

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع :

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العقد الإداري و تطبيقاته

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون الإداري

الشعبة: قانون عام

تحت إشراف الأستاذ(ة):

- برزوق حاج

من إعداد الطالب(ة) :

-مهال سناء

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا

برزوق حاج

الأستاذ(ة)

مشرفا مقرر

باسم شهاب

الأستاذ(ة)

مناقشا

بن عودة يوسف

الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 20 / 09 / 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اهداء

*إلى الوالدين الكريمين
*إلى كل أفراد عائلتي
*إلى كل أصدقائي و زملائي
أهدي هذا العمل المتواضع

شكر و تقدير

آفاق المعاني ومشاعري في مساحات شاسعة من بحر الكلام،
لا أعرف أيها أنتقي، فالكلام كثير والمعاني جميلة والغاية سامية، فبصادق المحبة
وروح الإخاء وبكل معاني الفخر والاعتزاز أرف رسائلها عليها تعبر عن القليل من ذلك
الفيض، فرسالي لمشاعل العطاء، ورواد العلم ومنازل الخير أقدم شكري الجزيل
إلى كل من ساندني في هذه المسيرة
فمن علمني حرفاً صرت له شاكرًا
أخص بالذكر الأستاذ "برزوق"

الحمد لله رب العالمين سبحانه أنزل القرآن خلق الإنسان علمه البيان و ميزه عن
غيره من المخلوقات بنعمة العقل، فله سبحانه الحمد و الشكر كله بأن وفقني بإنجاز
هذا العمل.

لا يسعني و أن أنهي هذا العمل المتواضع إلا أن أتقدم بفائق الشكر و العرفان

المقدمة

ان القانون الاداري هو ذلك الفرع الذي يهتم بالقواعد التي تحكم الادارة العامة من حيث نشاطها او تنظيمها او منازعاتها المختلفة او اساليبها .ولعل من اهم هذه الاخيرة العقود الادارية . ان نظرية العقد الاداري هدفها تحقيق المصلحة العامة وخضوع الادارة للقانون. ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الاثر البارز في ارسائها حتى اصبحت نظرية قضائية من النظام العام المعبر العقد الاداري عنصرا من العناصر الاساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة فهي وسيلة هامة تستعملها الادارة لتحسين وتطوير قطاعها المختلفة. وقد ورثت الجزائر عن فرنسا قانون الطلبات العمومية التزمت العمل به مع الفترة الاستعمارية . ونظرا للاثار السلبية التي تولدت في تلك الفترة والممارسات الغير القانونية التي ظهرت بين الممولين . الامر الذي استلزم صدور قانون الصفقات العمومية للاشغال العامة. وبعد الاستقلال توجهت ارادة المشرع لتوحيد النصوص المتعلقة بالعقود الادارية وهو ما تجلّى في الامر الصادر بتاريخ 1967/17/06 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

تلجا السلطات الادارية في ممارستها لانشطتها المختلفة الى طرق متعددة , بعضها مادي والبعض الاخر قانوني , فالأعمال المادية هي مجرد وقائع تصدر عن الهيئات الادارية بدون ان يصاحبها قصد ترتيب اثر قانوني معين مثل حادث مرور , هدم منزل , اما الاعمال القانونية فان مناطها اتجاه الادارة الى احداث اثار قانونية معينة . هذه الاعمال او التصرفات القانونية قد تكون من جانب واحد -اي جهة الادارة - وتسللك الادارة فيها اسلوب الامر والالتزام وفرض ارادتها المنفردة على المتعاملين معها وتشكل امتيازا من امتيازات السلطة العامة , ووسيلة اساسية للإدارة في اداء مهامها وترتيب التزاماتها وهي القرارات الادارية . الا ان اسلوب القرارات الادارية قد يعجز عن الوفاء ببعض اغراض و اهداف الادارة وقد لا يحقق بالدرجة الكافية مستلزمات واحتياجات المرافق العامة التي تتطلب تعاون الافراد والادارة في ادارة وتسيير نشاطها وتحقيق اهدافها .

العقد الإداري و تطبيقاته

وقد تسلك اسلوب الرضا والتفاهم بحيث تقوم بإبرام عقود ادارية عن طريق التفاهم او الاتفاق مع احد الاشخاص المعنوية العامة او احد الشخصا المعنوية الخاصة او شخص طبيعي , اذا رأت ان الاسلوب العقد الاداري هو الاسلوب الامثل في إنجاز اغراضها وتحقيق اهدافها .

العقد بصفة عامة هو اتفاق ارادتين او أكثر على احداث اثر قانوني معين علما بان اصطلاح الاتفاق اوسع من اصطلاح العقد , وان العقد نوع من انواع الاتفاق يتميز بانه منشئ للالتزامات , اما الاتفاقات الاخرى التي تؤدي الى حوالة الالتزام واعطائه وصفا , او تؤدي الى انقضائه فيصدق عليها لفظ الاتفاق فقط ولا يصدق عليها اصطلاح العقد , فكل توافق ارادتين على احداث اثر قانوني معين يمكن ان يسمى عقدا , او يسمى اتفاقا , والعبارة فقط باتجاه الارادتين الى احداث اثر قانوني لاتفاقهما فاذا لم تتجه الادارة الى احداث هذا الاثر كما هو الشأن في الدعوة الى الوليمة او التعهد بالقيام بخدمة مجانية فإننا لا نكون بصدد عقد او اتفاق بالمعنى القانوني لهذا الاصطلاح . وقد استعمل عقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة في الجزائر بعد الاستقلال فيما يخص التاميمات وذلك بربط العلاقة التعاقدية بين الدولة والمؤسسات العمومية من جهة , والدولة والجمعات المحلية من جهة اخرى , وقد تطور استعمال الدولة لهذا الاسلوب من تسيير المرافق العامة يشمل الكثير من القطاعات من بينها تطوير الطرقات والتزويد بالمياه واستغلال الاملاك العمومية . ونظرا لانفراد هذا النوع من العقود الادارية وعدم ادراجه ضمن العقود المسماة وتمييزه عن غيره من العقود الادارية التي تبرمها الادارة , حيث انه يمثل اسلوب من اساليب تسيير المرافق العامة هذا ما يترتب عنه الكثير من الاشكالات القانونية المتعلقة بهذا النوع من العقود . اما عن اهمية الموضوع فتتجلى في الدور الذي يلعبه عقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة وتحقيق العبء على الادارة وتوفير خدمة عمومية للمجتمع , ولكون هذا النوع من العقود يدخل ضمن العقود الغير مسماة يثير الكثير من الاشكالات القانونية سواء المتعلقة بالعقد في حد ذاته او تلك التي تطرح اثناء نفاذ هذا العقد وكل ما يترتب عن ذلك من احكام , وتظهر اهمية الموضوع في الوقوف على الاشكالات القانونية المتعلقة بعقد

العقد الإداري و تطبيقاته

الامتياز الاداري وتوضيحها من اجل لفت الانتباه لوضع حلول لها وتكريس عقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة بطريقة واضحة وجلية .

ان طبيعة البحث تدعو الى اتباع المنهج التحليلي الاستنتاجي والوصفي والتاريخي , وهذا يستلزم تتبع النصوص التشريعية المختلفة , المتعلقة بالصفقات العمومية , ولا يفوتني ان اشير الى ان اهمية البحث وفائدته الحقيقية لن تتم الا بالدراسة الميدانية التي تعتمد على المقارنة والتحليل .

اردنا من خلال هذا الجهد المتواضع :

- تسليط الضوء على الاشكالات القانونية المتعلقة بالعقد الاداري وعقد الامتياز الاداري , وتحديد هذه الاشكالات .
- ومحاولة حصرها , من اجل ايجاد حلول لهذه الاشكالات من طرف المشرع وهذا للاهمية التي يلعبها هذا العقد , كاسلوب لتسيير المرافق العامة التابعة للدولة وتوفير خدمة عمومية للافراد.
- وكذلك اثراء المكتبة الجامعية بهذا النوع من البحوث .
- وقصد الاحاطة بكل جوانبه .

سوف نحاول معالجة اهم الاشكالات التي يثيرها هذا الموضوع والتي هي ماذا نقصد بالعقد الاداري ومن

هم اطرافه وكيف تم نشأته وباعتبار عقد الامتياز نوع مهم من انواع العقد الاداري سنتطرق اليه.

للاجابة على هذه الاشكالات لابد من البحث في مختلف القوانين التي تناولت موضوع العقد الاداري وذلك بالتطرق

الى مختلف التعريفات والفقهية والقانونية من خلال التطرق الى الهيكل القانوني للعقد الاداري وكذلك نتطرق الى

موضوع عقد الامتياز

الفصل الاول : ماهية العقد الاداري .

الفصل الثاني : عقد الامتياز الاداري .

وبصدد بحثنا في هذا الموضوع الشيق قد واجهتني صعوبة باعتبار ان هذا الموضوع متشعب

وككل ومن المفروغ منه اذ ان كل طالب مقبل على نيل شهادة الماستر قد واجه بعض من الصعوبات ولكن هذه الصعوبات تبقى

شيقة بما انه سوف يتحصل على ثمرة نجاحه في اخر السنة , وانا كطالبة ماستر قد واجهتني صعوبات ليس كثيرا منها فقط البعض

مثلا كنتقسيم الخطة وهيكله الخطة واجهتني صعوبة ولكن الحمد لله وكتوفيق من الله والشكر لله والشكر للاستاذ المشرف و كذلك

وجدت صعوبة في اقتناء المعلومات الاساسية باعتبار ان موضوع العقد الاداري موضوع ضيق ومتوسع فقد الاختيار يكون صعب

الفصل الأول
ماهية العقد الإداري

تمهيد الفصل:

الملاحظ بادئ ذي بدء أن الإدارة تبرم نوعين من العقود، النوع الأول وهو العقود التي تبرمها الإدارة لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة، ولكن باعتبارها شخصا عاديا ومن أمثلة ذلك عقود البيع والشراء والإيجار وتنطبق عليها قواعد القانون الخاص كما تطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وتخضع المنازعات التي تنشأ عنها إلى القضاء العادي.

أما النوع الثاني وهو العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة وتخضع للقانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري مطبقا في ذلك قواعد القانون العام. و تجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود ولا يحد من اختصاصاتها التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها.

والعقود الإدارية شأنها شأن العقود الأخرى تقوم على ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، لذلك فإن دراستي لمفهوم العقد الإداري في هذا الفصل التمهيدي سوف تركز بالأساس على تعريف العقود الإدارية و نشأتها (المبحث الأول) ، ثم تمييزها عن عقود الإدارة الخاصة من خلال معايير محددة، وعرض أهم العقود الإدارية المبحث الثاني خاصة و أن الصفقات العمومية نوع من أهم أنواع العقود الإدارية.

المبحث الأول:

تعريف و نشأة العقد الإداري

العقود الإدارية هي عقود تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد أو الهيئات أو الإدارات الأخرى تهدف إلى تنظيم و تسيير مرفق عام، على أن تتضمن هذه العقود شروطا لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، تستأثر الإدارة بموجبها بامتيازات وتخضع لقيود لا قبل لأشخاص القانون الخاص بها في علاقات بعضهم، وتخضع فيها الإدارة والمتعاقد معها لنظام قانوني متميز هو القانون الإداري.¹

وتتفق العقود الإدارية في جوهرها وأركانها -وهي في كل الأحوال توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، و أركانها هي الرضا و المحل والسبب ويشترط لقيامها صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية شروط صحة وسلامة الرضا من عيوب الغلط و التدليس و الإكراه و الغبن.

وإذا كانت العقود تتفق في جوهرها وأركانها إلا أن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافا كبيرا خاصة فيما يتعلق بتكوين العقد وتحديد آثاره.

سوف ندرس في هذا المبحث تعريف العقد الإداري (المطلب الأول) ، ثم نتطرق لنشأة العقد الإداري

(المطلب الثاني) و ذلك في كل من فرنسا و مصر و الجزائر.

المطلب الأول:

تعريف العقد الإداري:

يعرف العقد بأنه العقد القانوني في معناه المتعارف عليه، وأن مصطلح العقد يبين ويوضح الأثر المادي، وهذا

الأثر المادي للعقد تترتب عليه نتائج قانونية².

¹ - انظر: إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، الكويت، مكتبة الفلاح، 1964 ، ص 9 .

² - انظر :

و العقد في القانون المدني الجزائري هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل ،

أو عدم فعل شيء ما³.

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سندرس فيه التعريف اللغوي للعقد، و الفرع الثاني سندرس فيه

التعريف الاصطلاحي للعقد الإداري.

الفرع الأول:

العقد لغة:

العقد لغة هو كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو ترك ، من جانب واحد أو من جانبين و هو كلمة

تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء ، كما يراد بها الضمان والعهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط

الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوي للكلام ، سواء أكان

توثيقا و تقوية لكلام صادر من جهة واحدة أو كان ربطا بين كلام شخصين، فيقال عقد بيع، و زواج، الإجارة

إلخ.....⁴

من خلال هذه التعاريف للعقد، يتضح لنا أن هناك تشابه بين التعريف اللغوي و التعريف القانوني، خاصة في

الالتزامات المترتبة على إبرامه.

الفرع الثاني:

تعريف العقد الإداري اصطلاحا:

الملاحظ أن الاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري، بحيث ينطلق تارة

في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة

.TROTABAS (L), Manuel de droit public et administratif, 17ed, Paris, LGDJ, P 224

³ - انظر: المادة 54 من القانون المدني، رقم (05 - 10)، مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، حسب آخر تعديل له، من إعداد

.مولود ديدان، الجزائر، دار النجاح للكتاب، 2006 ، ص14.

⁴ - أنظر: محمد سلام مذکور، الفقه الإسلامي، المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة

1954، ط 1 ، ص 245 ، و ما بعدها.

والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية⁵.

وينطلق الاجتهاد الإداري الفرنسي حاليا و بصورة خاصة منذ عام 1950 من الشروط الخاصة التي تتطلبها الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها لضمان حسن تسيير المرافق العامة، وعلى ضوء ذلك اتجه الاجتهاد الإداري الفرنسي لتعريف العقد الإداري الذي تبرمه الإدارات العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد و تضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقد معها و ذلك لضمان تسيير المرافق العامة⁶.

تجمع كل التعارف للعقد الإداري على أن المعيار المميز له من وضع القضاء الإداري وأنه يشترط في العقود الإدارية توافر مجموعة من الشروط التي تميزها عن بقية العقود المدنية والتجارية وهي أن تكون الدولة طرفا في العقد وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص.

⁵-أنظر:

-LONG (M.) , WEIL(P) ,DELVOLVE (P), GENEROIS(B) les grands arrêts de la jurisprudence administrative..., Dalloz, Paris , 13 e édition, 2001, P512 et s.

⁶-أنظر: المرجع السابق، ص 156 وما بعدها.

المطلب الثاني:

نشأة العقد الإداري:

تستهدف العقود الإدارية عامة تسيير مرفق عام و المرافق العامة - كما هو معلوم - تخضع لمبدأ سير المرفق العام بانتظام و أطراد و مبدأ المساواة في الانتفاع من خدمات المرفق العام. ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل، و أن النشاط الإداري يتأسس على فكرة المصلحة العامة، إذ تمنح الإدارة العامة وسائل و امتيازات السلطة العامة أثناء أدائها لوظيفتها الإدارية بهدف تحقيق المصلحة العامة، من خلال ذلك يتضح أن العقود الإدارية تختلف عن العقود الخاصة من حيث النشأة والهدف والإجراءات و الهيئات و بذلك تكون الإدارة العامة في مركز أسمى من مراكز الأفراد، و هذا يستلزم أن يكون لها قانون خاص و هو القانون الإداري و تخضع لرقابة جهة القضاء الإداري المستقل الذي يعمل على مراعاة الاعتبارات الإدارية والفنية، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو كيف نشأ العقد الإداري؟ وهل نشأ بنفس الكيفية في كل من الجزائر و مصر و فرنسا؟ إجابة على هذه التساؤلات المطروحة سنقوم بدراسة نشأة العقد الإداري في فرنسا (الفرع الأول) ، ثم نتطرق إلى نشأة العقد الإداري في مصر (الفرع الثاني) ونعرض في الأخير نشؤ العقد الإداري في الجزائر (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:

نشأة العقد الإداري في فرنسا:

صاغ القضاء الإداري الفرنسي بصورة تدريجية بطيئة بعض الأحكام التي كان لها الدور الأساسي في تأكيد وجود نظام القانون العام، ففي حكم بلانكو الصادر من محكمة التنازع في 8 فبراير 1873 ورد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة. ومن المسلم به أن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية في فرنسا قد نشأ في بدايته الأولى مقترناً بطروف تاريخية وأكدت قيام الثروة الفرنسية، وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم في الشؤون الإدارية وعرققتها وشل الوظيفة الإدارية، مما أدى إلى عدم الثقة في القضاء العادي، وترتب على ذلك فصل الإدارة العامة عن القضاء العادي بموجب القانون الصادر في 24 أوت 1790، والذي يشكل القاعدة الأساسية للنظم الإدارية.

وأكدت قوانين أخرى صادرة بعده على أن يمنع قطعاً على المحاكم النظر في أعمال الإدارة العامة وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر في المنازعات الإدارية ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر في منازعات بعض العقود التي تبرمها الإدارة والتي يسعى إلى إخضاعها لنظام القانون العام⁷. ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر في منازعات بعض العقود التي تبرمها الإدارة والتي يسعى إلى إخضاعها لنظام القانون العام⁸.

⁷ - أنظر: راضي (مازن ليلو)، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

وكان الأسلوب المتبع في توزيع الاختصاصات بين المحاكم العادية والقضاء الإداري يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السيادة يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية التي تتعامل فيها الإدارة كشخص عادي فتختص بها المحاكم العادية، وبمعنى آخر أن التصرفات الأولى التي تظهر فيها الإدارة صاحبة السلطان يختص بها القضاء الإداري وما عداها تختص به المحاكم العادية⁹.

وذلك مما حدا بالمشرع إلى النص على اعتبار بعض العقود من العقود الإدارية وأوجب خضوعها لاختصاص مجلس الدولة، كعقود الأشغال العامة، وكذلك عقود بيع أملاك الدولة وعقود القرض العامة والعقود التي تتضمن شغلا للدومين العام.

إلا أن مجلس الدولة لم يقف عند هذا الحد وإنما سعى إلى توسيع اختصاصاته فمد اختصاصه إلى الكثير من العقود الأخرى دون نص خاص، كعقود توزيع المياه والغاز في المدن، والعقود الخاصة بالإضاءة ونظافة الطرق وعقود طلب المعاونة استنادا إلى تضمونها عناصر الأشغال العامة¹⁰.

وكان ظهور نظرية المرفق العام وصدور حكم مجلس الدولة في قضية TERRIER في 1903/06/02 السبب الذي هجر المعيار الذي يعتمد على التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية والتي تبرمها المرافق، إذ ورد فيه ففي اللحظة التي نكون أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني¹¹.

وقد أخذت أحكام مجلس الدولة بعد هذا التاريخ تتوالى مؤكدة الاتجاه نحوه، ومعبرة عن ضرورة خضوع العقود الإدارية لنظام القانون العام وقواعده لا باعتبارها بعض العقود التي نص عليها المشرع بل بالاستناد إلى خصائص

⁸ - أنظر :نصار (جابر جاد) ، العقود الإدارية، ط2 ، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004 ، ص 15.

³ - أنظر : راضي مازون ليلو، المرجع السابق، ص9.

- أنظر: شريف عزيزة، دراسات في العقد الإداري، موسوعة القضاء و الفقه، ع53، ص6.¹

العقد الإداري وطبيعته وذلك مما أدى إلى اتساع نطاق العقود الإدارية واتساع اختصاص القضاء الإداري بنظرها¹².

إن نظرية العقد الإداري نظرية حديثة النشأة، شأنها في ذلك شأن بقية نظريات القانون الإداري، يعود الفضل في وجودها وتطورها إلى القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة مجلس الدولة الفرنسي الذي سعى إلى توسيع اختصاصاته بإضفاء الصفة الإدارية على الكثير من العقود.

الفرع الثاني:

نشأة العقد الإداري في مصر:

بالنسبة لنشوء العقد الإداري في مصر الملاحظ أنه قبل إنشاء مجلس الدولة المصري عام 1964 لم تعرف مصر القضاء الإداري، أما تطبيق شروط متميزة لعقد من عقود الإدارة فإن مرجعه نصوص العقد وشروطه، فإن لم يوجد في العقد نص، طبقت قواعد القانون العادي عليه، ولم يسلك القضاء في مصر سلوك القضاء الفرنسي ويطبق نظرية العقد الإداري¹³.

بالرغم من عدم اختصاص مجلس الدولة المصري في منازعات العقود الإدارية قد عمل على إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، ومقتضاها أن الإدارة وهي ترم عقدًا إداريًا قد تصدر قرارات بمناسبة هذه العقود سواء بمناسبة عملية التعاقد أو إبرام العقود الأولية، ومع ذلك بقيت المحاكم القضائية المصرية ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي من ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلط في 21 مارس 1924¹⁴.

² - أنظر: longm,wilaya (p),...,opcit,p73.

³ - أنظر: راضي (مازن ليلو)، المرجع السابق، ص 11.

¹³ - أنظر: راضي (مازن ليلو)، المرجع السابق، ص 11.

¹⁴ - أنظر: محكمة الاستئناف المختلط صادر في 21 مارس 1924.

أما بعض الأحكام التي صدرت من القضاء العادي ومنها محكمة القضاء أن الحكومة حيث تعقد عقدا من "الابتدائية الصادر في نيسان 1917 الذي ورد فيه عقود الالتزام بمرفق عام وتعهد إدارة المرفق إلى أحد الأفراد ليديره بدلا عنها، فإن هذا العقد لا يمكن إلا أن يكون من عقود القانون العام"¹⁵.

وأما برأي بعض الفقهاء المصريين ومنهم الدكتور "سليمان الطماوي" قد بينت مجرد اتجاه نظري لم يتمخض عن نظام قانوني واضح المعالم للعقود الإدارية يميزها من عقود القانون الخاص¹⁶.

ومع ذلك فإن القانون رقم 112 لسنة 1946 الذي تم به إنشاء مجلس الدولة المصري لم يجعل من بين اختصاصاته النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية أما في ظل القانون رقم 9 لسنة 1949 فإن المادة الخامسة منه نصت على اختصاص المجلس بنظر منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات الإدارية، وقد ورد النص على هذه العقود على سبيل الحصر، كما اقتصر اختصاص مجلس الدولة على المنازعات الناشئة بين الإدارة والمتعاقد معها، أما المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والمتعهد في تنفيذ هذه العقود فإنها تكون من اختصاص المحاكم العادية، كما يتضح من هذا القانون أنه قد جعل الاختصاص بنظر العقود الإدارية مشتركا بين محكمة القضاء الإداري والمحاكم العادية، فإذا رفعت الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري فإنه يتوجب عدم رفعها أمام المحاكم العادية وبالعكس إذا رفعت أمام القضاء العادي فيجوز للمتعاقدين اختيار القواعد القانونية التي تطبق على عقودهم سواء قواعد القانون العام أو قواعد القانون الخاص تبعا للجهة المختصة التي اختاروها¹⁷.

يبدو أن المشرع المصري طبق في تلك المرحلة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على العقود المدنية والإدارية على حد سواء وبالتالي ترتب عن ذلك عدم التمييز بين العقود الإدارية والمدنية، بل الأخطر من ذلك هو إعطاء السلطة التقديرية للمتعاقدين في اختيار القواعد القانونية التي تطبق على عقودهم وتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتهم حتى ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع.

1- أنظر: خليل الطاهر (خالد)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط 1، القاهرة، 1997، ص 227.

2- أنظر: الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 3، القاهرة، دار الفكر العربية، 1975، ص 37.

1- أنظر: راضي (مازن ليلو)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 12.

في الحقيقة كانت هذه الحالة منتقدة وغير موفقة لم يتخلص القضاء الإداري منها إلا بصدر القانون رقم 156 لسنة 1955 حيث نصت المادة العاشرة منه " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".

ومنذ هذا التاريخ أصبح مجلس الدولة مختصا على سبيل الحصر بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية كافة وتأييد هذا النص بنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والتي تنص على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد .

الفرع الثالث:

نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر:

بالنسبة لنشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر وبصفة خاصة الصفقات العمومية، فقد ممر تنظيمها بعدة تنظيمات وتطورات حسب التوجهات السياسية والاقتصادية السائدة في البلاد، بحيث تميزت مرحلة ما قبل الاستقلال بخضوع الصفقات العمومية الجزائرية للنظام القانوني الفرنسي وامتد تطبيق نفس النظام بعد الاستقلال، إذ نص القانون الصادر في ديسمبر 1962 على تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الجزائرية، ويعود ذلك للفرغ الذي تركه رحيل الاستعمال من الناحية القانونية والبشرية.

- وتميزت (المرحلة الأولى أي مرحلة ما بعد الاستقلال) بصدر الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بصفة الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كذلك المحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق ذلك استخدمت المنافسة كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية وكذلك

لدفع المتعاقد مع الإدارة لتوفير أفضل النوعيات بأفضل الأثمان، ولإجبار الإدارة المتعاقدة على تحديد احتياجاتها ومقارنة الحلول المتنوعة المطروحة لتلبية الاحتياجات، ولا تتحقق فكرة المنافسة إلا بتوافر الشروط.

الثلاثة والمتمثلة فيما يلي:

- غياب آثار التسلط والسيطرة.

- تجانس المواد.

- حرية المشاركة ونشر الإعلام¹⁸.

بيد أن المنافسة في حد ذاتها - كطريقة للتعاقد - لم تستبعد اللجوء إلى التراضي في حالات معينة خاصة إذا

كانت الدعوة إلى المنافسة بدون جدوى أو لا تحقق الأهداف المرجوة منها، هذا بالإضافة إلى حالات

أخرى أضافها الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ونصت عليها

المادة 61 من نفس الأمر وهي:

- حين لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا من متعامل متعاقد وحيد، له وضعية احتكارية أو حامل لبراءة الاختراع.

- عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية خاصة إذا تقدم مقاول واحد أو تقدم عدة أشخاص بعروض غير

مقبولة.

- في حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف

مع آجال الدعوة إلى المنافسة¹⁹.

الملاحظ أن الأمر 67 - 90 المشار إليه سابقا تعرض لعدة تعديلات في سنة 1971 و 1972 و .

1976

¹⁸ - أنظر: قدوح حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الجزائر ، د.م.ج، 2004 ص5.

-Article 61 de l'ordonnance n°67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics, l
ljournal officiel de la république Algérienne N°52 du 27 juin 1967, P50

حيث نصت المادة الأولى من الأمر رقم 71 - 84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 - المتضمن تعديل المواد 62 و 87 و 89 من الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 و المتضمن قانون الصفقات العمومية على أن تعدل المادة 62 من الأمر رقم 67-90 المشار إليه أعلاه كما يلي:

"كل طلبية تتجاوز قيمتها 50000 دج يجب أن تكون موضوع صفقة مبرمة بيد أنه، بالنسبة لكل سنة مالية تابعة للميزانية، فإنه يجوز تسديد النفقات المتعلقة بالأشغال البسيطة واللوازم بناء على مجرد قوائم الحساب أو ، الفواتير، من قبل أي أمر بصرف لفائدة المقاول نفسه أو الموردون دون أن يتعدى المبلغ الإجمالي لهذه النفقات حدود 50000 دج المذكور أعلاه.

إلا أنه يجوز للمؤسسات والمصالح العمومية والولايات والبلديات أن تخرج عن هذه القاعدة بموجب قرارات مشتركة صادرة عن وزير المالية ووزير التجارة"²⁰.

في حين أشارت المادة الثانية الى تعديل المادة 87 من المرسوم من المرسوم رقم 67 - 90 كما يلي :
يمكن أن تمنح الإدارة المتعاقدة لأصحاب الصفقات العمومية سلفية بدون إجراءات شكلية، وتسمى هذه السلفية "تسبيقا جزافيا" ويحدد مبلغ هذه السلفية 15% ب إذا كانت صاحبة الصفقة مؤسسة تابعة للقطاع العمومي و 10% في الأحوال الأخرى"²¹

والملاحظ أن القوانين القديمة كانت تعطي الأولوية والأفضلية للمؤسسات العمومية في التعاقد، كما نلاحظ من جهة أخرى أن التسبيقات أخذت عدة أشكال، وإن كان المعنى دائما هو "التسبيقات" لكن قد تسمى تسبيقا وقد تسمى سلفية حسب القوانين.

وإذا كانت القوانين القديمة قد اهتمت بالمؤسسات العمومية فإن القوانين الجديدة تهتم بالمقاول الأجنبي وتفضله عن بقية المتعاقدين وذلك بمنحه كل التسهيلات، هناك من انتقدها بأنها على الرغم من جودتها في الأوراق إلا

²⁰ - أنظر: المادة 1 من الأمر رقم 71-84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن تعديل المواد 62 و 87 و 89 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 107 الصادر في ديسمبر 1971 ، 1858.

²¹ - أنظر: المادة الثانية من المر رقم: 71-84 المرجع السابق، ص 1858-1859.

أنها تمنح الأفضلية للمتعامل الأجنبي على حساب المتعامل المحلي، ويعطي مثال فيما يخص ضمان المناقصات وهي القيمة التي يدفعها المقاول من أجل المشاركة في المناقصة والتي تقدر بحوالي 1% من قيمة العرض، وهو مجبر على إيداع هذه القيمة في بنك وطني أو الحصول على قرض في حين أن المتعامل الأجنبي يكفيه تقديم ورقة بأنه مضمون لدى بنك في العالم.

المبحث الثاني:

معايير تمييز العقود الإدارية و أهم أنواعها:

تلجأ الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها إلى طرق متعددة، وهي أعمال قد تكون من جانب واحد كالقرارات الإدارية، و قد تكون أعمالا من جانبين كالعقود الإدارية.

وعقود الإدارة العامة تنقسم إلى قسمين عقود تخضع لقواعد القانون الخاص وعقود تخضع لقواعد القانون العام، و تعطى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار نوع التعاقد الذي تراه ملائما لتلبية احتياجاتها و لكن ما هو العقد الإداري الذي يخضع لنظام القانون العام؟ وما هو المعيار المميز له عن غيره من قواعد القانون الخاص؟.

تنقسم معايير تمييز العقود الإدارية إلى قسمين، القسم الأول ويطلق عليه معيار العقود الإدارية بتحديد القانون والقسم الثاني يطلق عليه معيار العقود الإدارية بطبيعتها.

كما أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع وتعدد نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق، حيث كانت العقود الإدارية تنحصر في عقود الأشغال والتوريد والامتياز، بل ظهرت عقودا أخرى في مجالات مختلفة نظمتها قوانين مختلفة.

ونتناول الآن هذين الموضوعين في مطلبين، نخصص الأول لمعايير تمييز العقود الإدارية (المطلب الأول)، و

نعرض بعده مباشرة أهم أنواع العقود الإدارية(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

معايير تمييز العقود الإدارية:

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية ، فالعقود الإدارية يكون أحد طرفيها من أشخاص القانون العام و يختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري ، بينما العقود الخاصة يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الخاص، أو كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص و أن المنازعات التي تنشأ عنها تخضع للقضاء العادي و ليس القضاء الإداري.

و أن الإدارة في حد ذاتها تبرم العديد من العقود و من طبيعة مختلفة، و بالتالي لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، فهي عبارة عن مزيج من عقود القانون العام و عقود القانون الخاص، فالأولى تسمى بالعقود الإدارية و تخضع لأحكام القانون العام، أما الثانية تسمى بعقود الإدارة الخاصة و تخضع لأحكام القانون الخاص.

ومن المسلم به أن الفقهاء اختلفوا في تمييز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى وظهرت معايير مختلفة في هذا الشأن و تبعاً لذلك سأتناول في هذا المطلب دراسة تفصيلية متعمقة بشأن معايير تمييز العقود الإدارية، وكذلك

تقييم المعايير، وموقف المشرع الجزائري، وذلك وفقاً للترتيب الآتي: العقود الإدارية بتحديد القانون

(الفرع الأول) ، أحكام العقود الإدارية بطبيعتها(الفرع الثاني) ، تقييم المعايير و موقف المشرع الجزائري(الفرع

الثالث).

الفرع الأول:

العقود الإدارية بتحديد القانون:

العقود الإدارية بتحديد القانون هي العقود التي نص المشرع صراحة على اعتبارها عقودا إدارية، أو خول

صلاحية الفصل فيها للقضاء الإداري.

ومن أمثلة هذه العقود في فرنسا عقد الأشغال العامة وعقد بيع عقارات الدولة وعقد شغل المال العام²².

إن جذور التحديد التشريعي لبعض العقود الإدارية تعود إلى نهاية القرن الثامن عشر، ففي فرنسا صدرت

مراسيم حددت بموجبها بعض أنواع العقود وأخضعت لولاية قضائية خاصة، حيث صدر مرسوم أصبح بموجبه

عقد الأشغال العامة خاضعا لولاية مجالس الإقليم ثم لجأت الجهات القضائية بعد إنشاء مجلس

الدولة الفرنسي إلى توسيع فكرة (الشغل العام) وصيغت بمقتضاها أحكاما خاصة وأدخلت مع عقد الأشغال

العامة²³.

وأضفت مراسيم أخرى بعض العقود مثل عقود بيع أملاك الدولة عام 1790 وعقود القرض العام .

.1793

بيد أن التحول الأساسي في نظرية العقود الإدارية كان في عام 1903 وبالأخص في قضية

الإداري، "TERRIER" إذا قرر مفوض الحكومة بأن اختصاص القضاء يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير

المرافق قومية كانت أو محلية سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا²⁴.

إن نقطة التحول هذه تقوم على افتراض أن العقد يكون إداريا بطبيعته وليس بتحديد القانون مادام يتعلق

بنشاط مرفق عام، ومن هنا نشأت فكرة البحث عن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فالمشرع حينما ينص على

اعتبار عقد ما من العقود الإدارية، فإن ذلك النص لا يعني أنه أراد أن يحصر العقود المسماة المذكورة بالنص وإنما

أنظر: - 22

-LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif, 6e ed. Paris L.G.D.J 1973, P667.

-VEDEL (G.) droit administratif, 4 e ed , Paris , 1968. P212.

-VELLEY (S.), Droit administratif, 4e ed, Paris dalloze 2003, P 84.

-RICCI (C.J), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006, P213.

²³- أنظر: الجبوري خلف (محمود) ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة، ط1 ، الأردن، مكتبة دار

الثقافة للنشر والتوزيع، 1999 ، ص103.

1-أنظر:

LONG(M.), WEIL (P), op.cit , P.73.et S

أراد أن يذكر أمثلة لما يعتبر من العقود الإدارية، وهذا في الحقيقة ما يفسر الاجتهادات القضائية التي قام بها مجلس الدولة الفرنسي فيما بعد بتوسيع فكرة الشغل العام وإدخال عقود جديدة في مجال القانون الإداري استنادا إلى ذلك التوسع بالتفسير القضائي من باب القياس على نص قائم تارة ومن باب الابتداع العام تارة أخرى²⁵.

أما في مصر فإن العقود الإدارية تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها، ووفقا لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، ولا وفقا لإرادة المشرع.

وبذلك فإن المشرع قد نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر.

الفرع الثاني:

العقود الإدارية بطبيعتها:

اختلف الفقه و القضاء في تحديد العقد الإداري، غير أن الرأي الغالب فيهما يذهب إلى أنه العقد الذي يبرمه شخص إداري بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، و تنظيمه و تظهير فيه نيته بإتباع أساليب القانون العام²⁶.

نستنتج من هذا التعريف أن العقد الإداري يتضمن ثلاثة ضوابط هي:

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- إتباع أساليب القانون العام.

وقد ظهر اختلاف كبير بين الفقهاء حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه الضوابط ليكون معيارا مميزا للعقد

الإداري، حيث ذهب بعضهم إلى كفاية الضابط الأول.

²⁵- أنظر: الطماوي (سليمان)- الأسس العام و للعقد الإداري، المرجع السابق، ص51.

- أنظر: الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 51 .

-VEDEL (G.) , Droit administratif, op.cit, P204-205.

-RICCI (C.J), Droit administratif général, op .cit, P217²⁶

فاعتبروا جميع العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها عقوداً إدارية وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي، ونادى البعض الآخر بضرورة توافر الضابطين الآخرين لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، وهؤلاء هم أنصار المعيار الموضوعي، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول كفاية أحد هذين الضابطين ليكون هو المعيار المميز حيث قال فريق منهم بكفاية اتصال العقد بمرفق عام، ويرى الفريق الآخر كفاية تضمين العقد شروطاً استثنائية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وقد برزت في هذا المجال نظريات ثلاث:

الأولى: ترى أن معيار تمييز العقد الإداري هو هدف المرفق العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من خلال إبرام العقد، و الثانية ترى إضافة شرط آخر إلى معيار المرفق العام، وهو أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام و ذلك بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق أحكام القانون الخاص والثالثة ترى استبعاد فكرة معيار المرفق العام والاكتفاء بمعيار الشروط الاستثنائية، وسنبين هذه الضوابط في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى:

أن تكون الإدارة طرفاً في العقد:

تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط عند إضفاء الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفاً فيها و ذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص²⁷.

يترتب على ذلك استبعاد العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عن نطاق العقود الإدارية حتى لو حققت مصلحة عامة²⁸ غير أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر اعتبر بعض العقود التي يبرمها أشخاص القانون

الخاص عقوداً إدارية إذا ما أبرمت باسم ولحساب الإدارة و ذلك متى توافرت الشروط الأخرى وهي اتصال العقد بمرفق عام وتضمينه شروط استثنائية²⁹.

- IVELLEY (S.), op-cit, P) - أنظر

- ثروت (بدوي)، "المعيار المميز للعقد الإداري"، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع 3 و 4 ، ص 27 ص 120.

2- أنظر: ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 120.

²⁹- أنظر: لباد جمال الدين، "المعيار المميز للعقد الإداري"، مقال في مجلة قضايا الحكومة، س 8 ، 1964 ، ع 3

هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الإدارية وبالتالي القانون الإداري لأنه يترتب عليه اعتبار كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا، علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودها و بالتالي ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا.

الفقرة الثانية:

اتصال العقد بنشاط مرفق عام:

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرف بالعقد ليتصف بالصيغة الإدارية وإنما أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق أو من حيث يجب تنظيمه و تسييره³⁰.

وقد ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري انطلاقا من حكم بلانكو الصادر عن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عام 1873 والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية وجعل في نفس الوقت الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلق بمرفق عام.

كما جاء في حكم تيريه عام 1903 في تقرير مفوض الحكومة روميو مبدأ عاما وهو أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقي عامة أو محلية يكون عملية إدارية هي بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري.

إلا أن الحياة الإدارية لم تستقر على وضعها الأول، حيث وجدت الدولة نفسها مجبرة على القيام بالنشاط الصناعي التجاري بعدما كانت وظيفتها هي الدولة الحارسة، تحمي الأمن الداخلي والخارجي للمواطنين وتنظيم القضاء بين الأفراد، امتد نشاطها لإنشاء مرافق تقدم خدمات للجمهور، فظهرت إلى جانب المرافق الإدارية مرافق اقتصادية.

³⁰ - أنظر 92 -

WALINE (M.)- Précis de droit administratif, 1969, P 3 -

وبرز على إثر ذلك جدال حاد بين الفقهاء حول مدلول المرفق العام وأهميته بالنسبة للقانون الإداري، فنأدى فريق منهم بزوال مفهوم هذا المرفق أو أن أهميته أصبحت ثانوية في القانون الإداري بينما أعتبر الفريق الآخر ما حصل هو تطور في مفهوم المرفق العام³¹.

وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التمييز للعقد الإداري وارتبطت به فترة طويلة حتى كاد الفقه و القضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد، ولهذا وردت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي وأعتبرها مجلس الدولة في بعض أحكامه معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، و سار القضاء المصري على ذات المسلك عندما قال في حكم له صادر في 16 ديسمبر 1956 بأنه "تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة"³².

وأكدت ذات المسلك المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 2 مارس 1963 عندما قررت "بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة"³³.

أما الفقه الإداري فقد استقرت مهمته على أنه إذا كان شرط المرفق العام شرطاً لازماً وضرورياً لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة فإنه يكفي في هذا الصدد أن يؤخذ المرفق العام بأوسع معانيه أولاً محل للتنفيذ بنوع معين من المرافق العامة لاعتبار من الاعتبارات³⁴.

1- أنظر: عيسى (رياض)، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط 1976، 1 النجف، العراق، ص 61 وما بعدها .

32- أنظر: خير الدين عبد العزيز، "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، 05 ع

4 ص. مصر، 1961، س

2- أنظر: وصفي مصطفى كمال، "سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع 1971، ص 143 .

3- أنظر: الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 143.

4- أنظر: عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 68.

وهكذا فإن فكرة العقد الإداري- طبقا لهذا الرأي - لا تقتصر على المرافق الإدارية وإنما يجوز أن تلحأ إليها المرافق الأخرى الاقتصادية والتجارية، وعلى الرغم من اتفاق هؤلاء على ضرورة اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام وبعبارة أخرى هل يجب أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق العام على درجة معينة من المتانة؟

ظهرت في هذا الخصوص ثلاث نظريات يذهب كل منها إلى تعيين الدرجة التي تكون عليها هذه الصلة حتى يمكن إضفاء الصفة الإدارية على ذلك العقد³⁵.

وهذه النظريات هي: نظرية الهدف المباشر و نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام، و نظرية المرافق العامة بطبيعتها.

و بناء على ذلك قسمت هذه الفقرة إلى عدة نقاط، أتناول نظرية الهدف المباشر (أولا) ثم ناقشت نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام (ثانيا)، وعرضت في الأخير نظرية المرافق العامة بطبيعتها (ثالثا)، و ذلك على النحو الآتي:

أولا

نظرية الهدف المباشر:

ونادى بهذه الفكرة الأستاذ /مارك رجلاذ Marc Reglade إذ يرى أن العقود التي يكون من شأن موضوعها أن يحقق حالا ومباشرة غرض المرفق العام تعتبر عقودا إدارية، أما العقود التي لا يحقق موضوعها غرض المرفق العام بطريقة حالة ومباشرة فإنها تعتبر من عقود القانون الخاص ولو كانت نية الإدارة قد اتجهت إلى تحقيق غرض المرفق العام بطريقة غير مباشرة³⁶.

³⁶-أنظر :

-REGLADE(M.)de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.P 1924 P191

واستنادا إلى هذه النظرية يكون العقد إداريا إذا كان موضوعه يستهدف هدفا من أهداف المرفق العام لتحقيقه بصورة مباشرة.

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت للنقد من جانب أغلب الفقهاء، الذين لاحظوا أنها تتعارض مع أحكام القضاء و أنها قاصرة على وضع المعيار الصحيح للعقود الإدارية ولو أن موضوعها ليس مشاركة مباشرة في المرفق العام وبالعكس هناك عقود تستهدف غرض المرفق العام مباشرة أو تنفيذ المرفق العام ذاته، ومع ذلك يعتبرها القضاء عقودا مدنية إذا لم تتضمن شروطا استثنائية³⁷.

ثانيا:

نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:

وهذه النظرية التي استندت إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية السابقة على سنة 1956 تتضمن فكرتين تكفي كل منهما وحدها - في رأي بعض الفقهاء - لطبع العقد بالطابع الإداري، الأولى هي فكرة دوام المشاركة في المرفق العام و مؤداها أن العقود التي لا تتضمن إلا مشاركة مؤقتة أو عارضة في المرفق العام تعتبر من عقود القانون الخاص، إلا إذا وجدت شروط استثنائية وبالعكس فإن المشاركة الدائمة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد محل المنازعة، حتى ولو لم يتضمن العقد شروط استثنائية، ولهذا الفكرة مدى عام يشمل كل العقود.

VELLEY(S.), op-cit, P84 et s. - أنظر

والفكرة الثانية هي فكرة طبيعية الوظيفة، وهذه الفكرة تتضمنها الفكرة الأولى، فإذا كانت الوظيفة في المرافق العامة الصناعية والتجارية- بسبب طبيعتها - في تلك التي لا يمكن أن يعهد بها إلا إلى معاونين للإدارة مرتبطين معها بإحدى روابط القانون العام، فإن العقد في هذه الحالة يكون إدارياً³⁸.

إلا أن هذه النظرية أيضاً تعرضت للنقد من جانب الفقهاء، فيرى البعض أنه لا يصح اعتبارها أساساً يقوم عليه معيار العقد الإداري، إذ لا يمكن أن نتصور أن عقداً تبرمه الإدارة لا يمكن أن يكون بشكل أو بآخر وسيلة من وسائل تنفيذ المرفق العام كما لا يمكن أن نتصور أن عقداً تبرمه الإدارة لا يتضمن مشاركة من جانب المتعاقد في تنفيذ المرفق، هناك من الفقهاء من يرى أنه، يكفي أن نلاحظ أن هذه المشاركة في إدارة المرفق تكون في ذاتها شرطاً استثنائياً وتتضمن بالتالي تحقيق الضابط الثاني في معيار العقود

الإدارية، أي الشروط الاستثنائية، إذ من الواضح أنه لا توجد ولا يمكن أن توجد عقود مدنية تتضمن مثل هذا الشرط.

ثالثاً:

نظرية المرافق العامة الإدارية بطبيعتها:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقود التي تبرمها مرافق إدارية بطبيعتها تعتبر عقوداً إدارية، أما العقود التي تبرمها المرافق الأخرى غير الإدارية والتي تمارس أعمالاً مشابهة للأعمال التي يمارسها الأفراد أو الهيئات الخاصة فتعتبر عقوداً مدنية غير أن هذا القول لا يؤيده الواقع حيث توجد أحكام قضائية عديدة تشير بوضوح إلى أن المرافق العامة الاقتصادية هي عقود إدارية إذا تضمنت شروطاً استثنائية³⁹.

الفقرة الثالثة:

إتباع أسلوب القانون العام:

77: أنظر

¹ P 16 Mai 1952 cerbez, R.D.P. -C.E.

أنظر: C.E 8 December 1948 Pasteam RDP 1949 P75 note Waline S, 1949.

³⁹- أنظر: عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، الجزائر. د.م.ج 1985، ص 6-7.

يجب لاعتبار العقد إداريا أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام حتى وإن لم يتصل العقد بمرفق عام، أي أنه إذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن ذلك يكشف عن أن نية الإدارة قد اتجهت إلى إتباع وسائل القانون العام، وبالتالي فإن العقد يصبح إداريا بغض النظر عن صلته بالمرفق العام⁴⁰.

فالمعيار المعتمد من طرف القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اعتماد أسلوب القانون العام هو أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن لجأت الإدارة إلى استخدام سلطاتها وامتيازاتها، وضمنت العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود القانون العام، وإن لم تلجأ إلى ذلك فالمنازعة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري.

وبالتالي احتواء العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في العقود المبرمة من قبل الأفراد في نطاق القانون الخاص يعد العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى.

واشترط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات العامة التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ينبىء عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام⁴¹.

وتتمثل الامتيازات العامة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب، أو تنظيم حركة المرور أو غلق طريق أو التنفيذ المباشر أو توقيع عقوبات المتعاقد معها... إلخ.

هذا وقد حدد الأستاذ "Georges Vedel" الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود المبرمة من قبل الإدارة، كما يلي: العقوبات الموقعة من قبل الإدارة على المتعاقد معها، والشروط المنصوص عليها في القانون والمتعلقة بفسخ العقد من جانب واحد وسلطة الإدارة في إعطاء أوامر... إلخ⁴²

⁴⁰ - أنظر: الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

⁴¹ - أنظر: الحلو ماجد راغب، القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 565.

⁴² - أنظر: - VEDEL (G.), Droit administratif, op.cit, P 1 207 -

وقد استند هؤلاء لتبرير آرائهم على بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية و أحكام محكمة التنازع، حيث قرر حكم مجلس الدولة في 2 ديسمبر 1930 "... العقد الذي تعهدت بمقتضاه شركة معينة قبل الحكومة الفرنسية بتنفيذ طلب توريد طائرات لدولة أجنبية وفقا للشروط والأوضاع المحددة في دفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسية يعتبر عقدا إداريا نظرا لما تضمنه من شروط استثنائية مستمدة من دفاتر الشروط"⁴³.

الجدير بالذكر أنه لا يشترط تضمن العقد لعدة شروط استثنائية حتى يعد عقدا إداريا، وإنما يكفي احتواء العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام و أحكامه⁴⁴.

كما أنه لا يشترط أن يكون محل العقد مرفقا عاما، فالشروط الاستثنائية إدارية حتى ولو كان موضوع العقد لا يتعلق بمرفق عام⁴⁵.

وقد ناصر بعض الكتاب المصريين معيار الشروط الاستثنائية واعتبروه المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري على أساس أن هذا المعيار وحده هو الذي تترتب عليه نتائج قانونية والذي ينال عناية القاضي أثناء البحث، كما أنه عنوان السلطة العامة وتعبيرها في مجال العقود، ويضيفون إلى ذلك أن صلة العقد بالمرفق العام لم تعد لها أهمية، كما قيل أنها أصبحت مجرد عبارات لفظية لا تتضمن أي معنى حقيقي⁴⁶.

والأكثر من ذلك فقد حصل تطور كبير في طبيعة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري من خلال العقد الإداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الإداري، حيث لم يعد النظر إليها أنها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة وإنما هي في ذات الوقت تعتبر قيودا عليها، فهي سلطة منظمة وليست مطلقة⁴⁷.

الفرع الثالث:

⁴³ - أنظر : ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 137 .

⁴⁴ - أنظر : VELLE (S.), droit administratif, op-cit ,p85 -
⁴⁵ - أنظر : DUPUIS (G), JOSE (G) NEDON (M), CHRETIEN (P), Droit Administratif, 9e ed, Parsi, 2006, P240

⁴⁶ - أنظر : ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 143 .

⁴⁷ - أنظر : الجبوري خلف محمود، النظام القانوني للمناقصات العامة، المرجع السابق، ص 32 و 33 .

تقييم المعايير و موقف المشرع الجزائري:

إن الفقه و القضاء الإداريين لم يتوصلوا إلى معيار دقيق لتمييز العقد الإداري عن بقية العقود الأخرى، فالمعايير التي طرحت تنحصر في المعيار المادي أو الشكلي حيث يتحدد الاختصاص القضائي بصفة الأطراف في الدعوى وكلما كانت الإدارة طرفا في النزاع كان العقد إداريا.

لقد انهار المعيار أمام العديد من الأحكام القضائية التي أعلنت عدم تعميم الصفة الإدارية على جميع عقود الإدارة وإمكانية لجوء هذه الإدارة إلى قواعد القانون الخاص لإبرام عقودها وتنفيذها⁴⁸.

و بناء على ذلك سأقسم هذا الفرع إلى قسمين أعرض في الأول تقييم المعايير (الفقرة الأولى) و أتناول في القسم الثاني موقف المشرع الجزائري(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقييم المعايير

إن النقد العنيف الذي وجه لهذا المعيار يأتي من القضاء الإداري نفسه عندما استند على فكرة الوكالة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم باسم وحساب الإدارة⁴⁹.

يثير استعمال المعيارين الآخرين مناقشات رصينة، ولهذا يتساءل البعض حول صحتها، ففيما يتعلق بالمعيار الأول وهو معيار المرفق العام يبدو أنه واسع جدا، فالإدارة- عادة -تضع دائما نصب أعينها المرفق العام، فإذا فهمت هذه المهمة بطريقة واسعة جدا، فإننا سنصل لحد اعتبار كل العقود التي تجرئها الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن نتيجة كهذه هي غير صحيحة⁵⁰.

⁴⁸-أنظر: عيسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص58.

⁴⁹-أنظر: عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص46 .

⁵⁰- أنظر: محيو أحمد ،محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4،2006، ص351-352.

وقد أكد أنصار هذه النظرية بأنها عاجزة على ملاحقة تطورات وظائف الدولة نتيجة الأخذ ببعض مبادئ الاشتراكية والاقتصاد الموجه، مما أدى إلى زيادة حجم مجالات تدخل الدولة وتعدد نوعية الأنشطة التي تدخلت فيها.

وإذا كان هذا المعيار لازماً لتحديد القانون الإداري فهو غير كافي وحده لتقديم المعيار الصحيح، لأن الإدارة ليست ملزمة دائماً باستعمال وسيلة القانون العام لإدارة المرافق العامة، فقد ترى الإدارة أنه من الأوفق أن تدير هذه المرافق العامة وفقاً لأحكام القانون الخاص، فتتجرد من صفتها كسلطة عامة وتنزل إلى مستوى الأفراد وتتصرف كفرد عادي، فينطبق بشأنها هنا قواعد القانون الخاص، رغم اتصال نشاطاتها بالمرافق العامة.

وهل سيتجه القاضي لتفسير تنفيذ المرفق العام، بصورة أكثر تقييداً ويطلب إلى الفريق الثاني في العقد أن يشارك مباشرة في تنفيذ هذه المهمة، إن الاجتهاد حينئذ، وكما لاحظ ذلك الأستاذ فالين سيجر أكثر فأكثر إلى بحث صعب ومصطنع سيصل لتفريع المعيار الأصلي إلى رزمة من المعايير، فالمعيار الأصلي يميل ليصبح مفقوداً وتعريف العقد الإداري يصبح غير قابل للإدراك بدلاً من أن يوضح⁵¹.

كما أن المرفق العام ليس له من العناصر الثابتة التي تجعل منه نظاماً قانونياً أو أساساً قانونياً محدداً لفكرة العقد الإداري، خاصة إذا ما دققنا عناصر هذا المرفق العام التي ناقشها أنصاره سنجد أنها عناصر وهمية لأنها اعتمدت أساساً لا يمكن برهنتها أو تأكيد صحتها ولكونها استندت على مفاهيم نسبية ليس لها مضموناً علمياً أو عملياً⁵².

وهو الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول باستبعاد المرفق العام من أن يلعب أي دور في القانون الإداري، وهو رأي مبالغ فيه، ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي لا زال يلجأ إليه حتى وقتنا الحاضر كمعيار للاختصاص

⁵¹ - أنظر: WALINE (M.) , Le critère du contrat administratif en crise, P831.

⁵¹ - أنظر:

⁵² - أنظر: عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، المرجع السابق، ص 9

وكأساس للقانون الإداري، إلا أنه لم يعد شرطا كافيا لتطبيق القانون الإداري وتقدير اختصاص القضاء الإداري⁵³.

وبناء على ذلك انتقل بعض الفقه الإداري إلى اختيار الشروط الاستثنائية لإثبات إدارية العقد الذي تبرمه الإدارة، وقد ناصر بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر هذا المعيار، غير أن النقد الشديد

الذي يوجه إليه هو أن القضاء نفسه لم يتمكن من وضع نظرية متماسكة ومحددة لفكرة الشروط الاستثنائية، وأن أغلب أحكامه اكتفت بالإشارة فقط إلى احتواء العقد مثل هذه الشروط دون أن تحدد مدلولها أو تبين مقوماتها وعناصرها⁵⁴.

وهناك من يرى انحطاط معيار البند غير المؤلف ويستنتج بعد دراسة لاجتهاد البرهان على أن هذا البند لا يجلب إلى العقد إلا عنصرا إضافيا من القانون العام، وأنه لا يمكن أن يكون العلامة الخاصة لوصف العقد بأنه إداري، وذلك لأن نظام كل عقود الإدارة، ومن بينها عقود القانون الخاص تحتوي دائما موادا مخالفة للقانون المشترك.

الأمر الذي جعل هذا المعيار عاجزا أمام تحديد الصفة الإدارية للعقد رغم محاولات الفقه في معاونة القضاء بهذا الخصوص، غير أنها محاولات باءت بالفشل وواجهت نقدا عنيفا لتناقضها ولغموض عناصرها، ولصحة هذا المعيار لجأ أنصار هذا المعيار - ليس إلى تحديد المفهوم القانوني الدقيق لهذه الشروط - وإنما إلى عرض صور عنها وبيان أنواعها، مع ذلك لم يتمكن هؤلاء من حصر جميع هذه الشروط بل بقيت على سبيل المثال فقط ولا يمكن أن تشكل معيارا دقيقا للعقد الإداري⁵⁵.

³- انظر DELAUBADÈRE (A), op-cit, P:53.

¹- أنظر: عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 79.

²- أنظر: عيسى رياض نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، مرجع سابق، ص 7-8.

مما تقدم يمكن التأكد على أن المعايير التي أعمدها القضاء الفرنسي والمصري وناقشها الفقه الإداري هي معايير لم تثبت صحتها نظريا أو عمليا؛ لأنها استندت على أسس غير محددة واشتملت عناصر غير دقيقة، بل إن هذه المعايير أصبحت أكثر غموضا عندما نجد أن الاختلاف حولها لم يقتصر على النطاق المحلي الفرنسي أو المصري وإنما امتد إلى الدول الأخرى ذات النظام القانوني المزدوج، ففي ألمانيا الغربية نجد هناك خلطا بين العقد والعمل الإداري حيث يعتبر نزع الملكية للمنفعة العامة عقدا إداريا⁵⁶، في حين يوصف هذا التصرف القانوني بأنه عمل من أعمال السلطة العامة في فرنسا⁵⁷، كما أن التزام المرافق العامة يعتبر نموذجا للعقد الإداري في فرنسا، وهو علاقة قانونية خاصة في ألمانيا، ويعتبر عملا إداريا من جانب واحد في إيطاليا⁵⁸، ويعتبر عقد التوريد في فرنسا عقدا إداريا وهو من التصرفات المالية التي تخضع إلى قواعد القانون المدني في ألمانيا⁵⁹.

وإذا كانت هذه الدول قد أقرت بوجود العقود الإدارية من حيث المبدأ فإنه يوجد اتفاق تام فيما بينها على مضمون هذه العقود وعناصرها⁶⁰ ففكرة المرفق العام التي قامت على أساسها هذه العقود في فرنسا اعتبرها الفقه الألماني فكرة نسبية بحتة وواسعة للغاية إضافة إلى كونها غامضة، أما الشروط الاستثنائية التي اعتبرها بعض الأحكام القضائية الفرنسية عنصرا أساسيا لتحديد العقد الإداري، لذلك نجد أن ما يعتبر عقدا إداريا في فرنسا قد لا يعتبر إداريا في ألمانيا⁶¹.

1- أنظر: ستينوف، "نظرية العقود الإدارية والقانون الاشتراكي"، مجلة القانون العام والعلوم السياسية 1966 ص 241.

2- أنظر: فحمة عبد الباقي، "نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 2، ع 1، بغداد، 1978، ص 169.

3- أنظر: ستينوف، المرجع السابق، ص 141.

4- أنظر: نفس المرجع، ص 141.

58- أنظر: عيسى رياض، العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكيين، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1979، ص 300.

2- أنظر: ستينوف، المرجع السابق، ص 245.

نستنتج مما سبق أن الفقه والقضاء واجها صعوبات كثيرة في تحديد عناصر العقد الإداري وفي تمييزه عن بقية العقود الأخرى، حيث حاول الفقه جعل بعض هذه العناصر المعيار الأساسي في تمييز العقد الإداري مستبعدا في نفس الوقت بقية العناصر، وإن كان الإجماع على أن معيار تمييز العقد الإداري يقوم على العناصر الثلاث المشار إليها سابقا وهي:

- أن تكون الإدارة طرفا فيه.

- أن يتصل بمرفق عام.

- أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وأشارت أحكام القضاء إلى ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لتحديد ماهية العقد الإداري: و في باين ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها: "..... وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف - أي العقد - إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة.

فالشخص الإداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناط احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام - وإن كانت شرطا لازما - فإنها ليست مع ذلك بكافية، فلم يعد المرفق وحده هو المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود الإدارية بمعناها القانوني الصحيح التي تبرمها جهة الإدارة وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها أيضا جهة الإدارة وتخضع لأحكام القانون الخاص، العبرة إذن بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقودها من

أسلوب القانون العام ليتخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد⁶².

وتقول المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أيضا: " إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري".

الفقرة الثانية:

موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير:

المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعايير المادية أو الموضوعية في تحديد الاختصاص، ولكنه أخذ بمعيار شاعت تسميته في الفقه بالمعيار العضوي، لأنه يقوم على تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي تحدد اختصاصات الغرف الإدارية، حيث حددت المادة السابعة 07 من قانون الإجراءات المدنية هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر وهم: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وذلك بنصها على أنه " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيما كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها..."⁶³.

كما أخذ القانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بالمعيار العضوي وذلك بنصه في المادة 800 على أنه " المحاكم الإدارية هي الجهات الولاية العامة ي المنازعات الإدارية، و تختص في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية او البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"⁶⁴.

- أنظر: محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة 5 بتاريخ 09/12/1956، س11، بند 50، ص77. ⁶²
⁶³ - أنظر: المادة 7 من الأمر رقم 66-154، مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ط3 الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص4.
⁶⁴ - أنظر: المادة 800 من قانون إجراءات المدنية و الإدارية، النص الكامل للقانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، الجزائر ، منشورات بيرتي، 2008، ص 189.

وبناء على ذلك فإن المعيار الذي أخذ به المشرع في المادة 7 من قانون ق إ م إ والمادة 800 منه الجديد هو معيار عضوي يعتمد على أطراف النزاع، أي الجهة التي يصدر منها للتصرف محل النزاع.

ومؤداه أن ينظر إلى العمل من حيث السلطات التي أصدرته والإجراءات التي أتت في إصداره دون الأخذ بعين الاعتبار موضوع العمل، فكل تصرف صادر من الإدارة أتت فيه أساليب القانون العام يعتبر تصرفا إداريا مهما كانت طبيعته، وتختص بالفصل في منازعاته جهة القضاء الإداري وتطبيق في شأنه قواعد القانون الإداري.

كما أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 حددت- على سبيل الحصر -الأشخاص المعنوية العامة وهم الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

علما بأن المادة 2 من المرسوم رقم 02-250 أخذت بالمعيار المادي والموضوعي معا، وذلك بنصها على المؤسسات الخصوصية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية.

وهو ما أخذ به المشرع المصري في أحكام المادة الأولى من قانون المناقصات يعمل بأحكام القانون المرفق بشأن تنظيم المناقصات « والمزايدات، حيث نصت على أنه والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات، ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية⁶⁵

⁶⁵ - أنظر: المادة الأولى من القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر الصادر في 8 ماي، سنة 1998، ص 1 .

² - أنظر :

-Article 2 du Décret N°2001 -210 du 7 Mars 2001, portant code des marchés publics J.O, N°571 du mars 2001, P3.

كما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية، وذلك بنصه على أنه تطبيق أحكام هذا القانون على الصفقات المبرمة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية ذات الصيغة التجارية الصناعية والجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية⁶⁶.

وبصفة عامة، كلما كانت الجهة الإدارية حاضرة في عقد ما، فإن القاضي المختص هو القاضي الإداري، إلا أنه لا يطبق بالضرورة قواعد القانون العام، فلكي يحدد القانون القابل للتطبيق يتساءل عما إذا كان العقد أجرى في ظل قواعد القانون الإداري ليقوم بتطبيقه أو في ظل قواعد القانون الخاص، وعندما تجري الإدارة العقد وفقا لأحكام قانون الصفقات، فإن هذا القانون هو الذي يطبق بشكل طبيعي، ولكن إذا جرى العقد خارج إطار هذا القانون، فإن على القاضي حينئذ أن يبحث عن القواعد التي يمكن تطبيقها عليه، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يصادف بعض الصعوبات في التكيف ويتساءل عن المعايير التي ينبغي تطبيقها، وإن كانت هذه الحالات نادرة في الحياة التطبيقية⁶⁷.

المطلب الثاني:

أنواع العقود الإدارية:

سبقت الإشارة إلى أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق، هذا، ومن الأمور الجديدة بالرصد تنوع العقود الإدارية، وازدياد مجالاتها لتشمل - إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام - عقودا جديدة مثل: العقود المالية المتعلقة بالقرض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين... الخ⁶⁸

وأن هذا التنوع دليل على اقتناع الإدارة - في عالمنا - بأن أسلوب القهر والأمر والعقاب - الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة، هو أسلوب غير ناجح في مجال الأنشطة الاقتصادية، وثبت أنه من الأفضل - لإتمام منجزات

⁶⁷ - أنظر: محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص354.

⁶⁸ - أنظر :

- MAHIOU (A.), Cours d'institutions administratives, 3eme éd, , Alger, OPU, 1981, P233.

² - أنظر: الشراوي سعاد، "تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الاتفاق والمكافأة"، مجلة الأمن والقانون الصادرة بدبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 2، يونيو 1995، ص231.

³ - أنظر : المادتين 11 و 12 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المشار إليه سابقا، ص5.

وتشيدات واستغلال الطاقات الفكرية - اللجوء إلى أسلوب المكافأة عن طريق عقد اتفاق مع الأفراد والشركات تلتزم فيه بإنجاز عمل مقابل مكافأة تحفزها على العمل والابتكار والإتقان والإنجاز⁶⁹.

وإذا رجعنا إلى أحكام المادتين 11 و 12 من قانون الصفقات العمومية نجد انه يمكن للإدارة العامة إبرام صفقة واحدة أو أكثر لتحقيق هدف معين خاص بالتسيير أو الاستثمار، كما أن الصفقات العمومية تشمل إحدى العمليات الآتية أو أكثر اقتناء لوازم، إنجاز الأشغال، تقديم الخدمات، إنجاز الدراسات⁷⁰.

وفيما يلي سنأخذ فكرة عن أهم العقود الإدارية وهي عقد الأشغال العامة وعقد الامتياز (الفرع الأول)، وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وعقد المساهمة (الفرع الثاني)، وعقد القرض العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول

عقد الأشغال العامة ، و عقد الإمتياز:

أولاً: عقد الأشغال العام

هو عقد من أهم العقود الإدارية، يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول قصد إنجاز أشغال محددة⁷¹.

وعرفت محكمة القضاء الإداري عقد الأشغال العامة في حكمها الصادر في 23 ديسمبر 1956 بأنه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد⁷².

وعرفته الدكتورة سعاد الشرقاوي بأنه العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، ويكون الأمر متعلقاً بإدارة مرفق عام يؤدي خدمة أو يسد حاجة عامة، أو يتضمن العقد شروطاً استثنائية خارقة

1- أنظر:

-R.ALLAND, RENÉ ALLARD, Le droit administratif de l'expropriation et des marchés detravaux publics, 3eme éd, Paris, 1974, P139.

⁷²- أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري ، جلسة 1956/12/23 ، المجموعة ، سنة 11 ، ص103 ، و جلسة 1956 /03/06 ، المرجع السابق ، السنة5، ص690.

للسريعة العامة، كما عرفت عقود الأشغال العامة بأنها عقود يلتزم بموجبها المقاولين في مواجهة الإدارة بتنفيذ أشغال عامة متعلقة بالعقارات مقابل مبالغ مالية متفق عليها⁷³.

وعرفه الأستاذ سليمان الطماوي بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد⁷⁴.

أما في فرنسا فقد نصت المادة الثانية من المرسوم رقم 2001-210 المؤرخ في 07 مارس 2001 المتضمن قانون الصفقات العمومية على أنه: "تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات المبرمة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية والصناعية، التجارية، والجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية.."⁷⁵.

الجدير بالملاحظة أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تشابه وتتطابق مع نص المادة الثانية من المرسوم الفرنسي رقم 2001-210 المتضمن الصفقات العمومية من الناحية الشكلية والموضوعية.

كما أن النتيجة العملية الهامة التي تترتب على تكييف العقد بأنه عقد مقاول، أو عقد أعمال عامة هي تطبيق التنظيم القانوني لعقود المقاولات، وهي في مصر قانون رقم 9 لسنة 1973، وقد نص في قانون الخاص بإصدار قانون بتنظيم المناقصات والمزايدات في المادة الأولى منه على أنه "تسري أحكام قانون المرافق على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الخاصة بإنشائها"⁷⁶.

-MAHIOU (A.), op.cit,p234.

⁷³-أنظر:

⁷⁴- أنظر: الطماوي سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 133 .

-Article 2 du décret N°2001-210. op.cit, P 3

²-

³- أنظر :المرجع السابق، ص238.

وفي الجزائر نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة باتخاذ مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة... »⁷⁷.

من خلال التعريف القضائي والفقهني والقانوني لعقد الأشغال العامة نستطيع استخلاص العناصر الأساسية التالية: أن يكون الشخص المعنوي العام طرفا في العقد، أن ينصب محل العقد على عقار، وأن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة. وتبعاً لذلك سوف نحاول دراسة هذه العناصر في الفقرات التالية :

الفقرة الأولى: أن يكون الشخص المعنوي العام طرفا في العقد:

بمعنى أن الأعمال محل العقد يجب أن تتم لحساب شخص معنوي عام، سواء كانت مملوكة له، ملكية عامة أو خاصة، أو لم تكن مملوكة له، ويعد من الأشغال العامة ما يجري من أعمال على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة، إذا كانت الأعمال تجرى لحساب شخص معنوي عام، كأن يكون ما آل العقار إليه بعد إتمام الأعمال أو بعد مدة من إتمامها، وبطبيعة الحال تعد الأعمال من قبيل الأشغال العامة إذا كانت تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه.⁷⁸

والملاحظ أن صلة الشخص المعنوي العام بالأعمال التي تتم على عقار تأخذ صور متعددة والصورة الغالبة في ذلك هي الأشغال العامة التي تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه.

الفقرة الثانية: أن ينصب محل العقد على عقار:

⁷⁷ - أنظر: المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، والمتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع 62، الصادر 9 نوفمبر 2008، ص 6.

- أنظر: محمد رفعت (عبد الوهاب)، مبادئ و أحكام القانون الإداري، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 505.⁷⁸

لا بد أن ينصب محل العقد على عقار ومعنى ذلك أن الأعمال محل العقد تهدف إلى إحداث تغييرات في العقار ذاته، كأعمال البناء والحفر والهدم والإصلاح أو الترميم والصيانة، أما إذا انصبت الأعمال محل العقد على منقولات مهما كانت أهميتها وقيمتها، فإن العقد يخرج عن نطاق عقود الأشغال العامة.

بالتالي لقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى إضفاء وصف الأشغال العامة وعقد الأشغال العامة على الأشغال التي تقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون الخاص ولصالحهم عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقا عاما الصالح العام، كمنشآت الدولة في إعادة تعمير ما خربته الحرب⁷⁹.

الفقرة الثالثة: أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة:

يتعين أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق منفعة عامة، ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام، أو عقار مخصص لمرفق عام ولهذا فإن من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرفق العام، لأن الغاية منها هي تحقيق مصلحة المرفق التي تحقق النفع العام في نهاية المطاف⁸⁰. ومنه فإن عقد الأشغال العامة متصل اتصالا وثيقا بالعقارات حيث بموجبه يلتزم المتعهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت لحساب الشخص المعنوي العام مقابل أجر متفق عليه في العقد.

ثانيا: عقد الامتياز

هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة - على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز⁸¹.

617. T.C. 28 mars 1955 rec 617. ضد اتحاد التعمير Effiminieff حكم النزاع في قضية: أنظر⁷⁹ -

⁸⁰- أنظر: المرجع السابق، ص 505.

81- أنظر - 234MAHIU (A.), op.cit, P .

و أنظر: الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 108.

كما يعرف بأنه اتفاق يكلف بمقتضاه شخص عام شخصا آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافآت محددة،

تحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق...⁸².

إذن عقد الامتياز هو اتفاق قانوني بين طرفين هما المرخص له والمرخص لتحديد الشروط التي يتم بموجبها منح الامتياز وتنفيذ المشروع كما يتضمن هذا الاتفاق كلا من الحقوق والالتزامات على كل طرف وتمثل هذه الاتفاقية إرادة الطرفين، ويلتزم كل منهما بينود وشروط عقد الامتياز. وباعتباره عقدا إداريا يستمد أحكامه من قواعد القانون العام بصورة أساسية مما يجعله مستقلا بقواعده، فلا تطبق عليه قواعد العقد المدني وبمقتضى ذلك تحتفظ الإدارة بسلطة التحكم في استمرار سريانه أو فسخه بإرادتها المنفردة كجزاء لعدم وفاء المتعاقد بالتزاماته أو لدوافع المصلحة العامة، وبالمقابل يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض ما لحقه من أضرار نتيجة اعتداء الإدارة على حقوقه التعاقدية، عقد الامتياز عقد ذو طبيعة خاصة يتميز بأنه يخول شخص عادي حق الحلول محل الإدارة في تسيير مرفق عام في البداية اعتبر هذا العقد من عقود القانون المدني، تأسيسا على أنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وبين أحد الأفراد أو إحدى الشركات، حيث تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة على أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يجوز لأحد أطراف العقد أن يعدل في هذه الشروط إلى بموافقة الطرف الآخر، بمعنى أنه بمجرد إقرار العقد من جهة الإدارة يمتنع عليه أي تعديل فيه إلا بموافقة المتعاقد معها. ولكن تبين - فيما بعد - خطأ هذا الرأي، فالعقد محله إدارة مرفق عام ويخضع لقواعد أساسية خاصة، أهمها حق الإدارة في تعديل شروط تنظيم سير المرفق في أي وقت، وهذا ما يتعارض والقول بأن العقد شريعة المتعاقدين (مدني)، ويترتب عليه تعطيل هذه القواعد الأساسية الواجب تطبيقها على جميع المرافق، وأهمها ضرورة التعديل والاستمرار في أداء الخدمة.

هذا وقد نص المشرع الجزائري على أحد أنواع عقود الامتياز في المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم

⁸² - أنظر: الشرفاوي سعاد، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003 ، ص88.

89 - 01 المؤرخ في 15 جانفي 1989 ، الذي يضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في

احتكار الدولة للتجارة الخارجية كما يلي:

" امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط

التي يخضع لها أصحاب الامتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة "83.

الفرع الثاني:

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وعقد التعهد و الدراسة بخدمة الدولة

أولاً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ومعناه أن شركة المشروع تقوم ببناء مرفق عام وتشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك تنقل ملكيته إلى الدولة المضيفة،

وهي فكرة ليست جديدة تماماً، فقد كان أول تطبيق لهذه العقود منذ ما يزيد عن قرن من الزمان يتمثل في عقد

التزام قناة السويس وقد أبرم لتسعة وتسعين عاماً⁸⁴.

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عبارة عن مجموعة من العقود المختلفة والمتعددة الأطراف وهم شركة المشروع

والجهة الإدارية المتعاقدة.

فالطرف الأول في عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو الجهة الإدارية، وهي الوزارة أو إحدى الوحدات التابعة

لها، أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أما الطرف الثاني في العقد هو شركة المشروع

التي تلتزم بأن تبني وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبجالة جيدة.

على أن يتم ذلك عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التي تتم في إطار العقد الرئيسي بين الشخص العام وبين

متعاقدين آخرين، ويعتمد نجاح هذا العقد في تحقيق هدفه على ترابط وتكامل هذه العقود وعدم تعارضها، فلكل

⁸³ - أنظر: المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 89 - 01 المؤرخ في 15 جانفي 1989 ، المتعلق بكفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز

في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية ، ع 3 ، 1989، ص 70-.

⁸⁴ - أنظر: نصار جابر جاد، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 85.

عقد من هذه العقود دور يؤديه حسب ما ينص عليه العقد الرئيسي والتعاقدات اللاحقة به ومن ذلك بالإضافة إلى شركة المشروع التي أسسها المستثمرون والتي تلتزم أساسا بالبناء والتشغيل ونقل الملكية، الاستشاري الذي يجري الدراسات والمقاول الذي يتولى تصميم وإنشاء الأعمال، والمهندس الذي يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومورد المعدات ومورد الوقود والكهرباء وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك التي تقوم بتوفير التمويل اللازم وغير ذلك، وفي هذا النطاق قد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا أنه يبقى ضرورة أن تعمل هذه التعاقدات الجانبية نحو تحقيق هدف العقد الأصلي هو بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى، إلى الجهة الإدارية .

ويعتبر نظام العقد أهم هذه الآليات التي لاقت قبولا وتأييدا ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى⁸⁵.

وعلى ذلك فإن هذه العقود إنما يرجع ظهورها أساسا إلى فكرة اقتصادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية⁸⁶.

على أن اللجوء إليها في إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامية التي تعاني من اضطراب في موازنها العامة، وإنما هو أيضا وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظرا لمزاياها الاقتصادية الكثيرة، فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية، كما أنه يؤدي إلى تخفيض الإنفاق الحكومي ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية⁸⁷.

⁸⁵ - أنظر: رشدي صالح عبد الفتاح صالح: دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل، تحرير محمد متولي، 2001، ص 123 .

⁸⁶ - أنظر: عبد الباقي سامي أبو صالح، البنين التعاقدية لمشروعات البوت بحث مقدم إلى الدورة التدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001 .

⁸⁷ - أنظر: نصار جابر جاد، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 93.

ذهب البعض إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي من عقود الإدارة العامة التي تخضع منازعاتها للقانون الخاص، ذلك أن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطا استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين.

فمثل هذه العقود لا تقبل تمييز الإدارة بالسلطات التي تميزها في العقود الإدارية ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هي عقود تعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطا استثنائية، فإذا كانت الدولة أو الجهة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب القانون العام التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي طرفها أجنبي على اعتبار ان سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، ومن ثم يجب أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبيا⁸⁸.

وقد ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري في فرنسا أما في مصر فإن هذا العقد يعتبر عقدا مدنيا يخضع لقواعد القانون المدني وليس عقدا إداريا، على سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإداري في القضاء الإداري في مصر عنه في فرنسا .

ففي حين يشترط القضاء الإداري في مصر توافر معايير ثلاثة لذلك، وهي: أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتضمن شروطا غير مألوفة، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بأحد هذه العناصر، لإصباغ الصفة الإدارية على العقد الإدارية. ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطا استثنائية،

فإن العقد يكون مدنيا في مصر وإداريا في فرنسا نظرا لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة

الإدارية طرفا فيه⁸⁹.

⁸⁸ - أنظر :

-Le BOULANGER (Ph), Les contrats entre l'états et les entreprises étrangères, ed, economica, 1985, P229.

⁸⁹ - أنظر:

SAMY (ABDEL BAKI), Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T, Thèse, 2000, Paris, P262-266.

ثانيا: عقد التعهد بالدراسة وخدمة الدولة:

لقد اتسع نطاق استعمال الأسلوب التعاقدى حيث لم يعد قاصرا على المجال الاقتصادى كعقود الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد الامتياز وعقد النقل... إلخ، بل شمل مجالات مختلفة أذكر منها مجالات التسليم والعمل وبصفة خاصة عقد التعهد بالدراسة وخدمة الدولة وهو عقد يلتزم بمقتضاه الطالب بأن يخدم الحكومة مدة معينة بعد إتمام الدراسة، وأن يرد جميع ما تكبدته الجهة الإدارية من نفقات عليه في حالة إخلاله بالالتزام.

وعلى ذلك فإن عقد التعهد بالدراسة وخدمة الدولة هو عقد إداري يتعلق بإدارة مرفق عام ويتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بحيث أنه يخضع لقوانين ولوائح المؤسسة التعليمية التي يلحق بها كما يخضع لقوانين تنظيم سير العمل للجهة التي سيعمل بها، ويترتب على ذلك التزامان هما الالتزام بالاستمرار في الدراسة والالتزام بقبول العمل بعد انتهاء الدراسة، والالتزام بتعويض ما أنفق على تعليمه وتدريبه في حالة عدم الوفاء بالالتزامين الأولين.

التزام المتعهد الذي أحل بالتزاماته بأداء كامل الالتزام البديل هو كامل النفقات التي أنفقت على تعليمه أو تدريبه مهما كان قد أوفى بمعظم مدة الخدمة المطلوبة منه بعد تخرجه، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأنه لا وجه للقول بإنقاص الالتزام البديل مقابل ما يكون قد أمضاه المتعاقد من مدة بخدمة المرفق.

وأساس ذلك أن الالتزام الأصلي محله مدة محددة سلفا وليس لمدة تستقل كل منها عن الأخرى تتكون من مجموعها المدة المتفق عليها، ومؤدى ذلك أنه متى تحقق الإخلال بالالتزام الأصلي لسبب يرجع إلى فعل المتعاقد فلا تبرأ ذمته إلا بأداء الالتزام البديل وهو كامل النفقات التي أنفقت على تعليمه وتدريبه⁹⁰.

ولضمان تنفيذ الالتزام وتسديد كل النفقات التي أنفقت على تعلم الطالب وتدريبه تنص عقود التعهد أو القرارات المنظمة لمدارس ومعاهد إعداد المرشحين لبعض الوظائف على وجوب تقديم كفيل يضمن تنفيذ التعهد وسداد النفقات.

⁹⁰- أنظر: حكمه في الطعن رقم 3364 لسنة 27 ق بجلسة 15/12/1985 (مجموعة س31 رقم2، ص11)، و حكمها في الطعن رقم 973 و لسنة 15 ق في جلسة 15/09/1975 (مجموعة س 20، رقم65، ص202).

علما بأن توقيع والد الطالب القاصر أو الوالي أو الوصي على التعهد بالتفرغ للدراسة إنما هو توقيع نيابة عن الطالب، ولا يعد بذاته من قبيل الكفالة لسداد نفقات الدراسة، هذه الكفالة التي تتطلب لقيامها توقيع الوالي أو الوصي أو غير بصفته الشخصية إقرار بضمان تنفيذ التعهد الأصلي⁹¹.

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أنه إذا كانت طالبة قد وقعت إقرارا بالالتزام بالخدمة لمدة خمس سنوات بعد تخرجها وقد وقع إلى جانبها والدها بصفته وليا طبيعيا على كفيته القاصر ولم يتضمن التعهد الذي وقعه كل منهما ما يفيد كفالته لها: ينبغي القول بأن توقيعه ينطوي على تضامنه في أداء الالتزام وكفالته في أداء المبلغ المطلوب، وأساس ذلك أنه تطبيقا لأحكام المادة 772 من القانون المدني المصري يجب أن يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين رضاء واضحا لا غموض فيه، وعلى ذلك ينصرف اثر التعهد في هذه الحالة إلى ابنته وحدها، ذلك أن الولاية نوع من أنواع النيابة القانونية تحل فيه إرادة الوالي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير⁹².

والجدير بالملاحظة أن عقد التعهد بالدراسة وخدمة الدولة عقد غير مكتوب في الكثير من الحالات ذلك لأن طرق الاختيار لشغل الوظائف العامة الإعداد الفني في مدارس أو معاهد خاصة تنشئها الإدارة لهذا الغرض بغية تهيئة الفرد لأن يكون صالحا لشغل بعض الوظائف بتمكينه من الإحاطة بواجبات الوظائف التي ستناط به وبأساليب أداء أعمالها، وهو ما ينعكس على طبيعة هذا الإعداد، وقد وجد الكثير من المعاهد والمدارس المتخصصة التي تعد من يلتحق بها لوظائف معينة، وتلتزم الحكومة بتوظيف خريجها، كما يلزم هؤلاء الخريجون بخدمة الحكومة مدة معينة، ومثال ذلك مدرسة الصيارف والمحصلين، والمدرسة الثانوية للبريد، وغيرها، يشترط دائما في العقد الإداري أن يكون مكتوبا وبموجب هذا العقد يلتزم الطالب بكافة الالتزامات التي فرضتها تلك اللوائح⁹³.

⁹¹ - أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 973 لسنة 15 ق بجلسة 1975/02/15 (مجموعة س20، رقم 65، ص202)

⁹² - أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية لسنة 11 ق بجلسة / 25 / 01 / 1975 مجموعة س 20 ، رقم 52 ، ص 155.

⁹³ - أنظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 821 لسنة 106 ق بجلسة 21 / 6 / 1975 مجموعة س 20 رقم 133، ص 452.

يتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد عينيا وبأوصافها الواردة في العقد وبالشروط التي تقررها الإدارة والتي وافق عليها كل من الملتزم والكفيل ولا يعفى من هذا الالتزام إلا في حالة القوة القاهرة أو في حالة الحادث الفجائي.

وبناء على ذلك إذا انقطع الطالب عن الدراسة أو لم يقيم بالعمل لغير عذر مقبول أو فصل لسبب تأديبي فإنه يلتزم مع كفيله برد جميع ما أنفقته جهة الإدارة في تعليمه، وأن فصل الطالب لعدم أداء الرسوم المقررة والمصروفات الإضافية تعتبر بمثابة انقطاع عن الدراسة لغير عذر مقبول لأن هذه الرسوم والمصروفات إجبارية وعدم أدائها يرتب بصفة حتمية فصل الطالب من المدرسة، وأن احتجاج ولي أمر الطالب بقره يجعل أداء هذه الرسوم الإجبارية مستحيلا، وأنه حادث طارئ بعد التعهد، مستحيل الدفع، غير ممكن التوقع طبقا للقاعدة العامة في المسؤولية العقدية⁹⁴.

وقضى بالنسبة لتعهد الطالبة بعدم الزواج أثناء اشتغالها بالتدريس قبل مضي مدة معينة بعدم اعتبار الزواج عذرا مقبولا يبرر الإعفاء من هذا الالتزام، فعدم استطاعة الجمع بين العمل وواجبات الحياة الزوجية لا يبرر إسقاط المسؤولية، إذ من المخالفات الصريحة للقانون أن يتخذ الإنسان من عمله مبررا أو عذرا للإخلال بالتزاماته⁹⁵.

وقضى بأن تكرار الرسوب ليس عذرا مقبولا لا يعفي من المسؤولية عن الإخلال بالالتزام وليس دليلا على عدم استعداد الطالب لهذا النوع من التعليم⁹⁶.

كما أن ارتكاب العامل مخالفة أدت إلى فصله من الخدمة وعدم استمراره في العمل المدة المقررة، لا يعفيه من المسؤولية، ولا يقبل منه التذرع بأن جهة الإدارة هي التي تسببت بقرارها إنهاء خدمته في جعل وفائه بهذا الالتزام مستحيلا، فهو الذي حال بتصرفه الخاطئ دون استمراره في العمل والوفاء بالتزامه، وبالتالي يكون قد أخل بالتزامه ويحق للإدارة التعويض، وقضى بأن تطوع الطالب في الجيش لا يعد سببا مقبولا للإخلال بالتعهد بالمواظبة على

⁹⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن، رقم 968 لسنة 8 ق بجلسة 13 /04/ 1963 مجموعة س 8، رقم 96، ص 1031.

⁹⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2469 لسنة 6 ق بجلسة 1963/04/20.

⁹⁶ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن، رقم 641 لسنة 15 ق في 1974/05/18.

الدراسة، والقول بغير ذلك قد يدفع بأي مدين إلى التطوع في الجيش تنصلا من الوفاء بالتزامه ويصبح من ثم هذا الشرط وسيلة.

الفرع الثالث: عقد القرض العام

هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأشخاص الخاصة أو العامة مبلغا من المال للدولة أو أحد أشخاص القانون العام مقابل تعهدتها بتسديد مبلغ القرض مع فائدة بالشروط والآجال المحددة⁹⁷.

ومن العقود التي نص القانون الفرنسي على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها عقود القرض العام تبرمها السلطة المركزية، و لذا اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى إضفاء الصفة الإدارية على عقود القرض التي تبرمها الدولة باعتبارها عقودا إداري بتحديد القانون أما عقود القرض التي تعقدتها الهيئات المحلية فقد اعتبرها القضاء عقودا إدارية أو من عقود القانون الخاص بحسب توافر أو عدم توافر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية فيها طبقا للمعايير التي وضعها القضاء للعقد الإداري، على أن القضاء قد اتجه بعد ذلك إلى عدم إضفاء وصف العقد الإداري على عقد القرض العام، سواء قروض الدولة أو قروض الهيئات المحلية، إلا في الحالات⁹⁸ التي تبث فيها لهذه العقود الطبيعية الإدارية بحسب الخصائص المميزة للعقد الإداري.

ملخص الفصل

إن العقد بصفة عامة هو توافق الإرادتين على خلق و إنشاء إلتزام متبادل فيجب أن يقوم العقد بين الإدارة و المواطن على شروط مستوفاة قبل التعاقد و لا يجب أن يتجاوز أي طرف هذه الإلتزامات إلا و اعتبر العقد ملغى

97

-:234MAHIOU (A.),op.cit, P -

نظر: الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، ط1 ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 ، ص46 ،وخالد خليل الطاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، ط1 ، عمان، دار المسيرة، 1997 ، ص254 .
2- أنظر: البنا (محمود عاطف)، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، 2005، ص126-127.

أو باطل و من خلال هذه العملية تهدف الدولة إلى تسيير مرفقها العام بطريقة قانونية و تعزيز علاقاتها مع المواطن لإنماء المشاريع الإقتصادية.

و عقد الإمتياز نوع من أنواع عقود الإدارية ، و هو أحد أساليب كلاسيكية في تسيير المرافق العامة، وهو كأى تصرف قانوني، يؤتي آثاره خلالها، و يكون منطقيا و تكون للعقد نهاية، تنتهي بها حياة العقد، و هذا ما سوف نتناول في الفصل الثاني بإعتبار عقد الإمتياز من أشهر العقود الإدارية.

الفصل الثاني
عقد الإمتياز الإداري

تمهيد الفصل الثاني:

يعتبر عقد الامتياز أحد الأساليب المعتمدة لتشجيع الاستثمار في الجزائر و هو يُعبّر عن تطوّر وظيفة الدولة

من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة في شتى الميادين خاصة الاقتصادية منها و يبقى عقد الامتياز في مجال

العقارات الصناعية وسيلة حديثة لتنفيذ السياسة الاستثمارية أحدثتها الدولة لتنمية اقتصادها الوطني و وضعت في سبيل إنجاحه شروطا و إجراءات قانونية و أجهزة تسهر على تنظيمه.

و عليه فإن تطوير الاستثمار في هذا المجال ، لا يعتمد فقط على وضع شروط و كفاءات لمنح الامتياز و منح الدولة للحقوق و الامتيازات للمستثمرين ، بل يتطلب وضع منهج قانوني كامل يقضي بتنظيم عقد الامتياز من بدايته لنهايته ، تبسيط التدابير ، التسيير العقلاني لهذه الثروة المتمثلة في الذمة العقارية و ذلك على أساس تقييم موضوعي و دقيق ، خاصة بعد فشل السياسات السابقة في تحقيق أهدافها و استمرار الاعتداء على الأراضي أملاك الدولة و تقليص مساحتها في ظل غياب ميكانيزمات رقابة فعالة و تذبذب النصوص القانونية و عدم استقرارها.

وهنا نقف في دراستنا لهذا الموضوع أمام أهمية عقد الامتياز و دوره في تشجيع الاستثمار و ذلك عن طريق التعمق في جميع الجوانب المحيطة بعقد الامتياز من شروط و إجراءات آليات الحماية المكرسة قانونيا لذلك ، و من هنا يُثار التساؤل حول مدى فعالية آلية عقد الامتياز في تشجيع الاستثمار و باعتباره نوع من أفضل العقود الإدارية.

الفصل الثاني : عقد الامتياز الإداري

يعتبر عقد الامتياز الإداري من العقود غير المسماة التي تيرمها الإدارة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإبرام تصرفات قانونية في شكل عقود مسماة أفردتها المشرع باسمها الخاص و نظامها القانوني المميز الذي يحكمها في إطار ما يسمى بالصفقات العمومية.⁹⁹

كما تقوم بإبرام عقود تلبية للمنفعة العامة إلا أنها غير مسماة، لم تحظ بعناية و اهتمام المشرع، إلا ما صدر عنه في نصوص خاصة متفرقة. و قد اهتم كلا من الباحثين: " محمد أمين بوسماح "، " رحال بن أعمار "، " شريف بن ناجي "

الذين وضعوه موضع العقد الإداري كتصرف من التصرفات الإدارية الثنائية الجانب، و أعتبر ثاني نموذج للعقد الإداري بعد الصفقات العمومية.

و عليه سنناول في المبحث الأول (ماهية عقد الامتياز الإداري) و في المبحث الثاني سنتطرق إلى (إجراءات منح عقد الامتياز و تكييفه).

المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز الإداري

⁹⁹- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بمرسوم رئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر عدد 14 الصادر بتاريخ 06 مارس 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج.ر عدد 34 الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012 ج.ر عدد 04 الصادرة بتاريخ 26 يناير 2012، والمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج.ر عدد 02، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013.

بالرغم من اعتماد الجزائر على نظام الامتياز كأسلوب من أساليب التسيير الحديثة، بعد تزايد الحاجات العامة للجمهور و عجز السلطات العامة في الدولة على تلبيتها، فضلا عن افتقارها للخبرة المفروضة في مختلف المجالات، إلا أن هذا العقد لم يكن عند المستوى المطلوب من التنظيم و الترتيب¹⁰⁰.

وقد أدى إلى صدور العديد من القوانين التي تحكم هذا النوع من العقود تبعا لبعض المرافق القطاعية، إلى ظهور نوع من الفراغ أو التناقض في مختلف الأحكام التي تنظمه، كونها تتباين من قانون إلى آخر تماشيا، و المرافق الذي أصدرت في شأنه، و بالتالي غياب نص تشريعي جامع و مانع للأحكام يعتمد عليه لتنظيم ما قد يعقد من اتفاقيات بخصوصه ما يفرض علينا التطرق إلى مختلف القوانين القطاعية التي نظمته للتعرف به و إن أجمعت مختلف هذه القوانين على اعتباره تصرفا قانونيا ثنائي الجانب، إلا أنها اختلفت في ضبط ما يقوم عليه من أركان و خصائص تميزه عن غيره من العقود و ما يستدعي التعرض لها (المطلب الأول)، ، أما في ما يخص شرط منحه (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

¹⁰⁰ - بن علية حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 03، الجزائر سنة 2009، ص 117

لقد تبنت الجزائر نظام الامتياز بعد الاستقلال إلا أنه عرف تذبذبا لتأثره بمختلف الأنظمة التي مرت بها الدولة، ليعود و يكرس بنهج جديد كوسيلة ليبرالية لتسيير المرافق العامة، وتخصص له بعض النصوص، و هذا النوع من العقود " الحديثة " في الجزائر، حيث أن اعتماده مؤخرا تم على وجه مغاير لما كان عليه. ونظرا لأهميته فقد تعددت تعاريف عقد الامتياز الإداري¹⁰¹ ما بين تعاريف فقهية و نصوص قانونية إضافة للتعريف القضائي و هذا ما سنتطرق إليه .

الفرع الأول: التعريف التشريعي و القضائي و الفقهي لعقد الامتياز الإداري

أولا :

رغم نص القوانين المتعلقة بالبلدية والولاية صراحة على أسلوب الامتياز كطريقة استثنائية للتسيير إلا أنها أغلقت تقديم تعريف له، والذي تطور بتطور المرافق التي اعتمده في تسييرها و المراحل التي مرت بها الدولة الجزائرية، فليس هنا أي تعريف جامع مانع له مما استدرك بعض القوانين القطاعية التي اعتمده كطريقة للتسيير، للتوصل إلى أهم العناصر المكونة له.

أ) تعريف عقد الامتياز الإداري في مفهوم القوانين المتعلقة بالمياه:¹

في قانون المياه لسنة 1983 عرفت المادة 21 منه " يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية.

- أما قانون المياه لسنة 2005 المادة 101 منه تطرقت لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه دون تعريف عقد

الامتياز، ولكن بالرجوع للمادة 76 من نفس القانون والمتضمنة النظام القانوني لامتياز واستعمال الموارد المائية

¹⁰¹ - القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج.ر عدد 60، الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 2005 المعدل و المتمم

بالقانون رقم 03/08، المؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر عدد 04، الصادر بتاريخ 27 جانفي 2008، والقانون 02/09، المؤرخ في 22

جويلية 2009، ج.ر عدد 26، الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

نجدها عرفت عقد الامتياز كمايلي: " يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص...¹⁰² .

ويتوقف منح امتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة و صاحب الامتياز لدفتر الشروط حسب المادة 78 من هذا القانون.

و بهذا يكون هذا القانون كرس الامتياز بجز كبير، بعدما كان مخلولا للأشخاص الاعتبارية فقط إلى جانب القوانين المتعلقة بالمياه ، تناولت قطاعية أخرى تعريف عقد امتياز.

ب) تعريف عقد الامتياز في مفهوم المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة:¹

يخضع طريق انجاز الطرق السريعة وملحقاتها و تسييرها و صيانتها و أشغال تهيئتها أو توسيعها لمنح الامتياز حسب المادتين الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 308/96 والمتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ، و يمكن منح امتياز الطرق السريعة لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص ، الذي يقدم طلبا بذلك وفق تعليمات دفتر الشروط النموذجي ، و يكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدول و الملتزم .

و تضيف هذه المادة الثالثة من نفس المرسوم أنه يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة ، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين بالداخلية المالية و الطرق السريعة.

¹⁰² - المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55، الصادر بتاريخ 25

و بهذا يكون هذا المرسوم أطلق من مجال إبرام عقد الامتياز الإداري أمام الأشخاص العامة أو الخاصة ، الخاضعة للقانون العام أو الخاص ، الوطنية أو الأجنبية على حد سواء ، وهو ما يخدم و يعزز فرص إبرامه و نسب الإقبال عليه.

(ج) تعريف عقد الامتياز في مفهوم القانون 03/10 ، الذي يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة :¹⁰³

تناولت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون 03/10 ، يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة الواردة تحت عنوان شروط و كفاءات منح الامتياز، عرف عقد امتياز إداري كمايلي¹⁰⁴ : " الامتياز هو العقد الذي تمنحه الدولة بموجبه شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعي في

صلب النص (المستثمر صاحب الامتياز) ، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة كذا الأموال السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (40) سنة ، قابلة للتجدد مقابل دفع أتاوة سنوية ، تضبط كفاءات تحديدها و تحصيلها بموجب قانون المالية "

حسب هذا التعريف تتخلى الإدارة ممثلة في الدولة ، الولاية أو البلدية عن إدارة المرفق العام لصالح المتعاملين الخواص من أفراد أو مؤسسات خاصة ، و بالتالي استبعاد الأشخاص العامة لأن تكون طرفا في عقد الامتياز الإداري ، كما أن الأموال اللازمة لإنجاز المشروع يتحملها الملتزم و يقدم المنتفعون عوضا مقابل ما يتحمله الملتزم من نفقات متخصصة لإدارة المرفق و بالتالي توفير الخدمات .

¹⁰³ - القانون رقم 03/10، المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 20 أوت 2010.

2- المرسوم التنفيذي رقم 483/97، المؤرخ في 15 ديسمبر 1997، يحدد كفاءات منح حق الامتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، وأعبائه و شروطه، ج ر عدد 83، الصادرة في 17 ديسمبر 1997.

¹⁰⁴ - القانون رقم 03/10، المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 20 أوت 2010.

ومن خلال التعاريف التي تطرقنا إليها و المستمدة من بعض القوانين القطاعية نتوصل إلى أن هناك تعريف ضيق لعقد الامتياز الإداري و تعريف موسع ، فالتعريف الضيق يحد من إمكانية إبرام العقد مع فئة قليلة ذلك بوضع شروط كما سبق و أن تعرضنا له.

بينما التعريف الموسع يطلق من إمكانية عقد الامتياز الإداري مع أي شخص كان سواء طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما ، وطنيا أو أجنبيا.

ثانيا: التعريف القضائي لعقد الامتياز الإداري

تعرض مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه لتعريف عقد الامتياز فجاء فيه: "حيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنحه بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه".

و من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة قد اعترف صراحة بالطابع الإداري و العام لعقد الامتياز، بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فيما تعلق بسلطة أو حق الرجوع.

كما تطرقت محكمة القضاء الإداري المصرية لتعريف عقد الامتياز الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 كمايلي : "... ليس إلا عقدا إداريا ، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية و طبقا لشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، و ذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلاءه على الأرباح.

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة و موضوعه إدارة مرفق عام ، و لا يكون إلا لمدة محدودة و يتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية و يتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين.¹⁰⁵

¹⁰⁵ - جابر جاد نصار، دار النهضة العربية، القاهرة، د س، ص 72-73

ثالثا: التعريف الفقهي لعقد الامتياز الإداري

اهتم الفقه بتحديد مفهوم و تعريف عقد الامتياز الإداري نظرا لدوره الفعال في توفير الخدمات العامة للجمهور، خاصة أنه عقد غير مسمى في الجزائر، و إن لم يكن كذلك في غيرها من الدول .

فعرفه جانب من الباحثين في الجزائر أمثال الدكتور (ناصر لباد) أنه : "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية ، بموجبه شخصا طبيعيا (فردا) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (البلدية) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله، و متحملا مسؤوليته الناجمة عن ذلك ، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد ، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق".¹⁰⁶

كما عرفه الأستاذ (كريستوف فواسي) : "أنه ذلك العقد، الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام ، حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار".

يلاحظ أن هذا التعريف لم يوف عقد الامتياز الإداري حقه ، حيث أنه لم يتعرض للمقابل المالي الذي يتحصل عليه الملتزم ، خاصة و أنه العنصر الأهم بالنسبة لهذا الأخير، فضلا عن تجاهله لمدته ، رغم أنها عنصرا هاما و جوهريا ، لما تلعبه من دور فعال في بلوغ أهداف الملتزم ، و المتمثلة في استعادة ما كلفه المشروع من تكاليف دون غرض النظر عن تحقيق جانب من الربح الذي يسعى إليه.

و يعتبر عقد الامتياز الإداري من أشهر العقود المسماة في بعض البلدان مثل مصر وقد عرفه الدكتور (سليمان محمد الطماوي) على أنه: "عقد، الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية ، و يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق و بين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات اللباد ، الجزائر سنة 2006، ص 212

¹⁰⁷ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، سنة 1999، ص 108

حصر هذا التعريف محل عقد الامتياز الإداري في المرافق العامة الاقتصادية فقط، و بالتالي لأن تكون محلا لعقد الامتياز الإداري، كما أنه يمكن أن يمنح فقط للأشخاص الخاصة من أفراد و الشركات دون الأشخاص العامة.

كما تطرق أيضا لتعريف هذا العقد الأستاذ (جوال كريبا جو) ، و استوفاه جميع العناصر الضرورية التي يتطلبها، حيث جاء في تعريفه أن امتياز المرفق العام، "هو تلك الاتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى "مانح الامتياز" ، بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى "صاحب الامتياز" ، لضمان تسيير المرفق بكل مخاطره و تحت رقابة السلطة المانحة للامتياز، و يتلقى أجره متمثلا في الإتاوة المقدمة من طرف المستعملين ، مقابل خدمة التي استفادوا منها، و يتكلف صاحب الامتياز كذلك بإنجاز المنشآت الضرورية لتوظيف و عمل المرفق".

كما عرفه الأستاذ (مروان محي الدين القُطب) أنه : "عقد إداري ، إن امتياز المرفق العام هو عمل إداري ينتج عنه التزامات متبادلة، من ناحية أخرى. فهذا الأخير ملزم بتشغيل المرفق العام طوال مدة الامتياز و السلطة المانحة ملزمة بتمكينه من تشغيل المرفق العام، و من الحصول على البدلات من المستفيدين و هذا يعني أن امتياز المرفق العام هو عقد ملزم للطرفين و يتضمن التزامات متبادلة"¹⁰⁸

وإن تباينت هذه التعاريف حسب وجهة النظر كل فقيه حسب وجهة نظر كل فقيه، و حسب قدرتهم الصياغية ، إلا أنها لا تخرج عن مفهوم الفكرة التي مفادها ، أن عقد الامتياز الإداري هو اتفاق بين الإدارة المختصة أحد الخواص (فردا أو شركة) ، على إدارة أحد المرافق العمومية، و يتحمل الملزم نتائج ربحا كان أم خسارة ، نفقة أم دخلا.

¹⁰⁸ - مروان محي الدين القُطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة- bot -تفويض المرفق العام، الطبعة الأولى،

- أطراف عقد الامتياز الإداري

لا يختلف عقد الامتياز الإداري عن غيره من العقود الإدارية أو المدنية باعتباره رابطة قانونية تنشأ من خلال تطابق إرادتي المتعاقدين على إنشاء التزامات متبادلة، أو منحصرة في جانب واحد. فعقد امتياز الإداري و إن تمتع بخصائص أفردته عن غيره من العقود، إلا أنه لا يعدو أن يكون مجرد علاقة قانونية بين طرفين (أولاً)، يستلزم إبرامها مجموعة من الأركان تحت طائلة البطلان (ثانياً).

فعقد الامتياز الإداري رابطة أو علاقة تنشأ بتوافق إرادتين متطابقتين، فهو ليس بتصرف إنفرادي يتخذه الشخص العام استناداً إلى ما يتمتع به من سلطات استثنائية، أو ما يمنحه له القانون من صلاحيات، في ذات وقت لا يعبر عن وعد من جانب واحد، أو التزام يقع على أحد أطرافه، إنما عقد أو علاقة ثنائية الجانب تجمع بين طرفين، الإدارة المانحة للامتياز والملتزم¹⁰⁹.

(أ)- الإدارة المانحة للامتياز:

تمثل الإدارة المانحة للامتياز الطرف الأول في عقد الامتياز الإداري، و تمثل في الشخص العام الذي يمنحه القانون صلاحية إبرام العقد.

فمن خلال التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها، يتمثل الشخص المعنوي الدولة، أو الولاية أو البلدية.¹¹⁰

(ب)- اختيار صاحب الامتياز: أو ما يسمى الملتزم

نصت المادة 15 من القانون رقم 11-11 التي عدلت الفقرة الأولى من المادة 03 من الأمر رقم 04-08 على انه "...يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك

¹⁰⁹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 110.

¹¹⁰ - التعليمات الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

لاحتياجات مشاريع استثمارية ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها.²

ونستنتج من نص المادة أن منح الامتياز يقتصر فقط على طريقة واحدة وهي التراضي وألغى منح الامتياز عن طريق المزاد العلني . وهذا هو الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري، وهو القانون الساري المفعول، بخلاف التشريع السابق الذي نص على طريقتين لمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني ومنح الامتياز عن طريق التراضي³ وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 03 من الأمر رقم 04-08 على انه " يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية.

إذا قارنا بين المادتين نجد أنهما مختلفتان في كون المادة الجديدة تعتمد على منح الامتياز بالتراضي فقط وبدون معايير ، أما المادة القديمة تعتمد على منح الامتياز بطريقتين: التراضي كاستثناء، وبمعايير أو المزاد العلني كقاعدة.

كما أن في مفهوم القانون 12/05 المتعلق بالمياه، نجد أن صاحب الامتياز أو الملتزم قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، خاضعا للقانون العام أو الخاص. و بالتالي منح إمكانية لأي شخص أن يكون طرفا في عقد الامتياز الإداري، دون أن يشترط فيه جنسية معينة، و بالتالي فتح المجال أمام الوطنيين و الأجانب على حد السواء ما يجعل من هذا العقد في مفهوم هذا القانون (امتياز استعمال الموارد المائية)، قد يكون عقدا وطنيا أو دوليا.

الفرع الثاني: أركان عقد الامتياز الإداري و خصائصه

عقد الامتياز الإداري أحد أهم العقود التي تبرز الأشخاص العامة طرفا فيها، لما يساهم فيه من دور فعال في تمثيل هذه الأخير في تلبية الحاجات العامة للجمهور، ويعتبر رابطة قانونية يتفق فيه الطرفان، الإدارة المانحة للامتياز متمثلة في شخص معنوي العام و الملتزم، ما يحتم استناده إلى مجموعة من الأركان تثبت قيامه و تكوينه، ما يجعله ينفرد بخصيصة من السمات التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى المدنية أو الإدارية، و التي تجعل منها عقدا قائما مستقلا بذاته

أولاً: أركان عقد الامتياز الإداري

ينشأ عقد الامتياز الإداري من توافق إرادتي السلطة المانحة للامتياز و الملتزم، من خلال تبادل الإيجاب و القبول (أ)، الذي ينصب على إدارة و استغلال مرفق معين (ب)، يفترض قيامه على سبب معلوم و مشروع (ج)، و الرضائية كافية لتكوين العقود كمبدأ عام و أصيل.

لكن عقد الامتياز الإداري ينحرف عن هذه القاعدة نظراً لما يستلزمه من وثائق و إجراءات لعملية إبرامه، ليتطلب بذلك قاعدة أخرى أو ركناً مكملًا لما هو معمول به أصلاً و هو الشكلية (د).

أ/ - الرضا

يعتبر الرضا الكن الأول في عملية تكوين العقود، و يقصد به تبادل الإيجاب و القبول بين المتعاقدين المزمعين، على نحو مطابق لأثار قانونية.

و يملك المتعاقد مع الإدارة سلطة القبول، التي يفهم منها مشاركته في تحديد شروط العقد التي تتجلى من خلال تفاعله الخاص مع الشروط التي حددتها الإدارة، و المبادرة الرئيسية في هذا التكوين تتجسد في حاجات المرفق العام و ضروراته، التي هي القوة الدافعة و الحقيقية لتحريك عملية تعاقدية¹¹¹.

و هذا فيما يخص الشروط التعاقدية فقط، دون أن يمتد إلى الشروط التنظيمية التي تحدد انفرادياً عن طريق القوانين و اللوائح، و عليه كل رابطة تعاقدية تقوم بين إدارة و متعاقد معها ضمن مجالات التي تنفرد القوانين و اللوائح التنظيمية تكون باطلة¹¹².

على غرار عقود القانون الخاص، فإن صحة الرضا في عقد الامتياز الإداري تستلزم ما تصح به العقود الخاصة، من أهلية و حلوها من العيوب¹¹³.

¹¹¹ - مفتاح حليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية،

الإسكندرية، 2008، ص 297.

¹¹² - مهنا مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

2005، ص 63.

وإن كانت الأهلية في القانون المدني مفروضة لصحة إبرام العقود المدنية يفهم منها بلوغ الشخص السن التاسعة عشر كاملة¹¹⁴، فإن الأمر على خلافه إذا ما تعلق الأمر بأهلية الشخص العام الذي يتعاقد باسم المصلحة العامة، و التي يقصد منها صلاحية السلطة الإدارية لإبرام العقد الذي تقبل عليه، مثل الوالي فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للعقود التي تبرمها البلدية.

و تتمركز العقود الإدارية منها عقد الامتياز، في إبرامها و تنفيذها في المرتبة الوسطى بين العقود المدنية و عقود الإذعان، إذ لا يمكن إسناد عقد الامتياز الإداري إلى فكرة عقود الإذعان بعناصرها و ضوابطها، في الوقت حينه احتواء عقد الامتياز على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، يحول دون اعتباره عقدا رضائيا خالصا.

ب/- المحل

ينصب عقد الامتياز الإداري على إدارة مرافق عام، يراعي فيه أن يكون مرفقا قابلا للتفويض¹¹⁵، حيث لا يجوز مثلا تفويض المرافق التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها، كما هو الحال بالنسبة لمرفق البوليس، و أن يقتصر محل العقد على إدارة واستغلال المرفق لا نقل ملكيته.

وعليه فإن عملية تفويض التسيير في عقد الامتياز الإداري لا تؤدي إلى خصخصة المرفق، حيث تحتفظ الإدارة بسيادتها عليه، و ما للملتزم إلا حق استغلاله لمدة محددة.

¹¹³- جورج قودال، بيير دلقولقيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، جزء الأول، المؤسسة

الجامعية الجديدة للنشر و التوزيع، 2001، ص343

¹¹⁴- المادة 40 من الأمر 58 /75، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، المرجع السابق، أنظر أيضا المادة 86 من القانون 11/84، المؤرخ في 2005/02/27، ج ر العدد 24، الصادر بتاريخ 1984/06/12، المعدل و المتمم للقانون رقم 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، متضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر العدد 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.

¹¹⁵- براهيمي فضيلة، مداخلة تحت عنوان: تسيير المفوض للمرافق العامة معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار، الملتقى الوطني حول: السير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 و 08 أفريل 2011، ص 01.¹¹⁵

و عادة ما يكون محل عقد الامتياز الإداري مرفقا اقتصاديا، ذلك أن صاحب الامتياز شخص يسعى إلى تحقيق الربح، و المعيار المحرك للقطاع الخاص كونه الطرف الثاني الغالب في مثل هذه العقود، فهو يوظف أمواله في إنشاء المرفق و إدارة حركته بقصد الحصول على ربح معقول من وراء هذه العملية، فلهذا لا يمكن تصور قبول الملتزم إدارة أحد المرافق التي تقدم خدمات بالجان للجمهور مثل مرفق القضاء أو الدفاع، في وقت ذاته لا تتجرأ الإدارة على تفويض تسيرها كونها مرافق حساسة جدا، لا يمكن للفرد تسيرها. رغم أن ليس هناك ما يمنع أن ينصب عقد الامتياز على إدارة مرفق عام إداري¹¹⁶.

فالإضافة للرضا و المحل لابد و أن يكون لعقد الامتياز سبب يدفع أطرافه للتعاقد.

ج/- السبب

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الدافع الباعث للتعاقد، وفي عقد امتياز المرافق العامة سبب التزام الإدارة المانحة للامتياز تبرره اعتبارات المصلحة العامة، و النفع العام من خلال توفير وتقديم و إشباع الحاجات العامة للجمهور ، التي تتباين تبعا للمرافق المسيرة عن طريق التفويض في صورة امتياز في حين سبب التزام الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة هو تحقيق أقصى ربح ممكن ، خاصة و أنه غالبا ما يكون من الخواص و هو ما يبرر سببه و سعيه هذا.

ج/- الشكل

الأصل في عملية إبرام العقود "مبدأ الرضائية" ، حيث يقوم العقد و يرتب آثاره القانونية بمجرد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، ما لم يفرض القانون بعض الإجراءات أو الشكليات و إفراغه في قالب معين، و بالتالي تجاوز الأركان المعهودة في الإبرام من رضا، محل سبب لتكتمل بالركن الرابع و هو الشكلية .

و بالتالي تعتبر الشكلية ركن استثنائي في عملية إبرام العقود لا تتوقف عليها هذه الأخيرة إلا إذا استلزمها القانون، كما هو الشأن مثلا في عقود البيع لما تستلزم من عمليتي التسجيل و الإشهار، أو كما هو الحال في عملية إبرام

¹¹⁶ - مخلوفي باهية، مداخلة تحت عنوان: تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام ، الملتقى الوطني، حول: التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، المرجع السابق، ص 08.

الصفقات العمومية حيث تنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، يتضمن الصفقات العمومية ، المعدل المتمم "الصفقات العمومية مكتوبة" ¹¹⁷ .

من جهته عقد الامتياز الإداري كونه ينصب على نقل إدارة أحد المرافق العامة من الدولة إلى الملتزم لفترة مؤقتة محددة في العقد، فيتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد و ضمان أداء الخدمة، التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة و يجب على الملتزم التقيد بها إذا رضي بالتعاقد ¹¹⁸ ، و عليه عقد الامتياز الإداري من صميم العقود المكتوبة بطبيعتها ¹¹⁹ .

و غالبا ما تكون العقود الإدارية بصفة عامة مكتوبة كون الإدارة العامة عادة ما تفضل التعامل بالشكل الكتابي و الشكل الكتابي لا يعد شرطا لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الامتياز الإداري.

ثانيا: خصائص عقد الامتياز

من خلال التعاريف السابقة الذكر لعقد الامتياز يتبين لنا أنه يتميز بجملة من الخصائص والمميزات التي نوجزها في مايلي:

- عقد شكلي

لقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الامتياز هو عقد شكلي وهذا ما نصت عليه المادة 17 من يكرس الامتياز الممنوح ...، بعقد إداري تعده إدارة أملاك - المرسوم التنفيذي 09-152 الدولة مرفقا بدفتر الشروط معد طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم وتحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز يجب ان يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع ¹²⁰ .

- المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، يتضمن الصفقات العمومية، المرجع السابق. ¹¹⁷

عمار بوضياف، دور عقد امتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية و القطاع الخاص، المرجع سابق، ص 177. ¹¹⁸ -
عمار عوابدي، القانون الإداري ، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
2007، ص 213. ¹¹⁹ -

¹²⁰ - المرسوم التنفيذي 09-152 يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة. والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، مرجع سابق ، ص 15

ويرى أحد فقهاء القانون الإداري الأردني أن " عقد الامتياز هو عقد شكلي يحتاج إلى توثيقه، لأن هنالك حقوق والتزامات تترتب على عاتق طرفيه، كما أن دفتر الشروط هو وثيقة مكتوبة .

وبالتالي بالنظر لأهمية هذا العقد فالكتابة شرط جوهري فيه لدرجة أنه لا يمكن تصور وجود عقد امتياز غير مكتوب لأنه يحتاج إلى شكليات لإبرامه منها موافقة السلطة صاحبة الصلاحية في الإبرام¹²¹ .

ولقد عرفت المادة 324 من التقنين المدني الجزائري العقد الرسمي على أنه " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه¹²² .

- عقد يرتب حق الانتفاع

نصت المادة 844 من التقنين الجزائري التي منحت حق الانتفاع إلى المستثمر الذي يتعاقد مع إدارة أملاك الدولة على أنه " يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم او بمقتضى القانون¹²³ .

أما نص المادة 20 من دفتر الشروط النموذجي المطبق على منح الامتياز بالتراضي التي تنص على انتفاع صاحب الامتياز فوراً بمجرد تسلمه عقد الامتياز على أنه:

"تجسد عملية حيازة القطعة الأرضية الممنوحة وبدء الانتفاع منها من المستفيد من منح الامتياز عن طريق محضر يعده المدير الولائي لأملاك الدولة¹²⁴ .

وتنص المادة 20 من القانون 08-14 على أنه " يستفيد مسير المرفق العمومي أو صاحب الامتياز مع مراعاة أحكام المادة 64 مكرر أعلاه والمادة 69 مكرر أدناه من حق استعمال الملك التابع للأملاك الوطنية

¹²¹ - علي خطار الشطناوي: مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، المطبعة الجامعية الأردنية، سنة 1996 ، ص

.207

¹²² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 26 سبتمبر سنة 1975

¹²³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المرجع نفسه

3- القانون رقم 08-14 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، المرجع السابق.

المخصص لهذه المصلحة وفق غرض تخصيصه ولفائدة المصلحة العمومية، ويحق له الانتفاع به دون سواه والاستفادة من نتائجه وتحصيل الأتاوى من المستعملين.

إذا يتحصل صاحب الامتياز على حق الانتفاع بالوعاء العقاري أي الأرض المراد انجاز المشروع الاستثماري عليها ولا يمكن التصرف في الأرض لأنها ملك للدولة.

- عقد زمني طويل المدة

نصت المادة 03 من دفتر الشروط على أنه " يمنح الامتياز لمدة أذناها ثلاثة وثلاثون 33 سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة¹²⁵ .

وبذلك فهو يتميز بطول المدة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد ويراعى في ذلك أن تكون مدة الامتياز كافية لتغطية نفقات المشروع وذلك للسماح للملتزم بقدر معقول من الربح.

المطلب الثاني: إجراءات منح عقد الإمتياز

إن معالجة طرق منح الامتياز و كفيئتا ذك يعد من بين المواضيع الهامة ذلك أن المشرع حددها بشكل دقيق في الأمر رقم 04-08 في المواد 3،5،6،7 و القانون رقم 11-11 في المادة 15 التي عدلت السابق الذكر كما بين المشرع مرا حل إبرام عقد الامتياز و التي لا تقل أهمية عن صيغ منح الامتياز رغم عدم تحديدها بشكل دقيق في القانونين السابقين بسبب تطرق النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالاستثمار بتوضيحها و تنظيمها بما يضمن فعالية عقد الامتياز و سيتم دراسة هذا المراحل و الكيفيات بكل دقة و عليه أوجب علينا التوقف عند كل نقطة قد يثور نزاعا بشأنها و تحديدها من أجل التطرق إليها و تقديم الحلول الكفيلة لها.

إن اختيار طريقة إبرام عقد الامتياز يعود للإدارة إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بحيث يجب اختيار طريقة الإبرام بصورة ملائمة للأهداف المرجوة منه و تعلييل ذلك عند كل رقابة تمارسها السلطة المختصة و

¹²⁵ - نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق التراضي للقطع الأرضية التابعة

، للأملك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 27 المؤرخة في 06 ماي 2009

عليه يخضع إبرام العقود الإدارية عامة إلى الدعوة للمنافسة كقاعدة عامة، و للتراضي كاستثناء¹²⁶، و هذا ما كنت عليه عقود الإمتياز إلى غاية صدور القانون رقم 11-11 لأنه بعد لم تعد عقود الإمتياز ترم باستعمال و سلية المزاد العلني و هذا ما سوف نتطرق إليه (كفرع أول)، أما (الفرع الثاني) سوف نتطرق إلى الوسيلة التراضي و هذا ما هو معمول به حاليا (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أسلوب المزاد العلني كوسيلة للامتياز سابقا

يثير هذا الأسلوب العديد من مخاوف المستثمرين بحيث يشككون في مصداقيته باعتباره يخدم مصلحة أصحاب المال على حساب المستثمرين الحقيقيين ما أدى بهم لرفضه و هذه المخاوف غير مؤسسة إطلاقا؛ إذ أنه حقيقة يعمل المازد العلني وفق منطق يدفع بالأسعار نحو الأعلى و هذا صحيح نوعا ما و يضر بميزانية المتعامل الاقتصادي غير أنه لا بد من التوضيح هنا أن المزاد العلني ليس هو سبب المستوى العالي للأسعار و إنما هو يكشف فقط عن وضعية سوق مختلفة متبوعة بالمضاربة و يحدد السعر الافتتاحي على أساس القيمة التجارية للمال كما يعكسها قانون العرض و الطلب¹²⁷ بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الوسيلة عرفت قبولا و تطبيقا من طرف المتعاملين مع الإدارة نظرا للايجابيات التي تتمتع بها مقارنة بالوسائل الأخرى و المبادئ التي تحكمه؛ (مبدأ المنافسة، الشفافية و المساواة.)، سوف نتطرق إلى تعريف أسلوب المزاد العلني (ا)، و القواعد التي تحكم سير المزاد العلني (ب)

أ - تعريف أسلوب المزاد العلني

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 09-152 في المواد 2 و 3 فإنه عرف المزاد العلني بنوعية المفتوح و المحدود على التوالي:

" يقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الامتياز عن طريق المنافسة، لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز على الأرضية المعنية و ذلك لانجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التهيئة و التعمير المطبقة".

¹²⁶ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 11.

"يقصد بالمزاد العلني المحدود عرض الامتياز عن طريق المنافسة ، على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا و الذي يشارك فيه المستثمرين الذين تتوفر فيهم بعض شروط لتأهيل فقط¹²⁸ . "

و كان الوزراء المختصون إقطاعيا أو الوالي هم من يقوم باختيار نمط الامتياز بالمزاد العلني المفتوح أو المحدود.

ب - القواعد التي تحكم سير الم ا زد العلني

تقوم الصفقات العمومية على مبدأين أساسيين هما المنافسة الحرة و المساواة بين المترشحين اللذان نص عليهما قانون الصفقات العمومية صراحة في نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بعد أن كان المبدأين يستقرآن في مختلف المواد التي تنظم طرق إبرام الصفقات العمومية¹²⁹ .

خلافًا لكيفية التراضي حيث لا تظهر فيه بوضوح المبادئ الأساسية التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية و التي تجعلها تختلف عن المزاد العلني كونه يخضع بصفة إلزامية لمبدأ المنافسة مبدأ المساواة و مبدأ الإشهار الناجم عن مبدأ الدعوة للمنافسة العمومية¹³⁰ .

1- المنافسة الحرة:

يقصد بمبدأ المنافسة الحرة إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين إلى المهنة التي بنوع النشاط الذي ترغب فيه المصلحة المتعاقدة التعاقد أن يتقدموا بعطاء اّهم وفقا للشروط تختص التي تضعها¹³¹ و يمكن تعريفه أيضا على أنه إعطاء الفرصة لكل من تتوفر لديه شروط المناقصة ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة¹³² .

2- المساواة بين المترشحين:

¹²⁸ - مرسوم تنفيذي رقم 09-152، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة - و الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية ، مرجع سابق.

¹ - قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2008، ص121.

¹³⁰ - عوابدي عمار ، القانون الإداري ،النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ،

الجزائر ، 2004 ، ص204

¹³¹ - قدوج حمامة ، مرجع سابق ، ص911 .

4- عوابدي عمار ، نفس المرجع ص 165.

عرف مبدأ المساواة منذ القدم وذلك في شرعة حقوق الإنسان والمواطن بعد الثورة الفرنسية 1789 وهو مبدأ مك
رس دستورياً وذلك في المادة 11 من دستور 1910 الآتي نصها: " كل المواطنين سواسية أمام القانون"¹³³
كما أن هذا المبدأ أق رة كل من مجلس الدولة الفرنسي و المصري في العديد من الأحكام و هذا إن دل على
شيء فهو يدل على الأهمية البالغة لتكريس هذا المبدأ بصفة عامة أو بصفة خاصة في إطار قانون الصفقات
العمومية و يقصد بمبدأ المساواة بين المترشحين أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانوناً و فعلاً
134

نتيجة لارتباط مبدأ المساواة بين المتنافسين بمبدأ المنافسة الحرة وبناءً على هذا المبدأ و هذه الفكرة يتعين على
الإدارة أن تعامل المتقدمين للمنافسة على قدم المساواة و النتيجة القانونية التي تترتب على هذا المبدأ أن الإدارة
مجبرة ليس فقط على احترام مبدأ المساواة و إنما ضمان استعماله و فعاليته¹³⁵ إذ لا يجوز لها
أن تخلق وسائل قانونية للتمييز بين المتقدمين كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام
المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز التي تضعها قانونية أو واقعية فهي غير مشروعة.

فمن بين أمثلة الوسائل القانونية ؛ إعفاء أحد المتنافسين من دفع التأمين أو من تقديم الأوراق المطلوبة و من
أمثلة الوسائل الواقعية ؛ خلق وضع واقعي يجعل بعض المتنافسين في مكان أفضل أو في وضع أسوأ من غيرهم
ويحدث هذا عادة بطريقة غير مباشرة عن طريق عدم إتباع وسائل و أساليب قانونية للإعلان عن الصفقة¹³⁶ .
3- إعلان عن الدعوة للمنافسة.

1- دستور 19 نوفمبر 1910 ، مرجع سابق

¹³⁴ - عوابدي عمار ، نفس المرجع ، ص165

¹³⁵ - VLACHOS Georges, principes généraux du droit administratif, Ellipses, Paris, 1993

p63.

¹³⁶ - سعادة الشراوي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1999 ، ص ص279-280.

يعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهري تلزم الإدارة بم ا رعائه في كل أشكال المناقصة مفتوحة كانت أو محدودة ، وطنية أو دولية و كذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو المزايدة هذا ما يؤدي بالقول أنه لا تعاقد كأصل عام دون إعلان¹³⁷.

ج -إعمال أسلوب المزاد العلني قبل صدور القانون رقم 11-11

كان الامتياز في السابق يمنح على أساس دفتر الشروط و عن طريق الم ا زد العلني المفتوح أو المقيد أو بالت ا رضي و كان الم ا زد العلني هو القاعدة العامة حيث يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه منح الامتياز بالمزاد العلني (المادة05).

من الأمر رقم 04-08، أما التراضي فكان هو الاستثناء و كان يستعمل بعد ترخيص مجلس الوزراء بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار (المادة06) و ذلك في حالات محددة قانونا في نص المادة 7 من نفس الأمر رقم 04-08 الملغاة حاليا بصدور قانون المالية التكميلي 2011¹³⁸.

د - دور أسلوب المزاد العلني.

كان المازادا زد العلني يساهم في ابراز سوق شفافة و مطمئنة للمستثمر و يؤكد ذلك السير الحسن للصفقة لأن العملية تتم تحت الرقابة المباشرة للجمهور المشكل على الخصوص من المستثمرين كما يضمن معاملة متساوية للمستثمرين من ناحية خضوعهم لنفس الشروط المتعلقة بتقديم العروض إضافة إلى حرية المشاركة في المزاد العلني لكل شخص تتوفر فيه الشروط القانونية للمشاركة لذلك¹³⁹ وذلك تزامنا مع تعديل قانون المنافسة سنة 2008

¹³⁷ - بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر ،دراسة تشريعية وقضائية وفقهية ، الطبعة الثانية ، جسر للنشر

و التوزيع ، الجزائر ،2009، ص99.

³ - أمر رقم 04-08، يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة لأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، مرجع

سابق.

الذي قام بإدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه و ذلك في المادة 2 منه¹⁴⁰ و هذا دليل على الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة

كل هذه الايجابيات و غيرها تدفعنا إلى التساؤل عن سبب استغناء المشرع عن هذا الأسلوب او اكتفائه في منح عقود الامتياز عن طريق أسلوب التراضي؟

الفرع الثاني: أسلوب التراضي كآلية حالية

بناء على نص المادة 15 من القانون رقم 11 فانه يمنح الإمتياز على أساس دفتر الشروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة...¹⁴¹. نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع ضيق من وسائل منح الامتياز بالمقارنة مع نص المادة 3 من الأمر رقم 04-08 الذي أشار مضمونها إلى وسيلة المزاة العلني بنوعيه المفتوح أو المقيد و هذا كقاعدة عامة و التراضي كاستثناء¹⁴².

بالتالي فإن اعتماد المشرع لهذا الأسلوب يثير عدة تساؤلات ، خاصة مع التعديلات التي مست قانون الصفقات العمومية و قانون مكافحة الفساد و المزايا الهامة و الكثيرة التي يحتويها أسلوب المزاة العلني في مجال تجسيد و تكريس مبدأ المنافسة الحرة و الشفافية و هذا ما نصت عليه المادة 09 من الأمر رقم 01-06¹⁴³ إضافة إلى النتائج التي قد تمس المسار الذي لا طالما سعت البلاد إلى تحقيقه (تشجيع الاستثمار) نتيجة لتذبذب موقف المشرع الجزائري و التعديل الدوري للنصوص القانونية الذي أصبح صارخا و هذا ما يؤدي إلى

¹⁴⁰ - أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتضمن قانون المنافسة، ج ر ج ج عدد 43 الصادر في 20 جويلية 2003، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ج ج عدد 36 الصادر في 2 جويلية 2008، و بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ج ج عدد 46 الصادر في 18 غشت 2010.

¹⁴¹ - قانون رقم 11-11، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، مرجع سابق.

¹⁴² - أمر رقم 04-08، يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، مرجع سابق.

1- أمر رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، ج ر ج ج عدد 14 الصادر في 8 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر ج ج عدد 66 الصادر في 1 سبتمبر 2010، و معدل و متمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر ج ج عدد 44 الصادر في 10 اوت 2011.

ظاهرة نفور المستثمرين بسبب تخوفهم من إبرام هذا النوع من العقود ليجدوا أنفسهم في مدة قصيرة ضحية تعديلات قد تلحق بهم أضرار لم تكن في الحسبان¹⁴⁴.

أ - تعريف التراضي

لم يعرف الأمر رقم 04-08 التراضي كما فعل في المزد العلي إلا أنه و استنادا إلى قانون الصفقات العمومية الذي لم يتهاون في ذلك فإنه عرّف التراضي وفقا لنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 98-11 الصفقات العمومية الذي لم يتهاون في ذلك فإنه عرف التراضي وفقا لنص المادة 9 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة لنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 و التي عرفته كالاتي " هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة¹⁴⁵ .

ب - أنواع التراضي

التراضي نوعان البسيط و بعد الاستشارة و يستعمل كلاهما بتوفر حالات منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية

1- التراضي البسيط

هو إجراء لمنح العقد لمتعاقد دون الوضع رهن أية منافسة و ميزته أنه ن سريع و يسمح باقتصاد تكاليف منافسة لا مبرر لها.

2- التراضي بعد الاستشارة

يسمح هذا النوع بإبرام العقد الإداري بعد استشارة محدودة بسيطة بالوسائل المكتوبة الكافية و المناسبة دون أي شكلية أخرى و لا تستشار إلا المؤسسات المؤهلة و المعتمدة و التي تستجيب لشروط تحقيق هذه الصفقة و تتميز هذه الطريقة بجرية المفاوضة لكنها تحمل بذور خطر تعطيل مبادئ الشفافية و المساواة و فتح باب التعسف¹⁴⁶.

¹⁴⁴- بودريوة عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص166.

¹⁴⁵- مرسوم رئاسي رقم 98-11 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة لنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

ج - كفاءات أعمال أسلوب التراضي

كان أسلوب التراضي متبعاً بموجب الأمر رقم 06-11 كطريقة لمنح الامتياز عندما الأراضي واقعة في بلديات ولايات جنوب البلاد وفي خارج بلديات ولايات الجزائر ، عنابة ، قسنطينة وهران ، و كذا بلديات مقر الولاية و مقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد و بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا¹⁴⁷ .

أما في إطار الأمر رقم 08-04 فكان منح الامتياز باستعمال أسلوب التراضي يرخص من طرف مجلس الوزراء بإقتراح من المجلس الوطني للاستثمار في حالة التقدم بمشاريع استثمارية لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية ، حين تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن ، حين تكون محدثة بقوة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة كذلك عندما تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة دون تحديد مناطق تواجد هذه القطع الأرضية كما كان سارياً في ظل الأمر رقم 06-11 السابق الذكر¹⁴⁸ .

حاليا أصبح الطريقة الوحيدة لمنح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11-11 التي عدلت فحوى المادة 03 من الأمر رقم 08-04 و المادة 16 التي ألغت تطبيق المادة 6 و 7 التي تبين حالات استعمال أسلوب التراضي ليصبح العمل به حالياً بدون قيود¹⁴⁹ .

المبحث الثاني: آثار عقد الامتياز الإداري

¹⁴⁶ - نصر الشريف عبد المجيد، مرجع سابق، ص ص 23-24.

¹⁴⁷ - أمر رقم 06-11، يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، مرجع سابق.

¹⁴⁸ - المواد 6، 7، 8 من الأمر رقم 08-04، يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية مرجع سابق.

¹⁴⁹ - قانون رقم 11-11 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 مرجع سابق.

يعتبر عقد الإمتياز الإداري من أهم العقود الإدارية كونه يمنح فردا أو شركة الحق في إدارة أو إستغلال المرافق العامة التي هي من إختصاص الدولة أصلا، ما يجعله ينفرد بخصائصه الذاتية تمييزا له عن العقود الأخرى. و الامتياز بوصفه عملا قانونيا مركبا يتضمن نصوصا تعاقدية وأخرى تنظيمية ينتج آثارا قانونية هامة تربط بين أطراف ثلاثة، السلطة الإدارية مانحة الامتياز، صاحب الامتياز و المنتفعون، ومن خلال تنفيذ الامتياز تتحد حقوق وواجبات كل من الطرفين. و إن كان عقد الامتياز يمنح الجهة الإدارية مانحة الامتياز من السلطات و الامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمنفعة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد ، ففي المقابل لها التزامات تقع على عاتقها وهذا ما سنتطرق إليه (كمطلب أول) ، وباعتبار عقد الإمتياز من العقود " التبادلية " فإنه وكما هو بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع، فهو يرتب آثار بالنسبة للطرف الآخر " المتعاقد " فبمجرد إبرام العقد تتولد عنه حقوق والتزامات متقابلة بالنسبة لطرفيه على الأقل، ويبقى أن نحدد هذه الآثار ومداهما بالنسبة للملتزم والأسس التي تبني عليها، وهو ما سنتولى توضيحه في (كمطلب ثاني)

المطلب الأول: سلطات الإدارة مانحة الامتياز والتزاماتها

تتمتع الإدارة مانحة الامتياز كطرف في العقد الامتياز الإداري بامتيازات و سلطات لا مقابل لها في القانون الخاص ، مردها مقتضيات سير المرفق العام¹⁵⁰ ، و تظهر هذه السلطات أكثر في عقد الالتزام المرافق العامة ذلك أن السلطة العامة و إن كانت تعهد للملتزم مهمة الإدارة مرفق و استغلاله بمقتضى العقد إلا أنه لا يعني تخليها عن المرفق الذي تراقب سيره المنظم ، و لو لا امتيازات السلطة العامة لبقى المرفق العام مشلولاً حركياً لعدم توفره على وسائل قانونية ضرورية ، التي تمكنه من القيام بالمهمة أحسن¹⁵¹ فقاعدة سير المرفق العام بانتظام هي التي تبرز سلطات الإدارة بمختلفها (الفرع الأول) ، و بالمقابل يقع على عاتقها التزامات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطات الإدارة مانحة الإمتياز

إن هذه السلطات هي مقررة للإدارة ، ليتمكنها من التحقيق أن المتعاقد معها ، يقوم بتنفيذ العقد حسب شروطه و مواصفاته الفنية و المالية ، و هذه السلطات هي من النظام العام و لا يجوز التنازل عنها ، بمعنى انه إذا تنازلت الإدارة في العقد عن سلطاتها في الإشراف على المتعاقد معها و الرقابة عليه و توجيهه فكان شرطاً باطلاً لمخالفته للنظام العام ، و لهذا الحق صور و مظاهر أولها حق الرقابة و التوجيه على المتعاقد مع الإدارة طوال مراحل التنفيذ، و أنواع الرقابة و هنا نبين مقتضى هذا الحق (أولاً) و إن الإدارة أيضاً تتمتع بسلطة مظاهر السلطة العامة، و من هذه المظاهر سلطة توقيع جزاءات بشكل مباشر على الملتزم في حال إخلاله بالشروط المتفق عليها و الواردة في دفتر الشروط (ثانياً)

أولاً : سلطة الرقابة و التوجيه و أنواع الرقابة

¹⁵⁰ - يفهم من سلطات التي تتمتع بها الجهة الإدارية ، الوسائل القانونية التي تملكها في مرحلة تنفيذ العقد ، و التي من شأنها جعل العقد محققاً للغرض الذي أبرم من أجله ، و لمزيد من التفاصيل راجع محمد خلف جبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2010، ص125.

¹⁵¹ - محمد أمين بوسماح ، ترجمة رحال بن أعمار ، رحال مولاي إدريس ، المرفق العام في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1995، ص125.

ان سلطة الرقابة و التوجيه هي من النظام العام من اجل سير الحسن للعقد و هذا ما سنوضحه (أ) وتتدخل الإدارة المتعاقدة في سبيل التسيير المنتظم للمرفق العام محل عقد الإمتياز الإداري ، عن طريق ممارسة انواع من الرقابة (ب).

أ : سلطة الرقابة و التوجيه

باعتبار عقد الامتياز شكل من أشكال اللامركزية المصلحية فإن الملتزم يخضع للرقابة الوصائية التي تعتبر في نفس الوقت حق للسلطة مانحة الإمتياز في مواجهة الملتزم.

يقصد بسلطة الرقابة التحقق من أن المتعاقد ، يباشر التنفيذ طبقا لشروطه و تسمح للإدارة على حسن سير تنفيذ العقد ، و تتم حسب الأشكال المحددة في دفتر الشروط¹⁵² ، في حين يفهم من سلطة التوجيه ، أن الإدارة تقوم بإصدار تعليمات للملتزم باتباع طريقة في التنفيذ أو الإمتناع عنها¹⁵³.

و يستمد هذا الحق شرعيته من طبيعة المرفق العام ذاته ، و هو ثابت للإدارة مانحة الإمتياز سواء أكان منصوص عليه ضمن شروط العقد أم لا ، و لو أن العمل قد جرى على ذكره في دفتر الشروط العامة . و بالتالي لا يمكن للملتزم الاحتجاج بعد النص عليه في العقد¹⁵⁴ ، و يبين تفاصيلها في بنود لائحة¹⁵⁵.

لا يعتبر اللجوء إلى الإدارة المكلفة بإدارة المرافق العامة إلى الغير للقيام به نيابة عنها تنازلا منها أو تحلياً عن المرفق العام ، فليس من شأن الطريقة المعتمدة ، يؤثر على طبيعة المرفق العام ، أو أن يزيل دور الدولة في الرقابة و الإشراف و تحمّل المسؤولية ، بل تبقى ضامنة و مسؤولة قبل الأفراد عن إدارته و إستغلاله ، فتبقى رقابة الدولة

¹⁵² - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، جامعة عين الشمس، 1991، ص454.

¹⁵³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات و العقود الإدارية في الفقه و القضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2007، ص 200.

¹⁵⁴ - عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء و التشريع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003، ص35.

¹⁵⁵ - يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، بحث لوصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، الجزائر ، 1977 ، ص 51

أو الشخص المعنوي قائمة و فقدتها يعني فقدان ركن أساسي من أركان المرافق العامة¹⁵⁶ و هي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك من خلال إعطاء التوجيهات و التعليمات التي تضمن السير الجيد للمرفق العامو الإدارة طرفا في العقد بصفتها سلطة عامة من واجبها ضمان سير المرافق العامة و استغلالها و إدارتها ، و الذي يتحقق من خلال ما لها من حق الرقابة و الإشراف و التدخل وفق مقتضيات المصلحة العامة ، حتى و لو كانت متناقضة مع دفتر الشروط، و حتى في غياب نص قانوني، و هي حقوق لا يمكن للإدارة التنازل عنها ، كما لا يمكن للملتزم الإحتجاج بإخلالها للشروط العقدية كونها تتناول نظاما قانونيا خاصا متعلقا بمرفق عام..

غير أن هذه السلطة ليست مطلقة ، إذ على الإدارة الإلتزام بعدم التّعسف في استعمالها ، كما لا يجوز لها استعمالها من أجل تحقيق هدف لا يتصل بالموضوع العقد الأصلي ، و إلا كان إنحرافا في استعمال سلطتها في الرقابة¹⁵⁷ ، كما أنه لا يجب أن تطفى سلطة الرقابة و الإشراف إلى حدّ تغيير طبيعة العقد .

ب: أنواع الرقابة

تتدخل الإدارة المتعاقدة في سبيل التسيير الحسن و المنتظم للمرفق العام محل عقد الإمتياز الإداري ، عن طريق ممارسة نوعان من الرقابة على الملتزم بالغرض المستهدف ، من الناحيتين سواء التقنية أو المالية.

1/ الرقابة التقنية : تتعلق الرقابة التقنية بأشغال إنشاء و إعداد المرفق ، كما أن الإدارة تراقب مدى إحترام الملتزم لقواعد المرفق المحددة في دفتر الشروط ، لذا يتعين على الملتزم لقواعد تقديم تقرير سنوي للإدارة المانحة للإمتياز و تتحدد كيفية ممارسة هذه الرقابة عن طريق دفتر الشروط¹⁵⁸ .

¹⁵⁶- وليد حيدر جابر ، طرق إدارة المرافق العامة ، المؤسسة العامة و الخصخصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009، ص51.-

¹⁵⁷- كمال بن خريف ، تجربة سونطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، الجزائر ، 1999 ، ص66

¹⁵⁸- أكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الإمتياز في التشريع الجزائري ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماستر ، قانون العام ، جامعة تيزي وزو، 12 ديسمبر 2013 ، ص106.

2/ الرقابة المالية : تتمثل الرقابة المالية في سلطة الإدارة مانحة الإمتياز في فحص الحصيلة المالية التي يلتزم صاحب الإمتياز بإعدادها سنويا ، و تتم من خلال الإطلاع الإدارة مانحة الإمتياز على كل الوثائق الضرورية لتحديد التقديرات الخاصة بإيرادات قسم التسيير ، فضلا عن التفاصيل النفقات و تطويرها بالمقارنة مع السنة الماضية، و يتعين على الملتزم التعاون مع الإدارة بتمكينها من الإطلاع على كل ما تطلبه، رغم أن الأموال، التي تُسيّر لها المرفق العام هي أموال خاصة تعود للملتزم¹⁵⁹.

ثانيا : سلطة توقيع جزاءات و التعديل نصوص التنظيمية

إن الإدارة تتمتع بسلطة مظاهر السلطة العامة، و من هذه المظاهر سلطة توقيع جزاءات وهذا لحماية الجمهور المنتفعين و هذا ما سنتطرق إليه (أولا) أما في الشق الثاني سنتناول سلطة التعديل التي ينبغي أن تتكيف و مسايرتها من اجل حسن أداء الخدمة العمومية (ثانيا).

1: سلطة توقيع جزاءات

إن هذه السلطة معترف بها للإدارة مانحة الإمتياز من طرف المتعاقد معها ، أو لعدم إحترامه للمواعيد ، أو التنازل عن الإمتياز لصالح الغير خلافا لما تم الإتفاق عليه في العقد ، و تمارس هذه السلطة بصفة إنفرادية من الإدارة بعد توجيه إعدارات لصاحب الإمتياز لتصحيح أخطاء مع الإشارة أنه لا يجوز لصاحب الإمتياز في أي وقت من الأوقات التذرع بخطأ الإدارة لتوقيف التزاماته التعاقدية فهو يبقى ملزم بتنفيذها لغاية البث في النزاع من طرف القاضي الإداري¹⁶⁰.

1/ مقتضى سلطة توقيع جزاءات على الملتزم : خلافا لما هو معمول به في القانون الخاص فإن تنفيذ الجزاءات

على الملتزم لا يستلزم اللجوء إلى القضاء ، إنما منح كسلطة للإدارة المانحة للإمتياز تمارسها إذا ما قصر الملتزم في

¹⁵⁹ - محياوي صارة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكر ، 2012- 2013 ، ص37.

- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع نفسه ، ص 391.¹⁶⁰

تنفيذ إلتزاماته سواء بالإمتناع أو التأخر في التنفيذ ، أو غير المرضي ، أو إحلال غيره في تنفيذ دون الموافقة المسبقة للإدارة المانحة للعقد ، و ذلك تحت رقابة القضاء.

و تملك الإدارة سلطة توقيع جزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء المسبق ، و دون الحاجة إلى إثبات حدوث ضرر معيّن ، حيث أنّ هذا الأخير يفترض وقوعه كنتيجة لإحلال المتعاقد بالتزاماته.

و المسلم به في القضاء مجلس الدولة الفرنسي أنّ سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد¹⁶¹ فهي قائمة حتى ولو لم ينص عليها في العقد ، و نص هذا الأخير على بعضها لا يعني تقيّد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه ، بل تستطيع و تحت رقابة القضاء أن توقع أنواع الجزاءات مقررّة جميعها.¹⁶² و نظرا لسلطة الإدارة مانحة الإمتياز في توقيع الجزاءات بنفسها و ضد تعسفها أو مخالفتها للقانون ، و كضمانة فعالة للمتعاقد يستلزم خضوع ممارسة هذه السلطة للرقابة القضائية ، و التي هي من قبيل القضاء الكامل. تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة بتوقيع جزاءات سواء من حيث الشكل أو الإختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة ، لتمتد لتشمل بواعث توقيع الجزاءات و أسبابها ، و مدى تناسب الجزاء المحدّد من الإدارة و الخطأ المنسوب للملتزم¹⁶³.

2/ أنواع الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على الملتزم:

تباين الجزاءات التي يمكن للإدارة مانحة الإمتياز توقيعها تبعا لنيّة الإدارة من وراء فرضها ، و تأخذ أشكلا متميزة بين الجزاءات المالية (1) ، و الجزاءات غير المالية أي الجزاءات الضاغطة (2)، و جزاءات فسخ العقد (3).

¹⁶¹ - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص25.

¹⁶² - عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه ، القضاء ، منشأة المعارف ، القاهرة ، دس ، ص36.

¹⁶³ - يوسف بركات أبو دقة ، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظري العامة ، و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، بحث للحصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، الجزائر ، 1977 ، ص 51.

1/ الجزاءات المالية:

من بين الجزاءات التي توقعها الإدارة مأنحة الإمتياز على المتعاقد معها نلمس ما يصطلح عليه بالجزاءات المالية ، التي هي عبارة عن مبالغ مالية للإدارة حق المطالبة المتعاقد معها بها حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية¹⁶⁴ .

و منها ما يفرض تغطية لضرر مس الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد، و منها ما يفرض لتوقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ من جانبه ، و ذلك لإعتبار أن الجزاءات في عقد الإمتياز الإداري فضلا عن ضمانها بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية ، تستهدف ضمان و تأمين سير المرفق العام بانتظام و إستمرار ، و تشمل جزاءات المالية كل من التعويضات (1/1) و الغرامات (2/1).

1/1 التعويضات:

يقصد بتعويضات تلك المبالغ المالية التي يلتزم الملتزم بدفعها للإدارة مقابل إخلاله بالتزاماته دون أن تكون مقدرة مقدّما في العقد ، و الهدف منها تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة لخطئه.

هناك من يرى أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية كونه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني عندما يستحيل تنفيذ الإلتزام عينا ، أو إذا كانت شخصية الملتزم في تنفيذه محل إعتبار و امتنع عن ذلك ، جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن استصدار حكم بإلزام المدين بالتنفيذ و دفع غرامات كتعويض للضرر الحاصل عن عدم التنفيذ في الوقت المحدد ، و حسب الأستاذ(محمد خلف جبوري)، فمادامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على ذلك التعويض بنفسها ، فإن ذلك يكفي للقول ببروز سلطة ادارة بشكل واضح و بما يكفي لإعتباره نوع من أنواع الجزاءات المالية¹⁶⁵ .

(1) ¹⁶⁴- عبد الحميد الشواربي ، العقود أدارية في ضوء الفقه ، القضاء ، و التشريع ، المرجع السابق ، ص 39.

- محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2010 ، ص133. ¹⁶⁵

2/1 الغرامات التأخيرية :

تعتبر الغرامة التأخيرية جزاءً ماليًا تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة كوسيلة للتأثير على المتعاقد المقصّر في تنفيذ إلتزاماته ،
أما منها في تدارك ذلك تحقيقاً لغرض العقد ، الذي هو تحقيق المنفعة العامة من خلال إشباع الحاجات العامة
للجمهور¹⁶⁶ .

2/ الجزاءات الضاغطة:

لا يستهدف هذا النوع من الجزاءات تحميل الملتزم أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، إنما يسعى
إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ.

و يقصد بالجزاءات الضاغطة إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة
محل الملتزم المقصّر ، أو أن تعهد بتنفيذها إلى الغير .

و تتمثل جزاءات الضغط في عقد الإمتياز الإداري في وضع المشروع تحت الحراسة ، و هو من قبيل
السلطات المخولة للجهة الإدارية بصفة إنفرادية تطبقها حتى في غياب نص قانوني على ذلك¹⁶⁷
. و يمكن اللجوء إليه حتى دون وجود خطأ من جانب الملتزم ، كأن يكون سبب التوقيف الكلي أو الجزئي عن
التنفيذ مرده القوة القاهرة.

سلطة تعديل نصوص تنظيمية الواردة في العقد

من المسلم به أنه تملك جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية سلطات لا يملكها
المتعاقد في نطاق علاقات القانون الخاص ، و هي سلطات ترتد إلى فكرة المرفق العام و ما يقتضيه سيره و انتظامه
ثابتة للجهة الادارية حتى و إن لم ينص عليها العقد¹⁶⁸ .

¹⁶⁶ - تختلف الغرامة التأخيرية عن التعويض ، كونها غير محددة سلفاً في العقد ، كما أنها تأخذ طابع العقوبة توقع على المتعاقد معها كجزاء لمخالفة إلتزاماته .

³ - يوسف بركات أبو دقة ، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظري العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، المرجع السابق ، ص 108 .

أ- مقتضى حق تعديل نصوص تنظيمية دون التوقف على إدارة الملتزم:

تعتبر سلطة التعديل من قبيل الشروط الإستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية منها عقد الإمتياز الإداري ، من خلالها تحاول الإدارة المانحة للامتياز أن تغير من الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد بالزيادة أو النقصان.

و يمكن أن ينصب التعديل على أحد العناصر التالية:

- حجم أو نوعية الخدمات المتفق عليها.

- شروط التنفيذ المتفق عليها.

- مدة التنفيذ.

و سلطة الإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة تقتضيها طبيعة موضوع العقد ن فهي مستمدة من النظام العام، و لا يجوز لها التنازل عنها¹⁶⁹ ،

أو الإتفاق على ذلك و غن فعلت كان الإتفاق باطلا¹⁷⁰ .

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل البنود التنظيمية دون الحاجة للموافقة المسبقة للملتزم أكثر وضوحا في العقد الإمتياز الإداري ، اعتبارا أن الإدارة الإختصاص الأصيل في سيرها ، و لا تشكل مظاهر السلطة الإدارية التي تتمتع بها إنما نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام الذي يسمح بتحديد ظروف استعمال هذه السلطة و تعيين الشروط و التي يمكن إيجازها فيما يلي:

ب- شروط تطبيق حق تعديل النصوص التنظيمية دون الوقوف على إرادة الملتزم :

¹⁶⁸ - محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي القاهرة ، ص55.

¹⁶⁹ - حسين دروس ، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة الأنجلو مصرية ، القاهرة ،

1961 ، ص48.

¹⁷⁰ - يوسف بركات أبو دقة ، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، المرجع السابق ، ص66.

قيدت سلطة الإدارة المانحة للإمتياز في تعديل البنود التنظيمية بمجموعة من القيود أو الشروط ، ضمناً لعدم

تعسفها في استعمالها لسلطتها هذه و تحقيقاً لغرض المرفق العام من العقد المبرم ، و التي يتجلى فيما يلي:

1/ أن تكون هناك ظروف استجدت بعد إبرام العقد تبرر التعديل¹⁷¹ ، حيث لا يمكن للإدارة اللجوء إلى تعديل

شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغيير الظروف التي أبرم العقد في ظلها.

فحتى تستطيع الإدارة تعديل شروط تنفيذ العقد، فيذهب الرأي الغالب فقها وقضاء سواء في فرنسا

أو في البلاد العربية إلى أنه يجب أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام الصفقة¹⁷²

بحيث تصبح غير ملائمة لحسب سير المرفق العام، وبالتالي لا يتحقق الهدف المرجو منه، لأن ظهور ظروف

جديدة، يؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة العامة إذا تم التنفيذ كما هو منصوص عليه في العقد.

وتغير الظروف هو شرط لإقرار التعديل الإفرادي، وليس أساس له، لأن هذا الأخير يبقى من مقتضيات

المصلحة العامة أو المرفق العام، باعتبار أن الفكرتين متلازمتين، وأن من أهم مبادئ المرفق العام قابليته للتغيير

والتعديل وفقاً للمستجدات

2/مراعاة القواعد العامة للمشروعية :

و ذلك من خلال صدور التعديل من السلطة المختصة بإجرائه تماشياً و الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً ،

و إلا كان للمتعاقد حق التمسك ببطلان أي تعديل يتم على النحو مخالف لما هو مقرر قانوناً و تمارس الإدارة

المتعاقدة التعديل الإفرادي عن طريق تصرف قانوني، تتمثل في إصدار أمر إداري إلى المفاوض .تتضمن موضوع و

إجراءات التعديل الذي قرره.

¹⁷¹-هاني على الطهراوي ، القانون الإداري ن ماهية القانون الإداري – التنظيم الإداري – النشاط الإداري – الطبعة الأولى ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009، ص287.-

3- أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، النهضة العربية، ص242

4- أنس جعفر، العقود الإدارية العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات للقانون 1998/1989، الخاص بالمناقصات، الطبعة الرابعة، النهضة العربية، 2007، ص.222

فلا بد أن يصدر من السلطة المختصة والمخولة قانونا بإصداره¹⁷³، وطبقا للأشكال والإجراءات التي تحددها

القوانين واللوائح التي تحكم تصرفات الإدارة العامة عموما.

3/ ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد أو تجديده محلّه :

إذا لا يجب أن يبلغ التعديل حدًّا يجعل من العقد الأصلي عقدا جديدا، مما كان يقبله الملتزم لو عرضه عليه

عند التعاقد لأول مرة¹⁷⁴.

فضلا عن هذه السلطات، فهي تتمتع أيضا بسلطة استرداد المرفق قبل نهاية المدّة المتفق عليها في العقد

شريطة أن تعوض الملتزم عن كل أضرار التي لحقت به و ليس للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب أو القوة

الملزمة للعقد و هذا ما أكده الفقه و القضاء¹⁷⁵.

فضرورة أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصل بالمرفق العام فقط¹⁷⁶ وهو أمر متفق عليه، فلا يطال التعديل

جميع جوانب العقد، وإنما يقتصر فقط على ما تعلق بشروط تسيير المرفق العام، وهذا نتيجة منطقية لعلاقة العقد

بالمرفق، فالعقد هو "نظام" للمرفق العام أي أنه أسلوب من أساليب تسييره في بعض الإنجاز والصيانة والإصلاح

ومقتضيات المرفق هي أساس التعديل كما أسلفنا.

الفرع الثاني: التزامات الإدارة مانحة الإمتياز و المنازعات الناشئة عنها.

يقابل مصطلح الإلتزام الحرّيّة ، و يمثّل الواجب الذي يناقض الحق ، و الإمتياز عقد يربط بين الطرفين

يلقي على عاتقهما آثار متبادلة ، في حين خوّلها من حقوق ما يدفعهما و ما يضمن سبب ارتباطهما ، يفرض

¹⁷³ - سمير صادق ، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1991 ، ص 121

¹⁷⁴ - مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري - ذاتية القانون الإداري - الإدارة العامة في معناها العضوي - الإدارة

العامة في معناها الوظيفي ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، 1993 ، ص 349-

¹⁷⁵ - عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 362.

¹⁷⁶ - أحمد محيو : محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة صاصيلا ، طبعة 196 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،

الجزائر ، سنة 1996 ، ص 385

عليهما من التزامات ما تضمن الوفاء بحقوق كل طرف ، والأعباء التي تقع على الطرف الآخر في مقابل ما تتمتع به من حقوق ، ومن جانب آخر تشكل ضمانات الإلتزام الطرف الآخر دون أي مخاوف على مصالحه ، و رغم هذه الحقوق المكتسبة و الإلتزامات المحتملة ، هذا ما يجعل من أحدهما أو كليهما ، مقصراً في الوفاء بها ، و هو ما يمهّد لنشوب أو خلق نزاع بينهما ، و يشمل مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة كل النزاعات الناجمة عن نشاط الأشخاص و هذا ما سنتناوله (أولاً) عما يتعلق بالتزامات الإدارة مانحة الإمتياز ، أما فيما يخص المنازعات الناشئة بين الإدارة و الملتزم (ثانياً).

أولاً: إلتزامات الإدارة مانحة الإمتياز

تعتبر إدارة المكلفة أصلاً بإدارة و تسيير المرافق العامة ن و تعويض جزء من اختصاصها للخواص في شكل عقد الإمتياز الإداري لا يرفع يدها عنه ، إذ يبقى لها من السلطات ما تضمن حسن سيره و تلبية رغبات الجمهور بالطريقة السليمة ، و في ذات الوقت يفرض عليه تكوين ضرورة إدارية بالقدر الذي يتناسب و الهدف المعد له ، خاصة و إن كان الأمر معلقاً على منح التراخيص الضرورية ،(أ) و التقيد بحقوق الإلتزام التي تسمح بتنفيذ العقد حسب الأشكال و الأوضاع المتفق عليها (ب).

أ: منح تراخيص لازمة لصاحب الإمتياز

تتولى الإدارة المانحة للإمتياز منح الملتزم التراخيص اللازمة لاستثمار و استغلال الملك العام إن اقتضى الأمر ذلك ، و إن كان مضمون الإلتزام يفرض القيام القيام بانشاءات أو تجهيزات تمتد على الملك العام ، لذلك يمكن أن يتضمن عقد الإمتياز المبادئ المتعلقة بمنح صاحب الإمتياز إمكانية استعمال الملك العام ، و يجب على الإدارة تأمين سائر التراخيص لصاحب الإمتياز في مصلحة تنفيذ مضمون عقد الإمتياز الإداري كوضع الإرتفاقات فالإدارة ملزمة بإتخاذ القرارات اللازمة بهذا الشأن.

فكل مسير لمرفق عام يمكنه أن يستفيد من إجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية ، حتى في غياب نص يدعو إلى ذلك بصفة صريحة¹⁷⁷.

ب: التقيد بحقوق الإمتياز الإداري

لا يحق للإدارة التعرض للحقوق التي منحها العقد لصاحب الإمتياز بأي طريق ، فليس لها أن تتعاطى مع موظفي الاستثمار أو المستفيدين سوى تلقي الشكاوى ، أما في حال قيام صاحب الإمتياز بتصرف من شأنه مخالفة عقد الإمتياز كالحصول على رسوم مرتفعة لا يحق الإدارة التدخل مباشرة و الطلب من المنتفعين عدم تسديد الفواتير ، بل عليها اتخاذ إجراءات أخرى في حق صاحب الإمتياز لحمله على إعادة النظر في الأمور التي قد تجاوز فيها مضمون عقد الإمتياز.

بالإضافة إلى ضرورة احترام الإدارة كافة الشروط المنصوص عليها في العقد، و ما هو مفروض عليها كما تلتزم بمراعاة قواعد حسن النية، فضلا عن تنفيذ العقد بأكمله دون اقتصار على جزء منه فقط. العقود تخضع كأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يتم تنفيذها بطريقة تنفق مع ما يستوجبه حسن النية في التنفيذ.

والإلتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ يقضي عدم الإنحراف عن السلوك المعتاد أو المؤلف، وكل خروج عنه يعتبر إخلالا بالمبدأ يشكل خطأ عقديا يستوجب التعويض ممن تسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقدين.

فيجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة¹⁷⁸ حيث لا يقتصر الإلتزام على تنفيذ ما ورد في العقد فقط بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته.

- محمد امين بوسماح ، ترجمة رحال بن امير ، رحال مولاي إدريس ، المرفق العام في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1995 ، ص 125.

حسين دروس عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، : 1983 المرجع السابق ، ص 105 - 178

وهذا ما أقره المشرع المدني الجزائري "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبمحسن النية، ولا يقتصر تنفيذ العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"¹⁷⁹.

ثانيا: تسوية النزاعات الناشئة عن عقد الإمتياز

إن المنازعات الناتجة عن عقد الإمتياز هي منازعات الناتجة عن عقدي حد ذاته ، و هي تلك الواقعة بين مانح الإمتياز و الملتزم ، و تشمل مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة كل النزاعات الناجمة عن نشاط أشخاص المعنوية العمومية و التي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري حسب قواعد إجرائية معينة.

و بحكم أن الإدارة مهيأة لإبرام عقود خاصة إلى جانب العقود الإدارية ، فإن عقودها خاصة إلى جانب العقود الإدارية ، فإن عقودها هذه هي التي تتولى إبرامها من البديهي عدم خضوعها لنظام قانوني واحد ، بالتالي المنازعات المتعلقة بما لا تدخل في اختصاص جهة قضائية واحدة ، و لما كان النظام القضائي الإداري يقوم على أساس التخصص فإن الفصل في المنازعات المتعلقة يعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادي ، في حين يعقد الإختصاص للقضاء الإداري إذا ما تعلق الأمر بالعقود الإدارية.

إن المنازعات الناتجة عن عقد الإمتياز الإداري في حد ذاته ، هي تلك الواقعة بين مانح الإمتياز و الملتزم ن و غن تحديد نوع المنازعات القائمة بين الإدارة مانحة الإمتياز ، و الملتزم بطرح اشكالين حول ما كان انعقاد اختصاص للقضاء الإداري(أولا) ، و منها ما هو قبيل المنازعات القضاء العادي (ثانيا)

¹⁷⁹- المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

أو لا: اختصاص القضاء الإداري في عقد الإمتياز الإداري

يحول اعتبار أحد اطراف في عقد الإمتياز الإداري الطرف العمومي بالضرورة الجهة القاضية الإدارية الإختصاص في كل ما يثور من منازعات تكون طرفا فيها

حسب المادة 800 من القانون رقم 08/09 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹⁸⁰ ، سواءً كانت مدعية أو مدعى عليها من طرف الملتزم (أ) ، و خرق قاعدة نسبية نثار العقد يكسب الغير حقوقا و يحملها التزامات ما يجعل احتمال هذا الأخير (الغير) طرفا النزاع قائما (ب).

أ- النزاعات بين الإدارة و الملتزم: تكون العلاقة بين الإدارة مانحة الإمتياز و الملتزم دائما من القانون العام ، ما يجعل منازعاتها من اختصاص القضاء الإداري ، و ذلك أمام المحكمة الإدارية ، و يكون الطعن فيها أمام مجلس الدولة.

و في ذات المعنى اعترف مجلس الدولة في قرار الصادر ل : 2004/03/09 الغرفة الثالثة ، رقم الملف 1195 قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس البلدية لوهرا باختصاص القضاء الإداري بالنظر في الدعوى الناتجة عن عقد الإمتياز الإداري¹⁸¹.

و من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية منها عقد اامتياز باعتباره عقد إداري ينتمي أساس إلى القضاء الكامل¹⁸² ، رغم أن هذه القاعدة ليست مطلقة فهناك من النواحي ما يتعلق بقضاء الإلغاء.

ب/ النزاعات بين بين الإدارة مانحة الإمتياز و المرتفقين:

¹⁸⁰ - القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008 (و هذا هو الأصل في اختصاص حيث اعتمد المشرع في الحالات المعيار الموضوعي لاعتبار النزاع إداري بالتالي إختصاص الجهات الإدارية في حل النزاع).

¹⁸¹ - انظر في هذا الشأن مجلس الدولة، العدد 05 ، سنة 2004 ، ص 2012.

¹⁸² - القانون رقم 09/08 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق.

يحق للمرتفقين بالتوازي للدعوى التي يقومون بها ضدّ الملتزم ، تأسيس دعوى إدارية ضدّ الإدارة مباشرة أمام المحاكم الإدارية التي يعقد الإختصاص لولايتها ، وذلك إزاء كلّ إحلال بالتزاماتها التي يملئها عليها المبرم بينها و بين الملتزم ، أو أيّ خرق من جانبها لما تمليه القواعد العامة في تنفيذ العقود أو ما يفرضه السير الحسن للمرفق العام.

و فضلا عن الدعوى التي تمثل الإدارة المانحة للإمتياز طرفا فيها مع الملتزم أو الغير ، يمكن لها أن تكون طرفا أصليا في دعوى طرفا آخر يتعدى الطرفين المذكورين إلى الغير ، في حالة تضررهم من الإجراءات الإدارية الصادرة تنفيذا لأحكام اتفاقية الإمتياز الإداري ، إذ يتمتع الغير بحق و إمكانية مخصصة مشروعية هذه القرارات أمام القضاء الإداري.

ثانيا : اختصاص القضاء العادي في تسوية النزاعات الناشئة عن عقد الإمتياز الإداري

إن قسم الإختصاص القضائي في مجال تسوية النزاعات عقد الإمتياز الإداري بين جهات قضائية إدارية و العادية ، و تختص هذه الأخيرة أساسا في النزاعات التي تفتقر للشخص المعنوي طرفا فيها ، و تتمحور حول النزاعات التي تدور بين الملتزم و المرتفقين (أ) ، أو تلك التي تنشأ بين الإدارة و العمال (ب) ، أو الغير (ج).

أ- النزاعات بين الملتزم و المرتفقين:

تعد العلاقة بين الملتزم و المرتفقين أكثر العلاقات تعقيدا ، فتعد صلاحية للقاضي العادي عندما يتعلق

النزاع باحتياجات أو مطالبة ضدّ الملتزم إذا ما كان هذا الأخير شخصا خاصا ،

و ذلك لإنعدام المعيار العضوي¹⁸³ ، لإعتبار النزاع إداريا¹⁸⁴ ، و الإمكانية المانحة لأن يكون الملتزم شخصا عاما تُحوّل القضاء الإداري صلاحية الفصل في ما قد ينشب من نزاع بينه و بين المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد.

و يمكن للمرتفقين تأسيس الطعن لتجاوز السلطة في حالة عدم مراعاة الملتزم لإلتزاماته الواردة في دفتر الشروط ، و لهم المطالبة تدّخل الإدارة لإجباره على ذلك ، و في حالة رفضها أو سكوتها يمكن لهم أيضا رفع الطعن لتجاوز السلطة ، كما يحق للمنتفعين الطعن بعد مشروعية الإجراءات و القرارات الصادرة عن الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ، و التي تكون مخالفة للأحكام التنظيمية لإتفاقية الإلتزام ، و يستند سبب ذلك إلى الطبيعة اللاتحجية لبعض شروط عقد الإمتياز الإداري.

(ب) - النزاعات بين الملتزم و العمال:

يقوم الملتزم باستغلال و إدارة المرفق العام محل عقد الإمتياز الإداري بإستعمال أفراد عاملين تحت إشرافه و رقابته و يعتبرون عمالا خاضعين للقانون الخاص، تجمعهم و صاحب الإمتياز علاقة عقدية مدنية بحتة ، و عليه يشغلون مركزا قانونيا تعاقديا و يختص قضاء العادي بالتحديد القسم الإجتماعي بالنظر في منازعتهم وفقا لقواعد و أحكام قانون العمل بالإضافة إلى بعض التنظيمات المكملة المنظمة لبعض علاقات العمل الخاصة ببعض القطاعات الحساسة ما لم تتعارض مع أحكام علاقات العمل المعمول بها.

(ج) النزاعات بين الملتزم و الغير :

تلزم مهمة الملتزم في إدارة و استغلال المرفق العام تحقيقا للمنفعة العامة لهذا الأخير على ربط علاقات تعاقدية مع الغير للوفاء بالتزاماته ، و ما يقتضيه السير المنتظم للمرفق العام و تلبية الحاجات العامة ، ما قد ينتهي

¹⁸³ - لأن المشرع اعتمد المعيار العضوي لاعتبار التصرف إداريا ، في قانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م أ ، المرجع السابق و ذلك في المادة 800 منه.

¹⁸³ 2- مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية - نظرية الإختصاص ، الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص375

بنشوب خلافات بين الطرفين ، و اعتبارا لكون هذه النزاعات نتاج علاقات عقدية مدنية و تجارية ، فإنه يؤول الإختصاص الفصل فيها إلى القضاء المدني أو التجاري حسب طبيعة العلاقة ، مع تطبيق الأحكام و قواعد القانون المدني أو التجاري تماشيا و أحكام المسؤولية العقدية الخاصة.

كما يمكن أن تضاف لمنازعات الملتزم مع الغير بعض النزاعات الناشئة عن الأضرار التي قد تصيب الغير أثناء تنفيذ مهمة سير المرفق العمومي، كما لو أصيب شخص من طرف عربة تابعة لمسير المرفق العام.

المطلب الثاني : حقوق و التزامات الملتزم في عقد الإمتياز ونهايته

إذن باعتبار عقد الإمتياز من العقود " التبادلية " فإنه وكما هو بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع، فهو يرتب آثار بالنسبة للطرف الآخر " المتعاقد " فبمجرد إبرام العقد تتولد عنه حقوق و التزامات متقابلة بالنسبة لطرفيه على الأقل، و يبقى أن نحدد هذه الآثار ومداهما بالنسبة للملتزم والأسس التي تبنى عليها، وهو ما سنتولى توضيحه في هذا الفصل الثاني من بحثنا، بدءا باستعراض حقوق الملتزم في عقد الإمتياز و ثم التزاماته التي يتوجب عليها تنفيذها (كفرع أول)، و باعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية المحددة المدة، فصاحب الامتياز يستمر في تسيير واستغلال المرفق العمومي طيلة المدة المتفق عليها في العقد، وبانتهائها ينقضي العقد ، و هذا ما سنتناوله كجزء أخير (كفرع أثنائي)،

الفرع الأول: حقوق الملتزم و التزاماته في عقد الإمتياز

إن المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق تتمثل أساسا في مجموعة من حقوق سوف نتناولها (أولا) ، و بالمقابل يقع على عاتقه التزامات و هذا ما سوف نتناوله (ثانيا)

أولاً : حقوق الملتزم

1- قبض المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين

يعتبر المقابل المالي من أهم حقوق الملتزم في عقد الامتياز لأنه هو الباعث الحقيقي على التعاقد لتسيير المرفق العمومي، خاصة بالنسبة لأشخاص القانون الخاص ويحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي على شكل رسوم و أتاوى يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العمومي محل الامتياز¹⁸⁵ وهذه الرسوم تحدد مسبقا من طرف السلطة الإدارية، أو تحدد لها سقفا معيناً يتقيد به الملتزم، ولا يمكن له تجاوزه إلا بإذن مانح الامتياز، لأنها تعتبر من قبيل الشروط التنظيمية.

و فيما يخص التشريع الجزائري، فان الرسوم أو الأتاوى تعتبر من قبيل الشروط التنظيمية التي تحدد من طرف الإدارة مانحة الامتياز مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد السقف الذي لا يمكن لصاحب الامتياز تجاوزه.

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً للالتزامات التعاقدية .

وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها¹⁸⁶.

¹⁸⁵ - لكن هناك بعض المرافق العمومية المجانية التي يسيرها صاحب الامتياز ويقدم الخدمات للمنتفعين ولا يتقاضى المقابل المالي منهم بل يتقاضاه من الإدارة مانحة الامتياز مثل امتياز شركة طحكوت محي الدين لنقل الطلبة الجامعيين في الجزائر العاصمة وضواحيها، وشركة الإخوة عموري في بسكرة

¹⁸⁶ - مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مجلة عدد 12، ص 01، عن موقع الأنترنت

http://www.ao-academy.org/wesima_articles/library-20060815-561.html20.07

² - بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الإداري، المرجع السابق، ص 82.

والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على أن لا يدفع إلا بعد إنتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي يقوم بها لجهة الإدارة، ويأخذ المقابل المادي صورا متعددة منها :شكل الثمن في عقود الإدارة العامة، أما في عقود الامتياز فيكون في صورة رسم يفرضه الملتزم على المنتفعين وفقا لما اتفق عليه في العقد المبرم بينهما، والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي هي شروط تعاقدية ومن ثم لا يمكن لجهة الإدارة أن تعدل فيه¹⁸⁷.

و يعرف الثمن : الأصل في العقود الإدارية يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق بعيدا والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جزءا من هذا المقابل مقدما أو أثناء التنفيذ، لاسيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات ومنتسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته .

أما الرسم : وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين، وهو من الشروط اللائحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.

ومبدأ " ثبات الثمن " لا تقتصر حجته على الإدارة المتعاقدة فقط، بل إن هذه الحجية هي أيضا في مواجهة الملتزم وفقا للفقهاء والقانون " لا يجوز للملتزم فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالمادة (33) من هذا النص، التذرع بأية حجة للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها... "188..

فصاحب الإمتياز إذن لا يستطيع المناقشة في مقدار الثمن المتفق عليه بمناسبة تنفيذه للعقد إلا إذا وجد بالعقد بند يسمح بمراجعة الثمن وهو أمر ممكن "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة"¹⁸⁹....

¹⁸⁸ - أنظر نص المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

¹⁸⁸ - أنظر المادة 64 من المرسوم رقم 236/10 الذي ينظم الصفقات العمومية الجزائري.

2- الحق في ضمان التوازن المالي للعقد

إن المقابل المالي المحدد في العقد مبدئياً لا يمكن تغييره، فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة، يجب عليه أن ينفذ التزاماته بالثمن المتفق عليه، إلا أن بعض الأحداث غير المتوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وتؤدي إلى تغيير في وضع العقد فتجعل تنفيذه باهظ الكلفة للمتعاقد مع الإدارة، وقد تنتهي بإفلاسه.

وهذا الأخير من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، تقيم ارتباطاً وتناسباً بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وترد في العقود الإدارية لاعتبارين أساسيين هما: العدالة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد¹⁹⁰، وقد ينجم أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها ومن ثم التأثير على مركزه المالي، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في قضية العربات الكهربائية¹⁹¹ 1910/03/11، والاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل في إما تحت نظرية فعل الأمير (أولاً) أو نظرية الظروف الطارئة (ثانياً) ونتناولهما على النحو التالي:

أولاً: نظرية فعل الأمير

ويقصد بنظرية الأمير "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية"¹⁹²

وما يمكننا ملاحظته على هذا التعريف إغفاله كون هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة، كما أن التعريف أغفل النص على التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد.

¹⁹⁰ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 290.

4- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 166

191 -

¹⁹² - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 291.

ومن ثم يمكننا تعريف نظرية الأمير على أنها كل عمل صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة دون خطأ من جانبها، ينجر عنه إضرار بمركز المتعاقد معها، يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض هذا الأخير عن كافة الأضرار اللاحقة به، بما يعيد التوازن المالي للعقد.

و تجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام نص المادة 115 من تشريع الصفقات العمومية¹⁹³.

يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها .

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه .
فقد ورد في فتوى صادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقفاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يسهم الإجراء."

1* شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتطبيق نظرية الأمير توافر ما يأتي :

1- أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري: لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أي كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص .

2- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة : ومع ذلك فإذا صدر هذا الفعل من جهة

أخرى لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، ويستوي أن يكون هذا الفعل قد صدر

¹⁹³- حيث تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 على "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل .

بشكل تشريع أو قرار إداري.

3- أن ينتج عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد : ويتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد

يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيماً أو يسيراً وبهذا

تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها .

4- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في

حدود سلطتها المعترف بها وأن لا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل .

5- أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو

التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه

الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها ومن المستقر في هذا المجال أن شرط عدم التوقع لا ينصرف

إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائماً، ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل¹⁹⁴ .

*2 الآثار المترتبة على تطبيق النظرية :

يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي

يتحملها وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المتفق عليها .

وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة، فهذه الأخيرة

تطبق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينتج عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي

ويقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه جهة الإدارة كما أنها تختلف عن نظرية عمل الأمير من حيث

سببها ، فهذه الأخيرة تطبق بسبب إجراء عام أو خاص صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، ولكنها تتفق معها

¹⁹⁴ - مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 07.

في النتيجة، ففي كلا الحالتين التعويض كامل وليس جزئي، على أن تطبيق هذه النظرية لا يعني مجال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً فنكون أمام حالة القوه القاهرة¹⁹⁵.

إن ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد

هي نظرية "فعل الأمير" ويقصد به تلك التصرفات الإدارية المشروعة التي تقوم بها السلطة العامة المتعاقدة، وتؤثر سلباً على مصالح المتعاقد معها¹⁹⁶.

وبتعريف آخر يطلق "عمل الأمير" على كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد المقاول أو زيادة في الالتزامات التي ينص عليها العقد، بما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" هذا الإجراء يتمثل في قرار فردي خاص أو يتخذ شكل قواعد تنظيمية عامة كصدور تشريع أو لائحة، أو القيام بأشغال عامة تسبب للمقاول المتعاقد صعوبات أثناء تنفيذ العقد.

ففعل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر عن الإدارة صاحبة المشروع، دون أن يكون متوقفاً وقت إبرام العقد مما يرتب له ضرراً خاصاً به دون سائر من يشملهم الإجراء.

وعليه فإن فعل الأمير قد يتخذ إحدى صورتين:

الأولى: أن يصدر عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص بالمقاول المتعاقد مع الإدارة، ونكون أمام هذه الصورة خاصة، عندما تستعمل لإدارة صاحبة المشروع سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

وذلك وفق إحدى طريقتين:

¹⁹⁵ - محمد فؤاد مهنا : المرجع السابق ، ص 795 .

- هناك رأي غير رائج في الفقه الفرنسي مقتضاه : أي الفعل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لا يكون موجبا لتطبيق نظرية فعل الأمير إلا إذا - كان¹⁹⁶ خاصا بالمتعاقد مع الإدارة أما إذا كان يتجاوز الموقف الخاص بالمتعاقد كان يشمل كل الإقليم أو طائفة كبيرة من الناس فإنه لا مجال لتطبيق نظرية فعل وواضح أن هذا الرأي غير منطقي لأنه متى كان الإجراء متوقفاً فإنه لا مجال لأعمال النظرية أصلاً.

إما بتعديل شروط تنفيذ العقد كزيادة أو إنقاص كمية الأشغال أو في مدة التنفيذ، الشيء الذي يزيد من

أعباء التكاليف التي لم تكن محسوبة وقت إبرام العقد، وإما أن يكون تدخل

الإدارة ليس في شروط تنفيذ العقد مباشرة، وإنما بالقيام بعمل يؤثر في هذه الشروط، كما لو قامت الإدارة

المتعاقدة بأعمال مادية معينة تؤثر في تنفيذ أشغال المشروع.

الثانية: الصورة الثانية لفعل الأمير هو أن تقوم الإدارة المتعاقدة باتخاذ إجراء عام لا يشمل موضوع العقد فقط

كما لو أصدرت نصوص لائحية أو قوانين ينتج عن تطبيقها

زيادة في الأعباء المالية التي يتحملها المقاول أثناء تنفيذه العقد كالتشريعات المالية والجبائية أو الاجتماعية ، وإن

كان هناك من يرفض تطبيق النظرية في مثل هذه الحالة ¹⁹⁷.

ثانيا: حالة الظروف الطارئة و نظرية الظروف المادية الغير المتوقعة.

أولا: نظرية الظروف الطارئة.

هي نظرية من خلق القضاء الإداري الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 24 مارس 1916

الفاصل في نزاع عقد الامتياز المبرم بين الشركة العامة للإدارة في بوردو وبين مدينة بوردو ¹⁹⁸ وتتلخص هذه

النظرية انه في حالة ما حدثت ظروف استثنائية خارجية لم تكن متوقعة ولم يكن في الحسبان توقعها وقت إبرام

العقد وترتب عليها حدوث اختلال كبير في التوازن المالي للعقد لدرجة أصبح تنفيذه من طرف صاحب الامتياز

اشد إرهاقا وأكثر تكليفا مما توقعه الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد، مما يعطي للمتعاقد مع الإدارة حق طلب

هذه الأخيرة المساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المستجدة اثر ظروف استثنائية كالحرب ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ - على محمد عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري 1991 ، ص 35 وما بعدها.

¹⁹⁸ - انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي (arret gaz de bordeaux) في الملحق الثاني.

3- عمار عوابدي: القانون الإداري، النشاط الإداري الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 227.226.

والمقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت و الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت اقتصادياته، وجعل تنفيذ العقد أثقل عبئاً، وليس مستحيلاً وهو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر ما يحمله خسارة تتجاوز الخسارة المألوفة العادية، وهذت يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئياً.

ويرتب تطبيق هذه النظرية أثرين أولهما التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذه للعقد، لأن الظروف الطارئة لا تعفيه من التزامه وإن كانت تجعل التنفيذ مرهقاً غير أنه ليس بالمستحيل، ويتمثل الأثر الثاني في تعويض المتعاقد، فنظرية الظروف الطارئة تعطي للمتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام، ولهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها وهذا التعويض جزئي ، لأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الظرف الطارئ بين المتعاقدين (الإدارة والمتعامل المتعاقد).

وهنا مكمّن الاختلاف بين هذه النظرية وسابقتها والتي يكون فيها التعويض كلياً.²⁰⁰

و وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ويشترط ألا يمكن دفعها أو تداركها من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو سياسياً مثل إعلان الحرب، أو طبيعياً كحدوث زلزال أو فيضان.

1- شروط تطبيق النظرية:

1- يشترط في هذا الظرف أن لا يكون متوقعاً، وفي ذلك بينت محكمة القضاء الإداري، أن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه أو ما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد

²⁰⁰ - محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 305 ص 306.

بشأنه، هذا ويعد الطرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الطرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار .

ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفراً وتطبق النظرية في هذه الحالة

201

2- أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد ومستقلاً عن إرادته: فلا يستطيع المتعاقد أن يستفيد من هذه النظرية، إذا كان متسبباً بإحداث الطرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقاً.

كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي التي تسببت في إحداث هذا الطرف بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية أما على أساس الخطأ أو استناداً إلى فكرة المسؤولية دون خطأ وفقاً لنظرية عمل الأمير التي أو ضحناها سابقاً .

3- أن يؤدي الطرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة ومن شأن هذه الخسائر أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد، وإرهاق المتعاقد.

وعلى ذلك فإن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تسمح بالاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الطرف الطارئ تجاوز الخسارة العادية المألوفة. هذا ومن الواجب أن ينظر إلى العقد بمجمله لتحديد مدى الإرهاق الذي لحق بالمتعاقد فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزياً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى، التي أدت إلى الخسارة.

4- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد :

- مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 05.²⁰¹

لكي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن يكون الالتزام قائماً ولم يتم تنفيذه، وهذا الشرط يستلزم أن يكون العقد من شأنه أن يمتد مدة من الزمن تسمح بتحقيق الظروف الطارئة، ويحصل ذلك في الغالب في عقود امتياز أثر الظرف الطارئ على العقد : حتى يكون الظرف الطارئ سبباً للتعويض، يجب أن يكون من شأنه أن يلحق بالمتعاقد (الملتزم) خسائر فادحة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

فشرط الإرهاق المالي من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يكفي للمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية فقدان المتعاقد لأرباحه أو فوات الكسب عليه²⁰².

لأن شرط "الإرهاق" هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري إلى الميدان العملي التطبيقي ، مهما كانت درجة خطورة الحوادث الطارئة ودرجة عدم توقع حدوثها فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاب في تنفيذ الالتزامات الناشئة.

والإرهاق الذي يبرز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو ذلك الذي يجعل من الالتزام صعب التنفيذ وفيه مشقة كبرى للمتعاقد تمثل خسارة فادحة إلى درجة أن اقتصاديات العقد تنقلب رأساً على عقب.

أما إذا كان ما ترتب عن هذا الظرف الطارئ مجرد نقص في الأرباح مهما كانت درجته فإن ذلك يعتبر من الخسائر العادية المتوقعة لا يتولد عنها تطبيق النظرية.

ولتحديد ما إذا وصل الإرهاق إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، هناك عدة نقاط تؤخذ بعين الاعتبار لأن المسألة نسبية، كمرعاة قيمة العقد ومدته والتسهيلات المقدمة

للمتعاقد مدى استفادته من مراجعة الأسعار والقيمة التي حصل عليها بناء على ذلك... الخ.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

²⁰² - أنظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 198.

يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة في عقود الامتياز صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل

في حساب طرفي العقد عند التعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزام أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة .

وفي هذه الحالة درج القضاء الإداري في فرنسا على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى

قلب اقتصاديات العقد، على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد اتجهت إلى أن الأسعار المتفق عليها في العقد

أما وضعت في ظل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأسعار بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة تتطلب تقدير

خاص يتناسب معها .

فإطار تطبيق هذه النظرية إذن هو مواجهة الملتزم أثناء تنفيذ الامتياز محل العقد لصعوبات مادية بحتة (غير

اقتصادية) وذات طابع استثنائي مما لا يمكن توقعه، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذه للعقد مرهقا لزيادة تكلفته

بشكل كبير الشيء الذي يستدعي تدخل الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، لجبر تلك الأضرار وذلك بتعويضه

تعويضاً كاملاً حتى يستمر في تنفيذ التزاماته، ويستمر بالتالي المرفق العام في السير بانتظام وعلى وجه حسن.

ويعود أصل هذه النظرية كأغلب نظريات القانون الإداري إلى القضاء الإداري، وهي من أقدم النظريات التي

استخلصها مجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشر وتجد مجال تطبيقها في عقود الأشغال

العامة على وجه الخصوص غير أنه لا يوجد مانع من تطبيقها في كافة العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها

²⁰³ و من بين هذه العقود الأخرى عقد الإمتياز الذي هو محل دراستنا.

فتنفيذ عقد الإمتياز ، قد تطرأ عليه صعوبات مادية استثنائية لم يكن بالإمكان توقعها وبالتالي تقديرها

وتجعل التنفيذ أكثر إرهاقا على الملتزم المتعاقد، ويصبح من العدالة أن تعوضه الإدارة صاحبة المشروع عن الفرق

بين السعر المتفق عليه في العقد والذي يعتبر السعر العادي، وبين السعر الذي تحمله فعلاً.

²⁰³ - راجع في هذا الشأن:

عبد العزيز عبد المنعم خليفة : تنفيذ العقد ... ، المرجع السابق ، ص 203 وما بعدها

سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 649 وما بعدها .

وقد طبق القضاء الإداري هذا المبدأ في البداية على أساس أن تلك هي النية²⁰⁴ المشتركة لطرفي العقد،

وبالتالي فأساس النظرية هي نيتهما.

إلا أن القضاء تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للعقود الإدارية يطبقها

في جميع الحالات التي تتوفر فيها شروطها دون الاستناد إلى أساس إتفاقي مسبق.

بل وطبقها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، أي شرط يقضى بتحمل الملتزم مخاطر

التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها أثناء التنفيذ وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات

المقصودة في العقد هي الصعوبات العادية، أما بالنسبة للصعوبات الغير عادية أو الاستثنائية فإن الملتزم الحق في

المطالبة بالتعويض عنها رغم الشرط الموجود في العقد²⁰⁵.

فالتعويض هنا يصبح لازماً لمواجهة النتائج التي تترتب عن تلك الصعوبات الغير متوقعة. ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه

ليس من العدل ترك المقاول لوحده في مواجهة الصعوبات الاستثنائية الغير متوقعة، لما في ذلك من خطورة على

حسن واستمرار سير المرفق العام.

إلا أن القضاء تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للعقود الإدارية يطبقها في

جميع الحالات التي تتوفر فيها شروطها دون الاستناد إلى أساس إتفاقي مسبق.

بل وطبقها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، أي شرط يقضى بتحمل المقاول مخاطر التنفيذ

أياً كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها أثناء التنفيذ وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات

²⁰⁴ - أنس جعفر : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص 277 وما بعدها .

²⁰⁵ - راجع في أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

أنس جعفر : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص 277 وما بعدها .

إبراهيم محمد علي : مرجع سابق ، ص 329 وما بعدها .

المقصودة في العقد هي إلا أن القضاء تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للعقود الإدارية يطبقها في جميع الحالات التي تتوفر فيها شروطها دون الاستناد إلى أساس إتفاقي مسبق.

بل وطبقها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، أي شرط يقضى بتحمل المقاول مخاطر التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها أثناء التنفيذ وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات المقصودة في العقد هي الصعوبات العادية.

أما بالنسبة للصعوبات الغير عادية أو الاستثنائية فإن للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم الشرط الموجود في العقد²⁰⁶.

لذلك فإن الرأي الراجح في الفقه بخصوص أساس التعويض بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ذلك الذي يرجعه إلى اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وما تمليه المصلحة العامة من ضرورة استمرار سير المرفق العام من واجب تعويض المقاول المتعاقد مع الإدارة إذا صادفته صعوبات مادية غير متوقعة، وأصبح معها استمراره بتسيير المرفق العام مرهقا.

فالتعويض هنا يصبح لازماً لمواجهة النتائج التي تترتب عن تلك الصعوبات الغير متوقعة. ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه ليس من العدل ترك المقاول لوحده في مواجهة الصعوبات الاستثنائية الغير متوقعة، لما في ذلك من خطورة على حسن واستمرار سير المرفق العام.

وهذا ما يجعل هذه النظرية تختلف عن نظريات متشابهة أنشأها القضاء الإداري ويطبقها لاستعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

²⁰⁶ - راجع في أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

أنس جعفر : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص 277 وما بعدها .

إبراهيم محمد علي : مرجع سابق ، ص 329 وما بعدها .

فسببها المتمثل في الصعوبات المادية يختلف عن سبب نظرية الظروف الطارئة الذي هو الصعوبات الاقتصادية والسياسية كما يختلف من حيث نتائجها التي لا تقتصر الإدارة على المساهمة في تحمل الأعباء وإنما في تعويضها كاملة.

كما تختلف عن نظرية فعل الأمير هذه الأخير التي تشترط أن تكون الإدارة صاحبة المشروع هي المتسببة في الإجراء الذي قلب اقتصاديات العقد²⁰⁷.

وتختلف أخير عن نظرية القوة القاهرة التي يشترط لتطبيقها أن يكون من شأن الظرف القاهرة أن يجعل من تنفيذ العقد عملاً مستحيلًا، أما نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة فإن المضي والاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقدية يبقى ممكناً، ولكنه مرهقا ومكلفا وعليه فمن أجل تنفيذ نظرية الصعوبات المادية ينبغي توفر شروط:

1- شروط تطبيق هذه النظرية :

1- أن تكون الصعوبات مادية : وترجع هذه الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية ترجع إلى طبيعة طبقات التربة محل العقد كأن يكتشف المتعاقد أن الأرض المراد تنفيذ العقد فيها ذات طبيعة صخرية مما يقتضي زيادة مرهقة في النفقات و التكاليف ، أو يفاجأ المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتخفيفها .

كما قد ترجع الصعوبات إلى فعل الغير، وليس إلى ظواهر طبيعية، كوجود قناة مملوكة لشخص ولم يشر إليها أو مواصفاته .

2- أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية : اشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية مثلا إذا كانت الطبقة الصلبة من التربة لمساحة محدودة وإنما يجب أن تكون بامتداد غير عادي ولمساحة واسعة أو بنسبة كبيره من مجموع المنطقة محل العقد ويترك للقاضي مسألة ما إذا كانت الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي من عدمه ويختلف ذلك حسب الحالات المعروضة كل على حده .

- سليمان محمد الطماوي : الأسس أساسه ، المرجع السابق ، ص 651²⁰⁷

3- أن تكون الصعوبات المادية طارئة أو غير متوقعة : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة وقت التعاقد كأن يفاجأ المتعاقد بحاله لم يكن قد توقعها لانباء على دفتر الشروط ولا في دراساته الاولييه المشروع أو على الرغم مما نبه إليه أو ما اتخذ من حيطه لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه .

4- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق اضطراب في التوازن المالي للعقد :

وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فانه لا يسمح بالاستفادة في هذه النظرية فمن الواجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقرب اقتصاديات العقد ويتبين ، هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الاجمالية للعقد.

5- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن لا يكون للمتعاقد

دخل في أحداث الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة وأن يثبت انه لم يكن في وسعه توقي آثارها وانه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته .

ويشترط من جانب آخر أن لا يكون للإدارة دخل في وجود تلك الصعوبات وأن كان يمكن الاستفادة من

نظريه عمل الأمير في هذا المجال .

6- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد : لكي يستفيد المتعاقد من هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ العقد

رغم الصعوبات المادية التي يواجهها ، فإذا توقف فانه يتعرض للجزاء المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ويفقده الحق في المطالبة بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية

وفي هذا تتفق نظريه الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى

تحلل المتعاقد من التزاماته .

2- الآثار المترتبة على تطبيق النظرية :

يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المتفق عليها.

وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة، فهذه الأخيرة تطبق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينتج عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه جهة الإدارة .

كما أنها تختلف عن نظرية عمل الأمير من حيث سببها ، فهذه الأخيرة تطبق بسبب اجراء عام أو خاص صادر عن السلطة الادارية المتعاقده ، ولكنها تتفق معها في النتيجة ، ففي كلا الحالتين التعويض كامل وليس جزئي ، على أن تطبق هذه النظرية لا يعني بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلا فنكون أمام حالة القوه القاهرة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الاتجاه في حكمها بتاريخ **30-12-1997** بقولها

"..الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده ، خارج نطاق العقد ، وان تلك الصعوبات غير عادية ، وترجع إلى طبيعة الأرض والاتربة ، وانه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها ، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي

تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة . وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب ، حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند

تنفيذ الأعمال الإضافية ، بما يجاوز نسبة 25% من الأعمال الأصلية ، فانه يكون قد صادف حكم القانون وحديرا بالتأييد."

ثانيا: التزامات الملتزم مع الإدارة

ينتمي عقد الإمتياز الإداري إلى طائفة العقود الثنائية الجانب الملزمة للطرفين ، في حين فرض على الجهة الإدارية جملة من التزامات تمكن الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، يفرض على هذا الأخير جانبا من الواجبات و التزامات يتعين عليه مراعاتها و تنفيذها بدقة اعتبارا لهدف العقد و ما يقتضيه الصالح العام. إذ يلتم المتعاقد مع الإدارة باعتباره طرفا في العقد بأن يوفي بالتزاماته التعاقدية و فقا للشروط المحددة و هذا في (أولا) (ثانيا).

أولا: التزامات الملتزم

تفرض خدمة المرفق العام و حاجة الجمهور على إدارة عقود الإمتياز ، بلوغا لها و هو ما يلقي على عاتق الملتزم واجب الوفاء بإدارة المرفق العام (أ) شخصيا (ب)، في المواعيد المحددة (ج)، و طريقة سليمة (د).
أ/التزام المتعاقد مع إدارة بإدارة المرفق العام:

يعتبر قيام المتعاقد بالإدارة المرفق العام محل العقد الالتزام الجوهري الذي يترتب في ذمته و من أجله منح الإلتزام ، و يتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الإستمرار و الإنتظام و مسايرة التطور²⁰⁸ ، فتفرض قواعد عامة في تسيير المرفق على الملتزم ضمان استمرارية المرفق ، حيث لا يمكن التحلي عن التزاماته مجرد خطأ الإدارة المتعاقدة أو ما يعتره من صعوبات مادية أو مالية ما لم يكن في حالة قوة قاهرة.

²⁰⁸ - أنور العمروسي ، العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، ص 175.

تتم إدارة المرفق العام بإسم و لحساب الملتزم ، و اليد العاملة التي يستعين بها هذا الأخير عمالا ليسوا أجراء ، يخضعون في علاقتهم لقواعد القانون الخاص ، بحكم العلاقة الخاصة التي تربطهم بالملتزم ليس بالإدارة مأنحة للإمتياز.

ب/ التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً²⁰⁹:

تجعل صلة عقد الإمتياز الوثيقة بالمرافق العامة الإدارة مأنحة للإمتياز تراعي اعتبارات خاصة في اختيار المتعاقد معها ، سواء من حيث الكفاية المآلية أو المقدر الفنية أو حسن السمعة ، ما يجعل من اعتبار الشخصي شرطاً لازماً في شخصية الملتزم مع افدارة ، و هو ما يملي عليه واجب تنفيذ اللاتزامات التي يملها عليه العقد شخصياً أي بنفسه ، دون أن يكون له إمكانية التنازل عن ذلك كلياً أو جزئياً دون مرافق المسبقة من الإدارة مأنحة للإمتياز.

و أساس التنفيذ الشخصي أنّ المتعاقد إنّما انتقي من طرف الإدارة نظراً لصفته و كفاءته الشخصية²¹⁰.

يعتبر التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالالتزامات التعاقدية بنفسه من القواعد العامة المقررة في العقود الإدارية منها عقد الإمتياز الإداري ، و عليه يكون تنفيذ هذا الإلتزام واجبا حتى و لو لم يتم النص عليه في العقد صراحة.

و تستمد هذه القاعدة مصدرها من طبيعة العقود الإدارية التي يلتزم فيها المتعاقد ، بالتكفل بسير المرافق العامة بانتظام و اطراد و عدم تعريض هذا السير المستمر للخطر.

²⁰⁹ - جاء في قرار المحمة العليا أنه: "...تلتزم المنتجين المستغلين الأرض أو مزرعة بصفة جماعية و على الشيوخ ، و بصفة شخصية و مباشرة..." ملف رقم 253567 بتاريخ 2003/09/24، مجلة قضائية عدد 02، 2003.

²¹⁰ - محمود زكي شمس ، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية لبنان - مصر ، التشريعات الناطمة للعقود الإدارية - دفاتير الشروط العامة و الخاصة - ماهية العقد الإداري أركانه و شروطه - التعليمات و البلاغات الصادرة عن مجلس الوزراء - نماذج عن العقود الإدارية - الإجتهدات القضائية الإدارية ، الطبعة الأولى ، الجزء الاثني ، مطبعة الداودي ، دمشق 2000، ص1219 .

و يعتبر هذا الإلتزام التزاما مطلقا لا يعفي الملتزم عدم احترام الإدارة مانحة لإمتياز لأيّ من التزاماته الوفاء به

²¹¹، و ذلك حرصا على استمرار المرفق العامة في اداء خدماتها للمنتفعين بها.

و يترتب على الإلتزام الشخصي بتنفيذ العقد الإداري منه عقد الإمتياز عدم جواز التنازل عنه و عدم

انتقاله لورثة المتعاقد²¹²، إلا في حسابات ذاتية و المديونية الناشئة عن العقد و ليس انتقال العقد ذاته²¹³، و في

هذا الإطار ذهب بعض الفقهاء منهم "جيز" إلى أنّ موت الملتزم في عقود الإمتياز المرفق العام يؤدي إلى فسخ

العقد بالقوة القانون ، نظرا للعلاقة الوثيقة التي تربط بين الملتزم في عقود الإلتزام و إدارة المرافق العامة ، و هو الأمر

الذي عارضه "دي لو بادير" حيث جاءت القواعد التي قال بها متفقة مع ما شرعه المشرع المصري ، باعتبار أن

الموت بذاته لا ينهي العقد بقوة القانون أما يخوّل الجهة الإدارية الخيار بين فسخه و بين السماح للورثة بإستمرارية

التنفيذ²¹⁴.

و إن كان تنازل الملتزم عن تنفيذ العقد غير جائز إلا أنّ هذا لا يمنع من التعاقد مع الغير من الباطن عل تنفيذ

جزء من العقد ، في شكل تعهد ثانوي و الي يعرف أنّه ذلك التصرف الذي بواسطته يعهد التعاقد الأصلي بجزء

أو بعنصر من العقد لشخص آخر لتنفيذه ، على شرط الموافقة المسبقة من الإدارة المانحة للإمتياز²¹⁵.

أما في التعاقد من الباطن فإن المفاوض المتعاقد من الباطن لايجل محل المفاوض الأصلي

في العقد²¹⁶ وإنما يتولى تنفيذ جزء من العقد تحت مسؤولية المفاوض الأصلي مع بقاء

العلاقة التعاقدية بين هذا الأخير والإدارة صاحبة المشروع، كما أن التصرفين يختلفان من حيث مدى مساس كل

منهما بقاعدة الإعتبار الشخصي، إذ أن التنازل الكلي عن العقد فيه إهدار كامل لهذه الفكرة، لما فيه من حلول

²¹¹ - يقابل إخلال الإدارة بأحد التزاماتها مطالبة الملتزم بالتعويض.

²¹² - كون شخصية الملتزم محل اعتبار ، وذلك يشكل خطأ جسيما يرتب مسؤولية المتعاقد عما ينجم عن ذلك من أضرار

، و للإدارة حق توقيع أقصى الجزاءات عليه (الفسخ على مسؤوليه)

²¹³ - محمد خلف الجبوري ، العقد الإدارية ، المرجع السابق ، ص 185 -.

²¹⁴ - محمد خلف الجبوري ، العقد الإدارية ، المرجع نفسه ، ص 158 و ما يليها.

²¹⁵ - السلطة التي تملك الموافقة على التعاقد من الباطن هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي.

²¹⁶ - هارون عبد العزيز الجمل : المرجع السابق ، ص 347

لشخص جديد محل التعاقد الأصلي في تنفيذ كامل العقد، وقد لا يتوفر على الخصوصيات التي إعتمدت عليها الإدارة في إختيارها المقاول الأصلي والتي تضمن السير المنظم والمضطرد للمرفق العام محل الأشغال.

في حين أن التعاقد من الباطن فالتخلي فيه يكون عن جزء فقط من المشروع لينفذه المقاول الجديد، وبالتالي ليس فيه إهدار كلي لفكرة الإعتبار الشخصي، خاصة إذا علمنا بأن المقاول الأصلي المتنازل جزئياً يبقى هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة عن تنفيذ كامل المشروع بما فيه الجزء الذي تعاقد بشأنه من الباطن.

لأن التعاقد من الباطن هو في النهاية تنازل جزئي، ثم أنه ليس فيه إهدار لفكرة الإعتبار الشخصي، خاصة إذا علمنا بأن الإلتزام بالتنفيذ الشخصي الذي يقتضيه هذا المبدأ، لا يقصد به التنفيذ المادي للعقد من جانب المقاول المتعاقد الأصلي شخصياً، بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ، بما يحقق صالح المرفق وبالتالي الصالح العام²¹⁷.

كما يختلف التعاقد من الباطن عن تلك التصرفات القانونية التي قد يجريها المقاول مع الغير أثناء تنفيذه عقد الأشغال العامة والمتعلقة به، ومنها تلك الإتفاقات التي يبرمها قصد التزود بالمواد اللازمة للتنفيذ، كالمواد الأولية، والموارد المالية أو الخبرة الفنية وغيرها²¹⁸.

فكل الإتفاقات التي يعقدها المقاول في هذا الشأن لا تؤدي إلى إشراك الغير المتفق معه في تنفيذ جزء من العقد، ولا يساهم مباشرة في ذلك. وهي بالتالي لا تشكل إخلالاً بمبدأ التنفيذ الشخصي أو المساس بقاعدة الإعتبار الشخصي، لأن ما يقدمه الغير بمقتضى هذه الإتفاقات هو لتسهيل مهمة المقاول لتنفيذ عقده، وينطبق هذا الحكم على الإتفاقات التي يبرمها المقاول مع هيئات ومكاتب التشغيل التي تزوده باليد العاملة المتخصصة التي يتطلبها تنفيذ المشروع.

ج/ التزامات الملتزم بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة:

²¹⁷ - أنظر: محمود سعيد حسين أمين: المبادئ العامة، المرجع السابق، ص 64

²¹⁸ - أنظر: هارون عبد العزيز الجمل: المرجع نفسه، ص 03.

و يقصد بالمواعيد المحددة في عقد الإمتياز المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء خدمات للمنتفعين بخدمات المرفق العام موضوع التعاقد.

و عادة ما يتم النص في العقد على تاريخ بداية تنفيذه، و الذي تحسب منه مدة تنفيذه، و إن خلا العقد من تحديد لتاريخ بداية التنفيذ فإن هذه الأخيرة تحسب من تاريخ إخطار المتعاقد بالأمر الإداري بالبداية في تنفيذ الأعمال.

يملي عقد الإمتياز الإداري هذه الالتزامات على عاتق الملتزم ، يفى بها مقابل لما يتمتع به من حقوق ، إلا أنّها ليست كفيلة بتحقيق هدف و غرض المرفق العام ، و عليه تجعل طبيعة هذا الأخير من الملتزم حامل أعباء و التزامات إضافية.

ثانيا: التزامات الملتزم مستمدة من طبيعة المرفق العام

أن يلتزم الملتزم المتعاقد بما يمليه عليه العقد ، دون زيادة او نقصان ، هو الأصل الذي ، جرى عليه التعامل في مادة العقود ، ولا اعتبارات تحقيق المصلحة العامة يخرج عقد الإمتياز الإداري عن هذه القاعدة حيث يفرض على الملتزم إضافة الإلتزامات التي يتقيد بها استنادا إلى اعقد ، التزامات أخرى تستمد شريعتها من طبيعة المرفق العام محلّ العقد ، من مراعاة لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التنفيذ العقود (أ) ، فضلا عن المبادئ التي تحكم سير المرفق العام(ب).

(أ) - التزام الملتزم بتنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية :

يعتبر التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته وفقا لمبدأ حسن النية تطبيقاً للقواعد العامة ، حيث ينبغي توافره في جميع العقود سواء عند تكوينها أو تنفيذها ، و مفاده أنه من يتعاقد مع الإدارة عليه أن يكون أميناً على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد ، و يؤدي عمله على هذا الأساس ، وكونه يساهم و يتعاون مع الإدارة في تقديم خدمات المرفق العام ، يلقي عليه واجب بذل عناية اعتيادية يتطلبها تنفيذ التزامه العقدي من ناحية ،

وبذل عناية حريصة يتطلبها اشتراكه في التنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق من ناحية أخرى ، كما يلتزم بتنفيذ العقد بأكمله دون الإقتصار على جزء معين منه²¹⁹.

(ب)- التزام الملتزم باحترام المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة:

لا يؤثر على هدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور أيًا كان أسلوب إدارة المرافق

العامة و نظامها القانوني ، و من ثمة فإن جميع المرافق العامة تخضع لمبادئ عامة الأساسية التي تمثل النظام العام لها ، و بصفة عامة يحكم سير المرافق العامة ثلاثة مبادئ أساسية و هي : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام²²⁰ ، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير²²¹ ، فضلا عن مبدأ المساواة أمام المنتفعين بخدمات المرفق العام²²².

1/ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد:

يبرز مبدأ سير دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد في مقدمة المبادئ

التي تحكم سير المرافق العامة ، لأهميته البديهية بحكم ارتباطه المباشر بالمهمة التي تقوم على تحقيقها المرافق العامة²²³ ، حيث أن المرفق يقوم بتلبية احتياجات الأفراد ، لذا من الطبيعي أن يُمنح الأفراد الحق في أن يكون المرفق مستمرا، ما يُولد عائقا أمام حق الإضراب ذي القيمة الدستورية²²⁴.

- حسين عبد العال محمد ، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، دراسة تطبيقية مقارنة ، المرجع السابق ، ص49. 219

- سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 543.

220

- محمد جمال مطلق الدنبيات، " الوجيز في القانون الإداري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ، 2003، ص156. 221

222- يسرى العصار ، مداخلت تحت عنوان ، إدارة المرفق العام ، ملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونين و

الإداريين (أثر تكنولوجيا المعلومات على نشاط القانوني و الإداري) ، مصر ، يومي 15 و 17 ديسمبر 2003 ، ص196.

223- أنس قاسم ، النظرية العامة لأعمال الإدارة و الأشغال العمومية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1983 ، ص38.

224- عائشة نشادي ، إعادة هيكلة قطاع البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية ، مذكرة لئيل شهادة الماجستير

في الحقوق ، فرع إدارة و مالية ، الجزائر ، 2005/2004 ، ص62.

الفرع الثاني : طرق نهاية عقد الامتياز الإداري

باعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية المحددة المدة، فصاحب الامتياز يستمر في تسيير واستغلال المرفق العمومي طيلة المدة المتفق عليها في العقد، وبانتهائها ينقضي العقد، وهو ما يسمى بالنهاية الطبيعية لعقد الامتياز، ولكن لأسباب معينة ينتهي عقد الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما يعرف بالنهاية المسبقة لعقد الامتياز.

أولا : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

وتتمثل في طريقة واحدة ومنطقية وهي نهاية المدة المحددة في العقد، حيث أن الامتياز عقد غير مؤبد فهو بأي حال من الأحوال لا يعتبر تنازل من الإدارة عن المرفق العام، وبنهاية

المدة المتفق عليها بين الملتزم ومانح الامتياز تتوقف وتنتهي جميع التزامات وحقوق الطرفين فلا يمكن لهما تمديد مدة الامتياز التي اتفقا عليها لكن يمكن لهما تجديد العقد²²⁵ وبعد التجديد يحافظ العقد على نوعه فيبقى عقد امتياز ، لكن في حالة عدم تجديده فان الإدارة.

ثانيا : النهاية المسبقة لعقد الامتياز

قد ينتهي عقد الامتياز- كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر العقود الإدارية - قبل المدة المحددة لنفاذه ولكن عقد الامتياز ينفرد دون سائر العقود الإدارية، بخصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما²²⁶:

- صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل مياعده المحدد.

- جسامه المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق التي تستوجب حماية الملتزم.

وترجع هذه النهاية المسبقة لأسباب متعددة ومختلفة، منها ما يعود لإرادة الإدارة المنفردة كحالة استردادها للمرفق، أو إسقاطها للالتزام ، ومنها ما يعود لإرادة الملتزم، أو لأسباب أخرى متعددة يترتب عنها فسخ عقد الامتياز²²⁷.

²²⁵ - راضية بن مبارك : المرجع السابق، ص76.

²²⁶ - سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق، ص793

²²⁷ - مصطفى أبو زيد فهمي : القانون الإداري_ ذاتية القانون الإداري (الإدارة العامة في معناها العضوي_ الإدارة العامة في معناها الوظيفي)،

الدار الجامعية، مصر ، طبعة 1993 ، ص357

هو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة كعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام عقد الامتياز²²⁸

يؤدي صدور القرار بإسقاط الامتياز - كعقوبة لإخلال الملتزم بالتزاماته إخلالا جسيما - إلى انتهاء الامتياز نهاية مبتسرة ، وقبل انقضاء مدة العقد.

لذا يعد إسقاط الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد عقوبة تفرض على صاحب الامتياز لارتكابه خطأ جسيم في تسيير المرفق العمومي، ويختلف بذلك عن فسخ العقد الذي لا يستلزم إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته التعاقدية ، ولخطورة إجراء إسقاط الامتياز فغالبا ما يتم النص عليه في بنود العقد ، ولكن عدم النص عليه صراحة لا يعني أن الإدارة مانحة الامتياز لا تمتلك سلطة إيقاعه²²⁹

ونظرا لقسوة عقوبة إسقاط الامتياز ، وجسامة الآثار المترتبة عليها ، فيشترط الفقهاء توافر بعض الشروط لإعطائه طابع المشروعية، والتي تتمثل فيما يلي:

__ يجب إثبات أن صاحب الامتياز قد ارتكب أفعالا ايجابية أو سلبية تشكل خطأ جسيما يضر بالسير العادي للمرفق العمومي، كعجزه عن تسيير المرفق العمومي وأدائه للخدمات المطلوبة.

في حالة عدم استجابة الملتزم لأعدار الإدارة مانحة الامتياز، واستمراره في الإخلال بتسيير المرفق العمومي فيصبح من حق الإدارة إسقاط الامتياز دون تعويض للملتزم، الذي تسبب بخطئه في ذلك²³⁰.

كما تجدر الإشارة إلى أن إسقاط الإدارة للامتياز بسبب ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم لا يحول دون متابعة صاحب الامتياز قضائيا إذا ثبت سوء نيته أو تعمدته في الإخلال بالتزاماته التعاقدية.

²²⁸- زيتوني بارة : المرجع السابق، ص 51

²²⁹- علي الخطار :المرجع السابق ، ص 72

²³⁰- منال صابري : المرجع السابق،ص99

1-2: استرداد المرفق

وهو عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم ، ولكن مقابل تعويضه تعويضا عادلا.

والاسترداد هنا عبارة عن فسخ لعقد الامتياز بالإرادة المنفردة للإدارة دون إخلال من صاحب الامتياز ، ولكن لدواعي تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ عليها.

والاسترداد قد يكون منصوص عليه في العقد وقد يكون بموجب الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة ، كما يمكن للإدارة مانحة الامتياز ، استرداد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون رضی صاحب الامتياز متى اقتضت ضرورات المرفق العمومي ذلك

1-3: فسخ الامتياز

ينتهي عقد الامتياز نهاية استثنائية قبل انقضاء مدة العقد بسبب فسخ العقد ، نظرا لتوافر إحدى حالات الفسخ المنصوص عليها في دفتر الشروط فإذا كان الفسخ يضع نهاية مسبقة للعقد ، فلا يقتضي دوما كقاعدة عامة ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم ، لذا لا يعتبر فسخ العقد عقوبة تفرض على الملتزم لإخلاله بالالتزامات المفروضة عليه.

ويتحقق فسخ عقد الامتياز في الحالات التالية:

1-الفسخ الاتفاقي:

وهو الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية المدة الطبيعية للامتياز وهو يتم عن تراضي كامل بين الإدارة والملتزم ، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يناله الملتزم وكيفية دفعه، و تلجأ الإدارة عادة إلى هذه الطريقة إذا قدرت صعوبة الالتجاء إلى طريق الاسترداد

2-الفسخ بحكم القانون:

من أوضح الأمثلة لهذه الطريق حالة القوة القاهرة وحالة وفاة الملتزم.

يحقق الفسخ بحكم القانون في حالة القوة القاهرة إذا توافرت شروطها بطبيعة الحال وهي حسب المادة 12 فقرة 03 من الاتفاقية النموذجية لامتيياز الطريق السريع مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة وخارجة عن نطاق إرادة صاحب الامتيياز

231 .

وباستحالة تنفيذ العقد فان الهدف من إبرامه يختفي وبالتالي ينتهي العقد وتحرر القوة القاهرة الأطراف من التزاماتهم التعاقدية ، ويعفى الملتزم من كل مسؤولية تعاقدية إزاء مانح الامتيياز تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه .

ويتبين من نص أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، وإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فأن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه .

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززاً رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استناداً منها إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً²³²

وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة مانحة الامتيياز نتيجة الفسخ، دفع تعويض مستحقا بعنوان، القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل الامتيياز²³³.

- المرسوم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 ، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة ، الجريدة الرسمية ، العدد 55 المادة 3/12. 231

²³² - مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص07.

²³³ - راضية بن مبارك : المرجع السابق ، ص79

• حالة وفاة الملتزم:

في الأصل وانطلاقاً من نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري ، فان آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة ، وبالتالي فان وفاة احد المتعاقدين لا تعني انتهاء آثار العقد ، لكن نفس هذه المادة وضعت شرطاً لذلك وهو كما نصت عليه " : ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"²³⁴

كما نصت عليه " : ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام" وما نستنتجه من نص المادة إن طبيعة التعامل قد تمنع انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ويدخل في إطار طبيعة التعامل أن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار. وبالتالي فان وفاة المتعاقد تؤدي إلى انقضاء العقد²³⁵ وإذا عدنا إلى عقد الامتياز، نجد أن شخصية الملتزم لها أهمية كبيرة في العقد إذ انه عقد ذو طابع شخصي وتطبيقاً للقاعدة العامة فان وفاة الملتزم تؤدي إلى انقضاء عقد الامتياز هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وانطلاقاً من عقد الامتياز في حد ذاته والذي يلتزم الملتزم بموجبه على التنفيذ شخصياً، فان وفاة الملتزم ستحول حتماً وتنفيذ هذا الالتزام وبالتالي يؤدي ذلك إلى نهاية الامتياز إلا في حالة ما إذا وجد نص يؤكد خلاف ذلك ضمن دفتر الشروط بالنص على إمكانية مواصلة الورثة باستغلال المرفق العام²³⁶ .

- 3 الفسخ القضائي : ويأخذ صورتين:

أ - الفسخ القضائي بطلب من الملتزم : ويحدث في حالتين:

²³⁴ - المادة 108 من القانون المدني.

4- راضية بن مبارك : المرجع السابق ، ص104.

²³⁶ - عصام حوادي ، عصام حوادي ، طرق التسيير المحلية وتطورها في قانون البلدية الجزائري)مذكرة لنيل شهادة الماجستير (شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، جامعة

عناية 2004 - 2005. المرجع السابق ، ص102

حالة إخلال الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها التعاقدية، مثل عدم تحقيقها للمزايا التي التزمت بها تجاه الملتزم، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة للعقود التي تسمح لأحد الطرفين المتعاقدين بطلب فسخ العقد وإنهاء الرابطة القانونية بينهما في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته.

وفي حالة حدوث اضطراب للملتزم بسبب استعمال الإدارة مانحة الامتياز بحقها في التعديل وقد نصت التعليمات 842/3.94 على ذلك إذ جاء فيها :

"غير انه إذا أصاب الملتزم ضررا بسبب هذه التعديلات كإخلال التوازن المالي للعقد ، يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ²³⁷ ."

فإذا تحقق إحدى الحالتين تمكن الملتزم من طلب فسخ عقد الامتياز من الجهة القضائية المختصة التي تقدر حجم الأضرار اللاحقة بالملتزم وتقرر التعويض المناسب⁽²⁾

ب- الفسخ القضائي بطلب من الإدارة مانحة الامتياز:

حيث يترتب على كل تقصير من الملتزم بالالتزامات التي تضمنها دفتر الشروط فسخ عقد الامتياز، بمبادرة من الإدارة ، وذلك بعد أن تستوفي كل الإجراءات القانونية المتمثلة أساسا في توجيه الأعدار لصاحب الامتياز، وإخطاره بالمخالفات المنسوبة إليه والطلب منه إزالة الأسباب والمسببات المؤدية لفسخ الامتياز.

خلاصة الفصل:

237_ التعليمات رقم 842/94.3 المؤرخة في 07/09/1994 ، الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية بعنوان : امتياز المرافق العمومية و تأجيرها، ص07.

من المتعارف عليه أن عقد الإمتياز المرفق العمومي من أشهر العقود الإدارية و أهمها، و يعتبر الصورة الأكثر شيوعا في تفويض المرفق العام في الجزائر خاصة بعد أخذها باقتصاد السوق و المنافسة الحرة.

و ما يصعب على الباحث في دراسة جميع المبادئ التي تقوم عليها هذا العقد فيصطدم بنوع من التبيان و التعارض سواء من الناحية التعريف، فلم يعطي المشرع تحديدا لهذا العقد ، و لا مدة محددة له، و خاصة في غياب إجراءات دقيقة لكيفية منح الإمتيازات، فكل القوانين نلاحظ أنها لم تحدد المرافق العامة القابلة لأن تكون محل الإمتياز، و بالتالي فجميع النصوص جاءت متفرقة إلى حد كبير في تنظيم و تطوير علاقة الشراكة بين الإدارة و القطاع الخاص.

الخاتمة

تعتبر الصفقات العمومية الوسيلة الرضائية الوحيدة لتعامل الاداره مع الإدارات العمومية الأخرى أو الشركات او الدول الاجنبية لتنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي توفير الرخاء للمواطنين في الداخل, وتدعيم موقفها الاقتصادي في الخارج.

اما بالنسبة للعقود بصفه عامه هي توافق ارادتين او اكثر على ترتيب اثر قانون معين, وتتفق هذه العقود في جوهرها واركائها الرضا والسبب والمحل ويشترط لقيامها صحيحه ومنتجه لاثارها القانونيه شروط صحه وسلامه الرضا من عيوب الغلط والتدليس والاكراه والغبن.

مع التاكيد بان الرضا في العقود الاداريه يقيد في مرحلتين اساسيتين التي سوف نتطرق اليها: اولهما- القواعد التي تقيد او تحد من اراده المتعاقدين في مجال التعاقد، ويلتزم الاطراف باحترامها وعدم الاتفاق على مخالفتها .

ثانيهما- طبيعه العقد بحد ذاته مدني اداري بما تراضي عليه الاطراف لان نوع العقد مساله موضوعيه تخضع لتقدير قاضي الموضوع ان الاداره عند ابرامها العقد لا يهملها معرفه صفه العقل التي تبرمه، كما ان طبيعه العقد لا تثير اي اشكال الا في حاله نشوب نزاع بين الاداره والمتعاقد معها.

اما في المرحله الثانيه فتتمثل في الاعتبارات المقيدده للرضى وهي اعتبارات المصلحه العامه والشروط الغير المألوفه التي يتميز بها العقد الاداري عن بقية العقود الاخرى كحق الاداره في فسخ العقد من جانب واحد وحق الاداره في تعديل العقد.....الخ.

هذا و تختلف العقود الاداريه عن العقود المدنيه في تكوين العقد وتحديد اثاره ، فالعقود الاداريه تستهدف عاده تسير مرفق عام، والمرفق العام يقوم على مبادئ اساسيه هي سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، المساواه في الانتفاع من خدمات المرفق العام، قابليه المرفق العام للتغيير والتعديل، وطبيعه المرفق العام، في حد ذاتها تحتاج الى قواعد قانونيه متميزه مختلفه تحكم تنظيمه وتسييره، كما ان نشاط الاداره بصفه عامه يتاسس على فكره المصلحه العامه .

فاذا كان اطراف العقد المدني يتمتعون بحريه كبيره في التعبير عن ارادتهم يخضعون لقاعده العقد شريعته متعاقدين، فان الامر يختلف بالنسبه لعقود الاداره التي تبرم من قبل اشخاص القانون العام قصد تسير مرفق عام، ويهدف المشرع من وراء تقييد سلطه الاداره الى ضمان تعاقد السلطه الاداريه مع اكفا متقدمين للتعاقد من ناحيتين الماليه والفنيه، كذلك ضمان المساواه والحيدده تامه بين المتقدمين للتعاقد .

اما بخصوص تعريف الصفقات العموميه فهي تعد تلك الصفقات التي يبرمها احد اشخاص القانون العام

قصد انجاز اشغال او اقتناء المواد والخدمات والدراسات وان المعيار الاساسي المعتمد في تحديد طبيعه العقد هو

المعيار العضوي، وكلما كانت الدوله ترغب في العقد كان العقد اداريا هذا بالاضافه الى بقيه المعايير الاخرى -

تسيير مرفق عام و استخدام اساليب السلطه العامه - كم استعان المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي في حالات

معينه وهي حاله الصفقات التي تبلغ المؤسسه الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الاخيره بانجاز مشاريع

استثمارات عموميه بالمساهمه النهائيه لميزانيه الدوله.

الملاحظ ان المشرع الجزائري وحرصا منه على تحقيق المصلحه العامه وحمايه المال العام، الزم الاداره ببعض

القيود والضوابط التي تحد من حريتها في التعاقد واختيار المتعاقد معها، ومن اهم القيود التي تحد من حريه الاداره

الزمها باتباع الاجراءات التي رسمها لها قانون لاختيار المتعاقد وتحديد طرق ابرامها للصفقات العموميه وحرصها

في المناقصات والتراضي .

القاعده العامه في التعاقد هي اتباع اجراء المناقشه وذلك لاهميتها في اختيار المتعاقد مع الاداره. وتتخذ

مناقصه العامه اشكال عديده مناقصه وطنيه او مناقصه دوليه، مناقصه مفتوحه او مناقصه محدوده ، استشاره

انتقائيه مزايده .

العقد الامتياز المرفق العمومي من اشهر العقود الاداريه واهمها ، صور اكثر شيوعا في تفويض المرفق العام في

الجزائر خاصه بعد تبنيها النظام الليبرالي، واخذها بمبادئ اقتصاد السوق والمنافسه الحره.

ما يصعب من مهمه الباحث لما يحاول جمع المبادئ العامه التي يقوم عليها هذا العقد فيصطدم بنوع من التباين والتعارض سواء من ناحيه التعريف فالمشرع لم يعطي تعريفا موحدا لهذا العقد ، ولا مده محدد له ، ولا من ناحيه حصر الملتزم او اطلاقه، وفي الغالب غياب اجراءات دقيقه لكيفيه منح الامتيازات، بعض النصوص التي قيدت حريه الاداره وفتحت مجال المنافسه كالتعليمة الوزاريه لسنة 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العموميه وتاجيرها، وكاد المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المتعلق بالمناطق الحرة ، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 04-417 التي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعديه لاستقبال ومعامله المسافرين عبر الطرقات.

كما يلاحظ في هذه القوانين انه لم تحدد المرافق العامه القابله لان تكون محلا للامتياز، وبالتالي هذه النصوص المتفرقه نظم بها المشرع موضوع الامتياز لا تساهم الى حد كبير في تنظيم وتطوير علاقته الشراكة بين الاداره والقطاع الخاص .

وما يمكن اقتراحه في هذا المجال هو :

- وضع قانون عام يحكم تفويض المرافق العامه، خاصه عقد الامتياز وذلك بتحديد مفهومه بشكل دقيق، واجراءات منحه بشكل يضمن الشفافيه والمنافسه ، يسمح فيها للاداره باختيار متعاقد معها وفق صورتها التقديرية.

- تحديد المرافق العامه القاضيه لان تكون محلا للامتياز.

- تنظيم علاقته المنتفعين بالمرفق العام مع الملتزم، او الاداره منحه الامتياز .

- منح البرلمان المصادقه على اتفقيه الامتياز مثلما هو الحال لدى المشرع المصري، في الحالات التي يكون موضوع الامتياز مرفق عام استراتيجي ومهم.
- تشجيع الخواص على ابرام عقد الامتياز من خلال تقديم الدوله المساعدات والمعونات ، خفض قيمه الضرائب المفروضه، فضلا عن عدم تقييد الملتزم الجنسيه معينه، ما يفتح من مجال ابرامه امام الوطنيين والاجانب الى حد سواء.
- التخفيف من اوجه الرقابه التي تمارسها الجهه الاداريه مانحه الامتياز الى حد الادنى الذي يضمن حسن السير المرفق العام وتوفير الخدمات مايطمئن الخواص لابرامه.
- اضعاف الشفافيه على الظروف التي تمر بها الصفقات العموميه، . وتبسيط اجراءاتها.
- ان لا يخضع منح الصفقات العموميه لاعتبارات الذاتيه وحسابات شخصيه. سن القوانين الصارمه لمكافحة الرشوه من خلال اجراءات ملموسه مخصصه للتشديد التدريجي لنظام وطني للنزاهه.
- تكثيف الرقابه على الصفقات العموميه وتوقيع عقوبات الصارمه على كل مساس بالمال العام.
- تفعيل اجراءات القانون المتعلق بالتصريح بالممتلكات وتوسيع نطاق تطبيقه لبطل موظفي الوزارات والجماعات المحليه والمؤسسات العموميه.

قائمة المراجع

المراجع باللغه العربيه:

أولا : الكتب

- 1- مذکور (محمد سلام), الفقه الاسلامي, المدخل و الاموال والحقوق والعقود, القايره مكتبه عبد الله وهبة, 1954.
- 2- ابراهيم (طه الفياض), العقود الاداريه, الكويت, مكتبه الفلاح, 1964 .
- 3- طماوي (سليمان) , الاسس العامه للعقود الاداريه, ط3 , القايره, دار الفكر العربي , 1975 .
- 4- رياض (عيسى) , مظاهر سلطه الاداره تنفيذ مقاوله الاشغال العموميه, ط1, العراق, 1976.
- 5- رياض (عيسى), نظريه العقد الاداري في القانون المقارن والجزائري, د.م.ج, الجزائر 1985.
- 6- الحلو (ماجد راغب) القانون الاداري, الاسكندريه, دار المطبوعات الجامعيه, 1996.
- 7- خالد (خليل الطاهر) القانون الاداري, دراسه مقارنه, الكتاب الثاني, ط1 , دار المسيره 1997 .
- 8- خالد (خليل الطاهر), القانون الاداري, الكتاب الثاني, الطبعه 1, عمان, دار المسيره, 1997.
- 9- الجبوري (محمد خلف), النظام القانوني للمناقصات العامه, دراسه مقارنه, ط 1, الاردن مكتبه دار الثقافه للنشر والتوزيع, 1999.
- 10- راضي (مازن ليلو), العقود الاداريه في القانون الليبي والمقارن, الاسكندريه, منشاه المعارف, 2003.
- 11- محمد رفعت (عبد الوهاب) مبادئ واحكام القانون الاداري, بيروت لبنان, منشورات الحلبي الحقوقيه, 2003.
- 12- جابر (جاد نصار), العقود الاداريه , ط2 , القايره, دار النهضه العربيه, 2004 .
- 13- قدوح (حمامه), عمليه ابرام الصفقات العموميه في القانون الجزائري, الجزائر, ديوان المطبوعات الجامعيه, 2004.
- 14- الحلو (ماجد راغب), العقود الاداريه والتحكيم, ط1 , دار الجامعيه الجديده, الاسكندريه 2004.
- 15- البنا (محمود عاطف), العقود الاداريه, الطبعه الاولى, القايره, دار الفكر العربي, 2005.

16- محيو (احمد), محاضرات في مؤسسه الاداريه, ترجمه محمد عرب صاصيلا, الطبعة 4 الجزائر, د,م, ج.

ثانيا : المقالات

17- خير الدين (عبد العزيز), " حق الاداره في تعديل الشروط العقد الاداري" مجله اداره قضايا الحكومه, ط5 , مصر
1961.

18- لباد (جمال الدين) "المعيار المميز العقد الاداري" مقال في مجله قضايا الحكومه , ع3, 1964.

19- ستينوف , "نظريه العقود الاداريه والقانون الاشتراكي", مجله القانون العام والعلوم السياسيه العدد 42, 1966.

20- وصفي (محمد كمال) "سلطه الاداره في تعديل شروط العقد الاداري" مجله العلوم الاداريه, س13 , ط1 1971.

21- فحمه (عبد الباقي) "نزع الملكيه امتياز مقرر للاداره", مجله العلوم القانونيه والسياسيه, مج 2 , ع1 , 1978

22- الشقراوي(سعاد) "تنوع وتزايد العقود الاداريه وتحول اداره معاصره من الامر والقهر الى الاتفاق و المكافاه", مجله الامن
والقانون الصادر بدبي الامارات العربيه المتحده العدد 2 يونيو 1995.

23- تروث (بدوي) "المعيار مميز العقد الاداري" مقال منشور في مجله القانون والاقتصاد المصريه , ع3 و4

24- شريف (عزيزه) "دراسات في العقد الاداري", موسوعه القضاء والفقاه, ع 53.

ثالثا :رسائل الدكتوراه

25- عيسى رياض, العلاقات القانونيه, العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي, رساله الدكتوراه,
كلية القانون والسياسه, بغداد, 1979.

26- القوانين

27- القانون المدني 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ,حسب اخر تعديل له ,من اعداد مولود ديدان, الجزائر, دار
النجاح للكتاب, 2006.

28- قانون الاجراءات المدنيه والاداريه ,النص الكامل للقانون رقم 08 - 09 المؤرخ 5 فبراير 2008 الجزائر منشورات بيرتي
2008,

رابعاً: الأوامر

- 29- الامر رقم 66 - 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنيه, ط 3
- 30- الامر رقم 71 - 84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن تعديل المواد 62 و 87 و 89 من الامر رقم 67 - 90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العموميه الرسميه للجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه ع 107 , الصادر بتاريخ ديسمبر 1971.

خامساً: النصوص التنظيمية:

- 31- مرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العموميه, الجريده الرسميه الجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه, ع52, صادر بتاريخ 28 جويلية 2002.
- 32- المرسوم الرئاسي رقم 08 - 338 المؤرخ في 26 اكتوبر 2008 المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العموميه, الجريده الرسميه للجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه .
- 33- المرسوم التنفيذي رقم 89 - 01 المؤرخ في 15 جانفي 1989 المتعلق بكيفيه تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدوله للتجاره الخارجيه الجريده الرسميه للجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه, ع 3, 1989.

- الاحكام القضائيه

أولاً - احكام المحكمه الاداريه العليا المصريه:

- 34- حكم المحكمه الاداريه العليا المصريه لسنه 11 ق بجلسه 1975/01/25 مجموعه س 20, رقم 52 .
- 35- حكم المحكمه الاداريه العليا في الطعن رقم 973 لسنه 15 بجلسه 1975/02/15 مجموعه س 20 رقم 65, ص 202.
- 36- المحكمه الاداريه العليا المصريه في الطعن رقم 821 لسنه 106 ق بجلسه 1975/6/21 س 20 رقم 133.
- 37- حكم المحكمه الاداريه العليا المصريه في الطعن رقم 968 لسنه 8 ق بجلسه 1963/04/13 مجموعه س 8 , رقم 96.

- 38- حكم المحكمة الاداريه العليا المصريه في الطن رقم 2469 لسنة 6 ق بجلسة 1963 / 04 / 20.
- 39- حكم المحكمة الاداريه العليا المصريه في الطعن ، رقم 641 لسنة 15 ق في 1974/05/18.
- 40- حكم في الطعن رقم 3364 لسنة 27 بجلسه 1985/12/15 (مجموعه س 31 رقم 2)
- 41- حكم محكمة القضاء الاداري جلسه 1956 /12/ 23 المجموعه سنه 11 ص 103, 1956 /3/6,
- 42- حكم محكمة القضاء الاداري المصري ,قضيه رقم 870 لسنة خامسه بتاريخ 9 /12/ 1956,س 11 بند 50 .

المراجع :باللغة الفرنسية

A-Ouvrage

- 43- TROTABAS (L) ; Manuel de droit public et administratif 17ed Paris
- 44- LAUBADERE(A), Traité de droit administratif ;6ed, Paris ,1973.
- 45- VEDEL(G),droit administratif , 4ed Paris , 1968.
- 46- VELLE(Y)S) , droit administratif , 4ed Paris ,2003.
- 47- RICCI(C.J) , droit administratif général, 2ed , Paris , Hachette ,
superieur , 2006.
- 48- MAHIOU(A), Cours d'institution , 3ed , OPU , Alger , 1981.

C-Lois

- 49- Ordonnance N°67-90du 17juin 1967portant code des marchés
publics, Journal Officiel de la République Algérienn
- 50- Loi n 62/157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à
nouvelle ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962.

d – Les rapports:

- 51- Les rapports du Conseil National Economie et Social : les années 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006.
- 52- 2. Conférence des NATION UNIES sur le Commerce et le Développement : rapport sur : EXAMEN DE LA POLITIQUE DE L'INVESTISSEMENT ALGERIE. GENEVE 2004.

المواقع الإلكترونية:

1. مجلس الدولة الفرنسي: www.conseil-etat.fr

11. الأكاديمية العربية بالدماركة، قسم القانون: www.ao-academy.org

12. المكتبة الأردنية للقانون: www.arablawinfo.com

الملاحق

الملحق الأول:

قرارات قضائية جزائية.

مجلس الدولة	عقد الامتياز
الغرفة الثانية	عقد الامتياز عقد إداري - الاختصاص -
ملف رقم: 11950	القاضي الإداري - نعم.
11952	لما كان عقد الامتياز عقدا إداريا تمنح بموجبه
قرار بتاريخ:	السلطة الامتياز للمستغل بشكل استثنائي مؤقت
2004/03/09	للرجوع عنه، فإنه لا حق شخصيا دائما للمستفيد
قضية:	بما في ذلك حق تجديد الامتياز.
شركة نقل المسافرين	
ضد:	
رئيس بلدية وهران	

وعليه

من حيث الشكل: حيث أن الاستئناف جاء مستوفيا للأوضاع المنصوص عليها قانونا فهو مقبول شكلا.

في الشكل دائما:

حيث أن الاستئناف رقم 011952 الذي رفعه المستأنف الحالي بتاريخ 2002/02/26 كما هو ثابت بالعريضة يتعلق بنفس القرار المستأنف بالملف الحالي رقم 011950 كما يتعلق بنفس الأطراف و نفس الموضوع إضافة إلى أن كل المذكرات المتبادلة بين طرفي النزاع تشير إلى نفس الطلبات و الدفع و أنها مودعة لدى كتابة الضبط لدى مجلس الدولة بنفس التاريخ مما يستوجب ضم الاستئناف رقم 011952 إلى الاستئناف رقم 011950 لوجود ارتباط بينهما و استنادا إلى المادتين 91 من قانون الإجراءات المدنية و المادة 40 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله.

عن عدم الاختصاص النوعي:

في الموضوع:

حيث أن العقد المبرم بين طرفي النزاع يتعلق بعقد امتياز إداري و ليس مجرد عقد إيجار مدني. وحيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي و بهدف محدد تواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه و عليه فإن القضاء الإداري هو المختص للبت في النزاع و يتعين رد الدفع لأنه فيغير محله.

من حيث الموضوع:

العقد الإداري و تطبيقاته

حيث أن المستأنف قد تحصل على عقد امتياز يسمح له باستغلال محطة المسافرين لمدة ثلاث سنوات كما يتبين من العقد المرفق بالملف و المبرم بتاريخ 1996/11/10 تحت رقم 1642.

و حيث أن هذا العقد المذكور أعلاه لا يسمح بالحصول على أي حق شخصي دائم، و خاصة الحق في تجديد الامتياز الذي هو مؤقت وقابل للرجوع فيه متى رأت السلطة المانحة ذلك .

و حيث أنه يتبين من الوثائق المرفقة بالملف و منها عقد الامتياز موضوع النزاع الحالي أن مدة الامتياز ثلاث سنوات قد انتهت و أن المستأنف ما زال يستغل الأماكن بدون تجديد هذا العقد و بغير حق، فإن قضاة أول درجة قد أصابوا ملل قضاة بطرده من الأماكن هو و كل شاغل بإذنه مما يستوجب تأييد قرارهم المستأنف.

وحيث أن من خسر طعنه يتحمل مصاريف التقاضي طبقاً للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة: حضورياً و نهائياً و علنياً

في الشكل: قبول الاستئناف شكلاً و ضم الاستئناف رقم 111952 إلى الاستئناف الحالي رقم 011950.

في الموضوع: تأييد القرار المستأنف.

- تحميل المستأنف المصاريف القضائية.

بدا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع من شهر مارس من سنة ألفين و أربعة من قبل الغرفة الثالثة بمجلس الدولة المتشكلة من السادة:

الرئيسة	صحراوي الطاهر مليكة
رئيسة قسم المقررة	سعيود خديجة
رئيسة قسم	سيد لخضر فافا
مستشارة دولة	رحموني فوزية
مستشارة دولة	مسعودي حسين
مستشارة دولة	فرقاني عتيقة
مستشارة دولة	حسن عبد الحميد

بحضور السيد بوشارب طه مساعد محافظ دولة و بمساعدة السيد: زهير ميهوبي أمين الضبط

الرئيسة
رئيسة القسم المقررة
أمين الضبط

الملحق الثاني: قرارات قضائية فرنسية.

AREET GAZ BOURDEAUX:

Lecture du 30 mars 1916

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", société anonyme, dont le siège social est à Bordeaux, rue de Condé, n° 5, agissant poursuites et diligences de ses directeur et administrateurs en exercice, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 1er et 29 septembre 1915 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 30 juillet 1915 par lequel le conseil de préfecture du département de la Gironde l'a déboutée de sa demande tendant à faire juger qu'elle a droit à un relèvement du prix fixé par son contrat de concession pour le gaz fourni par elle à la ville et aux particuliers et à faire condamner la ville de Bordeaux à lui payer une indemnité ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la ville de Bordeaux : Considérant que les conclusions de la compagnie requérante tendaient devant le conseil de préfecture comme elles tendent devant le Conseil d'Etat à faire condamner la ville de Bordeaux à supporter l'aggravation des charges résultant de la hausse du prix du

charbon ; que, dès lors, s'agissant d'une difficulté relative à l'exécution du contrat, c'est à bon droit que par application de la loi du 28 pluviôse an VIII, la compagnie requérante a porté ces conclusions en première instance devant le conseil de préfecture et en appel devant le Conseil d'Etat ;

Au fond : Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ;

Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du

charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêté susvisé du conseil de préfecture du département de la Gironde en date du 30 juillet 1915 est annulé.

Article 2 : La Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel. Article 4: Expédition ... Intérieur.

ARRET GAZ DE DEVILLE:

Lecture du 10 janvier 1902

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la Compagnie société anonyme dont le siège social est à «Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen représentée par son directeur et ses « Rue aux Juifs n° 32, Déville-lès-Rouen ladite requête et ledit mémoire enregistrés au «administrateurs en exercice Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat le 23 février et le 28 août 1898 et « attendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 9 décembre 1897 par lequel le conseil de préfecture de la Seine-Inférieure a rejeté sa demande à raison du «d'indemnité formée contre la commune de Déville-lès-Rouen auquel est «préjudice résultant pour elle de l'autorisation donnée au sieur Lemoine de poser sur le «substituée la Compagnie électrique de la banlieue de Rouen territoire de la commune des fils pour l'éclairage électrique à fournir aux particuliers ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Considérant que la commune de Déville-lès-Rouen soutient que si elle a concédé à la Compagnie requérante le ce privilège dans le silence des traités de «privilège exclusif de l'éclairage par le gaz ne s'étend pas à l'éclairage par tout autre moyen et notamment «1874 et de 1887 la commune n'ayant pas renoncé au droit de faire profiter «par celui de l'électricité ses habitants de la découverte d'un nouveau mode d'éclairage ;

Considérant que le silence gardé sur ce point par les premières conventions de

1874 est facile à expliquer et doit être interprété en faveur de la Compagnie du gaz ; qu'il en est autrement du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation époque où l'éclairage au moyen de l'électricité fonctionnait ,intervenu en 1887 déjà dans des localités voisines ; qu'à cet égard les parties sont en faute de n'avoir ce qui met le juge dans l'obligation ,pas manifesté expressément leur volonté d'interpréter leur silence et de rechercher quelle a été en 1887 leur commune intention ;

Considérant qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage n'importe par quel moyen et à la commune de Deville la faculté d'assurer ce en le concédant à un tiers dans le cas où la ,service au moyen de l'électricité Compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier ;

que la commune allègue que les longues négociations , il est vrai.Considérant engagées sans résultat dès 1893 entre elle et la Compagnie et à la suite desquelles est intervenu le traité passé en janvier 1897 avec le sieur Lemoine constitue une mise en demeure suffisante pour rendre ce traité définitif ;

Mais considérant que ces négociations antérieures à la solution d'un litige qui porte sur l'étendue des obligations imposées à chacune des parties dans le traité de 1887 ne peuvent remplacer la mise en demeure préalable à l'exercice du droit de préférence reconnu par la présente décision en faveur de la Compagnie requérante ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté ci-dessus visé du Conseil de préfecture de la Seine-Inférieure en date du 9 décembre 1897 est annulé. Article 2 : Dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision la commune de Deville mettra la Compagnie du gaz en demeure de déclarer avant l'expiration du mois suivant si elle entend se charger du service de l'éclairage au moyen de l'électricité dans les conditions du traité passé avec le sieur Lemoine. Article 3 : Il est sursis à statuer jusqu'après l'exécution à donner à l'article 2 ci-dessus sur la demande de dommages-intérêts formée par la Compagnie du gaz. Article 4 : Les

dépens exposés jusqu'à ce jour seront supportés par la commune de Déville.

Article 5 : Expédition Intérieur.

ARRET COMPAGNIE DES MESSAGERIES **MARITIMES ET AUTRES:**

Conseil d'Etat

statuant

au contentieux

N° 17614

Publié au Recueil Lebon

M. Romieu, Rapporteur

M. Tardieu, Commissaire du gouvernement

Lecture du 29 janvier 1909

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la compagnie des

messageries maritimes, société anonyme dont le siège est à Paris, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 8 septembre 1904 et 30 juin 1905 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision, en date du 28 août 1904, par laquelle le ministre des Postes a mis à sa charge une somme de 64.900 francs, montant des amendes encourues par elle pour retards apportés pendant la grève des états-majors de la marine marchande à Marseille, en avril et mai 1904, aux départs de ses paquebots et inexécution des services maritimes postaux dont elle est concessionnaire pour le bassin oriental de la Méditerranée, les mers des Indes, de la Chine et du Japon, l'Australie et la Nouvelle-Calédonie, la côte Orientale d'Afrique, le Brésil et la Plata ;

Vu le décret du 11 juin 1806 et la loi du 24 mai 1872 ; Vu l'article 1153 du Code civil modifié par la loi du 7 avril 1900 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 35 du cahier des charges annexé à la convention du 30 juin 1886 et maintenu par la convention du 5 novembre 1894 passée entre l'Etat et la Compagnie des messageries maritimes pour l'exécution des services maritimes postaux, tout retard au départ des paquebots rend la Compagnie passible d'une amende, sauf le cas de force majeure dûment constaté ;

Considérant que les grèves partielles ou générales, qui peuvent se produire au cours d'une entreprise, n'ont pas nécessairement, au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entrepreneur au maître de l'ouvrage, le caractère d'événements de force majeure ; qu'il y a lieu, dans chaque espèce, par l'examen des faits de la cause, de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de la part de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations ;

Considérant qu'à la suite de réclamations formulées par les inscrits maritimes contre plusieurs officiers de la marine marchande employés par diverses compagnies de navigation et de mises à l'index ayant eu pour effet, d'obtenir le débarquement de ces officiers, tous les états-majors des navires de commerce du pont de Marseille ont décidé de se solidariser et de cesser le travail tant que les Compagnies, qui avaient cédé aux menaces des inscrits maritimes, n'auraient pas réintégré dans leur emploi les officiers débarqués ;

Considérant, d'une part, que la grève générale des états-majors de la marine marchande survenue dans ces circonstances, n'avait pas pour origine une faute de la Compagnie des messageries maritimes ; que cette Compagnie, qui était

étrangère au conflit existant entre les inscrits maritimes et les états-majors, n'avait pas le pouvoir de la prévenir ni de l'arrêter, qu'il n'est nullement établi qu'elle ait cherché à la favoriser, et qu'il n'est relevé à sa charge aucun fait de nature à engager de ce chef sa responsabilité ; qu'ainsi la grève générale des états-majors, a eu à l'égard de la Compagnie des messageries maritimes le caractère d'un événement indépendant de sa volonté, qu'elle était impuissante à empêcher ;

Considérant, d'autre part, que la grève générale des états-majors avait pour conséquence de rendre impossible le départ des paquebots de la Compagnie et l'exécution du service postal qui lui était confié ; que l'Etat n'a, à aucun moment, offert à la Compagnie des messageries maritimes, ainsi qu'il l'a fait pour d'autres compagnies, le concours des officiers de la marine nationale ; qu'il s'agissait pour elle, non d'une simple gêne, mais d'un obstacle insurmontable ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Compagnie des messageries maritimes est fondée à soutenir que la grève des états-majors a constitué pour elle le cas de force majeure prévu par l'article 35 de son cahier des charges, et à demander à être exonérée des amendes mises à sa charge pour inexécution de son service ; qu'il y a lieu dès lors de condamner l'Etat à lui rembourser la somme de 64.900 francs, représentant le montant de ces amendes, et à lui payer les intérêts de ladite somme à partir du jour où le prélèvement en a été indûment effectué ;

DECIDE :

DECIDE : Article 1er : La décision du Ministre des Postes et Télégraphes en date du 28 août 1904 est annulée. Article 2 : L'Etat remboursera à la compagnie des montants des amendes perçues, messageries maritimes la somme de 64.900 francs avec intérêts du jour où le prélèvement en a été effectué. sur ladite Compagnie Article 3 : L'Etat est condamné aux dépens. Article 4 : Expédition de la présente décision sera transmise au ministre des Postes et Télégraphes.

03.....	اهداء.....
04.....	شكر.....
05.....	المقدمة.....
09.....	الفصل الأول: ماهية العقد الإداري.....
10.....	تمهيد الفصل الأول.....
11.....	المبحث الأول: تعريف و نشأة العقد الإداري.....
11.....	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري.....
12.....	الفرع الأول: العقد لغة.....
12.....	الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري اصطلاحا.....
14.....	المطلب الثاني: نشأة العقد الإداري.....
15.....	الفرع الأول: نشأة العقد الإداري في فرنسا.....
17.....	الفرع الثاني: نشأة العقد الإداري في مصر.....
20.....	الفرع الثالث: نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر.....
23.....	المبحث الثاني: معايير تمييز العقود الإدارية و أهم أنواعها.....
24.....	المطلب الأول: معايير تمييز العقود الإدارية.....
24.....	الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون.....
26.....	الفرع الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها.....
34.....	الفرع الثالث: تقييم المعايير و موقف المشرع الجزائري.....
42.....	المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية.....
43.....	الفرع الأول عقد الأشغال العامة ، و عقد الإمتياز.....
48.....	الفرع الثاني: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وعقد التعهد و الدراسة بخدمة الدولة.....
54.....	الفرع الثالث: عقد القرض العام.....

55.....	ملخص الفصل الأول.....
56.....	الفصل الثاني : عقد الامتياز الإداري.....
57.....	تمهيد الفصل الأول.....
59.....	المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز الإداري.....
60.....	المطلب الأول : التعريف بالعقد الامتياز الإداري.....
60.....	الفرع الأول: التعريف التشريعي و القضائي و الفقهي لعقد الامتياز الإداري.....
67.....	الفرع الثاني: أركان عقد الامتياز الإداري و خصائصه.....
74.....	المطلب الثاني: إجراءات منح عقد الإمتياز.....
78.....	الفرع الأول: أسلوب المزاد العلني كوسيلة للامتياز سابقا.....
78.....	الفرع الثاني: أسلوب التراضي كآلية حالية.....
82.....	المبحث الثاني: آثار عقد الامتياز الإداري.....
83.....	المطلب الأول: سلطات الإدارة مانحة الامتياز والتزاماتها.....
83.....	الفرع الأول: سلطات الإدارة مانحة الإمتياز.....
92.....	الفرع الثاني: التزامات الادارة والمنازعات الناشئة عنها.....
99.....	المطلب الثاني : حقوق و التزامات الملتزم في عقد الإمتياز ونهايته.....
99.....	الفرع الأول: حقوق الملتزم و التزاماته في عقد الإمتياز.....
122.....	الفرع الثاني : طرق نهاية عقد الامتياز الإداري.....
128.....	خلاصة الفصل الثاني.....
129.....	الخاتمة.....
134.....	قائمة المراجع.....
139.....	الملاحق.....



ملخص

من خلال دراستنا للموضوع العقد الإداري ، نستخلص ما يلي:

- 01- أن العقد الإداري في الجزائر يعتمد أساسا على معيار عضوي لم يعد كافي في تكييف عقود الإدارة.
- 02- تتخذ أركان العقد الإداري و شروط صحة انطلاقا من الأحكام العامة في القانون المدني و هو بذلك لا يختلف عن العقد المدني، إلا أن بعض المسائل الجزئية التي تصل أساس بالمرفق العام.
- 03- أن العقود الإدارية تتنوع و من بينها عقد الامتياز الذي كان موضوع دراستنا ، ويكون متنوع بنشاط الحياة العامة و بذلك من الصعب التسليم بتقسيم معين لها، و يضل من المعيار القانون و المعيار القضائي راجحا في تحصيل هذا التقسيم.
- 04- لا يلزم المشرع الإدارة أن تتبع طرق معينة في إبرام العقود الإدارية إلا فيها يتعلق بالصفقات العمومية.
- 05- تتمتع الإدارة بجمرية الاختيار الإجراءات و الشكليات المناسبة، وهي ذلك غير مقيدة بأي نمط ، إلا فيها ما يتعلق بالصفقات العامة.
- 06- يترتب عن العقد الإداري و أي نوع من أنواعها آثار بمجرد إبرامه و تبد و غيرها مألوفة، لكنها تعت ب اعن احد خصائصه.
- 07- أن هذه الآثار التي يترتب عنها هي حقوق و التزامات لطرفيه ، يكاد الفقهاء يجمعون عليها و إن اختلفوا في تقسيمها و ترتيبها.
- 08- أن حقوق و الالتزامات بالنسبة للمتعاقد تسعى دائما إلى تحقيق المصلحة الخاصة به و المتمثلة في تحقيق الربح، و في المقابل هذا تنفيذه كل التزاماته العقدية.
- 09- فالمتعاقد الحق بالتعويض وذلك لتأمين تنفيذ التزاماته حفاظا على سير المرفق العامة بانتظام واطراد.
- 10- فللمزايا و الأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين القواعد المتمثلة و الإلتزامات المرفوضة.
- 11- نتوصل في الأخير أن العقد الإدارية عقد تبمه إدارة عامة، تستعمل فيه استثنائية، و تستهدف به المصلحة العامة ، لتحقيق حاجات المرفق العام.

Through our study of the administrative contract, we conclude the following:

- 1/ The administrative contract in Algeria is an organic standard that was not sufficient to adapt the management contracts
- 2/ It takes The pillars of the administrative contract and the conditions of validity are taken from the general provisions in the civil law, and as such, it does not differ from the civil contract, except for some partial issues that link mainly to the public facility.
- 3/ Administrative contracts vary, including among them which was the subject of our study, and it is diversified by the activity of public life, and thus it is difficult to acknowledge a specific division for it.
- 4/ The administration legislator does not have to follow certain methods in the conclusion of administrative contracts, except in which public contracts are suspended
- 5/ The administration has the freedom to choose procedures and formalities that are appropriate, and that is not restricted in anyway, except in relation to public deals.
- 6/ The administrative contract and any kind of its effects shall have effects as soon as it is concluded and others become familiar, but it is considered one of it concluded.
- 7/ These implications are the rights and obligations of both parties
Scholars almost unanimously agree on it, and they differ in its division and arrangement.
- 8/ The rights and obligations of the contracting parties are always attributable to the realization of their own interest, which is to make a profit, and in return this implements all contractual obligations.
- 9/ The contractor has the right to compensation in order to ensure the implementation of its obligations in order to keep the public facility running regularly and steadily.
- 10/ The benefits and burdens should be parallel to achieve compatibility between the rules represented and the obligations rejected
- 11/ We recommend that the administrative contract is a public administration, used in an exceptional manner and aimed at the public interest to achieve the needs of

- قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص = صفحة

ص ص = من صفحة إلى صفحة

ق إ ج إ = قانون إجراءات المدنية و الإدارية

ق م = قانون إجراءات المدني ة

ج ر = جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية

د س = دون سنة النشر

ثانيا: باللغة الفرنسية

LGDJ= libraire général de droit et de jurisprudence

N°= Numéro

OP ,CI= Référence précitée.

P= Page

ملخص مذكرة الماستر

إن العقد الإداري في الجزائر يعتمد أساسا على معيار عضوي لم يعد كافي في تكييف عقود الإدارة تتخذ أركان العقد الإداري و شروط صحة انطلاقا من الأحكام العامة في القانون المدني و هو بذلك لا يختلف عن العقد المدني، إلا أن بعض المسائل الجزئية التي تصل أساس بالمرفق العام و العقود الإدارية تتنوع و من بينها عقد الامتياز الذي كان موضوع دراستنا ، ويكون متنوع بنشاط الحياة العامة و بذلك من الصعب التسليم بتقسيم معين لها، و يضل من المعيار القانون و المعيار القضائي راجحا في تحصيل هذا التقسيم. لا يلزم المشرع الإدارة أن تتبع طرق معينة في إبرام العقود الإدارية إلا فيها يتعلق بالصفقات العمومية. و تتمتع الإدارة بحرية الاختيار الإجراءات و الشكليات المناسبة، وهي ذلك غير مقيدة بأي نمط ، إلا فيها ما يتعلق بالصفقات العامة و يترتب عن العقد الإداري و أي نوع من أنواعها آثار بمجرد إبرامه و تبد و غيرها مألوفة، لكنها تعت ب اعن احد خصائصه.

أن هذه الآثار التي يترتب عنها هي حقوق و التزامات لطرفيه ، يكاد الفقهاء يجمعون عليها و إن اختلفوا في تقسيمها و ترتيبها. أن حقوق و الالتزامات بالنسبة للمتعاقد تسعى دائما إلى تحقيق المصلحة الخاصة به و المتمثلة في تحقيق الربح، و في المقابل هذا تنفيذه كل التزاماته العقدية. فالمتعاقد الحق بالتعويض وذلك لتأمين تنفيذ التزاماته حفاظا على سير المرفق العامة بانتظام واطراد فالمزايا و الأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين القواعد المتمثلة و الإلتزامات المرفوضة نتوصل في الأخير أن العقد الإدارية عقد تبمه إدارة عامة، تستعمل فيه استثنائية، و تستهدف به المصلحة العامة ، لتحقيق حاجات المرفق العام.

الكلمات المفتاحية :

1/ العقد الإداري 2/ الصفقات العامة 3/ المرفق العام

Abstract of The master thesis

The administrative contract in Algeria depends mainly on an organic standard that is no longer sufficient in adapting management contracts that take the pillars of the administrative contract and conditions of validity based on general provisions in the civil law and thus it does not differ from the civil contract, but some partial issues that reach the basis of The administrative contracts vary, including the concession contract that was the subject of our study, and the activity of public life is diversified and thus it is difficult to accept a specific division of it, and it stray from the legal standard and the judicial standard that is more likely to achieve this division. The legislator does not oblige the administration to follow certain methods in concluding administrative contracts, except for those related to public procurement. The administration enjoys the freedom to choose the appropriate procedures and formalities, and it is not restricted in any style, except for what is related to public deals, and the administrative contract and any of its types have effects once it is concluded, and others seem familiar, but they are considered one of its characteristics.

That these effects that he entails are the rights and obligations of his two companions, and the jurists almost unanimously agree on them even if they differ in their division and arrangement. That the rights and obligations of the contractor always seek to achieve its own interest represented in achieving profit, and in return this is the implementation of all contractual obligations.

The contractor has the right to compensation in order to ensure the implementation of his obligations in order to preserve the regular and steady functioning of the public utility, as the benefits and burdens must be balanced in a way that achieves compatibility between the rules represented and the obligations rejected, and we conclude in the end that the administrative contract is a contract made by a public administration, using it as an exceptional one, and targeting the public interest To achieve the needs of the public facility.

key words:

1/Administrative contract 2 / Public procurement 3 / General facility