreneur principal par le sous-traitant, Jurisdata n° 2006-311826, septembre 2006.

26. LABARTHE (F.), Qualification du contrat et sous-traitance, Recueil Dalloz vol 1-2010, n°12-7417.
27. MARECHAL (F.) , Morand (P.H.), Sous-traitance et avenants dans les marchés publics, une illustration , Revue d'économie politique, 1-2002, volume 112.
28. MARCELINO PAULA REGINA PEREIRA, « La sous-traitance chez Honda au Brésil quelques aspects des processus de travail, de la discrimination et de l'organisation syndicale », Presses de Sciences Politique Autrepant, 2008-3 n° 47, p. 73-90. DOI : 10.3917-autr.047.0073.
29. MONTECHER (M.C.), La S.N.D.F. peut sous-traiter les transports qui lui sont confiés par la région, Revue A.J.D.A, Droit administratif n°33-2010.
30. NEGUELLOU (R.), Nouveaux code des marches publiques, jurisclasseur administratif n°08,11-2004, fasc. 624.
31. Notion juridique de la "sous-traitance" au regard de la loi du 18 juin 1998 en Italie, n. 192, JURISCOPE – 2000
32. OLIVIER (F.), Règles générales de formation des marches publics, jurisclasseur administratif n°08,2003, fasc. 635.
33. PICHANNAZ (P.), La relation entre maitre d'ouvrage et sous-traitant, le problème de la réparation directe du dommage subi par le maitre, la jurisprudence BR/DC 2/2011, p 74.
34. PIELBERG (H.), Sous-traitance, jurisclasseur administratif n°08 30 mars 2008, fasc. 651.
35. PUIPIER (A.), La fausse sous-traitance dans le bâtiment et les travaux publics, Revue société contemporaines, n° 10, volume 10, 1992.
36. PREBISSY SCHNALL (C.), Exécution du marché public, droits et obligations du cocontractant, jurisclasseur administratif n°08, 2009, fasc. 639.
37. SOUSSE (M.), Droit communautaire des marches publiques (fournitures, travaux, services), jurisclasseur administratif n°08, fasc. 621.
38. SOUSSE (M.), Droit communautaire de marches publiques (eaux, énergie, transports, services postaux), jurisclasseur administratif n°08, fasc. 622.

39. TAILLEFAIT (A.), Financement du marché public, jurisclasseur administratif n°08, fasc. 636.
40. TEMPLE BOYER (S.), MELICHZON (R.), sous-traitance, les obligations réciproques du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur principale, Moniteur n° 5404 du 22 juin 2007.

D. Les Rapports:

1. Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, du médiateur des relations inter-industrielles et de la sous-traitance au Ministre chargé de l'Industrie et à Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation, 30 juillet 2010.

E. Les Séminaires et journées d'études :

1. BIGOT (J.), KARILA (L.), assurance construction, journée d'étude du 22 octobre 2008 organisée par Recueil Dalloz à Hôtel ABBA.
2. LABBOUZ (C.), l'exécution du marché journée d'étude sur les marchés publics de travaux, du 04 Avril 2017, organisée par l'école national d'administration (ENA), et AXES management à Paris.
3. RAMEL (E.), FAVRE (M-E), la sous-traitance, journée d'étude du droit de la construction du 2015 à Suisse.

.7 المواقع الإلكترونية

1. http://Legavox.fr/article/imprimer.php?id_article=7086.
2. <https://dspase.univ-ourgla.dz>archive>
3. <https://manifest.univ-ourgla.dz>archive>
4. www.djazairess.com/elhiwar
5. www.djazairess.com/elhiwar
6. www.fares-boubakour.edu.dz>NEFS
7. www.Iefpedin.com>arab>uploads>2012/05
8. www.startimes.com

9. <http://www.coagov.com/subject.php?id>
10. <http://mdroit.com/652.html>
11. <http://www.univ-medea.dz>
12. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/cession.php>
13. <http://hdl.handle.net/123456789/477-dc.description.abstract>
14. <http://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2016/07/07/les-conditions-de-la-cession-dun-marche-public-19353>
15. <http://hdl.handle.net/123456789/540>
16. <http://www.djelfa.info/vb/index.php>
17. <https://www.asjp.cerist.dz>
18. <https://www.algeriescoop.com/author/widad>
19. www.al-fadjr.com
20. www.juriscope.org
21. <http://www.blog.saeed.com>
22. <http://mosal.be/contrats/soustraitancetravauxconstrMosal.pdf>
23. <http://www.bstpo.org/creation.php>

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
أ	شكر وتقدير
ب	إهداء
ج	قائمة المختصرات
1	مقدمة
19	الباب الأول: الإطار القانوني لعقد المناولة
21	الفصل الأول: ماهية المناولة
23	المبحث الأول: المفهوم القانوني لعقد المناولة
25	المطلب الأول: تعريف عقد المناولة
25	الفرع الأول: التعريف التشريعي لعقد المناولة
29	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد المناولة
29	أولاً: وفقاً للفقهاء التقليديين
30	ثانياً: وفقاً للفقهاء الحديثين
35	المطلب الثاني: تكييف عقد المناولة
35	الفرع الأول: تمييزه عن العقود المشابهة
36	أولاً: تمييزه عن عقد الوكالة
38	ثانياً: تمييزه عن عقد العمل
41	الفرع الثاني: عقد المناولة عقد استثنائي
43	أولاً: من حيث البنود
46	ثانياً: من حيث الالتزامات
46	أ. التزامات المتعامل المتعاقد
50	ب. التزامات المناول
51	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية التي يخضع لها عقد المناولة
53	المطلب الثالث: مدى ترابط العقد الأصلي بالمناولة

53	الفرع الأول: تباين عقد المناولة مع العقد الأصلي
55	الفرع الثاني: عدم خضوع العقد الأصلي للمناولة
56	الفرع الثالث: التداخل بين الاستقلالية والتبعية
56	أولاً: مظاهر الإستقلالية
59	ثانياً: مظاهر التبعية
62	المبحث الثاني: مجال تطبيق المناولة وتأثيرها على الأطراف
62	المطلب الأول: الصفقات المجيزة للمناولة
63	الفرع الأول: المناولة في صفقات التوريدات واقتناء اللوازم
64	الفرع الثاني: المناولة في صفقات الخدمات والدراسات
66	الفرع الثالث: المناولة في صفقات الأشغال العمومية
67	المطلب الثاني: تأثير المناولة على علاقات الأطراف فيما بينهم
67	الفرع الأول: حالة التعامل المشروع
67	أولاً: بالنسبة للمتعاقد المتعاقد وعلاقته بالمناول
68	ثانياً: بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وعلاقتها بالمناول
70	الفرع الثاني: حالة التعامل غير المشروع
71	أولاً: بالنسبة للمتعاقد الأصلي
73	ثانياً: بالنسبة للمناول والمصلحة المتعاقدة
74	ثالثاً: جزاء التعامل غير المشروع
87	الفصل الثاني: إبرام عقد المناولة
88	المبحث الأول: شروط الإنعقاد
88	المطلب الأول: الشروط الشكلية
88	الفرع الأول: شروط شكلية عامة
88	أولاً: الرضا
88	ثانياً: المحل و السبب
89	ثالثاً: الكتابة
90	الفرع الثاني: شروط شكلية خاصة
90	أولاً: وجود عقد أصلي
91	ثانياً: إجازة دفتر الشروط

94	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية
94	الفرع الأول : التعامل في جزء من الصفقة فقط
97	الفرع الثاني: ضرورة اللجوء إلى المناولة
98	الفرع الثالث : عدم وجود مانع في المناول
100	الفرع الرابع : توفر المؤهلات المالية والتقنية
102	المبحث الثاني : إجراءات تكوين عقد المناولة
103	المطلب الأول: تصريح المتعامل المتعاقد بالمناول
103	الفرع الأول: اختيار المناول
104	أولاً: معايير اختيار المناول
108	ثانياً: حالة المناول الأجنبي
113	ثالثاً: حالة وفاة أحد الطرفين
113	أ. وفاة المتعاقد الأصلي
114	ب. وفاة المناول
114	الفرع الثاني: مراحل التصريح بالمناول
114	أولاً: مرحلة تقديم العروض
117	ثانياً: مرحلة تنفيذ العقد
118	المطلب الثاني: تسليم عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة
120	المطلب الثالث: موافقة المصلحة المتعاقدة
121	الفرع الأول: السلطة المختصة بالموافقة
122	الفرع الثاني: أشكال الموافقة وأجالها
123	أولاً: الرد الصريح
126	ثانياً: الرد الضمني
129	الفرع الثالث: حالة رفض المناول
131	الفرع الرابع: حالة سحب الموافقة
133	الفرع الخامس: الرقابة القضائية على موقف المصلحة المتعاقدة
135	الباب الثاني: آليات الحماية في المناولة
137	الفصل الأول: الآليات التشريعية والمؤسسية المتخذة
138	المبحث الأول: الحماية المالية للمناول

138	المطلب الأول: إجراء الدفع المباشر للمناول
189	الفرع الأول: الأحكام العامة للمقابل المالي
141	الفرع الثاني: الأصل في الدفع للمناول
142	الفرع الثالث: الإستثناء في إقتضاء المقابل المالي
148	الفرع الرابع: شروط أعمال الدفع المباشر
148	أولاً : فيما يتعلق بعقد المناولة
150	ثانياً: فيما يتعلق بالسعر
158	ثالثاً: فيما يتعلق بالمناول
159	الفرع الخامس: الإطار الإجرائي للدفع المباشر
159	أولاً: إجراءات متبعة من قبل المناول
161	ثانياً: إجراءات متبعة من قبل المتعاقد الأصلي
162	ثالثاً: إجراءات متبعة من قبل المصلحة المتعاقدة
163	الفرع السادس: آجال الدفع المباشر
168	الفرع السابع: علاقة الدفع المباشر بالضريبة
168	أولاً: خضوع المناولة الوطنية للضريبة
169	ثانياً: خضوع المناولة الدولية للضريبة
173	الفرع الثامن: الدعوى المباشرة وطرق إستيفاء المناول لحقه المالي
180	المطلب الثاني: الحق في التسبيق المالي
181	الفرع الأول: التسبيق في العقد الأصلي
181	أولاً: تعريف التسبيق ومعايير تحديده
182	ثانياً: أنواع التسبيق
185	الفرع الثاني: التسبيق في عقد المناولة
187	المبحث الثاني: هيئات وأجهزة حماية المناول
188	المطلب الأول: حماية المناولة على الصعيد الدولي
190	المطلب الثاني: حماية المناولة على الصعيد المحلي
191	الفرع الأول: مجلس ترقية المناولة
194	أولاً: تشكيلة المجلس
196	ثانياً: مهام المجلس وصلاحياته

198	الفرع الثاني: بورصة المناولة
199	أولاً: نشأتها وتعريفها
202	ثانياً: مهام البورصة وسيرها
207	الفصل الثاني: المنازعات في عقد المناولة
208	المبحث الأول: المسؤولية في عقد المناولة
208	المطلب الأول: طبيعة المسؤولية في عقد المناولة
208	الفرع الأول: تعريف المسؤولية في عقد المناولة
210	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية في عقد المناولة
211	أولاً: وجود عقد صحيح ومشروع
212	ثانياً: وجود خطأ أو عيب في التنفيذ
216	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على قيام المسؤولية في عقد المناولة
217	الفرع الأول: مسؤولية المتعاقد الأصلي وحالات إعفائه منها
217	أولاً: مسؤولية المتعاقد الأصلي
221	ثانياً: إعفاء المتعاقد الأصلي من المسؤولية وحالاتها
227	الفرع الثاني: إنتفاء مسؤولية المناول
237	الفرع الثالث: رجوع المتعامل المتعاقد على المناول
240	المبحث الثاني: آليات حل منازعات عقد المناولة
241	المطلب الأول: آلية التسوية الودية للنزاع
242	الفرع الأول: التحكيم كحل ودي في عقود الصفقات العمومية
248	الفرع الثاني: التحكيم كحل ودي في عقود المناولة
252	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق في عقود المناولة
255	المطلب الثاني: آلية التسوية القضائية
255	الفرع الأول: الوساطة كحل قضائي قبلي
255	أولاً: ماهية الوساطة
256	ثانياً: أنواع الوساطة
257	ثالثاً: خصائص الوساطة
259	رابعاً: التمييز بين الوساطة والأنظمة المشابهة لها
261	خامساً: شروط الوساطة

264	الفرع الثاني: الدعوى القضائية
264	أولاً: إختصاص القاضي العادي
267	ثانياً: إختصاص القاضي الإداري
267	أ. الدعوى المرفوعة ضد المصلحة المتعاقدة
273	ب. الدعوى المرفوعة ضد المناول
278	خاتمة
288	ملاحق
347	مراجع
362	فهرس

التعامل الثانوي في إطار تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية

ملخص:

نظرا لطبيعة بعض الصفقات وتعقيدها أصبح اللجوء إلى تنفيذ الصفقات العمومية عبر أشخاص آخرين في الآونة الأخيرة بهدف المساعدة والسرعة في الإنجاز ضرورة عملية نتج من خلالها ما يسمى "بالمناولة"، تسمح هذه العملية (الأسلوب) بدخول شخص ثالث في علاقة تعاقدية تربط بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بموجب عقد كتابي وبإتباع مجموعة من الشروط والإجراءات المحددة مسبقا في تنظيم الصفقات العمومية وكذا دفتر الشروط. من أهم هذه الإجراءات التعامل في جزء محدد من الأشغال والتصريح بالمناول لدى الإدارة المعنية للحصول على موافقة صريحة واعتماد شروط الدفع المباشر. غير أن هذه العملية لا تعني نفي المسؤولية عن المتعامل المتعاقد ذلك أنه يبقى الوحيد المسؤول عن الصفقة بمجملها أمام المصلحة المتعاقدة.

الكلمات المفتاحية: عقد المناولة، متعامل متعاقد، مصلحة متعاقدة، مناول، دفع مباشر، مسؤولية، تصريح.

Résumé :

En raison de la nature et de la complexité de certaines opérations, le recours à la mise en œuvre des marches publics par le biais d'autres personnes ces derniers temps dans le but d'aider et d'accélérer la réalisation, devient une nécessité pratique qui a conduit à ce que l'on appelle « la sous-traitance », Ce processus permet à une tierce personne d'entrer dans une relation contractuelle entre le service contractant et le cocontractant en vertu d'un contrat écrit et selon un ensemble de conditions et procédures prédéfinies dans la réglementation des marches publiques ainsi que le cahier des charges. L'une des plus importantes de ces procédures consiste à sous-traiter une partie spécifique des travaux et de déclarer ce sous-traitant auprès l'administration concernée pour obtenir une approbation explicite et l'agrément des conditions de paiement direct. Toutefois, ce processus ne signifie pas que la responsabilité du cocontractant serait dénie, car il reste le seul responsable de l'intégralité du marché devant le service contractant.

Mot-clé: sous-traité, cocontractant, service contractant, sous-traitant, paiement directe, Responsabilité, déclaration.

Abstract :

Regarding the nature and complexity of some contracts, in the present time, it's becoming a necessity resorting to others peoples in order to carry out the public contracts by means of help and quickness of achievement, resulting out of this course the so called "subcontracting". This method allows a third person to be entitled in a contractual relation that link the contracting service and the contracting party in compliance with a written contract and according to a set of terms and procedures that are decided on beforehand in public contract and specifications regulating. The most important proceeding is dealing with a specific part stipulated in the works and the statement of the subcontractor in order to get the explicit agreement and choosing terms of direct payment. However, the contracting party is held the only responsible for the comprehensive contact in front of the contracting service.

Key words: subcontract, contracting party, contracting service, subcontractor, direct payment, responsibility, declaration.