أثر المناولة على الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية في التشريع الجزائري.

The impact of subcontracting on the personal commitment of the public transaction in the Algerian legislation .

أمينة ذيب

جامعة باجي مختار عنابة (الجزائر)، dibamina23@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/11/30 تاريخ القبول: 2023/03/07 تاريخ النشر: 2023/03/31

ملخص:

يعتبر الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد ذلك لأن شخص هذا الأخير يلعب دورا كبيرا في عملية التعاقد في حد ذاتها،لأن الإدارة العامة تختار المتعاقد معها بناء على عدة معايير كالكفاءة المهنية و الخبرة و القدرة المالية ...لما لهذه الاعتبارات من تأثير إيجابي على تنفيذ الصفقة العمومية.

و عليه فقد منع تنظيم الصفقات العمومية على المتعامل المتعاقد التنازل عن تنفيذ الصفقة لأي شخص آخر سوا بصفة كلية أو جزبية –كقاعدة عامة–لأن هذا التصرف سيمس بمبدإ الاعتبار الشخصي في التعاقد.

غير أنه لهذه القاعدة إستثناء،حيث أجاز القانون للمتعامل –من باب تسهيل تنفيذ الصفقة– الاستعانة بالغير في تنفيذ جزء من الصفقة عن طريق عقد المناولة و لكن بشرط علم المصلحة المتعاقدة و موافقتها،إضافة إلى شروط أخرى حددها تنظيم الصفقات العمومية تحت طائلة بطلان المناولة إذا لم يحترم المتعامل المتعاقد هذه الشروط.

كلمات مفتاحية:مناولة،متعامل متعاقد،تنفيذ،شخصي.

Abstract:

It is well established that the commitment to the personal implementation of the transaction is regarded as one of the most important obligations incumbent on the contracting client. The latter plays a central role in the contracting process, given that the public administration choose the contractor based on several criteria such as efficiency, experience, and financial ability for their positive impact on the implementation of the transaction. Accordingly, public transactions were prohibited in order to waive the implementation of the deal to any other person, whether in full or in part, as a general rule because this act would prejudice the principle of the personal consideration in the contract. However, this rule is an exception as the law permitted the contracted transaction in order implementation of the deal by seeking help with third parties, the implementation of part of the deal through the handling contract, but on condition that the contracting authority knows and agrees, in additions set by the Public Procurement Regulations.

Keywords: subcontracting,contractor,personal,execution.

مقدمة

تلعب الصفقات العمومية دورا هاما في الحياة الاقتصادية فهي بمثابة محرك لهذه الأخيرة لذا وجب على الدولة إحاطة عملية إبرامها و كذا تنفيذها بمجموعة من القوانين و التنظيمات يجب على جميع مؤسساتها إتباعها من أجل الحفاظ على المال العام من جهة، و من أجل تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى.

و تعد شخصية المتعامل المتعاقد من أهم الاعتبارات التي توليها الإدارة العامة اهتماما كبيرا سواء في مرحلة التعاقد أو في مرحلة التنفيذ لما تلعبه من دور هام في حسن تنفيذ الصفقة العمومية، هذا لأن الإدارة العامة تختار الشخص المتعاقد معها بناء على اعتبارات عديدة منها الكفاءة المهنية و القدرة المالية...

لهذا كان واجب التنفيذ الشخصي للصفقة من بين أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد. غير أن المشرع الجزائري قد أجاز للمتعامل المتعاقد الاستعانة بالغير في تنفيذ جزء من الصفقة بشروط حددها القانون، مع بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي قائمة في مواجهة الإدارة العامة و هذا من باب تسهيل تنفيذ الصفقة خاصة إذا تعلق الأمر بالمشاريع الاقتصادية الكبرى، و هذا ما أسماه المشرع الجزائري بالمناولة في مجال الصفقات العمومية و تهدف هذه الدراسة إلى تبيان مدى أهمية الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة و كذلك التعريف بالمناولة كونها استثناء وارد على هذا الالتزام .

و تكمن إشكالية هذا البحث في ما يلي:

مدى تأثير المناولة على الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة،وهل لها دور ايجابي أم سلبي في تنفيذ الصفقة العمومية؟

و تتفرع عنها الإشكاليات الفرعية الآتية:ما المقصود بالالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة ؟ ما المقصود بالمناولة في مجال الصفقات العمومية ؟و ما هي شروطها؟

و في محاولة منا لمعالجة هذه الإشكاليات تم اتباع المنهج الوصفي و منهج تحليل المحتوى باعتبارهما الأنسب في مجال الدراسات القانونية كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن كلما اقتضى الأمر مقارنة الوضع في الجزائر بالوضع في فرنسا.

و قد تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين رئيسيين هما كالآتي:

المحور الأول: ماهية الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

المحور الثاني: المناولة كاستثناء وارد على الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.

1- ماهية الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

من أهم التزامات المتعاقد مع الإدارة هو التزامه بالتنفيذ الشخصي للعقد بمعنى أن يقوم هو بعينه دون غيره بتنفيذ بنود الصفقة، و هذا نظرا لما يلعبه الاعتبار الشخصي للمتعاقد من دور هام جدا، إذ أن شخص هذا الأخير و صفاته هي التي دفعت بالإدارة العامة إلى التعاقد معه.

وعليه فسيتم التطرق في هذا المحور إلى كل من فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري ، و مفهوم الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.

1-1 فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري.

يلعب مبدأ الاعتبار الشخصي دورا هاما سواء في مجال العقود الخاصة أو العقود العامة، و عليه فسيتم التطرق إلى نقطتين أساسيتين هما: مفهوم مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية ،و أهمية المبدأ في مجال العقود الإدارية.

1-1-1 مفهوم مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية.

تعددت التعاريف الفقهية لمبدأ الاعتبار الشخصي في التعاقد، نذكر منها تعريف الدكتور السنهوري حيث جاء فيه ما يلي:"الاعتبار الشخصي (المؤهلات الشخصية)هي كل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه من ناحية الكفاية الفنية و المالية و الأمانة و الثقة و حسن المعاملة و تخصصه في نوع العمل محل العقد و ما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص و ما قام به قبل ذلك من أعمال تكسبه تجربة عملية فنية".[1]

و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف عام يطبق على معظم العقود التي تقوم على مبدأ الاعتبار الشخصي سواء أكان عقد خاصا أم عقدا إداريا.

و عليه يمكن الجزم بأن الإدارة العامة عندما تبرم عقودها أو صفقاتها فإنها تراعي بذلك الصفات الجوهرية في شخصية المتعاقد معها لأن هذه الأخيرة هي سبب تعاقدها معه،و بناء على ذلك فإنه يمكن لها أن ترفض التعاقد معه إذا تبين لها أنه لا يتمتع بالصفات المطلوبة، ذلك لأن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، و يتعين الالتزام بهذه القاعدة بشكل صارم كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام[2].

---

[1] السنهوري عبد الرزاق،**الوسيط في شرح القانون المدني**، العقود الواردة على العمل،مجلد(1)،مصر،1964 ص74، مشار إليه:المفرجي كنعان محمد محمود،**الاعتبار الشخصي في العقد الإداري**،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،2013،ص44

[2] نابلسي نصري،**العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**،الطبعة الثانية،منشورات زين الحقوقية،الأردن،2012،ص59.

1-1-2 أهمية مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية

يتضح لنا مما سبق أن لمبدأ الاعتبار الشخصي أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية،فهو يعتبر الدعامة الأساسية التي يقوم عليها الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري، فالإدارة العامة تسعى منذ البدء في عملية التعاقد إلى اختيار الشخص المناسب الذي سيتمكن من تنفيذ العقد أو الصفقة على أكمل وجه و ذلك بناء على ما يتمتع به من صفات تؤهله لذلك،و هذا ما جعل الإدارة تمنع على المتعاقد معها أن يتنازل عن تنفيذ العقد لشخص آخر.

و قد اختلف الفقه الفرنسي فيما يخص كيفية تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، حيث انقسم إلى فريقين منهم من يقول بتطبيقه تطبيقا مطلقا على كل العقود الإدارية و منهم الفقيه" د لوبادار"، و منهم من يرى إمكانية تطبيقه بدرجات متفاوتة، بحيث يشتد تطبيقه و تصبح الإدارة صارمة بشأنه كلما زاد ارتباط العقد ارتباطا وثيقا بالمرفق العام و من بين هؤلاء الفقيه" جيز "[1].أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه يتضح لنا من خلال المادتين 53 و 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، و التي جاء فيهما ما يلي:

نص المادة 53 " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة تعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

نص المادة 54 " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين و المتعهدين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية ...."[2]

ومن خلال هتين المادتين يتضح لنا موقف المشرع الجزائري و الذي هو تقديس مبدأ الاعتبار الشخصي في كل الصفقات العمومية دون استثناء و هذا نظرا لما يلعبه المبدأ من دور فعال و مهم في تنفيذ الصفقة.

2-1 مفهوم الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة

يعتبر الالتزام بالتنفيذ الشخصي من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة و يمكن القول بأن هذا الالتزام هو امتداد لمبدأ الاعتبار لشخصي في التعاقد و الذي تقوم عليه العملية التعاقدية، إلا أنه قد تطرأ

---

[1] -حمد الأحمد نجم،**التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**،أطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس،كلية الحقوق،مصر،2001،ص90-91.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ،**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم50**، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015-ص2.

حالات أثناء تنفيذ الصفقة تجعل تنفيذها مستحيلا،و عليه فسنتعرض إلى تعريف الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة و حالات استحالة تنفيذها.

1-2 -1 تعريف الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.

يقصد بالالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة قيام المتعاقد مع الإدارة العامة بنفسه بتنفيذ بنودها، و لا يجوز له التنازل كليا أو جزئيا لأي شخص آخر عن العقد، هذا لأن فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة تلعب دورا مهما في عملية التعاقد، بحيث أن الإدارة العامة قد قامت باختيار المتعامل المتعاقد بناء على صفات جوهرية متوفرة فيه تميزه عن غيره كالقدرة المالية و الخبرة التقنية و الكفاءة ...و هذا ما يضمن تنفيذ الصفقة على أحسن وجه نظرا لارتباط هذه الأخيرة ارتباطا وثيقا بالمرافق العامة، و عليه فإن الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة من شأنه أن يضمن استمرارية المرافق العامة و سيرها بانتظام واطراد[1]

كما أن الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة لا يقتصر فقط على التنفيذ المادي لها، بل يشمل كذلك المسؤولية الشخصية للمتعامل المتعاقد عما يترتب من جراء تنفيذها.

و لا يعتبر إخلالا بالالتزام بمبدأ التنفيذ الشخصي للصفقة تلك العمليات و التصرفات التي يجريها المتعامل المتعاقد مع الغير بهدف الحصول على الأموال و اليد العاملة و المساعدة التقنية و المواد الأولية، فمثل هذه الاتفاقيات جائزة ما لم تنص الصفقة على خلاف ذلك. [2]

1-2-2 حالات استحالة التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.

مما لا شك فيه أن للالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية أهمية بالغة و ذلك لأنه يمس بمبدإ استمرارية المرافق العامة، فمن واجب المتعامل المتعاقد أن ينفذ الصفقة تنفيذا شخصيا لما تلعبه شخصيته من أهمية في عملية التعاقد-كما هو موضح سابقا_ بحيث يمنع عليه التنازل عن هذا الالتزام لشخص آخر غيره، كما أن عليه كذلك الاستمرار في تنفيذها وفقا لما ينص عليه دفتر الشروط تحت أي ظرف من الظروف إلا إذا كانت هناك ظروف استثنائية تحول دون ذلك كالقوة القاهرة أو الوفاة أو الإفلاس.

استحالة التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية بسبب القوة القاهرة.

[1] الغناي توفيق،واجب تنفيذ الصفقة من قبل معاقد الإدارة،**مجلة دراسات قانونية** ، كلية الحقوق،صفاقس، تونس، عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية،ص143.

[2] بن شعبان علي،عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي و التعاقد من الباطن،**مجلة العلوم الإنسانية**،جامعة قسنطينة1،عدد41،جوان،2014،مجلد ب،ص 447.

تعرف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بأنها أمر غير متوقع مستحيل الدفع، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام،و عليه فإن المتعامل المتعاقد يصبح معفيا من التنفيذ[1]،كأن يهلك محل عقد الأشغال العامة مثلا بسبب زلزال أو نتيجة سبب خارجي كالحرب[2].

إستحالة التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية بسبب وفاة المتعامل المتعاقد.

تطرح وفاة المتعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة مسألة مصير متابعة تنفيذها،فقد ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة العودة إلى بنود العقد أو دفتر الشروط،فإذا كان هناك بند يعالج هذه المسألة فإنه يتم تطبيقه،أما إن لم يكن هناك بند يعالج هذه المسألة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة أو متابعة تنفيذها من طرف ورثة المتعاقد إذا لم تقم بفسخها[3].

و بهذا الصدد نصت المادة 123 ف2 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبق الصفقات العمومية للأشغال عل ما يلي:"يبرر الفسخ التعاقدي بظروف خارجة عن إرادة المقاول و هذا لاسيما، في حالة:

-وفاة المقاول عندما لا يضمن الورثة متابعة الخدمات، موضوع الصفقة العمومية للأشغال التي كان يحوزها."[4]

استحالة التنفيذ بسبب إفلاس المتعامل المتعاقد.

يترتب عن الحكم بالإفلاس غل يد المفلس عن إدارة أمواله مما يؤثر سلبا على حسن تنفيذ الصفقة، و عليه فإنه يجوز للإدارة العامة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة لأن تنفيذها أصبح مستحيلا أو صعبا.

وقد نصت المادة 75 ف1و ف2 من تنظيم الصفقات العمومية على مايلي:" يقصى بشكل مؤقت أو نهائي،من المشاركة في الصفقات العمومية،المتعاملون الاقتصاديون:....

---

[1] الجبوري محمود خلف،**العقود الإدارية**،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان ،الأردن،2010،ص257.

-نابلسي نصري منصور،مرجع سابق،ص53.

[2] بوضياف عمار،**شرح تنظيم الصفقات العمومية**،القسم الثاني،الطبعة الخامسة،جسور للنشر و التوزيع،الجزائر،2017،ص210.

[3] الطماوي **سليمان**،**الأسس العامة للعقود الإدارية**،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر،2008،ص427.

-نابلسي نصري،المرجع نفسه،ص100.

[4] -المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 مايو 2021 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبق على الصفقات العمومية للأشغال،**جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية رقم 50**،مؤرخة في 24 يونيو2021 ص3.

-الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

المتعاقد أو إفلاسه.

-الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.....".

كما نصت المادة 123 ف2 من المرسوم التنفيذي 91-219 المذكور أعلاه على مايلي:"يبرر الفسخ التعاقدي بظروف خارجة عن إرادة المقاول و هذا لاسيما،في حالة:....

-الإفلاس أو التسوية القضائية،إلا إذا وافقت المصلحة المتعاقدة،في حالة قد يرخص وكيل الدائنين للوصي عن طريق المحكمة،بمتابعة استغلال المؤسسة و منه التقدم بعروض لمتابعة النشاط،يقبل إتمام تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال مع نفس المقاول...".

2- المناولة كاستثناء وارد على الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.

إذا كانت القاعدة العامة هي الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة من طرف المتعامل المتعاقد، فإن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة هو المناولة، أي أنه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يعهد بتنفيذ جزء من الصفقة إلى الغير و هذا من باب التسهيل في تنفيذها خاصة إذا تعلق الأمر بالمشاريع الكبرى و التي يصعب أو يستحيل على المتعامل المتعاقد تنفيذها بمفرده، فما المقصود بالمناولة و ما هي شروط صحتها؟

2-1 تعريف المناولة في مجال الصفقات العمومية:

تختلف تسمية المناولة في مجال الصفقات العمومية من بلد لآخر، فهناك من يطلق عليها تسمية التعاقد من الباطن كما هو الحال في مصر، و هناك من يطلق عليها تسمية المقاولة الفرعية، و يقابلها باللغة الفرنسية مصطلح « la sous-traittance dans les marchés publics »

و قد خصص لها المشرع الفرنسي قانونا مستقلا ينظمها[1].

أما المشرع الجزائري فقد أطلق عليها في السابق تسمية التعامل الثانوي إلى حين صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية حيث غير التسمية لتصبح المناولة في مجال الصفقات العمومية، و حسنا فعل المشرع الجزائري بتبنيه هذه التسمية لأنها هي الأصح و الأنسب في مجال القانون الإداري ، هذا لأن التسميات الأخرى تنصرف إلى القانون الخاص أكثر منه إلى القانون العام[2] .

[1] Loi numéro 1334/57,31/12/1975 relative à la sous-traittance**.J.O.f du 3 Janvier 1976**, p.148.

[2] بوضياف عمار،مرجع سابق، ص59.

و عليه فسنتعرض لبعض التعريفات بشأن المناولة في مجال الصفقات العمومية.

2-1-1 التعريف التشريعي للمناولة في مجال الصفقات العمومية

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع المناولة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من خلال المواد 140-144 منه و لكنه لم يعط تعريفا لها،و بالرجوع لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال نجد أن نص المادة 41 ف1 منه قد أعطى تعريفا للمناولة في مجال صفقات الأشغال العامة و الذي جاء فيه مايلي" يقصد "بالمناولة"،العملية التي يوكل من خلالها المقاول،لوحده أو منظم في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات،بواسطة عقد مناولة و تحت مسؤوليته الكاملة،لمتعامل اقتصادي آخر،يدعى "المناول"،تنفيذ جزء من الصفقة العمومية للأشغال المبرمة مع المصلحة المتعاقدة..."

أما فيما يتعلق بالتشريع الفرنسي فقد نظم التعاقد من الباطن في قانون مستقل، حيث جاء في المادة 01 من القانون الفرنسي رقم 75/1334 المتعلق بالتعاقد من الباطن ما يلي: la sous-traitance est «

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

و من هذا المنطلق يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أعطى أهمية بالغة لموضوع المناولة لدرجة أنه قد أفرد لها قانونا خاصا بها.

2-1-2 التعريف الفقهي للمناولة في مجال الصفقات العمومية

لقد تعدت تعاريف فقهاء القانون الإداري للمناولة في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، لكنها تدور حول نفس الفكرة بالرغم من اختلاف التسميات و من بين هذه التعريفات نعرض ما يلي:

عرف الفقيه الفرنسي" أندريه د لوبادار " التعاقد من الباطن بأنه:" ذلك التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد الأصلي "[1] .

[1] Délaubadére-**Traité du contrats administratifs**-tom2.L.G.D.1984.p12.n 808

نقلا عن. الأحمد حمد نجم،مرجع سابق،ص26.

كما عرفه الدكتور عبد العليم مشرف بأنه:" التعاقد من الباطن عبارة عن تصرف قانوني بموجبه يعهد المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المتعاقد من الباطن) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته و ضامنا للمتعاقد من الباطن."[1].

كما عرف الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عقد المناولة في الصفقات العامة على أنه:" رابطة عقدية بموجبها يلتزم المناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية بتكليف من المتعامل المتعاقد و طبقا للشروط و الكيفيات المحددة في التنظيم الجاري به العمل و تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد"[2] .

2-2خصائص عقد المناولة في الصفقات العمومية:

من خلال التعاريف التي سبق عرضها يمكن استنتاج مجموعة من الخصائص التي تميز عقد المناولة في مجال الصفقات العمومية، و يمكن جمعها فيما يلي:

2-2-1 عقد المناولة هو عقد رضائي

بمعنى أنه يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين،إذ أنه ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين،و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون هذا العقد مكتوبا إنما تعتبر الكتابة شرطا لإثباته كأصل عام،و لكن بالرجوع لأحكام قانون الصفقات العمومية لا سيما نص المادة 144 منه نجدها تشترط أن يتضمن عقد المناولة مجموعة من البيانات الإلزامية مما يدفعنا إلى القول بأن المشرع جعل من الكتابة شرطا لانعقاده[3].

2-2-2 عقد المناولة هو عقد تبعي:

بمعنى أنه يشترط لصحته وجوده عقد أصلي و هو عقد الصفقة العامة[4]، و كلاهما يعتبران عقدين قائمين بذاتهما[5]، كما أنهما يشتركان في نفس المحل و الموضوع الذي يعهد المتعاقد الأصلي بتنفيذ جزء منه إلى المتناول.

2-2-3 عقد المناولة هو من العقود الملزمة للجانبين.

---

[1] مشرف عبد العليم، **فكرة الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية**،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية، مصر،2003،ص90.

[2] بوضياف عمار، مرجع سابق،ص60.

[3] مقداد زينة،النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15،**المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية**،جامعة تيسمسيلت،المجلد 06،العدد01،2021،ص368.

[4] شريف سمية،معاشو عمار،النظام القانوني للمنازعات الناشئة عن عقد المناولة في الصفقات العمومية،**مجلة صوت القانون**،جامعة خميس مليانة،المجلد الثامن،العدد02،2022،ص740.

[5] أبو عرابي غازي خالد،**المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع**،الطبعة الأولى،دار وائل للنشر و التوزيع،الأردن،عمان،2009،ص23.

بحيث يتلقى المتناول مقابل مالي نظير ما يقدمه للمتعاقد الأصلي أو ما يصنعه له، فهو بهذا يولد التزامات متبادلة على عاتق الطرفين و هو بهذا كذلك يعد من عقود المعاوضة [1].

2-3 شروط صحة المناولة في التشريع الجزائري.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن عقد المناولة الذي يرتب آثارا قانونية هو العقد الذي يبرمه المتعامل المتعاقد بعلم الإدارة و موافقتها المسبقة، و عليه فإنه لا يعتد بالمناولة التي يبرمها المتعامل المتعاقد دون علم الإدارة و موافقتها ففي هذه الحال تعد مناولة غير قانونية، بل و أكثر من ذلك قد تعتبر خطأ جسيما من طرف المتعاقد الأصلي و الذي قد يؤدي إلى فسخ الصفقة العامة.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه من الأخطاء الجسيمة و الكافية و المبررة لصدور جزاء فسخ عقد الأشغال العامة، التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة.

و هو نفس موقف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية حيث اعتبر مثل هذا التصرف خطأ يرتب المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد معها و هذا ما تؤكده المواد من 142 من تنظيم الصفقات العمومية.

و عليه فإن المشرع الجزائري يعتد بالمناولة التي تكون بعلم و موافقة الإدارة العامة، و بعبارة أدق فإن المناولة القانونية تعتبر حماية للمتناول أو المناول لاسيما فيما يتعلق باستفادته من الدفع المباشر لمستحقاته من طرف المصلحة المتعاقدة مباشرة .

و بالرجوع لأحكام المواد من 140 إلى144 من قانون الصفقات العمومية، يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أتاح للمتعامل المتعاقد إمكانية اللجوء لإبرام عقد مناولة و لكن باحترام مجموعة من الشروط هي كآتي:

2-3-1 أن يتم النص على المجال المخصص لعقد المناولة في دفتر الشروط إن أمكن ذلك و في الصفقة الأصلية.

و هذا وفقا لما ورد في نص المادة 143 ف1 من قانون الصفقات العمومية، فلا يجوز للمتعامل المتعاقد إبرام عقد مناولة إلا إذا نصت على ذلك الصفقة، و خيرا فعل المشرع الجزائري حيث أراد من وراء فرض هذا الشرط أن يتم تحديد

[1] ك.رفاه،كربل رزوقي،الاعتبار الشخصي و أثره في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية**،العدد الثالث،السنة الثامنة،كلية القانون جامعة بابل،العراق،2016،ص.ص 599-600.

مجال المناولة في مرحلة مبكرة و ليس في مرحلة التنفيذ، فيصبح كل أطراف العقد أو الصفقة على علم تام بالمجال موضوع المناولة[1]

كما منعت المادة 140 في فقرتها الثانية المناولة في مجال صفقات اللوازم العادية، و يقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق و التي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة.

2-3-2 عدم تجاوز النسبة المقررة قانونا.

نصت المادة 140 ف2 على ما يلي:" و مهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

و هذا أمر منطقي فلا يمكن أن تحجب خدمات المناول و هو الفرع أو المتدخل خدمات الأصيل أو المتعاقد الأصلي[2].

و تجدر الإشارة هنا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد انفرد بتحديد نسبة الأربعين بالمائة، الأمر الذي لم نجده في المرسوم الملغى رقم 10-236.

2-3-3 يجب أن يحظى اختيار المناول بموافقة المصلحة المتعاقدة وجوبا وكتابيا.

وهذا ما نصت عليه المادة 143 ف2 من قانون الصفقات العمومية، حيث اشترطت صراحة موافقة المصلحة المتعاقدة مسبقا على شخص المناول كما أكدت على احترام أحكام المادة 75 من نفس القانون [3]، حيث أن الموافقة تكون بعد التأكد من القدرات المهنية والتقنية والمالية للمناول، ومن هنا نستطيع القول أن مبدأ الاعتبار الشخصي في التعاقد يبقى قائما حتى في عقد المناولة لما له من أثر كبير على حسن تنفيذ الصفقة العمومية .

وحسنا فعل المشرع عندما فرض الموافقة المسبقة للإدارة العامة و تأكدها من قدرات المناول لأن هذا الأمر من شأنه أن يجنبها وجود مناول قد لا تتوفر فيه الشروط القانونية كأن يكون في حالة إفلاس أو وضعية غير قانونية مع إدارة الضرائب أو لا يتمتع بالكفاءة اللازمة لتنفيذ الجزء المتناول فيه...

2-3-4 أن يصرح المناول للمصلحة المتعاقدة بتواجده في مكان التنفيذ.

[1] بوضياف عمار، مرجع سابق، ص62.

[2] نفس المرجع،ص62.

[3] يبين نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعاملين الاقتصاديين المقصيين بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية.

- شريف سمية،معاشو عمار،مرجع سابق،ص741.

نصت المادة 142 من نفس المرسوم على ما يلي:"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، بإعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع، في أجل ثمانية (8) أيام، وإلا اتخذت ضده تدابير قسرية."

يستشف من نص هذه المادة أن تصريح المناول بوجوده مكان التنفيذ يعكس التزامه و جديته، كما أن وجود هذا الأخير دون علم الإدارة يرتب مسؤولية المتعاقد الأصلي الذي توجه له الإدارة العامة إعذارا لتسوية الوضع و اتخاذ تدابير قسرية في حقه إذا خالف ذلك.

إذن يمكن القول بأن هذا الشرط هو شرط تنظيمي يضبط كل تدخل في مرحلة التنفيذ، كما يحدد المسؤوليات كذلك.[1]

و بناء على ما تقدم فإن عقد المناولة الذي يأتي محترما للشروط القانونية هو الذي يرتب آثارا قانونية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، بحيث يمكن للمناول أن يستفيد من إجراءات الدفع المباشر لمستحقاته من المصلحة المتعاقدة مباشرة[2] و هذا ما نصت عليه المادة 143 ف4 من تنظيم الصفقات العمومية و التي جاء فيها ما يلي:"...و يقبض المناول المعتمد وفقا الشروط المذكورة سابقا، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، حسب كيفيات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية...." .

---

[1] بوضياف عمار،مرجع سابق،ص64.

[2] نصت المادة 78 ف5إلى غاية ف10 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 على ما يلي :"2-الدفع المباشر للمناول من قبل المصلحة المتعاقدة

78-5.في إطار الدفع المباشر للمناول من قبل المصلحة المتعاقدة،يجب على المناول المعني بهذا الإجراء،أن يقوم بتقديم:

-طلب الموافقة على الدفع المباشر،للمقاول،صاحب الصفقة،مقابل إشعار بالاستلام المذكور أعلاه,

-طلب الدفع المباشر للمصلحة المتعاقدة،مصحوبا بالدفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب مع إشعار بالاستلام المذكور أعلاه.

78.6.يحوز المقاول،صاحب الصفقة،أجل عشرين يوما(20) يوما، من تاريخ الإشعار بالاستلام،لإبداء موافقته الكلية أو الجزئية أو رفضه الدفع المباشر للمناول.يقوم أيضا بإبلاغ المصلحة العامة.

78.7.ترسل المصلحة المتعاقدة نسخة من الفواتير أو الوضعيات إلى المقاول صاحب الصفقة،في أحسن الآجال.

78.8.تقوم المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات المتعلقة بالفواتير أو الوضعيات،في ظل احترام آجال التسوية المنصوص عليها في التنظيم المعمول به

78.8.1.يسري هذا الأجل،ابتداء من تاريخ استلام موافقة أو رفض المقاول،صاحب الصفقة أو من تاريخ انقضاء هذه الأجل،إذا لم يكن هناك أي رد من المقاول.

78.9.يجب على المصلحة المتعاقدة إبلاغ المقاول بكل الدفعات التي قام بها لفائدة المناول.

78.10.إذا رفض المقاول صاحب الصفقة،الدفع المباشر الكلي أو الجزئي للمناول،يجب أن يعلل بشكل صريح أسباب رفضه.و في هذه الحالة،لا تدفع المصلحة المتعاقدة إلا الجزء غير المعترض عليه."

و قد صدر قرار وزير المالية بتاريخ 2011/03/28- في ظل المرسوم الملغى رقم 10-236 – المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي و الذي حدد في مادته الثانية الشروط الواجب توافرها لاستفادة المتعامل الثانوي من الدفع المباشر لمستحقاته من طرف المصلحة المتعاقدة[1]، و يمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

–يجب أن ينص في دفتر شروط المناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي (المناول كما ورد في مرسوم الصفقات العمومية).

– يجب أن يكون التعامل الثانوي أو المناولة محل عقد بين المناول و صاحب الصفقة.

– يجب أن لا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر مشمولا برهن حيازي للصفقة.

– يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المناول و المعني بالدفع المباشر.

– يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل بالمناولة.

كما يبين القرار إجراءات الدفع المباشر في المواد من 3-5 منه.

و على كل حال فإنه إذا تم الاتفاق على اللجوء إلى عقد المناولة، فإن المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة العامة و ليس المناول و ذلك وفقا لما ورد في نص المادة 141 من تنظيم الصفقات العمومية حيث جاء فيها:" المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة.".

و عليه فإن المشرع قد أقر مبدأ لا مسؤولية المناول في مواجهة المصلحة المتعاقدة، فالعلاقة إذن تبقى بين المتعاقد الأصلي و المناول و هي علاقة يحكمها مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" أي أنها علاقة خاضعة للقانون الخاص.

[1] قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 2011/03/28 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي،**جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية رقم 24**، مؤرخة في 2011/04/20،ص24.

– مقداد زينة،مرجع سابق،ص373.

خاتمة:

من خلال ما سبق عرضه يمكن القول أن المناولة هي وسيلة أتاحها المشرع للمتعامل المتعاقد من أجل التسهيل في عملية تنفيذ الصفقة العمومية، و كذلك من أجل تحقيق الجودة خاصة إذا تعلق الأمر بالمشاريع الاقتصادية و الصناعية الكبرى.

و إذا توفرت الشروط القانونية في عقد المناولة، من موافقة المصلحة المتعاقدة و التحقق من وضعية المناول القانونية و من كفاءاته المهنية و خبراته التقنية و قدراته المالية، فإنها لا تؤثر على الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية و لا على مبدأ الاعتبار الشخصي في التعاقد، بل ستكون وسيلة في المساعدة على الوفاء بهذا الالتزام على أحسن وجه، و من خلال هذه الدراسة الوجيزة يمكن أن نستنتج ما يلي:

-إن مبدأ الاعتبار الشخصي في التعاقد هو مبدأ مقدس في مجال العقود الإدارية بصفة عامة و في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

- إن الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية هو أهم التزام يقع عاتق المتعامل المتعاقد و لا يجوز له التنازل عن تنفيذ الصفقة لشخص آخر و هذه كقاعدة عامة.

- إن الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية هو القاعدة العامة، و تعتبر المناولة من بين أهم الاستثناءات التي ترد عليه.

- إن المناولة التي يعتد بها في تنظيم الصفقات العمومية هي تلك تحترم الشروط المذكورة في المواد من 140الى 143 منه حتى تصبح مناولة قانونية مرتبة لجميع آثارها، أما في حالة عدم احترام الشروط القانونية فإنها تعتبر خطأ جسيما من قبل المتعامل المتعاقد و قد يترتب عنه فسخ الصفقة.

- إن المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد أمام المصلحة المتعاقدة على تنفيذ كل الصفقة بما في ذلك الجزء المتناول فيه، كما أن العلاقة بين المناول و المتعاقد الأصلي هي علاقة يحكمها القانون الخاص بالرغم من أنها مرتبطة بصفقة عامة.

و حبذا لو أن السلطة المختصة تولي عناية أكبر بالمناولة لما لها من أهمية في مجال الصفقات العمومية فتصدر بذلك و لو مرسوما رئاسيا أو تنفيذيا يتضمن تنظيم المناولة في مجال الصفقات العمومية بكل تفاصيله و ذلك على غرار المشرع الفرنسي الذي خصها بقانون مستقل.

قائمة المراجع:

1. -أبو عرابي غازي خالد،**المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع**،الطبعة الأولى،دار وائل للنشر و التوزيع،عمان،الأردن،2009.
2. -الأحمد نجم حمد،**التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية**،أطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس،مصر،2001
3. الجبوري خلف،**العقود الإدارية**،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان الأردن،2010.
4. -الطماوي سليمان،**الأسس العامة للعقود الإدارية**،الطبعة الخامسة،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر،2008.
5. الغناي التوفيق، واجب تنفيذ الصفقة من قبل معاقد الإدارة،**مجلة دراسات قانونية**،**عدد خاص: النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية**،تصدر عن كلية الحقوق بصفاقس،2007،ص ص135-192.
6. - المفرجي كنعان محمد محمود،**الإعتبار الشخصي في العقد الإداري**،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،2013.
7. المرسوم التنفيذي رقم21-219 المؤرخ في 20 مايو 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال،**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 50** ،مؤرخة في 24 يونيو 2021.
8. -المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 50**،مؤرخة في 20سبتمبر2015.3.
9. بن شعبان علي،عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي و التعاقد من الباطن،**مجلة العلوم الإنسانية**،جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1،المجلد –ب-عدد41،جوان 2014،ص ص445-458.
10. بوضياف عمار،**شرح تنظيم الصفقات العمومية**،القسم الثاني،الطبعة الخامسة،جسور للنشر و التوزيع،الجزائر،2017.
11. رزوقي كربل رفاه.ك،الاعتبار الشخصي و أثرة في تنفيذ العقد الإداري،**مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية**،جامعة بابل، كلية الحقوق،العراق،العدد الثالث، السنة الثامنة،2016،ص ص 581-628.
12. -شريف سمية،معاشو عمار،النظام القانوني للمنازعات الناشئة عن عقد المناولة في الصفقات العمومية،**مجلة صوت القانون**،جامعة خميس مليانة،المجلد الثامن،العدد2022،02ص ص 736-755.
13. قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 2011/03/28 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي،**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 24**، مؤرخة في 2011/04/20.
14. مشرف عبد العليم،**فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية(دراسة مقارنة)**،دار النهضة العربية،مصر،2003.

15. مقداد زينة،النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15،**المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية**،جامعة تيسمسيلت،المجلد06،العدد01،2021،ص ص 358-382.

16. نابلسي نصري،**العقود الإدارية(دراسة مقارنة)**،الطبعة الثانية،منشورات زين الحقوقية،بيروت،لبنان،2012.

-La loi n : 1334/57 -31/12/1975 relative à la sous-traittance.**j**.**o**.**f** du 3/01/1976.