آليات تسوية منازعات تفويض المرفق العام

الدكتور/ سليماني السعيد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل

مقدمة:

نظرا لاتساع وظيفة الدولة الحديثة وتعدد مهامها أصبحت غير قادرة لوحدها تأمين متطلبات الأفراد، مما دفعها للجوء إلى أسلوب التعاقد مع غيرها بهدف تحقيق المصلحة العامة كتلك العقود التي تبرمها بهدف إدارة وتسيير المرافق العامة[1].

لقد أدت فكرة تطور المرفق العام وظهور المرافق العامة الاقتصادية إلى ظهور أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة، ولاسيما المرافق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري أو ما يصطلح عليه بالمرافق العامة الاقتصادية، ومن بينها أسلوب تفويض المرفق العام[2] الذي استحدثه المشرع الجزائري من خلال المادة 207 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3].

عرف المشرع الجزائري تفويض المرفق العام بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بقوله أنه يقصد بتفويض المرفق العام، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له، بهدف الصالح العام[4].

باعتبار أن تفويض المرفق العام عملية تعاقدية ترتب التزامات وحقوق لكل أطراف العلاقة وهي علاقة معقدة ومستمرة، فانه عادة ما يترتب عنها العديد من المنازعات سواء في مرحلة ما قبل الإبرام أو في مرحلة ما بعد إبرام الاتفاقية. ولقد أشار المشرع الجزائري في المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على ضرورة الإشارة في اتفاقية تفويض المرفق العام إلى:

- كيفية حل النزاعات،
- الجهة القضائية المختصة في حالة نزاع.

والجديد في مجال تفويض المرافق العمومية يكمن في منح الأولوية للتسوية الودية لحل النزاعات قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك نظرا لسرعة الوصول إلى الحل بطرية ودية وسريعة.

والإشكالية المطروحة في هذا الموضوع يتمثل في **مدى نجاعة الآليات المقررة لحل المنازعات المترتبة على تفويض المرافق العمومية؟**

المبحث الأول: أولوية التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام

تعد التسوية الودية لنزعات تفويض المرفق العام بآلياتها المختلفة من الطرق الهامة في معالجة الخلافات المتعلقة بإبرام وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وهذا نظرا لخصائصها المنفردة، فهي تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة والتي تبحث بشكل جدي لوضع حل نهائي لهذه النزعات بصيغة ودية رضائية، الأمر الذي ينتج عنه اختصار للجهد والوقت والمال في تجاوز النزاع مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف وإجراءات قد تطول.[5]

المطلب الأول: التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام في مرحلة الإبرام

تمر عملية تفويض المرفق العام من مراحل عديدة منها مرحلة ما قبل الإبرام بحيث تتخذ السلطة المفوضة مجموعة من الإجراءات والقرارات، ومن أجل ضمان عدم خروج السلطة المفوضة عن حدود القانون فان المشرع نص على استحداث لجنة تسمى بلجنة تفويضات المرفق العام، تتكفل بمجموعة من المهام من بينها النظر في الطعون المقدمة من طرف المترشحين ضد السلطة المفوضة.

الفرع الأول: استحداث لجنة تفويضات المرفق العام

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على إنشاء لجنة تفويضات المرفق العام.

أولا: تشكيلة اللجنة:

نص المشرع الجزائري على تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام في المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على النحو التالي[6]:

° بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص اقليميا، رئيسا
- ممثلين عن السلطة الوصية،
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

° بعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
- ممثلين عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

° بعنوان المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

نص المشرع على أنه تندرج تفويض المرفق العام التي تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاص لجنة تفويض المرفق العام المنشأة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.

ثانيا: مهام لجنة تفويضات المرفق العام

نص المشرع الجزائري في المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 18-199 على مهام لجنة تفويضات المرفق العام والمتمثلة أساسا فيمايلي:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام،

- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له،

- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام،

- منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة،

- دراسة الطعون المرفوعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.

الفرع الثاني: منازعات تفويض المرفق العام في مرحلة الإبرام

باعتبار تفوض المرفق العام عقدا إداريا فان السلطة المفوضة تتخذ العديد من القرارات منذ مرحلة تحديد الحاجيات، واختيار طريق التفويض من خلال عرضه على المجلس الشعبي البلدي، ثم القيام بإعداد دفتر الشروط، ثم الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة باعتبارها القاعدة العامة أو اللجوء إلى التراضي كإجراء استثنائي..الخ.

وفي كل هذه المراحل فان السلطة المفوضة باعتبارها تتصرف دائما لتحقيق المصلحة العامة، فإنها ملزمة باحترام كل الإجراءات والشكليات المنصوص عليها قانونا سواء في النصوص التشريعية أو التنظيمية، ولعل أهم المبادئ التي يجب على السلطة المفوضة ضمان احترامها مبدأ المساواة بين مختلف المترشحين والشفافية في العمل. ومن هذا المنطلق فان من بين أهم المنازعات التي تثور في مرحلة الإبرام تتعلق بقرارين هامين تتخذهم السلطة المفوضة وهو قرار المنح المؤقت و قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام.

أولا: الطعن في قرار المنح المؤقت للتفويض

بعد انتهاء لجنة اختيار وانتقاء العروض من مهامها التفاوضية تتقرح على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أجسن عرض وهذا طبقا لنص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وبناء عليه يتخذ مسؤول السلطة المفوضة **قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام** طبقا لنص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والمادة 73 من المرسوم رقم 15-247. ويجب على السلطة المفوضة أن تقوم **بنشر** هذا القرار حسب الكيفيات المنصوص عليها في نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بمعنى في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.

وبما أن السلطة المفوضة ملزمة باحترام مجموعة من الإجراءات الشكلية من جهة، واحترام المبادئ المنصوص عليها في المرسوم رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 لاسيما مبدأ **المساواة** و مبدأ **عدم التحيز** واللذان يعتبران من المبادئ الدستورية، حيث نصت المادة 25 من الدستور على أن عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون.

وعلى هذا الأساس فان السلطة المفوضة في حالة منحها التفويض لمترشح بطريقة مخالفة للنصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول، فان المشرع الجزائري بموجب المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 لكل **مترشح** شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي بعد الاستشارة، أن **يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض**، وذلك أمام **لجنة تفويضات المرفق العام**[7] في أجل لا يتعدى **20** يوما، ابتداء من **تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت** للتفويض. تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى **20** يوما، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن. تبلغ اللجنة قرارها **المعلل** إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن.

غير **أن السؤال** الذي يبقى مطروح في هذا الصدد، يتمثل في حالة لجوء السلطة المفوضة إلى **إلغاء قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة**، حيث بالرجوع إلى نص المادة 44 فانه بعد انتهاء آجال الطعون تقوم السلطة المفوضة بإعداد وإبرام اتفاقية التفويض مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض. غير أنه اذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، فان السلطة المفوضة بعد إلغاء قرار المنح المؤقت تلجأ إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض، فهل يحق لهذا المترشح الطعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام في حالة ما إذا كان قرار السلطة المفوضة متعسفا، وهل يجوز لباقي المترشحين الطعن في القرار في حالة ما إذا لم تراعي السلطة المفوضة الترتيب الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض، أو لم تقم بنشر قرار إلغاء المنح المؤقت حسب ما ينص عليه القانون.

ثانيا: الطعن في قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام

سمح المشرع للسلطة المفوضة بموجب المادة 45 اللجوء إلى **إلغاء إجراء تفويض المرفق العام**، في أية مرحلة من مراحل التفويض. وألزم المشرع السلطة المفوضة **بإشهار قرار إلغاء إجراء التفويض** إلى نفس قواعد إشهار الدعوى للمنافسة المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. غير أنه تلتزم السلطة المفوضة بعد إلغاء إجراء تفويض المرفق العام وإشهاره بتبليغ لجنة تفويضات المرفق العام.

غير أن المشرع أجاز لكل **مترشح** أن **يحتج على قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام**، وذلك بتقديم طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى **10** أيام ابتداء من تاريخ إشهار قرار الإلغاء. ولعل السبب في ذلك يكمن في تفادي تعسف مسؤول السلطة المفوضة لكون الدستور ينص صراحة في المادة 24 على أنه يعاقب على القانون على التعسف في استعمال السلطة. فيجب أن يكون قرار الإلغاء الذي تتخذه السلطة المفوضة مرتبط **بالمصلحة العامة** دون سواها.

المطلب الثاني: التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام في مرحلة التنفيذ

لقد سبق للمشرع الجزائري أن نص صراحة على تبني مبدأ أولوية اللجوء إلى التسوية الودية قبل عرض النزاع على القضاء في مجال الصفقات العمومية وذلك بموجب نص المادة 153 من المرسوم رقم 15-247 والتي جاء فيها:" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على طرف من الطرفين،
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية المختصة.....

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء الى التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة".

ونظرا لما يتميز به هذا الأسلوب لاسيما السرعة في الوصول إلى حل ودي للنزاع بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة، لجأ المشرع إلى تعميمها لتشمل تفويضات المرفق العام. ومن هنا يجب على

السلطة المفوضة أن تنص كذلك كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية على **إلزامية اللجوء إلى التسوية الودية قبل عرض النزاع على القضاء**، كما يجب أن يظهر ذلك في اتفاقية التفويض، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلقة بمضمون اتفاقية تفويض المرفق ومن بينها: كيفية حل النزاعات.

الفرع الأول: التسوية من خلال لجنة التسوية الودية للنزاعات

ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 كل من السلطة المفوضة والمفوض له، في حالة وجود خلاف بينهما في **تنفيذ اتفاقية** تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية، من خلال اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في المادة 71 أدناه.

أولا: استحداث لجنة التسوية الودية للنزاعات.

نص المشرع على استحداث لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى السلطة المفوضة، وذلك بهدف دراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وتسويتها.

أ/ تشكيلة اللجنة:

° بالنسبة للولاية:

° ممثل عن الوالي المختص اقليميا، رئيسا،

° ممثل عن السلطة المفوضة،

° ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،

° ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

° بالنسبة للبلدية:

° ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا

° ممثل عن السلطة المفوضة،

° ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية،

° ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

° بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

تندرج دراسة النزاعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام المبرمة مع مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاصات اللجنة الودية للنزاعات التي تنشأ لدى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.

ب: تعين أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات:

تطبيقا لنص المادة 72 يتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات من بين الموظفين غير المعنيين بإجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام. يعين أعضاء اللجنة لكفاءاتهم بموجب مقرر من مسؤول السلطة المعنية. يمكن للجنة ان تستعين، على سبيل الاستشارة، بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن ينيرها في أشغالها.

ويعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاء اللجنة.

ج: إخطار لجنة التسوية الودية للنزاعات

بالرجوع إلى أحكام المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فان إخطار لجنة التسوية الودية للنزاعات قد يكون من طرف السلطة المفوضة أو المفوض له. ويجب على الجهة المخطرة أن ترفق شكواها بتقرير مفصل عن النزاع مرفقا بكل الوثائق الثبوتية، ويكون الإخطار بموجب رسالة موصى عليها مع وصل استلام.

د: عمل لجنة التسوية الودية للنزاعات

ترك المشرع للسلطة المفوضة سلطة إعداد النظام الداخلي لوضع قواعد سير اللجنة وهذا طبقا لنص المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ثانيا: صور عن منازعات تفويض المرفق العام في مرحلة التنفيذ

من بين المنازعات التي تنظر فيها لجنة التسوية الودية للنزاعات نذكر:

° الطعن في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة من طرف السلطة المفوضة

في حالة لجوء السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية التفويض بإرادتها المنفردة بسبب عدم وفاء المفوض له بالتزاماته المنصوص عليها في اتفاقية التفويض، فان المشرع سمح للمفوض له بموجب المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الاحتجاج على قرار الفسخ أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات، في أجل لا يتعدى **10** أيام ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية.

تدرس لجنة التسوية الودية للنزاعات ملف الطعن وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى **20** يوما ابتداء من تاريخ استلام الطعن.

الفرع الثاني: التسوية الودية من خلال الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات

التوجه نحو تعميم التسوية الودية من خلال اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات

إذا كان القضاء هو الطريق الرئيسي لحل وتسوية ما المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة، فانه لم تعد اليوم الوسيلة المفضلة، وهذا بعد ظهور وسائل أخرى اصطلح عليها بتسمية الوسائل البديلة لحل المنازعات.

لقد كانت الجزائر و إلى وقت قريب تمنع اللجوء إلى الطرق البديلة وعلى رأسها التحكيم لحل المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وذلك بموجب نص المادة 442 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، حيث جاء فيها:" ... ولا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتبارين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

غير أن التطورات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر والانفتاح نحو الخارج بهدف جلب الاستثمارات من جهة، وإقحام القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام في تسيير المرافق العمومية من جهة أخرى، دفعت بالمشرع إلى ضرورة إعادة النظر في الأساليب المتبعة لحل مختلف النزاعات التي تثور بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة لاسيما تلك المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية والصفقات العمومية، وذلك من خلال السماح للأشخاص العامة اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات المنصوص عليها بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

حيث جاء الباب الخامس منه تحت عنوان: في الطرق البديلة لحل النزاعات. ومن بين الآليات التي تبناها المشرع الجزائري لحل النزاعات نجد: الصلح، الوساطة، التحكيم.

وإذا كان المشرع عبر صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إلى الطرق البديلة في مجال الصفقات العمومية، فانه لم يتبع ذات الاتجاه فيما يخص تفويض المرافق العمومية، عكس بعض الدول كالمغرب مثلا أين نصت صراحة على ضرورة اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات بين المفوض والمفوض له قبل اللجوء إلى القضاء. بل حتى النزعات التي تثور بين المفوض له والمنتفعين نص المشرع صراحة على ضرورة اللجوء إلى الصلح قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[8]. غير أننا نتوقع مستقبلا تعميم المشرع لمبدأ منح الأولوية للطرق البديلة لحل النزاعات قبل عرضه على القضاء سواء في مجال الصفقات العمومية أو في مجال تفويضات المرفق العام.

ورغم نص المشرع الجزائري في المرسوم رقم 15-247 على استحداث سلطة ضبط مستقلة وهي **سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** إلى أنها لم ترى النور إلى يومنا هذا، ومن المرتقب أن تتكفل هذه السلطة من خلال **الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات** بتطبيق الطرق البديلة لحل النزعات في كل من الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[9]

المبحث الثالث: التسوية القضائية لمنازعات تفويض المرفق العام

إن منازعات عقد تفويض المرفق العام متنوعة بعضها يخضع لاختصاص المحاكم الإدارية، ويعضها الأخر يخضع لاختصاص المحاكم العادية.

وهكذا فان المنازعات التي تخص عقد تفويض المرفق العام تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية لان السلطة المفوضة مانحة التفويض طرفا في النزاع وهي الجماعات المحلية (الولاية أو البلدية) حسب المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالدعاوى التي ترفعها السلطة المفوضة صحابة التفويض فإنها من اختصاص المحاكم الإدارية متى كان النزاع بين السلطة المفوضة مانحة التفويض والمفوض له، أو بين السلطة المفوضة مانحة التفويض والمنتفعين من المرفق العام، بينما يكون النزاع من اختصاص المحاكم العادية عندما يكون قائم بين المنتفعين من المرفق العام والمفوض له.

<u>المطلب الأول: الاختصاص القضائي بمنازعات تفويض المرفق العام</u>

يعتبر تفويض المرفق العام عقدا إداريا طبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ولما كان السلطة العامة دائما طرفا في هذا النوع من العقود - وهي بطيعة الحال السلطة المفوضة مانحة التفويض- فان جل النزاعات التي تترت على هذا العقد سواء تعلق الأمر بانعقاد عقد التفويض أو صحته أو تنفيذه أو انقضاءه، يؤول الاختصاص فيها الى الجهة القضائية المختصة وهي المحاكم الإدارية، ويكون الطعن فيها أمام مجلس الدولة. وهذا ما نصت عليه المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية".

وتندرج منازعات العقود الإدارية ضمن منازعات ضمن اختصاصات المحكمة الادارية حسب مقتضيات نص المادة 800 و801 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على:"

تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

- المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

- دعوى القضاء الكامل.

- القضايا المخول لها بموجب نصوص خاصة".

المطلب الثاني: منازعات تفويض المرفق العام أمام القاضي الإداري

الفرع الأول: المنازعات الناشئة قبل إبرام العقد بين السلطة المفوضة والمفوض له

تعتبر عملية تفويض المرافق العامة عملية قانونية مركبة، إذا تمر بمجموعة من المراحل تسبق مرحلة إبرام العقد بين الإدارة المفوضة والمفوض له، وخلال هذه المرحلة تتخذ العديد من التصرفات القانونية، هذا ما دفع بالفقه والقضاء للتساؤل حول ما إذا كانت هذه التصرفات القانونية المتخذة طوال هذه المرحلة قابلة للطعن أمام القضاء من عدمه، فالقرارات الإدارية التي تتخذه الإدارة لممارسة وظيفتها الإدارية تنقسم من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة وقرارات مركبة.

تنقسم القرارات الإداري من حيث تكوينها إلى قرارات إدارية بسيطة وقرارات إدارية مركبة، فالقرار الإداري البسيط هو القرار الذي يتمتع بكيان مستقل ودون أن يكون مرتبط بعمل قانوني أخر كقرار تعين موظف، بينما القرار الإداري المركب هو القرار الذي يتكون من مجموعة من العمليات القانونية والتي تتم على عدة مراحل مثل قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وكذلك في مجال العقود الإدارية[10].

إن العملية العقدية عملية مركبة تمر بمراحل عديدة من بينها الإجراءات التمهيدية أو الأعمال التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد الإداري مثل القرار الصادر عن الجهة الوصية المتضمن الإذن بإبرام صفقة عمومية، قرار الإعلان عن المناقصة، قرار إقصاء مترشح، قرار إرساء المناقصة...الخ.

هذه الأعمال التحضيرية هي في حقيقتها قرارات إدارية تدخل في تكوين عمل إداري مركب، لم تتخذ لذاتها وإنما لإتمام عملية إدارية مركبة وذلك من خلال إبرام العقد. ويصطلح على هذه القرارات بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

ومن بين هذه القرارات نذكر:

- قرار الإعلان عن المنافسة،

- قرار استبعاد أي عطاء من المنافسة،

- قرار الإقصاء من المشاركة في المنافسة،

- قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق،

- القرار الخاصة بالتصديق على عقد تفويض المرفق العام من طرف السلطة الوصية على السلطة المفوضة...الخ.

وعلى هذا الأساس فان هذه القرارات قد يتضرر منها كل المترشحين للمشاركة في المنافسة، بل قد يضرر منها الغير، وعليه فان الحق في طلب إلغاء هذه القرارات مفتوح لكل من تتوفر فيه المصلحة، باعتبار المصلحة شرط من شروط رفع الدعوى طبقا لنص المادة 13 من قانون 08-09.

والسؤال الذي تثيره هذه القرارات يكمن في ما مدى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء؟

أولا: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة:

تعتبر هذه النظرية قضائية المنشأ حيث استحدثها مجلس الدولة الفرنسي ثم تبنتها بعض الأنظمة القضائية.

1/ الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي:

كان مجلس الدولة الفرنسي لا يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المركبة وذلك لسببين:

أولا: تطبيق نظرية الدعوى الموازية، بمعنى إمكانية لجوء المتضرر من القرار إلى وسيلة قضائية أخرى غير دعوى الإلغاء وتحقق له نفس النتيجة.

ثانيا: القرار المركب يتكون من مجموعة من القرارات التمهيدية، وهذه الأخيرة تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى وصولا إلى القرار الإداري النهائي الذي يمكن في هذه الحالة الطعن فيه بالإلغاء.

2/ الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي:

تخلى مجلس الدولة الفرنسي تدريجيا عن هذا الموقف وأصبح يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإداري المنفصلة عن العقد الإداري.

3/ موقف القضاء الإداري المصري:

ميز القاضي الإداري في مصر بين نوعين من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في مجال العقود الإدارية وهما:

° القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للعقد، تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أو القرارات الإدارية المستقلة، كالقارات المتضمن الإعلان عن المناقصة أو إرساء المناقصة، وهذه القرارات تعتبر قرارات إدارية نهائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

° القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد الإداري: كالقرار المتضمن إلغاء العقد الإداري، هذه القرارات يمكن الطعن فيها أمام الجهة القضائية الإدارية صاحبة الولاية العامة في منازعات العقود الإدارية. (القضاء الكامل).[11]

4/ موقف المشرع الجزائري:

تعتبر القرارات التي تتخذها السلطة المفوضة أثناء مرحلة الإعداد لإبرام عقد تفويض المرفق العام قرارات إدارية يمكن الطعن فيها إداريا أمام الجهات الإدارية، وفي حالة عدم جدوى الحل الإداري يمكن الطعن قضائيا أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بإلغائه.

غير أن الطعن بإلغاء هذه القرارات مقيد بالميعاد القانوني الذي يحدده المشرع، ولعلا السبب في ذلك هو الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية المصلحة العامة، باعتبار أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تهدف إلى إلغاء تصرفات مخالفة للقانون.

ففي مجال الصفقات العمومية مثلا اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1969/04/18 في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة قرار إرساء المناقصة قرارا إداريا منفصلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء، كما اعتبر القاضي الإداري القرار الصادر عن السلطة الوصائية برفض مداولة صادرة من مجلس شعبي بلدي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام قرارا إداريا منفصلا، ومن ثم قبلت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة.

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قراراه الصادر بتاريخ 1968/11/29 قرار سحب عقد الامتياز من شركة المعادن لسيدي معروف قرارا إداريا منفصلا.

ثانيا: دعاوى القضاء الكامل

قد تتخذ السلطة الإدارية (صاحبة التفويض) بعض القرارات التي لا تعتبر قرارات إدارية منفصلة لان الإدارة تتخذها بناء على السلطة التي تتمتع بها سواء تم النص عليها في دفتر الشروط أو لم يتم النص عليها، كتعديل بعض البنود التنظيمية في دفتر الشروط، أو اللجوء إلى فسخ العقد في حالة إخلال المفوض له بالتزامات التعاقدية، ففي هذه الحالة لا يمكن للمفوض له رفع دعوى الإلغاء للمطالبة بإلغاء هذا القرار لكن يمكن له رفع دعوى القضاء الكامل للمطالبة بالتعويض عن الضرر الملحق به.

وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فان المشرع الجزائري نص صراحة على دعوى القضاء الكامل في المادة 801. وما يميز هذه الدعاوى عن دعوى الإلغاء يكمن في السلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي إذ يمكن له تفحص مدى مشروعية القرار والقضاء بالتعويض لجبر الأضرار سواء كانت مادية او معنوية.

ثالثا: دعاوى الأمور المستعجلة لعقد تفويض المرفق العام:

تعد الدعوى الاستعجالية وسيلة وقائية تسمح للمتقاضي اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لمطالبته اتخاذ كل الإجراءات التحفظية بهدف الحفاظ على الحق إلى حين الفصل في دعوى الموضوع لاسيما طبقا لنص المادتين 917 و 918 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

قد يلجأ أحد أطراف عقد تفويض المرفق العام، سواء كانت سلطة مفوضة أو مفوض له أو حتى من الغير، إلى رفع دعوى إدارية استعجالية للمطالبة بالحصول على حكم استعجالي أو تدبير تحفظي وذلك دون المساس بأصل الحق.

ومن بين الحالات التي قد تتطلب التدخل على وجه السرعة من قبل القاضي الاستعجالي حالة خرق السلطة المفوضة للالتزامات المفروضة عليها بموجب النصوص التشريعية والتنظيمات السارية المفعول لاسيما ما يتعلق بخرق التزام إجراء الإشهار أو المنافسة أثناء إبرام عقد تفويض المرفق العام، حسب ما منصوص عليه في المواد 3-11- 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 لاسيما المادة 946 نجد أن المشرع الجزائري رخص لكل من تتوفر فيه المصلحة من إخطار المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بموجب عريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود.

ونشير في هذا الصدد إلى أن هذه الدعوى الاستعجالية قد يقوم بها ممثل الدولة على مستوى الولاية وهو الوالي إذا ابرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

ويتمتع القاضي الاستعجالي طبقا لنص المادة 946 بجملة من السلطات منها:

- توجيه أمر إلى السلطة المفوضة بالامتثال لالتزاماتها.

° الحكم ضد السلطة المفوضة بالغرامات التهديدية لإجبارها على تنفيذ أوامره.

° تأجيل إمضاء عقد تفويض المرفق العام إلى نهاية الإجراءات لومدة لا تتجاوز 20 يوما.

أما بالنسبة لآجال الفصل في الدعوى الاستعجالية فقد حددها المشرع الجزائري بـ 20 يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها.

ملاحظة: الشيء الملاحظ على المادة 946 من القانون رقم 08-09 أنها لم تحصر دعوى الاستعجالية على مرحلة ما قبل إبرام العقد بل يمكن رفعها حتى بعد أبرام العد، حيث جاء الصياغة بشكل عام:"... يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد...".
وهذا عكس بعض القوانين الأخرى منها القانون الفرنسي الذي قيد رفع الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد. وهذا منطقي لكون مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة تتعلق بمرحلة قبل إبرام العقد وليس بعده

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بعد إبرام العقد بين السلطة المفوضة والمفوض له

بمجرد إبرام عقد تفويض المرفق العام تنشأ علاقة تعاقدية بين الطرفين وهما السلطة المفوضة والمفوض له، ومن ثم تنشأ التزامات وحقوق على كلا الطرفين.

<u>أولا/ دعوى بطلان عقد التفويض:</u>

يعتبر تفويض المرفق العام عقدا إداريا، يجب أن تتوفر فيه كل الأركان المطلوبة عقدا لانعقاده صحيحا وسليما، وبالتالي يمكن أن يرتب آثاره القانونية.

يمكن لأحد أطراف العقد أن يقيم دعوى البطلان، على عقد التفويض حتى يتمكن من إبطاله لتخلف احد أركانه أو شروط صحته، سواء تعلق الأمر بركن الرضا أو المحل أو السبب.

° **بطلان عقد التفويض لعيب يتعلق بعنصر الرضا:** فقعد تفويض المرفق العام لا ينعقد إلا بعد توافق إرادتي السلطة المفوضة والمفوض له، فيكون التعبير عن إرادة قبول إبرام العقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة، ولصحة العقد ينبغي أن يكون التراضي صحيحا صادرا عن ذي أهلية وخاليا من العيوب، وإلا كان للمتعاقد الذي عيب رضاءه حق التمسك بإبطال العقد.

° **بطلان عقد التفويض لعيب في ركن المحل**: يقصد بالمحل موضوع العقد الذي من شأنه تم إبرام العقد يهدف تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد. يبطل عقد تفويض المرفق العام متى كان محل الالتزام مستحيلا، حيث وان جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أن جميع العقود الإدارية أو المدنية يجب أن تتوفر فيها الشروط العامة المتعلقة باركان العقد ومحله.

° **بطلان عقد تفويض المرفق العام لتخلف ركن السبب**: يعد سبب عقد تفويض المرفق العام الدافع الذي اوجب على الإدارة إبرامه وبالتالي يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد دونه وتخلفه يحول بعدم قيام العقد.

<u>ثانيا/ الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاءه:</u>

تخضع هذه الدعاوي لاختصاص القضاء الكامل، فهي تلك الدعاوى التي يمكن أن تنشأ في مرحلة التنفيذ، مثلا دعاوى الحصول على مبلغ مالي، الذي يتحصل عليه المفوض له مع الإدارة مقابل ما يقدمه من خدمات للمستفيدين، بهدف تحقيق مصلحة عامة.

وهناك دعاوى أخرى تتمثل في إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية، فكل إخلال من جانب الإدارة صاحبة التفويض، بتلك البنود المنصوص عليها في العقد، تجعل المفوض له يقوم بتأسيس دعوى إبطال تلك التصرفات المخالفة، ويؤول الاختصاص فيها إلى القضاء الكامل.

ومن بين الدعاوى الأخرى دعوى فسخ عقد التفويض والتي تخضع إلى القضاء الكامل، بحيث يمكن للمفوض له بعد فشل التسوية الودية المنصوص عليها في المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الاتفاقية التي تربطه بالسلطة المفوضة.

الفرع الثالث: <u>المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمنتفعين</u>

إن السلطة المفوضة هي شخص معنوي عام يتمثل أساسا في الولاية أو البلدية، فالنزاعات التي قد تشوب بينها وبين المنتفعين من المرفق العام يؤول اختصاص الفصل فيها إلى جهات القضاء الإداري.

فغالبا ما تثار هذه النزاعات من أجل إجبار وإلزام السلطة المفوضة على التدخل واستعمال سلطاتها ضد المفوض له لحثه على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام، في حال إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط وفي اتفاقية التفويض. وهذا باعتبار أن السلطة المفوضة تمارس رقابة على كل ما له علاقة بتسيير المرفق محل التفويض وكذا نوعية الخدمات المقدمة لمستعملي المرفق طبقا لنص المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ونشير في هذا الصدد أن نطاق الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة على المرفق العام محل التفويض تختلف باختلاف مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له والمنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ففي حالة ما إذا كان الخطر من المستوى الأولى بحيث لا يتحمل المفوض له أي خطر فان رقابة السلطة المفوضة على المرفق العام محل التفوي تكون كليا لأنها تحتفظ لنفشها بسلطة إدارة المرفق، بينما عندما يكون الخطر من الثاني فان رقابة السلطة المفوضة تكون جزئية لكون المفوض له الذي يتكفل بالتسيير يتحمل جزء من الخطر.

يتمتع المستفيدون والمنتفعين من خدمات المرفق العام محل التفويض بحق توجيه دعوى ضد أي قرار تصدره السلطة المفوضة، والذي قد يمس بأحد شروط العقد أو بخرق ما يفرضه مقتضيات السير الحسن للمرفق العم مثلا إمكانية رفع دعوى ضد الإدارة لممارسة حقها في الرقابة، إذ أن الطعن في هذه القرارات يكون أمام القضاء الإداري.

<u>خاتمة:</u>

يتضح جليا أن المشرع الجزائري ساير التطورات التي عرفتها غالبية الدول فيما يتعلق بآليات تسيير المرافق العامة بكل أنواعها، من خلال تكريس الآلية الحديثة المتمثلة في آلية تفويض المرافق العامة، التي تعتمد على عنصر جديد لا نجده في الأساليب التقليدية وهو عنصر التفاوض، ففي مثل هذا النوع من العقود نجد صنفين من القواعد، قواعد تنظيمية تحددها السلطة المفوضة مسبقا في دفتر الشروط، وقواعد اتفاقية يتم إدراجها في اتفاقية التفويض التي تتم بالتفاوض بين الطرفين المتعاقدين.

هذا التوجه سوف يسمح بلا شك برفع العبء لاسيما على الجماعات الإقليمية والمساهمة في تحسين أداء خدمات المرافق العامة المحلية، وبالنتيجة تحسين مردوديتها، ومن ثم المساهمة في إدخال الجباية المحلية التي سوف تعزز خزينة الجماعات الإقليمية في إطار سياسة التمويل الذاتي المحلي بهدف تحقيق التنمية المحلية.

كما يجب أن نشير إلى أهمية اللجوء إلى التسوية الودية للنزعات وتفضيل اللجوء إلى الطرق البديلة، قبل اللجوء إلى القضاء وهذا سوف يبعث الثقة في التعامل بين السلطات العمومية والمتعاملين الخواص، ومن ثم دفع عجلة التنمية من اجل تلبية الاحتياجات المتزايدة للمواطنين في شتى الميادين.

الهوامش:

[1] - رشا عبد الرزاق جاسم،" الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، منشور على الموقع: https://www.iasj.net

[2]- سردو محمود،" عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر"، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحيى فارس بالمدية، العدد 2، ص 181. منشور على موقع:https://www.asjp.cerist.dz

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

[4]- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 48 صادر في 05 أوت 2018.

[5]- بن دعاس سهام،" نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية"،.....

[6]- تنص المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه يعين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها، لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد.

[7]- تنص المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه:" تنشئ السلطة المفوضة، في إطار الرقابة الخارجية، لجنة لتفويضات المرفق العام....".

[8] - تنص المادة 9 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة على أنه:" يمكن أن ينص عقد التدبير المفوض على اللجوء إلى مسطرة التحكيم إما وفق التشريع الجاري به العمل أو بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف مطبقة على العقد المعني، وذلك في حالة وقوع نزاع بين الطرفين.
لحل النزاعات بين المفوض إليه والمرتفقين، ينص عقد التفويض على ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح أولا قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء".

[9]- نصت المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات.

[10]- رشا عبد الرزاق جاسم،" الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، منشور على الموقع: https://www.iasj.net

[11]- نشير إلى أن بعض التشريعات استبعدت القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري من رقابة القضاء الإداري كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي الذي استثنى بنصوص صريحة القرارات الإدارية المنفصلة بالعقود الإدارية من ولاية القضاء الإداري، وبالتالي لا يقبل الطعن فيها بالإلغاء. راجع: رشا عبد الرزاق جاسم،" الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، منشور على الموقع: https://www.iasj.net