الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي طاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

دروس في مقياس امتيازات المرفق العام

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص: القانون الإداري - السداسي الثاني

من إعداد الدكتور: رقراقي محمد زكرياء، أستاذ محاضر قسم أ

السنة الجامعية: 2025-2026

مقدمة عامة:

تضطلع الإدارة في النظم القانونية المعاصرة بممارسة نوعين من الأعمال، إذ قد تباشر أعمالا مادية تنفذها استنادا إلى نصوص قانونية أو قرارات إدارية، كما هو الحال عند إزالة البنايات الفوضوية غير المستوفية للشروط القانونية، وقد تقوم في أحيان أخرى بأعمال قانونية ترمي من خلالها إلى إحداث آثار قانونية تمس المراكز القانونية للأشخاص المخاطبين بها. وتكتسي هذه الأعمال القانونية أهمية بالغة باعتبارها الأداة الأساسية التي تعتمد عليها الإدارة في تنظيم مختلف مجالات النشاط العام وتحقيق الصالح العام.

وتنقسم الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة إلى صنفين رئيسيين؛ يتمثل الصنف الأول في الأعمال التي تصدر بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، ويعد القرار الإداري النموذج الأبرز لها، باعتباره عملا قانونيا يصدر عن إرادة الإدارة بقصد إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني معين. وقد شكل هذا الأسلوب أحد أهم مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تستعين بها الإدارة للاضطلاع بوظائفها وتحقيق أهدافها. أما الصنف الثاني فيقوم على مبدأ التراضي والتوافق بين الإدارة وبقية أشخاص القانون، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، وذلك من خلال إبرام العقود كوسيلة لإشباع الحاجات العامة وضمان استمرارية المرافق العامة وحسن سيرها.

وقد عرفت العقود الإدارية تطورا ملحوظا من حيث الأهمية والدور، خاصة إذا ما قورنت بالمكانة المحدودة التي كانت تحتلها في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، حيث كان تدخل الدولة آنذاك محدودا بفعل هيمنة الفكر الليبرالي والاقتصاد الحر، واقتصر نشاطها أساسا على مجالات الدفاع والأمن والأشغال العامة وإدارة أملاكها. غير أن التحولات الاقتصادية والصناعية والتكنولوجية التي أعقبت الحرب العالمية الأولى سنة 1914، وما صاحبها من بروز الاحتكارات الرأسمالية والسعي إلى تعظيم الربح بأقل تكلفة، فرضت على الدولة توسيع نطاق تدخلها قصد إعادة التوازن الاقتصادي والاجتماعي، وهو ما أدى إلى بروز دورها كفاعل اقتصادي واجتماعي فاعل، وانعكس ذلك مباشرة على تنامي اللجوء إلى العقود الإدارية.

وازداد هذا التوجه وضوحا بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929، حيث تراجعت المبادرات الفردية وتعززت مكانة الدولة بوصفها متدخلا رئيسيا في مختلف القطاعات، الأمر الذي

أسهم في تطوير تقنيات التعاقد الإداري. فأصبحت الإدارة تبرم عقودها وفق طريقتين أساسيتين؛ إما من خلال التعاقد الإداري الخاضع لقواعد القانون العام، حيث تمارس امتيازات السلطة العامة ضمانا لحماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة، وهي الصيغة الأكثر شيوعا، أو عن طريق إبرام عقود تخضع لقواعد القانون الخاص، فتظهر الإدارة حينئذ في مركز قانوني مماثل للأشخاص العاديين.

وفي هذا الإطار، يبرز نظام تفويض المرفق العام كإحدى الصيغ الحديثة لتسيير المرافق العامة، رغم أن تفويضات المرفق العام في الجزائر لا تعد وليدة المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، رغم أهميته وكونه أول نص شامل يتناول هذا النظام عبر مختلف القطاعات، بحيث عرفت الجزائر، منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية المتفاوتة من حيث القيمة القانونية، والتي تناولت صورا متعددة من تفويض المرفق العام، كان أبرزها عقد الامتياز، كما ورد في قوانين البلدية والولاية، حيث أقر كآلية لتفويض تسيير المرفق العام دون أن يحاط آنذاك بإطار قانوني موحد وشامل. كما نجد تطبيقات أخرى لتفويض المرفق العام ضمن نصوص خاصة ببعض القطاعات، وهو ما يستدعي الوقوف عندها وتحليلها، ومن ذلك على سبيل المثال:

- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه[1]،
- القانون رقم 08/14 المؤرخ في 20 جويلية 2008[2] المعدل والمتمم للقانون رقم 90/30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية،
- المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة[3]،

[1] قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج.ر العدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

[2] قانون رقم 90-30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر العدد 53 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر العدد 10 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 208/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ر العدد 55 الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1996.

- تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم 842/03.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والتي حل محلها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض العام[1].

لذلك تستهدف هذه المطبوعة دراسة الإطار القانوني المنظم لعقود تفويضات المرافق العامة، من خلال تحليل مفهومها وتحديد طبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها من صور التعاقد الإداري، مع إبراز مختلف أشكالها وصورها العملية في التشريع الجزائري، وعلى رأسها عقد الامتياز. كما ترمي إلى الوقوف على الأسس التي يقوم عليها هذا النظام، والضوابط القانونية التي تحكم إبرامه وتنفيذه وانقضائه، مع التركيز على الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الجهة المفوضة والمتعامل المفوض له، ومدى انعكاس ذلك على مبدأ استمرارية المرفق العام وجودة الخدمة العمومية.

وتهدف هذه المطبوعة كذلك إلى تسليط الضوء على التطور التشريعي والتنظيمي الذي عرفه نظام تفويض المرفق العام في الجزائر، خاصة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مع مقارنته بالنصوص السابقة والتجارب العملية التي أفرزها التطبيق، وذلك بغية تقييم مدى نجاعته في تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وحماية المال العام، وضمان الشفافية والمنافسة. كما تسعى إلى تقديم مادة علمية مبسطة ومنهجية، تستجيب لمتطلبات الطلبة والباحثين، وتمكنهم من الإحاطة بالجوانب النظرية والتطبيقية لعقود تفويضات المرافق العامة، بما يسهم في تعزيز الفهم القانوني لهذا النظام ودوره في تحديث أساليب تسيير المرافق العامة.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض العام، ج.ر العدد 48 الصادرة في 05 أوت 2018.

المحاضرة الأولى: مفهوم تفويضات المر افق العامة

مقدمة

يعتبر مصطلح التسيير المفوض للمرفق العام أو تفويض المرفق العام مصطلحا جديدا ظهر في المنظومة القانونية الفرنسية في بداية تسعينات القرن الماضي من خلال القانون المتعلق بالإدارة الإقليمية loi Joxe وقانون محاربة الرشوة والشفافية loi Sapin، وإن كان هذا المصطلح استعمل قبل ذلك من طرف الأستاذ J. M. Auby في كتابه الصادر في الثمانينات.

إن الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة أخذ يتزايد بشكل واضح في عالم اليوم ومرد ذلك لسببين، الأول هو رغبة الدولة في البحث عن وسائل لتمويل المشروعات من جهة، ومن جهة ثانية الثقة في القطاع الخاص من حيث إمكانياته المالية وقدراته الفنية وكفاءته في الإدارة، زيادة على أن إدارة المرافق العامة بواسطة القطاع الخاص أصبحت أداة لتحقيق سياسة تحرير الاقتصاد، وهي السياسة الاقتصادية التي تتبعها غالبية الدول في الوقت الحالي[1]. فالأزمة الاقتصادية التي سبقت الحرب العالمية الثانية، كشفت حجم العبء الذي تتحمله الدولة في إدارة المرافق الاقتصادية، وهو ما أدى إلى التفكير بإخضاع المرفق العام الاقتصادي لنظام وشروط خاصة تكفل له المساواة مع القطاع الخاص، تحقيقا لما يسمى باقتصاد المنافسة[2].

وقد ساد الاعتقاد بأنه ليس من شأن وجود القطاع العام أن يحد من وجود أو من دور القطاع الخاص، بل على العكس من ذلك، إذ يمكن للإدارة التعاون مع القطاع الخاص من خلال الاستفادة من الإمكانيات والخبرات المتاحة لديه، خاصة مع تزايد أعباء الدولة في العصر الحديث، الأمر الذي أورث حاجة عملية لإشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة تحقيقا للنفع العام من خلال ما بات يعرف بنظرية تفويض المرافق العامة الاقتصادية.[3]

---

[1] محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.03.

[2] عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1992، ص.06.

[3] يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010، ص91، 92.

إن تقنية تفويض المرفق العام تعني أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستثمار مرفق عام اقتصادي إلى أحد أشخاص القانون الخاص، إما شخص طبيعي (فرد) أو اعتباري (شركة)، والتفويض كتقنية هي ليست بحديثة، لأنها تعود بجذورها إلى عقد التزام المرافق العامة الذي يعد الأسلوب الأكثر شيوعا لمفهوم التفويض.[1]

ظهر مصطلح تفويض المرفق العام في بداية الأمر في فرنسا على يد الأستاذ (Auby) من خلال إعداده لدراسة تتعلق بالمرافق العامة سنة 1980[2]، كما كرس المشرع الفرنسي تقنية التفويض بحسبانها فئة قانونية جديدة لاسيما في حقل العقود الإدارية، فأصدر القانون رقم 93-122 سنة 1993 المتعلق بتجنب الفساد وتكريس الشفافية في الإجراءات، وأطلق على هذا القانون تسمية "سابان" (Loi sapin)، الذي تضمن تنظيما واضحا لتفويض المرافق العامة، بحيث شكل قانون (سابان) مع تعديلاته، الإطار القانوني لتفويض المرفق العام.

أولا: تعريف تفويض المرفق العام

يعتبر عقد تفويض المرفق العام أسلوب جديد، وذلك بإشراك الخواص في تسيير المرافق العامة، وقد وردت عدة تعاريف لهذا العقد، نجد منها تعاريف فقهية، وأخرى تشريعية.

أ- التعريف الفقهي

حاول العديد من الفقهاء والأساتذة تعريف تفويض المرافق العامة نذكر منهم تعريف الأستاذ D.roug الذي عرفه على أنه "عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص، يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفقا عاما وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد: الامتياز، إدارة غير مباشرة، إدارة المرفق العام".[3]

أما الفقيهان D. LAURENT و D. ROUSSEFT فقد عرفا هذه التقنية بأنها: "عقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجماعة العامة المحلية بتمكين شخص قانوني مستقل، من إدارة نشاط ذو منفعة عامة

[1] المرجع نفسه، ص.96.

[2] J.F Auby, La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.16.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 1989، ص.218.

محلية يدخل ضمن صلاحيتها ويقع عليها مهمة تحقيقه". كما عرف الفقيهان RIVER وWALINE تقنية التفويض بأنها "اتفاقية تعهد إلى متعاقد مع الإدارة بتسيير المرفق العام".[1] كما عرفه البعض على أنه "العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير المرفق العام، واستغلاله لأشخاص من القانون الخاص".[2]

ب- التعريف التشريعي

إن تقنية تفويض المرفق العام تعني أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستثمار مرفق عام اقتصادي إلى أحد أشخاص القانون الخاص، إما شخص طبيعي (فرد) أو اعتباري (شركة)، والتفويض كتقنية هي ليست بحديثة، لأنها تعود بجذورها إلى عقد التزام المرافق العامة الذي يعد الأسلوب الأكثر شيوعا لمفهوم التفويض[3].

عرفت المادة 38 من هذا القانون (Loi Sapin) تفويض المرفق العام على أنه: "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"[4].

---

[1] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009، ص.58.

[2] نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص. 120.

«La Délégation de service public est : « Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité a un délégataire public ou privée dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation[2]du service, le délégataire peut-être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».voyes"La loi Murcef du 11 décembre 2001, mesurant un alinéa supplémentaire dans la loi Sapin N933-122 du janvier 1992».

[3] يعرب محمد الشرع، المرجع السابق، ص96.

[4] Loi N°93-122 du 29 janvier 1993, relative la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Art 38/1, Un droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité du délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, la délégation peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service".

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد تم إدراج وتقنين الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام ضمن المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247[1] الذي أطلق عليه تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتم تقسيم هذا المرسوم إلى بابين، خصص الباب الأول للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، أما الباب الثاني فتم تخصيصه للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، وقد نصت المادة 207 من المرسوم المذكور أعلاه على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية..."، وهو نفس التعريف الوارد في المادة 38 من قانون "سابان" (Loi sapin).

أما المادة 209 من نفس المرسوم، فأخضعت إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، لنفس المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية حينما نصت على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، عند إبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم..."، وكرس التنظيم المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، عندما نص في الفقرة الثانية من المادة 209 المذكورة أعلاه: "...وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضية، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف".

فمن خلال التعاريف السابقة يمكن القول أن التفويض هو عبارة عن انسحاب الدولة أو الجماعة الإقليمية من مباشرة عملية التسيير ومنحها لشخص من أشخاص القانون الخاص لمباشرة هذا التسيير، ويتميز التسيير عن طريق التفويض بالخصائص التالية:

- تفويض المرفق العام هو عقد وكالة حيث تقوم الإدارة من خلاله بتوكيل مهمة تسيير واستغلال المرفق العام لشخص آخر.
- عقد التفويض من العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري وتختلف عن عقود القانون الخاص، وأطرافه هما المفوض وهو شخص معنوي عام والمفوض له وهو شخص عام أو خاص.

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

- عقود التفويض من العقود الزمنية، إذ هو محدد بمدة معينة تحدد في العقد ولا يمكن أن يكون هذا العقد لمدة غير محددة.

وينقسم تفويض المرفق العام إلى نوعين: تفويض أصلي وتفويض فرعي:

أ- التفويض الأصلي:

يعتبر التفويض الأصلي ذلك التفويض الذي تقوم فيه الهيئة المسؤولة عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق إلى شخص آخر (المفوض له) بصفة أصلية، أي لا تستمد الهيئة المفوضة صلاحياتها في التفويض من سلطة أخرى أو هيئة أخرى، بحيث لا يكون الشخص المفوض نفسه مفوض له تسيير هذا المرفق العام.[1]

ب- التفويض الفرعي:

يتم التفويض الفرعي من خلال قيام المفوض له الأصلي بتحويل كل النشاط المفوض له أو جزء منه إلى شخص آخر.

غير أن اعتبار العقد الذي يبرمه المفوض له (التفويض الفرعي) تفويضا لم يجمع عليه الفقه، حيث ثار جدل بشأن هذا الموضوع، وانتهى الأمر بوضع مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في هذا النوع من الاتفاقيات لتدخل في إطار تفويض المرفق العام، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون موضوع ومحل عقد التفويض الفرعي هو استغلال وتسيير المرفق العام،
- أن تحتفظ السلطة المفوضة بكل صلاحياتها في التنظيم والرقابة، بصفتها صاحبة المرفق العام والمسؤولة عن تنظيمه وسيره، حيث يتحول المفوض له الأصلي إلى سلطة مفوضة عندما يبرم عقد التفويض الفرعي، وينتج عنه خضوع التفويض الفرعي لرقابة السلطة المفوضة الأصلية، وأن يتم هذا التفويض باسم ولحساب السلطة المفوضة الأصلية،
- أن تخضع اتفاقية التفويض الفرعي في إبرامها لإجراءات الإشهار والمنافسة.

[1] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص356، 357.

ثانيا: أطراف عقد تفويض المرفق العام

إن تفويض المرفق العام باعتباره عقدا يفترض وجود أطراف متعاقدة، وهي السلطة المفوضة، مانحة تفويض المرفق العام، والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام، والذي قد يكون شخص من القانون العام أو الخاص، بالإضافة إلى ذلك نجد المستفيدين من المرفق العام.[1]

أ- السلطة المفوضة

إن خضوع المرفق العام لتقنية التفويض، يستوجب صدور قرار بإبرام عقد التفويض، بحيث تكون السلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك التي يدخل المرفق في اختصاصاتها، وهي كذلك المسؤولة عن إدارته.[2] فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق.

وباستقراء نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن السلطة المفوضة يمكن أن تشمل الأشخاص التالية:

1-الدولة:

من بين المرافق التي تفوضها الدولة نجد المرافق العامة ذات الطابع الوطني، والمؤسسات الوطنية فهي بذلك مرافق قابلة للتفويض ،إضافة إلى المرافق الإدارية مثل الطرق السريعة، على عكس المرافق السيادية الدستورية غير القابلة للتفويض مثل العدالة، والأمن، والحالة المدنية، كما لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية المحاطة بالأشخاص العامة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحيتها الزراعية إلى أحد أشخاص القانون العام، كما لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتياز السلطة العامة، كسلطة الضبط.[3]

---

[1] بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص.45.

[2] محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 67.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.370.

فالمرافق التي تفوضها الدولة وجدت لكي يستفيد منها كل الأفراد، فهي تحقق المصلحة العامة، وإذا قامت الدولة بإبرام عقد تفويض بموجبه تتنازل عن تسيير المرفق لشخص آخر، يكون الشخص الذي يمثلها هو الوزير المكلف بالمرفق والقطاع المعني[1].

2-الجماعات الإقليمية:

تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام، وتتمتع بسلطة إصدار قرار تفويض المرفق العام، حيث إنها تفوض تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص وذلك لتحقيق للمصلحة العامة، فيمكن أن تأخذ الهيئات المحلية شكل ولاية أو بلدية، في هذه الحالة إذا كان عقد التفويض المرفق يبرم من طرف الولاية فالشخص الذي يمثلها هو الوالي بعد مصادقة المجلس الشعبي الولائي. أما إذا كان عقد التفويض المرفق يبرم من طرف البلدية فالشخص الذي يمثلها هو رئيس المجلس الشعبي بعد مصادقة المجلس الشعبي البلدي.

3-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين، بحيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية، بحيث تنص على ما يلي:

"يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات والإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي".[2]

---

[1] بركيبة حسام الدين، «تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة»، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية العدد 14 جامعة محمد خيضر بسكرة ،2014، ص560.

[2] الأمر06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج.ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

فيمكن لهذه المؤسسات العمومية أن تفوض تسييرها إلى أشخاص القانون الخاص، وجهات أخرى كالجمعيات أو شركات ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تخضع للقانون العام والقانون الخاص.

ب- المفوض له

المفوض له هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام، على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به، فيمكن أن يكون المفوض له شخصا طبيعيا أو معنويا.[1] أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية.

ففي المفهوم القانون رقم 05-12[2] المتعلق بالمياه نجد أن أصحاب الامتياز أو الملتزم قد يكون شخصا طبيعيا، أو معنويا، خاضعا للقانون العام أو الخاص وفي مفهوم المادة 04 من المرسوم 18-199 بدورها قد يكون شخصا معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري، وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون المفوض له عبارة عن مؤسسة عامة تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، بشكل مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، وتخضع للقانون العام والقانون الخاص في نطاق محدد، وقد يكون المفوض له شركة تجارية أي من أشخاص القانون الخاص، أو شركة ذات اقتصاد مختلط[3]، وهي عبارة عن شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، يشترك في تكوين رأس ماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عام، أو إدارة مرفق عام[4]، وعليه فإن تفويض المرفق لشركات الاقتصاد المختلط يشترط أن تتخذ هذه الأخيرة مشاركة لشخص عام والأفراد المساهمين في تسيير شؤون المرفق العام، بشكل شركة مساهمة تخضع مبدئيا للقانون التجاري.

---

[1] محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص:109.

[2] القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، سابق الذكر.

[3] محمد محمد عبد اللطيف، نفس المرجع السابق، ص110

[4] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص04.

خاتمة

خلاصة لما تقدم، يتبين أن تفويض المرفق العام يشكل آلية قانونية وتنظيمية هامة اعتمدتها الدولة لتحديث أساليب تسيير المرافق العامة، ومواجهة التحديات الاقتصادية والمالية المتزايدة، دون التخلي عن مسؤوليتها الأساسية في ضمان تحقيق المصلحة العامة. فهذه التقنية، رغم طابعها التعاقدي القائم على إشراك الخواص، تبقى خاضعة لمبادئ القانون العام، وعلى رأسها استمرارية المرفق العام والمساواة بين المنتفعين وقابلية المرفق للتكييف مع المتغيرات.

وقد سمحت هذه المحاضرة بإبراز التطور التاريخي والفكري لمفهوم تفويض المرفق العام، سواء في الفقه أو التشريع المقارن، مع الوقوف عند الإطار القانوني الذي كرسه المشرع الجزائري، خاصة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الذي منح لهذا النظام بعدا تنظيميا أكثر وضوحا، وحدد أطرافه وضوابطه الأساسية. كما تم توضيح الطبيعة القانونية لعقود التفويض وتمييزها عن غيرها من صور التعاقد الإداري، وبيان أشكال التفويض وأنواعه، لاسيما التفويض الأصلي والتفويض الفرعي، وما يثيره هذا الأخير من إشكالات فقهية وقانونية.

وعليه، فإن الإحاطة بمفهوم تفويض المرفق العام تعد مدخلا أساسيا لفهم باقي محاور هذه المطبوعة، لكونها تمهد لدراسة النظام القانوني لعقود التفويض من حيث إبرامها وتنفيذها ورقابتها وانقضائها ومنازعاتها، بما يسمح بتكوين تصور متكامل حول دور هذا الأسلوب في تحقيق التوازن بين متطلبات المرفق العام واعتبارات الكفاءة الاقتصادية وحماية المال العام.

المحاضرة الثانية: أسس تفويض المرفق العام ونطاقه

مقدمة

تأتي هذه المحاضرة في سياق استكمال الدراسة النظرية لنظام تفويض المرفق العام، بعد ضبط مفهومه وطبيعته القانونية في المحاضرة السابقة، وذلك بالانتقال إلى بحث الأسس التي يقوم عليها هذا الأسلوب في التسيير، وتحديد نطاق تطبيقه وحدوده. فنجاح تقنية التفويض لا يتوقف فقط على وجود نص قانوني يجيزها، وإنما يرتبط أساسا بتوافر جملة من الشروط الموضوعية والقانونية التي تميزها عن غيرها من صيغ التعاقد الإداري، وتضمن في الوقت ذاته حماية المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

كما أن التطور الذي عرفه مفهوم المرفق العام، واتساع مجالات تدخله، أدى إلى تنوع صور التفويض وتعدد ميادينه، الأمر الذي يفرض الوقوف عند المرافق القابلة للتسيير عن طريق التفويض، وتمييزها عن تلك المستثناة بحكم طبيعتها السيادية أو بنصوص تشريعية خاصة. ومن ثم، تهدف هذه المحاضرة إلى إبراز المعايير المعتمدة في تحديد نطاق تفويض المرفق العام، مع بيان موقف المشرع الجزائري من هذه التقنية من خلال أهم النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة، بما يسمح بتكوين رؤية متكاملة حول حدود التفويض وضوابطه في النظام القانوني الجزائري.

أولا: أسس تفويض المرفق العام

يمكن استخلاص مجموعة من الأسس التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام من خلال التعاريف التي تم إيرادها سابقا، وتتمثل فيما يلي:

أ- مرفق عام قابل للتفويض

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، و بالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، فإذا غاب المرفق العام فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام[1]، وقد لحق بمفهوم المرفق العام الكثير من التطور[2]، فلم يعد قاصرا علي المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليديا في مفهوم المرفق العام لاسيما بعد ظهور المرافق العامة

[1] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2008، ص319.

[2] محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص.05.

الاقتصادية، وقد ساهم هذا التطور في اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة و بصورة واسعة، إلا أن القوانين في بعض الأحيان تمنع أشخاص القانون العام من تفويض إدارة بعض المرافق العامة نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها[1].

ب- العلاقة التعاقدية

إن العلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض هي علاقة تعاقدية، فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة، وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا، أي أن أطراف العقد هما شخص معنوي عام وآخر خاص، من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا العقد مرتبط بمرفق عام فهو عقد إداري لأن الشخص المعنوي العام يكون طرفا فيه بصفته صاحب السلطة والسيادة، ولأن موضوعه يرتبط بالمرفق العام.

ج- استغلال المرفق العام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق و تشغيله وفقا للغاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض، فإذا كان صاحب التفويض يلتزم بتشغيل المرفق العام واستغلاله فإن ذلك يقتضي أن يتحمل مخاطر التشغيل، وأما إذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام ، كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في الموانئ، فلا تعد هذه العقود تفويض مرفق عام.

ويلقى على عاتق صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد، ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث

[1] مروان محي الدين القطب، طرف خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009، ص.435.

يتولى الشخص الخاص أو صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام.

ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، ويلقى على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام أو جزء منه، ويقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام، أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة، ويجب أن يكفي المقابل المالي لتشغيل المرفق العام لنفقات التشغيل وتحقق لصاحب التفويض الأرباح التي يسعي إليها.

ويعتبر تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال المرفق العام المعيار المعتمد من طرف القضاء الإداري لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية.

ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مجموعة من النتائج أهمها:

- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض صاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام موضوع التشغيل والمتعلقة بتأدية الخدمات وعمليات التشغيل.
- يجب على صاحب التفويض استخدام الأجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، وتقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لاسيما قانون العمل.
- تنشأ علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص.
- يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن تسيير المرفق العام، كحق طلب الاستهلاك.
- يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد لكونها مرتبطة بتشغيل المرفق، وتجدر الإشارة إلى أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال ليس على درجة واحدة، فقد يكون شاملا في بعض العقود الإدارية كعقد الامتياز وإجارة المرفق العام، وعلى درجة أقل في عقود الإدارة بالشراكة ومشروع صفقة الأشغال العامة.

كما أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار بمفرده قد طرأ عليه عدة تطورات، فلم يعد صاحب التفويض يواجه هذه المخاطر بمفرده، بل أصبح هناك نوع من التضامن بين طرفي العقد وذلك بهدف تمكين صاحب التفويض من مواجهة مخاطر التشغيل ومواجهة الصعوبات من دون تعطيل المرفق ومن أهم الوسائل التي تحقق التضامن المالي بين طرفي العقد هي:

- ضمان القروض التي يقترضها صاحب التفويض من المؤسسات المالية.

- أداء السلطة المانحة مساهمات مالية إلى صاحب التفويض بهدف تأمين التوازن المالي للعقد وتغطية الخسائر التي تلحق بصاحب التفويض خصوصا بالنسبة للمرافق التي يلحق بها خسائر دورية كمرفق النقل الحضري.

- دفع الأشخاص العامة جزءا من المقابل المالي يكون متغيرا حسب نتائج الاستغلال وتطوره.

- أداء التعويضات إلى صاحب التفويض عند حدوث ظروف طارئة غير متوقعة عند إبرام العقد.

د- ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لقد أكد الفقه والقضاء على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار التي تنتج عن إدارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو المستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.[1]

ويشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فإذا كان المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض يمثل ثمنا للخدمات المسداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام، و هذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتبر في أحد أحكامه أن المقابل المالي الذي

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 448.

يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلى استغلال مركز الترفيه، بحيث يقوم الشخص العام بإعطاء الجمعية مقابلا ماليا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل أية مخاطر مالية، يشكل ثمنا للخدمات المقدمة، ويعني ذلك أن العقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق عام وإنما هو صفقة عمومية.

وليس من الضروري لاعتبار المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستثمار أن يكون مصدره أو القسم الأكبر منه، المستفيدين من خدمات المرفق العام، وإنما يشترط أن يرتبط بنتائج الاستغلال، إذ يمكن أن يكون القسم الأكبر من المقابل المالي مصدره المستفيدين دون أن يعكس ذلك ارتباطه بنتائج الاستغلال.[1]

ثانيا: نطاق تفويض المر افق العامة

إن مفهوم المرفق العام لحقه الكثير من التطور، وهو ما ساهم بشكل كبير في اللجوء إلى تفويض مجالات جديدة، ومعقدة، وبالرجوع إلى طبيعة المرافق العامة نجدها تصنف بحب قابليتها للتفويض إلى نوعان: مرافق يمكن أن تشغل عن طريق التفويض وأخرى مستثناة من ذلك.

أ- المر افق القابلة للتفويض

يقصد بها المرافق التي يمكن أن تطبق أسلوب التفويض في إدارتها، وتشمل جميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات أو منافع عامة للأفراد، ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضها أو عرف يجعل تفويضها غير ممكن، أو المرافق التي يمكن أن تكون محلا للتسيير من طرف أشخاص القطاع الخاص بطريقة التفويض ومن بينها مرفق المياه، والبريد، والموانئ والمطارات، وكذلك مرافق النقل البري والبحري، والسياحة...الخ.[2] وقد أطلق عليها المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم 199/18 صفة المهام غير السيادية.

ب- المر افق غير القابلة للتفويض

إذا كان المبدأ هو أن المرافق العامة قابلة للتسيير والإدارة بطرق التفويض المختلفة، إلا أن فقه القضاء الإداري رأى، ضرورة استثناء بعض المرافق وجعلها غير قابلة للتفويض بسبب طبيعتها الخاصة، زيادة

[1] أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، در الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 95.

[2] مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT وتفويض المرفق العام، منشورات الحلبي، بيروت 2009، ص444.

عما استثناه المشرع عن طريق نص قانوني يشير صراحة لعدم تفويض المرفق مثلا المهام المتعلقة بالحالة المدنية، والانتخابات، والتزامات الخدمة الوطنية، والتي تعتبر ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض.

وقد أكد المشرع الجزائري في المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر، على أن تفويض المرفق العمومي مسألة ممكنة ما لم يوجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك، بمعنى إذا كانت إرادة المشرع تستبعد مرفق ما من التسيير المفوض، فلا بد من احترام ذلك إلى جانب أيضا المرافق السيادية كالعدالة والدفاع والأمن فهي بحكم القانون والواقع لا يمكن تفويضها للخواص.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من تفويض المرفق العام

تناول المشرع الجزائري تفويض المرفق العام من خلال عدة نصوص قانونية وتنظيمية على غرار قانون المياه، وقانون البلدية وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أ- قانون المياه

تطرق قانون المياه إلى تبني فكرة التفويض[1]، غير أنه لم يتناوله بصفة مفصلة، حيث نظمه في سبع (07) مواد[2]، وهو خاص بتسيير المرافق العمومية الخاصة بالمياه والتطهير، والهيئة المفوضة فيه هي الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة وصاحب الامتياز هو الذي يمنح له امتياز تسيير هذه المرافق من طرف هذه الإدارة سواء بصفة تعاقدية أو قانونية.

وقد اشترط المشرع لقيام عقد التفويض مجموعة من الشروط وهي:

- أن يملك المفوض له مجموعة من المؤهلات المهنية والضمانات المالية الكافية.
- خضوع إجراءات إبرام العقد للمنافسة.
- خضوع التفويض الصادر عن صاحب الامتياز إلى الموافقة المسبقة للإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضه للمنافسة.
- خضوع عملية التفويض للرقابة الدورية من طرف الإدارة المكلفة بالموارد المائية.

[1] القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، سابق الذكر.

[2]- المواد من 104 إلى 110 من القانون 12/05 المؤرخ 2005/08/14 المتعلق بالمياه، سابق الذكر.

- يوافق على نموذج الاتفاقية بموجب مرسوم تنفيذي، ويجب أن تتضمن محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، شروط تنفيذها، المسؤوليات الملتزم بها، مدة التفويض، كيفيات دفع أجرة التفويض أو تسعيرة الخدمة ومعايير تقييم نوعية الخدمة.

ب- قانون البلدية

تبنى قانون البلدية تفويض المرفق العام كأسلوب لتسيير المرافق العامة البلدية[1]، إلا أن الفقرة الثانية من المادة 150 من هذا القانون نجدها تتضمن بعض اللبس، فالمشرع أورد عبارة (يمكن تسيير هذه المرافق .أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض)، حيث يفهم من هذه العبارة أن المشرع يقصد أن التسيير عن طريق الامتياز أو التفويض لا يكون إلا في شكل مؤسسة عمومية بلدية، وهذا لا يعتبر تفويضا لأن التفويض هو عقد تبرمه البلدية مع شخص من أشخاص القانون العام والقانون الخاص، فمنح التفويض للمؤسسة البلدية يخرج التفويض من دائرة المنافسة التي تعتبر شرطا في عقد التفويض، ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري أخطأ في صياغة المادة، حيث يظل التفويض في ظل النص مجرد حبر على ورق لاسيما وأن المشرع لم يحدد إجراءات التفويض من جهة ولم يحل على التنظيم من جهة أخرى.

وقد نصت المادة 156 من قانون البلدية على أنه (يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها) حيث استعمل المشرع الجزائري عبارة (صفقة طلبية) التي تفيد التراضي وعبارة (عقد برنامج) التي تفيد المنافسة، ومعلوم أن التفويض يجب أن يتم في ظل المنافسة والشفافية، كما أن عبارة صفقة تفيد أن المشرع الجزائري يخلط بين الصفقة العمومية والتفويض اللذان يعتبران أمران مختلفان.

[1] القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37 الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

ج- تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

جاء تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بشكل أوضح من القانونين السابقين في مجال تفويض المرفق العام، حيث وضع بعض الأحكام المتعلقة بعقد التفويض، غير أنه لم يحدد الإجراءات الخاصة بإبرام اتفاقية التفويض حيث أحال تنظيم أحكام هذا القانون لمرسوم تنفيذي.

أصبح التفويض بموجب هذا القانون عاما على جميع المرافق العامة باستثناء تلك التي استثناها المشرع بنصوص خاصة، غير أن المشرع الجزائري لم يعرف التفويض وإنما استعمل بعض المصطلحات التي تميزه وهي تعهد المفوض له بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات، وحصول المفوض له على أجره بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

واشترط المشرع أن يتم إبرام عقد التفويض في إطار المبادئ التي تحقق المنافسة وهي:

- حرية الوصول إلى الطلب العمومي،
- المساواة في المعاملة،
- شفافية الإجراءات.

كما يخضع المرفق العام أثناء تنفيذ اتفاقية التفويض إلى المبادئ الأساسية المتعلقة بالاستمرارية، المساواة والقابلية للتكيف.

خاتمة

خلاصة لما تم تناوله في هذه المحاضرة، يتضح أن تفويض المرفق العام لا يعد مجرد أسلوب تقني في التسيير، بل هو نظام قانوني متكامل يقوم على أسس وضوابط دقيقة تهدف إلى تحقيق التوازن بين متطلبات المصلحة العامة واعتبارات النجاعة الاقتصادية. فوجود مرفق عام قابل للتفويض، وقيام علاقة تعاقدية حقيقية، وتولي المفوض له استغلال المرفق وتحمل مخاطر تشغيله، إلى جانب ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال، تشكل مجتمعة المعايير الجوهرية التي تميز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية والصفقات العمومية.

كما أظهرت هذه المحاضرة أن نطاق تفويض المرافق العامة ليس مطلقا، بل تحكمه حدود موضوعية وقانونية تفرضها طبيعة بعض المرافق ذات الصلة بسيادة الدولة ووظائفها الجوهرية، أو نصوص تشريعية صريحة تستبعدها من التسيير المفوض. وفي المقابل، فإن التطور الذي عرفه مفهوم المرفق العام أتاح توسيع مجال التفويض ليشمل العديد من المرافق الاقتصادية والخدمية، بما يسهم في تحسين نوعية الخدمات العمومية وتخفيف الأعباء عن الدولة.

ومن خلال استعراض موقف المشرع الجزائري، يتبين أنه كرس مبدأ تفويض المرفق العام في عدة نصوص قانونية وتنظيمية، وإن بدرجات متفاوتة من الوضوح والدقة، حيث سجلت بعض النقائص والإشكالات خاصة على مستوى تحديد الإجراءات والتمييز بين التفويض والصفقة العمومية. وعليه، فإن الإحاطة بأسس التفويض ونطاقه تعد خطوة أساسية لفهم النظام القانوني لعقود تفويض المرافق العامة، وتمهيدا ضروريا لدراسة باقي محاوره المتعلقة بكيفيات الإبرام، وآليات الرقابة، وآثار التنفيذ، وانقضاء عقد التفويض.

المحاضرة الثالثة: الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز

مقدمة

يعتبر عقد الامتياز الأسلوب الشائع لتفويض المرفق العام وأهم صورة له، وهناك تيار في فرنسا يدعو إلى جمع كل طرق تفويض المرفق العام في طريقة واحدة وهي الامتياز والذي يعتبر الشكل الأساسي والجيد والكامل.

ويعد عقد امتياز المرفق العام من أبرز وأشهر العقود الإدارية، وقد تحددت طبيعته الإدارية وفقا لمقوماته الذاتية التي ميَّزته تماماً عن أي عقد آخر، سواء لاتصاله المباشر بالمرفق العام أو لشروطه المتميّزة والتي من أبرزها وجود الشروط اللائحية التي يتعيّن على المتعاقد قبولها وتفرض بها الإدارة وجودها، إلى جانب الشروط التعاقدية الأخرى التي تكون محل تفاوض كأي رابطة تعاقدية.

وسنتطرق إلى مفهوم عقد الامتياز **(أولا)**، ثم نبين الطبيعة القانونية لهذا العقد **(ثانيا)**، وأخيرا نوضح مكانة هذا العقد في التشريع الجزائري **(ثالثا)**.

أولا: مفهوم عقد الامتياز La concession

يعرف عقد الامتياز بأنه: "هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخص عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"[1]؛ ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو استغلال الميناء أو الأسواق العمومية...الخ، ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين[2].

ويعتبر الامتياز أسلوبا من أساليب تسيير المرفق العام، انتشر في كافة دول العالم خاصة في فرنسا التي تعتبر مهدا له، فهو عبارة على توكيل المهمة الأصلية للشخص العام (تسيير المرفق) إلى شخص

[1] Stephane Braconnier, droit des services publics, presses universitaires de France, 2004, p 383.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص356، 357.

آخر لتأمين تسيير هذا المرفق العام الاقتصادي، فهو وجه من أوجه التسيير التي تتماشى مع النهج الجديد الذي اتخذته الجزائر بعد 1989[1].

ويعرف الأستاذ أحمد محيو عقد الامتياز: "هو أسلوب تسيير، يتولى من خلاله شخص يسمى صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات، ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"[2].

كما عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956: "امتياز المرافق العامة ليس إلا عقد إداريا يتعهد أحد الأطراف أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل الترخيص له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات إدارة المرفق العام، ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوما يحصلها من المنتفعين"[3].

وهذا التعريف دقيق لكونه يتضمن كافة عناصر الامتياز من الأطراف والشكل والمحل والمقابل المالي والمدة.

أما المشرع الجزائري أشار إلى عقد الامتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام من خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في بابه الثاني المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، التي نصت: "...يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام...".

والمقصود بعقد الامتياز في مفهومه التقليدي، هو أن يقوم الملتزم فقط باستغلال المرفق العام، دون إقامة هذا المرفق عن طريق إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية، لأن ذلك يعتبر نمط جديد

---

[1] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص. 162.

[2] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 440.

[3] سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 90، 91.

وتطور لعقد الامتياز، وهو ما جاء في المادة 210 المذكورة أعلاه، حينما نصت: "... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما أن تعهد له فقط باستغلال المرفق العام...".

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

الطبيعة القانونية لعقد الامتياز طرحت إشكالا في الفقه الفرنسي والجزائري والمصري، فحاول العديد من الفقهاء التحديد وبدقة الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.

أ- الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز:

يرى البعض أن عقد الامتياز ليس عقدا أو اتفاقا بين صاحب الامتياز والإدارة العامة، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة بين أطراف مختلفة[1].

وذهب فريق من الفقهاء إلى أن الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة، ويرضخ له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الامتياز[2].

ب- الطبيعة العقدية لعقد الامتياز:

ظهرت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 تؤيد فكرة أن الامتياز هو عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، لكونه يحظى بموافقة ورضا الملتزم وبذلك يعتبر عقدا إداريا ثنائيا ملزم لجانبين، أي يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز[3].

غير أن الأستاذ A.De Laubadére كتب: "... من جهة أخرى إنّ اتفاق إرادتين في العلاقات بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز لا يمكن اعتباره ذا طبيعة تعاقدية بسبب الموضوع الذي يتضمنه هذا الاتفاق، إن هذا الموضوع هو تنظيم وسير مرفق عمومي الذي يجب على الإدارة دوما المحافظة والتحكم

---

[1] هاني سر الدين، «الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية»، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 69، سنة 1999، ص05.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 92، 93.

[3] Yves Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, LGDJ, paris, France, 1971, p148.
أشارت إليه: نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 175.

فيه وكذلك وضع القواعد التي تحكمه وهو ما يسمى بقانون المرفق العمومي، إن مثل هذا الموضوع لا يخضع للمجال التعاقدي وذلك طبقا للمبدأ الأساسي الذي يعتبر أن تنظيم المرافق العمومية هو من اختصاص السلطات العمومية فقط وبصفة انفرادية"[1].

ج- الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز: La théorie de la double nature de la concession

ترتكز هذه النظرية على الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز، وتعتبر أن الامتياز هو عمل مزدوج له شقان، شق تنظيمي وشق تعاقدي، ففي مواجهة المنتفعين، يعتبر الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه أحكام تنظيمية، لكنه يعتبر عقد في العلاقة بين صاحب الامتياز والملتزم.

وهذا يعني أن عقد الامتياز له طبيعة تنظيمية تجاه المنتفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز؛ وقد انتقدت هذه النظرية بسبب استحالة تصور تغير الطبيعة القانونية للتصرف بتغير أطرافه لأنه لا يمكن أن يكون تنظيميا حينا وتعاقديا في حين آخر[2].

كما أن التسليم بأن العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم هي علاقة عقدية بحتة يعرقل إمكانية الإدارة في التدخل لتعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة، ما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام، وهو ما يتعارض مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام[3].

د- الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز Un Acte mixte:

اتجه فريق آخر من الباحثين إلى إعطاء تكييف مغاير لعقد الامتياز الإداري، وجعلوا منه عملا مختلطا في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدي، بمعنى أن هذا التصرف في جزء منه تعاقدي وفي جزئه الأخر تنظيمي[4].

---

[1] A. De Laubadère, traité de droit administratif, T01, 08ème Ed, L.G.D.J, paris, France 1980, p 669.

[2] راضية بن مبارك، التعليق على التعليمة رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 47.

[3] نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 75.

[4] المرجع نفسه، ص 76.

إلا أن هذه الطبيعة المركبة لعقد الامتياز - على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة - تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتواه، باعتبار الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة كل من الملتزم والمنتفعين على حد سواء، أما الشروط المتعلقة بالامتيازات التي تمنحها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق تتمتع بالطبيعة التعاقدية[1] قابلة للتفاوض وتطبق عليها نظرية العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الشروط لا تعني المنتفعين عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقد وقد لاقت هذه النظرية صدى واسعا وتعتبر الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وهي ما أخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا، مصر والجزائر.

ثالثا: عقد الامتياز في التشريع الجزائري

من بين عقود الامتياز المنصوص عليها في التشريع الجزائري، نذكر عقد امتياز الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المنصوص عليه في المادة 4 من القانون 10-03[2] التي عرفته بأنه: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية، يدعى في صلب النص"المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تُضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية".

وبالرجوع إلى قانون البلدية رقم 11-10[3] نجد أن المادة 150 منه أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، وهذه المصالح نصت عليها المادة 149 من نفس القانون، أما المادة 155 فقرة 2 من نفس القانون، نصت على أن الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي، يحدد عن طريق التنظيم.

أما المادة 149 من القانون رقم 12-07[4] المتعلق بالولاية، فنصت على أنَّه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه

---

[1] Auby (J.M): Robert (D.A) : Grand services publics et enterprises nationals, tome1 3ème trimesters, PUF, Paris, France, 1969, p 208, 209.

[2] القانون رقم 10-03، مؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

[3] القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، سابق الذكر.

[4] القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر العدد 12 الصادرة بتاريخ 29 فبراير 2012.

يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به، يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها...".

أما المادة 101 الفقرة الثانية من القانون رقم 05-12[1] المتعلق بالمياه فنصت: "يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليه عن طريق التنظيم...".

وتطبيقا لما جاء في أحكام الفقرة الثانية من المادة 101 المذكورة أعلاه، صدر مرسوم التنفيذي رقم 08-54[2] والذي نصت المادة 02 من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم على: " - تعريف امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب:

يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع ماء الشروب...".

أما المادة 166 من الأمر رقم 95-27[3] المتضمن قانون المالية لسنة 1996، نصت على أنه: "يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها، واستغلالها، وصيانتها، وكذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو القانون الخاص شريطة وجود طريق بديل وذلك وفق كيفيات محددة في اتفاقيات وفي دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي".

رابعا: عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت B.o.t)

أفرز الواقع الاقتصادي نوع جديد من العقود أصبح شائعا في الوقت الحاضر، تسمى عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) وتتضمن بعض الأنواع الأخرى المتشابهة، وهذه العقود مهمة جدا

[1] القانون رقم 05-12 المؤرخ في 2005/08/04، المتعلق بالمياه، سابق الذكر.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 2008/02/09، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08 الصادرة في 13 فبراير 2008.

[3] الأمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82 الصادرة في 31 ديسمبر 1995.

في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها إلى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة، ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي[1].

ويقصد بعقود أو مشروعات البوت B.O.T تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية سواء أكانت من القطاع العام أو القطاع الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام من أجل إشباع حاجات عامة على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وإدارته لمدة معينة بشروط معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة، وأخيرا تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة أو الجهة المتعاقد معها[2].

ومصطلح البوت B.o.t هو مختصر لثلاث كلمات هي build وتعني بناء، وoperate وتعني تشغيل، و transfer وتعني نقل الملكية.

وقد حققت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدتها كونها تقدم حلا لمشكلة تمويل المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات الكهرباء والمجمعات الصناعية.

وإذا كان مصطلح البوت حديث نسبيا فإن مفهومه معروف من فترة طويلة وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال، ثم تبعتها مصر من الدول العربية، ولعل مشروع قناة السويس من أشهر مشروعات البوت في العالم والتي تم افتتاحها عام 1782 وكانت مدة الامتياز 99 سنة، إلا أنه تم إنهاء الامتياز عام 1965 بتأميم القناة[3].

وإذا كان عقد الامتياز يتعلق غالبا بإدارة مرفق عام، فإنه يمكن القول إن عقود B.O.T ما هي إلا تطوير حديث لعقود امتياز المرافق العامة، ومن ثم فإن هذا العقد يخضع لذات القواعد التي تحكم

---

1 مازن ليلو راضي، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، 2008، ص. 99.

[2] أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2003، ص 356، أشار إليه: مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص100.

[3] جمال عثمان جبريل، «الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t»، بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، 2001، ص82، أشار إليه: مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص101.

عقد الامتياز، إلا أن هذا النوع من العقود يمنح الملتزم حقوق تفوق تلك التي تمنح له في حالة امتياز المرافق العامة[1].

رغم الاختلاف الذي حصل بشأن الطبيعة القانونية لعقد البوت، إلا أن الجانب الغالب من الفقه ذهب إلى القول بأن عقود البوت هي امتداد لعقد الامتياز تحت مسمى جديد؛ إن بعض صور عقود البوت B.O.T كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T تمنح الشركة حق تملك المشروع في فترة تشغيله ملكية تامة، وهذا يتعارض مع مضمون عقد التزام المرافق العامة حيث يبقى المرفق مملوك للدولة.

مع أن عقد البوت هو صورة متطورة لعقد الامتياز لتعلقه بنشاط مرفق عام، فإنه يتميز عنه في أن الدولة كثيرا ما تفتقد فيه امتيازاتها كسلطة عامة، وتكون على قدم المساواة مع الطرف المتعاقد معها، وبالتالي خضوع عقود البوت لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[2].

وما يميز عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت B.O.T) أن المستثمر يقوم ببناء المشروع وإقامته من ماله الخاص وغالبا ما يتطلب ذلك مبالغ ضخمة، على خلاف الملتزم في عقد الامتياز بمفهومه التقليدي الذي لا يقع عليه عبء بناء وإنشاء المشروع، وقد جمع المشرع الجزائري بين الصورتين المختلفتين لعقد الامتياز، - المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث - من خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247[3] المذكورة أعلاه، حينما خير السلطة المفوضة بين أن تعهد للمفوض له فقط استغلال المرفق العام، وهذا تجسيد لعقد الامتياز بمفهومه التقليدي، وبين أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، مسايرا بذلك التطور الذي وصل إليه عقد الامتياز تحت تسمية عقد البوت B.O.T.

[1] مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 171.

[2] مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 107، 109..

[3] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

خاتمة

خلاصة لما تقدم، يتضح أن عقد الامتياز يشكل الدعامة الأساسية لنظام تفويض المرافق العامة، وأبرز صوره التقليدية والحديثة، لما يتميز به من خصائص قانونية وتنظيمية تجعله أداة فعالة لتسيير المرافق العامة الاقتصادية، مع الحفاظ على الدور الرقابي والتنظيمي للدولة. فقد أبانت هذه المحاضرة عن المفهوم الدقيق لعقد الامتياز، باعتباره عقدا إداريا يقوم على إسناد استغلال المرفق العام إلى شخص آخر، يتحمل أعباءه ومخاطره مقابل الحصول على عائد مالي يرتبط بنتائج الاستغلال، وهو ما يميزه عن غيره من صيغ التعاقد الإداري.

كما أبرزت الدراسة الإشكال الفقهي الذي أثير حول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، بين الاتجاهات التي غلبت الطابع التنظيمي أو التعاقدي، إلى أن استقر الرأي الراجح على اعتباره عملا ذا طبيعة مختلطة، تجمع بين الشروط التنظيمية المرتبطة بسير المرفق العام، والشروط التعاقدية المتعلقة بحقوق والتزامات صاحب الامتياز، وهو التكييف الذي يحقق التوازن بين مبدأ سلطان الإرادة ومتطلبات المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة.

ومن خلال استعراض مكانة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، يتبين أن المشرع كرس هذه التقنية في عدة نصوص قانونية وتنظيمية شملت قطاعات حيوية متعددة، مع تطويعها للتطورات الاقتصادية الحديثة، لاسيما من خلال تبني الصيغة الحديثة لعقد الامتياز المتمثلة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T). ويؤكد ذلك توجه المشرع نحو توسيع دائرة الشراكة مع القطاع الخاص، مع الإبقاء على المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام، الأمر الذي يجعل من عقد الامتياز أداة قانونية مرنة وقابلة للتكيف مع متطلبات التنمية الاقتصادية وحاجات المرفق العام في آن واحد.

.

المحاضرة الرابعة: عقد الإيجار وعقد الوكالة

مقدمة

تندرج هذه المحاضرة ضمن دراسة الأشكال المتعددة لعقود تفويض المرفق العام، وذلك في إطار استكمال تحليل الصيغ القانونية التي اعتمدها المشرع لتسيير واستغلال المرافق العامة، إلى جانب عقد الامتياز الذي يعد النموذج الأكثر شيوعا. فمع تطور دور الدولة وتزايد متطلبات النجاعة الاقتصادية وتحسين جودة الخدمة العمومية، برزت صيغ تعاقدية أخرى أقل كلفة وأكثر مرونة، من بينها عقد إيجار المرفق العام وعقد الوكالة، باعتبارهما آليتين قانونيتين تتيحان إشراك الخواص في تسيير المرافق العامة، مع اختلاف مستوى التفويض وتحمل المخاطر مقارنة بعقد الامتياز.

وتهدف هذه المحاضرة إلى تسليط الضوء على الخصائص القانونية لكل من عقد إيجار المرفق العام وعقد الوكالة، من خلال بيان مفهوم كل عقد وطبيعته القانونية، وتحديد التزامات أطرافه، ودرجة استقلالية المفوض له، وكذا توزيع المخاطر المالية والتقنية بينه وبين السلطة المفوضة. كما تسعى إلى إبراز أوجه التمييز بين هذين العقدين من جهة، وبينهما وبين عقد الامتياز من جهة أخرى، سواء من حيث تحمل أعباء الاستثمار، أو مدة الالتزام، أو طريقة تحديد المقابل المالي.

كما سيتم الوقوف عند التنظيم القانوني لهذين العقدين في التشريع الجزائري، ولاسيما ما كرسه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من خلال المادة 210، التي حددت بدقة صور تفويض المرفق العام وضبطت معالمها الأساسية. ويهدف ذلك إلى تمكين الطلبة من الإحاطة بمختلف صيغ التفويض، وفهم المعايير التي على أساسها تختار الإدارة نمط التسيير الأنسب لطبيعة المرفق العام ومتطلبات المصلحة العامة.

أولا: عقد إيجار المرفق العام

إن العنصر الأساسي المميز لعقد إيجار المرفق العام، هو عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء والإنشاء المتعلقة بإقامة المرفق العام، ويعرفه الأستاذ C.Boiteau : "هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر

باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"[1].

ونكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد ويتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة والتجهيزات فقط، فكل من المستأجر والهيئة العمومية المؤجرة مسؤولين عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق وتجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية[2].

وعرف عقد إيجار المرفق العام تطورا في السنوات الأخيرة مقارنة مع الامتياز في فرنسا، خاصة في المجال السياحي والثقافي، فقد قامت السلطات العامة بإنشاء عدة مرافق ثقافية واجتماعية ولجأت للإيجار لتسيير أغلب هذه المرافق العمومية للتقليص من أعباء التسيير[3].

وللإيجار عدة مزايا، فالإدارة تقوم ببناء وتجهيز المرفق لتفسح المجال للخواص لتسييره بفعالية، لما هو معروف عن القطاع الخاص بتسييره الفعال واعتماده على أساليب حديثة وتكنولوجيات عالية[4]، فهو بالفعل يرقى بنوعية الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرافق العامة.

وعقد إيجار المرفق العام يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى الربح، لأن المستأجر لا يدفع أموال ضخمة في البناء، ويكتفي بالتسيير والاستغلال، وهذا ما لا يكلفه الكثير بالمقارنة مع عقد البوت لذلك نجد عقد الإيجار في أغلب الأحيان متوسط أو قصير المدى[5].

ويشكل عقد تأجير استغلال المرافق العامة وسيلة لاستغلال المرفق العام وليس مجرد إدارته فقط، وعادة ما يستعمل في جباية الضرائب والرسوم[6]، ورغم اتحاد كل من عقد الامتياز الإداري وتأجير استغلال المرافق العامة، في اعتبارهما أسلوبين من أساليب التسيير، إلا أنه توجد فوارق بينهما:

---

[1] Claudie Boiteau, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999 p 98.

2 Stephane Braconnier, op.cit, p 439.

[3] نادية ضريفي ، مرجع سابق، ص 156.

[4] Stephane Braconnier, op-cit, p 439.

[5] نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 157.

[6] وليد حيدر جابر، طرق الإدارة المرافق العامة والخصخصة، المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 25.

أ- من حيث تحمل مصاريف إقامة المشروع

فالملتزم في عقد الامتياز الإداري- لاسيما عقد الامتياز بمفهومه الحديث BOT – إضافة إلى قيامه بتسيير المرفق، يتولى بنفسه إنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله مصاريف ذلك، في حين صاحب الإيجار لا يقوم بإنشاء المرافق الأساسية للاستثمار التي توضع تحت تصرفه والتي تكون محققة من طرف الجماعات المحلية[1]، سواء أقامتها بنفسها أو أقيمت من طرف ملتزم سابق، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247: "- الإيجار...تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام...".

ب- من حيث مدة الالتزام

تختلف مدة التزام الملتزم في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد تأجير إستغلال المرافق العامة، حيث تكون المدة طويلة نسبيا في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد تأجير استغلال المرافق العامة، وذلك لتمكين الملتزم من استرجاع ما أنفقه من أموال في سبيل إقامة المشروع، وحصوله على قسط من الربح الذي هو هدفه ودافعه للتعاقد، وتكون المدة تتراوح بين 30 و50 سنة حسب كل قطاع، بينما مدة تأجير استغلال المرافق العامة حصرتها التعليمية الوزارية رقم 842/3.94[2] المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في 12 سنة كحد أقصى.

ويختلف عقد تأجير المرفق العام عن عقد توكيله (عقد الوكالة) من حيث الشخص المستفيد من التصرف، ففي العقد الأول يتصرف المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته وهذا ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247: "الإيجار: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المُفَوَضْ له، حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته...". أمَّا في العقد الثاني (عقد الوكالة)، فإن استغلال المرفق العام يكون لحساب السلطة المفوضة.

---

[1] Frangi Marc, Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002, p 410. - Autin Jean–Louis et Ribot Catherine, Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004, p177.

[2] التعليمة رقم 842/3.94، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994 عن السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

ثانيا: عقد الوكالة (تسييرواستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام)

يعتبر عقد الوكالة صورة أخرى من صور تفويضات المرفق العام.

أ- تعريف عقد الوكالة

يعرف عقد الوكالة بأنه: "هو العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"[1].

وكذلك يعرف بأنه: "طريقة من طرق تسيير المرفق العمومي، يضمن فيه المسير استغلال المرفق، يكون له علاقة مباشرة بالمرتفقين، ينفذ العمليات لحساب الهيئة المفوضة وبحصل لحسابها الإيرادات ويدفع النفقات، ويتلقى المقابل المالي من الهيئة العمومية، وهو أجر يدخل في أعباء الهيئة، ويكون مرتبطا باستغلال المرفق".

ب- خصائص عقد الوكالة

من خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص الخصائص التالية لهذا النوع من عقود تفويض المرفق العام (عقد الوكالة):

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة؛

- الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام؛

- استقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة؛

[1] Stephane Braconnier, op-cit, p 440.

- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق، وفي بعض الأحيان وكضمان لمسير المرفق فإن هناك حدا أدنى مضمون يحدد جزافيا Forfaitaire في العقد[1]؛

- مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية ويتحمل المسير جزءا منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، ويمكن إضافة علاوات متعلقة بالتسيير الفعال ومرتبطة بالمردودية والإنتاجية، لكن في كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات السقف المحدد في العقد[2]؛

ج- أشكال عقد الوكالة

إذا كان المقصود بعقد الوكالة كأسلوب لتفويض المرفق العام هو تسيير واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام كما سبق ذكره، فإن هذا النوع من العقود الإدارية ينقسم بدوره إلى نوعين، يتمثل النوع الأول في الوكالة المحفزة، أما النوع الثاني يتمثل في عقد التسيير.

1- عقد الوكالة المحفزة:

نص المشرع على هذه الصورة في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي جاء فيها: "...- الوكالة المحفزة: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء...".

من خلال التعريف المذكور أعلاه، نستنتج أن المشرع ربط المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير نتيجة تسييره للمرفق، برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية وهذا لتشجيع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها والزيادة من فعالية المرفق.

---

[1] Claudie Boiteau , op-cit, p 101.

[2] Ibid, p 102.

2- عقد تسيير المرفق العام La Gérance:

بالرجوع إلى المادة 210 المذكورة أعلاه، يتضح لنا أن المشرع في تعريفه لعقد التسيير، اعتمد نفس التعريف الخاص بعقد الوكالة المحفزة لكون أن العقدين يتشابهان إلى حد كبير، كون أن كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير يشتركان في أن أجر المفوض له يدفع بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، إضافة إلى حصة من الأرباح إذ تعلق الأمر بعقد الوكالة المحفزة -دون عقد تسيير المرفق- الذي يعتمد أساسا على تشجيع المفوض له للنهوض بالخدمة العمومية وترقية المرفق العام وبالتالي ارتفاع حصة الأرباح الذي ينتج عنه الزيادة في أجر المفوض له (المسير).

وهكذا يتضح لنا أن أجر المفوض له في كلا العقدين، يتأثر إيجابا بمحاسن وأرباح تسيير المرفق العام، إلا أن ما يميز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة يتمثل في أن أجر المفوض له (المسير) في العقد الأول، - دون العقد الثاني - لا يتأثر سلبا بمخاطر وخسائر تسيير المرفق، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري عند تعريفه لعقد التسيير من خلال المادة 210 المذكورة أعلاه التي جاء فيها: "... تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا...".

وهناك من عرف عقد التسيير، بأن يفوض شخص من القانون العام للغير، تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يتضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق، فحسب هذا التعريف يعتبر المفوض له هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام[1].

وهناك من يعتبر أن عقد التسيير ليس تفويضا للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير - جزافي وليس له ارتباط باستغلال المرفق - ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير[2].

[1] نادية ضريفي، مرجع سابق، ص.159.

[2] Claudie Boiteau, op-cit, p 96.

لكن كلاسيكيا هذا العقد هو من عقود تفويض المرفق العام في فرنسا رغم إنكار هذا من طرف العديد من الفقهاء الفرنسيين الذين يعتبرونه عقد خدمات (صفقة خدمات) أكثر منه عقد تفويض مرفق عام[1]..

خاتمة:

بنهاية هذه المحاضرة يتضح لنا أن عقود تفويضات المرفق العام تأخذ أشكال مختلفة ومتعددة جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال المادة 210 منه، وبالتالي طبقا لهذا المرسوم يمكن أن يكون تفويض تسيير المرفق العام في شكل عقد الامتياز بمفهومه التقليدي والحديث، أو يكون في شكل عقد الإيجار أو عقد الوكالة المحفزة، أو في شكل عقد التسيير، وبالطبع فإن هذه الأشكال من عقود تفويض المرفق العام تختلف عن بعضها البعض، حسب اختلاف مستوى التفويض من جهة، وحسب درجة الخطر الذي يتحمله المفوض له من جهة ثانية، وحسب طريقة الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة من جهة ثالثة.

والجدير بالذكر أن هذه الأشكال من عقود تفويضات المرفق العام التي جاءت بها المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تعتبر من أهم صور وطرق وأساليب تفويض تسيير المرافق العامة، وبمفهوم المخالفة فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم ينص على كل عقود تفويضات المرفق العام، بل هناك أشكال أخرى نجدها في نصوص قانونية متفرقة، وهذا ما يستنتج من الفقرة الثانية من المادة 210 أعلاه والتي جاء فيها:" ...كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى، غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم...".

[1] نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 160.

المحاضرة الخامسة: مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام

مقدمة

تعد مرحلة إبرام عقد تفويض المرفق العام من أدق المراحل وأكثرها حساسية، لما يترتب عنها من آثار قانونية ومالية وتنظيمية تمس حسن سير المرفق العام واستمراريته وجودة الخدمات المقدمة للمرتفقين. فاختيار المفوض له لا ينبغي أن يكون عشوائيا أو خاضعا لاعتبارات ذاتية، وإنما يجب أن يتم وفق إطار قانوني محكم يقوم على جملة من المبادئ الأساسية التي تشكل الضمانة الحقيقية لتحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام.

وفي هذا السياق، أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة لمبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام، باعتبارها امتدادا لمبادئ الطلب العمومي بصفة عامة، وعلى رأسها مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين، ومبدأ شفافية الإجراءات. فهذه المبادئ لا تهدف فقط إلى تكريس المنافسة النزيهة بين المترشحين، وإنما ترمي أساسا إلى تمكين الإدارة من اختيار المتعامل الأكفأ تقنيا والأجدر ماليا والقادر على احترام متطلبات سير المرفق العام وفقا لمبادئ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكييف.

وتهدف هذه المحاضرة إلى دراسة هذه المبادئ الثلاثة بالتحليل، من خلال بيان مضمون كل مبدأ وأساسه القانوني، وكيفيات تجسيده في مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، مع الوقوف عند أهم الاستثناءات التي قد ترد عليه حماية للمصلحة العامة أو دعما للمتعامل الوطني. كما سيتم التطرق إلى مظاهر تكريس هذه المبادئ في التشريع الجزائري، بما يسمح بفهم الإطار القانوني الناظم لعملية إبرام عقود التفويض وضمان شفافيتها وفعاليتها.

أولا: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

إن حرية التقدم أو حرية الدخول في المنافسة في مجال تفويض المرفق العام، تعني حرية دخول طلب المنافسة الذي تعلن عنه الادارة في الحدود التي يحددها القانون، وترتيبا على ذلك فإن الادارة لا يمكنها أن تمنع أحد الأفراد من التقدم إلى المنافسة المعلنة طالما توفرت فيه الشروط القانونية، كما أن اتجاه الادارة إلى

تفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين يؤدي إلى بطلان هذا الاجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستندا على أساس قانوني[1].

يعتبر مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة من أهم المبادئ العامة لإبرام مجمل الطلبات العمومية ومن بينها عقود تفويض المرفق العام، ويعني مبدأ المنافسة إعطاء الفرصة لكل من توافرت فيه الشروط القانونية ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة .فالوصول للطلبات العمومية يجب أن يكون حر و نزيه، و هذا هو الهدف من أسلوب الطلب على المنافسة، إلى جانب دعوة الجمهور للاشتراك في العملية بقصد الوصول إلى المترشح الذي يقدم أفضل العروض ، كما أن حرية التقدم للطلبات العمومية تجعل عدد المترشحين أكثر مما يتيح فرصة اختيار أفضل للعروض من الناحية المالية والفنية[2] .

وهذا لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد حيث لها استخدام هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية ولكن حق الاستبعاد يكون مؤسسا قانون.

مقتضى هذا المبدأ إذن هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص، على السواء المختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم[3]، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة،

---

[1] جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي و القانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال ، دار النهضة العربية ،مصر ، القاهرة ، 2002 ، ص 14 .

[2] راجع على سبيل المثال القانون رقم 2000-03 المتعلق بالاستثمار في مجال الاتصالات، والذي المادة 32 منه على أن رخصة استغلال شبكات المواصلات السلكية و اللاسلكية، تمنح على إثر إعلان عن المنافسة، وتشير الفقرة الثانية إلى أنه "يكون الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفاف ويضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض" ووفقا لأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 01-124 وتطبيق لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 01-124 المؤرخ في 09 ماي 2001 الذي تضمن تحديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح الرخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، وتشير إلى ذلك المادة 09 منه بقولها "يمكن أن ينص هذا القرار على إجراء المزايدة بإعلان المنافسة الذي يتضمن مرحلتين الأولى مرحلة التأهيل الأولي أما الثانية فهي مرحلة طلب العروض".

[3] في هذا الإطار، نصت التعليمة الأوروبية رقم 18-2004 الصادرة في 31-03-2004 الخاصة بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية على أنّ: "السلطات المتعاقدة يمكن أن تستعمل هذه التقنيات من أجل احترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي ومبادئ الشرعية، وعدم التمييز والشفافية ...". راجع: رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة من أجل الحصول على درجة الماجستير في العلوم الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – مصر، 2007، ص 60.

مما يحرمهم من منافع المنافسة، عملا بأحكام المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ووفقا للشروط التي تحددها دفاتر الشروط.

أما من حيث إجراءات الإبرام فتكريسا لمبدأ حرية الوصول إلى اتفاقيات التفويض وجب الاعتماد على الإشهار الواسع سواء ضمن الصحف اليومية، أو التعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية أو المركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقيه، ويجب أن يتضمن الإعلان عن المنافسة [1] إضافة إلى تسميه السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي أن وجد البيانات التالية: صيغة الطلب على المنافسة موضوع وشكل تفويض المرفق العام، المدة القصوى للتفويض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح، آخر أجل لتقديم الترشيحات، مكان إيداع ملف الترشح، ومكان سحب دفتر الشروط، دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ويكتب عليه (لا يفتح إلا من طرف لجنة العروض)، ويجب أن يشير إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة.

يمكن أيضا اعتماد الإشهار الالكتروني بعد تبني المشرع إمكانية التعامل عن طريق الوسائط الالكترونية حسب ما جاء في نص المادة 204 من المرسوم 2015.[2] كما صدر في مجال تجسيد الرقمنة في مجال عقود تفويض المرفق العام، لاسيما عقد الإمتياز، المرسوم التنفيذي رقم 432/21 المؤرخ في 04 نوفمبر 2021، المحدد لشروط وكيفيات منح الأراضي التابعة للدولة، للاستصلاح في إطار الامتياز[3] ، والذي أشارت المادة 13 منه إلى أنه: "في إطار الاستثمار الفلاحي عن طريق الاستصلاح، يجب إطلاق إشعارات بالإعلان عن الترشح إلكترونيا، حسب الحالة، من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أو إلى ديوان تنمية الزراعة الصناعية بالأراضي الصحراوية المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 265/20 المؤرخ في 22 سبتمبر 2022"، كما نصت المادة 14 منه إلى أنه: "يرسل طلب الامتياز إلكترونيا من طرف صاحب المشروع، بعد نشر إشعارات بالإعلان عن الترشح، حسب الحالة، إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أو إلى ديوان تنمية الزراعة الصناعية بالأراضي الصحراوية، مقابل وصل استلام".

---

[1] المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، سابق الذكر.

[2] راجع المادة 204 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الذكر.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 432/21 المؤرخ في 04 نوفمبر 2021، المحدد لشروط وكيفيات منح الأراضي التابعة للدولة، للاستصلاح في إطار الامتياز، ج.ر العدد 85 الصادرة بتاريخ 07 نوفمبر 2021.

ثانيا: المساواة في معاملة المرشحين

هذا المبدأ يكمل مبدأ حرية المنافسة بين المترشحين[1]، ويعني مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وجوب اخضاع جميع المترشحين لنفس معايير الاختيار، وكذا لنفس قواعد وظروف وشروط المنافسة الموضوعية، وهو مبدأ مقتبس من مبادئ دستورية تعنى بالمساواة بين الأشخاص أمام القانون، كما أنه مبدأ مرسخ في الاعلان العالمي لحقوق الانسان والذي يفيد وجوب معاملة أي شخص بطريقة مماثلة للأشخاص الآخرين إذا تماثلت الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص[2]. على هذا الأساس، يقتضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، ألا تنطوي معايير اختيار المفوض له، على طابع تمييزي إذ تلتزم السلطة المفوضة بوضع ضوابط تتعلق أساسا بـ: شروط تقديم التعهدات المقدمة من قبل المتعهدين، ومعايير تقييم وإرساء العقد المحددة ضمن دفتر الشروط، وهو ما أشارت إليه المادتين 31 و32 من المرسوم التنفيذي 199/18، كما أشارت بدورها المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08[3] أن الامتياز يمنح على أساس المقاييس العامة الآتية:

- المقدرة التقنية المالية للمترشح للامتياز،
- احترام كامل أحكام دفتر الشروط الملحق بالمرسوم،
- احترام التنظيم المعمول به في ميدان أمن الأشخاص والممتلكات وخدمة الزبائن وحماية البيئة،
- تقديم الضمانات المالية الكافية لتحقيق الخدمة العمومية كضمان حسن التنفيذ لصالح الدولة.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى، هي تكافؤ الفرص بين المتعهدين، بالتزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضفي الشفافية على العملية، بل ويمتد ليشمل عدم إمكانية التفاوض مع المتعهدين، قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة متخصصة مستقلة عن السلطة المفوضة في عمل أقرب إلى

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القانون الإداري، العقد الإداري ، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ، د.ت.ن ، ص 318.

[2] خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 491.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 9 أبريل 2008، يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر العدد 20 الصادرة في 13 أبريل 2008.

عمل لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال الصفقات العمومية، وتضمن اللجنة اختيار أفضل العروض واستبعاد العروض التي لا تتوفر على الضمانات الكافية.[1]

بقي أن نشير فقط إلى إمكانية أن ترد بعض الاستثناءات على مبادئ المنافسة، كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، وذلك حماية للمتعاملين الوطنيين أمام المتعاملين الأجانب كالعمل بهامش الأفضلية الوطنية أو تخصيص نسبة من الطلبات العمومية من عقود التفويض لفائدة المتعاملين المحليين، وحصر طلب المنافسة على المتعاملين الوطنيين فقط، دون الدعوة للمنافسة الدولية International، وتبقى مسائل مرهونة بتوجهات المشرع في مسألة تفويض المرافق العمومية، وهو ما جسدته المادة 10 من المرسوم 199/18.

ثالثا: شفافية الإجراءات

يعني هذا المبدأ أن إجراءات إبرام عقد التفويض لا يجب أن تكون مبهمة ، بل يجب تهيئة جو من المنافسة النزيهة الخالية من كل تمييز بين المرشحين، ولا تتحقق الشفافية إلا إذا تم إعلام المعنيين وذلك بإتباع الوسائل المحددة قانونا، فخلق جو من التنافس يقتضي إعلام الإدارة جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد، و فتح المجال واسعا أمامهم لتقديم عروضهم و تمكينهم من المعلومات الكافية المتعلقة بالعقد وكذلك تمكينهم من حق الطعن، و تقتضي صفة العلنية أن يتم نشر الإعلان في مختلف وسائل النشر والإشهار، حيث يتم تحديد الفئات التي توجه لها الدعوة للمنافسة، و يتم دعوة المعنيين للمنافسة مع ضرورة الإعلان بدقة عن موضوع العقد وتحديد مكان سحب دفاتر الشروط بدقة ومواعيد ذلك و تحديد مكان إيداع العروض و تحديد أجل إيداعها و تبيان الوثائق الواجب إدراجها من قبل المتنافسين ضمن عروضهم، و كل المعلومات التي من شأنها أن تضع المتنافسين في الصورة وتزيل عنهم كل إبهام.

لذلك عرف بعض الفقه الشفافية على أنها وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقتها مع المواطنين، وعلانية الإجراءات و الغايات والأهداف ،سواء في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية، ويعد مبدأ الشفافية عموما من أهم آليات الحكم الراشد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني، ولا يجوز للإدارة أن تمارس اتجاهه شكلا من الممارسة السلبية ،فتحرمه مثلا: من الحصول على المعلومات التي تخصه، و تمس مصالحه وشؤونه، تحت ذريعة السر المهني ،لذلك شهدت

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر2017.ص212

الجزائر منذ مدة ظهور البوابات الالكترونية لمختلف الوزارات، ومراكز الهيئات العامة من أجل تمرير المعلومة، وإضفاء المزيد من الشفافية بخصوص تسيير الملفات[1].

نجد تكريس المشرع الجزائري لإجراء الإعلان المسبق مثلا في نص المادة 105 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه [2]، وكذا في المادة 250 التي جاء فيها: "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب أن يكون باللغة الوطنية واللغة الأجنبية."

خاتمة

خلاصة لما تم تناوله في هذه المحاضرة، يتضح أن مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام تشكل الركيزة الأساسية لضمان مشروعية هذه العقود ونجاعتها، باعتبارها الإطار الذي يحكم عملية اختيار المفوض له ويوجهها نحو تحقيق المصلحة العامة. فمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية يكرس فتح باب المنافسة أمام جميع المتعاملين المؤهلين دون إقصاء أو تمييز، بما يسمح للإدارة بالاستفادة من أفضل العروض من الناحية التقنية والمالية.

كما يضمن مبدأ المساواة في معاملة المترشحين إخضاع جميع المتنافسين لنفس الشروط والمعايير الموضوعية، ويحول دون كل ممارسة تفضيلية أو تمييزية تمس بمبدأ تكافؤ الفرص، وهو ما يعزز الثقة في الإدارة ويضفي على إجراءات التفويض طابعا من النزاهة والحياد. ويكتمل ذلك بمبدأ شفافية الإجراءات، الذي يفرض وضوح القواعد وعلنية الإشهار وتمكين المترشحين من المعلومات والضمانات القانونية، بما يسمح برقابة حقيقية على تصرفات الإدارة ويحد من مظاهر الغموض أو التعسف.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية والتنظيمية، يتبين أن المشرع الجزائري سعى إلى تكريس هذه المبادئ في مختلف مراحل إبرام عقود تفويض المرفق العام، مع إقرار بعض الاستثناءات المحدودة التي تمليها اعتبارات المصلحة العامة أو التوجهات الاقتصادية الوطنية. وعليه، فإن احترام هذه المبادئ لا يعد مجرد التزام شكلي، بل شرطا جوهريا لنجاح نظام تفويض المرافق العامة، وضمانا لحسن سيرها واستمراريتها، وتمهيدا ضروريا لدراسة الآثار القانونية المترتبة عن تنفيذ عقود التفويض والرقابة عليها.

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص260.

[2] القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، سابق الذكر.

المحاضرة السادسة: خصوصية إبرام عقود الامتياز القطاعية

مقدمة

أخضعت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، لنفس المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما كرس المشرع المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، عندما نص في الفقرة الثانية من ذات المادة 209 المذكورة أعلاه على أنه: "...وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضية، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف".

غير أن ذات المرسوم وإن كان يحدد المبادئ العامة في مجال الشفافية والإشهار والمنافسة، فإنه لا يحيل إلى أي شكل خاص لإبرام هذا النوع من العقود كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، بحيث نصت المادة 217 منه، على أن تحديد كيفيات ذلك سيكون بموجب مرسوم تنفيذي، وهو ما يشكل فجوة في ظل وجود نصوص قانونية خاصة ببعض القطاعات، منحت الإدارة المانحة لعقد الامتياز سلطات واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي (أولا)، وإن كان العقد في حالات أخرى يمنح بعد الدعوة للمنافسة (ثانيا).

أولا: الاعتبار الشخصي كمبدأ عام لإبرام عقود الامتياز

يعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي مبدأ معمول به في إطار العقود الإدارية التي لم يتدخل المشرع الجزائري لتحديد كيفية منحها وانعقادها نظرا لأهميتها أو أهمية محلها، لما ينطوي عليه من مصلحة عامة، أو مخاطر لا يتحملها إلا من كان كفء لها، وهو ما يتجسد في عقود تفويضات المرفق العام وخصوصا عقد الامتياز، الذي لم يتدخل المشرع كأصل عام لتنظيمه خاصة ما يتعلق بكيفية منحه، باستثناء تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، منحت الإدارة المانحة سلطة واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي، والذي يفهم منه منح العقد للشخص على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفر لديه هو دون غيره، باعتباره يتولى تسيير مرفق عام مهيأ ومخصص أصلا لتلبية وإشباع حاجات عامة، وما ينطوي على ذلك من مسؤولية.

في هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية[1]، على أنه: "يمنح هذا الامتياز بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق". كما تشير المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11، الذي يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[2]، إلى "إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية إسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق".

من جهتها، تضيف المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[3]، أن: "امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

بل وأكثر من ذلك تدخل المشرع الجزائري في بعض الحالات لتحديد المفوض له بصفة حصرية دون أي إمكانية لمنحه لأشخاص غيره، بخصوص بعض المرافق العامة ذات الطابع الاستراتيجي، مثل امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب[4].

---

[1] الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 305/15، المؤرخ في 05 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2015.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2011.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 جوان 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة ، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011.

[4] تنص المادة 05 من القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدلة بالمادة 02 من القانون رقم 01/13 المؤرخ في 20 فيفري 2013، ج عدد 11 الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2013 على أنه: "صاحب الامتياز: المؤسسة الوطنية سوناطراك – شركة ذات أسهم، أو أحد فروعها الذي يستفيد من امتياز النقل بواسطة الأنابيب متحملة في ذلك الأخطار والتكاليف والخسائر

وعليه يتضح جليا من خلال هذه المواد اعتماد مبدأ الاعتبار الشخصي وأهمية صاحب الامتياز للتعاقد مع الإدارة لتسيير المرفق العام، على أساس أن تنازل الدولة مؤقتا عن إدارة وتسيير المرفق العام للملتزم يعد من قبيل تنظيم المرفق العام محل العقد، والإمكانية التي تتمتع بها الإدارة في اختيار الملتزم في عقد الامتياز تقابلها التزامات بضرورة إشباع الحاجات العامة عن طريق تأمين أفضل إدارة وسير للمرفق، كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أيضا أساسه في جملة الالتزامات التي تقع على الملتزم حيث تفرض عليه السهر شخصيا على تسيير المرفق العام وفقا للطريقة المحددة في العقد، والكيفية التي تسمح بتقديم الخدمات العامة للجمهور وإشباعها بطريقة مرضية للمنتفعين[1]، زيادة على ما فرضته ضرورة الاستفادة من إمكانيات الخواص المالية والتقنية في التكفل بأعباء استغلال المرفق[2].

إن أهم نتائج تفويض المرفق العام استنادا لمبدأ الاعتبار الشخصي تتمثل في عدم قابليته للتنازل، بمعنى عدم إمكانية اتفاق الملتزم مع الإدارة المانحة للعقد على أن يحل محله شخص آخر في تنفيذ العقد الذي أبرمه معها[3]، إلا في حالة وجود نص خاص يحدد إجراءات منح الامتياز وإمكانية قابليته للتنازل من عدمها، على غرار القرار الوزاري المشترك، الذي يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 281/15[4]، وكذا القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة[5].

المترتبة على ذلك. كما يعتبر أيضا صاحب امتياز كل شخص يستفيد من الامتياز الخاص بالقنوات الدولية متحمل في ذلك الأخطار والتكاليف والخسائر المترتبة على ذلك".

[1] أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 25.

[2] بلسبط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 98.

[3] عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في أثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 32.

[4] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، المحدد لشروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 281/15، المؤرخ في 26 أكتوبر 2005، ج ر عدد 62 الصادرة بتاريخ 23 أكتوبر 2016، حيث تنص المادة 02 منه على أنه "يخضع منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، المذكورة في المادة الأولى أعلاه، لصيغة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل طبقا للشروط والكيفيات المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 281/15 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 والمذكور أعلاه، وكذا دفتر الشروط الملحق به".

[5] القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، سابق الذكر، حيث نصت المادة 13 منه على أنه "يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز طبقا لأحكام هذا القانون".

ونفس الأمر يقال بالنسبة لمدى قابلية عقد الامتياز للانتقال إلى الورثة، والذي لا يتم إلا في حالة وجود نص صريح يشير لإمكانية ذلك[1].

ثانيا: الدعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لإبرام عقود الامتياز

رغم أن تدخل المشرع الجزائري في مجال تنظيم عقود الامتياز لازال ضعيفا مقارنة بأهمية مثل هذا العقد، ورغم عدم تنظيمه لمرحلة اختيار الملتزم تنظيما يساير ويخدم الحركية الاقتصادية للدولة، وترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة، إلا أنه تدخل بموجب بعض القوانين، ليجعل من منحه معلقا على تنظيم الدعوة للمنافسة، وبالتالي اختيار أكفأ المتقدمين من الناحيتين التقنية والمالية[2]، وذلك عن طريق اللجوء لتقنية طلب العروض المعتمدة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15[3]، في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية.

---

[1] تراجع في هذا الصدد المادة 11 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر عدد 9، الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008، والتي نصت على أنه: "في حالة وفاة صاحب الامتياز يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري إلى غاية نهاية مدة الامتياز، شريطة أن يبلغوا بذلك السلطة المانحة للامتياز في أجل لا تتجاوز مدته شهرين (2) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط". والمادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 69/07 المؤرخ في 19 فيفري 2007، المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007، التي نصت على أنه "في حالة وفاة صاحب الامتياز، يستطيع ذوو حقوقه الاستمرار في استغلال الامتياز بشرط أن يعلموا الوزير المكلف بالمياه الحموية بذلك عن طريق الوالي المختص إقليميا في أجل لا يتعدى شهرين (2) وأن يمتثلوا لأحكام هذا المرسوم في أجل لا يتعدى (6) أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة". رغم أن المادة 24 من ذات المرسوم تقضي بأن: "الامتياز غير قابل للتنازل عنه وغير قابل للتحويل. يمكن أن يرخص منبع المياه الحموية كله أو جزء منه. لا يمكن أن يكون موضوع تأجير من الباطن من طرف صاحب الامتياز من الغير".

[2] راجع مثلا: المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المؤرخ في 9 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، سابق الذكر. والذي نصت المادة 06 منه على أنه: "وفقا لأحكام المادتين 72 و73 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فبراير 2002 والمذكور أعلاه، يمنح امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز من طرف الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالطاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز". والمادة 02 من القرار الذي يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2013، والتي نصت على أنه: ""يمكن أن تمنح الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية المتوفرة بعد إعلان ترشح أشخاص طبيعيين ذوي جنسية جزائرية حسب الأولوية التي منحتها أحكام المادة 17 من القانون رقم 03/10، المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 والمذكور أعلاه".

[3] يعرف طلب العروض حسب المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أنه: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء. ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بأسلوب طلب العروض، رغم كونه استثناء من القاعدة العامة التي هي مبدأ الاعتبار الشخصي، نظرا لمحل العقد وهو تسيير وإدارة مرفق عام تابع للدولة، مهيأ ومخصص أساسا لتحقيق حاجات عامة للجمهور، وذلك على خلاف كيفيات إبرام عقود الصفقات العمومية، التي تكون فيها الدعوة للمنافسة قاعدة عامة، والتراضي استثناء.

الملاحظ أنه حتى في ظل اعتماد بعض النصوص قاعدة طلب العروض عند تفويض المرفق من خلال فتح المجال للمنافسة، إلا أن غالبيتها لم تنظم كيفية استدراج هذه العروض، ومعايير وأسس اعتماد الملتزم، فنجد مثلا إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي في الأمر رقم 11/06[1]، الذي حدد مجالات استخدام كل منهما، حيث يعتمد أسلوب المزاد العلني اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية عملا بأحكام نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07، المحدد لشروط ومنح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[2]، فيمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني إذا كانت القطعة الأرضية محل العقد تتواجد في بلديات الولايات التالية: الجزائر، عنابة، قسنطينة، وهران، بلديات مقر الولاية ومقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد، بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا، أما خارج هذه البلديات فكان يعمل أسلوب التراضي بالإضافة إلى بلديات ولايات الجنوب حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

وبالتالي يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط النموذجي عن طريق المزاد العلني، إذ يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني (المادة 05 من نفس الأمر)، ومنه فأسلوب التراضي اعتبر استثناءا على القاعدة العامة (المزاد العلني)، يتم اللجوء إليه في حالات محددة على سبيل الحصر حسب المادة 07 من نفس الأمر، بعد ترخيص مجلس الوزراء بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار تطبيقا للمادة 06 من نفس الأمر.

عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

[1] الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 أفريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم11/06 الذي يحدد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

وبعد صدور قانون المالية التكميلي رقم 11/11[1]، أدخل المشرع تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في الأمر رقم 04/08[2] استثناءا لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، وعليه يكون المشرع قد منح الوالي سلطة منح الامتياز، وبالتالي تركيز سلطة المنح في يد سلطة واحدة مع الإبقاء على وصاية وزير السياحة، عملا بأحكام المادة 15 من القانون رقم 11/11، والتي استغني عنها (موافقة وزير السياحة) بموجب قانون المالية لسنة 2013، واستبدلها بموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.

أما قانون المالية التكميلي لسنة 2015[3]، فقد عدل المادة 05 من الأمر رقم 04/08 لتصبح كما يلي: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناءا على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار الذي يتصرف كلما تطلب الأمر ذلك بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة، والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات".

يلاحظ إذن تذبذب المشرع الجزائري في اعتناق مبدأ واحد، نظرا لتعدد المرافق العمومية التي يمكن تسييرها عن طريق عقد الامتياز، بل تذبذب موقفه حول طريقة اختيار الملتزم حتى لو تعلق الأمر بمرفق واحد، وهو ما يعرض القوانين للتعديل والتتميم بعد فترات ليست بالمتباعدة، مما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار، خاصة بالنسبة لعقود الامتياز التي يمكن أن يكون فيها الملتزم شخصا أجنبيا، لاسيما وأن عقد الامتياز يستلزم أموالا طائلة من قبل الملتزم باعتباره قد يتضمن إنشاء الهياكل الأساسية، ناهيك عن ضرورة إجراء التأمينات الإجبارية اللازمة، فضلا عن ضرورة مراعاته لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وهو ما يفرض عليه بعضا من المجازفة.

---

[1] القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.

[2] الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

[3] القانون رقم 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.

وما يزيد الأمر تعقيدا أن قانون المنافسة من جهته حتى بعد تعديله سنة 2008 وامتداد تطبيقه للعقود الإدارية وخصوصا الصفقات العمومية[1]، أعفى بصفة غامضة عقود تفويض المرافق العامة من تطبيق أحكامه، على خلاف التشريع الفرنسي الذي ينص على أن قواعد المنافسة تطبق على جميع نشاطات الإنتاج، والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي تكون بفعل الأشخاص العامة، لاسيما في إطار عقود تفويض إدارة المرفق العام[2].

وهو ما التزمت به هيئات المنافسة الفرنسية من خلال تطبيقها لقانون المنافسة على المؤسسات المكلفة بعقود امتياز تسيير المرافق العامة[3]، إذ تكون ممارساتهم في هذه الحالة حسبها بعيدة عن مقومات السلطة العامة لارتباطها الوثيق بالنشاط الاقتصادي، وبالتالي يمكن أن تتابع من طرف مجلس المنافسة، في حالة اعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة[4].

على أن واضعي النصوص المتعلقة بالمنافسة في الجزائر، أغفلوا إخضاع هذا النوع من العقود لقواعد المنافسة، بحيث لا تخضع لأحكام قانون المنافسة سوى الصفقات العمومية، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي يخاطب بصفة خاصة عقود تفويض المرفق العام[5]، وإن كان ذلك حسب البعض ذو أهمية محدودة كونه يتعلق بنشاط المفوض له تسيير المرفق العام، ولا يتعلق بتاتا بنشاط المفوض[6]، فيمكن بذلك لمجلس المنافسة أن يعلن عدم اختصاصه لدارسة إجراء التنازل الذي من خلاله تختار

---

[1] القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008.

[2] Voyez l'article L.410-1 du code de commerce français.

[3] أمزيد الجيلالي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، الطبعة الثانية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2012، ص. 99.

[4] Voyez à titre d'exemple: Décision du conseil de la concurrence n° 09-D-17 du 22 Avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie. Cité par: Debroux Michel, Nicolas-Vullierme Laurence, et Sarrazin Cyril, Ententes: chroniques, Revue Concurrences, n° 3-2009, Paris, p. 84.

[5] Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012, pp. 82 – 83.

[6] عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة، مداخلة في الملتقى الوطني حول "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 و01 ديسمبر 2011 ، ص. 101، غير منشورة.

الإدارة القائم بخدماتها، ولكنه يمكن أن يتصدى للممارسات المقيدة للمنافسة السابقة أو اللاحقة لهذا الاختيار[1].

خاتمة

يعتبر عقد الامتياز من أبرز العقود الإدارية خاصة بعد الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، وصدور تعليمة وزير الداخلية والجماعات المحلية رقم 842/3.98، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي اعتبرته الطريقة المثلى لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل. ورغم أهمية هذا العقد إلا أن المشرع الجزائري لم يوفه بالتنظيم الكافي الذي يتطلبه باعتباره ينصب على إدارة مرفق عام تابع للجهة الإدارية، تبقى ضامنة لتسييره، من خلال ممارسة رقابة عليه.

وتعتبر مرحلة اختيار الملتزم المرحلة الحاسمة في عقد الامتياز، ذلك أن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني للملتزم، وعموما تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في اختياره على أساس الاعتبار الشخصي، رغم أن هناك بعض التدخلات من المشرع لتنظيم هذه المرحلة من استلزام اتباع إجراءات طلب العروض، وإن كان متذبذبا في ذلك حيث تتعرض القوانين للتعديلات المتكررة، والتي تمس خاصة طريقة اختيار الملتزم، ناهيك عن تدخل المشرع لإقرار هذه التعديلات بموجب قوانين المالية، وإن كان ذلك يؤثر سلبا على الامتياز كأسلوب للتسيير من خلال إمكانية ضياع حقوق الملتزم، لذلك ينبغي تعزيز مبدأ الاستقرار التشريعي لجلب المستثمر خاصة الأجنبي، ناهيك عن الابتعاد عن التشريع بموجب قوانين المالية.

كما يجب سد الفراغ الذي يعرفه قانون المنافسة بحيث يجب أن تحكم وتنظم قواعد المنافسة الصفقات العمومية وكذلك التفويضات الاتفاقية، خصوصا بعدما تم إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف ذكره، والذي نصت المادة الأولى منه على أنه: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم". كما نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سالفة الذكر على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

[1] CA Paris, arrêt du 29 janvier 2002, Sté Saturg et autres. Voyez: Marie Malauri-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 40.

المحاضرة السابعة: كيفيات إبرام عقود التفويض المحلية

مقدمة

جاء المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بخصوص تفويض المرفق العام المحلي ليكمل ما كان في النصوص القديمة والتي كان فيها أسلوب دعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لاسيما في مجال منح عقود الامتياز مثلما تم توضيحه سابقا.

و إذا كان الهدف من وراء وضع نظام منافسة كشرط جوهري لإبرام عقود الإدارة العامة وتفويضات المرفق العام، هو الوصول إلى تحقيق امتياز أفضل المتعاقدين[1]، فإن تلبية هذا المطلب لا يمكن إلا أن يتوافر مجموعة من شروط جاءت في المرسوم التنفيذي رقم 18-199، علما بأن تنظيم كيفيات إبرام وتنفيذ عقود التفويض المحلية قبل صدور هذا النص، نظمت بموجب تعليمة أصدرها وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري وهي التعليمة رقم 842/3.94 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والموجهة للسادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية، رؤساء المندوبيات التنفيذية، زيادة على أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الذكر، مما يستوجب حليل كيفيات إبرام عقود التفويض المحلية ضمن التعليمة المذكورة والمرسوم الرئاسي رقم 15-247، ثم تحليل الإجراءات الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة المحلية.

أولا: عقود التفويض المحلية ضمن التعليمة رقم 842/3.94 المؤرخة في 7 ديسمبر1994 وأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16

إن التعليمة رقم 842-94.3 و أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يعبران في مضمونهما عن الإطار المرجعي لتفويض المرفق العام بغية تحقيق الهدف الأسمى التي تسعى له الدولة عن طريق جماعاتها الإقليمية من خلال تكريس مبدأ اللامركزية في التسيير، تحسين المستوى الاقتصادي و الاجتماعي للمواطنين، تقريب الإدارة من المواطن و خلق الثروة للجماعات المحلية، لذلك فإنها تسعى جاهدة الى التسيير الحسن لمرافقها العمومية، و هذا على إثر تسجيل عجز في التسيير المباشر للمرافق العامة من

[1] النوي خرشي، المرجع السابق.ص148.

طرف الجماعات المحلية سواء من جانب نقص الكفاءات أو الجانب المالي و البشري، ومن هذا المنطلق تتمحور هيكلة الجزء التحليلي لهذين النصين في النقاط التالية:

أ- مقارنة من حيث الأساليب المتبناة

تعتبر التعليمة رقم 842-94.3 الإطار التنظيمي لفهم عقود الامتياز و التأجير المنصوص عليهما في قانون البلدية رقم 90-08 في المرافق العامة المحلية، في حين نجد خلق أسلوبين جديدين اضافة إلى الإمتياز و الإيجار في أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و هما الوكالة المحفزة و التسيير.

و هنا إذا تحدثنا عن مضمون عقود الامتياز و التأجير في كلا النصين نجد أنهما متقاربين جدا من حيث المفهوم العام، حيث يفهم الامتياز على أنه عقد بين الإدارة المانحة للإمتياز و ملتزم يُعهد له إنجاز منشآت و/أو إدارة و استغلال مرفق عام لمدة معينة من الزمن، بواسطة أمواله و على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون لخدماته في حين أن التأجير أو الإيجار فيفهم على أنه عقد بين الإدارة و ملتزم يعهد له استغلال مرفق عام منجز و مقام مسبقا لمدة محددة من الزمن، أما الوكالة المحفزة و التسيير المذكورين فقط في أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي فيعرفان على أنه عقد تعهد بموجبه السلطة المفوضة للمفوض له تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام على حساب السلطة المفوضة لمدة معينة مقابل دفع أجر للمفوض له.

من خلال تعريف الأساليب المذكورة في كلا النصين يتجلى لنا أن مستوى التفويض يعتبر متغير محدد أول لاختيار أي أسلوب ملائم لتسيير المرفق العام، حيث يقصد بمستوى التفويض فيما إذا كان مستوى إنجاز الهياكل والمنشآت أو فقط تسيير و استغلال دون إنجاز.

ب- مقارنة من حيث مجال منح التفويض

يختلف مجال منح التفويض لعقود الامتياز و التأجير المنصوص عليهما في التعليمة وبين الإمتياز والإيجار المنصوص عليهما في أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث تقتصر التعليمة على المرافق العامة المحلية التابعة للولاية و البلدية المحددة في قانون البلدية في حين أن أحكام المرسوم الرئاسي تشمل جميع المرافق العامة بإختلاف القطاعات التابعة لها و باختلاف الأسلوب المتبنى.

ج- مقارنة من حيث الشخص القانوني الملتزم

إن أحكام المرسوم الرئاسي تعتبر اللبنة الأساسية التي من خلالها وسعت من نوعية الأشخاص القانونية التي يمكن لها المشاركة في المنافسة للإستفادة من الامتياز أو الايجار حيث أدخلت الاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام و الخاص بالإضافة إلى الاشخاص الطبيعية الخاضعة للقانون الخاص في حين أن التعليمة توجه المنافسة إلا لفئة الأشخاص الخاصة.

د- مقارنة من حيث المقابلات المالية

نقصد بالمقابلات المالية هنا هو المقابل المالي التي تتحصل عليه سواء الإدارة المفوضة لتسيير المرفق العام من طرف الملتزم مقابل منحها للتفويض أو من طرف المنتفعين من خدمات ذلك المرفق (أو كما يطلق عليها السلطة المفوضة في أحكام المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه)، أو الذي يستفيد منه الملتزم من طرف المنتفعون أو من طرف السلطة المفوضة ، أو التي يدفعها المنتفعون مقابل الخدمات الممنوحة.

و عليه، فحسب التعليمة المشار إليها أعلاه، تنص على أن المقابلات المالية في أسلوب الإمتياز تكون على الشكل التالي: - الملتزم يتلقى رسوم من طرف مستخدمي المرفق العام مقابل تقديمه للخدمات المطلوبة، دون أن يدفع أي مبلغ للسلطة المفوضة، أما في أسلوب الإيجار فنجد أن الملتزم يدفع إتاوة سنوية للسلطة المفوضة مقابل تأجيره للمرفق العام المعني، و الذي بدوره يتقاضى رسوم من طرف المنتفعين.

في حين أن أسلوبي الامتياز والايجار المنصوص عليهما في أحكام المرسوم الرئاسي المذكور سابقا، يتطابقان تماما من حيث المقابل المالي مع تلك التي تم النص عليها في التعليمة، أما من ناحية الأسلوبين الآخرين، فكلا من أسلوبي الوكالة المحفزة و التسيير يختلفان مع الامتياز و الايجار لكن يتشابهان تقريبا فيما بينهما، حيث أن المقابلات المالية تكون على النحو التالي:

- الملتزم يتقاضى أجرة من طرف السلطة المفوضة مقابل تقديمه للخدمات؛

- السلطة المفوضة تتقاضى كل التعريفات المحصلة من طرف الملتزم أو المفوض له

- المنتفعون يدفعون تعريفات مقابل الاستفادة من الخدمات المقدمة.

مما سبق، نجد أن شكل المقابل المالي يتحدد من نسبة تمويل انجاز و/أو استغلال و تسيير المرفق العام فيما إذا كانت على حساب السلطة المفوضة أو على حساب المفوض له و من هنا ينبثق عامل الخطر الذي يكون في أوجه في حالتي الامتياز و الايجار بالنسبة للمفوض له و في أدنى مستوياته بالنسبة للسلطة المفوضة أما في حالتي الوكالة المحفزة و التسيير فيزيد عامل الخطر بالنسبة للسلطة المفوضة و ينقص بالنسبة للمفوض له، في هذا الصدد، نجد أن عامل الخطر هو المتغير المحدد الثاني الذي على أساسه يُختار أسلوب التفويض الأنجع لأي إدارة.

هـ- مقارنة من ناحية الإجراءات منح الامتياز أو الإيجار

لم تنص المواد المذكورة في أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي على الإجراءات الواجب اتخاذها لمنح الامتياز أو الإيجار أو حتى باقي الأساليب، حيث حددت كيفيات تطبيق هذا الجزء بنص مرسوم تنفيذي.

أما عند دراسة فحوى التعليمة ، نجد أنها تنص على أن المنح يكون عن طريق المزايدات التي تجرى وفقا للشروط المعمول بها في قانوني البلدية و الولاية ضمانا لمبدأ المنافسة، و ذلك لعدم توفر أي نص خاص ينظم كيفية منح الامتياز أو الإيجار للمرافق العامة المحلية.

و- مقارنة من ناحية ممارسة امتيازات السلطة العامة

امتيازات السلطة العامة في نص التعليمة مكرسة بشكل كبير حيث تتجلى أهمها في:

- حق استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة

- حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون توقف على إرادة الملتزم

- الرقابة على إنشاء و إعداد المرفق العام و سيره، و هذا ما تم تكريسه كذلك في أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي حيث تعتبر رقابة كمتغير محدد ثالث مساعد على اختيار الأسلوب الأكثر فعالة، إذ أنه كلما نقص تواجد السلطة المفوضة في تفويض المرفق العام زادت الرقابة على المفوض له و هنا نتحدث على الامتياز و الايجار في حين أنه كلما كان تواجد مركز للسلطة المفوضة في التسيير نقصت نسبة الرقابة على المفوض له وهنا نقصد الوكالة المحفزة و التسيير.

- تحديد مبلغ الرسوم والتعريفات يتم من طرف السلطة المفوضة في حين أن أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي يحدد فيه مبلغ التعريفات من طرف السلطة المفوضة في حالة التسيير و بالتشارك مع المفوض له في حالة الوكالة المحفزة أما بالنسبة للإتاوات فهي تحدد من طرف المفوض له.

ز- مقارنة من ناحية تجسيد التفويض

نص التعليمة كان واضحا ومحددا لمنح التفويض حيث يتم أساسا على عقد ملزم للطرفين يتكون من شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية تقوم بناء على دفتر شروط مصادق عليه في حين أن أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي لم توضح كيفية تحديد العقد التي أرجعته إلى نص مرسوم تنفيذي.

ثانيا: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام العقد ضمن المرسوم التنفيذي رقم 18-199

عرف أسلوب الطلب على المنافسة لإبرام عقود التفويض المحلية ضمن المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه "إجراء يستهدف الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقاءهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. ويمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل العرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب سلم تقييم محددة في دفتر الشروط المنصوص عليها في المادة 13 أدناه".

أ- أشكال الطلب على المنافسة

جاء في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 199/18 أنه "يكون الطلب على المنافسة وطنيا" ويفهم من ويتم تنفيذ هذا الإجراء على مرحلتين أساسيين وهما:

1- مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين

بينت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام أن الاختيار الأولي يتم على أساس ملفات المترشحين، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح المحددة في الجزء الأول من دفتر شروط وعنوانه، ومحتوى ملف الترشح في لوح الإعلان على العروض[1].

[1] المرسوم التنفيذي 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، سابق الذكر.

2- مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد

يتم بعد ذلك توجيه دعوة إلى المترشحين الذين تم انتقاءهم أثناء المرحلة الأولى من أجل سحب دفتر شروط، ويتضمن جزئين: دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح، ودفتر العروض ويتضمن البنود الإدارية والبنود المالية، كما يمكن الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة، وفقا لما جاء في نص المادة 14 و15 من المرسوم التنفيذي المتعلق التفويض المرفق العام[1].

هذا أبرز ما جاء في أحكام المرسوم التنفيذي الجديد وهو عكس ما كان في النصوص القديمة والتي كان فيها أسلوب الدعوة للمنافسة إجراء غير منظم بشكل دقيق وواضح.

ثالثا: أسلوب التراضي كاستثناء

تبين لنا مما سبق أن أسلوب الطلب على المنافسة هو القاعدة العامة في إبرام تفويضات المرفق العام المحلية، بما يكفل حق المشاركة لكل المرشحين، ويقيد من جهة الإدارة بجملة من الإجراءات التي تؤدي في مجملها لضبط حرية الإدارة عند اختيار المتعامل المتعاقد معها بضوابط وأحكام موضوعية يأتي على رأسها ضمان الشفافية، وتكريس مبدأ حرية المنافسة على الرغم من أن القانون تفويضات المرفق العام قد أتاح هامشا معتبر في الحرية عند اختيار المتعاقد في حالات وظروف معينة لا يمكن معها إتباع أسلوب طلب المنافسة وهو ما يعرف بأسلوب التراضي Le gré à gré.

أ- تعريف التراضي

يعتبر أسلوب التراضي إحدى طرق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، ويعرف التراضي على أنه: "ذلك الأسلوب الاستثنائي في التعاقد والذي تنفذه السلطة المختصة دون اللجوء لشكليات المنافسة، مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب شرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب"[2].

[1] المرسوم التنفيذي 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام. سابق الذكر.

[2] عوابدي عمار، القانون الإداري - النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.209.

وقد نظم أسلوب التراضي في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بالتفويض المرفق العام بنص جاء صريح، كأسلوب استثنائي وفق للمادة 08 منه.

ب- أشكال التراضي

نصت المادة 16 من تنظيم تفويض المرفق العام على أن التراضي يمكن أن يأخذ صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة:

- التراضي البسيط:

وفقا للمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن التراضي البسيط هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان سير المرفق العام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، ورغم إطلاق يد الإدارة لاختيار المفوض له، إلا أن نص المادة 20 قيدها بضرورة توفر حالات خاصة للجوء لهذا الأسلوب تشمل **الوضعية الاحتكارية للمترشح واحد** وهي الحالة التي تتوفر عندما لا يمكن تنفيذ موضوع التفويض إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية[1]، أو **الحالات الإستعجالية** وهي حالات تسمح للمصلحة المتعاقدة بإبرام اتفاقية التفويض، وفق إجراء التراضي البسيط وقد نصت المادة 21 على إمكانية تجسيدها في عدة صورة لاسيما: عندما تكون اتفاقية التفويض مرفق العام، سارية المفعول لموضوع إجراء الفسخ، أو عند رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد أجال، أو عند استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

- التراضي بعد الاستشارة

هو إجراء يسمح بإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب استشارة بسيطة توجه إلى 03 مترشحين على الأقل، بحيث تجد الإدارة في هذا الإجراء بعض الحرية والمرونة في اختيار المتعاقد معها، ولا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة كذلك إلا بتوفر إحدى حالات المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199 والمتمثلة في **حالة عدم جدوى طلب كل المنافسة**، وتتوفر هذه الحالة عند الإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة. **أو في حالة تفويض بعض المرافق التي لا تستلزم اللجوء إلى الطلب على المنافسة** نظرا لطبيعتها

[1] المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، سابق الذكر.

الخاصة، ولم يحددها المشرع بل أحالها على التنظيم بموجب قرار وزاري مشترك، ويتم اختيار المفوض له من ضمن قائمة معدة سابقا، من طرف السلطة المفوضة وهي ملزمة بإتباع نفس دفتر شروط[1].

إن نجاح مشاركة القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العمومية في الجزائر، بموجب تقنية التفويض يبقى مرهونا ليس فقط بالإمكانات المادية والمهنية والتقنية للمفوض له فحسب، بل بصورة أساسية بوجود ضوابط تتضمنها مبادئتفرض على طرفي العقد، منذ بدأ تكوينه وحتى مرحلة تنفيذه، وهو الأمر الذي يبقى رهين النصوص التطبيقية لأحكام مرسوم 2015، ويقصد بذلك المرسوم التنفيذي 199/18المتعلق بتفويض المرافق العمومية المحلية، وكذا لتوجهات المشرع والغايات التي يرمي من خلالها لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة رغم وجود تجارب سبقت صدور مرسوم الرئاسي 247/15[2].

أما عن التساؤل حول مدى قدرة تفويض المرفق العام على التوفيق بين تأمين المرفق العام وغايات المفوض له الاستثمارية، فيبقى المكلف بتسيير المرفق العام خاضعا لمبادئ المرفق العام.

[1] المرسوم التنفيذي 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام. سابق الذكر.

[2] صالح زمال بن علي، «أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، الصادرة عن جامعة وهران 2، المجلد 06، العدد 01، فبراير 2017، ص169.

خاتمة

خلاصة لما تم تناوله في هذه المحاضرة، يتبين أن كيفيات إبرام عقود التفويض المحلية في التشريع الجزائري عرفت تطورا ملحوظا، انتقل بها من تنظيم جزئي ومبعثر، قائم أساسا على التعليمات الإدارية، إلى إطار قانوني وتنظيمي أكثر وضوحا ودقة، خاصة بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ثم المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة المحلية. وقد ساهم هذا التطور في تكريس مبدأ المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقود التفويض، مع ضبط الاستثناءات الواردة عليها في نطاق ضيق تفرضه اعتبارات المصلحة العامة واستمرارية المرفق العام.

كما أبرزت هذه المحاضرة أن اختيار أسلوب التفويض الملائم لا يتم بمعزل عن جملة من المتغيرات الأساسية، وفي مقدمتها مستوى التفويض، وتوزيع المخاطر بين السلطة المفوضة والمفوض له، وطبيعة المقابل المالي، ومدى الرقابة التي تمارسها الإدارة على استغلال المرفق العام. وهو ما يفسر تنوع صيغ التفويض بين الامتياز، والإيجار، والوكالة المحفزة، والتسيير، واختلاف إجراءات إبرام كل منها بحسب طبيعة المرفق المحلي المراد تفويضه.

ومن خلال تحليل إجراءات الطلب على المنافسة وأسلوب التراضي، يتضح أن المشرع سعى إلى تحقيق توازن دقيق بين متطلبات الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص من جهة، ومنح الإدارة هامشا من المرونة في الحالات الاستثنائية من جهة أخرى، بما يسمح بضمان استمرارية المرفق العام وعدم تعطله. وعليه، فإن فعالية نظام تفويض المرافق العامة المحلية تبقى رهينة بحسن تطبيق هذه الإجراءات واحترام ضوابطها القانونية، وبقدرة الإدارة المحلية على اختيار المتعامل الأكفأ والقادر على التوفيق بين الأهداف الاستثمارية ومتطلبات المرفق العام، في إطار احترام المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة.

المحاضرة الثامنة: سلطات الإدارة في عقود امتياز المرافق العامة

مقدمة

تعد عقود امتياز المرافق العامة من أبرز نماذج العقود الإدارية التي تجسد بوضوح الطبيعة الخاصة للعلاقة التعاقدية التي تربط الإدارة بالمتعاملين معها، وتميزها عن عقود القانون الخاص. فهذه العقود، بحكم ارتباطها المباشر بتسيير المرفق العام وضمان استمراريته وانتظامه، تمنح الإدارة امتيازات وسلطات استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد في العقود المدنية أو التجارية، ويستند هذا التمييز إلى اعتبارات جوهرية أساسها تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجات الجمهور بأعلى درجات الفعالية والانتظام.

ومن هذا المنطلق، تمارس الإدارة في إطار عقد الامتياز جملة من السلطات التي تعد من صميم النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها، باعتبارها آليات ضرورية لضمان حسن تنفيذ العقد وصيانة المال العام والحفاظ على جودة الخدمة المقدمة. وتشمل هذه السلطات سلطة الإشراف والرقابة التي تتيح للإدارة متابعة مدى احترام الملتزم لالتزاماته العقدية، وسلطة التعديل المنفرد التي تمكنها من تكييف العقد مع التحولات والاحتياجات المستجدة للمرفق العام، وسلطة توقيع الجزاءات التأديبية عند الإخلال، فضلا عن سلطة إنهاء العقد عند ارتكاب أخطاء جسيمة تهدد السير الحسن للمرفق العام.

وتهدف هذه المحاضرة إلى تسليط الضوء على هذه السلطات الأربع، من خلال بيان أساسها القانوني، وشرح نطاق ممارستها، وتوضيح حدودها وضماناتها، مع إبراز ما تطرحه من إشكالات نظرية وتطبيقية في إطار التوازن الدقيق بين حقوق الإدارة وحقوق المتعاقد معها.

أولا: سلطة الإشراف والرقابة

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه. أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية. فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد. وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف

والتوجيه وإن لم ينص في العقد على ذلك وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة[1].

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة. كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها. فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة. وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود العقد حقها في إصدار التعليمات.[2]

وفي عقد الامتياز يتخذ الإشراف فيه شكلا خاصا ومميزا، فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسير بطريق الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أم أن هناك خرق من جانبه لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية، كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلا بالرسوم المتفق عليها وتجاوزه للحد المتفق عليه، أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق وهكذا.

ثانيا: سلطة التعديل

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل. فإن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة[3].

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها. وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان. وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة. ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف. فإن العقد الإداري

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، 1991، ص.542.

[2] حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الانجلو مصرية، الطبعة الأولى، 1959، ص. 12.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص. 77.

وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للعقد واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام .

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل في ما يلي:

1- ألا يتعدى التعديل موضوع العقد: لا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه. فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها.

وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه وإلا كنا أمام عقد جديد. ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية. فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

2- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية: لا شك أن الإدارة وهي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لا تتحرك من فراغ بل هناك عوامل تدفعها لتعديل هذا العقد أو ذاك. بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه.

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها. فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.

3- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية: إن الإدارة حين تقبل على تعديل عقد ما، فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري. فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل بنود عقد الامتياز. ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا.

إن أعمال الإدارة وإن صنفها الفقه إلى نوعين انفرادية من جهة، وتعاقدية من جهة ثانية، إلا أن العلاقة بينهما قائمة. إذ قد تصدر الإدارة قرارا إداريا له علاقة بالعقد. كالقرار المتعلق بأعمال جديدة لم ترد فيه فتصدر الإدارة قرارها ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل.

وكما مر بنا بالنسبة لسلطة الإشراف فإن الإدارة تصدر قرارات بموجبها تعلن عن تعليمات موجهة للملتزم، ومن المفيد الإشارة أن فقه القانون الإداري لم يسلم كله بسلطة التعديل. فهناك من الفقهاء من أنكرها على الإدارة. وهناك من قيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الامتياز. وتبرير ذلك أن عقد الامتياز مثلا يتضمن شروطا لائحية تسوغ للإدارة حق التدخل لتعديل بنود العقد، وكذلك الحال في عقد الأشغال. أما في غير العقدين المذكورين لا يجوز مباشرة حق التعديل، إلا إذا تم الاتفاق عليها في العقد[1].

والحقيقة أن مثل هذا الرأي من شأنه أن يجرد الإدارة من أحد أهم مميزات ومظاهر العقد الإداري فطالما تميز العقد الإداري بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة. وجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل. وإلا فإن العقد الإداري سيقترب من العقد المدني وتختفي مظاهره المميزة وتذوب نتيجة لذلك امتيازات السلطة العامة في مجال التعاقد وهو من شأنه أن يؤدي إلى اختفاء الأحكام المميزة للعقد الإداري.

ثالثا: سلطة توقيع الجزاء

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد، أو عدم مراعاته لشروط التعاقد أو تنازله عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة.[2]

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء بل دون حاجة للنص عليها قانونا.

---

[1] جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص. 56.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 462.

رابعا: سلطة إنهاء العقد

يستهدف هذا الامتياز أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين الملتزم، ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم هذا الأخير على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

فإذا وضعنا بعين الاعتبار أن العقد الذي يربط الإدارة بالمتعامل معها هو عقد امتياز، فإننا نتصور في هذه الحالة أن يلجأ الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلزم المنتفعون من خدمات المرفق بدفعها، فيبادر إلى رفعها دون علم الإدارة وموافقتها أو يميز بين المنتفعين اعتمادا على أسس تتعلق بجنس المنتفع أو معتقده. فهذا الفعل من جانبه يخول للإدارة فسخ الرابطة العقدية وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحالة مصطلح إسقاط الالتزام.

غير أن سلطة فسخ العقد، وبالنظر لخطورتها وأثارها، فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذار المعني بالأمر، وهو الملتزم في عقد الامتياز وهذا ما أقره القضاء المقارن[1].

وإذا كان العقد المدني هو الآخر وطبقا للمادة 119 من القانون المدني يخول المتعاقد توجيه إعذار في حال عدم الوفاء بالالتزامات العقدية وبذلك يقترب العقد المدني من العقد الإداري إلا أن مظهر تميز عقد الامتياز يظل واضحا فعدم الوفاء بالالتزامات بعد انتهاء مدة الإعذار يخول للطرف المدني (في العقد المدني) أحقية اللجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض، فالمتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي، بينما الإدارة مخول لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون حاجة اللجوء للقضاء.

[1] حسن درويش عبد العال، المرجع السابق، ص. 16.

خاتمة

يتضح من خلال ما تقدم أن سلطات الإدارة في عقود امتياز المرافق العامة ليست مجرد امتيازات شكلية، بل هي أدوات قانونية جوهرية تستمد مشروعيتها من الطبيعة الخاصة للمرافق العامة ومن التزام الدولة بضمان استمراريتها وفعاليتها، فسلطة الإشراف والرقابة تمكن الإدارة من متابعة التنفيذ وضمان احترام شروط العقد، بينما تمنحها سلطة التعديل الانفرادي القدرة على تكييف بنود العقد مع المتغيرات التي قد تطرأ أثناء تنفيذه دون الإخلال بجوهره أو تحويله إلى عقد جديد، أما سلطة توقيع الجزاءات فتسمح لها بالتدخل السريع لمعالجة أي إخلال يهدد سير المرفق، في حين تظل سلطة إنهاء العقد آخر الحلول التي تلجأ إليها الإدارة عند وقوع أخطاء جسيمة تعرض المرفق العام أو المنتفعين لخطر حقيقي.

وتؤكد هذه السلطات مجتمعة أن عقد الامتياز، رغم طبيعته التعاقدية، يظل أداة من أدوات إدارة المرافق العامة، لا يمكن إخضاعه بالكامل لقواعد القانون الخاص، فالغاية من منحه للإدارة هذه الامتيازات ليست ترجيح كفتها على حساب المتعاقد معها، وإنما تحقيق التوازن بين حماية المصلحة العامة وضمان حقوق الملتزم، ضمن إطار من المشروعية والرقابة والقواعد الضابطة، ومن ثم فإن الفهم الدقيق لحدود هذه السلطات وشروط ممارستها يشكل عنصرا أساسيا لفهم خصوصية العقود الإدارية وفعالية تسيير المرافق العامة بمختلف صورها.

المحاضرة التاسعة: منازعات عقود تفويض المرفق العام أمام قضاء الموضوع

مقدمة

تثير عقود تفويض المرفق العام، سواء في مرحلة الإبرام أو أثناء التنفيذ، إشكالات قانونية معقدة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المزدوجة التي تجمع بين قواعد القانون العام ومبادئ التعاقد. فالإدارة، عند إبرامها لعقود الامتياز أو عقود التفويض، تلتزم بجملة من الإجراءات الشكلية والموضوعية التي ترمي إلى ضمان الشفافية والنزاهة وتكافؤ الفرص بين المتعاملين، غير أن أي إخلال بهذه القواعد قد يؤدي إلى نشوء منازعات تتطلب تدخل القضاء الإداري باعتباره الحارس على مشروعية أعمال الإدارة.

وانطلاقا من ذلك، حرص المشرع الجزائري على توفير حماية قضائية فعالة للمتعاملين مع الإدارة، سواء كانوا متنافسين مستبعدين أو أصحاب عروض متضررين من قرارات عملية الإبرام، أو ملتزمين يواجهون قرارات تمس مراكزهم القانونية أثناء التنفيذ، وقد ظهر هذا الاهتمام من خلال إسناد رقابة واسعة لقضاء الموضوع، الذي يتولى الفصل في المنازعات المرتبطة بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد من جهة، ومنازعات القضاء الكامل المتعلقة بشروط العقد وآثاره وتنفيذه من جهة أخرى.

وتتوزع هذه الحماية القضائية إلى صورتين أساسيتين:

أولا، رقابة قاضي الإلغاء التي توجه نحو القرارات الإدارية المنفصلة التي تسبق أو ترافق عملية الإبرام، والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء لمخالفتها قواعد المشروعية.

وثانيا، رقابة القضاء الكامل التي تمتد إلى فحص مشروعية العقد نفسه، وآثار إلغاء القرارات المنفصلة عليه، وكذا المنازعات الناشئة أثناء مرحلة التنفيذ والتي تخرج عن نطاق دعوى الإلغاء.

وتهدف هذه المحاضرة إلى توضيح الإطار القانوني المنظم لهذه المنازعات، وبيان الشروط الشكلية والموضوعية لدعوى الإلغاء في مجال تفويضات المرفق العام، إضافة إلى تناول أهم تطبيقات رقابة القضاء الكامل في مرحلة الإبرام وفي مرحلة التنفيذ، وذلك في ضوء النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية ذات الصلة.

أولا: رقابة قاضي الإلغاء على مشروعية القرارات المنفصلة عن العقد

سنفصل في هذا الإطار، القرارات التي يمكن أن تكون محلا لرفع دعوى الإلغاء وشروط رفع هذه الدعوى.

أ- القرارات محل الدعوى

تصنف القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى قرارات إدارية بسيطة Les actes simples، وقرارات إدارية مركبة Les actes complexes، ذلك أن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال، تعتبر تطبيقا من تطبيقات فكرة التمييز بين القرارات الإدارية البسيطة والقرارات الإدارية المركبة، بحيث أن القرارات البسيطة هي تلك القرارات التي تصدر بصفة قائمة بذاتها ومستقلة، أي غير داخلة ولا مرتبطة بعمل قانوني آخر، وعلى هذا الأساس تعتبر أغلب القرارات الإدارية قرارات بسيطة[1].

أما القرارات الإدارية المركبة، فهي قرارات تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة تتم على مراحل، فهي تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية قانونية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل قانوني آخر ومرتبطة به. وبذلك، تعتبر مثل هذه القرارات مرتبطة بالعمل القانوني على غرار العقد الإداري، بحيث تشكل جزءا لا يتجزأ منه وغير مستقلة عنه[2].

وتنصب رقابة قاضي الإلغاء، على القرار المنفصل الذي يعتبر قرارا يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل ويختلف عنه في طبيعته، فهو قرار يسبق عملية الإبرام نظرا لأنه يمهد لها، بحيث لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد.

وتأخذ القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد التفويض صور عدة، منها ما يتعلق بالمرحلة السابقة لإبرام العقد، ومنها ما يتعلق بالمرحلة اللاحقة[3]، مثل قرارات لجان التقييم[4]، وقرارات الاستبعاد والحرمان من

---

[1] أبو العينين محمد ماهر، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات: الكتاب الأول: إبرام العقود الإدارية، بدون طبعة، دار الكتب المصرية، مصر، 2003، ص. 119.

[2] قريمس اسماعيل، محل دعوى الإلغاء – دراسة في التشريع والقضاء الجزائريين -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013، ص ص. 34، 35.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 341.

[4] يراجع: خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 469.

المشاركة[1]. والتي تشكل قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء[2]، زيادة على قرار إلغاء العقد[3]، لدواعي المصلحة العامة لسبب صوري مثلا[4]، وكذا قرار المنح المؤقت أو النهائي.

أما القرارات المتصلة بالعقد والتي تدخل ضمن العملية العقدية المركبة، فلا يمكن الطعن فيها بالإلغاء لكونها غير مستقلة عن العقد الإداري وإنما هي متصلة به، تتخذها الإدارة بعد إبرامه بصفتها مصلحة مفوضة وليس بصفتها سلطة إدارية، وهو ما يعرف بالقرارات التنفيذية، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، أو بفسخ اعقد كله، حيث يختص بالنظر في مثل هذه القرارات القضاء الكامل[5].

ب- شروط رفع دعوى الإلغاء في مادة تفويضات المرفق العام

من أجل قبول إلغاء القرار الإداري المنفصل عن عقد التفويض، وضع المشرع مجموعة من الشروط الواجب توافرها، وهو ما يسمى بشروط قبول الدعوى أو الشروط الشكلية، ولا يكفي توافر هذه الشروط، بل يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن أي الشروط الموضوعية.

1- الشروط الشكلية لرفع دعوى الإلغاء

يقصد بالشروط الشكلية، مجموعة الشروط الواجب توافرها حتى يمكن لجهة القضاء قبول النظر في دعوى الإلغاء والفصل فيها من الناحية الموضوعية، وتتمثل هذه الشروط في:

[1] يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر في 1959/05/09. ذكره: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 112. وحكم الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 18 أبريل 1969، قضية شركة اتحاد النقل والشركة، والذي اعتبر أن القرار الإداري المركب الصادر من السلطة الإدارية الوصائية والمتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام، قرار إداري منفصل، ومن ثم تم قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة المعنية. ذكره: عوابدي عمار، المرجع السابق، ص. 452.

[2] خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013/2012، ص. 183.

[3] أبو زيد مصطفى فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة: قضاء الإلغاء، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 415.

[4] خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص. 184.

[5] محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص. 125.

- **شرط أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري منفصل:** من أهم شروط دعوى الإلغاء أن تنصب على قرار إداري منفصل[1]، وهذا الأخير، شأنه شأن كافة القرارات الإدارية بمفهومها القانوني[2]، يمكن تعريفه على أنه "عمل قانوني صادر عن السلطات الإدارية المختصة في الدولة، بإرادتها المنفردة والملزمة، بقصد إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية، بهدف تحقيق المصلحة العامة"[3].

ومن خلال هذا التعريف، تتضح لنا خصائص القرار الإداري والمتمثلة فيما يلي: (القرار الإداري عمل قانوني - القرار الإداري عمل إنفرادي - القرار الإداري عمل يمس بمركز قانوني - صدور القرار عن الإدارة بوصفها سلطة عامة)[4].

- **شرطي الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء:** من المبادئ الأساسية والمستقرة في مجال التقاضي، أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[5]، وبالتالي، يجب أن يتوافر في رافع دعوى الإلغاء شرطي الصفة والمصلحة.

وكثيرا ما اختلط على دارسي القانون، أن المصلحة والصفة مرادفان وأنهما بنفس المعنى، لكن في الواقع هما يختلفان من حيث أن الصفة هي إمكانية رفع الدعوى قانونا، أو بمعنى آخر هي الصلاحية للترافع أمام القضاء كطرف في الدعوى، أما المصلحة فهي الفائدة العملية الذي يريد المدعي تحقيقها، أي هي مبرر وجود الدعوى بالنسبة لصاحبها[6].

---

[1] نصت المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية...". كما استقر موقف القضاء الإداري الجزائري على عدم قبول دعوى الإلغاء دون وجود القرار الإداري، حيث قضى مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 13 سبتمبر 2001 بأنه: " حيث أن النزاع لا ينصب على قرار إداري، فإن القاضي الإداري غير مختص للفصل في النزاع الحالي". ذكره: قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2013، ص. 49.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 344.

[3] عوابدي عمار، مرجع سابق، ص. 357.

[4] عرف القضاء الإداري الجزائري بدوره القرار الإداري على أنه: "عبارة عن عمل انفرادي تنظيمي يمكن أن يلغى، أو يعدل". قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 22 ماي 1970. ذكره: محيو أحمد، المرجع السابق ، ص. 340.

[4] تتجلى آثار التمييز بين القرار الإداري والعمل المادي، في أن القرار الإداري يقبل الإلغاء إذا كان غير مشروع، أما العمل المادي لا يمكن إلغاءه لأنه لا يحدث آثار قانونية، ويعتبر العمل ماديا إذا أتت به الإدارة بصفة إرادية تنفيذا لقواعد القانون أو لقرارات أو عقود إدارية، دون إنشاء حقوق والتزامات، وإما بصفة غير إرادية عن طريق الخطأ والإهمال. يراجع: محيو أحمد، مرجع سابق، ص. 306.

[5] المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[6] المحروقي شادية إبراهيم، الإجراءات في الدعوى الإدارية -دراسة مقارنة-، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 114.

وتعتبر الصفة والمصلحة من المسائل البديهية، لذا ينبغي على كل رافع دعوى أن تكون له صفة للتقاضي، ومصلحة في إثارة النزاع من أجل قبول دعواه.

وعلى هذا الأساس، يمكن لأي متنافس مشارك في المنافسة أن يرفع دعوى الإلغاء بصدد العقد، إذ تتوفر فيه بوضوح شرطي الصفة والمصلحة في رفع الدعوى، كما يمكن للعارضين المستبعدين من إجراء المنافسة أيضا رفع دعوى الإلغاء[1].

ينبغي التنبيه إلى أنه يشترط في رافع دعوى الإلغاء، زيادة على الشروط السابقة، أن يكون أهلا للتقاضي، سواء كان شخص طبيعي، أو شخص معنوي، إضافة، لمسألة تمثيل المدعي بمحام، والذي يعتبر شرطا إجباريا أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة.

- **شرط الاختصاص:** يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية للنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانونا. ويعتبر وفقا لذلك، من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية، إذ لا ينظر القاضي في الشروط الأخرى، إلا بعد تأكده من الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام.

فبالنسبة للاختصاص النوعي، يؤول الاختصاص القضائي إلى القضاء الإداري كلما تعلق الأمر بدعاوى إلغاء القرارات الإدارية، والدعاوى التفسيرية، ودعاوى فحص المشروعية، للقرارات الصادرة من طرف أحد أشخاص القانون العام، وبالتالي، يجب أن يكون طرفا في دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار إداري منفصل أحد أشخاص القانون العام[2].

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي، أي تحديد المحكمة المختصة إقليميا بالفصل في الدعوى[3]، فنجد حسب أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الاختصاص الإقليمي في مادة العقود الإدارية يتحدد بالنظر إلى مكان إبرام العقد أو تنفيذه[4].

---

[1] خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 478.

[2] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص. 236.

[3] بخصوص توزيع الاختصاص الإقليمي على مختلف المحاكم الموزعة عبر التراب الوطني، يراجع المرسوم التنفيذي رقم 356/98 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998.

[4] المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- **عدم إلزامية شرط التظلم الإداري المسبق لرفع الدعوى:** يعتبر التظلم وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية الذاتية، وكذلك وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية وديا دون اللجوء للقضاء[1]، على أن التظلم الإداري في مجال المنازعات الإدارية المتعلقة بإبرام عقود التفويض حاليا هو اختياري وليس إلزامي.

- **شرط الميعاد في دعوى الإلغاء:** يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن ترفع خلال مدة معينة، من أجل حماية مبدأ استقرار المعاملات والمراكز القانونية المتولدة عن القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم المشروعية[2]، حيث يعد شرط الميعاد من النظام العام لا يجوز مخالفته، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع. وبالرجوع للقانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجده قد حدد آجالا للدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، والدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة. فالمحكمة الإدارية، تختص كأول درجة بالفصل بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، وطبقا للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن أجل رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية، حدد بأربعة أشهر تسري من تاريخ تبليغ القرار الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي. وبالتالي، فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد، أو الحرمان من دخول المنافسة، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها.

وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار، عندما يتعلق الأمر بقرارات إدارية منفصلة عن العقد يكتفى فيها بالنشر لا التبليغ، مثل قرار إلغاء العقد أو المنح[3].

ولما كان القرار الإداري المنفصل يتسم بالطابع التنفيذي، فإن الطعن القضائي المرفوع أمام المحكمة لا يوقف سريان القرار، فإذا رغب المعني في توقيف القرار تعين عليه رفع دعوى في الموضوع أمام المحكمة الإدارية،

---

[1] يقسم التظلم إلى أربعة أنواع رئيسية هي:

- التظلم الولائي: والذي يقدم إلى نفس الجهة التي أصدرت القرار الإداري المنفصل.

- التظلم الرئاسي: الذي يقدم إلى السلطة التي ترأس من أصدر القرار الإداري المنفصل.

- التظلم الوصائي: عندما يقدم أمام السلطات المركزية الوصية المختصة بالرقابة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري.

- التظلم الإداري شبه قضائي: ويكون هذا التظلم في شكل شكوى أو طعن أمام اللجان المختصة. يراجع: مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008/2007، ص. 129.

[2] قريمس اسماعيل، مرجع سابق، ص. 82.

[3] تياب نادية، مرجع سابق، ص. 234.

ثم يعقبها بدعوى وقف قرار إداري أمام نفس الجهة تحت طائلة عدم قبول الدعوى، ويفصل في دعوى الوقف بقرار مسبب ويبلغ للجهة الإدارية المعنية خلال 24 ساعة من إصداره، ويخضع هذا الأمر للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال 15 يوم من تاريخ التبليغ[1].

أما بالنسبة لوقف القرار الإداري المنفصل، فعلى الراغب في ذلك أن يرفع دعوى في الموضوع، ثم أمام نفس الجهة القضائية يقوم برفع دعوى إستعجالية لتوقيف سريان القرار[2].

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن ميعاد الأربعة (04) أشهر يمكن أن يوقف مؤقتا ليستأنف بعد زوال سبب الوقف، وذلك في حالة مصادفة آخر يوم في الميعاد يوم عطلة، حيث يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي، كما ينقطع ميعاد الطعن في الحالات الواردة في المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي: الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة، طلب المساعدة القضائية، وفاة المدعي أو تغير أهليته، وحالة القوة القاهرة أو الحدث الفجائي.

2- الشروط الموضوعية لرفع دعوى الإلغاء

تتمثل هذه الشروط في أسباب وحالات الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة، أو ما يطلق عليها عيوب القرار الإداري، وفي حقيقة الأمر فإن هذه الشروط لا تعتبر شروطا لرفع دعوى الإلغاء، وإنما هي شروط لقبولها. إذ يتم إلغاء القرار الإداري المنفصل بناءا على أسباب ترجع إلى عدم مشروعيته الداخلية والخارجية[3].

- عيوب المشروعية الخارجية في القرار الإداري المنفصل

ينطوي القرار الإداري على مظهر خارجي، بحيث نكون بصدد المنازعة في المشروعية الخارجية عندما تكون هذه الأخيرة تنصب على الأسلوب الذي استخدم في اتخاذ القرار، فالقاضي لا يستطيع أن يحكم بإلغاء القرار الإداري إلا إذا كان غير مشروع، وبالتالي، نكون أمام حالة عدم المشروعية الخارجية في القرار الإداري في حالات عدم الاختصاص، وعيب مخالفة الشكل والإجراءات.

---

[1] المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 169.

- **عيب عدم الاختصاص:** يعرف الاختصاص في القرارات الإدارية، بأنه الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة وعلى نحو يعتد به قانونا[1]، فالقانون هو الذي يحدد لكل موظف نطاق اختصاصه، باعتبار ذلك من صميم عمل المشرع، وبالتالي، يعتبر هذا الأخير المصدر الأساسي لتحديد اختصاصات الإدارة المفوضة.

وبناءا على ذلك، يكون القرار القاضي بالمصادقة على العقد مثلا، وهو قرار منفصل، مشوبا بعيب عدم الاختصاص إذا تخلف ركن الاختصاص فيه، وصدر من غير المختصين بذلك، وبالتالي يكون قابلا للإلغاء من قبل القاضي الإداري.

ويأخذ عيب عدم الاختصاص عدة صور أبرزها **عدم الاختصاص الشخصي** ومعناه صدور القرار الإداري المنفصل، من غير الأشخاص والسلطات الإدارية المحددة بموجب القانون والمرخص لها وحدها، وهي محددة على سبيل الحصر[2]، وبالتالي، لا يملك الموظف أو الجهة المعنية نقل اختصاصها للغير، إلا في بعض الاستثناءات التي يجيزها القانون صراحة، أهمها التفويض الإداري[3]، أو الحلول[4]، أو الإنابة[5]، و إلا كان القرار الصادر مشوبا بعيب عدم الاختصاص الشخصي. و**عدم الاختصاص الموضوعي** حيث يتحقق هذا العيب، إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تمتلك قانونا إصدار القرار بشأنه، بمعنى إصدار الشخص، أو السلطة الإدارية المختصة، قرارات إدارية منفصلة عن العقد لا تدخل في إطار الموضوعات المختصة بها قانونا. أما **عدم الاختصاص المكاني** فمعناه أن تصدر السلطة الإدارية القرار الإداري المنفصل ضمن نطاق لا تشمله حدودها

---

[1] عثمان جمال عباس، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، بدون طبعة، المكتب العربي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. 276.

[2] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 132.

[3] التفويض هو أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون، إلى معاونيه المباشرين بناءا على نص قانوني ووفقا للشروط المعمول بها قانونا.

[4] يقصد بالحلول في المجال الإداري أن يتغيب صاحب الاختصاص الأصيل أو أن يعترضه مانع سواء كان إراديا كالاستقالة أو الامتناع عن العمل، أو كان غير إرادي كالمرض أو الموت، وعندئذ يحل من يعينه المشرع محل الأصيل، وتكون سلطات واختصاصات من سيمارس الحلول هي ذاتها سلطات الأصيل. يراجع: بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص. 181.

[5] وهو أن تقوم السلطة المختصة أو العليا بتعيين موظف آخر للقيام بمهام الأصيل الغائب أو الممتنع عن ممارسة اختصاصاته بموجب نص قانوني. يراجع: قريمس اسماعيل، مرجع سابق، ص. 43.

الجغرافية، كقيام والي ولاية ما، بالمصادقة على عقد يدخل ضمن نطاق اختصاصات ولاية أخرى[1]. أما **عدم الاختصاص الزماني** فلركن الاختصاص في القرارات الإدارية أيضا عنصر زمني، يقصد به تحديد البعد الزمني أو المدة الزمنية المحددة للسلطة الإدارية المختصة لممارسة اختصاصها، والتي يجوز لها خلالها إصدار قرارات إدارية، وبالتالي، يجب أن تصدر السلطة الإدارية القرارات الإدارية في إطار المدة الزمنية المحددة لعملها، فلا يمكن لمدير متقاعد، أو رئيس مجلس شعبي بلدي انتهت عهدته، أو مسؤول مؤسسة عمومية ذات طابع إداري لم يتم تنصيبه بعد، أن يصدر قرارات إدارية منفصلة تقضي بإبرام عقد التفويض مثلا.

- **عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري المنفصل:** ينقسم إلى قسمين: أولهما **عيب الشكل** ويقصد به مخالفة الإدارة للقواعد الإجرائية واجبة الاتباع في إصدار القرارات الإدارية، سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية، بحيث يجب على الإدارة التعبير عن إرادتها وفقا للأشكال والتدابير المحددة قانونا[2].

وعلى هذا الأساس، يفترض في القرار الإداري المنفصل أن يصدر وفقا لشكليات معينة، ككتابته في وثيقة والتوقيع عليه مع توضيح تاريخ صدوره وتبليغ المخاطبين به، وهذه الشكليات قد تكون جوهرية تؤثر مخالفتها وغيابها في صحة وشرعية القرار الإداري، أو ثانوية لا يترتب على مخالفتها إلغاء القرار الإداري وإنما يكتفى بتصحيحها، ومعيار التمييز بينها هو مدى تدخل المشرع بشأن مدى إلزاميتها، وكذا قيمة المصلحة التي تحميها[3]. أما ثانيهما فهو **عيب مخالفة الإجراءات**، وتعرف الإجراءات على أنها "العمليات التي يمر بها القرار الإداري من قبل التفكير في إصداره، إلى ما قبل صياغته في الإطار أو القالب الذي يظهر فيه"[4]، ويتعلق الأمر في مجال تفويضات المرفق العام، بالإجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري المنفصل كالإجراءات الاستشارية، أو احترام مواعيد إصدار القرار الإداري، أو احترام إجراء الاقتراح من طرف جهة معينة قانونا[5]، أو التقيد بنظام

---

[1] أكدت على ذلك محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها: "إن الاختصاص الوظيفي لكل موظف إنما هو مرتبط بالمكان المعين له ومن ثم لا يجوز لأي موظف تخطي حدود هذا الاختصاص". ذكره: قتال منير، مرجع سابق، ص. 49.

[2] الأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقيدها النص بشكل أو بإجراء معين.

[3] الطماوي محمد سليمان، مرجع سابق، ص. 641.

[4] الديداموني مصطفى أحمد، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، دراسة مقارنة في النظام الفرنسي والمصري والعراقي، بدون طبعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1991، ص. 232. نقلا عن: قتال منير، مرجع سابق، ص. 79.

[5] نجد على سبيل المثال المادة 72 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر عدد 08 الصادرة بتاريخ 06 فبراير 2002، المتعلقة بعقود الامتياز في ميدان الكهرباء والغاز، تنص على أنه: "تمنح الدولة الضامنة للمرفق العام الامتياز في ميدان الكهرباء والغاز، ويتم ذلك بموجب مرسوم تنفيذي، بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة، بعد أخذ رأي لجنة الضبط".

المداولات، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة من أجل إبرام العقد من خلال طرح المنافسة في الجرائد اليومية، لتلقي العروض، ثم فتحها أمام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فإذا تخلف أي إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية، كان القرار الصادر بإبرام العقد معيبا بعيب في الإجراءات، وبالتالي، يكون محلا للطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

- عيوب المشروعية الداخلية في القرار الإداري المنفصل

إذا كانت المشروعية الخارجية تتعلق بالشكل الخارجي للقرار، فإن المشروعية الداخلية تتعلق أساسا بموضوع ومحتوى القرار، وبالتالي، يكون القرار الإداري المنفصل مشوبا بعيب المشروعية الداخلية، إذا أثيرت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بجوهر القرار الإداري المطعون فيه، من حيث المحل أو الهدف أو السبب[1].

- **عيب مخالفة القانون في القرار الإداري المنفصل[2]:** يقصد بهذا العيب، أن يكون القرار الإداري معيبا في فحواه، أي بمعنى أن يكون الأثر المترتب على القرار الإداري، غير جائز وغير ممكن تحقيقه فعلا، بمعنى إصدار القرار الإداري وهو يخالف الآثار القانونية المتولدة عنه - أي في محله - لقاعدة من قواعد القانون العام، سواء كانت هذه القاعدة دستورية أو تشريعية أو معاهدة دولية[3].

وما نلاحظه أن القواعد المنظمة لعملية إبرام عقود التفويض هي متعددة، لذلك يجب على القرار الإداري المنفصل أن يكون موافقا لما ينص عليه القانون أو التنظيم المعني، كما يعتبر مخالفا للقانون التطبيق الخاطئ للقواعد القانونية، أو الخطأ في تفسيرها، أو توسيع مجال تطبيقها ليشمل مجالات غير التي سنت لأجلها، ويعتبر مخالف للقانون أيضا اتخاذ قرار بالاستناد على وقائع مادية خاطئة[4].

---

[1] بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص. 195.

[2] تعتبر تسمية هذا العيب بـ"مخالفة القانون" منتقدة حسب فقه القانون العام في فرنسا، لأن عيب مخالفة القانون له مفهوم واسع، وهو مخالفة محل القرار الإداري لأحكام وقواعد القانون في معناه الواسع بمصادره المختلفة، بينما اصطلاح أو تسمية la violation de la loi تعني مخالفة أحكام القانون في معناه الشكلي الضيق، لذلك يفضل البعض إطلاق اصطلاح la violation de règle de droit. تراجع: تياب نادية، مرجع سابق، ص. 246.

[3] يقصد بمخالفة القانون، القانون بمفهومه الواسع بحسب ما قررته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 12 جويلية 1958، حيث يقصد به: "كل قاعدة عامة ومجردة، أيا كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصا دستوريا أم تشريعيا تقرره السلطة التشريعية المختصة، أم قرارا إداريا تنظيميا، وسواء كان هذا القرار التنظيمي في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري"، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 12 جويلية 1958. أشار إليه: قتال منير، مرجع سابق، ص. 88.

[4] خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 474.

- **عيب الانحراف في استعمال السلطة:** يصيب القرار الإداري عيب الانحراف في استعمال السلطة، إذا كانت السلطة مصدرة القرار الإداري تستهدف غرضا أو أغراضا غير تلك التي منحت للسلطة الإدارية مصدرة القرار، بمعنى أن الإدارة تستعمل سلطتها في إطار القانون، ولكن تبتغي هدفا غير الذي ابتغاه المشرع، ويعتبر هذا العيب من أكثر العيوب صعوبة لاكتشافها من قبل القاضي الإداري، ويأخذ عيب الانحراف في استعمال السلطة عدة صور أهمها[1]: **استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة**، حيث لا يحق للإدارة أن تخرج عن المصلحة العامة بغية تحقيق أغراض أخرى مهما كانت طبيعتها[2]، فإذا خالفت الإدارة ذلك كان قرارها مشوبا بعيب الإنحراف، ومن تطبيقات ذلك قيام أحد أعوان الإدارة باستغلال سلطته لتحقيق نفع شخصي لنفسه أو لغيره، أو استعمال السلطة لغرض حزبي أو سياسي، أو بغرض الانتقام. وكذا **مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف**، حيث يجب على السلطة الإدارية أن تسعى إلى تحقيق الهدف المحدد بنص القانون، في سياق إصدارها لقرار إداري ما، حيث تكون منحرفة في استعمال السلطة إذا حادت عن الهدف، حتى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[3].زيادة على **الانحراف في استعمال الإجراءات** وذلك في حالة لجوء عون الإدارة إلى استعمال إجراءات غير تلك التي حددها القانون، ليحقق مسائل شخصية، وفي هذه الحالة يقع قراره معيبا بعيب عدم المشروعية للانحراف في استعمال الإجراءات[4].
- **عيب السبب:** يعرف الفقيه Jean Rivero السبب على أنه: "الدوافع المادية أو القانونية التي تحمل الإدارة على اتخاذ القرار الإداري"[5]، بمعنى هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار القرار من قبل الإدارة، ويبقى هذا السبب متعلقا بمدى سلطة الإدارة وإرادتها فيما إذا كانت مقيدة، أو تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار الإداري[6].

---

[1] بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص. 83.

[2] في هذا الصدد نصت المادة 06 من المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 04 جويلية 1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ج.ر عدد 27، الصادرة في 06 جويلية 1988، على وجوب أن تكيف الإدارة مهامها وهياكلها مع احتياجات المواطنين.

[3] يمكن أن يظهر هذا العيب في مجال عقود التفويض على سبيل المثال، عند تحديد معايير الترشح، كتحديدها بطريقة متعسفة لا يستدعيها موضوع العقد، بحيث يؤدي التحديد إلى إعطاء أسبقية لطرف على حساب أطراف أخرى، أو يكون الهدف منه استبعاد أطراف أخرى من المنافسة.

[4] تياب نادية، مرجع سابق، ص. 250.

[5] Jean Rivero, Droit administratif, 08ème édition, Dalloz, Paris, 1977, p. 266.

- نقلا عن: قتال منير، مرجع سابق، ص. 102.

[6] بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص. 198.

وما نلاحظه، أن سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري القاضي بإبرام العقد، مقيدة بنصوص قانونية واعتبارات واقعية، لا يمكن للإدارة أن تتجاوزها، فبمجرد توافر الشروط الواجب توافرها في المتعامل مع الإدارة تصدر القرار الإداري المنفصل.

وعلى هذا الأساس، يجب أن يكون هذا السبب موجودا وقائما وقت اتخاذ القرار الإداري المنفصل وأن يكون مشروعا ومحددا[1]، بحيث تتجسد صور عيب السبب الرئيسية في انعدام الوجود المادي للواقعة، أو الخطأ في الوصف والتكييف القانونيين للواقعة، زيادة على عدم تناسب مضمون القرار الإداري مع الوقائع التي استند عليها، وهو ما يعرف برقابة الملائمة[2].

ثانيا: منازعات القضاء الكامل

تتحقق الحماية القضائية المتوفرة أمام القضاء الكامل في مرحلة الإبرام وكذا في مرحلة التنفيذ.

أ- منازعات القضاء الكامل في مرحلة الإبرام

تختلف آثار إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد وفقا للمرحلة التي وصل إليها، فمن الطبيعي أن الإلغاء القضائي للقرارات الإدارية المنفصلة عن عقد التفويض قبل إبرامه، سيؤدي إلى الحيلولة دون هذا الإبرام احتراما لقوة الشيء المقضي به[3]، أما إذا حصل الإلغاء بعد الإبرام، فإنه لا يؤثر على نفاذ العقد، ولكن يمكن لأطرافه أن يحتكما إلى قاضي القضاء الكامل ليتولى إلغاء شروطه التي تتعارض مع حكم الإلغاء، أو أن يتفقا على تعديل تلك الشروط بما ينسجم وحكم الإلغاء[4]، على أساس أن هذا الحكم لا ينصب سوى على القرار، دون أن يمتد أثره إلى العقد الذي يبقى صحيحا رغم مساهمة القرارات الإدارية المنفصلة في تكوينه.

وبالتالي نلاحظ بأن الآثار القانونية المترتبة على إلغاء القرارات المنفصلة تختلف من زاوية أطراف العقد ومن زاوية الغير وفقا لما يلي:

---

[1] ينبغي عدم الخلط بين السبب والتسبيب، فالتسبيب الذي تقوم فيه الإدارة بتدوين الأسباب التي دفعتها لإصدار القرار الإداري في صلب القرار نفسه، يعتبر عنصرا من عناصر الشكل في القرار الإداري مثلما سبق بيانه.

[2] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 134.

[3] تراجع: بن احمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص 38.

[4] أبو العينين محمد ماهر، مرجع سابق، ص. 123.

1- بالنسبة لأطراف العقد

يمكن لطرفي العقد إما تعديل الأوضاع القانونية وفقا لما يقضي به حكم الإلغاء[1]، وإما الاتفاق على فسخه وإبرام عقد جديد مستوف لكافة الشروط القانونية التي افتقدت سابقا، وبالتالي يتقدم أحد الطرفين لقاضي القضاء الكامل من أجل المطالبة بسحب نتائج الإلغاء على عقد التفويض، وفي هذه الحالة، يكون القاضي الإداري ملزما بالتمسك بقوة الشيء المقضي به، وإبطال العقد وفقا لعدم مشروعيته، ولكن هذا البطلان لا بد أن يكون حسب السبب الذي برر الإلغاء، فإذا كان السبب راجع إلى مخالفة الشروط التعاقدية للقانون، فإن الإلغاء يترتب عليه البطلان، لأن لا مشروعية العقد هي التي سببت لا مشروعية القرار الإداري المنفصل[2]، ويتجسد ذلك في عدة حالات أهمها:

- مخالفة قواعد الاختصاص

ثار جدال فقهي حول مدى جسامة عدم مشروعية العقد لمخالفته قواعد الاختصاص، حيث ذهب البعض إلى اعتبار العقد منعدما وليست باطلا فحسب، إذا تم توقيعه من سلطة غير مختصة، وكذلك حالة التفويض بالتوقيع إذا تجاوز حدود التفويض، أما البعض الآخر فيعتبر العقد الذي يوقعه موظف غير مختص، باطل بطلانا مطلقا لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام.

---

[1] عمل مجلس الدولة الفرنسي على ترسيخ هذا الموقف من خلال تصريحه بأن الإدارة تملك صلاحية التقدير – بناء على أسباب إلغاء القرار المنفصل – بشأن إمكانية الاستمرار في تنفيذ العقد حتى استنفاذ محله، أو وجوب فسخه، وإذا كانت أسباب إلغاء القرار لا تؤدي بالضرورة إلى اللجوء إلى قاضي العقد، فإن للإدارة صلاحية اتخاذ قرار جديد يحل محل القرار الملغى، وهو موقف ينم حسب رأي بعض الأساتذة عن ميل مجلس الدولة إلى ترجيح سلامة العقود على صون مبدأ المشروعية. يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 01 أكتوبر 1997 والذي ورد فيه:

- "A la suite de l'annulation d'un acte détachable de la passation d'un contrat, il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque espèce et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de cette annulation". CE., 01er Octobre 1997, Avrillier, AJDA, 1998, P. 169. Voyez: Achat public en EPLE, Panorama des recours contentieux en matière de commande publique devant le juge administratif, Les Dossiers de la DIFIN, Réalisé par le Bureau Aide et conseil aux EPLE, Académie d'Aix – Marseille, Avril 2010, p. 13. Disponible sur le site : http://www.ac-aix-marseille.fr

[2] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص. 257.

- في حالة تخلف الإذن أو التصريح بالتعاقد

يحظر على الإدارة المفوضة السير في إجراءات الإبرام قبل الحصول على الإذن أو التصريح بالتعاقد من طرف جهة معينة، في حالة نص القانون على ذلك، بحيث إذا تخلف هذا الإذن أو الترخيص، فلا وجود للعقد الذي يصبح باطل بطلانا مطلقا.

- إبرام العقد بطريقة غيرقانونية

يتم إبرام عقد التفويض لاسيما قود التفويض المحلية وفق أسلوب طلب المنافسة، لا يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي إلا في الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر، فإذا خرجت الإدارة عن هذه القواعد اعتبر عملها غير مشروع، يوجب إبطال العقد.

ولكن يطرح إشكال في حالة ما إذا أبرم العقد وفق أسلوب مخالف للقانون، فهنا لا تؤثر هذه المخالفة على العقد ولا تؤدي إلى إبطاله، لكون المتعاقد غير مسؤول عن مخالفة الإدارة للقانون، ولكن يبقى للغير الخارج عن الرابطة التعاقدية المطالبة بالتعويض من الإدارة إذا ما لحقه ضرر[1].

إضافة لذلك يختلف الحل حسب الطبيعة القابلة أو غير القابلة للتجزئة، إذ يمكن أن يكون البطلان جزئيا، بحيث يبطل من العقد بمقدار ما ألغي من القرار، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك تناسب بين الجزء الملغى للقرار المنفصل، والشروط التي أدت إلى هذا الإلغاء[2].

أما إذا ألغي القرار استثناءا لعيب خاص به، فهنا يجب معاينة مدى العلاقة الموجودة بين القرار والعقد، فإذا كان هذا القرار هو قرار توقيعه فلا مجال للحديث عن صحة العقد وإنما يبطل بطلانا مطلقا، لأن الارتباط بينهما قوي جدا، أما إذا كان غير قرار التوقيع، فهنا نرجع للعلاقة التأثيرية بين القرار والعقد، ونظرا لتعقد هذه المسألة اقترح الفقه الفرنسي معيارا لمعرفة تأثير القرار على العقد، فإذا كان التأثير جوهريا يجب إبطاله، أما إذا كان التأثير غير جوهري فيجوز إبطاله[3].

---

[1] بن احمد حورية، مرجع سابق، ص. 40

[2] Lajoye Christophe, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger, 2007.

[3] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 136.

2- بالنسبة للغير

يختلف الأمر عما سبق، لو أن من صدر حكم الإلغاء لصالحه ليس طرفا في العقد بل أجنبي عنه، ولم تكن هنالك مصلحة لطرفي العقد في تعديل شروطه، ففي هذه الحالة لا يستطيع الأجنبي عن العقد إجبار طرفي العقد على تعديله ولا يملك الصفة، باللجوء إلى القضاء الكامل للحصول على حكم بذلك، وبذلك يبقى حكم الإلغاء نظريا بحتا لا يجد حيزا لتطبيقه، حيث لا يمكن أن يلجأ لقاضي العقد إلا أطرافه عملا بقاعدة نسبية آثار العقود، وهذا يعني أن الغير ذو المصلحة في إلغاء القرار المنفصل ومن ثم في إبطال العقد، سيتوقف مصيره على انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين، فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن طريق امتناعهم عن إثارة دعوى البطلان أمام قاضي العقد، فإن هذا العقد يبقى مستمرا لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي الوحيد المختص بتقرير بطلانه[1].

وعلى الرغم من أن هذه النتيجة تعتبر انعكاسا للفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والمتمثلة في التوفيق بين الحقوق المكتسبة وحق الغير في التقاضي، إلا أن مسألة اقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير قيمة القرارات المنفصلة عن العقد دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث عن قيمة العقد في حد ذاتها تعرضت لانتقادات شديدة، حيث اعتبر ذلك إنكارا للعدالة، باعتبار أنه ليس من المنطق القانوني أن يبقى العقد قائما رغم الحكم بإلغاء القرارات الذي بني عليها بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه[2]. زيادة على كون القواعد التي تحكم تعبير الإدارة عن إرادتها هي قواعد من النظام العام، يؤدي مخالفتها إلى البطلان المطلق للعقد، ومن المعلوم أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الإجازة، فكيف يتم قصر إجازته في هذه الحالة على أطرافه فقط؟.

وأمام هذه الانتقادات حاول الفقه إيجاد حلول لإشكالية آثار دعوى الإلغاء الموجهة من طرف الغير ضد القرار المنفصل، حيث اقترح حلا بتوجيهها مباشرة ضد العقد وليس القرار المنفصل، في إطار جعل نظرية القرارات المنفصلة أكثر فعالية، وهو التوجه الذي دعمه مجلس الدول الفرنسي في عدة قرارات، قرر في أحدها أن إلغاء قرار الاعتماد الذي أصدرته سلطة الوصاية قد يؤدي إلى تفكيك الرابطة التعاقدية، على الرغم من أن

[1] بن أحمد حورية، مرجع سابق، 41.

[2] من بين الأساتذة الذين انتقدوا بشدة هذا التوجه نجد الأستاذ Flamme الذي نعت هذه النظرية بأنها ناقصة في بنائها الفكري القانوني، ورأى بأنها تحط من دور قاضي الإلغاء. بن أحمد حورية، مرجع سابق، 41.

الأطراف المتعاقدة لم يطلبوا إثبات بطلان العقد، وبالتالي شكل عائقا لتنفيذه[1]، كما قرر أن "محكمة Rennes الإدارية لم تخطئ حين قررت أن العقد المبرم استنادا إلى القرار الملغى يعتبر ذو آثار باطلة"[2].

على أنه لكي يتم اعتماد هذا الطرح، أي السماح لغير أطراف العقد بأن يطالبوا بإبطاله أمام قاضي العقد، بعد الحصول على حكم الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية المنفصلة، وترتيب كافة النتائج القانونية المترتبة على الإلغاء بما فيها إبطاله، يجب اختصام الأطراف المتعاقدة لكي يدافعوا عن حقوقهم المكتسبة.

وبحلول السنوات الأخيرة من القرن العشرين، ظهرت بوادر جديدة لحل هذا الإشكال، تتمثل في اقتراح بعض الفقهاء، فرض غرامات تهديدية على الإدارة من أجل تنفيذ الحكم القضائي القاضي بإلغاء القرار المنفصل، مما سيدفعها حتما للجوء إلى قاضي العقد من أجل إبطاله، وهو الاقتراح الذي تم تجسيده بصدور قانون Mazeaud بتاريخ 1995/02/08 في فرنسا[3]، والذي منح قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية سلطة توجيه أوامر للإدارة، والحكم بالغرامات التهديدية.

في الأخير، يمكن القول أنه يبقى من حزم الأمور أن ينصرف دفاع المتنافس المستفيد من الحكم بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عن العقد، إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب إقصائه غير المشروع من المنافسة.

- سؤال: ما مدى إمكانية مطالبة الغير بالتعويض أمام قاضي القضاء الكامل؟

زيادة على الطرق المقررة لإبطال العقد، للغير صاحب المصلحة أن يثير مسؤولية الإدارة للمطالبة بالتعويض، على أن يقوم بإثبات الخطأ، وكذلك وجود الضرر، مع العلم أن هذا الطريق صعب الإثبات لأنه توجد نزعة في فرنسا للتضييق من مجال التعويض، ليشمل فقط المصاريف التي دفعت للاشتراك في الإجراءات التعاقدية (أي الخسارة)، دون أن يمتد ليشمل ما فات هذا المدعي من كسب، إلا في حالة إثبات الفرص الجدية

---

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1964/03/01 "Société d'énergie industrielle". ذكره: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 263.

[2] قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1982/07/01 "Commune de guide /C/Mme courtet". ذكره: مهند مختار نوح، المرجع نفسه، ص. 263.

[3] La loi n° 95-127 du 08 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (dite loi Mazeaud).

- اعتمد المشرع الجزائري بدوره هذا الطرح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص في المادة 980 على أنه: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و979 أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد سريان مفعولها".

لنيل العقد، كما يثير التعويض عن الضرر الحاصل بسبب الإقصاء بشكل مخالف لقواعد المنافسة مسألة المرتكز القانوني الذي يتعين اعتماده لتأسيس الحق في المطالبة بجبره.

في هذا الصدد، يرى البعض أن الضرر الحاصل بسبب قرار الإقصاء غير المشروع من المنافسة لا يختلف من حيث طبيعته عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات الإدارات العمومية، سواء كانت أخطاء مرفقية أو شخصية[1]، ولا تكون في أي حال من الأحوال مسؤولية تعاقدية، وقد برر الفقيه Jéze ذلك بأن المتنافس ليس له حق مكتسب في أن تتعاقد الإدارة معه[2]، زيادة على عدم إمكانية إثارة المسؤولية العقدية قبل إبرام العقد، بحيث نكون بصدد خطأ غير عقدي يطلق عليه البعض المسؤولية قبل العقدية للإدارة، ويكون ذلك في حالات عديدة مثل إبرام العقد من غير السلطة المختصة، حيث يتعين تقرير مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي أصابت من كانت تزعم التعاقد معه في حالة إبرام العقد من موظف غير مختص. زيادة على حالة الإلغاء غير المشروع لإجراءات الإبرام، والذي يشكل خطأ تقصيريا من الإدارة، تكون بموجبه مسؤولة عن تعويض المتعامل الذي أصيب بضرر جرائه في حالة عدم مشروعيته[3].

ومما سبق، يتبين لنا أن الفقه الإداري يعتبر خطأ الإدارة في مرحلة تكوين العقد خطأ تقصيري وليس عقدي، فطالما لم ينعقد العقد لا يمكن الحديث عن الخطأ العقدي، وإنما نكون بصدد خطأ تقصيري يتمثل في القرار الإداري غير المشروع، الذي يمكن الطعن فيه بصفة مستقلة عن العقد بموجب نظرية القرارات الإدارية المنفصلة[4].

ورجوعا لبعض اجتهادات القضاء الإداري بفرنسا، بخصوص مدى إمكانية لجوء المتعاقد المبعد بشكل غير قانوني من المشاركة في المنافسة لقاضي العقد من أجل المطالبة بالتعويض، بعد حصوله على حكم يقضي بإلغاء قرار إداري منفصل غير مشروع، نجده يعترف بهذا الحق، شريطة إثبات وجود ضرر أكيد لرفع الدعوى

---

[1] أمزيد الجيلالي، المرجع السابق، ص. 145. حيث ذكر في هذا الصدد حكم للمحكمة الإدارية بالرباط صدر بتاريخ 04 أبريل 2012، ملف رقم 2012/31/43، جاء فيه: "المستقر عليه في قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض أن مناط مسؤولية الإدارة عن القرارات الصادرة منها، هو ثبوت خطأ في جانبها بأن يكون القرار غير مشروع أو مشوب بعيب من عيوب دعوى الإلغاء".

[2] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 268.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود و القرارات الإدارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص55.

[4] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 137.

Préjudice ayant un degré de certitude suffisant، وبالتالي فإن الحكم بالتعويض يرتبط بطبيعة الضرر المثبت.

وفي هذا الإطار يفرق القضاء الفرنسي بين ثلاثة فرضيات:

- الفرضية الأولى يكون فيها المترشح المبعد ضحية لفعل غير مشروع مرتكب من طرف الإدارة، غير أنه لا يحوز في حالة افتراض عدم وجود هذا الفعل على فرص كبيرة للفوز بالعقد، وفي هذه الحالة لا يمكن الحكم بالتعويض لفائدته[1].

- الفرضية الثانية يكون فيها الفعل غير المشروع المرتكب من طرف الإدارة ثابت، غير أنه لا يمكن الجزم مع ذلك بالفرص الحقيقية للمترشح في نيل العقد، وبذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بالحق في التعويض لكن مع اقتصاره على رد الخسارة التي ترتبت عن المشاركة في المنافسة، بدون امتداده إلى ما فات المترشح من كسب[2].

- الفرضية الثالثة يكون فيها الفعل غير المشروع المرتكب من طرف الإدارة ثابت، مع إثبات المترشح بأنه كان في وضعية جيدة للفوز بالعقد، على أساس أن فرصه كانت كبيرة لولا عدم المشروعية المرتكبة من طرف الإدارة، وفي هذه الحالة يحق له المطالبة بالتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[3].

وبالتالي، يملك القاضي سلطة البحث والكشف عن مدى وجود الضرر في حق المطالب بالتعويض، ومدى تأثره بفعل النشاط الذي قامت به الإدارة، بما يمكنه من تقدير تناسب هذا الضرر مع التعويض المطلوب.

---

[1] "Si ce marché avait été attribué dans des conditions régulières, il n'est pas établi que la Société aurait eu une chance sérieuse". CE, 04 Juin 1976 Desforets, Rec. P. 301 ; CE. 09 Décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, (Rec. p. 404). Cités par : Lajoye Christophe, op.cit, p. 153

[2] CE, 23 Mars 1994, SIVU pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac (CJFG 1995 p.27, concl. Le Chatelier). Cité par : Lajoye Christophe, op.cit, p. 153.

[3] قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 13 ماي 1987، قضية شركة Wanner Isofi Isolation، ذكرته: خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص. 207.

- Voyez également : CE, 28 Mars 1980, C.H. de Seclin, CE, 21 Septembre 1992, Commune de Bagnols-sur-Cèze, CE, 07 Novembre 2001, SA Quillery, CAA Douai, 28 Mai 2003, Entreprise Delattre cl commune d'Amiens, et CE, 18 Juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe. Cités par : Lajoye Christophe, op.cit, p. 153

ويشترط في طلب التعويض المقدم من طرف المترشح المضرور، أن يكون القرار الذي تسبب في الضرر صادرا بصفة مباشرة من المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام العقد، باعتباره عملا إداريا كما سبقت الإشارة إليه يستوجب التعويض في حالة تسببه لضرر.

ب- منازعات القضاء الكامل في مرحلة التنفيذ

يملك القاضي الإداري الحكم بفسخ عقد التفويض لخطأ الإدارة بناءا على طلب المتعامل المتعاقد، وهو أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة، حيث لا يحكم القاضي الإداري بهذا الجزاء إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة، ومن الأخطاء المبررة لذلك مثلا عدول الإدارة دون سبب معقول عن موضوع العقد، أو تأخرها تأخرا كبيرا للبدء في التنفيذ ثم وقف الأعمال أو توقيع جزاءات وفرض عقوبات مالية، إذ يترتب عليه نتيجة مهمة هي التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به إضافة للحكم بفسخ الرابطة التعاقدية، و هذا ما سوف نتعرض له كما يلي:

1- حالات الفسخ القضائي

يمكن لأي من طرفي العقد رفع دعوى أمام القضاء الإداري (المحكمة الإدارية) للمطالبة بفسخ الرابطة التعاقدية في حالة الإخلال بالالتزامات، مع العلم أن الإدارة بإمكانها فسخ العقد دون اللجوء للقضاء وذلك عن طريق إصدار قرار إداري يقضي بفسخ الرابطة التعاقدية، حيث تبقى سلطتها بالفسخ حتى ولو كانت هذه السلطة غير منصوص عليها في العقد لكنها تمارس تحت رقابة القاضي الإداري، والذي يحكم بالتعويض المالي إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق.

أما الحالات التي يعتمد عليها القاضي الإداري للحكم بفسخ الرابطة التعاقدية هي حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية والقوة القاهرة وكذلك الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد.

- الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية

إن الفسخ بحكم قضائي بناءا على طلب الإدارة أو المتعاقد معها لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين، ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استنادا إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض، إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فلابد من اللّجوء للقاضي الإداري للحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالا جسيما، وهي تختلف باختلاف طبيعتها فهناك الالتزامات المالية كإخلالها بأداء المقابل المادي، أو الإخلال بالتزاماتها بتمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ، إذ يترتب عليه فسخ العقد إذا كان الإخلال جسيما، إضافة إلى التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[1].

- الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة

تختلف نظرية القوة القاهرة عن النظريات الأخرى بأنها تتناسب مع الوضع الجديد الذي يصبح التنفيذ للالتزامات من قبل المتعاقد مع الإدارة مستحيلا، حيث تعتبر الوسيلة الوحيدة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد معها للتحلل من التزاماته.

تعرف القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات التعاقدية، واستنادا لهذا التعريف نستنتج العناصر الأساسية المكونة لهذه النظرية وهي الحادث الأجنبي الخارجي، وعدم إمكانية التوقع أو حادث غير مترقب، زيادة على عدم إمكانية دفع الحادث.

- الفسخ في مقابل حق الإدارة في العقد

من البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري، الذي يسعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام وكذلك من مدى علاقته بالعقد الأصلي وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعيا، وعلى ضوء ذلك يقرر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه، فإذا ثبت للقاضي الإداري ذلك جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناءا على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل العقد، ويملك المتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب إضافة إلى فسخ العقد.

[1] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص.64.

2- سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض

إذا لحق المتعاقد مع الإدارة أي ضرر، جاز له مطالبة القاضي الإداري بالتعويض عن تلك الأضرار التي تكون نتيجة لبعض الإجراءات والحوادث التي تعترض مسار تنفيذ العقد، شريطة أن لا يكون هو المتسبب فيها، على أن يقيم هذا الأخير الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى القاضي الإداري له بالتعويض على أساس الخطأ، كأن تقصر الإدارة في تنفيذ التزاماتها، أو بدون خطأ بحيث تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر رغم عدم وجود أي خطأ. ويكون أساس التزام الإدارة بالتعويض، هنا إما على أساس نظرية الإثراء بلا سبب وإما لاعتبارات العدالة ورغبة الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

وتقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية الواردة في عقد التفويض أو في النصوص القانونية المنظمة له، أو إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية التي تتمتع بها وتجعلها تتميز عن غيرها من العقود المدنية و التجارية، وعلى هذا الأساس يتضح دور القاضي الإداري في التعويض على أساس المسؤولية العقدية في حالة: **إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية**، مثل إخلالها الإدارة بالتزاماتها بتمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ، أو **إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية**، مثل الإخلال بالتزام أداء المقابل المادي لتسيير المرفق العام[1].

[1] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص.69.

خاتمة

يتبين من خلال ما تم عرضه أن منازعات عقود تفويض المرفق العام تشكل مجالا قضائيا بالغ الحساسية، نظرا لارتباطها بمبدأ المشروعية من جهة، وبضمان استمرارية وفعالية المرافق العامة من جهة أخرى. وقد أتاح المشرع الجزائري لقضاء الموضوع، بشقيه: قاضي الإلغاء والقاضي الكامل، آليات متوازنة تمكنه من بسط رقابة فعالة على أعمال الإدارة، سواء تعلق الأمر بالقرارات المنفصلة السابقة لعملية الإبرام، أو بالنزاعات التي تنشأ لاحقا بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسيره أو تعديل آثاره.

وقد أظهرت التجربة القضائية أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المتصلة بإجراءات الإبرام يشكل ضمانة أساسية لترسيخ مبادئ الشفافية وتكافؤ الفرص، بما يسمح للقضاء بإزالة العيوب التي تشوب العملية التنافسية. أما رقابة القضاء الكامل، فقد برز دورها في تحقيق العدالة التعاقدية من خلال تمكين القاضي من فحص الوضعية القانونية للملتزم ورصد الإخلالات التي قد تتسبب في الإضرار بحقوقه، دون أن يفرط في مقتضيات المصلحة العامة أو في خصوصية العقد الإداري.

ومن ثم، فإن فهم تصنيف هذه المنازعات وطبيعة كل من دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، وشروط وآثار كل منهما، يمثل خطوة أساسية لاستيعاب كيفية تحقيق التوازن بين سلطات الإدارة من جهة، وحقوق المتعامل المتعاقد أو المتنافس من جهة أخرى. ويظل الاجتهاد القضائي العنصر الأكثر فعالية في تطوير هذا التوازن، بما يضمن في نهاية المطاف تحقيق الأمن التعاقدي والاستقرار في تسيير المرافق العامة.

المحاضرة العاشرة: منازعات عقود تفويض المرفق العام أمام قضاء الاستعجال

مقدمة:

يعتبر القضاء الإستعجالي مسلكا قضائيا مخصصا لتوفير حماية مؤقتة وسريعة للمراكز الحقوقية، في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت، إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع، لذلك فهو يختلف عن مسالك قضاء الموضوع بالنظر إلى الطابع الاستثنائي لدعوى الاستعجال.

وإذا كان التعديل الدستوري لسنة 1996 بداية ثورة تشريعية في الجزائر، نظرا لما استحدثه من قواعد قانونية في مجالات عدة، كان أهمها على الإطلاق الانتقال من وحدة القضاء المطبق منذ 1965 إلى نظام ازدواجية القضاء، فإن هذه الثورة ظلت تنتظر محركا تشريعيا يفعل نصوص الدستور إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 الذي خص المنازعة الإدارية بأحكام قانونية مستقلة، تبرز إرادة المشرع في تدارك القصور الموجود، بعد أن أثبت الواقع العملي تزايد المنازعات الإدارية وتعقيدها وعدم إمكانية تحكم القاضي العادي فيها.

ويعد القضاء الاستعجالي الإداري من أكثر المواضيع التي نالت حظوة قانونية فائقة، تجلت في عدد المواد المنظمة له مقارنة بما كان عليه الحال في ظل القانون السابق للإجراءات المدنية، وتسلسل أحكامه بدءا بقاضي الاستعجال وسلطاته ومرورا بالإجراءات المتبعة أمامه، وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية، ولم يتوقف المشرع عند هذا الحد بل أورد تفصيلا دقيقا لمجالات اللجوء لقضاء الاستعجال كمادة إثبات الحالة، والتسبيق المالي، وتدابير التحقيق.

ويعد الاستعجالي قبل التعاقدي في مادة العقود الإدارية من المسائل التي قننها المشرع الجزائري لأول مرة في القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس استعجالي ما قبل التعاقد منذ سنة 1992 بمقتضى القانون رقم 10/92 المؤرخ في 04 جانفي 1992، والقانون رقم 1416/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، إلا أن ذلك يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود الإدارية.

وعليه، ينبغي التطرق لمفهوم هذه الدعوى، وشروطها في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وسلطات القاضي الإداري بخصوص الدعوى.

أولا: شروط قبول دعوى الإستعجال قبل التعاقدي

تهدف دعوى الاستعجال في مادة العقود الإدارية، لمنع إبرام العقد اعتمادا على إثارة عيب أو عيوب في إجراءات وقواعد الإشهار والمنافسة، ولرفع الدعوى الإستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلبها القانون، وشروطا خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في مادة العقود الإدارية.

أ- الشروط العامة لدعوى الاستعجال في المواد الإدارية

هناك شروطا عامة تتعلق بالدعاوى الإستعجالية، وتتمثل فيما يلي:

1- تو افر عنصر الاستعجال: وهو الشرط الذي تضمنته المواد 920، 921 و924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدون أن تعطي تعريفا له[1]، رغم أنه يعتبر شرطا جوهريا لرفع الدعوى الاستعجالية، ويعود ذلك إلى صعوبة وضع تعريف موحد وشامل لفكرة الاستعجال، التي غالبا ما تتداخل مع العديد من المصطلحات المشابهة كالضرورة والسرعة والخطر الوشيك، فالاستعجال مفهوم مرن غير محدد يقدر حسب صفة الواقعة والظروف التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمع[2].

ويعرف الفقه الإداري الاستعجال بأنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"[3].

---

[1] نصت المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن لقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة"، والأمر كذلك في جميع المواد المنظمة للاستعجال الإداري، حيث لم يشر ولو بالتلميح لمفهوم الاستعجال. ونفس الأمر كان قائما في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق حيث نصت المادة 171 مكرر منه على أنه: "في جميع حالات الاستعجال، يجوز لرئيس المجلس القضائي أو العضو الذي ينتدبه ...الأمر بصفة مستعجلة ..." دون أن يوضح هو أيضا المقصود من الحالات الاستعجالية.

[2] في هذا الشأن يقول الأستاذ شهوب مسعود: "في الحقيقة إن أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو وضع صياغة قائمة حصرية لها يعني تقييد سلطة القاضي، إذ القاضي هو أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصي جميع حالات الاستعجال". شهوب مسعود، مرجع سابق، ص. 136.

[3] آث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 13.

ويملك القاضي الفاصل في الدعوى، سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق، ومن طبيعة الحق ذاته، ومن الظروف المحيطة بالدعوى، بحيث يجب أن يتوفر عنصر الاستعجال عند رفع الدعوى، وعند الفصل فيها، حيث يعتبر ذلك من الشروط المتعلقة بموضوع الدعوى لا بالشكل، وعدم توفره يؤدي إلى رفض الدعوى من طرف القاضي المختص.

كما أنه في حالة توافر عنصر الاستعجال عند رفع الدعوى، وزواله قبل الفصل فيها يصرح القاضي برفض الدعوى، أو يصرح بعدم التأسيس مثلما يرى بعض الفقه الفرنسي[1].

وعلى هذا الأساس، ينبغي في حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، أن يتأكد القاضي الإداري من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه قبل إبرام العقد.

2- شرط عدم المساس بأصل الحق: يقصد بهذا الشرط، أن المسألة الاستعجالية يجب أن لا تمس بموضوع النزاع الذي يعود الاختصاص بالفصل فيه لقضاء الموضوع، على أساس أن القضاء المستعجل يتدخل كأصل عام لاتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق، حيث يقتصر بذلك دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدله على احتمال وجوده، أو عدم وجوده من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم[2]، وهو ما اشترطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

3- شرط الجدية: يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية، أن يكون هنالك احتمال لوجود حق، وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة، حيث ينبغي في مجال

---

[1] "Il est actuellement définitivement admis, à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 1990, que l'urgence est une condition de la compétence matérielle du juge des référés qui s'apprécie, comme toute condition de compétence, en fonction de l'objet de la demande tel qu'il est libellé dans l'acte introductif d'instance, et non en fonction de l'objet réel de celle-ci. Par contre, si, après s'être déclaré compétent au vu du libellé de la demande, le juge des référés constate que l'urgence n'est pas réellement établie, ou qu'elle a disparu en cours de procédure, il devra déclarer la demande non fondée". Englebert Jacques, Le référé judiciaire : principe et questions de procédure, conférence à l'UL, 2002, p. 07.

- نقلا عن: خالدي مجيدة، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2011، ص. 35.

[2] خميس السيد إسماعيل، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ طبقا لأحدث التعديلات، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص. 19.

[3] تنص المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال". ونفس الأمر نصت عليه المادة 171 مكرر من القانون السابق للإجراءات المدنية.

العقود الإدارية، إثبات وجود خرق لقواعد المنافسة أو إمكانية تحقق هذا الخرق، وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما: وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته، فإن كان المتعهد في عقد التفويض يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة، في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة، فإنه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا. كما يجب من جهة أخرى، أن يتبين القاضي من خلال الوقائع، ما من شأنه أن يعطي احتمالا لوجود هذا الحق، وهو ما تؤكده المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]، بحيث يجب على القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلانية، التزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء العقد، حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيه عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب، أما مبدأ المنافسة، فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالعقد على السواء دون تفرقة أو إقصاء أو تهميش.

ب- الشروط الخاصة للدعوى

يقتضي بحث الشروط الخاصة للدعوى، العودة إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى، وتتجسد هذه الشروط فيما يلي:

- **صفة المدعي**: تأخذ الصفة في هذه الدعوى، مفهوما أوسع وأشمل من شرط الصفة المعروف في القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون. ويعني **اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة** اكتساب هذه المصلحة من طرف جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، حيث تقبل الدعوى من قبل كل من قد تضرر أو يمكن أن يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية[2]، ويتعلق الأمر هنا بالأشخاص المتنافسين بصدد إبرام العقد، والذين يمكن أن تتعرض حقوقهم لضرر جراء الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار[3].

---

[1] تنص المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب".

[2] نصت المادة 2/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد".

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 454.

ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة، بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالعقد فيما لو لم يرتكب هذا الخرق.

وبناء على ما سبق، فإن الدعوى لا تقبل إطلاقا من الأشخاص الغرباء عن عملية إبرام العقد[1]. وعلى العكس، تقبل الدعوى التي يرفعها المرشحين الذين حرموا من دخول المنافسة دون وجه حق، والمرشحين المستبعدين منها، وكذا المتنافسون المحتملون الذين بسبب قصور الإشهار، أو خرق لقواعده لم يتمكنوا من المشاركة في المنافسة[2].

أما **اكتساب صفة المدعي بحكم القانون**، ففي هذه الحالة، لا يكون المدعي أحد المتنافسين المترشحين لنيل العقد، بل يكون أحد الأشخاص العامة الرسمية التي منحها القانون صراحة حق تحريك الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية، في حالة خرق لقواعد العلانية والمنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة، بحيث تم تخويل الوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، حق إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية[3].

- وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة:

يجب أن يتعلق موضوع الدعوى بخرق لقواعد المنافسة والإشهار المطبقة على تفويضات المرفق العام، والتي تكون قد اعترت إجراءات إبرامه، ويعتبر انتهاكا لقواعد العلانية والمنافسة ما يليخرق قواعد الإعلان عن التعاقد، بحيث تعتبر القواعد المتعلقة بالعلانية، من الشكليات الجوهرية والإلزامية التي تساهم بشكل مباشر في تعزيز حرية المنافسة.

---

[1] يلاحظ أن مفهوم الشخص الذي له مصلحة في الاستعجال قبل التعاقدي يختلف عن ما نجده بالنسبة لدعوى الإلغاء، من حيث أنه في حالة الاستعجال يقتصر فقط على من له مصلحة مباشرة كالمتنافسين، أما في دعوى الإلغاء فلمفهوم المصلحة معنى أوسع كما أوضحته سابقا.

[2] طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، بحيث حكمت المحكمة الإدارية Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة. ولنفس السبب رفضت المحكمة الإدارية Hice دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهني Le Martinique لا يمتلك صفة لإمكانية إثارة هذه الدعوى، لأنه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد، غير أن المجلس نفسه قبل دعوى شركة Caso Nosta International لأنها تملك مصلحة في هذه الدعوى تتمثل في إمكانية الظفر بالعقد المحتمل إبرامه. يراجع: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 848.

[3] أضافت المادة 2/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد تقريرها حق الإخطار لكل من له مصلحة في إبرام العقد، تقرير الحق في الإخطار " كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية".

وبالتالي، يعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن العقد مطلقا، أو قيامها بإعلان معيب، بنشره على سبيل المثال في جريدة يومية واحدة، أو الإعلان الغامض. زيادة على استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها، ومثاله أن تقوم الإدارة بإبرام عقد تفويض مع متعامل وحيد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الموجبة للجوء لهذا الأسلوب الاستثنائي في التعاقد، أو الإخلال بقواعد المنافسة عند وضع المواصفات والخصوصيات التقنية، بحيث يجب أن لا تكون المواصفات أو الخصوصيات التقنية المتعلقة بالعقد، تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب المتعاملين العموميين الآخرين، انتهاكا لقواعد المنافسة، أو الإقصاء أو الاستبعاد من المشاركة دون وجه حق، والإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد.

- شرط التوقيت

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي، أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى، إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم، ثم أردفت بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

وتشبه صياغة المادة 946 من القانون الجزائري إلى حد بعيد المادتين L551-1 و L552-2 من القانون الفرنسي، إذ تنص الأولى على أن: "رئيس المحكمة الإدارية يمكنه أن يبت قبل إبرام العقد"، أما الثانية فقد نصت على أنه: "لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي...".

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، هي التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى، من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد، وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد.

فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتثال للالتزامات القانونية موضوع الخرق، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 04 و06 من المادة 946، أما إذا أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟.

لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية في فرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الاستعجالي قبل التعاقدي، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبنى مبدأ مستقر مفاده أن

تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد، يخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

وعلى هذا الأساس، أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام العقد[1].

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية:

إن النظام القضائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتضمن تجاوزا على بعض المحظورات التقليدية في نظام القضاء الإداري، بحيث تمنح للقاضي للبث في الدعوى الإستعجالية، سلطات غير مألوفة تصل إلى حد إرسال أوامر للإدارة، وتندرج هذه السلطات ضمن زمرتين أو قسمين: إجراءات تحفظية، وأخرى قطعية.

أ- الإجراءات التحفظية "Référé-conservatoire ou référé "mesures utiles

يملك القاضي الإداري طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سلطة الأمر، وفرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام.

1- سلطة الأمر L'injonction

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة، تطبيقا لمبدأ إجرائي مفاده أن "القاضي يحكم و لا يدير"، وتطبيقا أيضا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية، وهو ما يترتب عليه مسألتين هامتين هما: عدم إمكانية حلول القاضي محل الإدارة، والامتناع عن توجيه أوامر إليها، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1970/01/29 والذي جاء فيه: "... حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة"[2].

إلا أن هذا المبدأ لم يكن مطبقا على إطلاقه في فرنسا، لأن الإدارة تتلقى منذ زمن بعيد أوامر من جانب القضاء العادي، ويعتبر الاعتداء المادي المجال الخصب لذلك، فالقاضي الإداري نفسه ليس غريبا كليا عن

[1] Rémy Shwartz, Le juge Français des référés administratifs, Revue du Conseil d'Etat, n° 04, Algérie, 2003, p. 72.

[2] ذكره: سليماني سعيد، مرجع سابق، ص 227.

مجال إرسال الأوامر، فهو يمكن أن يرسلها إلى الأفراد، والمثال على ذلك توجيه أمر للمتعاقد مع الإدارة المخل بالتزاماته بإخلاء موقع التنفيذ، تمهيدا لتنفيذ العقد على حسابه، وكذلك في حالة طرد من يشغل الدومين العام دون وجه حق.

غير أنه بصدور قانون 1995/01/04 تدارك المشرع الفرنسي هذا الوضع، من خلال إجازته للقاضي الإداري صراحة سلطة توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع[1].

وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي عدة مرات في فرنسا، بحيث أمر رئيس المحكمة الإدارية Strasbourg إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات، وفقا لما ينص عليه القانون لضمان مشروعية هذا الإجراء، كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية Grenoble بتاريخ 1995/05/05 لأن هذا الأخير رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعي الالتزامات المفروضة قانونا[2].

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري، فكان لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه، رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 08-03-1999 و الذي جاء فيه: "... حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة..."[3].

و لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم التأكيد على إمكانية لجوء القاضي الإداري لتوجيه أوامر للإدارة، حيث نصت المادة 946 منه، على أنه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".

وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها، فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

---

[1] مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 874.

[2] المرجع نفسه، ص. 874.

[3] قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 08-03-1999 في قضية بورطل رشيد ضد والي ولاية ميلة ومن معه. ذكره: آث ملويا لحسن بن شيخ، مرجع سابق، ص. 268.

2- سلطة الوقف Suspension

نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "و يمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات، و لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما".

وعلى هذا الأساس، يملك القاضي الإداري سلطة وقف إبرام العقد ووقف تنفيذ أي قرار يتصل به، بحيث لا يمكن في أي حال من الأحوال إبرامه خلال فترة الوقف، بما يجعل من هذه السلطة ذات أهمية معتبرة، وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية.

أما بخصوص الشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف، فتتمثل في وجود أسباب جدية تبيح له اتخاذ هذا القرار، مع بقاء هذه السلطة خاضعة للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري، الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعي[1].

3- سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية Astreint

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي يستطيع بناءا على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة، تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام.

كما يعرفها الفقه الفرنسي على أنها: "مقدار مالي من مبلغ يحدد سواء عن كل يوم أو شهر من التأخير ضد الشخص العام المدين، والذي يهمل أو يمتنع عن تنفيذ قرار من أية جهة قضائية كانت، وبالتالي يمكن اعتبارها كجزاء لإخلال الإدارة بالحكم المنطوق"[2].

[1] بن احمد حورية، مرجع سابق، ص 60.

[2] Guettier Christophe, Exécutions des Jugements, Juris-Classeure, Volume I, Droit Administratif, Editions Lexis Nexis, Paris, 2009, p. 22.

وكنتيجة لتأثر مجلس الدولة الفرنسي بظروف نشأته التاريخية والسياسية، حيث نشأ في أحضان الإدارة وارتبط بها ارتباطا وثيقا، فقد كان هذا الأخير يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكامه، كما كان يعتبر موقفه هذا تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية[1].

غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا، بحيث تفطن المشرع الفرنسي لهذه الوضعية ومنح للقاضي الإداري سلطات تسمح بضمان تنفيذ أحكامه، لاسيما عن طريق إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة من أجل حملها على التنفيذ، وهذا ما أكدت عليه المادة الثانية من قانون 1980/07/16 بنصها على أنه: "في حالة عدم التنفيذ يمكن للقاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ أحكامه ولو من تلقاء نفسه"، وبذلك فإن هذا القانون قد أعطى سلطة فرض الغرامات التهديدية لمجلس الدولة فقط، بيد أننا نجد القانون رقم 125/90 المؤرخ في 1995/02/08 قد أعطى القضاء الإداري بمختلف درجاته حق توجيه الأوامر للإدارة، مع ربطه إمكانية فرض غرامة تهديدية بضمان تنفيذ الأحكام القطعية، الصادرة من طرف الجهات القضائية ذاتها، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي من أجل سد الفراغ التشريعي[2].

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري، فقد أكد في العديد من أحكامه، على عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية، وفقا لاجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة حاليا.

وهذا ما أكد عليه قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/04/10 والذي جاء فيه: "... حيث أنه في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي، لا يمكن النطق بغرامة تهديدية ضد الولاية أو البلدية"[3].

---

[1] يراجع قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1933/01/27 والذي جاء فيه: "حيث أنه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق، فإنه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجه تحت التهديد بعقوبات مالية". أشار إليه: سليماني سعيد، مرجع سابق، ص. 228.

[2] رأى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بخصوص قضية Barre et Honnet الصادر في 1974/05/10 أن إضافة الغرامة التهديدية للأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة للقانون. ذكره: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 880.

[3] ذكره: سليماني سعيد، مرجع سابق، ص. 229.

كما أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/26 قرارا برفض توقيع الغرامة ضد الإدارة جاء فيه: "حيث أنه من المبادئ العامة والتشريع الحالي والاجتهاد القضائي، لا يمكن للهيئة القضائية أيا كانت طبيعتها الحكم بالغرامة التهديدية ضد المؤسسات ذات الطابع العمومي مثل الدولة أو المجموعات المحلية أو الهيئات الإدارية"[1].

وقد استند مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تبرير رفضها للنطق بالغرامة التهديدية، على عدم استناد الغرامة التهديدية إلى أي نص قانوني، ولا يمكن التصريح بها ضد الإدارة، زيادة على كونها غير مبررة ضد الإدارة، وفي حالة رفض الإدارة تنفيذ التزام قضائي لصالح أحد الأشخاص فما عليه إلا رفع دعوى التعويض.

على أنه توجد حاليا مبررات موضوعية وقانونية تبرر اللجوء إلى الغرامة التهديدية.

فبالنسبة للمبررات الموضوعية، نجد إمكانية امتناع الإدارة عن تنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن عمل دون مبرر شرعي[2]، أما بخصوص المبرر القانوني فقد نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، الذي نص صراحة على إمكانية اللجوء للغرامة التهديدية في مجال العقود الإدارية، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

ب- الإجراءات القطعية Les mesures définitives

مبدئيا فإن قضاء الاستعجال لا يخول إلا اتخاذ إجراءات تحفظية، إلا أن الأمر مختلف بالنسبة لقضاء الاستعجال قبل التعاقدي، بحيث يمكن للقاضي اتخاذ إجراءات قطعية تتمثل في إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، وإبطال بعض الشروط التعاقدية.

1- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد

إن الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تعبر عن إرادتها الموضوعية في معرض إبرامها لعقودها، وهذه القرارات تشكل جوهر عملية الإبرام، إذ القاضي الإداري حين يبت في هذه الدعوى يتمتع بسلطة

[1] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 239307، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2002، ص. 151. نقلا عن: مزياني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2012/2011، ص. 37.

[2] آث ملويا لحسن بن شيخ، مرجع سابق، ص. 270.

إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالبا في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق.

وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء التي منحت للقاضي الإداري، من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظريا بحتا وفقا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، لأن القاضي في هذه الدعوى لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد كما هو الحال بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة ولا إلغاء العقد ذاته، وذلك يرجع إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة فإن العقد يصبح مبرما، ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني وإن كان معيبا فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته[1].

2- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي. إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في اتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبت في الموضوع[2].

وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى المستعجلة العادية، وأهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو انتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري، كما يجب ألا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل سليمة حتى تفصل فيه محكمة الموضوع.

والهدف من ذلك إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل الموضوع في نزاع محاط بحالة من الاستعجال، مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام العقد.

وأمام هذه الامتيازات المتعددة والمتنوعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى، ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟.

---

[1] بن احمد حورية، مرجع سابق، ص 63.

[2] فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص26.

استقر الرأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماما من اختصاص قضاء القانون العام.

إن هذا الاتساع في سلطات القاضي الإداري دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه؟.

نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب مثلا وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كل القرارات المتصلة بإبرام هذا الأخير، باعتباره يشكل نتيجة منطقية لعملية الوقف.

أما فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام العقد أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، فيمكن أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية على الإدارة، وإلا فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية[1].

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن المدة المحددة للحكم في هذه الدعوى هي عشرون يوما، وذلك أيا كانت الطلبات التي تقدم فيها، إلا أن هذه المدة ليست إلا مدة دلالية Indicatif وليست مدة سقوط، بمعنى انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى لا يكف يد القاضي عن النظر فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه".

[1] مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 878.

خاتمة

يتبين من خلال هذه الدراسة أن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مادة تفويضات المرفق العام تمثل آلية قانونية متقدمة تهدف إلى حماية قواعد المشروعية التمهيدية التي تسبق إبرام العقود الإدارية، وذلك من خلال تمكين القاضي الإداري من التدخل السريع والفعال لإيقاف المخالفات التي قد تشوب إجراءات الإشهار والمنافسة، قبل أن تتحول إلى أوضاع تعاقدية يصعب علاجها بأدوات قضاء الموضوع. وقد كرس المشرع الجزائري، على غرار التشريع الفرنسي، نظاما خاصا يمتاز بمرونة كبيرة، يقوم على منح القاضي سلطات واسعة، سواء في اتخاذ تدابير تحفظية كالأمر بالإيقاف والغرامة التهديدية، أو في إصدار تدابير قطعية كإلغاء القرارات السابقة على العقد وإبطال الشروط المخالفة لمبدأ المنافسة.

وتبرز أهمية هذا النظام في كونه يشكل نقطة توازن بين حتمية حماية المصلحة العامة وضمان شفافية المنافسة من جهة، والحفاظ على حقوق المتنافسين وتأمين مراكزهم القانونية من جهة أخرى. فالقاضي الاستعجالي، رغم طبيعة اختصاصه المؤقت، أصبح يلعب دورا محوريا في ضبط العملية التعاقدية منذ بدايتها، بما يمنع الإدارة من الانزلاق نحو ممارسات قد تفقد العملية التنافسية نزاهتها أو تخل بمبدأ تكافؤ الفرص.

كما يظهر التحليل أن هذا النظام الاستعجالي، بما يحمله من خصوصيات قانونية وإجراءات استثنائية، يعد خطوة مهمة في مسار إصلاح القضاء الإداري في الجزائر، خصوصا في ظل تزايد أهمية العقود الإدارية وتعقيدها، واتساع مجالات تدخل الإدارة عبر آليات التعاقد بدل القرارات الانفرادية. وهو ما يجعل الدعاوى الاستعجالية قبل التعاقدية أداة أساسية لترسيخ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وتطوير ضمانات الشفافية والحكامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام.

وبذلك، يتأكد أن استيعاب شروط قبول هذه الدعوى، وتحديد نطاق سلطات القاضي وحدودها، يعد أمرا ضروريا لفهم التحولات العميقة التي يعرفها القضاء الإداري المعاصر، ولتقدير الدور الحساس الذي يلعبه قضاء الاستعجال في حماية المشروعية الوقائية وضمان السير السليم للمرافق العامة.

المحاضرة الحادية عشر: الحماية الجزائية لعقود التفويض – جنحة المحاباة أنموذجا

مقدمة

تعتبر العقود الإدارية، وعلى رأسها عقود تفويض المرفق العام، من أكثر المجالات حساسية في منظومة القانون العام، نظرا لما تنطوي عليه من تعامل مباشر مع المال العام، ومن إمكانية التأثير على قواعد المنافسة والشفافية التي تشكل جوهر الطلب العمومي. وقد أولت التشريعات المقارنة، وكذا المواثيق الدولية المعنية بمكافحة الفساد، اهتماما بالغا لحماية مسار إبرام العقود الإدارية من كل أشكال الانحراف أو الاستغلال غير المشروع للوظيفة العامة، وفي هذا الإطار، جاء القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ليرسخ مجموعة من القواعد الزجرية التي تهدف إلى مواجهة مظاهر الفساد التي قد تعتري العملية التعاقدية، وعلى رأسها جريمة "منح امتيازات غير مبررة" المعروفة فقها وعملا بجنحة المحاباة.

وتكتسي هذه الجريمة أهمية خاصة في مجال تفويضات المرافق العامة، نظرا لكونها تمس مباشرة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المنافسة في العقود الإدارية، وهي: حرية الترشح، والمساواة بين المتنافسين، وشفافية الإجراءات. ومن ثم، يعد أي إخلال بهذه المبادئ انحرافا يهدد نزاهة الطلب العمومي، ويعصف بمبدأي المصلحة العامة والحياد الإداري. ولهذا فإن المشرع الجزائري لم يكتف بتجريم السلوك المخالف لهذه القواعد، بل وضع إطارا عقابيا صارما يراعي خطورة الأفعال المرتكبة، وما قد تحمله من مساس بثقة المواطنين في الإدارة وشفافية تسيير المرفق العام.

وتسعى هذه المحاضرة إلى دراسة الحماية الجزائية المقررة لعقود التفويض، من خلال تحليل جريمة المحاباة باعتبارها النموذج الأبرز للانحرافات التي قد تشوب العملية التعاقدية، وسنبدأ بتوضيح أركان هذه الجنحة وفقا للتعديلات التي طرأت على المادة 26 من القانون 01/06، ثم نعرج على النظام العقابي المطبق على الجاني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، إضافة إلى مسائل المشاركة والشروع، والحدود الفاصلة بين المخالفات المهنية والجرائم المعاقب عليها جزائيا. ومن خلال هذا التحليل، سنبرز كيف حاول المشرع تحقيق التوازن بين متطلبات حماية المال العام وضمان استقرار واستمرارية المعاملات الإدارية.

أولا: أركان جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال العقود الإدارية (جنحة المحاباة)

هي الجنحة المنصوص عليها في المادة 26 الفقرة الأولى من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]، المعدل والمتمم، وقد نصت هذه المادة، على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية، وهي ما اصطلح على تسميتها فقها بجنحة المحاباة Délit de favoritisme، ومما نصت عليه: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات".

من أجل دراسة هذه الجريمة، ينبغي تحليل الأركان التي تقوم عليها، والمتمثلة في صفة الجاني، التي تعتبر مشتركة بين غالبية جرائم الفساد، وركنيها المادي والمعنوي.

أ- الركن المفترض (صفة الجاني)

من بين أهداف التجريم في مجال العقود الإدارية، صيانة قدسية الوظيفة العامة من الاتجار بها، ودرء الشبهة عن الموظف في مجرياتها، لذلك نجد المشرع قد توسع في مدلول هذا الأخير بعد صدور القانون رقم 01/06، إذ أصبحت صفة الموظف غير مرتبطة بالشروط المحددة في المادة 04 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[2]، بل جعل قانون الفساد، الاشتغال في أي نشاط عام أو تنفيذ أعمال عامة موجب للمسؤولية في جرائم الفساد، وبذلك يتمثل هذا الركن في صفة الموظف وفقا للمفهوم الجنائي الوارد في قانون الفساد.

وعرف قانون الفساد من خلال المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20فبراير 2006 ، الموظف العمومي، وهو ذات التعريف الوارد في المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد كالتالي:

[1] حلت هذه المادة محل المادة 128 مكرر الفقرة الأولى الملغاة من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] نصت المادة 04 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

1-كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وسواء كان معنيا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا مدفوع الآجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

2-كل شخص أخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويسهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية.

3-كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ب- الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال عقود تفويض المرفق العام، بقيام الجاني بإبرام عقد مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي، والغرض منه[1].

1- السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك المجرم في جنحة المحاباة في قيام الجاني، وهو الموظف العمومي على حسب ما سبق تعريفه، بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيره، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وأن تنصب هذه المخالفة على العمليات المشمولة بنص التجريم.

[1] زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، ص. 61.

- مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات

لقد كان نص المادة 26 من القانون 01/06 قبل تعديله بموجب القانون 15/11 يربط جريمة المحاباة بمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، دون أن يحددها بتلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وبالتالي كان النص يتسع لينطبق على كل المخالفات لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مهما كان نوعها، الأمر الذي كان يضفي على النص نوعا من الغموض وعدم الاستقرار، نظرا للكم الهائل من النصوص المنظمة لمادة العقود الإدارية.

أما النص بصيغته الحالية، فقد حصر النصوص التشريعية والتنظيمية، بتلك المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وهي تمثل مبادئ الطلب العمومي المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، مما يعتبر تكريسا للحماية الجنائية لقواعد المنافسة في مجال العقود الإدارية.

وعلى هذا الأساس، يعتبر مخالفا للمبادئ العامة التي تحكم تفويض المرفق العام، عدم احترام الإجراءات المتعلقة باختيار طرق الإبرام، وقواعد الاستبعاد والإقصاء وعلانية العقود وغيرها من الأحكام.

وبالتالي ربط المشرع قيام السلوك المجرم بمخالفة هذه النصوص، مما يجعلها جزءا من نص التجريم، فلا يمكن أن تقوم جنحة المحاباة ما لم تكن ثمة مخالفة لقاعدة من النصوص سالفة الذكر، بحيث يتوجب على القاضي الجنائي الإشارة صراحة في حكمه، للتشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته[1].

- العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة

إن العقد حسب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لا ينحصر فقط في الصفقة العمومية بمفهومها المحدد حسب المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بل يتوسع مفهوم العقد ليشمل عمليات أخرى، من بينها مجمل العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة مثل عقود امتياز المرافق العامة، والعقود التي تبرم مع أشخاص طبيعية بدون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون الإداري، ويتعلق الأمر بالعقود التجارية التي تبرمها المؤسسات والهيئات الإدارية.

[1] قرار الغرفة الجنائية للمحكمة العليا المؤرخ في 15 فبراير 2006، ملف رقم 354438. ذكرته: علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012، ص. 178.

ومن ثم فان العقود التي يقصدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لا تنحصر في الصفقات العمومية وفقا لتنظيم الصفقات العمومية، وإنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات المعنية بنص التجريم، بما فيها صفقات عقود تفويضات المرافق العامة[1].

وعلى هذا الأساس، يجب على القاضي أن يتأكد بأن مخالفة القواعد التشريعية والتنظيمية، قد مست العقد بمناسبة إبرامه أو التأشير عليه، ويقصد بإبرام العقد التوقيع على الوثيقة المعنية، في حين يقصد بالتأشير الموافقة التي تمنحها مختلف اللجان المختصة.

2- الغرض من السلوك الإجرامي

لا يكفي لتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال العقود الإدارية، قيام الموظف العمومي بإبرام عقد بشكل مخالف للتشريعات والتنظيمات المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني، وإلا اعتبر الفعل رشوة أو أخذ فوائد بصفة غير قانونية، بالرغم من أن ذلك لا يحول دون إمكانية استفادة الجاني من فائدة أو مقابل سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[2].

وعليه، لا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو محاباة أحد المتنافسين على غيره[3].

ج- الركن المعنوي للجريمة

جنحة المحاباة جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة.

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومه، الجزائر، 2012، ص. 146.

[2] علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة، ص. 109.

[3] علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 292.

1- القصد العام

ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في مجال العقود الإدارية، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا، وبذلك، يتجسد القصد العام في علم الموظف وإدراكه واتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بتفويضات المرفق العام، من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.

2- القصد الخاص

تتطلب الجريمة قصدا خاصا يتمثل في إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير، مع العلم بأن هذا الفعل يشكل جريمة، ويمكن التأكد من توافر هذا القصد من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية، أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها، حيث قضي في فرنسا بقيام القصد الجنائي، على أساس أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ مدة طويلة وأن له تجربة كبيرة في إبرام العقود الإدارية[1].

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة، وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية، كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية.

ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة، وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.

ثانيا: قمع الجريمة

سنتطرق بهذا الخصوص، إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، ومسألتي الشروع والمشاركة ومسألة الأفعال المبررة، المتعلقة بجنحة المحاباة.

أ- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

تتفرع العقوبات المقررة لهذه الجريمة إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص. 150.

1- العقوبات الأصلية

يعاقب مرتكب جنحة المحاباة بعقوبة الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة مالية تتراوح بين 200.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج[1]. وتشدد عقوبة الحبس، لتصبح مدتها من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، دون تشديد الغرامة، إذا ارتكب الجريمة الأشخاص المبينين أدناه[2]:

* القاضي بمفهومه الواسع، وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة والمجلس الدستوري.
* الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة، ويقصد به كل موظف سام معين بموجب مرسوم رئاسي.
* الضباط العموميون، وهم المحضرين القضائيين، الموثقين، محافظي البيع بالمزايدة، والمترجمين الرسميين.
* أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.
* ضباط وأعوان الشرطة القضائية، وهم كل من يحوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15 و19 من قانون الإجراءات الجزائية.
* من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وهم الأشخاص المذكورين في المادتين 21 و 27 من قانون الإجراءات الجزائية، والذين يخول لهم صلاحيات الشرطة القضائية، كل في مجال اختصاصه.
* موظفو أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، ورؤساء أقسام الضبط، وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية، وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية.

ويستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة، كل من ارتكب أو شارك في الجريمة، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة، بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها[3].

كما تخفض العقوبة بالنسبة لجنحة المحاباة، على غرار جميع جرائم الفساد إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في الجريمة، والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.

---

[1] المادة 26 فقرة 01 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 48 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[3] المادة 49 الفقرة من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه تطبق المادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية بخصوص تقادم الدعوى العمومية على جنحة المحاباة، أي أنها تتقادم بمرور 03 سنوات، كما تطبق المادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية بخصوص تقادم عقوبة الجنحة، حيث تتقادم عقوبتها بمضي 05 سنوات ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، وإذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تزيد عن 05 سنوات مثلما يمكن أن يحصل بالنسبة لجريمة المحاباة، فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة المحكوم بها.

على أنه لا تتقادم الدعوى العمومية، ولا العقوبة المحكوم بها إطلاقا في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن[1].

2- العقوبات التكميلية

في حالة الإدانة بارتكاب جريمة المحاباة، يمكن الحكم بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات في نص مادته التاسعة[2]، والمتمثلة في: الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

هذا زيادة على إلزامية أن تأمر الجهة القضائية المختصة، بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية.

كما أقر قانون مكافحة الفساد، حكم الجهة القضائية الناظرة في ملف الدعوى برد ما اختلسه الجاني، أما إذا استحال رد المال عينا، فانه يلزم برد قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، وينطبق هذا الحكم في حالة ما إذا انتقلت الأموال إلى أصول الجاني، أو فروعه، أو إخوته، أو زوجه، أو أصهاره، ويستوي في ذلك إن بقيت الأموال على حالها، أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى.

ومن جهة ثانية، يمكن أيضا الحكم بإبطال كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب جريمة المحاباة، على غرار بقية الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، بحيث يمكن للقاضي الجنائي الذي ينظر في الدعوى التصريح ببطلانها وانعدام آثارها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية، وبالتالي،

[1] المادة 54 الفقرتين 01 و02 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 50 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

يكون القاضي الجنائي ملزم بعد الحكم بالإدانة بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير، بتبيين الامتيازات الممنوحة وعدم شرعيتها، ليحكم بإبطال هذه العقود والامتيازات في نفس الحكم وفي الشق الجزائي لا الإداري.

3- العقوبات المقررة للشخص المعنوي

يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الأفعال الجرمية التي يتم إتيانها لمصلحته أو لفائدته، وفقا لما أوردته المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، وقد أحال قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون على أحكام قانون العقوبات، ورجوعا لهذا الأخير، نجده ينص على تطبيق غرامة على الشخص المعنوي، تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في مواد الجنايات والجنح، وبتطبيق ذلك على جنحة المحاباة، تكون عقوبة الشخص المعنوي غرامة تساوي من 1.000.000 د.ج وهو الحد الأقصى للغرامة إلى 5.000.000 د.ج.

وذلك مع إمكانية الحكم على الشخص المعنوي بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي،

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها،

- نشر وتعليق حكم الإدانة،

- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

4- المشاركة والشروع في جنحة المحاباة

تنص المادة 52 من قانون مكافحة الفساد على الإحالة على قانون العقوبات، فيما يتعلق بالشروع أو المشاركة في مختلف جرائم الفساد.

ففيما يخص المشاركة، نجد أن صفة الجاني هي ركن قائم بذاته في جنحة المحاباة كما رأينا سابقا، مما يجعل مسألة الشريك تأخذ إحدى الاحتمالات الآتية:

- إما أن يكون الشريك موظفا عموميا مثلما هو معرف بالمادة 02 الفقرة ب من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فيأخذ حكم الفاعل الأصلي وتطبق عليه نفس العقوبة المقررة للفاعل.

- وإما ألا يكون الشريك موظفا، فتطبق في هذه الحالة القواعد العامة للمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وبالرجوع إلى المادة 44 منه، نجدها تعاقب الشريك بنفس عقوبة الفاعل الأصلي، سواء في الجنايات أو الجنح كما هو الحال في جنحة المحاباة، وذلك بصرف النظر عن صفة الشريك.

أما بخصوص الشروع، فيمكن تصوره في جنحة المحاباة، ومن ذلك ما قضي به في فرنسا بأن إلغاء العقد على إثر الملاحظات التي أبدتها مصالح المحافظة بمناسبة مراقبة شرعيته، لا يؤثر في شيء في توافر نية ارتكاب الجريمة، باعتبار أن تنفيذ العقد لم يتوقف بإرادة المسير، وإنما توقف بفضل يقظة الإدارة.

وهو نفس الوضع الذي يمكن تصوره في الجزائر، فيمكن تصور الشروع في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال عقود التفويض، إذا أقدم الجاني على محاباة أحد المتنافسين المترشحين للعقد على غيره، غير أن اللجنة المختصة بالرقابة امتنعت عن تأشيرها، فالجريمة هنا قائمة لأن إلغائها تم بصفة خارجة عن إرادة الجاني، مما يعد شروعا طبقا لقانون العقوبات.

تجدر الإشارة إلى أن نص المادة 52 فقرة 02 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تقضي بتطبيق نفس عقوبة الجريمة على الشروع، وهذا وفقا للقواعد العامة.

خاتمة

يتبين من خلال دراسة جنحة المحاباة في مجال عقود تفويض المرفق العام أن المشرع الجزائري اتجه نحو تشديد الرقابة على كل ما يرتبط بالعملية التعاقدية، إدراكا منه لخطورة الانحراف الذي قد يصيبها وما ينجر عنه من مساس مباشر بمبادئ المنافسة المشروعة وحسن استعمال السلطة العامة. فقد وضع القانون 01/06 إطارا جزائيا واضحا يرمي إلى حماية قواعد حرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، باعتبارها الأسس التي يقوم عليها نظام الطلب العمومي، والتي لا يتحقق دونها أي ضمان لنجاعة العقود الإدارية أو نزاهة إبرامها.

كما برز من خلال تحليل الأركان المكونة لجريمة منح امتيازات غير مبررة، أن المشرع وسع من مفهوم الموظف العمومي، وجعل مجرد الانحراف في استعمال الإجراءات بغرض محاباة الغير فعلا مجرما متى اقترن بالقصد الجنائي، سواء من خلال العلم بمخالفة القواعد الإجرائية أو عبر توجيه الإرادة نحو إفادة أحد المتنافسين دون مبرر قانوني. وإلى جانب ذلك، أحاط المشرع الجريمة بجملة من العقوبات الموجهة لكل من الشخص الطبيعي والمعنوي، مع تنظيم دقيق لمسائل الشروع والمشاركة، بما يعكس إرادة واضحة في مكافحة الفساد في مراحله الأولى قبل أن يكتمل أثره.

وبذلك، يظهر أن حماية عقود التفويض ليست حماية مدنية أو إدارية فحسب، وإنما هي حماية ذات بعد جزائي يقوم على الردع والزجر، ويهدف بالأساس إلى تعزيز ثقة المتعاملين مع الإدارة وضمان شفافية المرفق العام. غير أن التطبيق الأمثل لهذه الآليات يبقى مرهونا بحرص الهيئات الإدارية على احترام مبادئ المنافسة، ويقظة الجهات الرقابية، وحسن توظيف القضاء الجزائي لصلاحياته في مواجهة كل صور المحاباة التي قد تخل بنزاهة العقد الإداري.

خاتمة عامة:

بعد استعراض مختلف المحاضرات التي تضمنتها هذه المطبوعة، يتضح أن موضوع تفويضات المرافق العامة يشكل أحد أهم مجالات القانون الإداري المعاصر، لما ينطوي عليه من تداخل بين اعتبارات المصلحة العامة ومتطلبات الفعالية الاقتصادية من جهة، وبين مقتضيات الشفافية وحماية المال العام من جهة أخرى. فقد أبرزت المحاضرات الأولى الأسس المفاهيمية والتنظيمية التي يقوم عليها تفويض المرفق العام، من خلال تحديد تعريفه، وبيان أنواعه، وتحديد أطرافه، وشرح العناصر التي يقوم عليها مبدأ التفويض، فضلا عن إبراز الحدود التي وضعها المشرع الجزائري بشأن المرافق القابلة وغير القابلة للتفويض، وهو ما يعكس وعيا تشريعيا بأهمية ضبط هذا النظام القانوني حتى يظل خادما للصالح العام.

كما وقفت المطبوعة عند الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز، مبرزة تطوره التاريخي وطبيعته القانونية المختلطة التي تجمع بين الطابعين التنظيمي والتعاقدي، وما يحمله هذا العقد من امتيازات خاصة تجعل الإدارة في مركز متميز باعتبارها تسعى لتحقيق منفعة عامة لا مجرد مصالح تعاقدية. وتدعم هذا التحليل من خلال دراسة صيغ تعاقدية أخرى ذات صلة، مثل عقد الإيجار وعقد الوكالة، بما يسمح للطالب بالإحاطة بمختلف آليات استغلال المرافق العامة.

وفي الجانب الإجرائي، تناولت المطبوعة مبادئ إبرام عقود التفويض، من الحرية والمساواة إلى شفافية الإجراءات، مرورا بخصوصية الامتيازات القطاعية وكيفيات إبرام العقود المحلية وفق التشريعات والتنظيمات المختلفة، وقد بين ذلك التطور الذي عرفته قواعد المنافسة في الطلب العمومي، ولا سيما ما يتعلق بالتوفيق بين متطلبات الاعتبار الشخصي وضرورة فتح المنافسة كلما أمكن ذلك.

أما في الجانب القضائي، فقد تم التطرق بعمق إلى منازعات عقود التفويض أمام قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال، مع شرح دقيق لحدود رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المنفصلة، ودور القضاء الكامل في فض النزاعات الناشئة بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه أو فسخه، وامتداد هذا التحليل إلى

الإجراءات الاستعجالية التي تشكل وسيلة ناجعة لحماية المشروعية قبل أن تتخذ المخالفات طابعا نهائيا يصعب الرجوع عنه.

وتتويجا لهذا المسار، خصصت المحاضرة الأخيرة لدراسة الحماية الجزائية لعقود التفويض من خلال جنحة المحاباة، باعتبارها من أخطر صور المساس بنزاهة المعاملات العمومية، حيث تم تحليل أركانها القانونية ونطاق تجريمها والعقوبات المقررة لها، وهو ما يبرز التكامل في المنظومة القانونية الجزائرية بين الضوابط الإدارية والقواعد الزجرية الرامية إلى حماية المال العام وتعزيز ثقة المتعاملين مع الإدارة.

وعليه، فإن هذه المطبوعة، بما تضمنته من محاضرات نظرية وتحليلات قانونية مقارنة وأمثلة تطبيقية، تشكل لبنة مهمة في فهم نظام تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، وتمكن الطلبة من استيعاب البنية المفاهيمية والإجرائية والرقابية والجزائية التي يقوم عليها هذا النظام، بما يعزز قدرتهم على تحليل نصوصه وتطبيق أحكامه في الواقع العملي، ويسهم في تكوين جيل قادر على خدمة المرفق العام بكفاءة وشفافية ومسؤولية.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

ا- الكتب:

1. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، در الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
2. أبو العينين محمد ماهر، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات: الكتاب الأول: إبرام العقود الإدارية، بدون طبعة، دار الكتب المصرية، مصر، 2003.
3. أبو زيد مصطفى فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة: قضاء الإلغاء، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
4. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومه، الجزائر، 2012.
5. أمزيد الجيلالي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، الطبعة الثانية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2012.
6. آث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007.
7. المحروقي شادية إبراهيم، الإجراءات في الدعوى الإدارية -دراسة مقارنة-، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
8. بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014.
9. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الرابعة مع ملحق 1986، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
10. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي و القانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال ، دار النهضة العربية ،مصر ، القاهرة ، 2002 .
11. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الانجلو مصرية، الطبعة الأولى، 1959.
12. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
13. خميس السيد إسماعيل، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ طبقا لأحدث التعديلات، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
14. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
15. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009.
16. وليد حيدر جابر، طرق الإدارة المرافق العامة والخصخصة، المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
17. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، 2008.
18. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القانون الإداري، العقد الإداري ، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ، د.ت.ن .
19. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

20. مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT وتفويض المرفق العام، منشورات الحلبي، بيروت 2009.
21. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
22. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2007.
23. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
24. عثمان جمال عباس، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، بدون طبعة، المكتب العربي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2006.
25. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في أثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
26. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1992.
27. عبد الغني بسيوني عبد لله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، 1991.
28. عمار عوابدي، القانون الإداري - النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
29. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
30. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر2017.
31. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
32. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2004.
33. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود و القرارات الإدارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
34. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
35. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2008.
36. محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
37. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 1989.
38. مروان محي الدين القطب، طرف خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009.
39. محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998.
40. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010.

II- الرسائل والمذكرات الجامعية

01- الرسائل

1. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
2. علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012.

02- المذكرات

1. راضية بن مبارك، التعليق على التعليمة رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
2. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة من أجل الحصول على درجة الماجستير في العلوم الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – مصر، 2007.
3. بلسبط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
4. بن احمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011.
5. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013/2012.
6. قريمس اسماعيل، محل دعوى الإلغاء – دراسة في التشريع والقضاء الجزائريين -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013.
7. قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2013.
8. نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.
9. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008/2007.
10. خالدي مجيدة، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2011.
11. مزياني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2012/2011.
12. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012.

III- المقالات والمداخلات

01- المقالات

1. بركيبة حسام الدين، «تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة»، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية العدد 14 جامعة محمد خيضر بسكرة ،2014.
2. هاني سر الدين، «الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية»، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 69، سنة 1999.
3. صالح زمال بن علي، «أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، الصادرة عن جامعة وهران 2، المجلد 06، العدد 01، فبراير 2017، ص169.
4. فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003.

02- المداخلات (أعمال الملتقيات)

1. عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة، مداخلة في الملتقى الوطني حول "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 و01 ديسمبر 2011 ، ص. 101، غير منشورة.
2. علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة.

V- النصوص القانونية

01 -القوانين

1. قانون رقم 90-30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر العدد 53 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر العدد 10 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.
2. الأمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82 الصادرة في 31 ديسمبر 1995.
3. الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.
4. الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.
5. القانون رقم 10-03، مؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

6. القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدلة بالمادة 02 من القانون رقم 01/13 المؤرخ في 20 فيفري 2013، ج عدد 11 الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2013 .
7. قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج.ر العدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005.
8. الأمر06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج.ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.
9. القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37 الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.
10. القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.
11. القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر العدد 12 الصادرة بتاريخ 29 فبراير 2012.
12. القانون رقم 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.

02 -المراسيم الرئاسية

1. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

03 - المراسيم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 208/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ر العدد 55 الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1996.
2. المرسوم التنفيذي رقم 69/07 المؤرخ في 19 فيفري 2007، المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007.
3. المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 أفريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم11/06 الذي يحدد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.
4. المرسوم التنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 2008/02/09، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08 الصادرة في 13 فبراير 2008.
5. المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر عدد 9، الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008.
6. المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 9 أبريل 2008، يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر العدد 20 الصادرة في 13 أبريل 2008.
7. المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2011.

8. المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 جوان 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة ، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011.
9. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض العام، ج.ر العدد 48 الصادرة في 05 أوت 2018.
10. المرسوم التنفيذي رقم 432/21 المؤرخ في 04 نوفمبر 2021، المحدد لشروط وكيفيات منح الأراضي التابعة للدولة، للاستصلاح في إطار الامتياز، ج.ر العدد 85 الصادرة بتاريخ 07 نوفمبر 2021.

04 – التعليمات والقرارات التنظيمية

1. التعليمة رقم 842/3.94، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994 عن السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
2. الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 305/15، المؤرخ في 05 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2015.
3. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، المحدد لشروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 281/15، المؤرخ في 26 أكتوبر 2005، ج ر عدد 62 الصادرة بتاريخ 23 أكتوبر 2016.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I – Ouvrages

1. A. De Laubadère, traité de droit administratif, T01, 08ème Ed, L.G.D.J, paris, France 1980.
2. Autin Jean–Louis et Ribot Catherine, Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004.
3. J.F Auby, La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.16.
4. Claudie Boiteau, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999.
5. Debroux Michel, Nicolas-Vullierme Laurence, et Sarrazin Cyril, Ententes: chroniques, Revue Concurrences, n° 3-2009, Paris.
6. Auby (J.M): Robert (D.A) : Grand services publics et enterprises nationals, tome1 3ème trimesters, PUF, Paris, France, 1969.
7. Marie Malauri-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2008.
8. Lajoye Christophe, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger, 2007.
9. Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012.
10. Stephane Braconnier, droit des services publics, presses universitaires de France, 2004.

11. Yves Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, LGDJ, paris, France, 1971.
12. Rémy Shwartz, Le juge Français des référés administratifs, Revue du Conseil d'Etat, n° 04, Algérie, 2003.
13. Guettier Christophe, Exécutions des Jugements, Juris-Classeure, Volume I, Droit Administratif, Editions Lexis Nexis, Paris, 2009.

II- Articles

1. Frangi Marc, Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002.

III- Documents

1. Achat public en EPLE, Panorama des recours contentieux en matière de commande publique devant le juge administratif, Les Dossiers de la DIFIN, Réalisé par le Bureau Aide et conseil aux EPLE, Académie d'Aix – Marseille, Avril 2010, p. 13. Disponible sur le site : http://www.ac-aix-marseille.fr

الفهرس

مقدمة عامة	02
المحاضرة الأولى: مفهوم تفويضات المر افق العامة	05
أولا: تعريف تفويض المرفق العام	06
أ- التعريف الفقهي	06
ب- التعريف التشريعي	07
أ- التفويض الأصلي	09
ب- التفويض الفرعي	09
ثانيا: أطراف عقد تفويض المرفق العام	10
أ- السلطة المفوضة	10
1-الدولة	10
2-الجماعات الإقليمية	11
3-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري	11
ب- المفوض له	12
المحاضرة الثانية: أسس تفويض المرفق العام ونطاقه	14
أولا: أسس تفويض المرفق العام	14
أ- مرفق عام قابل للتفويض	14
ب- العلاقة التعاقدية	15
ج- استغلال المرفق العام	15
د- ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال	17
ثانيا: نطاق تفويض المرافق العامة	18
أ- المرافق القابلة للتفويض	18
ب- المرافق غير القابلة للتفويض	18
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من تفويض المرفق العام	19
أ- قانون المياه	19
ب- قانون البلدية	20
ج- تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام	21
المحاضرة الثالثة: الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز	23
أولا: مفهوم عقد الامتياز La concession	23

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز	25
أ- الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز	25
ب- الطبيعة العقدية لعقد الامتياز	25
ج- الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز La théorie de la double nature de la concession	26
د- الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز Un Acte mixte	26
ثالثا: عقد الامتياز في التشريع الجزائري	27
رابعا: عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت B.o.t)	28
المحاضرة الرابعة: عقد الإيجاروعقد الوكالة	32
أولا: عقد إيجار المرفق العام	32
أ- من حيث تحمل مصاريف إقامة المشروع	34
ب- من حيث مدة الالتزام	34
ثانيا: عقد الوكالة (تسيير واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام)	35
أ- تعريف عقد الوكالة	35
ب- خصائص عقد الوكالة	35
ج- أشكال عقد الوكالة	36
1- عقد الوكالة المحفزة	36
2- عقد تسيير المرفق العام La Gérance	37
المحاضرة الخامسة: مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام	39
أولا: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية	39
ثانيا: المساواة في معاملة المرشحين	42
ثالثا: شفافية الإجراءات	43
المحاضرة السادسة: خصوصية إبرام عقود الامتياز القطاعية	45
أولا: الاعتبار الشخصي كمبدأ عام لإبرام عقود الامتياز	45
ثانيا: الدعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لإبرام عقود الامتياز	48
المحاضرة السابعة: كيفيات إبرام عقود التفويض المحلية	53
أولا: عقود التفويض المحلية ضمن التعليمة رقم 842/3.94 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 وأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16	53
أ- مقارنة من حيث الأساليب المتبناة	54
ب- مقارنة من حيث مجال منح التفويض	54

ج- مقارنة من حيث الشخص القانوني الملتزم	55
د- مقارنة من حيث المقابلات المالية	55
هـ- مقارنة من ناحية الإجراءات منح الامتياز أو الإيجار	56
و- مقارنة من ناحية ممارسة امتيازات السلطة العامة	56
ز- مقارنة من ناحية تجسيد التفويض	57
ثانيا: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام العقد ضمن المرسوم التنفيذي رقم 18-199	57
أ- أشكال الطلب على المنافسة	57
1- مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين	57
2- مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد	58
ثالثا: أسلوب التراضي كاستثناء	58
أ- تعريف التراضي	58
ب- أشكال التراضي	59
- التراضي البسيط	59
- التراضي بعد الاستشارة	59
المحاضرة الثامنة: سلطات الإدارة في عقود امتياز المرافق العامة	62
أولا: سلطة الإشراف والرقابة	62
ثانيا: سلطة التعديل	63
ثالثا: سلطة توقيع الجزاء	65
رابعا: سلطة إنهاء العقد	66
المحاضرة التاسعة: منازعات عقود تفويض المرفق العام أمام قضاء الموضوع	68
أولا: رقابة قاضي الإلغاء على مشروعية القرارات المنفصلة عن العقد	69
أ- القرارات محل الدعوى	69
ب- شروط رفع دعوى الإلغاء في مادة تفويضات المرفق العام	70
1- الشروط الشكلية لرفع دعوى الإلغاء	70
2- الشروط الموضوعية لرفع دعوى الإلغاء	74
ثانيا: منازعات القضاء الكامل	79
أ- منازعات القضاء الكامل في مرحلة الإبرام	79
1- بالنسبة لأطراف العقد	80

2- بالنسبة للغير	82
ب- منازعات القضاء الكامل في مرحلة التنفيذ	86
1- حالات الفسخ القضائي	86
2- سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض	88
المحاضرة العاشرة: منازعات عقود تفويض المرفق العام أمام قضاء الاستعجال	90
أولا: شروط قبول دعوى الإستعجال قبل التعاقدي	91
أ- الشروط العامة لدعوى الاستعجال في المواد الإدارية	91
ب- الشروط الخاصة للدعوى	93
ثانيا: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية:	96
أ- الإجراءات التحفظية Référé-conservatoire ou référé "mesures utiles"	96
1- سلطة الأمر L'injonction	96
2- سلطة الوقف Suspension	98
3- سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية Astreint	98
ب- الإجراءات القطعية Les mesures définitives	100
1- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد	100
2- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية	101
المحاضرة الحادية عشر: الحماية الجزائية لعقود التفويض – جنحة المحاباة أنموذجا	104
أولا: أركان جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال العقود الإدارية (جنحة المحاباة)	105
أ- الركن المفترض (صفة الجاني)	105
ب- الركن المادي للجريمة	106
1- السلوك الإجرامي	106
2- الغرض من السلوك الإجرامي	108
ج- الركن المعنوي للجريمة	108
1- القصد العام	109
2- القصد الخاص	109
ثانيا: قمع الجريمة	109
أ- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي	109

1- العقوبات الأصلية	**110**
2- العقوبات التكميلية	**111**
3- العقوبات المقررة للشخص المعنوي	**112**
4- المشاركة والشروع في جنحة المحاباة	**112**
خاتمة عامة	**115**
قائمة المراجع	**117**