جامعة أبو بكر بلقايد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

الآليات القانونية لتسوية نزاعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام

–دراسة مقارنة–

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق تخصص

قانون عام

إعداد الطالب الباحث:

شرميطي محمد

إشراف:

أ.د/بلقاسم دايم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. بدران مراد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. دايم بلقاسم	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د.هاملي محمد	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
أ.د. دايم نوال	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية 2020-2021

شكر وعرفان

الشكر والحمد لله تعالى، فإليه ينسب الفضل كله، فهو ولي التوفيق.

بعد الحمد لله، فإني أتوجه بالشكر والتقدير الى الأستاذ بلقاسم دايم على ما أسدى لنا من نصائح وتوجيهات في تقويم هذه الرسالة ، والشكر موصول كذلك الى لجنة المناقشة الموقرة

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الى زوجتي رفيقة الدرب التي ساعدني كثيرا في حياتي، وإلى أفراد عائلتي سائلين من الله عز وجل لهم التوفيق والسداد في حياتهم.

كما أشكر الأستاذة شرميطي نجاة على المساعدة في إخراج هذه الدراسة المتواضعة، وكل من قدم لي يد العون ولو بالكلمة الطيبة.

إهداء

الى روح والدتي الغالية التي فارقت هذه الحياة الدنيا، قبل أن أتم هذا العمل المتواضع، والتي كانت السند في فترة الشدة والرخاء، بالحزم واللين، والتي ادعوا لها بالرحمة المغفرة، آمين.

قائمة أهم المختصرات

المختصرات باللغة العربية:

1-ج.ر.ج.ج: الجريدية الرسمية للجمهورية الجزائرية

2-ص: صفحة

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

المختصرات باللغة الفرنسية:

1-A.J.D.A : Actualité Juridique de Droit Adminstratif.

2-C.a : Cour d'appel

3-C.c : Cour de cassation

4-C.E : Conseil d'État

5-J.O.R.F : Journal Official Republique Française.

6-T.C : Trubunal des Conflits.

7- P : Page.

تحوز الحكومات الوطنية والمحلية أملاكا من الأصول في شكل مرافق عامة ، ومن خلال حوكمة أفضل، عن طريق إدارة سلسة ،تحقق مردودا أفضل وتحافظ الدولة على مرافقها، يمكن للعديد من هذه الخدمات من منشآت قائمة وحقوق ملكية المساحات أن تساهم في تدفق إيرادات لتمويل موازنات الجماعات المحلية والميزانيات العامة، ودفع تكاليف البنية التحتية، وذلك باستغلال أكثر مهنية واستقلال سياسي، ومن أجل ذلك بادرت الدول في إصلاحات شاملة من أجل تسيير أفضل لمشروعات البنية الأساسية[1].

فبعد الطفرة الاقتصادية والفكرية التي استهدفت العالم بأسره، وصولا الى عصر العولمة أدى ذلك إلى تحرير المرافق الإنتاجية والصناعية والخدماتية من قبضة الدولة وفق المبدأ التحرري الرأسمالي الذي اعتمد على الأفراد وملكيتهم لأدوات الإنتاج، فعملت العديد من الدول على تحرير اقتصادها لما وجد من عجز اقتصادي وتنموي داخلها والذي أدى بدوره إلى أن يصل هذا التحرر والفكرة الرأسمالية الى المرافق العامة التي هي أساسا من اختصاص الدولة، والتي تقوم بإدارتها باعتبارها مشروعات عامة تقدم خدمة للجمهور[2].

كانت المرافق العامة تدار من قبل الأشخاص العامة ، لخضوع هذه المرافق في تلك الفترة لقواعد واحدة وهي قواعد القانون الإداري، لكن بعد صدور قرار Bac d'eloka[3] نتيجة لظهور المرافق العامة الاقتصادية والذي كرس مجموعة من المبادئ تتمثل فيما يلي:

- وجود نوع جديد من المرافق العامة لها طابع الصناعي التجاري.
- ظهور مبادئ الإزدواجية في القواعد القانونية و في القضاء.
- اختصاص القضاء العادي بالنظر بالمنازعات الناشئة عن ممارسة المرافق العامة لنشاطها.

هذا من جهة، و من جهة أخرى فشل هذه الإدارات في تسيير هذا النوع من المرافق بسبب العجز المالي في ميزانتتها وتدني الخدمات المقدمة و ضعف المنافسة ، هذه المستجدات دفعت كثير من الدول للجوء للإدارة الخاصة لتفادي مخاطر الاستغلال و الوصول لإدارة فعالة لمرافقها.

[1] أمادو سي، معوقات النمو، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، واشنطن، الولايات المتحدة الأمريكية، العدد جوان ،2016، ص26.

[2] جها د زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز –دراسة نظرية مقارنة –، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر،2015، ص 10.

[3]TC,22 janvier 1921,Société commerciale de l'ouest africain connu sous le nom d'arret « « Bac d'Eloka »(les Grands Arret de la jurispridence Addministractive,n°36)

وفي الآونة الأخيرة اتجهت معظم الدول إلى الإدارة الخاصة للمرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، لهدف تحقيق إدارة تساهم في تجنب الخسائر الناتجة عن سوء إدارة هذه المرافق، وتمكن المرافق العامة من تقديم خدمات ذات جودة عالية باستمرار واطراد، ولتجنب الآثار السلبية لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، والسماح للقطاع الخاص المساهة في التنمية وتقديم الخدمات مع تحمله جزء من المخاطر،بحيث يقتصر دور الجماعة العامة في تحديد ومراقبة حسن أداء الخدمات.

وتتجلى أهمية عقود تفويض المرفق العام في حداثته، فمعظم نصوصه القانونية سنت في الآونة الأخيرة، وتعلق موضوعها بأهم الجوانب الاقتصادية للدولة وهي الحوكمة والتسيير، وأهم الجوانب القانونية وهي المنازعات وكيفية تحديد الإختصاص القضائي في عقد إداري متشعب تتداخل فيه أطراف عدة، متعاقدة وغير متعاقدة.هذه الأهمية كانت هي الدافع الأكبر في اختيار هذا الموضوع ومحاولة تسليط الضوء على مختلف جوانبه ومقارنتها مع التجارب الأخرى لا سيما التجربة الفرنسية، إلى جانب أهميته العلمية المتمثلة في عرض أهم الأفكار والقواعد والاجتهدات القضائية و التحكيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام.

إن تفويض المرفق العام هو اصطلاح يشوبه الخلط او الالتباس مع نظام آخر متميز تماما هو تفويض السلطة، الذي ينظم تنفيذ وتوزيع الاحتياجات بين مختلف الجهات الإدارية لدى الشخص العام[1].والبعض الآخر استخدم اصطلاح، وكالة المرفق العام وهو مصطلح يختلط كذلك بعقد الوكالة المدني[2]، إلى جانب ابتعاده عن أفكار الخصخصة التي هي محل نقض من قبل بعض من المفكرين، إذ أن إدارة المرافق العامة تتجنب هذه الانتقادات لأنها تبقي ملكية المرافق العامة للأشخاص العامة، في حين يقتصر دور الأشخاص الخاصة على استغلال وإدارة المرافق العامة ضمن مدة محددة، ثم يعاد المرفق العام إلى الدولة عند انتهائها[3].

[1] محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام –دراسة مقارنة –، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، منصورة، مصر ،2015 ، ص26.

[2] المادة 571 من القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 المرافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني «الوكالة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

[3] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص9.

ولقد ساعد تطور فقه امتياز المرفق العام وصولا إلى صورته الحالية، في ظهور أفكار جديدة مشابهة له مثل مشاريع نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وهو المعروف اختصارا باصطلاحbot في تركيا لصالح المرفق العام، ثم استخدام اصطلاح التفويض في مجال عقود الامتياز بشكل خاص في القانون الفرنسي.

من أجل ذلك اخترت عنوان رسالتنا مصطلح التسيير المفوض، وهو مصطلح له مدلول واضح يستغرق المعنى الذي نريده وهو إدارة المرفق العام بواسطة شخص معنوي غير الجهة المنظمة والذي عادة ما يكون من أشخاص القانون الخاص، ولكن ليس كذلك بالضرورة، وهو مصطلح يتعلق بالقانون العام لابالقانون الخاص وبالإداري لا بالمدني.

سأحاول في بحثي المتواضع هذا أن أحصر الموضوع في فكرة تفويض المرفق العام التي تمنحه الجماعات الإقليمية، الى جانب عقود الامتياز الأخرى التي تمنحها الدولة والتي ليس لها إطار قانوني يجمعها، بل نجدها في نصوص تطبيقية متفرقة وأغلبها تتعلق بالمرفق العام الاقتصادي مثل عقود امتياز الاتصالات وعقود إمتياز الطاقة والمحاجر وغيرها ويصطلح عليها بعقود الامتياز للأشغال العامة، ولكن مع ذلك ركزت على المرسوم التنفيذي 18-199 [1]المتعلق بتفويض المرفق العام المحلي لأنه جاء شاملا وواضحا خاصة في طريقة الإبرام.

ولقد واجهتني صعوبات جمة ترتبط بندرة المراجع المتخصصة، فأغلبها تتعلق بالعقود الإدارية، وإن وجدت، تناولت عقود الامتياز أو عقود البوت دون العقود الأخرى المتعلقة بالتفويض، مع ذلك بذلت جهودا في جمع المعلومات من ثنايا هذه المراجع وحاولت إخراجها على شكل تصنيف خاص.

ولأن موضوعي يتعلق بالمنازعات فقد صادفتني مشكلة الحصول على الاجتهادات القضائية من القضاء الجزائري، لذا اعتمدت في جل بحثي على اجتهادات القضاء الفرنسي لوجودها نسبيا، وتشمل جميع مراحل تكوين العقد وتنفيذه، وهنا صادفتني مشكلة اللغة وترجمة هذه الاجتهادات وما يكتنفها من محاذير تحريف النص، أو تغيير مدلوله.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 18- 199 مؤرخ في 2 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ج ج 48، في 5 أوت 2018.

ولعل تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاعات المتعلقة بعملية التفويض يثير عدة إشكالات جزئية، في الواقع إن القضاء الاداري هو المختص مبدئيا في الحالة التي يمنح فيها التفويض لشخص معنوي عام ،أما في الحالة التي يقوم الشخص الخاص باستغلال المرفق العام يثير إشكالا في الجهة المختصة .

ونظرا لامتداد عقود التسيير المفوض للمرفق العام إلى المستفيدين من المرفق العام وإلى غير المستفيدين والأشخاص الثالثين وهم الذين يتضررون من تنفيذ المرفق دون أن يكونوا مرتبطين به بأية رابطة عقدية وكذا العمال وشركات التأمين، هذا التعدد يصعب من عملية توزيع الاختصاص عند التنازع.

ولكن انتفاء صلاحية القضاء الوطني في هذا النوع من العقود التي تدخل الدولة طرفا أساسيا فيه، والذي يتعلق غالبا بتنظيم وتسيير مرفق عام، يثير إشكالية تتعلق بالحصانة القضائية التي كرستها الدساتير، والتشريعات الوطنية والتي تكرس الدور المحوري والأساسي للقضاء الوطني للنظر في كافة المنازعات المثارة، والتي تشكل رفضا لمثول الدولة أمام قضاء أجنبي.

والسؤال المهم الذي أطرحه هذه الدراسة كون هذه العقود ممتدة، فبين تكوينها وإرجاع المرفق العام للإدارة صاحبة التفويض فترة طويلة نسبيا، وفي ظل هذه المدة ليس بالقصيرة قد **يثور نزاع يتعلق بتكوين العقد أو في أثناء تنفيذه بين السلطة المانحة والمفوض له، فما هي الآلية القانونية المناسبة للنظر في المنازعة؟ هي القضاء أم هناك وسائل أخرى أكثر توافقا وانسجاما مع طبيعة هذه العقود، كالتحكيم مثلا والذي بات شرطا أساسيا في عقود الاستثمار منها عقود التسيير المفوض؟**

فالنزاعات متنوعة. قد تثور بين السلطة المفوضة والمفوض له، وقد تثار بين السلطة المفوضة والاشخاص الآخرين غير المفوض له، وقد يثار نزاع بين المفوض له والاشخاص الآخرين غير السلطة المفوضة وهذا التشابك في العلاقات في عقود تفويض المرفق العام أدى إلى توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وبما أن تحديد الاختصاص من النظام العام، لذا يتعين التصدي لها حتى وإن لم تثره أطراف النزاع، وذلك قبل الفصل في الموضوع.

إذن قد تأخذ هذه المنازعات أشكالا مختلفة حسب المرحلة التي يمر بها العقد، وطبقا لذلك تتمحور المراجعة بين الإلغاء والقضاء الكامل. فعقود التسيير المفوض للمرفق العام غالبا ما ينشأ

عنها العديد من المنازعات التي تستوجب التدخل لفضها والفصل فيها، ويحكم ذلك مصلحتين متضاربتين:

- أن الدولة غالبا ماتريد اللجوء الى القضاء الوطني لعرض المنازعات المتعلقة بتلك المشروعات ، لما في قضائها الوطني من محافظة على مصالحها وحقوقها.
- أما الطرف الثاني فغالبا مايشترط اللجوء الى التحكيم، خوفا من أن تكون المحاكم الوطنية في الدولة المقر واقعة تحث تأثير الحكومة[1].

ولتفصيل ذلك سوف أحاول التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني كمدخل لتحديد الاختصاص، أي توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، ثم أتناول مختلف النزاعات التي تحدث بين الأطراف التي ترتبط بعقد التفويض والأطراف الأخرى من الثالثين والمناولين والمستفدين وغيرهم.

وفي إطار عمليات إدارة واستغلال المرافق العامة، المستثمر أحيانا يمكن أن يكون أجنبيا يشترط قبل الدخول في علاقة مع الشخص المعنوي العام مانح التفويض أن يتم إدراج بند تحكيمي أو إعداد اتفاق تحكيمي، وذلك للمنافع التي يوفرها له التحكيم [2].

والاتفاق على التحكيم من شأنه أن يشكل إقصاء لدور القضاء الوطني للدولة المضيفة، وأن يعطى الصلاحية بالنظر في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد إلى المراكز التحكيمية التي تتسم بصفة دولية حيث إن الدولة المتعاقدة ستخضع في منازعاتها إلى قضاء أجنبي[3]، وهنا سوف أعرض مختلف الأراء التشريعية والقضائية والفقهية المؤيدة والمعارضة للتحكيم.

قصد الإجابة على هذه التساؤلات، سأتناول في بحثي الموضوع إلى جانب شقه القانوني بعض الجوانب الاقتصادية لما لهما من ترابط وثيق في دراستي، ولتحقيق هذا الهدف فقد قسمت بحثي إلى فصل تمهيدي أتناول فيه مفهوم عقود التسيير المفوض ضمن عقود الطلب العمومي ثم ولجت في صميم الموضوع، وذلك بدراسة آلية القضاء في تسوية منازعات عقود التسيير المفوض في الباب

[1] حمادة عبد الرزاق حماده، منازعات عقد الإمتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص13.

[2] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة –، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ص626.

[3] حنان أحمد ضيا، وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد bot دراسة في القضاء المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2018، ص174.

الأول، ثم أدرس آلية التحكيم في تسوية منازعات عقود التسيير المفوض في الباب الثاني. **وستنصب هذه الدراسة على مرحلة منازعات تكوين اتفاقية تفويض المرفق العام في جل فصوله** ، مع بعض الجوانب أثناء التنفيد ، كدعوى التعويض ، وانهاء وفسخ الإتفاقية.

من أجل ذلك سأعتمد في بحثي على المناهج التالية: المنهج التحليلي و المقارن و التاريخي في نفس الوقت، فالمنهج التحليلي بتحليل مختلف المعلومات المحصل عليها واستخلاص الأفكار والنتائج ، ويتجلى ذلك من خلال القيام بعملية التفسير للتسيير المفوض للمرفق العام ، وذلك بعرض التشابه بينه وبين العقود الإدارية الأخرى خاصة الصفقات العمومية وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، إلى جانب ذكر مختلف أنواع التفويض، كما أننا سنعرض لمختلف النزاعات؟ المتوقعة والمتعلقة بعملية التفويض وكذا مع مختلف الأطراف سواء المتعاقدة أو الأطراف الأخرى التي لا ترتبط بإتفاقية التفويض،و سأعتمد على المنهج المقارن لأن كثير من الدول كانت سباقة بالأخذ بعملية التفويض، وأهم هذه الدول فرنسا بلد منشأ هذا النوع من العقود وذلك بهدف المحاكاة ومعرفة مساوئ ومحاسن هذا النظام قبل الاتباع، فأما المنهج التاريخي ففيه تتبعت تطور فكرة الإمتياز وصولا إلى حالته الحالية التفويض، كما أني سوف أتتبع مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية منها عقد التفويض للتحكيم والمراحل التي مر بها.

من المعلوم أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

ويرى جانب من الفقه إمكانية توافر العقد الإداري ولو لم يتضمن شروطا استثنائية، طالما كان هذا العقد متعلقا بمرفق عام[2].

فضمن العقود الإدارية توجد عقود الطلبات العمومية التي تعتبر أداة للشراكة الاقتصادية بين شخص عام وأحد المتعاقدين الخواص، هي عقود مصنفة في مجال التنافس، ولكن غير موحدة من حيث التنظيم.

فهذا النوع الجديد من العقود تكون حديثا، مع ذلك توسع بشكل سريع، نظرا لوجود تقبل من طرف كثير من الدول، خاصة التي يتماشى قانونها مع القانون اللاتيني.

وتأسيسا على ذلك من البديهي أن نتساءل عن ماهية التسيير المفوض للمرفق العام ومراحل تشكله ضمن هذا التصنيف؟ إن سؤالا كهذا يتطلب معالجته في مبحثين هما:

1- **المبحث الأول**: ماهية عقود الطلب العمومي.

2- **المبحث الثاني**: مفهوم التسيير المفوض للمرفق العام.

المبحث الأول: ماهية عقود الطلب العمومي

لتنفيذ استثمار عمومي ذي مصلحة عامة، أتاح القانون للجماعة العمومية إبرام عقود مع طرف آخر، لإنشاء أو تسيير مرفق عام، سميت هذه العقود بالعقود الإدارية، ثم بعد ذلك بدأت تتشكل مجموعة متقاربة من حيث نظام التعاقد، أصطلح عليها عقود الطلبات العمومية فترى ما هو مفهوم هذه العقود؟ وقصد الإلمام بهذا المصطلح سأحاول توضيحه عبر ثلاث مطالب وهي:

- المطلب الأول :مفهوم عقود الطلب العمومي.
- المطلب الثاني:تجانس عقود الطلب العمومي.
- المطلب الثالث: مبادئ عقود الطلب العمومي.

[1]- حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة، الطبعة الأولى، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 96.

[2]- حسن عبد الله حسن، المرجع نفسه، ص 99.

المطلب الأول: مفهوم عقود الطلب العمومي

إن التداول والاستعمال اصطلاح عقود الطلب العمومي بين الألسن في الملتقيات والتصريحات في المواعيد المختلفة بكثرة إلا أنه يبقى غامضا، لذا رأيت من الضرورة تسليط الضوء على هذا المدلول لأهميته ولعلاقته الوطيدة مع بحثي في فرعينهما:

الفرع الأول: نشأة وتعريف عقود الطلب العمومي.

الفرع الثاني: شرط المنافسة في عقود الطلب العمومي.

الفرع الأول: نشأة وتعريف عقود الطلب العمومي

في فرنسا منذ النصف الثاني من القرن الماضي، كان هناك تصنيفان بارزان هما الصفقات العمومية وعقد الامتياز يندرجان في العقود الإدارية، هذا التصنيف ظهر بشكل موحد في طريقة الإبرام، للوهلة الأولى في قانون الصفقات العمومية لعام 1964 [1]، ثم تجدد في المادة الأولى من نفس القانون لعام 2001[2] ، هذا الأخير كرس مبادئ الطلب العمومي ثم أن المجلس الدستوري هو أول من أعلن عن ميلاد عقود مشتركة للطلب العمومي في الرأي المؤرخ في 26 جوان 2003، رقم 2003—473 DC[3].

قانون Sapin 1[4]من أجل التأكيد على هذا التصنيف توسع في فرض التزامات الإبرام، أعطى هذا المعنى الإحساس بوجود قانون للطلب العمومي ناشئ، التشريع الجديد[5] ألزم العقود القطاعية (عقودالشراكة) بالتقيد بالإعلان والمنافسة، والتي ترمي لتحقيق مشاريع عامة بواسطة

[1]- Décret N° 64-729 du 17 juillet 1964, portant Codification des Textes Réglementaires Relatifs aux Marché Publics, JORF du 21 juillet 1964.

[2]- Décret 2001-210 du 07 mars 2001, portant Code Marchés Publics, JORF n°57, du 8 mars 2001.

[3]- JORF du 03 juillet 2003page 11205, recueil p382, ECLI : FR : CC 2003 :473 DC.

[4]- Loi N° :93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite (loi Sapin).

[5]- Ordonnance N° :2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat JORF N°141 du 19 juin 2004.

تمويل خاص، يدعم ظهور قانون للطلب العمومي، وهذا التعريف اليوم مكرس من طرف المشرع وسلطة التنظيم التي استعملها بشكل موحد في النصوص التي تتناول قانون الطلب العمومي، منذ ذلك الوقت أصبح المصطلح يستعمل بكثرة وشائعا.

رغم هذه الانطلاقة يفتقر هذا المصطلح الجديد، كان في حاجة لنص قانوني كامل يعرفه[1].

عموما في الفقه الفرنسي هناك مفهومان متعارضان، الأول ضيق يرى الطلب العمومي يتناول عقود المشتريات العمومية التي تنحصر في الصفقات العمومية.

والثاني أكثر اتساع يشمل مجموع العقود بواسطتها الشخص العام يبحث للحصول على ممتلكات أو خدمة ذات طبيعة خاصة يقوم في إدارتها مع تمتعها بالاستقلالية.

إذن عقود الطلب العمومي في فرنسا، أصبحت محصورة في الصفقات العمومية بجميع أشكالها وعقود تفويض المرفق العام إلى جانب عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وهي تشكل اليوم مبالغ ضخمة تقدر بحوالي 15% من الناتج المحلي الإجمالي الفرنسيPiB[2].

وهو يستند على نصوص مشتتة، قانون الصفقات العمومية لعام 2006 [3]، قانون Sapin الذي تناول عقود تفويضات المرفق العام في المادة 38 وما يليها، وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسنة 2004.

مجاراة للقانون الفرنسي المشرع الجزائري نص على مصطلح الطلب العمومي لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-255 في مادته 02 مكرر حيث نصت على ما يلي:

(لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعي الصفقات الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة

[1]- Marie Charlotte Bontron, la fonction des principes fondamentaux de la commande de publique –Droit- Université Montpellier 2015 Français page 62.

[2]- Stéphane Saissier, JeanTirole (renforcer l'efficacité de la commande publique) –CAIRN-INFO /Revue-notes-du conseil-d'analyse-économique-2015/3(N°22). P.1-22.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 02-250، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ج ر ج ج عدد 62 في 09نوفمبر 2008.

المرشحين وشفافية الإجراءات) ، منذ ذلك الوقت تكرر هذا المصطلح بشكل ثابت في جميع القوانين الصفقات العمومية الصادرة بعد ذلك ، حيث تناولته المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010[1]، ثم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [2]الذي نظم عقدين هامين من عقود الطلب العمومي ، وهما الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، وهذا تماشيا مع المعنى الذي ذكرناه، كون هذه العقود موحدة من حيث التنافس في التعاقد، وتتقاطع في طريقة الإبرام ، هذا ما ذهبت إليه المادتان 05 و 209[3] .

من هنا يمكن الوصول إلى أن الطلب العمومي هو مصطلح عام متعلق بمجموعة من العقود المبرمة مع متعاملين عموميين أو خواص لتلبية احتياجات عامة، والقاسم المشترك بينها هو طريقة الإبرام التي تتم وفق إجراءات المنافسة.

الفرع الثاني: شرط المنافسة في عقود الطلب العمومي

يطلق على هذا النوع من العقود بالعقود التنافسية نظرا لاعتمادها على الحوار التنافسي عندما تحاول الإدارة البحث على شريك خارجي في تمويل أو استغلال أو إدارة المرفق العام.

فحرية المنافسة باعتبارها تتيح للأعوان الاقتصاديين حرية الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية العرض دونها قيود أو عوائق تسمح للمؤسسات بجذب أكبر عدد ممكن من الزبائن والحصول على أقصى الأرباح، وتحفزها على جودة المنتجات وخفض الأسعار للمستهلكين وتهدف إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية، وتحسين معيشة المستهلكين، وذلك اعتمادا على آليات السوق وقانون العرض والطلب[4].

فهذه المبادئ تسري على عقود الطلب العمومي، فحرية المشاركة مفتوحة للجميع، إلا الاستثناءات الواردة بنص تشريعي أو تنظيمي، كما أن تسقيف الأسعار يشترط لقيامها في وجود

[1]- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 58، في 07 أكتوبر 2010.

[2]- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج 50، في 20 سبتمبر 2015.

[3]- مادة 05 نصت على أن لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن المال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، أما المادة 209 فنصت على أن تخضع اتفاقيات تفويضات المرفق العام عند إبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم.

[4]- محمد الشريف كتوا، قانون المنافسة والمساومات التجارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 124.

اتفاقية مبرمة بين الإدارة والمتعاقد أو الشريك أو بين مقدم الخدمات والمستفيد منها[1]، كحالة عقود تفويض المرفق العام.

فحرية المنافسة بين جميع المتنافسين من خلال مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والتي من شأنها جميعا أن توفر حرية المنافسة بينهم جميعا بما يحقق المصلحة العامة المتمثلة في اختيار صاحب العرض الأفضل فنيا وماليا طبقا لأسس التقييم بدفتر الشروط[2]. فهذه الآلية تستهدف التخفيف من التكاليف والمخاطر الناجمة عن إجراءات التعاقد، والتي تتجلي في مستوى جدارة وخبرة مقدمي الخدمات، ومدى ملائمة المنتوج، والحيلولة دون توغل الانتهازيين[3].

فالتعديلات الأخيرة على قانون المنافسة في الجزائر أدرجت المنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان إلى غاية المنح النهائي للصفقة[4] ، وأننا نتوقع أن يمتد هذا القانون إلى عقود تفويض المرفق العام وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص نظرا لخضوعهما بشكل عام لنفس طريقة الإبرام .في نفس السياق قانون لرقم 06-01[5] المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، نص في مادته التاسعة على أن يجب تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية .

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

---

[1]- محمد الشريف كتوا، المرجع السابق، ص 109.

[2]- حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 179.

[3]- Tachliam Edwin, (L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique), la Revue CIVILIZAN, semestriel (juillet-décembre) 2009, Université SorgioArboleda – bogota-colambia, page 55.

[4]- المادة (2) من قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج 36، في 02 جويلية 2008.

[5]- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج ج 14، في 08 مارس 2006.

أما المادتان 26 و27 من نفس القانون نصتا على عقوبات مشددة في حالة الحصول على امتيازات غير مبررة أو رشوة في مجال الصفقات العمومية[1].

ولكن رغم هذه الصرامة في عملية الإبرام، فإن كثيرا من الدول تسمح بالمفاوضات عند التعاقد، فقد أجاز المشرع الفرنسي إجراء تفاوض بالشروط المبنية بالمادة 07 من قانون الشراكة طبقا للفقرتين 02 و03[2]، ونفس شيء ينطبق على عقود تفويض المرفق العام. ويعرف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصالحه، وتعرفه على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات[3].

ونظرا لصعوبة التنبؤ بجميع المخاطر التي تكون أثناء التنفيذ، مما يضطر الطرفان في كثير من الأحيان في الدخول في مفاوضات جديدة لتسوية الخلافات، وهذا يؤدي إلى التأثير على سعر العقد وعلى المنافع المرجوة من الإجراءات التنافسية[4].

المطلب الثاني: تجانس عقود الطلب العمومي

كما أشرت سابقا أن تشكيلة عقود الطلب العمومي متنوعة، وغير محدودة، ومفتوحة الانضمام، المهم أن تنطبق عليها الشروط سالفة الذكر ، الإبرام يأتي بعد المنافسة ، وانتقاء المترشحين يتم بعد مراحل إجرائية محددة وفق قانون ينظم العملية عبر مبادئ أساسية متفق عليها، فترى ما هي أنواعها؟ وما هي أوجه الاختلاف فيما بينها؟ أجيب على هذه التساؤلات في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أنواع عقود الطلب العمومي.

الفرع الثاني: مقارنة بين عقود الطلب العمومي.

---

[1]- مادة 26 تنص على أن يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.
(كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا، أو اتفاقية، أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير).

[2]- حسن عبد الله حسن- المرجع السابق- ص 272.

[3]- أبو بكر أحمد عثمان النعيمي – (إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد55، في ماي 2017، ص72.

[4]- Stéphane Saissier Jean Tirole, op.cit., page5.

الفرع الأول: أنواع عقود الطلب العمومي

قلت إن ميزة عقود الطلب العمومي خضوعها لشروط المنافسة قبل إبرامها، وهي تشمل حاليا حسب القانون الفرنسي: الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نتناولها مكتفين بتقديم تعريفا لها، مع التركيز على طريقة الإبرام، تماشيا مع بحثنا هذا.

1- الصفقات العمومية: حسب المادة (02) من المرسوم الرئاسي 15-247 (الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدماتوالدراسات).

يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الثلاث، نصت على ذلك بوضوح المواد 05 و08 و09 ومواد أخرى ضمنيا، هذه المبادئ تعتبر الركيزة الأساسية لهذا القانون الجديد.

ويتم إبرام الصفقة العمومية حسب القاعدة المنصوص عليها في المادة 39، وذلك عن طريق طلب العروض بأشكاله واستثناء عن طريق التراضي بنوعيه.

وطلب العروض حسب المادة 40، هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والتراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكلالتراضي البسيط وشكل التراضي بعد الاستشارة.

وتجسيدا للمبادئ الثلاث، حرص قانون الصفقات العمومية على إعطاء ضمانات عند إبرام هذه العقود نذكر منها:

- كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولإحكام مرسوم الصفقات العمومية ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس مبادئ الطلب العمومي، وهذه المبادئ تنطبق كذلك على المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهذا حسب مضمون المادتين 09 و11 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- خضوع جميع الطلبات العمومية مهما كان مبلغها للإستشارة، حيث يتم اختيار المتعاملين الاقتصاديين على أساس أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.
- في حالة عدم خضوع الطلبات إلى الاستشارة، وهي حالات استثنائية، أي عندما تكون قيمة الطلبات أقل من 1.000.000 بالنسبة للأشغال أو اللوازم و500.000 بالنسبة للدراسات أو الخدمات يجب على الإدارة حتى في هذه الحالة ألا تلجأ إلى نفس المتعامل الاقتصادي، إذا كان بإمكانها تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين، نصت على ذلك المادة 21 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر، ويتاح للمتعهد الذي تمت استشارته ولم يختار تقديم طعنا حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 82 من ذات المرسوم الرئاسي.
- كما نصت المادة 54 من نفس المرسوم على يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، إلا إذا سمح القانون ذلك مثلما نص عليه فيما يتعلق بالمنتوج الوطني أو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
- شفافية إجراءات الإبرام وتتمثل فيما يلي:
  - إلزامية الإشهار الصحفي.
  - نشر إعلان طلب العروض بكل الوسائل في اليوميات، أو عن طريق الإلصاق بشكل واسع في مختلف الأماكن المنصوص عليها في القانون.
  - . مدة العرض تكون مقبولة، بحيث تتاح لعدد أكبر من المنافسين المشاركة.
  - يمنع التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، حسب ما نصت المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247.
  - يحق للمتعهدين تقديم طعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر للإعلان المنح المؤقت للصفقة.

2-عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: حرصت معظم الدول على تقديم تعريف لعقود الشراكة أثناء سن قوانين متعلقة بهذا الموضوع ، ففي فرنسا عرفت المادة الأولى من الأمر رقم

2004/559[1]عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه (عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارته واستغلاله وصيانته طوال مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار أو طريق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية).

أما المشرع المغربي فعرف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بأنه (عقد محدد المدة يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص مسؤولية القيام بمهمة شاملة، تتضمن التصميم والتمويل الكلي، أو الجزئي والبناء، أو إعادة التأهيل وصيانة ،أو استغلال منشأة ،أو بنية تحتية أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عام)[2].

أما المشرع التونسي فعرفه على أنه (عقد كتابي لمدة محددة يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلق كليا أو جزئيا بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية ضرورية لتوفير مرفق عام، ويشمل عقد الشراكة التمويل والانجاز أو التغيير أو الصيانة، وذلك بمقابل يدفع إلى الشريك الخاص من قبل الشخص العمومي طيلة مدة العقد، لا يشمل عقد الشراكة تفويض التصرف في المرفق العام).

وأطراف الفاعلة في المشروع هي:

- الشخص العمومي: الدولة والجماعات المحلية وكذلك المؤسسات والمنشآت العمومية المتحصلة مسبقا على موافقة سلطة الإشراف لإبرام عقد الشراكة.
- الشريك الخاص: الشخص المعنوي الخاص.
- شركة المشروع: الشركة المكونة في شكل أسهم أو ذات مسؤولية محدودة طبقا لتشريع الجاري به العمل، والتي ينحصر عرضها الاجتماعي في تنفيذ موضوع عقد الشراكة[3].

[1]Art 01, ordonnance n° 2004 – 559, précédent.

[2]- المادة الأولى من ظهير شريف رقم 192، 14-1، صادر في 24 ديسمبر 2014، بتنفيذ القانون رقم 12-86 المتعلق بعقود الشراكة من القطاعين العام والخاص.

[3]- المادة (03) من القانون التونسي عدد 49 لسنة 2015 مؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

أما في القانون الجزائري فعقود الشراكة محكومة بقاعدة 51/49 مع شريك الأجنبي حيث نص قانون المالي التكميلي 2009 في مادته 58 على (يجب أن يكون الرأسمال المملوك من طرف الجزائريين المقيمين في إطار الشراكة في حدود 51% على الأقل)[1]، وقد وجدت هذه القاعدة في القانون رقم 82 المؤرخ في 28 أوت 1982 يتعلق بأسس الشركة المختلطة ، ج.ر.ج.ج عدد 35 لسنة 1982، المعدل والمتتم بالقانون رقم 86- 13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة وسيرها ، ج.ر.ج.ج عدد35 لينة 1986 الملغى بمرسوم تشريعي 93- 12 مؤرخ في 5أكتوبر 1993يتعلق بترقية الإستثمار ، ج.ر.ج.ج عدد64 صادر في 10أكتوبر 1993الملغى .

أما المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 السالف الذكر نصت على حدود قصوى للشراكة الوطنيين المقيمين مع المؤسسات العمومية الاقتصادية بنسبة 66% ، هذه الأحكام أقصاها قانون رقم 15-18مؤرخ في 30ديسمبر 2015 المتضمن قانون المالية لسنة 2016 ج.ر.ج.ج 72 صادر في 31ديسمبر 2015.

وأخيرا جاء قانون المالية رقم 20-07 مؤرخ في 4جوان 2020يتمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020 ج.ر.ج.ج صادر في 4 جوان 2020 حصرت قاعدة 49/51 في القطاعات الإستراتيجية وحددت المادة 50 القطاعات التي تكتسي الطابع الاستراتيجي النشاطات الآتية:

-استغلال القطاع الوطني للمناجم ، وكذا أي ثروة جوفية أو سطحية متعلقة بنشاط استخراج على السطح أو تحت الأرض ، باستثناء محاطر المواد غير المعدنية.

-المنبع لقطاع الطاقة وأي نشاط آخر يخضع لقانون المحروقات ، وكذا استغلال شبكة توزيع ونقل الطاقة الكهربائية بواسطة الأنابيب العلوية أو الجوفية.

-الصناعات المبادر أو المتعلقة بالصناعات العسكرية التابعة لوزارة الدفاع الوطني.

-خطوط السكك الحديدية والموانئ والمطارات.

[1]- الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ج ج 2009/44 في 26 جويلية 2009.

-الصناعات الصيدلية ،باستثناء الاستثمارات المرتبطة بتصنيع المنتجات الأساسية المبتكرة ،ذات القيمة المضافة العالية، والتي تتطلب تكنولوجيا معقدة ومحمية الموجهة للسوق المحلية وللتصدير.

ونظرا لعدم صدور قانون خاص يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر لحد الساعة ، وفي انتظار صدوره، تبقى عملية الإبرام تكتنفها نوع من من الغموض وعدم الشفافية، هذا الأمر قد يؤدي إلى زيادة تكاليف التفاوض بشأن منح هذه العقود[1].

ونظرا لهذا الفراغ القانوني سوف نتناول طريقة الإبرام هذا النوع من العقود في القانون المقارن.

مبدئيا يمكن القول إن قوانين الشراكة في الدول المجاورة كلها تعتمد على المبادئ الثلاثة عند إبرامها، ففي المادة الثالثة[2] من قانون الشراكة الفرنسي تنص على أن (يخضع إبرام عقد الشراكة لمبادئ حرية الدخول والمساواة في المعاملة بين المترشحين والشفافية في الإجراءات).

ونفس الشيء نصت عليه المادة 12[3] من قانون الشراكة المصري ، والمادة 03[4] من قانون الشراكة المغربي وكذا المادة 05[5] من قانون الشراكة التونسي ، مع مراعاة خصوصية كل دولة ، ففي مصر كإجراء تمهيدي تعد دراسة جدوى المشروع تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة ، هذه الدراسة تكون فنية وبيئية واجتماعية واقتصادية وقانونية و مالية ، ثم تعرض الدراسة بعد الانتهاء من إعدادها على السلطة المختصة بالجهة الإدارية لاعتمادها ، و في حالة الموافقة على تنفيذ المشروع بطريقة المشاركة، تتولى السلطة المختصة بعد التنسيق مع الوحدة ، يرفع الأمر إلى اللجنة العليا ، و بعد ذلك يتم إخطار الجهة الإدارية و الوحدة بذلك .

---

[1]- برناردينأكتوبي والآخرون، (الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص)، مجلة التمويل والتنمية، العدد 40 صندوق النقد الدولي، واشنطن و.م.أ2007، ص 10.

[2]- Article (3) ordonnance N° 2004-559, précédent.

[3]- القانون المصري 2010-67 المنظم لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الجريدة الرسمية العدد 03 مكرر(ب) في 23 يناير 2011.

[4]- المادة (3) من القانون المغربي رقم 12-86 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، السالف الذكر.

[5]- المادة (5) من القانون التونسي عدد 49 لسنة 2015 مؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص ، الجريدة الرسمية 96 ، في 01 ديسمبر 2015.

أما في المغرب يتم إبرام عقود الشراكة بثلاث طرق وفق مساطر (إجراءات) الحوار التنافسي أو طلب العروض المفتوح وطلب العروض بالانتقاء المسبق أو وفق المسطرة التفاوضي[1] .

فالحوار التنافسي حسب المادة الخامسة من قانون الشراكة، يقوم الشخص المعنوي العام على أساس برنامج عملي ونظام الدعوة إلى المنافسة يعده بنفسه، وبعد إعلان إشهاري إجراءات مناقشات مع مترشحين للتعرف على الحل أو الحلول التي من شأنها تلبية حاجياته، وفي النهاية يختار الشخص العام العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية.

أما طلب العروض المفتوح أو بالانتقاءحسب المادة 06 يقوم بموجبها الشخص العام بعد دعوة المنافسة باختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية.

أما المسطرة التفاوضية حسب المادة 07 يتم اختيار العرض الأحسن من الناحية الاقتصادية عن طريق التفاوض، وفق إجراءات معينة ومحددة، وفي هذه الحالة يمكن أن تخضع المسطرة التفاوضية للإشهار المسبق أو لنظام الدعوة للمنافسة أو هما معا[2].

أما في القانون التونسي يتم إسناد العقود بطريقة مماثلة للقانون المصري من حيث إعداد جدوى العملية، حيث تعرض مرفقة ببطاقة وضعية المشروع على رأي الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ثم تعرض الدراسة التقييمية على رأي الوزير المكلف بالمالية ويكون رأيه معللا.

أما طرق منح عقود الشراكة يتم عن طريق الدعوة إلى المنافسة كإجراء عام، وبصفة استثنائية يمكن منح هذه العقود عن طريق التفاوض المباشر وذلك إذا تعذر على الشخص العام أن يضبط بصفة مسبقة الوسائل والحلول الفنية والمالية الكفيلة بتلبية حاجياته، وبعد ذلك يتم اختيار الشريك الخاص في إطار التفاوض التنافسي من بين المترشحين الذين تمت قبول ترشحاتهم إثر دعوة إلى المنافسة ثم التفاوض معهم.

وتأسيسا على ما تقدم، نرى هناك تقارب في طريقة إسناد عقود الشراكة في الدول التي ذكرناها.

[1]- حسب المواد 5،6، 7من القانون المغربي رقم 12-86، السالف الذكر.

[2]- المادة (9) من القانون التونسي عدد 49 لسنة 2015 السالف الذكر.

تفويض المرفق العام :نصت المادة 207[1] من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن عقد تفويض المرفق العام بأنه (يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ، و يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض المرفق العام بموجب اتفاقية و بهذا الصفة يمكن السلطة المفوضة بأن تعهد المفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق العام) و تستند عملية الإبرام على المبادئ الثلاث ، و ذلك بناء على المادة 209[2] من المرسوم الرئاسي 15-247 .

أما المادة (38)[3] من قانون Sapin الفرنسي أوجبت خضوع عقود التفويض لإجراءات العلانية التي تسمح بالتقدم بأكثر من عرض منافس، ويجب أن يتم الإعلان مرتين في دورية لها نشر الإعلانات القانونية ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض.

ثم إعداد قائمة المرشحين المؤهلين بعد انتهاء المدة المحددة بالإعلان، لتتولى هيئة تفويض المرفق العام بإعداد لائحة بالمترشحين المقبولين في الدخول بالمنافسة على إسناد عقد التفويض على أساس ضماناتهم المهنية والمالية ومقدرتهم على تأمين السير الجيد للمرفق العام.

وتتم إجراءات الإبرام حاليا على أساس النصوص التشريعية التالية:

- القانون العام للجماعات الإقليمية[4].
- الأمر 2016-65 المؤرخ في 29 جانفي 2016[5].

[1]- المادة207 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[2]-المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[3]Article 38. Ordonnance N°2004-559 précédent.

[4] Loi N° 96 -142 février 1996, relation a la partie législative du code général des collectivités territoriales, Jorf N°47 du 24 février 1996.

[5]Ordonnance N° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, Jorf, 0025 du 30 janvier 2016.

- المرسوم 2016-86 المؤرخ في 01 فيفري 2016 [1].

وفق المراحل التالية:

- المرحلة الأولى: إعداد تقرير من طرف المجلس المحلي يتضمن:
  - مدة العقد.
  - مبلغ العقد التقديري.
  - تحديد الاحتياجات والأعمال المطلوبة.
  - تحديد المخاطر وتوزيعها خاصة التي يتحملها المفوض إليه.
  - طريقة تقاضي المقابل المالي.
  - إعداد مداولة التفويض.
- المرحلة الثانية: الإعلان وانتقاء المترشحين

ويشمل ما يلي:

  - الإعلان عن تفويض المرفق العام.
  - استقبال الترشحات.
  - دراسة الملفات من طرف لجنة فتح الأظرفة.
  - دراسة قوائم المترشحين من طرف لجنة معالجة العروض.
  - ترسل قائمة المترشحين المقبولين إلى لجنة تفويض المرفق العام.
- المرحلة الثالثة: معالجة العروض ورأي لجنة تفويض المرفق العام.
- المرحلة الرابعة: المفاوضات الحرة، وتتم بين الجهاز التنفيذي للجماعة العمومية للمفوضة والمترشح أو المترشحين المقبولين.
- المرحلة الخامسة: اختيار المفوض له، وذلك باختيار أحسن عرض الذي يستجيب للمزايا الاقتصادية وفق لمجموعة من المعايير والشروط البيئية والاجتماعية أو الابتكار، أو ما تعلق بنوعية الخدمة المقدمة للمنتفعين.

[1] Décret N°2016 -86 du 01 février 2016 relatif aux contrats de concession, Jorf N° 0027 du 02 février 2016.

في الأخير تعد الجماعة العمومية، مداولة تبرز فيها اختيار المترشح، واتفاقية ممضاة عليها من طرفي العقد تحولان إلى السلطة الوصية (ممثل الدولة)[1]. وسنعالج طريقة الإبرام حسب القانون الجزائري في المطلب ما قبل الأخير من هذا الفصل التمهيدي.

الفرع الثاني: مقارنة بين عقود الطلب العمومي في طريقة الإبرام.

بناء على التعريف الذي قدمناه سابقا، يتبين لنا هذه العقود تتقارب عندما تحاول الجماعة العمومية البحث عن شريك خارجي لتلبية الاحتياجات الأساسية للمرفق العام، مع ذلك فكل عقد له سيماته الذاتية تميزه عن غيره ضمن هذه التشكيلة من عدة جوانب.

من حيث التعاقد نرى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، وعقود تفويض المرفق العام ، تبرم بعد مفاوضات بين الجهة الحكومية والشريك الخاص ، على عكس من ذلك ففي الصفقات العمومية تكون حرية المفاوضات محدودة وبشروط مشددة وضيقة مقارنة بالعقود السابقة ، من جانب آخر ، فإن عقود تفويض المرفق العام يغلب عليها أو الشائع فيها أنها عقود الإدارة ، إذ يقوم المفوض إليه بإدارة واستغلال مرفق قائم تقدمه الدولة ، وإن كان من الممكن تصور أن يكلف المفوض له بإنشاء المرفق ابتداء ، ومن ثم القيام بإدارته واستغلاله ، أما عقود الشراكة فإنها عقود تمويل مقترنة بالإدارة تعد أثرا لهذا التمويل ، وعلى ذلك فإن مسؤولية شركة المشروع لا تقتصر على الإدارة واستغلال المرفق وإنما تشمل أيضا إنشاء المرفق ثم القيام بإدارته واستغلاله وفي المرحلة الأخيرة نقله وإعادته[2]، أما في الصفقات العمومية فالتعاقد يقتصر مهامه على الإنشاء والمرتبط بالقيام بالأشغال أو التوريد، لذا مدته قصيرة.

كذلك من خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تعدد الأطراف المشاركة، فبالإضافة إلى الجهة الحكومية والشريك الخاص، هناك شركة المشروع والجهات الممولة للمشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية وشركة المقاولات التي تتولى تشييد المشروع، وموردو الموارد والمعدات اللازمة لكل ذلك [3]، وينضم هذا الطرف الثالث بعد ترتيبات تعاقدية.

---

[1]Guide des délégations de service public, op.cit, page 13.

[2]سيف باجس القواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مفهومها وطبيعتها القانونية – دراسة قانونية، المجلة الدولية للقانون، أفريل 2016، ص 13.

[3]محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام – دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، منصورة، مصر، الطبعة الأولى، 2015، ص 134.

أما في عقود تفويض المرفق العام أو الصفقات العمومية يمكن التعاقد من الباطن ، ولكن المتعاقد يبقى هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة ، وبالتالي عقود الشراكة تحتاج إلى إبرام العديد من العقود ، ففضلا على الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك ، يوجد العديد من الاتفاقيات الأخرى ،وكذلك ما يميز عقود تفويض المرفق العام هو ارتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال وتتحدد حقوق المالية للمفوض له بشكل كبير في ضوء مسؤوليته عن الإدارة ، ولا يأخذ هذا المقابل شكل مبلغ مالي تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد نتيجة للأعمال المنفذة فعلا ، كما في العقود الأخرى ضمن الطلب العمومي.كما هناك اختلافات فيما بينها ألخصها في الجدول التالي[1].

[1]François Bergère, et .al, le guide opérationnel des PPP, édition de moniteur, 03, édition 2010, page 80.

من حيث	الصفقات العمومية	تفويض المرفق العام	عقود الشراكة
الموضوع	نشاط واحد	متعددة الأنشطة	متعددة الأنشطة
المدة	قصيرة	طويلة عموما	طويلة
المحتوى	أشغال- توريد	استغلال- تصميم- بناء- صيانة-تسيير	تصميم- بناء- صيانة- تسيير
طريقة التمويل	لا يوجد تمويل	التمويل من طرف القطاع الخاص أو الإدارة في بعض العقود	التمويل عمومي ومداخيل ملحقة محتملة
طريقة الدفع	الدفع عمومي	الدفع من طرف المنتفعين أو مختلط	الدفع عمومي ومداخيل ملحقة محتملة
الجهة التي تتحمل المخاطر	القطاع الخاص يتحمل مخاطر البناء المؤذية	القطاع الخاص	القطاع الخاص

المطب الثالث: مبادئ إبرام عقود الطلب العمومي

بالتزامن مع ظهور مصطلح الطلب العمومي، تبين توافر مجموعة مبادئ متصلة، المعبر عنها "بالمبادئ الأساسية" للطلب العمومي، ظهرت لأول مرة في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الفرنسية لسنة 2001[1]التي نصت على أن الصفقات تحترم المبادئ الثلاث، ثم توسعت إلى مجموعة العقود المؤهلة لأن تكون كعقود الطلب العمومي منها عقود تفويضات المرفق العام، مجاراة للقانون الفرنسي ،نص المشرع الجزائري على مصطلح الطلب العمومي لأول مرة في المرسوم الأساسي رقم 08-338 المؤرخ في 26أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02

[1] Décret 2001 – 2010 du 7 mars 2001, portant code marchés public, jorf n° 57 du 8 mars 2001, précédent.

-225 في مادته الثانية مكرر[1] وهذه المبادئ، هي حرية الوصول للطلب العمومي، مساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات، وهي ضمانات قوية المنافسة، أتناولها في **ثلاث فروع** كما يلي:

الفرع الأول: حرية الوصول للطلب العمومي.

هو المبدأ الأول وبعده يأتي المبدأين الآخرين وهو يشكل الأساس لوجود إجراءات الإبرام ويثير تطبيق المبدأين التاليين، وتسمح للمتعاملين الاقتصاديين الوصول عبر إجراءات المنافسة من إمكانية كسب العقد، والوصول إلى الاتفاق مستقبلا، وعبر هذا المبدأ أي شخص له مصلحة يمكنه بحرية المشاركة كمترشح في عقود الطلب العمومي بشرط ألا يكون تحت طائلة الممنوعون من الاستشارة المنصوص عليها في التنظيمات سارية المفعول[2].

كما أن المبدأ له علاقة وطيدة بالنشاط الاقتصادي فهو مبدأ أولي لعملية الشراء العمومي فتطبيقه مشروط بوجود علاقة اقتصادية بين السلطة المانحة والمتعامل الاقتصادي[1]، ويمكن حصر وظائف هذا المبدأ فيما يلي:

وظائف الاقتصادية الأولية:

- حرية الوصول أساس لوجود إجراءات الإبرام فبسبب هذا المبدأ يمكن أن تقرر العمل بحرية الوصول للعقد المقبل، عبر المشاركة في طلب على المنافسة.
- الحرية تشير إلى أن جميع الأشخاص يمكن أن يكونوا متعاقدين للسلطة الإدارية، ما عليهم فقط المشاركة في المنافسة، على العكس حين حرية الوصول لا يعمل بها في هذه الحالة تكون الإدارة غير ملتزمة، وبالتالي تكون قد قطعت على بعض المتعاملين الاقتصاديين من دخول السوق، وهذا يؤدي إلى اغتصاب حرية الوصول للطلب العمومي، وهذا يعد جنحة في المبدان الجزائي.

1- حرية الوصول يمثل أساس إجباري لتحديد مسبق للحاجات.

[1] المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 09 نوفمبر2008، السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي 18-199، السالف الذكر.

فهذا المبدأ يجبر السلطة المانحة تقييم مسبق لحاجاتها ويلزمها على أن تأخذها بعين الاعتبار، لأنها شرط تمهيدي لعملية إجراء الإبرام.

ففي عقود تفويضات المرفق العام يمارس هذا المبدأ على أساس واقعي وبأثر رجعي ويحمي الشروط المبدئية، بهذا العنوان تضطر السلطة المفوضة أن تغير من شروط المنافسة في الإجراءات المتخذة مسبقا، ومن ثم أي تعديلات المؤطرة لهذه المعايير يؤدي إلى انتهاك مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، خاصة في مرحلة المفاوضات المنصوص عليها في عقود تفويضات المرفق العام.

ومن ثم يحظر ما يلي:

- إبعاد مترشح بأي سبب كان، ماعدا ما نص عليه التنظيم المفوض.
- إقصاء مترشح تتوفر فيه جميع الشروط المطلوبة في التنظيمات.
- وضع شروط تمييزية أو قيود تعزز لهذا المترشح أو ذاك[1]
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- ممارسة كل طرق الطعن وحق الدفاع في حالة الاستعباد غير المبرر[2]

من هنا أخلص إلى أن مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي يرتب وظيفتين أساسيتين، هما وظيفة سابقة وهيب ضمان مشاركة في المنافسة لجميع المتعاملين الاقتصاديين وأخرى لاحقة وهي حماية شروط المبدئية للوصول لإجراء المنافسة.

إذن هو مبدأ اقتصادي مهم في افتتاح سوق المنافسة وعلى أساسه تستند الإجراءات المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، فبدونه لا تكون لهما أي معنى.

الفرع الثاني: المساواة في معاملة المترشحين.

يضمن هذا المبدأ أن نفس القواعد ستطبق على جميع المترشحين أثناء إجراءات التنافس وهي تسري من بداية الإجراءات إلى غاية انتقاء عروض المترشحين، في ضل شروط غير تمييزية[3] وهو يعني الحق في الاشتراك في المنافسة على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي

[1]Brahim boulifa, marches publiques, deuxième édition Berti éditions, Alger 2016- page 11.

[2]قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من والفساد ومكافحته، ج ر ج ج 14، في 8 مارس 2006.

[3]Grégory kalfleche, des marchés publics à la commande publique, thèse pour obtenir le grade docteur – droit – université panthéon Assas (paris II) - 2004 page 504.

تمييز غير مشروع بين المتنافسين[1] تطبيقاته واسعة فنجد المساواة أما العدالة، في الوظائف العامة، المساواة في الوصول للطلب العمومي فهو مبدأ عام في إجراءات إبرام تفويضات المرفق العام، تكون مرنة لما للإدارة حرية واسعة للتفاوض في اختيار المفوض له القادم. مع ذلك لا تنتقص هذه الحرية من احترام المبادئ الأساسية للطلب العمومي، لذلك الجهة المفوضة يجب أن تضمن أن الإجراءات تسير في شروط المساواة بما في ذلك مرحلة المفاوضات المنصوص عليها[2] فعلى السلطة المفوضة أن تعامل جميع المترشحين بالسواسية في جميع النواحي من حيث المعايير والمعلومات، وإذا اضطرت إجراء تعديلات يجب ألا تحمل مواصفات تمييزية، ومن وظائف هذا المبدأ ما يلي:

1-عند اختبار المترشحين:

- احترام أجل تقديم الترشح لجميع المترشحين وكل من قدم ترشيحه بعد الآجال المحددة يعتبر لا غيا[3]
- قبل فحص ملفات المترشحين، الإدارة يمكنها أن تطلب منهم أن يتموا ملفاتهم وليس بعد ذلك.
- في حالة اكتشاف أن أحد المترشحين لا يستوفي الشروط المحددة في الإعلان أو في مل الترشح لا يجوز للسلطة المانحة تعديل هذه الشروط وعليها رفض هذا الترشح بالمقابل لا يمكنها رفض الترشح إذا كان التنظيم يسمح بإتمام الملف.
- عند تأهيل المترشحين عليها أن تضمن المساواة بين المترشحين، خاصة أثناء التأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية، إلا إذا نص القانون على انتقاء معين، كتفضيل المؤسسة الصغيرة والمتوسطة عند الانتقاء.[4]
- استقبال جميع العروض مهما تكن جنسيتها أو تواجد المترشح.
- توفير للمترشحين الوثائق الكاملة والدقيقة تمكنهم من الدراسة والتحليل ونسمح لهم بتقديم العرض بشكل سليم.
- تزويد المترشحين بالمعلومات بشكل متوازن ومنتظم للجميع بدون استثناء[1].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1991- ص 250.

[2]Marie-Charlotte bontron, op.cit., page 3

[3] المادة 29 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[4] المادتان: 22 و23 من المرسوم التنفيذي 18-199، السابق الذكر.

بوجه عام على السلطة المانحة معاملة المترشحين بنفس الطريقة لا مفاضلة بينهم.

المساواة في اختبار العروض.

1-كون انتقاء العروض يتم وفق معايير تحددها السلطة المناحة قبل إجراءات الإبرام ويتزامن ذلك مع تحديد الاحتياجات فإن السلطة المانحة ملزمة عند تعيين المعايير لا بد أن تكون مجدية اقتصاديا وغير تمييزية ومرتبطة بالموضع وتلبي متطلبات المصلحة العامة، وغير موجهة لشخص بعينه.

بالنسبة لعملية التفويض، المعايير المختارة لا بد أن تكون مبررة بواسطة خصائص وموضوع التفويض.

معايير اختيار العروض ينبغي ألا تميز مترشح عن الآخر، بحيث تجري بصورة موحدة كي تتفادى السلطة المناحة تفضيل مترشح معين أثناء فحص العروض[2] .

في ميدان تفويض المرفق العام، رغم وجود هامش من الحرية في اختبار المفوض له، إن أن هذه الحرية تقلصت بسبب أن المنح الآن يتم وفق إجراءات المرسوم التنفيذي 18-199 وقد تضمن كذلك الرقابة بجميع أشكالها وفي جميع مراحل الإبرام.

2-حماية المنافسة بضمان الحياد في إجراء الإبرام.

3-الأصل يحظر مشاركة عضو في اللجان المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 18-199، إذا كان في حالة تعارض المصالح [3] بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة، لأن عملية انتقاء العروض مرحلة مواتية في وجود مصالح غير مشروعة عند اختيار المفوض له، ولهذا مبدأ المساواة في معاملة المترشحين أكد على قواعد المتبعة بشأن تشكيل هذه اللجان.

---

[1]Marie-Charlotte bontron, op.Cit., page 12.

[2]Marie-Charlotte bontron, Idem, page 12.

[3]تعارض المصالح معناه حالة تداخل على أساسها الشخص المكلف في مهمة عامة له مصلحة خاصة مع أخرى عامة، التي يمكن أن يكون لها تأثير على نزاهة العملية من حيث الموضوعية والحيادية في أثناء أداء هذه المهمة.

المادة 34 من قانون رقم 06-01 السالف الذكر، نصت على عقوبات مشددة في حالة وقوع في المحظور أثناء تعارض المصالح.

4-حماية المنافسة بإقرار جنحة الحصول على امتيازات غير مبررة، جنحة الحصول على امتيازات غير مبررة تتشكل عندما السلطة المانحة يحصل أو تحاول تقديم للغير امتيازات غير مشروعة تتنافى مع التدابير التشريعية والتنظيمية، لأن هذه الحالة لها انعكاس سلبي على المساواة بين المترشحين والقاضي الجنائي يمارس دور رقابي من خلال إقرار العقوبات المنافسة لكل انحراف[1].

الفرع الثالث : مبدأ شفافية الإجراءات

مبدأ الشفافية يسري مفعوله من حيث الزمن بعد بعد حرية الوصول في الطلب العمومي ويهدف إلى:

1-توضيح إجراءات الإبرام: بحيث تسمح بكشف الإجراءات للمترشحين وإزالة الضبابية والغموض عند إجراءات المنح، ويمكن حصر هذا الوضوح في عنصرين:

- تأطير مسبق لمحتوى المعلومات، وذلك بنشر العناصر الأساسية للعقد أو الاتفاقية.
- الإعلان لصيغ إبرام تفويض المرفق العام

2-تأطير مسبق لمعايير انتقاء العروض: إعلان مسبق لمعايير الانتقاء في قانون تفويض المرفق العام قبل قانون Sapin[2] لم تكن خاضعة لأي إجراءات محددة، كان للسلطة المفوضة كامل الحرية في اختيار المفوض له، أما حاليا فهي خاضعة لإجراءات ملزمة، فرغم عدم التفصيل في معايير انتقاء العروض بشكل جلي في القوانين والتنظيمات، وذلك حتى لا تتقيد الإدارة، ولا تؤثر على حرية وصول المستثمرين المحتملين للمنافسة، مع ذلك الإعلان بها إجراء مهم في تفعيل الشفافية، وتتيح للمترشحين إعداد العرض المناسب على أفضل وجه مع حاجات السلطة المفوضة، كما تسمح بمراقبة بأثر رجعي للقرارات المتخذة في

[1] أنظر المواد من 25 إلى 28 من القانون رقم 06-01 السالف الذكر

[2]Loi : 93.122, Du29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite (loi sapin).

اختيار المفوض له، مما يسمح بحث الاحتجاج أو الطعن أمام اللجان المختصة أو اللجوء للقضاء[1]

نخلص في النهاية أن عقود الطلب العمومي، هي عقود إدارية، ما يميزها أنها تخضع للمبادئ الثلاثة، حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات، واعتمادا على ذلك فهي تصنف في ثلاث عقود كبيرة، الصفقات العمومية، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، عقود تفويض المرفق العام، فأسلوب الإبرام هو الذي يجسد وحدة تصنيف هذه العقود مع اختلافها في التفاصيل، فهي عقود بالإضافة مساهمتها في التنمية، تنعش مجال المنافسة الاقتصادية بين المتعاقدين الخواص.

المبحث الثاني: مفهوم التسيير المفوض للمرفق العام.

كما رأيت عقود تفويض لمرفق العام تكونت حديثا، مع ذلك عرف هذا التكوين تطورات مرحلية حيث ساد في البداية قاعدة الاعتبار الشخصي ، عبرها أتيح للشخص العام حرية في اختيار صاحب التفويض ، ثم فرضت قيود تشريعية كضوابط إجرائية في التعاقد ، وقد هدفالمشرع من وراء هذه النصوص الى تحقيق الشفافية عبر إجراء المنافسة ،الأمر الذي جعل من حرية الجماعة العامة في اختيار المستثمر أو الغير مبدأ نسبيا قابلا للتطور و التغيير[2]، حيث فرض على مبدأ اختيار الشخص العام لصاحب التفويض قيدين : الأول يتعلق بضرورة الإعلان المسبق عن اختيار صاحب التفويض ، والثاني ، يتعلق بإجراء منافسة تسمح بتقديم عدة عروض .لذا نتساءل في هذا المقام عن تطور طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام، خاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي 18-199، ونصه على إجراءات الابرام ؟ لذا في دراستي هذه أحاول تعريف عقود التسيير المفوض للمرفق العام في **المطلب الأول** كتمهيد للبحث، ثم أتناول الإدارة غير المباشرة في **المطلب الثاني** أما في **المطلب الثالث** ذاتية عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: التسيير التقليدي للمرفق العام.

[1]Marie-Charlotte bontron, op. Cit, page 430.

[2]مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة -الامتياز – الشركات المختلطة، - البوت، تفويض المرفق العام – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 476.

يعد المرفق العام الأساس الذي بنيت عليه العديد من نظريات القانون الإداري من أهمها نظرية العقد الإداري ، فلا يكفي لوصف العقد إداريا مجرد وجود الإدارة طرفا في العقد الإداري، فالإدارة قد تختار أساليب القانون الخاص، فقد تبرم عقود تجارية أو مدنية لتحقيق مصالحها ، فيستلزم الوصف العقد الإداري توفير إحتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد لتسييره ، فإذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام ينتفي عنه الوصف القانوني للعقد الإداري[1].

للأهمية القصوى للمرفق العام كما أشرنا في الفقرة السابقة أحاول في هذا المطلب كمدخل لبحثي تعريف للمرفق العام ثم التسيير التقليدي للمرفق العام في **فرعين تمهيديين**.

الفرع الأول: مفهوم المرفق العام:

نظرا لتعلق عملية التفويض بالمرفق العام، أحاول أن أتناول نشأته، ثم أعطي تعريفا له.

أولا– نشأة فكرة المرفق العام

بدأ مصطلح المرفق العام بالظهور عقب الثورة الفرنسية، وكان يدل على عدة مفاهيم، فتارة يعني الخدمة العامة وتارة أخرى يتعلق بمهمة تهدف الى تحقيق المصلحة العامة كالخدمة الكهنوتية التي عدت مرفقا عاما، وطورا يعد هيئة تؤدي خدمة الى المواطنين كالبريد.

ثم عمق فكر الثورة الفرنسية الأسس الفقهية لفكرة المرفق العام، فاعتبار من العام 1789 بدأ يبرز الفصل بين الحكام والدولة، فهؤلاء الحكام بمن فيهم الملك هم مجرد ممثلين للدولة وعاملين على خدمتها، كما بدأت تتأصل فكرة المرفق العام حتى أصبحت جوهر الخدمة العامة.

إن فكرة إشباع الحاجات العامة كانت غامضة ، لأن المرافق العامة الأساسية كانت في خدمة الملك ، وغالبا ما كان استمرار وتنظيم تلك المرافق ينتج عن حاجة هذا الأخير لا عن حاجة المواطنين اليها ، كما أن الخدمات كانت تؤدى الى المستفيدين باعتبارهم أفراد لا باعتبارهم مواطنين ، ففكرة المواطنة تعد من أساسيات فكرة الثورة إذ أن المواطنة هي صلة الوصل بين الفرد والمجتمع ، وهذا فإن فكر الثورة الفرنسية قد رسخ الأفكار التي كانت سائدة في الأنظمة السابقة والمتعلقة

[1] علاء العناني، الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليديةوالحديثةدراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراساتالعربيةللنشروالتوزيع، مصر ، 2019، ص30.

بالمرفق العام لا يمكن فصلها عن الدولة الحديثة والقانون الإداري لنظام تخضع لأحكامه العلاقات التي لها الصفة العامة[1].

وقد بدأ المفهوم التقليدي لفكرة المرفق العام بالتبلور مع ظهور مفهوم الدولة الحارسة الذي تكرس عقب الثورة الفرنسية، فأصبح المرفق العام هو أساس القانون العام ومعيار تطبيقه، كما أكد على هذا المفهوم العديد من القرارات القضائية ومن أهمها قرار بلانكو الصادر عن محكمة النزاعات الفرنسية في 8 فبراير 1873 [2].

ونلاحظ أن المرافق العامة في ظل مفهوم الدولة الحارسة تمارس نشاطا إداريا، والروابط التي تنشأ بفعل ممارستها لهذا النشاط هي روابط لها الصفة العامة، على اعتبار أن أحد أطرافها هو شخص عام يمتلك امتيازات السلطة العامة، لذلك لا بد أن تخضع هذه الروابط لقواعد مختلفة عن تلك التي تخضع لها الروابط بين الأفراد العاديين.

ولكن بسبب المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي برزت في أواخر القرن التاسع عشر تخلت الدولة عن دورها كدولة الحارسة لا يحق التدخل في الشؤون الاقتصادية و الاجتماعية ، لأنها لم تستطيع الوقوف موقفا سلبيا إزاء الأزمات الاقتصادية والاجتماعية التي يعاني منها المواطنون بفرز مفهوم دولة الرعاية والتي يؤرخ بروزها مع بداية عهد الجمهورية الثالثة الفرنسية أي في العام 1875 حيث لعبت الدولة دورا بارزا في المجالين الاقتصادي والاجتماعي كما صدر عددا من القرارات القضائية التي تضمنت عدولا من المفهوم التقليدي للمرفق العام ومن أهمها قرار Bac d'éloKa باك ديلوكا[3].

كما أن الضرورة الاقتصادية التي سببتها الحرب العالمية الأولى حملت الدولة على التدخل، وبدأت المرافق الاقتصادية بالظهور، وبعد الحرب العالمية الثانية تأكد وجودها بصورة واسعة، وأديرت إما بطريقة مباشرة أو بإعطائها الشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري أو بصورة امتياز يعطى لاحد اشخاص القانون الخاص. وبرزت الازدواجية في القواعد القانونية.

---

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص17.

[2] كرس قرار بلانكو المرفق العام معيارا لتطبيق القانون الإداري، ولا تخضع لأحكام القانون المدني.

[3] قضت محكمة التنازع الفرنسية باختصاص المحاكم العدلية بنظر الدعاوي التي يرفعها الأفراد بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن استغلال المرافق العامة الاقتصادية. (قرار باك دالوكا صدر في 22 ديسمبر 1921 الذي أكد على وجود نوع جديد من المرافق العامة التي تمارس نشاطا له طابع صناعي أو تجاري).

وفي مطلع القرن العشرين تأسست مدرسة المرفق العام، واعتبر العلامة Duguit أن فكرة المرفق العام تفسر كل القانون الإداري وفي نظر هذه المدرسة أن القانون الإداري هو قانون المرفق العام، والدولة هي مجموعة من المرافق العامة، وأن المرفق العام هو مشروع أو لمؤسسة ذات منفعة عامة تعمل تحت إشراف الحكام لتلبية حاجات الجمهور الجماعية [1] . وتعززت مدرسة المرفق العام مع بالعديد من أحكام القضاء الإداري مثل قرارterrier وقرارThéron[2] وهكذا ترى مدرسة المرفق العام أن المرفق العام هو نشاطا يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، ويتم إدارته من قبل شخص عام، ويخضع لأحكام القانون الإداري، والاختصاص القضاء الإداري.

2-تعريف المرفق العام

من خلال ما سبق ذكره فإن المرفق العام هو نشاط يحقق المصلحة العامة، مرتبط بشخص عام، ويخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي، وهذا التعريف يدل على أن للمرفق العام ثلاثة عناصر أساسية، العنصر الوظيفي ويكمن في ممارسة نشاط يحقق المصلحة العامة والعنصر العضوي ويتجلى في ارتباطه بشخص عام والعنصر المادي ويتعلق بالخضوع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي.

-المرفق العمومي – نشاط بهذا المنظور هو نشاط يتميز عن النشاط الخاص ، فالأول تحركه المصلحة العامة، ويجب أن لا يهتم بتحقيق ربح مادي ، أما الخاص فتحركه المصلحة الخاصة وذلك سعيا وراء تحقيق الربح ، فعلى سبيل المثال لقد أشير إليه بهذا المعنى في القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فبراير 2002 المتعلق بتوزيع الغاز بواسطة القنوات و قد نصت المادة الأولى منه يهدف هذا القانون الى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات .ويقوم بهذه النشاطات طبقا للقواعد التجارية ، أشخاص طبيعيون او معنويون وتضيف المادة 3 الفقرة الأولى: يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاط المرفق العمومي ، وتنص المادة 72 من نفس القانون " تمنح الدولة الضامنة للمرفق العمومي الامتياز في

[1] هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة وطرق إدارتها،الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) ، الطبعة الثانية، مجد للنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان،2011 ، ص 7 .

[2] عززا قرارا تريبه، وتورون، مدرسة المرفق العام.

ميدان الكهرباء والغاز "[1] ويتضح مما سبق أن المعيار الذي يستند إليه في هذا المجال هو المعيار المادي أو الوظيفي أي طبيعة النشاط مهما كان الشخص الذي يؤمن هذا النشاط سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا سواء كان الأخير يخضع للقانون العمومي أو للقانون الخاص

المرفق العام – مؤسسة–، ارتباط المرفق العام بشخص عام: كثيرا ما يعبر عن المرفق العمومي بأنه جهاز أو هيكل أو هيئة أي الجهاز الذي يسير الشؤون العمومية، ويقصد بهذا المفهوم الإدارة العمومية بشكل عام أو أي مؤسسة إدارية معينة، فالمرفق العام للتعليم العالي، وكذلك مختلف الجامعات العمومية[2].

فالمرفق العام يخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي، تخضع جميع المرفق العامة، سواء كان لها طابع إداري أو اقتصادي، سواء كانت تدار من قبل شخص عام أو من قبل هيئة خاصة، لمجموعة من القواعد غير المألوفة في القانون العادي ، وهذه القواعد تتعلق بالمبادئ العامة المتصلة بعمل المرافق العامة والمساواة من ضرورة تأمين المصلحة العامة واشباع حاجات الناس ، كضرورة دوام عمل المرافق العامة بانتظام واضطراد ، والمساواة بين المستفيدين من المرافق العامة . فالمرفق العام الإداري الذي يدار من قبل شخص عام يخضع لأحكام القانون الإداري، والعقود التي يبرمها هي عقود إدارية، يستثنى من ذلك لجوء هذا هذا المرفق الى التعاقد كالأفراد العاديين فيخضع العقد لأحكام القانون المدني. أما في ظل المرفق العام الاقتصادي، فإن القانون العادي هو الذي يطبق، سواء على صعيد الإدارة الداخلية او على صعيد العلاقة مع العاملين والمستفيدين من خدمات المرفق، ويستثنى من ذلك استخدام هذا المرفق لبعض امتيازات السلطة العامة التي تمنع له، إذ يخضع في هذه الحالة لأحكام القانون الإداري. من خلال هذه العناصر عرف الفقه المرفق العام على النحو التالي (المرفق العمومي هو نشاط تقوم به السلطة العمومية اتجاه المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي تحت رقابتها، بهدف تحقيق المصلحة العامة وخضعت في ذلك ولو جزئيا الى

[1] قانون 02-01 المؤرخ في 5 فبراير 2002 يعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج 08، في 06 فبراير 2002.
[2] مروان محيي الدين القطب، المرجع السابق، ص29.

قواعد القانون العام)[1]، أو هو مشروع يستهدف النفع العام، تديره جهة عامة بصورة مباشرةأوغيرمباشرة[2].

الفرع الثاني: الطرق التقليدية لإدارة المرفق العام.

تتعدد طرق إدارة المرافق العامة خاصة الاقتصادية منها، فقد تدار مباشرة من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الذي أنشأته، والبعض الآخر من قبل شخص عام يتمتع بالشخصية المعنوية والاستغلال المالي والإداري ويطلق على هذه الطريقة بتسمية المؤسسة العامة، كما يمكن أن يشرك أشخاص القانون الخاص عن طريق عقود الامتياز.

وفي الآونة الأخيرة برزت طريقتان لإدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة، إحداها تنتمي إلى المدرسة الأنجلوسكسونية هي طريق البي أوتي BOT، والأخرى تنتمي إلى المدرسة الفرنسية وهي طريقة تفويض المرفق العام[3].

ويرجع سبب تباين طرق إدارة المرفق العام، لتنوعها ودرجة صلة نشاطها بالجانب السيادي للدولة فطبيعة مرفق الأمن والدفاع والقضاء والضرائب تفرض أن تسير من قبل الدولة مباشرة فلا نتصور أن تعهد به إلى أشخاص القانون الخاص لإدارته لما في ذلك من خطورة كبيرة قد تهز كيان الدولة[4].

وإذا تفحصنا التشريع الجزائري فقد حصر إدارة المرفق العام إلى حد الآن في ثلاث طرق هي الاستغلال المباشر بواسطة مؤسسة عمومية ، بالتفويض أو الامتياز[5] وعليه تكون هذه الإدارة بالقيام بتلك المهمة، وتكون عبر النمطين التاليين وهما، التسيير التقليدي لإدارة وتسيير المرفق العام، حيث بواسطة هذه الطريقة تتكفل السلطة أو الإدارة العامة بنفسها القيام باستغلال المرفق، وبأخذ هذا النوع من التسيير شكلين رئيسيين هما الاستغلال المباشر بواسطة شخص عام، والاستغلال

---

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر،2010.

[2] يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقات عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البت ، البوت – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2017، ص25.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 58.

[4] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 349.

[5] على سبيل المثال 150 من قانون البلدية 11-10 يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض، والمادة 18 من مرسوم تنفيذي رقم 18-03 الذي يحدد الأحكام المطبقة للاستغلال المباشر للمؤسسة العمومية بالتفويض والمادة 09 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، سالف الذكر.

بواسطة مؤسسة عامة، وهذا الأسلوب من التسيير يختلف عن التسيير المفوض موضوع بحثنا، حيث الجماعة العمومية في هذا الأسلوب في حاجة إلى الاستعانة بطرف خارجي، ويتم ذلك عبر إجراءات الإبرام، ويتم اختيار بعد منافسة بين مترشحين، وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني، وقد ارتأيت أن أتناول ولو باختصار دراسة هذا النوع من التسيير، لأنه مازال واسع الاستعمال والذي أوجده القانون الذي مدد العمل بالتشريع الفرنسي الساري المفعول عند تاريخ 31 ديسمبر 1962.[1]

الإدارة المباشرة للمرفق العام: وعبر هذا الأسلوب تكفل السلطة أو الإدارة العامة بنفسها إدارة المرفق العام، وتكون عبر النمطين الاستغلال المباشر أو المؤسسة العامة، نتناولهما فيما يلي:

1-الاستغلال المباشر بواسطة شخص عام: يقصد بهذا الاستغلال، مباشرة الجماعة العمومية بإدارة المرفق العام بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق العام الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة[2]. أي أنها لا تنفصل ذلك المرافق العامة قانونيا عن الجهة الإدارية التي أحدثتها وأنشأتها هذا الأسلوب يسمح للجماعة العمومية بالإدارة المباشرة بنشاط المرفق ويوفر المقدرة المالية والفنية والحماية القانونية واستخدام أساليب السلطة العامة مما لا يتوفر لدى الأفراد، هذا النمط مهم بالنسبة للمرافق الإدارية القومية بالنظر لخطورتها وتعلقها بسيادة وأمن الدولة والتي لا يمكن أن تدار بأسلوب آخر، كما يمكن إدارة المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص[3].

ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- على الجماعة العمومية أن تنشئ مداولة تحدد فيها المرفق العام المستغل مباشرة.
- يتم تقييد إرادات ونفقات المرفق العام في ميزانية ملحقة للميزانية العامة، حسب الحالة، الدولة، الولاية، البلدية.

---

[1] الطيب بلوله، قانون الشركات، الطبعة الثانية، بارتي للنشر، الجزائر، بدون تاريخ النشر، ص 278.

[2] صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكالية تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 98.

[3] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 98.

- تدار ميزانيتها من طرف أمن الخزينة، على أساس قواعد المحاسبة العمومية.
- يعتبر موظفي المرافق التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين وتعد أموال المرفق أموالا عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام[1].
- من حيث الأعمال، القاعدة العامة أن جميع التصرفات (قرارات، عقود) التي تتعلق بالمرفق العام إنما تصدر أو تبرم من الناحية القانونية من طرف السلطة المختصة بالجهة الإدارية المنشئة (رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي) المباشر للشخصية المعنوية، يترتب عن ذلك عدم التمتع بأهلية التقاضي، حيث يمثل أمام القضاء بواسطة الممثل القانوني للجهة الإدارية المنشئة (الوالي، رئيس البلدية) وهو ما كان قد استقر عليه القضاء الإداري[2].
- تعتبر أموال المرفق العام أموالا عامة وتخضع لنظام الأموال العامة، من حيث عدم جواز الحجز عليها أو التصرف بها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم.

تمول المرافق العامة الإدارية التي تدار بالطريقة المباشرة من الموازنة العامة للدولة أو الشخص العام التي أنشأها، بحيث يخصص لكل مرفق عام إداري فصل في هذه الموازنة ترصد فيه نفقاته، أما بالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية، فعاليا ما تتمتع بنوع من الاستغلال المالي يكون لها موازنة ملحقة تتضمن إيرادات المرفق ونفقاته، والمرافق العامة الاقتصادية التي تدار بهذه الطريقة تخضع لأحكام القانون العام فيما يخص علاقتها مع العاملين لديها، أما العلاقة مع المنتفعين بخدماتها فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص، لأن العقود المبرمة معهم لا تقوم على وسائل القانون العام وإنما يستخدم الشخص العام وسائل القانون الخاص، وقد انتقد البعض إدارة المرافق العامة بالطريقة المباشرة عن اعتبار أن الإدارة مقيدة بقوانين وأنظمة تحد من نشاطها والعاملون فيها يقعون في الروتين الإداري الذي يحد من إنتاجهم وابتكارهم، كما أن الوسائل التي ينمكن أن تلجأ إليها محدودة ضمن إطار ما تسمح به القوانين والأنظمة الناقدة وماليتها تخضع لقواعد تتعارض مع بات تقتضيه طبيعة الأنشطة الاقتصادية[3].لذا أبدع المشرع إلى أسلوب آخر في استغلال هذا النوع من المرافق، وذلك عبر إدارة المؤسسة العامة.

[1]صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 98.

[2]محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر ،2013، ص 270.

[3]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 61.

2-الاستغلال بواسطة مؤسسة عامة:

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، ويسمح لهما باستخدام القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالا عامة وأعمالها إدارية[1] ويكون هدفها هو ضمان تسيير مرفق تابع للدولة أو الجماعات المحلية أو لشخص معنوي عمومي[2]إذن الجماعة العمومية هي التي تنشئ المؤسسات العمومية وطريقة المؤسسة العامة تقتضي منح المرفق العام الاستغلال القانوني (المالي والإداري) من خلال إضفاء الشخصية المعنوية عليه[3] كما تهدف إلى حسن إدارة المرافق العامة ذات الأهمية وتخفيف عبء تسييرها ومتابعتها عن الجهة الإدارية التي تنشئها، بموجب تمتعها بالاستقلال القانوني والمالي والإداري، وقد عرفت المؤسسة العامة بأنها منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية العامة والاستقلال المالي والإداري، وترتبط بالسلطات الإدارية المركزية المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة الإدارية، والوصاية وهي تدار وتسير بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها القانوني[4].

من خلال هذا التعريف نصل إلى أن للمؤسسة العامة الخصائص التالية:

- تمنح المؤسسة العامة الشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة أو الشخص العام الذي ترتبط به.
- تتولى المؤسسة العامة إدارة مرفق عام، ونشاطها بشكل نشاط مرفق عام، في حين أن أشخاص القانون العام الأخرى يمكن أن يديروا نشاطا يحقق المصلحة العامة.
- تخضع المؤسسة العامة لمبدأ التخصص، والذي يعني تحديد مهمة المؤسسة العامة عند إنشائها، وحصر إخضاعها ضمن نطاق هذه المهمة.

---

[1] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 98.

[2] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 279.

[3] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 271.

[4] عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، النظام الإداري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 306.

- تخضع المؤسسة العامة للوصاية لأن استقلالها المؤسسة العامة ليس مطلقا، فهي جزء من التنظيم الإداري اللامركزي للدولة، لذلك ترتبط بأحد أشخاص القانون العام حسب طبيعة نشاطها[1].

لقد كان الهدف من منح المؤسسة العامة الشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري من أجل تحريرها من القيود التي تكبل الإدارة، ومن أجل تمكينها من الاستعانة بأصحاب الخبرات الفنية وأساليب العمل المعتمدة في القطاع الخاص، لأن نشاطها يدخل في إطار نشاط السوق، مما يفرض تشغيلها وفقا للطرق المعتمدة منالمنشآت الخاصة التي تمارس نشاطا مماثلا[2].

ومهام المؤسسة العمومية محددة فقط في تسيير المرفق العمومي، بحيث يمنع استخدام أملاكها وإرثها مع غيرها من الأنشطة الموكلة إليها، إلا إذا كانت على شكل مساهمات تتعلق بأداء مهامها.

في هذا المقام تبرز ثلاث أصناف من المؤسسات العمومية يمكنها إدارة المرافق العامة وهي:

- المؤسسات العمومية الإدارية EPA التي تسير المرافق العمومية الإدارية.
- المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية EPIC تسير المرافق العمومية الصناعية والتجارية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي، والجماعات العمومية ومؤسساتها العمومية تنفرد في تسيير المرفق العام الذي يتناسب مع تخصصها.

ولكن التطبيق العملي وتغييرات بسبب طريقة عملها كان أقرب لعمل أنظمة الإدارة العامة، أو الوظيفة العامة، كما أن السلطة المركزية لم تدع المؤسسات العامة تمارس استقلالها المالي والإداري، إذ امتدت صلاحياتها الرقابية لتشمل قسما كبيرا من قراراتها، كما شاركت في صنع القرار من خلال ممثل دائم لها في مجالس الإدارة وهو ممثل الحكومة الذي يشارك في التصويت على قرارات مجالس الإدارة، إلى جانب انتشار الفساد الإداري الذي تغلغل إلى المؤسسات العامة، مما أدى في وقوعها في عجز الميزانية وعدم تحقيق التوازن المالي بين إيراداتها ونفقاتها، فأصبحت عبئا على المالية العامة وأضحى استمرارها يتوقف على دعم مالي من الدولة[3].

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 352، ومروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 63.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 63.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 64.

هذا الأمر دفع المشرع في سن قوانين جديدة وذلك من أجل أسلوب جديد الإدارة وذلك لتخطي سلبيات النمطين السابقين.

المطلب الثاني: الإدارة غير المباشرة .

وتكون عبر شخص معنوي خاص أو شخص معنوي عام غير الإدارة التي ينتمي لها المرفق العام. نحاول في هذا المطلب تقديم تعريف لهذا المصطلح الجديد مع ذكر مجالاته و أشكاله، في ثلاث فروع، كما يلي:

-الفرع الأول: نشأة وتطور مصطلح تفويض المرفق العام .

- الفرع الثاني: مجال تفويض المرفق العام.

-الفرع الثالث: أنواع عقود تفويض المرفق العام.

الفرع الأول: نشأة وتطور مصطلح تفويض المرفق العام.

إنّ تفويض المرفق العام هو تقنية قديمة مستجدة تكوّنت وظهرت بفعل الاجتهاد والفقه اللذين ألبساها ثوبا حديثا تبنّاه المشرع لاحقا في فرنسا، وظهر تعبير تفويض المرفق العام للمرّة الأولى سنة 1980 على يد J.F. Auby ضمن دراسة تتعلّق بالمرافق العامة المحلية، كما ورد المصطلح في التعليمة الصادرة من وزير الداخلية الفرنسي في سنة 1987 المتعلقة بإدارة الأشخاص العامة للمرافق المحلية [1]، إذ عالجت الضوابط المرتبطة بعقود المرفق العام والخاصة بشروط الإبرام ومدّة العقد وطرق الرقابة.

وإذا انتقلنا إلى التشريع فإنّنا نجد مصطلح تفويض المرفق العام ثمّ تداوله أول مرّة بموجب القانون المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية رقم 92-125 والذي صدر بتاريخ 6فيفري 1992، إذ نصّت المادة 52 منه على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام والمتمثلة بالإعلان المسبق عن نية التعاقد والقيام بالاستشارات السابقة على الإبرام.

[1]—ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 106.

وبعد ذلك صدر قانون Sapin[1] سنة 1993 والخاص بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، فوسع هذا القانون من نطاق تطبيق فكرة تفويض المرفق العام لتشمل العقود التي يبرمها الأشخاص العامة جميعها بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة[2]. حيث ألغت المادة 39 منه المادة 52 المذكورة آنفا، وتناولت المواد من 40 إلى 47 مسألة الإبرام بدقة أكثر، وطرق الرقابة إلى جانب محتوى العقد.

في هذا القانون المشرع الفرنسي أفصح عن تلازم وترادف مصطلحي الامتياز والتفويض، والذي أسفر تفسيره وتطبيقه في العديد من المحاكم مثل قضاء محكمة النقض، وقضاء مجلس الدولة على تماثل وتطابق المعنيين المشار إليهما[3].

فتارة يشار إلى التفويض وثارة أخرى إلى الامتياز، حيث نصّت المادة 38 من القانون 93-122 (Sapin) والمعدل بالمادة (3) من القانون 2001-1168 (murcef) أوردتا تعبير التفويض والامتياز بشكل متطابق عند إدارة المرفق العام.

من جانب آخر تباينت الأنظمة القانونية للتفويض الحديث فتجدها أحيانا تأخذ شكل التفويض أو التوكيل أو حقّ الانتفاع أو الإجارة أو الالتزام، أدّى ذلك إلى اختلاف فقهاء القانون الخاص، إلى جانب تمسك المدرسة التقليدية لفقهاء القانون العام بأنّ هذا العقد هو أحد عقود القانون الإداري وليس عقدا مدنيا، والسبب الحقيقي للتناظر بين المدرستين هو تعدّد العقود الذي تندرج في إطار عقد الامتياز التقليدي، وتلتبس طبيعتها على البعض ممّا يثير الجدل حولها بشأن خضوعها للقانون العام أو القانون الخاص[4]، بذلك تعدّدت الآراء واختلفت حول طبيعة العقد القانونية بين ثلاث اتجاهات؛ الأول اعتبر التفويض عقدا مدنيا، والثاني اعتبره عقدا إداريا، والثالث

---

(1) – Loi n° 93-112 du 19 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30 janvier 1993, modifier et complétée.

(2)–أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، (إجراء عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 55، ماي 2017، ص 53.

(3)–محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام، دراسة مقارنة/ ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015، ص 30.

(4)– محمد علي ماهر محمد علي، المرج نفسه، ص 18.

اعتبره مركبا ذو طبيعة خاصة[1]، وحتى لا يتفاقم هذا الاختلاف حسم المشرع الفرنسي أولا في تعريف محدّدا تفويض المرفق العام بموجب المادة الثالثة من قانون murcef[2] على أنّه عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) سواء أكان عاما أو خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استغلال واستثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت أو بتحصيل أموال لازمة للمرفق.

أمّا مسألة انتساب عقد الامتياز الذي هو الصيغة الأهم في تفويض المرفق العام فعدّه الأمر 2016-65 المؤرخ في 29جانفي2016 المتعلق بعقود الامتياز، أنّ هذه العقود هي إدارية في مادته الثالثة[3].

أمّا في الجزائر فقد أخذ المشرع ومنذ فترة مبكرة بأحد أساليب تفويض المرفق، وهو عقد الامتياز[4]، فقد استخدم أولا من طرف السلطة المركزية لربط العلاقة بين الدولة والبلديات باعتبارها هي صاحبة الامتياز، ذلك غداة الاستقلال، حيث صدرت العديد من المراسيم في هذا المجال نذكر منها المرسوم 67-53 المتضمن منحا لامتياز للبلديات من طرف الدولة لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، وكذلك المرسوم 68-16 المتضمن منح الامتياز استغلال المنشآت الرياضية للبلديات من طرف الدولة والواقعة في مناطقها، ظهر هذان المرسومان بعد صدور القانون البلدي لسنة 1967، لتعرف عقود الامتياز بعد ذلك تراجعا نظرا لانتهاج الجزائر النظام الاشتراكي حيث ساد تأميم المرافق العامة وأُلغيت جميع أساليب التسيير باستثناء التسيير الذاتي المتمثل في الاستغلال المباشر والمؤسسة العامة، ومن ذلك كان لزاما انتظار صدور القانون 83-17 المتضمن قانون المياه لإعادة اكتشاف الامتياز كأسلوب للتسيير حيث نصّت المادة

---

(1)– جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المصورة، مصر، 2015، ص 29.

(2) - Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesure urgentée de reformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001.

(3) - Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016.

(4)–عمر غول، (عقد الامتياز البلدي وانعكاسات رقابة الوالي عليه في الجزائر)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 36، أكتوبر 2015، ص 97.

20 منه على أنّه "يؤدي استعمال الملكية العامة للمياه في جميع الحالات، إلى إنشاء امتياز، بعد أن شهدت الدولة الجزائرية دستورا جديدا لعام1989 أفرغ من الجانب الإيديولوجي، جاء قانون البلدية لسنة 1990 ليكرس عقد الامتياز البلدي بموجب المادة 138[1]. وقصد تكسير هذا تململ الإدارة في الأخذ بهذا الأسلوب الذي هو جديد وقديم في نفس الوقت، صدرت التعليمة الوزارية 94-842/3 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها والتي جاءت بعد فشل التجربة الجزائرية في تسيير المرافق العامة المحلية عن تحقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة الخدمات ونوعيتها وسبب يعود إلى عجز الجماعات المحلية عن توليها تسيير المرافق العامة وذلك لقلّة الكفاءات ونقص الموارد البشرية والمادية الضرورية (كما جاء في ديباجة التعليمة). والجديد الذي جاءت به هذه التعليمة هو عقد إيجار المرفق العام الذي لم يكن معروفا من قبل في التشريع الجزائري، حيث جلت وبينت الاختلافات بينها وبين عقد الامتياز، حيث أنّ استغلال المرافق العامة المحلية عن طريق التأجير يختلف عن طريق الامتياز، ويتمثل هذا الاختلاف في كون الملتزم يقوم بنفسه بإنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله لوحده مصاريف إقامة وإنجاز هذه المنشآت، في حين أنّ مستأجر المرفق العام لا يتحمل مصاريف إقامته وإنجازه وذلك لتكون هذه المصاريف قد تحملتها الجماعات المحلية المؤجرة.

وأخيرا فصل المشرع في قانون جامع مسألة تفويض المرفق العام بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 15-247[2] وذلك في الباب الثاني، متأثرا بالتشريعات الفرنسية وتماشيا مع تحولات كذلك في الدول المجاورة في هذا المجال.

وكون أحكام هذا المرسوم يحتاج إلى نصوص تطبيقية صدر المرسوم التنفيذي 18-03 يحدّد الأحكام المطبقة على المطاعم المدرسية، حيث نصّ في مادته 18[3] على عملية التفويض.

---

(1)– عمر غول، المرجع السابق، ص 98.

(2)–مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ج.ر ج ج 50، في 20 سبتمبر 2015.

(3)–مرسوم تنفيذي رقم 18-03 مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 15 يناير 2018 يحدّد الأحكام المطبقة على المطاعم المدرسية، ج ر ج ج 02 في 21 يناير سنة 2018.

وأخيرا صدر المرسوم التنفيذي 18 – 199 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي أتاح للجماعة الإقليمية إبرام اتفاقيات تفويض المرفق وفق إجراءات معينة.

لقد لحق بعقد امتياز المرفق العام في فرنسا العديد من التطورات سواء فيما يتعلّق بأطرافه أو بموضوعه أو بالمقابل المالي، الأمر الذي أصبح فيه العقد في حاجة ماسة إلى تعريف جديد يمكن أن يتسع الى المستجدات التي طرأت عليه.

وفيما يلي نسرد مجموعة من التعريفات لبعض الدول التي أخذت بهذا الأسلوب متأسية بالقانون الفرنسي.

التشريع الفرنسي: سبق أن أعطيت تعريفا له بموجب المادة الثالثة من قانون murcef.

أمّا في المغرب وضع قانون التدبير المفوض[1] في المادة الثانية تعريفا هذا نصّه: هو عقد يفوّض بموجبه شخص معنوي عام خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدّة محدودة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤولية إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى المفوض إليه يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشآت عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض.

وفي تونس فقانون اللزمة رقم 23 لسنة 2008[2] في مادته الثانية نصّ على أنّ "اللزمة على معنى هذا القانون العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى مالك اللزمة لمدّة محدّدة إلى شخص عمومي أو خاص يسمى صاحب اللزمة التصرف في مرفق عام عمومي أو استعمال أو استغلال أملاك أو معدات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد. ويمكن أن يكلف صاحب اللزمة أيضا بإنجاز أو تغيير بنايات منشآت أو اقتناء ممتلكات لازمة لإنجاز موضوع العقد).

وأمّا في الجزائر فالمادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية نصّت على أنّه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتمّ التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، وتقوم السلطة

[1]– ظهير شريف رقم 1-06-15 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 54-05 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة.

[2]–القانون عدد 23 لسنة 2008، المؤرخ في 1أفريل2008 يتعلّق بنظام اللزمة.

المفوضة التي تتصرّف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق بموجب اتفاقية. وبهذا الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق العام.

من خلال هذه التعاريف أستنتج أنّ عناصر تفويض المرفق العام[1] هي:

السلطة المفوضة: وهي السلطة المؤهلة لذلك وهي شخص من أشخاص القانون العام- الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية-.

المفوض له: يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا على شكل شركة عامة، أو شركة خاصة، أو شركة اقتصادية مختلطة أو جمعية.

عقد التفويض: على شكل اتفاقية وليس مجرد التزام من جانب واحد، وعلى السلطة أن تضمن استعمال الملك العام، وكذا الترخيص بالاستغلال.

المقابل المالي يتحدّد بنتائج الاستغلال.

المرفق العام: يكون الرابط بين الشخص العام الذي يتكفل بالوسائل الضرورية لضمان مهمّة المصلحة العامة والمفوض له الذي يضمن جودة الخدمات.

الفرع الثاني: مجال تفويض المرفق العام

عرف توسعا من ثلاث جوانب، من حيث نوعية المرافق، والأطراف والنشاطات، مع بعض الاستثناءات الواردة عليه، نحاول أن نشرح ذلك في هذه الفقرات.

1- المرافق العامة والأنشطة التي يشملها التفويض : رغم أنّ كلا من التشريع والاجتهاد أجازا تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها، إلاّ أنّ هذا التطبيق يبقى نسبيا وتبقى المرافق العامة ذات الطابع الاستثماري والاقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض، دون أن نستبعد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق[2].

---

(1) - Guide des délégations de service public, direction de l'ingénierie public et des affaires communales, république Française, 2009, p4.https://wwwdocplaher.fr.

(2)- صالح زمال بن علي، (أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري)، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، العدد 06، 2017، ص 159.

فالمادة 149 من قانون البلدية 11-10 عددت المرافق العمومية المهيأة للتفويض، كما نصّت المادة 150 منه على أن يكيف عدد وحجم المصالح المنصوص عليها في المادة 149 حسب إمكانية ووسائل واحتجاجات كل بلدية، ويمكن إدارة هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية أو عن طريق الامتياز أو التفويض. وإنّنا نترقّب صدور نصوص معدّلة لهذه المواد ضمن قانون الجماعات الإقليمية الذي سيصدر هذه السنة 2018 كما وعد وزير الداخلية في عدّة تصريحاته، هذه التعديلات تتماشى مع الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تتعلّق بتفويض المرفق العام، وهذا ما بادرت به وزارة الداخلية بإطلاق مشاورة واسعة لإعداد مشروع قانون يتضمن تأسيس قانون الجباية المحلية المرتقب الذي جاء في مادته 252 على أنّ تطبيق أحكام هذا القانون ابتداء من 01 يناير 2019 فقد نصّ في عدّة مواده على تقنية التفويض مثل المادة 153 و156.

وبالتالي إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية تدار بطريقة التفويض فإنّ المرافق العامة الإدارية يمكن أن تدار بهذا الأسلوب مثل المطاعم المدرسية[1]، والجامعية ورياض الأطفال العمومية، وكذا مرافق الصحة.

ففي الآونة الأخيرة خطا المشرع الفرنسي خطوة مهمة في إصدار نصوص قانونية تنظيمية تتعلّق بتفويض المرفق العام، فقد صدر الأمر 2016-65 المؤرخ في 29جانفي2016 المتعلق بعقود الامتياز، ومن أهمّ ما جاء في مواده الأولى تحديد السلطات المانحة في المواد 8، 9، 10 أمّا المادة 11 فعددت الأنشطة والمرافق القابلة للاستغلال في مختلف الشبكات ولأهميتها نفصلها فيما يلي:

- وضع تدابير استغلال أو تزويد شبكة الربط مخصصة لمرفق عام في ميدان الإنتاج، النقل، وتوزيع الغاز، أو الحرارة.

- وضع تدابير استغلال أو تزويد شبكة معينة ومخصصة لتموين مرفق عام في ميدان الإنتاج أو النقل أو توزيع الكهرباء.

[1]-مرسوم تنفيذي رقم 18مؤرخ في 15 يناير 2018 يحدّد الأحكام المطبقة على المطاعم المدرسية، الجريدة الرسمية العدد 02 بتاريخ 21 يناير 2018.

– وضع تدابير استغلال أو تزويد شبكة معينة ومخصصة لتموين مرفق عام في ميدان إنتاج أو نقل أو توزيع الماء الصالح للشرب.

– النشاطات المرتبطة باستغلال مساحة جيوغرافيه من أجل مشروع استخراج البترول أو الغاز أو التنقيب أو استخراج الفحم أو المواد المعدنية الصلبة الأخرى.

– نشاطات الاستغلال المخصصة لتنظيم أو وضع تدابير للمسافرين بالمطارات، أو الموانئ الساحلية، أوموانئ الصيد، أو موانئ أخرى.

– نشاطات الاستغلال شبكة مخصصة لتموين مرفق عام في ميدان النقل بالسكك الحديدية الترامواي، النقل بالحافلات الكهربائية، النقل بجميع الأنظمة الآلية ومقتنيات مخصصة لتنظيم أو وضع تدابير في استغلال هذه الشبكات.

– النشاطات المخصصة لتموين البريد والاتصالات الإلكترونية، خاصة ما تعلّق بخدمات تسيير المراسلات، أو خدمات الإرسال غير البريدية مثل الإشهار البريدي.

كما استثنى هذا الأمر بعض الأنشطة من عملية الاستغلال، ما يلاحظ على هذه الأنشطة القابلة للاستغلال هي ذات طابع صناعي أو تجاري أو إنتاجي.

كل هذه الأنشطة تحتاج إلى منافسة، ولا تتماشى مع الروتين السائد في الأداء الحكومي، فهذه المرافق بحاجة إلى مرونة لأنّ التجارة تقوم على السرعة والائتمان كما أنّ الصناعة يلزمها رأس مال متجدّد وخبرة وإبداع وتسويق، وهذا كله لا يتفق مع الروتين، هذه الأسباب دفعت الدول للجوء إلى أسلوب الامتياز كأحد طرق إدارة المرافق العامة[1].

2 – من حيث الأطراف ،فعقد تفويض المرفق العام تبرم بين سلطة إدارية مركزية أو لا مركزية (محلية أو مرفقية) وبين الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة مثل الشركات أو بين شخصين من الأشخاص العامة ، ويلاحظ أن هناك تطورا فيما يتعلق بطرفي العقد ، فلا شك أن الدولة أو الإدارة بصفة عامة هي التي تمنح التفويض لكن هناك تطور يتمثل في المفوض له فهو عادة شركة خاصة أو تجارية ، وصار الآن شركة الاقتصاد المختلط ، أو شركة وطنية يكون رأسمالها تقريبا من

[1] – جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015، ص 13.

[2] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ، مصر ،2018، ص 24.

نصيب الشركة ، مثل ذلك عقود امتياز الطرق العامة ، عقود امتياز النقل عن طريق السكك الحديدية ، وما الى ذلك [2].

أمّا في الجزائر فقد صدرت عدّة نصوص قانونية تتيح للجماعات العمومية تفويض المرفق العام عن طريق عقد الامتياز نجملها فيما يلي:

- القانون رقم 2000-03 الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكيةج ر ج ج 48 في 6 أوت 2000.

- القانون 05-12 المتعلق بالمياه، ج ر ج ج في 4 أوت 2005.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-223المنظم لامتياز أشغال الموارد المرجانية، ج ر ج ج 63 /1995.

- المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المؤرخ في 9 يناير 2005 الذي يحدّد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به، ج ر ج ج 5 في 12 يناير 2005.

- مرسوم تنفيذي رقم 08-53 المؤرخ في 9 فبراير 2008 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ج ج 8 في 13فبراير 2008.

- مرسوم تنفيذي رقم 08-54 المؤرخ في 9 فبراير 2008 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر ج ج55 في 25 سبتمبر1996.

- المرسوم التنفيذي 16-79 المؤرخ في 24 فبراير 2016 يتضمن إنشاء الجزائرية للطرق السريعة، ج ر ج ج 12 في 28 فبراير 2016.

- المرسوم التنفيذي رقم 18-03 المؤرخ في 15 يناير 2018 يحدّد الأحكام المطبقة على المطاعم المدرسية، الجريدة الرسمية العدد 02 بتاريخ 21 يناير 2018.

الفرع الثالث: أنواع عقود تفويض المرفق العام.

– عقد امتياز المرفق العام:

هو العقد الأهم في تفويض المرفق العام، فبواسطته تمّ تشييد واستثمار في العديد من مرافق البنية التحتية، فينطوي عقد الامتياز على كل سمات التأجير غير أنّه يتضمن مع ذلك مسؤولية إضافية على المتعهّد أو المقاول تتمثل في تمويل توسعات محدّدة[1] مثل إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية.

فحق تقاضي الرسوم من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها لهم المرفق أساسي بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة بإنشاء وتسيير المرفق العام مقابل أن يتقاضى هذا المقابل[2].

– عقد إيجار المرفق العام:

هو العقد الذي بموجبه تعهد الجهة الإدارية إلى شخص استغلال المرفق العام وإدارته دون إقامة المنشآت، على أن يدفع المستأجر مقابل من المنتفعين نتيجة استغلال المرفق، ويلتزم بأن يعطي الإدارة جزءا من العائدات التي حصلها من المنتفعين.

ويتفق عقد إيجار المرافق العامة مع عقد الامتياز في أمرين، الأول أنّ العقد يعهد به إلى المستأجر لإدارة واستغلال المرفق العام، والثاني أنّ المستأجر يقوم بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق[3].

بيد أنّه يختلف عن عقد الامتياز من ناحيتين، فمن ناحية يلتزم المستأجر بدفع مقابل مالي للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، ومن ناحية أخرى فإنّ عقد الإيجار خلافا لعقد الالتزام لا يلقي على عاتق المستأجر تنفيذ إنشاءات تتطلب استثمارات مهمّة[4].

– عقد الوكالة المحفزة:

---

(1)– محمد علي ماهر محمد علي، المرجع السابق، ص 78.

(2)– وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية – دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ص 69.

(3)–وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع السابق، ص 70.

(4)– محمد علي ماهر محمد علي، المرجع نفسه، ص 78.

وهو أسلوب وسط بين الإدارة المباشرة والامتياز، فهي تختلف عن الأولى في أنّ السلطة العامة لا تتولّى بنفسها إدارة المرفق، إنّما يتولى شخص خاص هذه الإدارة، ومع ذلك القائم بالإدارة (Régisseur) يتولى الإدارة لحساب الشخص العام[1].

يختلف عن الامتياز في أنّ الملتزم يقدّم رأس المال اللازم للمشروع وإدارته خلافا للقائم بالوكالة من المنتفعين لا يتولى تحصيله لحسابه، إنّما لحساب الإدارة[2]، وهو يرتبط بجودة استغلال المرفق وليس طبقا للأرباح، وتتحمّل الإدارة المخاطر المالية للمشروع[3].

4 – عقد التسيير (عقد إدارة المرفق العام):

سمّي بهذا الاسم لأنّ موضوعه الأساسي هو التسيير، فيه تكلف الإدارة بموجب هذا المتعاقد استغلال المرفق، لكنّها تحتفظ بتحديد السياسة ومسؤولية التمويل والاستثمار وحساب التوازن المالي للمشروع محل الاستغلال، والمسير يتقاضى مقابلا ماليا جزافيا، وقد يقترن أحيانا بحوافز تتعلّق بنتائج الاستغلال، ولكن في هذه الحالة الإدارة تحتفظ بالأرباح[4].

وتتميّز عقود التسيير عن الوكالة المحفزة في أنّ المسيّر يتقاضى مبلغا ماليا جزافيا قد يقترن أحيانا بحوافز تتعلّق بنتائج المرفق، ولذلك يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى، ومع ذلك المسيّر يقترب من القائم بالوكالة le régisseur في أنّه يدير المرفق لحساب الشخص العام[5].ولكن رغم الاختلافات بين العقود السابقة إلاّ أنّها تجتمع في الحقوق المالية للمفوّض له التي تتحدّد بالنتائج المالية للاستغلال.

أمّا من حيث درجة التفويض نصت المادة 49 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أن يتحدد شكل تفويض المرفق العام حسب مستوى المخاطر الذي يتحمله المفوض له، ومستوى رقابة السلطة ، ومدى تعقيد المرفق العام ، أما المادة 50 من نفس المرسوم نصت على أن يتحدد مستوى المخاطر الذي يتحمله المفوض له وفقا لنسبة مشاركته في تمويل المرفق العام، في ثلاث

(1)– وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع السابق، ص 71.

(2)– محمد علي ماهر محمد علي، المرجع السابق، ص 79.

(3)– وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع نفسه، ص 72.

(4)– وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع نفسه، ص 73.

(5)– محمد علي ماهر محمد علي، المرجع نفسه، ص 79.

مستويات.أما المادة 51 فقد نصت على أن تكون رقابة السلطة المفوضة على التسيير والخدمات . ويتم تحديدها حسبب حجم الخدمات التي يتولاها المفوض له، قصد الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام في مستويين اثنين لأن المفوض له يقوم بالاستثمار، الصيانة، التسيير، ويتحمل المسؤولية ومخاطر الاستغلال. وحسب دراسة منشورة في دليل فرنسي نجد عقد الامتياز يستغرق جميع العقود الأخرى، كما هو مبيّن في الجدول التالي[1]:

	الاستثمار	الصيانة	التسيير باستمرار	درجة المخاطر	درجة المسؤولية
عقد الامتياز	نعم	نعم	نعم	100%	100%
عقد الإيجار	لا	نعم	نعم	50%	100%
الوكالة المحفزة	لا	نسبيا	نعم	25%	75%
التسيير	لا	نسبيا	نعم	00%	50%

المطلب الثالث: ذاتية عقود تفويض المرفق العام.

إنّ لهذه العقود من السمات الخاصة بها ما تميّزها عن غيرها من العقود الأخرى القريبة منها، لعلّ أهمّها شرط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال، نتناوله في **الفرع الأول**، أمّا في **الفرع الثاني** تميّز عقود تفويض المرفق عن العقود القريبة منها.

الفرع الأول: شرط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

في عقود تفويض المرفق العام، يكون الاستغلال المهمة الأساسية في تدبيره، حيث يخول للمفوض له إدارة المرفق بنوع من الاستقلالية كما تربطه علاقات مع المنتفعين، وكذا مع الموردين والمقاولين، وعلى ضوء نتائج الاستغلال يتقاضى المقابل المالي الذي يكون على شكل أتوات، ولا

[1] – Définition de la délégation de service public. www.creditfoncier.fr.corporate/wp-content/uploads/2015/06/délégation.deservices.publics.pdf.L'histoiredunavigateur16-03-2018(18h15)

يأخذ شكل مبلغ مالي ندفعه جهة الإدارة للمتعاقد نظير الخدمات المنفذة أو لتكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق[1]، هذا ما أكّده المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 ففي أثناء تفويض المرفق العام نصّت المادة 207 على أن "يتمّ التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام"، أمّا في الصفقات العمومية نصّت المادة 27 من المرسوم الرئاسي السابق على أن "يحدّد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني"، وفي المادة 108 منه على أن "تتمّ التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسوية على رصيد الحساب لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفّف نتائج الاستغلال كمعيار أقرّه القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي، لتمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيرها من العقود وخصوصا للصفقات العمومية[2].

بعد هذا العرض ترى ما هي الطبيعة القانونية للمقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام؟

ذهب الفقه[3] أنّه إذا كان المقابل المالي في العقود لإدارية تعدّ من الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، فإنّ التعريفات في عقود تفويض المرفق العام مستثناة من هند الطبيعة بحيث تعدّ من قبيل الشروط اللائحية التي تمكن للإدارة من خلالها تعديل هذه التعريفات بإرادتها المنفردة، وذلك بحجة أنّ صالح المنتفعين يوجب على الإدارة التدخل لمصلحتهم ولحمايتهم، لكن هذه الحرية المتاحة للإدارة وللمفوض له في تعديل الرسوم قد تكون مقيدة بطريقتين:

1- القيود التشريعية : حيث يتدخل المشرع بطريقة مباشرة في تعديل التعريفات في ظل سياسة توجيه الأسعار التي تنتهجها معظم الدول حفاظا على الصالح العام وصالح المنتفعين.

2- القيود الناشئة عن مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام : بحيث يجب أن تكون التعريفات التي يدفعها جمهور المنتفعين بالخدمة واحدا بالنسبة للجميع، حيث يلزم المفوض له احترام مبدأ المساواة في المعاملة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة.

الفرع الثاني: تميّز عقود تفويض المرفق العام عن العقود القريبة منها.

---

(1)– وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع السابق، ص 61.

(2) – محمد علي ماهر محمد علي، المرجع السابق، ص 80.

(3)– أنظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر،1991، ص 603؛ ووفاء أحمد محمود أحمد البيواتي، المرجع نفسه، ص 213؛ وكذا زهير دين الحرازين، المرجع السابق، ص 246.

هذه العقود هي عقد امتياز أملاك الدولة، الصفقات العمومية وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وأشرح ذلك فيما يلي:

-تميز عقود تفويض المرفق العام عن عقد امتياز أملاك الدولة:

رغم اتساع فكرة المرفق العام وشمولها لكل نشاط إداري ذي نفع عام إلاّ أنّ القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة التنازع يرفض اعتبار إدارة أملاك الدولة لدومينها الخاص من قبيل المرافق العامة، حيث خَلُص القضاء الفرنسي إلى أنّه ليس من الضروري أن يتزامن استغلال الأملاك الوطنية في إطار تحقيق المصلحة العامة مع تحقيق نشاط المرفق العام، لكن العكس صحيح إذ في الغالب أنّ التفويض يتطلب استغلال الأملاك الوطنية[1]، حيث المفوض له يحلّ محلّ الدولة في إدارة المرفق العام واستخدام الدومين العام، كل ما يفعله هو تنظيم استخدام المواطنين للمال العام محل التفويض، وليس حرمان المواطنين من التمتع باستعمال العام، ويبقى المفوض له دائما خاضعا لرقابة الدولة في إدارته للمرفق العام موضوع التفويض[2].

وعليه، فإنّ معيار التميز بين امتياز الأملاك الوطنية وتقنية التفويض يبقى في معرفة طبيعة النشاط الذي يستهدف تحقيقه، فإذا كان هذا الأخير عبارة عن نشاط مرفقي فإنّنا نكون بصدد تفويض مرفق عام، أمّا إذا كان النشاط ذو طبيعة خاصة ومنظما على أملاك عامة دون أي ارتباط بنشاط مرفقي، فنكون عندئذ أمام امتياز الأملاك الوطنية[3].

وذهب الفقه المصري على نفس المنوال، فقد أكّد أنّ العقود المبرمة لإدارة الأموال الداخلة في الدومين الخاص المملوكة للدولة على اعتبار ذلك عقودا خاصة، لانقطاع الصلة بالمرفق العام[4].

وهذا ما استقرّ عليه مجلس الدولة الجزائري في القرار رقم 11950-11952 الصادر بتاريخ 9 مارس 2004 في قضية شركة نقل بوهران سريع جنوب – وبين رئيس المجلس الشعبي

---

(1)– Conseil d'état,3/8 SSR, du 11décembre 2000, dameAgofroy et autres, requete numér 202971,rec,p607, publié au recueil lebon.

(2)– جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 424.

(3)–فوناس سهيلة، (عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، 2014، ص 242.

(4)–إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، B.O.T، بدون طبعة، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2003، ص52.

البلدي حيث نصّ على رغم التداخل الموجود بين مفهوم امتياز المرفق العام والامتياز التابع للأملاك الوطنية، إلاّ أنّ هذا الأخير لا يدخل في إطار عقود التفويض[1] وأكده الفقه.

- تميز عقود تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية:

موضوع الصفقات العمومية يكمن في تنفيذ خدمات المرفق على شكل أشغال أو اقتناء اللوازم، المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد هو سعر تدفعه الجماعة العمومية نظير خدمات محققة لهاذ الأخير لمدّة قصيرة.

أمّا تفويض المرفق العام، هو عقد بواسطته شخص عام يعهد إلى المفوض له تسيير مرفق عام، نظير مقابل مالي، متعلّق بنتيجة استغلال المرفق، ويكون على شكل إتاوات يدفعها المنتفعون، ومدّة العقد عموما تكون طويلة.

من خلال هذه المقارنة نستطيع أن نفرّق بينهما في العناصر التالية:

1- تبرم عقود تفويض المرفق العام بعد مفاوضات في أغلب الأحيان مع الإجراءات التقليدية الأخرى، أمّا في الصفقات العمومية فالمفاوضات محدودة.

2- في كيفية الدفع المقابل المالي، ففي الصفقة يتمّ دفعه عن طريق سعر تحدّده الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين، ويكون هذا السعر محدّدا في العقد وتدفعه الإدارة وليس له علاقة بمردودية استغلال المرفق، أمّا في تفويض المرفق فإنّ المقابل المالي له علاقة بنتيجة الاستغلال ولع علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق[2].

3- الاستغلال في الصفقة العمومية هدف منه تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام وسيره أما في التفويض فاستغلال المرفق بطريقة مباشرة من طرف المفوض له واستعمال الوسائل الموفرة من طرف شريك الإدارة والعلاقة المباشرة مع المرتفقين هي التي تميز تفويض المرفق العام حتى لو أنّ هذا المقابل تدفعه الإدارة كما رأينا سابقا.

- تميز تفويض المرفق العام عن عقود الشراكة: عقود الشراكة هي عقود بواسطتها الدولة أو المؤسسات العمومية للدولة تعهد لشريك لمدّة محدّدة ترتبط باهتلاكات الاستثمارات أو ترتيبات

---

[1] وأنظر القرار رقم 11950 في 09 /2004/03 ، فضية شركة نفل المسافرين ضد: رئيس بلدية وهران ، المرجع : مجلة مجلس الدولة ، 2004، عدد 5، ص:212.

[2]—ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، بدون طبعة ، دار بلقيس ، الجزائر ،2010، ص 138.

التمويل المحصلة، من أجل مهمة عامة مرتبطة بتمويل الاستثمارات غير العادية للمشروع أو التجهيز الضروري للمرفق العام، للبناء أو تحويل مشاريع أو تجهيزات، بالإضافة إلى الصيانة والمحافظة واستغلاله أو تسييره حسب الاقتضاء، إلى جانب الخدمات الأخرى المساهمة في العملية، من طرف الشخص المعنوي العام مهمة المرفق العام.

فبالتالي فمن حيث العضوية تتعدّد الأطراف المشاركة، فإلى جانب الجهة الحكومة والشريك الخاص هناك شركة المشروع والجهات الممولة والموردون، أمّا في التفويض فيقتصر العقد على طرفيه الأساسيين وهما المصلحة المفوضة والمفوض له، أمّا من الناحية المادية فهي تتميّز بشمول المهام الملقاة على عاتق الشريك الخاص والمتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال، بالإضافة إلى التصوّر أو التحضير الأولي للمشروع[1]، بحيث ينشأ المرفق من العدم بينما يتولىالمفوض له في أغلب الأحيان إدارة مرفق قائم.

خلاصة الفصل التمهيدي:

لقد حاولت في هذا الفصل من هذه الدراسة تعريف عقود تسيير المفوض للمرفق العام، ولقد توصلت أن هذا النوع من العقود ينتمي إلى تشكيلة موحدة وهي عقود الطلب العمومي والتي هي بدورها تدرج ضمن العقود الإدارية، وتتشابه عقود الطلب العمومي في طريقة إجراءات الإبرام، وقصد فهم عقود تسيير المفوض للمرفق العام،حتم علي تعريف المرفق العام وطرق إدارته، وقد توصلت أن القانون بالرغم أنه أجاز إشراك أشخاص القانون الخاص في إدارة المرق العام، إلاأنه ما زال يحتفظ بالتسيير التقليدي بنوعيه الإدارة المباشرة أو المؤسسة العامة في تسيير المرفق العام الإداري وحتى الاقتصادي لأهميتها، وبما أن بحثي يتمحور حول الإدارة غير المباشرة التي تتم عبر التفويض، فقد حاولت سرد مراحل تطور عملية التفويض في فرنسا وفي الجزائر وصولا إلى المرسوم التنفيذي 18-199 الذي حدد طرق تكوين عقود تفويض المرفق العام، وأعطيت لمحة موجزة على أنواع عقود التفويض وقارنت بينه وبين العقود القريبة منه.

[1]—حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 54.

الباب الأول:آلية القضاء لتسوية منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام

تتمتع الإدارة في معرض قيامها باختيار المتعاقد معها بناء على طلب العروض بسلطة تقديرية واسعة ،إلا أن ذلك ، لم يمنع القضاء الإداري من أن يمارس رقابته على هذا الاختيار[1] ، فالدولة في معرض توليها تنظيم وتسيير مرفق عام ، فالمنطق القانوني يقودني للقول بأن القضاء الإداري هو المختص ،وتتمثل هذه الرقابة في قضاء الإستعجال في حال الإخلال بقواعد الإعلان أو توفير المنافسة ، كما يمكن اللجوء للقضاء الكامل أو قاضي العقد عند إخلال السلطة المفوضة أو صاحب التفويض بموجبات العقد أو حدوث ظروف طارئة تؤدي بالإخلال بالتوازن المالي العقد.

ولكن أحيانا هناك منازعات تنشأ عن نشاط مرافق عامة ، مع ذلك تخضع لنطاق قواعد القانون الخاص، ففي هذا المجال تخرج من نطاق القضاء الإداري لتدخل في اختصاص القضاء العادي كاستخدام الإدارة المتعاقدة وسائل القانون الخاص ، فتنزل عندئذ مرتبة أشخاص القانون الخاص،هذا من جانب ، إلى جانب مشاركة أطراف أخرى في عقود التفويض من القانون الخاص في أمر انشاء أو تسيير المرفق العام كالمنتفعين والمناولين والعاملين فيه ، فالنزاعات التي تثور بينهم وبين المفوض له في مجملها تخضع للقضاء العادي.والإشكالية التي تطرح في هذا المجال مسألة الإختصاص القضائي في عقد تتداخل فيه أطراف رئيسية وأخرى ثانوية؟.

وحتى يتسنى لي معالجة الرقابة القضائية على عقود التسيير المفوض للمرفق العام، يتوجب أن أقسم هذا الباب إلى فصلين هما:

- الفصل الأول: منازعات عقود التسيير المفوض المرفق العام أثناء التكوين.
- الفصل الثاني: اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي في منازعات عقود تفويض المرفق العام.

[1] محمد مختار نوح ،الإيجاب والقبول في العقد الإداري –دراسة مقارنة –، الطبع الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص764.

الفصل الأول: منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام أثناء التكوين.

القاعدة العامة هي حرية الإدارة في ممارسة اختيار المتعاقد معها من خلال إتباع إجراءات قانونية معينة، إلا أنه ترد على هذه الحرية عدة قيود أهمها هي:

–قيد يتعلق بالجهة الإدارية المختصة بالتعاقد في عملية اختيار المتعاقد.

–قيد يتعلق بضرورة إتباع وسائل وإجراءات معينة في الاختيار.

–قيد يتعلق بتحديد فئات المرشحين للتعاقد مع الإدارة.

كما ثمة مبادئ وأفكار تحكم شكل اختيار المتعاقد مع الإدارة غالبا وهي كالآتي: العلنية، والمساواة بين المتنافسين، وعدم حرمان بعض الأشخاص من التعاقد مع الإدارة، وإعطاء الأفضلية للصناعات الوطنية في التعاقد، وإعطاء الأفضلية للمواطنين في التعاقد، ومراعاة الجودة المناسبة والاسعار العادلة، ومبدأ الشفافية.

وبذلك فإن الهدف من تحديد أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة هو ضمان تعاقد مع أفضل العروض أو أكفأ المتعاقدينمن الناحيتين الفنية والمالية. ومن ناحية أخرى التأكد من كفالة المساواة بين المتقدمين للتعاقد وحياد الجهة الإدارية بحيث لا تتواطأ مع من يتعاقد معها[1] .

ولكن قد تعتري عملية التعاقد خلل في الالتزاماتبين طرفي العقد، خاصة من جانب الإدارة تنشأ عنها نزاعات، يحق للطرف المتضرر مدعاة الطرف الآخر. فترى ما هي أهم حالات التقاضي في هذه المرحة؟ ولكن قبل الإجابة على ذلك إرتأيت أن أتناول إجراءات الابرام، كونها جديدة وتتيح لنا معرفة الخلل الذي يعتري عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام، ولتفصيل ذلك أقسم الفصل إلى مبحثين هم:

- المبحث الأول:إجراءات إبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام.
- المبحث الثاني:إختتام إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول:إجراءات إبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

لقد ذكرت سابقا أن عقود تفويض لمرفق العام تكونت حديثا، مع ذلك عرف هذا التكوين تطورا، حيث ساد في البداية الاعتبار الشخصي حيث عبره يمنح للشخص العام حرية في اختيار

[1] عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2015، ص 279.

صاحب التفويض، ثم تدريجيا فرضت قيود تشريعية كضوابط إجرائية في التعاقد ، وقد هدف المشرع من وراء هذه النصوص الى تحقيق الشفافية عبر إجراء المنافسة، الأمر الذي جعل من حرية الجماعة العامة في اختيار المستثمر أو الملتزم مبدأ نسبي وغير مطلق[1]، حيث فرض على مبدأ اختيار الشخص العام لصاحب التفويض قيدين : الأول يتعلق بضرورة الإعلان المسبق عن اختيار صاحب التفويض ، والثاني ، يتعلق في إجراء منافسة تسمح بتقديم عدة عروض .

لذا أتساءل في هذا المقام عن تطور طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام، خاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي 199/18، ونصه على إجراءات الابرام؟ لذا سأعالج في هذا المبحث منازعات الدراسات الإستشارية السابقة لإبرام عقود تسيير المفوض للمرفق العام في المطلب الأول ثم إعطاء نظرة حول مبادئ تفويض المرفق العام في المطلب الثاني، ثم أتناول إجراءات التعاقد في القانون الجزائري والمقارن في المطلب الثالث.

المطلب الأول: دراسة الاستشارات السابقة لإبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

عندما تمارس الإدارة أعمالها اليومية في تسيير شؤون المرافق العامة فإنها تستخدم الوسائل القانونية والمادية، حيث إن تسيير أعمال هذه المرافق بانتظام واطراد يتطلب استشارة الإدارة جهات من القطاع العام أو الخاص. هذه الأطراف كثيرا ما تفكر في جدوى العقد قبل إبرام العقد، هذا التدبير الضروري الهدف منه هو التفادي كثير من المشاكل المستقبلية التي قد يواجهها طرفا العقد، وأهم هذه الإستشارات دراسة جدوى إبرام عقود التسيير المفوض،فهذا النوعمن العقوديرتبط بتحقيق المصلحة العامة، وأن حماية هذ المصلحة تستوجب بذل كل الجهود المتاحة من قبل الجهات الرسمية للدولة وأن تتعاون بعضها مع البعض خدمة للمنفعة العام ،لذا يرى البعض أن إقدام الإدارة على دراسة الجوانب الاقتصادية والفنية وأن تستشير الجهات القانونية بذلك قبل إبرام العقد أمرا ملزما[2]، وأن عدم إتباع هذه الإجراءات يتولد عنها نشوء نزاعات إدارية قانونية تستدعي تسويتها من قبل القضاء، ففي المرحلة التمهيدية لعقد التسيير المفوض عدة شروط على الإدارة التقيد بها واحترامها، وإن عدم التزام الإدارة بتلك القيود يعد خرقا للقواعد المنظمة، تنشأ

[1] مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 476.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص99.

عن ذلك منازعات لا بد من تسويتها. وإن أهم القيود في الشروط السابقة لإبرام العقود كما ذكرت من قبل هي دراسة الجدوى الفنية والاقتصادية للعقد المزمع إبرامه والاستشارات السابقة حوله، واستحصال الإدارة على الإذن من بعض الجهات لإبرام بعض عقودها، لذا سأخصص في **الفرع الأول** دراسة جدوى إبرام عقود تفويض المرفق العام ، وفي **الفرع الثاني** دراسة المنازعات و الأثر القانوني لدراسات الجدوى.

الفرع الأول: دراسة جدوى إبرام عقود تفويض المرفق العام.

عرف الفقهاء دراسة الجدوى للمشروع على أنه مجموعة الأساليب العلمية التي تستخدم لجمع البيانات والمعلومات وتحليلها والتوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية المشرع موضوع الدراسة والتقييم، أو هي محاولة لمعرفة مدى ملاءمة الموارد الوطنية والتسهيلات المولودة في مواقع مختلفة لاحتياجات المشرع المقترح، أو هي التعرف على قابلية الشيء على الإنجاز والتنفيذي والتأثير ومدى إمكانية إدارته وملاءمته وكونه معقولا ومجبذا، أو هي فحص دقيق للنواحي الاقتصادية والفنية والتجارية والتنظيمية للمشرع والتأكد من إمكانيات تنفيذه والصعوبات المتوقعة ففي إنجازه، إذن هي بمثابة تقرير تفصيلي يتناول وصف لفكرة المشروع وتحليل كافة الأنشطة المختلفة فيه[1] لارتباطها بإدارة المرفق العام ولطول مدة التفويض، لذا يجب دراستها بشكل كافي وتعيين الخدمة المقدمة للمنتفعين من حيث النوعية والكمية، فهي تقدم البيانات اللازمة لاتخاذ القرار الاستثماري السليم الخاص بالمشروع مع تحديد وتحليل العناصر الحرجة التي ترتبط بعملياته ومستلزمات والبدائل الممكنة، وترى بعض الدراسات أهميتها بالآتي:

- تأمين الاحتياجات المالية على الأمر القريب والبعيد للمشروع المقترح.
- تأمين المستلزمات المادية للمشروع من أصول ثابتة مهمة لتأمين الإنتاج ودعمه.
- تأثر الأصول الثابتة والمتخصصة على الطاقة الإنتاجية للمشروع وعلى طبيعة المنتوجات وتكاليف النشاطات الأخرى.

[1] سامي الغريري، إدارة المشروع ودراسة جدواه، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015، ص 73.

- حصول تأثيرات وتغيرات في البيئة الداخلية والخارجية للعمل مما يتطلب التنبؤ بها، لأنها ستؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على ظروف تشغيل المشروع.[1]

في القانون الجزائري حرص على إعداد تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له وشكل التفويض والمزايا التي يحققها مقارنة مع أنماط التسيير الأخرى[2]، وهذا التقرير هو يمثل دراسةجدوى أولية وتتضمن هذه الدراسة مجال من الخيارات تعلق بالنواحي الاقتصادية والفنية للمشروع وتستخدم لتبرير عملية استكشاف أبعاد المشروع والاستمرار بدراسته، لإكمال المشروع المطلوب أو الحصول على التمويل المطلوب أو شركاء آخرين في المشروع، ويتضمن كذلك المعوقات التي تعترض المشروع وطرق معالجتها وتستخدم لتحديد ما إذا كان المشرع مجدي أم لا.

وتتمحور[3] أهداف دراسات الجدوى في التنبؤ والتحقق من:

1. فكرة المشروع والبدائل الممكنة للمشروع.
2. المضي قدما في المراحل التالية للمشروع إذا كان مقنعا للمستثمرين.
3. إجراء تحليل لإبرام الجوانب الإيجابية والسلبية للمشروع التجديد ما إذا كانالمشروع بحاجة إلى دراسات تخصصية فنية داعمة إضافية متعمقة.

ومن الناحية الشكلية، العناصر الآتية:

1. الغرض من إقامة المشروع وتحديد نطاقه.
2. تحديد استراتيجيات المشروع.
3. التعريف بالسوق والجدوى التسويقية وسلوك المنافسين.
4. التقسيم الفني لموقع المشروع.
5. نمط التكنولوجيا المناسبة والآلات المزمع استخدامها.
6. تكاليف التنظيم والترويج ما قبل التشغيل.

[1] سامي الغريري، المرجع نفسه، ص 74إ.

[2] المادة 9 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[3] علي يوسف منذر مرهج، تقييم المشروع ودراسة الجدوى، منشورات الجامعة الإفتراضية، سوريا ،2018، ص 22.

7. عدد ونمط العملية المراد استخدامها وتكلفتها وطرق تدريبها.

8. الجدول الزمني للمشروع.

9. موازنة المشروع التقديرية.

10. ملاحق الدراسات الداعمة المتخصصة.

وجاء في المرسوم رقم 07-23[1] أنه يجب أن يرفق طلب اقتناء الأراضي أو طلب الحصول على حق الامتياز على إعداد دراسة تقنية اقتصادية تتضمن البرنامج المفصل لإنجاز المشروع.
كما أن في كثير من الأحيان أن الملفات التقنية هي بمثابة دراسة جدوى فقد تضمنت عدة نصوص تطبيقية في كيفيات منح رخص الاستغلال لعدة مشاريع استثمارية في مختلف المجالات إلى إعداد ملف تعني نذكر منها:
مرسوم تنفيذي رقم 08-188[2] يتضمن الملف التقني الذي يتم إعداده من طرف المصلحة المؤهلة للولاية ما يلي:

- خريطة على سلم 1/25000 أو 1/50000 تشمل تحديد المساحة.
- بطاقة تقنية تشمل وصفا لكل مكمن والمادة المعدنية المقرر استخراجها أو رفعها والإحداثيات الدقيقة لمحيط المساحة ومساحته الإجمالية.
- المعلومة حول الطبيعة القانونية للأرض التي سيمارس عليها نشاط استغلال مقالع الحجارة والمرامل.
- وصف البرامج المقرر إنجازها على مستوى الولاية أو الولايات.

[1] المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 07-23 المؤرخ في 28 يناير 2007 يحدد كيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياسية أو منح حق الامتياز عليها، ج.ر 08، في 31 يناير 2007.

[2] المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 08-188 المؤرخ في 01 جويلية 2008 يحدد كيفيات منح رخصة استغلال مقالع الحجارة والموالح وتعليقها وسحبها، ج.ر 37 في 6 يوليو 2008.

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 18-202[1] نص على أنه يتعين على السلطة الإدارية المختصة إعداد ملف تقني يتضمن:

- بطاقة تقنية للموقع.
- خريطة طبوغرافية بسلم 1/25000 أو 1/50000 بالنسبة للمناطق الشمالية من البلاد، بسلم 1/200000 بالنسبة للمناطق الجنوبية، تتضمن تحديد محيط مساحة المنطقة التي تغطي مؤشر، أو مؤشرات أو مواقع المواد المعدنية أو المتحجرة المستهدفة.
- وصف طبوغرافي موجز يتعلق بالمؤشر أو الموقع العدني وكذلك الأشغال المنجزة أو النتائج التي تم الحصول عليها.
- إحداثيات القسم في نظام الجيوفيزياء (UTM) الشمال الصحراوي للمحيط المستهدف.
- وصف موجز للنشاط المنجمي الذي يمكن ممارسته مع بيان الآثار المحتملة للنشاط المقرر على البيئة.
- الطبيعة القانونية للأرض وشاغلها القانوني.

تهدف دراسة الجدوى، إلى مساعدة مسؤول المصلحة في اتخاذ قرار الشروع فقي إنجاز المشروع من عدمه، استنادا إلى دراسة السوق من جهة ودراسات تقنية من جهة أخرى، وتقوم هذه الدراسة على تحليل الإطار القانوني،والاجتماعي،والاقتصادي، والمالي.

فإذا كانت بعض المشاريع تهدف أساسا إلى الربح المادي المباشر فإن المرافق العامة ترمي في العادة إلى إشباع احتياجات اجتماعية للمواطنين.

الفرع الثاني: الأثر القانوني لدراسات الجدوى.

إن ورود ضوابط إدارة الجدوى الاقتصادية والجوانب الفنية لإبرام عقود تفويض المرفق العام هي بمثابة توجيهات للإدارة تستنير بها قبل الإقدام على إبرام عقودها، فلا يترتب على مخالفة تلك

[1] المادة من المرسوم التنفيذي 18-202 المؤرخ في 5 غشت 2018 يحدد كيفيات وإجراءات منح التراخيص المنجمية، ج.ر 49، في 8 أوت 2018.

الضوابط الآثار القانونية بالنسبة للعقد كأن يؤدي إلى إبطاله، ولكن تترتب على مخالفة الجهات الإدارية لتلك النصوص القانونية مسؤولية موظفيها أمام السلطات الإدارية الأعلى منها[1].

وبالتالي عدم ترتب الآثار القانونية على هذا النوع من العقود، بسبب مخالفة النصوص القانونية التي توجب إجراء دراسة الجوانب الاقتصادية والفنية قبل إجراء الإبرام تندرج ضمن المنازعة التأديبية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري، في القانون الجزائري نصت المادتان 160 و161[2] منه على أن:

المادة 160: يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية دون المساس عندالاقتضاء بالمتابعات الجزائية.

المادة 161: يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على درجة جسامة الخطأ والظروف التي ارتكبت فيها ومسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام.

كما تنص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] على أنه يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الإدارة مصدرة القرار، ويجب أن يرفع هنا الطعن خلا أربعة أشهر من تبليغ القرار المطعون فيه أو نشره، ويعبر سكوت السلطة الإدارية مدة تزيد عن شهرين عن الرد على طلب بمثابة رفض له.

ويرفع الطعن حينئذ أمام الجهة المختصة (المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة) خلال شهرين من تاريخ تبليغ قرار الرفض الكلي أو الجزئي للطعن الإداري أو من تاريخ نهاية الميعاد.

ويكون القضاء الإداري جهة رقابية على قرارات فرض الجزاءات التأديبية، كما أن المسؤولية التأديبية قد تؤدي إلى نشوء المسؤولية المدنية، وذلك عندما يرتكب الموظف خطأ تأديبيا ويترتب

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 158.

[2] الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427هـ الموافق 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج.ر ج ج 46 في 2006.

[3] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر ج ج رقم 61 في 23 أبريل 2008.

عليه ضرر بالنسبة إلى الإدارة أو الأفراد، فإن هذا الموظف المخطئ يتوجب عليه أن يتحمل التعويض المالي لهذا الخطأ وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.[1]

إذن في حالة إذا لم يقم الموظف المسؤول عن إبرام العقد الإداري بدراسات الجدوى قبل إبرام العقد دون أي مبرر، فإنه من شأن ذلك أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالجهة الإدارية أي بالمصلحة العامة، فعلى الإدارة محاسبة الموظف المسؤول من الناحيتين الانضباطية والمدنية.

وإن عدم التزام الإدارة بالنصوص التشريعية التي تلزمها بالقيام بدراسات الجدوى قبل إبرام العقد قد يؤدي إلى عدم إبرام العقد، إذا ترتب على ذلك إلحاق ضرر بالمصلحة العامة وإن طالما المشرع قد فرض هذه الشروط فيقتضي توفرها لصحة العقد، فالشرط هو ما يتوقف عليه الشيء وإن كان خارجا عن ماهية هذا الشيء.

وإن عدم مراعاة تلك الضوابط والشروط أدى إلى استحالة تقييد العقد دون إحداث فادح بالمصلحة العامة.

ولا شك في هذه الحالة يحتفظ للمتعاقد حسن النية مع الإدارة بحق التعويض إذا استحق ذلك وفقا للقواعد العامة في المسؤولية الإدارية ناتجة عن التقصير أو خطأ موظفي الجهة الإدارية.[2]

تعتبر إجراءات الاستشارات الإدارية السابقة للتعاقد من الأعمال الإدارية القانونية، وترتبط بالمصلحة العامة، بحيث عليها أن تتم بالكمال والتمام، خاصة إذا نص القانون على ذلك، لأن هذه الاستشارات قد تيسر عدة عقبات وتجنب الإدارة الوقوع في الأخطاء، وبالتالي الوصول إلى تحقيق السير الحسن للمرفق العام، وإذا كان العقد الإداري عملا قانونيا صادرا عن إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها، فإن الإدارة قبل القيام بهذا العمل تقوم ببعض الإجراءات السابقة على إبرام العقد، ومن ضمنها إجراءات الاستشارة أو طلب الرأي والمشورة من الجهات المختصة[3].

---

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص ص 110 -111

[2] عثمان ياسين، المرجع السابق، ص 113.

[3] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 115.

والاستشارات السابقة على إبرام العقد قد ينص عليها القانون في إبرام بعض العقود وقد لا ينص عليها في عقود أخرى وهي في كلتا الحالتين تعد استشارة لكنها في الحالة الأولى ملزمة، وفي الحالة الثانية غير ملزمة، ولكن ضرورية لتعلق الموضوع بالمصلحة العامة[1].

وجهة الاستشارة يمكن أن تكون جهة فنية أو قانونية أو اقتصادية، ليست لها صلاحية التعاقد بل دورها استشاري فقط، وقد تكون الاستشارة والموافقة مجتمعتين في إجراء واحد عندما تطلب الجهات الإدارية العليا الموافقة والاستشارة حول عمل إداري معين، أو عندما يلتزم القانون أخذ الرأي لإجراء إداري معين كإبرام العقد مثلا، ولا ينص قانون آخر صراحة على أخذ الموافقة أما التصريح أو الموافقة فإنه عبارة عن إعطاء الصلاحية للجهة الإدارية الأدنى من قبل الجهة الإدارية العليا لإبرام عقد إداري معين[2]، من هنا نستنتج أن هناك اختلاف بين الاستشارة والموافقة فالأولى تتضمن عملية المشورة أما الموافقة فهي عن إعطاء الصلاحية لجهة الإدارية الأدنى من قلب الجهة الإدارية العليا لإبرام عقد إداري معين.

كما أن التصريح بالتعاقد يختلف عن شرط الاعتماد المالي، فوجود الاعتماد المالي ليس شرطا كافيا لصحة العقد، ذلك أن المشرع يشترط ضرورة الحصول على هذه الموافقة، وتكون ضرورية لقيام الرابطة التعاقدية، أي أن تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا[3] ويكون العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن السابق معدوما من الناحية القانونية، ولكن هذا لا يعني أن الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر ممن جراء تعاقد الإدارة على خلاف المقرر، فالمسلم به أن الفرد لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة إما على أساس الخطأ باعتبار أن الإدارة أخطأت بعدم الحصول على الإذن وأن خطأها قد حمل المتعاقد أضرار مادية ومعنوية، وإما على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع أن يثبت قد أفادت من جراء العقد المعدوم.

---

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 116.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 117.

[3] سلمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1991، ص 342.

أما إذا كان الفرد قد استفاد من العقد المعدوم فمجلس الدولة المصري قد أفتى بأن آثار العقد المعدوم والتي تمت في الماضي "لا يمكن المساس بها تأسيسا على حرية الطرف الآخر وعدم مسؤوليته عن خطأ الدولة[1].

وتأسيسا على ذلك فالجهة المخولة لمنح التعويض أو عقد الامتياز تتحدد حسب نوعية المرافق العامة محل التعويض، ما إذا كانت محلية أم وطنية.

المطلب الثاني: مبادئ تسيير عقود تفويض المرفق العام.

تخضع إدارةالمرافق العامة لمبادئ عامة تهدف إلى حسن سير هذه المرافق، باضطراد وانتظام، وتمكينها من إشباع حاجات المرتفقين وتحقيق المصلحة العامة، استقر عليها القضاء والفقه ونص عليها التنظيم[2] وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرافق العامة، مبدأ قابلية المرفق للتكيف ومبدأ المساواة بين المنتفعين، أتناولها في **ثلاث فروع**، كل **مبدأ على حدى** كما يلي:

الفرع الأول: مبدأ استمرارية المرفق العام.

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية[3] ويقوم هذا المبدأ على أساسيتين:

استمرارية الدولة وأشخاص القانون العام.

الإشباع المستمر لحاجات الجمهور الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأمنية، بحيث أن الإهمال والتأخير في تأمينها من شأنها أن يعوض الشخص المكلف بتأمينها إلى جزاءات تتمثل بإبطال الأعمال الصادرة عنه[4] أو الفسخ[5] الاتفاقية من طرف السلطة المانحة.

---

[1] سلمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 344.

[2] المادة (3) من المرسوم التنفيذي 18-199 تنص على يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف.

[3] صفاء فتوح جمعية، المبادئ العامة في العقود الإدارية، التقليدية والمنظورة وإشكالية تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، 2017، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ص 88.

[4] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة –، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2009، ص 80.

[5] المادة 62 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

يتبين مما تقدم أعلاه أن مبدأ الاستمرارية وهو موجه للدولة ويعينها بالدرجة الأولى، وليس إلى المنتفعين، لذلك كان من الضروري ألا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارية وتقديمها للخدمات[1].

نشير في هذا المقام أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفا بل يخضع في علاقته بالفوضى له لأحكام القانون الخاص. وقصد ضمان تطبيق هذا المبدأ تتضمن المرسوم التنفيذي بعض الأحكام نجزها فيما:

- يتم اللجوء إلى التراضي البسيط في الحالات الاستعجالية منها حالة استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له[2].

- يمكن السلطة المفوضة أن تمدد مرة اتفاقية تفويض المرفق العام لمدة سنة واحدة (1) بموجب ملحق على أساس تقرير محلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام[3].
- يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام كمبدأ الاستمرارية كقيد يقع على الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام، سواء كان من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص له نتائجه القانونية التي تتمثل من ناحية بالتزامات ومن ناحية أخرى بمزايا وامتيازات[4].

من حيث الالتزامات

كون الشخص المفوض له يخضع بحكم النصوص القانونية والتنظيمية، من جهة/ ومن جهة أخرى لرقابة القاضي الإداري، حيث مجلس الدولة الفرنسي اعتبر أن الحكومة مسؤولة عن حسن

[1] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 89.
[2] المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر
[3] المادة 57من المرسومالتنفيذي18-199 , السابق الذكر.
[4] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 81.

تشغيل المرافق العامة، لذلك عليها أن تضع ضوابط ممارسة حق الإضراب بشكل يجنب الإساءة في استعماله والإضرار بالنظام العام[1]

من حيث الحقوق:

الهدف منها كذلك الحفاظ على مبدأ الاستمرارية ونذكر منها:

- توفير حق حصري للمفوض له بدون منازع في إدارة المرفق العام.
- حق استعمال ممتلكات المرفق العامة لأغراض تتعلق بموضوع نشاط التفويض.
- اعتبار الأعمال الإدارية الصادرة عن الشخص المكلف بتحقيق النشاط المرفق بمثابة قرارات نافذة من كانت صادرة بهدف تأمين إدارة واستثمار المرفق العام وفيها استخدام لامتيازات السلطة العامة [2].

الفرع الثاني: مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف.

1- مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف : يرى الفقه أن هذا المبدأ يعني تكيف المرفق العام مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية التي تدخل في الإطار العام للبيئة التي يعيش فيها المرفق والتي تفرضها ضرورات المصلحة العامة ومن جهة وتطور الجمهورية من جهة أخرى[3] وبالتالي يرى البعض الآخر إمكانية تعديلات التنظيمات واللوائح التي تنظم المرافق العامة بهدف تمكينه من مواكبة تطورات العصر والوسائل والطرق الفنية المستخدمة[4] وعليه ضرورة تغير النشاط العام المرفق معه محيطه السياسي والاقتصادي والاجتماعي والقانوني ولا يحق للمفوض له استغلال شروط العقد من أجل رفض تكيف تسير المرفق بينما الإدارة على العكس بإمكانها فرض هذا التكيف عن طريق قرار صادر بإدارة منفردة للتغيير بنود معينة[5] وكنتيجة لذلك فيحق للإدارة ما يلي:

---

[1]CE,7 juillet 1950, Dehaene, (droit de grève des libertés professionnelles des experts comptables , ordres professionnelles et libertés indiduelles , pourvoi des chefs de service de reglementer le droit de grève de ceux-ci).

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص83.

[3] وليد حيدر جابر، المرجع الموضع نفسه، ص 83.

[4] مروان محي لدين القطب، المرجع السابق،ص 47

[5]Mimrod rouger tafotie youmsi, build, operate, and transfer (BOT)- projects these faculté de droit – Luxembourg France soutenue le 06/01/2012 page 153.

- حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد لتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق العامة[1] فوفقا لهذا المبدأ تبقى مهمة المفوض له خاضعة لأي تعديل أو إلغاء من جانب السلطة المفوضة.

- يجب أن تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة البعدية بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض له، لتقسيم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام[2].

- أما بالنسبة للمفوض له، فعليه أن يتخذ كل التدابير الضرورية والملزمة بغية تكييف المرفق موضوع التفويض مع التطورات الحاصلة وذلك دائما في إطار المنفعة العامة[3].

- أما المنتفع فقد نصت المادة 86 من المسوم التنفيذي 18-199 على أنه يمكن أن يعلم السلطة المفوضة في حالة المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه ومن بينها مبدأ التكيف[4]، قصد إصلاح الوضع.

الفرع الثالث: مبدأ المساواة بين المنتفعين:

يعني هذا المبدأ تمكين جميع المرتفعين من الحصول على خدمات المرفق العام بالتساوي بينهم في الحقوق، والواجبات إلا أن المساواة لا تكون إلا بالنسبة للأشخاص الذين يوجدون في مراكز قانونية متماثلة[5]، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن الموقف أن تقدم للطائفة الأولى دون الأخرى [6]، لذا المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة لا تعني انتفاعهم منها بصورة متشابهة ومطلقة، إنما ما تعنيه هو الانتفاع وفقا للشروط والقيود المحددة قانونيا، فمبدأ المساواة أمام المرافق العامة توجب احترام القانون وتطبيقه بالسواء على جميع المواطنين دون

[1] علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني- النشاط الإداري- وسائل الإدارة – أعمال الإدارة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 27.

[2] المادة 83 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر

[3] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 84.

[4] المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

[5] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 46.

[6] علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 29.

الانتقاص من أحكماه، وبالتالي إن المساواة أمام المرافق العامة هي نفسها المساواة أمام القانون[1] إذن هما متلازمان، مع ذلك يمكن أن تكون هناك تمييزيات في المعاملة في حالات، إذا كان القانون يرخص، بدافع المصلحة متصلة بالموضوع وشروط الاستغلال المرفق أو المنشأة المطلوبة أو إذا هناك بين المنتفعين تمييزيات لحالات ملموسة[2].

ومما تقدم يتعين الاعتراف لكل فرد بحق رفع دعوى ضد مرفق إذا ثبت أن هذا الأخير انتهك مبدأ المساواة بأن تحيز لأحد المنتفعين دون الآخرين وخصه بخدمة متميزة مثلا، أو ضد الانتفاع في وجه شخص أو أشخاص دون الآخرين، والدعوى المقصودة هي إما الدعوى الإلغاء أو التعويض[3].

المطلب الثالث: تكوين عقود تفويض المرفق العام ونهايته.

قبل قانون sapin1 الصادر في سنة 1993 لم تكن هناك نصوص قانونية واضحة تؤطر عملية منح عقود تفويض المرفق العام، لذا ساد في ذلك الوقت مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار المتعاقد الذي يعتمد على التعبير الشخصي، intuitu personnel، الذي اعتبر عنصر تقدير ضرورة الإدارة في مباشرتها هذا الاختبار، ثم بعد صدور قانونSapin1 قيد هذه الحرية بنصه على ضرورة إتباع إجراءات المنافسة وفق مراحل معينة.

ففكرة تفويض المرفق العام حالها حال فكرة العقود الإدارية، هي حديثة ومتجددة، وبالتالي لم تبق جامدة وإنما تطورت، وإن أهم النواحي التي تم تعديلها وتحديثها، طرق وإجراءات إبرام هذا النوع من العقود، فبعد أن كان مستقرا في سابق قاعدة حرية الإدارة في اختيار المفوض له من دون أن يتقيد هذا الاختيار بأي قيد يذكر استنادا لمبدأ الاعتبار الشخصي في عقود التفويض، بعد ذلك الوضع الجديد الذي تبناه المشرع الفرنسي، ألزم خضوع عقود تفويض المرفق العام بأشكالها المختلفة لمبادئ المنافسة[4]، بمقتضى ذلك أخذ عقد التفويض يتجه شيئا فشيئا نحو الالتزام بنطاق

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 87.

[2]Camille cubaynes, http:// journal-du droit-administratif FR-JDA- du 07/12/2018.

[3] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 326.

[4] أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 49.

الإجرائي[1]، و القاعدة التي تسري، هي أن الإدارة حرة في التعاقد إذا لم يوجد نص تشريعي يفرض عليها أحكاما معينة[2] هذا ما سرى على عقود تفويض المرفق العام في بداية نشأتها بحيث ساء مبدأ سلطة الاختيارالحرلانتقاء المفوض له واعتمدت الإدارة في ذلك على التقدير الشخصي، ثم قام المشرع بوضع نصوص قانونية لضبط حرية هذا الاختيار ، نتناول ذلك في فرعين:

- الفرع الأول:فكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له.
- الفرع الثاني:طرق التعاقد حسب المرسوم التنفيذي 18-199.

الفرع الأول: فكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له.

كانت الإدارة تتمتع بسلطة الاختيار الحر للمتعاقد معها دون أن تكون ملزمة بإتباع إجراءات المنافسة المقررة بموجب نظام إبرام العقود الإدارية [3] وراجع ذلك لغياب نصوص قانونية محددة وملزمة وقد ساد هذا المبدأ في الجزائر على الأقل إلى غاية سنة 1994 ، حيث نصت التعليمة 94-842/3 في الجزء الذي يبين إجراءات منح امتياز المرافق العامة على أن ليس هناك نص خاص ينظم كيفية منح امتياز المرافق العامة المحلية وتحديد الشروط في اختيار المتعاملين الخواص، غير أن أهمية الامتياز يجعل منه عقدا يغلب عليه الطابع الشخصي، وأن اختيار الملتزم يخضع للسلطة التقديرية للسلطة الإدارية ولم يلزم الإدارة إجراءات في الاختيار ،بحيث أن الإدارة حرة في التعاقد إذا لم يوجد نص قانوني يفرض عليها أحكاما معينة واعتمادا على هذا القاعدة ونظرا لعدم وجود نص خاص ينظم إجراءات التفويض في تلك الفترة فقد ساد الطابع الشخصي في اختيار الملتزم بحيث يخضع للسلطة التقديرية للهيئة الإدارية . حيث أن فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دورا بالغ الأهمية في مجال العقود الإدارية نظرا لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام مما يتطلب على الإدارة أن تراعي اعتبارات خاصة وتوفر شروط ومؤهلات في المتعاقد ذات طبيعة مختلة من حيث اعتبارات منها فنية، مالية، حسن السمع، الجنسية، قانونية يكفل حسن التنفيذ والالتزام في الشروط العقدية وتحقيق متطلبات المصلحة العامة التي تعكس سبب اختيار الإدارة للمتعاقد وانتقائه، لينفذ العقد بناء على سلطتها التقديرية وأن تحقيق هذا المبدأ يحد أساسه القانوني

[1] إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 93.

[2] إبراهيم الشهاوي: المرجع نفسه، ص 96.

[3] أبو بكر أحمد النعيمي، المرجع السابق، ص 55.

في نظرية السلطة التقديرية ومبدأ انتظام المرفق العام[1]، ويتجسد الاعتبار في العقود الإدارية، إذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث إلى التعاقد، ومحل اعتبار من جانب الإدارة، سواء أكان ذلك بالمقدرة المالية، الفنية، السمعة، الجنسية، أو القانونية، حيث ينبغي على الإدارة التأكد مليا من أن الملتزم سوف يتولى في جميع الأحوال تنفيذ التزاماته في عقد امتياز المرفق العام على أفضل نحو ممكن ووفقا للقواعد التي تحددها الإدارة في دفتر الشروط. فالاختيار القائم على الاعتبار الشخصي يعد عنصرا أساسيا في منح امتياز المرفق العام[2].

وقد وجد الاعتبار الشخصي تبريرا بسببين:

- ان عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور ومن ثم فإن شخصية الملتزم يجب أن تكون محل من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة.
- إن الاعتبار الشخصي ليس هدفا بذاته وإنما هو وسيلة تتمكن بها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق العام من دون النظر إلى أي اعتبار آخر[3].

ويهيمن على موضوع كيفية اختيار المتعاقد في عقود التفويض على:

- توفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة باختبار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.
- والأمر الثاني هو التركيز على الجانب الفني باختيار أحسنالمتقدمين.

ما يلاحظه في الجزائر أن المشرع سلك الموقفين فعندما لم تكن، هناك إجراءات محددة التعاقد تقرر منح امتياز المرافق العامة المحلية أو إلغائها المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية، ولا ينعقد الامتياز إلا إذا صادقت الجهة المختص إقليميا على العقد المبرم بين البلدية والملتزم بموجب قرار وبعد التحقق من سلامة الإجراءات ومطابقتها لدفتر الشروط النموذجي، أما بالنسبة لمنح امتياز المرافق العامة التابعة للولاية فإنه تتقرر من طرف المجلس الشعبي الولائي[4]و إن الاختيار يجب أن يتم وفق معايير موضوعية على أساس من الإجراءات في علنية وشفافية ، ولكن نظرا لغياب

[1] خلف، شاكرا أكياشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية الحقوق بالعراق، العدد 14، ص ص277-320، السنة الخامسة 2012، ص 278.

[2] جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر 2015، ص 88.

[3] أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 49

[4] التعليمية الوزارية 94-3 842، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة من وزارة الداخلية الجزائرية.

نص قانوني يحدد هذه الإجراءات كان اختيار المتعاقد، يخضع السلطة الإدارة التقديرية، عبر اعتبارات شخصية، ولمدة غير محددة في غالب الأحيان، والعقد يتجدد آليا ، كما تم منح إدارة بعض المرافق العامة عن طريق المزايدة معتمدة في ذلك على قانون الجماعات المحلية[1] .

الفرع الثاني: طرق التعاقد حسب المرسوم التنفيذي 18-199 .

نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أن طرق التعاقد تتم وفق لإحدى الصيغتين الآتين.

- الطلب على المنافسة التي تعتبر القاعدة العامة.
- والتراضي الذي يمثل الاستثناء.

1-الطلب على المنافسة: هو إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة. بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة[2]. وتتم عبر متسلسلة وهي:

المرحلة الأولى: تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط وعنوانه دفتر ملف الترشح.
المرحلة الثانية: تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأول إلى سحب دفتر الشروط[3].

حالة عدم الجدوى: يتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة في الحالات الآتية:

- إذا تبين بعد الطلب على المناقشة للمرة الأولى.
- عدم استلام أي عرض.
- استلام عرض واحد.
- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

إذا تبين بعد الطلب على المنافسة لمرة الثانية.

[1] 191 من قانون 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية ح ر 37 في 03-07-2011 والمواد 135، 136، 137 من قانون 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بالولاية ج ر ج ج رقم في 29-02-2012.

[2] المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[3] المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

- عدم استلام أي عرض.
- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات[1].

2.التراضي: هو إجراء تخصيص تسيير المرفق العام للشخص المعنوي دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.[2]

*التراضي بعد الاستشارة: إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل[3].

تلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة:

- عند إعلان عدم جدوى الطلب المنافسة للمرة الثانية وهي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في طلب المنافسة.
- عند تفوضي بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة.[4]

-التراضي البسيط: هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل[5].

يتم اللجوء إلى التراضي البسيط:

- إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا المترشح واحد يحتل وضعية احتكارية.

وإما في الحالات الاستعجالية التالية:

- عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.

[1] المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.
[2] المادة 16 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر
[3] الفقرة الثانية من المادة 16 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر
[4] المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199، السلف الذكر
[5] المادة 17 من المرسوم التنفيذي 18-199 السلف الذكر.

- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

إجراءات ابرام عقود تفويض المرفق العام:

لقد رأينا أن السلطة المفوضة قبل صدور نصوص قانونية كانت تتمتع بحرية واسعة في اختيار متعاقديها ولكن مع صدور هذه النصوص حدت من هذه الحرية وجعلت لها ضوابط وفق الطلب على المنافسة بهدف تحقيق الشفافية، فعلى ما تقدم سوف نستعرض إجراءات إبرام وفق المرسوم التنفيذ 18-199 والقوانين المقارنة وما جاء به في الفقه في ذلك على النحو التالي:

البند الأول: قرار التفويض: يشمل خطوتين إعداد تقرير تقديمي للخدمات، ومداولة المجلس المحلي:

1.إعداد تقرير تقديمي للخدماتيتضمن مجمل الخدمات التي يجب أن يضمنها المفوض له، تعد حسب الحالة الجماعات الإقليمية أو المؤسسات ذات الطابع الإداري التابعة لها أو بجمع الأشخاص المعنوية.

وهو يتناول نقطتين:

- عرض عام حول اختيار التفويض كنمط للتسيير مقارنة بنمطي الاستغلال المباشر أو المؤسسة العمومية.
- وصف للخصائص الأساسية للمرفق العام المفوض.

فهذا التقرير يعطي وصف مادي للمرفق العام، كحجم الخدمات المقترحة ويسمح بتصور دفتر الشروط لاتفاقية تفويض المرفق العام، يمكن للجهة التي تعد التقرير أن تستعين بالمصالح التقنية في هذا الإعداد ويجب أن يتضمن العناصر الأكثر أهمية والواقعية مع تجنب خطر الترتيبات والإفراط في التفاصيل.

2.مداولة المجلس المحلي: هذا التقرير يخضع لمداولة المجلس المعني وهي تسبق عملية إطلاق إجراءات الإبرام، هذا التداول يسمح للمنتخبين النقاش وتبادل الآراء حول الصيغة المناسبة لتسيير المرفق المفوض.

البند الثاني: الإعلان: بعد قرار عملية التفويض يأتي نشر الإعلان والتي تسمح بالتقدم بأكثر من عرض منافس ويجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة

الأجنبية[1] ويمكن إعفاء بعض المرافق العمومية نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها من إجبارية الإشهار في الجرائد، شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى، وبعد تعليل السلطة المفوضة لموقفها هذا[2] والهدف من الإعلان هو معاملة المتنافسين على قدم المساواة وعدم المفاضلة بينهم، ولكيلا تنحصر نطاق الدعوة على طائفة معينة.

يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد.
- صيغة الطلب على المنافسة.
- موضوع وشكل تفويض المرفق العام (امتياز، إيجار، وكالة محفزة، تسيير).
- المدة القصوى للتفويض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي (إثبات قدرات مهنية، تقنية ومالية).
- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح تصريح بالنزاهة–القانون الأساسي للشركة–مستخرج السجل التجاري–رقم التعريف الجبائي للمترشح–كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط مثل تقدير وصفي للوسائل المادية والبشرية وطرق استغلال وتنفيذ المهمة أو إثبات خبرة...
- آخر ساعة وتاريخ موعد تقديم ملف الترشح يجب أن يؤخذ في الحسبان مدة تحضير العرض بحيث تفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين.
- مكان إيداع ملف الترشح.
- مكان سحب دفتر الشروط.
- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرف.
- كيفيات تقديم ملف الترشح التي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)
- تاريخ وساعة فتح الأظرف.

يمكن أن يتضمن الإعلان كذلك معلومات حول إجراءات الطعن.

[1] المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18–199، السالف الذكر.

[2] المادة 26 من المرسوم التنفيذي 18–199، السالف الذكر.

نشير أن عدم الإعلام يؤدي عدم مشروعية القرار المتخذ من قبل السلطة المختصة باختيار صاحب التفويض.

البند الثالث: استلام العروض وفحصها: يقدم المترشح ملفه في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)[1] وتنشأ هذه اللجنة في إطار الرقابة القبلية الداخلية لتفويضات المرفق العام من طرف السلطة المفوضة، وتتكون هذه اللجنة من (6) موظفين مؤهلين (من بينهم الرئيس يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة كما يمكن اللجنة أن تستعين بكل مختص يمكنه بحكم كفاءاته أن ينيرها في أشغالها، ويتم اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض نظار لكفاءاتهم لمدة ثلاثة (3) سنوات قابلة للتجديد.[2]

في المرحلة الثانية: في جلسة مغلقة تقوم اللجنة بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لفتح الأظرف، طبقا لقوائم المعلن عليها في الإعلان، وتعد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل تماشيا مع الجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة.

تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييمها، حسب سلم التنقيط المحدد، في دفتر الشروط وتقوم بعدئذ بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبا تفصيليا حسب النقاط المتحصل عليها[3] بعد ذلك تأتي مرحلة المفاوضات وانتقاء أحسن عرض مقدم.

المبحث الثاني: اختتام إجراءات ابرام عقود تفويض المرفق العام.

على خلاف ما هو متعارف في الصفقات العمومية أن الإجراءات التعاقد تنتهي بمجرد فحص العروض وإرساء الصفقة على أحسنها، فإن الإجراءاتفي عقود التسيير المفوض للمرفق العام تختتم بالإضافة إلى إجراءات السابقة، تجرى مفاوضات مع المرشحين المؤهلين، كمرحلة ضرورية قبل المنح المؤقت.

[1] الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 27 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[2] المادة 76 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[3] المادة 31 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

وبما أن لكل عقد بداية ونهاية، والنهاية في جل العقود الإدارية تكون إما عادية حين لا يعتري العقد أي عقبات في مساره، وقد تكون مبسترة، حين تنقطع وتنتهي قبل اكتمال مدتها المنصوص عليها في الاتفاقية.

هذه المفاوضات تعتبر اتجاه جديد، تبناه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في المواد 35 و40 منه بإقراره هذه مرحلة كخطوة أساسية في اختبار المفوض له مع المترشحين، وكون التفاوض ظاهريا يمس بمبدأ المنافسة، إذن ترى ما هي جدوى ومضامين المفاوضات وانعكاسات على مبدأ المساواة المقرر في عقود تفويضه المرفق العام؟ أحاول الإجابة على هذا التساؤل عبر المطالب التالية:

- المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام.
- المطلب الثاني: المحل والغاية من المفاوضات.
- المطلب الثالث: نهاية عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام.

المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام هي امتداد لفكرة الاعتبار الشخصي التي ارتبطت بعقود الامتياز من قبل. بمقتضاه الإدارة كانت لها سلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض له، ثم أخضعت عملية التفويض لإجراءات إبرام صارمة على أساس الطلب على المنافسة، مع ذلك حافظ هذا النوع من العقود على إجراءات مرتبة في التعاقد، وذلك بإدراج مرحلة المفاوضات ضمن الإجراءات مع احترامها لمبدأ المساواة في جميع مراحل التعاقد بما فيها هذه المرحلة.

والحديث عن المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ما يزال في بدايته، نظرا لقلة النصوص القانونية التي تناولته، وإن تناولته كان ذلك بصفة عمومية، وتركت التفاصيل للاجتهادالقضائي والفقه، وإقرار حرية المفاوضات في عقود التفويض يثير إشكالية الإخلال بمبدأ المنافسة لذا سأحاول تعريف المفاوضات ضمن هذا الالتباس في **الفرع الأول** أما في **الفرع الثاني** أتناول سير المفاوضات.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات.

على خلاف ما هو متعارف عليه في عقود الصفقات العمومية فيما يخص اختيار المتعاقد فإن هذا الاختيار في عقود تفويض المرفق العام، يتسم بفضاء أكبر من الحرية والمرونة من حيث

التفاوض بين السلطة المانحة ومختلف المترشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم، فالسلطة التنفيذية لا يقتصر دورها في تأمين العقد، وإنما عليها أن تضمن تأمين المرفق العام للمنتفعين، باستمرار وإطراد لمدة نوعا ما طويلة، هذا ما بفرض عليها فتح حوار مع المترشحين المقبولين للتأكد من قدرتهم على تسيير المرفق العام[1] وذلك عبر مرحلة المفاوضات ولغويا[2] فاوض مفاوضة في الأمر، سواه فيه، شاركه فيه، جاره وذاكره وحادثه فيه، فاوض بعضهم البعض، اشتراكا فيه وتساويا، أما اصطلاحا فالمفاوضات هي تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات التمهيدية وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاقا ليكون كل منهم على بينة من أفضل الطرق القانونية، التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات تقع على عاتق الأطراف فهي عملية تمهيدية تتخللها دراسات اقتصادية وفنية وقانونية، كما تتضمن عمليات تتعلق بالمخاطر والتأمين[3].

وهي مرحلة مهمة في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، ففتح المنافسة وتعدد العروض هذا لا يعني أن الإدارة ستختار المتعاقد عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإن إبرام يعتمد على التفاوض التي يتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة مما يحقق التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند اختيارها لمتعاقديهافي التفويض بناء ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى.

فالحوارات وحرية المفاوضات جائزة في عقود تفويض المرفق العام، ولكن ليست غريبة في العقود الإدارية الأخرى ما يميزها هنا أنها مرنة وتتلاءم مع هذا النوع من العقود. إذن المفاوضات ما هي إلا جزء أو مرحلة من إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 في المادتين 35-40 كما يلي وعلى التوالي (تقوم

[1]NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public) Revue AZDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.

[2]المنجد في اللغة والاعلام، ط24، دار المشرق- بيروت- ص 599.

[3] نبيل إسماعيل الشبلاق، (الطبيعة القانونية المسؤولين الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دارسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق دمشق، سوريا العدد الثاني 2013، المجلد 29، 2003 ، ص 310.

لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية)، (تتفاوض لجنة اختبار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط)[1].

أما في القانون الفرنسي نص قانون Sapin[2] في مادة 38 والمادة 1-1411[3] من القانون العام للجماعات الاقليمية على حرية المفاوضات، ونفس الشيء في الأمر 2016-65 [4] المتعلق بعقود الامتياز حيث في المادة 36 نص على أن للسلطة المانحة حرية التفاوض، عندما تحاول اختبار المتعاقد ونفس شيء في المادة 46 من ذات الأمر التي نصت على أن السلطة المانحة يمكنها بحرية تنظيم مفاوضات مع واحد أو أكثر من الملتزمين ضمن الشروط المنصوص عليها في تنظيم.

المفاوضات ومبدأ المنافسة:

لا توجد هناك تعارض بين المفاوضة والمنافسة، إذ أن المفاوضات ما هي إلا واحدة من الإجراءات تلجأ إليها السلطة المانحة لبيان هذه الإجراءات، وانتقاء أحسن عرض لتلبية احتياجاتها على أفضل حال، أما معايير التفويض فهي محددة مسبقا من طرف الإدارة، وسرية العروض يجب أن تكون محفوظة.

إذن المفاوضات تبقى مفاوضات، فلا يجوز ن يعطي لها العنان لتخل بمعطيات شروط المنافسة أو تشويهها، وعلى الجماعة الإقليمية احترام قواعد المنافسة الصارمة أثناء المفاوضة مع المؤسسات التي قدمت عروضها، وتتم بعد دراسة ومعالجة الضمانات المهنية والمالية والفنية، وكذا قدرتها على ضمان استمرارية المرفق العام والمساواة بين المنتفعين أمام المرفق العام.

[1] المادتان 35 و40 من مرسوم تنفيذي رقم 187-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 02 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر48 في 5 عشت 2018.

[2] Loi N : 93-112 du 19 janvier 1993. Relative à la prévention de la corruption et à la transparencede la vie Economique et des procédures publiques. JORF N : 25 du 30 Janvier 1993 modifier et complète. Dite (loi sapin)

[3] Loi N96-142 février 1996 relation a la portière législative du code général des collectives Territoriale Jorf N : 47 du 24 Février 1996

[4] Ordonnance N : 2016-65 du 29 Janvier 2016 relative aux contrats de concession Jorf 0025 du 30 janvier 2016.

فالمفاوضات تقودها السلطة المانحة على أساس برنامج مهني مدون في دفتر الشروط الذي يكون قد احتوى على متطلبات السلطة المانحة وعلى أساس هذا البرنامج يبدي المترشحون اقتراحاتهم[1].

هذا الإجراء كما أشرنا هو سري، بحيث لا يسمح باستعمال فكار الغير وتبنيها كأنها صادرة من عنده، وهذه العروض الموضوعة عند السلطة المانحة، يجب أن تكون قد محصت من قبل من حيث شرعيتها وتوافقها مع التنظيمات السارية، فنكون أمام إجراءين: إطلاق شروط المنافسة، ثم نقدها بشكل إيجابي بواسطة المفاوضات، أو بعبارة أخرى إجراءات تنافسية مع المفاوضات، على عكس الحوار التنافسي بمفرده الموجود في الصفقات العمومية.

ومن المبادئ الموجهة للمفاوضات والضابطة لها والتي على السلطة المانحة احترامها:

- مبدأ المساواة والذي هو من المبادئ العامة للقانون.
- مبدأ السرية، بحيث يمنع على الإدارة تسريب معلومات تضر بالمناقشة أثناء جلسات الحوار.
- مبدأ التعقب: بالبحث على الأدلة ووقائع الإجراءات وتتبع مختلف القرارات المتخذة.

الفرع الثاني: سير المفاوضات.

طرفا المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام نصت عليهما المادتان 35 و40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وهما:

- لجنة اختيار وانتقاء العروض (ممثلة للسلطة المانحة) تنشئها السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية.

تتكون هذه اللجنة من ستة (06) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.

يمكن اللجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن ينيرها في أشغالها[2].

[1]François Wolinski, L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à L'aune de PPP, Droit UNIVERSITE du droit et de la santé, Lille 2. Setenue 12 décembre 2015- page495.

[2]المادة 76 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

- المترشح المقبول: وهو الذي استوفى شروط التأهيل والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة، ويكون عرضه قد قبل من طرف لجنة اختبار وانتقاء العروض بمعنى آخر أن ملف الترشح قد قبل[1].

تتمثل مهام لجنة المفاوضات في العناصر التالية:

- دعوة المترشح أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم، المعنيين بالمفاوضات، عن طريق مسؤول السلطة المفوضة.
- التفاوض مع كل مترشح معني بالمفاوضات كل حدة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض.
- إعداد محضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض.
- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبات تفضيليا.
- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض[2].

وبما أن النصوص الجديدة سواء في القانون الفرنسي أو في القانون الجزائري لا تفرض على السلطة المانحة تحديد جدول التفاوض في البداية وبالتالي يمكن أن يتقرر تأجيل فترة المفاوضات

[1]Conseil d'état 24 juin 2011 comme de Bourgoin jeillier N° : 347889.(marchés et contrats administratifs formation des contrats et marchés mode de passation des contrats délégation de service public, obligation pour l'autorité délégante de fixer une date limité de validité des offres absence cas dans lequel le règlement de mise en concurrence une telle date limité possibilité de prolonger le délai existence conditions accord de l'ensemble des candidats admis a présenter une offre accord pouvant résulter notamment de la poursuite des nègociations).

[2]Conseil d'état Français 5 janvier 2011 société voyager dipaslebéda : N°342158. (l'ordonnance n°1004078 du 19 juillet 2010 du 2010 du juge des référés du tribunal administratif de lilleast annulée . La demande présentée par la société véolia transport nord pas calais et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'aapplication des dispositions de l'article L.761. 1 du codevde justice administative sont rejetés).

بموافقة صريحة أو ضمنية من طرف كافة العارضين[1]، كما يمكن السلطة المانحة بطلب من بعض العارضين في إطار المفاوضات تعديل عروضهم لكي تصبح متناسبة[2].

والسلطة المانحة يمكنها تنظيم مفاوضات مع واحد أو أكثر من العارضين وذلك حسب ما آلت إليه الاستشارة والمنافسة المبدئية، كما أن فترات المفاوضات وجلساتها يجب أن تكون معقولة ومرضية بشكل كافي تتماشى مع موضوع وتعقيدات الخدمات المتوقعة[3].

نهاية المفاوضات:

لا توجد نصوص قانونية على أساسها يتم تحديد نهاية المفاوضات، وإنما يعتمد ذلك على اقتناع السلطة المانحة بالمعلومات المكتسبة والاقتراحات التي أدلى بها المترشحون.

في القانون الفرنسي، وبصفة استثنائية يمكن السلطة المانحة أن تطلب من المستشارين تقديم عرض نهائي، وأن تتخذ الإجراءات اللازمة بعدم العودة لأحد العارضين، بعد تقديم هذا العرض الأخير[4].

[1]Institut de le gestion déléguée – PASSATION RTADATION DES CONTRATS DECONCESSION – MARS 2017 – PARIS France – PAGE 28.

[2]CE 15 JUIN 2001. SL d'assainissement de saint Martin de re et de la flotte – en Ré N° 223841 (principe d'égalité entre les candidats qui déroule de ces dispositions exige que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la remise des offres et que l'autorité délégante fixe ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et en particulier, ne peut légalement prologerce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées le juge des référés précontractuels ayant ordonné la suspension e la procédure engagé par un syndicat intercommunal en vue du renouvellement d'une convention de délégation de sevice public d'eau potable et ayant enjointva ce syndicat de reprendre la procédure dans desconditions de mise en concurrence regulières) .

[3]CE,18 juin 2010. Communiante : urbaine de Strasbourg N336120(l'ordonnance du 14 janvier 2010 du juge des référés du tubunaladdministratif de strasbourg et annulée .la demande des sociétés TIW Novergie devant le juge des référés du trubunal administratif de strasboug et leurs conclusions a l'application de l'article L 761- 1 du code administrative sont rejetées).

[4]Guide de délégation de service public, page 14, précédent.

كما يمكن كذلك أن يقرر قبل إنهاء المفاوضات بدء مفاوضات حصرية مع أحد العارضين[1]أي ما يصطلح عليها بالمفاوضات المباشرة ولكن اللجوء لهذه الصيغة يجب أن تكون مشروعة وأن المنافسة تمت بطريقة قانونية، فالسلطة المفاوضة عليها أن تتقيد بمبدأ المنافسة والمساواة وعدم التحيز عند لجوئها للمفاوضة المباشرة، لأن المترشحين المبعدين في هذه الحالة يمكنهم الطعن في قرارات السلطة المفاوضة.

المطلب الثاني: المحل والغاية من المفاوضات.

لقد نوه المرسوم التنفيذي 18-199 في المادة 40 بالتطرق أثناء المفاوضات لمدة التفويض والتعريفات أو الأتاوي التي يدفعها مستعملو المرفق العام، نتناول ذلك في **الفرع الأول** والغاية المرجوة من المفاوضات في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: محل المفاوضات.

تتبنى المفاوضات فكرة الحرية التعاقدية، بمقتضاه كل أمر قابل للتفاوض الا ما يمس بمبدأ المنافسة، وبالتالي يحظر أن يتناول الحوار معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط[2]، ولكن تماشيا المرسوم 18-199 الذي حرص على تناول مدة التفويض والتعريفات أو الأتاوى خصيصا ندرسها حصريا فيما يلي:

مدة التفويض:

يقصد بالمدة الفترة التي تمنح للمفوض له لإدارة واستغلال المرفق العام والتي يعبر عنها بمدة الاستغلال، وهذا المدة طويلة نسبيا، قد لا يتصور أن ينعقد امتياز لبضعة أشهر وإنما يجب أن تكون هذه المدة كافية لأن يستهلك الملتزم ما أنفقه في سبيل إنشاء المرفق وصيانته وإدارته وتحقيق فائض من الربح[3]بمعنى تقييم مدة التفويض لا يعتمد فقط على مدة استهلاك الاستثمارات المحسومة كما كان يعتقد وإنما يضاف إليها كذلك التوازن العام للعقد وتدخل فيها تغطية تكاليف الاستغلال والاستثمار من متطلبات التفويض وتقلبات الأسعار وتحديد المدة هو عنصر مهم في هذا النوع من العقود، وتوضيح الفترة لا بد أن تكون معلومة للمترشحين المقبولين والمؤهلين،

[1] ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 169.

[2] المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199.

[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة- ط2012- الاسكندرية، مصر، ص 37.

ونقطة بداية المدة تبدأ من بداية الاهتلاكات، والتي تتزامن مع تاريخ بداية الاستثمارات أو تشغيل المنشأة[1].

وعموما أجل التفويض يتحدد للاعتبارات التالية:

1- المدة العادية المتوقعة للمفوض له الذي تمكنه من استرجاع نفقات الاستغلال المرتبطة بطبيعة المرفق.

2- احتياجات السلطة المفوضة.

3- التوقعات للتعريفات المدفوعة من المنتفعين تتوافق مع مدة إهتلاك الحسابات المستثمرة، بمعنى المدة الضرورة في تنفيذ الاستثمارات تتماشى مع مدتها العادية الاهتلاكية[2].

يلاحظ أن هذه الاعتبارات ذات طابع فني وبالتالي تستطيع الجهة المانحة أن تستعين بمختصين إذ أشكل عليها الأمر، فقد رخص المرسوم 18-199 بذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 75 حيث نصت على أنه يمكن اللجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيرها في أشغالها.

وقد حدد المرسوم 18-199 المدة القصوى لتفويض المرفق العام على النحو التالي:[3]

- المدة الأقصى لعقد الامتياز 30 سنة ويمكن تمديدها بأربع سنوات بملحق.
- المدة الأقصى لعقد الإيجار 15 سنة ويمكن تمديدها بثلاث سنوات بملحق
- المدة الأقصى لعقد الوكالة المحفزة 10 سنوات ويمكن تمديدها بسنتين بملحق.
- المدة الأقصى لعقد التسيير 05 سنوات ويمكن تمديدهاسنة واحدة بملحق.

ويتم تمديد اتفاقية التفويض بعد المعاينة بإحدى الجانبين التاليين:

[1]Pierre le Bouzdec, les modalités de calcul de la durée des DSP, revue contrat public, N° 93 janvier 2010, page 50.

[2]Guide des délégations de service public, RARAHU souche @Polynésie perf. Gouv Fr, op.cit. page20.

[3]أنظر المادة 53 -54 - 55- و40 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

1- التمديد بدافع المصلحة العامة: يمكن تمديد اتفاقية تفويض لمدة سنة واحدة (1)، بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام[1].

2- بدافع تنفيذ استثمارات فعلية تكميلية ضمن بعض الشروط منها:

- يقتضي أن تكون هذه الاستثمارات ضرورة لحسن تنفيذ المرفق العام أو توسيع نطاقه الجغرافي.
- يجب أن تكون الاستثمارات مطلوبة من قبل الشخص العام مانح التفويض.
- يقتضي أن تؤدي الاستثمارات إلى تعديل الاقتصاديات العامة للعقد، ولكنه يجب أن يكون التعديل بسيطا، وألا يؤدي إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد[2].
- الاستثمارات يجب أن تكون مادية وليست دراسات أو خدمات.
- الأعمال التكميلية لا تؤثر على التعريفات التي يدفعها المنتفعون بشكل مبالغ فيه[3].
- عدم اتمام المشروع لسبب القوة القاهرة.
- ضمن هذه المقاييس تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له، في تحديد المدة اللازمة، مع خضوع هذا التقدير لرقابة القضاء الإداري[4]

التعريفات:

هي القيمة السعرية التي تأذن بها السلطة المفوضة للمفوض له بتحصيلها من الأشخاص المنتفعين بخدمات المرفق ويطلق عليها إتاوة، والرأي الراجع أن هذه الشروط ذات طبيعة لائحية بحيث تملك الإدارة تعديله تبعا للمصلحة العامة ودون حاجة لرضا المتعاقد وموافقته[5].

إذن التعريفات ليست معينة بشكل حر من طرف المفوضله، سعر الخدمة المقدمة للمنتفعين من المرفق محددة في الاتفاقية لا يمكن تعديلها بطريقة انفرادية، وإنما تتم بطريقة تناسبية، تتماشى مع

[1] أنظر المادة 57 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 492.

[3] Guide des délégations de service public, Fr.op.cit. Page 18

[4] هناك عدة قرارات من مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال

[5] وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع السابق، ص 209.

الخدمة المقدمة للمنتفع مع احترام مبدأ المساواة، فالسعر المدفوع لابد أن يجد مقابل مباشر في المرفق المدار.

كما أن تحديد التعريفة لا يمكنها أن تتجاهل التوازن المالي في العقد والمطلوب في جميع اتفاقيات تفويض المرفق العام مداخيل تقييم بطريقة حيث تغطي نفقات الاستغلال، وتسمح للمفوض له الحصول على قدر كافي ومرض من الربح، مع توفير خدمة عالية الجودة للمنتفعين.

والسلطة المفوضة يمكنها تحصيل إتاوات مقابل استعمال الأملاك العامة للجماعة الإقليمية أو الأجهزة التي توفرها إما نظير تمويل المرفق المفوض والرقابة والإشراف عليه[1].

وقد ورد المقابل المالي في المرسوم التنفيذي 18-199 بعدة أشكال، قد يكون على شكل إتاوات يرفعها المنتفعون من المرفق، في عقدي الامتياز والايجار يتم تحصيلها المفوض له، أما في عقدي الوكالة المحفزة والتسيير يتم تحصيلها لصالح السلطة المفوضة، كما أن هذه الأخيرة تقبض أتاوة سنوية يدفعها المؤجر مقابل استغلال العين المؤجرة واستعمال الوسائل التي تقتنيها الإدارة.

كما أن المقابل المالي يمكن أن يأخذ شكل أجر يتقضاه الوكيل مباشرة من السلطة الممولة، ويمكن يكون على شكل منح وأرباح تتوزع بنسب وحصص بين السلطة المفوضة والمفوض له في عقود التسيير والوكالة المحفزة، وتلجأ الإدارة للتفاوض مع المترشح المقبول للتشاور في تحديد هذه التعريفات، قد تكون هذه الاستشارة غير ملزمة ومن ثم فهي لا تتسم بالطابع التعاقدي[2] فقد تلجأ الإدارة تحديد[3] الإتاوة بصورة قاطعة، بدون استشارة المفوض له المحتمل إذا كانت الإتاوة تحصل بالكامل لها وبالتالي لا داعي للاستشارة كما هو حال في عقد التسيير.

ومفاوضات تحديد هذه التعريفات قبل التعاقد أو بعد التعاقد عن طريق التعديل قد تنتفي في حالة وجود نص تشريعي يحدد التسعيرات في ضل سياسة توجيه الأسعار التي تنتهجها معظم الدول حفاظا على الصالح العام وصالح المنتفعين[4]أوبسبب مبدأ المساواة بين المستفيدين بخدمات المرفق العام وتطبيق هذا المبدأ يلزم جهة الإدارة المانحة والطرق المتعاقد على السواء.

---

[1]Guide des délégations de service public,.op.cit. Page-19

[2]وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع السابق ص 240.

[3]وفاء محمود أحمد البيواتي، المرجع نفسه ص 247.

[4]جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز – دراسة نظرية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة مصر، 2015 ، ص 240.

فجهة الإدارة حينما تنفرد بتحديد المقابل المالي يجب عليها المساواة بين المنتفعين، وعليها واجب مراقبة المفوض له في ذلك في حالة السماح له بقسط من الحرية في تحديد هذا المقابل[1] .

الفرع الثاني: الغاية من المفاوضات.

نظرا لطول مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، أدرج المشروع مرحلة المفاوضات للخروج بنتائج ترضي طرفي العقد وتلبي أهداف معينة ترى ما هي؟

اقتراح حلول:

ذكرنا الهدف من المفاوضات هو انتقاء أحسن عرض الذي يلبي حاجات المرفق العام المفوض، من حيث ضمان استمراره والخدمات المقدمة، ونظرا لصعوبة تحديد هذه الحاجات ذاتيا، عن طريق التسيير المباشر أو بأسلوب المؤسسة، فهي تلجأ للتفويض للمزايا التي يحققها مقارنة بأنماط التسييرالأخرى، كذلك محاولة منها إيجاد حلول للصعوبات لو أن السلطة تكفلت بنفسها إدارة وتسيير مرافقها العامة.

وحاول الفقه حصر هذه الصعوبات والحلول على النحو التالي:

- الحلول الوسيطة المتوفرة لدى الطرف الآخر التي يمكن أن تستفيد منها السلطة المانحة، وتلبية لحاجاتها المستعصية.
- أغلب هذه الحاجات تتطلب تصاميم خلاقة أو حلول مبتكرة يمكن أن تجدها عند الطرف الآخر.
- وجود ظروف متعددة مرتبطة بطبيعة الاحتياجات المؤدية من حيث تعقيداتها في شقها القانوني والمالي أو بسبب أخطار متصلة بها.

إذا كانت السلطة المانحة ليست قادرة على تحديد المواصفات الفنية التقنية بقدر معقول من الدقة والجودة[2].

هذا من جانب تحديد الاحتياجات، من جانب آخر تهدف المفاوضة مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم، والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق

[1] جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص247.

[2] François WILINSKI. Op.cit. page 497.

العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام[1]، كما أنها تسمح في الحد من دواعي النزاع بين أطراف العقد مستقبلا، ذلك أن مساحة الخلاف بعد إبرام العقد تضيق كلما اتسعت مساحة التفاهم السابقة على إبرام العقد، بحيث هي ذات أثر وقائي، كما أن العقود التي تنفذ خلال مدة طويلة تجعل من الممكن تصور حدوث ظروف طارئة أو غير متوقعة تخل بهذا التوازن بصورة يصبح معها تنفيذ التزامات أحد الأطراف باهظا ومرهقا، والتفاوض يشكل طوق نجاة للطرف المتضرر، كذا يمكن من خلال المفاوضات الكشف على مدى الجدية التي يبديها الأطراف ومدى استعدادهم للمضي في الأمر إلى النهاية[2].

التقليل من أخطار التفويض:

مشروعات تفويض المرفق العام تواجها عقبات على شكل تكاليف ومخاطر الاستقلال وبالحوار والتشاور أثناء المفاوضات يمكن التخفيف من وطأتهما، فهذا المشروع القائم يستدعي التأكد من إمكانيات تنفيذه والصعوبات المتوقعة في إنجازه.

إذن هي بمثابة تقرير تفصيلي يتناول وصف الفكرة المشروع وتحليل كافة الأنشطة المختلفة فيه، مما يمد القائم بالمشروع بأساس اقتصادي وفني وتسوقي، ليساعده في اتخاذ القرار الاستثماري فيه من عدم ذلك[3]، ولقد حث المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 9 السلطة المفوضة على إعداد تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، خاصة إذا تعلق الأمر بالقيام باستثمارات، ففي هذا المجال تشترط بعض القوانين[4] المقارنة إعداد دراسات جدوى فنية وبيئية واقتصادية ومالية وبالتالي على السلطة المفوضة الإحاطة بالعقبات التي تواجه المستثمرة، ولجنة اختيار وانتقاء العروض يجب أن تكون مؤهلة لذلك وإلا يمكنها أن تستعين بأي شخص بحكم كفاءته أن يبصرها وقد تناول المرسوم 199/18 المخاطر التي يمكن أن يعترضها المفوض له في عدة مواد، وتكونهذه المخاطر إما صناعية، تجارية أو استثمارية، وتعرف المخاطر على أنها حدوث وقائع غير مؤكدة،

[1] مروان محلي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز – الشركات المختلطة، B.O.T تفويض المرفق العام – دراسة مقارنة ،الطبعة الثانية 2015 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ص 486.

[2] نبيل اسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 312.

[3] سامي الغريري، إدارة المشروع ودراسة جدواه، الطبعة الأولى،2015، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ص 73.

[4] انظر الفصل 11من القانون عدد 23 لسنة 2008 مؤرخ في 1 أفريل 2008 يتعلق بنظام اللزمات

وهي تتشكل من شقين أساسين، احتمال الخسارة وعدم اليقين، فعدم اليقين هي المخاطر والتهديدات من خلالها التوقعات تواجهها خسارة احتمالية ومكاسب ممكنة.

أما احتمال الخسارة هي التهديدات والمخاطر التي تواجه أملاك أو هي نتائج مالية سلبية متعلقة بظرف موضوعي يلازمه تشاؤم[1]، والمخاطر الاستثمارية تتلازم مع بداية نشاط المؤسسة أو بتجديد أو تشييد المنشآت لذا نجد هذه المخاطر مرتبطة بعقد الامتياز، أما المخاطر التجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال وهي مرتبطة بعقدي الامتياز والايجار وفي بعض الحالات نجدها بالوكالة المحفزة، وأخيرا المخاطر الصناعية تتعلق بتكاليف الاستغلال، وترتبط بنفس الحالات المذكورة سابقا بالمخاطر التجارية[2] إن إحاطة الإدارة بالمميزات والعقبات التي تواجه المستثمر، تحقق لديه يقينا احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات على المخاطر والضرائب... مما يحقق توازن المصالح بين الطرفين بما تتضمنه من شروط وضمانات آمنة تحول دون نشوء منازعات بينهما، فإن ذلك يكون غاية ما تصبوا الإدارة إليه في مجال تحقيق النفع العام وهي بصدد إبرام هذا النوع من العقود[3] ونشر هنا إلى نقطة هامة نوه بها مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته وهي على أن تعديل مبلغ الاستثمارات بشكل مبالغ فيه أثناء المفاوضات، بحيث يؤثر على توازن الاقتصاد للعقد مستقبلا يؤدي ذلك لإبطال إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام[4].

المطلب الثالث: نهاية عقود تفويض المرفق العام.

[1]Joséphine hage Chahine, les contrats de Transfer de risque une nouvelle catojundique thèse en vue de droit privé école doctorale de droit privé, UN, (paris II) soutenue le 26 janvier 20156 page 97.

[2]Guide des délégations de service public, RARAHU souche @Polynésie pref. Gouv Fr.op.cit. Page-13

[3]إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 170.

[4]Conseil d'état Français,21 janvier 2014, Dalkia Req : N°373159(d'une part d'éxiger de l'autorité dégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait ainsi être réduire des cinq sixièmes d'autre part de limiter substentiellement le montant des investissements nouveaux aux quels il s'engageait le juge du référé précontractuel a exactement qualifié des faits de l'espèce).

تبرم عقود تفويض المرفق العام لمدة محدودة، يتفق عليها بين طرفي العقد، وتدرج في دفتر شروط العقد، وتراعي في تقدير مدة العقد، تمكين صاحب الامتياز (المفوض إليه) من استهلاك الأصول التي كرسها في استغلال المرفق العام بهدف الحصول على حد معقول من الأرباح[1].

مع ذلك يمكن تمديد عقد تفويض المرفق العام عند انتهاء مدة العقد المتفق عليها ويجري ذلك باتفاق طرفي العقد إما أثناء سريان مدة العقد أو عند انتهائها ويأخذ الاتفاق شكل الملحق الذي يضاف إلى العقد الأساسي[2]، كما قد يتضمن عقد التفويض بندا يعطي صاحب التفويض حق الأفضلية فإذا أرادت السلطة المانحة عند انتهاء مدة عقد الامتياز أن تعهد بالمرفق العام إلى صاحب امتياز جديد يكون لصاحب الامتياز القديم أفضلية على غيره من المتعهدين الراغبين في إدارة المرفق العام[3].

وينتهي عقد التفويض بصورة عادية بانتهاء مدته، وينتهي بصورة غير عادية (مبسترة) في الحالات التالية: إنهاء العقد من قبل الإدارة بدافع المصلحة العامة، إنهاء العقد بسبب خطأ صاحب التفويض، وإنهاء العقد بسبب القوة القاهرة ويمكن أن ينتهي بقوة القانون أو عن طريق القضاء. نحاول شرح ذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد تفويض.المرفق العام:

لما كان عقد التفويض ينتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن فها عنصرا جوهريا، فإن النهاية الطبيعية لعقد التفويض تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذه، وإذا كان موضوع العقد هو الالتزام بتسيير مرفق عام وكان من المفروض أن يستمر المرفق قي أداء الخدمة المنوطة به إلى زمن غير محدد.

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد، بانقضاء المدة المحددة من هذا التاريخ ينقضي العقد بقوة القانون[4].

---

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 162.

[2] أنظر المواد 54-55-56-57 من المرسوم التنفيذي رقم 18/ 199، السابق الذكر.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 164.

[4] علاء العناني، المرجع السابق، ص 183.

وينتهي عقد التفويض بصورة عادية عند انتهاء مدته[1]، وبالتالي إسقاط صاحب التفويض وينقضي حق المفوض له في استغلال المرفق العام، وتلجأ الإدارة بعد ذلك إلى إدارته بصورة مباشرة أو بواسطة مؤسسة عامة أو تعهد به إلى صاحب تفويض جديد.[2]

ولا تختلف القواعد التي تحكم نهاية عقد تفويض العام عن القواعد التقليدية التي تطبق على القواعد الإدارية باستثناء القواعد التي فرضها على عقد التفويض، نذكر منها:

- شرط الأفضلية: بحيث أحيانا قد يحوي العقد شرط بإعطاء أولوية للمفاوض له القديم عند التجديد، فالمفوض له القديم يمتاز عن سائر المترشحين الجدد باكتسابه الخبرة في إدارة المرفق محل التعاقد، وبالتالي فعند تساوي الظروف بينه وبينهم ترجح كفته[3] وذلك بمقتضى عقد جديد.
- ويرتب على النهاية الطبيعية لعقد التفويض آثار قانونية مهمة تتمثل في عمليتين رئيسيتين.
- تصفية أموال المرفق العام: الأصل أن تحول ممتلكات المرفق العام المعني إلى السلطة المفوضة عند نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام بعد جرد يقوم به الطرفان وفقا لبنود اتفاقية التفويض، إذا لم يتفق الطرفان على الجرد، يتم تعيين خبير باتفاق الطرفين، للقيام بالجرد [4] .

وبالتالي، فإن المرفق العام سيستمر في أداء خدماته عن طريق تشغيله من قبل صاحب امتياز جديد أو وفقا لطريقة أخرى من طرق إدارة المرافق العامة، وهذا الأمر يقتضي إعادة جميع الأموال التي تتعلق مباشرة بتشغيل المرفق العام إلى السلطة المانحة عند انتهاء العقد، ودون أن يحق لصاحب الامتياز أية تعويضات، أما الأموال التي تعود إلى الملكية الخاصة لصاحب الامتياز فيمكن للسلطة المانحة استعادتها في حال وجدتها ذات فائدة تشغيل المرفق العام مقابل تعويضات مناسبة[5].

---

[1] قرار رقم 11950، تاريخ القرار 2004/03/09، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران ، المرجع : مجلة مجلس الدولة ، 2004، عدد5 ،ص212،(لما كان عقد الامتياز عقدا إداريا تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بشكل إستثنائي مؤقت وقابل للرجوع عنه ، فإنه لا حق شخصيا دائما للمستفيد بما في ذلك حق تجديد الإمتياز).

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 175.

[3] علاء العناني، المرجع السابق، ص 184.

[4] المادة 66 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، السالف الذكر.

[5] مروان محي الدين قطن، المرجع السابق، ص 166.

أما بالنسبة لتصفية الحسابات بين المفوض له والإدارة، فإن القاعدة العامة التي تحكم تلك التصفية تتمثل في الرجوع إلى نصوص العقد باعتبارها شريعة المتعاقدين[1]، وغالبا ما يجري التدقيق في حسابات الامتيازات من قبل مكاتب متخصصة إلى جانب مراقبي الامتيازات التابعين للسلطة المانحة وتجري التصفية بتحديد حسابات الأعباء التي تلقى على عاتق صاحب الامتياز والحسابات المترتبة له[2]، أما إذا لم يوجد نص عقدي أو لم يتفق الأطراف على كيفية التصفية، فإنه يمكن في هذه لحالة اللجوء إلى القضاء للوصول إلى الحلول المناسبة لتلك التصفية، والقضاء في مثل هذه الحالة يجب عليه أن يضطلع على كافة شروط العقد، ويستند في ذلك إلى النية المشتركة للطرفين ويطبق قواعد العدالة[3].

الفرع الثاني: النهاية المبسترة لعقد تفويض المرفق العام.

قد ينتهي عقد التفويض كما هو الحال بالنسبة إلى سائر العقود الإداري نهاية مبسترة قبل المدة المحددة لنفاذه، ومع ذلك ينفرد عقد الامتياز دون سائر العقود الإدارية الأخرى بخاصيتين أساسيتين هما:

- الصلة الوثيقة لعقد الامتياز بالمرفق العام، الأمر الذي يزيد من فرص إنهاء العقد قبل ميعاده المحدد.
- جسامة المبالغ التي تستلزمها إعداد المرفق والتي تستوجب حماية الملتزم.

ويمكن رد أسباب النهاية المبسترة لعقد الامتياز إلى ثلاث عوامل:

- فسخ الاتفاقية.
- استرداد المرفق المدار بطريقة التفويض
- إسقاط صاحب التفويض[4].

استرداد المرفق العام

[1] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 72.
[2] مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 167.
[3] أحمد عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 73.
[4] علاء العناني، المرجع السابق، ص 183.

ويقصد بالاسترداد كوسيلة لإنهاء عقد التفويض أن يصدر قرار من السلطة المختصة باسترداد المرفق العام للإدارة المالكة له قبل انتهاء مدته دون خطأ من المتعاقد[1] وفي هذه الحالة يتم إنهاء عقد التفويض قبل حلول موعده دون خطأ من جانب المفوض له مقابل تعويض عادلا، والاسترداد بالمعنى السابق يمثل إحدى تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت، كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك[2].

فحين تمارس الإدارة سلطتها خارج الحدود المتفق عليها في حالة إقفال العقد على تنظيم هذا الاسترداد وحينئذ يعرف الاسترداد بأنه غير تعاقدي، أما إذا نظم العقد هذا الاسترداد وحدد شروطه فهو استرداد تعاقدي[3]، نحاول تفصيل ذلك كما يلي:

1.الاسترداد التعاقدي: وهو الأكثر شيوعا على اعتبار أن معظم دفاتر الشروط يتضمن بندا يجيز الاسترداد وينظم أحكامه، وقواعده وأحاكمه يحددها العقد وعند النزاع أمام القضاء يلجأ القاضي إلى طرفي العقد[4] ويشترط لممارسة هذا الحق من جانب الإدارة ما يلي:

يتعين أن ينص على هذا النوع من الاسترداد صراحة في العقد، ويفسر القضاء هذا الشرط بدقة.

نلاحظ أن عدم مراعاة السلطة المانحة لشروط ممارسة الاسترداد التعاقدي، كأن تمارسه أثناء المدة التي تحظر ممارسة أو لغاية تتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة يجيز لصاحب التفويض الطعن بقرار الإدارة بالاسترداد لتجاوز وحد السلطة والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء ذلك[5].

آثار الاسترداد التعاقدي: تترتب على ممارسة الاسترداد التعاقدي ما يلي:

- نهاية عقد التفويض على اعتبار أن الاسترداد هو إحدى طرق فسخ العقد التي تضع حدا لعقد التفويض فينقضي حقوق والتزامات طرفي العقد وعلى صاحب الامتياز إعادة الأرباح بعد تاريخ الاسترداد كما تحل السلطة المانحة محل صاحب التفويض في الالتزامات التي

[1] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 72.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 185..

[3] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 186.

[4] مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 168.

[5] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 169.

تتحملها اتجاه الغير[1]، إلا إذا أثبتت أن ذلك المتعاقد قد تحمل بالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق والذي تعهد بها المفوض له في مواجهه الغير، أما بالنسبة لغيرها من الالتزامات فلا يكفي الشرط السابق والذي يقضي بأن تكون تلك الالتزامات في حدود التفسير المعقول للعقد بل يتعين أن تكون الإدارة قد عملت بتلك الالتزامات ولم تعترض عليها[2].

- تعويض صاحب التفويض: القاضي بتولي تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بأن يكون التعويض شاملا ويمتاز التعويض في هذا المقام بكونه اتفاقيا[3].

ويتم التعويض إما بموجب أقساط سنوية تؤدى إلى صاحب الامتياز المدة الطبيعية لعقد الامتياز أو التعويض بصورة إجمالية، وهو يتشكل من عنصرين.

- تعويض الاستهلاك: تغطية كلفة الاستهلاك تكون من الإيرادات التي يحصل عليها صاحب التفويض ولا يحصل عليها دفعة واحدة وإنما توزع على السنوات التي تتألف منها مدة الامتياز، بحيث تخصص نسبة محددة من الاستهلاك على حساب أرباح كل سنة، وإنهاء العقد قبل انتهاء مدة الامتياز يحول دون حصول المفوض له على استهلاك الأصول التي خصصها للامتياز وبالتالي ينبغي التعويض عنها على أساس السنوات المتبقية من عمل هذه الأصول.

- التعويض الصناعي: هذا التعويض يعطي خسارة صاحب التفويض الناتجة عن عدم استمراره في تشغيل المرفق العام موضوع التفويض كما يتضمن الأرباح الصافية والمحققة خلال عدد من السنوات التي تسبق الاسترداد[4].

الاسترداد الغير تعاقدي: وهو الذي تقرره السلطة مانحة التفويض بإرادتها المنفردة دون أن تكون مستندة في ذلك إلى نصوص العقد[5]

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 169.
[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 188.
[3] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 189.
[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 171.
[5] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 73.

و تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أو تحدد أحكامه، وهذا النوع من الاسترداد تلجأ إليه الإدارة عندما لا ينص العقد على بند يجيز الاسترداد[1].

أو خلال الفترة التي يحضر العقد ممارسة الاسترداد التعاقدي، مع ذلك اختلف الفقهاء في وجود الاسترداد غير التعاقدي عقد أجازه الفقهاء "جنز" "بونار" و"فالين" على وجود الاسترداد الذي لا ينص عليه، ويمكن للإدارة اللجوء إليه، إلا أن فريقا آخرا من الفقه قال لا يوجد الاسترداد إلا إذا نص عليه العقد ونظم أحكامه[2].

الآثار المترتبة على الاسترداد الغير تعاقدي: المبادئ التي يخضع لها الاسترداد الغير تعاقدي، دواعي المصلحة العامة كالاسترداد لإعادة المرفق العام أو تغير إدارته، وتمارس السلطة المانحة هذا الحق تحت رقابة القضاء الإداري[3].

ومن الآثار التي تترتب على الاسترداد غير التعاقدي، كما في الاسترداد التعاقدي إنهاء عقد التفويض، أي إنهاء الرابطة العقد بين الإدارة والمفوض له، وحق الإدارة في إنهاء العقد دون الحاجة إلى النص عليه في العقد، أو في دفاتر الشروط أمرا مسلما وثابتا للإدارة استنادا إلى سلطتها التي لا يمكن التنازل عنها في تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته واستغلاله وفي إلغائه[4] أو استبدال طريقة جديدة بطريقة الإدارة القديمة يشترط أن يكون وراء ممارسة هذه السلطة دافع المصلحة العامة دائما و إلا جاز للقضاء الحكم بالتعويض المفوض له أو إلغاء قرار الإدارة بالاسترداد[5].

التعويض عن الاسترداد غير التعاقدي: يكون للقاضي حرية أوسع في تحديد التعويض في حالة الاسترداد غير التعاقدي فهو يشمل إلى جانب الخسائر التي لحقت بالمفوض له، ما فاته من ربح ولجوء السلطة المانحة إلى استرداد الامتياز عند بداية مدة العقد[6].

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 171.
[2] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 171.
[3] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 172.
[4] علاء العناني، المرجع السابق، ص 189.
[5] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 189.
[6] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 172.

كما أن بعض يضيف الاسترداد القانوني (التشريعي) وهو الذي يتم بناء على قانون خاص ينظم استرداد بعض المرافق العامة[1] فقد يتدخل المشرع في مجال عقود التفويض بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق المهمة، التي تدار عن طريق التفويض[2].

فسخ الاتفاقية: يتم الفسخ باتفاق طرفي عقد التفويض أو عن طريق اللجوء إلى القضاء بسبب خطأ الإدارة أو عند بروز ظروف طارئة، كما يفسخ الامتياز بقوة القانون، في حالة حل الشركة صاحبة التفويض أو فقدان الامتياز لغايته[3] ، ويمكن ذلك كما يلي:

فسخ الاتفاقية بدافع المصلحة العامة: يعتبر حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدافع المصلحة العامة من الحقوق المستقرة منذ زمن بعيد لاسيما في ظل عقد امتياز المرفق العام التقليدي[4] حيث يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء من جانب واحد قصد ضمان استمرارية المرفق العام مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقا لبنود اتفاقية التفويض[5].

وتتحقق المصلحة التي تبرز إنهاء عقد التفويض عند فرض نظام جديد على عقد التفويض، بحيث يصبح صاحب التفويض فاقدا للشروط والمؤهلات المهنية والفنية والمالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد، كما تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام، أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسة الشخص للعام، ويستحق صاحب التفويض مقابل إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة تعويضا عادلا يغطي الأصول والأموال غير المستهلكة وقيمة الأموال التي تقتضي إعادتها إلى الدولة والتي لم تستهلك بعد وقيمة الأموال الممكن إعادتها[6].

نشير أن حساب التعويض لصالح المفوض له يحدد في اتفاقية تفويض المرفق العام[7].

---

[1] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 73.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 192.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 175.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 516.

[5] المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18- 2018، السالف الذكر.

[6] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 516.

[7] الفقرة الثانية من المادة 65 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

البند الثاني: الفسخ الاتفاقي: وهو الذي يتم باتفاق بين الإدارة وبين المفوض له قبل نهاية مدة التفويض، وهذا الفسخ قد يتضمن تعويضا لصالح صاحب التفويض وذلك وفقا للقواعد والأحكام المحددة في الاتفاق الفاسخ للعقد[1].

وقد يتشابه الفسخ الاتفاقي بالاسترداد التعاقدي ولكن الطريقتين مختلفتان فحق الإدارة في استرداد المرفق هو حق أصلي سواء نص عليه العقد أو لم ينص، أما الفسخ الاتفاقي فهو يتم عن تراض كامل بين الإدارة والمفوض له بمقتضاه يتولى الطرفان الاتفاق على التعويض المستحق للمفوض له وكيفية سداده وتلجأ الإدارة عادة إلى هذه الطريقة إذا قدرت صعوبة الالتجاء إلى طريقة الاسترداد[2] وقد نص على هذا الفسخ في المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 كما يلي "يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام[3].

الفسخ بقوة القانون: قد يفسخ عقد التفويض بقوة القانون إذا تضمن العقد بندا ينص على فسخه بقوة القانون في حال وفاة صاحب التفويض أو حل الشركة صاحبة التفويض، كما يفسخ العقد بقوة القانون في حال صدر قانون يتضمن فسخ الاتفاقية بواسطتها يدار مرفقا عاما معينا. في هذه الحالة ينظم القانون قواعد وأحكام تعويض صاحب التفويض[4].

الفسخ في حالة القوة القاهرة: نصت الفقرة الثانية من المادة 64 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أنه يمكن للسلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض، من جانب واحد في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض للمفوض له ولا تؤدي القوة القاهرة إلى إنهاء عقد التفويض إلا في حالإذا كانت الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية ولا يمكن زوالها وأدت إلى استحالة التنفيذ بصورة نهائية، أما في حال كانت القوة القاهرة مؤقتة ويمكن للظروف القاهرة أن تزول فتؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد إلى حين زوالها.

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 175.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 192.

[3] المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 176.

مع ذلك ننبه أن الظروف الطارئة التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد لا تؤدي إلى إنهائه، وإنما تتحمل السلطة المانحة مع صاحب التفويض الخسائر بحيث تمنح السلطة المفوضةالمتعاقد معها تعويضا يجنبه جزء من خسائره، إلا أنه قد تطرأ ظروف تجعل من إخلال التوازن المالي للعقد نهائيا، إذا نأخذ هذا الظروف حكم القوة القاهرة وبالتالي يمكن لطرفي العقد مطالبة القاضي بإنهاء العقد[1].

الفسخ القضائي: الفسخ القضائي هو الفسخ الذي يتم بموجب قرار صادر عن القضاء المختص ينظر منازعات العقد ويحق لصاحب الامتياز اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد في حال ارتكبت السلطة المانحة خطأ جسيما يخل بالتزاماتها التعاقدية، أو طرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف غير متوقعة أدت اختلال التوازن المالي للعقد على نحو شديد الجسامة[2].

ومثال عن خطأ الجسيم في تنفيذ التزاماتها، تعديل الإدارة لشروط عقد الامتياز بما يخل لتوازنه الاقتصادي، إخلالا جسيما يفوق إمكانات الملتزم الاقتصادية أو الفنية، أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو فرض عليه عند التعاقد لأول مرة، كما يمكن أن يطلب المفوض له إنهاء عقد التفويض إذا اختل التوازن المالي المعقد نتيجة ظرف طارئ وثبت الملتزم أن التوازن المالي للعقد لن يعود إليه[3].

تجدر الإشارة أنه يمكن المفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعنا لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية الذي تم تبليغه إياه[4]، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء.

البند الثالث: إنهاء العقد بسبب خطأ المفوض له: يشكل إخلال صاحب التفويض بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد التفويض سببا رئيسيا لإنهاء العقد من قبل السلطة المانحة وبعد ذلك عقوبة توقع على صاحب التفويض من قبل السلطة المانحة.

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 518.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 176.

[3] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 75.

[4] المادة 63 من المرسوم التنفيذي 18-199، السلف الذكر.

ويشكل إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للسلطة المانحة الوجه الآخر لإسقاط صاحب التفويض في عقد تفويض المرفق العام. ويقتضي أن يكون الخطأ المرتكب من قبل صاحب التفويض على درجة من الجسامة ويتولى العقد تقدير جسامته من أجل التحقق من تناسب الخطأ مع عقوبة إنهاء العقد على مسؤولية ونفقة المفوض له المخل بالتزاماته.

ويخضع إنهاء العقد من طرف السلطة المانحة، إلى إجراءات شكلية كإنذار صاحب التفويض وإعطائه مهلة كافية لكي يصحح الخطأ الذي ارتكبه أو يتداركه[1].

وقد نص المرسوم التنفيذي 199/18على أنه يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته وفق ما تنص عليه الاتفاقية.

غير أنه وقبل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعذارين (02) للمفوض له لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة.

بانقضاء هذه الآجال تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية التفويض المرفق العام، وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن السلطة المفوضة اللجوء من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له[2].

ويجب عند إنهاء العقد من قبل السلطة المانحة المباشرة بإجراءات اختيار صاحب تفويض جديد وفقا للمبادئ التي حددها المشرع، ولا يتحمل صاحب التفويض القديم أية أعباء إضافية تتكبدها السلطة المانحة من جراء اختيار صاحب تفويض جديد[3].وفي هذه الحالة يمكن أن يحصل صاحب التفويض المخل بالتزاماته على قيمة الأصول غير المستهلكة التي بناها[4].ويرى البعض أن هذا الإنهاء من اختصاص القضاء الإداري، حيث يعد ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة المحتمل وإسقاط التفويض في حقيقته يعد جزاء لما يترتب عليه من نتائج خطيرة وعلى ذلك فإن الالتجاء جهة الإدارة إليه ينبغي ألا يكون إلا في أحوال لمخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب المفوض له أو يعجز تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة[5].

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 517.

[2] المادة 62 المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه ص 517.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص518.

[5] علاء العناني، المرجع السابق، ص 194.

الفصل الثاني: اختصاص القضاء الإداري والعادي في منازعات تفويض المرفق العام.

عقد تسيير المفوض للمرفق العام عقد مركب ، وهذا يستدعي الوقوف على تفاصيله لتحديد طبيعته، لأنه يبدو من جهة من فئة القانون الخاص نظرا لكونه يتسم بصفة تجارية وصناعية ، فضلا عن كون شركة المشروع تكون من أشخاص القانون الخاص ، وجهة أخرى تنطبق عليه معايير العقود الإدارية على اعتبار أنه يهدف الى إنشاء وتسيير مرفق عام ، فضلا عن الدولة أو أحد أجهزتها العامة طرفا في هذا العقد ، وحتى في جزئيات وتفاصيل هذا العقد يصعب توصيف سواء كان من فئة العقود الخاصة بين عقد مدني أو عقد تجاري أو عقد ذي صفة خاصة ، أو من فئة العقود العامة بين عقد تفويض مرفق عام أو صفقة عامة أو غيرها من هذه العقود ، ناهيك عن الصفة الدولية الملازمة ، في الغالب لهذا النوع من العقود الدولية .

الإشكالية المطروحة هنا، بما أن هذه العقود تنفذ في فترة زمنية طويلة نسبيا، فهنا يثور نزاع يتعلق بإبرام وتنفيذ هذه العقود ما بين الجهة المانحة والمستثمر، وبينهما والأطراف الأخرى التي ترتبط معهما بطريقة غير تعاقدية، ومن هي الجهة القضائية الصالحة في فض المنازعات الناجمة عن هذه المرحلة؟ أجيب على ذلك في مبحثين هما:

-**المبحث الأول**:منازعات الشروط السابقة لتكوين عقود تفويض المرفق العام.

-**المبحث الثاني**:اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول: منازعات الشروط السابقة لتكوين عقود تفويض المرفق العام.

أثار تحديد الطبيعة القانونية لعقد تفويض المرفق العام خلافا كبيرا الفقهاء ففي الوقت الذي أسبغ فيه بعض الفقهاء الصفة الإدارية على تلك العقود ، ذهب رأي آخر ، للقول بموضوع تلك العقود لأحكام القانون الخاص ، في حين ذهب رأي ثالث باتجاه مختلف عن الرأيين الآخرين معتبرا أن الطبيعة القانونية تتحدد بالنظر الى كل عقد على حدى [1] ولهذا اختلف الفقهاء في التكييف القانوني لعقد تفويض المرفق العام ، وتتمثل أهمية التكييف القانوني لعقد تفويض المرفق العام في تحديد القواعد التي يخضع لها والجهة القضائية صاحبة الاختصاص في النزاعات الناشئة عنه والتي تأتي في معرض تنفيذه. وتكييف عقد تفويض المرفق العام يأخذ بالتمييز بين القضاء الإداري والقضاء العدلي، وبين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، يفرض علي تحديد طبيعة العقد، ولا

[1] حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد Bot، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص 63.

يمكن تحديد هذه الطبيعة إلا وفقا للقواعد التي استقر عليها هذا العقد الذي مازال تنظيمه القانوني حديثا نسبيا ، فإن كان العقد إداريا خاضعا لقواعد القانون لعام ، اختص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيقه القضاء الإداري وإذا كان العقد خاصا خضع لأحكام لقانون العادي والاختصاص القضاء العدلي[1]، ولتفصيل نقسم هذا إلى ثلاث مطالب هي:

-المطلب الأول:تمييز العقد الإداري عن العقد المدني.

-المطلب الثاني:رقابة قاضي الإستعجال.

- المطلب الثالث:المنازعات المتعلقة بصحة عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

المطلب الأول: تمييز العقد الإداري عن العقد المدني

إن مسألة التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني من المواضيع التي استحوذت على الكثير من الاهتمام في الأوساط القانونية، ولعبت دورا واسعا في التجاذبات القانونية للآراء المختلفة، وبدت صعوبات واضحة في تحديد معيار واضح للتمييز بين هذين العقدين نظرا لخضوع كل منهما لقواعد قانونية مختلفة، فمن جهة تخضع العقود الإدارية لقواعد القانون العام، هذا الأمر الذي يؤثر في تحديد الالتزامات المترتبة على أطراف العلاقة العقدية كما يترتب على هذا التمييز تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد[2].

العقد سواء أكان مدنيا أم تجاريا أو إداريا لا يخرج عن كونه توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو نقله، لذا فإن أركان العقد في هذه الأنواع من العقود هي التراضي والسبب والمحل، ومن هنا فإن العقود الإدارية وعقود القانون الخاص يشتركان في العناصر التي يتكون منها كلا العقدين، ولكن مع ذلك يذهب أنصار العقد الإداري على أنه يختلف اختلافا جوهريا فيما يتعلق بالمبادئ والقواعد التي تنظمه[3].

ويظهر مجال التمييز بين العد الإداري والعقد المدني واسعا في القوانين التي تستمد من القانون اللاتيني أطرها الرئيسية أو القوانين التي تعتمد نظام القضاءين العدلي والإداري، فيما يضيق إن لم نقل ينعدم هذا التمييز في الدول التي تعتمد القانون الأنجلوساكسوني، الذي لا يعترف بوجود

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص66

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع والوضع نفسه، ص66.

[3] عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبراهيم العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2018، ص25.

عقود إدارية مميزة عن العقود العادية، ولا توجد لديه بالأساس مجموعة من القواعد التي تنظم هذه العقود إلا تلك التي ترعى العقود بشكل عام[1].

فهل ترى أن المعايير التي طرحها الفقهاء في تحديد العقود الإدارية كافية في إطفاء الصفة المميزة لها؟ أجيب على ذلك في فرعين هما.

-الفرع الأول:معايير تمييز العقد الإداري.

-تالفرع الثاني: تأرجح العقد الإداري بين القانون العام والقانون الخاص.

الفرع الأول: معايير تمييز العقد الإداري:

العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أنه يشترط في العقد الإداري الشروط التالية:

- أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام.
- أن يتعلق بتنظيم أو تسيير مرفق عام.
- أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2].

نحاول تفصيل هذه المعايير فيما يلي:

1-المعيار الأول: أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

من المفترض به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفا فيه لا يعد عقدا إداريا، أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الأخرى فإنها تعد من عقود القانون الخاص، حتى لو أبرمت لتحقيق المصلحة العامة.

وأشخاص القانون العام تمثل الدولة ما ينطوي تحتها من أجهزة وإدارات عمومية، الهيئات الوطنية المستقلة مثل مجلس الدولة، مجلس النواب، الجهات القضائية العليا (المحكمة العليا، مجلس الدولة الدستوري، وأجهزة وتنظيمات ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية مثل المجالس العليا

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 66.

[2] حسين عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 96.

القائمة في مختلف القطاعات، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والمجلس الإسلامي الأعلى....، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وقد استقر الرأي على استبعاد أشخاص عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها متى توافرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بمرفق عام وتضمينه شروطا استثنائية[1].

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام، بل لا بد من توافر الشروط الثلاثة الآتية:

1. أن يظل الشخص المعنوي العام محتفظا بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء التنفيذ بتحوله إلى أحد أشخاص القانون الخاص غدا العقد عقدا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني.
2. يجب أن تبرم الإدارة العقد بوصفها سلطة إدارية عامة، فإذا أبرمته بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص غدا العقد مدنيا، ثم إن العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص يعتبر إداريا رغم أن الإدارة لم تكن طرفا فيه وذلك في حالتين:
   - إذا كان الشخص الخاص وكيلا عن الإدارة في ابرام العقد.
   - إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص خاص[2].
3. يجب أن تبرم السلطة التنفيذية العقد بوصفها سلطة إدارة وليست سلطة حكم، فالسلطة التنفيذية تعتبر سلطة حكم، حينما تباشر أعمال تتعلق بشؤون الحكم، وهي تلك المتصلة بإدارة شؤون الدولة من الناحية السياسية، ونعتبر سلطة إدارة حينما تباشر أعمالا تعلق بتسيير المرافق العامة، ومن ثم فإن العقد يكون إداريا إذا أبرمته السلطة التنفيذية فيها يتعلق إدارة مرفق عام، حيث تتصرف السلطة التنفيذية هنا بوصفها جهة إدارة[3].

---

[1] صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2017، ص 38.

[2] مجدي الشامي،العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية،الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر،2018، ص 31

[3] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 40.

وقد جاء في نص المادة 6 من قانون الصفقات العمومية على ألا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات، الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

وإذا كان هذا الشرط الأولي في تحديد طبيعة العقد الإداري يستتبع أن عقود الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة لا يمكن أن تكون عقودا إدارية، فإنه لا يتضمن مع ذلك أن تكون كل عقود الإدارة عقودا إدارية بالضرورة بإطلاق، بل أن الإدارة تتمتع بحرية التعاقد لأساليب القانون الخاص متى قدرت ملائمة ذلك لحسن سير المرفق العام[1].

2.معيار المرفق العام في تحديد مفهوم العقد الإداري: وقد كان الفقه في القرن التاسع عشر حتى بداية القرن العشرين متمسكا بالمعيار الذي كان يميز أعمال السلطة وأعمال الإدارة العامة، وكان الفقيه لفرير (Laferrière) رائد الفقه الإداري في نهاية القرن التاسع عشر وفي مؤلفه الشهير المطول في القضاء الإداري ظل متمسكا بمعيار السلطة العامة ودون أية إشارة إلى فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ولكن معيار المرافق العامة قد أقر به من قبل القضاءين المدني والإداري الفرنسي رويدا رويدا، وتواترت أحكام مجلس الدولة وأحكام محكمة التنازع في استخدام هذا المعيار الجديد، ولكن في 6 فبراير 1903 أصد مجلس الدولة حكمه الشهير في قضية تيريه (Terrier) الذي اعتمد المجلس فيها على معيار المرفق العام لتحديد اختصاص القضاء الإداري وحينئذ انتبه الفقه إلى حكم محكمة التنازع الصادر سنة 1873 في قضية بلانكو، كما وبعد ذلك أخذت محكمة التنازع بمعيار المرفق العام في حكمها الصادر في 29 فبراير 1908 في قضية فيثريFeutry وكذلك مجلس الدولة في حكمه بتاريخ 04 مارس 1910 في تيرون Thérond[2].

[1] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 50.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 31.

وهكذا ترى مدرسة المرفق العام أن المرفق العام يعني نشاطا يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ويتبع إدارته من قبل شخص عام، ويخضع لأحكام القانون الإداري والاختصاص القضاء الإداري، وبالتالي يكون لهذا المفهوم ثلاثة عناصر.

- عنصر مادي، نشاط يهدف إلى تحقق المصلحة العامة.
- عنصر عضوي: إدارة المرفق العام من قبل شخص عام.
- نظام قانوني: القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

كما أن معيار المرفق العام يتسم بالوضوح والبساطة، فهو المعيار الوحيد الذي يحدد نطاق تطبيق القانون الإداري وتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، كما يدل على ارتباط وثيق بين الشخص العام والمرفق العام والإدارة العامة، فهناك حقلان لعمل الإدارة العامة، الأول عندما تتصرف كأحد أشخاص القانون الخاص فتخضع لنفس القواعد التي يخضعون لها، والثاني هو عندما تتصرف كأحد أشخاص القانون العام فنخضع للقانون الإداري[1].

ولكن مع صدور قرار bac d'éloka الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية والذي أكد على وجود نوع جديد من المرافق العامة التي تمارس نشاطا طابع صناعي أو تجاري، كما ذكرنا سابقا. وأكد على اختصاص القضاء العدلي بالنظر بالمنازعات الناشئة عن ممارسة المرافق العامة الاقتصادية لنشاطها، وبسبب هذا المشكل بات الفقه يتجنب الإشارة إلى معيار ارتباط العقد بالمرفق العام لإضفاء الصفة الإدارية عليه، مما حدا به إلى إضافة معيار الظروف الاستثنائية غير المألوفة في العقد العادي.

3. تضمين العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص

وهذا هو الشرط الثالث والفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام، إذا كان شرطا لازما لكي يصبح العقد إداريا، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود، مما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام

[1] مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة- الامتياز- الشركات المختلطة --BOTتفويض المرفق العام- دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 21.

على أية صورة من الصور، مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد[1].

سيرى كثير من الفقهاء أن احتواء العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد في نطاق القانون الخاص هو العنصر الجامع في تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، حيث إن من شأن انطواء العقد على تلك الشروط التضحية بمصلحة المتعاقد مع الإدارة على سبيل تحقيق المصلحة العامة التي قصد بالتعاقد تحقيقها، ولهذا فإن هذه الشروط غير مألوفة في العقود المدنية التي تقوم على إعمال مبدأ المساواة والتوازن بين طرفيها[2].

وكان لحكم مجلس الدولة في قضية شركة الجرانيت –السماقي بفوج –بتاريخ 31 يوليو 1912 دور كبير في ظهور معيار جديد لتحديد مفهوم العقد الإداري، وهو معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، ويقول (مارسولينغ) وآخرون في تعليقهم حول هذا الحكم، وهكذا تم تعديل نطاق حكم – تيرون –الذي كان يمكن أن يؤدي إلى اعتبار على عقد تبرمه مدينة — إدارة– بقصد كفالة مرفق عام، عقدا إداريا، وقد أتاح حكم (شركة الجرانيت الساقي بفوح) للقضاء فرصة لتحديد مفهوم الشروط غير المألوفة ونطاقه[3].

والمقصود بها أنها شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، واستثنائية غير مألوفة بالقياس لشروط العقود الخاصة بين الأفراد، وتميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد، وبما يجعل الإدارة المتعاقدة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، فهي إذن وفي الجملة مما تتميز به العقود الإدارية ولا يواءم مع ما يرد في عقود القانون الخاص من نصوص، نذكر منها:

- حق الإدارة في توقيع الغرامات.
- حق الإدارة في فسخ العقد إن أخل المورد بأي شرط من الشروط.
- استقلال الإدارة المتعاقدة بوضع شروط العقد (دفتر الشروط).

الفرع الثاني: تأرجح العقد الإداري بين القانون العام والقانون الخاص.

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 86.

[2] حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 37

[3] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 33.

كما شرحت سابقا، لكي يكون العقد إداريا لا يكفي أن يتعلق بنشاط المرفق العام، وأن يهدف إلى المساعدة في تسييره، بل يجب أن يتضمن العقد أساليب القانون العام، أي عناصر غير مألوفة في القانون العادي تبرر إخضاع العقد لمبادئ وقواعد جوهرية تختلف عن تلك الموجود في القانون الخاص.

لكن هل باتت حجج ومبررات هذه المعايير، كافية لاعتبار العقد إداريا بحيث الأمر أضحى محسوما؟ فبظهور العقود الإدارية الجديدة والتي يرتبط نشاططها بالإستثمار كعقود التسيير المفوض للمرفق العام، تأرجح الفقه والقضاء في إخضاعها بين القانون العام والقانون الخاص، فما تقدير الفقه لذلك.

1- تقدير المعايير المميزة للعقود الإدارية

- تقدير أن تكون الإدارة طرفا في العقد: لقد تعرض هذا الشرط إلى عدة انتقادات منها:
- في كثير من الأحيان لا تحتفظ الإدارة بصفة الشخص المعنوي العام بعد إبرام العقد الإداري وهنا اختلف الفقهاء والاجتهاد، في بقاء العقد إداريا أو يفقد ذلك، فذهب جانب أن العبرة في تحديد طبيعة العقد ومن ثم طبيعة منازعاته والاختصاص القضائي في شأنه هي بوقت إبرام العقد، فإذا ما اجتمعت أركان العقد الإداري في العقد الذي تبرمه مثلا مؤسسة عامة، وهي من أشخاص القانون العام فإنه يظل محتفظا بطبيعته هذه وعلى عكس ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية، في حكم بتاريخ 1994/11/18 أن تحول الشخص المعنوي العام طرف العقد الإداري، بعد إبرامه إلى شخص خاص بفقد وصفه الإداري وينزع من ثم عن منازعاته طابع المنازعة الإدارية لتقع بالتبع في نطاق اختصاص القاضي العادي لا الإداري[1] وهناك صعوبة الترجيح بين الاتجاهين، فإذا كان الشرط الأولي في تحديد طبيعة العقد الإداري يستنتج أن عقود الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة لا يمكن أن تكون عقود إدارية ، فإنه لا يتضمن مع ذلك أن تكون كل عقود

[1] المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن 33/1386 ق في 18 يناير 1994 "الموسوعة الإدارية الحديثة" 1997/1993م، الجزء 49، قاعدة 12، ص 46، أوردته صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 47.

الإدارة عقود إدارية بالضرورة وبإطلاق ، بل أن الإدارة تتمتع بحرية التعاقد وفقا لأساليب القانون الخاص متى قدرت ملاءمة ذلك لحسن سير المرفق لعام [1] .

– صعوبة تحديد أعمال السيادة أو السلطة: حيث كان القضاء الإداري مختصا بالنظر في المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة العامة دون غيرها، أما الأعمال العادية كالبيع والشراء والاستئجار التي كانت الإدارة طرفا فيها بوصفها شخصا عاديا فكانت من اختصاص القضاء العادي.

– تقدير اتصال العقد بنشاط مرفق عام: هذه النظرية وإن كانت في بدايتها كانت من المسلمات بها لاعتبار العقد إداريا، ولكن نتيجة لتطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة مما عرضها للنقد الشديد[2]. ولم يعد هنا المعيار كافيا لتحديد مفهوم العقد الإداري بصورة مقنعة.

–تقدير الشروط الاستثنائية في تحديد العقد الإداري: وقد واجه هذا المعيار انتقادا من عدة جوانب أهمها:

– أن نظام العقود الإدارية قد صنع من امتيازات مخالفة والتي تخل بعنصر المساواة في العقود لمصلحة الإدارة، بينما نظام العقود الإدارية نظام توازني تعاوني[3].

– أن الفقه، يرى أن احتواء العقد على شرط يقضي بمنح جهة الإدارة في إلغاء العقد بإرادتها المنفردة شرطا استثنائيا يكفي وحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، في حين أن هذا الشرط معروف أيضا في العديد من العقود المدنية حيث يسمح المشرع لأحد المتعاقدين أو لكليهما بالحق

[1] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص51.
[2] صفاء فتوح جمعة، المرجع نفسه، ص 67.
[3] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 35.

في إلغاء العقد بإرادته المنفردة، كما الشأن مثلا في عقد العمل، وعقد الوكالة والوديعة، والقرض وغيرها، كما أنه لا يوجد ما يحول دون الأفراد بتضمين عقودهم المدنية هذا الشرط[1].

2-ظهور عقود إدارية جديدة ذات طابع استثماري

أقصد هنا عقود الامتياز وتفويض المرفق العام، وعقود الشراكة والعقود الأخرى المشابهة لها، والذي يكون هدفها الرئيسي هو استغلال واستثمار المرفق العام وفي مشاريع المباني التحتية كمحطات توليد الكهرباء وشبكات توزيعها ونظم الاتصال الهاتفية، المحلية والخارجية ومحطات إزالة ملوحة المياه، ومحطات معالجة مياه الصرف، مرفق توزيع المياه، والشبكات المستخدمة للنقل العمومي ومنها السكك الحديدية والقطارات تحت الأرض، وخطوط الحافلات والطرق والجسور والأنفاق والموانئ والخطوط الجوية والمطارات.

فيذهب جانب من الفقه إلى أن عقد تسيير المفوض للمرفق العام أنه من عقود الإدارة العادية التي تظهر فيها السلطة بمظهر الشخص العادي وليس بمظهر صاحب السلطة والتي تخضع في منازعاتها بشأنه للقانون الخاص، وأعتبر أنصار هذا الرأي أن عقد تسيير المفوض لا تتوفر فيه شروط العقد الإداري التي استقر عليها الفقه والقضاء القانونيان وقد أرجع الأستاذ حمادة عبد الرزاق حمادة، أن دوافع إرجاع هذه العقود للقانون الخاص الأمور التالية:

- أن الدولة إذا كانت تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بمالها من سيادة عليهم فإن نشاطها التعاقدي على الأجانب لا يمكن أن يقوم إلا على أساس من المساواة القانونية بين الأطراف استنادا إلى سيادة الدولة تكون داخل إقليمها أما خارج هذا النطاق الإقليمي فتقف الدولة موقف متساو بالنسبة للمتعاقد الآخر، ومن ثم لا تتمتع بسلطات استثنائية لا يسمح بها العقد على الطرف الأجنبي[2].
- أن الدولة في حاجة ماسة للنمو الاقتصادي، وحاجتها تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص، لذا فإن الغاية الاقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية لكون العقد مندرجا ضمن عقود الاستثمار.

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص89.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 128.

- أن إقامة المشروعات وفقا لعقود الامتياز وتفويض المرفق العام ثم وفقا لصيغة عقدية أقرب لعقود القانون الخاص، وما يسودها من مبدأ سلطان الإرادة أكثر من عقود القانون العام، وما تسودها من تمتع الإدارة بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها.
- في كثير من الأحيان وبدافع من متطلبات التجارة الدولية التي تقوم على إقامة مشروعات استثمارية بمعرفة شركات دولية النشاط والعديد منها إن لم يكن معظمها يتضمن إخضاعها للتحكيم وإقصائها من فضاء مجلس الدولة مما يؤكد انتقال طبيعتها الإدارية[1].
- القول بارتباط الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة هو قول غير صحيح، حيث إن هذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق فضلا عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزا لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، وإنما تضمن المتعاقد حقوقا أكثر مما يتضمنها العقد العادي.
- قد توافر في بعض العقود المقومات الثلاثة للعقد الإداري (عناصر العقد الإداري مجتمعة)، وبالتالي فالاعتبارات التي يسند إليها أنصار فكرة العقد المدني ليس من شأنها إخراج العقد من دائرة العقود الإدارية، وإدخالها في دائرة العقود المدنية متى توافرت له عناصر العقد الإداري، فالعقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ليست من طبيعة واحدة، فتارة تكون إدارية وتارة أخرى تكون مدنية والعبرة تحليل كل عقد على حدة لبيان النظام القانوني الذي يحكمه.
- إن الأسس التي يستند إليها أنصار فكرة العقد المدني والمتمثلة في انسجام العقود المدنية مع متطلبات التجارة الدولية، وما يقتضيه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الدولية، لا تعدوا أن تكون مجرد مناشدة من قبل الفقه للدولة لتتبع أساليب القانون الخاص.

بعد عرضي هذا أخلص إلى النتائج التالية:

- في العقد الإداري تمارس الإدارة السلطة بدون أن يكون منصوص عليها في كثير من الأحيان معتمدة على الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وهذا يعد خرقا لأهم مبدأ في القانون الخاص ألا هو مبدأ القوة الملزمة للعقد أو مبدأ ثبات عقود القانون الخاص، فالعقود

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 128.

الإدارية قواعده القانونية مرنة يمكن تعديلها بإرادة الإدارة المنفردة دون اعتراض من جانب المتعاقد، وهنا يشكل بذاته مظهر لقاعدة عدم المساواة المميزة للقانون الإداري بين طرفي العقد، وهذا يعتبر خرقا لعقود القانون الخاص التي تعتمد على المساواة والتوازن بين طرفيها.

- المعايير المميزة للعقد الإداري أصبحت غير مقنعة لكثير من الفقهاء، لذا في كثير من الأحيان يتدخل المشرع بنص العقد المبرم هو عقد إداري، لأنه إن ترك بدون تحديد ترك جدلا واختلافا، هذا ما سلكه المشرع الجزائري في قوانين العقود الإدارية كمثال على ذلك تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري.
- اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الحديثة، فرأي يعتبرها من قبل عضو القانون الخاص لأنها ذات طابع تجاري، ورأي آخر يراها أنها من قبل عقود القانون العام لأنها تتوفر فيها المعايير المميزة لها.
- نشأ تداخل غريب في تبني العقود الإدارية الحديثة، فعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص رغم نشأتها في بريطانيا التي تعتمد على القانون الأنجلوساكسوني، أدرجتها فرنسا ذات القانون اللاتيني الذي يعتمد على الازدواجية القانونية، وبريطانيا تبنت عقود الامتياز وتفويض المرفق العام رغم نشوئه في فرنسا، وهذا يؤكد أن التقسيم بين القانون العام والخاص ليس له معنى أو فعالية من الناحية العملية، وإنما يغلب عليه الطابع النظري.

المطلب الثاني: رقابة قاضي الاستعجال

دعوى الاستعجال دعوى قضائية تعزز من مشروعية العلانية والمنافسة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، بموجبها يحق لكل شخص له مصلحة في إبرام العقود الإدارية إقامة الدعوى بسبب حدوث المخالفات في العلانية والمنافسة، وبعد نشوء قضاء الاستعجال الإداري قبل التعاقدي عرف تطورا لاحقا في موقف المشرع الفرنسي بشأن توجيه الأوامر الى الإدارة وفرض الغرامة التهديدية عليها من قبل القضاء بغية تنفيذ احكام القضاء الإداري [1] . وأشرح ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص454

الفرع الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال ماقبل التعاقد.

الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد .

إن الطعن في إجراءات المنافسة المتعلّقة بتسيير المفوض للمرفقالعام المرتبطة بمبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام امام القاضي الإداري. ويكفلها القاضي عبر احترام المبادئ الأساسية ، ولا سيما المساواة في معاملة المترشحين ، وشفافية الإجراءات ، ودعوى في هذا الصدد متاحة للأطراف الثالثة المعنية الغير المتعاقدة تقديم عدة طعون ، يخضع كل منها لنظام محدد ، ويتم ذلك قبل إبرام العقد أو بعده، يكون ذلك أمام قاضي الاستعجال أو قاضي العقد حسب كل حالة ويجب أن يؤخذ هذا الإخطار بعين الاعتبار أعمال الإدارة ، التي يخضع عملها لرقابة القاضي ، طوال فترة التعاقد أو بعد التوقيع عليه، وللقاضي صلاحيات كبيرة ومتنوعة: حيث يمكنه وقف الإجراءات المتخذة في أي مرحلة كانت ، إلغاء العقد أو فرض غرامة مالية على الإدارة، كما أن أي تجاهل للأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالإعلان والمنافسة قد يعاقب عليها القانون جنائيا.

ومن الدوافع التي أدت بالمشرع الجزائري الى الأخذ بقضاء الاستعجال قبل التعاقد ما يلي:

-تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للعقود الإدارية منها تفويض المرفق العام في الجزائر، في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والأموال الهائلة التي رصدت لهذا الغرض.

- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم العقود الإدارية، مما أدى الى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية في كثير من الأحيان، وهو ما أثر سلبا على المناخ الاستثماري، بإحجام المستثمرين عن تقديم عروضهم من جهة، ظنا منهم أنها لن تنال القبول سلفا ، و لأن معايير الاختيار لاتتجاوب مع قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن ترتكز عليها العقود الإدارية من جهة أخرى ، وكان نتيجة لذلك تبديد أموال هائلة سدى[1]، حيث سعى المشرع من خلالها المحافظة على المال العام وتكريس الشفافية والحفاظ على الحقوق الأفراد من تعسف الإدارة من جهة أخرى[2].

[1] كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية، العدد الأول، المجلدالتاسع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17 جانفي 2018. ص288-303، ص 37.

[2] بركايل راضية، الدعوى الاستعجالية الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر ريشة الصام، الجزائر ،2015، ص 124.

-رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية، بعد أن تبث أن هناك فراغا تشريعيا فيها يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد[1] .

ودعوى قضاء الاستعجال في عقود تفويض المرفق العام ، هي نفسها دعوى الاستعجال في العقود الإدارية ، والتي تبرم بعد الإعلان والمنافسة عند إجراءات التعاقد ، والمشرع الجزائري لم يعط تعريفا للقضاء الاستعجالي سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2] وإنما كانت هناك إشارات الى بعض خصائصه ومميزاته ، إذ تمت الإشارة في المادة 918 من ق إ م إ على أن قضاء الاستعجال تتخذ في إطاره تدابير مؤقتة ، لا تمس بأصول الحق، وأن يتم الفصل في منازعاته في أقرب الآجال [3] وذلك إلى حين رفع دعوى محتملة في الموضوع وقد عرف الفقه القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال العقود الإدارية منها تفويض المرفق العام على أنه: " إجراء قضائي تحفظي مستعجل ، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام العقد ، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة "[4].

أ –خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد: بصفة عامة يكون قبل التوقيع على العقد، والغرض من هذا الإجراء هو وقف عقد يخالف قواعد الإعلان والمنافسة المعمول بهما، وتسمح للقاضي اتخاذ التدابير اللازمة لمعالجتها قبل توقيع العقد، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي :

-إن دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقدي هي وسيلة قضائية تقام بشأن المنازعات قبل التعاقدية وهي ذات صفة وقائية، لأنها تهدف وقاية المرحلة السابقة على العقد، من كل مخالفات قد تحدث بصدد العلانية والمنافسة.

---

[1] كنتاوي عبدالله، المرجع السابق، ص38.

[4] كوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيلي، برج بوعريريج، 2012، ص124.

[5] قانون رقم 08-09 مؤرخ في18صفر 1429 الموافق 25فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 مؤرخة في 23-04- 2008.

[4] براحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص 29- 47 رقم 1 ، المجلد 3 ، ص31 .

-يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطات مهمة وهي مألوفة في القضاء الإداري، والتي تتمثل في سلطات توجيه الامر والوقف والالغاء والإبطال، كتوجيه الامر بنشر إعلان عن المنافسة المطروحة في حالة عدم قيام الإدارة بذلك، ووقف إبرام العقد، أو وقف تنفيذ القرارات والإجراءات المتعلقة بعملية الإبرام، وإبطال بعض شروط العقد، وفرض الغرامة التهديدية على الإدارة.

-إن هذه الدعوى من دعاوى قضاء الاستعجال الإداري، ويبث فيها قاض منفرد وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوض، بأول وآخر الدرجة، أي غير قابل للاستئناف، ولكن قابل للتمييز، وبصفة الاستعجال، ولكن هذا لا يمنع أن يحيل القاضي المنفرد الدعوى الى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي، وإن الاختصاص الإقليمي لإقامة دعوى الاستعجال الإداري هو المحكمة الإدارية التي يقع في دائرتها مقر الإدارة التي صدر عنها التصرف المخالف للعلنية والمنافسة عند إبرامها لعقود تفويض المرفق العام.

-إن هذه الدعوى من دعاوي الاستعجال الموضوعي، لأن سلطة القاضي فيها تتجاوز قاضي الاستعجال الإداري العادي المنحصرة في اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، حيث يبث القاضي في موضوع النزاع وهو نزاهة أو قانونية العلانية والمنافسةوشفافية الإجراءات في هذه الفترة[1].

-اشترط المشرع الفرنسي في البداية لقبول دعوى الاستعجال قبل التعاقدي، وجود القرار الإداري السابق، ولكن بعد صدر القانون الرقم2000-597 بتاريخ 2000/6/30 [2]بموجبه اعفي من إلزام المدعي من تقديم طلب مسبق الى الإدارة، التي يراها من منظوره لم تراع الالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة.

-إن محل دعوى الاستعجال قبل التعاقدي قبل عام 2009 كان يشمل المنازعات الناشئة قبل التعاقدي المتعلقة بالعلانية والمنافسة في عقود الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام دون عقود إدارية أخرى ، ولكن بعد صدور الأمر رقم 2009 -512 [3] الذي نفذ اعتبارا من 1-12-2009، تم تعديل المادة 551 منه ، وبموجب الفقرة 1 منها، حيث أصبح يشمل

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص458

[2] Loi 2000-597, du 30/6/2000 relative au référé devant des juridictions administratives jorf du 1 juillet 2000, p9948.

[3]Ordonnance n ;2009-515 du7mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, a été publiées au jorf du 8 mai 2009 p 7796.

محل هذه الدعوى أيضا المنازعات الناشئة قبل إبرام في العقود الادارية الأخرى ، التي تتضمن إجراءات تعاقدية من علانية وشفافية ومساواة بين المترشحين ، وتكون في أغلب الأحيان نصوصها مكتوبة.

-وقد سهل المشرع الفرنسي إجراءات إقامة دعوى الاستعجال قبل التعاقدي من ناحية عدم إلزام توكيل محام فيها، حيث أن الحالات التي أوردتها المادة 108 من تقنين المحاكم الإدارية، والتي تستلزم توكيل المحامي في الدعاوي الإدارية لا تطبق على دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقدي.

- تقام هذه الدعوى قبل إبرام العقد، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي، أن فترة إقامة دعوى الاستعجال الإداري تنحصر قبل الإبرام أو توقيع العقد وذلك في القرار رقم 347526 الصادر بتاريخ 2011/8/2[1].

أ: شروط اللاستعجال قبل التعاقد:

-الشرط الأول في نوعية مقدمي الطلب (الذين يحق لهم الشروع في الاستعجال): هي "الجهات التي لها مصلحة في إبرام العقد والتي يرجح أنهاتضررت من الإخلال" بالتزامات الإعلان والمنافسة. وبهذه الطريقة، يمكن للقاضي الاستعجال قبل التعاقدأنيستمع من المرشحين المبعدين أثناء تطبيق مبدأي شفافية الإجراءات والمساواة في معاملة المترشحين ، وذلك في أي مرحلة من مراحل إجراءات المنح ، والمرشحون المحتملون الذين تأثروا بخرق مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي المتعلق بتفويض المرفق العام وهم الذين لهم مصلحة في إبرام العقد دون أن يثبتوا أنهم منعت ترشيحاتهم ، كما يمكن للوالي أيضا ان يتخذ مثل هذا الاجراء، لممارسة التحقق من الشرعية، إذا أبرم العقد من قبل الجماعات المحلية أو لمؤسسة عامة محلية ،حيث أجاز المشرع الجزائري للوالي إمكانية إثارة هذه الدعوى ، باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية طبقا للفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية والمؤسسة العمومية المحلية التابعة للولاية أو الولاية وعلى هذا الأساس يمكن

[1] CE, du 2 aout 2011 n° 347526 (la computation du delai que le pouvoir adjudication doit en vertu du 1er du l'article 8, du code des marchés s'imposer puis respecter entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et la conclusion du marché s'opère de date a date) .

للوالي إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود وهذا التمثيل جاء طبقا للمادة 11 من القانون المتضمن قانون الولاية ، والتي تنص على أن الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية وهو مفوض الحكومة [1] . في هذا المقام يطرح تساؤل حول إمكانية أن يكون الطاعن هو المفوض له الفائز، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القرار المؤرخ في 2011/12/23 أين اعتبر المؤسسة التي أعلن عن فوزها بالعقد ولم تتضرر من جراء مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد وليس لها مصلحة في الطعن في إجراءات إبرامه وبالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب إلغائه استنادا في المادة 1/551 من الفضاء الإداري الفرنسي [2].

الشرط الثاني للقبول هو طبيعته المهنية: نقصد هنا أن كل العقود التي يتم منحها بعد خضوعها لالتزامات الدعاية والمنافسة ويكون موضوعها تقديم خدمات كإنشاء أو تسيير مرفق عام، كعقود تفويض المرفق العامة. ومن ناحية أخرى ان القاضي غير ملزم بالإفادات المقدمة من طرفي العقد، فانه يفحص بصورة منهجية خصائص العقد لتحديد ما إذا كان يندرج في نطاق دعوى استعجال ما قبل التعاقد[3].

-الشرط الأخير فترة الإخطار: حيث يجب أن يتم الإخطار قبل التوقيع على العقد، وإذا أودع الطلب بعد التوقيع العقد يرفض القاضي المختص الطلب، وإذا تزامن توقيع العقد مع التحقيق ، يعلن القاضي عدم الحكم ، أما إذا انتهت مدة صلاحية العروض بسبب إجراءات التقاضي يرى مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يوجد نزاع موضع جدل ، حيث يرى المجلس أنه يمكن للشخص المعنوي المانح أن يواصل الإجراءات مع المترشحين الذين يقبلون تمديد فترة صلاحية العروض أو تجديدها ، وذلك لتجنب التوقيع على العقد [4].

باء: شروط قبول الإخطار السابق للتعاقد.

[1] كنتاوي عبد الله، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد17، مجلد 9، ص ص 288 – 303، جانفي 2018، ص292.

[2] أسماء بن ويراد، الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد ، كلية الحقوق بتلمسان ،ص ص 129 – 152 العدد 1، المجلد 1، ص 133.

[3] Marie Charlotte, op.cit, p 528.

[4] Marie Charlotte, Ibid, p567.

يجب استيفاء شرطين لكي يبسط القاضي السابق للعقد صلاحياته فمن ناحية، يجب أن يثبت أن السلطة المتعاقدة قد أخلت بالتزاماتها المتعلقة بالإعلان والمنافسة. ومن ناحية أخرى، فإن الإخلال الذي المكتشف يجب أن يكون من المرجح قد أضر بمقدم الطلب، ويتم تقييم كل من هذين الشرطين، فإن القاضي السابق للعقد يحكم على طلب مقدم الطلب. وفي هذا الصدد، يستخدم القاضي صلاحيات واسعة من السلطات لتكييف قراره مع الانتهاكات المحتج بها.

الفرع الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد.

أولا: تفعيل الوسائل التي أثارها مقدم الطلب.

الوسائل التي يمكن لمقدمي الطلبات اللجوء اليها هي "انتهاكات لالتزامات الإعلان والمنافسة، يقوم القاضي تقييم قرار الابعادحيث عليه أن يتأكد أن الطلب يشكل خرقا للالتزامات الإعلانوالمنافسة، وإذا كان مقدم الطلب كيانا قانونيا من أشخاص القانون العام، تقع على عاتق القاضي مسؤولية التحقق من أن الطلب المعني يندرج في نطاق ولايته القضائية.

وعلاوة على ذلك، ومن أجل إضفاء الفعالية الكاملة على سبيل الانتصاف.

وفيما يتعلق الاستفادة من الانتهاكات التي يرجح أن تكون قد أضرت بالطالب، بالنظر إلى نطاقها ومرحلة الإجراءات التي تتعلق بها، أو من المحتمل أن أضر به، بشكل غير مباشر بالاستفادة من الاستعجال السابق. وقبل صدور هذا القرار، السابقة للعقد ، يمكن لمقدمي الطلبات إثبات خرق للالتزامات المتعلقة بالدعاية والمنافسة ، وقد منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية صلاحيات لقاضي الاستعجال أثناء إبرام عقد تفويض المرفق العام ، وقبل التوقيع على العقد ، لاسيما عند تفعيل إجراءات الإعلان والمنافسة ، وكذا أثناء تفعيل المبادئ الأساسية : حرية الوصول للطلب العمومي، شفافية الإجراءات، والمساواة بين المترشحين، وذلك حماية لمبدأ المشروعية، حيث يمكن للقاضي تعليق التوقيع على العقد إلى حين أن يخطر السلطة الإدارية بقرار قضائي.

كما لها سلطات متعددة متفاوتة تتراوح بين الزجر والتعليق: وبالتالي يجوز له أن يأمر بإعادة الإجراء جزئيا أو بأكمله عندما يتبين أن هناك إخلال بالإجراءات، أوأن يطلب إعادة المرشح المبعد أو تأهيل المترشح المحتمل أو الكشف عن أسباب الرفض. ويجوز للقاضي أن يستخدم هذه الصلاحيات إذا كانت آثارها إيجابية، وذلك بترجيح المصالح التي يمكن أن تتضرر، بما في ذلك

المصلحة العامة"، وبالتالي يتعين علي القاضي أن يجري موازنة بين التكاليف والفوائد التي يحتمل أن يصدرها بشأن الأوامر الزجرية. ويختار الجزاء المناسب بين عدة تدابير التي يمكن أن يتخذها وتكون الإجراءات التي يتخذها القاضي إما تحفظية أو قطعية، ومن بين الإجراءات التحفظية سلطة الأمر وفرض التزامات تهديدية ووقف تنفيذ وإجراءات متعلقة بعملية التعاقد ووقف إبرام العقد، بحيث يستطيع القاضي رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه أن يأمر الإدارة بأن تراعي التزاماتها بشأن العلانية والمنافسة المفروضة عليها في القانون، مثال ذلك الأمر بنشر الإعلان أو إعادة نشره إذا كان النشر الأول غير مشروع[1].

المطلب الثالث: المنازعات المتعلقة بصحة عقود التسيير المفوض للمرفق العام

. تتشابه العقود الإدارية مع عقود القانون الخاص، من حيث ضرورة توافر أركان العقد المتمثلة أساسا في ركن الرضا، المحل والسبب إضافة إلى توافر شروط صحة انعقاد العقد، وإلى جانب كل هذا فإن الإدارة تخضع في عقودها إلى عدة شروط موضوعية وإجرائية تطلب المشرع ضرورة مراعاتها.

ويترتب على عدم توافر أحد هذه الأركان أو إذا تحقق عيب يؤثر على صحة العقد الإداري جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي الإداري الحكم ببطلانه[2] ،أتناولها في **الفرع الأول** كما أن عقود التفويض تتضمن عقود فرعية تساهم في تسيير المرفق العام وهي عقود المناولة، والصحة هذا العقد يلزم القانون شروط معينة أدرسها في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: منازعات شروط صحة عقود التسيير المفوض المرفق العام.

إن تكوين هذه العقود يتم عبر إجراءات معينة، وغياب ركن من أركانه أو وجود عيب يشوبه يؤثر على صحة العقد الإداري، فهل يملك القاضي الإداري سلطة تقديرية أم مقيدة، كما هو الحال بالنسبة لسلطة قاض الإلغاء في نظرية القرارات المنفصلة وتعتبر شروط الانعقاد بمثابة أركان التصرف القانوني وفي هذا الشأن يقوم كل تصرف قانوني على ثلاث أركان: الرضا، المحل، السبب، أدرسها فيما يلي:

---

[1]Marie Charlotte, op cit, page 539.

لتفصيل ذلك انظر مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ألطبعة الثانية، 2013، ص ص871 الى883.

[2]يوسف بن مصح بن سعيد الشكلي، المرجع السابق، ص 261.

1.ركن الرضا: يقصد بالتراضي تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد وهذا ما أشارت إليه المادة 59 من قانون المدني الجزائري بقولها: يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

وتنصرف تسوية المنازعات المتعلقة بركن الرضا أو الاختصاص في إبرام العقود الإدارية في حالة عدم وجود الرضا، وحالة وجود الرضا المعيب[1].

هناك علاقة بين ركن الرضا والاختصاص في إبرام العقود الإدارية، إن ركن الرضا في العقود الإدارية، يتمثل في إرادة المتعاقدين لأن الرضا يكون بتحرك الإدارة نحو شيء معين وتعلقها به أو اتجاه الإرادة إلى أمر وأثر قانوني معين، ولذلك فالرضا بمقتضى وجود الإرادة، الفقهاء يفضلون وضع كلمة الاختصاص في القانون الإداري بديلا عن الرضا[2].

إن توافق الإرادتين ركن لازم في التصرفات القانونية، ويقصد بتوافق الإرادتين اقتران إرادة الموجب بإرادة القابل على وجه التطابق وهذا الاقتران والتطابق هو تسمية بالتراضي والذي يكون من إيجاب وقبول.[3]

ويتمثل الإيجاب في العرض من طرف المتعاقد، فإذا وفقه قبول من طرف الإدارة المتعاقدة، انعقد العقد الإداري، أما الإعلان عن العقود الإدارية، فلا يعد سوى دعوى للتعاقد ولا يكفي لقيام العقود الإدارية، فلا يعد سوى دعوة للتعاقد ولا يكفي لقيام العقود الإدارية توافر الإيجاب والقبول، بل يجب أن يكون التراضي صحيحا خاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه، فإن شابت إرادة المتعاقد أي من تلك العيوب جاز له أن يطلب إبطالها.[4]

إن البحث عن سلامة ركن الرضا من العيوب يتطلب البحث عما قد يقع فيه الموظف المعبر عن إرادة الإدارة في عيب من عيوب الرضا، أو يشوب تصرفاتهم عيب من تلك العيوب إلا أن الأهم من ذلك يجب البحث أيضا عن الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد، لأن عدم أهلية الإدارة للتعاقد يأخذ شكل عدم مشروعية العمل الذي يرجع إلى عيب عدم الاختصاص.[5]

---

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 116.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 188.

[3] عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية القانون، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 470.

[4] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 286.

[5] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 190.

وتنقسم شروط صحة التعاقد إلى نوعين من الشروط شروط متعلقة بالأهلية وشروط متعلقة بسلامة أو خلو الإرادة من العيوب.

فمن حيث الشروط المتعلقة بالأهلية فيجب أن يتمتع المتصرف بأهلية أداء كاملة[1]، ويعد اكتساب الإدارة لصفة الشخص المعنوي تثبيت أهلية الإدارة، وقربها على التعاقد وبما أن الإدارة تعبر عن إرادتها من خلال ممثليها وهم الأشخاص الطبيعيون من الموظفين أو العاملين لديها[2]، لأن عدم أهلية الإدارة للتعاقد يأخذ شكل عدم مشروعية العمل التي يرجع إلى عيب عدم الاختصاص.

أما من حيث الشروط المتعلقة بصحة الإرادة خالية من العيوب وتتمثل هاته العيوب فيما يلي:

الغلط: والغلط في مجال إبرام العقد هو تصور مخالف للواقع يحمل الشخص المتعاقد على الإبرام وما كان هنا الشخص يبرمه لو أدرك الحقيقة، ومن هنا يظهر أن الغلط هو عيب يصيب الإرادة لأن الإرادة تتصرف بناء على أمر موهوم التي يكون هو الدافع إلى التعاقد والغلط التي يكون عيبا من عيوب الإرادة ينبغي أن يكون جوهريا وأن يتصل علم المتعاقد الآخر بالغلط، ومجلس الدولة الفرنسي يطبق القواعد العامة الواردة في القانون المدني فيما يتعلق بالغلط في العقود الإدارية حيث يبطل المجلس العقد الإداري إذا أخطأت الإدارة في شخص المتعاقد[3].

غير أنه فيما يتعلق بالغلط في القانون لا يأخذ القانون الإداري بما هو معمول به في القانون المدني وذلك بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة التي يمر بها إبرام العقد الإداري من النادر أن تقع الإدارة بأي خطأ أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فيشترط أن يكون الغلط جوهريا ودافعا إلى التعاقد ومتصلا بعلم المتعاقد، وأن يكون في قاعدة قانونية آمرة، حيث أن الخطأ وليس الغلط هو الذي يؤدي إلى مخالفة قاعدة قانونية آمرة أي خرقها ومن هنا يبرز الاختلاف بين الخطأ والغلط، أما بالنسبة للغلط في القيمة في العقود الإدارية فيفضل الفقه أن لا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد، بل سببا لخفض الالتزام وذلك مراعاة لسير المرافق العامة باطراد وانتظام[4].

2. العيوب الداخلية (المتعلقة بمحل وسبب العقد)

[1] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 483.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 190.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1960/04/26 في قضية (Damergue)حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة ومن هنا وقعت الإدارة في الغلط.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 212.

يقصد بالعيوب الداخلية للعقود الإدارية تلك التي تتعلق بجوهر التصرف القانوني، وتستمد من محل العقد التي يشكل موضوعه وسببه الذي يمثل مشروعية الالتزام[1]، وهناك قواعد قليلة في مجال العقد بشأن ركني المحل والسبب لأن القواعد العامة في القانون الخاص، هي التي تطبق في جميع العقود بوجه العموم.

العيوب المتعلقة بمحل العقد الإداري: يقصد بالمحل هو الشيء الذي تنعقد عليه الإرادة[2] فهو العملية القانونية التي قصد الطرفان تحقيقها، لأن محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، وهو إما نقل حق عيني القيام بعمل، وإما الامتناع عن العمل[3]وتشمل محل العقد في موضوعه، وموضع العقد الإداري يتعلق بالمرفق العام، لذا تم تحديد خصائص العقد الإداري كونه يتصل بالمرفق العام، ولكن احتياجات المرافق العامة كثيرة، وهذا ما جعل أن يكون تصنيف العقود الإدارية وفقا لتلك الاحتياجات[4].

ويشترط أن يكون المحل موجودا وممكنا، ويقصد بوجود المحل أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام ومن حيث المحل الممكن يتمثل في نقل حق عيني، ويتحقق البطلان الكلي للعقد إذا كان المحل غير مشروع أو مستحيل، ولكن يكون البطلات جزئيا إذا كان شرط أو بند في العقد غير مشروع أو مستحيلا ويبطل هذا الجزء ويبقى العقد صحيحا في باقي أجزائه ومنتجا لآثاره[5].

العيوب المتعلقة بالسبب: يعتبر السبب الركن الموضوعي الثالث لانعقاد التصرف القانوني، ويقصد به الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم أو المفوض له الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين المحل في أن هذا الأخير يحدد موضوع التصرف بينما السبب يحدد الغرض من هذا التصرف[6] إذن هو الباعث الدافع للالتزام في العقد[7]. ويتطلب ما يلي:

وجود السبب: ويقضي ذلك أن يكون لكل التزام سبب وإلا كان العقد باطلا.

---

[1]يوسف بن مصح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 292.

[2]عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 470.

[3]يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 232.

[4]عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 232.

[5]عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 239.

[6]عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 479.

[7]عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 244.

صحة السبب: يجب أن يكون السبب صحيحا فإذا كان السبب صوريا فيكون السبب غير صحيح ويكون السبب صوريا إذا أخفى سببا آخر غير مشروع.

موضوعية السبب: يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالف للنظام العام والآداب العامة.

والقاعدة العامة في سبب التصرفات القانونية مواد أكانت صادرة عن الأفراد أم عن الجهات الإدارية هي أنه لا بد أن يكون سببا موجودا وصحيحا، ومشروعا وكذلك الحال في التصرفات التعاقدية، يشترط في ركن السبب في الالتزام التعاقدي أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا أي غير مخالف للقانون ولا للنظام العام أو الآداب العامة[1].

ومن تطبيقات ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه ببطلان العقد الإداري لوجود عدم مشروعية السبب (Coure Illicite) في إبرامه[2]، كما وقد قضى المجلس في حكم آخر ببطلان العقد الإداري بسبب وجود عيب انحراف بالسلطة (Détournement de pouvoir)[3] في قرار إبرامه.

هكذا إذا أبرم العقد الإداري يقصد تحقيق مصالح خاصة بموجب اتفاق سري بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها، فالعقد يكون باطلا استنادا إلى الباعث غير المشروع ويكون العقد باطلا أيضا إذا شاب قرار الإبرام بعيب الانحراف بالسلطة[4].

كما أن مجلس الدولة الفرنسي في قضية maritime cu des Messageriesقضى في 12 نوفمبر 1948 بإلغاء عقد إداري وذلك لعدم توفر السبب في إبرامه[5].

---

[1] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 247.

[2] CE, 25 novembre 1921, les sounonnemes Henri Olive. (Traditionnellement, il était d'ailleurs le seul a pouvoir le faire c'est-à-dire le seul a pouvoir faire disparaître recroactivement si ce n'est le contrat du moins ses effets, puisque ni le cocontractant ni même d'administration ne peuvent prononcer le nullité du contrat – une telle possibilité existait sa exception, pour les contrats de fonction public-).

[3] CE, 5 Mars 1954, demoiselle soulier (demoiselle soulier REC), cet abus de pouvoir n'est le cas d'une décision du créer spécifiquement un poste administratif dans le but d'attribuer à une personne déterminée.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 249.

[5] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 251.

الفرع الثاني: شروط صحة عقد المناولة في التسيير المفوض للمرفق العام.

لا يستطع المفوض له في أغلب الأحيان القيام باستغلال المرفق العام بمفرده لذا يلجأ للتعاقد مع مناول أو مناولين في تنفيذ الاتفاقية.

ويصطلح على المناولة في العقود الخاصة والقانون المقارن بالتعاقد من الباطن، وعرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي الخاص بالتعاقد من الباطن رقم 1334 الصادر بتاريخ 1975/12/31 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2001/12/11 المعروف باسم قانون murcef التعاقد من الباطن على أنه العمل الذي بموجبه يعهد المتعاقد الأساسي إلى متعاقد ثانوي بموجب عقد من الباطن وعلى كامل مسؤولية الأول، مهمة تنفيذ جزء من الأعمال الموكلة إليه بتنفيذ بموجب عقده مع صاحب المشروع[1].

وعرف الفقه المناولة على أنها تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير يقصد تنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد ويفترض بطبيعة الحال أن يكون محل العقد قابلا للتجزئة[2]، أو اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها مقابل أجر"[3].

ويشترط قبول المناولة في عقود تفويض المرفق العام ما يلي:

-الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين[4]، ففي غياب القبول والموافقة، لا يكون للمتعاقدين من الباطن صفة الإشراك في تنفيذ الاتفاقية ويكون تدخله بالتالي غير قانوني[5]، إلا أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يترتب عليها أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقدا مع الإدارة وإنما هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعا[6].

---

[1]Loi n°2001- 1168 du décembre2001portant mesure urgente de réformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001, op cit.

[2]جهاد زهير ديب الجرازين، المرجع السابق، ص 262.

[3]جهاد زهير دين الجرازين، المرجع والموضع نفسه، ص 262.

[4]الفقرة الأولى من المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199.

[5]جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع نفسه، ص 168.

[6]جهاد زهيرديب الحرازين، المرجع نفسه، ص 270.

وبصورة عامة إن الإعلان عن التعاقد من الباطن يجب أن تتم فور العلم بها، جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي: «إن واقعة دعوى الإدارة المتعاقد الأساسي لتسوية وضعية المتعاقدين معه من الباطن لا تعني قبولا وموافقة من قبلها طالما أن المتعاقد الأساسي لم يتقدم من الإدارة بطلب الاستحصال على موافقتها على المتعاقد من الباطن وعلى شروط الدفع الخاصة به[1].

-لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك[2]، حيث يشترط أن تكون الموافقة منصوص عليها في وثيقة التفويض لأن هذا الحق سنده من طبيعة عقد التفويض[3].

قدرة الإدارة على رفض قبول المناول: يمكن تبرير الرفض لسببين:

-غياب القدرات والكفاءات المهنية والحالية لدى المناول بشكل يؤدي في حال القبول به إلى تنفيذ ناقص أو معيب[4].

-وجود ما يمنع المتعاقد من الباطن (المناول) من المشاركة، أي الإقصاءات من المشاركة في تفويض المرفق العام، المنصوص عليها في المادة 47 على النحو التالي، يقضي مؤقتا من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق الهام، المتعامل الذي يرتكب فعلا أو عملا ومخل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر2015[5].

آثار عقد المناول على أطراف التعاقد:

---

[1]CE 2/6/1989, ville porssey, point léger société nouvelle conservation individuel : article1 ; la requête de la SOCIETE -COMAP- est rejetée. Article 2 ; la présente décision sera notifiée à la société -comap- et au ministre délégué auprès du ministre de l'Économie des finances et du budget chargé du budget.

[2]الفقرة الأخيرة من المادة 61 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[3]جهاد زهير ديب الجرازين، المرجع السابق، ص 270.

[4]CE 2/3/1981 Moussey, contrats publics, numéro 106 janvier 2011, le nomiteur.

[5]المادة 47 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

السلطة المفوضة لا يمكنها أن تداعي المناول على أساس تعاقدي إنما يمكنها مداعاته على أساس المسؤولية التقصيرية وفي هذه الحالة يكون المناول خاضعا لاختصاص القاضي الإداري باستثناء علاقته مع المفوض له التي تدخل في إطار القانون الخاص[1].

عدم ارتباط المتعاقد من الباطن برابطة تعاقدية مع الإدارة، فإنه لا يسأل استنادا للمسؤولية التعاقدية إنما سندا للمسؤولية التقصيرية، حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي على أنه يبقى المفوض له ملزما بالموجبات التعاقدية، ولا يمكنه الدفع بخطأ ما ارتكبه المناول لإعفاء نفسه من المسؤولية وبصورة معاكسة لا يحق لصاحب المشروع الاعتداد بتدخل المتعاقد من الباطن لرفض دفع تعويض ومستحق للمتعاقد الأساسي[2]حيث يبقى المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة[3].

السلطة المفوضة محمية من احتمال سوء تنفيذ أشغال المناولة، بما أن المفوض له الذي يرتبط به تعاقديا يعتبر مسؤولا بالكامل[4]، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 61[5]، من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه ينبغي المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة.

مبدأ المسؤولية الشخصية للمفوض له عن تنفيذ التزامه بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه بالتناول حتى إن وافقت الإدارة على إبرامه، وتمتد المسؤولية لتشكل أخطاء المناول أو تأخيره في تنفيذ التزاماته والعلاقة بين المفوض له والمناول تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالفصل في المنازعة المتعلقة به[6] لأن العلاقة التعاقدية تتم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص.

يلتزم المفوض له بدفع ثمن الخدمات المنفردة لصالح المناول من شأنه أن يعفي المفوض له من موجبات اتجاه المناول حيث يبقى المفوض له ملزما كليا بالموجبات التعاقدية ولا يمكنه التنصل

---

[1] إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2015، ص 184.

[2]CE 2 Janvier 1965, société des BIS, Micher ouvrier moderne.

[3]الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

[4] إيلي مسعود خطار، المرجع السابق، ص 209.

[5]المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

[6]جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 270.

منها، وأكثر من ذلك لا يمكنه الدفع بخطأ ما ارتكبه المناول لإعفاء نفسه من المسؤولية وبصورة معاكسة لا يحق لصاحب المشروع الاعتداد لتدخل المناول لرفض دفع تعويض ومستحق المفوض له[1].

للمناول الحق في الحصول على الثمن المتفق عليه بالعقد والثمن في هذا المقام هو ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المناول نظير إتمامه ما اتفق عليه ويجري العمل على أن يحدد العقد الأعمال المطلوبة ويجري الواجب دفعه عند تمام هذه الأعمال[2].

إن المؤسسة التي تدخل في ورشة بصفتها متعاقدة بالمناولة دون أن يكون المفوض له قد صرح عن وجودها وعملها، يكون قد حرمها من الاستفادة من الدفع عن الأعمال التي نفذها[3] إذ نص القانون على عدم إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية بين الإدارة والمناول لعدم ارتباط الإدارة بعقد مع المناول واعتبارها بمثابة الغير بالنسبة للتعاقد بالمناولة[4].

وفي تدخل القضاء، فالمناول قد يكون متعاقد مع المرفق بعقود توريد سلع ولوازم لسد حاجاته أو من غير المتعاقدين معه ويكون القاضي العدلي المرجع الصالح للنظر في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات المعقودة بين المفوض له والمناولين[5].

المبحث الثاني: اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقود تفويض المرفق العام.

انطلاقا من تكييف عقد تسيير المفوض أنه ينتمي لفئة العقود الإداري، كما بينا سابقا وانعقاد صلاحية القضاء الإداري للنظر في المنازعات عن هذه العقود، حيث أن القضايا التي قد تنشأ عن علاقة بين المفوض له التعاقدية بالسلطة العامة ذات طبيعة إدارية، وتدخل بالتالي في اختصاص مجلس الدولة ،ويعتبر القضاء السلطة مانحة التفويض مسؤولة عن تعويض الضرر الناتج عن تنفيذ هذا الامتياز وترفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الإدارية من المنازعات الناشئ سواء أثناء تكوين

[1] جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 270.

[2] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 411.

[3] عبد الهادي السيد حسين، المرجع نفسه، ص 190.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع والموضع نفسه، ص 190.

[5] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 236.

العقد أو في فترة تنفيذ العقد[1]، والإشكال الذي يطرح هنا، ماهو مجال تدخل قاضي الإلغاء وقاضي العقد في عقود تسيير المفوض للمرق العام ؟ سنأحاول تفصيل ذلك في المطالب التالية:

-المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بتكوين العقد.

-المطلب الثاني: اختصاص قاضي العقد والقاضي العادي إزاء المنازعة.

- المطلب الثالث:دعوى التعويض في تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بتكوين العقد:

تأخذ هذه الحالات شكلين أو نوعين من المراجعات، مراجعة الإبطال لتجاوز حد السلطة ومراجعة القضاء الكامل وفيما يلي سأبحث كل حالة على حدى في **فرعين**.

الفرع الأول: مراجعة الإبطال لتجاوز حد السلطة (دعوى الإلغاء)

بدأ يظهر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1 ديسمبر 1903 في قضية Commune de guerre وتبلور نهائيا ووضحت معالمه في حكم لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 4 أوت 1905 في قضية Martin الذي أولى اهتماما واضحا بمصلحة الغير في إقامة دعوى إلغاء ضد القرارات التي تدخل في تكوين العقد الإداري[2].

ونظرا لأهمية حكم قضية Martin نحاول تسليط الضوء على هذا الحكم واستقراء ما جاء في الحكم الصادر فيها.

- **قضية Martin**: تتلخص وقائع قضية Martinفي قيام السيد Martinعضو المجلس العام لإقليم Loir et cher بالطعن في قرارات اتخذها المجلس المذكور في شأن عقد امتياز مرفق المواصلات وشكا من الظروف التي دعا فيها المجلس للتداول ومن الإجراءات التي اتبعاها المدير بعدم توزيعه على الأعضاء تفسيرا مطبوعا عن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية أيام، الأمور بالضمانات المقررة في قانون 10 أوت 1871 بشأن التنظيم الإقليمي.

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 273.

[2] يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 242.

وكانت ذريعة الإدارة أن القرارات المطعون فيه أدت إلى إبرام العقد ومن ثم لا يمكن أن تكون محلا للطعن تجاوز السلطة ولا يمكن أن ينظرها إلا قاضي العقد ولم تأخذ مجلس الدولة بهذا النظر بل على العكس أقر ضمنا قبول تجاوز السلطة الذي أقامه السيد Martin[1].

حيث خفف المجلس في هذه المرحلة الجديدة موقفه الجامد بإتباع المنهج التركيبي باعتبار العملية العقدية ككل لا يتجزأ واتبع منهجا تحليليا، وذلك بتحليل العملية العقدية بانفصال القرارات المساهمة في تكوين العقد عن العقد ذاته، وقبول الطعن بالإلغاء بشأنها بصورة مستقلة[2].

الحكم الصادر في قضية Martin[3] قبول الطعون من الغير في القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد من هنا أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الاقتراح وأشار إلى أنه قد يسبق إبرام العقد قرارات تعبر فيه الإدارة عن إرادتها المنفردة، هذه القرارات تسهم في تكوين وأن لكل ذي مصلحة الطعن فيها بالإلغاء وأن كان من الغير لأن من الغير من أسهم في إجراءات تكوين العقد.

وهكذا أقر مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في مداولات المجلس العام لإقليم Loir et cher الذي أقامه السيد Martin، حيث قام بتكييف هذه المداولات على أنها قرارات إدارية منفصلة عن عقد امتياز "التزام" وقد استند في تكييفه هذا إلى المعيار الشخصي أو الذاتي[4].

أهم ما يميز القرارات الإدارية المنفصلة، تكون سلطات القاضي الإداري فيها محدودة ولا يمكنه بأي حال من الأحوال مراجعة أو تعديل القرارات المتخذة من قبل الإدارة ، فلا يملك سوى إلغائها بسبب عدم شرعيتها وليس لعدم ملاءمتها أو سوء تقدير الوقائع فيها[5].

---

[1] يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص243.

[2] تابع: في تكوين ووجود العملية الإدارية المركبة ومدى فردية هذه القرارات أو عمومها حيث إن القرارات العامة حسب القضاء قرارات إدارية منفصلة دائما. (عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 335.)

[3] CE, 04 Aout 1905, Martin req 1114220, Rec ep 8749(recours des tiers contre les actes détachables d'un contrat, ainsi contre les clauses réglementaires, la requête susvisée du sieur martin est rejetée, et expédition intérieur).

[4] المعيار الشخصي يعتمد على الصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة غير المشروعة أمام قضاء الإلغاء أما المعيار المادي فيعتمد على مدى جوهرية القرارات الإدارية.

[5] يوسف بن مصح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 217.

ودعوى الإلغاء هي دعوى قضائية، وفي فرنسا كانت دعوى الإلغاء دعوى إدارية تفصل فيها مجالس الأقاليم إلى حين صدور قرار "بلانكو" المشهور[1] بدأت تصدر من جهات قضائية متخصصة.

وتعد دعوى الإلغاء من أقدم الدعاوي الإدارية، لأنها نشأت في فرنسا سنة 1790 عندما صد في شهر أكتوبر في السنة ذاتها القانون المرقم 7-14 (Loi des 7-14 octobre 1795) وإن اختصاص هذه الدعوى هو النظر في صحة القرار المطعون وصدور حكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع[2]. فالإدارة في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه العديد من القرارات فإن أمكن فصلها عن العقد، فتعتبر قرارات قابلة للانفصال ويمكن الطعن بالإلغاء فيها استقلالا عن العقد[3].

ودعوى الإلغاء هي الوسيلة الأساسية لتأكيد مبدأ المشروعية وعليه فقد تعددت تعريفات دعوى الإلغاء فعرفها البعض بأنها دعوى قضائية ترمي إلى أنه يلغي القاضي الإداري قرار غير مشروع، كما تعرف بأنها دعوى تستهدف إلغاء قرار لمخالفة القواعد القانونية[4].

ودعوى الإلغاء هي دعوى عينية، تخصم عين القرار[5]. وبما أن عقود التسيير المفوض للمرفق العامتعدعقود متعدية تتعدى إلى غير المتعاقدين (عكس العقود الإدارية الأخرى) نظرا لأنها لا تلجأ إليها الجهة المانحة في الأساس إلا تلبية لحاجات المنفعة العامة ولجمهور المنتفعين بالمرفق العام وأيا كان أساس امتداد أثر تلك العقود إلى الغير (الخارجين عن العقد) سواء كانت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير[6] .

---

[1] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 99.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 305.

[3] أحمد عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 238.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 471.

[5] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 472.

[6] الاشتراط لمصلحة الغير: هو عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشترط على الطرف الآخر، ويسمى المتعهد، إلتزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد، يسمى المنتفع، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر المنتفع قبل المتعهد.

أو الطبيعة الذاتية لعقود التفويض[1]، فإنه يتيح للغير حقا يستمده من تلك العقود يستطيع بها الغير أن يحمي حقه المستمد من تك العقود[2].

فكما قلت هي دعوى عينية تختصم عين القرار الإداري الطعن بصرف النظر عن مصدره فهي تثير مخالفة القاعدة القانونية بصرف النظر عن العلاقة التي تربط بين هذه المخالفة وحقوق الأفراد ،كما أن عينية الخصومة تعني أن الحكم الصادر بالإلغاء حجة على الكافة[3].

ومجال قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية محدود حيث إن العقد ليس قرارا فرديا، ويشترط لقبول دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري، وبالتالي لا يجوز رفع دعوى إساءة استعمال السلطة ضد العقد الإداري باعتباره عملا نهائيا ولا يمكن الإسناد في قضاء الإلغاء إلى مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كأحد الأسباب التي تجيز إلغاء القرار الإداري، حيث تعد دعوى الإلغاء جزاء لمبدأ المشروعية، في حين الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية[4].

وبما أن إبرام العقد الإداري يمر بعملية قانونية مركبة والتي تتخللها قرارات إدارية قابلة للانفصال، وهي تكون محلا لدعوى الإلغاء، ولقبول هذه الدعوى في مجال الطعن بتلك القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة إبرام العقود الإدارية شروط خاصة[5].

حيث يحق لغير أطراف العقد والمنتفعين في عقود إدارة المرافق العامة، اللجوء إليها بشأن المنازعات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية[6].

إن القرار الإداري القابل للانفصال يتميز عن القرار الإداري البسيط كونه يساهم مع الأعمال الإدارية الأخرى في تكوين عملية قانونية مركبة ويعد مصدرا لإنشاء الحق سواء أكان عينيا أو حق شخصيا[7].

---

[1] الطبيعة الذاتية لعقود الامتياز: جاءت نظرية الطبيعة الذاتية ردا على الاتجاه الذي دعا الى الاستناد الى نظري لمصلحة الغير، وترى هذه النظرية أن طبيعة العقود الإدارية ترتب آثار في مواجهة الغير تستمده من القوانين واللوائح ومن شأن ممارسة هذه الاختصاصات ترتيب آثار قانونية حقوقا والتزامات في مواجهة الغير.

[2] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 469.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 472

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرج السابق، ص 160

[5] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 305.

[6] عثمان علي ياسين، المرجع نفسه، ص 80.

[7] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 308.

الشروط العامة لدعوى الإلغاء: إن شروط قبول دعوى إلغاء في الطعن بالقرار الإداري القابل للانفصال عن العقد في مرحلة إبرامه، هي الشروط ذاتها التي من المفروض توافرها في جميع القرارات الإدارية بصورة عامة بغية قبول الطعن بالإلغاء ضدها[1]، لعل أهم هذه الشروط ما تعلق منها بمحل القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد، ثم الشروط المتعلقة برافع الدعوى، وشرط الميعاد، أحاول دراستها فيما يلي:

1- الشروط المتعلقة بمحل القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد:

لا بد أن يكون القرار صادرا عن سلطة إدارية وطنية وأن يكون قرار نهائيا ويترتب بذاته أثرا قانونيا.

- صدور القرار الإداري من السلطة المفوضة: يجوز لصاحب الامتياز أن يقدم بمثل هذه المراجعة في وجه أي عمل إداري تتخذه السلطة المانحة ليس بصفتها هذه كطرف في العقد، بل بصفتها السلطة التنفيذية المختصة[2].

فلقد خط مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه وأبرزه بصورة واضحة وصريحة في قراراه الشهير الصادر بنتيجة مراجعة الإبطال المقدمة بتاريخ 6 كانون الثاني 1907 من شركة الشمال طعنا بمرسوم صادر عن الحكومة الفرنسية بتاريخ 1 مارس 1901 وقضى بفرض موجبات جديدة على الشركات صاحبة الامتياز في عقود الامتياز الجارية في حينه بين هذه الشركات وبين الدولة الفرنسية.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي قبول المراجعة شكلا معتبرا أن الحكومة عندما أصدرت المرسوم المطعون فيه أنما فعلت ذلك بالاستناد إلى ما خصها به من صلاحيات بالموضوع قانونا 11 جوان 1842 و15 جويلية 1845، وليس بصفتها السلطة مانحة الامتياز والطرف في عقد الامتياز[3].

قبل مجلس الدولة الفرنسية مراجعة الإبطاء لتجاوز حد السلطة ضد قرار وزاري مشترك تم اتخاذه بالاستناد إلى المرسوم التشريعي بتاريخ 30 جوان 1945 المتضمن أحكاما بشأن الأسعار وذلك

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 340.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 279.

[3] CE, Paris 6 décembre 1907 Ste du Nord entante, Rev Adm, p 914 Note Tardieu (compagnie de chemin de fer de l'est, recours pour excès de pouvoir contre un règlement pus en vertu d'une délégation législative).

لأن القرار انطلق من الأحكام ليضع تعريفات خاصة برسوم المرور على الطريق السيّار[1] أيضا ضد قرار بلدي يفرض تدابير وقائية على صاحب امتياز استثمار كهرباء[2].

- كون القرار الإداري نهائيا ومرتبا بذاته أثره القانوني

إن شرط نهائية القرار الإداري يتضمن صدور القرار من سلطة إدارية تختص بذلك، دون حاجة لتصديقأوتعقيب من سلطة أخرى أعلى منها، أو إجراء لاحق مكمل للقرار، وأن يكون القرار قابلا للتنفيذ والتطبيق فور صدوره.

وفي هذا المقام اعتبر مجلس الدولة الفرنسي القرارات الصادرة من قبل الجهة الإدارية في المرحلة الممهدة للتعاقد، قرارات إدارية منفصلة وقبل الطعن فيها بالإلغاء، مثل قرار الترخيص أو التصريح بالتعاقد وقرار استبعاد الأشخاص من التعاقد مع الإدارة وكذلك قرار إبرام وتوقيع العقد[3].

ومن أمثلتها كذلك القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية الخاصة بالترخيص أو الموافقة على إجراء التعاقد والقرارات الصادرة عن جهة إدارية أو مجلس محلي[4].

وقد ثار جدل كبير حول هذا النوع من القرارات كونها مجرد قرارات تحضيرية وليست قرارات نهائية، وثم فإنه لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لا يوجه إلا للقرارات النهائية.

فيرى جانب من الفقه أن القضاء الإداري عن هذا الشرط في الكثير من أحكامه بصيغة أن يلحق القرار آذى بالمدعى ومؤذاه أن القرار لا يكون قابلا للطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة إلا إذا كان يترتب آثارا قانونية في غير صالح المدعى.

وإعمال هذا الشرط يتضمن استبعاد كل ما من شأنه عدم التأثير في الوضعية القانونية للمدعى وهذه الأعمال هي:

---

[1]CE 13 mai 1977, Autoroute financiers et industriel company, DOLLOZ, Siray 1978, p130, Note de livre (les péages autoroutiers , qui sont réclamés usagers en vue e couvrir des charges d'un service public déterminé et ls frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public trouvent leur contrepartie directe dans ls prestations fournies par le service et dans l'utilisation de l'ouvrage et doivent par suite , quelle que soit la nature des rapports concesionnaires avec leurs usagers et quel que soit le tégimefscal applicable en l'éspèce , pour les sociétés concessionnaires de fixer librement de tarif des péages autoroutiers.

[2]CE, Paris 12 novembre 1943, sie de la force motrice de vercorsrec, p 252.

[3]عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 351.

[4]يوسف بن مصبح، المرجع السابق، ص 256.

أ – القرارات المؤكدة لقرارات سابقة: ويشترط لعدم قبول الطعن شرطان الأول وحدة الموضوع بين القرارات والثاني انعدام أي تغيير في الظروف الواقعية أو القانونية خلا الفترة التي تفصل بين القرارين.

ب – الأعمال التحضيرية: وهي جملة الأعمال الإجرائية السابقة على القرار النهائي وعلى الرغم من أهمية هذه الأعمال فإن القضاء يجردها من أي صفة تنفيذية إذ ليس من المؤكد أن القرار النهائي سيصدر وفق ما اتجه إليه العمل التحضيري غير أنه بالإمكان تأسيس الطعن بالإلغاء في القرار النهائي على عيب في الإجراءات التحضيرية ومن أهم الأعمال التحضيرية الآراء Avis والاقتراحات Proposition طلب الحصول على معلومات.

ج –الإنذارات الاعتذارات: هي الإجراءات التي تتضمن أمر للأفراد بالتصرف على نحو معين أو الامتناع عن تصرف ما وتهدد أحيانا المخاطبين بها ببعض الإجراءات في حالة مخالفة الأمر ويعد الإنذار أو الإعذار قرارا إداريا يؤثر في المركز القانوني ويقبل بالتالي الطعن بالإلغاء، فيما عدا الحالتين التاليتين:

1.الحالة الأولى: أن يكون الإنذار مجرد إجراء ضروري للقرار النهائي، إذ في هذه الحالة يجب على صاحب الشأن انتظار القرار النهائي للطعن فيه.

2.الحالة الثانية: أن يقتصر الإنذار على مجرد تذكير المعني بمراعاة الالتزامات الواردة في النصوص القانونية النافذة.

د. المداولات: مجالس البلدية أو العامة تكون نموذجا بقرارات الواجبة التنفيذ التي اعتبرت منذ أكثر من نصف قرن قابلة للانفصال من العقد المتعلقة به، بسبب طابعها كقرارات صادرة عن إرادة واحدة، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن بالإلغاء الموجه إلى مداولة (Délibération) التي أجراه المجلس العام بشأن عقد امتياز خطوط سكك الحديد الكهربائي (concession de Tramways).

3–الشروط المتعلقة برافع الدعوى: هي أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة لمباشرة حق التقاضي وأن تكون له المصلحة والصفة في الدعوى المقامة[1].

[1]عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 356.

فالأهلية تخضع لقواعد القانون المدني، وطبقا لهذه القواعد تثبت أهلية التقاضي لكل شخص بلغ من السن 19 سنة متمتعا بقواه العقلية، فإذا كان ناقص الأهلية لصغر سن أو عته أو جنون ناب عنه ممثله الشرعي[1] ، كما تثبت الأهلية للشخصية المعنوية، وتتحقق عبر شخص طبيعي له صفة الممثل القانوني، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 50 الفقرة السادسة من القانون المدني (نائب يعبر عن إرادتها).

الصفة والمصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد: الصفة هي القدرة على اللجوء إلى القضاء بقصد الدفاع على حق أو مصلحة[2] فبالتالي إذا كان القرار الإداري قد رتب آثارا قانونيا، وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركزا قانونيا، وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني للأشخاص، مما يعني المساس بمصالحهم وقد يشكل اعتداء على هذه المراكز، وهذا ما يدفع بصاحب الشأن إلى الالتجاء إلى القضاء لرد هذا الاعتداء[3]، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الذين لهم مصلحة في الطعن بالإلغاء في قرارات الطلب على المنافسة هم الذين اشتركوا فيها فعلا، أما الذين منعوا من الإشراك فيها أي تم استبعادهم فلا يقبل منهم الطعن في قرار المنح، ولكن لهم حق الطعن في القرار الصادر باستبعادهم ولكن عندما استثنى مجلس الدولة الفرنسي الأشخاص الذين اشتركوا في المنافسة ورست عليهم العملية من حق رفع الطعن بالإلغاء ليس لانعدام المصلحة بل لأن لهؤلاء الحق في أن يسلكوا طرق طعن أخرى، بناء على فكرة الطعن الموازي إذ يتعين عليهم أن يرفعوا دعواهم إلى قاضي الموضوع أي القضاء الكامل: قاضي العقد مباشرة[4].

أما بشأن توفير وقت المصلحة، فإن القضاء الإداري الفرنسي اكتفى بوجود المصلحة أثناء رفع دعوى الإلغاء دون اشتراط استمرارها حتى صدور الحكم في الدعوى وذلك استنادا إلى الطبيعة

[1] المادة 40 و41 من القانون المدني، الأمر 75 المؤرخ في سبتمبر 1975 المعدل بقانون رقم07- 05 المؤرخ في 13 ماي 2007،ج ر ج ج 31 في 13ماي 2007.

[2] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 115.

[3] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 357.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 360.

الموضوعية لدعوى الإلغاء لأن هدفها حماية مبدأ المشروعية وحتى إذا نقصت المصلحة الخاصة لرافع الدعوى فإن المصلحة العامة المتمثلة بإلغاء القرار الإداري غير مشروع، ستبقى قائمة[1].

المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء في القرار الإداري المنفصل: المبدأ لا دعوى بدون مصلحة، وهو أصل في قانون المرافعات أنه لا دعوى بدون مصلحة، الفائدة التي تعود على رافع الدعوى جزاء الحكم له بجمع طلباته أو بعضها فقط[2].

ويرى جمهور الفقهاء أنه في نطاق دعوى الإلغاء تندمج الصفة مع المصلحة وذلك لأن المصلحة في دعوى الإلغاء أكثر اشتمالا واتساعا من المصلحة الواجبة في الدعاوي الأخرى لأنه يكفي بالطاعن أن يتأثر في مركزه القانوني دون اشتراط اعتداء على حق وإن حكمه التوسع بشرط المصلحة هي لضمان مبدأ المشروعية وأن ذات الحكمة جعلت الفقه والقضاء يستقر على اعتبار الصفة مندمجة بالمصلحة لا شرطا قائما بذاته لقبول دعوى الإلغاء[3].

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين عدم ضرورة التمييز بين الأطراف المتعاقدة والغير على أساس أنه ينبغي قبول دعوى الإلغاء ضد كافة القرارات المنفصلة موضوعيا[4].

ففي مجال المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية توجد صفة المتنافسين من الأفراد يتقدمون إلى طلب على المنافسة التي تعلن عنها الإدارة لإبرام عقودها لذا يطلق على صاحب المصلحة في الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في هذه المرحلة مصطلح (المتنافسين أو المرشحين للتعاقد)، لم يتم بعد، فلا يمكن إطلاق صفة المتعاقد أو الغير الأجنبي عن العقد وقد يكون المرشحون للانتفاع بالمرافق العامة في إبرام العقود الإدارية، لهم أحيانا صفة ومصلحة في الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المفصلة عن العقد في مرحلة إبرامه، لذلك إذا خالفت الإدارة البنود القانونية المفروضة عليها عند إبرام العقود الإدارية في إصدار قراراتها المنفصلة عن العقد، يجوز لكل

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1903/8/7 في قضية Chablot والحكم الصادر بتاريخ 1905/2/3 في قضية Storch
CE, 7aout 1903, sieurs chabot et autres, requête numero 7836 rec p620 que le pouvoir formé contre la délibération du 23 aout 1901 ainsi devenu sans objet- CE, 3février 1905 stoch, la requête est rejetée. Décide que les mesures reprochées, dans les ciconsances ou elles avaient été prises ne constituaient pas le refus de communication de documents municipaux).

[2] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 117.

[3] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 368.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 473.

ذي مصلحة صفة في الطعن بالإلغاء ضد تلك القرارات في هذه المرحلة، وفيما يتعلق بالمتعاقد مع الإدارة فإنه يكون له المصلحة في الطعن بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد في مرحلة إبرامه أمام قاضي الإلغاء وذلك في حالة صدور هذه القرارات استنادا إلى القوانين واللوائح[1].

2-شرط الميعاد لقبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد: تنص المادة 829 من ق إ م إ يحدد ميعاد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي[2].

ونفس الآجال نعمل به أمام مجلس الدولة عندما يفصل كدرجة أولى وأخيرة[3].

إن الميعاد يعد من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، كما يجوز الدفع به في أية مرحلة من مراحل الدعوى وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، وأن هذا الميعاد من مدد السقوط بحيث يسقط حق الطعن بعد فواته[4].

نشير أن أسباب الطعن في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري هي نفسها أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية بصفة عامة ومن ثم يجب أن يستند الطعن إلى وجه أو أكثر من وجه عدم المشروعية التي تمكن أن تعين القرار الإداري بصفة عامة كعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة[5].

الفرع الثاني: الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل.

لقد ظل القضاء الفرنسي وحتى أوائل القرن الواحد والعشرون الحالي، يرفض فصل القرارات التي تسهم في تكوين العقد متمسكا بوحدة العملية العقدية[6] وهي النظرية التي كانت تعرف بنظرية الاندماج (حماية الحقوق المكتسبة)، إلى جانب (نظرية الدعوى الموازية) التي بالاعتماد عليها يدفع

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 370.

[2] المادة 829 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر 21 في 23 أبريل 2008.

[3] المادة 907 من قانون رقم 08-09 سالف الذكر.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 379.

[5] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 258.

[6] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 238.

الطاعن بالاستغناء عن الدعوى في القرارات الإدارية القابلة للانفصال نحاول دراسة هاتين النظريتين فيما يلي:

الحجة الأولى: نظرية حماية الحقوق المكتسبة (الاندماج): حيث اعتبر القضاء الفرنسي أنه بمجرد الانعقاد النهائي للعقد تسير كافة القرارات المساهمة في تكوينه جزء لا يتجزأ من بنيانه، فشكل العملية التعاقدية بذلك كتلة واحدة لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئة ويختص بنظر كافة المنازعات الناشئة عنها قاضي العقد[1] وبناء على هذه الفكرة قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرارات الإدارية وذلك لمخالفة تلك القارات للقوانين والحقوق المكتسبة[2].

لذا فإن القرارات التي تدخل في عملية مركبة بمجرد صدورها تؤدي إلى اكتساب الحقوق، وبالتالي لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي في البداية الطعن في تلك القرارات[3].

وقد أسفر هذا المسلك من جانب القضاء الفرنسي عن أمرين أولهما عدم قبول مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء ضد أي قرار خاص بالعملية العقدية، سواء كان هذا الطعن موجها من أحد المتعاقدين أو من الغير، والأمر الثاني أنه إذا كان أمام المتعاقد فرصة الطعن في العقد أو في القرارات المرتبطة به أمام قاضي العقد، فإن غير المتعاقد (الأجنبي عن العقد)، إذا طعن أمام قاضي العقد كان طعنه غير مقبول استنادا إلى مبدأ سببية آثار العقد لغير طرفيه، وإذا سلك الغير طريق الطعن بالإلغاء في القرارات المرتبطة بالعقد كان طعنه غير مقبول كذلك، حيث يواجه بتمسك القضاة بنظرية الاندماج وعدم جواز الطعن في أي من هذه القرارات، مما يصيب غير المتعاقد بأضرار غير بسيطة[4]، ولكن بعد ذلك تبين عدم صحة حجة حماية الحقوق المكتسبة بعدم الطعن في القرارات القابلة للانفصال في العملية العقدية المركبة، لأن الاجتهادات القضائية[5] توصلت إلى أن إلغاء تلك القرارات لا يمس الحقوق التي اكتسب من العقد الإداري، حيث أن إلغاء القرار الإداري من قبل قاضي الإلغاء لا يؤدي إلى إبطال العقد الذي ابرم أثر القرار ويبقى العقد قائما

[1] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 238.

[2] CE delonre du 27/071877.

[3] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 334.

[4] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 239.

[5] CE Martin 4 août 1905, (132 الصفحة ،من قبل إخراجه تم مارتن قضية أبرزها من)

ومنتجا لآثاره حتى يتم إلغاؤه من قبل قاضي العقد في القضاء الكامل بإبطاله بناء على دعوى مقامة بهذا الشأن[1].

الحجة الثانية: نظرية الدعوى الموازية: الدعوى الموازية تعني وجود الوسيلة القانونية التي بإمكان الأشخاص إتباعها بقصد إلغاء القرار الإداري، دون الحاجة إلى اللجوء إلى دعوى الإلغاء لهذا الغرض، وإن هذه الوسيلة تؤدي إلى ذات النتائج التي تبتغيها دعوى الإلغاء، لذا ففي حالة وجود هذه الوسيلة أو الطريقة القانونية، تفقد دعوى الإلغاء شروط قبولها[2].

وقد صدرت في هذا الصدد عدة اجتهادات منها قضية Larbaud بتاريخ 12/26/ 1962 اتجه إلى أن طعون الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الإدارية النهائية لا تقبل أمامه إذا كان بإمكان الطاعن إتباع طريق طعن آخر لطلب إلغاء القرار المطعون فيه[3]..

ولكن لم تدم المرحلة السابقة طويلا إذ صدر في 24 ماي 1872 قانونا اعترف لمجلس الدولة بصلاحية الفصل في المنازعات الإدارية دون حاجة إلى مصادقة السلطة الإدارية على قراراته، ولم تعد الأحكام تصدر باسم رئيس الدولة،بل باسم الشعب الفرنسي، ومنذ ذلك التاريخ أصبح مجلس الدولة جهة قضائية عليا بأتم الكلمة حيث تم الفصل بين القضاء الإداري والعادي[4] وهكذا أصبح عدم وجود الطعن الموازي أو المقابل شرطا لقبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي.

ومنذ سنة 1953 والتي تم فيها إصلاح في نظام القضاء الإداري الفرنسية وذلك بصدور مرسوم 30 سبتمبر 1953 حيث نقل اختصاص مجلس الدولة كقاضي القانون العام إلى اختصاص المحاكم الإدارية، وبهذا التعديل في الاختصاص فقد شرط الدعوى الموازية أهمية العملية كثيرا لأنه تقلصت تطبيقاته في مجال معين ,أصبح التمييز الآن يتحدد فيما إذا كانت الدعوى الموازية من اختصاص المحاكم الإدارية أو المحاكم في القضاء العادي[5]، هذا ما أدى إلى خلط بين نظرية

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 334.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 322.

[3] CE, Larbaud du 26/12/1962.

[4] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 81.

[5] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 329.

الدعوى الموازية وإعمال قواعد الاختصاص لذا اقترح البعض استبعاد هذه الفكرة من بين شروط دعوى الإلغاء والاكتفاء بأحكام الدفع بعدم الاختصاص[1].

وهذا إن نظرية الدعوى الموازية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة من مراحلها كشرط في عدم وجودها لقبول دعوى الإلغاء ولكن هذا الشرط في البداية حجة لعدم قبول الطعن بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال في العملية القانونية المركبة التي تكون منازعاتها من اختصاص ولاية القضاء الكامل ولكن انتقلت هذه الحجة بتعبير موقف المجلس منذ بداية القرن العشرين.

وتبين ذلك الموقف تشكل جلي في حكمه في قضية Lavage وقبل ذلك في أحكمه أخرى وهي مقيمة ذلك الأحكام حكمه في قضية Martinعام 1905[2].

ومن القرارات التي يتصور صدورها في هذه المرحلة القرارات الصادرة عن اللجان، باستبعاد أحد المستفيدين في طلب العروض دون وجه حق[3].

وتتعدد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد تفويض المرفق فهي تشمل مرحلتي إبرام وتنفيذ عقد التفويض.

في مرحلة إجراءات الإبرام: من الصعوبة بما كان تحديد وحصر جميع القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة إبرام العقود الإدارية، ولكن سأحاول ذكر ما توصلت إليه، على سبيل المثال لا الحصر[4]:

- قرار الترخيص بالتعاقد أو عدم إعطاء الترخيص.
- القرارات الاستشارية، ومداولات المجالس المحلية بشأن إبرام العقد الإداري.
- قرار تحديد أو وضع دفتر الشروط طلب على المنافسة.
- قرار إعلان عن المنافسة أو قرار إعادة الإعلان.
- قرار تشكيل اللجان (لجنة تفويضات المرفق العام، لجنة اختيار وانتقاء العروض، لجنة للتسوية الودية للنزاعات).

[1] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 331.

[2] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص ص 331 و332.

[3] يوسف بن مصبح، المرجع السابق، ص 256. ,CE 8 avril 1906أورده يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 256

[4] عثمان ياسين علي، المرجع نفسه، ص 338.

- قرار اختيار أو إتباع طريقة معينة من طرق إبرام العقد الإداري (الطلب على المنافسة، التراضي بنوعيه).
- قرار بإلغاء قرار إجراء الطلب على المتنافسة أو العدول عنهما.
- قرار إرساء أو المنح المؤقت أو النهائي.
- قرار استبعاد أحد العروض.
- قرار رفض تجديد العقد.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أعمالا منفصلة المقررات الصادرة عن المجالس البلدية أو المجالس الإدارية الأخرى صاحبة الاختصاص بالموضوع الذي يقترن بقرارات نافذة تقضي بوجوب التعاقد مع الغير[1].

القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد عند إبرام العقد: يمكن ذكر على سبيل المثال أهم القرارات القابلة للانفصال عن العقد الصادر عند إبرامه فيما يلي:

- القرار الصادر بإبرام العقد أو رفض إبرامه.
- القرار الصادر باعتماد العقد أو عدم اعتماده.
- القرار الصادر بتوقيع العقد أو عدم توقيعه.

ومن الاجتهادات في هذا المجال:

القرار الصادر بتاريخ 6 فبراير عن مجلس الدولة الفرنسي والقاضي بإبطال قرار مجلس التنظيم المدني لمدينة Lyon بتاريخ 18 يوليو 1991 بتنفيذ أشغال الأوتوستراد الدائري، المدينة، القسم الشمالي (Périphéries de Lyon–Toncon Nord) وبتصديق الشروط المالية للاستثمار والصيانة وشروط عقد الامتياز المفترض إبرامه بالموضوع مع تحديد التعرفة الواجب استيفائها من المستفيدين ومن ثم بتكليف رئيسه باستكمال الإجراءات لهذه الغاية، قرار هذا الأخير إنفاذا للقرار الأول بتوقيع عقد الامتياز بتاريخ 19 يوليو 1991 لمخالفتهما القانون.

[1]CE, Paris 18 mai 1961 couêron (real state company) Ajda 1961, p 118.

وقرار إبطال المرسوم تاريخ 23 فبراير 1923 الذي أجاز وضع وفرض تعريفة مالية لقاء استعمال هذا الأتوستراد لأنه صدر بالاستناد إلى قرار مجلس الإدارة تاريخ 18 يوليو 1921 السالف الذكر وذلك تبعا لإبطال هذا الأخير[1].

من فئة القرارات المنفصلة قرارات التصديق على العقد من قبل سلطة الوصاية[2].

القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد المتعلقة بتنفيذ العقد:

يجوز لصاحب الامتياز أن يتقدم بمثل هذه المراجعة في وجه أي عمل إداري تتخذه السلطة المانحة ليس بصفتها هنا كطرف في العقد، بل بصفتها السلطة التنفيذية المختصة، بمقتضى أحكام القوانين والأنظمة المرعية، لاتخاذ العمل المشكو منه والذي وإن كان غريبا عن العقد وخارجا عن نطاقه إلا أنه ينطوي على انعكاسات ضارة بصاحب الامتياز في إطار مندرجات العقد واستثمار المرفق موضوع الامتياز[3].

ومن الأمثلة عن ذلك:

- وضع تعريفات خاصة بالمرور عبر الطرق السيارة[4].
- فرض تدابير وقائية على المفوض له[5].

آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن عقد تفويض المرفق العام: تنتهي دعوى الإلغاء إما بألا يستجيب القاضي الإداري لطلب المدعى الهادف إلى إلغاء القرار عندما يثبت له أنه قرار سليم وغير معيب بأحد عيوب المشروعية وكذا إذا تعلق الأمر باختصاص مقيد للإدارة، وإما أن يستجيب لطلب الإلغاء عند وقوفه على عيب من عيوب القرار الإداري ويكون للإلغاء حينها كمبدأ عام أثر رجعي.[6]

[1]CE, Paris 6 Février 1998 (M. tete et association sauvegarde de l'ouest Lyonnais) numéro 138777, 147424 et 147425.

[2]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 276.

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 279.

[4]CE 13 mai 1977, cofironté n° 01139 le concessionnaire peut donc voir sa responsabilité engagée par un usager de l'autoroute sur le fondement de la responsabilité des travaux publics pour défaut d'entretien normal devant les juridictions de l'ordre administratif.

[5]CE, Paris 12 Novembre 1943 ste de force motrices, vercors أودته حنانأحمدضيا، ص 281.

[6]يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 263.

وقد اختلف الفقهاء في آثار حكم الإلغاء أمام قاضي العقد.

فيرى البعض أن هذا القرار وإن كان منفصلا عن العقد إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى، كلا لا يتجزأ بحيث أن انهياره يؤدي إلى انهيار العملية التعاقدية بأسرها، فالقاعدة الأصولية تقول أن مابني على باطل فهو باطل فإذا كان القرار الذي ساهم في تكوين العقد باطلا فإن هذا العقد يكون بالتبعية باطلا، حيث أن الأعمال المادية والقانونية يرتبط بعضها ببعض برباط وثيق مادامت جميعا تؤدي إلى تحقيق الهدف النهائي للعملية، ومن ثم فإن حذف أحد عناصر العملية يؤدي منطقيا إلى سقوط العناصر الأخرى المترتبة عليها.[1]

ولكن الثابت وهو الرأي الغالب أنه لا اثر لإلغاء القرار المنفصل على العقد فيظل العقد ساريا وقائما طالما لم يطلب أحد أطرافه إبطاله أمام قاض ي العقد فقاضي الإلغاء لا يستطيع أن يقضي ببطلان العقد فدعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود[2]، فإذا كان إلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى بطلان ما يترتب على ذلك من آثار مستقبلية فإن العقود الإدارية تتميز بأنها تظل سارية رغم الحكم بإلغاء القرار المنفصل إلى أن يستند أحد طرفي العقد إلى حكم الإلغاء ويطلب إبطال العقد[3] ويلجأ إلى قاضي العقد مطالبا بفسخه إعمالا لحجية حكم الإلغاء، ولكن يقتصر ذلك على طرفي العقد إعمالا لمبدأ نسبية العقود[4].

ومن الأمثلة على ذلك نذكر ما يلي:

1.الأحكام التي تقضي بأن إلغاء القرار المنفصل لا يترتب عليه مباشرة إلغاء عقد تفويض المرفق العام. وأول حكم في هذه المسألة هو الحكم الصادر بتاريخ 04 أوت 1905 في قضية Martin.[5] ، المذكور سابقا.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف بعد ذلك، من خلال رأي أبداه قسم التقرير والدراسات التابع Section du rapport de l'étude والتي تتضمن:» أنه طبقا للاجتهاد القضائي المستقر منذ زمن، أن الحكم بالإلغاء الصادر عن قاضي الإلغاء بشأن قرار قابل

[1] حمادة عبد الرزاق عادة، المرجع السابق، ص 161 وعبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 476.

[2] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 476.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 478.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 162.

[5] قضية مرفق martin تم إخراجه من قبل في الصفحتين 132 و142

للانفصال عن العقد، ليس له أي إثر مباشر على هذا العقد ويبقى هذا الأخير شريعة المتعاقدين، ينبغي أن يستمر تنفيذه للمصلحة المرفق العام، وأن الحق في التعويض محفوظ للطاعن"[1].

2.الأحكام التي تقضي مباشرة بإلغاء عقد تفويض المرفق العام لإلغاء القرار المنفصل **عنه**:قضيةSociété d'énergie industrielle وتتلخص وقائعها في أن القضاء العادي أحال على القضاء الإداري تفسير دفتر الشروط المتعلقة بعقد الالتزام وكان قد صدر حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق على عقد الالتزام بصدوره عن غير الجهة المختصة وقد اعتبر مجلس الجولة الفرنسي أن طلب تفسير العقد غير ذوي موضوع استنادا إلى أن عقد الالتزام لا يكتمل إلا بتصديق صحيح، وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتبر أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي نفسه إلى فصل الرابطة العقدية دون الحاجة إلى استصدار حكم بذلك من قاضي العقد[2].

كما أشار مجلس الدولة الفرنسي أنه يتعين على الإدارة تمديد آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد، إذا ما طلب منها الطاعن ذلك ويكون لهذا الأخير الطعن في رفضها الاستجابة لطلبه[3].

رأي صادر عنه بتاريخ 19 ديسمبر 1995، اعتبر فيه مجلس الدولة الفرنسي أنه يتعين على الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد بإبطال هذا الأخير وأن رفضها القيام بذلك يشكل قرارا منفصلا، يقبل بدوره الطعن عليه بالإلغاء[4].

---

[1]Extract du rapp. Public 1989 EDCE, N° 41, p 127, CE, avis 25 janvier 1989, l'annulation de l'acte détachable ne présente un intérêt limte dans la msure ou il n'entraine pas d'annulation du marché qui constitue un acte juridique.

[2] اشار إلى هذه القضيةSociété d'énergie industrielle

CE 10 mars 1946 société d'énergie industrielle, rec, p 66.

[3]CE 17 Février 1992, Madame courted, 4ème de Guidel, Du 1992, N° 276. (le recours du ministère de la défense est rejeté , la présente décision sera motifiée au ministre de la défense et la madame).

[4]Avis CE 19 décembre 1995, Rap.public, EDCE, 1995, DA (champ d'intervention du service extérieur des pompes FUNÉBRES assuré en régie société d'économie mixte locale créée pour assurer le service des pompes funèbres, loi du 8 janvier 1993 ,issue de la période transitoire caractère industriel et commercial du service extérieur des pompes funèbres régies mentionnées par la loi du 8 janvier 1993).

امتداد الطعن بالإلغاء الى مرحة تنفيذ العقد: يجوز للمفوض له أن يقدم بمراجعة الإبطال لتجاوز حد السلطة في وجه أي عمل إداري تتخذه السلطة المانحة، ليس بصفتها هنا كطرف في العقد بل بصفتها السلطة التنفيذية المختصة[1].

والقرارات القابلة للانفصال الصادرة في مرحلة إبرام العقد متصورة بكثرة أما القارات الصادرة في مرحلة التنفيذ فإنها في غالبيتها العظمى متصلة بالعقد، وغير قابلة للفصل ويرجع ذلك إلى كون القضاء يطبق في مرحلة التنفيذ فكرة وحدة العملية العقدية، ويدخلها برمتها في المجال الطبيعي لاختصاص قاضي العقد ومن ثم فإن تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال يقل في هذه المرحلة كما يقل معه الطعن بالإلغاء في هذه القرارات.

وتنقسم هذه القرارات في هذه المرحلة إلى قرارات تهدف إلى توقيع عقوبات على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته وقرارات تتعلق بإجراء تعديلات في عقود الإدارة بناء على سلطتها في التعديل[2] ومن أمثلة ذلك القرار الصادر نتيجة مراجعة الإبطال المقدمة بتاريخ 6 ديسمبر 1907 من شركة الشمال طعنا بمرسوم صادر عن الحكومة الفرنسية بتاريخ الأول من مارس 1901، وقضى بفرض موجبات جديدة على الشركة صاحبة الامتياز في مرافق سكك الحديد، كانت لها انعكاسات سلبية وضارة على عقود الامتياز الجارية في حينه بين هذه الشركات وبين الدولة الفرنسية، ولقد قرر مجلس الدولة الفرنسي قبول المراجعة شكلا معتبرا أن الحكومة عندما أصدرت المرسوم المطعون فيه، إنما فعلت ذلك بالاستنباط إلى ما خصها به من صلاحيات بالموضوع قانونا 121 جوان 1842 و 15 جويلية 1845 وليس بصفتها السلطة مانحة الامتياز والطرف في عقد الامتياز[3].

في الأخير نشير أن قضاء الإلغاء يمكن أن يمتد اختصاصه في مرحلة التنفيذ في حالتين الآتيتين:

1. اختصاص قضا الإلغاء في القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة من الإدارة بوصفها سلطة عامة إذا استمدت الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء من نصوص العقد ودفتر الشروط فإن ما يثور

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 279.

[2] يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 258.

[3] CE, Paris 6 décembre 1907 ste du nord et ou, rev, adm, p 917 note tardier أوردته حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 280.

بصدد المنازعة في تلطك الإجراءات يخضع لولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري، أما إذا كانت نصوص العقد لا تخول الإدارة سلطة توقيع جزاء على المتعاقد معها ومع ذلك قامت الإدارة بتوقيع خذا الجزاء استنادا إلى مات تكفله لها القوانين واللوائح من حق استعمال تلك السلطة بوصفها سلطة عامة، والمتعاقد مع الإدارة يسترد حقه في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء إذا ما صدرت عن الإدارة قرارات غير مشروعة سلطة عامة وليس بوصفها سلطة تعاقد[1].

2.اختصاص القضاء بنظر طعون المستفيدين من عقود تفويض المرفق العام: إذا كان الغير في مرحلة الإبرام ذو صفة في الطعن بحكم أنه يطمع في التعاقد مع الإدارة ولم يتحقق له ما أراد فإنه في مرحلة التنفيذ غالبا ما لا يكون للغير صفة في تنفيذ العقد وتنفيذه لا يهم سوى الإدارة والمتعاقد معها باستثناء عقود تفويض المرفق العام[2] حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي بحق المستفيدين من خدمات المرفق الذي يدار بواسطة عقد الامتياز الطعن بالإلغاء مباشرة على قرارات الإدارة المتعاقدة والتي تضمن الإخلال بأحد شروط العقد اللائحية (التنظيمية)[3]ويرجع ذلك إلى أن عقد التفويض يحتوي على نوعين من الشروط شروط لائحية وأخرى تعاقدية، وخروج أي من الإدارة أو المفوض له على الشروط اللائحية لا يتضمن الإخلال بأحد الالتزامات التي يتضمنها العقد، بل مخالفة للقاعدة التنظيمية التي وردت به، ويكون قضاء مجلس الدولة قد خرج على القاعدة التي لا تجيز الاستناد إلى شروط العقد توصلا إلى إلغاء قرار إداري، بحجة أن القرار لا يتفق وشروط العقد ذلك أن قضاء الإلغاء يستهدف حماية المشروعية، أما العقد الإداري فلا يرتب إلا حقوقا شخصية[4].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 165.

[2] يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 259.

[3] Ce, Mcayzeele du 10 juillet 1996, N° 138536 (un tiers au contrat est recevable a demander par la voie du recours pour excès de pouvoir l'annulation des dispositions réglementaires sont divisibles des stipulation des contrats les disposition réglementaires contenues dans le contrat par lequel un syndicat intercommunal a vocation multiple concède a une société de service public de ramassage des ordures ménagères ont sans méconnaitre le principe d'égalité des usagers de vant le service public imposer a cette seule catégorie d'usagers l'acquisition de conteneurs).

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 163.

المطلب الثاني: اختصاص قاضي العقد والقاضي العادي في منازعات عقود تفويض المرفق العام.

من خصائص عقد تفويض المرفق العام أنه تتشابك فيه تداخل قاضي العقد والقاضي العادي في الدعوى المرفوعة إزاء المنازعة، حتى أنه في كثير من الأحيان يصعب فك هذا الارتباط، لذا سأحاول تحديد الاختصاصين لكلا من القاضي العقد والقاضي العادي في **فرعين**.

الفرع الأول : اختصاص قاضي العقد.

يتمتع القاضي الإداري في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة، فيقوم في بداية الأمر بتقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى المدعى ويلزم المدعى عليه بالرد والتنفيذ[1] إذ يملك تعديل القرارات المتخذة من طرف الإدارة واستبدالها بقرارات جديدة تقرر فيها التزامات على عاتقه، ويطبقغرامات مالية ،كما يرى جانب من الفقه الفرنسي أن صفة الكامل يعني أن السلطات التي يتمتع بها القاضي جد واسعة[2] وهي المراجعة التي تقدم أمام المحاكم الإدارية والتي يطالب فيها المدعي بحقوق شخصية في مواجهة الإدارة المدعى عليها ويمنح للقاضي الإداري في هذا الإطار صلاحيات واسعة لحسم النزاع حيث له أن يقرر المسؤولية ويرتب على الوضع غير المشروع نتائجهج القانونية ويحكم بالتعويض[3] ويمكن اللجوء إلى هذه المراجعة في الحالات التالية:

–المنازعات المتعلقة بتكوين العقد:

يمكن للسلطة مانحة الامتياز أو لصاحب الامتياز الطلب إلى قاضي العقد لإبطال هذا الأخير إذا كان قد تم إبرامه خلافا للقواعد القانونية التي ترعى هذا الأمر ولا يستوجب أن تكون القرارات والأعمال المنفصلة قد جرى إبطالها بتاريخ سابق لتقديم المراجعة لأنه لا تأثير لها عليها بالمطلق، فكلا المراجعتين مستقلة عن الأخرى.

تدخل أيضا ضمن اختصاص القضاء الكامل طلبات التعويض المقدمة من قبل صاحب الامتياز (المفوضله) في حال تجاهل ومخالفة القواعد والأصول القانونية المطلوبة من أجل صحة تكوين العقد[4].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 176.

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 217.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 277.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 277.

المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد: قد تأخذ هذه المنازعات أشكالا مختلفة باختلاف مراحل تنفيذ العقد، وباختلاف أطراف النزاع، وهي تشمل الحالات التالية:

– الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه إذا ظهر عدم مشروعيته كما هو الشأن في دعوى الإلغاء وبالتالي يحق لقاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد الصادر من الجهة مانحة الالتزام (السلطة المفوضة) باسترداد الامتياز وذلك إذا أن الهدف من هذا القرار هو مراعاة المصلحة العامة، كما يحق له إلغاء قرار سحب الامتياز (التفويض) إذا لم تتوفر شروطه، وتجاوز سلطة لقاضي العقد نطاق الإلغاء فيحق له تعديل القرار أو إصلاحه أو إحلال آخر محله، فلهذا القاضي إلغاء جزاء إسقاط الامتياز واستبداله بجزاء وضع المرفق تحت الرقابة ، وسلطة قاضي العقد في هذا الشأن تتشابه في الدعاوي التي ترفع أمام القاضي العادي[1].

1- المراجعات المقدمة من المفوض له ضد السلطة مانحة التفويض، لعلة مختلفة عن دفتر شروط الامتياز، كمنح امتيازات وتراخيص للغير في المجال ذاته موضوع الاستثمار خلافا للحق المسلم به للمفاوض له بالاحتكار وعدم المنافسة، أو بصورة عامة خلافا للحقوق المشروعة التي يستمدها المفوض له من عقده[2].

– ولقاضي العقد سلطة الحكم بالتعويض حتى ولو لم يتم إلغاء القرار غير المشروع ويخضع تقدير قيمة التعويض لسلطة قاضي العقد ويعتبر سلطة الحكم بالتعويض هي الإختصاص الأصيل لهذا القاضي، وله أن يحكم بحكم بتعويض كامل أو جزئي حسب ظروف العقد[3].

– الخلافات بين السلطة المفوضة والمفوض له فيما يخص التعريفات حتى عندما تكون محددة وفق لمنطوق نص خاص من قبل مرجع تحكيمي، وكذلك قرارات هذه الأخيرة التي تؤثر سلبا على التوازن المالي والاقتصادي للعقد[4].

– وكذلك يختص القضاء الكامل بالطعن على القارات الإدارية إذا اتصلت هذه القرارات بعقد التفويض وأصبحت لا يمكن فصلها عنه، أو بمعنى آخر أن تكون هذه القرارات صادرة بعد إبرام

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 176.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 281.

[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 176.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 282.

العقد أو تنفيذه أو انقضائه وأن تكون صادرة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة وأن تصدر من الإدارة بوصفها جهة تعاقد[1].

2.النزاع المثار مع المستفيدين: في المبدأ العام فإن أي نزاع ينشأ بين المفوض له والمستفيدين تعود صلاحية انظر فيه إلى القضاء العادي باستثناء تلك التي تسبب بها المنشآت العامة الامتياز من جهة وتلك التي تنجم عن ممارسة إحدى لامتيازات السلطة العامة من جهة أخرى، فكلاهما ترتبط بصلاحية القضاء الإداري فهي:

– المنازعات بين السلطة المفوضة والمستفيدين، المستفيد من المرفق العام هو الذي يتعاقد مع إدارة هذا المرفق للانتفاع من خدماته مقابل رسم يدفعه[2].

وتكون مراجعة القضاء الكامل عندما ترفض السلطة مانحة التفويض أو تتجاهل طلبا من المستفيدين يدعوها للتدخل لدى المفوض له لإلزامه بالتقيد بأحكام دفتر الشروط، فإنه يجوز لهؤلاء أن يراجعوا القاضي الإداري ويطالبوا بالتعويض عن أي ضرر يصيبهم جراء ذلك، فقد ذهب مجلس الدول إلى اعتبار السلطة المفوضة مسؤولة اتجاه مسافر أو ضحية حادث أصابه أثناء السفر وذلك لأن المفوض له لم يتمكن من التعويض عليه لأنه لم يعمد إلى التأمين على المسافرين ضد الحوادث، وفق ما تقتضيه صراحة أحكام عقد التفويض، حيث اعتبر مجلس الدولة أن عدم ملاءمة المفوض له إنما هي نتيجة لتهاون وإهمال السلطة مانحة الامتياز، التي كان عليها أن تتحقق وتتأكد من أي صاحب الامتياز قد تقيد فعلا بموجب هذا التأمين[3].

لكن السلطة مانحة التفويض لا تكون مسؤولة وملزمة بالتعويض إلا عندما يتجاهل المفوض له أو يخالف أحكام دفتر الشروط أو الأحكام التشريعية والتنظيمية التي ترعى التعويض، ويعني ذلك أنه عندما يكون النزاع حول ترتيب أو عدم ترتيب حقوق معينة لأي من المشتركين، فإنه يتوجب على هؤلاء لكي يتمكنوا من مطالبة السلطة المفوضة بإلزام المفوض له بتأدية هذه الحقوق لهم[4].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 177.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 285.

[3] CE paris, 7 Novembre 1937, cairerec, p 899 (أوردته حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 287.)

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 288.

ويختص القاضي الإداري بنظر المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمستفيدين، حين تهمل السلطة المفوضة أو تمنع عن التدخل في مواجهة المفوض له بهدف إلزامه باحترام العقد، فإن للمستفيدين من خدمات المرفق الحق بالمطالبة من قاضي العقد التعويض عن الضرر الذي يلحق بهم من جراء هذا الإهمال أو الامتناع[1].

3-المنازعات مع الأشخاص الثالثين غير المستفيدين: للغير يملك الحق في مطالبة قاضي العقد بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء أخطاء السلطة المفوضة المتعلقة بتشغيل المرفق العام[2] فالمبدأ العام ينص على أنه يحق للأشخاص الثالثين أن يطلبوا من القضاء الإداري إبطال القرارات والتدابير النافذة المتخذة من قلب السلطة المفوضة خلافا لأحكام دفتر شروط التفويض[3]، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي مراجعة قدمت من قبل إحدى النقابات ضد قرار ضمني بالرفض صادر من وزير الصناعة إثر طلبها إعادة تسيير سكة حديد ثم تعطيلها بفعل غمرها بالمياه نتيجة أشغال قامت به شركة الكهرباء وشركة سكك الحديد في فرنسا بعد أن رفضا ذلك وفق ما تلزمهما به أحكام عقد الامتياز[4].

4-المنازعات مع المستخدمين: يكون القضاء الإداري مختصا على وجه الاستثناء بالنسبة للمستخدمين في المرفق العام فقط لبث المنازعات المتعلقة بمدير عام المؤسسة صاحبة الامتياز وبالمحتسب الذين ترعاهما قواعد القانون العام دون سواهما[5]، فالعاملين في المؤسسة التي تدير مرفق عام وتقديم خدمة لجمهور وتتسم بصفة تجارية وصناعية تابعين للقطاع الخاص الذين لا يتمتعون بصفة الموظفين على نحو ما سار عليه الاجتهاد في البداية، فأخذ المفهوم الضيق تدريجيا، بحيث أعطى هؤلاء واعتبر مجلس الدولة أن مفهوم الإدارة بات يعني حصرا للموظفين الذين ينولون إدارة

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 108.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 109.

[3] حنان أحمد الضيا، المرجع السابق، ص 292.

[4] CE Paris 11 décembre 1963 synohicot de défence en vue du rétablissement de la voie ferrière bort ex guarande JCP 1964 N° 2 notes dirfau(293 (أوردته حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص

[5] CE paris, 22 janvier 1954 sieur Whittwer n° 14401 rec p 42. Le conseil d'état avait déjà dû statuer sur la compétence de la juridiction administrative pour connaitre de la decision d'un maire admettant le directeur d'une usine a gaz à faire valoir ses droits à la retraire il avait estimé que le statut électriques et gazières était applicable aux agents de l'usine qui avaient donc acquis lacqualité de salariés de droit privé.

مجموع الوحدات الأساسية، وبالتالي تطبق عليهم وحدهم قواعد القانون العام، إلى جانب رئيس المحاسبة إذا كانت له صفةالمحاسب العمومي، ويكون القضاء الإداري صاحب الاختصاص لبث منازعاتهم مع المؤسسة، في حين أن القضاء العدلي هو المرجع المختص لقض النزاعات المتعلقة بسائر موظفي ومستخدمي المؤسسة[1]، أما في علاقة العاملين في المرفق موضوع الامتياز بالسلطة المفوضة فلا توجد بينهما رابطة تعاقدية إلا أن القرارات التي تتخذها السلطة المفوضة والتي لها علاقة بالعاملين لها الطابع التنظيمي ويحق للعاملين الطعن بها أمام القضاء الإداري لتجاوز حد السلطة[2].

5-المنازعات بين المفوض له والأشخاص الثالثين: استثناء في بعض العقود وفي حالات محددة، تكون العلاقة بين المفوض له والأشخاص الثالثين ذات الطابع الإداري وهي بهذه الصفة يخضع عندئذ لصلاحية القاضي الإداري ولقد اعتبرت عقود إدارية في هذا الإطار تلك العقود المعقودة مع أشخاص ثالثين.

- من قبل المفوض له صفة الشخص المعنوي العام.
- من قبل المفوض له مكلف ببناء واستثمار طرقات عامة.
- من قبل شخص طبيعي مكلف بإدارة واستغلال مرفق لكن بصفته وكيلا قانونيا عن السلطة المفوضة، وفي هذا الإطار مجلس الدولة الفرنسي في قرار شهير صادر بتاريخ 30 ايار من العام 1975 في قضية شركة تجهيز منطقة مدينة مونبلييه.

حيث في هذا الإطار اعتبر المجلس أن العقد الجاري بين شركة مختلطة للتجهيز وبين أحد المتعهدين بهدف شق طرقات عامة داخل حرم منطقة مشمولة بامتياز الشركة المذكورة، إنما هو عقد صفقات

[1]CE Paris, 08 mars 1957 Jalenqués de labeau, rec p 158-Tribunal de conflisparisK 22 février 1960, reeliban p 858 « il n'apporte qu'aux tribunaux juridiquess de ré prononces sur les litiges (أوردته حنان أحمد ضيا، ص 294).

[2]CE 11 Juillet 1927 jouanlon, ree, p 741(parce que le maire préside la séance il est maitre de l'ordre du jour et assure la direction des débats, il a la possibilité d'esquiver certaines questions, cependant la jurisprudence limite ce pouvoir ainsi, tout conseiller a_t_il le droit e demander de mise en discussion de toute proposition concernant une question rentrant dans les compétences et attributions du conseil ainsi que l'intervention d'un vote sur cette proposition).

عامة، وذلك لأن الشركة المشار عليها لم تجر العقد لصالحها ولا بصفتها صاحب إمتياز، ولكن لحساب السلطة العامة التي سوف يتم تسليمها هذه الطرقات[1]، فإذا كان الضرر الناجم عن إنشاء أو استخدما المنشآت العامة، ففي هذه الحالة يكون القضاء الإداري هو صاحب الصلاحية[2].

6-المنازعات غير التعاقدية بين المفوض له والأشخاص الثالثين:

تنعقد الصلاحية للقاضي الإداري عندما يكون المرفق العام المستثمر من قبل المفوض له ذا طابع إداري، فيكون القاضي الإداري هو المرجع الصالح للنظر في المنازعات التي من شأنها أن تكون بين المستثمر والمستفيدين حول تقديم الخدمات، تدخل ضمن المهام المتعلقة بهذا المرفق[3]، أو إذا المفوض له أحد أشخاص القانون العام وتضمن العقد بالأملاك العامة[4] فإذا كان المفوض له هو الذي تولى بنفسه التنفيذ فإنه هو الذي يتحمل كامل المسؤولية لهذه الجهة، أما إذا كانت الأضرار ناجمة عن وجود أو إدارة أو تسيير للمنشآت العامة، فإن المفوض له يتحمل كامل المسؤولية بالتعويض[5].

7- اختصاص القاضي الإداري بناء على طلب عن القاضي العدلي: قد تعترض القاضي العدلي في النزاع المتعلق بعقد الامتياز، قد تثار مسألة شرعية ببعض بنود دفتر شروط الامتياز، في هذه الحالة يجب على القاضي العدلي التوقف عن النظر في الدعوى إلى حين بث القضاء الإداري في هذه المسألة الأولى والمتعلقة بمشروعية بنود عقد الامتياز لأن المحاكم العدلية لا تختص في تقدير مشروعية الأعمال الإدارية[6]، وتعرف هذه الحالة بالمسألة المستأخرة، وعليه ينعقد الاختصاص في هذه الحالة لجهة القضاء الإداري ليقوم بتحديد مدلول الأعمال الإدارية ومرماها وتبيان آثارها، دون أن يتجاوز ذلك إلى إصدار الحكم بإلغائها[7].

---

[1]CE Paris 30 mai 1975, société d'équipements de la région montpelliéraine rec p 326 أوردته حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 291.

[2]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 107.

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 291.

[4]مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 108.

[5]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 292.

[6]مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 107.

[7]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 297.

وتخضع المنازعات المتعلقة بتفسير عقد الامتياز للقضاء الإداري، لأنه المرجع الصالح لتفسير العقد، والمراجعة المباشرة في التفسير يمكن أن تقدم أمام القاضي الإداري، عندما يوجد نزاع بين طرفي العقد قد أنشأ صعوبات مهمة في تطبيق الشروط التعاقدية، ومن شأنه أن تؤدي إلى انعكاس سلبي على استثمار المرفق موضوع الامتياز[1] ، وقد ذهبت محكمة النزاعات الفرنسية أن المحاكم العدلية لا تتمتع إطلاقا بصلاحية تقدير شرعية الأعمال الإدارية، في حين أن المحاكم الجزائية تتمتع حتما في المقابل بصلاحية تفسير وتقدير شرعية الأعمال التنظيمية[2].

8-صلاحية القاضي الإداري للنظر في طلبات التعويض عن الأضرار التي تقع بسبب الأشغال العامة الناتجة عن أعمال بناء المشروع:

يعرف الضرر على أنه:"كل ضرر يتصل عن قريب أو بعيد بالأشغال العامة، وكل ضرر كان سببه المباشر أو غير المباشر أشغالا عامة أو منشآت عامة[3].

الفرع الثاني: القضاء العادي ومدى اختصاصه بالنظر في عقود تفويض المرفق العام:

ينسج عقد التفويض كما رأينا سابقا علاقات بين عدة أطراف هي السلطة المفوضة، والمفوض له، والمستفيدين من خدمات المرفق العام موضوع التفويض، والغير والعاملين في المرفق ويترتب على هذه العلاقات منازعات مختلفة من جانب، وهذا تعدد يخلق صعوبة في تحديد الجهة القضائية المختصة باختلاف طبيعة هذه المنازعات[4].

ولقد ساد في القرن التاسع عشر اعتقاد أن عقد الامتياز هو عقد مدني يخضع للقواعد المدنية المقررة في العقود المدنية، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين، والشروط التي لا يجوز فيها نقضها ولا تعديلها هي الشروط الواردة في اتفاقية الامتياز، وفي دفتر الشروط الملحقة له[5].

---

[1]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 106.

[2]TC Paris, juillet 1951, Avranches et des maretsnrec, page 638, publié au recueil Lebon (l'arrête de conflit susvisé du préfet de la mayerne en date du 17 decémbre 1948 est annulé article 2, expédition de la présente décision sera transmise au garde des sceaux ministie de la justice qui est chargé d'en assurer l'éxécution).

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 300.

[4]مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 105.

[5]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 212.

ولكن فيما بعد اعتبر القضاء الفرنسي أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص والذي تمنحه بموجبه امتياز إدارة واستثمار مرفق عام هو عقد إداري من شأنه إشراك المتعاقد في تنفيذ المرفق العام، لا بل إيكال أمر تنفيذه كليا إليه، أما العقد الذي يجريه المفوض له فيما بعد مع أحد الأفراد لحاجة المرفق فهو عقد خاص ولو تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1] يخضع للقضاء العادي.

استنادا إلى ما ورد سابقا، فإن المنازعات التي يكون الاختصاص بالنظر فيها للقاضي العدلي تخرج عن إطار المنازعات بين الجهة المفوضة والمفوض له لأنها في هذه الحالة تأخذ طابع عام، ويكون العقد الإداري هو الجهة الصالحة للبث بهذا النوع من المنازعات، على أن تكون المنازعات الفرعية التي تتسم بطابع خاص وتشمل المنازعات المتعلقة بمركز العاملين في المرافق العامة الاقتصادية، كما يختص بالمنازعات المتعلقة بعلاقة المنتفعين بالمرفق العام وكذا يخص بالمنازعات المتعلقة بين الغير من دون المنتفعين بالمرفق. نحاول دراسة هذه الاختصاصات فيما يلي:

1-اختصاص القضاء العادي بين المفوض له والمستفيدين من المرفق موضوع العقد: فإن المنازعات التي تنشأ بين المفوض له والمستفيدين من خدمات المرفق موضوع التفويض تخضع لصلاحية القضاء العدلي وذلك وفقا للمبادئ العامة المطبقة على المرافق العامة الاقتصادية[2]، لذا فإن مجموع العلاقات القانونية بين المرفق موضوع التفويض والمنتفعين تخضع لقواعد القانون الخاص، و من اختصاصالقضاء العادي[3]، فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن جميع العقود التي تبرمها المرافق العامة الصناعية أو التجارية مع المستفيدين هي من فئة عقود القانون الخاص ولو تضمنت شروطا استثنائية وغير مألوفة في هذا القانون وتدخل المنازعات المتعلقة بها في اختصاص القضاء العدلي[4].

ويكون القاضي العدلي أيضا صالحا للبث في طلبات التعويض الناجمة عن حوادث وأضرار أصابت المستفيد جراء الاستفادة من المنافع والخدمات المتعلقة بالامتياز[5]، إلا أنه أثناء نظر القاضي العدلي

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 214.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 107.

[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 150.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجالسابق، ص 228.

Cass CIV 15 février 2000, Bull Civ IV, N° 29 JCP 2000, p 272, casse et annulé, pouvoir rejeté.

[5] حنان أحمد ضيا المرجع نفسه، ص 229.

في النزاع المتعلق بعقد التفويض قد تثار مسألة شرعية بعض بنود دفتر شروط الامتياز في هذه الحالة يجب على القاضي العدلي التوقف عن النظر في الدعوى إلى حين بث القضاء الإداري في هذه المسألة الاستباقية والمتعلقة بمشروعية بنود العقد لأن المحاكم العدلية لا تختص في تقدير مشروعية الأعمال الإدارية[1].

جديد للذكر، أنه في حال قام المفوض له بإدارة مرفق عام ذات طابع إداري فإن المنازعات الناشئة بينه وبين المستفيدين تكون من اختصاص القاضيالإداري[2]، أما النقطة الثانية، أن مسؤولية المرفق ذاته اتجاه المنتفعين تخضع دائما للقانون سواء في مجال المسؤولية العقدية أو التقصيرية[3].

2-اختصاص القاضي العادي بين المفوض له والعاملين بالمرفق العام: إن العلاقة القائمة بين المفوض له والعاملين لديه تعد من روابط القانون الخاص، والمنازعات الناشئة فيها تخضع لاختصاص القانون العدلي،ولكنصفتهاالخاصةتتوقف حول موقف العاملين في المرافق العامة الاقتصادية ،مع تحديد طبيعة الشخص المسؤول عن إدارة المرفق ، فقد يكون المفوض له شخصا منه أشخاص القانون العام، كأن تكون مؤسسة عامة تقوم على إدارة مشروعات اقتصادية مماثلة للمشروعات الخاصة مثل مؤسسة الغاز والكهرباء ففي هذه الحالة فإن العاملين في هذه المرافق موظفون عموميون تربطهم بهذه الجهات علاقة لائحية تنظيمية[4] وبالتالي يكون المرجع المختص للنظر في المنازعات الناشئة عن هذه الوظيفة هو القضاء الإداري[5].

3.اختصاص القضاء العادي بين المفوض له والأشخاص الثالثين:

يكون القاضي العدلي هو المرجع الصالح للنظر في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات المعقودة بين المفوض له، وبين كل من متعهدي الأشغال واللوازم والخدمات، ومؤجري الأبنية وسواهم[6] ، ففي هذه الحالة فإن هذه العقود لا تكون إدارية إلا إذا توافرت فيها مقومات العقد الإداري

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 107.
[2] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 107.
[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 151.
[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 147.
[5] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 239.
[6] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 236.

مجتمعة، وهذا هو الوضع الغالب، وبالتالي فإن القضاء العادي هو المختص بالفصل فيها مما يثور بشأنها من منازعات، وتكون قواعد القانون الخاص هي الواجبة التطبيق[1].

ولكن هناك فئة أخرى من الأشخاص الثالثين، تشمل الذين يتضررون من تنفيذ المرفق دون أن يكونوا مرتبطين به بأية رابطة عقدية، وكان يدخل النظر في الأضرار الناتجة عن أعمال الاستثمار في اختصاص المحاكم العدلية، ولكنعندما يقوم باستثمار المرفق الذي يديره شخص معنوي من أشخاص القانون العام أو الناشئة عن أشغال عامة هكذا يعتبر النزاع بشأنها إداريا يدخل وبالتالي في اختصاص المحاكم الإدارية[2].

4.اختصاص القضاء العادي في المنازعات المتعلقة بالتأمينات والعقود المالية وخطوط الائتمان الممولة للمشروع: غالبا ما تكون المشاريع التي تنفذ عبر تفويض المرفق العام ممولة عبر خطوط ائتمان وممولة من بنوك وبالتالي ثمة شبكة من العقود المالية والقروض البنكية والتأمينات تكون ملازمة لعملية التنفيذ، تكون ضرورية لتحقيق التوازن المالي للمشروع، تفاديا للعديد من مخاطر التنفيذ والتمويل، هذا التشابك في العلاقات التعاقدية والمالية للمشروع تكون مرتبطة بشكل مباشر بالمستثمر أو المشغل للمشروع، الذي يرتبط بدوره بعقد التفويض مع الشخص العام وبالتالي فإن العلاقات المالية السابق ذكرها لا تعد أعمالا عامة أو عقود إدارية باعتبارها بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وإن كانت أعمالهم تصب في إطار تنفيذ وتشغيل مرفق عام، وبناء عليه تكون المنازعات الناشئة عنها منازعات ذات طابع تجاري، وبالتالي تعود صلاحية النظر فيها لجهة القضاء العدلي[3].

المطلب الثالث: دعوى التعويض في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

تبرز أهمية دعوى التعويض في سد الثغرات التي تتركها دعوى الإلغاء، لأن تنفيذ القرار قبل إلغائه يرتب آثارا يتعذر تداركها، وإن الميعاد القصير لدعوى الإلغاء قد يكون حائلا أمام مطالبة الأفراد بحقوقهم اتجاه الإدارة[4].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 238.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 238.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص ص 234 -235.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 467.

يملك أحد طرفي العقد اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء إخلال الطرف الآخر بالالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه.

كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد[1].

فاستمرار المرافق العامة بانتظام واضطراد من ناحية وخضوع هذه المرافق لإمكانية التعديل من ناحية أخرى، كما أن الإدارة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بسلطات واسعة وامتيازات لا تتاح للمتعاقد العادي الذي يتعاقد معها بالإضافة إلى قدرتها في استخدام وسائل وأساليب القانون العام في إجراء العملية التعاقدية التي تبرمها مع أشخاص القانون الخاص أو الجهات الإدارية العامة الأخرى[2]، كما أن المفوض له يوجد في مركز يتضمن مصالح متناقضة، فمن ناحية يسعى إلى تحقيق الربح من خلال تشغيله واستثماره للمرفق العام، ومن ناحية أخرى يلزم بتحقيق الصالح العام عن طريق الاستمرار في تشغيل المرفق العام وحسن أداء الخدمات.

هذه التجاذبات قد تلحق الضرر بأحد طرفي العقد خاصة المفوض له لأنه يمثل الطرف الأضعف في الاتفاقية، لهذا سأحاول أن أبين ذلك في فرعين، سلطات القاضي الإداري في التعويض الكامل على أساس الخطأ في **الفرع الأول**، وسلطاته في التعويض بدون خطأ في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: تعويض المفوض له عن الأضرار الناجمة عن خطأ السلطة المفوضة.

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ، في حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماته التعاقدية الواردة في الاتفاقية، أو في النصوص القانونية المنظمة لها، أو إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية التي تتمتع بها.[3]، ويتمثل الإخلالفيما يلي.

عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية أو التقصير فيها: ويكون الخطأ في الإخلال بالتزام قانوني في المسؤولية التقصيرية أو الإخلال بالتزام عقدي في المسؤولية العقدية[4].

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 515.

[2] بلال أمين زين العابدين، المرجع السابق، ص 468.

[3] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 322.

[4] عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 477.

إخلال السلطة المفوضة بالتزاماتها التعاقدية: من المستقر عليه فقها وقضاء في مجال تنفيذ الالتزامات سواء كانت مدنية أم إدارية أنه يجب تنفيذها وفقا لما اشتملت عليه شروطها، وبما يتفق ومبدأ حسن النية، طبقا للأصل العام[1] ومن أهم الالتزامات التي تقع على الإدارة المتعاقدة.

- عدم تنفيذ الإدارة التزاماتها الفنية، وتتمثل في التزام الإدارة بوضع التصميمات والدراسات اللازمة لإقامة مرفق من المرافق العامة أو عمل مقاييس الأعمال التي تحدد فيها أنواع المواد اللازمة للتنفيذ وأوصافها وخصائصها وإدارة الأعمال ومراقبة تنفيذها والتزاماتها بتسليم المفوض له موقع العمل والتأشير على المحاضر التي تحرر بهذا الشأن وكذلك وضع العينات والمواد والأصناف التي ترغب في الحصول عليه الامتياز وغيرها من صور الالتزامات الفنية الأخرى التي تترتب على الاتفاقية في جانب الإدارة[2].

- إخلال الإدارة بالتزاماتها بتمكين المفوض له من البدء في التنفيذ: عقود تفويض المرفق العام عقود زمنية، حيث إن المفوض له مع الإدارة ملزم بأداء الأعمال المسند عليه تنفيذها في مدة زمنية محددة بموجب ما تضمنته الاتفاقية، وإن لم يقم بذلك كان معرضا لأن تطبق عليه عدة جزاءات منها غرامات التأخير أو فسخ العقد الإداري، هذا يجبر الإدارة عدة التزامات، تمكن المفوض له من خلال أدائها بتنفيذ ما اسند عليه، فإن لم تقم بأدائها كانت الإدارة حينئذ مخلة بالتزاماتها التعاقدية[3].

- خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصميمات أو بيان لكيفية إدارة المرفق العام: أن من أولى الالتزامات التي يجب عليها مراعاتها عند تنفيذ الاتفاقية تتمثل في قيام الإدارة بمراجعة تصميمات الأعمال ومقاييسها ومطابقتها للأبحاث هي التي قامت بهذه التصميمات أو المقاسات، حيث أقر القضاء الإداري بإقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية نتيجة إغفالها تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها أو عمل الرسومات الهندسية للمشروع أو الخطأ في تصور حجم المشروع الذي يتضمن تقدير الأحجام والمساحات أو المسطحات بالنسبة للأعمال

[1] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 322.
[2] بلال أمين زين العابدين، المرجع السابق، ص 490.
[3] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، المرجع نفسه، ص 326.

المنفذة أو تنفيذ العقد في موقع أو مكان مختلف عن المكان المنصوص عليه في العقد مما يتسبب في إلحاق ضرر بالمتعاقد مع جهة الإدارة[1].

– تأخر الإدارة المتعاقدة في أداء المقابل المالي ورد الضمان النهائي ولا يقع على السلطة المفوضة فقط الالتزام بأداء المقابل المالي لعقد، بل يجب عليها أيضا عدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام عن المواعيد المقررة في العقد وأن الأثر المترتب على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها يشكل خطأ من جانبها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية، ويعطي للمتعاقد معها الحق في اقتضاء التعويض القانوني من دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضررا قد أصابه من جراء ذلك التأخير[2]، كما أن الإدارة ملتزمة لرد التأمين مشروط لقيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو انتهاء مدة التأمين في حالة الاتفاق على ذلك، فإذا لم يتم التسليم النهائي، لوجود عيوب لم تقم المتعاقد بإصلاحها، ففي هذه الحالة تحق للإدارة مصادرة التأمين[3].

– تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية، المتعاقد ملزم بتنفيذ العقد وإنجاز العملية في خلال الفترة الزمنية المتفق عليها وإلا تعرض لتلك الوسائل التي يمكن أن تستخدمها الإدارة اتجاهه من غرامة تأخيرية وجزاءات ضاغطة أو فسخ العقد[4].

استعمال السلطة المفوضة غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية:

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها استنادا إلى ما يقرره مبدأ الشروط الاستثنائية التي تنطوي عليها كافة العقود من بينها تفويض المرفق العام، والتي تعتبر عنصرا مميزا لها عما يبرمه الإدارة من عقود مدنية تقوم على مبدأ المساواة والتوازن بين التزامات المتعاقدين[5].

ومن صور خطأ الإدارة أو تقصيرها في هذا المجال والذي يترتب عليه انعقاد مسؤوليتها التعاقدية به والتزامها بتعويض المتعاقد معها جراء الأضرار التي تترتب عليها[6] ما يلي:

- إهمال الإدارة في الإشراف والرقابة والتوجيه.
- تعسف الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل.

[1] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 492.

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 331.

[3] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 333.

[4] بلال أمين زين الدين، المرجع نفسه، ص 494.

[5] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 334.

[6] بلال أمين زين الدين، المرجع نفسه، ص 496.

- الانحراف في سلطة توقيع الجزاءات.
- استعمال الإدارة المتعاقدة غير المشروعة في إنهاء الاتفاقية.

إهمال الإدارة في الإشراف والرقابة والتوجيه: فيما يتعلق بعقد تعويض المرافق العامة فإن للسلطة المفوضة أن تراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وعلى المفوض له أن يقدم بمندوبي الجهات التي تتولى الإشراف والرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما يطلبوه من أوراق ومعلومات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق السلطة المفوضة في فص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت[1].

جاء في المادة 82[2] من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وتقوم بهذه الصفة بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له.

ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة في ظل احترام الكيفيات والآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام، أما في المادة 83[3] جاء فيها(يجب أن تقوم السلطة المفوضة في إطار هذه الرقابة عقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (03) أشهر مع المفوض له لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وتقوم السلطة المفوضة على إثر هذا الاجتماع بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء) .

وتتحقق المسؤولية العقدية للإدارة في حالتين أولاهما: خروج الإدارة المتعاقدة عن تحقيق الغرض الحقيقي من وراء منحها هذه السلطة وهي تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يقتضي تعويض المتعاقد معها الأضرار التي لحقت به، والحالة الثانية:تتمثل في تجاوز حدود حق الرقابة والإشراف حيث بعد عملها غير مشروع ويرتب إثارة مسؤوليتها العقدية على أساس الخطأ[4].

[1] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 545.

[2] المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السابق الذكر.

[3] المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

[4] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 336.

استعمال الإدارة غير المشروع لسلطة التعديل: منح القانون الإدارة تحقيقا للصالح العام السلطة في تعديل شروط العقد الإداري بالزيادة أو النقصان وبالتغيير والبديل و استنادا إلى الى القواعد الضابطة لسير المرفق العام ومبدأ قابليته للتغيير والتعديل لمواجهة الظروف والمستجدات المستحدثة التي تطرأ بصفة دورية ومستمرة ولذا كانت الإدارة في تعديل شروط العقد من السلطات المقررة لجهة الإدارة خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي من نتيجتها عدم أي من المتعاقدين المكنة في تعديل العقد بإضفاء شروط جديدة أو الانتقاص من هذه الشروط إلا بموافقة الطرف الآخر[1].

وتعد المصلحة العامة والمتمثلة في ضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد مبرر إعدام الإدارة ولجوئها إلى سلطة تعديل العقد الإداري ومن ثم تستطيع الإدارة أن تمارس حقها في التعديل طالما كان الهدف هو تحقيق المصحة العامة، أما إذا كان هدفها إحداث المشاكل أو إقامة العراقيل أمام المتعاقد، أو إجراء تعديلات لا علاقة لها بالشروط المتصلة بالمرفق العام كأن ترد التعديلات على الشروط التي تنظم المزايا أو الضمانات المالية أو لا تتوافق مع الحالات المنصوص عليها في العقد، فإن هذا التصرف يمكن أن يوجد أو يمثل ممارسة غير مشروعة من جانب الإدارة لسلطتها في التعديل وبالتالي تترتب مسؤوليتها التعاقدية ويحق للمتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد لإلغاء هذه القرارات فضلا عن المطالبة بالتعويض المناسب عما أصابه من ضرر جراء هذه التصرفات أو القرارات الباطلة[2].

ومن الضوابط القانونية التي على الإدارة أن تلتزم بها ما يلي:

- توافر المبرر المتمثل في تغير الظروف التي أبرم في ظلها العقد الإداري.
- اتصال التعديل بموضوع العقد.
- ألا يتجاوز التعديل الحدود الطبيعية المعقولة.
- يجب ألا تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد كقاعدة عامة المتفق عليها في العقد فتقلب اقتصادياته كلية كما يجب أن يكون هدف الإدارة من التعديل هو المصلحة العامة.

[1] بلال أمين زين الدين المرجع السابق، ص 520.

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 525.

ومن القرارات في هذا المجال، الحكم الصادر في 04 ابريل سنة 1930 بخصوص عقد الامتياز الذي تم إبرامه بين الدولة ومدينة Smalo لإنشاء واستغلال ميناء النزهة حيث قام المحافظ بإجراء تعديل في حدود الامتياز وذلك بتخفيض مجال الامتياز وعلى إثر ذلك طالبت المدينة بالتعويض إلا أن المحافظ قد أراد أن يطبق شرط الامتياز المتعلق بالإلغاء الجزئي أو الكلي بينما طالبت المدينة تطبيق شرط آخر أكثر ملاءمة وهو استرداد الامتياز ورفع النزاع أمام مجلس الدولة الذي قرر أن تعديل الامتياز لا يرجع إلا تطبيق الشرط المقرر من قبل المحافظ ولا إلى تطبيق الشرط المقرر من قبل المحافظة ولا إلى تطبيق الشرط المقرر من قبل المدينة ولكنه رأى أن تعديل شروط العقد من جانب المحافظ بصورة منفردة كانت خارج الحدوث المعترف بها في نصوص العقد حيث ترتب عليه نفقات أولية للإنشاءات وتخفيض نفقات الاستغلال التي تكبدت المدينة تبعيتها وعاد عليها بالضرر وبالتالي ألزم مجلس الدولة الإدارة بالتعويض[1].

استعمال الإدارة غير المشروع لسلطتها في توقيع الجزاءات:

تعتبر الجزاءات المالية من قبل الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد متعها في العقود الإدارية وتتمثل الجزاءات المالية في: غرامة التأخير، المصاريف الإدارية، والفوائد ومصادرة الضمان وكذلك التعويض، ولئن كانت الجزاءات المالية في العقود الإدارية، تتميز أنها ذات طبيعة مالية، تهدف لتغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة، نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري إلا أنه إذا ما وقعت الإدارة هذه الجزاءات بدون مبرر وعدم توفر الشروط القانونية لتوقيعها فإنها تكون قد أخطأت في توقيع الجزاء مما يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ[2].

وصور الجزاءات التي يمكن للسلطة المانحة توقيعها عديدة إلا أنه يمكن حصرها في ثلاث:

- الجزاءات المالية وهي عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية.
- جزاءات عينية والتي تتمثل في إحلال الإدارة محل المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري وعلى حسابه الخاص أو أن تعهد بذلك إلى شخص آخر.

[1] CE 4 avril 1930 concession état et la ville Smalo.529 أورده بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 339.

- الجزاءات المتمثلة في لجوء الإدارة إلى فسخ العقد الإداري دون الالتجاء إلى القضاء وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيرا جسيما.

وليس ثمة ما يمنع من جواز الجمع بين هذه الجزاءات[1].

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه في حالة عدم وجود نص في العقد أو دفتر الشروط على وجوب إعذار المفوض له قبل توقيع جزاء إسقاط الامتياز فإن الإدارة تلتزم بضرورة إعذاره قبل توقيع جزاء الإسقاط وإلا اعتبر هذا الجزاء غير مشروع ومخالف للقانون[2].

كما أن القاضي الإداري يستطيع إلغاء فرض الحراسة في عقد الامتياز إذا كان القرار غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو غير ملائم مع جسامة الخطأ، في هذه الحالة يلزم الإدارة بتعويض الملتزم إذا تسبب تصرفها غير المشروع في إلحاق الضرر بالمفوض له وتأكيدا على ذلك من حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 23 يونيو 1944 بشأن قضية Toulon والمدينة يعطي للشرطة حق إنشاء واستغلال المصنع الخاص بمعالجة القمامة المنزلية مقابل الانتفاع بمبلغ يدفع لها كل شهر من المدينة ووفقا لذلك فإن تكييف العقد حسب هذا التغيير يخرجه من نظام عقود الامتياز للمرافق العامة ويدخله في نطاق عقود الأشغال العامة ومع ذلك فقد أوضح قاضي العقد بأنه أيا كانت التفسيرات حول تكييف هذا العقد فإنه ليس المقصود يكون هذا العقد يدخل في نظام عقود الأشغال العامة أنه كالعقود الأخرى ولكنه عبارة عن عقد طويلة المدة يمنح المتعاقد مع الإدارة ضمانات مماثلة للضمانات الممنوحة للمفوض له في عقد الامتياز المرافق العامة أو الأشغال العامة[3].

استعمال السلطة المفوضة غير المشروع لسلطتها في إنهاء العقود الإدارية: يعد قرار السلطة المفوضة بإنهاء الاتفاقية للمصلحة العامة الغير مشروع، يرتب مسؤوليتها الإدارية باعتباره خطأ في حالتين:

- إذا فقد قرار الإنهاء أو الفسخ الإداري غايته.

[1] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 531.

[2] CE 9 juin 1957 DAVEl et commun garanevil .535 ا ورده بلال أمين زين الدن، المرجع السابق، ص

[3] CE l'ouvret de Toulon du 23 Juin 1944, (Cette idée est souvent retenue par le juge administratif en vue de définir les obligations prévues dans le contrat elle explique notamment que l'obligation prévue qui incombe au particulier cocontractant soit entendue par le juge administratif de particulièrement rigoureuse).

- إذا خرج عن قواعد المشروعية التي يتعين على الإدارة المفوضة احترامها ومراعاتها.

فإذا وجد إحدى الشرطين وجب تعويض المفوض له تعويضا يجبر الضرر الذي لحق به بسبب تعسف السلطة المفوضة استعمال هذه السلطة[1].

ويمتاز التعويض في هذه حالة إذا ما كان منصوص عليه في الاتفاقية، بأنه اتفاقي ومن ثم القاضي يطبق النصوص الخاصة به بمراعاة أنه في مثل هذه الحالات يكون التعويض كاملا، أي أن الإدارة يجب عليها أن تدفع للمفوض له ما يعادل أرباح المرفق موضوع الالتزام في السنوات التي هيباقية من مدة التفويض[2]، ويكون التعويض إما بدفع مبلغ إجمالي للمفوض له ويتم تقديره أي ما فاته من كسب وما لحقه متن خسارة، أو بطريق دفع أقساط سنوية يتم الاتفاق عليها بين الطرفين[3].

أما في حالة الاسترداد غير التعاقدي للمرفق المدار بطريقة التفويض يستحق تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب دون الرجوع إلى قواعد التعويض المنصوص عليها في الاتفاقية، فالقاضي هنا يكون له حرية أكثر في تحديد مقدار التعويض، خاصة في المدة الي يحظر على الإدارة ممارسة الاسترداد التعاقدي خلالها، ويأخذ القاضي في حسبانه النفقات التي تكبها المفوض له في إنشاء الموقف وتشغيله دون أن يباح له وفقا للمعدلات الاقتصادية استهلاك هذه النفقات بصورة كاملة خلال المدة الزمنية المتفق عليها في الاتفاقية والإدارة في كثير من الأحيان تنأى في الأخذ بهذه الصورة لما يترتب عليها من تعويض باهظ للمفوض له[4].

الفرع الثاني: إلزام السلطة المفوضة بالتعويض عن الأضرار الناجمة دون خطئها.

تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر على الرغم من عدم نسبة أي خطأ عليها ويكون أساس التزام الإدارة بالتعويض إما استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب أو استنادا إلى نظرية التوازن المالي للعقد [5] وهذا ما سنحاول أن نستعرضه في البندين التاليين:

البند الأول: التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب: نظم المشرع الجزائري الإثراء بلا سبب بموجب المادتين 141 و142 من القانون المدني حيث على أنه: «كل من نال عن حسن نية

[1] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 343.

[2] جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 210.

[3] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 731.

[4] جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع نفسه، ص 214.

[5] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 344.

من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء" أما المادة 142 نصبت أنه: «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشرة سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق"[1].

وعلى أساس هاتين المادتين يشترط لقيام الإثراء بلا سبب أربعة شروط هي:

- أن يوجد إثراء في جانب المدعى عليه حسن النية، ويقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بمال يدخل ذمة المدعي.
- أن يؤدي العمل إلى افتقار في جانب المدعي ويقصد بالافتقار إنقاص لذمة المدعي.
- أن يكون هناك سبب قانوني للإثراء.
- أن يبقى الإثراء قائما وقت رفع الدعوى القضائية[2].

يذهب هذا الرأي إلى تأسيس التعويض المستحق للمتعاقد في مواجهة الإدارة التي قامت باتخاذ الإجراءات الإدارية أو لتوافر ظروف ومستجدات اقتصادية أودت بها إلى اتخاذ وفرض بعض الإجراءات الاقتصادية أو التي استعادت من جراء قيام المتعاقد معها بأداء أعمال ضرورية على أساس أن تلك الإدارة أثرت على حساب المتعاقد معها، الأمر الذي أدى افتقاره أو انتقاص في ذمته المالية مما يترتب عليه ضرورة تعويضه عن ذلك[3].

وتكون السلطة المفوضة مسؤولة عن تعويض المفوض له معها عن إثرائها على حسابه أي ما حصلت عليه من أعمال نافعة لها قام بها، وكانت راضية عن قامع بها أثناء مرحلة التنفيذ، كما في حالة قيامه بأعمال غير مطابقة أو إضافية بالنسبة للعقد.

البند الأول:التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال الإضافية العقدية والأعمال الإضافية :هي كل الأعمال التي لم يرد ذكرها في الاتفاقية وهي أعمال مرتبطة بالعمل الأصلي على عكس العمل الجديد الذي يكون بطبيعته غريبا عن موضوع الاتفاقية ولا تثير مسألة التعويض عن

[1] المادتان 141 و142 من القانون المدني، السالف الذكر.

[2] عجة الجيلالي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 510.

[3] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 598.

هذه الأعمال أي مشكلة في حالة الطلب الكتابي أو الشفوي ولكن يختلف الأمر في حالة قيام المفوض له بهذه الأعمال دون توجيه أي طلب يتضمن ذلك، فهنا يلزم لجوء هذا الأخير إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عما أنفقه في سبيل هذه الأعمال شريطة أن تكون هذه الأعمال لازمة وضرورية للعمل الأصلي[1].

- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة في العقود الإدارية، كل الأعمال التي قام بها المتعاقد مع الإدارة، ولا تتوافق مع المتفق عليها في العقد، سواء من ناحية المواصفات الفنية أم الكمية[2].

وإذا كان الأصل إن الإدارة غير ملزمة بأداء مقابل الأعمال التي تخرج عن إطار ما اتفق عليه بالعقد إلا أنه —استثناء عن هذا الأصل– يمكن لمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض على أساس ما قام به من أعمال غير مطابقة بشرطين، أولهما: أن تكون تلك الأعمال قد استفادت منها الإدارة المتعاقدة وثانيهما عدم اعتراضهما على أداء المتعاقد لتلك الأعمال.

ولا يمكن أن يستند التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها في تلك الحالة تلك إلى المسؤولية العقدية، حيث لا ينسب إلى الإدارة خطأ عقدي، هذا بالإضافة إلى أن الأعمال التي نفذت تقع خارج إطار العقد لمخالفتها لما اتفق عليه الطرف وإنما يعزي طلب المتعاقد الإدارة بتعويضه عن هذه الأعمال إلى ما تقرره نظرية الإثراء بلا سبب[3].

البند 2: التعويض حفاظا على التوازن المالي العقد

إن فكرة التوازن المالي لاتفاقية التفويض قد نشأت في شكل نظرية، سميت بنظرية التوازن المالي للعقد، وهي من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث جرى استخلاصها لأول مرة في نزاع يتعلق بعقد امتياز المرافق العامة، وهو النزاع المعروف باسم الشركة الفرنسية للترام في مارس 1910[4] وأن فكرة التوازن المالي للعقد جاءت لمواجهة تدخل الإدارة بهدف المصلحة العامة،

[1] يوسف بن مصبح سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 345.

[2] يوسف بن مصبح الشكيلي، المرجع والوضع نفسه، ص 345.

[3] يوسف بن مصبح الشيكيلي، المرجع نفسه، ص 346.

[4] CE TRAMWAY et la commune de Marseille, mars 1910.

تتمثل وقائع هذه المنازعة في أن بلدية مرسيليا كانت قد تعاقدت مع شركة لإنشاء واستغلال خطوط الترام واي للمدينة، وتضمن العقد مدى التزام الشركة فيما يخص عدد الخطوط التي تستغلها وعدد العربات التي تسير على خط لخدمة الجمهور، ولكن حدث بعد التعاقد بفترة أن اتسع نطاق المدينة، وزاد عدد السكان، حيث صار عدد العربات غير كاف لمواصلة زيادة السكان.

وتحقيق سير المرفق العام، لا يفرق بين إذا كان التدخل من الإدارة أو من سبب خارجي فقد عممت فكرة التوازن المالي، نظرا إلى الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، وغيرها من النظريات[1]و من أهم النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري استنادا إلى مبدأ التوازن المالي هو:

1.نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ويؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أمرا مرهقا ويترتب على توافر شروطها وجوب استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية وحقه في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات[2].

يجب أن تكون الواقعة المادية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، بحيث لا يمكن للقاضي الإداري أن يقبل طلب التعويض إذا كان الفعل الذي سبب صعوبة في جزء منه، نتج عن إرادة أحد الأطراف المتعاقدة إضافة إلى ضرورة أن تكون هذه الصعوبة غير المتوقعة خارجة عن إرادة الإدارة المتعاقدة فإن ساهمت الإدارة في خلق هذه الصعوبات ففي هذه الحالة لا تكون بصدد تطبيق هذه النظرية، ولكن يكون بصدد نظرية فعل الأمير وأن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد المالي للعقد ويقدر هذا الاختلال بقيمة المبالغ الإضافية التي أنفقت من أجل مواجهة هذه الصعوبات المادية[3]، ومن مظاهر هذه النظرية والتي تتمثل في وقع أعمال أو أحداث غير مرتقبة وفي ظل ظروف غير عادية الحالات التالية:

- ظهور عوائق مادية غير مرتبة أو لم يكن بالمعقول ارتقابها وقت حصول التفويض، كأن يفاجأ بظواهر طبيعية أثناء العمل، في هذه الحالة يعوض بالكامل على المستثمر بمقدار يوازي الأعباء الجديدة، وغير الملحوظة في دفتر الشروط.
- قيام السلطة المفوضة مانحة التفويض باتخاذ تدابير قانونية من شأنها أن تجعل تنفيذ التفويض أكثر كلفة وصعوبة وفي هذه الحالة تتصرف الجماعة العامة بصفة غير صفتها كمانحة للتفويض وذلك بإصدار قرارات فردية أو تنظيمية تؤثر في التوازن المالي.

[1] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 349.

[2] جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 340.

[3] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع نفسه، ص 351.

- أو تكون على شكل أعباء إضافية تكون نتيجة لتعديل في دفتر الشروط، عند استعمال الإدارة لحقها في التعديل أو نتيجة لخطأ مقترف من قبلها بسبب إخلالها بموجباتهاالتعاقدية وفي كلتا الحالتين فإن التعويض على المستثمر يكون كاملا عن الضرر اللاحق به[1].

2.نظرية فعل الأمير: يقصد بفعل الأمير جميع الإجراءات والأعمال الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، التي تؤدي إلى زيادة أعباء الالتزامات التعاقدية، وعندئذ تلتزم السلطة المفوضة بتعويض المفوض له عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك[2].

وتقتصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الإجراءات الصادرة عن الجهة المتعاقدة نفسها، وفي حال صدت عن سلطة عامة أخرى فيمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة[3] ، تتعدد الإجراءات التي تتخذها الإدارة والتي من شأنها الإخلال بالتوازن المالي لعقد تفويض المرفق العام وهي:

- الإجراءات التي تعدل بنود العقد التنظيمية والتي لها علاقة مباشرة بتنفيذ العقد ومن شأنها جعل تنفيذ المرفق العام أكثر كلفة، وذلك كالتزام صاحب الامتياز بإنشاء خطوط جديدة أو القيام بتسيير رحلات أكثر من المتفق عليه في العقد، وذلك في إطار موقف النقل، وهذه الإجراءات لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، وإنما تخل بالتوازن المالي للعقد.

- الإجراءات التي تؤدي إلى المساس بصورة غير مباشرة بالمركز المالي لصاحب التفويض وهذه الإجراءات تؤثر على ظروف تنفيذ العقد ومن شأنها تحميل المفوض له أعباء جديدة غير متوقعة عند إبرام العقد.

- الإجراءات العامة التي تتخذها الإدارة، والتي لا تتعلق مباشرة بتشغيل المرفق العام موضوع التفويض، ولا تمس بصورة مباشرة بالفوضى له كاتخاذ القرارات التي من شأنها رفع الرسوم والضرائب، وفي هذه الحالة لا يتأثر المفوض له بصورة خاصة، وإنما يمس هذا الإجراء جميع المتعهدين ويشترط لكي يستحق التعويض عن الضرر الناشئ عن هذه الإجراءات المساس

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 335.

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، المرجع السابق، ص 352.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 158.

بالشروط العامة لتشغيل المرفق العام، والتشويش الفعلي على التنفيذ والإخلال بالتوازن المالي للعقد[1].

3-نظرية الظروف الطارئة: ويقصد بالظرف الطارئ أو الحادث المفاجئ في هذه النظرية كل حادث عام لاحق عن تكوين العقد غير متوقع الحصول، ينجم عنه إخلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصير تنفيذ المدين للالتزامات كما أوجبه العقد برهقه إرهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فادحة[2].

ويقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجموعة من الشروط هي:

- يجب أن تكون الظروف الطارئة التي تمس بتنفيذ العقد غير متوقعة وتشمل هذه الظروف غلاء الأسعار وارتفاع الأجور، ويجب أن تؤدي إلى تجاوز التوقعات المعقولة لطرفي العقد في لحظة إبرام العقد.
- يجب أن تسبب الظروف الطارئة إخلالا قويا في التوازن المالي لعقد التفويض أي تجعل العقد مرهق التنفيذ وليس مستحيلا، لأنه في حالة الاستحالة تطبق نظرية القوة القاهرة[3].

فنظرية الظروف الطارئة التي هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي[4] تعمل على حل أزمة التنفيذ لا بواسطة التعويض الكامل كما هو الحال في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير، وإنما بتضامن أطراف العلاقة القانونية[5].

---

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 155.

[2] يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، المرجع السابق، ص 355.

[3] مروان محي الدين القطن، المرجع نفسه، ص 157.

[4] CE, 30 Mars 1916, gaz Bordeaux, recleb, p 143.

[5] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 336.

خلاصة الباب الأول:

في هذا الباب قمنا بتحديد الطبيعة القانونية لعقود التسيير المفوض للمرفق العام وقد توصلنا أن بالرغم تدخل المشرع في كثير الأحيان ونصه على أنه عقد إداري إلا أن جانب من الفقه كيفعلىأنه من القانون الخاص لارتباط المرفق العام المفوض بالنشاط الاقتصادي.

أما إجراءات الإبرام تبدأ بالاستشارات السابقة وتنتهي بالمنح النهائي، وقد خلصنا أن ضوابط إعداد الجدوى الاقتصادية والجوانب الفنية هي بمثابة توجيهات للإدارة تستشير بها قبل الإقدام على إبرام عقودها، فلا يترتب على مخالفة تلك الضوابط الآثار القانونية بالنسبة للعقد كأن يؤدي إلى أبطاله ولكن ترتبت على مخالفة الإدارة لتلك النصوص القانونية مسؤولية موظفيها أمام السلطات الإدارية لأعلى منها،تدرج ضمن المنازعات التأديبية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري ثم تناولنا بعد ذلك مبادئ تسيير عقود التفويض والتي هي الاستمرارية والمساواة وقابلية المرفق العام للتكييف وقد أقر القانون المنتفعين حق رفع دعوى إذا انتهكت هذه المبادئ وذلك بالإلغاء أو التعويض، أما طريقة الإبرام ساد في عهد القديم التعبير الشخصي الذي يعتمد على تقدير الإدارة في اختيار متعاقديها ولكن بعد صدور نصوص قانونية وتضمنها مراحل إجرائية عبر المنافسة.

فمراحل إجراءات إبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام تتشابه في كثير من الجوانب مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ولكن الشيء الجديد هو إقراره مرحلة المفاوضات قبل المنح المؤقت، ولكن يشترط أن لا تؤثر على المنافسة وتحترم مبدأ المساواة.

وبما أن عقد التفويض عقد مركب، يتدخل فيه القانون العام مع القانون الخاص طبقا لتصنيف المرافق العامة إلى مرافق عامة إدارته وأخرى اقتصادية إلى جانب معيار الهدف من النشاط الممارس.

هذا جعل منازعاتها خاضعة من جهة لاختصاص القضاء العادي ومن جهة أخرى للقضاء الإداري.

وقد رأيت أن قاضي الاستعجال يتدخل في عقود تسيير المفوض عند حدوث مخالفات في العلانية والمنافسة. وتقام الدعوى قبل إبرام العقد.

ويشترط لصحة عقد التفويض أركان العقد المعروفة الرضا والمحل والسبب، وإذا تحقق عيب في أحد هذه الأركان جاز أن يطلب القاضي الإداري الحكم ببطلانه.

وقد أقر المرسوم التنفيذي 199/18 عقد المناولة ويكون القاضي العدلي المرجع الصالح للنظر في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات المعقودة بين المفوض له والمناولين.

وتنعقد صلاحية القاضي الإداري في عقود تسيير المفوض للمرفق العام في العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له لسلطة قاضي العقد عند تكوين العقد، أوصحته أو تنفيذه، أو ما تصدره الإدارة من قرارات استنادا إلى أحد نصوص العقد، وتندرج منازعات عقد التفويض التي اخضع لاختصاص القضاء الكامل الدعاوي المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه، دعاوي بطلانه.

كما يمكن أن يدخل القاضي استثناء في المنازعات التي تنشأ بين المفوض له والمستفيدين، حيث تكون الأضرار التي تسببها المنشآت العامة أو يكون ناجمة عن ممارسة إدارته تندرج لامتيازات السلطة العامة، أو في المنازعات بين السلطة المفوضة والمستفيدين بسبب إهمال الإدارة التدخل في إجبار المفوض له تقديم الخدمات المتفق عليها، والمنازعات مع مدير عام المؤسسة صاحبة التفويض أو المحاسب لدى المؤسسة، أو إذا كان المفوض له صفة الشخص المعنوي العام أو إذا كان المفوض له صفة الشخص المعنوي العام أو إذا كان المرفق العام له طابع إداري، أو بناء على طلب من القاضي العدلي.

أما اختصاص القاضي العادي في الحالة التي تكون العلاقة ذات طابع خاص وتشمل العلاقة القائمة بين المفوض له والمستفيدين، والعلاقة بين المفوض له والعاملين بالمرفق العام والعلاقة بين المفوض له والأشخاص الثالثين من الموردين والمؤجرين.

كما تنعقد دعوى التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب أو الاخلال بالتوازن المالي للعقد.

الباب الثاني:آلية التحكيم في تسوية عقود التسيير المفوض المرفق العام.

لقد عرف المجتمع الدولي تطورات اقتصادية وسياسياسية متسارعة في الآونة الأخيرة، فهناك انفتاح اقتصادي غير مسبوق نتج عنها لجوء الدول إلى رؤوس الأموال الأجنبية لسد النقص الذي تعاني منه في شتى المجالات وتأثر استغلال وتسيير المرافق العامة الاقتصادية والتجارية بهذه الموجة العارمة نظرا للفشل في إدارتها محليا وذلك لعدم تكيفها مع هذه التطورات، خاصة منها التي تتطلب تقنية وتكنولوجيا عالية في تسييرها، مثل مرفق الاتصالات ووسائل النقل الحديثة وغيرها.

وكون عقود التسيير المفوض للمرفق العام تعتريهاخلافات كباقي العقود الإدارية، لذا يسعى المستثمرون خاصة الأجانب منهم الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية هذه المنازعات، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها في عقود الاستثمار لتسوية منازعات الناشئة عنها، إلا أن التحكيم يعد طريق الأمثلوالمفضل لتسوية المنازعات لدى المستثمرين، حيث أنه يعد وسيلة فعالة لحسن منازعات الاستثمار وأصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال لأنه يعد ضمانة إجرائية للمستثمرين لحسن منازعاتهم مع الدول الجاذبة للاستثمار لأنهم ينظرون إلى قضاء تلك الأخيرة نظرة شك وريبة، فضلا عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تناسب مع طبيعة عقود الاستثمار[1].

ورغبة من المشرع في مسايرة التطور وتمهيد الإجراءات الملائمة لتسوية المنازعات التي تثور في مراحل تنفيذ العقد بين أي من طرفيه، فقد قام المشرع الجزائري بسنقانون رقم 08-09 الذي تضمن الإجراءات المدنية والإدارية ،ففي المادة 976 منه نص على أن (تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية) ، كما نص على الصلح في المادة 970 كما يلي(يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في المادة القضاء الكامل) ، وإذا كان المشرع باستحداثه لهذا القيد الإجرائي يتطلب ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فكان هناك اختلاف فقهي وقضائي بشأن الأثر الناتج دون الحصول على تلك الموافقة، فالوزير يمثل السلطة التنفيذية في الدولة، وتوقيعه بالموافقة على إبرام شرط التحكيم يجعل هذا الشرط ساريا في مواجهة الدولة، مما يسبب

[1]أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 5.

ضررا بالمصلحة العامة في حالة صدور حكم يدين الشخص المعنوي العام، حيث يعتبر هذا الحكم صادرا في مواجهة الدولة وذمتها المالية[1]، هذا كما أن هناك إشكالات أخرى تتعلق بالنظام القانوني والإجرائي للتحكيم كتشكيل هيئة التحكيم، والقانون واجب التطبيق وغيرها يتطلب معالجتها، والإشكالية المطروحة هنا تتمثل في مدى خضوع عقود التسيير المفوض إلى التحكيم وماهي أهم الإجراءات في ذلك؟ .

وللإجابة على هذه الإشكالية وتحديد موقع التحكيم في تفويض المرفق العام، سوف أقسم هذا الباب إلى فصلين هما:

-**الفصل الأول** :إشكالية جواز لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم .

-**الفصل الثاني** :إجراءات التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

[1]علاء العناني، المرجع السابق، ص 140.

الفصل الأول: مدى جواز خضوع عقود التسيير المفوض للمرفق العام للتحكيم.

لقد ارتبط تطور قانون الاستثمارات الدولية بعوامل مختلفة منها افتتاح الحدود، نمو التجارة الدولية والعولمة، ليكون هدفا حقيقا لتقنين محدد دوليا، تميز عن القوانين الوطنية ويحل مكانه بشكل عام شامل[1].

إن مبدأ استقلالية الإرادة في العقود الدولية المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية هي الأساس المطبق في إطار القانون الإداري الدولي وهذا المبدأ كرسته القرارات القضائية والتحكيمية والفقه الدولي[2].

ورغبة من الدولة في تحقيق التنمية وتشابك العلاقات الاقتصادية أدى بالدولة إلى الخروج خارج حدودها والتعاقد مع الأشخاص الأجنبية الخاصة بغرض الحصول على الاستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية وهو ما يضيف عقدا خارجيا تكون الدولة طرفا أول والطرف الثاني هو الشخص الخاص الأجنبي والدولة تقوم بهذا في سبيل إدارة المرافق العامة الداخلية بقصد تحقيق المصلحة العامة لجمهور المتعاملين مع المرفق[3].

وهنا تطرح إشكا تكييف عقد التسيير المفوض على أنه دولي؟، للإجابة على ذلك حاولت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

المبحث الثاني: مدى قابلية خضوع عقود التسيير المفوض للمرفق العام للتحكيم.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

التحكيم في عقود تفويض ا لمرفق العام وبصفة خاصة وفي العقود الإدارية بصفة عامة، كانت محل جدال في الفقه والقضاء فاعتبره البعض أنه مخالف للنظام العام وأكد على عدم أهلية أشخاص القانون العام لإبرام الاتفاق التحكيمي، في حين أكد البعض الآخر أن ضرورات التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية يقضي بضرورة إباحة التحكيم في العقود الإدارية[4].

---

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 163.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع والموضع نفسه، ص 163.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 188.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 410.

قد تعرضت فكرة التحكيم في العقود الإدارية مواجهة من جانب الفقه الذي اعتبر بأن إجازة التحكيم بصدد هذه العقود من شأنه أن يؤثر سلبا على خصائصها الذاتية لذا كان من غير الغريب أن يصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية التحكيم في العقود الإدارية، العلاقة القائمة بين التحكيم والعقد الإداري بأنها علاقة صراع دائم ويوجد استحالة للتعايش بينهما.[1]

ولكن قبل الخوض في هذا الجدل يجدر بنا أن نقوم بتعريف التحكيم وتحديد أنواعه، لذا سأتناول في المطلب الأول مفهوم العقد الإداري الدولي، أما في المطلب الثاني أتناول مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفقالعام، ثم صور التحكيم وأنواعه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي.

في هذا المطلب أحاول تقديم تعريفا للعقد الإداري الدولي في **الفرع الأول** أما في **الفرع الثاني** أحدد المعايير المميزة له.

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي.

تباينت تعريفات فقهاء القانون للعقد الدولي فقد عرف على أنه "عقد الاستثمار ذي الطرف الأجنبي الخاص أو العقد المبرم من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي والتي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية". وعرفه آخرون بأنها العقود التي تبرم ين دولة نامية أو من يعمل لحسابها وباسمها ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية لأجل طويل".

كما عرفه البعض الآخر "بأنها اتفاقات تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الحكومية مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي وغالبا ما تتضمن هذه العقود شروطا تحدد القانون الواجب التطبيق، وتهدف إلى استغلال الموارد الطبيعية في الدولة المضيفة أو إقامة منشآت على أراضيها لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة".

وعرف كذلك على أنه "العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد أجهزتها مع أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة سواء كان طبيعيا أو معنويا وذلك بغرض إنشاء أو إدارة مرفق عام وتحقيق مصلحة عامة مستخدمة في ذلك سلطتها العامة ويترتب على تلك العقود انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود

[1] حسان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 308.

باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية"[1]، ويرى البعض بأن هذا التعريف أقرب إلى عقد الامتياز الدولي.

إن خضوع الدولة أو جماعاتها العامة لنظام قانوني معين، إنما ينبع من طبيعة التصرف الحاصل وذلك بغض النظر عن الصفة الوطنية أو الأجنبية للشخص التي تعاقدت معه، فهي وكما تقوم بأعمال سيادية، تقوم أيضا بأعمال عادية تتشابه فيها مع الأفراد، ففي حالة الأعمال السيادية لا يمكن للدولة أو جماعاتها العامة الخضوع لقانون أو لقضاء أجنبي أما في حالة الأعمال العادية يصبح الخضوع للقوانين وللقضاء دولة أخرى جائزا إذ في هذه الحالة يمكن للصفة الدولية أن تتغلب على العقد لتستبعد خضوعه لقوانين الدولة أو الجماعة العامة المتعاقدة[2].

يتميز العقد الإداري الدولي ببعض السمات من أبرزها:

- تميز العقود الإدارية الدولية عن غيرها من العقود التي من الممكن إبرامها في إطار العلاقات التجارية الدولية وسبب هذا التميز هو اختلاف تكوين هذه العقود، حيث تبرم عادة بين دولة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وبصفة الدولة في آن واحد وتتمتع بالسيادة على إقليما من جهة وبين شخص اعتباري أجنبي يخضع للقانون المدني في الدولة التي ينتمي إليها[3].
- مضمون القانون الإداري الدولي الذي ينظم العلاقة بين الدول والمستثمر في قالب العقود الإدارية الدولية وهو مستوى بالدرجة الأولى من القانون الدولي الخاص وتحديدا قاعدة حرية الإدارة[4].
- وتتضمن عقود الإدارية الدولية بالإضافة إلى شرط الثبات التشريعي شرط التحكيم الذي يهدف بشكل أساسي إلى تحرير العقد من الولاية القضائية للدولة المتعاقدة والدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية، الأمر الذي يؤدي إلى حل الخلافات الناشئة عن عقود دولية عن طريق هيئة تحكيمية مستقلة عن أطراف العقد[5].

---

[1] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 160.

[2] وليد حديدر جابر، المرجع السابق، ص 607.

[3] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 132.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 167.

[5] صفاء فتوح جمعة، المرجع نفسه، ص 739.

- إن فكرة الانتقال لقيم عبر الحدود كمعيار لإضفاء الصفة الدولية على العقد، تضعف متى توافرت معايير العقد الإداري التقليدي ومنها تنفيذ المرفق العام في إطار تفويض المرفق العام[1]، وهذا يكون عائقا في إدراج التحكيم في هذا النوع من العقود كما ذكرت سابقا.
- إن العقد الإداري ذا الطابع الدولي له طبيعة تختلف عن العقد الإداري التقليدي إذ تحتوي شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد الإداري وشروط التحكيم تلك الشروط التي نقلت العقد من شكله التقليدي إلى صوره الأخرى وهدف آخر هو الحفاظ على التوازن العقدي وتحقيق الاستقرار القانوني للعقد [2] .
- تتسم هذه العقود بطول مدتها لأنها لا تنصب على عملية واحدة فقط بل تتعلق بالقيام باستثمارات طويلة الأمد للثروات الطبيعية، كما أن هذه العقود لا تمنح للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة حقوقا تعاقدية صرفه فحسب بل تعتبر بمثابة امتيازات غالبا ما تكون غير مألوفة ولها طابع شبه سياسي كالإعفاء من الضرائب[3].

الفرع الثاني: معايير تحديد العقد الإداري الدولي.

لا شك فيه أن التعاقد بنظام التفويض أو الامتياز يعتبر أداة من أدوات جذب الاستثمارات الأجنبية وفي كثير من الأحيان يكون المتعاقد مع دولة شخصا خاصا أجنبيا وعليه فإن هذا النوع يمكن أن يأخذ الطابع الدولي إذ تضمنت عنصرا أجنبيا.

ولقد اختلف الفقه حول المعيار الذي يضبط دولية العقد إلى ثلاث اتجاهات البعض يرى أن المعيار القانوني هو الذي يميز دولية العقد من عدمه، ويرى البعض الآخر إلى أنه إذ ترتب على العقد انتقال الأموال والسلع والخدمات عبر الحدود وهو ما يعرف بالمعيار الاقتصادي، وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى كلا المعيارين السابقين (أي فريق ثالث أن يمزج بين الاتجاهين السابقين في محاولة لوضع معيار منصف يقودنا إلى تحديد دولية العقد من عدمه وما يعرف بالمعيار المختلط[4]، سنحاول أن نشرح ذلك فيما يلي:

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 607.
[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 353.
[3] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 739.
[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 164.

المعيار القانوني: يذهب أصحاب هذه المدرسة إلى القول بأن العقد يعد دوليا إذا ترتب عليه اتصال عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع[1]، أو كأن تكون جنسياتهم مختلفة أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان تنفيذ العقد مختلفا عن دولة القاضي، أو عنصر الواقعة المنشئة، كأن يكون مكان إبرام العقد في دولة غير دولة القاضي[2] واللغة المستخدمة في تحرير العقد وغيرها.

وهذا الرأي وهو ينطبق على الرؤية التقليدية أما النظرة الحديثة تفضل التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد، والتي قد تتطرق لها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة والمؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة، وعليه فإنه وفقا لهذا الرأي فقد يكون العقد دوليا في بعض الأحيان وغير دولي في أحيان أخرى، ويؤكد هذا الطابع النسبي أن تحديد هذه الصفة تتم من خلال معيار كيفي وليس معيارا كميا[3]، فلا يعقل أن يعد العقد دوليا لمجرد أنه حرر على ورق مصنوع في دولة أخرى، وبالمقابل فإن العقد يبرم بين طرفين أحدهما يقيم في الخارج الذي يعد في الغالب شخصا أجنبيا سوى في ذلك أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، فيعد عقدا دوليا في غالبية الفروض [4].

المعيار الاقتصادي: ظهر هذا الاتجاه مؤداه الأساسي الاقتصادي لتحديد دولية العقد بمعنى أنه يعد عقدا دوليا إذا ترتب عليه انتقال الأموال والسلع والخدمات عبر الدول[5]، وكانت بداية هذا المعيار في أواخر العشرينيات في القرن الماضي في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية حيث أكد على العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية[6] ويكتسب هذه الصفة من كونه متجه صوب النشاط أو الخدمة أو المبادلة عبر الحدود والمتصلة بمصالح تهم آخرين في بلاد أخرى، فإن المعاملات موجهة لأن تتخطى حدود دولة لتتركز آثارها في دولة أخرى ومن ثم فالأمر في هذا القانون أن النشاط التجاري أو الخدمة أو البيع أو المبادلة تتم عبر الحدود ومتصل بمصالح تهم آخرين في بلاد أخرى[7].

[1] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 164

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 65.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 165.

[4] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 66.

[5] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 166.

[6] علاء العناني، المرجع والموضع نفسه، ص 66.

[7] عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص 19.

والمعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني وذلك أن انتقال القيم الاقتصادية من بلد إلى آخر ينشئبالقطع علاقة العقدية وهو ما يؤدي إلى أن المعيار القانوني قد يتسع ليمل المعيار الاقتصادي في نفس الوقت[1].

3.المعيار المختلط لتحديد دولية العقد: يجمع المعيار المختلط بني كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، بمعنى أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية[2] ويترتب على ذلك التضيق لمعيار دولية العقود بحيث لا يؤدي مجرد وجود العنصر الأجنبي القول بدولية العقد إنما يتعين أن يترتب عليه انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود[3].

وسؤال الذي يطرح هنا مدى سريان هذه المعايير على العقود المبرمة بنظام عقود التسيير المفوض؟

إن تحديد موقع عملية التسيير المفوض للمرفق العام في مجال دولية العقد يستحوذ أهمية بالغة تتمثل بتعيين القضاء المختص والقانون الواجب التطبيق، هذا يحتم علينا اختيار المعيار المناسب في تحديد الوصف القانوني لعقد التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام أي بمعنى متى يأخذ الطابع الدولي؟

في هذا الصدد يمكن القول بأنه ثمة نوعين من الدولية الأولى ما يصطلح عليها بالدولة القانونية والدولية الاقتصادية، الأولى تقع في إطار تنازع القوانين أي التنازع بين نظام قانوني وطني ونظام قانوني أجنبي، أما الثانية فهي تدخل في نطاق فض المنازعات وفق القواعد المادية والتي لا يمكن أن تطبق إلا في إطار العقود الدولية، وهو ما يصطلح عليه بقانون التجارة الدولية أي عندما يكون موضوع العقد يدخل في نطاق مصالح التجارة الدولية[4].

إن الطريقة المتنازعة لحل النزاع بين القانون الوطني والنظام القانوني الأجنبي يفترض دون شك ضرورة وجود رابطة من العقد والنظام القانوني الأجنبي، إن التبرير التي يمكن الإسناد إليه في هذا الإطار يعود بالأساس إلى دور الإرادة واستقلاليتها، فهي التي ذهبت إلى التعاقد مع طرف مقابل،

[1]عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 167.

[2]علاء العناني، المرجع السابق، ص 67.

[3]عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 167.

[4]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 411.

وهو ما أدى إلى ارتباط العقد بنظام قانوني أجنبي، الأمر الذي يقودنا للقول بأنه لا يوجد عقد دولي بطبيعته مع أن بعض الفقه يرى بأن دور الإرادة فقط تكمن في اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

القاعدة المستقرة في مجال العقود الإدارية أن قانون الدولة هو الذي يسري على العقد الإداري وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لجماعات الإقليمية حيث أكدت المادة 22 أنه: «لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري"[2].

لكن هذه القاعدة طرأت عليها استثناءات فإزاء التطورات الاقتصادية الحديثة وظهور أنواع كثيرة من النشاطات الاقتصادية المتعارضة وحاجة الدول النامية على وجه الخصوص خارج حدودها الوطنية أدت إلى ظهور نوع جديد من عقود الاستثمار الدولية، منها عقود الامتياز التي تقوم بها الدولة أو مؤسسات عمومية وطنية كشركات، ومؤسسات الطاقة والبترول والاتصالات.. الخ وبالتالي أصبح مبدأ سلطان الإرادة له أثره الكبير ويتم إعماله بشدة في عقود الإدارية والدولية.[3]

وظهور التحكيم في العقود الإدارية إلا أثر من آثار مبدأ سلطان الإرادة وتكريس لقاعدة قانون الإرادة فالطرف الأجنبي لن يفرض عليه قانون معين إلا بموافقته[4] في نظري يمتد هذا المبدأ إلى عقود الامتياز ويقضي باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقد، وذلك بسبب السابق وكذا ما يتضمنه هذا العقد من أمور فنية متخصصة ومراحل متلاحقة وأطراف متعددة ينتمي البعض منها إلى دول أجنبية تخشى اللجوء إلى القضاء الوطني وتفضيل اللجوء إلى التحكيم[5].

المطلب الثاني: مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

التحكيم تلك الكلمة التي قد يظن كثير من العامة أنها مصطلح جديد لنظام جديد لهذا العصر الحديث، لكنها في الحقيقة كلمة ومصطلح ونظام عرفه الإسلام منذ ما يزيد عن 1400

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 411.

[2] المادة 22 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 171.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 174.

[5] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 410.

سنة قد ذكره القرآن الكريم وعرفه العرب قبل الإسلام، كما مارس المسلمون الأول التحكيم على نطاق واسع باعتباره وسيلة ناجحة لحل المنازعات في جميع الأمور، فالتحكيم إذا كان هو الطريق العدل الأول للإنسان يحقق بمقتضاه العدل.

وإن فرض على الإنسان فليس بغريب أن يفرض على الدول، وقد يصعب إن لم يكن مستحيلا على الدول أن تحرم مواطنيها من التحكيم لأنها عندئذ تحرمهم مما فرضته عليهم الطبيعة وسننه لهم في كل مكان وفي أي زمان[1].

ونظرا لأهمية الخاصة التي يتمتع بها نظام التحكيم فقد أبرمت من أجله العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشئت له الكثير من المراكز الدولية لتقديم الخدمات التحكيمية[2].

ولكن يجدر بي قبل الحديث عن معوقات التحكيم وإجراءاته، تقديم تعريفا للتحكيم في **الفرع الأول** مع تمييزه عن الوسائل الودية الأخرى في تسوية هذا النوع من العقود في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

أحاول تعريفه لغة واصطلاحا على النحو التالي.

تعريف التحكيم لغة: التحكيم لغة كلمة مشتقة من "حكم بالأمر حكما أي قضى، يقال حكم له وحكم عليه، وحكم بينهم وحكم فلانا: منعه عما يريد ورده، فلانا في الشيء، والأمر جعله حكمان ويقول ابن منظور في لسان العرب[3] إنه: «إذا قال حكمت فلانا في مالي تحكيما، أي فوضت إليه الحكم فيه، ويقال حكمنا فلانا "بيننا أي أجزنا بيننا" ولقد ورد مصطلح التحكيم في القرآن الكريم فقال الله تعالى:" فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ"[4] واحتكم الخصمان إلى الحكام رفعا خصومتهما إليه وتحاكما، وتحكم في الأمر احكم ، و"الحكم" من أسماء الله تعالى" و"الحكم" الحاكم، قال تعالى:" أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا " والحكم من يختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا"[5].

---

[1] علاء العناني، المرجع السابق، ص 107.

[2] حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 307، ومن أهم هذه المراكز، مركز التجارة الدولية بباريس CCI، جمعية التحكيم الأمريكية AAA، المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRID محكمة لندن التحكيم الدولي LCIA، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

[3] ابن المنظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، تاريخ النشر2007.

[4] الآية 65 من سورة النساء.

[5] الآية 35 منسورة النساء. .

كما يأتي التحكيم من الفعل حكم، والحكم بمعنى القضاء ويقال "الحكم" بينهم، أي قضى، ويقال حكم وحكم عليه.

والحكم أيضا الحكمة، من العلم والحكيم العليم وصاحب الحكمة والحكم أيضا المتفق للأمور.

وقد "حكم" أي صار حكيما، والحكم بمعنى الحاكم، وهو من يختار للفصل بين المتنازعين، و"حكموه بينهم" أمروه أن يحكم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزناه بيننا[1].

كما ورد التحكيم في اللغة بمعنى التعويض، أي جعل الأمر إلى الغير لتحكم ويفصل فيه[2] وفي اللغة الفرنسية التحكيم Arbitrage مشتقة من كلمة Arbitre والتي تعني المحكم، وأصل الكلمة مشتقة من الأصل اللاتيني لكلمة Arbitre والتي استخدمت بمعان كثيرة، فقد كانت تعني شاهد Temoin وقد استخدمت بمعنى السيد Maitre، وأيضا بمعنى خاص Jugeوهي تعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو اللذين قرر الأطراف باتفاق مشترك بينهم أن يخضعوا له أو يتقبلوه[3].

تعريف التحكيم تشريعا، ورد مصطلح التحكيم في القانون الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في عدة مواد، أما تعريفا في قضاء في المادة 1007 تعريف شرط التحكيم على النحو التالي:(هو الاتفاق الذي يلتزم بموجب الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن العقد على التحكيم) ونصت المادة 1006:(يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهاليهم).

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا ف علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية أما في المادة 1011 أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"[4].

وعرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من قانون المرافعات المدنية بأنه:"الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم أما

[1] علاء العناني، المرجع السابق، ص 112.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 60.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 315.

[4] قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر21 في 23 أبريل2008.

مشارطة التحكيم فقد عرف في المادة 1447 من القانون ذاته على أنه عقد يتفق بمقتضاه أطراف النزاع على إحالة هذه النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم[1].

أما فيما يتعلق بما درج المشرعون لتعريف التحكيم، المشرع المصري على خلاف المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري لم يقدمتعريفا مباشر للتحكيم، بل اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من النزاعات بين الأطراف، كالصلح والتوفيق على سبيل المثال تاركا الباب لإجابتها للفقه في هذا الشأن[2].

تعريف القضائي التحكيم.

عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم".

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور على تصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"[3].

التعريف الفقهي للتحكيم: تعددت التعريفات الفقهية منها أنه:"نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"[4].

وعرفه آخرون على أنه:"اتفاق وطريقة أسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف معينة عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من فصلها عن طريق القضاء المختص"[5] وعرفه البعض بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معينة على عرض نزاعهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد

[1]Décret n° 80-354 du 14/mai/1980, relatif a l'arbitrage et destine a s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile français.

[2]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 316.

[3]الطعن رقم 886 لسنة 30 جلسة 1994/1/18 أوردته حنان أحمد ضيا، مرجع نفسه، ص 318.

[4]علاء العناني، المرجع السابق، ص 112.

[5]حسان نوفل، المرجع السابق، ص 64.

أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصد عن المحكمين والذي يجوز حجية الأمر المقضي، وبصدر أمر تنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها"[1].

وعرفه البعض الآخر على أنه:"إرادة الأطراف لإيجاد طريق بديل لحل النزاع وهيمنة الإرادة هنا، كون الأطراف هم من يحدد المحكمين أو المحكم، الذين أو الذي سيفصل في الأمر بينهم[2].

التحكيم بالمعنى المتقدم يعد بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم وهو أمر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار المحكمين فهذا القرار يعتبر منهيا للخصومة محل النزاع[3].

الفرع الثاني: تسوية عقود التسيير المفوض للمرفق العام بالوسائل الودية.

فبجانب التحكيم توجد وسائل رضائية أخرى يستطيع المستثمر أن يلجأ إليها لحل النزاع مثل التوفيق والوساطة والصلح، وإن كانت تلك الوسائل لا تحظى بالشهرة الكافية مثل التحكيم إلا أن المستثمر أو المفوض له يستطيع أن يلجأ إليها بجانب القضاء الوطني[4].

إن الاختلاف والتعدد الذي تعرفه الوسائل البديلة لكل النزاعات يعطي لكل منها ميزة تجعلها تنجح في مجال دون آخر، فإذا كان التحكيم كوسيلة شبيهة بالقضاء، ينجح في نزاعات معينة، مما يفسح المجال لباقي الوسائل البديلة لفض النزاعات حسب طبيعة موضوع النزاع[5].

وكون التحكيم تتشابه مع غيره منالوسائل البديلة لحل المنازعات بين الأشخاص سواء الخاصة أو العامة، وبالتالي يجد هنا التمييز بينه وبين هذه الوسائل، وذلك بتعريفها مع إظهار وجه الاختلاف فيما بينها.

وتعريف الوسائل الودية أو البديلة على أنها طرق تسوية منازعات قانونية لا يمكن اللجوء إليها دون رضاء طرفي النزاع وتؤدي إلى حل يقبله الطرفان وعلى قدم المساواة ولا يفرضه أحدهم على

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 411.
[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق،' ص 319.
[3] علا العناني، المرجع السابق، ص 113.
[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 451.
[5] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 97.

الآخر[1]، وتجنب اللجوء إلى القضاء الذي يلزم المتقاضين أمامه بإجراءات تحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد[2]، وتركز على أسباب وجوهر النزاع القائم بين طرفي العقد أكثر من تركيزها على الجوانب القانونية التي هي جوهر عمل القضاء كما تستهدف هذه الوسائل الوصول إلى حلول سريعة للنزاعات[3]، ونظرا لتعدد الوسائل لفض المنازعات، نحاول دراسة أهمها والأكثر انتشارا وهي الصلح والتوفيق، الوساطة والخبرة الفنية في العناصر التالية:

تمييز التحكيم عن الصلح: إن الفقه الفرنسي بصورة عامة لم يتناول الصلح كوسيلة غير قضائية لتسوية المنازعات الإدارية، بل ركز على الوساطة والتسوية الودية والتوفيق ،ويبدو أن السبب في ذلك يعود إلى كون تلك الوسائل تتضمن في طياتها مفهوم الصلح، وفي فرنسا نجد الصلح الإداري مجالات تطبقه في النزاع الناشئ عن إلغاء العقد الإداري وقد رأى مجلس الدولة الفرنسي في الصلح الإداري بأنه يحقق المرفق العام لفائدة كبيرة، ويجنب الإدارة تأخير الفصل في المنازعات[4] والصلح عقد يحسم به الطرفان نزاع قائما يتوقيان به نزاعات محتملا وبذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته[5]، ويعرف الصلح بأنه عقد رضائي أو إجراء غير رسمي يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو من يمثلونهم ويستدعون بواسطة طرف ثالث ويقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن بعض ما يطالب به، وللأطراف الحرية بقبول الصلح أو رفضه[6].

فالصلح قد ينطوي على تنازل كل من طرفي النزاع على كل أو بعض ما يتمسك به في مواجهة الطرف الآخر، وقد يقتضي التنازل عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع مقابل الجزء الذي يتنازل عن الطرف الآخر، بينما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن ذلك تنازلا من الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع، حيث يقتصر دون الخصوم على اختيار محكم يتولى حسن النزاع بحكم وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر[7].

[1]عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 495.

[2]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 405.

[3]مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 406.

[4]عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 65.

[5]عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 624.

[6]حسان نوفل، المرجع السابق، ص 98.

[7]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 346.

كما أن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم، وإنما بإنهاء المحكم لمهمته وإصداره حكما فيها وهذا الحكم يتمتع بالحجية ويكون قابلا للتنفيذ الجبري بمجرد الحصول على أمر بالتنفيذ وذلك على عقد صلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه ، وهذا الاتفاق لا يكون قابلا للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح[1]، ويعتبر القرار الصادر من التحكيم ملزما لطرفيه، يتمتع بحجية في مواجهتهما فهو بمثابة قضاء ، أما الصلح فليس ملزما لهما إلا برضاهما وقبولهما له[2] واللجوء إلى الصلح يكون بقصد تجنب اللجوء إلى القضاء، فإذا ما تم إبرام عقد الصلح قبل اللجوء إلى القضاء فذلك يمثل عقبة قانونية تمتع القاضي من الحكم في الدعوى أما إذا تم عقد الصلح أثناء نظر الدعوى فلا يوجد ما يدعو للحكم فيها[3].

تمييز التحكيم عن الوساطة والتوفيق: تهدف الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار بصفة عامة وعقود تفويض المرفق العام خاصة إلى اختصار الوقت والجهد والمحافظة على العلاقات الودية لأطراف النزاع في المستقبل كما تهدف الى المحافظة على سرية لأطراف النزاع[4].

إذا كانت الوساطة بصفة عامة اختيارية لطرفي النزاع ويستطيع طرفي النزاع الاتفاق على شخص ما ليلعب دور الوسيط أو اختيار هيئة أو مؤسسة متخصصة لتمارس دور الوسيط بين طرفي النزاع[5] ويجري الاتفاق على اللجوء إلى الوساطة بين طرفي العقد بموجب نص يقضي بذلك في العقد أو عند نشوء، ويحدد الاتفاق مدة محدودة يقضي فيها الوسيط إنجاز مهمته خلالها، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، كما يحدد الاتفاق المواصفات التي يقتضي توفرها في الوسيط أو الوسطاء وكيفية سير عمل الوساطة، وبيان القواعد التي يقتضي التقيد بها حل النزاع القائم والإجراءات التي يعتمدها الوسيط[6].

---

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق ص 347.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 99.

[3] قام مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق ذلك حتى ولو أخل الطرف الثاني باتفاق الصلح فقد قام باعتماد التقاطع، حيث تم التصالح على أساس أن تنازل البلدية عن الدعوى.

Ce 28 janvier Soc 30 novembre 1994, N° 143.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 609.

[5] عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 617.

[6] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 408.

وتتطلب الوساطة مشاركة الشخص الثالث الذي يسمى الوسيط، وإن كانت الوساطة هي بالأساس كالتوفيق، طريقة ترتكز على آلية ودية لحل النزاع بالتفتيش على اتفاق يجمعهما"[1]، ومن هذا المنطق فإن إجراءات الوساطة تجري من خلال مساعي حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة، بما يؤدي للمحافظة على علاقات طيبة بين الأطراف[2].

ويتمتع الوسيط بنفوذ أدبي ومعنوي قويان لطرفي النزاع فهو وإن كان لا يملك إصدار قرارات ملزمة إلا أنه يؤثر تأثيرا كبيرا على طرفي العقد، فحينما يفصح الوسيط على وجهة نظره ويعلن للطرفين أن أحدهما بجانبه الصواب وأن عليه تقديم تنازلات للطرف الآخر، فهو يعلن أن موقف أحدهما يحسم بالعدالة والموضوعية، الأمر الذي يدفع الأخير إلى تقديم بعض التنازلات ليتسم موقفه بالعدالة وليثبت أنه يريد حل النزاع وديا[3].

كما أن للوسيط الحق والسلطة في أن يقف على الحالة الاقتصادية للمشروع وحالة العمال وله الحق في أن يقوم بالبحث من خلال المشروعات والنقابات ، وأن يطلب من الأعضاء أية وثائق تتعلق بالنظام الاقتصادي، المحاسبي، المالي، الإحصائي والإداري أو أية مستندات يرى فيها نفعا لاكتمال مهمته وله الحق في اللجوء إلى أحد الخبراء في مجال النزاع إن اقتضى الأمر، وعلى الأعضاء أن يمتثلوا لطلب الوسيط في موضوع الصلح، وبعد البحث والتفاوض يصدر الوسيط توصيته معللة ومكتوبة في خلال مدة زمنية معينة، وإذا تعلق النزاع بتغيير للقانون فإنه يوصي الأطراف باللجوء إلى القضاء المختص[4] ، وتتميز آلية الوساطة كوسيلة سلمية لفض المنازعات بين الأفراد بنطاق أوسع، كأصل عام من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم، وإن الحكم الصادر عن المحكم يتميز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره بينما لا يتمتع القرار الصادر عند انتهاء الوساطة بأي حجية[5].

أما التوفيق، عرف نظام كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية في فرنسا، ففي 1981 صدر قرار من وزارة الأشغال العامة، بإنشاء اللجنة الوطنية الاستشارية لتسوية المنازعات وديا، وهي لجنة

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 348.
[2] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 349.
[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 210.
[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 620.
[5] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 350.

ذات طابع وزاري ولا تنظر المنازعات إلا بعد نهاية الأعمال، أما أثناء التنفيذ فإن الوزير فقط يختص بالتسوية أو الممثل القانوني للمنشأة[1].

والتوفيق هو اتفاق الأطراف على إجراء تسوية ودية من خلال طرف موفق أو هيئة توفيق مهمتها تحديد الموضوعات محل النزاع ويقترح الحل الذي رآه مناسب سواء قبله الأطراف أو لا[2] ويختلف التوفيق عن الوساطة في أن التوفيق يقوم بدراسة الأمر ومناقشته بين طرفي النزاع ففي حين الوسيط يقوم بمقابلة كل طرف على حدة ويسمع منه وجهة نظره ثم يجتمع بها للوصول إلى حل وسط يرضي الطرفين لذا يرى البعض أن الوسيط ما هو إلا موفق لكن دوره أكثر فاعلية[3]، ويقتصر دور كل منهما على تقريب وجهات النظر وتقديم مقترحات وسط للطرفين، وقرارات كل منهما ليست ملزمة وإنما هي استشارية ويتعين أن يكون على معرفة بخبايا النزاع وكيفية التوصل إلى حل يرضي الطرفين[4]، ويختلف التوفيق عن التحكيم في أن الاتفاق على التحكيم في عقد تفويض المرفق العام يرتب منع عرض النزاع على القضاء الوطني، بينما في التوفيق فيحق من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامها اتفاقا بموجب عرض النزاع على موفق، فضلا عن أي قرار الموفق لا يكون ملزما لطرفي النزاع ولكنه يحمل نوع من الضغط والإكراه الأدبي على وجوب احترامه والقبول به، في حين أن القرار التحكيم يكون ملزما لطرفي النزاع، ولا يكون للأطراف حق مناقشته أو تعديله[5].

وقد نظمت العديد من المراكز الدولية للتحكيم آلية خاصة بشأن التوفيق والمصالحة مستقلة تماما عن التحكيم، وهو الأمر المشاهد فيما يتعلق بالمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار الذي أنشأته معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، حيث نصت المواد من 28 إلى 35 من المعاهدة على آلية التوفيقكذلك وضعت غرفة التجارة الدولية بباريس لائحة خاصة بالتوفيق بدأ العمل بها منذ أول يناير 1988، ولقد نصت هذه اللائحة صراحة على أن

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 100.
[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 416.
[3] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 417.
[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 212.
[5] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 351.

آلية التوفيق مستقلة تماما عن التحكيم، وهي تتسم بالطابع الاختياري، إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك[1].

تمييز التحكيم عن الخبرة الفنية: عندما ينشأ نزاع بين طرفي العقد يكون له الطابع الفني يلجأ الطرفان إلى خبير متخصص في موضوع النزاع، والذي لا يقوم بالفصل في النزاع، لكن دوره يقتصر على إبداء الرأي في المسائل الفنية المتنازع عليها وفي حال اقتنع طرفا العقد بالرأي أدلى به الخبير، يجري الاتفاق على هذا الحل، ومثال على ذلك حدوث نزاع حول مواصفات البناء المنجز أو الخدمات المقدمة من قبل المتعاقد ومدى انطباقها على الشروط المحددة في العقد[2].

ويبدي الخبير رأيه في مسألة فنية محل خلاف بين طرفي النزاع أي أنه لا يفصل في النزاع، وبناء على تقريره يمكن للطرفين تحديد موقفها، كما أنه يمكن الاستعانة به في بداية إجراءات التحكيم، ففي كثير من الأحيان يتم مراعاة اختيار محكم خبير وقد يتم حسم النزاع، وهذا الأمر في هذه العقود يستدعي الخبرة والدراية والاختصاص بالأمور الفنية في حل النزاعات[3].

ويتم تمييز بين التحكيم والخبرة أنه تشترط العديد من القوانين من أجل صحة الاتفاق على التحكيم ضرورة أن يكون هذا الاتفاق مكتوب وهو شرط غير متطلب بالنسبة للخبرة، كذلك فإن التحكيم يثير مشاكل لا تعرفها الخبرة، كموضوع قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم، في حين أنه يمكن اللجوء إلى الخبرة بغض النظر عن محلها وحتى لو كان لا يمكن التحكيم فيه، ويلعب التحكيم دورا هاما في تعيين المحكمين في حالة الفشل في تكوين هيئة التحكيم، ولكن القضاء الوطني لا يستطيع لعب هذا الدور في مجال الخبرة[4].

وجملة القول فإن المحكم يصدر حكما ملزما لأطراف النزاع، في حين يقف دور الخبير فقط بإبداء رأي استشاري غير ملزم مثل الوسائل الودية الأخرى.

دور اللجان الاستشارية للتسوية الودية

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 352.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 407.

[3] علا العناني، المرجع السابق، ص 418.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 354.

اللجنة للسنوية الودية للنزاعات: تختص هذه اللجنة بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها[1] تتمثل مهمة تلك اللجان في البحث في المنازعات والخلافات التي تتولد عن العقود التي تبرمها الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ويتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنازعات من بين الموظفين غير المعنيين بإجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام، ويعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاء اللجنة[2].

وتختص اللجان المحلية عندما يتعلق النزاع بأقاليم أو المؤسسات العامة المحلية أو المؤسسات العمومية الوطنية عندما يتعلق النزاع بالاحتياجات أو عندما تعلق النزاع بتوزيع الخدمات العامة بين الهيئات المحلية العامة[3].

وتتكون اللجنة الولاية من:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا رئيس.
- ممثل عن السلطة المفوضة.
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجية ومتابعة الميزانية.
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

وتتكون اللجنة البلدية من:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا
- ممثل عن السلطة المفوضة.
- ممثل عن المصالح غيرالممركزة للأملاك الوطنية.
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

ولجان التسوية في النظام الفرنسية لا تعدوا أن تكون مجرد هيئة مصالحة وليست بديلا للقضاء الإداري فالمتفحص لعمل اللجنة يجد أنها لا تصدر سوى رأي أو مشورة غير ملزم وأنها تبحث

[1] المادة 71 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

[2] المادة 72 المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 641.

عناصر النزاع يقصد التوصل إلى تسوية ودية عادلة ونقلها للأطراف في مدة معينة، وليس هناك ما يمنع أطراف النزاع من اللجوء إلى القضاء الإداري[1].

المطلب الثالث: صور التحكيم وأنواعه.

يتعلق صور التحكيم بفترة إدراجه في عقد الاتفاقية، أما أنواع التحكيم تتحدد طبقا لمجال التطبيق والمعايير المميزة، أعالجهما في **الفرعين التاليين:**

الفرع الأول: صور التحكيم:

قد يكون التحكيم سابق وقد يكون لاحق، فإذا أدرج في بداية الاتفاق أي بالعقد الأساسي المبرم بين طرفي النزاع كنا بصدد شرط التحكيم، أما إذا جرى الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع كنا بصدد مشارطة التحكيم[2]، نتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي:

1.شرط التحكيم: وهذا شرط كما قلنا هو سابق على قيام النزاع، قد يرد في ذات العقد أو يكون في وثيقة مستقلة وفي غالب الأحيان يأتي في صيغة عامة لا تتطرق إلى التفصيلات[3] ونص قانون 09/08 على شرط التحكيم في المادة 1007 أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، أما المادة 1008 فقد نصت على أن يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند عليها كما يجب أن يضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم[4].

ويعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته[5].

---

[1] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 641.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 412.

[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 224.

[4] قانون 09/08،المتعلق ب ق إ م إ، السالف الذكر.

[5] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 225.

وأحيانا نظرا لما لشرط التحكيم من أثر خطير، وهو حرمان المتعاقد من الالتجاء إلى قضاء الدولة، يتطلب القانون أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن شروط الاتفاق الأصلي وإلا كان باطلا[1].

2.مشارطة التحكيم: وهي اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع، فإذا كان شرط التحكيم، يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، فالمشارطة تتعلق بنزاع قائم فعلا [2] .

وقد أخذ المشرع الجزائري بمشارطة التحكيم واصطلح عليه "اتفاق التحكيم" وعرفته المادة 1011 على أنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[3].

من خلال هذه التعريفات يتبين أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع أما مشارطة التحكيم فإنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم[4]، ولا يكفي لنشأة النزاع جرد الاعتراض أو عدم الاتفاق وإنما يتطلب اختلافا يظهر في ادعاءات محددة يناط بالمحكم حسمها بما يخوله بإرادة الطرفين سلطة قضائية[5].

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

يأخذ التحكيم أشكالا ، أفصل ذلك في الفقرات التالية:

التحكيم الاختياري: يكون التحكيم اختياريا إذا كان الالتجاء إليه بإرادة الأطراف[6]، وإن كان في الحقيقة أن التحكيم الاختياري ليس نوعا من أنواع التحكيم فقط، بل هو غاية المقصود في فكرة التحكيم، لما فيه من حرية تتيح لأطراف النزاع أولا اختياره كأسلوب لحل النزاع فيما بينهم، ثم حريتهم في اختيار المحكمين وكيفية إجراءات التحكيم وغيرها من الأمور[7].

ويرتب على الطابع الاختياري للتحكيم في عقود الامتياز نتيجتين هامتين:

الأولى: لا يتقيد اللجوء للتحكيم بميعاد معين، فيمكن للأطراف اللجوء إليه حتى لو كان النزاع القائم بينهم معروض على القضاء.

---

[1]علاء العناني، المرجع السابق، ص 128.

[2]حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 225.

[3]القانون 09/08، المتضمن بالإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

[4]أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 177.

[5]علاء العناني، المرجع نفسه، ص 132.

[6]علاء العناني، المرجع نفسه، ص 115.

[7]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 338.

الثانية: يملك الأطراف في أية لحظة ترك التحكيم واللجوء إلى القضاء لحل النزاع القائم بينهم.

إذا من المقرر أن التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداء إلا إذا كان متولدا عن الإرادة الحرة لأطرافه[1].

ب. التحكيم الإجباري: بالرغم أن أصل التحكيم هو اختياري مع ذلك هناك بعض تشريعات ألزمت أسلوب التحكيم على المتنازعين لحل الخلاف.

وعادة ما يرد هنا التحكيم في قانون خاص ينص على هيئة تحكيم لها ولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون عليه يلتزم الأطراف بالالتجاء إليها عوض من الالتجاء إلى القضاء العام[2].

فالتحكيم الإجباري يكون عندما يخرج المشرع عن الأصل ويفرض لاعتبارات معينة على الأطراف اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات فيصبح في هذه الحالة طريقا إجباريا بدلا عن القضاء[3].

فالتحكيم الإلزامي أو الإجباري هو ذلك التحكيم الذي ينظمه المشرع بمقتضى نص قانوني، ويفرض على الخصوم اللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم ومن ثم لا دور لإرادتهم في اللجوء أو عدم اللجوء إليه، وليس لإرادتهم اختيار المحكمين أو القانون الواجب التطبيق أو إجراءاته[4].

2.التحكيم الدولي والتحكيم الوطني: يتم تمييز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني عبر ثلاث معايير.

المعيار الجغرافي: يكون التحكيم دوليا، إذ تم في بلد أجنبي أو كان أحد أطرافه أجنبيا، أو إذا تم تطبيق قانون أجنبي أو قواعد إجراءات محاكمة أجنبية [5] إذن يتعلق المعيار الجغرافي بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم[6] إلا أنه أصبح يأخذ أيضا بعين الاعتبار مكان إقامة الأطراف، فإذا

[1]علاء العناني، المرجع السابق، ص 116.

[2]علاء العناني، المرجع والموضع نفسه، ص 116.

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 340.

[4]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 342.

[5]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 331.

[6]حسان نوفل، المرجع السابق، ص 75.

كانوا مقيمين خارج الدولة، أيضا يؤخذ بعين الاعتبار مكان إقامة الأطراف فإذا كانوا مقيمين في أماكن أو بلدان مختلفة فيعد التحكيم دوليا[1].

المعيار الاقتصادي: يقصد في هذا المعيار طبيعة النزاع، ولا علاقة لمكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة المطبق أو جنسية الفرقاء، فيعتبر تحكيما دوليا ذلك الذي يتعلق بمصالح تجارية دولية، بمعنى الحركة الاقتصادية العابرة للحدود[2]، ففي القانون الجزائري اعتمد معيار واحد يجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانون في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 حيث نصت المادة 1039 على أنه:"يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[3].

التحكيم الداخلي: وهو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في عناصرها الذاتية موضوعا، وأطرافا وسببا، أي إذا جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها، موضوع النزاع، جنسيته، الخصوم، جنسية المحكمين، القانون واجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه التحكيم، فهو يرتبط بعلاقة وطنية داخلية بعيدة عن مصالح التجارة الدولية، وعليه فإن التحكيم الوطني هو التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية خالصة بين وطنيين ويفصل بينهم محكمون وطنيون ويطبق عليهم القانون الوطني وينفذ حكمه في ذات الدولة[4].

تحكيم الحر والتحكيم المؤسسي: يختلف التحكيم الحر عن التحكيم المؤسسي بحسب ما إذا كانت ثمة هيئة أو مؤسسة تعني بتنظيم عملية التحكيم، أو إذا كان التحكيم يتم بواسطة شخص دون أن يكون معهودا المؤسسة تتولى تنظيمه[5]، إذا:

-التحكيم الحر: هو ذلك الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم. فهو التحكيم الذي به إرادة الخصوم شروط وكيفية إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وذلك بموجب اتفاق بينهم وحتى لم تم الاتفاق بين طرفي التحكيم خاصا، طالما أن

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع والموضع السابق، ص 331.
[2] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 334.
[3] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 78.
[4] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص 78.
[5] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 323.

التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة، أي أنه يتم وفقا للقواعد التي صاغتها إرادة طرفي النزاع.

هذا النوع من التحكيم هو الأول بين باقي أنواع التحكيم وهو مازال مستمرا ومازال يتمتع بمكانة قوية بين باقي أنواع التحكيم ولاسيما في المنازعات التي تقع بين الدول أو المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، كما هو الحال في عقود تفويض المرفق العام، لما تتمتع به الدول من سيادة، الأمر الذي يدفعها حين تلجأ إلى التحكيم إلى اختيار ما يراعي سلطتها وسيادتها[1].

التحكيم المؤسسي: هو ذلك الذي يتعهد به أطرافه إلى مركز تحكيمي ، ومن مزايا التحكيم المؤسسي ضمان حسن سير التحكيم، وبالنظر للكفاءة المهنية لمركز التحكيم المتخصص الذي تولى أمره، بالإضافة إلى سهولة اختيار المحكمين المتخصصين من بين قوائم محكمين معدة سلفا[2]، جاء هذا التحكيم كنتيجة حتمية لما فرضه التحكيم من ضرورة انبثقت عن المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولية، التي تتطلب الفصل فيها وجود مراكز تحكيم منظمة[3]،ومن أمثلة منظمات ومراكز التحكيم الدولية: المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، ومحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس، والمركز الإقليمي للتحكيم الدولي بالقاهرة، محكمة لندن للتحكيم الدولي....

المبحث الثاني: مدى قابلية خضوع عقود التسيير المفوض لمجال التحكيم.

التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، وفي عقود تفويض المرفق العام بصفة خاصة، كان محل جدال في الفقه والقضاء، حيث اعتبره البعض أنه مخالف للنظام العام وأكد على عدم أهلية أشخاص القانون العام لإبرام الاتفاق التحكيمي، في حين أكد البعض الآخر أن ضرورات التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية يقضي بضرورة جواز التحكيم في العقود الإدارية[4].

وتثار في هذا الصدد تمايز بين التشريعات المختلفة وكذلك الاختلاف بين التحكيم الداخلي والدولي، إلى جانب درجة انتماء عقود تفويض المرفق العام ضمن مصالح التجارة الدولية.

---

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 324.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 118.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 326.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 410.

إن تحديد موقع التحكيم من عمليات إدارة واستثمار المرفق العام، يجبرنا حتما محاولة الإجابة على هذه التساؤلات، وكذا الإشكالية المتمثلة في مدى جواز لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم في عمليات إدارة واستثمار المرافق العامة؟، أعالج ذلك في المطالب التالية:

-المطلب الأول: نظريات التكييف القانوني للتحكيم.

-المطلب الثاني: موقف القانون من حضرخضوع الشخص المعنوي العام للتحكيم.

-المطلب الثالث جوازية الشخص المعنوي للجوء للتحكيم.

المطلب الأول: نظريات التكييف القانوني للتحكيم.

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، بين عدة نظريات، فمنهم من كيف التحكيم بالطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم على أساس أن حكم التحكيم يفصل في النزاع وينهي الخصومة، وهناك من قال بالطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم على أساس أن حكم التحكيم يغلب عليه عنصر الإرادة، وهناك من وقف موقفا وسطا بين هذا الاتجاه والاتجاه الآخر وقال بالطبيعة المختلطة لاتفاق التحكيم وحجتهم في ذلك أن التحكيم يمر بمراحل متعددة، فهو اتفاق في أوله وإجراء في وسطه، وحكم في نهايته، والبعض الآخر نادى بالطبيعة الخاصة لهذا ولم يحاولوا رده إلى نظام بعينه[1]، وأحاول أن أفصل ذلك في فرعين، **الأول** أتناول فيه الطبيعة العقدية لحكم التحكيم أما في **الثاني** أتناول فيه الطبيعة القضائية والمختلطة والخاصة لاتفاق التحكيم على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة العقدية لحكم التحكيم (النظرية القديمة).

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة تعاقدية وليس قضائية، وهي نظرية قديمة وترى هذه النظرية الى أن اتفاق التحكيم يعد عملا من أعمال القانون الخاص وله أهمية في التحكيم الاختياري كما أن المحكم ليس قاضيا، بل فردا عاديا يعهد إليه تفنيد عقد التحكيم، يتمتع بقوة إلزامية نابعة من إرادة ذوي الشأن الذين اختاره، وكذلك الأمر القضائي بتنفيده[2] وتستند إلى ما يلي:

[1] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 516.

[2] محمد مضي معاقبه، التكيف القانوني لنظام التحكيم ، مركز الاستشارات ، الجامعة الأردنية ، دراسات علو الشريعة والقانون ، المجلد 43، العدد2016،1،صص23-34،ص30.

1.أن إرادة أطراف النزاع، وهي مصدر سلطة هيئة التحكيم، فطبيعة التحكيم هي رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية[1].

2.أن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمنا على التنازل عن الدعوى ويخولون للمحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية، إذ أنها تقوم على إرادة ذوي الشأن والتي تحدد طبيعة هذا الأثر، فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم قضائية، أي سلطة عامة إلا إذا كان الأطراف هم الذين يعينون المحكمين ويتمتعون بسلطة قضائية أي عامة[2].

3.أجاز المشرع أن يكون المحكم وطنيا أو أجنبيا طالما اتفق الأطراف على ذلك بينما القضاء الرسمي للدولة لا يكون إلا وطنيا، وإذا كان القاضي يخضع لقواعد المخاصمة فإن المحكم لا يخضع لها، كما أنه إذا امتنع المحكم عن الفصل في الدعوى لا يعد منكرا للعدالة بخلاف القاضي الذي إذا امتنع عن الفصل في الدعوى يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[3].

4.أن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم[4].

5.تخضع الأحكام الصادرة من القضاء بصفة عامة إلى المراجعة عن طريق الطعن فيما بالاستئناف أمام محكمة أعلى بينما حكم التحكيم نهائي لا يقبل الطعن فيه بأي من طرق الطعن[5] وإنما يقبل المراجعة عن طريق دعوى البطلان، فتلك الدعوى لا تعتبر طريقا عن طرق الطعن المقررة للحكام وإنما هي وسيلة للطعن في الأعمال القانونية الأخرى كالعقود والتصرفات القانونية، وإذا كان حكم التحكيم يقبل دعوى البطلان فإنه يعتبر والحال هكذا عملا قانونيا وليس قضائيا، تلك كانت أهم الأدلة التي استند عليها أنصار الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم.

ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه ارتكز المعيار العضوي دون النظر إلى المعيار الموضوعي المتمثل في سلطة إنهاء النزاع والفصل فيه[6].

---

[1]أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 197.

[2]علاء العناني، المرجع السابق، ص 121.

[3]عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 517.

[4]علاء العناني، المرجع السابق، ص 121.

[5]علاء العناني، المرجع نفسه، ص 517.

[6]عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 518.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية، والمختلطة، والخاصة لاتفاق التحكيم (النظريات الحديثة).

الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم: ينصب أنصار هذا النظرية الصفة القضائية للتحكيم، حيث ترى إن الدولة وحدها تحتفظ بسلطة إقامة العدل بين ولكن تفوض جزءا من هذه السلطة الى المحكم الذي يختاره المتخاصمون في حدود الذي يصرحونه عليه ، فيكون هذا التفويض هو السبب المنشئ لسلطة المحكم ، ويكون اتفاق الخصوم بمثابة شرط لقيام هذا التفويض[1]، هذا الاتجاه على المعيار الموضوعي استنادا إلى الوظيفة ذاتها التي تقوم بها القاضي والحكم الذي تصدره هذه الهيئة يعد حكما له طبيعة الحكم القضائي فهو يتشابه مع هذا الحكم في أمور كثيرة سواء من حيث الإجراءات التي يصدر على أساسها أو الشروط الواجب مراعاتها عند إصداره أو الآثار المترتبة عليه[2] وحكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا وفقا لقواعد العدل والإنصاف، فهو وسيلة فنية لها طبيعة قضائية[3].

الطبيعة المختلطة لاتفاق التحكيم: التي تجمع بين النظريتين السابقتين وترى أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين العقد والقضاء، فهو نظام مختلط يبدأ بعقد وينتهي بقضاء هو حكم التحكيم وطبيعة هذا النظام تتطلب تطبيقا مشتركا لقواعد العقد وقواعد الحكم القضائي[4].

إذن ووفقا لهذا الاتجاه لا يمكن أن يقال إن اتفاق التحكيم عقدا بحثا ولا قضائيا بحثا وإن هو عمل ذو طبيعة مركبة، فأداة إنشاء اتفاق التحكيم هي إرادة الأطراف وتعاقدهم على فض النزاع بواسطة المحكمين والصفة القضائية هي حسم النزاع لكن لا يمكن تنفيذ هذا الحكم إلا بوضع الصيغة التنفيذية عليه من القاضي المختص[5].

النظرية المستقلة للتحكيم: والتي ترى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة التي تتطلب النظر إليه نظرة مستقلة عن العقد والقضاء[6]، بحيث لا يمكن تكييف اتفاق التحكيم بأي منهما أو بالجمع بينهما.

---

[1] محمد مضي معاقبته،المرجع السابق،ص30.

[2] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 197.

[3] علاء العناني، المرجع السابق، ص 123.

[4] أحمد عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 198.

[5] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 522.

[6] أحمد عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 198.

المطلب الثاني: موقف القانون من حظر خضوع الشخص المعنوي العام للتحكيم.

اختلفت آراء الفقه وأحكام القضاء والنصوص التشريعية حول مسألة حكم لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، ولكن المتعارف قديما هو حظر لجوء هذه الأشخاص المعنوية، غير أن حالات الضرورة في التطبيق العملي جعلها تخفف من شدة هذا المنح في عدة اتفاقيات، كما أقر البرلمان الفرنسي في عام 1992 إمكانية إدراجه[1].

سأتناول في هذا المطلب قاعدة حظر لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم في القانون الفرنسي والجزائري في **فرعين**.

الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من اللجوء الشخص المعنوي للتحكيم.

استند مبدأ عدم قابلية التحكيم في الفقه الفرنسي إلى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم سواء عن طريق بند أو اتفاق تحكيمي لحل النزاعات الناشئة عن عقود تكون طرفا فيها[2].

أما المادة 2061 قضت ببطلان كل بند أو اتفاق تحكيمي لا يجيزه نص تشريعي ، منذ القديمفإن مجلس الدولة الفرنسي كرس مبدأ عدم قابلية التحكيم في العقود الإدارية إلا أنه لم ينص على الأساس القانوني هذا المبدأ وفي هذا ذهب البعض إلى القول بأنه يجب اللجوء إلى المادة 83[3] و1004[4] من أصول المحاكمات الفرنسي، أما الفقه اقتصر انتقاده على الاجتهاد فيما يتعلق بهاتين المادتين وانسجاما مع المبادئ العامة للقانون وأن اللجوء إلى التحكيم يمثل خطرا على الدولة، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن مبدأ الحظر إنما يستند بالأساس أن خضوع

---

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 106.

[2] On ne peut compromettre (…) sur les contestations intéressant les collectintes publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qu'intéressant l'ordre public.

[3] انظر نص المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية القديم وهو كالتالي:

Les causes (…) qui concernent d'ordre public, l'état du domaine, les communes les établissements publics.

[4] أنظر نص المادة 1004 م قانون الإجراءات المدنية القديم وهو التالي:

On ne reçoit compromettre sur aucune des contestations qui serait sujettes u communications en ministère public.

الدولة ومجموعاتها العامة للتحكيم يخل بقاعدة النظام العام، معتبرا أن الدولة أو المجموعات العامة قد تهمل الدفاع على المصالح العامة، بينما ذهب آخرون إلى أن حظر التحكيم يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية[1].

وفي هذا المعنى يقول مفوض الحكومة Gasier وخلافا لقرار المجلس الذي قضى بأن أساس الحظر إنما يكمن في المادتين 83 و1004 المذكورتين أعلاه، بأن هاتين المادتين ما هما إلا واجهة تشريعية لا تطبق على المؤسسات العامة الاستثمارية باعتبار أن الأخيرة هي من التجار وقانون التجارة يسمح باللجوء إلى التحكيم وبذلك يصبح الأساس القانوني لقاعدة حظر لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم مبنيا على نص تشريعي يتمثل بالمادة 2060 من القانون المدني وأيضا إلى مبدأ قانوني عام مستمد من التنظيم القانوني الفرنسي[2].

أما القضاء الإداري فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية وذهب إلى أن هذا المبدأ يتعلق بالنظام العام[3] تأكيدا على ذلك قد يبقى القرار التحكيمي عرضة للرقابة المؤخرة وذلك عن طريق الطعن بإبطاله من جاء مستندا إلى مخالفات تتعلق بالنظام العام[4].

وترتكز حجج القضاء الإداري في حظر اللجوء إلى التحكيم حول الاعتبارات التالية:

-قاعدة الاختصاص يتبع الأساس، تعني أن القانون الإداري لا يمكن أن يطبق إلا من خلال القضاء الإداري، وبالتالي فإن العقد الذي يكون الشخص المعنوي العام طرفا فيه، ويكتسب الوصف الإداري لا يمكن إخضاعه لغير القانون والقضاء الإداريين[5] فهذه القاعدة تعطي قيمة إجبارية لاختصاص القضاء الإداري، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، أضف إلى ذلك أن السماح بالتحكيم في العقود الإدارية يؤدي إلى ضعف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لأن المحكم لا يستطيع ممارسة رقابة فعالة على أعمال الإدارة كتلك التي يمارسها القاضي الإداري[6].

---

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 364.

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 620.

[3] CE, 13 dec 1957 société nationale des ventes de surplus D 1958, p 517.

[4] وليد حيدر جابر، المرجع نفسه، ص 622.

[5] وليد حيدر جابر، المرجع والموضع نفسه، ص 622.

[6] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 109.

-مبدأ فصل السلطات الإدارية عن السلطات القضائية مفاده أن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية أو التي يكون الشخص المعنوي العام طرفا فيها، تعتبر بمثابة تعدي على اختصاص السلطة القضائية المختصة ألا وهو القضاء الإداري، وبالتالي اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية حيث لا يسمح بقبول قضاة مدنيين للنظر في قضاياها كأن تسمح لمحكمين النظر في قضاياها[1].

-ارتباط قواعد اختصاص القضاء الإداري بالنظام العام كما ذكرنا آنفا، حيث درج مجلس الدولة الفرنسي على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية لمخالفته للنظام العام، حيث لا يجوز للدولة أو أشخاص القانون العام المثول إلا أمام القضاء الرسمي[2].

- كما أن البعض يرى إدراج أن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ليس فيه ما يخالف النظام العام وإن كان كذلك سابقا لكن كما توضح أن النظام العام مرن ويتغير بتغير الظروف الاجتماعية ولا شك أن نمو التجارة الدولية وتشابك العلاقات التجارية بين الدول وحرية انتقال رأس المال الأجنبي عبر الحدود، لدولته من شأنه أن يضفي مرونة على النظام العام الدولي والداخلي ويجعله يستجيب للمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية[3].

موقف الفقه والقضاء العدلي من مسألة لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم: على عكس موقف القضاء الإداري الرافض، ذهب القضاء العدلي إلى الاعتراف للشخص المعنوي العام باللجوء إلى التحكيم الدولي دون الداخلي، حتى في ظل غياب لاتفاق دولي أو لنص قانوني[4] وقد استند القضاء العدلي في موقفه، إلى نص المادة 1492 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي التي تجيز اللجوء إلى التحكيم الدولي دون تمييز بين شخص عام أو خاص[5].

أكد القضاء العادي على حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية إلا أن محكمة التمييز الفرنسية ذهبت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية حيث اعتبرت أن البند التحكيمي مشروعه في العقود الدولية، وحظر التحكيم المتعلق بالأشخاص المعنوية غير مطبق بالنسبة للعقود الدولية المبرمة

[1]عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 532.

[2]عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 531.

[3]عبد الهادي السيد حسن، المرجع نفسه، ص 537.

[4]وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 630.

[5]Article 1492 : l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international,

وفقا لشروط وحاجات التجارة الدولية[1]، فالقضاء العادي يقر بصحة شرط التحكيم إذ تعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، ووافقت عليه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة، استنادا إلى أن الحظر سوف يضر بمصالح البلاد وسمعتها في محيط التجارة الدولية، أما مجلس الدولة الفرنسي فظل متمسكا بحظر التحكيم حتى ولو كان العقد من عقود التجارة الدولية، ودرج على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية لمخالفته للنظام العام[2].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية.

لقد عرف التحكيم في القانون الجزائري تطور عبر مراحل نستطيع أن نقسمها إلى ثلاث، من الاستقلال إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم للأمر 66-154 الذي أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي ثم مرحلة صدور قانون 08-09 والذي أضاف المشرع الجزائري مجالا آخرا للدولة والأشخاص العامة أن تطلب فيه وهو مجال الصفقات العمومية.

سنحاول تفصيل فيما يلي:

-بعد الاستقلال: تمتد مرحلة ابتكار نظام التحكيم بصفة عامة من الاستقلال إلى غاية مرحلة التأميمات وهي مرحلة مؤقتة بالنسبة إلى موقف الجزائر من التحكيم إذ يظهر في المجال الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناجمة عن العلاقات الاقتصادية بين فرنسا والجزائر، كاتفاقية إيفيان والاتفاقيات التي تلتها في التعاون الجزائري الفرنسي خاصة اتفاق 1963 و1965 الذين كان لهما تأثير سلبي في السيادة الوطنية حتى جاء اتفاق الجزائر "جيني" لسنة 1968 من التأثير السلبي الذي مارسته فرنسا على القيادة الوطنية فكان على الجزائر استدراك ذلك وهذا بتقليص دور التحكيم، واللجوء إلى عملية التأميم وذلك بممارسة حقها في السيادة واللجوء إلى عملية

[1] جواز التحكيم في عقود االتجارة الدولية C. appel de (1er .ch.c) 24 fèv, 1994, Rèvarb 1995 p275 et 9. Note Yves .Gaudemet la prohibition pour un etat de compromette est limitée aux contrats d'ordre interne ; cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre interne ;cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international : pour valider de clause compromissoire incluse dans marché , il suffit de constater l'existence d'un contrat international pour les besoins et dans conditions conformes aux usages de commerce international) .

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 230.

التأميم وذلك بممارسة حقها في السيادة الكاملة، حيث اتخذت موقفا رافضا للتحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية وإبقائه في المجالات الأخرى[1].

بعد هذه الفترة صدر الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية جاء في نص المادة 442 يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للدولة ولا ا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم.

هذا القانون حظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم متأثرا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي والذي لم يكن على وفاق مع التحكيم وكان يحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم، ولكن استثنى من ذلك المجال التجاري حيث أجازه[2].

-مرحلة صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93[3] المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413هـ الم وافق ل، 25 ابريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 جاء فيه ما يلي:

المادة الأولى تلغي المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام التالية:

- يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.
- ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
- ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية، هكذا المرسوم التشريعي 9/93 قد أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية لكن يبقى محظورا على أخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية.

---

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 111.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 135.

[3] المرسوم التشريعي رقم 93/، المؤرخ في ذي القعدة 1413 الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66/ 154 المؤرخ في 8يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر ج ج عدد 27أبريل 1993.

- بعد صدور القانون 08-09[1] المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاء في المادة 1006 منه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

فالمادة 975 فنصت على أنه لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، أما المادة 976 نصت على أن تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

- عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.
- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- عندا يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها، والهدف من هذه المادة هو كبح جماح المحكم الأجنبي وتقليل أخطار التي قد يسببها التحكيم الإداري بالأخص إذا كان دوليا، ويرى البعض رغم هذا التشدد من المشرع الجزائري في التحكيم المتعلق بالدولة من حيث اشترط موافقة الوزير المعني إلا أنه يبقى مرنا مقارنة بغيره من القوانين خاصة القانون الفرنسي الذي اشترط بموجب القانون الصادر في 1986/08/19 ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي موقع من وزير المالية والوزير المختص[2].

المطلب الثالث: جوازية الشخص المعنوي للجوء للتحكيم.

[1] قانون 08- 09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 138

حظر لجوء الشخص المعنوي للتحكيم لم يطل كثيرا حيث ظهرت مستجدات عديدة غيرت من وجهة نظرة الفقه والقضاء والمشرع من التحكيم ، أحاول سردها ،مبرزين الاستثناءات الواردة على الحظر في **الفرع الأول** ، ثم ذكر أهم المبررات االواقعية التي ارتكز عليه البعض لتحجيج في جواز الشخص المعنوي لجوئه للتحكيم في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: الاستثناءات على قاعدة حظر لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم:

الاستثناءات على قاعدة حظر لجوء الشخص المعنوي العام لم تنحصر بالاجتهاد العدلي وبعض النصوص القانونية وإنما كذلك كثير من الآراء الفقهية.

الاجتهاد العادي: لقد بدأ هذا الاتجاه القضائي بحكم لمحكمة الاستئناف بباريس في قضية MyrtoonStreamship[1] وقد جاء فيه:

حيث حاول القضاء العادي التخفيف من حدة هذا المبدأ وقصر الحظر على النطاق الداخلي دون الدولي، ومن الأحكام القضائية في ذلك.

حكم محكمة Aixen-provence إلى عدم مناسبة الحظر الوارد في المادة 03-1004 من قانون المرافعات القديم ليطبق على العقود ذات الطبيعة الدولية لما يترتب عليه من آثار اقتصادية سيئة على المستوى القومي الفرنسي[2].

حيث أن مسلك القضاء العادي الفرنسي يتفق مع أحكام محاكم التحكيم الدولية حيث انتهت هيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 3879 إلى أنه لا تستطيع أي دولة أن تستند إلى نصوص قانونها الداخلي للتخلص من التزاماتها الدولية.

كما انتهت إلى ذات الموقف غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية التحكيمية رقم 1997/2521 حيث انتهت إلى أن عدم اعتراف الدولة بالتحكيم في عقودها يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي[3].

---

[1]CA de Paris 10 Avril 1957, RDAI 2002, PSM « la prohibition est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international et que l'interdiction n'est pas d'ordre public international.

[2]أوراده عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 582.

[3] المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار المعتمد في 18 مارس 1965 التي دخلت حيز التنفيذ بعد 30 يوما من تاريخ إيداع وثيقة التصديق العشرين قبول أو موافقة) أي في 14 أكتوبر 1966.

واستمرار في التطور فقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن استقلال شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل عقد التحكيم لا يخضع إلا للنظام العام الدولي وأن النظام العام الداخلي لا يجوز أن يحتج به للتخلص من اتفاق التحكيم الدولي[1].

الاستثناء القانوني: ذهب المشرع الفرنسي أكثر من مرة للحد من نطاق القاعدة التي شيدها مجلس الدولة الفرنسي لحظر التحكيم، وهذه الاستثناءات هي:

-قانون 17 ابريل 1906، ولكن هذا الاستثناء اشترط أن يتم اللجوء إلى التحكيم فقط لتصفية حساب نفقاتها بعقود الأشغال العامة والتوريد واشترطت أيضا أن تتم صدور مرسوم من مجلس الوزراء مصدقا عليه من الوزير المختص أو وزير المالية كما اشترط هذا القانون لإعماله أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة التحكيم دون شرط التحكيم.[2] ، أي بعد نشوء النزاع واشترط موافقة مجلس الوزراء على التحكيم ويوقع على مرسوم الموافقة ووزير المالية والوزير المختص فيم يتعلق بعقود الدولة[3] وعلى نفس الشاكلة اشترطت الجماعات المحلية والمؤسسات العامة تلك الموافقة واستبعد المشروع العام المتخذ شكل الشركة الوطنية وشركات الاقتصاد المختلط من نطاق تطبيقه.

-قانون 25 جويلية 1960: وسع هذا القانون سريان التحكيم وامتد بموجبه إلى العقود التي تبرمها البلديات ونقابات البلديات والمراكز الحضرية والنقابات المشتركة وقطاعات البلديات والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية[4].

[1]CA de paris société KETCIC, C/Société de ICORI EIERO et autre 13 Janvier 1996, RevARb, 1997, p 251.

[2] Article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant bixotion du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1966 « pour la liquidation de lours dépenses pourrant recevoir d'arbitrage qu'il est régalé par le livre III du code de procédure avril 41.

[3]عبد الهادي السيد حسن، مرجع سابق، ص 574.

[4]عبد الهادي السيد حسن المرجع نفسه، ص575.

-قانون 9 جويلية 1975: فتح طريق التحكيملمعظم المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري[1]، غير أنه اشترط أن يصدر مرسوم يحدد هذه المؤسسات العامة، ولكن يتم ذلك بضوابط شديدة الصارمة وهي:

*اشترط أن يكون التحكيم بمقتضى مشارطة تحكيم بعد وقوع النزاع وليس بمقتضى اشترط تحكيم يدرج في العقد ابتداء.

*صدور مرسوم من مجلس الوزراء مصدق عليه الوزير المختص ووزير المالية، بالنسبة للولايات يصدر قرار من مجلس الشعبي الولائي صادق عليه من وزير الداخلية بالنسبة للجماعات الإقليمية ينبغي صدور قرار من المجلس الشعبي البلدي مصادق عليه من الوالي على أن هذه الشروط تعتبر جوهرية ويترتب على مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[2].

-قانون 19 أوت 1986 والتحكيم في العقود الدولية: ألغي الحظر الوارد في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي وكان ذلك بمناسبة إصرار الشركة الأمريكية "وات ديزني" على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم مع الحكومة الفرنسية مع اشتراط عدة شروط هي:

*أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي عقدا دوليا.

*أن يكون الهدف إقامة مشروع ذا نفع عمومي وللمصلحة العامة.

*اشترط القانون صدور مرسوم من مجلس الوزراء في كل حالة على حدة[3].

-قانون 2004/06/17 عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وقد نص المشرع في المادة 11 (بعد تعديلها بالقانون ر قم 735-2008 في 2008/07/28) على البنود الواجب توافرها

[1]L'article 7 de la loi N° 75-596 du 9 juillet 1975 alinea 2 de l'article 2060 du code civil « toutefois des catégories d'établissements publics a caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret a compromettre

[2]عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 576.

[3]Artcile 9 de la loi N° 86-972 du 19 Aout 1986 « par dérogation à l'article 2060 du code avril, l'état les collectivités t et les établissements public sont autorisé dans les contrats qu'ils contrats qu'ils concluent conjointement avec de la société étrangère pour la réalisation d'intérêt nation al u souscrire des clauses conjpromissoires en vue du également le cas échéant difinitif de litiges lies à l'application et l'interprétation de ces contrats.

في عقد الشراكة ومن بينها الشروط لمتعلقة بمنح المنازعات أو تسويتها والتي تحال إلى التحكيم على أن تتم وفقا للقانون الفرنسي[1].

ويرى الفقهاء أن هذا الاستثناء من أهم وأوسع الاستثناءات التي قررها المشرع الفرنسي على مبدأ حظر التحكيم على أشخاص القانون العام، كما أنه يعتبر نقطة تحول من نظرة الشك والريبة التي ينظرها القانون الإداري الفرنسي للتحكيم[2].

الآراء الفقهية: إن الموقف الفقهي الرافض للتحكيم يعود في الأساس إلى الهدف الذي من ورائه نشأ مجلس الدولةحيث أن الأخير وفي بداية نشأته كان له الدور حماية الدولة التي أصلا لم تكن مستقرة، وهذه الفكرة استند الفقه الفرنسي بشكل خاص ليقر قاعدة مفادها أن الدولة، كسلطة عامة، لا يمكن أن تخضع أصلا للقضاء، وهو أصلا ليس نابعا من طبيعة التحكيم أي القابلية أو عدم القابلية[3]، لذا ذهب الرأي المؤيد للتحكيم وشيد وجهة نظره بالحجج الآتية:

-عدم مخالفة اللجوء إلى التحكيم للقواعد المتعلقة بالنظام العام، لاسيما القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي لأن حكم التحكيم في نهاية المطاف سيعرض على القضاء، لكي يعطي القوة التنفيذية[4].

كما أن استناد الرأي المعارض على فكرة أساسية وهي أن عقود التفويض أو العقود الإدارية هي عقود لها علاقة مباشرة بالنظام العام ولا يمكن للتحكيم فيها، هذا الفهم هو غير صحيح إطلاقا للعقود الإدارية، ذلك أن النظام العام أو مواضيع النظام العام لا يجوز التعاقد فيها أصلا، أما وصف عقد التفويض بأنه له علاقة بالمصلحة العامة، فإن ذلك يعني أن هذه العقود هي عقود يكون موضوعها البنية التحتية للاقتصاد، لذلك فهي تهدف مباشرة إلى تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية ولا علاقة لها بالنظام العام، وفي هذا الإطار فإن النظام العام هو ما يتعلق بأخلاق

[1]Art 11 de d'ordonnance N° 2004-559 du 17 Juin 2004 sur les contrats de partenariat un contrat de partenariat comporté nécessairement des choses relatifs aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans les quelles il peut le ces échant être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi Françaises.

[2]حسان نوقل، المرجع السابق، ص 116.

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 446.

[4]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 422.

المجتمع والقيم الاجتماعية للدولة، أي أمن الدولة وسلامة الأفراد، أما المصلحة العامة فهي نمو الجانب الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والأمران مختلفات تماما[1].

-فيما يخص أهلية الدولة، ذهب الفقه بأن الدولة تتمتع بالأهلية لإبرام اتفاق التحكيم وأرجعوا ذلك لقيام الدولة بإرادتها مشروعات اقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام، فإذا كانت تفتقر إلى الأهلية لأموالها العامة والخاصة وهو ما يعطيها الحرية التعاقدية في إبرام اتفاقات التحكيم بتلك الأموال وتكون هذه الأخيرة صحيحة واستندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي، وهو المرجع الذي ينبغي الاستناد غليه للحكم بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم[2] ومن لا يصح القول بعدم أهلية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم، لأنه لا يمكن تطبيق قواعد الأهلية في القانون الخاص على الروابط في القانون العام خصوصا أن النصوص القانونية هي التي تعطي الدولة وأشخاص القانون العام أهلية إبرام اتفاق التحكيم في الحالات التي تجيزه[3].

-إن أغلب الدول وعند غياب النص القانوني، يذهب الاجتهاد فيها إلى إجازة التحكيم للشخص المعنويالعام[4]، فالمبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما منع بنص.

-ويرى بعض الفقهاء، أنه بمجرد توفر معايير التحكيم الدولي المتمثلة بتوفر معايير التجارة الدولية، فإنه ليس هناك أي إشكالية في إزالة العقبات التقليدية في القانون الداخلي الفرنسي، التي يحظر لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم[5]، لأن التحكيم في المجال التجاري لا يتعارض مع النظام العام، فالمنازعات التجارية نادرا ما يكون لها طابع النظام العام فغياب التعارض مع النظام العام يجعل التحكيم التجاري مشروعا من حيث المبدأ[6].

-حاجات التنمية لاسيما في دول العالم النامي الذي تحتاج إلى إبرام العقود الدولية لتأمين الاستمارات الأجنبية، وتعلق الشركات الأجنبية قبولها لإبرام هذه العقود على إدراج البند

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 450.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 363.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 423.

[4] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 629.

[5] وليد حيدر جابر، المرجع والموضع نفسه، ص 629.

[6] عبد الهاد السيد حسن، المرجع السابق، ص 531.

التحكيمي وبالتالي يقتضي إباحة التحكيم مراعاة لهذه الاعتبارات[1] فأصبح درع الدول في جذب هؤلاء المستثمرين هو تقديم تنازلات مستمرة وحوافز ومزايا عدة لهؤلاء المستثمرين من بينها قبول التحكيم وإضافته كشرط أساسي في العقد[2].

الفرع الثاني: مبررات لجوء الشخص المعنوي للتحكيم.

يعد التحكيم مؤشرا لدلالة على نجاح أو فشل سياسة الشخص المعنوي العام في إطار عملية إدارة المرافق العامة، فالمستثمر الذي غالبا ما كون أجنبيا يشترط قبل الدخول في علاقة مع الشخص المعنوي العام المانح للتفويض أن يتم إدراج بند تحكيمي أو إعداد اتفاق تحكيمي[3]، وتعد السلطة القضائية إحدى السلطات الدستورية في الدولة ولجوء الأشخاص القانونية إلى التحكيم باعتباره وسيلة بديلة عن القضاء لفض المنازعات[4]، وتتلخص مبررات اللجوء إلى التحكيم فيما يلي:

-يمتاز التحكيم بسهولة ومرونة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء، فإجراءات اللجوء إلى التحكيم لا تنطوي على التعقيد الذي ينطوي عليه اللجوء إلى القضاء، كما أنه يتسم بقدر كبير من المرونة في نظر المنازعات التي تطرح عليه، يؤدي إلى القيام بعمل ما، وتوفيقات من خلال القوانين والعادات السائدة خاصة في مجال التجارة[5].

ومن خلال التحكيم يتفادى أطراف العلاقات الخاصة تعدد درجات التقاضي وإضاعة الوقت أمام القضاء لمدة قد تصل في بعض الأحيان إلى عدة سنوات، إلى جانب نهائية حكم التحكيم وعدم جواز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن[6].

-وللتحكيم ميزة السرية التي يحتاجها التجار والمستثمرون في إتمام أعمالهم، فلا يضطلع على التحكيم و إجراءاته ومحاضره سوى الخصوم والمحكمين، وهذا لا نجده في القضاء الذي يسري عليه مبدأ العلنية في التقاضي[7]، حيث أصبحت الأسرار الاقتصادية هي أساس المنافسة بين الدول

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 423.
[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 234.
[3] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 616.
[4] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 416.
[5] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 191.
[6] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 80.
[7] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 322.

والكيانات الاقتصادية[1]، ومن أمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة السادسة من القانون الأساسي لهيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس على ما يلي: تكتسي عمل الهيئة طابع السرية ويتعين على كل من يشارك في عملها، بأي صورة كانت مراعاة ذلك، وتحدد الهيئة قواعد حضور هؤلاء في الخارج اجتماعات الهيئة واجتماعات لجانها وحق هؤلاء في الاطلاع على المواد المقدمة للهيئة ولأمانتها العامة . ونصت المادة 7/20من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس على ما يلي: يجوز لمحكمة التحكيم أن تتخذ أية تدابير لحماية الأسرار التجارية أو المهنية والمعلومات ذات الطابع السري، ونظمت لمادة الأولى من النظام الداخلي لنفس الهيئة طابع السرية لأعمال الهيئة[2].

-وللتحكيم ميزة الحرية وهي واسعة لا تتحقق لهم في ظل قضاء الدولة، فالنظام المعتمد للتحكيم وكذلك المدة ومدى جواز الطعن بقرار التحكيم هي من الأمور التي يتفق عليها فرقاء النزاع، فللأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على العقد موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم أو القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم لحل النزاع، فقد يقوم أطراف النزاع بوضع تطبقه هيئة التحكيم لحل النزاع، فقد يقوم أطراف النزاع بوضع إجراءات التحكيم بأنفسهم وقد يتفقون على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم، كما قد يتفقون على تطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي[3].

-تحقيق الخبرة والثقة على اعتبار أن المحكمين يجري اختيارهم من قبل أطراف النزاع، وغالبا ما يجري اختيارهم من أصحاب الخبرة والتخصص العلمي وليس من الناحية القانونية فحسن وإنما من الناحية الفنية وفقا لطبيعة ونوعية موضوع النزاع[4]، فإجراءات التحكيم تسمح للمحكمين مواجهة التعديلات التشريعية المفاجئة، فالشركات العملاقة التي تعمل في مجال عقد الامتياز أو التفويض تحتاج إلى تأمين أموالها ضد التقلبات والتغيرات غير المتوقعة في التشريعات، فنضيف شرط الثبات التشريعي والذي لا يقبله القضاء الوطني ويحققه التحكيم للمستثمر، ويحرر المحكم من ظلم النص القانوني، وذلك بالنسبة لفوات ميعاد الدعوى مثلا أو لعدم اللجوء إلى لجنة فض المنازعات[5].

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 193.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 85.

[3] حسان نوفل، المرجع نفسه ص 87.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 417.

[5] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 195.

-يحافظ التحكيم على العلاقات الودية بين أطراف النزاع لاسيما وأن اللجوء إلى التحكيم يستند إلى اتفاق الأطراف المتنازعة أما اللجوء إلى القضاء فلا يحتاج إلى هذا الاتفاق وإنما يجري بعد الفشل في تسوية النزاع القائم ويكون اللجوء إليه الطريق الأخير لفض النزاع[1]، لذا فإن الأفراد لا يلجؤون إلى القضاء إلا بعد أن يكونوا قد وصلوا إلى طريق مسدود، لا يعود فيه العلاقات الحسنة بينهما لأن كل منهم بداخله مخزون كبير من الحقد والمقت للطرف الآخر[2].

لكن رغم للتحكيم مزايا تبرر اللجوء إليه، فله عيوبه التي تنفر منه نذكر منها:

-نفقات التحكيم الباهظة، حيث يدفع الخصوم أتعاب المحكمين ومصاريف انتقالهم وإقامتهم ورسوم مراكز التحكيم[3]، يجعل التحكيم مرتفع التكاليف إذا ما قورن بالقضاء الوطني.

-غياب الضمانات القضائية في التحكيم، كالتقاضي على درجتين، يحرم أطراف الدعوى من الطعن، فإذا كان حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وحقه في الطعن على الأحكام هما من الحقوق الدستورية التي كفلها الدستور، فإن أحكام التحكيم ملزمة، ولا يجوز الطعن فيها إلا بدعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر[4].

-عدم حياد وموضوعية المحكم، إن اختلاف التشريعات من بلد لآخر واختلاف الأيديولوجيات قد يؤثر في قناعة وتفكير المحكم الذي غالبات ما يكون أسيرا لثقافة دولته واتجاهها السياسي والاجتماعي مما يؤثر بالتالي على نتائج حكم دون النظر إلى سياسة وظروف الدولة الطرف في النزاع.

وعليه يصعب على المحكم في بعض الأحيان أن يصدر حكما مناسبا عادلا[5]، كما يمكن أن يتعرض المحكم للضغط من قبل الشركات الدولية للقضاء لصالحها[6].

- التأثير السلبي للتحكيم على التنمية الاقتصادية في الدول الضعيفة حيث التحكيم غالبا ما يكون في غير صالح الدول النامية، فيفرض عليها الكثير من التضحيات والأعباء لصالح الدول القومية، والتي تملك وسائل القوة الاقتصادية في شكل نقل التكنولوجيا إلى الدول

[1] مروان محي الدين الطب، المرجع السابق، ص 415.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 192.

[3] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 90.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 198.

[5] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص 96.

[6] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 199.

النامية مع تحمل الأخيرة تكلفتها فتذهب تلك التكلفة إلى الدول القوية، فيزداد اقتصادها قوة بينما ينوء اقتصاد الدول الضعيفة من تحمل مثل هذه التكاليف[1] .

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 200.

الفصل الثاني: إجراءات التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

في ظل غياب التنظيم القانوني المنظم لعملية التحكيم في عقود تفويض المرفق العام، وعدم وجود القانون الإجرائي المستقل الذي يرعى التنظيم إجراءات التحكيم في هذا النوع من العقود الإدارية إلا ما تعلق بالصفقات العمومية حصريا، حيث تنص المادة 1006[1] على أنه:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم التي له مطلق التصرف فيها".

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية بالإضافة لارتباط إجراءات التحكيم بشكل عام بالقانون الخاصة، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضمن أحكام مشتركة في مسألة التحكيم.

فيرى بعض الفقه أنه ثمة مشكلة في هذا الصدد، ينبغي أن يتصدى لها، بحيث يبدو من غير المتصور أن تخضع منازعات عقود تفويض المرفق العام لنفس إجراءات الصفقات العمومية والتي تستهدف في الأساس تسيير مرفق عام وتحقيق المصلحة العامة؟، وكذا لنفس القواعد الإجرائية التي تحكم منازعات عقود القانون الخاص التي تسيطر عليها فكرة المصلحة الفردية[2]، لذا سأحاول في هذا الفصل دراسة التنظيم الإجرائي للتحكيم في عقود تسيير المرفق العام في القانونين الجزائري والمقارن وذلك قبل صدور قرار التحكيم وبعد صدوره وذلك في مبحثين.

-المبحث الأول:إجراءات التحكيم قبل صدور حكم التحكيم.

-المبحث الثاني :إجراءات التحكيم بعد صدور حكم التحكيم.

المبحث الأول: إجراءات التحكيم قبل صدور حكم التحكيم.

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية لا يختلف عن القضاء الدولي بالمعنى الدقيق، فكلاهما يستلزم اتفاق الأطراف المتنازعة على عرض منازعاتهم على التحكيم، والفرق الوحيد بينهما هو شكلي يرجع إلى أن طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيل الهيئة التحكيمية التي تفصل في النزاع على إرادة الأطراف المتنازعة فهم الذين يختارون المحكمون الذين يفصلون فيها النزاع[3].

[1] المادة من القانون 08-09 المتعلق بإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 471.

[3] حاتم غائب سعيد، المرجع السابق، ص 189.

واتفاق التحكيم يتم قبل بدء المنازعة والأطراف يتفقون على تعيين اتفاق قيتم أولا الاتفاق على المبدأ ذاته في التحكيم وتفوض ثم البحث الحل مع المحكم الذي يتم اختياره[1].

وبالتالي سأحاول في هذا المبحث إلى عرض وتحليل أهم القواعد الإجرائي والموضوعية قبل صدور الحكم التي تناولها قانون الإجراءات الإدارية الجزائري والشرائع التحكيمية الأخرى مع إبراز مدى ملائمة أحكامها مع منازعة عقود التسيير المفوض للمرفق العام، وذلك في المطالب التالية.

-المطلب الأول: الشروط الأولية في إجراءات التحكيم.

-المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم.

-المطلب الثاني:أثر التحكيم على أطراف اتفاقية التسيير المفوض لمرفق العام.

المطلب الأول: الشروط الأولية في إجراءات التحكيم.

تبدأ إجراءات التحكيم بمجرد اتجاه أحد أطراف النزاع إلى تجاوز الحل الودي بين الطرفين واتجاهه لتفعيل الإجراء الذي وضعه القانون لتحريك سلطة المحكم في الفصل في النزاع[2].

وأول إجراءات التحكيم ،مسألة موافقة الوزير المختص على التحكيم، إجراء مهم تحدث عنه الفقه كثيرا، أتناوله في **الفرع الأول** ، أما في **الفرع الثاني** أتناول مكان ولغة التحكيم.

الفرع الأول: شرط موافقة الوزير المختص.

اشترط القانون 08-09 موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى، فقد نصت المادة 976 على أنه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندا يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي تتبعها.

---

[1] محمد علي ماهر محمد علي، المرجع السابق، ص 515.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 473.

من خلال هذه النصوص نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينأى بعيدا عن التشريعات الأخرى التي مهدت إجازة التحكيم بموافقة الوزير المعني، ربما الاختلاف الوحيد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح المبادرة عوض الموافقة[1].

في القانون المصري قيد إجراء جواز التحكيم في القانون رقم 27 سنة 1994 الذي عدل المادة الأولى منه بالقانون رقم 9 سنة 1997[2] المتعلق بمنازعات العقود الإدارية بضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وذلك على النحو التالي:"وبالنسبة للمنازعات الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.

ويرى جانب من الفقه أن العلة من هذه الموافقة تكمن في أنه بمقتضاها تكتمل الإدارة المعبرة عن كمال الولاية العامة في إبرام الاتفاق على التحكيم[3]، ورأى البعض الآخر أن المشرع قد جانب الصواب في اشتراط موافق الوزير أو من يقوم مقامه على النحو سالف الذكر، فالوزير يمثل السلطة التنفيذية في الدولة وتوقيعه بالموافقة على إبرام شرط التحكيم يجعل هذا الشرط ساريا في مواجهة الدولة مما يسبب ضررا بالمصلحة العامة في حال صدور حكم يدين الشخص المعنوي العام، حيث يعتبر هذا الحكم صادرا في مواجهة الدولة وذمتها المالية[4].

وقد جاء هذا الشرط في القانون المصري استجابة لفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والصادر بتاريخ 1996/12/18 والذي جاء بها أن "شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إن كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها، وإنما يتعلق بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره، والأصل عند عدم النص عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله".

---

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 171.

[2] المادة 15 من القانون رقم 27لسنة1994 المصري في 21 أبريل 1994، ج.ر العدد 16، في 21أبريل 1994.

[3] علاء العناني، المرجع السابق، ص 318.

[4] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 802.

وعلى هذا فيجب أن يتوافر في الشخص الذي تقوم بإبرام اتفاق التحكيم الأهلية اللازمة لإبرام الاتفاق[1].

حيث لا يكفي أن يكون للشخص أهلية التعاقد فحسب بل يجب أن يكون أهلا للتصرف في الحق المتنازع عليه، فالاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى فضاء الدولة وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر وعلى ذلك وفي المنازعات القانون الخاص لا يجوز للخاضع للولاية أو الوصاية إبرام اتفاق تحكيم لأنه لا يتمتع بالأهلية ولا يملك التصرف في أمواله، بل يجب على الولي أو الوصي أو القيم إبرام هذا الاتفاق ولا يترتب على ذلك بطلان اتفاق التحكيم، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فيجب توقيع شرط أو مشارطة التحكيم من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، والاختصاص هنا يقوم مقام الأهلية في مجال القانون الخاص[2].

مما تقدم نرى أن المشرع المصري كان أكثر جرأة من نظيره الفرنسي واقر صراحة بجواز التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إنما اشترط لذلك ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، إذ تعتبر هذه الموافقة إجراء جوهريا لصحة التحكيم، بحيث يترتب على عدم وجودها بطلان اتفاق التحكيم، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 19 فبراير 2006 في قضية Malicorp Limited تتلخص وقائع هذا النزاع في أنه من أجل تفعيل قرار رئيس الجمهورية رقم 2000/182 الخاص بتخصيص الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة بمدينة راسب سدر والبالغ مساحتها (42) كلم مربع، قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالإعلان عن مناقصة عالمية لإنشاء وإدارة واستغلال مطار بمدينة رأس سدر وفقا لنظام Bot لفترة معينة يتم بعدها إعادة المطار للدولة، وتقدمت شركة Malicorp Limited بعرضها والمتضمن أن رأسمالها يبلغ مقدار 100 مليون جنيه استرليني بما حمل الهيئة على تزكية هذا العرض، وبتاريخ 04 نوفمبر 2000 تم توقيع عقد الامتياز لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر وفقا للنظام Bot بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة Malicorp Limited وقد نص البند

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 257.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 288.

3.3.21 من العقد المبرم بينهما على أنه:"أي نزاع يتعذر رحله وديا يتم تسويته عن طريق التحكيم التجاري الدولي بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقانون التحكيم هو القانون المصري وبتاريخ 17 يناير 2001 تقدمت شركة Malicorp Limited بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية لإنشاء وتشغيل وإدارة المطار تنفيذا لأحكام البند 23-1-6 من العقد المذكور ونظرا لكون طلب التأسيس من غير المصريين فقد تم إخطار جهات الأمن المختصة والتي أفادت بعدم الموافقة على تأسيس الشركة وقد تكشف لوزير الطيران المدني والذي حل محل الهيئة المصرية العامة للطيران أن شركة Malicorp Limited قد أدخلت على الهيئة المذكورة الغش والمتمثلة في القدرة المالية للشركة والتي كانت وقت التعاقد لا تتعدى جنيهات استرليني فضلا عما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها مما حدا به إلى مصادرة التأمين الابتدائي واتخاذ إجراءات فسخ العقد المذكور[1].

بيد أن بعض الأحكام التحكيمية الأخرى اتجهت وجهة أخرى مقررة عدم ترتيب البطلان على تخلف الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة لشرط التحكيم الوارد بالعقود الإدارية[2]،فهيئات التحكيم تعتبر هذه الموافقة إجراء شكلي لا يغير عدم استيفائه في الأساس من صحة شرط التحكيم مع التوسع في الاستدلال على تمام الواقعة، و إقرار التطبيق مبدأ حسن النية المسبقة الواجب توافرها في المتعاقدين فيما يعتبر القاضي الإداري هذه الموافقة شرطا

[1]الدعوى رقم 186628 لسنة 59 ق، جلسة 2006/2/19 حكم غير منشور أثر ذلك قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضد الحكومة المصرية، قيدت برقم 382 سنة 2004 طالبة فيها إلزام الحكومة المصرية بتعويض مقداره 508 مليون دولار على الأجر التي أصابتها جراء فسخ العد المبرم معها.

وأثناء تداول هده الدعوى التحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي اقام زير الطيران المدني بصفته هذه الدعوى أماما محكمة القضاء الإداري طالبا فيها الحكم بصفة مستعجلة بوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطلب الموضوعي المتمثل في بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المذكور تأسيسا على عدم موافقة الوزير المختص على شرك التحكيم.

مركز القاهرة للتحكيم الجزائي الدولي، القضية رقم 382 لسنة 2004، Malicorp Limited ضد حكومة مصر العربية والشركة المصرية القابضة للطيران وشركة المطارات المصرية 2006/3/7، ص 38-39، حكم صادر باللغة الإنجليزية ومترجم باللغة العربية بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، غير منشور-نقلا عن-حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 405-406.

[2]الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 464 سنة 2006 بجلسة 2006/7/3 (مجلة التحكيم العربي العدد 4 سنة 2010 والحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 495 سنة 2006 بجلسة 17 ماي 2007 حكم التحكيم الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 2009 في القضية التحكيمية رقم 553 لسنة 2009/2007 مجلة التحكيم العربي ديسمبر/9 والقضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 جلسة 2009/12 أوردته، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 711.

جوهريا يترتب عليه ليس فقط تعدى لقواعد الاختصاص المقرة دستورا أو قانونا بالاستبدال لأحاكم قانونية تحكم العقود الإدارية بأحكام مقررة أساس التحقيق التوازن بين الصالح العام والمصالح الخاصة للمتعاقدين مما يلزم معها لتحقق من تمام صحة هذه الموافقة مع ترتيب جزاء البطلان عن تخلفها[1].

وهناك اتجاه آخر قال إقدام الإدارة على اللجوء للتحكيم في العقد الإداري دون الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة يمثل خطأ مرفقيا في حق الجهة الإدارية، يترتب مسؤوليتها عن التعويض للمتعاقد معها عما لحقه من أضرار جراء عدم تمكنه من اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن التعاقد[2].

كما أنه هناك رأي آخر يفرق بين العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي حيث يترتب البطلان على تخلف الحصول على موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية، لكن اتفاق التحكيم في تلك الحالة غير مستوف لإجراء شكلي جوهري مما يجعله محلا للطعن عليه بالبطلان، بينما لا يترتب البطلان على تخلف موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، إعمالا لمبدأ عدم تمسك الدولة بقانونها الوطني مصدر هذا الشرط للتنصل من التزاماتها الدولية الناشئة عن انضمامها لاتفاقيات دولية تجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، لاسيما وأن انضمام الدولة لتلك الاتفاقيات يعد بمثابة موافقة مسبقة منها على اللجوء4 إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود.[3]

الفرع الثاني: مكان ولغة التحكيم.

يجوز للطرفين الاتفاق على مكان التحكيم، والاتفاق على مكان التحكيم في بلد تعيينه، لا يعني تطبيق قانون هذا البلد ولا يعني أيضا اختيار المحكمين من جنسية هذا البلد، ويجب على الدولة التي ترغب في جلب التحكيم إلى أراضيها وتجعل من نفسها دولة المال والأعمال أن تقوم بتعديل تشريعاتها بما يتفق ورغبات ومقاصد التحكيم حتى يصبح التحكيم صناعة ومصدر دخل[4].

[1] صفاح فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 772.

[2] علاء العناني، المرجع السابق، ص 142.

[3] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 143.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 282.

ولما كان التحكيم يقوم على الرضا بين الطرفين فإن لهما الحقق في أحد الأمرين، إما الاتفاق على المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم، أو الشإتفاق على إحالة النزاع الى هيئة أو مركز تحكيمي دائم حيث يحدد المقر بالنسبة إليها وفقا لنظامه الداخلي، وفي حالة عدم الاتفاق على مكان التحكيم فإن لهيئة التحكيم أن تحدد ذلك عاى وجه السرعة[1].

وللطرفين حرية الاتفاق على اللغة واللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات.[2]

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم.

أتناول في هذا المطلب كيفية تشكيل هيئة التحكيم في الظروف العادية في **الفرع الأول**، أما في **الفرع الثاني** أتناول تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.

الفرع الأول: الجهة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم.

لقد اتجهت تشريعات الدول الحديثة إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وهذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم، فالتحكيم نظام رضائي يعتمد في أساسه على ثقة الأطراف في شخص وعدالة المحكم[3]، كما أن لهم الحق في اختيار مواصفات معينة فيهم، وذلك مع مراعاة سلسلة من القواعد الآمرة، لكن هذه الحرية ليست مطلقة فقد تدخل المشرع في أغلب الدول ملزما الأطراف بضرورة مراعاة بعض الشروط عند قيامهم باختيار وتشكيل هيئة التحكيم[4].

لذا سنعالج في هذا الفرع مسألة حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم وفق الشروط التي حددها ثم الشروط المتعلقة بأطراف العقد.

أولا: حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم وفق الالتزامات التي حددها التشريع، تقضي معظم الأحكام بإعطاء الفرقاء حرية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع الذي وقع بين الأطراف، فلا يوجد شك في أن تعيين المحكمين بواسطة الأطراف من الطرق المألوفة حيث إنه يكفل اختيار محكمين بإرادتهم مباشرة دون تدخل طرف آخر في عملية الاختيار، وتبدو

[1] يعرب محمد الشرع، المرجع السابق، ص479.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 284.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 473.

[4] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 191.

إرادة الأطراف واضحة جلية في هذه الطريقة حيث إن جوهر العملية التحكيمية يكمن في تلاقي إرادات الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة ولئن كانت محكمة التحكيم تستمد سلطاتها هذه من إرادة الأطراف فخير طريق لذلك هو أن يتم تعيينها مباشرة بواسطة هؤلاء الأطراف بدون وسيط[1].

غير أن حرية الأطراف في هذا الإطار ليست مطلقة، بل مقيدة باعتبارات عدة تتعلق إما بشخص المحكم، أو بطبيعة الوظيفة التي يؤديها، ومن هنا فقد يتدخل المشرع بنصوص قانونية آمرة ملزما الأطراف بضرورة مراعاة بعض الشروط وهم بصدد اختيار المحكم وتشكيل لجنة هيئة التحكيم[2]، ومن هذه الشروط:

– الأهلية المدنية للمحكم: حيث أجمعت التشريعات المقارنة على اشتراط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، كامل الأهلية المدنية، ويعتبر هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[3] لأنها من القواعد المرتبطة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على أن مخالفة هذه القاعدة ، وإن مخالفتها تؤدي إلى بطلان الاتفاق بين أطراف الخصومة مطلقا، وبإمكان المحكمة المختصة أن تثيره من تلقاء نفسها[4]، وعناصر الأهلية المدنية الضرورية أن يكون بالغا الرشد، وألا يكون محجوراعليه أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا ما لم يرد له اعتباره حيث نصت المادة 1014 على أن (لا تسند مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي متمتعا بحقوقه المدنية)[5].

– ولا يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية (العقود الإدارية) على أن هذا الحصر لا يمس إلا بالمسائل التي تتعلق بممارسة سلطات الدولة العامة وسلطات التنظيم والتأديب[6]، أو دور في تنظيم عملية التحكيم.

– الاستقلالوالحيادية: تعتبر من المتطلبات الهامة لنجاح عملية التحكيم وخاصة الناشئة عن منازعات العقود الإدارية فهي تعتبر ضمانة هامة لعدم انحراف المحكم وميله إلى طرف على حساب

[1] محمد علي ماهر علي، المرجع السابق، ص 520.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 476.

[3] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 190.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 477.

[5] المادة 1014 من قانون رقم 08-09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

[6] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثانية، دار النشر، موفر، الجزائر، ص 454.

الآخر[1] وبما أن عقد تفويض المرفق العام هو عقد ذو طبيعة إدارية قد يكون متأثرا بعوامل عدة قد ينال من حيدته وتؤثر في استقلاله، قد تكون هذه العوامل إما إلى البنية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينتمي إليها المحكم أو إلى هيئة الخصوم وموضوع النزاع، ولاسيما أن الدولة أو أحد أشخاصها العامين طرف في الخصومة، وموضوع العقد محل النزاع وهو مرفق عام[2].

وتعددت الوسائل الوقائية والوسائل العلاجية لضمان استقلالية المحكمين على النحو التالي:

- الوسائل الوقائية، ومنها التزام المحكم بالإغفال عن ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته فالمحكم الذي يتولى نظر منازعة متعلقة بعقد موضوعه مرفق عام لابد وأن يعلن بمنتهى الشفافية والصدق عن أية علاقة تربطه بالإدارة أو بالشركة المشغلة للمشروع أو بالمرفق الذي يجرى تشغيله[3].
- الوسائل العلاجية: وتشمل هذه الوسائل بين رد المحكم وإلغاء الحكم، ورفض تنفيذه.

– رد المحكم: لجأ المشرع إلى تكريس وسيلة علاجية تتيح إقصاء المحكم، في حالة ما إن تبين بعد تعيينه عدم استقلاله أو حيدته إزاء النزاع المعروض عليه[4]، ويجوز رد المحكم في الحالات الآتية:[5]

1.عندما لا تتوفر فيه الشروط المتفق عليها بين الأطراف.

2.عندما يوجد رد منصوص عليه في نظام التحكيم المتغق عليه من قبل الأطراف.

3.عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو من طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينته أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين كما يشترطقبول المحكم المهمة الموكلة إليه، ويثبت هذا القبول كتابة، وبعد قبول المهمة لا يجوز للمحكم التنحي لغير سبب جدي، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويض للمتضرر[6]، وقد قررت

[1]حسان نوفل، المرجع السابق، ص 191.

[2]حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 478.

[3]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 479.

[4]حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، 481.

[5]المادة 1016 من القانون 08-09، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

[6]مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 425.

قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL على أنه في حالة وفاة أحد المحكمين أو استقالته أثناء إجراءات التحكيم، يتم اختيار أو تعيين محكم آخر مكانه ، بذات الإجراءات السابقة على أنه إذا كان الأمر يتعلق بتعيين المحكم الرئيس فيجب إعادة سماع المرافعات الشفوية مرة أخرى[1].

إلغاء الحكم أو رفض تنفيذه، من خلال هذه الوسيلة يمكن تجنب الحكم الصادر من المحكم تبين افتقاده للحياد والاستقلال تتمثل بإلغاء الحكم أو عدم تنفيذه[2] ، مثال على ذلك الحكم الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1999 حيث ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن المحكم الذي لم يخبر أحد الأطراف عن جميع العلاقات المهنية، أو الاقتصادية التي سبق وارتبط بها مع الطرف الآخر من شأنه أن يثير شكوكا حول استقلاله ويرتب بطلان حكم التحكيم قضت فيه برفض تنفيذ حكم تحكيم صدر في روما من محكم لم تتوافر فيه صحة الحيدة أثناء نظر النزاع، واعتبرت محكمة النقض أن غياب حياد المحكم من شأنه المساس بقواعد النظام العام الدولي[3].

علاقة هيئة التحكيم بالمنازعة: يتصل علم هيئة التحكيم بالمنازعة من خلال قيام المدعى بتقديم بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على اسمه، وعنوانه واسم المدعى عليه، وشرح لوقائع الدعوى وتحديد مسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان، وتعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من إبداء دفاعه وتدون خلاصة وقائع كل جلسة في محضر تسلم نسخة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.

وتطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا لم يتفقا طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع.

وتصدر هيئة التحكيم الحكم بأغلبية، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 280.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 283.

[3] C.Cass, 24 mars 1998 Ste excelsior Film c/ste u6c – PH rev art 1999, p 225 note ph Farchiers "Attendu que la société italienne excelsior film TV Baitdriel à rome dans le litige l'opplosant a ed société française U6C ph en retenant la contrainte à l'ordre public international reailtant du manque d'importialité d'un article.

ويصدر الحكم كتابة ويوقعه المحكمون، ويجب أن يكون الحكم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو لأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم[1].

عدد المحكمين: هناك إجماع بين مجمل المشرعين أن يكون عدد المحكمين يشكل وتري حيث نصت المادة 1017 من القانون 09/08 على أن "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".[2]وقد نصت المادة 37 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار إنه إذا لم يتفق الطرفين على محكم واحد كان العدد ثلاثة.

والهدف من ذلك الشرط هو إعمال مبدأ الأغلبية في حال ما إذا اختلف أعضاء هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع، والبطلان الذي رتبه المشرع في حال مخالفة ذلك، تقتصر على بطلان لتشكيل هيئة التحكيم، ولا يمتد أثره للتحكيم[3].

وفي القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 جاء في نص المادة 15 على تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، ويكون التشكيل من محكم واحد أو أكثر وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا، وإن تعذر الاتفاق على عددهم كان العدد ثلاثة، يختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث إذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع اختياره، بناء على طلب أحد الطرفين ويكون المحكمين الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم[4]، كما أن هناك شروطا اختيارية تركت لمطلق تقدير الأطراف ومنها جنسية المحكم، جنسه، خبرته، ديانته، إجادته للغة معينة، غير أن هناك بعض التشريعات ألزمت الأطراف على الأخذ بعين الاعتبار هذه الشروط الاختيارية[5].

---

[1] علاء العناني، المرجع السابق، ص 320.

[2] المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

[3] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 277.

[4] المادة 15 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

[5] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 192.

الفرع الثاني: تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.

إن الأصل هو خضوع تشكيل هيئة التحكيم لإرادة الأطراف، ولكن قد يتعرض تشكيل هيئة التحكيم عقبات تستحيل معها إتمام علمية التحكيم[1]، تتمثل هذه العقبات في عدم توصل أطراف المنازعة إلى اتفاق على أشخاص المحكمين أو أن أحد المحكمين الذين تم اختيارهم لميوافق على قبول مهمته، هذا يقود إلى تفعيل دور القضاء في المساعدة في عملية تشكيل هيئةالتحكيم[2]، حيث نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة ..."[3].

ويشترط تدخل مساعدة القضاء في تكيل هيئة التحكيم شرطان ضروريان وهما، وجود نزاع ووجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم، وتدخل القضاء للمساعدة في هذا الإطار يكون بصورة استثنائية لأن أصل تشكيل هيئة التحكيم متروك لحرية الأطراف في المنازعة المطروحة، نتناول هذانالشرطان فيما يلي:

1.وجود نزاع: القاعدة العامة تقضي بأنه لا يوجد مصلحة فلا دعوى، هذه القاعدة حرصت غالبية التشريعات في الدول الحديثة على الأخذ بها وبالتالي إن لجأ أحد الأطراف الخصومة إلى القضاء لتعيين محكمين قبل نشوب النزاع فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتفاء شرط المصلحة فيها[4]، وهذا ما يفهم من نص المادة 1009 المذكورة آنفا، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط إلا أن ذلك لا يعني جواز اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين قبل نشوب النزاع، ذلك أن تشكيل هيئة لا يتم غالبا إلا بعد نشوب نزاع بالفعل، فمن غير المتصور عقلا أن يجهد الأطراف أنفسهم في الدخول في مفاوضات أو في اللجوء إلى القضاء من أجل استكمال تشكيل هيئة التحكيم دون وجود نزاع حقيقي قائم[5].

---

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 159.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 485.

[3] المادة 1009، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 سالف الذكر.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 486.

[5] سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 160.

2.وجود عقبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم: قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم عقبات عدة تحول دون تعيين المحكمين وهذه العقبات تبدو في حالة انعدام الاتفاق بين أطراف الخصومة على اختيار المحكم أو المحكمين[1] أو على وقت وكيفية هذا الاختيار تعين على القضاء أن يقوم بهذا الاختيار بناء على طلب أحد الأطراف[2] مخالفة أحد الأطراف لإجراءات وشروط اختيار المحكم.

ويتبين من نص المادة 2/1041 أن المشرع يوقف التعهد رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو تعهد رئيس محكمة الجزائر في التحكيم الدولي على طلب أحد الأطراف أي الذي يهمه التعجيل منه تعيين المحكم لاستكمال تركيبة هيئة التحكيم، فلا يجوز للقاضي التعهد من تلقاء نفسه لمسألة تعيين عضو أو أعضاء هيئة التحكيم ولو مع ثبوت قيام عارض من عوارض تكوينها لديه[3].

وفي هذا الإطار يصرح الفقه أن دور القضاء الوطني في تعيين المحكمين في حالة التحكيم المؤسسي أقل فعالية من حالات التحكيم الفردي، ذلك أنه في حالات التحكيم المؤسسي فإن الأطراف غالبا ما يعهدون إلى أحد مراكز التحكيم بمهمة تنظيم إجراءات التحكيم، وتعيين المحكم الثالث، كما أن هذه المراكز يكون لديها دائما قوائم بأسماء المحكمين المختصين من مختلف أنواع المنازعات الأمر الذي على الأطراف اختيار المحكمين من خلالها دون اللجوء إلى القضاء[4]، ولكن إذا استلزم عارض عملية تشكيل هيئة التحكيم وجب تدخل القضاء.

المطلب الثالث: أثر التحكيم على أطراف عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

في ظل نظام التحكيم فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الإرادة الذي ينص عليه اتفاق التحكيم، وفي كثير من الأحيان ينص على تطبيق قواعد غير قواعد القانون الإداري على منازعة ذات طابع عام، مثل عقود تسيير المفوض للمرفق العام، خصوصا أن الشركات الأجنبية تخشى تطبيق قواعد القانون الإداري التي ترى فيها محاباة للدولة على حساب المتعاقد معها، كما أن عددا من الدول لا تأخذ بنظام التمييز بين القانونين المدني والإداري، بل تطبق قواعد موحدة على جميع المنازعات.

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 487.

[2] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 162.

[3] المادة 1041 من القانون 08-09 المنظم لإجراءات المدنية والإدارية، سافر الذكر.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 489.

ويهدد عدم تطبيق قواعد القانون الإداري على المنازعات ذات الطابع العام أثر سلبي على امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الدولة، ويجعل هذه الأخيرة على قدم المساواة مع المتعاقد معها الذي يكون غالبا من أشخاص القانون الخاص على الرغم من أن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة في حين يهدف أشخاص القانون الخاص إلى تحقيق مصالحهم الخاصة[1].

ويؤثر التحكيم تأثيرا واضحا على سلطات الإدارة في العقد، في الحالة التي تطبق فيها هيئة التحكيم قانون أجنبي لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، فثمة سلطات ثابتة للإدارة لا يمكن تصور ممارسة الإدارة لها في ظل خضوع العقد الإداري للتحكيم[2]، لاسيما إذا كان العقد من نوعية عقود تفويض المرفق العام التي ترتبط برباط وثيق بالمرافق العامة.

فالسؤال الذي يطرح في هذا الإطار، ما هي حدود سلطات الإدارة في ظل أحكام التحكيم، وموقف قضاء التحكيم في ذلك؟

إن العقود الإدارية تتميز بسمات وخصائص وآثار معينة، لها أهميتها الكبيرة في التفرقة بينها وبين العقود المدنية والتجارية من ناحية، وفي تحديد دور القاضي إزاء العد محل بحثه من ناحية أخرى، وهذه الآثار تحدد ملامح القانون الواجب التطبيق على العقد محل التحكيم، لذا أتناول في هذا المطلب أهم الحقوق المقررة للإدارة وتأثير التحكيم على هذه الحقوق في **الفرع الأول** أما في **الفرع الثاني** أتناول مدى تمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون واجب التطبيق .

الفرع الأول: موقف هيئات التحكيم من الحقوق المخولة لسلطة الإدارة.

كما أشرنا سابقا أن العقود الإدارية، ذات الطابع الدولي تتميز عن غيرها من العقود الأخرى، فهي تتميز عن العقود المدنية في أنها ترتبط بالمرافق العامة، فإذا كانت مصالح الأطراف المتعاقدة في العقود المدنية متساوية، وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فإن في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي غير متساوية، إذ يجب سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، ولذلك من حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وأن تقوم بتعديل العقد بما يتفق وصالح

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 431.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 352.

المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد الإداري.[1]، الى جانب تنفيذوتعديل التزامات المتعاقد معها دون أن يحتج عليها بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحميها مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراء، وهي تفرض ضرورة الوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، مع ذلك فإن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل مقيدة ، ومن الحقوق المقررة للسلطة المفوضة في ميدان تفويض المرفق العام ما يلي:

حق الإدارة في استرداد المرفق قبل انتهاء مدته: فهذا الحق مقرر للإدارة وفقا للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، وتقوم الإدارة باسترداده كما رأينا سابقا حتى ولو لم ينص عليه في العقد، إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك، طالما بقي للملتزم الحق في التعويض، أما إذا خضعت عقود الامتياز وقامت هيئة التحكيم يطبق قانون لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية إلا إذا وجد نص في العقد بذلك، وذاك لأنها سوف تطبق قواعد القانون الخاص الذي يرفض منح هذا الحق لجهة الإدارة[2].

ومن الأحكام في ذلك، حكم محكمة التحكيم في قضية AMINOIL ضد الكويت، والتي تتلخص وقائعها في قيام حاكم الكويت بإبرام عقد امتياز مع شركة AMINOIL بمقتضاه تقوم الشركةبالبحث والتنقيب عن البترول لمدة ستين سنة، ونظرا لعدم وفاء شركة AMINOIL بالتزاماتها التعاقدية، فقد قامت الكويت بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة[3].

الفرع الثاني: مدى تمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

تقضي القواعد العامة لتحكيم بأن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم أو الإجراءات المتبعة في التحكيم هو قانون الإرادة أي القانون الذي يتفق عليه بين الخصوم ويدرج في اتفاق التحكيم[4]، إذن في حالة اتفاق الطرفان على تطبيق قانون بعينه على النزاع، هنا يجب أن تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق هذا القانون، أما عندما لا يتفقان على قانون معين يتم تطبيقه على النزاع، فهنا تجد هيئة التحكيم نفسها في حيرة، هل تطبق قواعد الإسناد المعروفة في القانون الخاص؟ أم تطبق المبادئ العامة للقانون أم تطبق قانون دولة مقر المشروع باعتباره الأقرب لموضوع المنازعة؟

[1] علاء العناني، المرجع السابق، ص 152.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 353.

[3] علاء العناني، المرجع نفسه، ص 155.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 426.

غير أن الأمر برمته لا يخرج عن عدة فروض، فقد يتم تطبيق قانون إرادة المتعاقدين، وقد يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون، وقد يتم تطبيق قانون دولة مقر المشرع، لكن نلاحظ في النهاية إلى أن هناك اتجاه متناهي نحو التوسعة في تطبيق قواعد القانون الخاص على حساب قواعد القانون العام في ظل طائفة عقود الامتياز أو التفويض مما يرتب آثارا تتعلق بمدى جواز التنفيذ على المرفق موضوع التفويض، ومدى اكتساب هذا المرفق لوصف التاجر[1].

ولكن إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون التطبيق في مثل هذه الحالة يتعين على الأطراف ترك مهمة اختيار القانون واجب التطبيق على هيئة التحكيم، على أن تلتزم هيئة التحكيم في اختيارها للقانون أن تختار القانون الأنسب والأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، ولا يكون اختيار المحكم للقانون الذي يحكم النزاع[2].

وفي هذا الصدد تستلزم المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ورعايا الدول الأعضاء الأخرى، توافر شرطين حتى ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هما:

1.أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار طرفا في الاتفاقية، وكذلك المستثمر ينتمي إلى دولة طرفا في الاتفاقية، لا بد من توافر رضا الدولة المضيفة والمستثمر كتابة اللجوء إلى المركز، وفيما يتعلق بموقف الاتفاقية من القانون واجب التطبيق نجد أن المادة 1/42 منها نصت على تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها طبقا للقواعد القانونية التي اتفقت عليها الأطراف، إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبيق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي القابل للتطبيق[3].

إن الحرية الممنوحة لأشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم لا يترتب عليها أية آثار بالنسبة لاتساع مبدأ سلطات الإرادة في إعمال القانون واجب التطبيق على الموضوع، فهذه الأشخاص لا يمكن لهم عن طريق اتفاق خاص استبعاد القواعد التي تحكم نشاطاتهم، إذ من شأن اللجوء إلى

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 295.

[2] أحمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 260.

[3] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 583.

التحكيم تبديل القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني، فإن ذلك لا يؤثر بأي حال من الأحوال على طبيعة المنازعة، ولا على القواعد القانونية التي تحكمها[1].

مما يمكن ملاحظته في هذا الإطار أن إرادة الخصوم في الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم، ولهذه القاعدة محاذيرها ولاسيما في حال جرى اختيار قانون لا يتناسب مع طبيعة النزاع موضوع التحكيم كأن يتم اختيار القانون المدني ليحكم منازعة موضوعها عقد إداري[2]،كعقود تسيير المفوض للمرفق العام.

فضلا عن ذلك، يجب أن تكون إرادة الإدارة بشأن تطبيق أحكام قانونها الداخلي أو أحد القوانين الأجنبية التي تقرب التفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية إرادة صريحة ومؤكدة، ولا تكتف بمجرد الإشارة الضمنية إلى أحد أحكام القوانين، والحكمة من ذلك تكمن في انقضاء التحكيم الدولي يتجه عند غياب الإرادة الصريحة إلى إعطاء الحق لنفسه في تعيين النظام القانوني الذي يرى فيه أنه أكثر ملاءمة للنزاع[3].

وذهب جانب الفقه أنه يجب تطبيق القانون المناسب فإذا ما نص هذا القانون من التمييز بين العقد الإداري والذي يطبق بشأنه القانون العام وتختص بهم حكام إدارية، والعقد المدني الذي يطبق عليه أحكام القانون الخاص، وبالتالي فإذا ما خالف الأطراف تلك القواعد فإن المخالفة تعد باطلة، وإذا لم تراع هيئة التحكيم ذلك فإنها تكون قد خالفت قانون إرادة الأطراف مما يعرض حكمها للبطلان قانون الإرادة[4].

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بعد صدور حكم التحكيم.

بالرغم من أن إجراءات التحكيم صنف ضمن الإجراءات الإدارية، إلا أن لها ارتباطات مع الإجراءات المدنية، من هنا أحاول إيجاد نظام إجرائي خاص بالتحكيم نتناول فيه طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود التسيير المفوض للمرق العام، والرقابة القضائية على الحكم التحكيم و الضوابط المفروضة عليها من ثبات تشريعي و ضرورة احترام النظام العام الدولي والداخلي. وإذا كانت عقود التسيير المفوض ترتبط مباشرة بتسيير مرفق عام، كان التنفيذ

[1] صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 725.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 427.

[3] صفاء فتوح جمعة، المرجع نفسه، ص 725.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 305.

الجبري لحكم التحكيم صادرا لصالح الإدارة، فهو حكما لا تثير الكثير من المشاكل، لكن بالمقابل فإن جوانب هذه المشكلة قد تتنامى وتصبح أكثر تعقيدا إذا كان الحكم صادرا ضدها، وامتنعت عن تنفيذه[1]فهل يمكن إلزام الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها؟ ومدى تأثير ذلك على سيران المرفق العام بانتظام واطراد؟

وبالتالي أحاول تقسيم هذا البحث إلى ثلاث مطالب هي:

-المطلب الأول: حكم التحكيم في منازعات عقود التسيير المفوض .

-المطلب الثاني: شروط تنفيذ حكم التحكيم.

-المطلب الثالث: الرقابة القضائية على حكم التحكيم.

المطلب الأول: صدور حكم التحكيم في منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام.

بانتهاء نظر الدعوى التحكيمية تظل إجراءات التحكيم التي منتهاها وغايتها وهي الإصدار التحكيمي، ونتحقق بذلك الغاية من عملية التحكيم وهي الفصل في موضوع النزاع، ويعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف[2].في هذا المطلب كتمهيد أحاول تعريف حكم التحكيم في هذا النوع من العقود الإدارية في **الفرع الأول**، ثم في **الفرع الثاني** أدرس علاقة أمر بالتنفيذ بالرقابة القضائية على حكم التحكيم.

الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم في عقود التسيير المفوض.

عرف بعض من الفقه حكم التحكيم على أنه: جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم، سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم أحكام جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو الاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة[3]، ويمر الحكم النهائي بإجراءات معينة تتمثل فيما يلي:

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 494.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 197.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 494.

1.الخصومة التحكيمية، يتصل علم هيئة التحكيم بالمنازعة من خلال قيام المدعي بتقديم بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على اسمه، وعنوانه، واسم المدعى عليه، وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان.

وتعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من إبداء دفاعه وتدوين خلاصة وقائع كل جلسة في محضر تسلم نسخة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.[1]

وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1043نصت على:"يمكن في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام المحكم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي تحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"[2].

وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم التالي الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ويتم إرسال المدعي بيانا مكتوبا بدعواه إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين على أن يشمل هذا البيان اسمه وعنوانه وتفاصيل دعواه كما يلتزم المدعى عليه هو الآخر بإرسال بيان مكتوب بدفاع إلى المدعي وكل واحد من المحكمين، على أن يشمل الرد على ما ورد بالدعوى ويجب أن يرفق كل من الطرفين ما يؤيد أقواله من مستندات[3].

ويجب إعطاء كل طرف فترة زمنية معقولة لتعديل طلباته وأوجه دفاعه، وإذا أقدم المدعى عليه طلبات جديدة عارضة متصلة بموضوع النزاع، فيجب تمكين الطرف الآخر بالاطلاع عليها والرد ولا يشترط أن يحضر المنازعة بأنفسهم أمام هيئة التحكيم، بل يجوز لكل منهم أن يكون عنه محاميا. في القانون المصري، فإن هيئة قضايا الدولة هي التي تمثل الدولة وشخصياتها الاعتبارية أمام هيئة التحكيم إذا كان التحكيم داخل مصر، أما إذا كان خارجها فرئيس هيئة قضايا الدولة التعاقد مع محاكم أو محامين مقبولين للمرافعة أمام مراكز التحكيم الأجنبية.

وتتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة[4]، ولهيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يساعد في حل النزاع، ويجب على كلا الطرفين معاونة الخبير على أداء مأموريته بتقديم المستندات التي يطلبها وتمكينه من المعاينة والفحص ، وعند إيداع الخبير لتقريره تقوم

[1]علاء العناني، المرجع السابق، ص 320.

[2]المادة 1043 من قانون08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

[3]حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 288.

[4]المادة 1047 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

هيئة التحكيم بإرسال صورة من تقريره لكلا الطرفين ولها أن تستمع لأقوال الخبير في جلسة استماع خاصة كما لها أن تستمع إلى الشهود والحكم بالجزاءات على من يتخلف أو يمتنع منهم على الشهادة، ولكلا الطرفين حضور تلك المناقشات وتقدير خبير أو أكثر من جانبه للرد على ما جاء بها.

وإذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما يطلب منه من مستندات، فلهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم أو إصدار الحكم استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها، على أنه إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة لها علاقة بالخصومة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها، فإذا رأت أن الفصل الجنائي لازما في موضوع النزاع فيحق لها وقف إجراءات التحكيم حتى صدور حكم نهائي في الفعل الجنائي[1].

ونصت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة"[2].

وهنا يتبين لنا أن تحديد بدء الميعاد لحساب المهلة التي يجب أن تصدر خلالها حكم التحكيم يتحدد من تاريخ تعيين المحكمين أي آخر واحد منهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.[3]

وألزم القانون هيئة التحكيم بأن تصدر الحكم المنهي للخصومة خلال الميعاد المتفق عليه في اتفاق التحكيم[4].

كما ترك القانون رقم 08-09 لسلطان الإرادة أن يحدد مدة التحكيم واعتبر العقد صحيحا حتى ولو لم يحدد مهلة التحكيم، ولكنه في هذه الحالة تكون التحكيم أربعة أشهر والتمديد جائز

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 289.

[2] المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

[3] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 177.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 290.

وهو لسلطان الإرادة فإذا تعذر الأمر للنظام التحكيمي المطبق الذي تطبق مهلة فإذا انقضت ولو يتوصل الطرفان إلى اتفاق على التمديد يعود الأمر إلى القضاء المختص[1].

كما أن قانون رقم 08-09 حسب المادة 1018 لم يحدد الحد الأقصى لتمديد الميعاد.

أما في التحكيم الدولي فقد أجاز المشرع الجزائري استئناف قرار إعطاء الطبيعة التنفيذية لحكم تحكيمي دولي في نص قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي دولي في نص المادة 1/1056 التي تنص "إذا فصلت محكمة التحكيم بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية" وبناء عليه يحدد المحكم أو المحكمون التاريخ الذي يعتبر فيه القضية قيد التدقيق أو المداولة تمهيدا لإصدار القرار فيها، ومنذ هذا التاريخ لا يبقى جائزا تقديم أي مطلب، أو سبب، أو ملاحظة أو مستند ما لم يكن بطلب من المحكمين.

وتجري المداولة سرا ويقدر القرار بإجماع الآراء أو بغالبيتها ويوقع القرار التحكيمي المحكمون الذين شاركوا في عملية التحكيم، وإن رفضت أقلية منهم التوقيع يشير المحكمون الآخرون إلى ذلك ويكون القرار كما لو كان صادرا عنهم جميعا ويجب أن يشمل القرار التحكيمي على العناصر الآتية:

- اسم المحكم أو أسماء المحكمين الذين أصدروه.
- مكان وتاريخ إصداره.
- أسماء الخصوم وألقابهم، وصفاتهم، وأسماء وكلائهم.
- خلاصة ما أبداه الخصوم من وقائع وطلبات وأدلة مؤيدة لها.
- أسباب القرار وفقرته التحكيمية.

وتخرج القضية من يد المحكمين بصدور القرار التحكيمي، ومع ذلك تبقى لهم صلاحية تفسير القرار أو تصحيح ما يقع فيه من سهو أو أخطاء مادية وإكماله في حال إغفاله الفصل بإحدى الطلبات، إلا أن تفسير القرار أو تصحيحه أو إكماله من قبل المحكمين لا يكون جائزا إلا ضمن المهلة المحددة للفصل في النزاع، أما بعد انقضاء المهلة فيتولى تفسير القرار أو تصحيحه أو إكماله المحكمة المختصة[2].

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 177.

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 418.

يترتب عن آثار الحكم الصادر من هيئة التحكيم من وقت التوقيع ، وتتمثل هذه الآثار في أن هذا الحكم يحوز حجية الشيء المقضي به ومن ثم لا يجوز للخصوم إعادة طرح النزاع من جديد أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وإلا جاز التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها كما لا يجوز للمحكمين إعادة النظر في القضاء الصاد عنهم، لخروج النزاع من ولايتهم، كما لا يجوز لهم تعديل أية عبارة وردت في الحكم، وإن كان من الجائز تصحيح ما ورد به من أخطاء مادية بحتة، وفق القواعد العامة المتبعة بالنسبة للأحكام القضائية وتترتب الآثار المشار إليها لحكم التحكيم، ولو كان غير مشمولا بالأمر بالتنفيذ لأن هذا إنما يتطلب من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت.

الفرع الثاني: علاقة أمر التنفيذ بالرقابة القضائية على الحكم التحكيم.

تتمثل رقابة القاضي الآمر بالتنفيذ على رقابة لحكم المحكم من حيث الشكل أي أن القاضي يراقب عن طلب الآمر العيوب الشكلية التي تبدو غالبا لأول وهلة للمطلع على الحكم، وذلك على خلاف حالة عدم كفاية الأدلة، أو عدم صحة تعلق الأسباب بالموضوع والتي لا يخضع تقديرها للقاضي الآمر بالتنفيذ، لأن هذا يقضي منه فحص الموضوع الصادر فيه الحكم وهذا يمتنع عليه.[1]

وعلى ذلك يجب على القاضي الآمر أن يتأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح صدر بناء عليه الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، وهذا يقتضي من القاضي الآمر بالتنفيذ التأكد من قابلية النزاع للتحكيم وعلى وجه الخصوص التأكد من أهليته المعنوية لأن تكون طرفا في التحكيم[2].

حيث لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه فإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم.

وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا كان هذا الحكم قابلا للإبطال[3].

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 288.

[2] سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 230.

[3] علاء العناني، المرجع السابق، ص 363.

تنفيذ حكم التحكيم وفقا لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار: قد حرصت اتفاقية واشنطن على وضع تنظيم بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة 54 من الاتفاقية.

فقد نصت المادة 1/54 منها على: أن تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على هذه الاتفاقية، وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها المحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من إحدى محاكمها، وتلتزم الدول المتعاقدة ذات النظام الفدرالي بضمان تنفيذ الحكم في أو عن طريق محاكمها الفدرالية أو بالنص على هذه المحاكم ويجب أن تعامله كما لو كان حكما نهائية صادرا من إحدى محاكم الدولة المكونة للاتحاد.

أما عن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، فقد نصت الاتفاقية في المادة 2/54 على أنه (يجب على الطرف الذي يرغب في الاعتراف الحكم وتنفيذه على إقليم الدولة المتعاقدة بان يقدم صورة طبق الأصل من المحكم معتمدة من الأمين العام إلى المحكمة المختصة أو إلى السلطات الأخرى التي حددتها الدولة المذكورة لهذا الغرض ويجب على كل دولة متعاقدة إخطار الأمين العام بالمحكمة المختصة أو السلطة الأخرى التي تحددها لهذا الغرض، وبأي تغيير لاحق في هذا الشأن.

من خلال هذين النصين يتضح أن هناك التزامين أساسيين على عاتق الدولة المتعاقدة، يتمثل أولهما في الاعتراف بالحكم الصادر وفقا لهذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما، فيما يتجسد الثاني بتنفيذ الالتزامات المالية الواردة به داخل إقليمها، كما لو كان حكما نهائية صادرا من إحدى محاكمها.[1]

ويلاحظ أن المادة 1/54 من اتفاقية واشنطن قد ساوت بين أحكام التحكيم الصادرة في إطار نظام المركز وأحكام التحكيم الوطنية، وذلك عن طريق النص على التزام الدولة المتعاقدة بالاعتراف بالأحكام الصادرة في إطار المركز وتنفيذها داخل إقليمها كما لو كانت أحكاما قضائية نهائية صادرة من محاكمها الوطنية، وفيما يتعلق بالدول الفدرالية يتم تنفيذ هذه الأحكام من خلال محاكمها الفدرالية وتعامل معاملة الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الدول المكونة للاتحاد.[2]

[1] وديان خالد عودة العبيدي، التحكيم في منازعات الاستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020، ص 179.

[2] وديان خالد عودة العبيدي، المرجع السابق، ص 181.

كما أن حكم التحكيم الصادر من المركز يعتبر نهائيا باتا ولا يجوز الطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف أمام محكمة عليا أخرى، إلا في حدود ما ورد في الاتفاقية، ويعتبر في ذلك شأن أي حكم صادر التنفيذ فيه في داخل الدولة، وذلك كما لو كان حكما قضائيا صادرا من إحدى محاكمها الداخلية[1] إلا أن المادة 55 من الاتفاقية ذاتها احتفظت للدول المتعاقدة بأن تدفع بالحصانة السيادية عندما يطلب إليها تنفيذ الحكم التحكيمي، وبهذا يكون من حق كل دولة متعاقدة أن تحتفظ لنفسها بالحق في الدفع بعدم تنفذ حكم المركز لاعتبارات السيادة، ولهذا يكون من شأن التمسك بهذا الدفع تعطيل حكم المركز.[2]

وقد حددت اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958 الأسباب التي تجيز للقضاء الوطني رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو طلب تنفيذه، حيث فرقت بين الأسباب التي يتمسك الأطراف بها وبين الأسباب التي يملك قضاء الدولة المختص من تلقاء نفسه رفض التنفيذ بناء عليه، وهذا في نص المادة 5 التي عددت الأسباب التالية:

1-"لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على:

- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

أو أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه بسبب آخر أن يقدم دفاعه.

- أن الحكم فصل في النزاع غير وارد في مشارطة التحكيم، أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

[1] وديان خالد عودة العبيدي، المرجع السابق، ص 182.

[2] وديان خالد عودة العبيدي، المرجع نفسه، ص 184.

– أن تشكيلا هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

– أن الحكم لم يصبح ملزما لخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

2–يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب عليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أو فرض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

– أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

– إن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

فالأسباب التي توجب رفض التنفيذ بناء على طلب أحد الأطراف بحسب ما جاء في المادة 1/5 من الاتفاقية هما:

1.عدم صحة اتفاق التحكيم أو نقص أهلية أحد الأطراف.

2.عدم احترام حقوق الدفاع.

3.تجاوز المحكمين لحدود المهمة المخولة لهم من قبل الأطراف.

4.مخالفة القواعد الإجرائية التحكيمية المتفق عليها، وعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم.

5.إذا أبطل الحكم أو أوقف تنفيذه.

أما الأسباب التي تجيز للقضاء المختص رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسه بحسب ما جاء في المادة 2/5 هي:

1.عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم للحكم.[1]

2.مخالفة حكم التحكيم لنظام العام.

المطلب الثاني: شروط تنفيذ أحكام التحكيم.

أركز في هذا المطلب على أمرين وهما عدم تعارض أحكام التحكيم مع النظام العام، وضرورة الثبات التشريعي أثناء التنفيذ. أحاول تفصيل ذلك في **فرعين** على النحو التالي.

[1] اتفاقية نيويورك الصادرة فغي 1958، أوردته سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 231.

الفرع الأول: عدم جواز تعارض أحكام التحكيم مع النظام العام.

يقصد بالنظام العام في القانون الوضعي المقارن، القواعد القانونية الآمرة والتي لا يجوز للأفراد والجماعات الاتفاق على مخالفة حكمها ويؤدي الإخلال بها إلى فوضى أو اضطراب أو خلل في التنظيم أو فوات الغاية المقصودة منها، فالمشرع الوضعي حيث ينظم موضوعا معينا فإنه يضع قواعد قد يكون المقصود منها رعاية مصالح فردية وقد يكون المقصود منها تحقيق مصالح عامة تعلو المصالح الفردية.[1]

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال، هل يمكن أن تقضي هيئة التحكيم بما يتعارض معه النظام العام؟ تتحدد سلطة القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين على الوقوف على مدى صحة أو مخالفة اتفاق التحكيم مع النظام العام ومدى قابلية النزاع لعرضه على التحكيم، وكذلك مدى صحة أو مخالفة حكم التحكيم نفسه مع النظام العام، لأنه إذا خالف المحكم النظام العام الداخلي فإن حكم التحكيم يكون عرضة للإبطال.[2]

وقد استخدم مصطلح النظام العام في نصوص قانونية كثيرة فقد نصت صراحة المادتين 1498 و5/1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وضمنيا في المادة 1504 من ذات القانون عندما أحالت حالات البطلان الواردة في المادة 1502 وقد سار القضاء الفرنسي على هدى المشرع في هذا الصدد، فقد نصت محكمة استئناف باريس في حكمه الصادر بتاريخ 12 مارس 1985 بأن الاعتداء على النظام العام الداخلي لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في القرار بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا، فالمادة 5/1502 لتشير إلا الحالة التي يكون فيها الحكم مخالفا للنظام العام الدولي.[3]

وعلى الصعيد المصري فإن إباحة التحكيم في العقود الدولية والاستثمار بنظام الامتياز وتفويض المرفق العام بصفة خاصة، يتيح ويعطي رأس المال الأجنبي ثقة وطمأنينة، وبصدور القانون 1997/9 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية قطع دابر كل خلاف في هذا الشأن وأصبح ذلك غير مخالف للنظام العام، فالمادة الثالثة منه نصت إلغاء كل حكم مخالف لأحكام النظام العام [4].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 360.

[2] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 241

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 575.

[4] عبد الهادي السيد حسن، المرجع السابق، ص 538.

أما فقهي القانون الجزائري ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أعطى المحكمة التي تنظر الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أن تراقب مدى تطابق الحكم المطعون فيه مع النظام العام[1].

رغم ذلك هناك صعوبات في تطبق هذه الأحكام فهيئة التحكيم مقيدة بتطبيق القانون الذي يتفق عليه الطرفان، فقد يتفق الطرفان على قانون أجنبي لا يعترف بنظرية العقد الإداري وقواعد القانون العام والتي تعد من القواعد الآمرة التي يعتبر الخروج عليها إخلالا ومعارضة بفكرة النظام العام.

مما يزيد الأمر سوءا هو التنامي المتزايد في مجال العلاقات الدولية في استبعاد القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني واجب التطبيق على العلاقات الدولية كلما كانت متعارضة مع فكرة النظام العام [2].

وبصفة عامة تعبر قواعد النظام العام عن قيم سياسية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة، وهي الأفكار المحورية التي يرتكز عليها أي نظام قانوني ويؤدي وظيفة لا غنى عنها وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد وبالتالي فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم، وتؤدي مخالفتها إما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وإما إلى عدم تنفيذها والقواعد العامة المعهودة عند الفقه والقضاء بشكل مجموعها النظام العام الدولي منها على سبيل المثال مبدأ حسن النية، ومبدأ أن يناقض أحد الأطراف نفسه ويتنصل من مسؤولياته وهو ما يسمى بمبدأ الحيلولة ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة مبدأ التعسف باستعمال الحق ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[3]

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي في تطبيق أحكام التحكيم.

شرط الثبات التشريعي عادة ما يوافق غالبية الدول على إدراجه في طلب اتفاقاتها ويتعهد بمقتضاه بعدم إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الداخلي والتي من شأنها الإخلال بالتوازن التعاقدي بينها وبين الطرف المتعاقد معها[4]. ويترتب على هذا التعهد أن يكون الطرف المتعاقد خاصة الأجنبي بمنأى عن أي تعديل أو إلغاء تشريعي لاحق يمكن أن يؤد على القواعد التشريعية

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 242.

[2] قضية رقم ARB/77/1A/1p منشور على شبكة الأنترنت http://www.aifr.eg.com/washingtonagreementhtml

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 572.

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 553.

الذي يخضع لها عقد الاستغلال[1]، لذلك نقوم بسرد أحكام تتعلق بموضوع الثبات التشريعي مع رأي الفقه في ذلك.

أحكام التحكيم تتعلق بعقود الامتياز الطاقة

حكم تحكيم أجنبي لسنة 1979تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه في عام 1962 أبرمت كل من شركة (أجيب الإيطالية) وحكومة الكونغو عقد الاستغلال الثروة البترولية على أن يكون العقد خاضعا للقانون الكونغولي وكانت شركة أجيب تلمك 90% من أسهمها بينما تملك الشركة السويسرية الدولة القابضة نسبة 10% المتبقية.

ولقد قامت هذه الشركة المنشأة بممارسة نشاطاه التجاري في توزيع البترول في مارس سنة 1965 وبتاريخ 12 فيفري سنة 1974أممت حكومة الكونغو قطاع توزيع المنتجات البترولية بموجب القانون رقم 1 لسنة 1974، والذي حول أموال الشركات المؤمنة إلى الشركة الوطنية، وقد شمل التأميم كل الشركات العاملة في مجال قطاع توزيع البترول باستثناء شركة أجيب والتي سبق وأن أبرمت في 2 فيفري سنة 1974 اتفاقا مع حكومة الكونغو تعهدت فيه أجيب بأن تتنازل للحكومة عن عدد من أسهم الشركة يمثل 50% من رأس مالها، كما وافقت الحكومة على أن تحتفظ الشركة بصفتها كشركة مساهمة من شركة القانون الخاص على الرغم من مساهمة الحكومة فيها، كما تعهدت الحكومة بتبني النصوص المناسبة من أجل تفادي تطبيقا للتعديلات المستقبلية في قانون الشركات على الشركة، وفي 12 نيسان لسنة 1975 أصدر إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إعمالا لشرط التحكيم الوارد في الاتفاق.

وفي هذا الصدد لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة قد تعهدت بموجب نص المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بينها وبين أجيب في يناير عام 1974 بأن تظل الشركة محتفظة بطابعها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص، كما أنها قد تعهدت وفقا لنص المادة 11 من الاتفاق المذكور بعدم تعديل النظام القانوني للشركة حتى في حالة إدخال تعديلات جديدة على قانون الشركات.

وقد ذهبت محكمة التحكيم إلى فسخ العقد من جانب واحد بموجب القرار رقم 6 لسنة 1975يتجاهل بوضوح شروط الثبات التشريعي التي يستمد تطبيقها ليس من سيادة الدولة المتعاقدة، بل من الإدارة المشتركة للأطراف، كما قررت أن هذه الشروط التي وافقت عليها الحكومة

[1] حاتم غائب سعيد، المرجع السابق، ص 174.

تحتفظ بهذه السيادة في مواجهة المواطنين أو الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذه التعهدات، ومادام أن دور هذه الشروط ينحصر في القضية الحالية في عدم الاحتجاج وبالتعديلات التشريعية واللائحية المشار إليها في الاتفاق في ضوء ذلك انتهت محكمة التحكيم إلى تحرير عدم شرعية إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة وإلزام الحكومة بتعويض الشركة عن الأضرار الناجمة عن هذا التأميم.

حكم التحكيم قضية**TEXACO/CALASIATIC**رفض المحكم DUPUY الأخذ بالأحكام التشريعية الوطنية الجديدة التي أصدرتها دولة ليبيا والتي أقرت على المركز القانوني للأطراف المتعاقدة وانتهى في حكمه إلى أن:"القرار الذي تتخذه بإجراء التأميم يعد بمثابة ممارسة لاختصاص القانون الداخلي، ولكنه يتضمن نتائج دولية منذ اللحظة التي تمس فيها هذه الإجراءات علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي والتي تعد الدولة التي قامت بالتأمين طرفا فيها".[1]

[1]وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومات الليبية المتعاقدة أبرمت في الفترة من ديسمبر 1955 إلى أبريل 1971 مجموعة من العقود لصالح الشركتين الامريكيتين Texaco overscascaliforniaAsiaticOilompany.PetroleumCompany وتتماثلا نصوص هذه العقود جميعا مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة1955 ومن بين نصوص هذا العقد النموذجي الذي أدمج في نصوص العقود المذكورة بتعيين الإشارة إلى نص المادة 16 والتي تنص على أن : تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها هذا الاتفاق ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف.

ويتم تفسير هذا الاتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول واللوائح السارية لحظة التوقيع على هذا الاتفاق الذي تبنى التعديل الذي بناء عليه أدرجت المادة 121 في عقد الامتياز وأي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقررت للشركة بمقتضاه، طالما تمت دون رضائها. ولقد تم تعديل القانون البترول الليبي أكثر من مرة، وفي كل مرة كان هذا التعديل يقابله تعديل في الشروط التعاقدية للعقود بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين، ويلاحظ أن كافة التعديلات التشريعية أو التعاقدية، كانت دائما محل الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة احتراما لنص المادة 16 المذكورة، وذلك قبل دخول هذه التعديلات مرحلة النفاذ.

إلا أنه في العام 1973، قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم 1973/66 بتاريخ 1973/9/1 وأعلنت بمقتضاه تأميم ليس كل الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود امتياز في مجال البترول وإنما فقط الشركتين المذكورتين وبعض شركات أخرى.

ولقد أمم هذا القانون 51 من كل الأموال والحقوق والأموال التي تتمتع بها هذه الشركات بمقتضى عقود الامتياز.

ولقد نص القانون على تعويض هذه الشركات بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أشخاص تقوم الحكومة الليبية بتعيينهم، كذلك نص لقانون على إنشاء لجنة تقوم بحصر أموال هاتين الشركتين تمهيدا لنقل ملكيتها إلى الهيئة الوطنية للبترول.

وبتاريخ 11 فبراير 1974 اصدرت الحكومة الليبية قرار رقم 11 لسنة 1974 بمقتضاه أممت كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين سالفتي الذكر والناتج عن تمتعهما بعقود امتياز البترول وايضا تم نقل هذه الأموال إلى الهيئة الوطنية للبترول.

ولقد أخطرت الشركتان الامريكيتان الحكومة الليبية بتاريخ 1973/09/2 لعزمهما على الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما بتعيين محكما من ولاية نيويورك وقد امتنعت الحكومة الليبية من تعيين محكمها خلال الفترة المحددة في العقد، وفي 1973/12/8 أعلنت رفضها الطلب المقدم من الشركتين الأمريكيتين بعرض النزاع بينهما للتحكيم.

وإزاء هذا الموقف من الحكومة الليبية واستنتاجا إلى نص المادة 28 من العقد المبرم بينهما، قامت الشركتان بتقديم طلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكمة منفردة للفصل في المنازعة الناشئة بين الطرفين واستجابة لهذا الطلب قام رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ

ثم ذهب بعد ذلك للقول:"إلا أن الأمر سيكون جد مختلف في الحالة التي تبرم فيها الدولة مع المتعاقد الأجنبي عقدا دوليا سواء كان هذا العقد خاضعا للقانون الوطني للدولة التي يكون عليها وقت نفاذ العقد الذي تم تسبب القانون الذي تسري عليه في هذا التاريخ بمقتضى شروط معينة أو سواء كان هذا العقد قد تم وضعه مباشرة تحت سيادة القانون الدولي وفي هذين الفرضين فإن الدولة التي اتخذت مكانا في النظام القانوني الدولي تتعهد في مواجهة متعاقدها الأجنبي بضمان بعض الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية معينة وقد جاء في عبارات الحكم

« il en sera tout différemment dans le cas où l'état a conclu avec un contractant étranger un accord internationalise soit que le contrat ait été soumis en droit national de l'état d'accueil conçu comme un simple droit de référence applicable à la date d'entrée en vigueur du contrat et stabilise à cette même date par des clauses spécifiques soit qu'il ait été placé dans l'ordre juridique international pour souscrire vis-à-vis de son cocontractant étranger l'engagement lus garantissant une certaine situation juridique et économique durant en certain temps »[1]

لقد أوضح الحكم في هذه القضية أن عدم وجود أي شرط في عقد الامتياز المبرم بواسطة الأطراف يحظر على الحكومة الليبية اللجوء إلى التأميم ومع ذلك لاحظ المحكم أن هذا العقد يتضمن المادة 16 التي تنص على أن الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي تخولها لها هذا الاتفاق، ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق، وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا

Rone Jean Dupuy أستاذ القانون الدولي العام في جامعة نيس وعضو مجمع القانون الدولي كمحكم منفرد وفي 1977/1/19 أصدر Dupuy حكمه في القضية المعروفة Texaco/Calasiatic.

ففي هذا الحكم أوضح المحكم Dupuy أنه في الفرض الذي تكون فيه الدولة التي قامت بالتأميم قد أبرمت مع مشروع أجنبي عقد يتخذ من القانون الوطني للدولة المتعاقدة مصدرا له ويخضع لأحكامه فإن تنظيم الوضع الجديد الناشئ عن التأميم يعد من المسائل التي تختص بها النصوص التشريعية واللائحية السارية في هذه الدولة.

وقد وردت عبارات الحكم كالتالي: dans l'hypothèse où l'état nationalisateur a contre avec une entreprise étrangère un contrat prégnant sa source dans le droit interne de cet état en entièrement régie par lui, le règlement de la situation nouvelle créée par la nationalisation, relèvera des dispositions légales et réglementations en vigueur.

-Clunet 1977 sentence arbitrale éd hoc Texaco calasiatic p 367/368.

[1] اوردته حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 555-556-557-558.

تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها، ولقد ذهب المحكم إلى أن هذا النص الذي يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد الأجنبي لا يعمل من حيث المبدأ مساسا سيادة الدولة الليبية، ليس فقط لأن الدولة قد التزمت به بحرية، بل أيضا لأن هذا الشرط يثبت النظام التشريعي واللائحي في مجال البترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق، لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية لدولة ليبيا، فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين واللوائح في مجال البترول اتجاه كل من المواطنين والأجانب على السواء الذين تتعهد قبلهم يمثل هذا الالتزام.

وينحصر دور المادة 16 فقط في عدم الاحتجاج يمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية في مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة اتجاههم بمثل هذا التعهد طول الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد.

وهذا فإن الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولي لا يكفي تحويل الدولة الحق في أن تتجاهل بتعهداتها، إذ أن القانون الدولي ذاته يعترف أيضا للدولة بالقدرة على أن تتعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق وذلك بقبولها إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد مبرم مع شخص أجنبي وقد جاء قرار التحكيم لصالح الشركة الأجنبية (الأمريكية) وقد حاولت الحكومة الليبية تجاهله مدعية أن حق التأميم ليس مسألة خاضعة للتحكيم، مستندة إلى قرارات الأمم المتحدة 1803 وغيرها من القرارات التي أعطت للدولة كافة سيادة تامة على ثرواتها الطبيعية، ولكن في نهاية المطاف قامت الحكومة بتعويض الشركة عن التأمين بمبلغ 19 مليون دولار[1].

وعلى ذلك يمكن القول إن شروط الثبات التشريعي لا تشكل أي قيد على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة، وعلى الدولة عند ممارستها هذه الامتيازات وتلك السيادة أن تأخذ في حساباتها تعهداتها والتزاماتها التعاقدية بما في ذلك شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، بحيث إذا أخلت الدولة بهذه التعهدات والالتزامات وترتب على ذلك انهيار التوازن المالي للعقد، فإن ذلك يجب أن يقابله تعويض مالي مناسب يستحق للطرف الخاص في عقد الامتياز ويقوم المحكم بتقديره تبعا للظروف كل حالة على حدة، وهذا ما تؤكد عليه فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.[2]

المطلب الثالث: الرقابة القضائية على حكم التحكيم.

[1] علاء العناني، المرجع السابق، ص 216.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 560.

بانتهاء نظر الدعوى التحكيمية تصل إجراءات التحكيم إلى منتهاها وغايتها المرجوة وهي إصدار الحكم التحكيمي، وتتحقق بذلك الغاية من عملية التحكيم وهي الفصل في موضوع النزاع ويعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف[1].

يقصد بحكم التحكيم الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم، لتنتهي بصدور إجراءات التحكيم وتنقضي الخصومة، وستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها.

فحكم التحكيم هو ذروة كل إجراءات التحكيم والغاية الأساسية التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها من خلال لجوئهم إلى هذا النظام من التقاضي[2].

فعقود تسيير المفوض حيث تكون الدولة أو أحد أشخاصها العاملين طرفا في المنازعة، فمن غير المنطقي السكوت عن أي خطأ أو عيب شاب عملية التحكيم والحكم الصادر ولذلك فقد عني المشرعون في مختلف الدول بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني[3]، وقد عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مسألة الطعن في حكم التحكيم فقد أجاز بعض الطرق ورفض البعض الآخر لعلل نص عليها القانون، فترى ما هي طرق الطعن المقررة في هذا القانون والقوانين الأخرى، ومدى انسجامها مع الطبيعة الإدارية للمنازعات الناشئة عن عقود تسيير المفوض؟للإجابة على ذلك، أقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

-الفرع الأول:مجال تطبيق طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم.

-الفرع الثاني: طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم في عقود التسيير المفوض.

الفرع الأول: مجال تطبيق طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم.

بما أن حكم التحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن بشر، فإنه من المتصور حدوث خطأ فيه سواء تعلق هذا الخطأ بالإجراءات التي تبنى عليها الحكم أو بالأوضاع التي لابست صدوره، أو تعلق بالحكم ذاته عن طريق الخطأ في تطبيق القانون على ما ثبت من الوقائع أو في تقديرها واستخلاص النتائج منها، ومن أجل ذلك عني المشرع الجزائري بتنظيم طرق الطعن في أحكام المحكمين حتى يتاح الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ.[4]

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 197.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 493.

[3] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 503.

[4] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 209.

والطعن هو وسيلة قانونية تسمح لمن صدر الحكم بحقه أن يطالب فيما قضي به عليه، بغرض استصدار حكم جديد يقع في صالحه، سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده، أو عن طريق إلغائه كليا أو جزئيا[1].

وتقبل أحكام التحكيم في فرنسا عليها بالاستئناف ويقع باطلا التنازل عن هذا الطريق عن طريق الطعن، ويختص مجلس الدولة الفرنسي بنظر استئناف أحكام المحكمين، أما في مصر فإن الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم هي أحكام نهائية ولا يجوز الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن، وهو ما تنص عليه المادة 52 من الباب السادس من القانون رقم 27 لسنة 1994:"لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"[2].

مع ذلك إن الفقرة الثانية من هذه المادة أجازت رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالات محددة على سبيل الحصر منصوص عليها في المادة 53 من ذات القانون وهذه الأسباب نلخصها فيم يلي:

- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
- إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقدا الأهلية أو ناقصا وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.
- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه أو لأي سبب خارج عن إرادته.
- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه.
- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو الاتفاق.
- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق.
- إذا كانت إجراءات التحكيم أو منطوقه باطلا.

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 504.

[2] المادة 52 من الباب السادس من القانون 27 لسنة 1994.

- إذا خالف حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر.

ويجب أن ترفع دعوى بطلان التحكيم خلال التسعين (90) يوماالتالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، وتختص محكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى البطلان إذا كان التحكيم دوليا، أم إذا كان التحكيم محليا يختص بنظر هذه الدعوى محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة أصلا بنظر النزاع[1].

أما المشرع الجزائري بالنسبة للاستئناف في التحكيم الدولي[2] فحددته المواد من 1055 إلى المادة 1057من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فجاء في المادة 1055 أنه يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف".

وحددت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالات رفع الاستئناف في التحكيم الدولي في دعوى البطلان وهي:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5. إذا لم تنسب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

أما فيما يخص التحكيم الداخلي فقد نصت المادة 1033[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

---

[1] المواد من (53 و54) من القانون 27 لسنة 1994.

[2] المادة 1058 من قانون 08-09، المتعلقبالإجراءات المدنية والإدارية.، سالف الذكر.

[3] المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر .

مما يلاحظه في المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم قد رفضه البعض، فالقاعدة العامة في القضاء الإداري قوامها أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم أمام القاضي الوطني يعتبر أمرا متاحا دائما ولو لم يوجد نص قانوني يقر ذلك، أو وجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن.

ويستفاد من هذا الرأي أن مبدأ التقاضي على درجتين من أحد المبادئ العامة في الإجراءات ولا يمكن إغفاله ويشكل لهذه المثابة ضمانة أساسية لمصلحة المتقاضين لمصلحة سير العدالة، وأن القواعد التي تعارض ذلك وجود نص تشريعي صريح تشكل اعتداء على ذلك المبدأ[1].

وهذا ما صرح المجلس على تأكيده في قضية Walt Disney الصادر 1986، حيث قرر أن الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يعد من الآثار المترتبة بقوة القانون، ولا يمكن استبعاده إلا بموجب نص تشريعي صريح.

وقد خلص الفقه أن مجرد صدور حكم التحكيم في الجزائر تكفي في حد ذاته لانعقاد الاختصاص للمحكمة الجزائرية بنظر دعوى الطعن بالبطلان المرفوعة ضد هذا الحكم، وذلك لو كان الحكم قد صد في منازعة دولية لا تصل بالنظام القانوني الجزائري، وينطلق هذا التوجه من مبدأ توزيع الاختصاص، ويتحاشى ظاهرة أحكام التحكيم غير المتصلة بأي نظام قانوني[2].

وأنه لا يمكن الطعن بالبطلان إلا في الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم في دائرة اختصاصه ومعنى ذلك أن الحكم التحكيمي الصادر بالخارج لا يقبل الطعن بالبطلان، ويخرج عن سلطة مراقبة القاضي الجزائري غير أنه وبمناسبة النظر في استئناف الأمر الرافض للتنفيذ، أو الأمر القابل للتنفيذ ويقدر القاضي الجزائري بصفة غير مباشرة وبالاعتماد على الحالات الستة المذكورة آنفا، مدى مطابقة هذا الحكم للقواعد المنصوص عليها في القانون الجزائري[3].

---

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 213.

[2] CE Avis 6 mars 1986 prec« Cette mullite subsisterait alors même qu'il serait expresrementystripule qu'en sentence arbitrale est en effet ouvert de plein droit et ne peut être écarté que par disposition législative expresse » حنان أحمد ضيا، مرجع السابق، ص 509.

[3] سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 199.

الفرع الثاني: طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم في عقود التسيير المفوض.

لا تختلف طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم، عن تلك المقررة للأحكام القضائية، طرق عادية وأخرى غير عادية، ولكن تختلف في مدى توافقها مع أحكام التحكيم أتناولها فيما يلي:

أولا: الطرق العادية: هناك طريقان عاديان وهما المعارضة والاستئناف.

1.المعارضة: يعد الطعن بالمعارضة طريقا من طرق الطعن العادية موجه ضد الأحكام الموصوفة قانونا بأنها غيابية وبمقتضى هذا الطعن يستطيع المدعى عليه أن يتقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم في غيابه دون تمكينه من ممارسة حق الدفاع عن مصالحه، وأن يطلب منها إعادة النظر في الدعوى على ضوء ما سيقدمه من أدلة ودفوع.

وتعتبر المعارضة طريق ممنوح لمن تم اختصامه في الدعوى أي المدعى عليه ومن ثم فهي ليست مقررة للمدعي رافع الدعوى كما أنها ليست مقررة للغير[1]، وهي فكرة بدأت تندثر في قوانين المرافعات الحديثة لما أساء الخصوم استخدامها كضمانة لحمايتهم من صدور أحكام في غيبتهم، وذلك بتعمد الغياب دون عذر بغية تعطيل إجراءات الدعاوي المرفوعة ضدهم أو لمجرد النكاية بخصومهم في هذه الدعاوي[2]، إلى جانب من النادر أن يصدر حكم قضائي في غيبة المدعى عليه وسبب ذلك هو أن إجراءات المنازعة الإدارية تخضع لمبدأ الوجاهية ويفرض هذا المبدأ إلزامية تمكين كل خصم من الاطلاع على ادعاءات الخصم الآخر وارد عليها كما أن العضو المقرر هو الذي سير هذه الإجراءات[3]، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إلغائها في نص المادة 1/1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة"[4].

2.الاستئناف: الاستئناف هو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن جراء حكم الدرجة الأولى بتقبل القضية، أو جوانب منه إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض الحصول على إبطال

[1]عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 293.

[2]سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 211.

[3]عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص 294.

[4]المادة 1032 الفقرة الأولى من قانون 08-09ا المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

أو إلغاء الحكم المطعون فيه[1]، ويعتبر من مبادئ نظام التدرج القضائي الذي يهدف إلى تدارك أخطاء القضاء[2].

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة في التحكيم الداخلي كما في التحكيم الدولي، فأما بالنسبة للتحكيم الداخلي اشترط المشرع عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة وفق تنفيذ الحكم أثناء رفع الاستئناف وتتبع في استئناف حكم التحكيم ذات القواعد المعمول بها أمام محاكم الدولة، وبرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم وهذا في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها[3].

وفي نفس الاتجاه أخذ المشرع اللبناني والفرنسي بنظام الاستئناف كإحدى الوسائل الذي من خلالها الطعن في أحكام التحكيمالوطنية بشرط عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في التحكيم، أو أن يكون التحكيم عن مقتضى قواعد العدالة والإنصاف وتختص بنظره محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم، على أن تقدم خلال مدة 3 أشهر الذي يلي إعلان حكم التحكيم المشمول بالصيغة التنفيذية[4].

ويرى جانب من الفقه على الرغم من الاستئناف يمثل ضمانة مهمة للمتقاضين ويتيح إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم، إلا أنه ينبغي استبعاده من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي لأنه ينطوي على سلبيات تنعكس مباشرة على الهدف الرئيسي الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه وهو سرعة الفصل في المنازعات، كما أنه يتعارض وإرادة الأطراف في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعة، وعلى اعتبار أن فكرة الاستئناف تجد مهدها في القانون الفرنسي إلا أن هذا الأخير قد تخلى عليها[5].

---

[1] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 296.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 198.

[3] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 212.

[4] Avit 1486 les demandes formées en application des alinéas de 1485 sont présentées dans un délai de trois mois a compter de notification de la sentence sauf convention contraire la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois a compter de saisine du tribunal arbitral.

[5] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص 200، وكذا سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 214.

وقد ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أنه إذا كان يمكن استبعاد نظام الطعن بالاستئناف من نظام التحكيم، وذلك في الحالات التي يكون فيها القضاء العادي مختصا بنظره، فإن هذا الأمر يكون محل شك بالنسبة للحالات التي ينفد الاختصاص فيها لمجلس الدولة، وذلك بسبب اتجاهه نحو رفض جواز التنازل عن حق الاستئناف[1].

وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتبر أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية ولا يمكن إغفالها، وهو بشكل هذه المثابة ضمانة أساسية المتقاضين ولمصلحة حسن سير العدالة وأكد أن القواعد لا يمكن استبعادها بدون وجود نص تشريعي[2].

طرق الطعن غير العادية:

ثمة ثلاث (3) طرق للطعن في الحكم بطريق غير عادي وهي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، النقض ودعوى التماس إعادة النظر.

1.اعتراض الغير خارج الخصومة، اعتراض الغير أو الطعن الخارج عن الخصومة هو الطعن الذي يقدم من شخص لم يكن طرفا أو ممثلا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيها، تأسيسا على أن هذا الحكم قد أضر بمصلحة له، وبغرض تعديل أو إلغاء هذا الحكم[3].

ويعد اعتراض الغير طريق طعن غير عادي مفتوح أمام جميع الأشخاص الثالثين الذين يمكن أن ينالهم ضرر من الحكم ما لم يكونوا ماثلين أو ممثلين عند نظر الخصومة التحكيمية، ولا يجوز توجيه اعتراض الغير إلا ضد الفقرة التحكيمية وبالتالي لا يقبل إذا كان موجها ضد أسباب الحكم فقط[4].

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة كإحدى اطرق المتاحة لمراجعة حكم التحكيم الداخلي وذلك في نص المادة 2/1032 التي تنص "يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم[5].

وأول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو أن الخصم الذي يمتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم لا يعتبر من الغير، حتى لو كان منكرا لاختصاص المحكمين أو منازعا في مرآه. كما أن من

[1] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 508.

[2] حنان أحمد ضيا، المرجع نفسه، ص 509.

[3] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 322.

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 460.

[5] المادة 2/1032 من قانون 08-09 المتعلقبالإجراءات والمدنية والإدارية، سالف الذكر.

يدخل في خصومة التحكيم بموافقة الخصوم جميعا لا يعتبر من الغير ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه[1].

يحتفظ القضاء بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم الطرف في التحكيم، وذلك بالبحث في مدى اتجه المصالح محل النزاع أو تعارضها مع من يدعي أنه من الغير وذلك حسب ظروف كل حالة على حدة.[2]

وطبقا لنص المادة 2/1032 تختص المحكمة أصلا بنظر النزاع وتملك هذه المحكمة أن تعدل حكم المحكمين فيها قضى به بخصوص الغير ويكون الحكم الصادر في هذا الاعتراض قابلا للطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام الصادرة من المحكمة التي أصدرته[3].

2-الطعن بطريق النقض: القاعدة العامة أنه لا يوجد الطعن بالنقض إلى الأحكام القابلة للطعن فيها بطريق الاستئناف أو أي طريق آخر وعلى هذا الأساس فإن المشرع الفرنسي حظر صراحة الطعن بطريقة النقض في الأحكام التحكيمية، فوفقا للمادة 1/1481 من قانون الإجراءات الفرنسي فهو يحظر الطعن في أحكام التحكيم بشكل مباشر أمام محكمة النقض[4].

وليست الغاية من الطعن من النقض طرح النزاع على محكمة النقض لإعادة الفصل فيه من جديد، كما هو الحال عليه في الطعن بالاستئناف وإنما الغاية منه تمكين محكمة النقض من مراقبة مدى مطابقة القرار الصادر للقانون، أو بمعنى آخر مدى سلامته من العيوب، فمن ذلك عدم الاختصاص، انعدام الأساس القانوني، قصور التسبيب وغيرها[5].

والمشرع الجزائري استبعد طريق بالنقض من طرق الطعن غير العادية سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي وإجازه حسب نص المادة 1034 "تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

---

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 220.

[2] سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 221.

[3] المادة 1032، الفقرة الثانية من قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية التي نصت:" يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

[4] حنان أحمد ضيا، المرجع السابق، ص 518.

[5] عبد القادر عبدو، المرجع السابق، ص315.

وبالنسبة للتحكيم الدولي فجاء في المادة 1061:"تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنفض بطريقة غير مباشرة في القرارات الفاصلة في الاستئناف أو الطعن بالبطلان بالنسبة للتحكيم الدولي.

والحظر المذكور آنفا المقصود به هو عدم جواز الطعن المباشر في أحكام النقض وهذا أمر طبيعي لأن الطعن النقض لا يمكن أن يوجه إلا إلى الأحكام النهائية[1].

3.التماس إعادة النظر: المقصود بالتماس إعادة النظر هو الطعن الذي يرفع إلى ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم بقصد إعادة الفصل في الدعوى من جديد من حيث الوقائع والقانون في ضوء معلمات معينة لم تكن متوفرة لديها وقت صدور الحكم، وهذا بسبب تزوير في وثائق مقدمة إلى الجهة القضائية أو بسبب احتجاز مثل هذه الوثائق عند أحد الخصوم[2].

لم ينص المشرع الجزائري في اي من مواده سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي على إمكانية اللجوء إلى التماس إعادة النظر طريق من طرق الطعن غير العادية ما يوحي بعدم الأخذ به على الرغم من أن هذا الطريق يمثل ضمانة مهمة ضد كل حكم يصدر بناء على غش أو تزوير.[3]

خلاصة الباب الثاني:

لقد توصلت في هذا الباب أنه إذا كان التحكيم بصفة عامة قد واجه اعتراضات كثيرة فإنه في نطاق العقود الإدارية بوجه خاص واجه اعتراض أشد، فاعتبره البعض مرفوض لمخالفته للنظام العام لوجود الأشخاص العامة طرفا فيه، والتشدد في ذلك جاء من القضاء الإداري بالخصوص من مجلس الدولة الفرنسي، لأن القضاء العادي يقر بحجة شرط التحكيم إذا تعلق بعقود التجارة الدولية ووافقت عليه الدولة.

أما وموقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية يستند إلى المادة 1006 من القانون 08-09، والتي نصت على أنه لا يجوز لأشخاص العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية وهذا يؤكد على وجود تدخل من

[1] سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 224.

[2] عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 324.

[3] سهيلة بن عمران، المرجع نفسه، ص 221.

المشرع بمقتضاه نص على جواز التحكيم في العقود الإدارية، مع ذلك نصت جل الأنظمة القانونية على رقابة القضاء الوطني على التحكيم منها مراقبة مدى تطابق حكم التحكيم المطعون فيه مع النظام العام.

كما تشترط الدول المضيفة على الثبات التشريعي بمقتضاه تعمل الدولة المستضيفة على عدم إجراء أي تعديل أو تغيير أحكام قانونها الداخلي.

وطرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم في عقود تسيير المنفوض للمرفق العام هي الاستئناف أو الاعتراض الغير خارج الخصومة والمشرع الجزائري استبعد طريق بالنقض والمعارضة والتماس إعادة النظر.

الخاتمة:

لقد تناولت الدراسة الآليات القانونية لتسوية نزاعات عقود تسيير المفوض للمرفق العام وفق القانون الجزائري والقانون المقارن حيث حاولت استعراض جوانب البحث المختلفة، من النزاعات التي تعترض سير تكوين تفويض المرفق العام وتنفيده، من بداية الإبرام الى غاية نهايته وتصفيته، وقد رصدنا النتائج والإقتراحات التالية:

1-النتائج:

- عقود الطلب العمومي هي مجموعة العقود الإدارية المسماة التي تبرم مع أشخاص من القانون العام أو الخاص لتلبية احتياجات عامة، والقاسم المشترك بينها هو طريقة الإبرام التي تتم وفق اجراءات المنافسة وهي تشمل حاليا الصفقات العمومية، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وعقود تفويض المرفق العام. وهي تستعمل المال العام والخاص في آن واحد.

- ضمن عقود الطلب العمومي توجد عقود تفويض المرفق العام، والتي تبرم وفق اجراءات تنافسية عبر المبادئ الأساسية المشهورة، مبادئ الابرام (حرية الوصول للطلب العمومي، مبدا المساواةفي معاملة المترشحين، مبدأ شفافية الإجراءات)، ومبادئ التسيير (مبدأ استمرارية المرفق العام، مبدأ قابلية التكيف، ومبدأالمساواة بين المنتفعين).

- يتم التمييز بين إمتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام في تحديد العلاقة التي تقوم بين مدلول الأشغال العامة ومدلول المرفق العام، ففي البداية كان الإمتياز يرتبط بالأول والذي يتعلق ببناء السدود والقنوات وسكك الحديد والطرق وشبكات المياه، ثم انفصل امتياز المرفق العام لبروز أهمية المرفق العام كمفهوم خاص ومميز عن المفاهيم الأخرى القريبة منه، ففي امتياز الأشغال العامة، المتعاقد يقوم ببناء وإستغلال وليس إدارة وتسيير مرفق عام حيث تستهدف تحقيق مصلحة عامة بدون ارتباطه بعنصر المرفق العام.

- يتم إبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام وفق إجراءات المنافسة، بعدما كانت الإدراة تستند على مبدأ الاعتبار الشخصي حيث كانت لها حرية واسعة في اختيار متعاقديها، في ظل عدم وجود نص خاص ينظم إجراءات التفويض ،ثم جاء المرسوم التنفيذي 18-199 ليغطى هذا الفراغ ، فيما يتعلق بعقود تفويض مرافق الجماعات الإقليمية، مع ذلك فسح هذا المرسوم نوع من الحرية للإدارة وذلك بإقرار مرحلة المفاوضات، حيث نص المرسوم التنفيدي 18-199 في المادتين

35 و 40 على مفاوضة العروض المقبولة في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، قصد اختيار أحسن عرض لمنحه التفويض، وبذلك حافظ المرسوم الجديد على قاعدة الإعتبار الشخصي و لو نسبيا .

- عملية تكوين تفويض المرفق العام تتم عبر مراحل تشبه تكوين الصفقات العمومية، ولكن ما يميز التفويض هو إقرار المشرع مرحلة المفاوضات بين السلطة المفوضة والمترشحين ضمن إجراءات معينة، لأن تأمين المرفق العام للمنتفعين باستمرار واطراد لمدة ليست بالقصيرة يفرض على الادارة التأكد من قدرات المترشحين المؤهلين في تسيير المرفق العام.

- تنتهي عقود تفويض المرفق العام بصورة عادية بانتهاء مدته، وينتهي بصورة غير عادية في الحالات الأخرى، بدافع المصلحة العامة أو بسبب خطأ من صاحب التفويض، أو انهاء الاتفاقية بسبب القوة القاهرة، ويمكن أن ينتهي بقوة القانون أوعن طريق القضاء.

- دعوى الاستعجال دعوى قضائية تعزز من مشروعية العلانية والمنافسة قبل إبرام عقود تفويض المرفق العام وقد امتدت هذه الدعوى لهذا النوع من العقود بعد خضوعها لإجراءات الابرام عند تكوينها.

- تتحدد طبيعة العقد بتحديد القواعد القانونية المطبقة، وكذا القضاء المختص، وبما أن عقد التسيير المفوض تنظيمه القانوني حديث نسبيا، لذا اختلف الفقهاء في تحديد طبيعته بين القانون العام والخاص، وهذا انعكس على تحديد الاختصاص بين القضاء الاداري والقضاء العادي ثمامشيا مع مبدأ سلطان الإرادة ومتطلبات التجارة الدولية المعروفين في القانون الخاص، والمعمول بهما في عقود التفويض.

- السلطة المفوضة لا يمكنها أن تداعي المناول على أساس تعاقدي إنما تمكنها مداعاته على أساس المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة يكون المناول خاضعا لاختصاص القاضي الإداري باستثناء علاقته مع المفوض له التي تدخل في إطار القانون الخاص.

- يرى بعض الفقهاء أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد يؤدي الى انهيار العملية التعاقدية بأسرها فالقاعدة الأصولية تقول أن ما بني على باطل فهو باطل، فإذا كان هذا القرار باطلا يكون بالتبعية العقد باطلا، مع ذلك فإن المتفق عليه أنه لا أثر لإلغاء القرار المنفصل على العقد، فيظل العقد

ساريا وقائما مالم يطلب أحد أطرافه قاضي العقد، فقاضي الإلغاء لا يستطيع أن يقضي ببطلان العقد، فدعوى الإلغاء لا توجه الى العقود .

- يتمتع القاضي الإداري في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل لسلطات واسعة فيقوم في بداية الأمر بتقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى، ويلتزم المدعي عليه بالرد والتفنيد، كما يملك تعديل القرارات المتخدة من طرف الإدارة واستبدالها بقرارات جديدة تقرر فيها التزامات على عاتقه ويطبق غرامات مالية.

- بصفة عامة النزاع الذي ينشأ بين المفوض له والمستفدين يعود الإختصاص فيه الى القضاء العادي باستثناء ذلك التي تتسبب بها المنشآت العامة للتفويض.

- قد يختص القاضي الإداري للنظر في المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمنتفعين حين تتجاهل الإدارة طلبا من المستفدين يدعوها للتدخل لدى المفوض له، لإلزامه باحترام العقد، حيث يحق للمستفدين من خدمات المرفق بالمطالبة من قاضي العقد، التعويض عن الضرر الذي لحق بهم من جراء هذا الإهمال أو الامتناع.

- المنازعات التي يكون الإختصاص فيها للقاضي العدلي تخرج عن إطار المنازعات بين الجهة المفوضة والمفوض له لأنها في هذه الحالة تأخذ طابع عام، ويكون قاضي الاداري هو المختص.

- أصبح مبدأ سلطان الارادة له أثره الكبير ويتم إعماله بشدة في العقود الادارية والدولية، وظهور التحكيم في العقود الادارية ما هو إلا أثر من آثار مبدأ سلطان الارادة وتكريس لقاعدة قانون الإرادة، فالطرف الأجنبي لن يفرض عليه قانونا معين إلا بموافقته.

- القضاء العادي يقر بصحة شرط التحكيم إذا تعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، ووافقت عليه الدولة، أوإحدى هيئاتها العامة، رغم أن مجلس الدولة الفرنسي ظل متمسكا بحظر التحكيم حتى ولو كان العقد من عقود التجارة الدولية، وأرجع سبب بطلان التحكيم في العقود الإدارية لمخالفته للنظام العام.

2-وعطفا على هذه النتائج أقترح مايلي:

- التعجيل في إصدار دفتر شروط نموذجي لبعض المرافق العامة تسهل للجماعات الاقليمية عملية التفويض، وعلى هذه الجماعات المحلية القيام بإحصاء مرافقها القابلة للتفويض، وتميزها عن العقارات المؤجرة أو القابلة للتأجير والمخصصة في أغلب الأحيان للأعمال التجارية.

- الواقع المعمول حاليا يشير ان المرافق الممنوحة للخواص مازال تبرم بنفس الطريقة القديمة بحيث تمنح إما بالمزايدات أوبالاعتبار الشخصي ولمدة غير محددة، رغم صدور المرسوم التنفيدي 18-19 منذ ما يناهز ثلاث سنوات، ويرجع ذلك حسب رأيي لعدة أسباب منها تردد السلطات العليا في الأخذ بعملية التفويض بجدية لازمة، وذلك بإصدار القرارات اللازمة المفسرة والمبينة لعملية التفويض، كما أن كثيرا من المرافق العامة أصبحت حالتها متدهورة تحتاج الى إعادة تهيئتها.

- لقد وافق قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التحكيم في الصفقات العمومية، وإن نتوقع أن يفصح المشرع عن رأيه حول عقود الإمتياز وتفويض المرفق العام، خاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي 18-199، والشيئ نفسه فيما يتعلق بإدراج عقود التفويض ضمن قانون المنافسة بعد تم إدراج الصفقات العمومية في هذا الأخير.

- أقترح إصدار قانون أو مرسوم يحدد إجراءات منح عقود إمتياز المرافق الوطنية موحد ، كالمرسوم التنفيذي 18-199 الذي نظم عملية تفويض المرفق العام المحلي .

- ضرورة الاستعانة بالخبرات وبالإطارات المتخصصة في ميدان القانون والإقتصاد إلى جانب إطارات من الجماعات الإقليمية وقطاع المالية لأنهم أقرب من غيرهم في ميدان عقود التفويض موضوع الدراسة لتطويره.

- إقامة ملتقيات ودورات حول عوائق التطبيق الفعال للتفويض، ومن بين المواضيع التي أقترحها هي المرافق القابلة للتفويض، طريقة إبرام عقود تفويض المرفق العام، علاقة عقود الامتياز والتفويض بالقضاء والتحكيم.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1-القرآن الكريم

2-المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان.

3-ابن منظور، لسان العرب ، دار المعارف، مصر، تاريخ النشر 2007.

المراجع باللغة العربية:

الكتب العامة:

1. أحمد عبد الفتاح، التحكيم في إطار العقود الإدارية وعقودالإستثمار، الطبعة الأولى، دار مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2019.

2. إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2015.

3. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية، الطبعةالأولى، دار الفكر الجامعي، 2010.

4. حاتم غائب سعيد، أحكام وقواعد المخاطر غير التجارية وانعكاسات الضمانات والعوائق الاستثمارية عليها– دراسة مقارنة –الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2017.

5. حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية،الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2016.

6. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة، الطبعة الأولى، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية، مصر، 2016.

7. حنان أحمد ضيا، وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد B O T دراسة في القضاء المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.

8. سامي الغريري، إدارة المشروع ودراسة جدواه، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015

9. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة 5، دار الفكر العربي، مصر، 1991

10. سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

11. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، التقليدية والمتطورة وإشكالية تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017.

12. ضريفي نادية، تسير المرفق العام والتحولات الجديدة، بدون طبعة، دار بلقيس، الجزائر،2010.

13. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثانية، دار النشر موفر، الجزائر، 2011.

14. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

15. عبد الهادي السيد حسن، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكيةB O T الصلح الوساطة التحكيم-دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2017.

16. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2015.

17. عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية الجزء الثاني، نظرية القانون، بدون طبعة، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

18. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري – الجزء الثاني -، بدون طبعة، دار الهدف للنشر والتوزيع، الجزائر،2010.

19. علاء العناني، الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

20. علي يوسف منذر مرهج، تقييم المشروع ودراسة الجدوى، منشورات الجامعة الافتراضية، بدن طبعة، سوريا ،2018.

21. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

22. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النظام الإداري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

23. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2009.

24. كوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدون طبعة، دار النشر جيلي، برج بوعريريج، 2012.

25. محمد الشريف كتوا، قانون المنافسة والمساومات التجارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

26. محمد صغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، بدون طبعة، عنابة، الجزائر، 2013.

27. محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، منصورة، مصر، 2015.

28. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز، الشركات المختلطة – BOT- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2015.

29. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

30. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2010.

31. هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة وطرق إدارتها، الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، الطبعة الثانية، مجد للنشر والتوزيع، لبنان ،2011.

32. وديان خالد عودة العبيدي، التحكيم في منازعات الاستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، بدون طبعة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020.

33. وفاء محمود أحمد البيواتي—بالمقابل المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة – المراكز العربي للنشر والتوزيع، مصر 2018.

34. يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، الرقابة الإدرية والقضائية على العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019.

الكتب المتخصصة:

1. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
2. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر، 2014.
3. جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون المنصورة—مصر 2015.
4. حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندية، مصر، 2012.
5. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2009.
6. يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقات عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.

الاطروحات

1. ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2011-2012.

الدوريات

1. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي – (إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية)، مجلة الفقه والقانون المملكة المغربية، العدد55، في ماي 2017، ص72.

2. أسماء بن ويراد، الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، كلية الحقوق تلمسان، ص ص 129 – 152 العدد، المجلد 1.

3. براحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمانميرة، بجاية، ص ص 29- 47 رقم 1، المجلد 3.

4. برناردين أكتوبي والآخرون، (الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص)، مجلة التمويل والتنمية، العدد 40 صندوق النقد الدولي، واشنطن و.م.أ2007.

5. خلف، شاكرا أكياشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة كلية الحقوق بالعراق، العدد 14، ص ص277-320، السنة الخامسة 2012.

6. سيف باجس القواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مفهومها وطبيعتها القانونية – دراسة قانونية، المجلة الدولية للقانون، أفريل 2016.

7. صالح زمال بن علي، (أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري)، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، العدد 06، 2017.

8. عمر غول، (عقد الامتياز البلدي وانعكاسات رقابة الوالي عليه في الجزائر)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 36، أكتوبر 2015.

9. فوناس سهيلة، (عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، 2014.

10. كنتاوي عبد الله، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد17، مجلد 9، ص ص 288 - 303، جانفي 2018.

11. محمد مضي معاقبته، التكييف القانوني لنظام التحكيم، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مركز الاستشارات، المجلد 43، العدد1 ،2026 ص ص 23-34.

12. نبيل إسماعيل الشبلاق، (الطبيعة القانونية المسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دارسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق دمشق، سوريا العدد الثاني 2013، المجلد29 ،2003.

النصوص القانونية والأوامر

الأوامر والقوانين الوطنية

1. المرسوم التشريعي رقم 09/93، المؤرخ في في 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم ويتمم الأمر رقم 154/66 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر ج ج عدد27 في 27 أبريل 1993.

2. قانون 02-01 المؤرخ في 5 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج08، في06 فبراير2002.

3. قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج ج 14 ، في8 مارس 2006.

4. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427هـ الموافق 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج.ر ج ج 46 في 2006.

5. قانون رقم07- 05 المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 والمتضمن القانون المدني،ج ر ج ج ج 31 في 13 ماي 2007.

6. قانون رقم 08-09 مؤرخ في18صفر 1429 الموافق 25فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج21مؤرخة في 23-04- 2008.

7. القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج. ر ج ج 36، في 02 يوليو 2008.

8. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ج ج 2009/44 في 26 يوليو 2009.

9. قانون 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر ج ج37، في 03-07-2011.

10. قانون 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بالولاية، ج ر ج ج 12 في 29-02-2012.

النصوص القانونية الأجنبية:

1. قانون رقم 9لسنة 1997 المصري، الجريدة الرسمية، العدد 20، بتاريخ 15 ماي 1997، المعدل لقانون رقم 27لسنة 1994.

2. ظهير شريف المغربي، رقم 1-06-15 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة.

3. القانون عدد 23 لسنة 2008 التونسي، المؤرخ في 1أفريل2008 يتعلّق بنظام اللزمة.

4. القانون المصري 2010-67 المنظم لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الجريدة الرسمية العدد 03 مكرر(ب) في 23 يناير 2011.

5. ظهير شريف رقم 192، 14-1، صادر في 24 ديسمبر 2014، بتنفيذ القانون رقم 12-86 المتعلق بعقود الشراكة من القطاعين العام والخاص.

6. قانون عدد 49 لسنة 2015 مؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص ، ج .ر 96 في 01 ديسمبر 2015.

النصوص التنظيمية

1. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في أول مارس 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 58.

2. المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج 50، في 20 سبتمبر 2015.

3. المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 09 نوفمبر المتضمن تعديل المرسوم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.، ج ر ج ج 2008/62

4. المرسوم التنفيذي رقم 08-188 المؤرخ في 01 جويلية 2008 يحدد كيفيات منح رخصة استغلال مقالع الحجارة والموالح وتعليقها وسحبها، ج.ر ج ج 37 في 6 يوليو 2008.

5. المرسوم التنفيذي 18-202 المؤرخ في 5 غشت 2018 يحدد كيفيات وإجراءات منح التراخيص المنجمية، ج.ر ج ج 49 ، في 8 غشت 2018.

6. المرسوم التنفيذي رقم 07-23 المؤرخ في 28 يناير 2007 يحدد كيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياسية أو منح حق الامتياز عليها، ج ر ج ج 08، في 31 يناير 2007.

7. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 02 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر ج ج 48 في 5 عشت 2018.

8. المرسوم التنفيذي رقم 18-03 مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 15 يناير 2018 يحدّد الأحكام المطبقة على المطاعم المدرسية، ج.ر ج ج 02 في 21 يناير سنة 2018.

9. التعليمية الوزارية 94-3 842، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة من وزارة الداخلية الجزائرية.

القرارات والأحكام

1. المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن 33/1386 ق في 18 يناير 1994 "الموسوعة الإدارية الحديثة" 1997/1993م، الجزء 49، قاعدة 12.

2. الدعوى رقم 186628 لسنة 59 ق، جلسة 2006/2/19 حكم غير منشور أثر ذلك قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضد الحكومة المصرية، قيدت برقم 382 سنة 2004 طالبة فيها إلزام الحكومة المصرية بتعويض مقداره 508 مليون دولار على الأجر التي أصابتها جراء فسخ العد المبرم معها.

3. مركز القاهرة للتحكيم الجزائي الدولي، القضية رقم 382 لسنة 2004، Malicorp Limited ضد حكومة مصر العربية والشركة المصرية القابضة للطيران وشركة المطارات المصرية 2006/3/7، ص 38-39، حكم صادر باللغة الإنجليزية ومترجم باللغة العربية بواسطة مركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، غير منشور-نقلا عن-حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 405-406.

4. الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 464 سنة 2006 بجلسة 2006/7/3 (مجلة التحكيم العربي العدد 4 سنة 2010 والحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 495 سنة 2006 بجلسة 17 ماي 2007 حكم التحكيم الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 2009 في القضية

التحكيمية رقم 553 لسنة 2009/2007 مجلة التحكيم العربي ديسمبر/9 والقضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 جلسة 2009/12 .

المراجع الأجنبية.

OUVRAGES

1.Brahim Boulifa, Marches publiques, deuxième édition Berti éditions, Alger ,2016.

Thèses

1. François Wolinski, L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à L'aune de PPP, Droit UNIVERSITE du droit et de la santé, Lille 2. Setenue 12 décembre 2015.
2. Grégory kalfleche, Des marchés publics à la commande publique, thèse pour obtenir le grade docteur – droit – université panthéon Assas (paris II) – 2004
3. Joséphine hage Chahine, Les contrats de Transfer de risque une nouvelle catégorie juridique ? thèse en vue de droit privé ,école doctorale de droit privé, UN, (paris II) soutenue le 26 janvier 2015.
4. Marie Charlotte Bontron, la fonction des principes fondamentaux de la commande de publique –Droit- Université Montpellier 2015 Français.
5. Mimrod roger tafotie youmsi, Build, Operate, and Transfer (BOT)-projects these faculté de droit, Luxembourg, France, soutenue le 06 janvier 2012.

ARTICLES

1. Stéphane Saissier, JeanTirole, renforcer l'efficacité de la commande publiqu, –CAIRN-INFO /Revue-notes-du conseil-d'analyse-économique-2015/3(N°22). P.1-22.
2. Tachliam Edwin, (L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique), la Revue CIVILIZAN, semestriel (juillet-décembre) 2009, Université SorgioArboleda –bogota-colombia, page 55.
3. NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public) Revue AZDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.
4. Pierre le Bouedec, Les modalités de calcul de la durée des DSP, revue contrat public, N° 93 janvier 2010, page 50.

INTERNET

1. François Bergère, ET.al, Le guide opérationnel des PPP, éditions de moniteur, France, 03 édition 2010 .du 19- 12- 2018 (17h56).
2. Définition de la délégation de service public.

www.creditfoncier.fr.corporate/wp-content/uploads/2015/06/délégation.deservices.publics.pdf.l'histoiredu navigateur16-03-2018(18h15)
3. Institut de le gestion déléguée – PASSATION RTADATION DES CONTRATS DECONCESSION – MARS 2017 – PARIS France .15-01- 1019 (17h13).
4. Guide des délégations de service public, direction de l'ingénierie public et des affaires communales, république Française, 2009.du 12 -12-1018 (18h18).
5. Camille cubaynes, http:// journal-du droit-administratif FR-JDA- du 07/12/2018(18h19).

LOIS

1. La loi du 17 avril 1966 portant bixotion du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1966 « pour la liquidation de lours dépenses pourrant recevoir d'arbitrage qu'il est régalé par le livre III du code de procédure avril 41.
2. La loi N° 75-596 du 9 juillet 1975, alinea 2 de l'article 2060 du code civil .
3. La loi N° 86-972 du 19 Aout 1986 « par dérogation à l'article 2060 du code avril,
4. Loi n° 93-112 du 19 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30 janvier 1993, modifier et complétée.
5. Loi N° 96 -142 février 1996, relation a la partie législative du code général des collectivités territoriales, Jorf N°47 du 24 février 1996.
6. Loi 2000-597, du 30/6/2000 relative au référé devant des juridictions administratives jorf du 1 juillet 2000, p9948.
7. Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesure urgentée de reformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001.
8. Ordonnance N° :2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat JORF N°141 du 19 juin 2004.
9. La loi du 17 avril 1966 portant bixotion du budhet général des dépenses et des recenttes de l'exercice 1966 «pour la liquidation de lours dépenses pourrant recevoir d'arbitrage qu'il régalé par le livre III di code procédure avril 41».
10. Ordonnance N° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, Jorf, 0025 du 30 janvier 2016.

Décrets

1. Décret N° 64-729 du 17 juillet 1964, portant Codification des Textes Réglementaires relatifs aux Marché Publics, JORF du 21 juillet 1964.
2. Décret 14/05/1980, Livre quatre l'arbitrage.
3. JORF du 03 juillet 2003page 11205, recueil p382, ECLI : FR : CC 2003 :473 DC.
4. Décret 2001-2010 du 7 mars 2001, porte code marches public , Jorf N°57 du 8 mars 2001 .
5. Décret N° 2016 – 86 du 01février 2016 relatif aux contrats de concession, jorf N°0027 du 02 février 2016.

JURISPRUDENCES

1. TC, 22 janvier 1921,société commerciale de l'ouest africain connu sous le nom d'arret « Bac d'Eloka » les Grands Arret de la jurispridence administractive n ;36. http://www.legifrance,gouv.fr.
2. CE, juill. Dehaene. GAJA D 414 http://www.legifrance,gouv.fr.
3. CE 24 juin 2011 comme de Bourgoin jeillier N° : 347889. http://www.legifrance,gouv.fr.
4. CE Français 5 janvier 2011 société voyager dipaslebéda : N°342158. http://www.legifrance,gouv.fr.
5. CE 15 JUIN 2001. SL d'assainissement de saint Martin de re et de la flotte – en Ré N° 223841. http://www.legifrance,gouv.fr.
6. 18 juin 2010. Communiante : urbaine de Strasbourg N336120 http://www.legifrance,gouv.fr.
7. CE,21 janvier 2014, Dalkia Req : N°373159. http://www.legifrance,gouv.fr.
8. CE, 25 novembre 1921, les sounonnemes Henri Olive. http://www.legifrance,gouv.fr.
9. CE, 5 mars 1954, demoiselle soulier. http://www.legifrance,gouv.fr.
10. CE 2/6/1989, ville porssey, point léger société nouvelle conservation individuel http://www.legifrance,gouv.fr.
11. CE 2 janvier 1965, société des BIS, Michel ouvrier moderne. http://www.legifrance,gouv.fr.
12. CE, 04 Aout 1905, Martin req 1114220, Rec ep 8749. http://www.legifrance,gouv.fr.
13. CE, Paris 6 décembre 1907 Ste du Nord entante, Rev Adm, p 914 Note tartdieu. http://www.legifrance,gouv.fr.
14. CE 13 mai 1977, Autoroute financiers et industriel company, DOLLOZ, Siray 1978, p130, Note de livreCE, Paris 12 novembre 1943, sie de la force motrice de vercorsrec, p 252. http://www.legifrance,gouv.fr.

15. CE Martin 4 août 1955-CE Retet du 29/12/1905, CE camus du 06/04/1986. http://www.legifrance,gouv.fr.
16. CE, Paris 18 mai 1961 couêron (real state company) Ajda 1961, p 118. http://www.legifrance,gouv.fr.
17. CE, Paris 6 Février 1998 (M. tete et association sauvegarde de l'ouest Lyonnais) numéro 138777, 147424 et 147425. http://www.legifrance,gouv.fr.
18. CE 13 mai 1977 autoroutes Françaises et industriel company. http://www.legifrance,gouv.fr.
19. CE, Paris 12 Novembre 1943 ste de force motrice, vercors http://www.legifrance,gouv.fr,7
20. CE 10 mars 1946 société d'énergie industrielle, rec, p 66. http://www.legifrance,gouv.fr.
21. CE 17 Février 1992, Madame courted, 4ème de Guidel, Du 1992, N° 276. http://www.legifrance,gouv.fr.
22. Avis CE 19 décembre 1995, Rap.public, EDCE, 1995, DA. http://www.legifrance,gouv.fr.
23. CE, Paris 6 décembre 1907 ste du nord et ou, rev, adm, p 917 note tardier http://www.legifrance,gouv.fr.
24. CE Mcayzeele du 10 juillet 1966, N° 138536. http://www.legifrance,gouv.fr.
25. CE, Paris 11 décembre 1963 synohicot de défence en vue du rétablissement de la voie ferrière bort ex guarande JCP 1964 N° 2 notes dirfau http://www.legifrance,gouv.fr.
26. CE Paris 30 mai 1975, société d'équipements de la région montpelliéraine rec p 326 http://www.legifrance,gouv.fr.
27. TC Paris, juillet 1951, Avranches et des maretsnrec, page 638. http://www.legifrance,gouv.fr
28. CE 4 avril 1930 concession état et la ville Smalo. http://www.legifrance,gouv.fr.
29. CE 9 juin 1957 DAVEl et commun garanevil .535 http://www.legifrance,gouv.fr.
30. CE TRAMWAY et la commune de Marseille, mars 1910. http://www.legifrance,gouv.fr.
31. CE, 30 Mars 1916, gaz Bordeaux, recleb, p 143. http://www.legifrance,gouv.fr.
32. CE, 13 décembre 1957 société nationale des ventes de surplus D 1958, p 517. http://www.legifrance,gouv.fr.
33. CA de paris société KETCIC, C/Société de ICORI EIERO et autre 13 Janvier 1996, RevARb, 1997, p 251. http://www.legifrance,gouv.fr.
34. CA de (1er .ch.c) 24fév ,1994Rév , 1994, Rèv . arb 1995, p 275 et note yves , Gaudemet. http://www.legifrance,gouv.fr.

35. C.Cass, c 24 mars 1998 Ste excelsior Film c/ste u6c – PH rev art 1999, p 225 note phFarchiers “http://www.legifrance,gouv.fr.
36. Clunet 1977 sentence arbitrale éd hoc Texaco calasiatic p 367/368.
37. Cass CIV 15 février 2000, Bull Civ IV, N° 29 JCP 2000, p 272. http://www.legifrance,gouv.fr.
38. Extract du rapp. Public 1989 EDCE, N° 41, p 127 http://www.legifrance,gouv.fr.
39. 2014DalkiaReq: N°373159. http://www.legifrance,gouv.fr.

مقدمة 01

الفصل التمهيدي: مفهوم عقود التسيير المفوض المرفق العام ضمن عقود الطلب العمومي 07

المبحث الأول: ماهية عقود الطلب العمومي... 07

المطلب الأول: مفهوم عقود الطلب العمومي 08

الفرع الأول: نشأة وتعريف عقود الطلب العمومي... 08

الفرع الثاني: شرط المنافسة في عقود الطلب العمومي... 10

المطلب الثاني: تجانس عقود الطلب العمومي... 12

الفرع الأول: أنواع عقود الطلب العمومي... 13

الفرع الثاني: مقارنة بين عقود الطلب العمومي في طريقة الإبرام... 21

المطب الثالث: مبادئ إبرام عقود الطلب العمومي... 23

الفرع الأول: حرية الوصول للطلب العمومي... 24

الفرع الثاني: المساواة في معاملة المترشحين... 25

الفرع الثالث : مبدأ شفافية الإجراءات... 28

المبحث الثاني: مفهوم التسيير المفوض للمرفق العام... 29

المطلب الأول: التسيير التقليدي للمرفق العام... 29

الفرع الأول: مفهوم المرفق العام: 30

الفرع الثاني: الطرق التقليدية لإدارة المرفق العام... 34

المطلب الثاني: الإدارة غير المباشرة 39

الفرع الأول: نشأة وتطور مصطلح تفويض المرفق العام... 39

الفرع الثاني: مجال تفويض المرفق العام... 44
الفرع الثالث: أنواع عقود تفويض المرفق العام... 48
المطلب الثالث: ذاتية عقود تفويض المرفق العام... 50
الفرع الأول: شرط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال... 50
الفرع الثاني: تميّز عقود تفويض المرفق العام عن العقود القريبة منها... 51
الباب الأول:آلية القضاء لتسوية منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 55
الفصل الأول: منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام أثناء التكوين... 56
المبحث الأول:إجراءات إبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 56
المطلب الأول: دراسة الاستشارات السابقة لإبرام عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 57
الفرع الأول: دراسة جدوى إبرام عقود تفويض المرفق العام... 58
الفرع الثاني: الأثر القانوني لدراسات الجدوى... 61
المطلب الثاني: مبادئ تسيير عقود تفويض المرفق العام... 65
الفرع الأول: مبدأ استمرارية المرفق العام... 65
الفرع الثاني: مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف... 67
الفرع الثالث: مبدأ المساواة بين المنتفعين... 68
المطلب الثالث: تكوين عقود تفويض المرفق العام ونهايته... 69
الفرع الأول: فكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له... 70
الفرع الثاني: طرق التعاقد حسب المرسوم التنفيذي 18-199 72
المبحث الثاني: اختتام إجراءات ابرام عقود تفويض المرفق العام... 76
المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام... 77
الفرع الأول: تعريف المفاوضات... 77

الفرع الثاني: سير المفاوضات... 80
المطلب الثاني: المحل والغاية من المفاوضات... 83
الفرع الأول: محل المفاوضات... 83
الفرع الثاني: الغاية من المفاوضات... 87
المطلب الثالث: نهاية عقود تفويض المرفق العام... 89
الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد تفويض.المرفق العام: 90
الفرع الثاني: النهاية المبسترة لعقد تفويض المرفق العام... 92
الفصل الثاني: اختصاص القضاء الإداري والعادي في منازعات تفويض المرفق العام... 100
المبحث الأول: منازعات الشروط السابقة لتكوين عقود تفويض المرفق العا... 100
المطلب الأول: تمييز العقد الإداري عن العقد المدني... 101
الفرع الأول: معايير تمييز العقد الإداري... 102
الفرع الثاني: تأرجح العقد الإداري بين القانون العام والقانون الخاص... 106
المطلب الثاني: رقابة قاضي الاستعجال... 111
الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد... 112
الفرع الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد... 117
المطلب الثالث: المنازعات المتعلقة بصحة عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 118
الفرع الأول: منازعات شروط صحة عقود التسيير المفوض المرفق العام... 118
الفرع الثاني: شروط صحة عقد المناولة في التسيير المفوض للمرفق العام... 123
المبحث الثاني: اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقود تفويض المرفق العام 126
المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بتكوين العقد... 127
الفرع الأول: مراجعة الإبطال لتجاوز حد السلطة (دعوى الإلغاء) 127

الفرع الثاني: الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل... 136
المطلب الثاني: اختصاص قاضي العقد والقاضي العادي في منازعات عقود تفويض المرفق العام 146
الفرع الأول : اختصاص قاضي العقد... 146
الفرع الثاني: القضاء العادي ومدى اختصاصه بالنظر في عقود تفويض المرفق العام... 152
المطلب الثالث: دعوى التعويض في عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 155
الفرع الأول: تعويض المفوض له عن الأضرار الناجمة عن خطأ السلطة المفوضة... 156
الفرع الثاني: إلزام السلطة المفوضة بالتعويض عن الأضرار الناجمة دون خطئها... 163
الباب الثاني:آلية التحكيم في تسوية عقود التسيير المفوض المرفق العام... 171
الفصل الأول: مدى جواز خضوع عقود التسيير المفوض للمرفق العام للتحكيم... 173
المبحث الأول: مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 173
المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي... 174
الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي... 174
الفرع الثاني: معايير تحديد العقد الإداري الدولي... 176
المطلب الثاني: مفهوم التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 179
الفرع الأول: تعريف التحكيم... 180
الفرع الثاني: تسوية عقود التسيير المفوض للمرفق العام بالوسائل الودية... 183
المطلب الثالث: صور التحكيم وأنواعه... 190
الفرع الأول: صور التحكيم... 190
الفرع الثاني: أنواع التحكيم... 191
المبحث الثاني: مدى قابلية خضوع عقود التسيير المفوض لمجال التحكيم... 194
المطلب الأول: نظريات التكييف القانوني للتحكيم... 195

الفرع الأول: الطبيعة العقدية لحكم التحكيم (النظرية القديمة) 195
الفرع الثاني: الطبيعة القضائية، والمختلطة، والخاصة لاتفاق التحكيم (النظريات الحديثة) ... 197
المطلب الثاني: موقف القانون من حظر خضوع الشخص المعنوي العام للتحكيم... 198
الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من اللجوء الشخص المعنوي للتحكيم... 198
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية... 201
المطلب الثالث: جوازية الشخص المعنوي للجوء للتحكيم... 203
الفرع الأول: الاستثناءات على قاعدة حظر لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم... 204
الفرع الثاني: مبررات لجوء الشخص المعنوي للتحكيم... 209
الفصل الثاني: إجراءات التحكيم في عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 213
المبحث الأول: إجراءات التحكيم قبل صدور حكم التحكيم... 213
المطلب الأول: الشروط الأولية في إجراءات التحكيم... 214
الفرع الأول: شرط موافقة الوزير المختص... 214
الفرع الثاني : مكان ولغة التحكيم... 218
المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم... 219
الفرع الأول: الجهة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم... 219
الفرع الثاني: تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم... 244
المطلب الثالث: أثر التحكيم على أطراف عقود التسيير المفوض للمرفق العام... 255
الفرع الأول: موقف هيئات التحكيم من الحقوق المخولة لسلطة الإدارة... 226
الفرع الثاني: مدى تمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق 227
المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بعد صدور حكم التحكيم... 229
المطلب الأول: صدور حكم التحكيم في منازعات عقود التسيير المفوض للمرفق العام... ... 230

الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم في عقود التسيير المفوض... 230
الفرع الثاني: علاقة أمر التنفيذ بالرقابة القضائية على الحكم التحكيم... 234
المطلب الثاني: شروط تنفيذ أحكام التحكيم... 237
الفرع الأول: عدم جواز تعارض أحكام التحكيم مع النظام العام... 238
الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي في تطبيق أحكام التحكيم... 239
المطلب الثالث: الرقابة القضائية على حكم التحكيم... 243
الفرع الأول: مجال تطبيق طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم... 344
الفرع الثاني: طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم في عقود التسيير المفوض... 248
الخاتمة... 254
-قائمة المصادر والمراجع... 258

الملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تعريف عقود تسيير المفوض المرفق العام وإدراك طرق إبرامها وإجراءات تكوينها وإنهائها.

وقد توصلنا أن هذا النوع من العقود له طبيعة خاصة جعلت آثاره على شكل اتفاقية تتعدى في علاقاتها إلى غير الأطراف المتعاقدة كالمنتفعين والمستخدمين والثالثين مثل الموردين للسلع واللوازم، هذا مع اختلاف الفقه في تكييفها بين القانون العام والقانون الخاص، أدى ذلك إلى توزيع الاختصاص القضائي بين الإداري متمثلا في دعوى الإلغاء إذا اتصل بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد أو دعوى القضاء الكامل إذا اتصل بالعقد أو دعوى الاستعجال إذا انتهكت شروط العلانية والمنافسة عند الإبرام، وقد يرجع الاختصاص للقضاء العادي إذا ارتبط بأشخاص القانون الخاص.

أما في مجال التحكيم فخلصنا أن عقود التفويض يمكن أن تخرج من نطاق القضاء الوطني وإخضاعها للتحكيم إذا تعلقت بالتجارة الدولية، استثمارات خارجية أو وجود طرف أجنبي مع إبقاء الرقابة القضائية على حكم التحكيم.

الكلمات المفتاحية : التسيير المفوض للمرفق العام، التسوية، المنازعات، الاختصاص القضائي، التحكيم.

Résumé: l'objectif de cette étude est de définir les contrats de gestion déléguée de service public, et de confirmer les modalités de leur passation et les procédures pour de leur formation et leur résiliation.

Nous avons conclu que ce type de contrat a une nature particulière qui a fait ses effets sous la forme d'un accord qui porte atteinte à ses relations avec des parties non contractantes telles que les bénéficiaires utilisateurs et tiers tels que les fournisseurs de biens et de fournitures, cela , avec une différence de jurisprudence dans son adaptation entre la droit public et le droit privé a la répartition de la compétence entre l'administrateur représenté dans l'affaire d'annulation si elle contracte des décisions administratives distinctes du contrat, ou de l'affaire judiciaire complète si elle entre contact avec le contrat ou la réclamation d'urgence si les conditions du publicité et de concurrence sont violées à la conclusion ,et la juridiction peut-être rendue au pouvoir judiciaire normal s'il est associé à des personnes de droit privé.

En ce qui concerne l'arbitrage nous avons conclu que les contrats d'autorisation pouvaient être retirés du pouvoir judiciaire national et soumis à l'arbitrage s'ils étaient liés au commerce international aux investissements étrangers ou a l'air une partie original tout en conservant le contrôle judiciaire sur le jugement arbitral.

Mots clés: la gestion déléguée de service public, régularisation, contentieux, juridiction, arbitrage.

Abstract: The purpose of this study is to define the service delegation of contracts and to understand the forms of their conclusion and the procedures for their formation and their termination.

We have concluded that this type of contract is of a special nature and that its effects are in the form of a convention that exceed in its relations on non-contracting parties, such as users, employees and third parties, such as suppliers of goods and supplies, with different jurisprudence in their adaptation between common law and private law. This has led to the division of jurisdiction between the administrative justice, namely, an action for annulment if it relates to administrative decisions separate from the contract or a full judicial action if it comes into contact with the contract, or an action for urgency if it is violated, jurisdiction may be vested in the ordinary court if it is associated with the subjects of private law..

With regard to arbitration, we concluded that authorization contracts could be withdrawn from the national judiciary and submitted to arbitration if they were linked to international trade with foreign investment or appeared to be an original party while retaining judicial review of the arbitral judgment.

Key words: delegated public service management, settlement, litigation, jurisdiction, arbitration.