عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن

ملخص

رغم أن إبرام عقد الأشغال العامة يمر عبر إجراء المناقصة، إلا أن اختيار الإدارة لأحد المترشحين لتبرم معه العقد يكون لإعتبارات شخصية رأتها فيه. ولأهمية هذا الإعتبار الشخصي لتعلقه بالصالح العام، فقد إستقر الفقه والقضاة الإداريين على مبدا حضر تنازل المتعاقد (المقاول) على عقده أو التعاقد من الباطن بشأن جزء منه أو إحلال غيره محله في تنفيذه جزئيا أو كليا.

وحتى لا تبقى عقود الأشغال العامة (وهي مالعام) عرضه للإتجار من قبل المقاولين ، وتكريسا من المشرع الجزائري لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد، قرر بأن كل تنازل من المتعاقد على عقده أو جزء منه يعتبر تصرفا باطلا لا أثر ولا حجة له قبل الإدارة أو الغير ويعرضه لأقصى الجزاءات.

ولأن مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد لا يعني في مفهوم المشرع الجزائري التنفيذ المادي من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه، فقد أجاز إستثناء التنازل أو التعاقد من الباطن بشرط الموافقة الصريحة و المسبقة للإدارة، وحتى في هذه الحالة، بقي المشرع وفيا لمبدأ الإعتبار الشخصي فأبقي على مسؤولية المتعاقد الأصلي عن التنفيذ تطبيقا لوحدة الضمان. غير أن التشريع الجزائري به قصور كبيرا إذ لم يتناول أحكام التعاقد من الباطن خاصة بالرغم من أهمية هذا الإجراء القانوني نظرا للتطور الحاصل في المجال العلمي وما لازمه من تخصص و تقسيم للعمل لمواجهة المشاريع الضخمة التي تشمل على عدة عمليات معقدة.

د. علي بن شعبان

كلية الحقوق

جامعة قسنطينة 1

الجزائر

Résumé

En matière de contrats de travaux publics , la considération de la personne du contractant revêt une importance capitale. C’est un principe constant consacré aussi bien en jurisprudence qu’en doctrine qui dénie à l’entrepreneur la cession d’un contrat ou même la substitution pour son exécution totale ou

مقدمة

رغم إعتماد الإدارة على إجراءات المناقصة العامة التي فرضها القانون لإختيار المقاول الذي تبرم معه عقد الأشغال العامة إلا أنها تراعي إعتبارات شخصية في شخص المقاول الذي تبرم معه

© جامعة قسنطينة1، الجزائر2014.

partielle. Il s'agit d'éviter que les marchés de travaux publics, qui ont un caractère général, ne fassent l'objet d'un commerce entre entrepreneurs.

Allant dans ce sens, le législateur a posé d'exécution personnelle du contrat de travaux et a déclaré que le désistement d'un entrepreneur au profit d'un tiers constitue un acte non seulement nul et sans effet à l'égard de l'administration ou d'un tiers mais lui fait encourir de sévères sanctions. Cependant , l'exécution personnelle ne signifie pas l'exécution des obligation contractuelles. C'est pourquoi même si la règle n'a pas, en réalité une portée absolue en ce sens qu'elle est assouplie par une condition d'acquiescement préalable de notions.

L'administration à la rétrocession d'un marché ainsi que par la possibilité de sous-traitance, le législateur n'écarte pas la responsabilité personnelle du cocontractant initial, et ce en application du principe de l'unité de la garantie.

الصفقة، إذ تعتمد على جملة من الصفات التي تراها مهمة وضرورية في من يشاركها في تسييرالمرفق العام، كقدراته المالية و مؤهلاته الفنية، وخبراته الميدانية وجنسيته ... إلخ لذلك فان من أهمإلتزامات هذا المقاول المختار هو إلتزامه بالتنفيذ الشخصي للعقد، أي القيام بنفسه بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية.

ولسؤال المطروح هو هل وفر المشرع للإدارة ما تحافظ به على الإعتبار الشخصي الذي تعاقدت بناء عليه ومدى فعالية ذلك؟

وللإجابة على هذا التساؤل نتناول النقاط الآتية:

1_ ماهية التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة.

2 _ التصرفات القانونية التي قد تشكل إخلالا به، وأحكامه.

3 _ تقييم موقف المشرع الجزائري أو نتائج هذه الدراسة.

1 _ ماهية التنفيذ الشخص:

إن صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة أكيدة حتى وإن إختلف الرأي حول درجتها، وعقد الأشغال العامة من العقود ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام لذلك فإن الإدارة تضع إعتبارات شخصية وتراعيها في مرحلة إختيار المقاول المتعاقد، فهي تتأكد من كونه يتمتع بصفات تمكنه من تنفيذ العقد على وجه يحقق الصالح العام، وتبقى متمسكة و(مصرة) على هذا الإعتبار الشخصي.

والمقصود بالإعتبار الشخصي في العقد هو كون شخصية المتعاقد تشكل عنصرا جوهريا لدى الإدارة في إبرام العقد وهو نفس المعنى الذي يقصد به في القانون الخاص.

فإذا كان المقاول المتعاقد لا يولي أهمية للطرف المقابل له في العقد سواء كانت إدارة أو فرد عادي. بإعتبار ما يهمه أساسا في عملية التعاقد هو حصوله على المقابل المادي مقابل ما يقوم به من إلتزامات. وهذا ما ينطبق على عقد المقاولة في القانون الخاص، إذ أن رب العمل هو من يهتم بشخص المقاول وصفاته، عكس هذا الأخير الذي لا تهمه في الغالب شخصية رب العمل، لكن في عقد الأشغال العامة نجد الإدارة حريصة على أن تختار كصاحبة مشروع ،المقاول المتعاقد بناء على مؤهلاته وصفاته الشخصية، ولأنها تهدف من خلال إبرام العقد تنفيذ مشروع يحقق الصالح العام، فإن الشروط التي تراعيها في ذلك تلقي بظلالها عند تنفيذه، وتحقيقا لهذا الإعتبار الشخصي فإن من أهم إلتزامات المتعاقد الرئيسية هو إلتزامه بالتنفيذ الشخصي وبنفسه لهذه الإلتزامات التعاقدية. ويشكل ذلك مبدأ يقتضيه الصالح العام الذي تسعى الإدارة لتحقيقه.

وعليه فالمقاول المتعاقد ملزم ومجبر على إحترام هذا المبدأ حتى ولو لم ينص عليه العقد صراحة، وكل إخلال به يشكل خطأ جسيما في نظر الفقه و القضاء وكذا التشريع يؤدي الى توقيع جزاءات.(1)

غير أن المقصود بالتنفيذ الشخصي في مجال عقد الأشغال العامة سواء عند الفقهاء أو لدى المشرع ليس هو المعنى الحرفي لعبارة " التنفيذ الشخصي"

بمعنى التنفيذ المادي للعقد من جانب المقاول، بقدر ما يقصد به ويعني المسؤولية الشخصية عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد(2)'، لذلك فلا يعتبر من قبيل الإخلال بمبدأ التنفيذ الشخصي العمليات والتصرفات التي يجريها المقاول مع الغير بهدف الحصول على الأموال، واليد العاملة، والمساعدة التقنية، والمواد الأولية فكل ذلك جائز ما لم ينص العقد على خلافه صراحة.

ويتفق الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على أن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة نطبق عليها جميعا حتى ولو لم ينص عليها العقد، ومنها كون إلتزامات المتعاقد شخصية يجب أن ينفذها بنفسه ولا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، تحت طائلة البطلان، وهو أمر يتعلق بالنظام العام ولا يحتج به في مواجهة الإدارة أو الغير، وكل تنازل أو تعاقد بغير موافقة الإدارة يعتبر خطأ

جسيما من جانب المتعاقد الأصلي يرتب توقيع أشد الجزاءات التي قد تصل إلى حد الفسخ أو إلغاء العقد.

وهذا الموقف بالضبط هو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة (11) من القرار الصادر في 1964/11/21[3] عن نيابة كتابة الدولة للأشغال العمومية المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال. والتي تنص تحت عنوان حضر التنازل للغير أو المشاركة بدون إذن، على:

" 1_ لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة.

2_ وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أوتجاه العمال و الغير.

3_ إذا قام المقاول دون إذن بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد.

4_ إن السمسرة ممنوعة ولا تعتبر كسمسار المقاولة الفرعية التي تتعهد باليد العاملة والتي يكون فيها المقاول الفرعي رئيسا للمؤسسة المهنية ومقيدا في سجل التجارة أو سجل مهني أو مالكا تجاريا."

ومن خلال ما سبق نستنتج أن التصرفات القانونية التي يمكن أن تشكل إخلالا بمبدأ التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة إذ قام بها المقاول المتعاقد مع الإدارة تتمثل في تنازله عن العقد لغيره ليحل محله في تنفيذه أو في تعاقده مع مقاول فرعي أو ثانوي لقيام هذا الأخير بتنفيذ جزء من العقد بمقتضى التعاقد من الباطن.

وفي إطار تمكين الإدارة من الوسائل التي تضمن لها المحافظة على الإعتبار الشخص الذي راعته في إختيار المقاول التعاقد، فإن المشرع جعل كلا التصرفين (التنازل _ أو التعاقد الباطن) محضورين و يمنع على المقاول الأصلي اللجوء إلى أي منهما دون الحصول على موافقة الإدارة التي يجب أن تكون مسبقة وهو ما يستفاد من عبارة " إذن" الذي لا يمكن أن يكون إلا مسبقا عكس عبارة " الإجازة " التي تكون لاحقة على التصرف.

ما معنى التنازل عن العقد؟ و ما معنى التعاقد من الباطن؟ ومدى سلطة الإدارة حيالهما؟ بإعتبارها التصرفات القانونية التي تشكل إهدارا لمبدأ التنفيذ الشخصي.

2 _ التنازل عن العقد: La cession

لم يعرف المشرع الجزائري المتنازل عن العقد، ويعرف في الفقه بأنه التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير، ويكون من شانه إحلال ذلك الغير محله في أداء إلتزاماته و إكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة [4]. بمعنى أنه تصرف بمقتضاه يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي مع الإدارة في تنفيذ كامل للعقد.

فهو إذا تخل شامل عن كل ما يترتب عن العقد من حقوق وإلتزامات لصالح شخص آخر (الغير المتنازل إليه) يحل محل المتعاقد الأصلي (المتنازل) في تنفيذ كامل العقد، الشيء الذي يشكل إهدارا كاملا للإعتبار الشخصي وما يقتضيه من مبدأ التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة الذي يستوجب ذلك، ما يستهدفه من مصلحة عامة.

3 _ التعاقد من الباطن (التنازل الجزئي) La sous traitance

هو تصرف من جانب المتعاقد مع الإدارة بمقتضاه يتنازل هذ ا المتعاقد الأصلي لشخص آخر يسميه المشرع الجزائري " المقاول الفرعي" أو" المتعامل الثانوي" على جزء محدد من إلتزاماته العقدية يقوم هذا الأخير بتنفيذها بمقابل.

فهو إذن تصرف قانوني يتمثل في عقد يبرمه المتعامل الأصلي مع الإدارة بخصوص تنفيذ جزء من الشغل محل العقد الذي يعهد به للغير (المتعامل الثانوي).

وواضح إذن أن التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل الكلي، إذ يفترض في حالة التعاقد من الباطن أن يكون محل العقد قابلا للتجزئة، وهذا إفتراض متصور في الأشغال العامة التي غالبا ما تكون مكونة من عدة عمليات متميزة و معقدة وخاصة مع التقدم العلمي و إزدياد التخصص الفني.

كما أن التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل في كون هذا الأخير كما أسلفناه هو تخلي تام عن إلتزامات المتعاقد الأصلي مع الإدارة، أما التعاقد من الباطن فهو التخلي الجزئي عن إلتزاماته لصالح المقاول الفرعي الذي يحل جزئيا فقط محله، مما يبقى على العلاقة كاملة بين المتعاقد الأصلي وبين الإدارة.

في حين أنهما (التعاقد من الباطن، والتنازل عن العقد) يتفقان في كونهما يختلافا ن عن تلك الإتفاقات التي قد يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير لضمان تمويله، أو تزويده بالمواد الأولية، أو اليد العاملة المتخصصة، لأن مثل هذه الإتفاقات والتصرفات لا تمس بمبدأ التنفيذ الشخصي فهي لا تتعلق بمحل العقد وإنما هي من وسائل المتعاقد لتنفيذ إلتزاماته وهو ما أقرته المادة 4/11 من دفتر الشروط العامة السابق ذكرها.

كما أنهما يتفقان وكما سبق الإشارة إليه في كونها إهدارا واضحا لمبدأ التنفيذ الشخصي وإخلالا بالإعتبار الشخصي الذي تحرص الإدارة على مراعاته، ذلك لكون التنازل عن العقد يمثل الإنسحاب الكلي للمقاول المتعاقد. الأصلي و التعاقد من الباطن يتضمن مساهمة مباشرة ومسؤولية من جانب المقاول الفرعي عن تنفيذ جزء من العقد والمساس بهذه المبادئ والإعتبارات ينعكس مباشرة على المرفق العام سواء من حيث أمواله أو إدارته. لذلك نجد المشرع الجزائري قد منع على المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى هذين التصرفين إلا بالموافقة الصريحة و المسبقة من طرف الإدارة وفقا لما ورد بدفتر الشروط العامة في المادة 11 منه و أيضا ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في مادته 107 وما بعدها تحت العنوان " التعامل الثانوي". (5)

فالملاحظ إذن هو إتفاق كل من الفقه و القضاء و التشريع على حضر التنازل على عقد الأشغال العامة أو التعاقد من الباطن بشأنه كمبدأ عام، ولكن إستثناء يمكن أن يتم ذلك، وبشرط مجمع عليه أيضا يتمثل في موافقة الإدارة المسبقة والصريحة وفقا للتشريع الجزائري، حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، لأن هذا الشرط نتيجة حتمية للإعتبار الشخصي في مقاول الأشغال العمومية، الذي إذا أراد أن يتنازل عن عقده لغيره أو أن يتعاقد على جزء منه مع مقاول آخر عليه أن يقدم طلبا بذلك للإدارة وينتظر موافقتها حتى ينتج مثل هذا التصرف أثره وإلا وقع باطلا كونه يستمد مشروعيته من موافقة الإدارة عليه.

مدى سلطة الإدارة في رفض طلب التنازل أو التعاقد مع الباطن:

القاعدة العامة أن للإدارة السلطة التقديرية لإتخاد قراراتها ما لم يوجد نص يقيدها، إلا أن هذه السلطة مشروطة بحسن إستعمالها و مقيدة بإستهداف الصالح العام _ كما يقول الفقهاء _

ومن خلال تتبع الفقهاء لأحكام مجلس الدولة الفرنسي لاحظوا أنه يلزم الإدارة بالرد على طلب المتعاقد بالتنازل أو التعاقد من الباطن في خلال فترة معقولة و لا يجوز لها السكوت و عدم الرد وإلا تعرضت للمسؤولية.

وقد تدخل المشرع الفرنسي في نصوص كراسة الشروط العامة الصادرة سنة 1976 ليقرر بأن سكوت الإدارة وعدم الرد على طلب المتعاقد في خلال 21 يوما من تاريخ تلقي الطلب يعتبر بمثابة موافقة ضمنية عليه.

كما يشترط القضاء الفرنسي أن يكون رفض الإدارة مبنيا على أسباب معقولة لها علاقة بالمصلحة العامة كضعف كفاءة المتنازل أو المتعاقد معه الفرعي، أو قلة موارده

المالية مثلا، أما إذا إستند قرار الرفض لأسباب غير معقولة فقد أعطى للمتضرر حق طلب التعويض.

فإن تم التنازل أو التعاقد من الباطن من غير موافقة الإدارة ،كان ذلك تصرفا غير مشروع ووقع باطلا و لا يحتج به في مواجهة الإدارة ولا ينشىء بين المقاول الجديد و الإدارة صاحبة المشروع أي علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول عن تنفيذ كامل أمام الإدارة وهو المسؤول أمام العمال والغير كما قضت بذلك صراحة الفقرة 2 من المادة 11 من دفتر الشروط العامة الجزائري.

ولا يملك المتنازل إليه أو المتعاقد معه الفرعي بدون موافقة الإدارة مطالبة هذه الأخيرة بأي حقوق تعاقدية، لأنه أصلا لا علاقة عقدية بينهما، وإن كان يمكنه الرجوع عليها بما بذله من نفقات على أساس فكرة الإثراء بلا سبب أو كدائن للمتعاقد الأصلي وهذا وفقا للقواعد العامة في هذا المجال.

و للإدارة بصفتها صاحبة المشروع أن تبعده عن مواقع العمل وألا تمكنه من تنفيذ الأشغال، لأنه يعتبر بالنسبة لها غريبا عن العقد.

أما بالنسبة للمتعاقد الأصلي، فيبقى بالنسبة للإدارة هو المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد و لا يحرره تصرفه الإنفرادي الذي رفضته الإدارة من تلك المسؤولية.

بل أكثر من ذلك فهو بتصرفه هذا (التنازل او_ التعاقد من الباطن) يعتبر مرتكبا لخطأ عقدي جسيم يبرر فسخ عقده على مسؤوليته من طرف الإدارة سواء نص على ذلك العقد أو لم ينص عليه، لأنه من المبادىء التي تحكم العقود الإدارية كما يقرر الفقه و القضاء. وقد أشار المشرع الجزائري إلى الجزاءات التي توقع على المقاول فيمثل هذه الحالة وذلك من المادة 35 من دفتر الشرط العامة، و التي تطبق حسبه دون إنذار.

ب_ حالة موافقة الإدارة على طلب المتعاقد بالتنازل و آثاره:

قد توافق الإدارة المتعاقد معها على طلبه بشأن التنازل من الباطن على كل أو جزء من العقد المبرم بينهما وقد أجاز المشرع ذلك كما أسلفنا بالنسبة للمشرع الجزائري، كما أقر ذلك المشرع الفرنسي في المادة 10 من دفتر الشروط العامة للطرق و الجسور، وكذا المشرع المصري في المادة 75 من لائحة المناقصات والمزايدات. والمشرع إذ أقر ذلك فالأنه يدرك بأن ظروفا قد تحدث يصعب معها على المقاول الأصلي الإستمرار في التنفيذ فبدلا من لجوء إلى فسخ العقد، أو التعاقد على حساب المقاول الأصلي، قد تجد اللجوء إلى التنازل كإجراء قانوني أسهل أو ربما تراه أضمن لإستمرارية المرفق العام في السير بإنتظام فتوافق على التنازل تحت وطأة تحقيق الصالح العام وهو غايتها في النهاية، وما الإعتبار الشخصي سوى وسيلة لذلك.

فقد يفقد المتعاقد الأصلي الكثير من صفاته التي كانت محل إعتبار شخصي من طرف للإدارة أثناء إبرام العقد معه، كان يختل مركزه المالي بشكل كبير أو يطرأ ضعف على قدراته الفنية و خبراته إلى غير ذلك من العوامل التي تؤثر سلبا على تحقيق المصلحة العامة.

فإن تقدم المقاول المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالات بطلب التنازل على العقد لمقاول آخر تتوفر فيه الإعتبارات التي تراعيها الإدارة، ورأت بأن ذلك يؤمن تنفيذ الأشغال على الوجه الذي ترضيه فهنا توافق الإدارة على إجراء التنازل.

وتعبر عن إرادتها بالطريقة أو الأسلوب الذي تراه مناسبا،إذ هي غير مقيدة بشكلية معينة كمبدأ عام ما لم يوجد نص يخالف. ذلك كما في التشريع الجزائري الذي يشترط في التنازل كما في التعاقد من الباطن، أن يتم بإذن صريح من الإدارة ، ولا يتصور الإذن الصريح في التصرفات الإدارية إلا بالكتابة، ولم نعلم للقاضي الجزائري موفقا بشأن شكل موافقته الإدارة، وإن أتيحت له فرصة فلا شك أنه سيكون تطبيقا لإرادة المشرع المعبر عنها صراحة والسالف ذكرها.

بخلاف القضاء الإداري المصري الذي يقر بالموافقة الضمنية للإدارة و إعتبر تبادلها للمراسلات مع التنازل إليه قبولا ضمنيا [6] ويقول بأن شرط الكتابة شرع لمصلحة الإدارة،وان هي تنازلت عنه فلا ضرر في ذلك. غير أننا لا نتفق مع تفسير القاضي المصري بفرض الكتابة لصالح الإدارة فهذا اتجاه غير سليم من الناحية القانونية، فالمشرع حين يضع قيودا إجرائية فإنما يبغي بها الصالح العام، ولا تملك الإدارة أن تتحرر منها دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بالمصلحة العامة، فالإدارة مسؤولة عن تحقيق الصالح العام، و المشرع أحيانا هو من يقدر الإجراءات التي تحقق ذلك فيقررها و بالتالي فكل مخالفة من جانب الإدارة يعتبر خروجا عن مبدأ المشروعية.

وأما عن الجهة التي لها صلاحية الفصل في طلب المقاول فالقاعدة أن الجهة التي تملك سلطة إبرام العقد هي التي لها سلطة الموافقة على التنازل عليه أو التعاقد مع الباطن بشأنه.

ولا يمكن للمقاول الجديد الشروع في التنفيذ قبل الحصول على الموافقة التي يجب أن تكون سابقة على إتمام أي إجراء و تترتب عنها آثار قانونية تختلف بحسب طبيعة الإجراء ما إذا كان تنازلا كليا عن العقد أو تعاقدا من الباطن بشأن جزء منه فقط.

ج _ آثار التنازل عن العقد:

يترتب على التنازل المشروع حلول مقاول جديد هو المتنازل إليه محل المقاول الأول و المتعاقد الأصلي (المتنازل) في مواجهة الإدارة فتنشأ بينهما علاقة تعاقدية مباشرة، فالتنازل من حيث المبدأ بمثابة عقد جديد حل محل العقد الأول، مما يجعل المقاول الأول المتعاقد الأصلي يتحرر ويتحلل من إلتزاماته التعاقدية، لأن العلاقة العقدية بينه وبين الإدارة تنقضي بمقتضى موافقة الأخيرة على التنازل...

ويعتبر المتنازل إليه هو وحده المسؤول عن تنفيذ كامل العقد ما لم يرد ما يخالف ذلك، كما يترتب على التنازل أن يصبح المتنازل إليه هو المعني بتعليمات و توجيهات الإدارة صاحبة المشروع، وأنه في المقابل هو صاحب الحق في الحصول على الثمن مقابل الأشغال التي يقوم بها تنفيذا للعقد.

ولا يجوز للإدارة بعد موافقتها على التنازل أن تمتنع عن رد تأمينات المقاول الأول أي المتعاقد الأصلي إلا في حدود ما قد يكون بينهما من نزاعات.

وفي المقابل لا يحق له التدخل بأي شكل في تنفيذ العقد الذي تنازل عنه. وهذه الأحكام كلها حسب ما أقره مجلس الدولة الفرنسي.

وإذا كان المبدأ أن الموافقة على التنازل تحرر المتنازل من إلتزاماته التعاقدية، إلا أن معظم العقود الإدارية بشكل عام سواء في مصر أو فرنسا حسب الفقهاء غالبا ما تشترط بقاء المتعاقد الأصلي في حالة التنازل ضامنا للمتعاقد الجديد المتنازل إليه.

وحرصا على الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة نجد كثيرا من التشريعات تقضي بإستمرار مسؤولية المقاول المتعاقد الأصلي بعد التنازل ومنها التشريع الجزائري الذي يقضي بإستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي "وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان اتجاه الإدارة أو اتجاه العمال والغير" م 2/11 دفتر الشروط العامة.

د_ الموافقة على طلب التعاقد من الباطن و آثاره:

الواقع أن التعاقد من الباطن في كثير من الأحيان تفرضه ضرورات عملية من شانها أن تسهل على الإدارة وعلى المقاول المتعاقد معها تنفيذ العقد، فالتطور العلمي وما نتج عنه من التخصص الفني الدقيق، و تقسيم العمل وكذا ضخامة المشاريع وتعقد عملياتها كل هذا يجعل من الصعب الحصول على متعاقد واحد تتوفر فيه كل الإمكانيات وكل متطلبات تنفيذ المشروع، بل لابد من إبرام أكثر من عقد مع أكثر من شخص من أجل تنفيذ المشروع الواحد. وفي تعدد العقود بشأن المشروع الواحد مساس بوحدة الضمان " Unité de garantie" الذي هو محل إعتبار دائما من طرف الإدارة

وهي تحافظ عليه،نجدها توافق على طلب التعاقد من الباطن حتى تتفادى تعدد المسؤولية الناشئة عن تنفيذ العقد.

كما أن التعاقد من الباطن يسهل على المقاول المتعاقد مع الإدارة تنفيذ إلتزاماته على الوجه الذي يرضيها وذلك بتعاقده من الباطن مع مقاولين آخرين يستعين بخبراتهم حسب التخصص ويشاركوه تنفيذ العقد، إذ من العسير إن لم يكن من المستحيل أن نجد مقاولا واحدا يتوفر على كل الكفاءات والأدوات الفنية التي يتطلبها تنفيذ الشغل محل العقد وربما إدراك المشرع الجزائري ضرورة التوفيق بين مبدأ وحدة الضمان أي مسؤولية شخص واحد أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، وبين الإستجابة للتطور العلمي وبناء على مبدأ قابلية نظام المرفق العام للتبديل و التغيير _ ربما_ هذا ما جعل المشرع الجزائري يجيز التعاقد من الباطن كما أسلفنا مع إبقاء مسؤولية المقاول الأصلي اتجاه الإدارة و الغير حسب نص المادة 25/11 وقد أكدت مسؤولية م 108 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بنصها " المتعامل المتعاقد هو المسؤول وحده اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل عليه بصفة ثانوية " كما قيد هذا التعاقد بشروط تتمثل في:

1_ أن ينصب التعاقد من الباطن على جزء فقط من الصفقة الأصلية " يشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة ... " م 107 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

2_ أن توافق الإدارة عليه صراحة وهو ما يكسبه المشروعية م 1/11 من دفتر الشروط العامة. (7)

3_ أن يحدد صراحة في الصفقة (أي في العقد الأصلي) المجال الرئيسي لتدخل المتعاقد الثانوي أو الفرعي م 1/109 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

هـ _ آثار التعاقد من الباطن :

أشار المشرع الجزائري إلى إستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن كما في حالة التنازل بالمادة 2/11 دفتر الشروط العامة وأكد هذه المسؤولية في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المادة 108 السابق ذكرها.

وهذه المسؤولية تعتبر نتيجة لواجب التنفيذ الشخصي بإعتباره من مقتضيات مبدأ الإعتبار الشخصي لعقد الأشغال العامة، فالمسؤولية إذا سارية دون حاجة للنص عليها بإعتبار أن المقاول الفرعي (المتعاقد من الباطن) لا يحل محل المقاول الأصلي في المسئولية عن ا لعقد.

ومقتضى هذه المسؤولية أن المتعاقد الأصلي يتحمل تجاه الإدارة نتائج تصرفات المقاول الفرعيك كا لمسؤولية عن التأخير في التنفيذ أو عيب فيه وعن العجز المالي أو القصور الفني ... إلخ لأنه ينفذ العقد تحت إشرافه، كما يكون مسؤولا عما قد يلحقه من ضرر بالغير بمناسبة تنفيذه لجزء من العقد.

كما أشار المشرع الجزائري إلى عدم وجود إي علاقة تعاقدية بين المتعاقد الثانوي القانوني وجهة الإدارة صاحبة المشروع، وهذا بمفهوم المخالفة لنص المادة 107 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 " يشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة في إطار إلتزامات تعاقدية تربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة".

ومقتضى إنتفاء هذه العلاقة هو أن المقاول الثانوي (الفرعي) لا يمكنه مطالبة الإدارة بأي حق ناشئ عن تنفيذ الأشغال ضمن العقد بشكل مباشر، ولا أن يتظلم من أي إجراء قد تتخذه الإدارة ضد المقاول الأصلي حتى ولو كان يتعلق بجزء الصفقة الذي تعاقد هو عليه. وإن كان المقاول الثانوي أو الفرعي يملك مقاضاة الإدارة عن طريق الدعوى غير المباشرة مستخدما حقوق مدينه (المتعاقد الأصلي) أو عن طريق دعوى" الإثراء بلا سبب "وذلك طبقا للقواعد العامة.

ويقابل هذا عدم أحقية الإدارة في مساءلة المقاول الفرعي عن طريق دعوى مباشرة حتى في حالة الإخلال في التنفيذ. وتطبيق هذه الأحكام من حيث المبدأ، إذا لم يوجد نص يخالف ذلك كأن تقر الإدارة موافقتها بأحكام مخالفة.

فالمتعاقد من الباطن من حيث المبدأ إذن تنحصر آثاره بين طرفيه المتعاقد الأصلي والمتعاقد الثانوي تنشأ بموجبه إلتزامات متبادلة بينهما وفقا لأحكام عقد المقاولة في القانون الخاص الذي يخضع بطبيعته لولاية القاضي العادي.

غير أن إتصال هذا العقد بالمرفق العام و بالمصلحة العامة يطرح تساؤلات هامة من حيث خاصة الإحالة في بنود العقد إلى كراسة الشروط المطبقة على العقد الأصلي، فهل في مثل هذه الحالة تطبق الأحكام الواردة بهذه الكراسة على المقاول الفرعي؟ (المتعاقد من الباطن) طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والذي سيؤدي بالنتيجة إلى أن للمتعاقد الأصلي سيمارس إمتيازات السلطة العامة اتجاهه والتي قد تصل إلى حد توقيع جزاءات عليه؟ واذا قلنا بغير ذلك فان قاعدة" "العقد شريعة المتعاقدين " والتي هي من الأحكام الأساسية فى عقود القانون الخاص ، سوف لن تجد مجالا للتطبيق رغم اننا بصدد التعاقد فى اطار احكام القانون الخاص.

الخاتمة

بعد إستعراضنا لمبدأ الإعتبار الشخصي فى عقد الأشغال العامة من مختلف جوانبه نستنتج أن المشرع الجزائري حرص على تقرير هذا المبدأ ووفر الوسائل القانونية لضمان إستمرار مراعاته من طرف الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بمنعه التصرفات القانونية التي تشكل مساسا به والمتمثلة في التنازل على العقد أو التعاقد من الباطن على جزء منه إلا بالموافقة المسبقة والصريحة للإدارة صاحبة المشروع.

كما حرص على مبدأ وحدة الضمان بإبقائه على مسؤولية المتعاقد الأصلي مع الإدارة قائمة تجاهها و تجاه الغير حتى بعد إتمام التصرف بموافقة الإدارة المتعاقدة، وهو ما يعني أن مبدأ التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة فى مفهوم المشرع الجزائري لا يعني التنفيذ المادي للأشغال بقدر ما يعني المسؤولية الشخصية عن تنفيذ العقد.

ولكن ما نسجله على المشرع الجزائري في هذا المجال هو النقص الواضح والقصور في معالجته بأحكام باتة في بعض المسائل الأساسية.

ففيما يتعلق بإجراء التنازل تفهم المشرع إحتمال تفضيل اللجوء إليه بدلا من وسائل قانونية أخرى كما أشرنا فأجازه إستثناء وأبقى على مسؤولية المتعاقد الأصلي مثل معظم التشريعات، إلا أن المشرع الجزائري لم يبن نوع هذه المسؤولية إذا علمنا أن الموافقة على التنازل تعني إنتهاء العقد القديم الذي يعتبر المتعاقد الأصلي أحد طرفيه وحلول عقد جديد محله، طرفاه هما الإدارة والمتنازل إليه الذي يحل محل المتعاقد الأصلي المتنازل في كل شيء، مما يعطي الحق لهذا الأخير من إسترداد ما دفعه من ضمان، والمشرع الجزائري لم يبين حقوق المتعاقد الأصلي المتنازل وهو ما نراه قصورا منه.

أما فيما يتعلق بالتعاقد من الباطن: فبالرغم من أهميته في الوقت الحاضر نظرا للظروف التي تمليه والمتمثلة خاصة في التطور العلمي وإزدياد التخصص، ونظرا لضخامة المشاريع وتعقد عملياتها إضافة إلى الظروف الإقتصادية – رغم هذا _ فالمشرع الجزائري لم يتناول موضوع التعاقد من الباطن بخصوص عقد الأشغال العامة بأكثر من حكم إجازته إستثناء الوارد بكراسة الشروط العامة لعام 1964 بالمادة 11 وتكرارا ذات الحكم وشروط صحة اللجوء إليه بالمواد 107_109 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المنظم للصفقات العمومية وفي نظرنا فإن هذا غير كاف نظرا لضرورة اللجوء إليه وللآثار المترتبة عليه.إذ كان عليه أن يعالج أحكام التعاقد من الباطن بوصفه إجراء قانونيا للحسم في نقاط نراها جوهرية جديرة بإهتمامه.

فاقتصاديا تنفق الدولة أموالا طائلة في سبيل التنمية، وهي تسعى للشراكة مع الخواص الأجانب منهم خاصة للإستفادة من خبراتهم وقد تبنت أسلوب الشراكة في

سياستها وفي تشريعاتها منها مثلا القانون 01/88 المتعلق بالقانون التوجيهي لإستقلالية المؤسسات الإقتصادية الذي ينص على أسلوب الشراكة.

لكن ا كان على المشرع أن يجعل التعاقد من الباطن هو أحد أساليب تنفيذ الأشغال العامة وليس مجرد إستثناء على مبدأ التنفيذ الشخصي للإعتبارات العملية والإعتبارات القانونية، وضرورة مسايرة المرفق العام للمقتضيات المستجدة.

وعليه كان على المشرع أن يلجأ إلى التعاقد من الباطن " الإجباري" أو "المفروض" على المتعاقد الأصلي، خاصة إذا كان هذا الأخير أجنبيا، فعلى المشرع أن يفرض عليه أن يستعين بمقاولين محليين حتى يساهموا معه في التنفيذ تحت إشرافه ومسؤوليته، مما يكسبهم الخبرة ويبقى على جزء من أموال المشروع داخل الوطن ولا يخفي ما في ذلك من فائدة للإقتصاد الوطني.

و بذلك لا يبقى التعاقد من الباطن رهن إرادة والمتعاقد معها، بل يحسم المشرع بفرضه عمليا كأسلوب في بعض الحالات.

وحتى إذا كان المتعاقد مع الإدارة وطنيا فإن فرض التعاقد من الباطن عليه، يعطي الفرصة للمؤسسات الصغيرة والمقاولين الناشئين للمساهمة في إنجاز المشاريع الوطنية مما يكسبهم الخبرة الفنية ويوزع الفرص أمام جميع العاملين في الميدان وألا يكون إنجاز المشاريع حكرا على البعض افقط، وخاصة كما قلنا مع إزدياد التخصص الذي يفرض تظافر جهود أكثر من مقاول لتعقد عمليات المشروع الواحد.

أما بالنسبة للتعاقد من الباطن الذي يتم بموافقة الإدارة فعلى المشرع الجزائري حسب رأينا –ذلك المشرع أن يحدد بعض الأحكام التي تطبق على المتعاقد من الباطن الذي وان كان لا تربطه أي علاقة تعاقدية مع الإدارة إلا أنه كان على المشرع أن يقرر للإدارة حقها في مقاضاته مباشرة ولو أن المتعاقد الأصلي يبقى مسؤولا عن جميع العقد، إضافة إلى ذلك على المشرع أن يحدد إجراءات الموافقة على التعاقد من الباطن التي إشترط أن تكون مسبقة و صريحة ولكن دون ذكر تفاصيل مهمة أخرى والتي منها شكل طلب الموافقة، ومن يجب عليه تقديم هذا الطلب هل المتعاقد الأصلي أم الغير الذي يرغب في التعاقد معه؟، ووقت تقديم الطلب، و القيمة المالية التي يمكن التعاقد بشأنها من الباطن كحد أقصى أو نسبتها بالمقارنة مع القيمة الإجمالية للمشروع.

كما على المشرع أن يضع ضوابط للسلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بطلب المتعاقد الأصلي، فيلزمها بالرد عليه خلال فترة محددة حتى لا تتجاهل الطلبات التي تقدم لها.

وكما هو مقرر الآن يجب أن تكون الموافقة صريحة ، وذلك لما للقبول الضمني من سلبيات إذ غالبا ما يتم نتيجة لإهمال الموظف المسؤول على الرد فقط وليس نتيجة إقتناع، وأن يكون قرارها بالرفض مسببا حتى لا تلجأ إلى الرفض من أجل الرفض ، بل يجب أن يكون ذلك لأسباب جدية.

فهذه عينة من أحكام نرى بأن على المشرع الجزائري أ يتناولها بنصوص تنظمها مع إبقاء المتعاقد الأصلي مسؤولا بالتضامن عن تنفيذ الجزء محل عقده . خاصة وان المشرع قد اقر امكانية ان يقبض المتعاقد من الباطن مستحقاته من الإدارة مباشرة ،بعد ان كان لايعترف به نهائيا. مما يضمن إستمرار الإعتبار الشخصي لعقد الأشغال العامة، ومبدأ وحدة الضمان بالنسبة للإدارة، فلا تلجأ إلى عقود كثيرة مع أشخاص متعددين وفي نفس الوقت تنفذ عقودها وأشغال بإستعمال خبرات عدة ومقاولين متخصصين.

هوامش المادّة العلمية:

1. هارون عبد العزيز الجمل النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة شمس 1997، ص 373.

Jean Marie Auby et Pierre Bon : Droit Administratif des Biens Domaine des Travaux Publics expropriation , 2eme ed. Paris 1993 P.223.

2. سمير صادق ، العقد الإداري في مبادىء الإدارة العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991 ، ص 130 .

3. الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06 لسنة 1965 .

4. محمد سعيد حسين أمين المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية مصر، 1990، ص 56.

5. الجريدة الرسمية رقم 2010/58 .

6. مجموعة المبادىء القانونية في خمس سنوات 1961 _ 1966، ص 620.

7 . الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06 – 1965 .