النظام القانوني للمنازعات الناشئة عن عقد المناولة في الصفقات العمومية

The legal system for immunity arising out of the handling contract in public deals

شريف سمية [1]، عمار معاشو[2]

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ، samucherif2018@gmail.com

[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ، Machou-ammar@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2020/07/12 تاريخ القبول: 2020/10/03 تاريخ النشر: 2022/06/16

ملخص: نشأت المناولة ضمن نظرية العقود الخاصة، ثم انتقلت إلى العقود الإدارية، و رغم ذلك احتفظ عقد المناولة بصفة العقد الخاص، تضمن تنظيم الصفقات العمومية شروط المناولة في مجال الصفقات، حيث يؤدي عقد المناولة إلى قيام علاقة تعاقدية ثلاثية، بين كل من المصلحة المتعاقدة، المتعامل المتعاقد ، و المناول، فكون لكل طرف حقوقه و التزاماته.

إن ازدواجية البيئة القانونية التي نشأ فيها عقد المناولة، أدت إلى جعل المنازعات الناجمة عنه ذات طبيعة متباينة، فبعضها منازعات إدارية، و البعض الآخر منازعات عادية.

كلمات مفتاحية: الصفقات.العمومية، المناولة، المناول، المنازعات.

Abstract: *The origination of handling within the theory of private contracts, then moved to administrative contracts, and yet the handling contract was retained as the private contract, the organization of public deals included conditions for handling in the field of deals, where the handling contract leads to the establishment of a triple contractual relationship, between each of the contracting interest, the customer The*

contractor and the handler, so each party has its rights and obligations.The duality of the legal environment in which the handling contract arose, made the disputes resulting from it a differentiated nature, some of which are administrative, and others are ordinary

***Keywords**: Public transactions; Handlins; Handles; Disputes*

1- المؤلف المرسل: شريف سمية، **الإيميل:** samucherif2018@gmail.com

مقدمة :

شهد الاقتصاد العالمي تغيرا سريع نتيجة التطورات التي عرفها العالم بفعل العولمة و انفتاح السوق، و حيث أن التوجه الذي كان سائدا في الفكر الاقتصادي التقليدي يشجع على إنشاء المؤسسات العملاقة، أمر تجاوزه الزمن، و أصبح إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ميزة اقتصاديات الدول المتطورة، فقد أصبحت هذه المؤسسات نواة الاقتصاد و حجز الزاوية لتنميته، و أصبح الفكر المقاولاتي الركيزة التي يعول عليها لبناء اقتصاد قوي.

لوصول هذه المؤسسات لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، ولتخفيف حدة الصعوبات التي تواجهها للولوج إلى السوق و ضمن استمرارها فيه، بسبب ضعف حجم مواردها المادية و البشرية، كان من الضروري على الدولة تبني ميكانزمات تشجع هذه المؤسسات، فظهر اهتمام المشرع بوضع آليات الدعم المتمثلة أساسا في الإعفاءات و التحفيزات الجبائية و تعزيز مصادر التمويل.

من ضمن أهم الآليات كذلك نجد آلية المناولة و التسهيلات المتعلقة بها و هذا تحديدا في المجال القطاع العام ، باعتبارها أداة مشاركة المؤسسات الوطنية الصغيرة و المتوسطة في عملية تنفيذ عقود الصفقات العمومية.

و إن كان موضوع المناولة في الصفقات العمومية يتم تناوله -بالدراسة في الغالب- من زاوية اقتصادية بحتة، إلى أن الواقع العملي يفرز إشكالات قانونية لابد من معالجتها.

لذلك يجب إلقاء الضوء على الجوانب القانونية للمناولة في الصفقات العمومية، باعتبارها عقدا و الإشكالات التي تثيرها و دور القضاء في فض منازعاتها، لذلك لابد من الإجابة على الاشكالية التالية: هل وفق المنظم في وضع الأحكام المتعلقة بعقد المناولة في إطار الصفقات العمومية بما يضمن تسهيل دور القضاء في فض المنازعاته التي قد تنشأ عنه ؟.

للإجابة على هذه الإشكالية كان من اللازم اعتماد المنهجين الوصفي و التحليلي أساسا، مع الاستعانة بالمنهج المقارن، كمناهج للبحث، و تقسيم الدراسة بالتطرق في محور أول إلى مفهوم المناولة، ثم آثار عقد المناولة في محور ثان، وصولا إلى دور القضاء في فض المنازعات الناجمة عقد المناولة في الصفقات العمومية في محور ثالث.

المحور الأول: مفهوم المناولة

من ناحية الاصطلاح نجد لمصطلح "المناولة" عدة مرادفات، فقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح "المقاولة الفرعية" في القانون المدني[1]، و مصطلح "التعامل الثانوي في تنظيم الصفقات العمومية السابق" (المرسوم الرئاسي 236/10[2])، يقابله في اللغة الفرنسية مصطلح "la sous-traitance" أو بالانجليزية "Outsouring" .

يتنمي التعاقد من الباطن أو المناولة إلى العقود الثانوية، أو إلى تجمع العقود، و قد تشكلت هذه النظرية في القانون الخاص[3]، لكن بفعل تطور نظرية العقد في القانون العام أضحت المناولة من المفاهيم المشتركة بين عقود القانون الخاص و عقود القانون العام (الصفقات العمومية تحديدا) على السواء.

أولا- تعريف المناولة: تعددت تعاريف المناولة فهناك من يعرفها بأنها " إنابة الغير في تنفيذ الأعمال مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة، تتم بواسطة عقد بين المؤسسة تسمى المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة (المنفذة)، والذي تتعهد بموجبه المؤسسة الآمرة بجزء من نشاطها الإنتاجي لصالح المؤسسة المناولة"[4]

كما عرفها المجلس الاقتصادي والاجتماعي الفرنسي بأنها" العملية التي تتولى بموجبها مؤسسة ما تكليف مؤسسة أخرى التنفيذ لفائدتها، وحسب دفتر شروط معد مسبقا، جزءا من عمليات الإنتاج أو الخدمات، مع تحمل المؤسسة الأولى مسؤوليتها الاقتصادية النهائية[5]"

في الجزائر تم النص على المناولة في عقود القانون العام و تنظيم أحكامها من خلال تنظيم الصفقات العمومية، و قد تميز التنظيم الساري و هو المرسوم الرئاسي 247/15 [6]باهتمامه و تفصيل أكثر في الأحكام التي تضبط المناولة في الصفقات العمومية، هذا بالمقارنة مع التنظيمات السابقة.

لكن لابد من التساؤل في هذا الشأن، هل تعد خمسة مواد قانونية (المواد من 140 إلى 144) كافية لتنظيم كل الجوانب القانونية و التعاقدية التي يثيرها عقد المناولة في الصفقات العمومية؟ و بدون شك فالإجابة أنه يستحيل ذلك، نظرا لأهمية عقد المناولة و اتساع العلاقات و الآثار التي يثيرها، لذلك فإنه عمليا - كما سيتم التطرق إليه لاحقا- نجد أنه لابد من اللجوء إلى القانون المدني و الاستعانة ببعض أحكامه المتعلقة بالمقاولة الفرعية لسد الفراغ القانوني المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية التي ينشاها عقد المناولة.

على خلاف الوضع في الجزائر، فأن المشرع الفرنسي، قد خص التعاقد الفرعي بتشريع خاص مستقل تناول بمقتضاه التعاقد الفرعي في عقد المقاولة، أي في إطار القانون الخاص وكذلك التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العمومية، وهذا بتشريع موحد هو القانون رقم75 - 1334 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 والمتعلق بالتعاقد الفرعي، و الذي تم تعديله بعدة نصوص تشريعية لاحقة[7].

ثانيا- الطبيعة القانونية لعقد المناولة في إطار الصفقة العمومية

لا يكتسب عقد المناولة في إطار الصفقة العمومية صفة العقد الإداري، و إنما هو عقد من عقود القانون الخاص، فرغم أن عقد المناولة يعد عقدا فرعيا تابعا

لعقد أصلي هو الصفقة العمومية إلا أن الصفة الإدارية للعقد الأصلي لا تنسحب للعقد الفرعي، بل يبقى عقدا مدنيا أو تجاريا وفق لصفة أطرافه.

بالتالي لا يدخل عقد المناولة في دائرة القانون الإداري، و يبقى عقدا من عقود القانون الخاص مزروعا في العقد الإداري[8].

ثالثا- شروط المناولة في الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15

تضمنت المواد 140، إلى 144 من المرسوم الرئاسي 247/15 شروط المناولة في الصفقات العمومية، يلاحظ أنه و بالمقارنة مع النصوص السابقة فقد حدد المشرع العديد من القيود و الضوابط لإبرام المناولة.

ا-الاتفاق المسبق على إمكانية اللجوء إلى المناولة: يشترط تنظيم الصفقات العمومية صراحة الاتفاق المسبق على إمكانية اللجوء إلى المناولة، إذ تنص المادة 143 أنه يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، و ذلك ببند تعاقدي ضمن دفتر الشروط و في الصفقة ذاتها، و يتم التصريح بوجود المناول، إما مسبقا ضمن العرض، أو أثناء تنفيذ الصفقة.

ب-الشروط المتعلقة بالعقد: و تتمثل في

1-وجود العقد: نص المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة وجود عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها ، على خلاف ذلك تميز المرسوم الرئاسي 10-236 بالمرونة إذ نصت المادة 107 منه على "التزام تعاقدي" يربط المناول مباشرة بالمتعامل المتعاقد، و الواقع أن تأكيد المشرع على ضرورة وجود عقد، جاء في محله، لأنه لابد من وجود عقد مستقل و قائم بذاته يحدد بوضوح محل تدخل المتعاقد من الباطن، كما يسمح للهيئات المختصة بفرض الرقابة على احترام الأحكام المنظمة للمناولة، لذلك فقد أكدت الفقرة الخامسة من المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15، على وجوب تسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

و حتى لا يكون عقد المناولة غامضا أو مبهما، بحيث لا يكفي بذاته لاطلاع المصلحة المتعاقدة بمعرفة دقيقة بمضمون الالتزام المبرم بين المتعاقد و المناول فقد حددت المادة 144 بيانات إلزامية يجب أن يحتويها عقد المناولة.

2- مضمون العقد: إن المتعامل المتعاقد لا يملك الحرية التعاقدية المطلقة لتحديد مجال تعامله مع المناول، فقد وضع المنظم عدة قيود تضبط مضمون العقد، أو محله، تتمثل في:

1-تشمل المناولة تنفيذ جزءا من الصفقة لا يتجاوز حدود 40% من مبلغها الإجمالي[9]، و هو أمر معقول على اعتبار أن مبدأ الأداء الشخصي يبقي هو الأصل، لذلك لا يقبل أن تحجب خدمات المناول و هو الفرع، خدمات الأصيل أو المتعاقد الأصلي[10]

2-لا يمكن أن تتجاوز الأعمال التي يؤديها المناول الأعمال المنصوص عليها في دفتر الشروط و الصفقة، ذلك أن المجال الرئيسي لتدخل المناول استنادا إلى المهام الأساسية التي يجب أن ينفذها المتعامل المتعاقد حددت بدقة و مسبقا ضمن بنود دفتر الشروط أو الصفقة.

3-يشترط المشرع كذلك أن لا يكون محل المناولة في صفقات اللوازم العادية تلك اللوازم الموجودة في السوق و التي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة[11].

ج-الشروط المتعلقة بالمناول

إن الشرط الأساسي في المناول هو وجوب حصوله على الموافقة المسبقة و الكتابية من المصلحة المتعاقدة، فالمتعامل المتعاقد ليس له حرية مطلقة في اختيار المناول، لأن الصفقات العمومية عقود ترتبط بإنجاز مشاريع ذات أولوية لا تتحمل التأخر أو سوء التنفيذ و بالتالي تعد شخصية المناول الذي يتدخل لتنفيذ جزء منها محل اعتبار، فوجود هذا شرط أمر ضروري لضمان حسن تنفيذ الصفقة فينبغي أن يستحق المناول ثقة المصلحة المتعاقدة التي تتولى التأكد منه.

يستخلص من نص المادة 143 التي نصت على وجوب مراعاة أحكام المادة 75، أنه يشترط في المناول ألا يتواجد في حالة إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، فالمقاول الذي تم إقصاؤه من المشاركة في الصفقات لا يمكنه أن يكون طرفا في تنفيذ الصفقات لا كمتعاقد أصلي و لا حتى كمناول.

المحور الثاني: آثار عقد المناولة في إطار الصفقات العمومية

يؤدي عقد المناولة إلى قيام علاقة تعاقدية ثلاثية، إذ يتضمن بالضرورة ثلاث أطراف، هي، المصلحة المتعاقدة (صاحبة العمل)، المتعاقد الأصلي و هو المتعامل المتعاقد باعتباره شخص طبيعي أو معنوي خاص، مقاولا كان أو موردا أو مؤدي خدمات أو دراسات، و المناول، و هو شخص خاص يتدخل في عملية تنفيذ الصفقة، يترتب عن هذه العلاقات حقوق و التزامات لكل طرف.

أولا: حقوق المناول

تتمثل الحقوق الأساسية للمناول في الحق تلقي الأجر مباشرة من المصلحة المتعاقدة، الحق في توقيع الرهن الحيازي و حق الامتياز في حالة توقيع الحجز.

ا-الحق تلقي الأجر مباشرة من المصلحة المتعاقدة: تقيم الصفقة العمومية علاقة مباشرة بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة، أما عقد المناولة فإنه يقيم علاقة مباشرة بين المتعامل المتعاقد و المناول، و بالتالي لا توجد علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة و المناول، لأن هذه العلاقة يتوسطها المتعامل المتعاقد، بوصفه دائنا للمصلحة المتعاقدة و مدينا للمناول[12].

غير أن المادة 3/143 من المرسوم الرئاسي 247/15، قد خلقت نوعا من الرابطة المباشرة بين المناول و المصلحة المتعاقدة من خلال تقرير حق المناول في اقتضاء أجره مباشرة من المصلحة المتعاقدة، إذ تنص "...و يقبض المناول مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها..."، غير أنه ما يأسف له، تكرر ظاهرة تماطل المنظم في إصدار النصوص التنظيمية و الإحالات المختلفة التي نص عليها تنظيم

الصفقات العمومية و منها ما نصت عليه المادة 143 من إصدار قرار عن وزير المالية يحدد كيفيات دفع مستحقات المناول، هذا القرار لم يصدر بعد مرور حوالي خمسة سنوات من صدور المرسوم الرئاسي 247/15 الساري.

إن غياب هذا النص يضعف المركز القانوني للمناول و يؤدي إلى عدم فاعلية الحقوق المقررة له، و هو أمر ينعكس سلبا على مجال الصفقات العمومية ككل، لأن الواقع يقتضي بأن المناول عنصر أساسي في عمليات تنفيذ الصفقات العمومية، و إضعاف مكانته يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الصفقات بسبب نفور المؤسسات المناولة من مجال الصفقات العمومية، فإذا كنا نسجل استياء و احتجاج المتعاملين المتعاقدين أنفسهم من تماطل المصالح المتعاقدة من دفع مستحقاتهم و هم في مركز المتعاقد الأصلي و تربطهم بها علاقات تعاقدية مباشرة، فما بالك بالمناول الذي يعد من الغير في هذه العلاقة.

يترتب عن حق الاقتضاء المباشر للأجر، حق المطالبة به أمام القضاء، عن طريق "الدعوى المباشرة"، و هي حق الدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه الأصلي دون مزاحمة باقي الدائنين، يقيمها باسمه و لحسابه الخاص[13].

ب-الحق في توقيع الرهن الحيازي: تنص المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247صراحة إلى أن الصفقات العمومية و ملاحقها قابلة للرهن الحيازي، كما أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 145 أن حق الرهن الحيازي للحق الثابت للمناول لدى المصلحة المتعاقدة بنصها "يجوز للمناولين و الموصين الثانويين أن يرهنوا رهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزءا منها، في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها، و ذلك ضمن الشروط المبينة في المادة.."

ج-حق الامتياز في حالة توقيع الحجز: لم ينص تنظيم الصفقات العمومية صراحة على امتياز المناول، لكن بالرجوع للقانون المدني نجد أساسه في الفقرة الثانية من المادة 565 بحيث أعطى هذا الحق للمقاول الفرعي إضافة إلى حقه في الدعوى المباشرة والذي يعتبر بمثابة ضمان ثاني للمقاول الفرعي

حتى يستوفي حقه، حيث يقصد به حق المناول في التقدم على سائر دائني المقاول الأصلي بما في ذلك الدائنين المرتهنين، يثبت هذا الامتياز في حالة توقيع حجز على ما تحت يد صاحب المشروع[14].

ثانيا: التزامات المناول:

تكون العلاقة بين المتعامل المتعاقد و المناول علاقة صاحب عمل بمتعاقد ينظمها عقد المناولة، فيلتزم المناول تجاه المتعامل التعاقد بإنجاز العمل المتفق عليه، و بتسليم العمل المنجز، كما يلتزم بالضمان.

ا-إنجاز العمل المتفق عليه: من الطبيعي أن أول التزام يقع على المناول، هو التزام إنجاز العمل محل عقد المناولة، يجب أن ينجز المناول العمل بالطريقة المتفق عليها في العقد و إن لم يتم النص عليها فوفقا للأعراف و أصول المهنة.

أما إذا احتاج المناول عند إنجاز العمل إلى عمال إضافيين، فإنه يتحمل أجور هؤلاء العمال، منا لم ينص الاتفاق أو العرف على خلاف ذلك، و إذا تعهد المناول بتقديم المادة المستخدمة في الإنجاز كان مسؤولا عن جودتها[15].

ب- الالتزام بتسليم العمل المنجز: بعد تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيه بالمناولة، يجب على المناول تسليم الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو الدراسات، التي أنجزها إلى المتعامل المتعاقد الذي يسلمها بدوره إلى المصلحة المتعاقدة.

لم يشر تنظيم الصفقات العمومية لهذا الالتزام و لا لأحكامه لاسيما طرق التسليم، مكانه، و زمانه، لكن من الناحية العملية جرى العمل على وضع بند في العقد يلزم المناول باحترام أحكام الصفقة -باعتبارها العقد الأصلي- فيما يتعلق بموجبات و مشترطات التنفيذ و هذا ما يجعل الصفقة جزءا من اتفاق المناولة[16].

ج-الالتزام بالضمان: يكون المناول ملزما بضمان العمل الذي تعهد بإنجازه، فمتى كان العمل المؤدى من قبل المناول مخالفا للمواصفات المتفق عليها أو التي تحكم العمل بطبيعته كان المناول مخلا بالتزاماته و وجب عليه ضمان العيوب التي لحقته[17]، و يؤخذ بالالتزام الضمان هنا بمفهومه العام، و ليس الضمانات

الخاصة، فلا يكون المناول ملزما بضمانات خاصة لاسيما الضمان العشري و هذا ما أكدته المادة 554 من القانون المدني.

ثالثا: التزامات المتعامل المتعاقد تجاه المناول

يلتزم المتعامل المتعاقد تجاه المناول بالتزام تمكين المناول من إنجاز العمل، التزام استلام الأعمال، و كذا التزام دفع الأجر.

ا-التزام تمكين المناول من إنجاز العمل: بمقتضاه يلتزم المتعامل المتعاقد ببذل كل ما في وسعه لتمكين المناول من الشروع في تنفيذ العمل المتفق عليه، و عملا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يلتزم المتعامل بجملة من الواجبات لصالح المناول، بدأ بوضع وسائل العمل تحت تصرفه، و الالتزام بالإعلام و إسداء النصح للمناول باعتباره رجل مهني، و بمراقبة الأعمال المنجزة له، و بالمحافظة على سلامة المبنى الذي أقامه[18].

ب-التزام استلام الأعمال: بمجرد إنجاز المناول للعمل محل المناولة و دعوة المتعامل المتعاقد لتسلُمه، يقع على عاتق هذا الأخير التزام استلام العمل، يجد هذا الالتزام أساسه القانوني في المادة 558 من القانون المدني، ذلك أن المتعامل المتعاقد يكون في مرتبة صاحب المشروع في العلاقة التعاقدية الفرعية التي تجمعه بالمناول[19].

ج-التزام دفع الأجر: يعد عقد المناولة من عقود المعاوضة، فالمناول يؤدي لصالح المتعامل المتعاقد العمل المتفق عليه في مقابل أجر، نصت المادة 559 من القانون المدني على هذا الالتزام، وفقا لهذه المادة تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا افترض العرف أو الاتفاق خلاف ذلك.

المحور الثالث: المنازعات الناجمة عن عقد المناولة في الصفقات العمومية

إن ازدواجية البيئة القانونية التي ينشأ فيها عقد المناولة، أدت إلى جعل المنازعات الناجمة عنه ذات طبيعة متباينة، إذ أنه متى كانت جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) طرفا في النزاع كانت المنازعة إدارية، و كلما انحصر النزاع بين طرفي عقد المناولة كان النزاع عاديا.

أولا: المنازعات الإدارية الناشئة عن المناولة في الصفقات العمومية

يثير عقد المناولة بعض المنازعات الإدارية التي تكون المصلحة المتعاقدة طرفا فيها، و هي منازعة القرار المتعلقة اعتماد المناول، المنازعة الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التصريح بالمناول لدى المصلحة المتعاقدة، المنازعة الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام تنفيذ الجزء المتعامل فيه بالمناولة، و المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها تجاه المناول.

ا-المنازعة المتعلقة باعتماد المناول

تتطلب العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية الموافقة المسبقة و الكتابية على المناول المعين بذاته، لكن التساؤل الذي يطرح هنا، ما هي طبيعة سلطة المصلحة المتعاقد في قبول أو رفض المناول؟ أي هل للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية مطلقة، أم أنها ملزمة بتعليل قرارها؟

بالعودة إلى القضاء الإداري نجد عدة أحكام لمجلس الدولة الفرنسي عالج فيها مسألة المناولة أو كما يطلق عليها التعاقد من الباطن في عقود الامتياز، و هي العقود التي تطغى عليها الصبغة الشخصية لالتزامات المتعامل المتعاقد بشكل واضح، من خلال هذه الأحكام وضع القضاء الإداري مبدأين هما:

أولا: إن المتعاقد (الملتزم) إذا تقدم إلى الإدارة بطلب الموافقة على المناول، فإنه يتعين على الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب، و من ثمة فإنها إذا لم تجب على طلب المتعامل لا قبولا و لا رفضا، فإنها تعرض نفسها للمسؤولية.

ثانيا: لا تملك الإدارة رفض الموافقة على المناول لمجرد الرفض، بل إنها ملزمة بتعليل قرارها بأسباب موضوعية تتصل صلة مباشرة بالصالح العام، و مثال ذلك ضعف الكفالة المالية أو الفنية للمناول.

أما إذا عللت الإدارة قرارها، لكن كانت الأسباب التي استندت إليها غير وجيهة، فإنه للمتعاقد الطعن ضد قرار الرفض أمام القضاء الإدري بموجب دعوى القضاء الكامل، الذي يراقب مدى سلامة أسباب الرفض ، و له سلطة إلغاء قرار

الرفض إذا توصل إلى عدم مشروعيته، بل إن للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بتعويض الأضرار التي لحقته جراء هذا الرفض[20].

ب-المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التصريح بالمناول

يلتزم المتعامل المتعاقد المبرم لعقد مناولة تجاه المصلحة المتعاقدة بالتصريح عن وجود المناول، و هو التزام مصدره العلاقة التعاقدية الناشئة عن العقد الأصلي و هو الصفقة، لذلك فهي من منازعات تنفيذ الصفقة التي يختص بها القاضي الإداري، و ذلك في إطار دعوى القضاء الكامل.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، لا يسري في موجهتها و لا يمكن أن يحتج به عليها، و من ثمة لا يكون بين الإدارة و المتعاقد من الباطن أية علاقة تعاقدية، و يبقى المتعاقد الأصلي مسؤول في مواجهة الإدارة كما لو كان التعاقد من الباطن غير قائم، و يسير مجلس القضاء الإداري المصري في نفس الاتجاه، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأنه" من المسلم به في العقود الإدارية أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها، أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإن حدث التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها يكون باطلا و لا يحتج به في مواجهتها" [21].

بل أكثر من ذلك يعتبر القضاء الإداري التعاقد من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة خطأ عقدي من المتعامل المتعاقد يؤدي إلى قيام مسؤوليته، فهو خطأ جسيم يبرر فسخ الصفقة دون الإخلال بحق المصلحة المتعاقد بالمطالبة بالتعويضات عن كل الأضرار الناجمة عن الفسخ، لأن شخصية المتعاقد كانت محل اعتبار في إبرام الصفقة و تنفيذها[22].

ج-المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها تجاه المناول

وفقا للفقرة الرابعة من المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15، يحق للمناول اقتضاء مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، و طالما ثبت حق المناول في

تلقي مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة العمل، فإنه يتقرر تبعا لذلك حق المناول في المطالبة بمستحقاته أمام القضاء، أي أنه قد تقرر للمناول حق الدعوى المباشرة.

و إذا كان مجلس الدولة الفرنسي اعتبر نفسه غير مختص كأصل عام بالنظر في المنازعات الناجمة عن التعاقد من الباطن، لأنها من اختصاص القضاء العادي، إلا أنه أقر استثناءا من هذا الأصل يقضي بأن القضاء الإداري يختص بنظر المنازعات الناجمة عن التعاقد من الباطن، و ذلك في الحالة التي تلتزم فيها الإدارة بشكل مباشر في مواجهة المتعاقد من الباطن، فقد حفظ اختصاصه للنظر في الدعوى إذا كانت المنازعة تتعلق بالسداد المباشر، أكدت المحكمة الإدارية في باريس في قرار صدر عنها تمسكها بالاختصاص في النظر في منازعة تسديد المباشر لمستحقات المناول، حيث جاء في هذا القرار "...إذا رخصت الجهة الإدارية المتعاقدة بالتعاقد من الباطن في نطاق عقد إداري، فإن رابطة من روابط القانون العام تنشأ بين الجهة الإدارية المتعاقدة و المتعاقد من الباطن، تسمح للمحكمة بالنظر في موضوع النزاع المتعلق بالسداد المباشر"[23].

ثانيا: المنازعات العادية في إطار عقد المناولة:

لما كان عقد المناولة عقدا خاصا، و هو من عقود المعاوضة فإنه يرتب حقوق و التزامات متبادلة، فإنه كأي عقد خاص يثير منازعات تتعلق بشروط تكوين العقد، و منازعات تتعلق بإخلال أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية.

اعتبر القضاء الإداري في العديد من القرارات أنه لا يختص كأصل بالنظر في المنازعات الناجمة عن التعاقد من الباطن، فالقضاء الخاص هو المختص بالنظر فيها، و يطبق عليها قواعد القانون الخاص.

ا-المنازعة الناشئة عن مخالفة شروط إبرام عقد المناولة

يخضع عقد المناولة على غرار أي عقد لإلزامية توافر أركان العقد، من رضا الطرفين، السبب، المحل، و كذا ركن الشكل.

بالنسبة لركن الرضا، يقتضي بطبيعة الحال توفر الإرادة لدى طرفي العقد المعبر عنها بإيجاب و القبول، و تطابقهما، و يشترط كذلك سلامة إرادتي الطرفين من العيوب، فلا يوجد ميزة خاصة لركن الرضا في عقد المناولة، لذلك نرجع إلى القواعد العامة التي أقرها القانون المدني في هذا الشأن.

أما بالنسبة لركن المحل، فهو ما يلتزم به طرفا العقد، فالمناول يلتزم بأداء عمل هو في الأصل جزء من العقد الأصلي (الصفقة العمومية)، فعلى خلاف المقاولة الفرعية في العقود المدنية، لا يقبل أن يكون موضوع العقد الفرعي هو موضوع العقد الأصلي كله، إنما جزء منه لا يتجاوز 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

يشترط لصحة محل المناول في الصفقات كذلك، أن لا يكون لوازم عادية، و هي اللوازم الموجودة في السوق و هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خاصة تطلبتها المصلحة المتعاقدة.

أما شرط السبب، فيقصد به الغرض الذي يهدف المتعاقد للوصول إليه من وراء رضاءه، و يخضع سبب التعاقد في المناولة للأحكام العامة للسبب المنصوص عليها في المادتين 97 و 98 من القانون المدني، فيجب أن يكون السبب موجودا و مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، و إلا كان العقد باطلا.

أما بالنسبة لركن الشكل، فقد نص تنظيم الصفقات ضمنيا على وجوب إبرام عقد المناولة وفق شكليات معينة، تنص المادة 143/ف 5 "...تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة..."، مبدئيا لابد أن يكون عقد المناولة مكتوبا، و لم يضع المنظم نموذجا معينا لعقد المناولة، لكنه يشترط بيانات إلزامية لا يجوز أن يخلو العقد منها (المادة 144)، بالتالي يبطل بطلانا مطلقا كل عقد مناولة لا يفرغ في وثيقة مكتوبة.

ب-المنازعات الناشئة عن إخلال أطراف عقد المناول بالتزاماتهما التعاقدية.

يلتزم المناول تجاه المتعامل المتعاقد –كما سبق التطرق له- بإنجاز العمل محل عقد المناولة و تسليمه و ضمانه، فمتى خالف المناول أيا من هذه الالتزامات قامت مسؤوليته التعاقدية، و يكون للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد، و

إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب إما بالتنفيذ العيني طالما كان ممكن، أو أن يطلب فسخ العقد إذا كان الإخلال جسيما، مع حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته في كلا الحالين.

و كذلك الأمر بالنسبة لالتزامات المتعامل المتعاقد تجاه المناول، فإذا تماطل المتعامل المتعاقد في دفع أجر المناول الذي أنجز العمل بصفة مرضية و سلمه، فإنه يحق له أن يلجأ لقاضي العقد لطلب التنفيذ العيني للالتزام أو فسخ العقد، مع بقاء حقه في التعويض قائما في كلتا الحالتين، و يخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية لقاضي العقد، الذي يفصل في الطلب بقبوله أو رفضه وفقا لقيمة المبلغ المستحق و نسبة مقارنة بالمبلغ الكلي، فإذا كان المبلغ الذي لم يوفي به بسيطا في المقدار مقارنة بكامل الأجر فإنه يرفض الطلب.

و إذا أنجز المناول العمل، و طلب من المتعامل المتعاقد استلامه، و رفض هذا الأخير لأسباب غير مشروعة، فيجب على المناول إعذاره رسميا، و يعد ذلك بمثابة تسليم حكمي، يمكنه من المطالبة بالأجر[24].

و قد تمسك القضاء المدني في فرنسا باختصاصه في الفصل في منازعات عقود المناولة التي تقوم في إطار عقد إداري، هذا ما أقرته المحكمة التجارية لبوردو في حكمها الصادر في 1972/08/18 المؤيد بقرار محكمة الاستئناف، و تتلخص وقائع النزاع في أن غشا مجهول المصدر حدث أثناء تنفيذ الالتزامات العقدية، مما حمل المتعاقد من الباطن على مقاضاة مكتب الدراسات أمام المحكمة التجارية لمدينة بوردو، لكن المكتب المذكور تمسك بعدم اختصاص المحكمة التجارية بنظر الدعوى، لأن النزاع يتعلق بعقد أشغال عامة، و من ثمة يكون حسبه القضاء الإداري هو المختص بنظر النزاع، لكن المحكمة رفضت الطلب، على أساس ان الجهة المعنوية العامة ليست طرفا في الدعوى، و أن النزاع يتعلق أساسا بطرفين هما من أشخاص القانون الخاص، فالمناول شخص غريب عن العقد الإداري ، و أن التعاقد من الباطن هو عقد خاص ينعقد

الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه للقضاء الخاص، كما أنه لا توجد أية رابطة قانونية مباشرة بين الجهة الإدارية المتعاقدة و المناول[25].

خاتمة

لقد وفق المنظم الجزائري في تبنى اتجاه يهدف إلى تقنين وجود المناول و تعزيز مشروعيته و مركزه القانوني في إطار العملية الكلية، و هي الصفقة العمومية، فقد رسمت أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 طريقا قانونا سليما لوجود المناول في عقود الصفقات العمومية.

من الناحية القانونية يخلق عقد المناولة شبكة مركبة من العلاقات التعاقدية الناجمة عن تقاطع عقدين متباينين في الطبيعة تباينا تاما، إذ تعد الصفقات العمومية نموذج تقليديا للعقد الإداري، بينما يعد عقد المناولة من العقود الأصيلة في نظرية العقود المدنية، هذه الطبيعة المتباينة للعقدين أدت إلى توزيع الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد المناولة بين جهتي القضاء العادي و الإداري، إذ يختص القضاء العادي بالمنازعات التعاقدية البحتة القائمة بين طرفي عقد المناولة، بينما يختص القضاء الإداري بالمنازعات التي تكون المصلحة المتعاقدة طرفا فيها باعتبارها شخص معنوي عاما.

بعد دراسة التنظيم القانوني لعقد المناولة في إطار الصفقات العمومية، لابد من تسجيل عدة ملاحظات:

على صعيد التشريع، فإن أهمية المناولة من الناحية العملية تجعلنا نسلم أنه لم يعد كافيا تنظيم إطارها القانوني في بضعة مواد، و أصبحت الحاجة جد ملحة لوجود نص قانوني متكامل يتعلق بتنظيم أحكام مناولة العقود الإدارية بوجه عام، أو على الأقل مناولة الصفقات العمومية بشكل خاص.

إن التنظيم القانوني الحالي للمناولة في الصفقات العمومية، يوسع نطاق هيمنة

القانون المدني على عقد المناولة، رغم أن هذا العقد أصبح عاملا مؤثرا في عقد عام يرتبط بسير المرفق العام، و هو أمر له آثاره الخطيرة على المصلحة العمومية، من مظاهر الخطورة مثلا تخفيف مسؤولية المناول من خلال إعفاءه من الضمان العشري، إن هذه الأحكام لم تعد تساير الواقع الذي فرض المناول كعنصر ضروري لإنجاز الصفقة، و هو عنصر مشروع و معترف به ينبغي بالضرورة زيادة حجم مسؤولياته.

من مظاهر قصور التنظيم القانوني كذلك عدم صدور القرار المنظم لكيفيات الدفع المباشر لمستحقات المناول بعنوان الخدمات التي تكفل بتنفيذها، و هو الأمر الذي انعكس سلبا على وضع المناولين الذين يواجهون بيروقراطية الإدارة في مركز ضعيف في ظل غياب النص القانوني المفعل لحقوقهم.

من خلال هذه الملاحظة أضحى من الضروري اليوم على المنظم التفكير في إعادة البناء القانوني لعقد المقاولة في مجال الصفقات العمومية، يشمل الجانب الشكلي متمثل في وضع نص قانوني مستقل بذاته سواء كان مشابها للتجربة الفرنسية حيث تم جمع عقد المناولة في العقود الخاصة و في العقود العامة في نص خاص، أو بتخصيص نص يتعلق بالمناولة في الصفقات العمومية.

هذا النص يجب أن يراعي من الناحية الموضوعية كذلك إحداث تغييرات جذرية على طبيعة و آثار عقد المناولة فيجب أن يشمل العقد الأصلي و هو الصفقة، عقد المناولة و يفرض خصوصيته عليه و ليس العكس، و هذا لترجيح كفة الاختصاص للقضاء الإداري باعتباره الضامن الأساسي لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

كذلك ينبغي بالإسراع في وضع النصوص التنظيمية لتلعب دورها في حفظ حقوق أطرف عقد المناولة.

الهوامش

[1]-استخدم المشرع مصطلح "المناولة الفرعية" ضمن القسم الثالث من الباب التاسع من الكتاب الثاني، من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 الصادر في 1975/09/30، معدل و متمم

[2] مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، معدل و متمم (ملغى).

[3] -قبلان علي عبد الأمير، (2011)، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء 2، لبنان مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، ص 208.

[4]Benabent Alian, (1990) , Louage d'oufrage et d'industrie , Sous-traitance , Juris-classeur ;Cifil Articlé 178, Face , 20.

[5] -ليليا بن منصور، يعيدي وفاء ، (2017) "سبل ترقية المناولة الصناعية في الجزائر على ضوء تجارب الدول المتقدمة"، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 12 ، المجلد 3، ص 379.

[6] - مرسوم رئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

[7] - نقلا عن مازة حنان (2016/2015)، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، ص 19-20.

[8] - قبلان علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 208.

[9] المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[10] -بوضياف عمار (2017)، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، جسور، ص 62.

[11] - المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[12] - مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، مرجع سابق، ص 122.

[13] -حدادة فيروز،(2011/2010)، التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 90.

[14] - سرير الحرسيتي خديجة، (2010/2009)، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 103.

[15]- طلبة أنور،(د س ن) العقود الصغيرة ، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث ، ص 296.

[16] - حدادة فيروز، التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مرجع سابق، ص111.

[17] - سرير الحرسيتي خديجة، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 108.

[18] لمزيد من التفصيل راجع مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، مرجع سابق ص167 و ما يليها.
[19] - مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، مرجع سابق ، ص 163 و ما يليها
[20] - الطماوي سليمان، (2005)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصر، دار الفكر العربي، ص 425.
[21] - قبلان علي عبد الأمير ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 230-231.
[22] -حابي فتيحة، (2015)، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 09، الجزائر،ص 100.
[23] - قبلان علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق،ص 233.
[24] - سرير الحرسيتي خديجة، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، مرجع سابق ، ص 127
[25] - قبلان علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق،ص 234.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

- الطماوي سليمان، (2005)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصر، دار الفكر العربي.

-بوضياف عمار، (2017)، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، الجزائر، جسور.

-طلبة أنور،(د س ن)، العقود الصغيرة ، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث.

-قبلان علي عبد الأمير، (2011)، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء 2، لبنان، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية.

الأطروحات:

-مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء،(2015-2016)، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر.

-حدادة فيروز،(2010-2011) التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر.

-سرير الحرسيتي خديجة، (2009-2010)، التعامل الثانوي في صفقات الأشغال العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر.

المقالات:
-حابي فتيحة، (2015)، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 09، ص ص 96-116.
-ليليا بن منصور، سعيدي وفاء ، (2017) "سبل ترقية المناولة الصناعية في الجزائر على ضوء تجارب الدول المتقدمة"، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 12 ، المجلد 3، ص ص 377-395.

النصوص القانونية:
-أمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 الصادر في 1975/09/30، معدل و متمم.
-مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، معدل و متمم (ملغى).
- مرسوم رئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

Ouvrage

- Benabent Alian , (1990),Louage d'oufrage et d'industrie, Sous-traitance , Juris-classeur ;Cifil Articlé 178, Face , 20.