جامعة غليزان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في القانون الإداري
الموسومة بعنوان

منازعات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

(دراسة مقارنة)

من إعداد الطالبة:
بالجيلالي نور الهدى

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:
أد منقور قويدر

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
أد عليان عدة	استاذ تعليم عالي	جامعة غليزان	رئيسا
أد منقور قويدر	استاذ تعليم عالي	جامعة غليزان	مشرفا ومقررا
د.بوحسون عبد الرحمن	استاذ محاضر أ	جامعة غليزان	مناقشا
د.شاير نجاة	استاذ محاضر أ	جامعة غليزان	مناقشا
د طالب خيرة	أستاذ محاضر أ	جامعة تيارت	مناقشا
د مدون كمال	أستاذ محاضر أ	جامعة تيارت	مناقشا

السنة الجامعية2024/2023

﴿ وَمَا تَوفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

[سورة هود]الآية88

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشكُرَ نِعمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمتَ عَليَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [سورة النمل]الآية19

شكر وعرفان

الشكر كل الشكر لله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا على طلب العلم وإتمام هذه الرسالة،

كما نشكر السادة الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء قراءة هذه الرسالة ومناقشتها، وأتوجه بأسمى معاني التقدير والاحترام والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عناء القراءة والتصحيح وقبلوا مناقشة هذا البحث المتواضع، فلكم مني جزيل الشكر والتقدير والاحترام والعرفان.

و إنه لمن دواعي سروري أن أتقدم بأسمى معاني الشكر والامتنان، والتقدير والاحترام والاعتراف بالجميل لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: **منقور قويدر**، الذي شرفني بإشرافه على هذه الرسالة، فله مني كل التقدير والثناء على ما قدمه لي طوال فترة إعداد هذه الرسالة من نصائح وتوجيهات سديدة، التي كان لها الأثر البالغ في إنجاز هذا العمل، وتحمله عناء القراءة والتصحيح، فشكرًا جزيلاً،

وأخيرًا تعجز كل كلمات الشكر والعرفان والثناء عن إيفاء الأساتذة الأفاضل حقهم فيما قدموه في مجال البحث العلمي، فأسأل الله لهم الصحة الدائمة والتوفيق والنجاح المستمرين، وجازاهم الله عنا خير الجزاء،

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إتمام هذا البحث المتواضع، ولو بكلمة طيبة.

إهداء

إلى من سهرت ولم تمل، وحنت وكفت، وربت وأحسنت، وفرّحت وبكت، وعلّمت وأحسنت،ورسّخت فينا قيم التواضع والإحسان والأخلاق الحسنة، وتقديم الشكر والاحترام، إلى من دعمتني بالصلوات وأعانتني بالدعوات،إلى من لا تكفيها كل كلمات الشكر والثناء إلى الوالدة العزيزة حفظها الله،

إلى من عمل بجد وكد،وسعى وشقى لننعم بالراحة والهناء،وعلّمنا أن الاجتهاد والتعلم والتمسك بالأهداف هو سبيل النجاح،إلى من علمني أن ارتقي سُلّم الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز حفظه الله،

إلى من سِرْنا سويا ونحن نشق طريقنا معا في سبيل العلم والسّعي إلى النجاح والتميّز،إلى من أقّدرهم و أحترمهم أخوتي الأعزاء.

إلى من علمونا حروفا من ذهب،وكلمات من درّر،وعبارات من أسمى و أجّل معاني الحكمة والتعلّم،إلى من صاغوا لنا عِلمهم حروفا،ومن أساليبهم منهاجا،ومن فِكرهم منارة تنير لنا سبيل العلم بحكمة ونجاح،إلى كل من تتلمذّت و تعلمت على يدهم،إلى أساتذتي الكرام.

إلى كل من علمني و أخذ بيدي،و أنار لي سبيل العلم والمعرفة.إلى كل من شّجعني في سبيل التميّز والنجاح.إلى كل من كان النجاح طريقه،والتفوق هدفه،والتميّز سبيله،إليكم جميعا مني فائق الشكر والتقديم والاحترام.

بالجيلالي نور الهدى

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية
ج ر : الجريدة الرسمية
ج: الجزء
ط: الطبعة
ب د ن: بدون دار نشر
س:السنة
ص: الصفحة
ص ص: الصفحة وما يليها
ق : قضائية
ثانيا: باللغة الفرنسية
CE : Conseil d'état
T.A : tribunal administrative
JORF: Journal Officiel de la République Française
N : Numéro
A.J.D.A:Actualité Juridique Droit Administratif.
L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence .
O p.cit : Opus citatum. Une locution latine qui signifie: "Ouvrage précédemment cité
p: page.
R.D.P : Revue De Droit Public.
S:suivante.

مقدمة

تعتبر العقود الإدارية من أبرز وسائل الإدارة العامة لتنظيم عمل ونشاط المرافق العامة المختلفة واستمراريتها، التي تتنوع وتتعدد بحسب طبيعتها وموضوعها، أو الآثار المترتبة عليها وكذا المنازعات التي تثيرها، حيث تساهم العقود الإدارية المختلفة بشكل كبير في تنفيذ جوانب معينة من البرامج التنموية للدولة بغرض تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وفي هذا الصدد تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أحدث وسائل إدارة المشاريع أو المرافق العامة، ومن أهم صور التعاقدات العامة التي تكلف فيها جهة الإدارة مع أحد شركاء القطاع الخاص(المتعاملين الاقتصاديين، أو المستثمرين) إنجاز وتمويل أو تنفيذ مشاريع عامة مشتركة في قطاعات البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة في إطار تعزيز التطور والبناء القانوني والاقتصادي لتجسيد المخططات التنموية المسطرة من قبل الدولة لتعزيز الإقلاع والتنويع الاقتصاديين ودفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية[1]، مع أن هذه الفئة من العقود الإدارية كانت نتيجة عدة تطورات شهدتها أساليب التعاقد ومظاهر الشراكة بين جهة الإدارة والقطاع الخاص، سواء ما تعلق بتسيير المرافق العامة عن طريق الامتياز أو تنفيذ المشاريع العامة الضخمة، غير أن بروز مفاهيم جديدة للعقود الإدارية وتطور قواعد التجارة الدولية أضفى على تلك العقود نوعا من الحداثة والأهمية لا سيما في العقد الحالي، وهو ما برر توجه العديد من الدول نحو شركات القطاع الخاص لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع عامة للتنمية المستدامة في قطاعات البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة.

وتبعا لذلك تعد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العلاقات التعاونية الطويلة الأجل، التي تهدف أساسا إلى تخطيط وتصميم المشاريع التي يحتكرها غالبا القطاع العام، وتمويلها، وإنجازها، وتشغليها بما يجعل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

[1] عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكةPPP(دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019، مصر، ص.19.

من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدول لإقامة المشاريع الكبرى أو تقديم الخدمات العامة[1]، حيث تستفيد هيئات القطاع العام من القدرات الإدارية والتمويلية للقطاع الخاص وتقديم الخدمات بكفاءة وفعالية، والمساهمة في مواجهة المخاطر الناجمة عن إنجاز أو تشغيل أو استمرارية المشاريع العامة والخدمات التي تقدمها، وفي المقابل تستفيد شركات القطاع الخاص من البرامج والسياسات التنموية المدعومة من الدولة لتحقيق مصالحها، وهو ما يجعل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تستند على ترتيبات تعاقدية لأحد أجهزة أو مؤسسات القطاع الحكومي وأحد الشركاء الخواص بمشاريع معينة، التي يلتزم فيها الشريك الخاص بإمداد الدولة بالأصول والخدمات التي يقدمها القطاع العام، أو مشاركة جهة الإدارة في صنع القرارات أو انجاز وتمويل مشاريع عامة للتنمية المستدامة.

لقد كانت ومازالت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى يومنا هذا تحظى باهتمام كبير من قبل الدول والباحثين والخبراء والمنظمات، وذلك بالنظر إلى كونها وسيلة فعالة لتنفيذ برامج ومشاريع عامة للتنمية المستدامة لاسيما في ظل التوصل إلى نتيجة مفادها أن تحقيق أغراض التنمية المستدامة بمستويات طموحة، يقتضي ضرورة الجمع بين الإمكانيات والموارد المتاحة والخبرة التي يتوافر عليها القطاعين العام والخاص لإنجاز وتمويل مشاريع عامة مشتركة في قطاعات البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة بكفاءة وفعالية، وهو أمر دفع الدول إلى التوجه نحو تبني مختلف أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص كخيار حقيقي لإدارة أو تطوير المشاريع العامة الكبرى المبتكرة لتحقيق الأغراض التنموية بمستويات طموحة تلبي الحاجات العامة في المجتمع وتواكب التطورات الحاصلة في العالم لاسيما في ظل بروز نماذج ناجحة وفعالة لدور عقود الشراكة

[1]Cédric Richet, Christophe Durand et Marc Bourhis, Contrats de partenariat et centres aquatiques : une rencontre incongrue?, *Politiques et management public*, Vol 27/4,2010, p26, URL: http://journals.openedition.org/pmp/2763 ; DOI :10.4000/pmp.2763 ; voir15/04/2023

بين القطاعين العام والخاص في انجاز وتمويل المشاريع الضخمة[1]، وتبعا لذلك أصبحت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أهم الأساليب الحديثة التي تجسد الرؤية الاستراتيجية للتنمية المستدامة بغرض تنفيذ وإنجاز المشاريع العامة في قطاعات البنية التحتية أو إدارة المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة، وهو أمر يضفي على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أهمية بالغة لإنجاز وتمويل المشاريع العامة خاصة في ظل عدم قدرة الدولة وحدها تنفيذ وتمويل المشاريع الكبرى أو إدارة المرافق العامة وزيادة الأعباء المالية عليها[2].

وتكتسي عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أهمية بالغة كونها أداة تنموية فعالة إن أُحْسِنَ استخدامها لتجسيد مظاهر التعاون لإنجاز مشاريع عامة مشتركة بين القطاعين العام والخاص في مجالات البنية التحتية أو المرافق العامة وإتاحة خدماتها، أو تطوير المرافق العامة والخدمات العامة التي تقدمها[3]، وهو ما يبرر توجه العديد من الدول نحو الاعتماد على أسلوب الشراكة لتنفيذ مشاريع للبنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة، إلى جانب الاستفادة من القدرات والخبرة والكفاءة والجودة التي يتوافر عليها القطاع الخاص لاسيما ما تعلق بالجوانب المالية أو الفنية أو التقنية أو التكنولوجية وحاجة الدولة إلى تمويل الاستثمارات والمشاريع التنموية الضخمة وتغطية الحاجات العامة دون الاعتماد فقط على ميزانيتها، وهو ما يجعل التعاقد بنظام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

[1] هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاصPPP(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص.1

[2] هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاصPPP(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص.11؛ عيسى لحاق.حدة طعابة، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، المجلد3، العدد1، جوان2019، ص.59.

[3] قدادرة فوزية، منازعات عقد الامتياز والطرق البديلة لحلها تحت ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد8، العدد2، 2021، ص.570.

ضرورة حتمية لتحقيق أغراض التنمية المستدامة، هذا فضلا على استناد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مبدأ توزيع المخاطر الناجمة عن انجاز أو تمويل المشاريع العامة المشتركة التي من شأنها عرقلة أو تعطيل تنفيذها أو تشغيلها ضمانا لمبدأ استمرارية تنفيذ المشروع أو المرفق العام تقديم خدماته للجمهور، كما تبرز أهمية عقود الشراكة في العلاقة التكاملية بين القطاعين العام والخاص التي تجسد الإرادة الحكومية الجادة تطوير برامج ومشاريع التنمية المستدامة، وتبني نظم حديثة لتفعيل تلك المشاريع المشتركة وتعزيز دور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية.

كما تساهم مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تفعيل مظاهر التعاون والتكامل لتحقيق أغراض التنمية الاقتصادية واستقطاب الاستثمارات المختلفة، وزيادة الكفاءة والاستدامة بقطاعات البنية التحتية والخدمات العامة وخفض الإنفاق العام والاستغلال الأمثل للموارد المتاحة، وتعزيز التنافسية بين الخواص كشريك هام للقطاع العام في التنمية وإنجاز مشاريع التنموية الكبرى والمبتكرة لتلبية الحاجات العامة في المجتمع، وتساعد الحكومات على انتهاج رؤى جديدة لتسيير وإدارة المشاريع العامة وتلبية متطلبات التنمية المستدامة بكفاءة وفعالية، والعمل على خلق بيئة استثمار تستقطب الاستثمارات والشراكات الآمنة الفعالة لبناء مستقبل مستدام، وتبعا لذلك فإن أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفوائدها الكبيرة دفع المشرع الفرنسي إلى ضبط قانون خاص بها وهو الأمر رقم 559-2004 الصادر في 17 جوان 2004 المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل[1]، وهو ما انتهجه المشرع المصري في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في

[1] L'ordonnance n°2004-559 du 17juin2004, sur les contrats de partenariats, JORF n°141 du 19juin2004, texte n°2, disponible sur: http://www.legifrance. gouv.fr/eli/ordonnance /2004/6/17/2004-559/jo/texte 12 La loi sur l'agence ; de Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, ORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38 ;http:// www.legifrance. gouv.fr / affichTexte.do;jsessionid=AD87FF353,
تاريخ الزيارة2023/04/15 على الساعة14.00

مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[1]، لضبط الإطار التشريعي والتنظيمي لعقود الشراكة، ولم يخرج المشرع الجزائري على ذلك رغم أنه لا يوجد تنظيم قانوني خاص بعقود لشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أنها تستند على مختلف التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة بصورة غير مباشرة من ذلك قوانين الاستثمار بما فيها القانون رقم18/22 المؤرخ في24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، الذي أدرج عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمختلف صورها ضمن نطاق عقود الاستثمار[2].

ولما كان موضوع المنازعات الإدارية بصفة عامة بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة يكتسي أهمية بالغة في دراسات القانون الإداري بما يجعلها من أهم محاور القانون الإداري وأعقدها، وذلك بالنظر إلى تشعب وتعدد صور المنازعات التي تثيرها العلاقات القانونية المرتبطة بتصرفات الجهات العامة تحت ستار تنظيم الشؤون العامة في المجتمع، فإن وجود تنظيم قانوني دقيق يحدد الآليات والقواعد والهيئات القضائية للنظر والفصل في المنازعات الإدارية المختلفة، يعتبر وسيلة حقيقية لتفعيل مبدأ المشروعية كأساس لدولة القانون وكفالة المصلحة العامة وضمان الحقوق والحريات المقررة قانونا للأفراد في المجتمع، كما يعتبر القضاء من أهم دعائم تعزيز دولة القانون ووسيلة فعالة للموازنة بين ضرورات تدخل الجهات العامة في مجال تنظيم الشؤون العامة المختلفة، وبين ضمان وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم المكرسة دستوريا[3]، الأمر الذي أكد عليه كل من المؤسس الدستوري والمشرع بفرنسا سواء ما تعلق بضمان الحقوق والحريات العامة، أو تعزيز دور السلطة القضائية وضمان استقلاليتها، وتبني مبدأ التخصص القضائي ونظام الازدواجية القضائية

[1] القانون رقم67 لسنة2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ج ر العدد19مكرر(أ)، السنة53 بتاريخ1مايو2010، الصادر بالقرار رقم238لسنة2011، ج ر العدد3مكرر(ب) بتاريخ23يناير2011.

[2] القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 50بتاريخ 28يوليو2022 المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

[3] ميمونة سعاد، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص.5.

الذي يمنح لجهات القضاء الإداري الولاية العامة لنظر والفصل في المنازعات التي تثيرها تصرفات جهات الإدارة بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة[1]، حيث أقرت المادة211-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ بولاية المحاكم الإدارية الدرجة الأولى بالنظر والفصل في المنازعات الإدارية بصفة عامة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[2]، وهو ما تأثر به كل من المؤسس الدستوري والمشرع بمصر الذي تبنى كذلك نظام القضاء المزدوج واختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية المختلفة بناء على مبدأ توزيع الاختصاصات بين الجهات القضائية، من ذلك ما نصت عليه المادة10من قانون مجلس الدولة رقم47 لعام1972 بولاية جهات القضاء الإداري في المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات العقود الإدارية[3].

وفي الجزائر، فقد تبنى المؤسس الدستوري نظام الازدواجية القضائية في دستور الجزائري لسنة1996، والإقرار بوجود هيئة قضائية مستقلة تكلف على وجه الخصوص بالرقابة على أعمال جهات الإدارة والفصل في المنازعات التي تثيرها وفق قواعد وإجراءات تحدده النصوص القانونية المنظمة لعمل واختصاصات جهات القضاء الإداري، سواء ما تضمنه القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 يعدل ويتمم القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، أو القوانين الخاصة بهيئات القضاء الإداري كالقانون العضوي رقم22-11 المؤرخ في9يونيو2022 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم01/98 المؤرخ في 30مايو1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة

---

[1] Carl IRANI, La compétence judiciaire en matière administrative en droit libanais et en droit français, THÈSE doctorat en Droit public, UNIVERSITE Grenoble ALPES , 2014, P250.

[2] تنص المادة311-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ على ما يلي:

« Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer à une autre juridiction administrative. »

[3] المادة10من قانون مجلس الدولة رقم47 لعام1972

[4] القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 يعدل ويتمم القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد48 بتاريخ17يوليو2022

وتنظيمه وعمله[1]، القانون رقم02/98المؤرخ في30مايو 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية[2]، والقانون العضوي رقم03/98المتعلق بمحكمة التنازع والتشريعات المكملة لها.

ولقد أناط المشرع في التشريعات محل المقارنة صلاحية القضاء الإداري كقاعدة عامة لجهات القضاء الإداري للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص استنادا على المعيار العضوي الذي تبناه كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري، إلا ما استثني بنصوص خاصة بالنظر إلى طبيعة وخصوصية المنازعات الناشئة في مجال العقود الإدارية، وفي هذا المجال جاء البحث في موضوع منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريعين الفرنسي والمصري كنموذج لأهمية والطبيعة الخاصة المعقدة لهذه العقود وكذا المنازعات التي قد تثيرها.

ولقد انصب اهتمام الفقه والقضاء الإداريين بالمسائل المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية المختلفة، على مسألة هامة ترتبط أساسا بتحديد الجهات المختصة بالنظر والفصل في المنازعات الناشئة عنها، سواء ما تعلق بمسألة توزيع الاختصاص بين جهات القضاء في مجال منازعات العقود الإدارية المختلفة(قضاء الإلغاء، القضاء الاستعجالي، القضاء الكامل)، والمستجدات التي شهدها القضاء الإداري الفرنسي على وجه الخصوص في مجال العقود الإدارية، أو ما تعلق بوسائل التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن العقود الإدارية على

[1]القانون العضوي رقم22-11 المؤرخ في9يونيو2022 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم01/98 المؤرخ في 30مايو1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر العدد41 بتاريخ16يونيو2022.

[2]القانون رقم02/98المؤرخ في30مايو 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37لعام1998، والمرسوم التنفيذي رقم11-195المؤرخ في22مايو 2011 يعدل المرسوم التنفيذي رقم356/98المؤرخ في14نوفمبر 1998الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم02/98والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد29بتاريخ22مايو 2011.

اختلاف أنواعها بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، وهو أمر امتد إلى التشريعات المقارنة بما فيها التشريعين المصري والجزائري.

وما تجب الإشارة إليه أن وجود منازعات في العلاقات القانونية المختلفة أمر طبيعي ومفترض لاسيما في مجال المعاملات والتعاقدات بين الأشخاص المعنوية العامة والمتعاملين أو المتعاقدين معها، وهو ما ينطبق على العقود المبرمة في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي لا تخلو من الخلافات والمنازعات بين الأطراف المعنية، سواء ما تعلق بعدم التزام جهة الإدارة بالقواعد والمبادئ العامة للتعاقد المحددة قانونا، أو إخلال الأطراف المتعاقدة بالالتزامات التعاقدية المتفق عليها أثناء التعاقد، أو كنتيجة لتعسف جهة الإدارة في استخدام لسلطاتها التعاقدية أو غيرها من الأسباب، حيث تتعد طرق حل النزاعات التي تثيرها العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد تتجه إرادة المشرع نحو تحديد الجهات المختصة بنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية، وهو ما أقره المشرع الفرنسي بولاية القضاء الإداري في المسائل المتعلقة بالعقود الإدارية المختلفة دون التمييز بينها، واستقر عليه المشرع المصري وفقا لقانون مجلس الدولة لعام1974 الذي أكد على اختصاص القضاء الإداري بنظر جميع منازعات العقود الإدارية، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في ظل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008 المعدل، واختصاص القضاء الإداري نوعيا بنظر منازعات العقود الإدارية المختلفة التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة.

غير أن تطور قواعد التجارة الدولية وما تبعه من تطور لقواعد القانون الاقتصادي الدولي وتعقد العلاقات الاقتصادية وبروز مفاهيم جديدة للعلاقات التجارية الدولية وارتباطها بالعولمة والتطور التكنولوجي، وكذا خوف المتعامل أو المستثمر الأجنبي من تمسك الدول بحصانتها

[1] علي يونس اسماعيل، مظاهر تدخل قاضي العقد في تنفيذ العقود الإدارية وإنهائها في القانون الفرنسي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد2، 2020، ص.241.

القضائية وعدم حياد القضاء الوطني وعدم فعالية القضاء الدولي، دفع الدول والمشرع القبول والبحث عن آليات أخرى لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء كمطلب أساسي لجذب الاستثمارات الأجنبية واستقطاب رؤوس أموال أجنبية لتمويل إنجاز وإقامة المشاريع الضخمة أو تشغيلها[1].

ورغم وجود العديد من مظاهر الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا أنها لم تبرز في فرنسا مثلا كعقود مستقلة إلا بعد صدور الأمر رقم559/2004المؤرخ في17يونيو2004 المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل، الذي يعتبر الأساس القانوني لنشأة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا ليمتد إلى العديد من دول العالم بما فيها الدول العربية(مصر، الجزائر، السعودية، قطر الإمارات العربية المتحدة، لبنان، تونس...)، على أنه تم إدراجها تحت مفهوم صفقات الشراكة في ظل قانون الصفقات العمومية الفرنسي لعام2015، مع إخضاع المنازعات الناشئة لنفس القواعد والأحكام القانونية المطبقة على منازعات العقود الإدارية المختلفة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي النافذ، وفي مصر يعتبر القانون رقم67لسنة 2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة هو الأساس القانوني الذي يحكم النظام القانوني لعقود مشاركة القطاع مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[2]، في حين تخضع المنازعات الناشئة عنها كقاعدة لكل من قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون مجلس الدولة والتشريعات المكملة لهما.

[1] ماهر صالح علاوي الجبوري، أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد45، العدد4، ملحق3، 2018، ص.173؛ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، س5، العدد27، 2015، ، ص.225.

[2] القانون رقم67 لسنة2010المؤرخ في18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

والملاحظ على المشرع في التشريعات محل المقارنة قد عمد إلى ضبط الأطر والآليات القانونية والقضائية لتسوية المنازعات التي قد تثيرها العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تتنوع بين وسائل التسوية القضائية التي تمنح للقضاء الإداري ولاية عامة لنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة وهو ما أقرته صراحة التشريعات محل المقارنة، أو ما تعلق بإتباع وسائل التسوية الودية البديلة للقضاء كالتحكيم، الصلح، التوفيق، الوساطة، المفاوضات، الخبرة، التي تتميز كلها بإجراءات مرنة وسريعة غير معقدة مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء، فضلا على عدم رغبة الشريك أو المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني وبروز أهمية الطرق البديلة لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية، وكذا تطور قواعد القانون الاقتصادي العام وتسوية التجارية الدولية، وهو أمر دفع الدول إلى تبني الأساليب الحديثة للتعاقد وطرق التسوية الودية للنزاعات التي تثيرها العلاقات التعاقدية لاسيما ذات الطابع الدولي كمطلب لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية لإنجاز وتمويل مشاريع عامة في البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة، وهو ما تبناه كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري، والانضمام إلى العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم العلاقات التجارية الدولية، والعمل على إنشاء مراكز ومحاكم متخصصة للتسوية الودية لمنازعات عقود الاستثمار لاسيما في فرنسا ومصر ونوعا ما الجزائر مؤخرا[1].

وقد تثير العقود الإدارية المختلفة منازعات بين الأطراف المتعاقدة سواء ما تعلق بالإبرام أو التنفيذ بما قد ينعكس على تنفيذ المشاريع العامة أو سيرورة المرافق العامة، وهو أمر يتطلب ضرورة حسم المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما وأن النظر والفصل في تلك المنازعات يدخل ضمن الولاية

[1] مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية(الذاتية المستقلة)، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد خليفة للنشر، مجلد16، 2017، ص.3.

العامة لجهات القضاء الإداري[1]، وهو ما أكده صراحة المشرع بفرنسا ومصر والجزائر، غير أنه يجوز حل منازعات العقود الإدارية بوسائل أخرى غير قضائية كالتحكيم والتوفيق والصلح والوساطة، كما أن وجود منازعات بين الأطراف المتعاقدة وفقا لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو أمر طبيعي لاسيما وأنها ترتبط في الغالب بالجوانب الفنية والتقنية والمالية التي توجب سرعة حلها بما يحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة لاسيما الشريك الخاص2، ومع أن العصر الحالي شهد بروز دور الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وما تبعه من انتشار واسع للمراكز والهيئات المتخصصة في تسوية المنازعات بالطرق الودية بعيدا عن الإجراءات القضائية المعقدة والطويلة المدة، وكذا ضمان استمرار العلاقات العقدية بين الأطراف المعنية3، وقد أكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الاونسيترال) على إمكانية اتفاق الأطراف المعنية على تسوية المنازعات التي قد تثيرها العلاقات العقدية بينهم وديا خارج نطاق النظام القضائي بما يكفل حقوق الأطراف المعنية ويضمن تنفيذ العقود الإدارية لاسيما المبرمة في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يقتضي ضرورة وجود إجراءات فعالة لتفادي النزاعات أو على الأقل تسويتها في وقت سريع وإجراءات مرنة دون اللجوء إلى جهات القضاء.

ولما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود إدارية ملزمة ترتب حقوقا والتزامات لأطرافها وفقا للتشريع المعمول به في كل من فرنسا ومصر والجزائر، فإن الإخلال

---

[1] فتيسي شمامة، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مجلة صوت القانون، المجلد6، العدد2، نوفمبر2019، ص.1264

[2] Resource book on PPP Casc studies, European commission, DG Regional Policy, June2004, available at:www.europa.eu.i;

عبابسة محمد، أسباب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وإشكالية الحماية الدولية للمستثمر الأجنبي، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد8، العدد1، ماي2021، ص.1047.

[3] Filip De Ly ,The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 12 Issue 1 Spring1991,p48 ;http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb; voir15/03/2023.14^h20^m.

بالالتزامات الناشئة عنها يثير منازعات تدخل كقاعدة عامة ضمن اختصاص القضاء الإداري، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد عمد المشرع في التشريعات محل المقارنة إلى البحث عن وسائل قانونية أخرى لحسم النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون اللجوء إلى جهات القضاء وإجراءاته المعقدة ضمانا لاستمرارية تنفيذ العقود الإدارية المختلفة واستقرار المعاملات الاقتصادية لاسيما ذات الطابع الدولي، وهو ما يمكننا أن نستسيغه من استقراءنا للنصوص القانونية المؤطرة لتلك العقود أو المنازعات الناشئة عنها لاسيما كل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتشريعات المكملة لها.

لما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات طبيعة إدارية لارتباطها بأحد الأشخاص المعنوية العامة والمتعاقدين معها لإنجاز أو تنفيذ أو تمويل مشروعات عامة في مجالات البنية التحية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة، فإن تحديد طبيعة المنازعات الناشئة عن تلك العقود أثار خلافا واسعا بالفقه والقضاء الإداريين خاصة في ظل عمومية أو عدم وضوح التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو الإحالة على القواعد العامة التي تحكم منازعات العقود الإدارية المختلفة، واستقرار التوجه التقليدي على الطبيعة القضائية لمنازعات العقود الإدارية المختلفة وولاية القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية كقاعدة عامة استنادا على عدة معايير لتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، ومن أهم المعايير الفقهية لتحديد طبيعة تلك المنازعات واختصاص القضاء الإداري، المعيار العضوي، والمعايير الفقهية الموضوعية المميزة لمنازعات العقود الإدارية المختلفة لتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عنها

[1] سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(مفهومها وطبيعتها القانونية.دراسة مقارنة)، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد آل خليفة للنشر، المجلد22، 2017، ص.2.

واختصاص القضاء الإداري في نطاقها: معيار السلطة العامة، معيار المرفق العام، معيار الغاية، معيار المنفعة العامة، المعيار المختلط، مع أن المشرع الفرنسي كقاعدة عامة قد أخذ بالمعيار العضوي لتمييز المنازعات الإدارية المختلفة، وتحديد اختصاص جهات القضاء الإداري للفصل في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية بمختلف أنواعها، الأمر الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا وامتد إلى العديد من التشريعات المقارنة كالتشريعين المصري والجزائري.

وبالرغم من أهمية حل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أن الأطراف المتعاقدة لا تعطي أهمية بالغة لمسألة حسم النزاعات أثناء التعاقد والأسباب التي تؤدي إلى ذلك، خاصة وأن الأمر متعلق بمسألة التوفيق بين أهداف الأطراف المتعاقدة في إطار تحقيق التوازن التعاقدي لضمان استمرار العلاقة التعاقدية وحقوق أطرافها، وهو أمر يقتضي بالدرجة الأولى تحديد الأسباب التي تثير النزاعات بين الأطراف المتعاقدة، حتى يتسنى لهم البحث على الحلول والوسائل التي من شأنها تجنب النزاعات مستقبلا، أو على الأقل الاتفاق على وسائل معينة لحسم النزاع بما يضمن للأطراف المتعاقدة حقوقها لاسيما بالنسبة للمستثمر أو الشريك الخاص والمركز القانوني الممتاز لجهة الإدارة[1]، وكذا رغبة المتعاملين أو المستثمرين الأجانب خاصة حسم النزاعات التي قد تثيرها العلاقات العقدية مع جهة الإدارة بواسطة وسائل غير قضائية كاللجوء للتحكيم، الوساطة، التوفيق، التفاوض، الخبرة لاسيما في ظل وجود مراكز ومؤسسات فعالة للتسوية الودية لمنازعات العلاقات القانونية من ذلك استحداث المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير لتعزيز آليات التحكيم والتوفيق في تسوية المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار المختلفة بما العقود الإدارية الدولية.

[1]محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2016، المجلد18، العدد2، ص.28.

وما تجب الإشارة إليه أن تحديد مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يكتسي أهمية بالغة في الدراسات القانونية والقضائية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطبيعة الدولية والمنازعات الناشئة عنها وخصوصية وسائل تسويتها وبروز توجه حديث يعطي أولوية لوسائل التسوية الودية لحل النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية على وجه الخصوص كالتحكيم والتوفيق مثلا، وهو ما يفضي على وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية أهمية بالنظر إلى دورها الفعال في حسم منازعات العقود الإدارية المختلفة لاسيما ما تعلق بعقود الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال إتباع إجراءات أقل تعقيدا مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء وهو أمر أضحى مطلبا لدى المستثمرين والشركاء الاقتصاديين، ويبرر تزايد الاهتمام الدولي والتشريعي البحث عن وسائل بديلة فعالة لحل النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بما فيها تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يتحدد نطاق تلك الوسائل بالوسائل الودية كالصلح والتظلم، التوفيق، الخبرة، الوساطة، والمفاوضات، ووسائل إلزامية كالتحكيم، وهو ما أجازه التشريع بفرنسا ومصر والجزائر.

وتدخل منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها كقاعدة عامة ضمن اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة استنادا على المعيار العضوي لتوزيع الاختصاص بين الجهات القضائية بخصوص منازعات الأعمال التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة، ما لم يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على تسوية خلافاتهم بطرق أخرى دون اللجوء إلى القضاء لاسيما إذا كان الشريك الخاص أجنبيا بناء على اتفاق مكتوب، وهو ما أكدت عليه

التشريعات محل المقارنة[1]، حيث يتحدد نطاق منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام، بمنازعات الإبرام سواء ما تعلق بمنازعات الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو المنازعات التي تثيرها صحة إبرام أو تكوين هذه العقود، كما يتحدد نطاق منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تختص بها جهات القضاء الإداري كقاعدة عامة بالمنازعات التي تثيرها القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادرة في مرحلة التنفيذ، وكذا دعاوى بطلان أو التعويض أو الفسخ التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع العلم أن التشريعات محل المقارنة قد أجازت كذلك تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري بالوسائل غير القضائية دون اللجوء إلى القضاء.

تتمثل أهمية البحث في هذا الموضوع في إثراء المعرفة القانونية والرصيد المعرفي وإجراء دراسة حديثة تسلط الضوء على مسألة في غاية الأهمية والخصوصية المرتبطة أساسا بالموضوع الذي يتناول بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة بالتشريعين الفرنسي والمصري، وبيان الوسائل القانونية والقضائية التي وضعها المشرع في التشريعات محل المقارنة للموازنة بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وفقا لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ضمان حماية فعالة لحقوق المتعاقد مع جهة الإدارة لاسيما إذا الشريك أو المستثمر أجنبيا، وذلك بالنظر إلى المركز القانوني والتعاقدي الممتاز لجهة الإدارة والسلطات الاستثنائية التي تحوزها في مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص.

[1] مها ناصر السدره نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد الثالث، العدد الخامس، مايو 2019، ص.91.

كما أن تحديد طبيعة القواعد القانونية المنظمة للعقود الإدارية المختلفة وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها تعتبر مسألة غاية في الأهمية ومن المتطلبات الأساسية لجذب الشراكات الآمنة والاستثمارات الأجنبية والمحلية لإنجاز وتمويل مشاريع عامة في قطاعات البنية التحتية أو تقديم الخدمات العامة أو إدارة المرافق العامة، سواء ما تعلق بطرق تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها، وهو أمر يقتضي ضرورة إتباع وسائل وإجراءات تتسم بالمرونة والسرعة والبساطة تتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصوصية منازعاتها لاسيما إذا كان الشريك أجنبيا، كما تعد مسألة تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة أمرا بالغ الأهمية بالنسبة للدول والمتعاملين الاقتصاديين لاسيما في العهد الراهن بما يساهم في استقرار العلاقات العقدية

كما تبرز أهمية البحث في هذا الموضوع إلى بيان دور القضاء الوطني في حسم المنازعات التي قد تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومدى امتداد دوره إلى نطاق المنازعات التي يتم تسويتها عن طريق الوسائل غير القضائية كالتحكيم، التفاوض، الخبرة، الصلح، الوساطة، التوفيق لاسيما في ظل بروز دور وأهمية الوسائل البديلة في تسوية النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية دون إتباع إجراءات التقاضي أمام جهات القضاء.

كما تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع كذلك باعتبار أن منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تعد وسيلة حقيقية للتوفيق بين مبادئ المشروعية والأمن القانوني والقضاء الفاعل، وفي نفس الوقت آلية فعالة لضمان حقوق الأطراف المتعاقدة واستقرار العلاقات التعاقدية لاسيما في ظل تطور قواعد ووسائل تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية، وبروز توجهات جديدة في مجال وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة والمستجدات التي شهدها القانون

والقضاء والفقه الإداريين في العهد الحالي، وهو أمر يضفي على الدراسة الأهمية والحداثة في معالجة أحد الموضوعات المعقدة المستحدثة التي تثيرها على وجه الخصوص منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما في كل من التشريع الفرنسي والمصري وكذا التشريع الجزائري، وهي موضوعات لاقت اهتمام الباحثين والمتخصصين في مجالات العقود الإدارية المختلفة والمنازعات التي قد تثيرها.

كما تبرز أهمية الدراسة في القيمة العلمية الهامة والفائدة الكبيرة التي يحملها الموضوع الذي يتناول بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والحلول والإضافة التي قد تقدمها الدراسة في المجال العلمي من خلال النتائج المتوصل إليها والتوصيات المقدمة، هذا فضلا على الرغبة في تمكين الباحثين والمتخصصين في الميدان القانوني من خلال إجراء دراسة معمقة نظرية وتطبيقية توضع في متناول الباحثين القانونيين ومساعدتهم في القيام بدراسات أو أبحاث مكملة لموضوع الدراسة، وكذا المساهمة في إثراء المكتبة القانونية بدراسة جديدة تعتمد على جملة من المراجع القانونية الحديثة والتطبيقات القضائية المقارنة ذات الصلة بالموضوع.

ولما كانت الدراسة تكتسي أهمية بالغة نابعة من موضوعها المرتبط أساسا بمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والآليات القانونية والقضائية لتسويتها كأحد أهم موضوعات القانون الإداري أهمية وتعقيدا في المجال القانوني، فإنها تهدف إلى إجراء دراسة حديثة معقمة نظرية وتطبيقية حول الموضوع الذي يتناول بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وبيان طبيعتها القانونية والقواعد القانونية التي تحكمها وبيان أهميتها، وكذا الوقوف على أهم الوسائل القانونية والقضائية لتسوية تلك المنازعات ومدى فعاليتها.

كما تهدف الدراسة كذلك إلى رصد أهم النصوص القانونية والتطبيقات القضائية والآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع في التشريعات محل المقارنة وتحليلها من خلال الاعتماد على عدم مناهج علمية للإجابة على الإشكالية التي يطرحها موضوع الدراسة، خاصة في ظل الأهمية التي تشغلها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تعد من أهم صور التعاقدات التي تلجأ إليها جهة الإدارة لاسيما في العصر الحالي قصد انجاز وتمويل مشاريع عامة في البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة بغرض تحقيق الصالح العام، فإن المنازعات التي قد تثيرها هذه العقود تشغل حيزا أكبر في منازعات الأشخاص المعنوية العامة مع المتعاقدين أو الشركاء معها لاسيما في ظل بروز الاتجاه الحديث للبحث عن وسائل أكثر مرونة واقتصاد لتسوية النزاعات والتقليل قدر الإمكان لجوء الأطراف المعنية إلى جهات القضاء، وكذا تسليط الضوء على مسألة هامة في المجال الإداري التي تثيرها العقود المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية العامة مع شركات القطاع الخاص وفقا لنظام التعاقد بالشراكة بين القطاعين العام والخاص.

كما تهدف الدراسة كذلك إلى البحث عن الوسائل القانونية لتسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تدخل كقاعدة عامة في نطاق الأحكام القانونية لحل منازعات العقود الإدارية المختلفة وجانبها التطبيقي بما قد يفيد المتخصصين والباحثين في مجال القانون والقضاء والعقود الإدارية، وكذا بيان مدى فعالية وكفاية وسائل التسوية حسم المنازعات التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما يضمن حماية حقيقية للأطراف المتعاقدة، هذا فضلا على لفت انتباه الباحثين والمتخصصين بأهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصوصية المنازعات التي قد تثيرها، وأهمية وطبيعة وسائل التسوية لها خاصة في ظل الرغبة الكبيرة لدى الدول والمستثمرين الاعتماد على آليات قانونية وقضائية تتسم بالمرونة والسرعة في التنفيذ وتسوية الخلافات التي قد تنشأ

بينها بعيدا عن إجراءات التقاضي الأكثر بطء وتعقيدا رغم أهمية دور جهات القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة كضمانة لمواجهة السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة.

كما تهدف الدراسة إلى بيان مدى إمكانية الوسائل غير القضائية لتسوية النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية المبرمة على وجه الخصوص وفقا لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك من خلال عرض موقف المشرع والفقه والقضاء من ذلك في التشريعات محل المقارنة، وكذا بيان فعاليتها في حسم منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، هذا فضلا على بيان مدى فعالية وكفاية وسائل التسوية حسم المنازعات التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما يضمن حماية حقيقية للأطراف المتعاقدة، هذا فضلا على لفت انتباه الباحثين والمتخصصين بأهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصوصية المنازعات التي قد تثيرها، وأهمية وطبيعة وسائل التسوية لها خاصة في ظل الرغبة الكبيرة لدى الدول والمستثمرين الاعتماد على آليات قانونية وقضائية تتسم بالمرونة والسرعة في التنفيذ وتسوية الخلافات التي قد تنشأ بينها بعيدا عن إجراءات التقاضي الأكثر بطء وتعقيدا رغم أهمية دور جهات القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة كضمانة لمواجهة السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة.

ومن جهة ثانية، إن حداثة موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العصر الحالي وخصوصية المنازعات الناشئة عنها وندرته لاسيما في الجزائر، كان السبب الرئيسي الذي دفعنا لاختياره كموضوع للدراسة، وذلك بالنظر إلى أهمية عقود الشراكة، كما يعد بروز الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عنها لاسيما التحكيم كبديل عن القضاء في تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة لاسيما ذات الطابع الدولي سببا آخر للبحث في هذا الموضوع.

إلى جانب ذلك تشمل الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة الدوافع الذاتية النابعة من رغبتنا الكبيرة للبحث في مثل هذه المواضيع بالنظر إلى حداثة الموضوع الذي يندرج في نطاق التخصص الذي ندرسه، والقيمة العلمية والقانونية للموضوع لذي يتناول بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريعين الفرنسي والمصري وأهمية البحث فيه باعتباره من المسائل التي تثيرها العلاقات العقدية في العهد الحالي لاسيما في ظل بروز الاهتمام الدولي بهذا النوع من العقود وأهميتها في انجاز وتمويل المشاريع الضخمة في قطاعات البنية التحية أو المرافق العامة أو الخدمات العامة، هذا فضلا على الدوافع الموضوعية المرتبطة أساسا بالاهتمام الشخصي بالبحوث والدراسات الحديثة التي تعنى بالدراسة المسائل المتعلقة بتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة ومستجدات ذلك لاسيما ما تعلق بوسائل تسوية منازعات العقود الإدارية الحديثة– عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كنموذج، والطبيعة المعقدة للمنازعات الناشئة عن تلك العقود، وعدم رغبة المستثمر أو الشريك الأجنبي إتباع الطريق القضائي لحسم المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة مع الدولة المضيفة، وتفضيل وسائل التسوية غير القضائية التي تتميز بالمرونة والسرعة في التسوية مقارنة بالقضاء، وهو ما يضفي على موضوع الدراسة بعدا آخرا.

ولما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الطويلة المدى نسبيا، فإنها هذه الفئة من العقود تطرح إشكالية رئيسية تتعلق بآليات تسويتها بالنظر إلى طبيعتها الخاصة والجهات المختصة بحسم النزاعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة وفقا لنظام التعاقد بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص فيما إذا كانت جهات القضاء، أم هناك وسائل أخرى تتلاءم مع خصوصية منازعات تلك العقود، وكذا التساؤل حول النظام القانوني لتلك المنازعات والقانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات؟

ومن جهة ثانية، إن أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تجسيد مظاهر التعاون التنموي لإنجاز وتمويل وتنفيذ المشاريع الكبرى في مجال البنية التحتية، أو المرافق العامة، أو الخدمات العامة، وكذا تطور قواعد التجارة الدولية وبروز وسائل بديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية لاسيما ما تعلق بالعقود الإدارية الدولية المختلفة، تكمن إشكالية البحث في حداثة نظام التعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة لاسيما في الجزائر وعدم وجود تنظيم قانوني مستقل خاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الحديث، وعدم وضوح التنظيم القانوني لتلك العقود والآليات القانونية والقضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود لاسيما ذات الطابع الدولي، الأمر الذي آثار جدلا واسعا بالفقه والقضاء الإداريين بشأن طرق حسم منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء ما تعلق بالوسائل القضائية أو غير القضائية لتسويتها، وهو ما يدفعنا إلى طرح إشكالية رئيسية حول طبيعة المنازعات التي قد تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطابع الدولي، والخيارات والآليات القانونية والقضائية المتاحة أمام الأطراف المتعاقدة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتساؤل حول الآليات القانونية التي رصدها المشرع في التشريعات محل المقارنة في مجال تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومدى كفايتها في حسم النزاعات وضمان استقرار المعاملات الاقتصادية وحماية حقوق الأطراف المتعاقدة؟

كما يثير موضوع الدراسة تساؤلات فرعية حول: بيان النظام القانوني الذي يحكم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

-تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة والمنازعات الناشئة عنها؟

– مدى ولاية القضاء الوطني(القضاء الإداري) واختصاصه بالنظر والفصل في المنازعات التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

–القواعد القانونية المنظمة لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، ونطاقها؟

–موقف الفقه والقضاء الإداريين من المسائل المتعلقة بتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

–مدى قدرة جهات القضاء الإداري حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطابع الدولي؟

–موقف المشرع، والفقه، والقضاء بفرنسا ومصر والجزائر من مسألة اللجوء إلى الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

–دور القضاء الإداري في نطاق التسوية غي القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

–مدى فعالية الوسائل غير القضائية في التسوية الودية للمنازعات التي تثيرها العلاقات القانونية العقدية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمختلف صورها؟

وتستلزم الدراسات والأبحاث القانونية والمتخصصة ضرورة الاعتماد على منهج معين لمعالجة إشكالية البحث والإحاطة بكل جوانب الموضوع محل الدراسة بغرض التوصل إلى نتائج نظرية عملية للإجابة على الإشكالية التي يطرحها موضوع الدراسة، وقصد الإلمام بمختلف الجوانب القانونية والقضائية التي قد تساهم في حسم المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية استنادا على نظام التعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المرتبطة بهدف تحقيق غايات المصلحة العامة، تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال عرض وتحليل أهم النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية المختلفة لاسيما عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمنازعات الناشئة عنها، وبيان موقف الفقه والقضاء والمشرع من مختلف المسائل التي تثيرها هذه العقود سواء من حيث المفهوم أو الطبيعة القانونية، أو بخصوص الوسائل القانونية لتسوية المنازعات الناشئة عنها، كما

تمت الاستعانة بالمنهج المقارن لدعم الدراسة بالآراء الفقهية والتطبيقات العملية والتشريعات المقارنة التي تناولت بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما في فرنسا ومصر ومقارنتها بالجزائر لوجود ظروف مشابهة نوعا ما أو بالنظر إلى تأثر كل من المشرع والفقه والقضاء الإداريين بالجزائر بالمستقر عليه في فرنسا ومصر.

كما يحدد نطاق الدراسة بمقارنة القانون الجزائري مع القانونين الفرنسي والمصري في مجال تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ويتمحور البحث أساسا على التشريعات المنظمة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما الأمر رقم559/2004المؤرخ في17يونيو2004 المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل والتشريعات المكملة له، وقانون الشراكة المصري رقم67لسنة2010، وقانون الإجراءات الإدارية الفرنسي والتشريعات المتعلقة به، وقانون المرافعات المدنية التجارية المصري والتشريعات المتعلقة به، وأهم التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة في الجزائر، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008 المعدل والتشريعات المكملة له، وتبعا لذلك ستركز الدراسة في مختلف جوانبها على المقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعين الفرنسي والمصري، وكذا مقارنة بين الفقه والقضاء الإداريين في التشريعات محل المقارن.

ولعل من أبرز الصعوبات التي واجهتنا لمعالجة هذا الموضوع هو غياب تنظيم قانوني خاص بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، وإدراجها في المفهوم الواسع لمشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة أو تشييد المشاريع الكبرى والمنازعات الناشئة عنها، وهو ما يبرر الاعتماد على التشريعين الفرنسي والمصري خاصة في ظل قلة أو ندرة الدراسات والأبحاث التي تناولت الموضوع في التشريع الجزائري إلا على سبيل العموم بالنظر إلى حداثة موضوع الدراسة وتعدد الإشكالات التي تضمنتها، وكذا الطبيعة المركبة المعقدة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل امتد كذلك إلى كافة المسائل المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصوصية المنازعات الناشئة عنها، التي يطغى عليها الطابع التقني والفني والاقتصادي والمالي والمخاطر التي قد تنجم عن تنفيذها؛ ومن جهة ثانية، بالرغم من أن هناك العديد من الدراسات السابقة والمقارنة حول الموضوع إلا أنها ركزت كلها على أحد جوانب البحث، الأمر الذي دفعها إلى تسليط الضوء على هذا الموضوع من خلال إجراء دراسة شاملة حول الموضوع الذي يتناول

بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ووسائل تسويتها في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريعين الفرنسي والمصري.

ومن أجل الإلمام بالموضوع الذي يتناول بالدراسة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة بالتشريعين الفرنسي والمصري في مختلف جوانبه، وللإجابة على الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع تم تقسيم الدراسة إلى بابين، تم التطرق في الباب الأول إلى منازعات عقود الشراكة: تحديد المجال النزاعي وآليات التسوية(**الباب الأول**)، وذلك من خلال تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص(**الفصل الأول**)، ثم بيان مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص(**الفصل الثاني**).

أما في الباب الثاني فقد تم التطرق إلى الأحكام الإجرائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص(**الباب الثاني**)، حيث تناولنا بالدراسة أولا الإجراءات التنازعية أثناء مرحلة الإبرام(**الفصل الأول**)، ثم الإجراءات التنازعية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(**الفصل الثاني**)، لنخلص في الأخير إلى خاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات.

الباب الأول:

منازعات عقود الشراكة : تحديد المجال النزاعي و آليات التسوية

تعد الشراكة بين القطاع العام والخاص أحد الأساليب التعاقدية الحديثة لتجسيد وتسيير المرافق العامة، التي تهدف إلى الجمع بين تلبية حاجات الجمهور المتزايدة باستمرار في جميع مجالات الحياة العامة؛ ومن جهة ثانية تعزيز دور القطاع الخاص وكفاءته والموارد والإمكانيات التي يتوافر عليها ودفع الخواص إلى الاستثمار والمساهمة في إنجاز وتمويل وتسيير المرافق العمومية، خاصة وأن الواقع العملي أثبت عدم قدرة القطاع العام وحده على تغطية الحاجات العامة للجمهور وعجزها على تمويل المشاريع العامة بشكل أدى إلى تراكم الديون العامة ، وتراجع مستويات التنمية والخدمة وكفاءة الأداء بالقطاع العام، الأمر الذي يبرر للدول رغبتها في انتهاج استراتيجيات أكثر فعالية وكفاءة ونجاعة، مع التوجه نحو التغيير في دور الدولة كونها المسؤولة على إنجاز ونشاط المشاريع الأساسية للبنية التحتية والخدمات العامة، إلى وضع السياسات العامة للقطاعات المختلفة وإشراك القطاع الخاص في إنجازها أو تنفيذها.

ولما كانت عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص(الوطني أو الأجنبي)، تعتبر من أهم عقود الاستثمارات المرتبطة أساسا بمشاريع البنية التحتية والمرافق العامة، فإنها تقوم على مجموعة من المقومات والمبادئ لنجاحها وفعاليتها كأساس لتحقيق أغراض المصلحة العامة والتنمية المستدامة، والتي توجب أساسا ضرورة التمويل المالي الذاتي واقتسام المخاطر، والمساهمة في تحقيق أغراض التنمية الاقتصادية، من خلال الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية وخبراته، والمشاركة في المخاطر الناجمة عن إنجاز وتسيير المرافق العامة موضوع التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والعمل على تحسين الأداء الوظيفي والخدماتي للمشاريع أو المرافق العامة بما يتناسب مع طموحات وتطلعات الدولة والأفراد ومواكبة المستجدات والتطورات الحاصلة مختلف المجالات(الاقتصادية، الاجتماعية، التكنولوجية، البنى التحتية، .....).

وبالنظر إلى حداثة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المتعددة الأوجه والأبعاد السياسية والقانونية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية، فقد حظي هذا الموضوع باهتمام كبير من قبل الدول والهيئات في مختلف أنحاء العالم والتأكيد على دور التعاون بين القطاعين العام والخاص في تجسيد وتحقيق أغراض التنمية المستدامة في ظل وجود سياسات وآليات

قانونية وتنظيمية داعمة لشراكة قوية بين القطاعين العام والخاص، خاصة وأن عمليات تجسيد أو تنفيذ مشاريع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد تثير في الغالب العديد من المنازعات، سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو ضمان التنفيذ أو حتى بعد التنفيذ، وهو أمر يجعل منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أهم المسائل التي تثيرها العلاقة القانونية التعاقدية، وطبيعة تلك المنازعات والجهة المختصة بالنظر والفصل فيها، والتساؤل حول آليات تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وولاية القضاء للنظر والفصل في تلك المنازعات لاسيما بيان دوره في منازعات عقود الشراكة بين القطاع العام والشريك الأجنبي في كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري، ومن أجل تحديد المجال النزاعي وآليات تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام في التشريعات محل الدراسة، سيتم التطرق أولا إلى تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص(الفصل الأول)، ثم بيان مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص(الفصل الثاني).

الفصل الأول : تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص

لقد أصبحت الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الآونة الأخيرة من الأدوات الفعالة التي تستعين بها الدولة لإنجاز وتمويل وتسيير المشاريع أو المرافق العامة، خاصة في ظل عجز المرافق العامة وعدم قدرتها وحدها على إشباع الحاجات العامة للأفراد، وكذا عدم كفاية التمويل المالي العمومي لإنجاز وتنفيذ المشاريع العامة التي تدخل في مجال السياسة العامة للدولة قصد تحقيق أغراض التنمية المستدامة لاسيما على المستوى المحلي، الأمر الذي دفع الدولة إلى إعادة النظر في استراتيجية انجاز وتنفيذ المشاريع العامة وكذا مراجعة أساليب إدارة وتسيير المرافق العامة الاقتصادية، والتوجه نحو تعزيز دور القطاع الخاص في إنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة أو إدارة وتسيير المرافق العامة وضمان تقديم خدمات عامة ذات وجودة بما يتناسب مع تطلعات الأفراد، وتخفيف العبء الإداري والمالي والمشاركة في المخاطر التي قد تنجم على إنجاز أو تسيير مشاريع مشتركة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وما تجب الإشارة إليه أن فكرة الشراكة بين القطاعين العام والخاص ليست حديثة كأسلوب لتسيير وتمويل المرافق العامة الاقتصادية، غير أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص برزت أكثر في ظل التطورات التكنولوجية والاقتصادية العالمية، ورغبة الدول انتهاج استراتيجيات وآليات جديدة وفعالة لتنفيذ السياسة العامة للتنمية المستدامة، والبحث على آليات للتسيير ومصادر جديدة لتمويل وإنجاز المشاريع العامة أو تسيير المرافق العامة، والتي من أهمها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتمويل وتنفيذ المشاريع العامة أو تشغيل المرافق العامة، وذلك بالنظر إلى الأهمية العملية والاقتصادية للشراكة بما يجعل القطاع الخاص مساهما حقيقيا في تنفيذ البرامج والمشاريع الاستثمارية في مجالات مختلفة.

ومن الدول التي تعد نموذجا لنجاح عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص فرنسا، وبروز تطبيقات هامة في مجالات البنى التحية القاعدية لاسيما في بداية القرن العشرين والأزمة الاقتصادية العالمية، ومصر التي تعتبر من الدول العربية التي انتهجت أسلوب

الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومه الجديد في مجالات البنى التحية والمرافق العامة، وسن تشريعات خاصة بذلك، والجزائر رغم بروز مظاهر عديدة للشراكة بين القطاعين إلا أن المفهوم الجديد للشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتمويل المشاريع العامة المشتركة، لم تبرز بوادره إلا بعد تراجع إيرادات المحروقات وعدم قدرة الدولة وحدها على تمويل وانجاز المشاريع وتسيير المرافق العامة، وهو يوحي برغبة الدولة تغيير استراتيجيتها في هذا المجال تماشيا مع التطورات الحاصلة في العالم وبروز نماذج ناجحة للشراكة كآلية تنموية يساهم فيها القطاع الخاص(الوطني أو الأجنبي) في انجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع مشتركة مع القطاع العام لاسيما في قطاعات البنى التحتية المختلفة، ذلك بأن تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص يوجب التطرق أولا تحديد مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون المقارن(المبحث الأول) ، ثم تحديد مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الجزائري بين التشريع والممارسة(المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون المقارن

تعتبر الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد الأساليب المستحدثة لتجسيد المشاريع العامة للدولة من خلال العمل على جذب الخواص وإشراكهم في تطوير وتمويل مشاريع البنى التحتية، التي حظيت باهتمام كبير من قبل الدول والباحثين في مختلف أنحاء العالم مطلع التسعينيات، وتزايدت أهميتها في الوقت الحالي كوسيلة تنموية فعالة، باعتبار أن توجه الدول نحو الاستثمار في قطاعات البنى التحتية والمرافق العامة، يعد استراتيجية ناجعة تهدف إلى تطوير تلك القطاعات وتحسين الخدمة العمومية ونجاعتها، وتحقيق التفاعل والتعاون بين القطاعين العام والخاص في انجاز وتمويل وتسيير مشاريع عامة مشتركة لاسيما في الميادين الاقتصادية الأساسية والحيوية المرتبطة بقطاعات البنى التحتية والمرافق العامة كقطاعات الاتصالات والمواصلات والطاقة والمياه والطرق والمطارات وغيرها، وتبعا لذلك تلعب الشراكة بين القطاعين العام والخاص دورا محوريا من شأنه دفع عجلة التنمية وتطوير الاقتصاد الوطني وتنويعه وتحقيق الإقلاع الاقتصادي، والاستفادة من كفاءة القطاع الخاص(الوطني أو الأجنبي)، والموارد والإمكانيات التي يتوافر عليها ونجاعة وجودة الخدمات التي يقدمها، وإشراكه في تنفيذ مشاريع عامة ذات نفع عام، وخلق موارد مالية جديدة وفرص للعمل ومناخ للاستثمار، وهو أمر يبرر اتجاه الدول محل الدراسة إلى انتهاج هذه الاستراتيجية لمعالجة مشاكل التمويل المالي لمشاريعها التنموية وتراجع الأداء الوظيفي والخدماتي للقطاع العام من خلال اللجوء إلى الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن أجل تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في القانون المقارن، سيتم عرض أهم التعريفات التشريعية والفقهية والقضائية لها (المطلب الأول)، ثم بيان الخصائص المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء التشريع والفقه والقضاء

تدخل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن نطاق العقود ذات الطابع الاقتصادي التي يبرمها الشخص المعنوي العام مع أحد الخواص(الوطني أو الأجنبي)

لتحقيق التكامل والتعاون المشترك لتنفيذ السياسة الاقتصادية العامة للدولة، وتعزيز مساهمة وتمويل القطاع الخاص لإنجاز وتنفيذ المشاريع العامة المشتركة بين القطاعين العام والخاص في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة، ولقد تعددت التعريفات حول عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أن مسألة تحديد تعريف دقيق وشامل للشراكة بين القطاعين العام والخاص، هو أمر صعب لدى الباحثين والفقهاء والمهتمين في هذا المجال بحسب الزاوية التي يتم الاستناد عليها في تحديد ذلك إليها، حيث يمكن تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها وسيلة قانونية تنموية تشاركية لإنجاز وتمويل مشاريع كبرى في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة، التي تعتبر من العقود الحديثة نسبيا بين القطاعين العام والخاص لها نظام قانوني خاص بها، على أن الوقوف على مفهوم منضبط للشراكة بين القطاعين العام والخاص يوجب علينا ضرورة عرض أهم التعريفات التشريعية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القوانين المقارنة لاسيما في التشريعين الفرنسي والمصري(الفرع الأول)، ثم التعريفات الفقهية لها(الفرع الثاني)، وكذا عرض أهم التعريفات القضائية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من القضاء الفرنسي والمصري(الفرع الثالث).

الفرع الأول : التعريف التشريعي لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

الملاحظ على كل من المشرع الفرنسي والمصري بأنهما تناولا بالدراسة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك من خلال تحديد مفهومها وإطارها القانوني وطبيعتها في نصوص خاصة، عكس المشرع الجزائري الذي لم يتناول ذلك رغم وجود العديد من تطبيقاتها، على أنه يمكن إدراج عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن عقود الاستثمار وفقا للتشريعات المعمول بها في هذا المجال، ولقد شهدت فرنسا تطبيقات للشراكة بين القطاعين العام والخاص بداية من عام1950 كالشراكة لتشييد الطرقات، عقود البناء وتفويض الخدمة العمومية[1]، إلا أن المفهوم الجديد للشراكة بين القطاعين العام والخاص برزت أكثر بعد صدور الأمر رقم 559-2004 الصادر في 17 جوان 2004 المتضمن

[1]Terneyre Philippe, Le marché d'entreprise des travaux publics, Revue d'économie financière .Hors -série, Partenariat public-privé et développement territorial, 1995, pp. 209-211

قانون الشراكة الفرنسي[1]، والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 28 تموز 2008، والقانون رقم2009/179 الصادر بتاريخ 17 فيفري 2009 المتعلق بالنظر في بعض جوانب النظام المالي المنطبق على عقود الشراكة بهدف وملاءمتها مع ظروف الأزمة المالية والإسراع في إنجاز البرامج الاستثمارية بين القطاعين وتسريح البرامج الإنشائية والاستثمارات العامة والخاصة[2]، والأمر رقم2010/137المؤرخ في11فيفري2010 المتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة في بعض أقاليم ما وراء البحار[3].

ولقد عرفت المادة الأولى من الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 السالف الذكر عقود الشراكة بأنها أحد العقود الإدارية التي تعهد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها إلى طرف آخر لفترة محددة يتم تحديدها على أساس مدة الاستثمار أو حجم التمويل، للقيام بمهمة شاملة وكلية لبناء أو تحويل أو صيانة، تشغيل أو استغلال وإدارة الهياكل الضرورية لتحقيق المصلحة العامة، وقد يعهد للشريك المتعاقد تصميم كل أو جزء من الهياكل والمعدات والسلع، والخدمات غير الملموسة وحتى الأداءات والخدمات المنجزة من قبل الشخص العام ، وعند الاقتضاء توفير خدمات أخرى من شأنها المساهمة في تجسيد وإنجاز المهام الموكلة له من قبل الشخص العام، في مقابل مالي طوال مدة العقد[4].

كما عرفت المادة الأولى من الأمر المؤرخ في2007/7/17عقود الشراكة بأنها عقود إدارية تمنح الدولة أو إحدى المؤسسات العامة بموجبها إلى الغير، إنشاء مشروع لمدة انجاز أو تنفيذ الاستثمار وفقا لشروط التمويل المتفق عليها في تمويل الاستثمارات غير المادية،

---

[1]L'ordonnance n°2004-559 du 17juin2004, sur les contrats de partenariats, JORF n°141 du 19juin2004, texte n°2, disponible sur: http://www.legifrance. gouv.fr/eli/ordonnance /2004/6/17/2004-559/jo/texte 12 La loi sur l'agence,14.00 على الساعة2020/02/11 تاريخ الزيارة

[2]Loi n°2009-179 du17fevrier2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ,JOF n°41du18fevrier2009.

[3]الأمر رقم2010/137المؤرخ في11فيفري2010المتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة في بعض أقاليم ما وراء البحار

[4]Article N°1 de L'ordonnance n°2004-559 du 17juin 2004, sur les contrats de partenariats, JORF n°141 du 19juin 2004, texte n°2, disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr /eli/ ordonnance/2004/6/17/2004-559/jo/texte 12 La loi sur l'agence.

والمشروعات أو توريد المعدات اللازمة للمرفق العام، وإنشاء وتمويل المشروعات أو المعدات أو صيانتها، والاستغلال والإدارة، وكل التزام آخر يتعلق بالمرفق العام المتعلق بممارسة الشخص العام للمهمة المكلف بها، ويكون للمتعاقد مع جهة الإدارة ضمان السلطة على المشروعات العامة المتوقع إنشائها"[1]، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 1/67 من الأمر 899-2015 المتعلق بالصفقات العمومية عقد الشراكة، بأنه أحد العقود التي تبرم في إطار القانون العام تسمح لمتعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين(الخواص) للقيام بمهمة البناء، أو التحويل أو التجديد أو التفكيك أو صيانة الأعمال أو المعدات أو السلع غير الملموسة اللازمة للخدمة العامة، أو تقديم خدمات عامة وتمويلها كليا أو جزئيا، على أن يبقى صاحب عقد الشراكة مسئولا على إدارة المشروع للعملية التي سيتم تنفيذها، إلى جانب القيام بالتصميم الأعمال أو المعدات أو البضائع غير الملموسة أو تطويرها وصيانتها، إدارتها أو تشغيل الأعمال أو المعدات الممتلكات غير الملموسة إلى جانب تقديم الخدمات العامة، كما يمكن للشخص العام منح تفويض لصاحب المشروع باسمه ونيابة عنه، بتحصيل رسوم من المنتفعين من الخدمات العامة مقابل انتفاعهم بالخدمة ولما تم الاتفاق عليه في بنود العقد[2].

إلى جانب أشار إلى ذلك الأمر عدد1119لسنة2004المؤرخ في19أكتوبر2004 المتعلق بإحداث هيئة مساندة للإنجاز عقود الشراكة بوزارة الاقتصاد والمالية لها دور أفقي لمجمل المشاريع العمومية باستثناء الدفاع، والأمر عدد1145 لسنة 2004 المؤرخ في 27 أكتوبر2004 المتعلق بضبط طرق الإشهار الخاصة بعقود الشراكة التي تفوق قيمتها 150ألف أورو بالنسبة للدولة و230ألف أورو بالنسبة للجماعات المحلية، وكذا الأمر رقم 953 لسنة 2005المؤرخ في9 أوت 2005 المتعلق بطرق إبرام عقود الشراكة، على أنه لا تكون الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز استثمارات عمومية مدعمة من قبل

[1]برهان سمير، عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر 2008، ص 142.

[2]Article N°1/67 de Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, ORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38 ;http:// www.legifrance. gouv.fr / affichTexte.do;jsessionid=AD87FF353.

الخاص إلا في شكل ترخيص للقطاع الخاص بغرض القيام بطلبية عمومية في إطار عقد شراكة سواء عقد الإيجار أو الامتياز، ولقد امتد الأمر ليشمل قطاعات حيوية أخرى على غرار الإنارة العمومية والطرقات وشبكات السكك الحديدية والمنشآت الرياضية والاتصالات وجمع النفايات وغيرها، وتبعا لذلك تخضع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتضمن قانون الشراكة والتشريعات المكملة له، حيث تم إنشاء عقود الشراكة وفقًا للمعايير المعتمدة في الورقة الخضراء للمفوضية الأوروبية، التي تجسد صور التعاون والشراكة بين السلطات العامة والمتعاملين الاقتصاديين لضمان تمويل وبناء، أو تجديد أو إدارة أو صيانة قطاعات البنى التحتية والمرافق العامة أو توفير الخدمات العامة.

ومما سبق يمكن القول أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد العقود الإدارية، التي بموجبها يلتزم أحد الخواص القيام بالبناء أو التحويل أو التجديد أو التفكيك أو صيانة الأعمال أو المعدات أو السلع غير الملموسة اللازمة للخدمة العامة أو تقديم خدمات عامة وتمويلها كليا أو جزئيا، مع تحمل صاحب عقد الشراكة مسؤولية إدارة المشروع للعملية التي سيتم تنفيذها، وتحمل المخاطر التي قد تنجم عن انجاز وتنفيذ المشروع محل التعاقد بالشراكة، وفي المقابل يمكن للشخص العام المتعاقد إعطاء صاحب المشروع تفويضا باسمه ونيابة عنه، وذلك بغرض تحصيل رسوم من المنتفعين من الخدمات العامة مقابل انتفاعهم بالخدمة ولما تم الاتفاق عليه في بنود العقد المبرم.

أما بالنسبة للمشرع المصري، نجده قد نص صراحة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحت تسمية عقد المشاركة، في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[1]، حيث عرفت المادة الأولى عقد الشراكة (المشاركة) بأنه «.....:عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص

[1] القانون رقم67 لسنة2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ج ر العدد19مكرر(أ)، السنة53 بتاريخ1مايو2010، الصادر بالقرار رقم238لسنة2011، ج ر العدد3مكرر(ب) بتاريخ23يناير2011.

عليها في المادة (2) من هذا القانون »، كما تنص المادة2 بأنه« للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد. ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه.

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية. ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضى أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقًا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات، أو الخدمات المتاحة....»

ونستخلص من المادتين أعلاه بأن المشرع المصري اعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الإدارية المرتبطة بأحد الجهات الإدارية مع احد الخواص (شركة المشروع) للقيام بتمويل أو انجاز أو تجهيز أو صيانة أو تقديم خدمات مشروعات مرتبطة بقطاعات البنى التحية الأساسية والخدمات والمرافق العامة في مقابل مالي محدد قانونا(تحديد الحد الأدنى للقيمة المالية).

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأن المشرعين الفرنسي والمصري اعتبرا عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد العقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة(الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها، أو الجهة الإدارية)، التي يتولى فيها احد الخواص(الوطني أو الأجنبي) المسمى بشركة المشروع للقيام بإنشاء أو تمويل أو صيانة المشروع وتجهيزه وتقديم خدمات عامة، مع بعض الاختلاف بينهما في مسألة تحديد المقابل

المالي للشريك الخاص كاتجاه إرادة المشرع المصري إلى تحديد الحد الأدنى للقيمة المالية التي يتقاضاها الشريك المتعاقد.

الفرع الثاني: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الفقه المقارن

في ظل عدم وضوح أو غياب التعريف التشريعي لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كان لزاما علينا البحث عن أهم التعريفات الفقهية التي تناولت بالتعريف مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك من خلال بيان أهم التعريفات الفقهية بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام بالفقه الفرنسي(أولا)، وكذا أهم التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاعين العام بالفقه المصري(ثانيا).

أولا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بالفقه الفرنسي

لقد ساهم الفقه الإداري الفرنسي بشكل كبير في إعطاء تعريف لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وتبعا لذلك تعددت التعريفات الفقهية لها بحسب الزاوية التي ينظر لها إلى تلك العقود كأحد العقود الحديثة، غير أن الفقه الفرنسي أجمع على اعتبار عقد الشراكة أحد العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام إلى أحد الخواص القيام بإنجاز وتمويل مشاريع كبرى في قطاعات البنى التحتية[1]، وفي هذا المجال يرى جانب فقهي بأن فكرة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص هي في الحقيقة شكل من أشكال التعاون بين القطاعين، الأمر الذي أكده الفقيه الفرنسي بول لنيير Lignière Paul ، فالشراكة بالمعنى الواسع تنصرف إلى كل أشكال التعاون بين السلطات العامة والشركات الخاصة، بحيث تقوم الدولة بدعم وتشجيع الشركات الخاصة، على أن تحتفظ الدولة بأداء مهامها وتنفيذ مشاريعها بأكبر قدرة ممكن من الكفاءة، أما المفهوم الضيق للشراكة يجسد التعاون أو الاتفاق بين

[1] ابو الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، الجزء 24، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 1997، ص 556.

الدولة أو أجهزتها مع المؤسسات الخاصة أو جهات تابعة للقطاع الخاص للقيام بتنفيذ أو إنجاز مشاريع عامة مشتركة مع ضمان دعم وتشجيع الشركات بمختلف أشكال الدعم[1].

كما يرى من كلود ماغتتودMartland Claude وجاك غيربر Guerber Jacques بأن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص هي عقود حديثة النشأة في مجال التعاقد غير العقود التقليدية كالصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام المتعارف عليها تخضع لنظام قانوني خاص، كما أضاف كل من الأستاذ بيزينسون كسافييه ولوران دوراي وروجير فيزلسون ومارك فورناسياري، بأن مفهوم الشراكة لا يندرج في نطاق المفاهيم القانونية وإنما تتعلق بالمفاهيم الاقتصادية المرتبطة بمشاريع البنى التحتية وإشراك القطاع الخاص الذي يكلف بتوفير الدعم والرعاية الشاملة لمختلف مراحل المشروع، سواء التصميم أو التمويل أو الصيانة والاستغلال في مقابل مالي يتقاضاه من الشخص المعنوي العام صاحب المشروع أو المرفق العام[2]، وتبعا لذلك يعتبر عقد الشراكة مشروع عام مشترك بين القطاعين العام والخاص، يتولى فيه القطاع الخاص مسؤولية تمويل ودعم المشاريع العامة المشتركة، في مقابل مالي يتقاضاه الشريك الخاص عن خدماته من قبل الشريك العام[3].

ومن ذلك أيضا يعرف برونو بونصو الشراكة بأنها أحد أشكال التعاون بين المؤسسات الاقتصادية لتحقيق الأهداف المحددة التي تسعى الدولة إلى تحقيقها[4]، كما تحمل الشراكة بحسب الفقيه لقارات ودونسنج معنى التقارب بين عدة مؤسسات مستقلة قانونيا، والعمل على تجسيد مظاهر التعاون المشترك في مشروع معين أو نشاط خاص بتكثيف وتنسيق المجهودات وتبادل الكفاءات والوسائل والمصادر الأساسية[5]، أو هي نموذج للعلاقات

[1]أورده: احمد حرير، النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، 2019، ص 34.

[2]أورده: احمد حرير ، المرجع نفسه ، ص.ص. 34.

[3]أورده: احمد حرير ، المرجع نفسه ، ص.ص. 34.

[4]Bruno Ponson, Georges Hirsh et Nguyen Vanchan, Partenariats d'entreprises et mondialisation, édition Karthala, Paris, 1999, P14

[5]B.Garette et P.Dussange, Les stratégies d'alliance, édition d'organisation, Paris, 1995, P27.

التعاقدية الخاصة بين مؤسستين التي تتعدى إطار العلاقات العقدية العادية[1]، وذلك بهدف انجاز وتسيير وتمويل مشروع عام مشترك تكون مدته إنجازه أو تسييره في الغالب طويلة المدى وتستهدف تحقيق خدمات ذات جودة[2]، كما يعتبر الفقيهHarding الشراكة بأنها التصرف القانوني الذي يترجم العلاقة بين القطاعين العام والخاص من شأنها المساهمة في تجويد الحياة[3].

ثانيا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بالفقه المصري

الملاحظ على الفقه المصري تأثره بما استقر عليه الفقه المقارن لاسيما الفقه الفرنسي بخصوص تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولقد كان للفقه المصري دور حقيقي في تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تعرف بأنها عقود المشاركة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، أو هي أحد العقود الإدارية التي يعهد بموجبها أحد أشخاص القانون العام إلى أحد الأشخاص الخاصة، للقيام بمهمة شاملة لإنجاز وتمويل مشروعات عامة استثماراتية في قطاعات البنى التحية أو المرافق العامة، وذلك بهدف تحسين الخدمات العمومية وتحقيق الجودة التي يقع على صاحب المشروع(الشريك الخاص) مسؤولية تحقيق ذلك[4]، في مقابل مالي تحدد قيمته وطرق دفعه في بنود العقد المتفق عليه، وتبعا لذلك يتولى صاحب المشروع القيام بالأعمال والتجهيزات الضرورية لإنجاز أو صيانة المشروعات أو القطاعات القاعدية والحيوية، أو تسيير وإدارة واستغلال وصيانة المرفق العام موضوع الاتفاق في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص طيلة

[1] Cédric Richet, Christophe Durand et Marc Bourhis, Contrats de partenariat et centres aquatiques - une rencontre incongrue ? Partnership contracts and aquatic centers: an unusual encounter?, Revue POLITIQUES ET MANAGEMENT PUBLIC, volume 27, n° 4 – 2010,Université de Caen, Institut de Management Public, p.26.

[2]Fra çois Pradoux, Le partenariat industriels, ,: chance ou défi ?, le cahier du collège des ingénieurs , N0 3, 1990, P7. N0 3, 1990, P7.

[3]أورده: عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم – النماذج – التطبيقات)، ط2، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، مصر، ص.ص. 3و4.

[4]مها ناصر السدره نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المركز القومي للبحوث، فلسطين، المجلد3، العدد 5، مايو2019 ، ص.78.

مدة العقد المحددة، على أن يلزم الشخص العام المتعاقد بالمتابعة والإشراف والرقابة على كافة إنجاز المشروع العام أو تسيير المرفق العام طوال مدة العقد[1] .

ويعتبر الفقه المصري بأن قطاعات البنى التحتية والخدمات والمرافق العامة هي المجال الخصب للمشاركة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، التي تجسد العلاقة القانونية العقدية بين الجهات الإدارية والقطاع الخاص يتحدد نطاقها بالبناء والتمويل والتشغيل وتقديم الخدمات أو تنفيذ المشاريع العامة المشتركة في مقابل مالي متفق عليه، مع ضمان تقاسم المخاطر بين طرفي عقد الشراكة، على أن تؤول ملكية المشروع بعد الانجاز إلى الشخص المعنوي العام[2]، وفي المقابل يرى جانب فقهي آخر بأن عقود الشراكة(المشاركة) بين القطاعين العام والخاص، بأنها أحد الأساليب الحديثة للتعاقد المختلفة على بعض النظم التعاقدية الأخرى في المجال الإداري، التي تلجأ إليها الجهات الإدارية لتمويل وتجهيز وانجاز مشاريع في قطاعات البنى التحية، أو إدارة وتسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة، والعمل على إيجاد أو خلق مصادر لتمويل المشاريع العامة من خلال الاستفادة من الكفاءة والموارد التي يتوافر عليها القطاع الخاص وتشجيع الاستثمار، خاصة وأن هذه العقود تعتبر في الغالب طويلة المدى[3].

وفي هذا المجال يتجه الأستاذ عمر سلمان إلى القول بأن فكرة الشراكة ليست قانونية، وإنما هي فكرة ارتبطت بتطور سياسات الدولة بغرض تحسين البيئة الاقتصادية وتحفيز النمو الاقتصادي لتحسين كفاءة المرافق العامة وقطاعات البنى التحية والخدمات التي تقدمها، والتوجه نحو تعزيز دور القطاع الخاص القطاع الخاص وإشراكه في انجاز وتمويل مشاريع أو تسيير مرافق عامة قاعدية أو تقديم خدمات في قطاعات البنى التحتية كأسلوب مستحدث ومنهج جديد تم الاعتماد عليه في مجال الاستثمار والمالية العامة، وتبعا لذلك تعرف عقود الشراكة(المشاركة) بين القطاعين العام والخاص بأنها وسيلة هامة لتمويل مشروعات كبرى

[1] حمادة الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2013، ص 103.

[2] حمادة الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 104.

[3] رجب محمود طاجين، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة، مصر، 2012، ص.12.

في قطاعات البنى التحية، التي تمنح بموجبها الدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص (شركة المشروع) بناء على اتفاق الشراكة، يتحمل فيه صاحب المشروع مسؤولية المشاركة على إنجاز وتمويل وتوفير مرافق البنى التحية القاعدية ذات الطابع الاقتصادي، وفقا لشروط المتفق عليها لاسيما ما تعلق بأحكام ونصوص خاصة بتنظيم الملكية والأموال والأرباح، وغيرها من الأحكام المتعلقة بإدارة المشروع موضوع التعاقد في إطار الشراكة.[1]

ومن ناحية ثانية، تعرف عقود الشراكة(المشاركة) بين القطاعين العام والخاص بأنها عقود طويلة المدة ينصب محلها إنجاز مهمة المرافق العامة استنادا على مبدأي تقاسم المخاطر وتحديد المسؤوليات، كما اعتبرها جانب فقهي آخر بأنها اتفاق أو تعاون مشترك ومتبادل قوامه مشاركة القطاع العام القطاع الخاص (الشريك الخاص–المستثمر الوطني أو الأجنبي)، والعمل على رصد وتوظيف كل الإمكانيات(الاقتصادية، المالية، البشرية، الإدارية، التنظيمية، التكنولوجية، المعرفية)، مع التعهد والالتزام وتقاسم المسؤولية والمخاطر التي قد تنجم عن انجاز المشروع العام، واستهداف تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية بما يتناسب مع حاجات الجمهور وتطلعات الدولة ومواكبة التطورات والمستجدات الحاصلة في المحيط الذي تعمل في إطار الدولة أو المرافق العامة.[2]

كما يعرف الدكتور أحمد سيد أحمد محمود عقود الشراكة(المشاركة) بين القطاعين العام والخاص بأنها اتفاق يسمى باتفاق المشروع تعهد بموجبه الدولة أو المؤسسة العمومية أو الجهات المحلية إلى شخص(صاحب المشروع) لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المراد انجازها، والقيام بعمليات شاملة وكلية لتمويل وبناء واستغلال وإدارة المرفق العام، مع ضرورة تقديم التسهيلات والدعم اللازم لتنفيذ مشروع الشراكة لضمان استمرارية الإنتاج وتقديم الخدمات طيلة فترة مدة العقد، وتبعا لذلك تقتضي الشراكة الموازنة بين تلبية الحاجات العامة للأفراد غاية القطاع العام، وإشراك القطاع الخاص في انجاز

[1]عمر سلمان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، مصر، 2011، ص 3.

[2]عبد الخالق محمد الزغبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، مصر،2011، ص 3.

وتمويل مشاريع عامة مشتركة، والاستفادة من الكفاءة والموارد المالية والتقنية والفنية للقطاع الخاص وجودة الخدمات التي يقدمها، وهو ما يؤدي دون شك إلى جذب الاستثمارات الخاصة وفرص للعمل وسوق وخلق ثروة وفرص للعمل، وكذا تحسين وجودة الحياة العامة[1].

ويعرف جانب فقهي آخر عقود الشراكة بأنها اتفاق يقتضي توافق إرادة أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص(شركة المشروع)، الذي يتحدد نطاقه بتمويل مشاريع عامة أو مرافق عامة، أو تصميمها، تشييدها أو إعدادها، تشغيلها أو صيانتها، تجديدها أو توسيعها أو إدارتها لتحقيق أغراض النفع العام وتلبية متطلبات الأفراد، الذي يكون مرتبطا أساسا بمشاريع الاستثمار لاسيما في المجالات الحيوية وقطاعات البنى التحية، أو المرافق العامة التي تقدم خدمات عامة للأفراد، خلال المدة المتفق عليها في عقد الشراكة في مقابل مالي محدد يتقاضاه الشريك الخاص(صاحب المشروع) كنتيجة للأعمال أو الخدمات المقدمة بعد نهاية مدة العقد، وبناء على عقد الشراكة يتم تجسيد مظاهر التعاون بين القطاعين العام والخاص، مع تعزيز دور القطاع الخاص في المساهمة في انجاز وتمويل وتنفيذ المشاريع العامة المشتركة لتحقيق أغراض الصالح العام، من خلال الموازنة بين مساهمة القطاع الخاص في انجاز وتمويل وتحديث المشاريع والمرافق العامة، وتحسين الخدمة العمومية وتجويدها، وبين المصلحة الخاصة التي يستهدفها الشريك الخاص من وراء التعاقد في إطار الشراكة مع القطاع العام، في ظل اقتسام المخاطر التي قد تنجم على انجاز المشروع العام بين طرفي الشراكة[2].

كما يعرف جانب آخر الشراكة بأنها علاقة تعاقدية تبرم بين الجهات الإدارية بالدولة مع القطاع الخاص، الذي يتولى القيام بمشروعات وتنفيذها وتقديم خدمات عامة من شأنها تخفيف أعباء الدولة لإنشاء مشاريع عامة في قطاعات البنى التحتية أو تقديم الخدمات أو تسيير المرافق العمومية، مع تحمل القطاع الخاص مسؤولية انجاز وتمويل وتنفيذ وإنشاء هذه

[1] أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص 11.

[2] سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية– دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر قطر، المجلد 3، العدد 22 ، 2017، ص.ص 5و8.

المشروعات تحت إشراف ومسؤولية ورقابة الشخص العام[1]، أو هي عقد إداري ملزم قانونا بين الحكومة والقطاع الخاص لتقديم الأصول والخدمات والتمويل الضروري لإنجاز وتنفيذ المشاريع العامة المشتركة محل التعاقد في إطار الشراكة، مع ضرورة الالتزام بتوزيع المسؤولية والمخاطر التي قد تنجم عنها بين أطراف عقد الشراكة[2]، أو هي عقد إداري يبرم بين الحكومة وشركة خاصة تكلف على وجه الخصوص توفير التمويل المالي الضروري لبناء أصول البنى التحية، أو صيانتها أو إدارة المرافق العامة الحيوية أو الأساسية، أو تقديم الخدمات العامة، على أن تستحق الشركة الخاصة مقابلا ماليا يتم الاتفاق على قيمته وكيفية أداءه وفقا لبنود العقد المتفق عليها أثناء التعاقد[3]، وهو ما يجعل الشراكة بين القطاعيين العام والخاص علاقة تعاون بين الجهات الإدارية في الدولة مع أحد الخواص أو المستثمرين(الوطني أو الأجنبي) للقيام بمهام معينة لتحقيق أغراض مشتركة وخاصة، والقيام بأعمال أو أنشطة قوامها تقاسم المسؤولية وتحمل المخاطر[4].

ومن خلال عرضنا لأهم التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها لم تستقر على تعريف واحد والاتفاق على أطرافها ونطاقها والمبادئ التي تحكمها والآثار المترتبة عليها، وتبعا لذلك يمكننا تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها عقود إدارية خاصة تبرمها أشخاص القانون العام(الشريك العام) مع أحد أشخاص القانون الخاص(الشريك الخاص)، يتولى بمقتضاها الشريك الخاص القيام بإنجاز أو تمويل أو صيانة أو تسيير مشاريع عامة مشتركة في قطاعات البنى التحتية وتقديم الخدمات العامة أو إدارة المرافق العامة، ويتحمل الشريك الخاص نفقات الإنجاز والتمويل والأصول الضرورية للمشروع موضوع التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع

---

[1] محمد صلاح ولقيطي الأخضر، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مجال البنية التحتية(المفهوم والترتيبات المؤسسية والتطبيق العملي)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية (دراسات اقتصادية)، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 11، العدد 24، جوان 2016، ص.ص 351-352.

[2] محمد صلاح و لقيطي الأخضر، المراجع نفسه، ص ص. 351-352.

[3] عبد الكريم شاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، 2019، ص ص.66.

[4] عبد الكريم شاطر، المرجع نفسه، ص ص.66.

ضرورة مراعاة مبدأي المسؤولية وتقاسم المخاطر الناجمة عن تنفيذ المشروع العام موضوع التعاقد بالشراكة.

ثالثا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الفقه الدولي

الحقيقة أنه لا يوجد تعريف دقيق لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدى القانون والفقه الدولي، غير أن هناك العديد من التعريفات خاصة في ظل بروز المفهوم الجديد لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطبيعة الدولية، والمنازعات الناشئة عنها بشكل أدى إلى انتهاج والدعوى إلى تبني أساليب جدية وأكثر سرعة ومرونة وأقل تعقيد مقارنة بدور القضاء وإجراءات التقاضي المعقدة والطويلة المدة، كالاعتماد على الوسائل الودية لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية المبرمة في إطار الشراكة بين الدولة المضيفة والشريك الأجنبي.

وتبعا لذلك يمكن تعريف عقود الشراكة بأنها اتفاقية طويلة الأجل بين الدولة المضيفة (الشريك العام) مع الشريك الأجنبي الخاص(المستثمر)، الذي يكلف على وجه الخصوص إنجاز وتمويل وتصميم أو تنفيذ أو تمويل المشروع، أو تقديم خدمات عامة في إطار التعاون والمشاركة بينهما، يلزم الشريك الخاص الأجنبي(الشركة أو المستثمر الأجنبي الخاص) بتوفير التمويل المالي اللازم لإنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام مع مراعاة السياسة العامة للدولة واستراتيجيتها والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، على أن يتم تحديد شروط تنفيذ ذلك المشروع وتوزيع المسؤوليات والمخاطر التي قد تنجم عن التنفيذ في عقد الشراكة بين الدولة المضيفة والشريك الخاص الأجنبي، كما يلتزم صاحب المشروع القيام بالتصميم الفني أو التشغيلي وتقديم الخدمات، أو صيانة وتوسيع مشاريع أو مرافق عامة حيوية وأساسية أو تشغيلها بصورة كلية أو جزئية طيلة مدة عقد الشراكة، وتبعا لذلك يكون صاحب المشروع عن تشغيل مشاريع عامة في قطاعات البنى التحية أو مرافق عامة حيوية، أو تقديم الخدمات العامة الموجهة للأفراد[1]، وتجد هذه العقود ذات الطبيعة الدولية تطبيقا أكثر لها في

[1]الزعبي محمد عبد الخالق محمد، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاته، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاته، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر 2012، ص 213.

مجالات الاستثمار الكبرى كإنشاء الطرق السريعة ومشاريع البناء الكبرى، تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وقطاعات البنى التحية القاعدية والاستراتيجية.

كما يعرف صندوق النقد الدولي عقود الشراكة بأنها الاتفاقيات التي يوفر بموجبها القطاع الخاص البنيات التحتية والخدمات العامة التي تكون تحت مسؤولية الدولة والقطاع العمومي، وتعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بأنها اتفاقيات مبرمة بين الدولة وشريك أو شركاء من القطاع الخاص، يقوم بموجبها الشريك الخاص تسليم الخدمة بما يتوافق مع أهداف تقديم الخدمات للحكومة وأهداف الربح للشريك أو الشركاء الخواص، على أن فعالية التمويل مرتبطة بالنقل الكافي للمخاطر إلى الشركاء الخواص، وبحسب المفوضية الأوروبية تعتبر الشراكة من أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص لتمويل البناء، تحديث أو تشغيل أو صيانة أحد مشاريع البنى التحتية أو المرافق العامة الحيوية أو تقديم الخدمات العامة[1]، كما عرفتها فدرالية الشبكات الأوروبية للشراكة الشراكة بأنها تقنية هامة وجديدة للتنظيم والتطوير والتمويل تجمع الشركاء في إطار اتفاق عقدي ملزم، يركز على تحقيق أغراض مشتركة طيلة المدة المحددة للمشاركة والتعاون المتبادل بين القطاعين العام والخاص، والاشتراك باحترام بينهما عن طريق معارفهم وخبراتهم وكفاءتهم ومواردهم[2].

وتبعا لذلك يمكن القول بأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي عقود خاصة تجسد مظاهر التفاعل والتعاون المتبادل والمشاركة بين القطاعين العام والخاص ، التي تعمل أساسا على توظيف كل الإمكانيات البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية لإنجاز وتجسيد أو تنفيذ مشاريع عامة مشتركة أو تسيير مرافق عامة موضوع التعاقد بالشراكة، مع تكريس آليات المشاركة، التمويل والالتزام بالأهداف المسطرة، والمساءلة المسؤولية المشتركة لتحقيق الأغراض الاقتصادية والاجتماعية، وتوزيع المخاطر التي قد تنجم على تنفيذ تلك المشاريع المشتركة، حيث أنه بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتم تحديد طبيعة العقد والمشروع والغاية منه، وبيان حقوق

[1] سيف باجس الفواعير، المرجع السابق، ص 4.

[2] شايب باشا كريمة و مسكر سهام، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية ،مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد02، 2019، ص 1619.

والتزامات أطرافه، وكيفية انجاز وتنفيذ المشروع وشروط تشغيله أو طبيعة الخدمات التي يراد أن يقدمها للأفراد، وكذا تحديد مدته والمقابل المالي لصاحب المشروع وكيفية أداءه وحجم المخاطر التي يتحملها كل طرف.

الفرع الثالث: التعريف القضائي لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في القضاء المقارن

كان للقضاء الإداري الفرنسي دور في تحديد معنى عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، سواء ما استقر عليه المشرع الفرنسي أو اجتهادات القضاء الإداري بفرنسا لاسيما مجلس الدولة، الذي لعب دورا محوريا في وضع عدة معايير لتمييز العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك برزت تعريفات قضائية حول المفهوم التقليدي للشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي لعام 1963 Ville de Colimbes الذي يعد أساس لظهور عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة Marché d'entreprise de travaux publics (METP)، ذلك بأن محل هذا النزاع ارتبط برفع المخلفات المنزلية مقابل تعويض جزافي تلزم المدينة بأدائه للمتعاقد معها، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا العقد بأنه عقد مشروع مقاولة أشغال عامة يتضمن عقد التزام أشغال عامة وليس عقد أشغال عامة بمفهومه التقليدي، الذي يقوم بموجبه المتعاقد بإنشاء واستغلال التجهيزات الأولية الضرورية للمرفق العام طيلة مدة العقد[1].

ومما سبق يمكن استخلاص أن عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة(METP) بأنها العقود التي يبرمها أحد الأشخاص العامة مع أشخاص القانون الخاص لإنشاء واستغلال واستثمار التجهيزات الضرورية للمرفق العام، في مقابل مالي يدفعه الشخص العام للمتعاقد معها طيلة المدة المحددة في العقد المبرم، حيث يتحدد نطاق هدا النوع من العقود إما ببناء أو تشييد الإنشاءات العامة من قبل الشريك المتعاقد، واستغلال ذلك المرفق العام في مدة طويلة تتناسب مع طبيعة المشروع وحجم النفقات التي يقدمها التعاقد لإنجاز وتشييد وتشغيل المرفق العام، إلى جانب حصول المتعاقد على تعويض مالي يستحق على مراحل

[1]أورده: رجب محمود طاجين، عقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص 33وما بعدها .

خلال المدة الإجمالية للعقد، وتبعا لذلك كيف مجلس الدولة الفرنسي عقود إنشاء مشاريع عامة في قطاعات البنى التحتية بأنها عقود أشغال عامة لكن بظروف عقود تفويض المرفق العام، معتبرا إياها في البداية من عقود تفويضات المرفق العام وذلك بالنظر إلى أن المتعاقد يعمل على إنجاز وتشييد وتمويل وتنفيذ وتشغيل المرافق العامة لتقديم خدمات عامة طيلة مدة إنجاز العقد، على أن يرتبط المقابل المالي للمتعاقد بالرسوم المستحقة كليا أو جزئيا عن استغلال المرفق العام، غير أنه ميز بين هذا النوع من العقود وعقود تفويضات المرفق العام لاختلافهما في طريقة استحقاق المقابل المالي، الذي يرتبط في عقود تفويض المرفق العام بنتائج استغلال المرفق العام الذي يكون غالبا في شكل الرسوم المحصلة بصورة كلية أو جزئية وفقا ما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد، هذا بخلاف المقابل المالي في عقود الشراكة الذي يتقاضاه المتعاقد كنتيجة للخدمات في إشباع الحاجات العامة للأفراد وفق ما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد[1].

وما يلاحظ على مجلس الدولة تأييد فكرة إدراج عقود الشراكة الخاصة بمشروعات مقاولات الأشغال العامة(METP) ضمن نطاق عقود تفويضات المرفق العام في العديد من قراراته، ومن ذلك ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Préfet des Bouches du Rhône لعام 1996، بخصوص عقود جمع ونقل المخلفات المنزلية في مقابل أداءات مالية تتحملها الإدارة المتعاقدة(METP)، مؤكدا على عدم إدراج هذا العقد في نطاق عقود تفويضات المرفق العام باعتبار أن اعتماد أسلوب دفع المقابل المالي للمتعاقد على مراحل طوال مدة العقد، لا علاقة له بالجوانب المالية والاقتصادية لاستغلال المرفق العام خلافا لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي توجب على الشريك المتعاقد توفير التمويل المالي اللازم لإنجاز وتنفيذ المشروع العام في قطاعات البنى التحية أو تقديم الخدمات العامة المراد تقديمها للجمهور في مقابل مالي يستحق نتيجة الخدمات المقدمة طيلة مدة العقد[2].

[1]أورده: رجب محمود طاجين، المرجع السابق ، ص.ص 33.

[2]أورده: رجب محمود طاجين، المرجع نفسه، ص.ص 34.

غير أنه صدور القانون المنظم لعقود الأشغال العامة بتاريخ 7 مارس2001 تم إلغاء شرط الدفع المجزأ في عقود مقاولات الأشغال العامة، وتبعا لذلك يحظر على الإدارة المتعاقدة التعاقد على أساس مبدأ الدفع بالدفعات خلال مدة العقد الإجمالية، وإخراج عقود مشروعات مقاولة الأشغال العامة من نطاق عقود تفويضات المرفق العام، ليتم فيما بعد تنظيم هذا النوع من العقود ضمن نطاق العقود الجديدة تحت مسمى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك بالنظر إلى أهميتها من الجانبين المالي والاقتصادي فضلا على أهمية في انجاز وتمويل وتنفيذ مشروع عام مشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص، الذي يعد وسيلة فعالة لتخفيف أعباء التسيير وتوفير التمويل المالي اللازم لتجسيد وإنجاز مشاريع عامة مشتركة لتحقيق أغراض عامة وخاصة بالنسبة لطرفي العقد، الأمر الذي نظمه المشرع الفرنسي على وجه الخصوص في أحكام الأمر 2004-559 المؤرخ في17جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 179-2009 الخاص بتسريع البرامج الإنشائية والاستثمارات العامة والخاصة في فرنسا، وكذا الأمر رقم2010/137المؤرخ في11فيفري2010 المتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة في بعض أقاليم ما وراء البحار.

وفي هذا المجال انقسم بالفقه الإداري الفرنسي بين مؤيد ورافض لإدراج عقود الشراكة بين القطاعين العم والخاص لاسيما المبرمة في إطار عقود مقاولات الأشغال العمومية في نطاق تفويضات المرفق العام، غير أن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري الفرنسيين هو الاستقرار على أن لكل منهما نظامه القانوني الخاص[2]، خاصة في ظل التأكيد التشريعي على ذلك حتى وإن قام المتعاقد في عقود تفويضات المرفق العام بإنجاز وتنفيذ وتشغيل المشروع أو المرفق العام لاختلاف النطاق والمقومات والأهداف المستهدفة، غير أن لا يمنع أن يتم إبرام عقد تفويض المرفق العام وفقا للقواعد والشروط الخاصة بالتعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشروع عام مشترك في قطاعات البنى التحية أو المرافق العامة الأساسية والحيوية في مقابل مالي مستحق لدى الشخص

[1] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (J O n° 14 du 19 juin 2004), France

[2] رجب محمود طاجين، المرجع السابق، ص 38.

المعنوي العام، طيلة مدة الانجاز بما يتناسب مع حجم الاستثمارات المراد إنجازها في إطار عمليات شاملة وكلية تتضمن التزام الشريك الخاص بالتمويل المسبق لبناء وتمويل مشروع عام مشترك أو تسيير مرافق عامة حيوية أو تقديم خدمات عامة للجمهور، كما قد ينصب كذلك موضوع العقد على الانجاز واستغلال المرفق العام موضوع التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع توزيع المسؤوليات بين طرفي العقد واقتسام المخاطر التي قد تنجم عن التنفيذ، على أن يتقاضى الشريك الخاص مقابلاً مرتبط أساسا بالأهداف والنتائج المراد تحقيقها وحجم الاستثمارات والتمويل أو الأداء العمومي طيلة مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

المطلب الثاني: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في القانون المقارن

لما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والقطاع الخاص من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة لإقامة مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة والخدمات الموجهة للجمهور، من خلال تعزيز دور القطاع الخاص وفتح المجال أمامه للمشاركة والمساهمة في إنجاز وتمويل وتنفيذ بعض جوانب المشاريع العامة التي تدخل ضمن السياسة العامة للدولة، فإن الطبيعة القانونية المعقدة والاستثنائية الخاصة لهذه العقود جعلها تتميز بخصائص مميزة لها وتخضع لنظام قانوني خاص بها، وتبعا لذلك تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها عقود متعددة الأطراف وشاملة، قوامها توزيع المسؤوليات والمخاطر بين أطراف العقد.

ومن أجل الوقوف على الخصائص المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التطرق أولا إلى الخاصية المتعلقة بتعدد أطراف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم بيان شمولية تعدد المراحل التي تمر بها هذه العقود(الفرع الثاني)، وكذا ارتكازه على مبدأي توزيع المسؤوليات واقتسام المخاطر الذي يعد من أهم الخصائص المميزة لهذه العقود عن غيرها من العقود الإدارية(الفرع الثالث).

[1] أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المملكة العربية السعودية بتاريخ من 1- 4 نوفمبر 2009، ص 1.

الفرع الأول : تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود التي تبرم بين القطاع العام التابع لإحدى أشخاص القانون العام(الشريك العام)، مع أحد أشخاص القانون الخاص الذي يتخذ شكل شركة أو مستثمر وطني أو أجنبي(الشريك الخاص)، الذي يكلف على وجه الخصوص بموجب اتفاق إنشاء وانجاز أو تمويل مشاريع كبرى في قطاعات البنى التحتية أو الخدمات أو المرافق العامة طيلة مدة العقد، مع التزام الشريك الخاص(صاحب المشروع) بإنجاز وتمويل المشروع وتوفير كل الإمكانيات المادية والبشرية والتقنية لضمان تنفيذ وانجاز المشروع وتغطيته، وهو ما يجعل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتميز بتعدد الأطراف المشتركة في تنفيذها.

وتبعا لذلك أنه عن طريق الشراكة بين الدولة أو الجهات الإدارية مع القطاع الخاص يتم تجسيد وتكوين علاقة تشاركية وتعاونية بين شريك أو أكثر من القطاع العام، وشريك أو شركاء من القطاع الخاص للعمل في إطار مشترك لإنجاز وتنفيذ مشروع عام مشترك يستهدف أغراض عامة وخاصة في ظل تنظيم الأدوار بين الدولة والقطاع الخاص، ويقوم كل شريك بمهام في إطار تنموي تكاملي واحد بينهما لإنجاز وتنفيذ المشاريع التنموية في قطاعات البنى التحية والخدمات والمرافق العامة، وذلك من أجل تلبية الحاجات العامة للجمهور، والاستجابة إلى المتغيرات والتطورات الحاصلة في المجتمع مع مراعاة الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة في كل دولة وإرادتها والإمكانيات والموارد المتاحة لإنجاز وتجسيد مشاريع عامة تشاركية مع القطاع الخاص تستهدف إشباع حاجات الأفراد وتتماشى مع تطلعات وطموحات الدولة[1].

وتتنوع أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص بحسب درجة المساهمة والتمويل المالي للقطاع الخاص ومسئولياته وتحمله للمخاطر التي قد تنشأ عن انجاز وتنفيذ المشروع العام الذي يجسد الشراكة، فقد يتحمل الشريك الخاص(صاحب المشروع) المسئولية الكاملة

[1]سيف باجس الفواعير، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد45، العدد4، 2018، ص.187.

في التمويل والمخاطر والاستثمار والتنفيذ وتحمله مسئوليات البناء والتشغيل والإدارة بكاملها، مع احتفاظ الشريك العام التابع لأحد الأشخاص العامة بملكية أصول المشروع بعد انتهاء مدة الانجاز[1]، وفي هذا المجال نجد أن المادة الأولى من قانون الشراكة الفرنسي لعام2004 المعدل والمتمم حددت نطاق عقود الشراكة التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة ممثلة في الدولة أو أحدى المؤسسات العمومية[2]، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون الشراكة المصري لعام2010عند تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[3]، حيث يتمثل الشريك العام أساسا في الجهات الإدارية الوزارات والهيئات العامة الخدمية أو الاقتصادية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة عن طريق ممثلها القانوني.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، حددت المادة 49 من القانون المدني الجزائري الأشخاص الاعتبارية العامة بالدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، وكل مجموعة يمنحها القانون شخصية قانونية[4]، وتبعا لذلك تبرم عقود الشراكة بين القطاع العام لحساب الدولة(الوزير أو ممثل قانوني)، أو أحد الجهات الإدارية(الوالي ممثل للولاية، رئيس المجلس الشعبي ممثلا للبلدية، المدير بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري)، الأمر الذي أكدت عليه المادة 800من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام2008المعدل والمتمم[5]، إلى جانب المدير أو الممثل القانوني بالنسبة لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية التي يكون محلها تنفيذ مشروع لحساب الدولة أو أجهزتها بخصوص تسيير أو إدارة مباني عمومية، أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية[6]، التي تستخدم فيها

[1]معزوز لقمان، آليات تفعيل الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 12، 2016، ص 319.

[2]المادة الأولى من قانون الشراكة الفرنسي لعام2004 المعدل.

[3]المادة الأولى من قانون الشراكة المصري لعام2010.

[4]المادة 49 من القانون المدني الجزائري الحالي

[5]المادة 800من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام2008 المعدل والمتمم.

[6]المادة55 من القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

امتيازات السلطة العامة تسلم بموجبها وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى[1].

ولما كان الشريك العام التابع لأحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في عقد الشراكة مع القطاع الخاص، يقع عليه مسؤولية التقيد بالنظام القانوني الذي يحكم هذا النوع من العقود والالتزام بالمبادئ العامة التي تحكم عقود الأشخاص العامة(العقود الإدارية) لاسيما مبادئ: الشفافية في إجراءات الإبرام، الالتزام ، والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين أو الشركاء، حياد الإدارة في التعاقد والعلاقة بين الشركاء أو المتعاملين الاقتصاديين (المستثمرين الوطنيين أو الأجانب)، وكذا ضمان وتوفير مناخ ملائم للمنافسة العادلة بين الشركاء الخواص المحتملين، و الحرص على الاختيار الأحسن وفق معايير موضوعية وتقنية وفنية مدروسة وجدية لاختيار أحسن الشركاء وتحقيق خدمات ذات جودة، وكذا مراعاة المتغيرات ومتطلبات تنفيذ المشروع العام خلال مدة الانجاز يتم تضمينه بصفة تفصيلية في العقد الأصلي[2]، مع احتفاظ الشريك العام في عقد الشراكة بسلطات الإشراف والمتابعة والرقابة على مدى تنفيذ وانجاز صاحب المشروع(الشريك الخاص) للمهام المسندة إليه وفقا لما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد[3].

أما الشريك الخاص يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يعهد إليه الشريك العام بموجب اتفاق شراكة بينهما، إنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع محل عقد الشراكة، حيث يمارس الشريك الخاص مهامه وفقا لأحكام القانون الخاص مع مراعاة المبادئ والقواعد المنظمة للعقود المبرمة من قبل الأشخاص العامة، سواء كان الشريك الخاص التابع للقطاع الخاص فرد أو شركة أو مؤسسة اقتصادية أو مستثمر وطني أو أجنبي أو برأسمال مشترك، حيث اشترط مثلا قانون الشراكة المصري لعام2010 في مساهمة المال العام المصري بنسبة عن(20%) في رأسمال الشريك الخاص صاحب مشروع الشراكة وفق ما نصت عليه المادة

[1]المادة56 من القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

[2]احمد إبراهيم الشافعي، التنظيم القانوني للشراكة بني القطاع العام والقطاع الخاص(دراسة تحليلية للقانون رقم22لسنة 2015 في إمارة دبي، فكر الشرطي، المجلد26، العدد103، 1 أكتوبر2017، ص 122-124.

[3]حمد إبراهيم الشافعي، التنظيم القانوني للشراكة بني القطاع العام والقطاع الخاص(دراسة تحليلية للقانون رقم 22 لسنة 2015 في إمارة دبي، الفكر الشرطي، المجلد26، العدد 103، أكتوبر، ص 122-124.

الأولى[1]، الذي يلزم بالتشغيل والاستغلال أو التمويل أو الصيانة لمشروع موضوع التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد الشراكة، على أن يحتفظ الشريك العام(القطاع العام) بسلطة المتابعة والإشراف والرقابة على مختلف مراحل إنجاز المشروع طيلة مدة العقد وإلى غاية انتقال الملكية للقطاع العام.

وفي المقابل يستحق الشريك الخاص(صاحب المشروع)تعويضا ماليا مقابل القيام بمهام إنجاز المشروع العام المشترك أو تشغيله أو تمويله أو تقديم خدمات للجمهور أو تسيير المرافق العامة[2]، كما يقع على عاتق الشريك الخاص الالتزام بالمعايير المعمول بها في هذا المجال لاسيما الرفع من الكفاءة والأداء والجودة والنجاعة في الخدمات المقدمة، وتبعا لذلك يتولى القطاع الخاص المسؤولية أو الدور التنفيذي لإدارة المشروعات التنموية، على أن يتولى القطاع العام الدور التوجيهي والرقابي طوال مدة إنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام المشترك في إطار التعاون المتبادل والشراكة في تجسيد المشاريع في قطاعات البنى التحية أو المرافق العامة أو تقديم الخدمات الموجهة للجمهور، واستهداف أغراض عامة وخاصة لطرفي عقد الشراكة التي يسعى فيها الشريك الخاص تحقيق المصلحة الخاصة مقابل الخدمات والأعمال التي قدمها لصالح المشروع العام التابع للقطاع العام، ذلك بأنه عن طريق الشراكة يتم الموازنة بين أغراض المصلحة العامة للشريك العام، والمصلحة الخاصة للشريك المتعاقد معها.

وتبعا لذلك يقوم الشريك الخاص(صاحب المشروع)إنشاء شركة خاصة بالمشروع ككيان اعتباري مستقل مكلف على وجه الخصوص انجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام المشترك في إطار الشراكة مع القطاع العام، وبالتنسيق مع الشركة الأم للشريك الخاص صاحب المشروع لاسيما ما تعلق بتوفير أجزاء هامة من الخدمات أو الإمدادات أو التمويل المالي الضرورية للمشروع، سواء كان الشريك الخاص(صاحب المشروع) شركات المقاولات، شركات الإدارة والتسيير، شركات توريد هياكل ومقتنيات وأدوات ولوازم ضرورية

[1]المادة الأولى من قانون الشراكة المصري لعام2010

[2]سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. مفهومها وطبيعتها القانونية(دراسة مقارنة)، المجلة الدولية للقانون، قطر، العدد3، 2017، ص 2.

لإنجاز وتنفيذ المشروع العام المشترك[1]، وهو يجعل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتميز بتعدد الأطراف المساهمة في انجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام المشترك الذي يستهدف أغراض مختلطة(المصلحة العامة للشريك العام التابع للقطاع العام، والمصلحة الخاصة للشريك الخاص صاحب المشروع التابع للقطاع الخاص)، وتبعا لذلك تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وسيلة حقيقية لإنجاز وتمويل مشاريع في قطاعات البنى التحية وتقديم الخدمات والمرافق العامة، وفي نفس الوقت آلية تنموية تعمل على الموازنة بين المصلحة العامة للقطاع العام والمصلحة الخاصة للقطاع الخاص في إطار التبادل والتعاون ومشاركة القطاع الخاص في تنفيذ بعض جوانب السياسة العامة للتنمية المستدامة، في ظل وجود سياسة واضحة وإرادة لدى السلطة العامة والقطاع العام كعامل مهم لتحقيق نتائج ايجابية من تبني أسلوب التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص كوسيلة فعالة للتخفيف من الإنفاق العام واقتسام المخاطر، والعمل على تحسين مستويات الخدمة العمومية والرفع من كفاءتها، إلى جانب تطوير القطاعات الأساسية لاسيما في مجالات البنية التحتية الاقتصادية من خلال تعزيز دور القطاع الخاص في تحقيق أغراض التنمية المستدامة إلى جانب القطاع العام.[2]

الفرع الثاني: تعدد مراحل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعد عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من العقود ذات الطبيعة القانونية المركبة بالنظر إلى تعدد مراحل المشروع العام المشترك محل التعاقد في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الذي بمقتضاه يعهد الشريك العام التابع للقطاع العام إلى الشريك الخاص(صاحب المشروع) القيام بمهام شاملة تتضمن تمويل وإنجاز وتجهيز مشروعات في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة الحيوية وتقديم الخدمات الموجهة

[1] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورة الثانية والخمسون فيينا، 8-26يوليو 2019 الشراكات بين القطاعين العام والخاص، تحديثات مقترحة لدليل الاونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (الفصل الرابع المنقَّح 18 Septembre 2018

2 المجلس الأعلى للخصصة في لبنان، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في لبنان، الدليل التوجيهي، شركة المجموعة الطباعية، بيروت، 2013، ص.50.

للجمهور، مع ضرورة التزام الشريك الخاص بتحديث وصيانة المشروع العام المشترك وتطويره وتقديم الخدمات وتجويدها، وتوفير كل الإمكانيات والتمويل لجعل ذلك المشروع قابلا للاستغلال أو التشغيل أو الإنتاج في المدة المتفق عليها أثناء التعاقد، وتكريس مبادئ الالتزام وتقديم الخدمة بصورة مستمرة ومنتظمة طيلة مدة العقد، كما قد يقع على صاحب المشروع(الشريك الخاص المتعاقد) مسؤولية تشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للشريك العام التابع للقطاع العام بغرض إشباع الحاجات العامة للجمهور في مقابل مالي نتيجة الانتفاع بالخدمة أو الحاجات أو الخدمات المقدمة لهم[1].

كما قد يقوم الشريك الخاص(صاحب المشروع)باستغلال المشروع والقيام بتقديم الخدمة مباشرة للمنتفعين، على أن يحتفظ الشريك العام التابع للقطاع العام بسلطة المتابعة والتوجيه والرقابة للتأكد من مدى التقيد والالتزام بتنفيذ بنود عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفق ما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد، أو تماشيا مع تقتضيه عمليات إنجاز وتنفيذ مشروع في قطاع البنية التحية أو المرافق العامة الحيوية أو تقديم الخدمات الموجهة للجمهور، أو استجابة إلى التطورات والمستجدات التكنولوجية والتقنية والفنية حتى وإن لم يتم الاتفاق عليها أثناء التعاقد، بالشكل الذي يمنح للشريك العام التابع للقطاع العام سلطات على كافة مراحل انجاز وتنفيذ المشروع محل التعاقد وفقا لأسلوب الشراكة مع القطاع الخاص، التي تمتد بدء من مرحلة الإبرام إلى التنفيذ وما بعد التنفيذ، بما يمنح له سلطة تعديل بنود العقد أو فسخ العقد متى اقتضت المصلحة العامة، أو ضرورات المشروع أو المرفق العام ذلك، مع احتفاظ الشريك الخاص المتعاقد بحقه بطلب التعويض أو الاستمرار في التنفيذ[2].

وبناء على ذلك يمكننا القول بأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتميز بكونها عقود تخضع لنظام إجرائي متعدد المراحل بشكل يوجب تمرير المشروع العام المشترك على العديد من المراحل التي تعد في حد ذاتها آليات رقابية وتقنية وفنية تمارس من قبل طرفي العقد قصد ضمان التجسيد والتنفيذ الفعلي لبنود العقد المتفق عليها بما يحقق

---

[1] رجب محمود طاجين، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص.41

[2] سيف باجس الفواعير، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، المرجع السابق، ص.187

الغاية الأساسية التي يسعى على وجه الخصوص القطاع العام إلى تحقيقها من وراء الشراكة مع القطاع الخاص لإنجاز وتمويل المشروع العام المشترك، وتبعا لذلك يمكننا القول بأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتميز بتعدد المراحل والعمليات التي يلزم فيها الشريك الخاص(صاحب المشروع) بعمليات ومهام شاملة ومتكاملة لإنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام محل التعاقد في إطار الشراكة مع القطاع العام(الشريك العام)، التي تمتد على كافة مراحل إنجاز وإعداد المشروع العام من جميع النواحي لاسيما الجوانب المالية والتقنية والفنية والإدارية والتنظيمية والجودة لضمان الفعالية والنجاعة في الانجاز والتنفيذ بما يتماشى مع تطلعات وأهداف الشريك العام ويلبي الحاجات العامة للجمهور[1].

الفرع الثالث: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مبدأ تقاسم المخاطر

يعد مبدأ تقاسم المخاطر من أهم الخصائص المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي نفس الوقت تعتبر من أهم المبادئ التي يخضع لها هذا النوع من العقود، ويقتضي مبدأ اقتسام المخاطر مشاركة طرفي عقد الشراكة في تحمل المخاطر التي قد تنجم على إنجاز وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة تستهدف أهداف موحدة2، وهو أمر يوجب على الشريك الخاص(صاحب المشروع) تحمل المسؤولية والمخاطر عند إنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام طوال مدة عقد الشراكة، مع التزام الشريك العام التابع للقطاع العام بتحمل جوانب معينة من المخاطر تجسيدا لمبدأ توزيع واقتسام المخاطر بين طرفي عقد الشراكة وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد المبرم[3].

وما تجب الإشارة إليه أن فكرة المخاطر في المجال التعاقدي ارتبطت أساسا بمفهومها التقليدي في القانون الإداري الذي يركز على الموازنة بين مقتضيات المصلحة وضرورات المرافق العامة واستمرارية الخدمات التي يقدمها، ومتطلبات إعادة التوازن المالي والاقتصادي

[1] مؤتمر العمل العربي، الدورة 38، البند العاشر، تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، القاهرة، مصر، 2014.

2رشيد فراح. كريمة فرحي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص أداة لتنفيذ وتنمية الاستثمارات العمومية(نماذج من التجارب الدولية والعربية)، معارف، مجلة علمية دولية، جامعة البويرة، المجلد1، العدد22، جوان2017، ص .87

[3] عبد الكريم شاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكةPPP، ط 1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2019، ص .213

للعقود الإدارية التي تهدف إلى إشباع حاجات الشخص المعنوي العام المتعاقد أو تلبية الاحتياجات العامة للجمهور، ومن أهم النظريات التي برزت في هذا المجال نظرية القوة القاهرة ونظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1]، حيث تم تبني مبدأ توزيع واقتسام المخاطر في المجال التعاقدي في انجلترا من خلال إعلان برنامج مبادرة التمويل الخاصة PFIالذي يهدف إلى تعزيز دور القطاع الخاص ودعم مساهمته في تحسين إدارة وتسيير المرافق العمومية لتجسيد مظاهر التعاون المتبادل والتكامل والتوازن بين طرفي العقد التي تمتد كذلك إلى توزيع واقتسام المخاطر العقد تنجم عن تنفيذ وإنجاز مشروع عام مشترك أو تسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات[2].

ويعبر عن فكرة المخاطر بجملة الوقائع المادية والقانونية التي من شأنها التأثير على انجاز أو تمويل أو تنفيذ أو حتى تشغيل المشروع العام محل التعاقد في إطار العلاقة بين القطاعين العام والخاص، بالشكل الذي قد يرتب خسائر أو أضرار بالمشروع أو إلحاق خسائر بصاحب المشروع لاسيما تلك التي لم يتم توقعها أثناء التعاقد، أو نتيجة المستجدات والتطورات أثناء مرحلة التنفيذ، ومن مظاهر ذلك ارتفاع الأسعار بشكل استثنائي من شأنه زيادة تكاليف انجاز وتنفيذ المشروع العام، أو التأخر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملتزم بها من قبل صاحب المشروع(الشريك الخاص التابع للقطاع الخاص) استنادا على اتفاق عقد الشراكة، أو كان سبب ذلك وجود خلل في الدراسة التقنية والفنية أو عدم مراعاة الجوانب المتعلقة بالمخاطر المحتملة أو المتوقعة الوقوع عند البدء في التنفيذ، أو بسبب عيب في التنفيذ والأداء، أو المساس بالكفاءة الفنية والإنتاجية للمشروع ككل والتغيير فيها[3].

---

[1] لتفاصيل أكثر حول هذه النظريات: بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، ط2، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2021، ص.132-140.

[2] PFI هو برنامج للحكومة البريطانية ،ومن ثمة فهو ليس عقدا محددا ، بل هو عبارة عن مجموعة نوعية من العقود التي لمبادرة المالية الخاصة بهدف تشجيع تحقيق وإدارة المرافق العامة بمساعدة تمويلات القطاع الخاص بدلا من تبني أسلوب الخوصصة بمفهومها التقليدي ويتعلق الأمر بالقطاعات غير الخاضعة للخوصصة.

[3] سيد مدبولي على الدكتور وضياء الدين ابراهيم، إدارة المخاطر، إدارة مشروعات التشييد والبناء، المراحل التي تمر بها مشروعات التشييد، المجلة العلمية، كلية التجارة، جامعة اسبوط العدد 60، يونيو 2016، مصر، ص.228ومايلها

وتبعا لذلك ترتبط المخاطر المتغيرات والظروف التي تطرأ أثناء مراحل تنفيذ المشروع العام المشترك المبرم في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المرتبطة أساسا بظروف خارجية مستقلة عن إرادة أطراف العقد، بالشكل الذي يؤدي إلى إشكالات في انجاز وتنفيذ ذلك المشروع العام وزيادة تكاليف الانجاز على صاحب المشروع(الشريك الخاص)، غير أن تلك المخاطر تختلف بحسب درجة جسامة الأضرار أو الخسائر المحققة بالنسبة لصاحب المشروع أو المشروع ذاته، حيث يصنفها الفقه الإداري إلى مخاطر سابقة للتعاقد في مرحلة الإبرام وقبل التعاقد، والمخاطر الواردة أو اللاحقة للتعاقد (مرحلة التنفيذ أو ما بعد التعاقد؛ فالمخاطر السابقة على التعاقد تشمل المخاطر التي يتحملها الشريك الخاص دون الشريك العام التابع للقطاع العام، بدء من عملية اختيار الشريك الخاص صاحب المشروع إلى غاية البدء في التجسيد الفعلي لإنجاز المشروع العام المشترك موضوع التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك لا يتحمل الشريك العام التابع للقطاع العام أي مسؤولية أو مخاطر مع الشريك الخاص المتعاقد معها خاصة في ظل عدم الاتفاق على تاريخ محدد للبدء في تشييد أو بناء ذلك المشروع[1].

وخلافا لذلك أنه بالنسبة للمخاطر الناشئة بعد التعاقد(مرحلة التنفيذ) في أي مرحلة من مراحل إنجاز وتنفيذ المشروع العام المشترك المبرم في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي تعبر عن مخاطر تنفيذ عقود الشراكة الواردة التعاقد والبدء الحقيقي للتنفيذ طوال مدة إنجاز المشروع العام المشترك وتسليمه إلى الشريك العام، سواء ما تعلق بالمخاطر الناشئة عن عمليات الإنشاء والتمويل والتحويل والصيانة والتسيير والإدارة لذلك المشروع في قطاعات البنى التحية أو إدارة المرافق العامة أو تقديم الخدمات المراد تقديمها للجمهور، والتي من شأنها عرقلة أو التوقف المؤقت أو تعطيل أو التأخير أو التوقف النهائي لإنجاز ذلك المشروع[2].

[1] سلمان عمر عبد الحميد، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص (PPP)ندوة حول الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاصppp والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012، ص.33.

[2] عبد بن سلمان العمار، الرقابة على المشاريع الحكومية وأثرها على إنجاح تلك المشاريع، ندوة حول إدارة المشاريع الحكومية في المملكة العربية السعودية بتاريخ13نوفمبر2012، ص.2-10.

ومن ناحية ثانية، قد تكون المخاطر الواردة في مرحلة التنفيذ أو بعده مرتبطة أساسا إما التزام الشريك الخاص صاحب المشروع بشروط انجاز وتنفيذ المشروع العام المشترك وفقا للبنود المتفق عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن مظاهر ذلك عدم مطابقة الإنشاءات للشروط المحددة مسبقا في دفتر الشروط، أو عدم اتخاذ التدابير اللازمة التي نتج عنها مخاطر زيادة تكاليف انجاز وتشييد المشروع العام المشترك، أو كان التأخر في إنجاز ذلك المشروع في المدة المحددة في العقد بسبب الشريك الخاص صاحب المشروع وعدم تسليمه في الأجل المتفق عليه أثناء التعاقد.

كما يضاف إلى ذلك المخاطر الخاصة بعدم الالتزام بمعايير الجودة والكفاءة التقنية والفنية للمشروع سواء تم الاتفاق عليها أثناء التعاقد أم لا، باعتبار أن الشريك الخاص ملزم بضرورة مراعاة المستجدات والتطورات التكنولوجية والتقنية والفنية التي تعد ضرورية لإنجاز وإنشاء المشروع العام المشترك الذي يستهدف تقديم خدمات ذات جودة ونجاعة تتماشى مع متطلبات المشروع أو المرفق العام أو استجابة للحاجات العامة للجمهور، وتطلعات القطاع العام خاصة في التطورات التي يشهدها المحيط الذي يعمل في إطاره، أو تعلق كذلك بالمخاطر الناشئة في مرحلة الانتهاء والتسليم النهائي للمشروع محل التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كالتأخر أو عدم تسليم المشروع في المدة المتفق عليها في العقد، أو عدم قابليته للتشغيل كعدم تجهيز المشروع العام المشترك بالوسائل أو التجهيزات الأساسية والضرورية للتشغيل، أو عدم التزام الشريك الخاص صاحب المشروع بالمعايير والمواصفات الملتزم بها في بنود عقد الشراكة، أو كان للشريك الخاص صاحب المشروع ديون خاصة تجعل تسليم المشروع أكثر صعوبة، أو عدم التزام صاحب المشروع بتكوين أشخاص مؤهلين أو عجزه على توفير الكفاءة المهنية المتخصصة الضرورية لإدارة وتسيير المشروع العام وتشغيله لتحقيق الغاية النهائية من إنشاءه المرتبطة أساسا بغايات المصلحة العامة[1].

إلى جانب ذلك قد ترتبط المخاطر الناشئة عن إنجاز وتنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمخاطر المالية أو الاقتصادية، التي تشمل أساسا مخاطر ضعف

[1] سيف باجس الفواعير، المرجع السابق، ص.ص.188و189.

الطلب على الخدمة المقدمة أو بسبب التضخم، أو المخاطر الناجمة عن سوء تقدير أسعار السوق وتغيراتها لتغطية المشروع العام المشترك وإدارته، وكذا المخاطر المتعلقة بمتغيرات وتقلبات أسعار شراء العملة الصعبة، تضاف لها المخاطر السياسية الناشئة على تغير السياسة التشريعية والتنظيمية وإرادة الدولة وسياساتها العامة والاقتصادية والمالية والضريبية والاستثماراتية التي من شأنها التأثير على عمليات إنجاز وتنفيذ المشروع العام المشترك في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما تعد إشكالات تقلبات العملة الوطنية بالنسبة للعملة الصعبة من العوامل المؤثرة على إنجاز وتمويل المشروع العام بما قد يؤدي إلى زيادة تكاليف انجاز وتمويل وتجهيز المشروع العام وإنهاءه وتسليمه إلى القطاع العام، خاصة في ظل المتغيرات والتقلبات التي تشهدها العملة الوطنية مقارنة بالعملة الصعبة وانعكاساته على الاقتصاد الوطني، وتجسيد المشاريع العامة وحجم التكاليف اللازمة لها لاسيما المشاريع المشتركة بين القطاعين العام والخاص في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة الحيوية، وتقديم الخدمات المراد تقديمها للجمهور[1].

ومن ناحية ثانية، تعتبر الظروف السياسية الناشئة عن عدم الاستقرار السياسي والأمني من أهم العوامل المؤثرة على إنجاز وتنفيذ المشاريع المشتركة بين القطاعين العام والخاص في قطاعات البنى التحية بالدولة، وتضاف إلى ذلك المخاطر الناجمة عن تغير المنظومة التشريعية والتنظيمية الداخلية لاسيما المتعلقة بالمجالات الاقتصادية، أو النقدية، أو المالية التي من شأنها التأثير على عمليات إنجاز وتنفيذ المشاريع العامة المشتركة بين القطاعين العام والخاص، كمراجعة التشريعات الاقتصادية أو المالية التي قد تؤدي إلى مخاطر زيادة تكلفة الانجاز والتمويل، أو فرض قيود على إنشاء أو تمويل المشروع العام في قطاع البنية التحتية أو صيانته طوال مدة تنفيذ العقد، أو فرض قيود معينة على الاستثمار أو استيراد هياكل ووسائل ضرورية لإنجاز وتنفيذ وتجهيز وتشغيل المشروع العام كحظر الاستيراد كليا أو جزئيا، أو فرض ضرائب جديدة على ذلك، بالشكل الذي يجعل التنفيذ أكثر

[1] بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية لتطوير البنية التحتية على المستوى الإقليمي، ملتقى دولي افتراضي حول الجماعات الإقليمية والتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، يومي7و8مارس2021، ص.3و9.

إرهاقا أو صعبا على الشريك الخاص صاحب المشروع العام المشترك مع القطاع العام، وهو أمر ينعكس سلبا على تنفيذ المشاريع في قطاعات البنى التحية[1]، وهو ما يوجب على الدولة ضرورة توفير الشروط والتسهيلات اللازمة لإنجاز وتنفيذ تلك المشاريع كالإعفاء من بعض القيود أو التسهيلات التي من شأنها جذب القطاع الخاص للاستثمار في المجالات الاقتصادية القاعدية والمساهمة في تنفيذ أحد المشاريع العامة التي تدخل في نطاق السياسة العامة للتنمية المستدامة بالدولة[2].

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن من أهم ما يميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، هو ارتكازها على مبدأ توزيع واقتسام المخاطر بين طرفيه وفق ما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد، وهي خاصية مرتبطة فقط بهذا النوع من العقود الإدارية فقط بشكل دفع جانب من الفقه إلى التأكيد على هذا المبدأ وامتداده على كافة مراحل إبرام وإنجاز وتمويل وتنفيذ المشروع العام المشترك بين القطاعين العام والخاص، غير أنه رغم التزام الشريك الخاص صاحب المشروع القيام بمهام شاملة إنجاز وتمويل مشاريع في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة الأساسية أو الحيوية، أو تقديم الخدمات العامة طيلة مدة عقد الشراكة، إلا أنه الواقع العملي في الغالب يثبت إنفاق القطاع العام لمبالغ مالية ضخمة لتمويل وتجهيز وصيانة البنى التحتية الضرورية لإدارة وتسيير واستغلال المرفق العام الذي تم إنشاؤه وفقا لأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يبرز جليا على المدى المتوسط والطويل بعد استلام وتشغيل ذلك المرفق العام، بالشكل الذي يجعل التكاليف النهائية لإقامة وبناء وتشييد والتمويل المالي المباشر من الدولة للمشروع الاقتصادي أقل بكثير مقارنة بتكاليف إنجاز وتمويل وتنفيذ الشريك الخاص صاحب المشروع العام المشترك بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر قد يؤثر على فعالية ونجاعة أسلوب التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص[3].

---

1 محمد عبد العال عيسى، الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المفهوم والأسباب والدوافع والصور)، المجلة العربية للإدارة، المجلد38، العدد3، سبتمبر2018، ص.49

[2]محمد عبد العال عيسى، المرجع نفسه، ص 223و224.

[3]محمد عبد العال عيسى، المرجع السابق، ص.50

المبحث الثاني: مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر بين التشريع والممارسة

لما كانت الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بصفة عامة وسيلة حقيقية للمشاركة والتعاون المتبادل بين القطاعين العام والخاص، التيمن شأنها إنجاز وتجسيد وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة تستهدف إشباع الحاجات العامة للجمهور أو تقديم الخدمات الضرورية لهم بما يتناسب مع تطلعاتهم ومراعاة معايير الجودة والنجاعة في الحاجات أو الخدمات العامة المقدمة، فإنها تشكل في نفس الوقت من أهم متطلبات مبدأ التشاركية في تنفيذ سياسة العامة الدولة للتنمية المستدامة، وكوسيلة حقيقية لتمويل المشاريع العامة من قبل القطاع الخاص والاستفادة من الإمكانيات الهامة والكفاءة والتخصص والجودة والسرعة في التنفيذ وجذب الاستثمارات الخاصة لإنجاز مشاريع في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة الحيوية أو تقديم الخدمات العامة الموجهة لخدمة الجمهور[1].

والجزائر كغيرها من دول العالم انتهجت لاسيما في السنوات الأخيرة العديد من الاستراتيجيات التشريعية والتنظيمية والاقتصادية والمالية والإدارية، كمحاولة منها النهوض بالاقتصاد الوطني وتحقيق نتائج ايجابية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية تحقيقا للأغراض الشاملة للتنمية المستدامة، وذلك بغرض توفير مناخ ملاءم لجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، من خلال مراجعة المنظومة الشاملة للسياسة الاستثماراتية والاقتصادية والمالية والتنظيمية، مع التوجه نحو منح المستثمرين تحفيزات لذلك لاسيما استقطاب الاستثمارات الأجنبية في إطار التعاون والشراكة الفعالة لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع عامة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يبرر توقيع الجزائر على العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في هذا المجال كبادرة أولى لخلق المناخ والأرضية الملاءمة للاستثمار في الجزائر التي تتوافر على إمكانيات وموارد طبيعية هامة قد تجعلها من أهم وجهات الاستثمار الأجنبي في مختلف المجالات[2].

---

[1] بالجيلالي خالد، بالجيلالي محمد، مقاربة الديمقراطية التشاركية لتجسيد التنمية المحلية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد4، العدد2، ماي2019، ص239.

[2] بالجيلالي خالد، بالجيلالي محمد، المرجع السابق، ص240.

وعلى الرغم من اتجاه إرادة الدولة النهوض بالاقتصاد الوطني والإقلاع الاقتصادي واستهداف تحقيق أغراض التنمية المستدامة وخلق مناخ للاستثمار، إلا أن النتائج المحققة لم تكن بحجم التطلعات التي تستهدفها الدولة خاصة في ظل التحديات والمتغيرات لاسيما بعد تراجع إيرادات البترول بما انعكس على التراجع في إنجاز وتمويل أو تنفيذ العديد من المشاريع الكبرى، وهو ما يبرر توجه الدولة نحو انتهاج أساليب تنموية أكثر فاعلية كتبني أسلوب التعاقد مع القطاع الخاص(الوطني أو الأجنبي) لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع العلم أن الجزائر لم تشهد تطبيقات حقيقية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الجديد مع وجود تطبيقات كثيرة للشراكة بين القطاعين العام والخاص منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، الأمر الذي يوجب علينا بيان التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بصفة عامة (المطلب الأول)، وعرض أهم تطبيقاتها في التشريع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

بالنظر إلى أن المشرع الجزائري لم ينظم المفهوم الجديد لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفقا للمفهوم المستقر عليه في النظم المقارنة التي تبرز فيها نماذج ناجحة ورائدة لمشاركة القطاع الخاص في إنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة الموجهة للجمهور، فإننا سنركز على التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري بصفة عامة، من خلال الوقوف على نشأة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، والوقوف على أهم النصوص القانونية المنظمة لها أو ذات الصلة(الفرع الأول)، وذلك في محاولة منا إعطاء تعريفات مختلفة لعقود الشراكة في التشريع الجزائري خاصة في ظل غياب قانون صريح منظم لهذا النوع من العقود(الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائري

لقد كانت مسألة تحقيق أغراض التنمية المستدامة من أهم أولويات السياسة العامة للدولة الجزائرية، وهو ما يبرر انتهاج العديد من سياسات شاملة للإصلاح السياسي،

الاقتصادي، التشريعي، المالي، وذلك لجذب الاستثمار واستقطاب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية ومناخ للاستثمار، والسعي إلى تعزيز دور القطاع الخاص وإشراكه في إنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع في قطاعات البنى التحية أو إدارة المرافق العامة وتقديم الخدمات الموجهة للجمهور، خاصة في ظل عدم قدرة القطاع العام على تلبية الحاجات العامة للجمهور أو عجزه على تمويل مشاريع عامة أو خلق مصادر جديدة للتمويل، وهو ما يمكن تداركه عن طريق الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ذلك بأن الجزائر بعد الاستقلال لاسيما بعد تحررها من التشريعات الفرنسية المعمول بها بعد الاستقلال بما لا يتعارض مع السيادة الوطنية، على أنه في ظل انتهاج الجزائر للنظام الاشتراكي وسياسة التأميم بشكل أدى بروز بعض مظاهر التعاون مع القطاع الخاص في جوانب معينة حتى وإن كان القطاع العام هو المحتكر لذلك لاسيما في قطاع المحروقات، ومن أجل ذلك تم إنشاء شركة سوناطراك سنة1963اعتبرها مؤسسة وطنية تعمل في مجال المحروقات ممثلة للدولة الجزائرية ولحسابها ، وقدرتها على تجسيد مظاهر الشراكة مع الشركات الأجنبية في مجال المحروقات، ولتنظيم ذلك أقر المشرع الجزائري نصوصا قانونية لتنظيم وتأطير مظاهر التعاون بين القطاعين العام والخاص على الصعيد الداخلي[1]، مع بروز العديد من الاتفاقيات الدولية لاسيما ما تعلق بالتعاون والشراكة الدولية في إطار سياسة التعاون(جنوب–جنوب) إلى جانب صدور تشريع موحد للشركات ذات الاقتصاد المختلط.

غير أنه بعد صدور القانون رقم277/63المؤرخ في26جويلية1963المتضمن قانون ترقية الاستثمار المعدل[2]، الذي ألغى التشريعات السابقة المنظمة للاستثمار، بالشكل الذي أدى إلى سيطرة الدولة على الأنشطة الاقتصادية الأجنبية في الجزائر وهو ما امتد أيضا إلى قطاع المحروقات، وبناء على ذلك تم إبرام العديد من العقود في قطاع المحروقات يطلق عليها بعقود التنازل، ومن تطبيقات ذلك الاتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 16 جويلية1962لإبرام عقد شراكة قائمة على المساواة بين شركة سوناطراك والشركة الفرنسية للبحث والنشاطات البترولية، وهو ما منح لهذه الشركة السيطرة على تسيير وإدارة المشروع

[1] أحمد حرير، المرجع السابق، ص.ص. 20.

[2]القانون رقم 63 –277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر ، 02 أوت 1963 ، العدد 53.

المشترك والحصول على حصته الكاملة من الأرباح والإنتاج، الأمر الذي أوجب على الدولة ضرورة انتهاج أساليب أخرى خدمة للمصلحة العامة الاقتصادية للدولة وأهدافها التنموية، ومن ذلك تبني أسلوب التعاقد المشترك في إطار شركات الاقتصاد المختلط (الشراكة المختلطة أو المشروع المشترك)، وفي هدا المجال حدد الأمر 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971المتعلق بالإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في مجال البحث عن المحروقات السائلة وتصديرها[1]، نطاق عمل الشركات المختلطة وكيفيات مشاركة الرأسمال الأجنبي الرأسمال العمومي في إنشاء شركة مشروع ذو رأسمال مشترك في إطار الشراكة أو الاقتصاد المختلط، على أن تكون نسبة مشاركة الرأسمال العام بالنسبة للشريك العام التابع للقطاع العام(شركة سوناطراك)51%على الأقل من الرأسمال الإجمالي لشركة المشروع المشترك، وكذا تحديد مهام كل طرف في العقد.

وما تجب الإشارة إليه أن الجزائر وبغرض النهوض بالاقتصاد الوطني واستغلال الموارد المادية والطبيعية التي تتوافر عليها لتحقيق أغراض التنمية الشاملة، انتهجت أسلوبا للتعاقد في إطار شركات الاقتصاد المختلط وفقا للتشريعات المتعلقة بالاستثمار وكيفيات إشراك الرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي مع الرأسمال العمومي لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع كبرى في قطاعات البنى التحية أو إدارة المرافق العامة الحيوية أو تقديم الخدمات العامة للجمهور، وهو ما أدى في فترة معينة إلى انتعاش في الاقتصاد الوطني خاصة في ظل تزايد الطلب العالمي على المحروقات.

غير أن هذا النوع من الشراكة مع القطاع الخاص لم يصبح قادرا على تحقيق الأهداف المسطرة والمصلحة العامة للدولة خاصة في ظل هيمنة الشركات الأجنبية المتخصصة وغياب القطاع الخاص الوطني في هذا المجال، فضلا على تخصيص الدولة لمبالغ ضخمة تم دفعها كتعويض لتلك الشركات عن النزاعات الناشئة بينهما، أو نتيجة استخدام الدولة لحق الشفعة مقابل تملك أصول الشركة المختلطة، وكذا غياب التنظيم القانوني الواضح والدقيق والمؤطر للشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يبرر

[1]الأمر 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971المتعلق بالإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج ر العدد30بتاريخ13أبريل1971.

ضبابية السياسة العامة للدولة المتعلقة بتجسيد مظاهر التعاون والشراكة مع القطاع الخاص لاسيما الأجنبي، وأفرز العديد من القضايا التي خسرتها الجزائر في نزاعاتها مع الشركات الأجنبية، هذا فضلا على تراجع أسعار البترول ورغبة الدولة البحث على مصادر جديدة لإنجاز وتمويل مشاريع عامة لتحقيق أغراض التنمية المستدامة بما يتناسب مع سياسة الدولة والإمكانيات والموارد المتاحة، وهو ما دفع الدولة إلى التخلي على النظام الاشتراكي وتبني سياسة الانفتاح الاقتصادي والنظام الرأسمالي وفق ما جاء في دستور 1989، الذي يكرس مبادئ: حرية المنافسة، الملكية الخاصة، الحرية الفردية وتشجيع الاستثمارات الخاصة واستقطاب الرأسمال الأجنبي والتبادل التجاري الحر.

وتبعا لذلك تم تبني سياسة الإصلاحات الشاملة(التشريعية، التنظيمية، الإدارية، الهيكلية، الاقتصادية، المالية...) لتجسيد ذلك، وهو ما أكد عليه المرسوم التشريعي رقم12/93المؤرخ في5 أكتوبر 1993المتعلق بترقية الاستثمار[1]، الذي ألغى الشركات المختلطة وفتح المجال أمام رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في دعم الاقتصاد الوطني وتنويعه ويوحي برغبة الدولة توفير المناخ الملائم للاستثمار لجذب الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية، وهو ما أبرز وجود جملة من التسهيلات والامتيازات والتخفيضات الضريبة بالنسبة للمستثمرين مقابل تمويل المشاريع العامة الاستثماراتية كمظهر حقيقي لانفتاح الاقتصاد الجزائري والتوجه نحو اقتصاد السوق[2]، غير أن الواقع العملي أثبت بأن حجم المشاريع التنموية المشتركة بين القطاعين العام والخاص كان محدودا ومقتصرا على بعض القطاعات كقطاع النقل، وقطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية المياه والطاقة والزراعة، خاصة ظل غياب التنظيم القانوني الدقيق لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أن أهم مظاهرها تبرز أكثر بالنسبة للاستثمارات الأجنبية التي يسيطر القطاع العام الجزائري على نسبة51%من الرأسمال المكون للمشروع المشترك في مقابل

[1]المرسوم التشريعي رقم12/93المؤرخ في5 أكتوبر 1993المتعلق بترقية الاستثمار المعدل، ج ر العدد64لسنة1993.

[2]لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار(دراسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، 2018، ص 13.

مساهمة القطاع الخاص بنسبة49%، الأمر الذي اعتبره الخبراء ورجال الاقتصاد بأنه من أهم عوامل عدم استقطاب الاستثمارات الأجنبية ورؤوس الأموال الأجنبية.

الفرع الثاني: أهم تعريفات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائري

الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يتناول بالدراسة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الحديث بالرغم من وجود العديد من التطبيقات العملية لاسيما عقود الشركات المختلطة، عقود البوت، عقود تفويضات المرافق العامة(كالامتياز والإيجار مثلا)، عقود الصفقات العمومية، التي مست كلها مثلا قطاعات الطاقة والمحروقات، المياه، البنى التحية، الاتصالات والنقل، التي تعتبر تجسيدا لمظاهر التعاون والمشاركة وفقا لأسلوب التعاقد بالشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة في قطاعات البنى التحية، أو إدارة وتسيير المرافق العامة الأساسية والحيوية، أو تقديم الخدمات العامة للجمهور، وتبعا ذلك تتدرج عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بصفة عامة في تنظيم ونطاق التشريعات الخاصة بالاستثمار، الأمر الذي يمكننا استخلاصه من أحكام قانون الاستثمار لسنة1993 المتعلقة بنطاق تطبيق إجراءات نصوصه على الاستثمارات الوطنية والأجنبية، والتأكيد على حرية الاستثمار مع مراعاة التشريعات والتنظيمات المعمول بها بخصوص الأنشطة المقننة، سواء ما تعلق بإجراءات إبرام وتنظيم وشروط التنفيذ أو ما تعلق بدور الشركاء في عقد الشراكة الاقتصادية، وكذا حق الشريك الخاص في الاستفادة من التسهيلات والحوافز والإعفاءات الممنوحة للاستثمارات المنجزة في الجزائر وفقا لما أقرته القوانين أو التنظيمات المنظمة لذلك[1]، كما تعتبر الشراكة وفقا لأحكام القانون90-10المؤرخ في14 أفريل1990المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم من متطلبات تكريس مبادئ الحرية الاقتصادية والاستثمار واقتصاد السوق وتعزيز دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي، وحرية الاستثمار بين القطاعين العام والخاص[2]، الذي تم تعديله بموجب الأمر

[1]المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد 64 لسنة 1993.

[2]القانون رقم 90 -10 المؤرخ في 14 ابريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد 16بتاريخ 18 ابريل 1990.

رقم03/11المؤرخ في26أوت2003[1]الذي سمح بإعادة النظر في تنظيم وسير القطاع البنكي خاصة فيما يتعلق بدور كل من بنك الجزائر ومجلس النقد والقرض، المعدل بموجب القانون رقم10/17المؤرخ في11اكتوبر2017المتعلق بالنقد والقرض[2].

وكقاعدة عامة تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من عقود الاستثمار الخاضعة لأحكام القانون رقم18/22المؤرخ في24يوليو2022يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، الذي ألغى أحكام الأمر رقم01-03المؤرخ في20اوت 2001المتعلق بتطوير الاستثمار[3]، حيث يتحدد نطاق عقود الاستثمار باقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل، أو المساهمة في رأسمال الشركة لاسيما ما تعلق بمشاريع الاستثمار التي تندرج في نطاق الشراكة بين القطاع العام وأحد المستثمرين، مع مراعاة التشريعات والتنظيمات لاسيما المتعلقة بحماية البعد البيئي، وممارسة الأنشطة والمهن المنظمة والمقننة تشمل ممارسة جميع الأنشطة الاقتصادية، وكذا التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار[4]، وهو ما أكده كذلك الأمر رقم03/01المتعلق بترقية الاستثمار الملغى كما قلنا سابقا[5]، وذلك بغرض تطوير الاستثمار بالجزائر والتوجه نحو إعطاء الحرية التامة والضمانات اللازمة والحماية الكاملة للاستثمارات التي يتم إنجازها في الجزائر.

وتبعا لذلك تناولت التشريعات الوطنية المنظمة للاستثمار بالدراسة مفهوم الاستثمار بصفة عامة، وهو ما قد يأخذ به لتحديد مدلول عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تعد وسيلة تنموية حقيقية تهدف إلى إشراك القطاع الخاص(المستثمر الوطني أو الأجنبي) للمشاركة في رأسمال شركة المشروع العام مع القطاع العام مهما كانت طبيعة

[1] الأمر رقم 03/11 المؤرخ في 26 أوت 2003

[2] القانون رقم10/17المؤرخ في11اكتوبر2017المتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد57 بتاريخ12اكتوبر2017.

[3] القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 50بتاريخ 28يوليو2022 المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد رقم46 بتاريخ3أوت2016، الذي ألغى أحكام الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20اوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر العدد4 بتاريخ22أوت2001.

[4] المواد2و3و4 من القانون قانون الاستثمار رقم09/16 المؤرخ في3اوت2016 بترقية الاستثمار

[5] القانون رقم 03/01 المؤرخ في20أوت2001، ج ر العدد4 سبتمبر 2001.

المساهمة أو حجمها، أو اقتناء أصول ضرورية لإنشاء واستحداث نشاطات جديدة كتجهيز المؤسسات أو المصانع أو وحدات الإنتاجية، أو يكلف بمهام خاصة بتوسيع كيانات اقتصادية قائمة أو إعادة تأهيلها وهيكلتها وتشغيلها وجعلها أكثر استجابة وقدرة على تلبية الحاجات العامة أو تقديم الخدمات الضرورية للجمهور تشغيلها، وفي المجال تكلف على وجه الخصوص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بتنظيم عقود الشراكة والتعاون بين القطاع العام التابع للدولة مع أحد الشركاء أو المستثمرين، يشمل كل المشاريع الاستثمارية التي يكون كل أو جزء من التمويل المالي الذي يأتي إما من الخارج و/ أو إعادة استثمار الشركات الأجنبية ذات رؤوس أموال أجنبية وفقا لأحكام القانون الجزائري، التي تندرج في إطار توسيع في مشاريعها بزيادة قدرات الإنتاج في نفس النشاط ونفس الموقع[1].

وتخضع كقاعدة عامة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تدخل في مفهوم عقود الاستثمار وفقا للقانون رقم18/22 يتعلق بالاستثمار، إلى عدة مبادئ حاكمة للعقود المبرمة من قبل الدولة أو لحسابها، ولعل من أهمها مبادئ: التعهد والالتزام، والاستمرارية، المساواة، الشفافية، وإشراك الفواعل الأساسية في تفعيل آليات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حرية المنافسة، المساءلة والنجاعة، توزيع واقتسام المخاطر، مع ضرورة إصلاح المنظومة القانونية والمؤسساتية والإدارية بما يتناسب مع الطبيعة الخاصة للشراكة[2].

ومن التشريعات الداخلية التي أشارت إلى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص القانون رقم10/02المؤرخ في05فبراير2002المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الذي يهدف إلى إشراك القطاع الخاص في تقديم

[1] المواد من5إلى33من القانون رقم 18/22 المؤرخ في 18المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16 المؤرخ في3اوت2016 بترقية الاستثمار.

[2] المادة03من القانون رقم 18/22 المؤرخ في 18المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16 المؤرخ في3اوت2016 بترقية الاستثمار؛ منقور قويدر .بالجيلالي نور الهدى، إصلاح القطاع العام الاقتصادي كآلية لتحقيق أغراض التنمية الاقتصادية والحد من الفساد، ملتقى وطني حول رهانات التنويع الاقتصادي في ظل البحث عن نموذج اقتصادي جديد في الجزائر، يومي15و16أفريل2020، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، وعلوم التسيير، جامعة تيارت، ص.8-11.

الخدمات العامة للجمهور، حيث أجازت المادة الثانية للدولة أن تعهد إلى أحد المتعاملين لاستغلال شبكة توزيع الكهرباء والغاز وتطويرها في إقليم محدّد، وذلك بغرض بيع الكهرباء والغاز الموزع عن طريق تلك القنوات[1]، كما أضافت المادة السابعة الخاصة بإنجاز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و استغلالها، ويتعلق الأمر بكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام الحائز على رخصة الاستغلال[2].

ومن ذلك أيضا ما ورد في أحكام القانون رقم12/05المؤرخ في04أوت2005المتعلّق بالمياه، الذي تبنى أسلوب التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتجهيز وتسيير قطاع الموارد المائية وتقديم الخدمات العامة الضرورية للجمهور في مجال المياه، حيث يمكن إدارة وتسيير الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية من قبل أشخاص معنوية عامة أو خاصة بناء على اتفاق شراكة في إطار عقد امتياز استغلال الموارد المائية، وتبعا لذلك يلزم على الشريك المتعاقد القيام بعمليات إنجاز الحفر من أجل استخراج الماء في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد الموجه للاستعمالات الفلاحية أو الصناعية لاسيما في المناطق الصحراوية، إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة وجعلها قابلة للاستعمال تطبيقا لنص المادة76[3].

كما يكلف الشريك المتعاقد بإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية والربط اعتمادا على أنظمة توصيل المياه قصد ضمان تمويل المناطق والوحدات الصناعية، إلى جانب القيان بتهيئة التنقيب عن المياه المعدية الطبيعية ومياه المنبع أو المياه العائدة الجوفية الأصل، التي كانت موضوع إجراء اعتراف بالنوعية للاستغلال التجاري الموجه للاستهلاك، أو تهيئة التنقيب أو الحفر عن مياه الحمامات موضوع إجراء الاعتراف بخصوصيتها العلاجية لاستغلالها لأغراض استشفائية، كما يدخل في نطاق ذلك إقامة هياكل وتنفيذ العمليات الخاصة على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات قصد تطوير تربية

[1] المادة الثانية من القانون رقم02-01المؤرخ في5 فبراير2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر العدد8 بتاريخ في6 فبراير2002، ص 5-7.

[2] المادة السابعة من القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فبراير2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

[3] المادة76من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005المتعلق بالمياه ج ر العدد 60 لعام2005، ص.3.

المائيات والصيد القاري فيها أو النشاطات الرياضية والترفيه العلاجي، إلى جانب إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[1]، وتبعا لذلك يمكن القول أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد وسيلة حقيقية لتجسيد مظاهر التعاون والمساهمة المشتركة لإنجاز وتمويل وتسيير المرافق العامة أو الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية وبغرض إشباع الحاجات العامة للجمهور في مجال المياه، التي يكون فيها الشريك المتعاقد مسؤولا على إنجاز أو صيانة أو تجهيز أو هيكلة المشروع العام أو المرفق العام محل التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإدارة وتسيير واستغلال الموارد المائية العمومية في إطار امتياز الاستغلال الذي يندرج في نطاق تفويضات المرفق العام، وذلك طيلة مدة العقد في مقابل مالي متفق عليه أثناء التعاقد.[2]

وفي هذا المجال كذلك أضاف القانون رقم08-14المؤرّخ في20يوليو2008المتضمّن قانون الأملاك الوطنية، الذي أشار بطريقة غير مباشرة إلى مساهمة الأشخاص العامة أو الخاصة في تسيير واستغلال الأملاك الوطنية العمومية التي تخول للجماعة العمومية صاحبة الملك العمومي، الحق في استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي التي يكلف فيها الشريك القيام بإنجاز وتمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية بغرض تقديم خدمة عمومية لمدة معدنة، على أن تعود المنشأة إلى الشريك العام صاحب المشروع(السلطة المتعاقدة صاحبة الحق) بعد نهاية الانجاز أو التجهيز أو استغلال الملك العمومي بنهاية مدة العقد وتسليم المرفق العام، على أنه في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض الخدمة العمومية يحصل الشريك في عقد الامتياز لتغطية تكاليف الاستثمار والتسيير والربح على تعويض في شكل أتاوى من المنتفعين من مستعملي المنشأة والخدمة في صورة رسوم وفقا

[1]المادة77من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005المتعلق بالمياه.

[2]شايب باشا كريمة ومسكر سهام، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02 ، 2019، ص 1619.

لأحكام المادة 64مكرر من القانون رقم08-14المؤرخ في20يوليو2008المتضمّن قانون الأملاك الوطنية[1].

وبالنظر إلى تعدد وتنوع مجالات مشاركة القطاع الخاص في انجاز وتمويل وتسيير وتنفيذ المشاريع الاستثمارية التابعة للدولة لاسيما في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة الحيوية والأساسية، وتقديم الخدمات العامة للجمهور، كان للتشريعات المنظمة للاستثمار لاسيما القانون رقم18/22المؤرخ في24يوليو2022يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، دور هام في وضع الأطر القانونية والتنظيمية لعقود الدولة في مجال الاستثمارات الوطنية أو الأجنبية، التي يكون محلها المساهمة في إدارة وتسيير وتمويل الأنشطة الاقتصادية والمرافق العامة وتقديم الخدمات العامة، أو ما تعلق بإنتاج السلع والخدمات، حيث يتحدد نطاق تلك الاستثمارات اقتناء أصول استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل، وتمتد كذلك إلى المساهمة في رأسمال شركة المشروع العام مع مراعاة القواعد أو الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، هذا فضلا على خضوع عمليات إنجاز تلك الاستثمارات إلى المبادئ العامة الحاكمة للعقود المبرمة من الدولة أو لحسابها لاسيما ما تعلق بالمزايا الخاصة باستثمارات الإنشاء والتوسيع وإعادة التأهيل المنتجة للسلع والخدمات، وذلك في ظل منح الشريك الخاص(المستثمر) الضمانات الحقيقية والامتيازات والمساعدات والدعم الكافي لضمان تنفيذ مشاريع الاستثمار واستهداف تحقيق نتائج أكثر فاعلية، كالتسهيلات الجمركية والإعفاءات الضريبية والجبائية من قبل الدولة للمستثمر الوطني أو الأجنبي، وذلك قصد تشجيع وتطوير الاستثمار والنهوض بالاقتصاد الوطني[2].

ومن ناحية ثانية، الملاحظ على التشريعات المنظمة للاستثمار لاسيما القانون رقم 18/22 المؤرخ 18المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، أنه ضبط آليات تسوية

[1] المادة64مكرر من القانون رقم08-14المؤرّخ في20يوليو2008المتضمّن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، العدد44، الصادر في3أغشت2008، ص15.

[2] المواد1إلى23 و24إلى33من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

منازعات الاستثمار بين الدولة وشركائها، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق والجهات القضائية أو العامة المختصة للنظر والفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار في إطار الشراكة بين الدولة وأحد المستثمرين وفقا لنص المادة12[1]، وهو ما أشارت إليه كذلك أحكام القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 السالف الذكر[2]، المتعلقة أساسا بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، وجواز تسويتها بالتحكيم وفقا لنص المادة 1006المعدل والمتمم[3]، وهو ما ينطبق دون شك على العقود المبرمة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تندرج في نطاق عقود الاستثمارات الدولية في ظل غياب نص صريح ينظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الجديد لاسيما ذات الطابع الدولي الذي يبرم بين الدولة أو لحسابها مع الشريك الأجنبي(المستثمر)، التي يكون محلها إنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة الحيوية والأساسية، أو تقديم الخدمات العامة الموجهة للجمهور، والتي يكلف فيها الشريك في شركة المشروع بإنشاء أو اقتناء أصول لاستحداث نشاطات جديدة اقتصادية، أو توسيع أو إعادة التأهيل لإنتاج السلع والخدمات، أو المساهمة في رأسمال شركة المشروع كما قلنا سابقا[4].

ومن ذلك أيضا ما جاء في أحكام القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات النافذ[5]، الذي حدد نطاق عقود المحروقات التي تبرم بين

---

[1]المادة 12 القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

[2]القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 يعدل ويتمم القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد48 بتاريخ17يوليو2022.

[3]المادة1006من القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 يعدل ويتمم القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]المادة02من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

[5]القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات، ج ر العدد79 بتاريخ22ديسمبر2019.

المؤسسة الوطنية(شركة سوناطراك) مع شريك في العقد أو أكثر بعقود المشاركة، عقد تقاسم الإنتاج، عقود الخدمات ذات المخاطر[1]، وينظم عقود المشاركة بين الأطراف المتعاقدة كيفيات ممارسة نشاطات البحث داخل الرقعة، ونشاطات الاستغلال في حالة اكتشاف مكمن أو أكثر قابلة للاستغلال تجاريا، وتتحمل فيها الأطراف المتعاقدة على وجه الخصوص التزامات التمويل خلال فترة البحث والاستغلال[2]، كما تكلف الأطراف المتعاقدة بتمويل عمليات المنبع بحسب نسبة مشاركة كل طرف في عقد المشاركة[3]، كما تنظم عقود الخدمات ذات المخاطر بين الأطراف المتعاقدة، كيفيات ممارسة نشاطات الاستغلال داخل الرقعة، وكذا تحديد آليات اقتسام المداخيل المحصلة عن هذا العقد بين طرفيه[4]، على أن يضمن الشريك الأجنبي تمويل عمليات المنبع وفق ما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد[5].

مع العلم أن الأمر رقم22/71المؤرخ في 12أبريل1971الذي يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله[6]، قانون ينظم قطاع المحروقات بصفة مستقلة، الذي يهدف إلى تكريس التعاون والشراكة المتبادلة بين القطاعين العام والخاص لتسيير نشاطات في قطاع المحروقات، حيث تنص المادة الأولى على أنه لا يمكن لشخص طبيعي أو معنوي الأجنبي يرغب في ممارسة نشاطات في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله في الجزائر، إلا بالاشتراك مع الشركة الوطنية سوناطراك، ولا يمكن ممارسة هذه النشاطات إلا في القطعة الأرضية التي تشملها سندات منجمية مخصصة للشركة الوطنية سوناطراك[7]، وتكون المشاركة في شكل

[1]المادة76من القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات.

[2]المادتين77و78 من القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات.

[3]المادة81من القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات.

[4]المادة86من القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات

[5]المادة87من القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات

[6]الأمر رقم 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971 الذي يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج ر العدد30 بتاريخ13أبريل1971

[7]المادة الأولى من الأمر رقم 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971 الذي يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله.

شركة تجارية أو مساهمة(3)، التي تحوز فيها الشركة الوطنية51%من رأسمال الشركة، مع التزام الشركاء القيام بالاستثمارات اللازمة للمحافظة على طاقة احتياطات الوقود[1].

ومن ذلك أيضا في مجال عقود تفويضات المرفق العام التي تستند على عدة مبادئ أهمها مبدأ اقتسام المخاطر، حيث نصت المادة210المرسوم الرئاسي رقم15-247المؤرخ في16سبتمبر2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي تم إلغاء الأحكام الخاصة بتنظيم الصفقات العمومية دون تفويضات المرفق العام بالقانون رقم23-12المؤرخ في 05أوت2023المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية[2]، على أن يأخذ تفويض المرفق العام بحسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الايجار أو الوكالة المحفزة أو عقود التسيير، التي تخول بموجبها السلطة المفوضة للمفوض إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، أو الاكتفاء باستغلال المرفق العام تحت مسؤوليته، كما يتحمل المفوض له تكاليف الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه[3]، الأمر الذي نظمه بصورة تفصيلية وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم199/18المؤرخ في2أوت2018بشأن تفويض المرفق العام[4].

ويدرج تفويض المرفق العام قد نطاق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في الحالة يكلف فيها الشريك الخاص(المفوض له) بإنجاز وتمويل وتجهيز وبناء واستغلال منشآت لإقامة وتنفيذ وتشغيل المشروع أو المرفق العام محل التعاقد بتفويض المرفق العام، واستغلال ذلك المرفق لمدة محددة في مقابل مالي يستحق من الرسوم على الخدمات التي يقدمها المرفق العام، مع احتفاظ السلطة المفوضة بملكيته وأصوله.

---

[1] المادة03 من الأمر رقم 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971 السالف الذكر

[2] القانون رقم23-12 المؤرخ في 05أوت2023المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر، العدد51، 06 أوت2023

[3] المادة210المرسوم الرئاسي15-247المؤرخ في16سبتمبر2015الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، ج ر العدد50بتاريخ20ديسمبر2015

[4] المرسوم التنفيذي رقم199/18المؤرخ في2أوت2018 بشأن تفويض المرفق العام، ج ر العدد48بتاريخ05أوت2018.

ومن أيضا ما أشار إليه المرسوم التّنفيذي96-308المؤرخ في18سبتمبر1996يتعلق بمنح امتيازات الطّرق السريعة، التي يلزم فيها الشريك المتعاقد القيام بإنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها و/ أو توسيعها وفق ما يتضمنه دفتر الشروط النموذجي، وكذا القيام بكل الدراسات والإجراءات والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بهذا الامتياز وضمان التمويل لكل عمليات انجاز وتجهيز وتسيير المشروع أو المرفق العام[1]، والمرسوم التنفيذي رقم11-220المؤرخ في12يونيو2011يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة على المدة المحددة التي يلزم فيها الشريك المتعاقد بتمويل لإقامة الهياكل الأساسية لتسيير واستغلال المرفق العام مع دفع إتاوة مقابل استعمال الأملاك العمومية[2]، على أن تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العامة والوعاءات المخصصة لها بعد انتهاء مدة العقد وعدم التجديد[3].

كما أجاز القانون رقم05/2000المؤرخ في6ديسمبر2000المعدل والمتمم للقانون رقم06/98المؤرخ في27 يونيو1998الذي يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالطيران المدني، للأشخاص الطبيعية من جنسية جزائرية أو الأشخاص العامة الخاضعة للقانون الجزائري إنجاز و/أو استغلال وتشغيل المحطات الجوية وفقا لنص المادة الثامنة[4]، وأكدته المادة الثالثة بإمكانية الأشخاص السابقة الذكر دون غيرها إنجاز و/أو استغلال محطة جوية أو

[1] المواد1و2و4من المرسوم التنفيذي96-308المؤرخ في18سبتمبر1996يتعلق بمنح امتيازات الطّرق السريعة، ج ر العدد55بتاريخ25سبتمبر1996

[2] المواد2و5و14من المرسوم التنفيذي رقم11-220المؤرخ في12يونيو2011، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، ج ر العدد34بتاريخ19يونيو2011، ص 8.

[3] المادة10من المرسوم التنفيذي رقم11-220 السالف الذكر

[4] المادة 8 من القانون رقم 05/2000المؤرخ في6ديسمبر2000المعدل والمتمم للقانون رقم06/98المؤرخ في27يونيو1998الذي يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالطيران المدني، ج ر العدد75بتاريخ10ديسمبر2000، ص.4 .

مطار أو محطة طوافات مفتوحة للملاحة الجوية العمومية[1]، وكذا بناء المحطات الجوية ومحطات الطوافات الموجهة للاستعمال الخاص تطبيقا لنص المادة الرابعة بعد تعديلها[2].

المطلب الثاني: أهم تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائري

على الرغم من أهمية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تجسيد مظاهر التعاون والمشاركة في إنجاز وتنفيذ المشاريع الاستثمارية لاسيما في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة وتقديم الخدمات العامة للجمهور، إلى أن النتائج المحققة من انتهاجها في الجزائر كانت غير فعالة، وذلك بالنظر إلى التجربة التنموية الفتية للجزائر وعدم استقرار السياسة العامة حول رؤية واضحة المعالم، بما يبرر اتجاه الدولة إلى الاستعانة بمختلف صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي كانت في الغالب تقوم على أساس احتكار الدولة مسؤولية إنجاز وتمويل وتنفيذ المشاريع العامة المشتركة في إطار الشراكة مع الشركاء أو المستثمرين، وهو ما يوحي بنقص تطبيقات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الحديث خاصة في ظل التنظيم القانوني المؤطر لهذا النوع من العقود، هذا فضلا على احتكار القطاع العمومي مسؤولية إدارة وإنجاز وتمويل المشاريع العامة لحساب الدولة وغياب الدور الحقيقي للقطاع الخاص في هذا المجال أو عدم رغبته للاستثمار في قطاعات البنى التحية.

وما تجب الإشارة إليه أنه غياب التنظيم القانوني الصريح لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الحديث، إلا أن الواقع العملي أثبت وجود العديد من تطبيقاتها في قطاعات البنية التحية والمرافق العامة وتقديم الخدمات العامة الموجهة للجمهور، وتبعا لذلك سيتم التركيز فقط على تطبيقات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قطاع المياه(الفرع الأول)، وتطبيقاتها في قطاع المحروقات(الفرع الثاني)، وكذا تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص المتعلقة بالبناء والتشغيل ونقل الملكية(الفرع الثالث).

[1] المادة 3من القانون رقم 05/2000 السالف الذكر

[2] المادة 4 من القانون رقم 05/2000 السالف الذكر.

الفرع الأول: تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في قطاع المياه

تهدف الدولة من خلال انتهاج أسلوب التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تندرج في سياسة الإصلاحات الشاملة للدولة بغرض إنجاز وتنفيذ مشاريع عامة مشتركة لاسيما في قطاعات البنى التحية أو تسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة في قطاع الموارد المائية، واستهداف تطوير الهياكل القاعدية لقطاع المياه وعصرنة الموارد المائية وتكييفها مع العرض والطلب وجودة الخدمات المقدمة خاصة في ظل عدم القطاع العام وحده على إدارة وتسيير المرافق العامة وضمان استمرارية تقديم الخدمات لاسيما تزويد الجمهور بالمياه الصالحة للشرب، وفي هذا المجال طورت الجزائر نموذجًا فعالًا للغاية للشراكة بين القطاعين العام والخاص للمرافق في مجال المياه مثلما هو الأمر بالنسبة للشراكة بين القطاعين العام والخاص الخاصة بتحلية مياه البحر، وهو ما أبرز وجود العديد عطاءات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قطاع تحلية المياه مياه البحر في الجزائر المقدمة من قبل المستثمرين بدء من سنة2003، ومن تطبيقات ذلك إنشاء شراكة نموذجية بين القطاعين العام والخاص لإدارة وتسيير بعض المرافق العامة لتلبية الطلب العام المياه، عقد إدارة المياه لمدينة الجزائر في1مارس2006 لمدة 5.5 سنوات بين Suez Environnement و SEAAL، Société des Eaux et de الجزائر (شركة وطنية جزائرية) التي اتخذت شركة مساهمة عامة يمتلك فيها المكتب الجزائري للصرف الصحي(ADE) نسبة70٪ ومساهمة بنسبة30٪ للمكتب الوطني للصرف الصحي، على أن تكلف شركة SEAAL الرئيسية إنتاج وتزويد ولايتي الجزائر وتوزيع وتزويد بمياه الصالحة للشرب، وجمع مياه الصرف الصحي ومعالجتها[1].

إلى جانب ذلك تقوم شركة SEAAL بتأمين الإنتاج والنقل وإدارة الموارد على المدى الطويل، وكذا معالجة المياه من المصدر إلى محطات المعالجة بغض النظر على مصدرها، والقيام بأعمال المعالجة والتوزيع، مع الحرص على اتخاذ كل التدابير الضرورية للمحافظة على الصحة العامة للأفراد[2]، ذلك بأن الجزائر من خلال عقد الشراكة تهدف إلى تطوير

[1] http://www.ona.dz.org/article/la gestion-délègue.html14.00على الساعة2020/05/11 تاريخ الزيارة

[2] www.seaal.dz ,14.30 على الساعة2020/05/11 تاريخ الزيارة

قطاع المياه وتلبية متطلبات واحتياجات المواطنين من المياه الصالحة للشرب، واستخدام الوسائل التقنية والتكنولوجية الحديثة لتحسين الأداء الوظيفي والإنتاجي والخدماتي لقطاع الموارد المائية، والحرص كذلك على تكوين يد عاملة متخصصة ومؤهلة في المجال من خلال الاستفادة من التكنولوجيا والخبرة والكفاءة وجودة الخدمات التي يتوافر عليها الشريك الأجنبي(SEAAL)، إلى جانب استهداف وتجسيد الأهداف الحقيقية المراد الوصول إليها من وراء التعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تدخل في نطاق الرؤية الاستشرافية المشتركة للشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتكلف كل من شركة SEAAL و Suez Environnement في إطار التعاون المشترك بينهما وبالشراكة مع القطاع العام لتحديث خدمات المياه والصرف الصحي بالجزائر وكذا تحلية مياه البحر حتى نهاية عام2015، ذلك بأن الواقع العملي يثبت وجود إحدى عشرة مشروعًا لتحلية مياه البحر في شكل Boos، ومحطتين لتوليد الطاقة تعمل بالكهرباء بواسطة شركة الطاقة الجزائرية (AEC)شركة مشروع سكيكدة التابعة للقطاع العام، كما يستهدف برنامج حكومي آخر في إطار الشراكة مع القطاع الخاص لمشروع عام مشترك لإنجاز محطة تحلية كبيرة على طول الساحل الجزائري البالغ طوله 1300 كيلومتر عام 2020، تشمل أعمال التصميم والبناء والتمويل والتحكم وتشغيل محطة تحلية مياه البحر بالجزائر[1].

ومن ذلك أيضا الشراكة بين القطاع العام ممثلا بشركةSEORلتسيير وإدارة قطاع المياه مع الشركة الأجنبية AGBAR ممثلة للشريك الخاص الاسباني، ليتم إنشاء شركة مشتركة SPA–SEOR مهمتها الإشراف على تسيير خدمات للمياه بالتعاون مع شركة SEOR الشركة العمومية التجارية المنشأة في1أبريل 2008 المشتركة بين الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير الممثلة للقطاع العام الجزائري[2] ، وتهدف شركةSEOR إلى تحقيق الأغراض الاستراتيجية على المدى المتوسط والطويل في مجالات التزود بالمياه الصالحة للشرب وتطهيرها وتقديم الخدمات المستمرة من المياه للزبائن، والعمل على تحديث الإدارة

[1]سيهوب سليم، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مجال المياه والتطهير، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد2، 2017، ص.238.

[2]http://www.seor.dz/Seor,http://www.seor.dzSOURCE:Seor,http://www.seor.dz/index.php?option=com_content&view=article&id=69&Itemid=131,2020/11/10تاريخ الزيارة

المالية ووسائل الإدارة والتسيير في مجالاتها المحددة، وتكوين اليد العاملة المتخصصة المؤهلة في هذا المجال، إلى جانب التكفل بنشاطات تسيير وعمليات إنتاج المياه الصالحة للشرب وتوفير المياه الصناعية ونقلها ومعالجتها وتخزينها وتوزيعها والتزويد بها، والعمل على تطوير وتحديث الهياكل القاعدية والمنشآت التابعة لها وتطويرها أداءها الوظيفي والإنتاجي والخدماتي في الجزائر[1].

وفي هذا المجال تعتبر الشراكة بين شركة SEOR ممثلا القطاع العام والشركة الاسبانية AGBAR من أهم الشركات المشتركة في مجال إدارة قطاع الموارد المائية وتسييرها، لتوفير الخدمات العمومية للمياه الصالحة للشرب وخدمات التطهير لولاية وهران، ويقع على الشركة المشتركة مسؤولية إدارة وتسيير وتوفير المياه لتلبية احتياجات الجمهور من المياه بصورة مستمرة، والعمل على ضمان التطهير من خلال توظيف كل الإمكانيات والكفاءات والخبرات في تسيير وإدارة الأنشطة بقطاع المياه، وهو ما يجعل الشراكة المشتركة بين الشريكين الجزائري والإسباني شراكة إدارة مشروع عام أو مرفق عام، التي بموجبها يتولى الشريك الخاص الاسباني القيام بالأعمال الضرورية لتحسين إدارة الخدمة العمومية في مجالات تسيير المياه الصالحة للشرب والتطهير خلال مدة خمس سنوات ونصف[2]، ذلك بأن عقد الشراكة في هذه الحالة يتحدد نطاقه بمرحلتين أساسيتين تركز المرحلة الأولى لاكتساب الخبرة والمعارف وتحديد جميع نشاطات الفروع طيلة مدة ستة أشهر، على أنه يتم في المرحلة الثانية تجسيد وتنفيذ خطة العمل المعتمدة خلال المرحلة الأولى طيلة مدة خمس سنوات، وتبعا لذلك تهدف هذه الشراكة إلى توفير المياه الصالحة للشرب بصورة دائمة ومستمرة للأفراد [3].

---

[1] حجاج عبد الحكيم و بوقموم محمد، التجربة الجزائرية في إدارة الخدمة العامة للمياه(دراسة تحليلية للشراكة بين القطاعين العام والخاص)، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الوادي، المجلد11، العدد2 ، 2018، ص.122.

[2] https://www.seor.dz15.00تاريخ الزيارة2020/05/11على الساعة

[3] سنوسي بن عومر، فعالية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر(تقييم الشراكة قطاع عام وخاص)، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم التجارية وعلوم التسيير والعلوم الاقتصادية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 154 وما بعدها

وتبعا لذلك تعتبر الشراكة الجزائرية الإسبانية في قطاع المياه بولاية وهران من التطبيقات الناجحة للشراكة في إنجاز وتنفيذ وتسيير قطاعات البنى التحية للمياه، وتحسين الأداء الوظيفي والإنتاجي والخدماتي واكتساب الخبرة والكفاءة في تسيير قطاع المياه، والاعتماد على الوسائل التقنية والفنية والتكنولوجية المتطورة في مجال إدارة وتسيير قطاع الوارد المائية، فضلا على دورها في خلف مناخ للاستثمار وفرص للعمل وتطوير المؤسسات العمومية التي تعمل في مجال الموارد المائية واستهداف تحقيق وتقديم الخدمات أكثر جودة ونوعية؛ ومن ناحية ثانية، تقوم الشركة المشتركة بإشباع الحاجات العامة للجمهور من المياه الصالحة للشرب تشمل تمديد مصلحة التزويد بمياه الشرب بشكل دائم، والتقسيم القطاعي لشبكات التوزيع وتصميم مخطط منظم لمعرفة التسريبات، وكذا تصميم مخطط استبدال العدادات·وصيانة التجهيزات وتوسيع شبكات التزويد بالمياه الصالحة للشرب ومراقبتها وتسييرها عن بعد، والعمل على تصفية وصيانة وإعادة هيكلة شبكة الصرف الصحي لولاية وهران[1].

إلى جانب ذلك تكلف الشركة المشتركة بإنجاز المخطط الرئيسي لشبكة الصرف الصحي، وصيانة التجهيزات الميكانيكية وتخطيط لنشاطات التصفية ومعالجة المواد المتبقية واستغلال محطات تصفية الصرف الصحي، كما تقوم بإنشاء برمجيات جديدة لخدمة الزبائن وتحديث خدمات الفواتير وتغطية الديون وتخفيضها، وتطوير تسيير المحاسبة وحجم المبيعات وتحسين خدمات التواصل والاتصال يتكفل بها مركز الاستقبالات الهاتفية، وتهدف كذلك الشراكة الجزائرية الإسبانية إلى تقليص تكلفة انجاز بناء المنشآت الخاصة بالأنظمة المعلوماتية[2].

الفرع الثاني : تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في قطاع المحروقات

إن انتهاج الدولة الجزائرية للعديد من الإصلاحات الشاملة للنهوض بالاقتصاد الوطني وتحقيق أغراض التنمية المستدامة، من خلال التوجه والتركيز والانفتاح على الاستثمارات

[1] سنوسي بن عومر، المرجع نفسه، ص 155

[2] سنوسي بن عومر، المرجع نفسه، ص.ص 155

الوطنية والأجنبية في إطار الشراكة بمختلف صورها لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع في قطاعات البنى التحية والمرافق العامة وتقديم الخدمات العامة، وهو ما يبرر انتهاج وجود العديد من الإصلاحات التشريعية والمالية والاقتصادية والسياسية لخلق مناخ ملاءم للاستثمار والثورة وفرص للعمل، وخلق سوق وطني تنافسي، والانتقال من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق والانفتاح على الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مع التركيز على التحفيزات والتسهيلات والامتيازات والإعفاءات الضريبية والجمركية لجذب الاستثمارات الأجنبية والوطنية، غبر أن الواقع العملي أفرز نتائج متباينة في مجال الاستثمار بالجزائر.

وفي هذا المجال يعتبر الاستثمار في قطاع المحروقات من أهم مجالات تجسيد مظاهر الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي من شأنها المساهمة في بناء وتحفيز الاقتصاد الوطني والتنمية الاقتصادية[1]، التي تم اعتبارها من أولويات الاقتصاد الوطني بدء من صدور أول قانون للاستثمار رقم 63-277المؤرخ في26جويلية1963 والتشريعات المكملة والمتممة له، وتجسيدا لذلك تم إنشاء شركة سوناطراك كشركة وطنية ممثلة للدولة الجزائرية في مجال المحروقات في 31 ديسمبر 1963[2]، وهو ما أفرز وجود العديد من عقود الشراكة بين الشركة الوطنية(سوناطراك) والشركات الأجنبية لإنجاز وتمويل وتنفيذ وتسيير مشاريع عامة مشتركة في مجال المحروقات، وذلك في إطار الشراكة في رأسمال الشركة المشتركة برأسمال مختلط مع الرأسمال الأجنبي والوطني لتمويل وانجاز مشاريع حيوية في قطاع المحروقات.

ويهدف القانون رقم 82-11 المتعلق بالاستثمار إلى تحديد مجالات عقود الشراكة بين شركة سوناطراك وأحد الشركاء، المرتبطة أساسا بتقديم خدمات منبع المحروقات الخاصة بأشغال الاستكشاف والحفر(النشاط الخلفي)، أو ما تعلق بخدمات الهندسة وخدمات النقل البحري(نشاط نقل المحروقات)، مع وجود شركة سوناطراك في وضعية احتكارية للنشاط وتوزيع المنتجات البترولية في السوق الوطنية من طرف شركة نفطال (NAFTAL) التابعة

[1]شريف بوقصبة، انعكاسات تحليلية للتسيير البيئة الخارجية الدولية على التسيير الاستراتيجي للمؤسسة الاقتصادية في ظل العولمة دراسة حالة: شركة سوناطراك الجزائر، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2016، ص 144.

[2]القانون رقم63 -277المؤرخ في26يوليو1963المتضمن قانون الاستثمار، ج ر، العدد53 ، 02 أوت 1963 .

لها، وتضاف لها خدمات الإنجاز والبناء للمنشآت وهياكل البنى التحية في قطاع المحروقات، وحق شركة سوناطراك في إشراك الشركاء للقيام بالأنشطة أو العمليات المرتبطة أساسا بعمليات التنقيب، الإنتاج، النقل عبر الأنابيب، التمييع وفصل غاز البترول السائل والتسويق، وهو ما يعد تجسيدا حقيقيا للشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتنفيذ وتمويل وتسيير الأنشطة والخدمات في قطاع المحروقات وفتح المجال للاستثمارات الأجنبية والوطنية[1].

وتطبيقا لذلك صدر القانون رقم 86-14 المؤرخ في19أوت1986 يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات، واستغلالها ونقلها بالأنابيب، الذي حدد الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في قطاع المحروقات، وشروط مشاركة واستفادة الشريك الوطني أو الأجنبي والحصول على جزء من إنتاج الحقل المكتشف نتيجة القيام بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها، على أن لا تزيد نسبة مساهمته في الرأسمال المكون للشركة المشتركة على49%، مع تحمله المخاطر الناجمة عن الانجاز والتنفيذ الخاصة ممارسة بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات وفقا ما تم الاتفاق عليه، الأمر الذي نصت عليه المادتين20 و21من القانون رقم 86-14يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات، واستغلالها ونقلها بالأنابيب[2]، المعدل والمتمم بموجب القانون91-21المؤرخ في04 ديسمبر 1991يعدل ويتمم القانون رقم14/86المؤرخ في9أوت1986المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب[3]، الذي نظم مجال الشراكة مع الأشخاص المعنوية الأجنبية بالنسبة للآبار الموجودة غير المستعملة أو غير المستغلة للقيام بنشاطات وعمليات البحث والتنقيب والمساهمة في إنجاز وتمويل مشاريع وعمليات البحث والتنقيب عن البترول على ألا تتعدى مساهمة الشريك الأجنبي في رأسمال الشركة المشتركة49% من الرأسمال الإجمالي، وجلب التكنولوجيا المتطورة واستخدام وسائل وتقنيات

[1] المادتين22و23 من القانون رقم 82 -13 المؤرخ في 28 أوت 1982 يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر، العدد 35 بتاريخ31 اوت 1982، المعدل بموجب القانون رقم 86-14 المؤرخ في19أوت1986 يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر العدد35 بتاريخ27أوت1986.

[2] المادتين20و21من القانون رقم86-14المؤرخ في المعدل والمتمم المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب

[3] القانون91-21المؤرخ في04 ديسمبر 1991يعدل ويتمم القانون رقم14/86المؤرخ في9أوت1986المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر العدد63بتاريخ7ديسمبر 1991.

حديثة ومتطورة بتكاليف أقل، وكذا تحديد نسبة الأرباح الخاصة بالشركاء في عقد الشراكة تشمل الأرباح وحق الحصول على جزء من الإنتاج بحسب مساهمته في المشروع المشترك[1].

كما أكد هذا القانون على مسألة مهمة متعلقة أساسا بتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود التي يعود اختصاص الفصل فيها إلى الجهات القضائية الجزائرية، كما يمكن تسويتها في عن طريق المصالحة والتحكيم الدولي وفق ما نصت عليه المادة12من هذا القانون[2]، بخلاف القانون رقم14/86المؤرخ في9أوت1986المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، الذي يوجب على الأطراف المتعاقدة ضرورة اللجوء للمحاكم الجزائرية لتسوية خلافاتهم، ومن ذلك أيضا ما أكد عليه القانون رقم07/05المؤرخ في2005/07/28المتعلق بالمحروقات المعدل[3]، الذي أكد على إشراك الاستثمارات الأجنبية والوطنية في إدارة والاستثمار وتسيير مشاريع عامة مشتركة في قطاع المحروقات، تشمل على وجه الخصوص القيام بمختلف الأنشطة والأعمال وعمليات البحث والتنقيب وإنتاج ونقل المحروقات عبر الأنابيب وكذا تسويقها جانب التسويق[4]، ذلك بأنه بالنسبة لعقود البحث والاستغلال التي لا تكون فيها شركة سوناطراك(الشريك العام) كطرف متعاقد، التي يكون لديها خيار المشاركة في الاستغلال بنسبة قد تصل إلى30٪ولا تقل عن20٪من الاستغلال الإجمالي، على أن تعوض شركة سوناطراك الشريك المتعاقد صاحب الاكتشاف بحسب مقدار نسبة مشاركتها كل تكاليف بئر الاكتشاف وكذا تكاليف أشغال تقدير هذا الاكتشاف مع الموافقة المسبقة من الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات(النفط) عليها[5].

والأمر 06-10المؤرخ في29يوليو 2006المعدل والمتمم للقانون رقم07/05المؤرخ في2005/07/28المتعلق بالمحروقات[6]، بأنه يقع على شركة سوناطراك مسؤولية تحمل

---

[1]المواد1إلى11من القانون رقم91-21المؤرخ في 04 ديسمبر 1991 السالف الذكر.

[2]المادة12من القانون رقم91-21المؤرخ في 04 ديسمبر 1991 السالف الذكر.

[3]القانون 05-07 المؤرخ في 2005/07/28المتعلق بالمحروقات المعدل والمتمم.

[4]القانون 05-07 المؤرخ في 2005/07/28المتعلق بالمحروقات المعدل، ج ر العدد 50، بتاريخ 19يوليو2005، ص ص.9-12

[5]المادة 48من القانون 05-07 المؤرخ في 2005/07/28المتعلق بالمحروقات المعدل.

[6]الأمر06-10المؤرخ في29يوليو2006 المعدل والمتمم للقانون رقم07/05المؤرخ في2005/07/28المتعلق بالمحروقات، ج ر العدد48بتاريخ30يوليو2006 المعدل

المسؤولية والمخاطر والتكاليف والخسائر الناجمة عن التمويل والانجاز والقيام بعمليات البحث والتنقيب وإنتاج ونقل المحروقات عبر الأنابيب تسويقها جانب التسويق، وهو ما يمتد كذلك إلى الشركاء معها في إطار عقود الشراكة بين الشركة الوطنية وشركاءها، وتقوم الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات بترقية الاستثمارات في قطاع المحروقات ومراقبة وتسليم رخص البحث والتنقيب، إلى جانب متابعة ومراقبة تنفيذ عقود البحث والاستغلال في مجال المحروقات، وتحديد وتحصيل الإتاوات وتحويلها للخزينة العمومية، والحرص على تحديث إدارة وتسيير وتطوير بنوك المعلومات الخاصة بالبحث واستغلال المحروقات وتطوير شبكاتها، والتخزين والشحن والاستغلال والتسيير لوارد المحروقات، وما تعلق ببيع الغاز الطبيعي ومعالجته[1].

ومن ناحية ثانية، حدد المشرع الجزائري في ظل القانون رقم13/19المؤرخ في11 ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات الأحكام الخاصة بعقود المحروقات بين الشركة الوطنية(سوناطراك) وأحد الشركاء في العقد للقيام بتمويل أو استغلال، تحويل أو نقل بواسطة الأنابيب، التنقيب، أو التحويل، التخزين، التكرير، البحث ، والتي قد تكون في شكل عقد المشاركة بين الأطراف المتعاقدة لممارسة نشاطات البحث داخل الرقعة، ونشاطات الاستغلال في حالة اكتشاف مكمن أو أكثر قابلة للاستغلال تجاريا[2]، على أن يحدد عقد المشاركة حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ونسبة المساهمة في رأسمال المشروع المشترك، وضمانات التمويل المالي طيلة فترة إنجاز والتنفيذ وتمويل عمليات المنبع بحسب مساهمة كل طرف لتجسيد مشروع عام في قطاع المحروقات لحساب سوناطراك[3].

أما بالنسبة لعقد تقاسم الإنتاج التي تنظم كيفيات ممارسة نشاطات البحث داخل الرقعة، ونشاطات الاستغلال في حالة اكتشاف مكمن أو أكثر قابلة للاستغلال تجاريا، على أن يحدد عقد تقاسم الإنتاج آليات اقتسام الإنتاج لاسيما ما تعلق بالإنتاج الموجه لتعويض التكاليف البترولية ودفع مكافأة الشريك المتعاقد الأجنبي مع ترتيب أولوية

[1]بوحنية قوي وخميس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة(قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسساتية لقطاع المحروقات في الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد9، جوان2013، ص.145-161

[2]المادة76من القانون رقم13/19المؤرخ في11 ديسمبر2019ينظم نشاطات قانون المحروقات.

[3]المواد 76-82 من القانون رقم 13/19المؤرخ في 2019/12/11، ينظم نشاطات قانون المحروقات.

تعويض التكاليف البترولية، وكذا كيفيات وحدود استلام الشريك المتعاقد الأجنبي كميات المحروقات التي تمثل الحصة العائدة إليه، وتعتبر المنشآت المنجزة تنفيذا لعقد تقاسم الإنتاج ملك للمؤسسة الوطنية، على أن يتمتع الشريك أو المتعاقد الأجنبي بحق التصرف في حصة الإنتاج العائدة إليه بموجب تعويض التكاليف البترولية ومكافأته الصافية عند نقطة التسليم وفقا للشروط والكيفيات المحددة في عقد تقاسم الإنتاج، إضافة إلى ذلك يوجب على الشريك المتعاقد الأجنبي تمويل عمليات المنبع وفقا للكيفيات والشروط المحددة في عقد تقاسم الإنتاج مع مراعاة الكيفيات والشروط المحددة في عقد تقاسم الإنتاج[1].

تضاف إلى ذلك عقود خدمات ذات مخاطر التي تنظم أساسا كيفيات ممارسة نشاطات الاستغلال داخل الرقعة، وعند الاقتضاء نشاطات البحث، ويحدد آليات تقاسم المداخيل الموجهة لتعويض التكاليف البترولية ودفع مكافأة الشريك المتعاقد الأجنبي مع ترتيب أولويات تعويض التكاليف البترولية، وحدود حصة الشريك المتعاقد الأجنبي من المداخيل كمقابل للخدمات والمساهمة المقدمة من الشريك المتعاقد، على أن تعبر المنشآت المنجزة تنفيذا لعقد الخدمات ذات المخاطر ملك للمؤسسة الوطنية، ويتلقى الشريك المتعاقد الأجنبي مقابلا نقديا بموجب تعويض التكاليف البترولية ومكافأته الصافية طبقا للشروط والكيفيات المحددة في عقد الخدمات ذات المخاطر[2] .

وترتيبا على ما سبق، يمكننا القول أن السياسة التشريعية التي تعكس الرؤى الاستراتيجية الاستشرافية للدولة الجزائرية لتجسيد مظاهر التعاون والشراكة المتبادلة واستهداف تطوير قطاعات البنى التحية في قطاع المحروقات، أو المرافق العامة أو الإنتاج وتقديم الخدمات العامة في مجال البترول والغاز، التي من أهم الموارد التي تتوافر عليها الدولة واستغلالها لدعم التنمية الاقتصادية والاقتصاد الوطني تحقيقا لأغراض التنمية المستدامة الشاملة، حيث تعددت تطبيقات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز وتمويل واستغلال مجالات قطاع المحروقات كعقود مشاركة، وعقود تقاسم الإنتاج، و عقود خدمات ذات مخاطر، عقود الاستغلال والتنقيب وغيرها التي يلتزم فيها الشريك

[1] المواد83-85 من القانون رقم 13/19 ينظم نشاطات قانون المحروقات.

[2] المواد 86-88 من القانون رقم 13/19، ينظم نشاطات قانون المحروقات.

المتعاقد(الوطني أو الأجنبي)القيام بمهام وعمليات الإنجاز أو التمويل أو التحويل أو النقل عبر الأنابيب أو الاستغلال لموارد الطاقة، في إطار اقتسام الأرباح والإنتاج والمخاطر الناجمة عن تلك الأنشطة بحسب نسبة مساهمة كل طرف في عقد الشراكة.

الفرع الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كأسلوب لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعد عقود البوت من أهم صور الشراكة بين القطاع العام والخاص المندرجة في نطاق عقود الإنشاءات التي تتمثل في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، التي يعهد بموجبها الشخص العام (الشريك العام) إلى شريك أو أكثر، يكلف على وجه الخصوص القيام بإنشاء وإنجاز مشاريع عامة مشتركة في قطاعات البنى التحية أو المرافق العامة وتشغيلها في المدة المتفق عليها في العقد، مع انتقال ملكية هذه المشاريع والمرافق المنجزة بأسلوب البوت إلى الشخص العام بعد الانتهاء من تشغيلها، ذلك بأن عقود البوت ترتبط بعقود الامتياز بمفهومها التقليدي، والمفهوم الجديد لعقود الشراكة المبرمة في إطار المعاملات الاقتصادية والاستثمارية المشتركة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يجعلها وسيلة فعالة لإنجاز وتطوير قطاعات البنى التحية والمرافق العامة وجذب الاستثمارات الأجنبية والوطنية وخلق مناخ للاستثمار وفرص للعمل، وذلك من خلال الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إنجاز وتنفيذ مشاريع عامة متعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وتعرف عقود البوت بأنها المشروعات العامة التي تندرج في مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تعهد بموجبها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية في شكل شركة المشروع لإنشاء مرافق عامة وتشغيلها لحساب الشخص العام في المدة المحددة في العقد، وهو ما يجعل عقود البوت وسيلة لتمويل المشروعات العامة لحساب الدولة، تمنح الحكومة بموجبه للشريك أو الشركاء امتيازات لإنجاز وتمويل وتطوير مشروع عام وتشغيله وإدارته واستغلاله خلال مدة محددة، وتبعا لذلك يلزم أحد الشركاء أو

المستثمرين تمويل تصميم أو تطوير أو إنشاء أو تجهيز أحد المرافق العامة أو مشروع من مشروعات البنية التحتية على نفقته الخاصة وتحت مسؤوليته[1].

والجزائر كغيرها من دول العالم تبنت عقود البوت لإنجاز وتمويل وتسيير المرافق العامة لحساب الدولة، خاصة بعد ما كان القطاع يحتكر مسألة إنجاز وتمويل وإنشاء المشاريع الكبرى وإدارة وتسير المرافق العامة، وهو ما برز بعد الإصلاحات الشاملة في الجزائر والتوجه نحو تبني نظام البناء والتشغيل والتحويل(BOT) كنموذج لإنجاز وتمويل وتنفيذ مشاريع البنى التحتية التي تجسد الشراكة بين الدولة وأحد الشركاء أو المستثمرين، في إطار الشراكة والتعاون المتبادل والمساهمة الفعالة بين القطاعين العام والخاص، وبالتالي تدخل أعمال البناء والتشغيل والتحويل في نطاق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تهدف إنجاز وإقامة مشاريع استثمارية كبرى تتطلب تمويل مالي كبير، خاصة في ظل عدم قدرة الدول على إقامة وتمويل المشاريع الكبرى وهو ما دفعا إلى تنفيذ ذلك بالاعتماد على التعاقد في إطار عقودBOT لبناء وتشغيل ونقل الملكية المشاريع العامة الكبرى[2].

وتبعا لذلك يعتبر هذا النوع من العقود من عقود تفويضات المرافق العامة ذات الطبيعة الخاصة، التي يقوم فيها صاحب المشروع بتمويل المشاريع محل التعاقد في إطار عقود البوت، الذي تمنح بموجبه الدولة لشريك أو أكثر، امتياز إنجاز مشروع معين وإدارته واستغلاله تجاريا وتشغيله في المدة المحددة التي كافية لتغطية تكاليف البناء والتمويل والبناء والأرباح المراد تحقيقها من التعاقد، على أن تعود ملكية الهياكل والمنشآت المنجزة في هذا الإطار إلى الشريك العام المتعاقد، وتشمل عمليات الإنجاز والتمويل والتشغيل والصيانة للمشروع أو المرافق العام، ويتحمل الشريك الخاص المتعاقد مسؤولية إدارة المرفق العام واستغلاله لمدة معينة، وفرض رسوم على المنتفعين من خدمات المرفق العام وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد، وعليه فإن عقد الشركة في إطار البوت يلتزم الشريك أو المستثمر(الوطني أو الأجنبي) إنشاء المشروع أو تمويله أو تشغيله أو إدارته لمدة زمنية

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة مصر، 2013، ص 28.

[2] أحمد حرير، النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز مشاريع البنية التحتية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد6، 2017، ص 106.

محددة على نفقته ومسؤوليته تحت إشراف ورقابة الشريك العام المتعاقدة[1]، في مقابل مالي يتقاضاه يشمل تكاليف المشروع ونسبة الأرباح المراد تحقيقها بحسب حجم الأشغال والتمويل المالي والعمليات المكلف بها لإنجاز وتسيير وتشغيل المشروع العام أو المرفق العام، مع نقل ملكية الأصول والمنقولات المتعلقة بالمشروع بعد نهاية العقد أو الاستغلال إلى الشريك العام، وفقا للقواعد القانونية الداخلية أو الدولية المتعلقة بالمرافق العامة أو الخدمات العامة[2].

ومن تطبيقات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تجسد مظاهر الشراكة بين الدولة والخواص لتمويل إقامة مشروعات في قطاعات البنى التحية أو المرافق العامة، إنجاز وتشييد المشاريع الكبرى لإنجاز الطرقات العمومية والسريعة التي تستلزم التمويلات المالية الكبيرة إمكانيات مالية ضخمة وذلك نظرا لضخامة هذه المشاريع ، وهو ما يبرز العديد من تطبيقاته في الدولة الجزائرية بالتعاون والشراكة مع الشركاء أو المستثمرين(الوطنين أو الأجانب)لإنجاز المشاريع العامة المتعلقة بالطرق السريعة، ومن ذلك في أحكام الأمر رقم 27/95المؤرخ في30ديسمبر1995الذي يتضمن قانون المالية لسنة 1995، والتأكيد على اشتراك أو مشاركة الأشخاص العامة الأشخاص الخاصة لإنجاز وتشييد الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها واستغلالها وصيانتها وكذا كل أعمال تهيئتها و/أو توسيعها محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو الخاص شريطة وجود طريق بديل وذلك وفق كيفيات محددة في اتفاقيات، وفي دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي[3].

وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 308-96 المؤرخ في 18سبتمبر1996المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الذي أخضع عقود انجاز الطرق

---

[1]تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) الدورة 29 بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلا-مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، نيويورك، 9961 ، المنشور على موقع:.www.uncitral.org، تاريخ الزيارة2020/06/22على الساعة16.00

[2]تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) الدورة 29بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلا- مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، نيويورك، 9961 ، المنشور على موقع:www.uncitral.org ، تاريخ الزيارة2020/06/22على الساعة16.05

[3]المادة 166من الأمر رقم 27-95 المؤرخ في 30 ديسمبر1995، يتضمن قانون المالية لسنة1995، ج.ر عدد 82، لسنة 1995 (ملغى)

السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها و/أو توسيعها إلى منح الامتياز عملا بأحكام المادتين 166 و167 من الأمر رقم 27-95 السالف الذكر[1]، التي تبرم بين أشخاص القانون العام أو مع أشخاص القانون الخاص بناء على طلب امتياز الطرق السريعة، وفقا لشروط وتعليمات دفتر الأعباء النموذجي الملحق بهذا المرسوم[2]، وتبعا يلزم صاحب الشريك المتعاقد(شركة المشروع) بإنشاء البنية التحتية للطرق السريعة والإدارة والتشغيل خلال فترة إنجاز وتنفيذ وتمويل المشروع العام المشترك وتشغيله بصورة دائمة ومستمرة، الأمر الذي أكدت عليه المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع بأن" تخول الدولة بمقتضى هذه الاتفاقية، للشركة صاحبة الامتياز، التي تقبل، القيام بالبناء والاستغلال والصيانة(حسب الحالة) للطريق السريع أو مقاطع من الطريق السريع".[3]

ونستخلص من استقراء نص المادة أعلاه بأن عقد محل التعاقد في إطار امتياز الطرق السريعة، تنصب أساسا على الأراضي والمنشآت الكبرى لإنجاز وبناء مقاطع الطريق السريع، يشمل التجهيزات الملحقة اللازمة لتشييد وإنجاز الطريق السريع واستعماله وتقديم الخدمات الموجهة للجمهور، على أن يقوم صاحب الامتياز بإنجاز وبناء أجزاء أو كل الجوانب الخاصة بالطرق المرتبطة بالطرق السريعة حتى وإن كانت لا تشكل جزء منه، حيث تعد اتفاقية امتياز الطرق السريعة عقد بين الأشخاص العامة والمتعاقدين معها، الذي يحدد المبادئ العامة والشروط المتفق عليها بين طرفي عقد الامتياز(مانح الامتياز، وشركة المشروع) الذي تعهد الدولة إلى الشريك الخاص إنجاز وتمويل وتشييد وبناء مشروع عام خاص بالطرق السريعة أو جزء منها(حسب الحالة)، وتلزم شركة المشروع(الشريك الخاص) بإنشاء البنية التحتية للمشروع، وتوفير التمويل المالي اللازم للتنفيذ وإدارته وتشغيله واستغلاله

[1] المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 308-96 مؤرخ 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ر عدد 55، لسنة 1996

[2] المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 308-96 مؤرخ 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ر عدد 55، لسنة1996

[3] المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية لاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 308-96 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.

خلال فترة تنفيذ شركة المشروع وتمويل واستغلال المرفق العام المنجز في إطار الامتياز، والتزام الشريك الخاص المتعاقد القيام بكل الأعمال والأنشطة الضرورية لإنجاز وتشغيل واستغلال وصيانة هذا المرفق العام، الأمر الذي نصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية الملحقة بالمرسوم308-96السالف الذكر، التي تنص على أن: "تلتزم الشركة صاحبة الامتياز، على نفقتها ومسؤوليتها، بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بهذا الامتياز وأن تخضع لشروط دفتر الأعباء والوثائق الملحقة به بالنسبة للبناء والصيانة والاستغلال على السواء"، كما تنص المادة12الفقرة الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم308-96السالف الذكر على أنه: "يتحمل صاحب الامتياز على نفقته وضع وصيانة خطوط المواصلات اللاسلكية البرية والجوية والمراكز المقامة لضمان أمن وسلامة حركة المرور، حيث تلتزم شركة المشروع بإدارة و تشغيل المشروع وفقا للقواعد والشروط المتفق عليها."

كما تضاف إلى تطبيقات عقود البوت في مجال امتياز الطرق السريعة، العقود الخاصة بإنشاء الطرق الوطنية أو تجديدها لتوسيع شبكة الطرقات وعصرنتها، وذلك من خلال الاعتماد على أسلوب الشراكة مع القطاع الخاص لإنجاز وتشييد وتنفيذ مشاريع كبرى متعلقة بإنجاز الطرق الوطنية أو تجديدها لتوسيع شبكة الطرقات وعصرنتها، من ذلك مؤسسة مترو الجزائر التي تم إنجازها سنة 1984 باعتبارها صاحب مشروع مفوض من طرف وزارة الأشغال العمومية والنقل بغرض إنجاز وتحقيق دراسات وإنجاز واستغلال شبكة النقل بالسكك الحديدية الحضرية سطحية وعبر الأنفاق المعروفة بمترو الجزائر[1]، وذلك بعد تحويلها إلى مؤسسة عمومية اقتصادية بدء من سنة1989 كشركة ذات أسهم، التي كلفت على وجه الخصوص أيضا بتطوير قدراتها الخاصة بالدراسات والهندسة المتعلقة النقل وإنجاز مخططات المرور بإنشاء مكتب دراسات للنقل الحضري الذي أصبح فرعا لمؤسسة مترو الجزائر بنسبة100%[2].

[1] http://www.metroalger-dz.com/ar, 14.00تاريخ الزيارة2021/11/22على الساعة

[2] /http://www.metroalger-dz.com/ar, 14.00تاريخ الزيارة2021/11/22على الساعة

ومـن أجـل تحـديث مخطـط تطـوير النقـل الحضـري تـم تكليـف مؤسسـة متـرو الجزائر بإنجاز عدد من المشاريع الجديدة بداية من سنة2005لاسيما ما تعلق بدراسات وانجاز واستغلال النقل الحضري عبر التراب الوطني، وكذا انجاز وتجديد وإعادة التحديث الكهربـائي والتكنولـوجي للمصـاعد الهوائيـة عبـر مختلـف المـدن، باعتبارهـا صـاحب مشـروع مفـوض مـن طـرف وزارة النقـل مكلفـة بإنجـاز مشـاريع فـي قطـاع النقـل الحضـري لحسـاب الدولـة الجزائريـة، إلـى جانـب ضمان الدراسـات والإنجـاز والاستغلال لمشـاريع النقـل الحضـري للمسـافرين خاصـة مشـاريع المترو، وتمتد كذلك إلـى مشـاريع النقـل بالكوابـل عبـر عـدة مـدن، وتكلـف بالدراسـات المتعلقـة بمخططـات النقـل والمـرور، وإنجـاز حمـلات التحقيـق حـول التـنقلات، وكـذا إنجـاز الدراسـات المتعلقـة بتنظـيم مؤسسـات النقـل وإنجـاز الدراسـات ذات الطـابع الاقتصـادي والمـالي التـي تشـمل جميـع وسـائل النقـل للسـلع والأشـخاص وكـذا إنجـاز الدراسات الخاصة بالاعتماد بالجزائر[1].

إلى جانب ذلك يعد طريق السيار (شرق–غرب) من أهم المشاريع الكبرى المنجزة في مجال البنية التحتية القاعدية بالجزائر التي تم انجازها بعقود البوت، وهو ما اصطلح عليه بمشروع القرن في الجزائر بالنظر التكاليف الضخمة لإنجازه وامتداده إلى 24 ولاية، التي بدأت فيها أشغال الانجاز والتنفيذ بدء من سنة2006 المبرمة في إطار الشراكة بين الدولة الجزائرية والمجمعين الصيني والياباني ومرافقة مكتب دراسات كندي للمرافقة وآخرين للرقابة والمتابعة على تنفيذ هذا المشروع يمتد دورها إلى ما بعد الاستلام النهائي للمشروع بسنة كاملة[2]، ومن أهم النصوص القانونية المؤطرة لهذا المشروع الأمر رقم03/09 المؤرخ في 22يونيو2009المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، حيث تعرف المادة الثانية الطريق السيار بأنه طريق أعد وأنجز خصيصا للمرور السريع للسيارات، لا يقطعه طريق أو سكة حديدية أو ممر للراجلين، ولا يمكن الدخول إليه إلا في نقاط مهيأة

[1] /http://www.metroalger-dz.com/ar, 14.00تاريخ الزيارة2021/11/22على الساعة

[2] www.metroalger-dz.com, 14.00تاريخ الزيارة2021/11/22على الساعة

لذلك، ولا يؤدي إلى أي ملك متاخم، ويشمل في اتجاهي حركة المرور، على وسطي طريقين متميزين، ذوي اتجاه وحيد يفصل بينهما شريط ارضي وسطي غير مخصص للمرور[1].

والمرسوم التنفيذي رقم 05/248 المؤرخ في10يوليو2005بشأن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة الذي أكد بأن المشاريع المتعلقة بالمنفعة العمومية بقرار مشترك أو قرارات مشتركة بين الوزير المعني ووزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية، إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدة ولايات، بقرار من الوالي إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المذكورة واقعة في تراب ولاية واحدة، كما يجب أن يتضمن القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية الغاية من الملكية المزمع القيام به، مساحة القطع الأرضية وموقعها، وقوام الأشغال المراد الشروع فيها، مع تقدير النفقات التي تغطي من شأنها تغطية عمليات نزع الملكية، والمدة القصوى المحددة لإنجاز نزع الملكية التي لا تفوق أربعة(4)أعوام مع جواز تجديدها مرة واحدة للمدة نفسها في حالة اتساع مدى العملية واكتسابها صبغة وطنية[2].

أما بالنسبة لعمليات إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة والبعد الوطني والاستراتيجية، يتم التصريح بالمنفعة العمومية إذا كانت الهدف من نزع الملكية المراد القيام بها موضوع انجاز المشروع العام، أو مساحة الأملاك العقارية و/أو الحقوق العينية العقارية محل نزع الملكية وموقعها، إلى جانب تحديد طبيعة الأشغال أو الأعمال المراد الشروع فيها، و إيداعها لدى الخزينة العمومية في ظل توافر الاعتمادات التي تغطي عمليات نزع الملكية المزمع القيام بها العمومية[3].

---

[1] المادة02من الأمر 03/09 المؤرخ في 22يونيو 2009، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها و أمنها، ج ر العدد45، الصادرة في 29يوليو2009.

[2] المادة10من المرسوم تنفيذي رقم 248-05 مؤرخ في 10 يوليو 2005 ،يتمم ويعدل المرسوم التنفيذي رقم 186-93 المؤرخ في 27 يوليو 1986 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 11-91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر، عدد 48، بتاريخ30يوليو 2005

[3] المادة2من المرسوم التنفيذي رقم 248-05 المؤرخ في 10 يوليو 2005 يتمم ويعدل المرسوم التنفيذي رقم 186-93 المؤرخ في 27 يوليو 1986 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 11-91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر، عدد 48، لسنة 2005

ويستخلص مما سبق بأن الدولة قد تبنت العديد من تطبيقات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بناء على عقود البوت، لإنشاء وإنجاز وتمويل واستغلال المنشآت والمرافق العامة في قطاعات البنى التحية، التي يكلف فيها الشريك الوطني أو الأجنبي الذي يتوافر على القدرات المالية والمؤهلات والوسائل التقنية والفنية والتكنولوجية، لبناء وتشغيل ونقل الملكية في قطاع الإنشاءات العمومية لاسيما في البنى التحية للنقل البري وإنشاء الطرق السريع، المطارات وتوسعتها، الموانئ والبواخر وتطويرها وتحديثها، الهياكل والمنشآت الأساسية والحيوية، وذلك في مقابل مالي مستحق للشريك المتعاقد يغطي تكاليف الإنجاز والأرباح المستهدف من وراء التعاقد في إطار الشراكة مع القطاع العام.

الفصل الثاني: مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الحقيقة أن فعالية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتجسيد وتنفيذ مشروعات البنية التحتية مرتبط إلى حد كبير بوجود آليات فعالة لتسوية المنازعات التي قد تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ كالمنازعات المتعلقة بالالتزامات المالية المتبادلة أو المقابل المالي وكيفيات مراجعته، أو ما تعلق بمعايير الجودة التقنية والفنية والإدارية الضرورية لتنفيذ المشروع موضوع التعاقد وفقا لأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص لجعله قابلا للتشغيل والاستغلال والصيانة، وكذا مخاطر تنفيذ أو انجاز ذلك المشروع الناجمة عن مراجعة التشريعات أو قيام ظروف طارئة فجائية أو قوة قاهرة، أو تعديل بنود عقد الشراكة من السلطة المتعاقدة، أو بسبب الفسخ الانفرادي لعقد الشراكة من الشخص العام المتعاقد، أو إنهاءه قبل المدة المتفق عليها في العقد، أو ما تعلق بإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في بنود العقد المبرم في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أضف إلى ذلك منازعات التعويض التي تثيرها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وعليه تعتبر الدارسة الجيدة للمشاريع موضوع التعاقد وفقا لأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المتعلقة أساسا بالجوانب التشريعية والإدارية والإجرائية والمالية والتقنية والفنية والضمانات الحقيقية لتجسيد وانجاز مشاريع البنية التحتية، من أهم وسائل تفادي وقوع المنازعات بين أطراف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والحرص على تسوية المنازعات التي قد تثيرها تلك العقود بأساليب تتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وحقوق ومصالح أطرافه.

وما تجب الإشارة إليه أن تحديد مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يكتسي أهمية بالغة في الدراسات القانونية والقضائية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمنازعات الناشئة عنها، وأهم وسائل تسويتها لاسيما ما تعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي، ولبيان ذلك سيتم التطرق أولا إلى التوجه التقليدي الذي يركز على الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المبحث الأول)، ثم التطرق إلى التوجه

الحديث واعتبار التحكيم الوسيلة المفضلة لتسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطابع الدولي(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (التوجه التقليدي)

لما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات طبيعة إدارية لارتباطها بأحد الأشخاص المعنوية العامة والمتعاقدين معها لإنجاز أو تنفيذ أو تمويل مشروعات عامة في قطاعات البنية التحية أو المرافق العامة، فإن تحديد طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أثار اختلافا وجدلا واسعا بالفقه والقضاء الإداريين خاصة في ظل عمومية أو عدم وضوح التنظيم القانوني لتلك العقود، أو الإحالة على القواعد العامة التي تحكم منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع العلم أن التوجه التقليدي يؤكد على الطبيعة القضائية لمنازعات العقود الإدارية المختلفة التي تدخل ضمن الاختصاص الأصيل كقاعدة عامة للقضاء الإداري، ومن أجل بيان ذلك سيتم أولا عرض أهم المعايير الفقهية والقضائية لتحديد الطبيعة القضائية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص(المطلب الأول)، ثم التطرق إلى المعيار القانوني لتحديد الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الثاني)

المطلب الأول: المعايير الفقهية والقضائية لتحديد الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص

لقد استقر الفقه الإداري على عدة معايير لتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تدخل ضمن نطاق الاختصاص الأصيل لجهات القضاء الإداري، ومن أهم المعايير الفقهية لتحديد طبيعة تلك المنازعات واختصاص القضاء الإداري، المعيار العضوي، والمعايير الموضوعية ليتم التركيز على المعايير الموضوعية والتطرق للمعيار العضوي عند دراسة المعيار القضائي والتشريعي لتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولبيان ذلك سيتم عرض أهم المعايير الفقهية الموضوعية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة(الفرع الأول)، ثم عرض أهم المعايير القضائية لها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعايير الفقهية الموضوعية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة

تشمل المعايير الفقهية الموضوعية المميزة لمنازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عنها واختصاص القضاء الإداري في نطاقها، معيار السلطة العامة، ومعيار المرفق العام، ومعيار الغاية، ومعيار المنفعة العامة، والمعيار المختلط وهو ما سنتطرق إليه وفقا لهذا الترتيب:

أولا: معيار السلطة العامة لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري

يربط أصحاب هذا المعيار بين وسائل القانون العام واستخدام مظاهر السلطة العامة لتمييز المنازعات الإدارية ، وتحديد اختصاص القضاء الإداري لنظر المنازعات الناشئة عن أعمال الأشخاص العامة بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة التي تستهدف أغراض ذات نفع عام[1]، ويقوم معيار تحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تغليب الوسائل المستخدمة على الأغراض التي تستهدفها تلك الأعمال والدمج بين فكرتي السلطة العامة والسيادة، وتعتبر عقودا إدارية المعاملات التي تستخدم فيها الإدارة العامة وسائل القانون العام والسلطة العامة التي يختص بها القضاء الإداري، ويختص القضاء العادي بنظر منازعات عقود الإدارة العادية كأحد الأشخاص العاديين كعقود البيع والشراء والإيجار[2].

ويعتبر(HOURIOU)أحد مؤسسي معيار السلطة العامة لتمييز المنازعة الإدارية عامة، بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مستندا لتأسيس النظرية على استخدام مظاهر السلطة العامة ووسائل القانون العام بغض النظر عن الأهداف المستهدفة، معتبرا أن الأعمال التي تستخدم فيها امتيازات السلطة العامة تعد أعمالا إدارية والمنازعات الناشئة عنها منازعات إدارية تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، دون إنكاره لمعيار المرفق العام مع تغليب معيار السلطة العامة لتحديد اختصاص القضاء الإداري في ذلك[3]،

---

[1] بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، ط2، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2021، ص.79.

[2] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص.14.

[3] عبد الغني بسيوني، القانون الإداري(دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.94.

غير أن المعيار لم يلق قبولا بالفقه الإداري لأن الأخذ بمعيار السلطة العامة في المجال الإداري يؤدي للتضييق من نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري، وهو ما لا يتماشى مع طبيعة العمل الإداري لصعوبة الفصل بين أعمال السلطة العامة والإدارة العادية، أو التمييز بين الوسائل المستخدمة والأغراض التي تستهدفها العقود الإدارية ومساهمة الخواص في إدارة وتسيير وتمويل وتشييد بعض المرافق العامة لتحقيق أغراض المصلحة العامة[1].

ثانيا: معيار المرفق العام لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري

يعد هذا المعيار من أهم المعايير التي كان لها الدور المحوري في إرساء قواعد ومبادئ القانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وبرز المعيار وتبلور مع أواخر القرن التاسع عشر كنظرية حقيقية تبناها مجلس الدولة الفرنسي كأساس لتطبيق القانون الإداري ومعيارا لتمييز المنازعات الإدارية واختصاص القضاء الإداري، ومن تطبيقات معيار المرفق العام بالقضاء الإداري الفرنسي حكم مجلس الدولة في قضية(ROTCHILD)عام1855، وقضية(Blanco) عام1873وبروز معيار المرفق العام لتحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر في المنازعات التي تثيرها أعمال المرافق العامة[2]، كما تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار بحكمه الشهير في قضية(Terrier)بتاريخ 6فبراير1903[3]، وتبنته محكمة التنازع الفرنسية بحكمها عام1908في قضية(Feutry)[4]، وحكم مجلس الدولة بتاريخ24مارس1910في قضية(Thérond)[5]، ولقد أدت التطورات بالقضاء الإداري الفرنسي إلى اتساع نطاق اختصاص القضاء الإداري للنظر

[1] عصام علي الدبس، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2014، ص.112.

[2] ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص.164

[3] ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع نفسه، ص.165

[4] مارسو لونغ، بروسبير فيل. غي بريبان، بيار دالفولفيه، برونو جينفوا، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ط1، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص.15؛ أورده: عبد الرحمن رحيم عبد الله، المرجع السابق، ص.12.

[5] عبد الرحمن رحيم عبد الله، المرجع نفسه، ص.13.

في جميع المنازعات التي تثيرها أعمال تنظيم وإدارة المرافق العامة بما فيها منازعات الشراكة مع القطاع الخاص، والتي تدخل في نطاق الاختصاص النوعي للقضاء الإداري[1].

وفي هذا المجال اعتبر أصحاب مدرسة المرفق العام أبرزهم(Duguit)بأن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة[2]، غير أن التطورات التي شهدها القضاء الفرنسي وما تبعه من تطور لمفهوم المرافق العامة خاصة مع مشاركة الخواص في إدارة وتسيير بعض المرافق العامة أو المشروعات العامة [3]، وبروز أنواع جديدة للمرافق العامة الاقتصادية وتنبي أساليب الشراكة مع الخواص لتحقيق أغراض النفع العام، أدت إلى دخول النظرية في أزمة وانتقادات كبيرة وعدم كفاية المعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري وتمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة[4]، وهو ما دفع الفقه الإداري إلى البحث عن معايير أخرى لتحديد اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة عن أعمال السلطة الإدارية المتعلقة بإدارة وتنظيم أو تسيير المرافق العامة لاسيما ما تعلق بمنازعات العقود الإدارية المبرمة من الأشخاص العامة[5].

ومن أجل تحديث هذا المعيار يرى جانب بالفقه الإداري الفرنسي أبرزهم الفقيه(REVIRO) بأن معيار تمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يقوم على أساس مزدوج يربط بين النشاط الإداري الذي يستهدف أغراض المنفعة العامة واستخدام أساليب القانون العام، بما يمنح للأشخاص العامة مركز تعاقدي متميز وسلطات عامة استثنائية اتجاه المتعاقدين معها، وتكون مقيدة بالتزامات وأعباء مختلفة عن الأعباء والالتزامات المفروضة على الأفراد، غير أن هذا القول انتقد نتيجة الربط بين فكرتي النفع العام وأساليب القانون العام، وأن استهداف أغراض النفع العام ليس حكرا فقط على الأشخاص العامة خاصة في ظل التطورات التي تعمل في إطارها المرافق العامة وبروز الخواص ومساهمتهم في تجسيد أو تسيير أو تمويل بعض المرافق

[1] فهد عبد الكريم أبو العتم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص.166

[2] أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص.15

[3] وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة(المؤسسة العامة والخصخصة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.9.

[4] ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.183.

[5] ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص.184.

العامة لتحقيق النفع العام، ذلك بأن تحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالجمع بين معيار المرفق العام وأساليب القانون العام وامتيازات السلطة العامة، لا يكفي وحده لارتباط العمل التعاقدي بالمرفق العام بل يوجب توافر عناصره، لكن يبقى المعيار المزدوج أكثر قبولا بالفقه الفرنسي وقضاؤه وامتد إلى غالبية النظم القانونية لتحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري وتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

ثالثا: معيار المنفعة العامة لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري

يركز هذا المعيار على طبيعة العمل أو النشاط ومدى استهدافه للمنفعة العامة لتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإذا كان الغرض من العمل التعاقدي تحقيق النفع العام والمصلحة العامة، فإنه يندرج في مجال العقود الإدارية، ويختص القضاء الإداري كقاعدة عامة في المنازعات الناشئة عنها، كما تعتبر الأعمال التي تستهدف النفع الخاص أعمالا عادية يحكمها القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالنظر في منازعاتها[2]، حيث يعد(WALINE Marcel) من رواد نظرية المنفعة العامة كمعيار لتمييز المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية المبرمة من أشخاص القانون العام، وأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري، مستندا في تأسيس موقفه على قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ10يونيو 1921بخصوص قضية(Commun de Monsegur)، التي تتلخص وقائعها في وقوع حادث خطير لطفل صغير وزميليه في كنيسة(Monsegur) مسببا له عاهة مستديمة أوجبت قطع ساقه، وتبعا لذلك أقر مجلس الإقليم لوالد الضحية تعويضا من البلدية باعتبارها ملزمة بصيانة الكنيسة، غير أن البلدية استأنفت الحكم الصادر ضدها مؤسسة ذلك بأنها بدء من عام1905لا تعتبر البلدية مسؤولة عن الإشراف أو صيانة دور العبادة بعد إقرار الدولة مبدأ فصل الدين عن الدولة بموجب القانون الصادر في8سبتمبر 1905، وهو ما يجعل دعوى التعويض المرفوعة ضد البلدية لا تدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري، غير أن مجلس الدولة لم يقبل

[1] محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص267

[2] بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.84.

ذلك الدفع معتبرا أنه رغم استبعاد دور العبادة من نطاق المرافق العامة تنفيذا لمبدأ فصل الدين عن الدولة، فإن وضعها تحت تصرف المكلفين بإقامة الشعائر الدينية وممارسيها هو في الحقيقة يعد تنفيذا لغاية ذات نفع عام[1].

ولم يلق هذا المعيار قبولا لدى الفقه الإداري وقضاؤه وربطه بمعيار الغاية لتمييز المنازعة الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبار أن استهداف المنفعة العامة لم يعد مقتصر على المرافق العامة خاصة بعد تبني مختلف أساليب التعاقد مع الخواص وإشراكهم في إدارة وتسيير بعض المرافق العامة لتحقيق النفع العام، التي تخضع نشاطاتها للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي[2]، وهو ما يجعل هذا المعيار قاصرا وغير سليم لتمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة، ولا يصلح كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري، وهو ما يستدعي البحث عن معيار أو معايير أخرى لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

رابعا: المعيار المختلط لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري

لقد برز المعيار المختلط بعد الانتقادات الكثيرة الموجهة ضد المعايير السابقة من قبل الفقه الإداري وقضاؤه، وذلك عدم كفاية كل معيار وحده لتمييز المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتحديد مجال تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري، يقوم هذا المعيار على الدمج بين معياري المرفق العام والسلطة العامة، وتبعا يتحدد نطاق تطبيق القانون الإداري بالمنازعات الناشئة عن نشاطات المرافق العامة التي تستخدم فيها وسائل وأساليب القانون العام، وأن الجمع بين الفكرتين يبرره عدم كفاية كل معيار وحده لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري، خاصة وأن فكرة المرفق العام لا تغطي كل

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية(Commun de Monsegur) الصادر في10يونيو1921؛ أورده: عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه، المرجع السابق، ص ص.47و48.

[2] عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه، المرجع نفسه، ص.48

الأعمال الإدارية وأن تكملتها يقتضي استخدام أساليب القانون العام وامتيازات السلطة العامة لسد جوانب القصور والعجز في المعايير السابقة، وقد لاقى المعيار المختلط اهتماما وتجاوبا من الفقه الإداري وقضاؤه، باعتبار أنه يجمع بين مزايا فكرتي المرفق العام والسلطة العامة ويؤدي دون شك إلى التكامل بينهما لتحديد أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري للنظر في المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

وما تجب الإشارة إليه أنه رغم التأييد الكبير للمعيار المختلط لدى الفقه الإداري وقضاؤه لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري في هذا المجال، إلا أن أصحاب نظرية المرفق العام حاولوا تجديد هذا المعيار واستبعاد أساليب القانون العام ومظاهر السلطة العامة، وتبني نظرية اشتراك المتعاقد في إدارة وتسيير المرافق العامة، على أن الأخذ بمعيار أو آخر مرتبط أساسا بالسياسة التشريعية والقضائية والآراء الفقهية السائدة بأي نظام قانوني[2]، وهو ما يوجب ضرورة التطرق إلى موقف التشريع والقضاء من المعايير الفقهية لتمييز المنازعة الإدارية عامة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك قصد تحديد مجال تطبيق قواعد القانون الإداري اختصاص القضاء الإداري للنظر في المنازعات الناشئة عنها.

الفرع الثاني: المعايير القضائية لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد كان للقضاء دور حقيقي في إرساء مبادئ القانون الإداري، وارتباطه بالتطورات التي شهدها القضاء لاسيما في فرنسا، وهو ما جعل القضاء مصدر أساسي للقانون الإداري، وبروز دور القضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية لاسيما منازعات العقود الإدارية المختلفة من خلال ضبط معايير دقيقة لتمييز العقود الإدارية وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عنها، التي تأخذ بعين الاعتبار الخصائص الذاتية المميزة للعقود الإدارية والطبيعة الخاصة لها بما يجعل المفهوم القضائي للعقود الإدارية

[1] RIVERO Jean, Précis de droit administratif ،4éme édition ،Dalloz ،1970, France, P.106.

[2] حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.25.

المختلفة والمنازعات الناشئة عنها أكثر قبولا لدى الفقه الإداري وقضاؤه، ولبيان ذلك سيتم عرض أهم المعايير القضائية لتمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، وموقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من ذلك(ثانيا)، وأخيرا بيان موقف القضاء الإداري الجزائري من تلك المعايير(ثالثا).

أولا: أهم المعايير القضائية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة

لقد تبنى القضاء عدة معايير لتحديد طبيعة المنازعة الإدارية بما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تتمثل أساسا في المعيار العضوي، ومعيار ارتباط العقد بالمرفق العام، ومعيار تضمين الشرط الاستثنائي في العقد الإداري، وهو ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي:

أ- معيار ارتباط العقد بأشخاص القانون العام(المعيار العضوي)

يقوم هذا المعيار على أساس الربط بين العمل الإداري وأشخاص القانون العام لتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عن العلاقة القانونية التعاقدية للشخص العام والمتعاقدين معه، وكذا تحديد القانون الواجب واختصاص القضاء الإداري كقاعدة عامة للنظر في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك تعتبر منازعات إدارية المنازعات الناشئة عن الأعمال التعاقدية لأشخاص القانون العام استنادا على المعيار العضوي لتحديد المنازعة الإدارية بصفة عامة، التي يعود اختصاص النظر والفصل فيها إلى القضاء الإداري، ذلك بأن المستقر عليه بالفقه الإداري الفرنسي تأكيده على ضرورة الأخذ بالمعيار العضوي لتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عن العلاقة القانونية العقدية للسلطة الإدارية وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري بشأنها[1]، كما أن بروز العديد من المعايير الفقهية لتحديد طبيعة المنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري ارتبط أساسا بالتطورات التي شهدها القضاء الفرنسي وإرساء قواعد ومبادئ القانون الإداري، وبروز قضاء إداري متخصص ومستقل عن القضاء العادي، وفي هذا المجال اتجه الفقيه LAFERRIERE إلى القول بأن المنازعة الناشئة عن عمل مرتبط بأحد الأشخاص العامة تعد منازعة إدارية يختص بها القضاء الإداري[2].

[1] نواف كنعان، القانون الإداري الكتاب الأول، ط4، دار الثقافة، عمان، 2010، ص.95.

[2] نواف كنعان، المرجع نفسه، ص.ص.95و96.

كما أن تبني المعيار العضوي لتحديد المنازعة الإدارية عامة بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة، يعد وسيلة فعالة تهدف إلى توفير الحماية اللازمة للإدارة العامة وأعمالها من تدخل أو تأثير القضاء العادي ضمانا لمبدأ استمرارية المرفق العام وتسيير الشؤون العامة، وكقاعدة عامة يدخل ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري النظر والفصل في المنازعات المرتبطة بالأعمال الإدارية المختلفة الصادرة عن الدولة أو سلطاتها الإدارية، دون أن يكون للقضاء العادي حق التدخل في تلك الأعمال الإدارية مهما كان موضوعها[1]، لكن رغم بساطة ووضوح المعيار العضوي في تحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية والقانون الواجب التطبيق وكذا نطاق اختصاص القضاء الإداري بشأنها، إلى أن المعيار تعرض للعديد من الانتقادات الفقهية بما يجعله غير كاف وحده لتحديد طبيعة المنازعة واختصاص القضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى عدم دقته وموضوعته في توزيع الاختصاص القضائي خاصة في ظل ممارسة الدولة أو أجهزتها الإدارية لأعمال ونشاطات مشابهة لتلك التي يقوم بها الأفراد وفقا لقواعد القانون الخاص ولا تتمتع فيها بامتيازات السلطة العامة، حيث تدخل المنازعات الناشئة عن تلك الأعمال ضمن نطاق اختصاص القضاء العادي دون القضاء الإداري كالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة، وهو ما يوجب البحث عن معيار آخر لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري، خاصة في ظل مشاركة الخواص في تسيير وتنفيذ بعض جوانب المشروعات العامة لحساب المرافق العامة تحقيقا لغايات المصلحة العامة[2].

أضف إلى ذلك أنه إذا كان يمكن الأخذ بمعيار الاختصاص القضائي وطبيعة أطراف النزاع لتحديد اختصاص القضاء الإداري بالنظر والفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقة القانونية لأشخاص القانون العام، لاسيما منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في النظام الذي يأخذ بازدواجية القضاء(قضاء عادي، قضاء إداري)، فإن الوضع مختلف كثيرا في ظل نظام أحادية القضاء الذي تعود فيه الولاية العامة للنظر والفصل في جميع المنازعات بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة

[1] Mestre, La nation de service public d'après les d'ébats de L'assemblée nationale constituante, D.C.E, 1988, France, 185 .

[2] حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.31.

للقضاء العادي لعدم وجود قضاء إداري خاص ومستقل[1]، وعليه يمكن القول أنه رغم الانتقادات الموجهة للمعيار العضوي لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري، إلا أن ذلك لا يعني تجاهل أو إهمال هذا المعيار العضوي تماما، باعتبار أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من دعا إلى ضرورة الأخذ بهذا المعيار، حيث يتحدد نطاق المنازعات التي يختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية للأشخاص العامة لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[2].

ب-معيار ارتباط عقد الشراكة بالمرفق العام

يركز أصحاب هذا المعيار على الربط بين العمل التعاقدي والمرفق العام، فلا يكفي ارتباط العمل التعاقدي بأحد أشخاص القانون العام بل يوجب ارتباطه بالمرفق العام لإضفاء الطبيعة الإدارية للعقد المبرم، ويندرج هذا المعيار ضمن المعايير الموضوعية التي أقرها الفقه الإداري لاسيما في فرنسا لتحديد طبيعة المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يعد معيار المرفق العام من أهم المعايير التي كان لها الدور المحوري في إرساء قواعد ومبادئ القانون الإداري ومعيارا لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري[3]، حيث برز المعيار وتبلور مع أواخر القرن التاسع عشر كنظرية حقيقية تبناها مجلس الدولة الفرنسي كأساس لقواعد القانون الإداري ومعيار لتمييز المنازعة الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة وتحديد اختصاص القضاء الإداري كما قلنا سابقا عند التطرق بالدراسة إلى معيار المرفق العام كأحد أهم المعايير الفقهية لتمييز المنازعة الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

وما تجب الإشارة إليه أن التطورات التي شهدها القضاء الإداري الفرنسي لاسيما قضاء مجلس الدولة، أدت إلى اتساع نطاق اختصاص القضاء الإداري للنظر في جميع منازعات الناشئة عن أعمال تنظيم وإدارة المرافق العامة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين

[1] مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، العراق، 2010 ، ص.27

[2] سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.25.

[3] ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص.164

العام والخاص المبرمة لحساب المرفق العام ، التي تندرج كقاعدة عامة ضمن مجال اختصاص القضاء الإداري[1]، وخلافا لذلك يتجه الدكتور سليمان محمد الطماوي إلى القول بأن وضع السلطة العامة موضع المرفق العام لتحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري من شأنه تغليب الوسائل المستخدمة على الغاية التي يستهدفها النشاط الإداري، وأن مظاهر السلطة العامة التي تمنح للإدارة امتيازات لاسيما في المجال التعاقدي لا يعتبر غاية في حد ذاته وإنما وسيلة لتحقيق أغراض ذات نفع عام، كما اتجهت محكمة القضاء الإداري بمصر في حكمها رقم779لسنة10قضائية بتاريخ1957/2/24، إلى اعتبار أن المعيار المحدد لطبيعة للعقود الإدارية والمنازعات الناشئة عنها مرتبط أساسا بموضوع العقد ذاته، وارتباطه بالمرفق العام من تنظيم أو تسيير أو إدارة أو استغلال أو معاونة أو المساهمة فيه[2]، وهو ما دفع الدكتور سليمان الطماوي إلى القول بأن ارتباط العقد المبرم بالمرفق العام يعتبر مسألة موضوعية توجب على القاضي الإداري مراعاتها بحسب كل حالة[3]، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ16يناير2010، بقولها أن نطاق المنازعات الإدارية يتصل بالقرارات والعقود الإدارية المرتبطة بشكل مباشر أو غير مباشر بأحد المرافق العامة والتي تقوم الدولة بتسييره أو إدارته[4].

وترتيبا على ما سبق يمكن القول أن ارتباط عقود الشراكة بأحد الأشخاص العامة أو المرافق العامة لا يكفي وحده كمعيار لتحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري وإضفاء الطبيعة الإدارية على المنازعات الناشئة عنها، وتحديد مجال اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ج- معيار تضمين الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية المختلفة

إن تمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفقا لهذا المعيار قصد تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري

[1] فهد عبد الكريم أبو العتم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص.166

[2] حكم محكمة القضاء الإداري بمصر رقم779لسنة 10 قضائية بتاريخ 1957/2/24؛ أورده: محمد علي أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، مجلة المنارة، المجلد12، العدد3، 2006، ص.ص.128.

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص84.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ16يناير2010 في الطعن رقم6751 لسنة48 قضائية.

واختصاص القضاء الإداري، يقوم على أساس تضمين العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام والمتعاقد معه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص عند التعاقد، وهو ما يوحي باستخدام وسائل القانون العام من قبل الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بمركز تعاقدي متميز وسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقدين معها على مختلف مراحل إبرام وتنفيذ العقد الإداري، حيث تعرف الشروط الاستثنائية بأنها مجموعة الامتيازات أو السلطات التي تمنح لأحد المتعاقدين في مواجهة الطرف الآخر في العلاقة العقدية مقارنة بالعقود المبرمة وفقا لقواعد القانون الخاص التي تقوم على مبدأ الرضائية وسلطان إرادة المتعاقدين[1]، ويعد هذا الشرط من أهم الشروط لتحديد طبيعة العقد الإداري[2].

وما تجب الإشارة إليه أن هذا المعيار ارتبط بالتطورات التي شهدها القضاء الإداري الفرنسي، حيث كان لحكم مجلس الدولة الفرنسي عام1912في قضية شركة الجرانيت الدور الكبير في بروز مفهوم جديد للعقد الإداري والمنازعات الناشئة عنه ومعيار جديد لتمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة المرتبط أساسا بالشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد المبرم، وهو أمر دفع جانب بالفقه الفرنسي إلى القول بأن للقضاء دور هام في تطبيق المعيار وتحديد مفهوم الشروط غير المألوفة ونطاقها، وهو ما يؤدي دون شك إلى توسيع نطاق واختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛ ومن ناحية ثانية، اتجه جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى التأكيد بأن معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة يستند أساسا على معيار تمييز أعمال السلطة العامة عن أعمال الإدارة العادية، وبروز معيار السلطة العامة كأساس لتطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية المختلفة، بما يمنح للإدارة المتعاقدة سلطات واسعة وامتيازات استثنائية ومركز تعاقدي متميز في مواجهة الطرف المتعاقد، الأمر الذي يبرر تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في العقود المبرمة مع أشخاص القانون الخاص[3].

---

[1] صفاء محمود السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة دارسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد42، العدد1، 2015، ص.180.

[2] محمد السماري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، المرجع السابق، ص.11.

[3] RIVERO Jean , Précis de droit administratif, 4éme édition, Dalloz‹, 1970, P.P.106-107.

غير أن هذا القول انتقد باعتبار أن الاستناد على معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة لتحديد مفهوم العقد الإداري وطبيعة المنازعات الناشئة عنه التي تدخل كقاعدة عامة ضمن اختصاص القضاء الإداري، هو قول مردود عليه ولا يمكن للقضاء الاستناد عليه، خاصة وأن أصحاب هذا الرأي أسسوا قولهم على اعتبار أن قواعد القانون المدني هي الشريعة العامة للقانون، وتبعا لذلك فإن الشروط الاستثنائية التي تمنح امتيازات وسلطات استثنائية للإدارة المتعاقدة هي شروط مخالفة لقواعد وأحكام التعاقد التي تستند على مبدأي الرضائية والمساواة بين المتعاقدين، غير أن هذا القول غير سليم باعتبار أن نظرية العقود الإدارية يحكمها نظام قانوني خاص بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمستقلة لنظام التعاقد في القانون العام، كما أن تضمين العقود الإدارية شروطا استثنائية غير مألوفة بما يمنح للإدارة المتعاقدة امتيازات وسلطة عامة في مواجهة المتعاقد معها لا يعني التعارض مع مبدأي الرضائية والمساواة بين المتعاقدين، وأن الأحكام المطبقة على العقود الإدارية والشروط الاستثنائية التي تتضمنها تعد استثناء على القاعدة العامة التي توجبها مقتضيات المصلحة العامة وضرورات وعمل المرفق العام[1].

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الفرنسي ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ19يناير1973من أن العقود التي تبرمها الشركة الفرنسية للكهرباء تكون خاضعة لنظام استثنائي من شأنه أن يضفي خصوصية على العقد الإداري[2]، وحكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس في حكمها الصادر بتاريخ31أكتوبر1995من أن العقد المبرم بين الشخص العام ومتعاقد خاص، ويكون محله الإشراك المباشر للمتعاقد في إدارة أو تشغيل أحد المرافق العامة يعد عقدا إداريا، وتبعا لذلك تعد المنازعات الناشئة عنه منازعات إدارية يختص بها القضاء الإداري[3]، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ25اكتوبر2004بأن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام

[1] محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012 ، ص.560.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19يناير 1973 بخصوص الشركة الفرنسية للكهرباء؛ أورده: علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص34

[3] C.A.A. Paris, 31 octobre 1995, société AGS Holding, n°95PA00633; note in Le Quotidien Juridique, n°22, 14 mars 1996; T.A.Paris, 27 Juin 2000, Centre cardiologique du nord, B.J.C.P, n°14, PP.43.

ويتضمن تنظيم وتسيير أحد المرافق العامة[1]، والإشكال الذي يطرح في هذا المجال حول إذا ما كان تضمين العقد المبرم من أحد أشخاص القانون العام شروطا استثنائية قرينة على إخضاع العقد لقواعد القانون العام وإضفاء الطبيعة الإدارية على ذلك العقد، واعتباره عقدا إداريا تندرج المنازعات الناشئة عنه كقاعدة عامة في نطاق اختصاص القضاء الإداري، وبمفهوم المخالفة هل يؤدي تخلف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد إلى فقدانه للطبيعة الإدارية واعتباره من قبيل العقود المدنية التي تخضع لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي؟

إن المستقر عليه بالفقه الإداري الفرنسي وقضاؤه هو التأكيد على ضرورة تضمين العقد شروطا استثنائية لوصفه عقدا إداريا، كما اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الشروط الاستثنائية غير المألوفة تعد معيارا حقيقيا لتمييز العقود الإدارية على غيرها، الأمر الذي أكد عليه Jean-Marie Pontier بأنه إذا كان العقد يتضمن مشاركة فعالة للطرف المتعاقد في إدارة وتنفيذ المرفق العام، يكون العقد إداريا على افتراض ارتباطه بأحد الأشخاص العامة، وتضمين العقد بأحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة[2]، ومن تطبيقات ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ19نوفمبر2010في اعتبار العقد إداريا لارتباطه بأحد الأشخاص المعنوية العامة، واحتواءه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[3].

غير أن هذا القول يوحي بتأثر أصحابه بمعيار السلطة العامة كأساس لتطبيق قواعد القانون الإداري وتمييز العقود الإدارية وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر لا يمكن التسليم به على إطلاقه نتيجة إهماله معيار المرفق العام لتمييز العقود الإدارية، وتبعا لذلك يمكن القول أنه لا يمكن الأخذ بمعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة وحده لتمييز العقود الإدارية وتحديد اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية المختلفة، باعتبار أن معايير تمييز العقود الإدارية لا

[1] C.E. 25 octobre 2004, commune du Castelet, n°249090.
[2] Jean-Marie Pontier, Action administrative, La notion de contrat administratif, 2011, p.
[3] Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 19/11/2010, office national des forêts, n°333275, Publié au recueil Lebon ،www. Conseil d'Etat.fr ,17.00على الساعة2020/10/02تاريخ الزيارة

يقتصر على معيار محدد بذاتها بل يوجب ضرورة الدمج بينها وذلك للتكامل الكبير بين تلك المعايير، وهو ما قد يؤثر على موقف المشرع في أي نظام قانوني.

ثانيا: موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من معايير تمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة

الحقيقة أن موقف القضاء الإداري الفرنسي من معايير تمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لم يكن ثابتا أو محددا، غير أن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو الأخذ بمعياري المرفق العام والسلطة العامة في أغلب قراراته بصورة ضمنية، دون أن يتبنى معيارا محددا يكون مقيدا له مستقبلا، وهو ما امتد إلى قضاء محكمة التنازع الفرنسية[1]؛ ومن جهة ثانية، نجد أن القضاء الإداري الفرنسي بغرض تمييز منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يستند على المعيارين التشريعي والقضائي لتحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص[2].

ولقد ساير القضاء الإداري المصري ما استقر عليه القضاء الإداري بفرنسا، وذلك من خلال تبنيه مجموعة من المعايير الفقهية لتمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دون استقراره على معيار محدد بذاته، وفي حالات أخرى الجمع بين عدة معايير بمناسبة النظر والفصل في المنازعة المعروضة عليه، ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري ما قضت به المحكمة الإدارية المصرية في حكمها بالطعن رقم2094 الصادر في 24نوفمبر1985 بخصوص تحديد مفهوم المنازعة الإدارية من خلال الجمع بين المعايير بأنها(إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة، والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقا للقانون العام وأساليبه، ويتبدى فيها

[1] سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية، المرجع السابق، ص.26.

[2] شريف خاطر، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص.20.

واضحا وجه السلطة العامة ومظهرها، ويكون القانون العام هو القانون الواجب التطبيق على المنازعة)[1].

غير أنه بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم47لعام1972، الذي أقر بولاية القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ما لم يستثنى ذلك بنص قانوني خاص تقيدا بالمعيار القانوني لتحديد نطاق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، وهو أمر نصت عليه صراحة المادة العاشرة[2]، على أن المستقر عليه في القضاء الإداري بمصر في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، هو الأخذ بالنظرية التقليدية لتمييز العقود الإدارية، التي توجب أن يكون إبرام العقد بأحد الأشخاص المعنوية العامة وارتباطه بالمرفق العام، واستخدام وسائل القانون العام[3].

ثالثا: موقف القضاء الجزائري من معايير تمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة

لقد تأثر القضاء الإداري الجزائري بموقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري، مع الأخذ كقاعدة عامة بالمعيار العضوي لتحديد طبيعة وتمييز المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أن يبقى المعيار الموضوعي معيارا مكملا لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي يعود فيها اختصاص النظر والفصل فيها للقضاء الإداري، الأمر الذي يؤكد على تقيد القضاء الإداري الجزائري بالمعيار التشريعي عند توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري، وهو ما سنتطرق إليه عند التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من معايير تمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص[4].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية المصرية الصادر في 24نوفمبر1985 بالطعن رقم2094، 3ق، السنة31، أورده: محمد ماهر أبو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقا لأحكام القسم القضائي حتى عام1996، دار الطباعة الحديثة، د س، ص.330

[2] المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم47لعام1972.

[3] سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية، المرجع السابق، ص.28.

[4] عمار بوضياف، معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري–دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الإداري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد6، 2015، ص.ص.44–58

وما تجب الإشارة إليه أن تحديد موقف القضاء الإداري الجزائري من معايير تمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرتبط أساسا بالتطورات التي شهدها النظام القضائي الجزائري الذي تميز بمرحلتين أساسيتين(وحدة القضاء، وازدواجية القضاء)، ومن تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في هذا المجال وتكريس المعيار التشريعي(المعيار العضوي) لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى(التي حلت محلها المحكمة العليا) في قرارها بتاريخ23يناير 1970مكرسة بذلك المعيار العضوي في تحديد معيار الاختصاص" حيث أن المادة7 قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعتبر بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفة الأشخاص المعنيين، وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوى، لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا....."[1].

ومن ذلك أيضا قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ8مارس1980في قضية الشركة الوطنية سامباك ضد الديوان الوطني ما بين المهن للحبوب، الذي كرس فيه المعيار العضوي معتبرا أن النزاع المرتبط بأشخاص القانون كالمؤسسات والشركات العمومية ذات الطابع الاقتصادي تعد بعض أعمالها إدارية يختص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الناشئة عنها[2]، كما استقر مجلس الدولة على تكريس المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري كقاعدة عامة، وذلك تطبيقا لنص المادة7من الأمر رقم154/66المؤرخ في08يونيو 1966يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل[3]، أو المادتين800و 801من القانون رقم08-09المؤرخ في25

---

[1]قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى(التي حلت محلها المحكمة العليا) بتاريخ23يناير 1970، أورده: أحمد محيو، قرار سامباك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد1، مارس1981، ص.134

[2]قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى(التي حلت محلها المحكمة العليا) بتاريخ 8مارس1980بشأن قضية الشركة الوطنية"سامباك والديوان الوطني للحبوب"؛ احمد محيو، تعليق على قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قراره بتاريخ8مارس1980، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية،العدد1، مارس1981، ص.134-148؛ أورده: عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص ص.160.

[3]المادة7 من الأمر رقم154/66 المؤرخ في 08يونيو1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل، ج ر عدد47 بتاريخ09يونيو1966ن قانون الإجراءات المدنية المعدل

فبراير 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[1]، والقانون العضوي رقم22-11المؤرخ في9يونيو 2022يعدل ويتمم القانون العضوي رقم98/01المؤرخ في30مايو 1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[2]، والقانون رقم98-02المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في30مايو 1998المتعلق بالمحاكم الإدارية والتنظيم المطبق له[3]، و القانون العضوي رقم98-03المؤرخ في3يونيو 1998المتعلق باختصاصات محكمة التنازع[4].

ومن ذلك أيضا قرار الغرفة الأولى رقم005147بتاريخ 27مايو 2002بعدم الاختصاص في قضية الوكالة الوطنية للسدود، باعتبار أنها مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري تطبيقا لنص المادة7من قانون الإجراءات المدنية[5]، الأمر الذي أكد عليه كذلك في قراره رقم011155 الصادر بتاريخ16ديسمبر 2003في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري التي تعد بموجب المرسوم رقم147/91المؤرخ في12مايو 1991، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ليقضي بعدم اختصاص بالمنازعات المرتبطة بها تطبيقا للمعيار التشريعي(المعيار العضوي) في تحديد اختصاص القضاء الإداري[6]، وهو ما قضى به مجلس الدولة(الغرفة الأولى) في قراره رقم013826 بتاريخ17فبراير 2004في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري [7].

---

[1]القانون رقم09/08من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم13/22السالف الذكر.

[2]القانون العضوي رقم22-11المؤرخ في9يونيو 2022يعدل ويتمم القانون العضوي رقم98/01المؤرخ في30مايو 1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر العدد41 بتاريخ16يونيو 2022.

[3]القانون رقم98-02المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في30مايو 1998المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37 لسنة1998، والمرسوم التنفيذي رقم11-195المؤرخ في 22مايو 2011يعدل المرسوم التنفيذي رقم98-356المؤرخ في14نوفمبر 1998الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم98-02المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في30مايو 1998المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37لسنة1998، ج ر العدد29 بتاريخ22مايو 2011.

[4]القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 3يونيو 1998المتعلق باختصاصات محكمة التنازع، ج ر العدد39لسنة1998.

[5]قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى) رقم005147الفهرس376 بتاريخ 27مايو 2002 في قضية الوكالة الوطنية للسدود.

[6]قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى) رقم011155الفهرس922بتاريخ16ديسمبر 2003في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري.

[7]قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى)رقم013826، الفهرس178بتاريخ17فبراير 2004في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري.

ومن ناحية أخرى، لم يختلف موقف محكمة التنازع عما استقر عليه القضاء الإداري بخصوص معايير تمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مؤكدة بذلك على المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري عند توزيع الاختصاص القضائي، ومن تطبيقاتها على سبيل المثال ما أقرته محكمة التنازع في الملف رقم73بتاريخ21ديسمبر2008حول تنازع الاختصاص حول الطعن في العقود التوثيقية، في اعتبار أن القضاء الإداري مختص نوعيا بإبطال العقود التوثيقية متى كانت الإدارة طرفا في النزاع الناشئ[1]، ومن ذلك أيضا قرارها في الملف رقم45 محكمة التنازع بتاريخ09ديسمبر2007، بأن وجود أحد الأشخاص المعنوية العامة يجعل النزاع إداريا تعود الولاية العامة والاختصاص النوعي للنظر والفصل فيه للقضاء الإداري[2].

ومما سبق يمكن القول أن القضاء الإداري الجزائري قد تبنى المعيار التشريعي من خلال الأخذ بالمعيار العضوي كقاعدة عامة لتمييز المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة وفقا للقواعد والأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو النصوص المكملة أو المرتبط به، وهو ما يدل إخضاع المنازعات الإدارية المختلفة لنفس القواعد والأحكام المطبقة على جميع المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

المطلب الثاني: المعيار القانوني لتحديد الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يرتبط موقف المشرع من معايير تمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باختلاف السياسة التشريعية والقضائية المنتهجة في أي نظام قانوني، خاصة وأن المشرع في الغالب لا يميل إلى تبني معيار محدد بذاته ضمن نصوص القانون الذي يصدره عند تحديد

[1] قرار محكمة التنازع في الملف رقم73بتاريخ21ديسمبر2008حول تنازع الاختصاص حول الطعن في العقود التوثيقية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص.263.

[2] قرار محكمة التنازع في الملف رقم45 بتاريخ09ديسمبر2007، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2007، ص.103.

اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية المختلفة، فقد يعمل المشرع على وضع معيار خاص عند توزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية، وذلك من خلال تحديد وحصر نطاق اختصاص القضاء الإداري بمجالات أو حالات محددة على سبيل الحصر بشكل صريح ومباشر، على أن يختص القضاء العادي في الحالات أو المنازعات الأخرى، وهو نهج يجد تطبيقا أكثر له في الدول التي تتبنى نظام الازدواجية القضائية[1].

كما قد تتجه إرادة المشرع إلى وضع معيار عام لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري، وهو ما يؤدي دون شك إلى إمكانية التداخل أو التنازع بين جهات القضاء العادي والإداري بخصوص اختصاصها القضائي، ويمنح دورا محوريا للقضاء في هذا المجال وسلطة واسعة في التفسير القضائي عند تطبيق معايير تمييز المنازعات الإدارية لتحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي هذا المجال سيتم التطرق أولا إلى موقف المشرع الفرنسي والمصري من معايير التمييز وتحديد المعيار القانوني المنتهج في توزيع الاختصاص القضائي و تحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في التشريعين الفرنسي والمصري (الفرع الأول)، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من ذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريع الفرنسي والمصري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن معرفة المعيار التشريعي المعتمد لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريعين الفرنسي والمصري، يتوجب علينا أولا بيان موقف المشرع الفرنسي من تلك المعايير للوقوف على المعيار المعتمد في تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم بيان موقف المشرع المصري من ذلك (ثانيا).

[1] عصام عبد الوهاب البرزنجي، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما، مجلة بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد، 1999، ص.13

أولا: موقف التشريع الفرنسي من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

أنه بعد صدور قانون اغسطس1790بخصوص الفصل بين السلطات تم إنشاء مجلس الدولة في 12ديسمبر1797، ليصدر بعدها قانون قانون24 مايو 1872 الذي شكل محطة هامة تطور من خلالها القضاء الفرنسي لاسيما القضاء الإداري الفرنسي، وهو ما جعل مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة عن الإدارة العامة، يمارس اختصاصات قضائية هامة وله دور محوري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية المختلفة الذي يمارسه تحت إشراف السلطة التنفيذية، غير أن الوضع تطور خاصة بعد إصدار مجلس الدولة حكمه الشهير في قضية "كادو" والإعلان عن اختصاصه العام في المسائل أو المنازعات الإدارية، الأمر الذي جاء به القانون رقم1708في31يوليو1945الخاص بتنظيم مجلس الدولة المعدل بموجب المرسوم رقم389في 7مايو2000، الذي نصت المادة32 منه على أن مجلس الدولة هو قاضي القانون العام في المسائل الإدارية، يصدر أحكاما نهائية بالإلغاء[1] .

وأكد على ذلك المرسوم الصادر بتاريخ30سبتمبر1953 بشأن مجلس الدولة واختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية المختلفة، سواء باعتباره درجة أولى أو كجهة استئنافية للمحاكم الإدارية وما أعبقه من إصلاحات مست القضاء الإداري الفرنسي خلال سنوات(1963، 1975، 1980، 1987، 2010)، ليصبح بذلك مجلس الدولة الفرنسي قاضي المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات العقود الإدارية لاسيما منازعات عقود ا لشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومساهمته بشكل كبير في إرساء مبادئ للقانون والقضاء الإداريين بفرنسا.

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي منذ صدور قانون أغسطس1790وقانون24 مايو1872الخاص بمجلس الدولة، تبنى المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات المرتبطة بأعمال الإدارة العامة لاسيما التعاقدية منها، وتبعا لذلك يخرج من نطاق القضاء العادي اختصاص النظر والفصل في المنازعات الإدارية التي تثيرها أعمال السلطات الإدارية في إطار علاقاتها القانونية العقدية أو غير العقدية، والتأكيد

[1]Article (32) Ordonnance n°45-1708 du31juillet1945 portant sur le Conseil d'Etat., https: //www. legifrance. gouv.frتاريخ الزيارة2021/09/16 على الساعة10.00

على الولاية العامة والاختصاص النوعي الأصيل للقضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واعتبار مجلس الدولة قضاء عاما في المسائل والمنازعات الإدارية المختلفة، باستثناء الحالات التي تختص بها جهات قضائية أخرى[1].

وبالرجوع إلى قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ نصت المادة211-1 تعتبر المحاكم الإدارية الدرجة الأولى التي لها الولاية القضائية العامة للنظر والفصل في المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[2]، الأمر الذي أكدته المادة311-1بخصوص ولاية المحاكم الإدارية بالبت في المنازعات الإدارية باستثناء الحالات التي يحيل فيها القانون إلى جهات قضائية أخرى[3]، على أنه يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية تطبيقا لنص المادة311-5من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ[4]، كما يختص مجلس الدولة أيضا بالبت في الطعون المقدمة بالنقض ضد القرارات الصادرة نهائيا عن جميع المحاكم الإدارية وفق ما نصت عليه المادة331-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ[5].

ومما سبق يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أخضع جميع المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلى القواعد والأحكام المنصوص عليها في التشريعات المنظمة للقضاء الإداري الفرنسي والقوانين

---

[1] ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص167.

[2]تنص المادة211-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ على ما يلي :

« Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve des compétences attribuées aux autres juridictions administratives, juges de droit commun du contentieux administratif. »

[3]تنص المادة311-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ على ما يلي:

« Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer à une autre juridiction administrative. »

[4]تنص المادة311-5 من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ على ما يلي:

« Le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des recours dirigés contre les décisions des tribunaux administratifs visées à l'article L. 212-2. »

[5]تنص المادة331-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ على ما يلي:

« Le Conseil d'Etat est seul compétent pour statuer sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions administrative. »

المرتبطة بها، وذلك من خلال الأخذ كقاعدة عامة بالمعيار العضوي لتمييز المنازعات الإدارية، وتحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات العقود الإدارية بمختلف أنواعها، الأمر الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا وامتد إلى العديد من التشريعات المقارنة كالتشريعين المصري والجزائري.

ثانيا: موقف التشريع المصري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لم يختلف موقف المشرع المصري عن المشرع الفرنسي بخصوص معايير تمييز المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث استقر المشرع المصري في تشريعاته على المعيار العضوي إلى جانب معيار السلطة العامة مثلما جاء في قانون المؤسسات العامة رقم23 لعام1957الملغى، وقانون التزامات المرافق العامة رقم129لعام1947المعدل، مع العلم أن قانون مجلس الدولة رقم47 لعام1972أقر بولاية القضاء الإداري واختصاصه في منازعات الإدارية بصفة عامة بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة[1]، وهو أمر دفع جانب من الفقه المصري إلى القول بأن المشرع المصري من خلال تحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري أخذ بمعيار السلطة العامة لتحديد طبيعة أعمال السلطة الإدارية والمنازعات التي تثيرها، والقضاء المختص للنظر والفصل فيها[2].

وبالرجوع إلى الدستور المصري لعام2014المعدل عام2019وعلى غرار الدساتير المصرية السابقة، نجد أن المؤسس الدستوري قد منح مجلس الدولة كجهة قضائية مستقلة الولاية العامة دون غيره للفصل في المنازعات الإدارية عامة منازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا مراجعة مشروعات العقود التي يحددها القانون المرتبطة بالدولة أو إحدى الهيئات العامة[3]، مع العلم أن مجلس الدولة منذ إنشاءه بمصر وصدور القانون رقم9 لعام1949، قد منح الولاية والاختصاص للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المحددة على سبيل الحصر، التي تشمل أساسا

[1] المادة10من قانون مجلس الدولة رقم47 لعام1972.

[2] سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص.45.

[3] نص المادة190من الدستور المصري لعام2014 المعدل عام 2019.

عقود الالتزام والأشغال العمومية وعقود التوريد العامة، الأمر الذي نصت عليه المادة الخامسة من القانون رقم9 لعام1949، بأن يختص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الناشئة عن تلك العقود دون التقيد بالنصوص المدنية وفتح المجال لتبني نظريات استقر عليها القضاء الإداري دون القضاء العادي كنظرية الظروف الطارئة وغيرها[1].

غير أن المستقر عليه في القضاء الإداري المصري أن مجلس الدولة وسع من نطاق اختصاصه إلى منازعات العقود الإدارية غير المنصوص عليها في القانون رقم9لعام1949 المتضمن قانون مجلس الدولة، ومن أهم تطبيقات ذلك ما قضى به مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ23يونيو1953في الطعن رقم670لسنة5قضائية في النزاع بين الإدارة العامة والمتعاقد معها بخصوص قرار الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد الإداري قبل انتهاء مدته القانونية[2].

وهو أمر أكد عليه القانون رقم47لسنة1972المتعلق بمجلس الدولة المعدل بالقانون رقم136لسنة1984، حيث نصت المادة10 صراحة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في مختلف المنازعات الإدارية بما فيها منازعات عقود الالتزام أو عقود الأشغال العامة أو عقود التوريد أو أي عقد إداري آخر إعمالا بالمفهوم الواسع للعقود الإدارية[3]، ومن ذلك أيضا ما نص عليه قرار رئيس مجلس الدولة رقم520لسنة2021بإنشاء دوائر جديدة بمحكمة القضاء الإداري وتحديد اختصاصاتها، استنادا على القانون رقم47لسنة1972المتضمن قانون مجلس الدولة، بموجبه تكلف الدوائر الجديدة على وجه الخصوص بالنظر والفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية والتراخيص بمختلف صورها، وكذا منازعات التنفيذ وإشكالات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها في المادة الإدارية لاسيما في مجال العقود

[1] المادة الخامسة من القانون رقم9 لعام1949.

[2] حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ23يونيو1953 في الطعن رقم670 لسنة5 قضائية؛ أورده: أسامة القباني، المبادئ القضائية الحاكمة للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة وأجهزتها المختلفة، مقال منشور بالموقع https://pulpit.alwatanvoice.com تاريخ الزيارة2020/12/15على الساعة19.00

[3] المادة 10من القانون رقم47لسنة1972المؤرخ في متعلق بمجلس الدولة، ج ر العدد40 بتاريخ5اكتوبر1972.

الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وطلبات التعويض الخاصة بالمنازعات التي تختص بها الدوائر الجديدة بمحكمة القضاء الإداري [1].

أضف إلى ذلك أكد القانون رقم67لسنة2010المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[2]، على خضوع عقود المشاركة لأحكام القانون المصري وهو ما نصت عليه المادة35 بأن« يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك. ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة.»

ويستخلص من استقراء نص المادة35أعلاه أن المشرع المصري قد أخضع المنازعات التي تثيرها عقود المشاركة مع القطاع الخاص لنفس الأحكام والقواعد القانونية التي تحكم كافة العقود الإدارية واختصاص جهات القضاء الإداري المصري، ومن ثم يمكن القول بأن المستقر عليه في التشريع المصري هو اختصاص مجلس الدولة تطبيقا لنص المادة190من الدستور المصري لعام2014 المعدل في2019، وولايته العامة للنظر والفصل في جميع المنازعات الإدارية وفق ما جاء في القانون رقم47 لسنة1972المتضمن قانون مجلس الدولة، والتشريعات المكملة له لاسيما القانون رقم67لعام2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، لذا يعتبر القضاء الإداري لاسيما مجلس الدولة المصري الجهة القضائية المختصة بالنظر والفصل في كافة منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

[1] المادة1من قرار رئيس مجلس الدولة رقم520لسنة2021 بإنشاء دوائر جديدة بمحكمة القضاء الإداري وتحديد اختصاصاتها، الوقائع المصرية، العدد175 بتاريخ9اغطسطس2021.

[2] القانون رقم67 لسنة2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ج ر العدد19مكرر(أ)، السنة53 بتاريخ1مايو2010، الصادر بالقرار رقم238لسنة2011، ج ر العدد3مكرر(ب) بتاريخ23يناير2011.

الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد ساير المشرع الجزائري ما استقر عليه كل من المشرع الفرنسي والمصري في الربط بين المنازعة الإدارية والمعيار العضوي كقاعدة عامة لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري والطبيعة الإدارية للنزاع الناشئ عن العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية، وكذا تحديد اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات المرتبطة بالأعمال الإدارية لأشخاص القانون العام، بما فيها منازعات العقود الإدارية لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع العلم بأن موقف المشرع الجزائري من قواعد توزيع الاختصاص القضائي بخصوص منازعات العقود الإدارية لاسيما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ارتبط بمرحلتين أساسيتين:

أولا: موقف المشرع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008 المعدل

تميزت هذه المرحلة باستقرار المشرع الجزائري وتبنيه للمعيار العضوي كأساس لتحديد الاختصاص القضائي وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري[1]، وهو أمر مستوحى من نص المادة السابعة من الأمر رقم66-154المؤرخ في08يونيو1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل، التي نصت على اختصاص المجالس القضائية في جميع القضايا التي تكون فيها الدولة أو إحدى العمالات أو البلديات أو المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية، التي يكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى، على أن يستثنى من ذلك مخالفات الطرق الخاضعة للقانون العام المرفوعة أمام المحكمة العادية، وكذا طلبات البطلان المتعلقة بدعاوى الإلغاء المرفوعة مباشرة أمام المجلس الأعلى[2].

كما أكدت على ذلك التعديلات التي مست المادة السابعة من الأمر رقم154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل لاسيما الأمر رقم71-80المؤرخ

[1] عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار إسهامات في أدبيان المؤسسة، تونس، 2005، ص.13.

[2] المادة7من الأمر رقم154/66المؤرخ في08يونيو1966يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل، ج ر عدد47 بتاريخ09يونيو1966.

في29ديسمبر1971المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية [1]، والقانون رقم01/86 المؤرخ في 28يناير1986 المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية [2]، والقانون رقم90-23المؤرخ في 18أوت1990المعدل للأمر رقم154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الذي نصت المادة السابعة منه بأن تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا بغض النظر على طبيعتها، التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها[3].

وتبعا لذلك نتوصل إلى القول بأن المشرع الجزائري في هذا المرحلة تبنى المعيار من المعيار العضوي كأساس لتحديد الاختصاص القضائي وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري، حيث يكفي ارتباط العمل الإداري بأحد الأشخاص المعنوية العامة المذكورة أعلاه لإضفاء الطبيعة الإدارية على المنازعات الناشئة عنه، كما يتحدد نطاق الاختصاص النوعي للقضاء الإداري بالمنازعات الإدارية الناشئة عن أعمال أحد السلطات الإدارية المحددة على سبيل الحصر، وهو ما يستبعد المؤسسات العمومية الأخرى كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تدخل المنازعات الناشئة ضمن اختصاص جهات القضاء العادي[4].

ومن تطبيقات تكريس المعيار العضوي لتحديد الاختصاص القضائي بالقضاء الإداري الجزائري ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا في قراره الصادر في14فبراير1969، الذي قضى برفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي في النزاع الخاص بالديوان الوطني للإصلاح الزراعي، باعتبار أن الديوان الوطني للإصلاح الزراعي هو

---

[1] الأمر رقم71-80المؤرخ29ديسمبر1971المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد2 المؤرخة في07يناير1971.

[2] القانون رقم01/86المؤرخ في 28يناير1986المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر4 العدد29يناير1986.

[3] المادة السابعة من القانون رقم90-23المؤرخ في18أوت1990المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد36المؤرخ في22أغشت1990.

[4] المادة السابعة من القانون رقم90-23المؤرخ في18أوت1990المعدل للأمر رقم154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

مؤسسة عامة ذات صبغة صناعية وتجارية لا تدخل منازعاتها ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري تطبيقا لنص المادة السابعة من الأمر رقم154/66المؤرخ في08يونيو1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل[1]، وكذلك قرارها الصادر بتاريخ23يناير1970الذي قضى "....أن المادة7قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعتبر بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفة الأشخاص المعنيين، وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوى، لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا."[2]

ومن ناحية ثانية، الملاحظ على القانون العضوي رقم98-01المؤرخ في30مايو1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل بموجب القانون العضوي رقم11-13المؤرخ في26يوليو2011، المعدل بموجب القانون العضوي رقم11-13المؤرخ في26يوليو2011 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم02/18المؤرخ في4مارس2018، تكريسه كقاعدة عامة للمعيار العضوي لممارسة اختصاصه القضائي استنادا لنص المادة التاسعة، التي نصت صراحة على اختصاص مجلس الدولة للنظر ابتدائيا ونهائيا في دعاوى السلطات المركزية والهيئات الوطنية العمومية والمنظمات المهنية الوطنية[3]، وهو ما يوحي باختصاص مجلس الدولة للنظر والفصل في جميع المنازعات التي تكون السلطات المركزية طرفا بما فيها منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، ومنازعات عقود الشراكة بينها وبين القطاع الخاص بصفة خاصة، كما يعد جهة استئناف بالنسبة للأحكام القضائية الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية، في المنازعات التي تكون الولاية،

[1]قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا(المحكمة العليا) الصادر في14فبراير1969، برفض النظر في الدعوى المتعلقة بالنزاع الخاص بالديوان الوطني للإصلاح الزراعي؛ أورده: أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص.96.

[2]قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا(المحكمة العليا) الصادر بتاريخ23يناير1970؛ أورده: أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع نفسه، ص.96.

[3]المادة التاسعة من القانون العضوي رقم98-01المؤرخ في30مايو1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر العدد37، 30مايو1998، المعدل بموجب القانون العضوي رقم11-13المؤرخ في26يوليو2011، ج ر العدد43، 3أوت2011، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم02/18المؤرخ في4مارس2018، ج ر العدد15، 7مارس2018.

البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية طرفا فيها تطبيقا لنص المادة7من الأمر رقم154/66المؤرخ في 08يونيو1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل[1].

ثانيا: مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008والتشريعات المكملة له

الملاحظ على القانون رقم08-09المؤرخ في25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، بأنه تبنى هو الآخر المعيار العضوي كأساس لتمييز المنازعات الإدارية عامة، ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مؤكدا على المعيار التشريعي لتحديد الاختصاص القضائي بين جهات القضاء العادي والإداري، حيث تعد المحاكم الإدارية جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية بصفة عامة، ويتحدد نطاق اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر والفصل في جميع المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية طرفا فيها وفقا لما نصت عليه المواد800و801و828من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، ويستثنى من ذلك المنازعات المتعلقة بمخالفات الطرق، أو المتعلقة بدعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية تطبيقا لنص المادة802من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

وما تجب الإشارة إليه أن أهمية المعيار العضوي لا تقتصر فقط على كونه معيار لتمييز المنازعات الإدارية عامة، ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بل تبرز أهميته كذلك في تمييز العمل الإداري وطبيعته وكذا تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري في المنازعات التي تثيرها أعمال الأشخاص المعنوية العامة الناشئة عن علاقاتها القانونية

[1] نص المادة7 من الأمر رقم154/66المؤرخ في 08يونيو1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل.

[2] القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21مؤرخة في23أبريل2008 المعدل والمتمم.

[3] المواد800و801و828من القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[4] المادة802من القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

العقدية أو غير العقدية[1]، باعتبار أن ضبط وتحديد الاختصاص القضائي يعد اختصاصا أصيلا للمشرع وفقا لنص المادة139من التعديل الدستوري لعام2020[2]، وذلك تفاديا لأي إشكالات في تنازع الاختصاص القضائي بتحديد نطاق تدخل واختصاص القضاء الإداري، وهو أمر يجعل المعيار العضوي آلية قانونية وتقنية تبناها المشرع الجزائري لتوزيع الاختصاص القضائي بين القضائيين العادي والإداري.

ومن بين التشريعات التي كرست المعيار العضوي لتوزيع الاختصاص القضائي ونطاق تدخل القضاء الإدارية في المنازعات الإدارية بصفة عامة، ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لاسيما ذات الطابع الدولي، القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار الذين كرسا المعيار العضوي في تحديد طبيعة النزاع الناشئ بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، والإقرار بإخضاع الخلافات الناشئة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي في إطار العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي، إلى الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا كقاعدة عامة، ما لم يتم الاتفاق على تسوية تلك الخلافات بطرق أخرى[3].

ومما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار العضوي لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية المرتبطة بأشخاص القانون العام، وبالخصوص منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الأمر المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتشريعات المكملة له.

[1]Ramdane BABADJI, le droit administratif en Algérie mutations et évolutions, thèse de doctorat d'état université de paris 1, p71.

[2]المادة139من التعديل الدستوري لعام2020، ج ر العدد82 المؤرخة في30ديسمبر 2020.

[3]المادة12من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، يقابلها نص المادة24من القانون رقم16-09المؤرخ في3اوت2016المتضمن بترقية الاستثمار.

ثالثا: الاستثناءات الواردة على الأخذ بالمعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية المختلفة بالتشريع الجزائري

بالرغم من استقرار المشرع الجزائري على تكريس المعيار التشريعي، والأخذ بالمعيار العضوي كأساس لتحديد الاختصاص القضائي وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري، من خلال التركيز على أطراف النزاع الإداري لتحديد طبيعة المنازعات التي تثيرها أعمال الإدارة العامة(أشخاص القانون العام) في إطار العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية مع المتعاملين معها، إلا أنه تبنى المعيار الموضوعي المادي كاستثناء على القاعدة العامة بالنظر إلى طبيعة نشاط الإدارة العامة من خلال الأخذ بمعياري المرفق العام والسلطة العامة كأساس لتمييز المنازعات الإدارية وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية عامة، ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، وهو أمر يؤدي دون شك إلى التوسيع من الاختصاص القضائي للقضاء الإداري خاصة في ظل تطور النشاط الإداري والمرافق العامة، وما تبعه من تطور للفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين وكذا الانتقادات الموجهة للمعيار العضوي وعدم كفايته وحده لتحديد طبيعة أعمال الإدارة العامة والمنازعات الناشئة عنها، وتحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عن الأعمال الإدارية للأشخاص المعنوية العامة، وتأثر المشرع الجزائري بتلك التطورات والتدخل من أجل تعديل بعض التشريعات وجعله تتماشى مع تلك التطورات لاسيما في الجانبين القانوني والقضائي.

فوفقا لمعيار المرفق العام يتحدد نطاق اختصاص القضاء الإداري وولايته العامة للنظر والفصل في المنازعات الإدارية الناشئة عن إدارة وتنظيم وتسيير المرافق العامة، بغض النظر على أطرافه، وهو أمر من شأنه التوسيع من نطاق اختصاص القضاء الإداري ليشمل جميع المنازعات التي يثيرها النشاط العام للمرافق العامة، على أن يختص القضاء العادي للنشاط الخاص للمرافق العامة[2]؛ ومن ناحية ثانية، تدخل الأعمال التي تستخدم فيها الإدارة العامة امتيازات السلطة العامة أعمالا إدارية والمنازعات الناشئة عنها منازعات إدارية تدخل

[1] رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.278.

[2] أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.2.

ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري كقاعدة عامة استنادا لمعيار السلطة العامة، وتكريسا للمعيار الموضوعي كأساس لتحديد الاختصاص القضائي للقضاء الإداري للنظر والفصل في منازعات أعمال الإدارة العامة الناشئة عن العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية، وتبعا لذلك يدخل ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ذلك ما جاء به القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المعدل[1]، الذي أكد على الطابع التجاري للمؤسسات العمومية الاقتصادية وخضوعها لقواعد القانون التجاري، واعتبارها كأحد أشخاص القانون الخاص التي تعد أعمالها كقاعدة عامة أعمالا عادية تعود الولاية العامة للقضاء العادي للنظر والفصل في المنازعات التي تثيرها[2].

غير أنه في المقابل أكد على الطبيعة الإدارية لأعمال المؤسسة العمومية الاقتصادية المتعلقة أساسا بتسيير أو إدارة مباني عمومية، أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية التي يتم تسييرها وفقا لعقد امتياز ودفتر الشروط العامة، وتعد المنازعات الخاصة بملحقات الأملاك العمومية منازعات إدارية يعود الفصل فيها للقضاء الإداري[3]، وقد أكدت المادة56من القانون رقم88-01المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المعدل، على اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات التي تثيرها أعمال المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي تستخدم فيها مظاهر السلطة العامة تسلم بموجبها وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات، وعقود إدارية أخرى، واعتبار المنازعات الناشئة عنها منازعات إدارية تدخل ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري[4].

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن القاعدة العامة هو تكريس المشرع الجزائري المعيار العضوي لتمييز المنازعات الإدارية بصفة عامة، ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة بما

---

[1]القانون رقم88-01المؤرخ في12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر العدد2 لسنة1988

[2]المواد3و7و20و36من القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

[3]المادة55 من القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

[4]المادة56 من القانون رقم88-01 المؤرخ في 12يناير1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في المنازعات التي تثيرها العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية لأعمال الأشخاص المعنوية، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الجزائري من ذلك قراره الصادر بتاريخ 12يناير 2001، وقراره بتاريخ21فبراير 2002استنادا لنص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية المعدّل، والمواد800و 801و 828من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون العضوي رقم98-01المؤرخ في30مايو 1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل بموجب القانون العضوي رقم11-13المؤرخ في26يوليو 2011المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم02/18المؤرخ في4مارس2018[1]، والقانون رقم98-02المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في30مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية[2]، والمرسوم التنفيذي رقم356/98المؤرخ في 14نوفمبر 1998 الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم02/98 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم11-195المؤرخ في22مايو 2011[3]، والقانون العضوي رقم98-03الخاص بمحكمة التنازع[4].

إلا أنه خروجا على المبدأ العام لتوزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية، اعتمد المشرع الجزائري في تشريعات خاصة المعيار الموضوعي كاستثناء على الأصل العام لتمييز أعمال الأشخاص المعنوية، وتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عنها لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية عامة، ومنازعات العقود الإدارية خاصة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الأمر الذي يؤدي دون شك إلى التوسيع من مجال اختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل في المنازعات الإدارية

[1]القانون العضوي رقم98-01المؤرخ في 30مايو 1998المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل بموجب القانون العضوي رقم11-13المؤرخ في26يوليو 2011 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم02/18المؤرخ في4مارس2018.

[2]القانون رقم02/98المؤرخ في30مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37، في 30مايو 1998، ج ر العدد37، 30مايو 1998.

[3]المرسوم التنفيذي رقم356/98المؤرخ في 14نوفمبر 1998الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم02/98، ج ر العدد85 في14نوفمبر 1998المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم11-195المؤرخ في22مايو 2011، ج ر العدد29، في22مايو 2011.

[4]القانون العضوي رقم98-03المؤرخ في3يونيو 1998يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر العدد39، بتاريخ3يونيو 1998.

المرتبطة بالأشخاص المعنوية بالتركيز على طبيعة العمل المرتبط بنشاط المرفق العام أو استهدافه تحقيق غايات المصلحة العامة.

وما تجب الإشارة إليه في هذا المجال أنه رغم عدم وجود نصوص صريحة منظمة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أن القاعدة التي تحكم المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية، أنها تدخل ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري إلا ما استثني بنص خاص وفقا للأحكام والقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو التشريعات المكملة له.

وبعد عرضنا للمعايير الفقهية والقضائية والتشريعية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية لاسيما المنازعات التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتوصل إلى أن القضاء الإداري كقاعدة عامة له الولاية العامة للنظر في جميع منازعات العقود الإدارية المختلفة تكريسا للمعيار العضوي الذي تبناه كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري وامتد كذلك للقضاء، إلا أن التوجه الحديث بالفقه الإداري والتطورات التي شهدها القانون الاقتصادي الدولي وما تبعه من تطور لقواعد التجارة الدولة، لاسيما في مجال تسوية منازعات العقود الاقتصادية الدولية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي، وبروز وسائل بديلة لتسوية تلك المنازعات دون اللجوء إلى جهات القضاء أبرزها التحكيم، وهو ما سنحاول التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(التوجه الحديث)

لقد أثارت مسألة لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في العقود الإدارية المختلفة جدلا واسعا واختلافا كبيرا في الفقه والقضاء الإداريين، بين مؤيد ورافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ذلك بأن معرفة مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يوجب علينا تحديد مفهوم التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الأول)، ثم التطرق بالدراسة لمسألة التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريع الفرنسي(المطلب الثاني)، ثم بيان مدى

جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريعين المصري والجزائري(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن تحديد مفهوم التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يوجب علينا التعرض أولا إلى تعريف التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم بيان الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد اختلفت تعريفات التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر يوجب ضرورة التطرق إلى التعريف القانوني للتحكيم(أولا)، وعرض أهم التعريفات الفقهية والقضائية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: التعريف القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لم تعط أغلب التشريعات المقارنة تعريفا محددا للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إخضاعه لقواعد خاصة بما يعني خضوعه لنفس القواعد والأحكام المنظمة للتحكيم في جميع منازعات العقود الإدارية، أو ورود ذلك في الأحكام العامة المشتركة المطلقة على العقود الإدارية كقانون المرافعات الفرنسي النافذ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أو الإحالة بنص خاص للقواعد الخاصة بالتحكيم، مثلما جاء بالمادة35من القانون رقم67 لسنة2010المؤرخ في18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، بإخضاع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري[1]، مع العلم أن التعريفات القانونية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تكاد تتقارب مع المفهوم الذي جاءت به اتفاقية نيويورك لسنة1958بشأن الاعتراف وتنفيذ

[1]المادة35من القانون رقم67 لسنة2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ج ر العدد19مكرر(أ)، السنة53 بتاريخ1مايو2010، الصادر بالقرار رقم238لسنة2011، ج ر العدد3مكرر(ب) بتاريخ23يناير2011.

أحكام المحكمين الأجنبية[1]، والقانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام1985المعدل عام2006[2]، وعرفت المادة1/2من اتفاقية نيويورك لعام1958التحكيم بأنه الاتفاق المكتوب الذي يلزم أطرافه بإخضاع كل أو بعض المنازعات الناشئة بينها في إطار علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، في المسائل التي يجوز التحكيم فيها[3]، كما تعرفه المادة2/أمن قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985والتعديلات المدرجة عليه لسنة2006، بأنه أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا[4]، كما عرفته المادة7 بأنه اتفاق بين أطراف معينة بإحالة نزاعاتهم للتحكيم، سواء كان في صورة شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي أو بوثيقة ملحقة به[5].

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده لم يعط تعريفا للتحكيم مكتفيا بالإشارة إلى اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم، وتعرف المادة1442من قانون المرافعات الفرنسي لعام1975 المعدل بالمرسوم رقم48لعام2011[6]، بأن شرط التحكيم يتضمن اتفاق بين الأطراف المتعاقدة اللجوء للتحكيم لحل المنازعات، كما عرفت المادة1447مشارطة التحكيم بأنها اتفاق الأطراف إخضاع نزاعاتهم للتحكيم[7]، وتعرفه المادة1/10من قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل بموجب القرار رقم9739لسنة2011بتاريخ15اكتوبر 2011، بأنه اتفاق أطراف معينة حل نزاعاتهم بواسطة محكمين والتحرر من إجراءات التقاضي أمام القضاء[8]،

---

[1]اتفاقية نيويورك لسنة1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية

[2]قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985المعدل عام2006، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي– الاونسيترال)، مع مراعاة التعديلات التي أجريت عام2006، وثيقة الأمم المتحدة/ 17 بتاريخ21 يونيو 1985

[3]المادة1/2من اتفاقية نيويورك لعام1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

[4] المادة2/أ من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985المعدل عام2006.

[5]المادة7من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985والتعديلات المدرجة عليها عام2006.

[6]تنص المادة1442من قانون المرافعات الفرنسي لعام1975 المعدل بالمرسوم رقم48لعام2011 على ما يلي:

« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.
La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage. »

[7]تنص المادة1447من قانون المرافعات الفرنسي لعام1975 المعدل بالمرسوم رقم48لعام2011 على ما يلي:

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. »

[8]المادة1/10من قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل بموجب القرار رقم9739لسنة2011، ج ر العدد236بتاريخ 15اكتوبر 2011.

كما لم يعط المشرع الجزائري تعريفا محددا للتحكيم عند تنظيمه للوسائل البديلة لحل النزاعات الواردة في القانون رقم08-09المؤرخ في25 فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، مكتفيا بالإشارة لشرط التحكيم بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه أطرف العقد المتصل بالحقوق أو المسائل القابلة للتحكيم، وعرض النزاعات الناشئة عنها على التحكيم وفقا للمادتين1006و1007من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، والمادة1011من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي عرفته بأنه اتفاق الأطراف عرض نزاعاتهم على التحكيم[3]، كما أشارت المادة12من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار على التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار بين الأشخاص العامة والمستثمرين[4].

كما أشارت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم2000/31للتحكيم، والسماح للدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات ومتعالميهم تسوية المنازعات بالتحكيم واستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني ونظم المعلومات لتسوية النزاعات[5]، ويعتبر التحكيم وفقا لقواعد القانون الدولي العام آلية لحل النزاعات بين أطراف القانون الدولي تسند لمحكمين تختارهم الدول المتنازعة[6]، ذلك بأن جل التعريفات التشريعية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة ركزت على مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ونطاقه، والتأكيد على مبدأ سلطان الإرادة والرضائية بالاتفاق على حل منازعات العقود الإدارية بالتحكيم.

---

[1]القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم

[2]المادتين1006و1007من القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[3]المادة1011من القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم

[4]المادة12 من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 50بتاريخ 28يوليو2022 المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد رقم46 بتاريخ3أوت2016.

[5]المادة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم2000/31؛ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.ص.37و44.

[6]Article2, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, "Convention" on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958, 2015;

أخذا عن الموقع الالكتروني: www.uncitral.orgتاريخ الولوج: على2020/09/05على الساعة17.00

ثانيا: التعريفات الفقهية والقضائية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لم يتفق الفقهاء حول مفهوم محدد للتحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، حيث يرى جانب فقهي بأن التحكيم آلية لحل نزاع من قبل طرف ثالث وفقا لتفويض من الأطراف المتنازعة دون اللجوء للقضاء، تحوز أحكامه حجية اتجاه أطرافه[1]، ويعرفه**J.ROBERT** بأنه منظمة العدالة الخاصة التي تُخرج المنازعات من ولاية القضاء وسلطان القانون العام، الذي تحسم به المنازعات من قبل أشخاص منحت لهم مهام قضائية[2]، كما يعرفه**René DAVID**بأنه وسيلة لحل النزاع بين شخصين أو أكثر بواسطة محكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاق أطرافه دون أن يتم تعيينهم من الدولة[3]، ويعرفه**AUBY**بأنه نظام استثنائي تستطيع الأشخاص العامة بواسطته إخراج منازعات العقود الإدارية من ولاية القضاء الإداري، وحسمها بالتحكيم استنادا لنص خاص يجيزه[4]، كما يعرف بأنه نظام لتسوية المنازعات بواسطة أشخاص طبيعيين يتم اختيارهم باتفاق الخصوم دون اللجوء للقضاء[5]، أو هو طرح نزاع معين على محكمين دون اللجوء للقضاء بناء على اتفاق عند إبرام العقد الأصلي(شرط التحكيم)، أو بعد قيام النزاع(مشارطة التحكيم) [6].

ومن ناحية ثانية، يعرف الدكتور **محسن شفيق** التحكيم بأنه نظام مختلط ينشأ باتفاق أطرافه ويصبح إجراء ثم ينتهي بقضاء، تحوز أحكامه الفاصلة في النزاع حجية قضائية اتجاه أطرافه[7]، كما يعرفه **ماهر أبو العينين** بأنه اتفاق بين الأطراف المعنية إخراج النزاع الناشئ

[1] Bay, L'arbitrabitte des litiges international de droit économique, Dalloz, 1992, p.122.

[2]"L'institution d'une justice privée grâce a laquelle litiges sont soustraits aux juridictions droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ;" J Robert, l'arbitrage droit interne, droit privé, 1éme éd, Dalloz,1993, paris, p.7.

[3] "L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes- l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leur pouvoirs d'une convention privé et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'état » ;René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, p.9

[4] J.M.AUBY,L'arbitrage en matière administrative, A.J.D.A, 1995, P.81.

[5]مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.39.

[6] Hudson manley o, international trununal ;1944,p.13 ;

أورده: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص.84.

[7]محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.30.

من اختصاص القضاء، وإسناد مهمة الفصل فيه لمحكم بقرار ملزم[1]، ويعرفه **علي صادق أبو هيف** بأنه الفصل في نزاع من شخص أو هيئة خاصة يتفق عليها الأطراف، واتجاه إرادتهم للالتزام بتنفيذ القرار الفاصل للنزاع[2]، ذلك بأن جل التعريفات الفقهية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ركزت على أهمية التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات والهدف منه وهو ما تأثر به الفقه القانوني الجزائري، ويمكننا تعريف التحكيم بأنه وسيلة لحسم منازعات أطراف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يخضع لنظام إجرائي خاص قوامه إخراج النزاع من ولاية القضاء الإداري وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون النافذ.

أما بالنسبة للتعريفات القضائية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الملاحظ على كل من القضاء الإداري المقارن والجزائري عدم استقراره على مفهوم محدد للتحكيم متبنيا المفهوم التشريعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه سلطة اتخاذ القرار الممنوحة للطرف الثالث والتسليم بالطبيعة القضائية لقرار المحكم[3]، كما عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه عرض نزاع محدد على محكم بناء على اتفاق أطراف النزاع، يفصل فيه وفقا لشروط حددها الطرفين، الذي يحسم بقرار نهائي مع مراعاة ضمانات التقاضي الرئيسية[4]، وتعرفه محكمة النقض المصرية بأنه طريق لحسم النزاعات قوامه الخروج على نظام التقاضي والتحرر من إجراءات المرافعات أمام القضاء المختص، مع مراعاة

---

[1]محمد ماهر أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والأفريقية التي تبنت قانون الانيونسترال النموذجي، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو1999، ص.8.

[2]علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط12، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص.743.

[3] "l'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers, et il reconnait un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre ;C.E. 21 Avril 1943, siedes atcticrs de constraction du Nord de la France ;

أورده: محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد34، العدد2، الأردن، 2007، ص. 358.

[4]حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم380لسنة3ق دستورية، بتاريخ2003/05/11؛ مجموعة المبادئ القانونية المصرية.قسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية ؛ أخذا من موقع sccourt.gov.eg، تاريخ الولوج2020/09/10 على الساعة15.00

الأصول الأساسية للتقاضي والتقيد بالقواعد المنصوص عليها في القانون النافذ للتحكيم[1]، أو هو طريق استثنائي لفض الخصومات بالخروج على الطرق العادية للتقاضي[2].

أما في الجزائر، الملاحظ على القضاء الإداري بأنه لم يعط تعريفا للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة مكتفيا بالتعريف الذي قدمه المشرع الجزائري عند تنظيم وضبط القواعد والأحكام المنظمة للتحكيم وفقا للقانون رقم08-09المؤرخ في25 فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم لاسيما المواد1006و1007و1011[3]، حيث يعرف التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بأنه اتفاق يقضي اتجاه إرادة أطراف عقد الشراكة عرض نزاع على محكم يكلف بحل النزاعات بقرار قطعي ملزم لأطراف الاتفاق، دون اللجوء للقضاء مع التقيد بالقواعد الخاصة بالتحكيم في القانون النافذ، تحت طائلة بطلان إجراءات أو قرار التحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم جدلا واسعا بالفقه الإداري وامتد للقضاء والتشريع، وهو ما يبرز أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تعددت الآراء الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في المجال الإداري، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

أولا: الرأي الفقهي المؤكد على الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يؤكد جانب فقهي على الطبيعة التعاقدية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، مُركزين على اتفاق أطراف النزاع ورغبتهم في تسوية خلافاتهم بالتحكيم دون اللجوء للقضاء[4]،

---

[1] حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم 1403 لسنة 55 قضائية جلسة 1998/11/20؛ أورده: مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص.24.

[2] حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم4837لسنة65قضائية، جلسة2001/11/26؛ أورده: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.42.

[3] المواد1006و1007و1011من القانون رقم09/08المؤرخ في25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[4] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، عقد التحكيم وطبيعته وآثاره(المحكم ورده وعدم صلاحيته، الخصومة في التحكيم وإجراءاتها، حكم التحكيم وطبيعته وإصداره، وتنفيذه والطعن فيه، والدعوى ببطلانه، التحكيم الإجباري في قانون

بما يجعل التحكيم أحد العقود الرضائية بين الأطراف المتعاقدة، ويضفي على قرارات التحكيم حجية اتجاه أطرافه[1]، خاصة وأن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يهدف إلى الموازنة بين المصالح المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم دون اللجوء للقضاء، كما تكون أحكام التحكيم محلا لدعاوى البطلان الأصلية المتعلقة بالحقوق، واللجوء للقضاء الوطني من أجل تنفيذه[2].

ومن ناحية ثانية، أكدت بعض التشريعات المقارنة على الطبيعة التعاقدية للتحكيم بما يجعل التحكيم أداة تهدف للموازنة بين مصالح الأطراف المعنية وفقا لقواعد العدالة[3]، كما أن الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم مرتبط إلى حد كبير بطبيعة التعاقدات الدولية التي أصبحت تفرض على الدول أو الأشخاص الاعتماد على آليات أكثر مرونة وسرعة لتسوية المنازعات مقارنة بالنظام الإجرائي للتقاضي أمام القضاء، وهو أمر أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ27يونيو1937، بأن قرارات التحكيم الصادرة استنادا لمشارطة التحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشاركها في صفتها التعاقدية، دون اعتبار حكم التحكيم كحكم قضائي[4]، وهو ما استقر عليه القضاء المصري بتأكيده على الطابع التعاقدي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، واعتبار التحكيم نظام خاص للتقاضي قوامه الخروج على أساليب التقاضي أمام القضاء[5].

ويؤخذ على الاتجاه أنه يركز على مبدأ سلطان إرادة الأطراف والاتفاق على التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية، لأن اللجوء للتحكيم مرتبط بوجود نص يجيزه والمسائل القابلة للتحكيم حتى وإن كان يرتكز على إرادة الأطراف، كما أن إرادة الأطراف في اختيار

القطاع العام، الإجراءات الواجبة الإتباع، مدى قابلية الحكم للطعن فيه وتنفيذه، التحكيم في قوانين الاستثمار)، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007،ص.18.

[1]رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الأول(طبيعة التحكيم في التجارة الدولية)، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س1، العدد2، مطابع صوت الخليج، الكويت، 1977، ص54

[2]فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص.51

[3]فتحي والي، المرجع نفسه، ص.51

[4]أورده: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية،ج1، ط1، ب د ن، 1998، ص.38

[5]محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.51.

المحكمين ليست مطلقة، وتكون أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع قابلة للطعن بالبطلان أمام القضاء، فضلا على تقييد للتحكيم بنظام قانوني حدده المشرع الوطني، حتى في ظل التسليم بقدرة الأطراف الاتفاق على تسوية النزاعات بالتحكيم، كما لا يمكن الخلط بين الطبيعة التعاقدية للعقد والاتفاق على التحكيم والتحكيم ذاته، لأن الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم لا يمتد بالضرورة للتحكيم ذاته لاستقلالية شرط التحكيم عن العقد المبرم، لاسيما في العقود الدولية المرتبطة بمتطلبات التجارة الدولية وقواعد التعامل أو التعاون الاقتصادي الدولي.

ثانيا: الرأي الفقهي المؤكد على الطبيعة القضائية للتحكيم

يؤكد هذا الرأي على الطبيعة القضائية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لأن التحكيم كاتفاق إرادي لأطرافه لا ينزع عنه طبيعته القضائية، وأن المحكم حال فصله في المسألة محل التحكيم يصدر قرارات مُلزمة تحوز حجية قضائية وهي خاصية مُميزة للأحكام القضائية، وأن التحكيم إجراء يبدأ باتفاق أطرافه وينتهي بحكم نهائي حاسم للنزاع الذي يعد من الأعمال القضائية[1]، ويجمع التحكيم بين عناصر العمل القضائي على أن تنصب الطبيعة القضائية على حكم التحكيم دون اتفاق التحكيم الذي تبقى له الطبيعة التعاقدية[2]، كما أن اللجوء للتحكيم لا يوحي بتنازل أطراف النزاع عن اللجوء للقضاء الداخلي، والهدف من ذلك هو اختيار الطرق الأكثر سرعة ومرونة والأقل تعقيدا لحسم النزاع باللجوء لهيئة تحكيم أو محكم تسند له مهمة حسم النزاع بقرار نهائي ملزم لأطرافه يحوز حجية الشيء المقضي فيه[3].

ولقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه حول أساس الاختصاص القضائي للمُحكمين بين اتجاهين، يركز الأول بأن ممارسة اختصاص المحكم يكون بناء على تفويض قضائي من الدولة، في حين يرى جانب آخر بأن التحكيم أحد الجهات القضائية بالدولة[4]، لأن بيان الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، مرتبط إلى حد كبير بعملية تنفيذ أحكام التحكيم الفاصلة في نزاع معين، فإذا كان تكييف القاضي لحكم التحكيم بأنه عقد

---

[1] والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص53.

[2] أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.197.

[3] أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص.197.

[4] والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص54.

كان تنفيذه تبعا لذلك، أما إذا كان تكييفه القانوني كحكم قضائي يخضع لنفس القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية، وهو أمر أقره كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري، وعليه فرغم الطابع القضائي الغالب على التحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، إلا أن الاعتماد على هذا القول وحده غير كاف باعتبار أنه لا يمكن إهمال الطابع الاتفاقي للتحكيم بغض النظر على حجج أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم.

ثالثا: الرأي الفقهي المؤيد للطبيعة المختلطة للتحكيم

يجمع هذا الرأي بين الطابع التعاقدي والقضائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والأخذ بمعيار العقد والقضاء لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لتسوية منازعات أطراف اتفاق التحكيم، وهو أمر من شأنه الموازنة بين مبدأي احترام سلطان الإرادة والتقيد بقواعد القانون[1]، وإدراج التحكيم ضمن الأعمال القضائية الخاصة التي لا تعتمد على نفس إجراءات التقاضي أمام القضاء، أو عدم مراعاته للأشكال المحددة لصدور الأحكام القضائية واستناده لأحكام العرف ومبادئ القانون والعدالة لحسم النزاع محل التحكيم[2]، حيث يعد التحكيم اتفاقا مُلزما تُتَبَعُ فيه إجراءات خاصة غير الإجراءات القضائية، تُحسم فيه النزاعات بقرار من المحكم يحوز حجية الأحكام القضائية ويضفي على قرارات التحكيم الصفة القضائية، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بحكمها في6فبراير 1986، وأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة تحكمه صفتين متعاقبتين ومتلازمتين تبرز الصفة التعاقدية عند اتفاق أطراف التحكيم لحل النزاع والرغبة في إخراج النزاع من ولاية القضاء الوطني، والصفة القضائية ببداية الادعاء ومباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية وصدور قرار قاطع في النزاع محل التحكيم، واللجوء إلى القضاء لتنفيذ الحكم وإسباغه بالصيغة التنفيذية من أجل تنفيذه[3].

أضف إلى ذلك لا يحوز المحكم سلطة الأمر بالتنفيذ الممنوحة للقاضي، بما يفرض عليه اللجوء إلى القضاء لإلزام أطراف التحكيم بتقديم المستندات الضرورية أو الاستعانة

---

[1] حداد حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة، ج1، دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع، 2010، ص.83

[2] حداد حمزة أحمد، المرجع نفسه، ص83

[3] علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص.32.

بالشهود أو إدخال الغير في الخصومة التحكيمية[1]، وهو ما دفع جانب فقهي للقول بأن التحكيم في العقود الإدارية المختلفة ليست له الطبيعة التعاقدية أو القضائية المحضة، بما يجعله نظام خاص للتقاضي تحكمه عدة إجراءات ومراحل متعاقبة تبدأ بالاتفاق على التحكيم وتنتهي بحسم النزاع وصدور قرار حاسم للنزاع محل التحكيم يحوز حجية اتجاه أطرافه.[2]

ولقد انتقد هذا الاتجاه لأنه لم يأتي بالجديد والاكتفاء بالدمج بين النظرتين السابقتين والربط بين موضوع اتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم، وهو أمر قد يؤدي إلى الخلط بين حجية التحكيم وقوته التنفيذية، كما أن القول بعدم اكتساب حكم التحكيم لحجية قضائية إلا بعد إسباغه بالصبغة التنفيذية من قبل القضاء، هو قول يفقد حكم التحكيم أهميته وفعاليته كوسيلة لحل النزاع دون اللجوء للقضاء، ويؤدي إلى إنكار أهمية وقيمة التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، ويتناقض إلى حد كبير مع مقاصد المشرع والتنظيم التشريعي للتحكيم[3]، فضلا على عدم اتفاق أنصار الرأي بشأن الإطار الزمني المحدد للطبيعة التعاقدية لعمل المحكم وطبيعته القضائية، الذي يعد مسألة جوهرية للنظرية المختلطة ويتعارض مع الاتجاهات الفقهية السابقة[4].

رابعا: الطبيعة القانونية للتحكيم في التشريع المقارن والتشريع الجزائري

أكدت معظم التشريعات الداخلية المقارنة على الطبيعة المختلطة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتغليب الطبيعة القضائية له كالتشريع الفرنسي الذي تبنى الطبيعة المزدوجة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، واعتبار أن شرط أو مشارطة التحكيم اتفاق بين الأطراف المعنية عرض نزاعاتهم على التحكيم يخضع للأحكام المنظمة للأعمال القضائية، يمكن للأشخاص العامة اللجوء إليه في المسائل القابلة للتحكيم طبقا للمواد2060 و1442و1447من قانون المرافعات الفرنسي الحالي[5]؛ ومن ناحية ثانية، التأكيد على الطابع القضائي المميز لكافة

[1]عادل محمد جبر شريف، الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص.193.

[2]سيد أحمد محمود محمد، مفهوم التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.ص.47.

[3]علي رمضان بركات، المرجع السابق، ص.32.

[4]خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص.81.

[5]المواد2060 و1442و1447من قانون المرافعات الفرنسي الحالي

مراحل وإجراءات التحكيم، سواء من حيث اختصاص قاضي الدعم بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم لعدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين طبقا للمواد1451إلى1454من قانون المرافعات الفرنسي الحالي[1]، أو تصريح قاضي الدعم بألا وجه للتعيين عندما يكون اتفاق التحكيم غير قابل للتنفيذ أو واضح طبقا للمادة1455من قانون المرافعات الفرنسي الحالي[2]، أو حتى دور القضاء في تحديد طبيعة النزاع محل التحكيم وفقا للمادة1456من قانون المرافعات الفرنسي الحالي[3]، بما يوحي اتجاه إرادة المشرع منح قاضي الدعم سلطات على كافة مراحل وإجراءات الخصومة التحكيمية.

والملاحظ على المشرع المصري تأثره بالمشرع الفرنسي بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع تغليب الطبيعة القضائية على التحكيم بمنح القضاء سلطات على كافة مراحل وإجراءات الخصومة التحكيمية وتنفيذ أحكام التحكيم طبقا للمادة9من قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل، أو الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم وفق للمادتين53و54قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل والمتمم، وإضفاء حجية قضائية على أحكام التحكيم التي تكون واجبة النفاذ وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون التحكيم[4]، وكذا اختصاص رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم[5].

أما المشرع الجزائري نجده تأثر بالتشريع الفرنسي بتبني الطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم كأداة لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، مع تغليب الطابع القضائي على نظام التحكيم بإضفاء الطبيعة القضائية على أحكام التحكيم وإدراجها ضمن الأعمال القضائية مع احتفاظ اتفاق التحكيم بالطبيعة التعاقدية، ويبرز دور القضاء في مجال التحكيم على كافة مراحل وإجراءات الخصومة التحكيمية، سواء بمنح رئيس محكمة دائرة الاختصاص مكان إبرام العقد أو تنفيذه سلطة تعيين المُحكمين، والتصريح بعد المعاينة بألا

[1] المواد 1451إلى1454من قانون المرافعات الفرنسي الحالي

[2] المادة1455 من قانون المرافعات الفرنسي الحالي

[3] المادة1456من قانون المرافعات الفرنسي الحالي

[4] المادة55من قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل والمتمم

[5] المادة56من قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل والمتمم

وجه للتعيين عندما يكون شرط التحكيم غير كاف أو باطل لتعيين هيئة التحكيم[1]، كما أجاز المشرع الجزائري اعتراض الغير الخارج عن الخصومة للطعن ضد أحكام التحكيم، كما يتم الطعن بالاستئناف ضد أمر رفض التنفيذ خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض[2].

المطلب الثاني: مدى قابلية التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريع الفرنسي

لقد أثارت مسألة لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في العقود الإدارية المختلفة جدلا واسعا بالفقه الإداري الفرنسي، بين مؤيد ورافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولبيان ذلك سيتم أولا تحديد موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم بيان موقف الفقه الإداري الفرنسي من ذلك(الفرع الثاني)، وكذا بيان موقف القضاء الفرنسي من المسألة(الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد كرس المشرع الفرنسي في البداية مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية كقاعدة عامة[3]، حيث يجد هذا المبدأ مصدره وأساسه القانوني في المادتين83و1004من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1803الملغى، التي حلت محلهما المادة2060من القانون رقم1972/626المتضمن القانون المدني لعام1972، وفي مرحلة ثانية اتجه نحو التخفيف من الحظر تماشيا مع الواقع الذي تعمل في إطاره المرافق العامة، واستجابة للتطورات الناجمة عن التقدم الاقتصادي، حيث أجازت المادة2060بعد تعديلها بالقانون رقم596بتاريخ9يوليو1975لبعض المؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتها بناء على مشارطة التحكيم مع الترخيص بموجب مرسوم[4]، وتطبيقا لذلك صدر مرسوم رقم56-2002بتاريخ18يناير2002الذي أجاز للمؤسسات العامة ذات الطابع

[1] المادة1009من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

[2] المادة1035من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

[3] Pierre DELVOLVE ,L'arbitrage en droit public Français- in L'arbitrage en droit public sous la dire. de David Renders, Pierre Delvolvé et ThierryTanquerel Bruylant, 2010, P189.

[4] المادة2060فقرة2من القانون المدني الفرنسي الحالي

الصناعي والتجاري في مجالات الغاز والمعادن والكهرباء اللجوء للتحكيم[1]، تحت طائلة بطلان التحكيم طبقا للمادة2061من قانون المرافعات الفرنسي المعدلة بالمادة126من القانون الصادر بتاريخ15 مايو2001[2].

غير أن هناك بعض التشريعات الخاصة أجازت التحكيم كالمادة69من القانون الصادر في14أفريل1906الخاص بالميزانية العامة للنفقات والمداخيل[3]، وقانون الصفقات العمومية لعام2009بإضافة المادة128الخاصة بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية[4]، والقانون الصادر بتاريخ2يوليو1990الذي أجاز لإدارة البريد اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، والقانون الصادر بتاريخ30ديسمبر1982الذي منح للشركة الوطنية للسكك الحديدية إمكانية اللجوء للتحكيم، وغيرها من النصوص القانونية التي تم إدماجها في مدونة القضاء الإداري الفرنسي لاسيما المادة311[5].

ومن ناحية ثانية، أورد المشرع الفرنسي استثناءات على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية، والتصريح بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، الأمر الوارد في بعض التشريعات الداخلية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها فرنسا، من ذلك ما جاء في المادة9من القانون رقم86/972الصادر في19أوت1986 الخاص بإنجاز وتشييد منتجع "اورو ديزني" الذي يعد من القوانين المنظمة للعقود الإدارية الدولية[6]، كما تضمنت بعض الاتفاقيات الدولية تسوية منازعات عقود الدولة بالتحكيم، ولعل من أهمها المادتين16و17من الاتفاقية الفرنسية الايطالية المصادق عليه بتاريخ14مارس1953لإنجاز نفق مونت بلن[7]، والمادة19من معاهدة كناتو زيبري

[1]مرسوم رقم56-2002 بتاريخ18يناير2002

[2]المادة2061 من قانون المرافعات الفرنسي التي تم تعديلها بموجب المادة126من القانون الصادر بتاريخ15مايو2001

[3]المادة69من القانون الصادر في14أفريل1906الخاص بالميزانية العامة للنفقات والمداخيل

[4]المادة128من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لعام2009 المعدل

[5] المادة311من قانون القضاء الإداري الفرنسي الحالي

[6] L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986, portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales

[7]Articles 16 et 17 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par le décret n°60-203 du 20 février 1960

بتاريخ12فبراير1986لبناء واستغلال الربط القار للمانش[1]، والمادة10من اتفاقية مدريد المصادق عليه في10اكتوبر1995لانجاز وتشييد خط السكك الحديدية السريع بين فرنسا واسبانيا[2]، والمادة9من القانون رقم372-86 الصادر في19أوت1986 والترخيص للأشخاص العامة اللجوء للتحكيم في العقود الدولية لتنفيذ معاملات لتحقيق مصلحة قومية أو وطنية تبرر اللجوء للتحكيم، مع اشتراط صدور مرسوم بخصوص ذلك[3].

كما أجاز المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في12جويلية1999، للمؤسسات العلمية والثقافية المساهمة في تسيير وإدارة مرفق عام، إمكانية اللجوء للتحكيم في مسائل تنفيذ العقود المبرمة في إطار الشراكة مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية[4]، ومن ذلك أيضا ما جاء في المادة18من اتفاقية الشراكة الفرنسية الإماراتية بتاريخ6مارس2007 الخاصة ببناء وتنظيم متحف غرافي للوفر بالإمارات **Muséographique** والنص على حل النزاعات الناشئة مع الشريك الإماراتي بواسطة التحكيم[5].

وبالرجوع لأحكام القانون رقم559-2004الصادر في17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعدل بالقانون رقم735-2008الصادر في28يوليو2008المعدل، نجد أن المشرع الفرنسي أضفى الطابع الإداري على عقود الشراكة التي يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة عنها[6]، والنص صراحة على جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة التي تبرمها الأشخاص العامة طبقا للمادة11من القانون رقم559-2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل بالقانون رقم735-

[1]Article 19du Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans -Manche, publié par le décret n°87-757 du 9 septembre 1987.

[2]Article 10 de l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par le décret n°98-98 du 16 février 1998 pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne.

[3] Art9 Loi n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney)

[4]Article 2 du loi n°99-587du 12 juillet 1999sur l'invention et la recherche ,JORF n°160 du13juillet1999, www.legifrance.gouv.fr.

[5]Articl8 pour le décret n°2008-879du 1er septembre2008,JORF n°0205 du3septembre2008, www. legifrance. gouv.fr.

[6]نص المادة1من القانون رقم559-2004الصادر في17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعدل بالقانون رقم735-2008الصادر في28يوليو2008 المعدل.

2008الصادر في28يوليو2008المعدل[1]، دون تمييز التحكيم بأحكام خاصة والتأكيد على تطبيق القانون الفرنسي، وهو ما يدل على اتجاه إرادة المشرع إلى إخضاع التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لنفس القواعد المنظمة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بالقانون الفرنسي.

ومن ذلك أيضا ما أقرته المادة90من الأمر رقم899-2015الصادر في23يوليو2015المعدل لقانون الصفقات العمومية بجواز لجوء المتعاقدين وفقا لهذا القانون تسوية النزاعات بالتحكيم وفقا لأحكام الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة مع تطبيق القانون الفرنسي، على أن يكون التحكيم بمقتضى مرسوم بناء على تقرير الوزير المختص والوزير المسؤول عن الاقتصاد[2]، وما يلاحظ على المشرع الفرنسي في ظل قانون الشراكة الفرنسي أنه نص صراحة على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها دون الإشارة إلى آليات أخرى، وأكثر من ذلك أنه لم ينص حتى على اختصاص القضاء الإداري في تلك المنازعات، غير أن ذلك يمكن تفسيره بولاية القضاء بنظر جميع منازعات عقود الأشخاص العامة بما فيها منازعات عقود الشراكة، وهو ما يعد استثناء على القاعدة العامة التي تبناها المشرع الفرنسي بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا ما استثني بنص خاص[3]، مثلما أقرته المادة11من الأمر رقم559-2004الصادر في17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل، ولعل ما يبرر موقف المشرع الفرنسي اقتناعه بالأهمية البالغة للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطابع الدولي[4].

---

[1]تنص المادة11من القانون رقم735-2008الصادر في28يوليو2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 559-2004 الصادر في17يونيو2004 المتضمن قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

« I) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française »

[2] Art90 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38 .

[3]شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014 ص.334

[4]شهاب فاروق عبد الحي عزت، المرجع نفسه، ص.335

الفرع الثاني: موقف الفقه الإداري الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد اختلف الفقه الفرنسي بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بين مؤيد ومعارض لمبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، وتبعا لذلك سيتم تحديد موقف الفقه الإداري المؤيد لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة(أولا)، ثم التطرق إلى موقف الفقه الرافض لذلك(ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإداري المؤيد لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة

يذهب أصحاب الرأي إلى إنكار التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص العامة، لأنه من غير المقبول إخضاع أعمال الدولة إلى المحكمين في المسائل التي يحظر فيها حتى على القضاء العادي التدخل، وهو ما يعد اختصاصا حصريا لجهات القضاء الإداري دون غيرها تجسيدا لمبدأ توزيع الاختصاص القضائي بين القضائيين العادي والإداري الذي يعد من النظام العام[1]، وتقيدا بأحكام القانون المكرس لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، إلا ما استثني بنص خاص تطبيقا لنص المادة2060من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر، ومن ذلك ما أكد عليه الفقيه E. LAFERRIERE مستندا في ذلك على أحكام المادة2060من القانون المدني الفرنسي التي حلت محل المادتين83و1004من القانون المدني الملغى[2]، ويستند أصحاب الرأي بأن لجوء الأشخاص العامة لتسوية منازعاتهم مع الغير يشكل مساسا بسيادة الدولة واعتداء على ولاية قضاءها الوطني للنظر في منازعات العقود الإدارية وفقا لتشريعاتها الداخلية[3].

كما يعد تطبيق المحكم لمبادئ أو قواعد قانونية أخرى على النزاع محل التحكيم تجاهلا لقواعد القانون الداخلي النافذ، وهو أمر يتعارض مع خصوصية وطبيعة العقود الإدارية وشروطها الاستثنائية تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة المنفردة كاستثناء يرد على مبدأ الرضائية في العقود المدنية، هذا فضلا على أن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة يتعارض مع فكرة النظام العام بالقانون الوطني، وحرص المحكم على تغليب

[1] Michel rousset , Arbitrage en droit Public, AJDA , France, 1997 , P 30.

[2] A. De Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, op. cit, p. 955-956

[3] مراد المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي(دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص.62.

المصلحة الخاصة لأطراف التحكيم على المصلحة العامة[1]، وهو ما دفع جانب بالفقه الإداري التأكيد على الطبيعة المركبة لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية تجد أساسها ومصدرها في نصوص القانون النافذ ذاته[2]، ويؤخذ على هذا الاتجاه نتيجة موقفه المشدد المؤيد لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، باعتبار أن التحكيم نظام تجيزه التشريعات الداخلية بالدولة دون الإنقاص من سيادتها، أو يشكل تعارضا مع فكرة النظام العام، كما أن اتفاق الدولة والمتعاقدين معها لتسوية المنازعات بالتحكيم يوحي باتجاه إرادة الدولة عدم التمسك بالشروط الاستثنائية أو الحصانة القضائية في منازعات العقود الإدارية، مع مراعاة ذلك عند اختيار المحكم بما يتماشى مع قانون الدولة المضيفة.

ثانيا: موقف الفقه الإداري المنكر لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة

يتجه جانب فقهي أمثالCharles LARROSSONوDominique FOUSSARD إلى رفض مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة[3]، لأن حظر التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه يؤدي إلى الإضرار بالمصالح الاقتصادية للدولة لاسيما ذات الطابع الدولي[4]، وحجتهم في ذلك أن التحكيم في حقيقته لا يتعارض مع مبدأ سيادة القانون الداخلي أو يمس بولاية القضاء الوطني للنظر في منازعات العقود الإدارية[5]، وأن المحكم كالقاضي مقيد بالمبادئ والقواعد الأساسية للتقاضي تحت طائلة بطلان التحكيم[6]، أضف إلى ذلك أنه مادام مبدأ الحظر يستند على القانون كما قلنا سابقا، إلا أنه في المقابل أجاز التحكيم في بعض مسائل محددة على سبيل الحصر كما جاء به القانون الصادر بتاريخ17أفريل1906[7]، والقانون المتعلق بهيئة البريد والمواصلات الفرنسية الصادر

---

[1]عبد المجيد اسماعيل محمد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص.1.

[2] C. JARROSSON, L'arbitrage en droit public, AJDA, France, 1997, p. 17.

[3]شفيق ساري جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص1999، ص.189.

[4]البطوش عبد الله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2014، ص. 83

[5]شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونية الفرنسي والمصري، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص.315

[6]كامل الخليل محمد، التحكيم في العقود الإدارية، دار الكتب، مصر، 2009، ص. 75

[7]القانون الصادر بتاريخ17أفريل1906.

في2يوليو1990بخصوص جوازية التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة[1]، والمادة311-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ[2]، وأجازه صراحة الأمر رقم559-2004الصادر بتاريخ17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي والتعديلات المدرجة عليه[3]، بما يوحي بأن حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة ليس على إطلاقه، وإنما ترد عليه استثناءات محددة بنصوص خاصة، ويتحدد نطاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بنطاق المسؤولية العقدية فقط بما يضفي على التحكيم الخصوصية لتسوية منازعات العقود المبرمة مع الأشخاص العامة.

وفي المقابل يجب أن يبقى مجال التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة محصورا، والتأكيد على اختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من خلال وضع ضوابط محددة ملزمة للأشخاص العامة عند اللجوء للتحكيم، لأن إطلاق ذلك يؤدي دون شك إلى فتح المجال أمام الأشخاص العامة وتنصلها من إخضاع أعمالها الإدارية لاسيما التعاقدية منها لرقابة القضاء باللجوء للتحكيم، ويؤدي إلى إهمال دور القضاء الوطني بالدولة[4]، كما أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة لا يعني تنازل أطراف اتفاق التحكيم عن اللجوء للقضاء الإداري، الذي تمتد سلطته لتشمل كافة مراحل وإجراءات الخصومة التحكيمية وتقدير مدى مشروعيتها أو ما تعلق بتنفيذ أحكام التحكيم أو الطعن فيها، كما تختص محكمة الاستئناف قانونا بالفصل في مسائل الاعتراف وبطلان أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وفقا للأحكام والإجراءات في قانون الإجراءات المدنية النافذ[5].

[1]القانون الصادر في2يوليو1990.

[2]نص المادة311-1من قانون القضاء الإداري الفرنسي النافذ.

[3]المادة11من الأمر رقم 559-2004 الصادر بتاريخ17يونيو2004 المتضمن قانون الشراكة الفرنسي الخاص المعدل.

[4]عبد الباسط حسين جمال علي، دور العقود الإدارية في التنمية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص.73

[5]المواد1515إلى1527من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ.

الفرع الثالث: موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن امتداد الخلاف الفقهي بخصوص التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، إلى القضاء جعل موقفه مختلفا في هذا الشأن، ومن أجل بيان ذلك سيتم تحديد موقف القضاء الإداري الفرنسي من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة(أولا)، ثم بيان موقف محكمة التنازع من ذلك(الفرع الثاني).

أولا: موقف القضاء الإداري الفرنسي من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لقد تميز موقف مجلس الدولة الفرنسي بالتشدد وعدم قبول التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة استنادا على المادة2060من القانون المدني الفرنسي، التي تمنع الأشخاص الاعتبارية من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، وهو ما أكده مجلس الدولة في قراراته سواء استنادا على المادتين83و1004من قانون الإجراءات المدنية لعام1806الملغى، أو المادة2060من القانون المدني التي حلت محلهما كحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ13ديسمبر1957في قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل بعدم جوازية التحكيم إلا بنص صريح، وأن المرسوم المستند عليه مشوب بعدم المشروعية رغم الطابع التجاري والصناعي للشركة العمومية وفقا للمادة631من القانون التجاري الفرنسي، وهو ما أدرجه مفوض الحكومة**GZIER** ضمن المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي[1].

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاداته على مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ومن ذلك قراره في6مارس1986بخصوص عقد الأشغال العامة وتأكيده بعدم جواز التحكيم في منازعات تدخل ضمن اختصاص القضاء الوطني[2]، وقراره بتاريخ6مارس1986الخاص بمشروع ديزني لاند، برفض تضمين العقود الإدارية بما يشير

[1]CE, Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, p. 677, concl F. Gazier, , D.1958 , L'arbitrage et les personnes morales de droit public ،Intervention de M. Jean-Marc Sauvé Vice président du Conseil d'Etat Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, conseiller de tribunal Colloque du 30 septembre 2009 organisé au Conseil d'Etat par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public. Administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat discours13octobre2009, www.conseil d'Etat.fr ;

تاريخ الزيارة يوم2021/08/20على الساعة10.00

[2] C.E avis ,6 mars 1986, les grands avis du conseil d'état, p.175, https://www.conseil-Etat.fr

تاريخ الزيارة يوم2021/08/20على الساعة10.00

إلى التحكيم لتسوية منازعاتها استنادا للماد2060من القانون المدني الفرنسي[1]، وهو ما كان سببا رئيسيا لصدور قانون19أوت1986الذي أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية التي تستهدف أغراض ذات نفع دولي أو قومي عام[2]، غير أن مجلس الدولة في قراره بتاريخ3مارس1989أكد على ولاية القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية المختلفة رافضا إخضاعها لأية جهة أخرى[3]، وهو ما كان محل انتقاد شديد بالفقه الفرنسي.

مع العلم أن الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي حول حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، لم يبقى على إطلاقه خاصة بعد تغير موقف المشرع الفرنسي وإدراج تعديلات على بعض تشريعات العقود الإدارية، وإجازة التحكيم بصورة استثنائية في منازعات العقود الإدارية لاسيما ما جاء به الأمر رقم559-2004الصادر بتاريخ17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل، وهو ما يوحي بتطور موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، حيث أشار إلى إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في حكمه بتاريخ29سبتمبر2004في قضية**SUEUR et autre**، رغم رفضه الطعن بإلغاء المقتضيات الخاصة بالتحكيم المنصوص عليها في قانون الشراكة الفرنسي، إلا أنه أكد على صحة تلك المقتضيات، معتبرا أن الجانب الاقتصادي في عقود الشراكة يوجب تسوية منازعاتها بالتحكيم[4]، ليعود إلى موقفه الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في حكمه بقضية**L'INSERM** بتاريخ31يوليو2009بخصوص الطعن بالبطلان المقدم من**INSERM** ، مقررا إحالة الدعوى على محكمة التنازع لتحديد مدى اختصاص القضاء الإداري بالطعن في النزاع الناشئ عن العقد المبرم بين المعهد الوطني للصحة والأبحاث الطبية(**INSERM**) والشركة الخاصة النرويجية(**LEBTEN.F.SAUGISTA**)[5]، وأن قرار مجلس الدولة بإحالة النزاع على محكمة

---

[1] حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ 6مارس1986الخاص بمشروع ديزني لاند؛ أورده: المواجدة مراد، المرجع السابق، ص.108.

[2] القانون الصادر في 19أوت1986

[3] Conseil d'État Section, 3 Mars 1989,N°79532 Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes; https://www.legifrance.gouv.fr تاريخ الزيارة2021/09/16 على الساعة10.00

[4] قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ29سبتمبر2004 منشور بالموقع:https://www.conseil-Etat.fr تاريخ الزيارة:2021/08/10على الساعة17.00

[5] CE, 31 juillet. 2009, n°309277, 7ème et 2ème sous-sections réunies , https://www.conseil-Etat.fr,

التنازع الفرنسية لتحديد مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه القضية، تأكيدا لموقفه التقليدي الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، محملا محكمة التنازع مسؤولية الفصل في مسألة الاختصاص بهذا النزاع، خاصة في ظل استقرار محكمة الاستئناف بباريس تغليب الطبيعة التجارية الدولية على الطابع الإداري للعقود الإدارية.

ومن ناحية ثانية، أدت التطورات الحاصلة في القانون والقضاء الإداري الفرنسي إلى تطور موقف مجلس الدولة الفرنسي حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، ومن مظاهر ذلك ما أكده نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بمداخلته في ندوة التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام بتاريخ30أوت2009[1]، التي كانت بمثابة تأييد لتقرير لابوتول حول التحكيم في المجال الإداري، وهو ما يوحي بتطور موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، والتوجه نحو المطالبة بتكييف مقتضيات التحكيم بما يتماشى مع متطلبات وخصوصية المنازعات الإدارية المختلفة للموازنة بين مقتضيات المصلحة العامة ومهام وضرورات المرافق العامة، مع التأكيد على اختصاص القضاء الوطني للنظر في جميع المنازعات الإدارية، على أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مقيد بجملة من الشروط الملزمة، ويوجب احترام المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية لضمان حرية التعاقد في المجال الإداري، وتكريس مبدأ المساواة أمام الطلبات العمومية وكفالة الأمن القضائي، وكذا ضمان شفافية التعاقد في المجال الإداري وتوفير الحماية اللازمة للمال العام[2]، وتبقى السرية في المنازعات التجارية لاسيما ذات الطابع الدولي مقتصرة على إجراءات الخصومة التحكيمية، على أن يتم تكريس مبدأ العلنية بخصوص أحكام التحكيم النهائية الفاصلة في النزاع محل التحكيم، ومراعاة الضمانات القضائية والقانونية لاسيما ما تعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مواجهة الأشخاص العامة، أو ضمان حياد المحكمين والمعقولية في الإنفاق العام المخصص لأتعاب المحكم حفاظا على المال العام[3].

تاريخ الزيارة:2021/08/10على الساعة19.00

[1] L'arbitrage et les personnes morales de droit public ,op cit.

[2] L'arbitrage et les personnes morales de droit public ,op cit.

[3] L'arbitrage et les personnes morales de droit public ,op cit.

ثانيا: موقف محكمة التنازع من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة

إن أبـرز التطبيقـات فـي قضـاء محكمـة التنـازع الفرنسـية حكمهـا الصـادر فـي 17مـايو 2010بخصـوص قـرار مجلـس الدولـة الفرنسـي بتـاريخ31يوليـو 2009 بإحالـة قضيةINSERM على محكمـة التنـازع لتحديد مدى الاختصاص النوعي لمجلس الدولـة في هذه القضية[1]، ذلك بـأن حكم محكمـة التنـازع فـي هذه القضـية شكل نقلـة نوعيـة بالقضـاء الفرنسي، كونه يستهدف الموائمة بين الاتجاهات والآراء الفقهية المؤيدة والرافضة لمبدأ حظر التحكيم فـي منازعـات العقـود الإداريـة المختلفـة، والمطالبـة بوحـدة القواعـد المنظمـة للتحكيم وإنكار خصوصية التحكيم بالمجال الإداري، مع تغليب الطابع التجاري للتحكيم في منازعات العقـود الإداريـة علـى الطـابع الإداري، وأنـه رغـم اتصـال العقـد بـين مؤسسـة عموميـةL’INSERM تخضـع لقواعـد القـانون الإداري الفرنسـي، والشـركة الخاصـة النرويجيـة (LEBTEN.F.SAUGISTA)، يتضـمن الاتفـاق تشييد وانجـاز بنـاء مخصـص للبحـث العلمـي لصـالح المؤسسـة العموميـة الفرنسية، إلا أن العمـل لا يعـد مـن الأعمـال الإداريـة الخاضـعة للقانون العام الفرنسي بل تعد من أعمال التجارة الدولية، التي يختص القضـاء العـادي بـالنظر في الطعون ضد مقرر التحكيم الصادر في مواجهةL’INSERM، وليس القضاء الإداري[2].

وما تجب الإشارة إليه أن محكمـة التنـازع استنادا لحكمها فـي القضية تهدف إلـى وضـع معيـار لتحديـد نطـاق اختصـاص القضـاء الإداري بخصـوص التحكيم فـي منازعـات العقـود الإدارية المختلفة، وحالات تدخل القضاء العادي في هذا المجال، وهو ما يستخلص من هذا الحكم باختصـاص القضـاء العـادي للنظر فـي الطعون ضد مقررات التحكيم الصـادرة بفرنسـا اسـتنادا لاتفـاق تحكـيم لتسـوية منازعـات تنفيـذ، أو فسـخ عقـود الأشـخاص العامـة الفرنسـية والأشخاص الخاصـة الأجنبيـة المتعلقة بمصـالح التجارة الدولية، واختصـاص القضـاء الإداري بنظر الطعون ضد مقررات التحكيم الصـادرة بفرنسا استنادا علـى اتفاق تحكيم لحل منازعات

[1]TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754 Séance du 12 avril 2010 Lecture du 17 mai 2010 Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad, T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, Publié au bulletin. Lire en ligne : https://www.doctrine.fr/d/TCONFL/2010/JURITEXT000022593423,

تاريخ الزيارة2021/09/20على الساعة14.00

[2]لتفاصيل أكثر حول القضية:

TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754 Séance du 12 avril 2010 Lecture du 17 mai 2010 Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad, T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, Publié au bulletin. Lire en ligne : https://www.doctrine.fr/d/TCONFL/2010/JURITEXT000022593423,

تنفيذ، أو فسخ عقود الأشخاص العامة الفرنسية وأحد أشخاص القانون الخاص الأجنبي، أو ما تعلق بعقود احتلال الملك العام أو عقود تفويضات المرافق العمومية أو عقود الصفقات العمومية[1]، غير أن الحل المقدم من قبل محكمة التنازع الفرنسية رغم جديته لا يستطيع معالجة كل المسائل التي يثيرها التحكيم في منازعات العقود الإدارية لاسيما الدولية منها[2].

ومما سبق يمكن القول أن المستقر عليه كقاعدة عامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو تكريس مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا إذا ما استثني بنص خاص، خاصة وأن الواقع الذي يعمل في إطاره المرفق العام والتطورات الحاصلة في العالم وما تبعه من تطور لقواعد القانون الدولي وقواعد التجارة الدولية، يوجب ضرورة تبني آليات ودية لتسوية منازعات العقود الإدارية لاسيما ذات الطابع الدولي، وهو ما أقره المشرع الفرنسي في المادة11من الأمر رقم559-2004الصادر بتاريخ17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل، وهو أمر قد يوحي إلى إمكانية حصول تغييرات جوهرية للقضاء الإداري الفرنسي لاسيما قضاء مجلس الدولة بما يتماشى مع خصوصية العقود الإدارية وأهمية الوسائل البديلة في تسوية منازعاتها، خاصة وأن الواقع العملي أثبت البروز والانتشار الواسع لهيئات التحكيم ودورها الفعال في حل منازعات العقود الإدارية لاسيما ذات الطابع الدولي.

المطلب الثالث: جوازية التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعين المصري والجزائري

لقد تباين موقف كل من المشرع المصري والجزائري بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، بشكل أثار جدلا واسعا بالفقه الإداري بخصوص مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ليمتد ذلك إلى القضاء، وتبعا لذلك يوجب علينا التطرق أولا إلى مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع المصري(الفرع الأول)، ثم التطرق

[1] "Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage....., le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif.."

[2] مصطفى بونجة ونهال اللواح، المرجع السابق، ص.210

إلى مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريع المصري

يوجب لمعرفة مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع المصري، بيان موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية المختلفة(أولا)، ثم بيان موقف كل من الفقه والقضاء الإداري المصري من المسألة(ثانيا).

أولا:موقف المشرع المصري من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد تأثر المشرع المصري بالمشرع الفرنسي في تكريس مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة إلا ما استثني بنص صريح يجيز ذلك، استنادا للقانون رقم13لسنة1968المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية، الذي تناول التحكيم في العقود الخاصة في المواد501إلى513 دون الإشارة للتحكيم في المادة الإدارية[1]، كما أقر القانون رقم60لسنة1971 المتضمن قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام بوجوب التحكيم في النزاع بين الدولة أو أجهزتها مع الوحدات الاقتصادية، بما لا يتعارض أو يمس بالنظام العام أو سيادة الدولة أو يتعارض مع مصالحها أو استراتيجيتها، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم13لسنة15 بتاريخ17ديسمبر1994بشأن دستورية هذا القانون[2]، كما أجاز القانون رقم203لسنة1971الخاص بشركات قطاع الأعمال المعدل، التحكيم في منازعات عقود أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص[3].

---

[1]المواد501إلى513من القانون رقم13لسنة1968المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل

[2]حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في الدعوى رقم13 لسنة15ق دستورية بتاريخ17ديسمبر1994، ج ر العدد2، 12يناير1995، بوابة الأحكام الدستورية العليا، الجزء السادس من أول يوليو 1993 حتى آخر يونيو1995، ص.408؛ أخذا عن: بوابة مصر للقانون والقضاء(http://www.laweg.net)، تاريخ الولوج6يناير2021على الساعة10.00.

[3]نص المادة40من القانون رقم203لسنة1971الخاص بشركات قطاع الأعمال المعدل بموجب القانون رقم149لسنة2001،ج ر العدد 25مكرر أ بتاريخ24يونيو2001 المعدل بالقانون رقم 4لسنة2020، ج ر العدد5مكرر في2فبراير2020.

وبعد صدور القانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية[1]، الذي أجاز التحكيم باستخدام وصف العقود التجارية دون الإشارة للعقود الإدارية، وهو ما جعل الفقه الإداري ينقسم بين مؤيد ومعارض للتحكيم في العقود الإدارية، وفي هذا الشأن أقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ18ديسمبر1996بعدم مشروعية اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، استنادا لعدم وجود نص قانوني يجيز ذلك التحكيم وعدم التلائم بين التحكيم والطبيعة الخاصة المميزة للعقود الإدارية[2]، مؤكدة في فتوى أخرى لها بطلان شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وولاية القضاء الوطني بنظر تلك المنازعات[3]، وفي المقابل قضت محكمة استئناف القاهرة بجوازية التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشأن الطعن رقم64لسنة112 بتاريخ19مارس1997، صحة التحكيم في النزاع الناشئ عن العقد بين المجلس الأعلى للآثار والشريك الأجنبي، ولا يعتبر خروجا على أحكام قانون التحكيم لعام1994، وأن ما ورد في المادة58من قانون مجلس الدولة رقم47لسنة1972يعد إقرار صريحا بجوازية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية[4]، لأنه من غير الجائز اتفاق الأشخاص العامة على التحكيم ثم الدفع ببطلان شرط التحكيم، وهو ما يتعارض مع حسن النية في التعاقد وتنفيذ الالتزامات التعاقدية[5].

ولقد تدارك المشرع المصري ذلك في القانون رقم9 لسنة1997المعدل للقانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية، حيث أجازت المادة الأولى التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بعد موافقة الوزير المختص أو من

---

[1]القانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية

[2]فتوى رقم160بتاريخ1997/2/22 ملف رقم339/1/54، جلسة 18 ديسمبر سنة 1996، مجلس الدولة(المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع)، ج1، من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو سنة 2000، ص 132؛ بوابة مصر للقانون والقضاء(http://www.laweg.net)، تاريخ الولوج6يناير 2021على الساعة10.00

[3]فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ9أفريل1997،(http://www.laweg.net)، تاريخ الولوج6يناير 2021على الساعة10.20.

[4]المادة58من قانون مجلس الدولة رقم47لسنة1972 .

[5]حكم محكمة استئناف القاهرة في الطعن رقم64لسنة112بتاريخ19مارس1997(الدائرة63تجاري)، (http://www.laweg.net)، تاريخ الولوج6يناير 2021على الساعة10.30.

يتولى الاختصاص على الأشخاص العامة دون أي تفويض[1]، كما أكدت المادة42من القانون رقم89لعام1989المتضمن قانون المناقصات والمزايدات المعدل للقانون رقم9لعام1983، جواز التحكيم لتسوية المنازعات العقدية بعد موافقة الوزير المختص، والتزام أطرافه بتنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم[2]، ذلك بأن الاختلافات الفقهية والقضائية حول وجوب موافقة الوزير المختص أو من يتولى الاختصاص على الأشخاص الاعتبارية عند اللجوء للتحكيم، كان بسبب غموض وقصور نص المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة1997، ومن الضروري التقيد بالنص القانوني إلى حين تعديله بتبيان أثر تخلف ذلك الشرط، استنادا إلى المادة11من قانون التحكيم لعام1997التي ربطت بين جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم بأهلية التصرف في الحقوق، والمادة53 بخصوص دعوى بطلان حكم التحكيم لتخلف الأهلية في أحد طرفي اتفاق التحكيم[3]، وأكدته المادة35من قانون الشراكة المصري لسنة2010بإخضاع عقد الشراكة لأحكام القانون المصري تحت طائلة البطلان، وأجازت التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[4]، ومنع طرفي اتفاق التحكيم اللجوء للقضاء مباشرة تحت طائلة رفض الدعوى لوجود اتفاق التحكيم طبقا للمادة13من قانون التحكيم[5].

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع المصري لم ينص على قواعد خاصة بالتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وخضوعه لنفس الأحكام المنظمة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لاسيما المادة53من قانون التحكيم المصري لسنة1994المعدل، ويعتبر اشتراط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة بمثابة تحكيم دون الحاجة لتضمينه في العقد، فضلا على تطبيق أحكام المادة الأولى من قانون التحكيم المصري لسنة1994المعدل[6]، وتختص المحكمة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم في

---

[1] المادة1فقرة2من القانون رقم9لعام1997 المعدل للقانون رقم27لعام1994المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، ج ر العدد6 بتاريخ21أبريل1994.

[2] المادة42 القانون رقم89لعام1989المتضمن قانون المناقصات والمزايدات الذي حل محل القانون رقم9لعام1983 .

[3] المادتين11و53من قانون التحكيم لعام1997 .

[4] المادة35من قانون الشراكة المصري لسنة2010.

[5] المادة13من قانون التحكيم لعام1997.

[6] الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم المعدل

منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بحكمها في15يناير2012بالطعن رقم47لسنة31بشأن تنازع الاختصاص بين المحكمة الإدارية ومحكمة استئناف القاهرة بشأن دعوى بطلان حكم التحكيم[1].

ثانيا: موقف الفقه والقضاء الإداريين من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لتحديد موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما امتد للقضاء الإداري يمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين:

أ- موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم لسنة1994

لقد انقسم الفقه في هذه المرحلة بين مؤيد ورافض لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

1-الرأي المؤيد لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية: يؤيد الرأي مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية تقيدا بالنصوص القانونية التي لم تنص على ذلك، وتأثرا بموقف التشريع الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا ما استثني بنص خاص[2]، باعتبار أن لجوء الأشخاص الاعتبارية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية يشكل مساسا بسيادة الدولة وحصانتها القضائية وسيادة قانونها الداخلي واختصاص قضائها[3]، غير أنه يرد على هذا القول بنفس الحجج الموجهة لأصحاب هذا الرأي بالفقه الإداري الفرنسي[4]، كما يؤخذ على القول بمساس التحكيم بولاية القضاء الوطني لنظر

---

[1]حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ15يناير2012في الطعن رقم47لسنة31بشأن تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري ومحكمة استئناف القاهرة بشأن دعوى بطلان حكم التحكيم رقم382لسنة2004 بتاريخ7مارس2006، مجلة التحكيم العربي، العدد18، يونيو2012، ص.217.

[2]عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.186.

[3]جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جاوز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.153.

[4]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص.71.

منازعات العقود الإدارية استنادا للمادة190من الدستور المصري لعام2014المعدل في سنة2019، والمادة10من قانون مجلس الدولة لسنة1972المعدل[1]، لوجود ارتباط وثيق بين التحكيم والقضاء الوطني وتدخله في مراحل الخصومة التحكيمية.

2-الرأي الرافض لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية: يرى هذا الرأي بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك لعمومية المادة501من القانون رقم13لسنة1968المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل، التي أجازت التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين وهو ما قد ينطبق على منازعات العقود الإدارية[2]، كما أنه لا يوجد ضمن نصوص قانون مجلس الدولة لسنة1972المعدل نص صريح يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، وأن مضمون نص المادة العاشرة منه بتحديد اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية، يدل على اتجاه إرادة المشرع إلى تحديد الاختصاص القضائي بين جهات القضاء الإداري والعادي لتفادي حالات تنازع الاختصاص القضائي، وهو ما لا يمكن الاعتماد عليه بإطلاقه لحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية[3]، كما يرى جانب آخر أن ما ورد في المادة الأولى من قانون التحكيم المصري لسنة1994يؤكد بجوازية التحكيم في العقود الإدارية المختلفة، وأن القاعدة الأصولية تقضي الأخذ بالعام على إطلاقه ما لم يرد عليه ما يخصصه، وهو ما ينطبق على المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة1994، ومذكرته الإيضاحية[4].

ب- موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم لسنة1994

رغم إجازة التحكيم في منازعات العقود بين الأشخاص العامة أو مع الخاص بمقتضى قانون التحكيم لسنة1994، إلا أن نص المادة الأولى لم يكن دقيقا بشكل أثار الجدال لدى الفقه الإداري بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية، خاصة في ظل استخدام المشرع

[1] نص المادة190من الدستور المصري لعام2014المعدل في سنة2019، والمادة10من قانون مجلس الدولة لسنة1972المعدل.

[2] نص المادة501من القانون رقم13لسنة1968المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.29.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص.30.

لوصف العقود التجارية دون الإشارة إلى العقود الإدارية، وهو ما دفع الفقه الراجح إلى عدم القبول بتطبيق المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة1994على منازعات العقود الإدارية المختلفة، لأن المشرع لم يشير إلى جواز خضوع العقود الإدارية للتحكيم، خاصة في ظل تحديد نطاق تطبيق أحكام هذا القانون وطبيعة المنازعات التي يجوز فيها التحكيم وفقا للمادة الثانية منه، دون الإشارة إلى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية[1]، ليتم تدارك المسألة في القانون رقم9 لسنة1997المعدل للقانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية، التي أجازت المادة الأولى للأشخاص الاعتبارية حق اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، مع اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى الاختصاص على الأشخاص الاعتبارية استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى، غير أن هذا الشرط أثار في المقابل إشكالا حقيقيا بالفقه المصري في حالة اتفاق الشخص العام على شرط التحكيم دون موافقة الجهة المختصة أو رفضها لذلك وأثر تخلف ذلك على صحة اتفاق التحكيم.

ولا يمكن التسليم ببطلان اتفاق التحكيم على إطلاقه طالما يمكن تصحيحه بطلب الموافقة اللاحقة، وهو ما أكدته إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي في حكمها بـ17مايو2010في القضية رقم621لسنة2009، فإذا كان قبول ذلك بالنسبة للتحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية الخاضعة للقانون الوطني الذي يكون محل تنفيذ حكم التحكيم الصادر بشأنها داخل الإقليم الوطني، فإن الأمر مختلف بالنسبة للتحكيم الدولي في منازعات العقود الدولية الذي تتجه فيه إرادة أطراف لاختيار قانون غير القانون الداخلي[2]، ذلك بأن اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى الاختصاص عند اللجوء للتحكيم يعد شرطا لنفاذ اتفاق التحكيم دون أن يؤدي إلى بطلانه، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ31اكتوبر2009 بأن تخلف شرط الموافقة يؤدي إلى عدم نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهة الهيئة الإدارية، خلافا لذلك اعتبرت محكمة النقض بشأن هذا الحكم أن شرط

[1] بالجيلالي خالد.قطواش فطيمة ، مدى فعالية التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية، الملتقى الوطني حول الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ومدى فعاليتها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 10أفريل2021، ص10

[2] هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي بحكمها الصادر بتاريخ17مايو2010في القضية رقم621لسنة2009؛ أورده: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، درا النهضة العربية، مصر، 2013، ص376

الموافقة عند اللجوء للتحكيم يتعارض مع مقتضيات النظام العام الدولي والتزام الدول باتفاقات التحكيم لتسوية الخلافات في إطار التعاقدات الاقتصادية الدولية، وعدم جواز تحلل الدول من التزاماتها التعاقدية في حالة الاتفاق على تسوية النزاعات بالتحكيم[1].

وفي هذا المجال أكدت المحكمة الإدارية العليا بحكمها في الطعن رقم3603لسنة48 قضائية عليا بتاريخ17مايو2005، بأن موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه على الأشخاص العامة عند اللجوء للتحكيم تكفي لتحقيق مقاصد النص التشريعي من وراء اشتراط ذلك الإجراء الجوهري، ولا حاجة للاتفاق على مشارطة التحكيم لاحقا[2]، غير أنها في حكمها بالطعن رقم8256لسنة56قضائية عليا اشترطت لصحة مشارطة التحكيم تضمين محرر الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص العامة تحت طائلة بطلان مشارطة التحكيم والحكم الصادر في النزاع محل التحكيم[3]، ليتم إحالة المسألة إلى دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، التي أكدت في قرارها بتاريخ05مارس2016بإلزامية توقيع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الأشخاص العامة على اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان المطلق[4].

وهو نفس التفسير الذي قدمته محكمة النقض في قرارها بتاريخ12مايو2015بشأن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9لسنة1997المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994، والتأكيد على شرط الموافقة عند اللجوء للتحكيم وعدم الاعتداد بالموافقة المبدئية لصحة اتفاق التحكيم[5]، وأيدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها بتاريخ6مايو2017رفض تفسير الفقرة الثانية من المادة الأولى السالفة الذكر، مبررة موقفها بوجود سابقة في قضاء

[1]حكم محكمة القضاء الإداري في بتاريخ31اكتوبر2009؛ أورده: أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص378

[2]حكم الدائرة الثالثة المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6268 لسنة 64 قضائية عليا في31مايو2005.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم8256 لسنة 56 قضائية عليا في حكم التحكيم بتاريخ18/08/.2009

[4]قرار دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8256لسنة56بتاريخ 05مارس2016بشأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994؛ من الموقع:http://alamiria.laa-eg.com/ETash/MabdaCircle تاريخ الزيارة2021/10/01(18.10).

[5]حكم محكمة النقض في قرارها بتاريخ12مايو2015 بشأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997 المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994

دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بتاريخ05مارس2016بإلزامية موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الأشخاص العامة عند اللجوء للتحكيم[1].

أما بخصوص موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن الإشكال لم يثار كثيرا خاصة في ظل وجود نص صريح في قانون الشراكة يجيز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإخضاعه لنفس الأحكام والقواعد المنظمة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة استنادا للمادة35من قانون الشراكة المصري لسنة2010بخضوع عقد الشراكة إلى أحكام القانون المصري تحت طائلة البطلان[2].

الفرع الثاني: مدى قابلية اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري

إن الوقوف على مدى قابلية التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، يوجب علينا تحديد ذلك قبل صدور القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية(أولا)، والوضع بعد صدوره(ثانيا)، وهو ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي:

أولا: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة قبل صدور القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد كان موقف المشرع الجزائري بخصوص اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة متباينا قبل صدور القانون رقم09/08المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، واختلف موقف المشرع في العقود الإدارية الدولية عنه في العقود الإدارية الداخلية، خاصة في ظل انفتاح الجزائر وتبني سياسة الإصلاح الشامل لاسيما في المجالين القانوني والاقتصادي، وهو ما يبرر موافقة الحكومة على العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية أو التحكيم الدولي، وتدخل المشرع لتعديل بعض التشريعات

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية طلب تفسير رقم 1 س 38 بتاريخ6مايو2017 برفض تفسير نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997 المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994، من الموقع:http://alamiria.laa-eg.com/ETash/MabdaCircle تاريخ الزيارة2021/10/01(18.13)

[2] المادة35من قانون الشراكة المصري لسنة2010

الداخلية بما يتناسب مع تلك المستجدات والتطورات الناجمة عن التقدم الاقتصادي، وما تبعه من تطور لقواعد القانون الاقتصادي الدولي وقواعد التجارة الدولية.

أ-موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل الأمر 154/66المؤرخ في 8يونيو 1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل متأثرا بموقف المشرع الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة442من الأمر رقم154/66المؤرخ في8جوان1966[1] بأنه«لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم»، غير أن التساؤل الذي أثارته هذه الفقرة فيما إذا كان حظر اللجوء للتحكيم يشمل جميع أشخاص القانون العام أم لا، وفي هذا المجال يتجه جانب فقهي إلى القول بأن مبدأ الحظر ينطبق على جميع الأشخاص العامة، ويمتد إلى جميع المؤسسات العمومية، بينما يتجه جانب آخر إلى حصر نطاق حظر التحكيم على الأشخاص العامة التقليدية، وتستثنى منها المؤسسات العمومية الاقتصادية الخاضعة لقواعد القانون الخاص، خاصة في ظل إقرار المشرع صراحة بجواز التحكيم في منازعات العقود ذات الطابع الدولي[2]، ويبقى الرأي الثاني الراجح خاصة بعد تبني القضاء الجزائري(محكمة الجزائر) التفسير الضيق لمبدأ حظر التحكيم على الأشخاص العامة التقليدية، والتأكيد على صحة شرط التحكيم في حكمها بتاريخ03مايو 1973 بشأن النزاع بين شركة سوناطراك وشركةSMC[3]، وأكدته المذكرة الوزارية المؤرخة في18نوفمبر1982بجواز التحكيم بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية[4].

---

[1]الأمر رقم154/66المؤرخ في8جوان1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج ر العدد47، س3، بتاريخ9يونيو 1966.

[2]Nour Eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, Office des publications universitaires, p.7

[3]حكم محكمة الجزائر بتاريخ 1973/05/03 في النزاع بين شركة سونطراك وشركةSMC؛ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص.188.

[4]حيث جاء في المذكرة الوزارية المؤرخة في 18نوفمبر1982 بأنه" بخصوص أهلية من يمكنه اللجوء للتحكيم فإن المجلس ما بين الوزارات يقبل بدء من هذا التاريخ السماح للمؤسسات الوطنية أو المحلية باللجوء للتحكيم.....لتمتعها بالاستقلالية المالية والإدارية"، أورده: قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص.244

وفي المقابل حظرت بعض التشريعات الداخلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة تجسيدا لمبدأ الحظر المكرس في الأمر رقم154/66المؤرخ في8جوان1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 104من المرسوم رقم145/82المنظم لصفقات المتعامل العمومي، بأن تسوية منازعات تنفيذ الصفقة يكون في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وهو ما يعد تجسيدا لنص الفقرة الثالثة من المادة442السالفة الذكر رغم إشارتها إلى إمكانية تسوية الخلافات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بشكل ودي والتقيد بأحكام القانون الجاري به العمل[1]، كما لم يشر الأمر رقم24/71المؤرخ في12أفريل1971المتعلق بالمحروقات المعدل، إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود المحروقات رغم النص صراحة على التوفيق في المادة السابعة لتسوية المنازعات المتعلقة بالضرائب التي يجوز فيها اللجوء للتوفيق وفقا للحالات والكيفيات المحددة قانونا[2]، وهو أمر أثار تساؤلا بالفقه الإداري[3].

ومن التشريعات التي أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية القانون رقم05-07المتضمن قانون المحروقات المؤرخ في28أبريل2005المعدل، حيث نصت المادة58 منه على جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات عقود الدولة في قطاع المحروقات[4]، وما نصت عليه المادة17من الأمر رقم03/01المؤرخ في20اوت2001المتعلق بالاستثمار المعدل، بجواز التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي عند وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف الخاصة بالمصالحة والتحكيم، أو وجود اتفاق تحكيم خاص[5].

---

[1] المادة104من المرسوم رقم145/82المؤرخ في10أفريل1982المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر العدد15بتاريخ13أفريل1991

[2] الأمر رقم24/71المؤرخ في12أفريل1971المتعلق بالمحروقات المعدل، ج ر العدد30بتاريخ13أفريل1971

[3] لتفاصيل أكثر يراجع: بالجيلالي خالد.ط/د قطواش فطيمة، المرجع السابق، ص10

[4] المادة58من القانون رقم05-07المتضمن قانون المحروقات المؤرخ في28أبريل2005، ج ر العدد 50 في 19يوليو2005،المعدل

[5] نص المادة17من الأمر رقم03/01المؤرخ في20اوت2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل، ج ر العدد47 بتاريخ22أوت2001.

ومن ناحية ثانية، فقد كان القانون التوجيهي رقم01/88المؤرخ في12يناير1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المعدل[1]، الذي صدر بسبب قضية سامباك حول مدى قدرة هذه المؤسسات من إصدار قرارات إدارية[2]، أكثر غموضا من خلال الإشارة إلى إمكانية اللجوء للتحكيم وفقا لأسلوب الوكالة وهو ما دفع الفقه الإداري إلى إثارة مدى أهلية المؤسسات العمومية الاقتصادية في اللجوء للتحكيم، حيث يؤكد جانب فقهي إلى جواز لجوء هذه المؤسسات للتحكيم استنادا على الفقرة الثالثة من المادة20من القانون التوجيهي رقم01/88المعدل التي أكدت جواز تسوية الخلافات بالمصالحة وهو ما ينطبق على التحكيم[3]، وصلاحية تلك المؤسسات للتصرف في ممتلكاتها طبقا لقواعد القانون التجاري، وهو ما أجازه الأستاذ أحمد محيو وفقا لما جاء به هذا القانون، كما أكد جانب آخر بجواز لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم وحريتها للتصرف في ممتلكاتها طبقا لقواعد القانون التجاري[4].

وخلافا لذلك يتجه رأي آخر بعدم قبول لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى التحكيم استنادا على المادة20من القانون رقم01/88السالف الذكر، التي توحي بإمكانية التعارض بين الفقرتين الثانية والثالثة مع الفقرة الأولى[5]، باعتبار أن الفقرة الأولى ميزت بين الممتلكات التي تشمل الأصول الصافية بما يساوي مقابل قيمة رأس المال التأسيسي

---

[1]القانون رقم 88-10المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر العدد 2 المؤرخ في13 جانفي 1988، الملغى.

[2]ولتفاصيل أكثر يراجع: عمار بوضياف، القرار الإداري(دراسة تشريعية وقضائية)، ط1، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.ص.34-37.

[3]تنص المادة20من القانون التوجيهي رقم01/88 السالف الذكر على ما يلي: على ما يلي« تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا أجزاء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة رأس المال التأسيسي للمؤسسة.

ويمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقا لقواعد القانون التجاري، غير أنه لا يمكن في أية حال من الأحوال أن يقتني الآلات والتجهيزات المنتجة إلا المؤسسات العمومية الاقتصادية أو الهيئات العمومية ومراكز البحث والتنمية....،

كما يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة442من الأمر رقم154/66المؤرخ في 8يونيو سنة1966 المذكور أعلاه.»

[4]عليوش فربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.4.

[5]نص المادة20من القانون التوجيهي رقم01/88 السالف الذكر.

للمؤسسة وبين موجوداتها التي تكون قابلة للتصرف أو التنازل أو الحجز، ويجوز التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها بعكس الأصول الصافية، غير أنه تم تدارك ذلك بعد صدور المرسوم التشريعي رقم94-08المؤرخ في26ماوي1994المعدل للقانون رقم88-01السالف الذكر، وجعل الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للبيع والتحويل والحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص وأجزاء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع[1]، وهو ما يجعلها قابلة للتصرف وللتحكيم دون أن تثار مسألة أهلية الشخص العام وقدرته باللجوء للتحكيم في المجال التعاقدي، ودون التعارض مع أحكام المادة442من الأمر154/66السالف الذكر.

ب-موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية المختلفة

بالرغم من أن المشرع الجزائري في ظل التعديلات التي جاء بها المرسوم التشريعي رقم09/93المعدل للأمر154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، قد نص صراحة على جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في منازعات العلاقات الدولية وفقا للفقرة الثالثة من المادة442منه[2]، والاعتماد على المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد طبيعة النزاع الدولي موضوع التحكيم، وتقييد التحكيم الدولي بالمنازعة الدولية وموطن أحد طرفي النزاع، فإنه لم يشير إلى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية بما يوحي بعدم جواز التحكيم الداخلي، والتأكيد على اختصاص القضاء الإداري للنظر في جميع منازعات العقود الإدارية المختلفة، ويحظر على مصالح الدولة الإدارية اللجوء للتحكيم إلا إذا أجازه القانون صراحة، وعليه يمكننا القول أن المشرع الجزائري قبل صدور القانون رقم09/08المؤرخ في23فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، قيّد لجوء الأشخاص العامة للتحكيم بمنازعات المعاملات التجارية الدولية دون امتداد ذلك إلى منازعات العقود الإدارية الداخلية، وهو ما ينطبق على منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يجوز للأشخاص العامة اللجوء للتحكيم في

[1] المادة20من المرسوم التشريعي رقم94-08المؤرخ في26مايو1994المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة1994المعدل للقانون رقم88-01المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر العدد33 بتاريخ28مايو1994.

[2] الفقرة الثالثة من المادة442من المرسوم التشريعي رقم09/93المعدل للأمر154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

منازعات عقود الشراكة الدولية، دون امتداد ذلك إلى عقود الشراكة الداخلية بين القطاعين العام والخاص.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بعد صدور القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد كرس المشرع الجزائري بعد صدور القانون رقم09/08المؤرخ في في23فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية كقاعدة عامة، ويمنع على الأشخاص العامة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، باستثناء منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية أو في مادة الصفقات العمومية، حيث تنص المادة975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل بأنه «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة800أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية»، كما تنص المادة الفقرة الثالثة من المادة1006منه« ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.»

من خلال استقراء نص المادتين نستخلص بأن المشرع الجزائري تبنى مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ماعدا الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية الموافق عليها وفي مجال الصفقات العمومية، كما قيد المشرع الجزائري إجراء التحكيم بضرورة الموافقة المسبقة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، أو الأشخاص الذين يتولون الاختصاص على الأشخاص الاعتبارية متبنيا بذلك القيد الذي أقره المشرع المصري لصحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية في قانون التحكيم المصري كما قلنا سابقا، حيث نصت المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن يتم التحكيم المتعلق بالدولة بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للتحكيم المتعلق بالولاية أو البلدية على التوالي، على أن يكون التحكيم بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية بمبادرة من ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابع لها[1]، ذلك بأن شرط الموافقة المسبقة أثار إشكالا حقيقيا بالفقه الإداري وقضاؤه خاصة في ظل غموض

[1]المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل

نص المادة976من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مثلما أثارته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9لسنة1997المعدل للقانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري[1]، وعدم تحديد أثر تخلف شرط الموافقة المسبقة على صحة اتفاق التحكيم، سواء كان ذلك بقصد أو إغفال من الشخص العام المتعاقد في عدم الحصول على الترخيص المسبق من الجهات الإدارية المختصة قانونا.

أما بخصوص التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من المنازعات مكتفيا بالإشارة إلى حالات العلاقات الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، دون الإشارة إلى عقود تفويضات المرفق العام أو عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل وانجاز مشاريع اقتصادية لحساب الشخص العام، غير أنه يمكن إدراج تلك العقود ضمن نطاق عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين[2]، التي يحكمها كقاعدة عامة القانون رقم18/22المؤرخ في24يوليو2022يتعلق بالاستثمار المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، الذي ألغى الأمر رقم01-03 المؤرخ في20اوت2001المتعلق بتطوير الاستثمار[3]، حيث أجازت المادة12التحكيم في منازعات عقود الدولة مع المستثمر الأجنبي عند وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف الخاصة بالمصالحة والتحكيم المبرمة من قبل الدولة الجزائرية، أو

[1]الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997المعدل للقانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[2]بالجيلالي نور الهدى، منقور قويدر، دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد7، العدد1، ص.160.

[3]المادة الثانية من القانون رقم16-09المؤرخ في3اوت2016المتضمن بترقية الاستثمار، ج ر العدد46، المؤرخة في3اوت2016

وجود اتفاق تحكيم خاص[1]، ومن ذلك أيضا ما أكدته المادة54من القانون رقم19-13المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات المحروقات، بخضوع عقود المحروقات للقانون الجزائري، والتأكيد على تسوية منازعاتها بالتراضي قبل اللجوء للقضاء الوطني، مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية تلك المنازعات[2].

ومن ناحية ثانية، لم ينص المشرع الجزائري على أحكام خاصة بالتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بما يعني إخضاعها لنفس القواعد والأحكام المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتحدد نطاق التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمنازعات العلاقات التعاقدية الاقتصادية ذات الطابع الدولي أو في مجال الصفقات العمومية، ومرتبطا بالحقوق المالية القابلة للصلح أو التنازل، على أنه يمنع التحكيم في المسائل المرتبطة بالنظام العام، والترخيص المسبق من السلطة الرئاسية أو الوصائية للشخص العام المتعاقد[3].

[1] المادة12من القانون رقم18/22المؤرخ في24يوليو2022يتعلق بالاستثمار، يقابلها نص المادة24من للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

[2] المادة54من القانون رقم19-13المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات المحروقات، ج ر العدد79المؤرخة في22ديسمبر2019.

[3] المادة1006من من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم13/22السالف الذكر.

الباب الثاني:

الأحكام الإجرائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص

ولما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة التي تهدف إلى التشاركية في تشييد أو إنجاز أو تمويل مشاريع عامة للبنية التحية، أو إدارة وتسيير مرافق عامة حيوية أو تقديم خدمات عامة ضرورية للجمهور، فإن تحديد طبيعتها القانونية كما قلنا سابقا أمر صعب لدى الفقه الإداري وأمر انعكس على طبيعة النزاعات الناشئة عنه وتحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بالنظر والفصل في منازعاتها خاصة إذا تعلق الأمر بمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي، وفي نطاق دراستنا سيتم البحث حول الأحكام الإجرائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة(الفرنسي، المصري، الجزائري).

وتبرز أهمية وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها في كونها أحد موجبات جذب الاستثمارات والشراكات الآمنة لتجسيد وانجاز مشاريع في قطاعات البنية التحتية أو إدارة وتسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة، ويتحدد نطاق تسوية المنازعات الناشئة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها بالطريق القضائي الذي يحكمه نظام قانوني وإجرائي محدد، غير أنه لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي بما يستوجب انتهاج طرق وإيجاد وسائل وإجراءات تتسم بالبساطة والوضوح وسرعة الفصل في المنازعات الناشئة عنها مقارنة بإجراءات التقاضي أمام جهات القضاء، وهو أمر يبرر الاهتمام الدولي والتشريعي لإيجاد وسائل ودية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها، وبروز دور الوسائل الودية كالتحكيم في حل النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية وغير العقدية واتساع نطاق عمل الهيئات والمراكز المتخصصة في مجال التسوية الودية لمنازعات العلاقات الاقتصادية ذات الطابع الدولي.

وكقاعدة عامة يعتبر القضاء صاحب الولاية العامة للنظر والفصل في المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية المختلفة بما فيما منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها استنادا على المعيار العضوي في تحديد الاختصاص النوعي لجهات القضاء واختصاصها بمنازعات العلاقات القانونية المرتبطة بأعمال الأشخاص المعنوية

العامة، واستثناء ولمبررات مرتبطة بطبيعة بعض العقود الإدارية أو أطرافها يتم اللجوء إلى وسائل أخرى لتسوية الخلافات الناشئة عن المعاملات أو العلاقات التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء بناء على اتفاق الأطراف المعنية لتسوية نزاعاتهم وديا كالتحكيم، أو الوساطة، المفاوضات، الصلح، التوفيق، الخبرة، وحتى يتسنى لنا تحديد الأحكام الإجرائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، يتوجب علينا التعرض بالدراسة أولا إلى بيان الأحكام التنازعية لمنازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفصل الأول)، ثم بين الأحكام التنازعية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة(الفصل الثاني).

الفصل الأول : الإجراءات التنازعية أثناء مرحلة الإبرام

الحقيقة أن سلطة الشخص المعنوي العام المتعاقد في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مقيدة بجملة من المبادئ والإجراءات، التي يعتبر عدم الالتزام بها إخلالا بالمبادئ والإجراءات المنصوص عليها قانونا تحت طائلة عدم مشروعية إجراءات الإبرام، الأمر الذي أكدت عليه المادة الثالثة من الأمر رقم2004-559المؤرخ في17جوان2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي[1]، وأكدت عليه المادة19من القانون رقم67لسنة2010 المتضمن قانون مشاركة القطاع الخاص المصري، من خلال إخضاع مسألة اختيار المستثمر في عقد الشراكة إلى مبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة في ظل القواعد والإجراءات المحددة قانونا[2].

وفي الجزائر نجد أن التشريعات والتنظيمات الخاصة بالعقود الإدارية المختلفة أكدت على المبادئ العامة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية المختلفة كالمادة التاسعة من القانون رقم01/06المؤرخ في20فبراير2006المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل على ضرورة التقيد بقواعد الشفافية والمنافسة الشريفة ومراعاة المعايير الموضوعية عند الإبرام[3]، والمادة 05من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل من المرسوم الرئاسي 247/15المؤرخ في 16سبتمبر2015الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى [4]، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادتين02و06 من الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم12/08المؤرخ في25يونيو2008[5]، والمادتين09و11 من المرسوم التنفيذي رقم199/18المؤرخ

---

[1]المادة3من الأمر رقم2004-559المؤرخ في17جوان2004 المتضمن قانون الشراكة الفرنسي

[2]المادة19من القانون رقم67لسنة2010 يتضمن قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

[3]المادة التاسعة من القانون رقم01/06المؤرخ في20فبراير2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر العدد14 بتاريخ08مارس2006، المعدل بالأمر رقم05/10 المؤرخ في26اوت2010، ج ر العدد50 بتاريخ01سبتمبر2010 المعدل

[4]المادة 05من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة5 من المرسوم الرئاسي 247/15المؤرخ في 16سبتمبر2015الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر العدد50بتاريخ20ديسمبر2015 الملغى.

[5]المادتين02و06من الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم12/08المؤرخ، ج ر العدد36بتاريخ02يوليو2008

فـي2أوت2018 بشـأن تفـويض المرفـق العـام[1]، والمـادة105مـن القـانون رقـم 05-12المـؤرخ فـي04 أوت سنة 2005المتعلق بالمياه[2]، وهو أمر ينطبق علـى عقود الشراكة بين القطاعين العـام والخـاص فـي ظـل غيـاب تنظيم قـانوني خـاص بهـا، حيث تشـمل المبـادئ العامـة لإبـرام عقود الشراكة بين القطـاعين العام والخاص بمبدأ المساواة، مبدأ العلنية، مبدأ المنافسة العامة وغيرها من المبـادئ، علـى أن الإخـلال بتلك المبـادئ يجعلنـا أمـام منازعـات الإخـلال بالمبـادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[3].

المبحث الأول: نطاق المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتحدد نطاق المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمنازعات الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد بأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا المنازعات المرتبطة بصحة العملية التعاقدية أو العقد ذاته، تضاف لها المنازعات الناشئة عن مخالفة ركن الشكل عند إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا المنازعات الناشئة عن مخالفة إجراءات وأساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك ستركز الدراسة على التطرق إلى المنازعات الناشئة عن الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في مجال العقود الإدارية بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الأول)، وكذا المنازعات المتعلقة بصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الثاني)

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن الإخلال بالمبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تخضع عمليات إبرام العقود الإدارية المختلفة إلى جملة من المبادئ(مبدأ المساواة، مبدأ المنافسة، مبدأ الشفافية، حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، مبدأ التفاوض...)، التي تلزم

[1] المـادتين09و11 مـن المرسـوم التنفيـذي رقـم199/18المـؤرخ فـي2أوت2018 بشـأن تفـويض المرفـق العـام، ج ر العدد48بتاريخ05أوت2018.

[2]المادة105من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005المتعلق بالمياه، ج ر العدد 60 لعام2005.

[3]مها ناصر السدره نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد الثالث، العدد الخامس، مايو2019، ص.91.

الإدارة المتعاقدة بضرورة مراعاتها والتقيد بها تحت طائلة عدم مشروعة أو صحة عمليات أو إجراءات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما يثير منازعات الإبرام الناشئة عن الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في مجال العقود الإدارية، ومن أجل بيان نطاق المنازعات الناشئة عن الإخلال بالمبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سيتم التركيز على المنازعات الناشئة عن مخالفة المبادئ العامة للتعاقد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم المنازعات الناشئة عن مخالفة مبدأي الشفافية والتفاوض لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول: منازعات الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الحقيقة أن الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في المجال الإداري يثير منازعات يعود اختصاص النظر والفصل فيها كقاعدة عامة للقضاء الإداري، وتبعا لذلك إن عدم تقيد الإدارة المتعاقدة بتلك المبادئ يضفي على تصرفاتها التعاقدية عدم المشروعية بما يجيز للمتعاملين المتنافسين أو الغير المتضرر الطعن فيها بالإلغاء أو التعويض عن الأضرار المرتبة عليها، حيث سنركز في هذا الإطار على التعرض بالدراسة منازعات الإخلال بمبدأي العلانية والمنافسة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)،وكذا منازعات الإخلال بمبدأ المساواة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: منازعات الإخلال بمبدأي العلانية والمنافسة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعد مبدأ العلانية من أهم المبادئ العامة التي تحكم إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الذي يقوم على أساس اتجاه إرادة الشخص المعنوي العام المتعاقد إلى الإعلان والرغبة في التعاقد وفقا لأسلوب الشراكة يشمل كافة مراحل إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى غاية إرساء العقد على أحد المتعاملين أو المستثمرين الخواص(الوطني أو الأجنبي) وصدور قرار المنح المؤقت للمشروع المشترك، وتبعا لذلك يعتبر تكريس مبدأ العلانية في المجال التعاقدي من النظام العام بما يضمن شفافية إجراءات إبرام وصحة عمليات اختيار المتعاقد من خلال إرساء قواعد الشفافية

والعلانية ومبدأ المساواة والمنافسة الشفافة والتمكين التي تشمل كافة مراحل وإجراءات عمليات التعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

كما يعتبر كذلك مبدأ المنافسة بأنه أحد المبادئ الأساسية للتعاقد في المجال الإداري، الذي يقتضي التزام الشخص المعنوي العام المتعاقد إتاحة الفرصة لمشاركة أكبر عدد من المتعاملين المتنافسين من تقديم عطاءاتهم بعد الإعلان عن مشروع في مجالات البنى التحية، والعمل على إرساء مبادئ المساواة بين المتنافسين وحياد الإدارة وعدم تحيزها لأحد المتنافسين ومعاملتهم على قدم المساواة تقيدا بنصوص القانون المنظمة لذلك، والحرية الاقتصادية وشفافية الأعمال التعاقدية لأشخاص القانون العام من خلال إعلام المتعاملين المتنافسين بالفرص الاقتصادية المتاحة، على أن عدم الالتزام بهذا المبدأ يعد خروجا على قواعد القانون وتعارضا مع أحكامه مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك، وهو أمر يثير منازعات ناشئة في مرحلة الإبرام[2].

ويجد مبدأي العلانية والمنافسة مصدرهما وأساسهما في النصوص القانونية التي قيدت حرية الشخص المعنوي العام في إبرام العقود المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بإلزامية الإعلان والنشر الواسع والشفافية في إجراءات ومراحل الإبرام لضمان مشروعية إجراءات الإبرام وصحة العقد المبرم[3]، ففي التشريع الفرنسي يقيد الشخص العام المتعاقد باحترام إجراءات الإعلان والنشر في النشرية الرسمية للعقود الإدارية والجريدة الرسمية الخاصة بالاتحاد الأوروبي مع استعمال وسائل الإعلام المتاحة لنشر الإعلان لإتاحة الفرصة لمشاركة أكبر عدد من المتعاملين المتنافسين كالنشر الالكتروني، وهو ما أكدت عليه المادة الثالثة والفقرة الثالثة من المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي

[1]إسماعيل صعصاع غيدان البديري، النظام القانوني لإبرام عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، س13 لسنة2021، ص.8

[2]عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الإدارية القانونية(حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس2012، ص.432.

[3] إسماعيل صعصاع البديري. أحمد فاهم مسلم، الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العدد4، س11، 2019، ص20.

المعدل[1]، المحددة لمبادئ إبرام عقود الشراكة كمبادئ حرية الوصول والمساواة في معاملة المتنافسين والإعلان المسبق لمناقصة لإبرام عقد الشراكة وفقا للإجراءات والشروط المحددة قانونا، كما أكدت المادة 16من القانون رقم108/2000المؤرخ في10أوت2000المتضمن قانون تحديث وتطوير الخدمات العامة للكهرباء ضرورة احترام قواعد المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين[2].

أما في التشريع المصري نجد أن القوانين المنظمة للعقود الإدارية قد قيدت حرية الأشخاص المعنوية العامة المتعاقدة بجملة من المبادئ، وهو أمر أكد عليه القانون رقم67لسنة2010المتضمن قانون الشراكة المصري، حيث أخضعت المادة19 عمليات اختيار المستثمر في عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، إلى مبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة في ظل القواعد والإجراءات المحددة قانونا استنادا لنص المادة19 بإلزامية النشر والإعلان والتحضير لمنافسات المشاركة[3]، وأكدته اللائحة التنفيذية لهذا القانون من خلال تقييد اختيار مستشاري الطرح لمشروعات المشاركة مع القطاع الخاص بمبادئ العلانية والشفافية والمساواة وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص استنادا لنص المادة12من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[4]، هذا فضلا على وجوبية التقيد بإجراءات الإعلان والنشر في الصحف الوطنية والأجنبية أو أي وسيلة من

---

[1]تنص المادة الثالثة من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل

« La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.
Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret. »

كما تنص الفقرة الثالثة من المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل على ما يلي:

«..... « *Art. L. 1414-3.* − La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.
« Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des» conditions prévues par décret.

[2]المادة 16من القانون رقم108/2000المؤرخ في10أوت2000المتضمن قانون تحديث وتطوير الخدمات العامة للكهرباء.

[3]المادة19من القانون رقم67لسنة2010 بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

[4]المادة12من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الصادر بقرار رقم 238لسنة2011،ج ر العدد3مكرر ب بتاريخ23يناير 2011.

شأنها كفالة مبدأ العلانية في التعاقد[1]، ومن ذلك أيضا ما أكدته المادة السادسة من القانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المعدل، الذي حدد إجراءات وأساليب التعاقدات العامة في ظل التقيد بمبدأي الشفافية وحرية المنافسة، التي تنص على أن « تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص» [2].

والملاحظ على المشرع الجزائري هو الآخر تأكيده على المبادئ التي تحكم عمليات إبرام العقود الإدارية المختلفة، سواء بنصوص تشريعية عامة أو خاصة لضمان شفافية عمليات وإجراءات إبرام العقود الإدارية المختلفة والمنافسة الحرة وحرية الوصول للطلبات العمومية، حيث قيدت مثلا المادة46من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة61من المرسوم الرئاسي رقم15-247الملغى الطلبات العمومية لإبرام الصفقات العمومية بإلزامية الإشهار الصحفي[3]، والإعلان عنها باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وإلزامية النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، والنشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على التراب الوطني، وهو ما ينطبق على إعلان الطلبات العمومية المحلية تطبيقا لنص المادة65من المرسوم الرئاسي رقم15-247 السالف الذكر[4]، ومن ذلك أيضا المادتين02و06 من الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم12/08المؤرخ في25يونيو2008[5]، والمادتين09و11من المرسوم التنفيذي رقم199/18السالف الذكر، والمادة105من القانون رقم12/05المتعلق بالمياه السالف الذكر، وأشارت إليه بصفة عامة المادة الثالثة من القانون رقم18/22المؤرخ في

[1]المادة14من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

[2]القانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر العدد39مكرر (د)في03أكتوبر2018.

[3]المادة46من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة61من المرسوم الرئاسي رقم15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى.

[4]المادة65من المرسوم الرئاسي رقم15-247 الملغى.

[5]المادتين02و06من الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة المعدل ولمتمم بموجب القانون رقم12/08 المؤرخ في25يونيو2008، ج ر العدد36بتاريخ02يوليو2008.

24يوليو2022المعدل للقانون رقم09/16 المتعلق بترقية الاستثمار بضرورة احترام القوانين والتنظيمات المعول بها لاسيما ما تعلق بممارسة النشاطات الاقتصادية بصفة عامة في إطار الشفافية والمساواة في التعامل مع الاستثمارات[1]، وفي ظل غياب نصوص قانونية خاصة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري فإنها تبقى خاضعة لنفس القواعد والمبادئ العامة المطبقة على كافة العقود الإدارية مع مراعاة خصوصية هذه العقود، وتبعا لذلك تتقيد الأشخاص المعنوية العامة بمبدأي العلانية والشفافية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما يضمن العمومية والعلانية والمساواة والتنافسية لكافة مراحل وعمليات إبرام الطلبات العامة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ويعد إخلالا بمبدأ المنافسة في مجال إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبول الطلبات أو العطاءات العامة بعد انتهاء المدة القانونية المعلن عنها من قبل الشخص العام المتعاقد، أو عدم الالتزام بالحياد والمساواة في تمكين المتعاملين المتنافسين فيما يتعلق بموضوع مناقصة الشراكة المعلن عنها، وتضاف إلى ذلك اعتماد الشخص العام المتعاقد معايير غير موضوعية أو مشروعة للانتقاء أحد المتعاملين المتنافسين، أو متناقضة مع الشروط المحددة في دفتر الشروط، أو استبعاد أحد المتنافسين أو إقصاءهم في غير الحالات المحددة قانونا، أو اللجوء إلى التفاوض مع أحد المتعاملين المتنافسين خلال مرحلة الدراسة والتقييم للعطاءات دون مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك والحالات المحددة قانونا.

ثانيا: منازعات الإخلال بمبدأ المساواة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر مبدأ المساواة من أهم المبادئ الأساسية للتعاقد في المجال الإداري، الذي يقتضي كقاعدة عامة التزام الشخص المعنوي العام المتعاقد بضرورة تكريس المساواة والعدالة في معاملة المتعاملين المتنافسين وفقا للشروط والضوابط والاستثناءات المنصوص عليها قانونا، وهو ما ينطبق على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وإلزامية معاملة المشاركين المتنافسين على قدم المساواة بدون تحيز بينهم تكريسا لمبدأ حياد الشخص العام المتعاقد مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، والملاحظ على المشرع الفرنسي تكريسه لمبدأ

[1] المادة الثالثة من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 50بتاريخ 28يوليو2022 المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار.

المساواة في مجال التعاقدات العامة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي هذا الإطار أخضع الأمر رقم2004-559المتضمن قانون الشراكة الفرنسي عمليات إبرام هذه العقود إلى عدة مبادئ أهمها حرية الوصول والمساواة بين المترشحين تطبيقا لنص المادة الثالثة والفقرة الثالثة من المادة14منه كما قلنا سابقا[1]، وهو أمر أكد عليه المشرع المصري لاسيما في القانون رقم67لسنة2010بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، وتقييد حرية الشخص المعنوي العام المتعاقد في اختيار المستثمر والالتزام بمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والعلانية والشفافية وحرية المنافسة على مراحل وعمليات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا المادة12من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[2]، والقانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الذي أكد على خضوع عمليات وإجراءات التعاقدات العامة لمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص استنادا لنص المادة السادسة من هذا القانون[3].

أما بالنسبة لمبدأ المساواة في التشريع الجزائري، نجد أن التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة قد أكدت على المبادئ الأساسية التي تقيد حرية الشخص المعنوي العام المتعاقد بضرورة تكريس مبدأ المساواة بين المتعاملين المتنافسين بالإعلان عن الدعوة للمنافسة لإبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص، وتبعا لذلك يقتضي مبدأ المساواة في المجال التعاقدي كفالة حق تقديم العروض أو العطاءات العامة لكل المتعاملين المتنافسين الذين تتوافر فيهم الشروط المحددة في دفتر الشروط المعلن عنه، والتزام الحياد وعدم التحيز أو إقصاء أحد المتنافسين المترشحين إلا في الحالات والاستثناءات المحددة قانونا كما هو الأمر بالنسبة لحالات الإقصاء من المشاركة في طلب المنافسة لإبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، ومن حالات الإقصاء التي تشمل العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما نصت عليه مثلا المواد50و51و52من القانون رقم23-12المؤرخ

[1] المادة الثالثة والفقرة الثالثة من المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل.

[2] المادة12من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الصادر بقرار رقم 238لسنة2011.

[3] المادة السادسة من القانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المعدل.

في05أوت2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية[1]، الذي ألغى الأحكام الخاصة بالصفقات العمومية فقط في المرسوم الرئاسي15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، الذي نصت المادة75منه على أن يقصى من المشاركة في الصفقات العمومية بصورة مؤقتة أو نهائية المتعاملون الاقتصاديون من هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، أو كانوا محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية أو الصلح ممن كانوا محل حكم قضائي يحوز حجية الشيء المقضي فيه لارتكابهم أحد المخالفات تمس بالنزاهة المهنية، وكذلك الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، أو الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم، أو بسبب التصريح الكاذب[2]، وهو نفس الأمر الذي أكدته المادة47من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويضات المرفق العام[3]، والمادة الثالثة من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022يتعلق بترقية الاستثمار وإخضاع عقود الاستثمار وفقا للشروط والمبادئ والإجراءات والضوابط المحددة قانونا لاسيما ما تعلق بممارسة النشاطات الاقتصادية المختلفة في إطار تكريس مبدأ الشفافية والمساواة في التعامل مع الاستثمارات[4].

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن مخالفة مبدأي الشفافية والتفاوض لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعد مبدأ الشفافية من أهم المبادئ التي تحكم مراحل وإجراءات إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر يلزم الشخص العام المتعاقد والمتعاملين المتنافسين بتكريس مبدأ الشفافية على جميع المراحل والإجراءات والعمليات التي تقتضيها مرحلة إبرام عقود الأشخاص المعنوية العامة، وأن الخروج على تلك الشروط

[1] المواد50و51و52 من القانون رقم 23-12المؤرخ في05أوت2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر العدد51 الصادرة في06أوت2023.

[2] المادة75من المرسوم الرئاسي15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى؛ ما تجب الإشارة إليه أنه سيتم الاعتماد على هذا المرسوم إلى غاية صدور نصوص تنظيمية جديدة صادرة وفقا لقانون الصفقات العمومية الحالي وفق ما نصت عليه المواد110إلى112من قانون الصفقات العمومية الحالي.

[3] المادة47من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويضات المرفق العام

[4] المادة الثالثة من القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 بترقية الاستثمار

والإجراءات يعتبر من أسباب الطعن ببطلان العقد لمخالفة مبدأ الشفافية في الإبرام، مع العلم أن تكريس هذا المبدأ مرتبط أساسا بمدى تكريس المبادئ الأخرى التي تحكم إبرام العقود الإدارية بما عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (مبادئ: المساواة، العلانية، المنافسة، الحياد...).

إلى جانب ذلك تثير إجراءات وأساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي الأخرى منازعات تمنح للأطراف المعنية الحق في اللجوء إلى القضاء من لأجل المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدر بالمخالفة مع الإجراءات وأساليب الإبرام المحددة قانونا، أو وقفها أو الاستناد عليها لإبطال بعض التصرفات أو العقد ذاته أو التعويض عنها، ومن أجل بيان ذلك سيتم التطرق أولا إلى مظاهر الإخلال بمبدأ شفافية إجراءات وأساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم مظاهر الإخلال بمبدأ شفافية أساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا)، وأخير بيان مظاهر الإخلال بمبدأ المفاوضة أو التفاوض التنافسي لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تعد من القيود الواردة على سلطة الإدارة في الإبرام(ثالثا).

أولا: الإخلال بمبدأ شفافية إجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الملاحظ على المشرع الفرنسي تأكيده على مبدأ الشفافية في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تطبيقا لنص المادة الثالثة والفقرة الثالثة من المادة14من الأمر رقم2004-559المتضمن قانون الشراكة الفرنسي، وهو أمر أكد عليه القانون رقم67لسنة2010بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة واللائحة التنفيذية له قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة بضرورة التقيد بمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والعلانية والشفافية وحرية المنافسة على مراحل وعمليات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، والقانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم

[1] المادة12من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الصادر بقرار رقم 238لسنة2011.

التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بإخضاع عمليات وإجراءات التعاقدات العامة لمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص[1].

وهو ذات الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري مثلما جاء في نص المادة التاسعة من القانون رقم01/06 يتعلق بالفساد المعدل باستناد إجراءات إبرام الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية[2]، والمادة5 من المرسوم الرئاسي رقم15-247الملغى عند تحديد المبادئ العامة المقيدة لحرية الشخص المعنوي العام المتعاقد في نطاق الصفقات العمومية[3]، وقد نصت كذلك المادة5من قانون الصفقات العمومية الحالي على المبادئ العامة للتعاقد بالصفقات العمومية، وبالرغم من أن المادة11من قانون الصفقات العمومية الحالي استثنت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود التسيير المفوض للمرفق العام من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية[4]، غير أنه لا مانع من إخضاع إجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتلك المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية، والمبادئ العامة للتعاقد في قانون الاستثمار رقم18/22السالف الذكر لغياب تنظيم قانوني خاص بها، وتبعا لذلك إن عدم الإدارة العامة بقواعد الشفافية في مراحل وإجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يثير منازعات بما قد يؤدي إلى بطلان العقد لعدم مشروعية أو شفافية إجراءات الإبرام المنصوص عليها قانونا، ومن مظاهر ذلك مخالفة مبدأ العلانية والإشهار لدفتر الشروط، أو الإعلان عن طلب المنافسة للمناقصة موضوع الشراكة، أو التحايل في الإعلان أو تعديل دفتر الشروط بعد النشر، أو عدم التزام الحياد مع المتعاملين المتنافسين، أو إجراء المفاوضات مع أحد الشركاء دون الآخرين.

ويتحقق تكريس مبدأ الشفافية في مرحلة إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تقيد الشخص المعنوي العام المتعاقد بتكريس الشفافية في

---

[1] المادة السادسة من القانون رقم18 لسنة2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المعدل.

[2] المادة التاسعة من القانون رقم01/06 المعدل

[3] المادة5من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي ألغيت الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية بقانون الصفقات العمومية الحالي؛ كما أكدت كذلك المادة3من المرسوم الرئاسي رقم10-236 الملغى بأن الإشهار يعتبر وسيلة لتكريس مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية؛ المادة3من المرسوم الرئاسي رقم10-236الملغى.

[4] المادة11من قانون الصفقات العمومية الحالي

إجراءات وأساليب إبرام عقود الشراكة، وأن شفافية الإجراءات تقتضي إعداد وتحديد شروط ومعايير انتقاء واختيار وتأهيل المتعاملين المترشحين بما يحقق النجاعة الاقتصادية واستهداف الأغراض المراد تحقيقها بإشراك القطاع الخاص في تنفيذ أو تمويل مشاريع في البنية التحية أو الخدمات والمرافق العامة، ويتعلق الأمر بتحديد الحاجات العامة للشخص العام المتعاقد وإعداد دفتر الشروط لاسيما ما تعلق بطبيعة محل التعاقد وحجمه استنادا إلى معايير ومواصفات تقنية تراعى فيها مقاييس واعتبارات النجاعة والجدوى الاقتصادية ومداها، وهو ما يجعل هذه المرحلة من أهم مراحل إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

وتبرز رغبة الشخص العام المتعاقد في إتاحة الفرص وفتح المجال للمتنافسين بالنشر والإعلان الرسمي لدفتر شروط مشروع العقد المراد إبرامه بالشراكة مع القطاع الخاص، ويعتبر الإهمال أو التقصير أو عدم وضوح الحاجات العامة في دفتر الشروط بصورة دقيقة أو تجزئته، أو مخالفة إجراءات الإشهار والمنافسة وإتاحة الفرص أو التقييم الدقيق للمشروع مخالفة حقيقية لمبدأ المساواة والمنافسة الحرة وشفافية إجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وهو ما يعد خروجا على الأحكام الإجرائية والموضوعية والمبادئ العامة التي قيد بها القانون حرية الشخص العام المتعاقد في مجال العقود الإدارية المختلفة، وهو أمر أكد عليه المشرع الجزائري في العديد من التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة مثلما ما جاءت به المادتين17و46من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادتين26و27من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، بخصوص تحديد الحاجات العامة شروط إعداد دفتر شروط لإبرام الصفقات العمومية[2].

ومن ذلك أيضا ما أكد عليه ما جاءت به أحكام القرار المؤرخ في21نوفمبر1964يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على

[1]حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، دورية صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، الامارات، س25، العدد02، يوليو2017، ص.102

[2]المادتين17و46من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادتين26و27من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى.

صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل المعدل بموجب دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021[1]، وكذا دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي[2].

كما يعد عدم الالتزام بمبدأ العلانية وحرية الوصول للطلبات والمعلومات المتعلقة بمراحل وإجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من مظاهر المساس بمبدأ شفافية إجراءات الإبرام وخروجا على القواعد الإجرائية والموضوعية المحددة قانونا بما يؤثر على نجاعة التعاقدات العمومية وجديتها لتحقيق الأغراض المستهدفة من وراء الإعلان والدعوة للمنافسة لدفتر شروط مناقصة الشراكة مع القطاع الخاص، وتبعا لذلك فإن عدم التقيد بإجراء الإعلان والنشر لدعوة المتعاملين المتنافسين وإتاحة الفرصة من أجل تقديم عطاءاتهم سواء كان النشر والإشهار في الصحف والجرائد تحت طائلة عدم المشروعية، وإمكانية الطعن ببطلان العقد لمخالفته مبدأ شفافية إجراءات الإبرام وقواعد المنافسة الحرة، على أنه يمكن للشخص العام المتعاقد تكريس مبدأ النشر والإعلان بالوسائل الحديثة بما يتماشى مع المستجدات والتطورات ووسائل الاتصال والتواصل الالكتروني، وهو أمر يجعل اعتماد النشر والإعلان الالكتروني دعامة حقيقية لتكريس مبدأ شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بالشكل الذي من شأنه إتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من الراغبين بتقديم عطاءاتهم العمومية، وهو أمر أكد عليه المشرع الفرنسي في ظل قانون الشراكة لعام2004بتكريس مبدأ الشفافية على كامل مراحل وإجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال الالتزام بمبدأ المساواة والعلانية وحرية الوصول للطلبات العمومية[3]، تحت طائلة عدم مشروعية وصحة إجراءات إبرام عقود الشراكة

[1] المرسوم التنفيذي رقم21-219المؤرخ في 20مايو 2021 يتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021، ج ر العدد50 بتاريخ24يونيو 2021المعدل للقرار المؤرخ في21نوفمبر1964يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل(ج ر ع.47،1965).

[2]Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, JORF n° 78 du 1er avril 2021.

[3]المادة الثالثة والفقرة الثالثة من المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل.

بين القطاعين العام والخاص، وقانون الشراكة المصري لعام2010، والقانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار الجزائري من خلال تأكيده على إنشاء منصة رقمية للمستثمر تسمح بتوفير المعلومات لاسيما ما تعلق بفرص العمل والاستثمار في الجزائر وفقا لنص المادة23.[1]

ثانيا: الإخلال بمبدأ شفافية أساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تقيد سلطة الشخص العام المتعاقد في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بضرورة إجراء التقييم الأولي للمشروع موضوع التعاقد في إطار الشراكة مع القطاع الخاص، وتبعا لذلك يلزم الشخص العام المتعاقد بإجراء تقييم دقيق شامل ومفصل للمشروع المشترك وتكلفته الحقيقية والمخاطر المحتملة لتفادي أي أعباء مالية غير متوقعة أثناء التعاقد، الأمر الذي يقتضي ضرورة إجراء دراسة معمقة دقيقة للجوانب القانونية والمالية والاقتصادية للمشروع وجودته الاقتصادية، والمقارنة بين النتائج المراد تحقيقها من الشراكة مع القطاع الخاص وما يقابلها في حالة تنفيذها من قبل الشخص العام المتعاقد، والوقوف على مدى فعالية تنفيذ المشروع العام محل الشراكة مع القطاع الخاص والفوائد التي يحققها مقارنة بتنفيذ ذلك المشروع من قبل الشخص العام المتعاقد، حيث أكد المشرع الفرنسي على وجوبية التقييم الأولي كإجراء جوهري واقف لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك لا يمكن إبرام عقود الشراكة لإنجاز مشروعات في قطاعات البنية التحتية أو الخدمات أو المرافق العامة إلا بعد إجراء التقييم الأولي المسبق لمختلف الجوانب الفنية والاقتصادية والقانونية والمالية التي يتطلبها المشروع محل الشراكة مع القطاع الخاص، والوقوف على التكلفة المالية للمشروع والمخاطر التي قد تنشأ عن إنجاز وتنفيذ المشروع، وهو أمر نصت عليه الماة02من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل[2]، والمادة05من الأمر رقم899-2015المؤرخ في23يوليو2015المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي[3].

وقد أكد المشرع المصري في ظل قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، بأنه لا يجوز طرح

[1] المادة23من القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار.

[2] المادة02 الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل سنة2008.

[3] المادة05 الأمر رقم899-2015الؤرخ في23يوليو2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

مشروعات المشاركة إلا بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة[1]، والإشارة إلى الوحدة المركزية للمشاركة واختصاصها بتقديم الخبرة الفنية والمالية والقانونية للجنة العليا لشئون المشاركة لبيان جدوى مشروع المشاركة، وضمان مستوى الإنتاج والخدمات، وجودة أصول المرفق وصيانتها[2]، والمشاركة برسم ومتابعة إجراءات طرح وإبرام عقود المشاركة وتنفيذها، وإعداد ونشر الدراسات والمعلومات والإحصاءات الخاصة بمشروعات المشاركة على المستويين المحلي والدولي[3]، كما يتم إنشاء لجنة فنية ومالية لوضع التكاليف الأساسية والقيمة التقديرية للمشروع في حالة تنفيذه، وتستطيع الوحدة المركزية للمشاركة مراجعة التكاليف الأساسية للمشروع تضاف إليها تكلفة التمويل والمخاطر والأعباء التي يتحملها القطاع الخاص لتنفيذ المشروع[4]، وهو ما أكدت عليه اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري من خلال إلزام الجهة الإدارية بتنفيذ مشروع الشراكة مع القطاع الخاص إعداد دراسة فنية وبيئية واجتماعية واقتصادية وقانونية ومالية تحت إشراف الوحدة لبيان جدوى تنفيذ مشروع المشاركة، وكذا تحديد قواعد وشروط كفالة وضمان مستوى الإنتاج والخدمات وجودة أصول المرفق محل التنفيذ بالشراكة وصيانته بما يضمن استمراريتها في تحقيق الأغراض المراد تحقيقها من وراء التعاقد بالشراكة[5].

وهو نفس الأمر الذي أكد عليه المشرع الجزائري واعتباره أن مرحلة إعداد المشروع ودراسته تعد من أهم مراحل الإبرام وترهن مدى نجاحه، وهو ما يقتضي دراسة دقيقة شاملة متكاملة ودراسة معمقة للجدوى الاقتصادية وحجم التكاليف اللازمة لإنجاز وتنفيذ مشروع في قطاعات البنية التحية أو الخدمات أو المرافق العامة اعتمادا على تقنيات حديثة وخبراء متخصصين مع مراعاة التكاليف اللازمة لذلك، وهو ما يضفي على هذه المرحلة أهمية بالغة يبرز من خلالها دور ومسؤولية الشخص العام المتعاقد على اختيار محل مشاريع البنية التحتية استنادا على معايير للدراسة والتقييم لدارسة الجدوى الاقتصادية للمشروع بما يتماشى

[1] المادى4من قانون الشراكة المصري

[2] المادة4من قانون الشراكة المصري

[3] المادة16من قانون الشراكة المصري

[4] المادة25من قانون الشراكة المصري

[5] المادة2من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة لسنة2010.

مع القواعد المعمول بها والسياسة العامة للدولة للتنمية المستدامة، سواء بتحديد طبيعة المشروعات القابلة للشراكة مع القطاع الخاص، واستهداف تطوير والرفع من الكفاءة الاقتصادية وتخفيف الأعباء الضخمة لتمويل المشاريع الكبرى في قطاعات البنية التحية والخدمات والمرافق العامة أو تطويرها، واقتسام المخاطر التي قد تنشأ على تنفيذ مشروعات الشراكة مع القطاع الخاص أو استمراريتها، أضف إلى ذلك تخضع المبادرة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى الدراسة المعقمة الشاملة للمشروع من جميع النواحي الاقتصادية والتقنية والفنية والمالية والقانونية التي تشمل عرض الدراسة والمخططات والبيانات الدقيقة الخاصة بمشروعات البنية التحية وبيان دراسات الجدوى الاقتصادية والفنية والبيئية لها بما يحقق الأغراض المستهدفة من وراء التعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا إعداد مستندات لشروط التأهيل والتقييم الأولي ومعايير اختيار المتعاملين المتعاقدين عن طريق الشراكة مع القطاع الخاص، وقد تكون الدعوة مفتوحة لتقديم شروط التأهيل من قبل المترشحين المتنافسين لتقديم عطاءاتهم في الأجل المعلن عنه، أو محدودة تقتصر فقط على مجموعة محددة من المتعاملين[1].

وبعد تقديم العطاءات والعروض من المترشحين المتنافسين يتم إنشاء لجنة لدراسة العطاءات المقدمة من المترشحين المتنافسين مع ضرورة موافقة الجهة المختصة، وذلك للوقوف على مدى الجدوى الاقتصادية للمشروع وتقييمه استنادا على المعايير المالية والفنية والتقنية والتحليلية مع التوصية بقبول أحسن العطاءات المقدمة من طرف المتنافسين المؤهلين، وتنظر الجهة المختصة في ذلك لاختيار أحد المتنافسين المؤهلين للتعاقد بالشراكة كخطوة لإرساء العقد على أحد المتعاملين الاقتصاديين(شركة خاصة أو مستثمر)، ودعوته لاستكمال إجراءات التعاقد والتوقيع على العقد، على أنه يشترط موافقة الجهة الوصية المختصة للتعاقد في الحالات المنصوص عليها قانونا تحت طائلة عدم مشروعية إجراءات الإبرام[2].

ومما سبق، يمكن القول أن التقييم الأولي والدراسة المسبقة لإبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يعتبر إجراء جوهريا مقيدا لحرية الشخص العام المتعاقد في الإبرام ضمانا للنجاعة التعاقدية والجدوى الاقتصادية والتكاليف

[1] خوجة حسينة، المرجع السابق، ص.131.

[2] إسماعيل صعصاع غيدان البديري، المرجع السابق، ص.54

الأساسية للمشروع وتقييمه آليات التنفيذ من قبل الشخص العام المتعاقد وبين القطاع الخاص للوقوف على الفوائد المراد تحقيقها من التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص مقارنة بالفوائد المحققة عند تنفيذ الشخص المعنوي العام للمشروع، وتبعا لذلك إن عدم إجراء التقييم الأولي للمشروع أو عدم جدية الدراسة المسبقة أو قصورها في أحد الجوانب المتعلقة بالمشروع موضوع التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص، يعتبر مخالفة للقواعد الإجرائية لإبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي يقتضيها مبدأ شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية بصفة عامة، وهو أمر يؤدي دون شك إلى إثارة العديد من المنازعات الناشئة عن عدم احترام إجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي يعود فيها اختصاص النظر والفصل فيها كقاعدة عامة للقضاء الإداري.

ثالثا: الإخلال بمبدأ المفاوضات أو التفاوض التنافسي لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

ومن الضوابط التي تحكم إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ضرورة التزام الشخص العام المتعاقد بالإجراءات التفاوضية مع المتعاملين المتنافسين الراغبين في إيداع عطاءاتهم أو طلباتهم العمومية كإجراء جوهري للإبرام ويكفل حسن النية في التعاقد والتنفيذ[1]، الأمر الذي أكد عليه المشرع الفرنسي في القوانين المنظمة للعقود الإدارية المختلفة، حيث يعتبر التفاوض إجراء إداري مؤثر لاستكمال مراحل إبرام مشروع عقد الشراكة المعلن علنه سلفا وانعقاده من عدمه، مع العلم أن إجراء التفاوض أو المفاوضات تهدف الإدارة المتعاقدة من خلاله إلى طرح والإعلان عن مشروع عام لإنشاء المشروعات العامة ومطالبة المتعاملين المترشحين بإعطاء مقترحاتهم الخاصة بتنفيذ المشروع محل التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص، التي تشمل أساسا مختلف الشروط والجوانب التقنية والفنية والمالية والقانونية المقترحة للتنفيذ[2]، حيث يقتضي إجراء المفاوضات وضع المترشحين المتنافسين أصحاب الخبرة والكفاءة لدراسة الجدوى، سواء بواسطة البريد الالكتروني أو شبكة

[1]YOUNIS. M. AL NUAIMI , setting the stage and pre contract negotiations in international contractsTikrit University Journal For Rights Year 5 Vol 5 N^{O} 2, Part 2, 2020 ,p9.

[2] خوجة حسينة، عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018 ص168.

للمعلومات أو غرف المحادثات المخصصة أو أي وسيلة مخصصة لهذا الغرض، وبناء على ذلك يُلزم المتنافس المرشح الذي قدم أحسن شروط للتنفيذ بتقديم عرضه إلى الشخص العام المتعاقد بغرض تقديم تقرير إلى لجنة خاصة في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ انتهاء أجل التنافس بين المترشحين المتنافسين، مع العلم بأن اختيار المتعاملين المرشحين في مجال العقود الإدارية المختلفة بفرنسا لم يعد يستند فقط على أفضل الأسعار وإنما يستند كذلك على إجراءات التفاوض والمناقشة مع المتنافسين المترشحين للحصول على أفضل العروض من الناحية الفنية والتقنية والمالية وتحقق النجاعة الاقتصادية والتنافسية والمساواة بين المتعاملين المتنافسين.[1]

والملاحظ على المشرع المصري في ظل قانون الشراكة بأنه حدد نطاق تقييم العطاءات الفنية والتقنية بمرحلتين، تتضمن الأولى تقديم الخطوط العريضة للعطاءات الفنية والفنية متبوعا بالحوار التنافسي مع المستثمرين المؤهلين، على أن يتم في مرحلة ثانية تقييم العطاءات النهائية لإجراء التقييم النهائي لها، ويمكن للجهة الإدارية بالاشتراك مع الوحدة المركزية للمشاركة إجراء حوار تنافسي مع المستثمرين المؤهلين الذين قدموا عروضهم[2]، بغرض الحصول على إيضاحات لعناصر العطاءات الفنية والمالية مع مراعاة مبدأ المساواة بين المستثمرين المؤهلين، والالتزام بالسرية عند إجراء الحوار التنافسي وفقا لما نصت عليه الماة23من قانون الشراكة[3].

فضلا على ذلك أشارت اللائحة التنفيذية لهذا القانون إلى اختصاص لجنة التأهيل المسبق بإعداد مستند التأهيل المسبق ومعاييره والبيانات الضرورية لذلك، والرد على استفسارات المستثمرين المؤهلين، تلقي طلبات التأهيل المسبق وفحصها ودراستها ومدى استيفاء تلك الطلبات وتطابقها مع المعايير المحددة، من ذلك ما تم العمل به بخصوص مشروع إنجاز محطة لتوليد الكهرباء لاختيار أفضل المستثمرين المؤهلين استنادا على معايير وشروط ومواصفات موضوعية من شأنها تحقيق النجاعة الاقتصادية المراد تحقيقها من

[1] المادة2من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم2لسنة2014.

[2] المادة23من قانون الشراكة المصري، المواد29و30و31من اللائحة التنفيذية له.

[3] الماة23من قانون الشراكة المصري رقم67لسنة2010.

المشروع[1]، وهو ذات الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون تنظيم التعاقدات المبرمة من الجهات العامة وتأكيدها على إلزامية إجراء التأهيل المسبق في مجال التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[2].

أما في الجزائر لم يخرج المشرع الجزائري على هذه الأحكام رغم غياب تنظيم قانوني خاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومها الحديث، غير أن الرجوع إلى المنظومة القانونية الخاصة بإبرام العقود الإدارية المختلفة نجد أن هناك إقرار بإلزامية إجراء المفاوضات مع المتعاملين الاقتصاديين في الحالات المحددة قانونا، والهدف من ذلك هو الحصول على أفضل العطاءات أو العروض من حيث المزايا الاقتصادية لتحقيق النجاعة الاقتصادية، من ذلك ما نصت عليه بطريقة غير مباشرة المادتين02و24إلى33من القانون رقم22-18يتعلق بالاستثمار على معايير تأهيل عقود الاستثمارات والمزايا الاستثنائية لها التي يتم إعدادها استنادا على اتفاقية تفاوض بين الوكالة الوطنية للاستثمار والمستثمر[3]، من ذلك أيضا ما أكدت عليه المادة35من المرسوم التنفيذي رقم199/18بشأن تفويض المرفق العام، بأنه على لجنة اختيار وانتقاء العروض دعوة المترشح أو المترشحين المقبولين المؤهلين كل على حدى للتفاوض على العرض أو العروض المقدمة، وتحرير محضر لكل جلسة مفاوضة مع اقتراح أفضل العروض المقدمة على المصلحة المفوضة[4]، وتنصب المفاوضات حول مدة تفويض المرفق العام والتعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له، وقد يمتد ذلك إلى الاقتراحات أخرى من شأنها تحسين تسيير المرفق العام محل التفويض، وتبعا لذلك يصدر مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض وفتح آجال للطعن[5].

وما تجب الإشارة إليه أنه في ظل غياب تنظيم قانوني صريح لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، إلا أن الطبيعة الخاصة لها توجب ضرورة

---

[1] المواد29إلى41من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري لعام2010.

[2] نص المادة الأولى من القانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

[3] المادة17من القانون رقم18/22يتعلق الاستثمار.

[4] المادة35من المرسوم التنفيذي رقم199/18بشأن تفويض المرفق العام.

[5] المواد40و41و42 المرسوم التنفيذي رقم199/18بشأن تفويض المرفق العام.

إجراء المفاوضات مع المتعاملين المتنافسين المؤهلين للتفاوض على مختلف جوانب العطاءات المقدمة بناء على دعوة للمنافسة للتعاقد في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك يتم اختيار أفضل العروض واستدعاءه للتوقيع على العقد قبل إصدار قرار المنح المؤقت وإرساء العقد على أحد المتعاملين المتنافسين مع مراعاة آجال الطعن، ومما سبق يمكن القول أن وجوب إجراء التفاوض أو الحواء التنافسي في مرحلة إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يبرز أهمية الإجراء ودوره الهام في ضمان النجاعة التعاقدية لاختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين استنادا على معايير وقواعد موضوعية وعناصر الخبرة والكفاءة والقدرة على إنجاز المشروع محل التعاقد بالشراكة وضمان استمرارية تنفيذه، على أن عدم إجراء المفاوضات قبل التعاقد يعتبر مخالفة للقواعد الإجرائية الملزمة والمنصوص عليها قانونا لصحة إجراءات التعاقد بما قد يؤدي إلى إبطال العقد المبرم.

المطلب الثاني:المنازعات المتعلقة بصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يشترط لصحة العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص توافر مجموعة من الأركان المرتبطة أساسا بالأهلية، الرضائية، المحل، السبب، والشكل والإجراءات[1]، وهو ما قد يثير منازعات حول مدى صحة العقد لتخلف أحد هذه الأركان، ولبيان نطاق المنازعات الناشئة عن الإخلال بالأحكام العامة لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سيتم التطرق أولا إلى منازعات الإخلال بالشروط الشكلية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)،ثم التطرق إلى المنازعات الناشئة عن الإخلال بالشروط الموضوعية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول: منازعات الإخلال بالشروط الشكلية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

ترتبط الشروط الشكلية لصحة إبرام العقود الإدارية بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بركني الاختصاص والشكل والإجراءات المحددة قانونا، ذلك بأن الإخلال بتلك الشروط الشكلية لصحة العقد يجعله محلا للبطلان، وعليه سيتم التطرق أولا

[1] محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، ط4، مكتب صبره للتأليف والترجمة، 2007، ص45.

منازعات الإخلال بركن الاختصاص في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم التطرق إلى منازعات الإخلال بركن الشكل والإجراءات في إبرام تلك العقود(ثانيا)

أولا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن الاختصاص في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر الاختصاص في مجال العقود الإدارية المختلفة من أهم أركانها، الذي بمقتضاه تتجه إرادة الشخص العام المتعاقد وفقا للسلطة التي منحها له القانون لإبرام العقود الإدارية المختلفة، على أن عدم التقيد بالشروط القانونية لقواعد الاختصاص يجعل إبرام العقد الإداري باطلا ويؤدي إلى بطلان العقد محل الإبرام وهو ما ينطبق على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تقيدا بمبدأ احترام قواعد الاختصاص بالتعاقد في المجال الإداري لأن قواعد الاختصاص كقاعدة عامة تعد من النظام العام[1]، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن توقيع العقد الإداري من شخص غير مختص قانونا يؤدي إلى انعدامه[2]، طالما أن البطلان والانعدام لا يتم تصحيحه بقرار لاحق من الجهة المختصة[3]، كما أن العقد المبرم من الشخص العام غير المختص بالإبرام يعتبر عقدا باطلا[4]، وتبعا لذلك إن تخلف ركن الاختصاص في الإبرام باعتباره من النظام العام يجعل الأعمال التعاقدية للجهات الإدارية معيبة أو منعدمة لمخالفتها لقواعد الاختصاص في إبرام العقود الإدارية، ويرتب البطلان المطلق للعقد الإداري الذي قد يثيره القاضي الإداري من تلقاء نفسه[5].

وفي المقابل ترد على هذه القاعدة العامة التي يوجبها مبدأ الاختصاص الشخصي في إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص استثناءات، مثلما هو الأمر بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي في الظروف العادية تأسيسا على نظرية الأوضاع

---

[1] برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2002، ص.113و114

[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص346؛ إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.147.

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص346؛ إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.147.

[4] M.Waline, Droit Administratif, 9édition, Éditions Siry, Paris,1963, N. 1011, P 602.

[5] إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، ص.ص.147.

الظاهرة ضمانا لاستقرار المعاملات واستمرارية سير المرافق العامة وحماية الغير حسن النية في التعامل[1]، وهو ما ينجم عنه ضرورة الدمج بين نظريتي الموظف الفعلي والأوضاع الظاهرة في الظروف العادية مع التقيد بموجبات احترام الظاهر متى اقتضت ضرورات تسيير المرافق العامة أو استمراريتها ذلك، والتي يصبح فيها فعل الموظف الفعلي لازما لتسيير المرفق العام واستقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية وجهله لعدم اختصاص الموظف الفعلي[2]، كما ترد على قواعد الاختصاص في الظروف غير العادية كذلك استثناءات تستند على فكرة الضرورة التي تبرر تصرف الموظف الفعلي غير المختص متى اقتضت ضرورات المصلحة العامة أو استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد ذلك، وتعد صحيحة تلك الأعمال(التعاقدية) رغم صدورها من جهة غير مختصة ولا صفة لها، الأمر الذي أكد عليه القضاء الفرنسي في العديد من قراراته كحكمه الصادر بتاريخ5مارس1948حول قضية(Marion) بمشروعية أعمال الموظف الفعلي[3]، وتأثر القضاء المقارن بما فيه القضاء المصري[4]، والجزائري في تبني نظرية الموظف الفعلي.

وفي مجال العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى إمكانية تطبيق نظرية الأوضاع الظاهرة في مجال الاختصاص لإبرام العقود الإدارية المختلفة للتقليل من حالات البطلان المطلق للعقود المبرمة أو انعدامها كنتيجة للعيوب الجسيمة التي تلحق ركن الاختصاص في الإبرام، على أن القبول بذلك مقيد بعدم الإضرار بمصالح الغير وعدم وجود خطأ للغير في التعامل مع الشخص العام تأسيسا على فكرة الظاهر، وأن التأكد من ذلك يخضع لتقدير القاضي المختص بشأن المسألة محل النظر، كما لا يوجد ما يمنع من الأخذ بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في مجال إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص متى

---

[1] فتيحة قرة، الأوضاع الظاهرة نظرية قضائية مستحدثة، المكتبة القانونية، دمشق، 2001، ص.35.

[2] André de LAUBADÈRE, TRAITÉ DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, TOME 1, 16éme édition,L.G.D.J, PARIS, 2002, N.1287, P608.

[3] مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص.278.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ58يونيو1964؛ أورده: محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى القرن21، ك2، ص.109و110.

اقتضت ضرورات المصلحة العامة أو سير المرافق العامة واستمراريتها ذلك، باعتبار أن التخفيف من مبدأ المشروعية في الظروف غير العادية يقدر بدرجة الضرورة والوسائل المستخدمة لمواجهتها[1]، وعلى قاضي الموضوع أخذ ذلك بعين الاعتبار حال الفصل في النزاع المعروض عليه وإمكانية الأخذ بنظرية الأوضاع الظاهرة في التوسيع من اختصاصه القضائي في منازعات إبرام العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واعتبار التصرفات الظاهرة للشخص العام في مجال إبرام العقود الإدارية المختلفة صحيحة، كما لا يوجد مانع من الأخذ بنظرية الموظف الفعلي لصحة إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية التي تتطلبها المصلحة العامة أو تقتضيها ضرورات سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وهو ما عبر عليه جانب بالفقه الفرنسي بالتفويض غير المشروع للاختصاص في إبرام العقود الإدارية المختلفة في النظرية الظروف الاستثنائية متى اقتضت سلامة الدولة واستمرارية المرافق العامة، وهو ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية[2].

وبالرجوع إلى المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل منه نجدها أجازت للأشخاص المعنوية العامة(الدولة أو إحدى هيئاتها العامة المؤسسات العامة) صلاحية التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص[3]، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون الشراكة المصري لعام2010 التي أشارت إلى الجهات الإدارية المكلفة بإبرام عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، والمتمثلة أساسا في الوزارات والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويمثل السلطة المختصة الوزير المختص، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري العام مع موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة[4]، وفي الجزائر أشارت التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة لاسيما قانون الاستثمار وقانون الصفقات العمومية وتنظيم

[1] محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى القرن21، المرجع نفسه، ص.109و110.

[2] مهند المختار نوح، المرجع السابق، ص.ص.284.

[3] المادة14من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل.

[4] المادتين 01و14من قانون الشراكة المصري لعام2010.

تفويض المرفق العام إلى أشخاص القانون العام لإبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تتمثل أساسا في الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية باعتبارها ممثلة للدولة أو إحدى هيئاتها العامة[1].

ومما سبق يمكن القول أن تخلف الاختصاص في إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كقاعدة عامة يصيب تلك العقود بعيب اختصاص الإبرام، وهو أمر يؤدي إلى بطلانها المطلق مع مراعاة الاستثناءات التي ترد على الاختصاص في مجال إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما لا يمكننا إهمال عيوب الاختصاص التي تصيب الرضا والإرادة في إبرام العقد الإداري من غلط وتدليس وغبن واستغلال وإكراه التي تعد من أسباب بطلان العقد وعدم صحته، وللقاضي المختص تقدير ذلك حال نظره في النزاع الناشئ.

ثانيا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن الشكل وإجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد استقر الفقه الإداري على ضرورة التقيد بجملة من شكليات وإجراءات معينة لاختيار المتعامل المتعاقد، مع إتباع شكل معين لصياغة العقد الإداري محل الإبرام وهو ما ينطبق على كافة العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أن عدم التقيد بالأشكال والإجراءات المحددة قانونا للإبرام يثير منازعات ناشئة عن الإخلال بركن الشكل والإجراءات في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ورغم اتجاه الفقه الإداري بأن الشخص العام المتعاقد غير ملزم بشكل معين لإبرام العقود الإدارية المختلفة ما لم ينص القانون على إتباع شكل محدد، إلا أن الواقع القانوني أثبت أهمية الكتابة لإبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بل وأصبحت من أهم القيود التي ترد على حرية الشخص العام في التعاقد باعتبارها

[1] المادة12من القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار، والمادة800من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل، المادة10من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة06من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى؛ المادة07من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتضمن تفويض المرفق العام.

وسيلة إثبات وضمان حقوق الأطراف المتعاقدة المتفق عليها في بنود العقد المبرم[1]، كما تبرز أهمية كتابة العقود الإدارية المختلفة في جعلها محررات رسمية تستند على قرينة المشروعية بما يجعلها قابلة للتنفيذ إلا إذا تم الطعن فيها بالتزوير[2].

وكقاعدة عامة إن الغالب في مجال العقود الإدارية هو اشتراط الكتابة التي تتم صياغتها عادة في دفاتر شروط تُحَدَدْ فيها الشروط العامة لإبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا الشروط الخاصة بكل نوع من العقود الإدارية فضلا على جوانبها الإدارية والفنية والتقنية والمالية وغيرها من الشروط الضرورية للتعاقد، سواء كانت في دفتر شروط واحد أو وثائق ملحقة به، على أن الطبيعة الخاصة لبعض العقود الإدارية توجب الشكلية في صياغتها مثلما هو الأمر بالنسبة للعقود الإدارية المبرمة في إطار الصفقات العمومية، أو امتياز أو تفويضات المرافق العامة، أو عقود الاستثمار، أو عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي توجب كلها ضرورة تضمين العقد المبرم بنوده المحددة لحقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة[3]، والملاحظ على المشرع الفرنسي في التشريعات المنظمة للعقود الإدارية المختلفة تأكيده على كتابة العقود الإدارية مثلما ما نصت عليه المادة11من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل[4]، وكذلك المادة1172من الأمر رقم 2016-131المؤرخ في10 فبراير2016المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، بإخضاع صحة العقود الرسمية للأشكال المحددة قانونا تحت طائلة البطلان[5]، والمادتين11و12 من الأمر رقم899-2015المؤرخ في23يوليو2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي[6].

---

[1]غازي كرم، القانون الإداري، ط1، الآفاق المشرقة، الأردن، 2010، ص.239 و174.

[2]قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الالكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد10، العدد37، 2008، ص.163.

[3]مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإدارية، ص.76.

[4]المادتين11و12من الأمر رقم559/2004المتضمن قانون الشراكة الفرنسي المعدل سنة2008.

[5]Article1172 du Ordonnance N° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf texte26sur113, 11février2016du 10 février 2016

[6]المادتين11و12من الأمر رقم899-2015المؤرخ في23يوليو2015المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

وهو ذات الأمر الذي أكد عليه المشرع المصري في ظل قانون المشاركة المصري رقم67لسنة2010لاسيما المادة34 التي حددت الأحكام الموضوعية لعقد المشاركة المرتبطة أساسا بتحديد أطراف عقد المشاركة والحقوق والالتزامات التي تقع على أطرافه[1]، وما يلاحظ كذلك على القانون رقم 182لسنة2018 الخاص تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الذي ألغى قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم89لسنة1998 ولائحته التنفيذية اشتراطه الكتابة في العقود المبرمة عن طريق المناقصات والممارسة التي قد تصل قيمتها خمسين ألف جنيه، تحت طائلة البطلان[2].

وقد أكد المشرع الجزائري على كتابة العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما نصت عليه أغلب التشريعات المنظمة للعقود الإدارية مثلما أشارت إليه المادة الثالثة من القانون رقم22-18يتعلقبالاستثمار بإخضاع عقود الاستثمار إلى القوانين والتنظيمات المعمول بها[3]، والمادة الثانية من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، التي نصت صراحة على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به[4]، وهو أمر أشارت إليه كذلك المادتين4و6من المرسوم التنفيذي رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام[5]، وهو ما يمكننا إسقاطها على عمليات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص خاصة في ظل تنظيم قانوني منظم لهذه العقود.

ومما سبق يمكن القول بأن التشريعات الفرنسية والمصرية والجزائرية أخذت بالشكلية في إبرام العقود الإدارية المختلقة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالنظر إلى أهميتها في تحديد طبيعة ونطاق وأطراف وحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وإرساء قواعد حسن النية والثقة في التعاقد واستقرار المعاملات، وهو أمر يجعل الكتابة في إبرام العقود

---

[1] المادة34من قانون المشاركة المصري رقم67لسنة2010.

[2] المادة27من القانون رقم 182لسنة2018 الخاص تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر 39مكرر (د)بتاريخ3اكتوبر 2018.

[3] المادة الثالثة من القانون رقم22-18يتعلق بالاستثمار.

[4] المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى.

[5] المادتين4و6من المرسوم التنفيذي رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام.

الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لازمة لقيام العقود أو الإعلان عنها، أو إثباتها[1]، على أن عدم التقيد بالشكلية في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وارتباطها بإنجاز أو إدارة المرافق العامة والمال العام في الحالات التي يوجب القانون ذلك، يعتبر سببا حقيقيا لبطلان العقد باعتبار أن العقود غير المكتوبة مهجورة في الميدان الإداري كون الأشخاص العامة المتعاقدة غالبا ما توثق علاقاتها التعاقدية بالكتابة، خاصة في ظل إرساء صور للرقابة الإدارية على الأعمال الإدارية لأشخاص القانون العام، الأمر الذي أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بالطعن رقم5955بتاريخ8مايو 2001 بإلزامية الكتابة حتى في ظل عدم وجود عقد مكتوب[2].

ومن ناحية ثانية، نجد أن المستقر عليه في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو اعتماد الكتابة في إعداد دفاتر الشروط المحددة للأطراف وموضوع التعاقد والأحكام الموضوعية والإجرائية للإبرام، والإعلان عنه بنشره حتى يتسنى للمتعاملين الاقتصاديين معرفة طبيعة العقد ونطاقه، ومعايير الانتقاء وتكلفة المشروع وشروط تنفيذه، الأمر الذي أكدته التشريعات الفرنسية والمصرية والجزائرية المنظمة للعقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ثم يمكن القول أن الكتابة ركنا لازما لإبرام العقود الإدارية المختلفة، وأن انعقاده يقتضي إفراغه وفقا للشكل المحدد قانونا، على أن عدم مراعاة ذلك قد يؤدي إلى بطلان العقد ويصيب العقد بعيب في الشكل[3].

[1] محمد علي عبده، دور الشكل في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص.11.

[2] المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بالطعن رقم5955بتاريخ8مايو 2001.

[3] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.413.

الفرع الثاني: منازعات الإخلال بالشروط الموضوعية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

رغم اعتبار المحل والسبب ركنان في الالتزام وليس في العقد بصفة عامة، إلا أن الخلل فيهما يؤثر على صحة العقد المبرم[1]، وهو أمر يبرر البحث عن الأثر المترتب على الإخلال بركني المحل والسبب في مرحلة إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والمنازعات الناشئة عنها، ولبيان ذلك سيتم التطرق أولا إلى منازعات الإخلال بركن المحل في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم بيان منازعات الإخلال بركن المحل في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا)

أولا: منازعات الإخلال بركن المحل في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لما كان تحديد محل العقد الإداري بما فيه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يعد من مراحل تحديد الحاجات العامة المحددة لموضوع العقد المتعلق بإنجاز وتمويل مشروعات عامة في البنية التحية والخدمات والمرافق العامة، حيث يعتبر المحل ركنا تبرز أهميته في الالتزام الناشئ عن العقد المبرم، ويشترط في المحل وفقا للقواعد العامة أن يكون مشروعا وممكنا عملا ومحددا أو قابلا للتحديد، موجودا أو قابلا للوجود، وهو أمر أكدت عليه المواد(8و11و1126و1130)من القانون المدني الفرنسي، والمواد(131إلى135) من القانون المدني المصري، والمواد(92و93و94و99و100)من القانون المدني الجزائري[2].

وما تجب الإشارة إليه أن الفقه الإداري الفرنسي استقر على ضرورة توافر شروط صحة المحل في العقد الإداري بما فيها عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بأن يكون مشروعا ومحددا وموجودا وهو ما تبناه القضاء الإداري بفرنسا وتأثر به القضاء الإداري المقارن كالقضاء الإداري المصري والجزائري، وفي هذا المجال يتجه جانب فقهي إلى القول أن الإخلال بقواعد الاختصاص في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين

[1] عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد9، العدد17، 2006، ص.4.

[2] المواد(8و11و1126و1130) من القانون المدني الفرنسي، والمواد(131إلى135) من القانون المدني المصري، والمواد(92و93و94و99و100) من القانون المدني الجزائري

القطاعين العام والخاص، لا يصيب الأعمال التعاقدية بعيب عدم الاختصاص وإنما يمتد كذلك إلى محل العقد ويشيبه بعدم المشروعية أو المساس بالمراكز القانونية أو الحقوق المكتسبة، وقد يعمل المشرع على تحديد حالات للتعاقد أو منعه التي يعتبر عدم مراعاتها مخالفة لقواعد القانون(عيب المحل)، كحظر التعاقد في حالة عدم وجود اعتمادات مالية أو عدم الموافقة المسبقة من الجهات المختصة، وعدم تجزئة محل العقود الإدارية كمظهر للتحايل والتحرر من القواعد الإجرائية والموضوعية لإبرام العقود الإدارية المختلفة[1]، وتعتبر كذلك العقود الإدارية بما فيه عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باطلة عندما يكون محلها مستحيلا [2]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه يوجب في كل العقود الإدارية توافرها على الشروط العامة الخاصة بأركان العقد ومحله بما يؤدي إلى البطلان المطلق لتلك العقود، أو البطلان النسبي إذا كان أحد شروطه أو بنوده غير مشروع أو مستحيل[3].

أضف إلى ذلك أنه في الحالة التي يكون فيها محل العقد الإداري بما فيه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص غير ممكن التنفيذ في الواقع العملي، كانت إجراءات إبرامه باطلة بما يمنح للمتضرر حق طلب إبطال إجراءات الإبرام لعيب في المحل لاستحالة تنفيذ العقد المراد تنفيذه أو مخالفته للنظام العام، وهو ما يمنح للقاضي المختص سلطات في نطاق المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية المختلفة، وتبعا لذلك يمكن القول أن أساس منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في هذه الحالة هو الإخلال بركن المحل المتعلق بالالتزام التعاقدي.

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.379

[2] محمد فؤاد الحريري، مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين، المجلة القانونية، البحرين، العدد4، يونيو2015، ص265

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص.380

ثانيا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن السبب على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يقصد بركن السبب البواعث الدافعة لإبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي وتأثر به كل من القضاء المصري والجزائري، مع العلم أنه في مجال العقود الإدارية يندمج السبب في الغاية وأن السبب لإبرام الشخص العام المتعاقد مرتبط بغايات المصلحة العامة وسير المرافق العامة، ويشترط في ركن السبب في الالتزام العقدي أن يكون مشروعا وموجودا، وصحيحا وغير مخالف للنظام العام، الأمر الذي نصت عليه المواد8و11و1131من القانون المدني الفرنسي، والمادة136من القانون المدني المصري، والمواد97إلى100من القانون المدني الجزائري[2].

ويعتبر الاستناد على عيب السبب في إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإثبات عدم مشروعية العقد نادرا نوعا ما، وذلك بالنظر إلى إخضاع عمليات الإبرام لإجراءات متتالية ومعقدة بما يقلل من إمكانية وقوع أخطاء في أركان العقود الإدارية المختلفة، هذا فضلا على أن الطعون التي تثيرها أركان العقود الإدارية تتدرج في نطاق المشروعية لدعوى إلغاء القرارات الإدارية المتصلة أو المنفصلة غير المشروعة، كما يعتبر الاستناد على سبب غير موجود أو غير مشروع لإبرام عقد إداري بما فيه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العيوب التي تصيب ركن السبب في الإبرام حتى وإن كان قليل الإعمال من الناحية الواقعية، ويقع على القضاء المختص مسؤولية التحقق من ذلك أو توافر عيوب التي تلحق الرضا في الإبرام[3].

[1] محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص.35.

[2] المواد8و11و1131من القانون المدني الفرنسي، والمادة136من القانون المدني المصري، والمواد97إلى100 من القانون المدني الجزائري

[3] سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص.256.

الفرع الثالث: التسوية الودية لمنازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد أجازت التشريعات محل المقارنة اللجوء إلى الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون اللجوء إلى القضاء، وهو ما يوجب علينا ضرورة بيان أهم الوسائل الودية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ودور التحكيم أحد الأساليب الحديث للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية(ثانيا)

أولا: أهم الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

ولبيان ذلك سيتم التطرق أولا إلى الصلح والتوفيق في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، ثم التطرق إلى الصلح والوساطة في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ب)

أ- تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتظلم والتوفيق:

لما كان التظلم وسيلة للتسوية الودية في مادة المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة قبل اللجوء إلى القضاء، وأن اللجوء إليه يؤدي إلى قطع ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء، إلا أنه يجد إعمالا أكثر له في منازعات التنفيذ مع أنه لا مانع من تسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص متى تعلق الأمر بالقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام العقد أو انعقاده أو تكوينه، وتبعا لذلك يمكن للطرف المتضرر تقديم تظلم أمام جهة الإبرام ضد القرار الإداري المنفصل عن إبرام العقد الإداري حتى في ظل غياب نصوص قانونية صريحة بجواز التظلم في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة، كما يعتبر التوفيق وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والملاحظ على المشرع الفرنسي تبنيه لأساليب التسوية الودية للمنازعات الإدارية من ذلك ما جاء في أحكام المرسوم رقم974/80 المؤرخ في4ديسمبر 1980 بشأن إنشاء لجان استشارية لتسوية الأضرار التي تتحمل الدولة مسؤوليتها[1]، والمرسوم الصادر في

[1]المرسوم رقم974/80المؤرخ في4ديسمبر1980بشأن إنشاء لجان استشارية لتسوية الأضرار التي تتحمل الدولة مسؤوليتها

25فبراير 1991الذي أشار إلى اللجنة الوطنية الاستشارية واللجان الاستشارية المحلية أو الإقليمية التي يدخل ضمن اختصاصها إيجاد حلول ودية لمنازعات إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها[1].

وهو ما يفهم ضمنيا من موقف المشرع المصري من إجازة الالتجاء إلى وسائل التسوية الودية للمنازعات الإدارية بما فيها منازعات إبرام العقود الإدارية أو تنفيذها، باعتبار أن المشرع المصري في ظل القانون رقم47لسنة1972يتضمن قانون مجلس الدولة عندما منح مفوضي الدولة صلاحية اقتراح الطريق الودي لتسوية المنازعات التي تدخل ضمن اختصاص جهات القضاء الإداري دون تحديد نطاقها فيما إذا كانت أثناء إبرام العقد الإداري أو تنفيذه بما يوحي إلى إمكانية اللجوء إلى التوفيق لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[2]، ومن ذلك أيضا ما أكد عليه القانون رقم7لسنة2000الخاص بلجان التوفيق بمصر بإلزامية تقديم طلب التوفيق إلى اللجان المختصة قبل اللجوء إلى القضاء تحت طائلة عدم قبول الدعوى الإدارية[3].

وعن إمكانية اللجوء إلى التوفيق في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة ورغم عدم وجود نص صريح في هذا القانون إلا أنه يستخلص ضمنيا من نص المادتين الأولى والرابع باختصاص لجان التوفيق المختصة النظر في المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين الأشخاص العامة وشركائها باستثناء المنازعات الخاصة بوزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أحد أجهزتها[4]، وهو ما تبناه المشرع الجزائري رغم أنه لا يوجد نص صريح يجيز اللجوء إلى التوفيق لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما لا يوجد ما يمنع ذلك طالما أن الغاية من التوفيق هو التوصل إلى حل توافقي للنزاع الناشئ عن إبرام العقد.

---

[1] المرسوم الصادر في 25فبراير 1991.

[2] المادة27من القانون رقم47لسنة1972يتضمن قانون مجلس الدولة المصري.

[3] المادة 11من القانون رقم7لسنة2000 بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفًا فيها.

[4] المادتين الأولى والرابعة من القانون رقم7لسنة2000بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفًا فيها.

ب- تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح والوساطة: لم تنص التشريعات محل المقارنة صراحة على الصلح كطريق لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، غير أنه لا يوجد ما يمنع من الالتجاء إلى الصلح وفقا لقواعد القانون المدني، وهو أمر استقر عليه قضاء مجلس الدولة المصري استنادا على نص المادة58من القانون رقم47لسنة1972يتضمن قانون مجلس الدولة المصري[1]، وخلافا لذلك يجد الصلح في التشريع والقضاء الفرنسيين إعمالا أكثر له في منازعات إنهاء العقد الإداري باعتباره إجراء هام من شأنه تسوية المنازعات المتعلقة بالمسائل المالية للصلح أو المصالحة بين الأطراف دون إتباع إجراءات التقاضي الطويلة والمعقدة [2]، على أن يقتصر الصلح على منازعات التعويض التي تثيرها عمليات إبرام العقود الإدارية بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون امتداده إلى منازعات الإبرام التي تثيرها منازعات القرارات الإدارية المنفصلة الصادر في مرحلة إبرام العقود الإدارية المختلفة[3]، وفي المقابل لم يرد في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المنظمة للعقود الإدارية نص صريح يجيز الصلح لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية، إلا أن ذلك لا يمنع من اللجوء إلى الصلح لتسوية منازعات الإبرام لاسيما ما تعلق بمسائل التعويض في نطاق القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء أو الاستعجال[4].

إلى جانب ذلك تعد الوساطة وسيلة للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية المرتبطة بأحد الأشخاص العامة، ولقد نظمت أحكام المواد131إلى131-15من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الأحكام العامة للوساطة القضائية لتسوية المنازعات المدنية وهو ما ينطبق على منازعات العقود الإدارية المختلفة[5]، دون أن يكون نص صريح حول جواز الوساطة في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر تأثر به المشرع الجزائري من خلال تبنيه للوساطة كطريق ودي لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين

[1] المادة58 من القانون رقم47لسنة1972يتضمن قانون مجلس الدولة المصري

[2] Linotte D.et Mestre A. ,Services public et droit public économique.Litec.1995,p.17.

[3] محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.19.

[4] نص المادة990من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[5] المواد131إلى131-15من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

العام والخاص[1]، مع العلم أن الوساطة تجد إعمالا أكثر لها في مادة القضاء الكامل من ذلك منازعات الإبرام التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، وفي المقابل لم يأخذ المشرع المصري بالوساطة وربطها بالتوفيق في ظل قانون المرافعات المدنية والإدارية المصري[2].

ثانيا: التحكيم لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر التحكيم طريق ودي لتسوية منازعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة بواسطة محكم أو هيئة تحكيم يتم اختيارها من الأطراف المعنية دون اللجوء إلى القضاء، وعن إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يمكن القول أنه لا يوجد نص صريح يجيز أو يمنع التحكيم في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة خاصة في ظل عمومية النصوص القانونية المنظمة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريعات محل المقارنة، والمستقر عليه في التشريع الفرنسي هو جوازية التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة تطبيقا لنص المادة2060من القانون المدني الفرنسي[3].

غير أن اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمر غير وارد في هذا المجال باستثناء ما تعلق بمنازعات التعويض عن الأضرار المترتبة عن الأعمال المادية[4]، وهو ما تأثر به المشرع المصري الذي تبنى مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة في القانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، خلافا لذلك فقد أجاز القانون رقم9لسنة1997المعدل للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

[1] نص المادة994إلى1005من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2] محمد حكيم حسين الحكيم، المرجع السابق، ص.61.

[3] المادة2060من القانون المدني الفرنسي.

[4] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص.180؛ اشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص.ص.100.

بعد موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه[1]، وتبعا لذلك أصبح اللجوء إلى التحكيم في منازعات تنفيذ العقود الإدارية دون منازعات الإبرام، الأمر الذي أكدت عليه التشريعات المنظمة للعقود الإدارية من ذلك ما جاء في المادة42من القانون رقم89لسنة1998المتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بجواز اتفاق الأطراف المعنية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد دون الإشارة إلى جواز التحكيم في منازعات الإبرام أو حظره[2]، وهو ما أكدت عليه المادة91من القانون رقم182لسنة2018باصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[3].

وفي المقابل الملاحظ علىالمادة35من القانون رقم67لسنة2010باصدار قانون الشراكة المصري بأنها أجازت التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة[4]، والمادة90من القانون رقم72لسنة2017المعدل بالقانون رقم141لسنة2019المتضمن قانون الاستثمار المصري، بجواز التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاق الأطراف المعنية أو الأحكام العامة للتحكيم في القانون المصري[5].

أما في التشريع الجزائري، فقد أجاز المشرع للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم الداخلي أو الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية تطبيقا لنص المادتين1006و1039من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[6]، وأجازته كذلك المادة12من القانون رقم22/18يتعلق بالاستثمار[7]، كما أكد قانون الصفقات العمومية الحالي على التسوية الودية للنزاعات في إطار أحكام القانون الجزائري، وإخضاع تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ صفقات عمومية مع متعاملين اقتصاديين أجانب بالتحكيم الدولي وفقا للمواد87إلى89، التي حلت محل

[1]المادة الأولى فقرة02من القانون رقم9لسنة1997المعدل للقانون رقم27لسنة1994بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل.

[2]المادة42من القانون رقم89لسنة1998المتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

[3]المادة91من القانون رقم182لسنة2018باصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

[4]المادة35من القانون رقم67لسنة 2010باصدار قانون الشراكة المصري.

[5]المادة90من القانون رقم72لسنة2017المعدل بالقانون رقم141لسنة2019المتضمن قانون الاستثمار المصري.

[6]المادتين1006و1039من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[7]المادة12من القانون رقم22/18يتعلق بالاستثمار.

المواد153إلى155من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى[1]، كما أشارت المواد70إلى73من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويض المرفق العام إلى التسوية الودية لمنازعات تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام[2]، وعليه يمكن القول أن المستقر عليه عملا في التشريع الجزائري هو أن التحكيم كأسلوب للتسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يجد إعمالا أكثر له في منازعات التنفيذ باستثناء ما تعلق بمنازعات التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال المادية في المجال التعاقدي.

المبحث الثاني: الإجراءات القضائية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد حدد كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري نطاق المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية الخاصة بالأشخاص المعنوية العامة بمنازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة أو تنفيذها وبيان أهم الوسائل القانونية والقضائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتسوية تلك المنازعات بما يضمن الموازنة بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة خاصة في تمتع السلطة الإدارية بسلطات وامتيازات ومركز تعاقدي متميز في مواجهة المتعاملين المتعاقدين معها، الأمر الذي يجعل الرقابة القضائية وسيلة فعالة لضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة، وعليه إن مباشرة الإجراءات القضائية يقتضي الخضوع إلى قواعد إجرائية وموضوعية للتقاضي أمام الجهات القضائية المختصة التي يؤدي عدم احترامها إلى رفض الدعوى الإدارية، سواء في ظل دعوى الإلغاء ضد إبرام العقود الإدارية المختلفة، أو الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، أو حتى في نطاق دعوى القضاء الكامل التي يختص بها قاضي العقد في دعاوى بطلان العقد محل التعاقد، أو دعاوى التعويض عن القرارات الصادرة الجهة الإدارية في مرحلة إبرام العقد أو انعقاده.

ولتحديد أهم الإجراءات القضائية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري، يتم التطرق أولا إلى تحديد

[1] المواد87إلى89من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المواد153 إلى155 من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى بشأن الأحكام الخاصة بالصفقات العمومية.

[2] المواد70إلى73من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويض المرفق العام.

الإجراءات القضائية الخاصة بالتقاضي أمام قضاء الإلغاء(المطلب الأول)، ثم عرض الإجراءات التنازعية في إطار الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وتحديد أثر الأحكام القضائية الصادرة في دعوى الإلغاء والدعوى الاستعجالية على العملية التعاقدية وعلى اختصاص قاضي العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظام الإجرائي والموضوعي لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تقتضي دراسة النظام الإجرائي والموضوعي لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري، بيان الأسس العامة لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم تحديد الشروط اللازمة لمباشرة دعوى الإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية للتشريعات محل الدراسة(الفرع الثاني)، لنتطرق في الأخير إلى بيان أوجه الطعن بالإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأسس العامة لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن تحديد الأسس العامة لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيما منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يوجب علينا التعرض بالدراسة إلى مسألة مدى جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية ذاتها أم أن الأمر مرتبط بالطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة الصادرة في مرحلة إبرام العقد الإداري أو انعقاده(أولا)، ليتسنى لنا بيان نطاق دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: مدى جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة

المستقر عليه في المجال الإداري هو عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة مع بعض الاستثناءات، وهو أمر أدى إلى انقسام كل من الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا إلى اتجاهين، حيث يؤيد الاتجاه الأول عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية

ذاتها بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لعدم قبول فكرة فصل العقد عن العملية التعاقدية بما يمنع الطعن فيها بالإلغاء[1]، والأَوْلَى للمتضرر اللجوء إلى قاضي العقد للنظر والفصل في النزاع القائم بمقتضى ولاية القضاء الكامل بواسطة الطريق الموازي للمطالبة بحماية حقوقه القانونية أو التعاقدية المقررة قانونا أو في العقد ذاته باعتبار أن العملية العقدية كل لا يتجزأ[2]، على أنه يمكن للطرف المتعاقد الطعن ضد القرارات غير المشروعة الصادرة عن الجهة الإدارية باعتبارها سلطة عامة لا كطرف متعاقد[3]،خلافا لذلك رفض الاتجاه الثاني فكرة عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة، وحجتهم في ذلك أنه لا يمكن الاستناد على نظرية الطعن الموازي لاستبعاد العقود الإدارية من نطاق دعوى الإلغاء خاصة بالنسبة للغير الأجنبي عن العلاقة التعاقدية الذي يمكنه اللجوء إلى قضاء الإلغاء لحماية حقوقه القانونية[4].

أضف إلى ذلك أن هناك عقود إدارية قد تتضمن شروطا لائحية أو تنظيمية تنشأ مراكز قانونية موضوعية تتسم بالعمومية والتجريد مثلها مثل القوانين، على أن مخالفة السلطة المتعاقدة لتلك الشروط يضفي عدم المشروعية على أعمالها التعاقدية بما يجعلها محلا للطعن بالإلغاء أمام قضاء المشروعية[5]، الأمر الذي تأثر به كل من الفقه والقضاء الإداريين المصري والجزائري كقاعدة عامة بتبني مبدأ عدم الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية المختلفة.

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي ومجلس الدولة أجازا الطعن بالإلغاء في بعض العقود الإدارية لاسيما في مجال الصفقات العمومية[1]، ولعل من أهم تلك الحالات في القانون الفرنسي ما أكد عليه القانون رقم82/212الصادر بتاريخ02مارس1982بشأن حقوق

---

[1]سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.193.

[2]مجدوب عبد الرحمن، الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة سكيكدة ، العدد1، 2021، ص45؛ يحي محمد مرسي النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد18، العدد2، السنة05، يونيو2017، ص.152.

[3]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.351.

[4]عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية(دراسة خاصة بمجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد3، سبتمبر1987، ص.19

[5]محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال تطبيق النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 71

[1]محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامية الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد49، أفريل2011، ص201

وحريات الهيئات المحلية[1]، الذي أجاز لممثل الدولة الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة المبرمة من قبل الهيئات المحلية، أضف إلى ذلك أن هذا القانون قيد نفاذ بعض العقود الإدارية(عقود الامتياز، عقود الأشغال العمومية، عقود القروض، عقود إيجار المرافق العامة الصناعية والتجارية..) بضرورة إحالتها على ممثل الدولة الذي يستطيع الطعن ضدها بالإلغاء في أجل شهرين أمام المحكمة الإدارية[2]، وهو أمر تأثر به المشرع الجزائري الذي منح لممثل الدولة حق الطعن ضد العقود التي تبرمها الهيئات المحلية متى خالفت المبادئ العامة للإبرام، وهو أمر نصت عليه الفقرة02من نص المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل التي منحت لممثل الدولة على مستوى الولاية الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري محل الإبرام من قبل جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية[3]، وفي المقابل تعتبر العقود التي لا يوجب القانون إحالتها على ممثل الدولة نافذة من تاريخ إبرامها، التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء فقط من قبل المتضرر(شخص طبيعي أم معنوي)[4]، وهو أمر استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي وتأثر به القضاء الإداري الجزائري الذي أكد على حق المتضرر من الإجراءات التحضيرية لإبرام العقود الإدارية المختلفة المساهمة في تكوينها، الطعن فيها بالإلغاء بصورة مستقلة أمام جهات القضاء الإداري[5].

كما وسع مجلس الدولة الفرنسي من نطاق الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية إلى العقود المرتبطة بتنظيم وإدارة وتسيير المرافق العامة وتقديم الخدمة العمومية للمنتفعين، وجواز طعن الغير بالإلغاء ضد الشروط اللائحية أو التنظيمية غير المشروعة للعقود الإدارية، ومن تطبيقات ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في17ديسمبر2008 الذي أكد على حق غير المتعاقدين الطعن بالإلغاء ضد الشروط التنظيمية أو اللائحية التي تضمنها العقد الإداري متى

[1]القانون رقم82/212الصادر بتاريخ02مارس1982بشأن حقوق وحريات الهيئات المحلية.

[2]شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص.55.

[3]الفقرة02من نص المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[4]النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر،2017، ص426

[5]النوي خرشي، المرجع نفسه، ص426

توافرت شروط ذلك[1]، وهو أمر تبناه القضاء الإداري الجزائري والمشرع بموجب نص المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، هذا خلافا للقضاء الإداري المصري الذي رفض الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مؤكدا في المقابل على قبول فكرة إلغاء العقد كنتيجة لإلغاء القرار الإداري المنفصل عنه الذي يستوجب اللجوء إلى قاضي العقد لإلغاءه.

ومما سبق، يمكننا القول أن المستقر عليه كقاعدة عامة في كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري، هو تكريس مبدأ حظر الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واستثناء وفي حالات حددها التشريع أو القضاء يجوز الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري مثلما هو الأمر لحق ممثل الدولة بالطعن ضد العقود المبرمة من قبل الهيئات المحلية أو المؤسسات العمومية المحلية، أو ما تعلق بالعقود بخصوص تنظيم أو إدارة أو تسيير المرافق العامة(الشروط اللائحية أو التنظيمية التي تتضمنها العقود الإدارية).

ثانيا: نطاق دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري أن قبول الطعن بالإلغاء ضد مختلف القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة إبرام وتكوين العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء ما تعلق بالقرارات السابقة على عملية الإبرام أو المقترنة بها، تشمل القرارات السابقة على إبرام العقود الإدارية المختلفة جملة القرارات الإدارية التحضيرية لتكوين العقد وإبرامه كالقرارات الخاصة بالموافقة على إجراءات التعاقد أو الترخيص بها أو رفض ذلك، ومختلف قرارات الإعلان والتحضير لإبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كالقرارات الاستشارية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية المختلفة[1]، القرارات المتضمنة تحديد شروط التعاقد وأساليبه[2]، قرارات

[1]أورده: مجدوب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.47

[2]المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[1]André De Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité Des Contrats Administratifs, Tome Second, Paris, 1984, N,1825, P1037

الإعلان عن الدعوى للمنافسة العامة أو إعادة الإعلان، والقرارات الصادرة عن الجهات المختصة بفحص ودراسة وتقييم العطاءات العامة بعد الدعوة للمنافسة كقرارات الاستبعاد أو الإقصاء غير المشروعة لأحد المترشحين المتنافسين[2]، أو قرارات الشخص العام المتعاقد التعاقد بالمخالفة للأساليب والإجراءات المحددة قانونا كقرار التعاقد بالتراضي بدلا من طلب المنافسة العامة في غير الحالات المحددة قانونا[3]، كما تضاف إلى ذلك قرارات إلغاء إجراءات التعاقد أو الرجوع عنها، قرارات المنح المؤقت أو النهائي للعطاءات أو الطلبات العمومية أو رفضها، قرارات التجديد العقود أو رفض ذلك[4].

أضف إلى ذلك تندرج القرارات الخاصة باعتماد العقود الإدارية أو إبرامها أو رفضها، قرارات التوقيع على العقود الإدارية المختلفة أو رفضها ضمن نطاق القرارات الإدارية المنفصلة التي قد تثير منازعات عن إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[5]، وفي هذا المجال أكد مجلس الدولة الفرنسي باستقلالية قرار اعتماد العقد الإداري أو إبرامه على العقد ذاته الذي يكون محلا لدعوى الإلغاء[1]، وهو ما يوحي إلى التغير في موقف قضاء مجلس الدولة الفرنسي نحو جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية المركبة بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود

---

[1]حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.121.

[2]-عطوي حنان، حق الغير في حماية عملية إبرام الصفقة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 12، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، جوان 2017، ص155 .

[3]محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)، المرجع السابق، ص.44

[4]عبد الله منصور الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، المجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد16، يونيو2020، ص.ص.199.

[5]اشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.ص.102.

[1]حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية société anonyme touristique de la vallée du lautaret،الصادر بتاريخ 6نوفمبر1970؛ أورده: محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)، دار النهضة العربية، القاهرة،1994، ص47.

الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، وهو ما تبناه القضاء الإداري المصري متأثرا بموقف كل من الفقه والقضاء الإداري الفرنسي بأن قرارات اعتماد العقود الإدارية المختلفة أو إبرامها تعتبر قرارات منفصلة عن العقود ذاتها التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء بشكل مستقل[2]، واختصاص القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده دون المساس بالعقد ذاته[3]، وهو ما يؤكد انتهاج القضاء الإداري المصري لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية والتمييز بين العملية التعاقدية لها والقرارات الإدارية المتعلقة بانعقادها التي تعد مستقلة عن العقد وتكون محلا للطعن بالإلغاء، من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ05أبريل1975[4]، وحكمها بتاريخ14أبريل1979مؤكدة بأن القرارات الصادرة عن الجهة الإدارية السابقة على إبرام العقد تعتبر قرارات إدارية منفصلة مستقلة نهائية كقرار إقصاء أحد المتنافسين، أو إلغاء طلب المنافسة أو إرسائها على أحد المتنافسين، وهو ما أكده مجلس الدولة المصري على اختصاص القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية الصادر في المراحل التمهيدية للتعاقد سواء ما تعلق بقرارات الإذن أو إبرام العقود الإدارية المختلفة أو اعتمادها، على أن القرارات المتخذة في مرحلة التنفيذ كقاعدة عامة تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل[1].

وما تجب الإشارة إليه أن القضاء الإداري الفرنسي قد وسّع من نطاق القرارات المنفصلة إلى قرارات رفض إبرام العقود الإدارية أو إتمامها بما في ذلك عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من ذلك قرارات رفض التوقيع على العقد الإداري أو التصديق عليه، أو رفض إصدار القرار النهائي للبدء في تنفيذ الالتزامات التعاقدية محل الاتفاق أثناء التعاقد، حيث

---

[1]محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول لطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد49، 2011، مصر، ص.195.

[2]محمد سمير محمد جمعة، المرجع نفسه، ص.195.

[3]قرار مجلس الدولة المصري في قراره الصادر بتاريخ25نوفمبر1998.

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم456 بتاريخ05أبريل1975؛ أورده: اشرف محمد خليل، نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية(دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.16

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم666 بتاريخ14أفريل1979؛ أورده: عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.332.

أجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء بشكل مستقل ضد هذه القرارات باعتبارها قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري ذاته[1].

وفي المقابل تأثر القضاء الإداري الجزائري بالقضاء الإداري الفرنسي في تبني نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يوحي الأخذ بهذه النظرية في النظام القضائي الجزائري، ولعل من أهم تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية المختلفة حكم المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) في قضية شركة(هيتزلstehetzel) بتاريخ16ديسمبر1966 المتضمن رفض دعوى الإلغاء باعتبار أن القرارات التي من شأنها ضمان حسن تنفيذ عقد الأشغال العمومية تعتبر قرارات متصلة وغير منفصلة عن العملية العقدية التي يختص بها القضاء الكامل[2]، وفي حكم آخر صادر عن المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) بتاريخ18أبريل1969في قضية اتحاد النقل والشركة باعتبار أن قرارات إرساء العقود الإدارية قرارات منفصلة، وتبعا لذلك فإن قرار السلطة الوصائية رفض مداولة المجلس الشعبي المحلي المتضمن منح الامتياز يعتبر قرارا إداريا منفصلا[3]، وفي هذا المجال يتجه جانب من الفقه الإداري الجزائري إلى القول بأن القرارات الإدارية المنفصلة المؤثرة على سلامة العقود يؤثر إلغاءها على العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

مع العلم أن نطاق اختصاص قضاء الإلغاء بشأن القرارات الإدارية المنفصلة محدد بعكس اختصاص القضاء الكامل، وتبعا لذلك يحق للغير الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أما بالنسبة لطعن المتعاقد مع الشخص العام المتعاقد بإلغاء القرارات الإدارية

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ17اكتوبر1980في قضيةGaillard؛ أورده، محمد السناري، المرجع السابق، ص48

[2] حكم المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) في قضية شركة(هيتزل) بتاريخ16ديسمبر1966 المتضمن رفض دعوى الإلغاء؛

[3] حكم آخر صادر عن المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) بتاريخ18ابريل1969 في قضية اتحاد النقل والشركة؛ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري(نظرية الدعوى الإدارية)، ج 2 ، الجزائر، 2003، ص.ص.463.464.

[1] خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية(الدعاوى وطرق الطعن فيها)، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.ص.77-79.

المنفصلة يكون في الغالب بعد إبرام العقد بما يوجب على الطاعن اللجوء إلى قاضي العقد بعد الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل، لذا فالأحسن للمعني اللجوء مباشرة إلى قاضي العقد لربح الوقت والتخفيف من إجراءات التقاضي أمام قضاء الإلغاء[1]؛ ومن ناحية ثانية، يمكن للمتعاقد الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارة المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة في الحالة التي يستند فيها الشخص العام كسلطة عامة يتمتع بامتيازات السلطة العامة تنفيذا للتشريعات والتنظيمات النافذة وليس استنادا على بنود العقد المبرم وشخصا عاما متعاقدا، ففي هذه الحالة يأخذ المتعاقد حكم الغير الذي يحق له الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة أمام قاضي الإلغاء متى توافرت شروط ذلك، وهو ما أكد عليه القضاء الإداري المصري، الأمر الذي يمكن إسقاطه على مختلف العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[2].

ومما سبق، يتحدد نطاق القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد في مرحلة الإبرام إلى قرارات سابقة على الإبرام وأخرى مقترنة به أو معاصرة له، ومن أمثلة القرارات المنفصلة السابقة على إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص القرارات الصادرة عن السلطات الوصائية بشأن الإذن أو الترخيص على إجراءات التعاقد، القرارات الصادرة عن جهات إدارية أو هيئات محلية منتخبة الخاصة بإبرام العقد، قرارات اللجنة المختصة بإقصاء أحد المتعاملين المتنافسين، قرارات الشخص العام المتعاقد برفض التقيد بإجراءات التعاقد المنصوص عليها قانونا[1]، تضاف إليها القرارات المقترنة بإبرام العقد والمعاصرة له كالقرارات المتعلقة باعتماد العقد أو إبرامه كقرار التوقيع على العقد مثلما أجازه مجلس الدولة الفرنسي في قراراته القضائية[2]، وكذا القرارات الخاصة برفض إبرام العقد أو إتمامه[3]، وينصب دور القاضي الإداري في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها القرارات المنفصلة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في

[1] عبد الله منصور الشانبي، المرجع السابق، ص.200.

[2] عبد الله منصور الشانبي، المرجع نفسه، ص.ص.200.

[1] محمد السناري، المرجع السابق، ص.45.

[2] CE16avril1982 ;sté « la maison climatic », RFD,adm1982,n°196.

[3] CE06mai1985,minPTTc/MRicard,RFD adm1985n°697.

مرحلة الإبرام، بمراقبة مدى مشروعية تلك القرارات من الناحية الشكلية أو الموضوعية لإصدار الحكم النهائي بشأنها، الأمر الذي كرسه كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري.

الفرع الثاني: شروط الطعن بالإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

من أهم شروط قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادرة في المراحل التمهيدية لإعداد وتكوين العقود الإدارية المختلفة، أن يكون الطلب مقدما من قبل غير المتعاقد مع الشخص العام المتعاقد متى كانت له مصلحة في ذلك، كما يشترط كذلك لصحة الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة على العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن تكون نهائية ونافذة بالشكل الذي يستبعد من نطاق الطعن الإلغاء استنادا لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية الأعمال والقرارات التمهيدية أو التحضيرية أو الإجراءات السابقة للتعاقد وقبل الإبرام[1]، إلى جانب ذلك يشترط لصحة دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة توافر أحد عيوب عدم المشروعية التي تشوب القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع الطعن بالإلغاء، سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية، وليس على أساس إخلال الشريك العام المتعاقد بالتزاماته التعاقدية في مرحلة الإبرام[1].

أولا: الشروط الخاصة بالطاعن في دعوى إلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يشترط لرفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ضرورة توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية لقبولها وفق ما حددته التشريعات النافذة، سواء ما تعلق بأطرافها أو إجراءاتها أو ميعادها، أو ما تعلق بأسباب الطعن التي تؤسس عليها دعوى الإلغاء الناشئة عن المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام العقود الإدارية أو تنفيذها، مع العلم أن سلطة قضاء الإلغاء في هذه الحالة ينصب أساسا في فحص مدى مشروعية القرارات الإدارية لاسيما ما تعلق بمشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين

[1] نجيب خلف أحمد ود.محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، ب د ن، العراق، 2010، ص.129.

[1] نجيب خلف أحمد ود.محمد علي جواد، المرجع نفسه، ص.157.

القطاعين العام والخاص، ويترتب على عدم توافر أحد الشروط العامة لقبول الطعن بالإلغاء عامة أمام القضاء الإداري بطلان إجراءات دعوى الإلغاء، الأمر الذي أكدته أغلب التشريعات الخاصة بإجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة، من ذلك ما نصت عليه صراحة المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بوجوب توافر الصفة والمصلحة والأهلية في المتقاضي[1]، باعتبارها شروطا لصحة إجراءات التقاضي تحت طائلة بطلان الدعوى شكلا تطبيقا لنص المادتين63و64من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[2].

وتتحدد الصفة لإقامة الدعوى الإدارية الناشئة عن المنازعات الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها برافع الدعوى صاحب الحق أو المركز القانوني موضوع التنازع أمام القضاء الإداري، ومن الفقهاء من ربط بين الصفة والمصلحة لقبول الدعوى الإدارية بخلاف المشرع والقضاء الإداري في اعتبارهما مستقلان عن بعضهما ولازمان لقبول دعوى الإلغاء عامة بغض النظر فيما إذا كان الأمر متعلقا بالشخص المعنوي العام أو الطبيعي وهو ما أكده مجلس الدولة الجزائري في العديد من التطبيقات القضائية وينطبق على دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تنفيذها[1].

وتتحقق المصلحة في رافع دعوى الإلغاء عندما يترتب على صدور قرار إداري غير مشروع بالمركز القانوني للطاعن سواء ما تعلق بأحد حقوقه الشخصية المكتسبة أو ارتبط بواقعة أو حالة قانونية خاصة قائمة أو محتملة[2]، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي وأقره المشرع الجزائري وفقا لنص المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[3]، فلا دعوى بدون مصلحة ودون وجود نص خاص[4]، ويشترط في المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء

---

[1] المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادتين63و64من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[1] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم182149الصادر بتاريخ14فبراير 2000، مجلة مجلس الدولة، العدد1، 2002، ص.ص107، وقراره رقم11053الصادر بتاريخ17جوان2003، مجلة مجلس الدولة، العدد4، 2003، ص.53.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري(الأسباب والشروط)، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص.618.

[3] المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4] G.pellissier, recours pour excès de pouvoir(conditions de recevabilité, répertoire du contentieux administratif, 2010, n249.

في مجال العقود الإدارية المختلفة أن تكون شخصية تتحقق بالمساس أو التأثير على المركز القانوني الذاتي والخاص برافع دعوى الإلغاء تأثيرا مباشرا[1]، ومشروعة، قائمة وحالة، ومباشرة، الأمر الذي تبناه المشرع الفرنسي وأخذ به المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة من التشريع المصري.

إلى جانب ذلك تعتبر الأهلية شرطا لصحة إجراءات التقاضي أمام قضاء الإلغاء التي يترتب على تخلفها بطلان إجراءات الخصومة القضائية، ولقد نص المشرع الجزائري على أهلية الشخص الطبيعي في المادة40من القانون المدني[2]، وأهلية الشخص المعنوي بمقتضى نص المادة49من القانون المدني التي تتحدد بالدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والأشخاص المعنوية الخاصة(الشركات أو المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي، الجمعيات، الوقف..)[3]، هذا فضلا على التمثيل بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وفق ما نصت عليه المادة829من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، كما نصت المادة31من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأن من له مصلحة مشروعة تكون له الصفة في رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري[2]، وتبعا لذلك يوجب لقبول دعوى الإلغاء لمن لهم مصلحة مشروعة تمنح الصفة القانونية للمطالبة بالحق أو حماية المركز القانوني المدعى به دون غيرهم[3].

أما في التشريع المصري نجده قد نظم شروط رفع الدعاوى الإدارية المختلفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا لنص المادة03من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي نصت على ضرورة توافر مصلحة في رافع الدعوى لقبول الدعوى القضائية[4]،

---

[1]عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.417.

[2]المادة40من القانون المدني الجزائري

[3]المادة49من القانون المدني الجزائري

[1]المادة829من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] Décret n°751123- du 5 décembre 1975, Dernière modification : Décret n°2017450- du 29mars 2017 ; Pierre Tifine, ' Droit administratif français(Troisième Partie),Chapitre 3, Chapitre 3: Contentieux administratif, Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4417 (www. revuegeneraledudroit.eu/?p=4417)

[3]Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 23e édition, Paris, Dalloz, 1994, p. 88 ; Gérard Couchez, Procédure civile, 7e édition, Paris, Dalloz, 1992, pp. 108-111.

[4]المادة03من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

والمادة12فقرة1من قانون مجلس الدولة المصري بضرورة توافر مصلحة بشأن قبول دعاوى العقود الإدارية[1].

ثانيا: الشروط المتعلقة بآجال رفع دعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد جعل كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري شرط الميعاد لرفع دعوى الإلغاء الناشئة عن المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من النظام العام، الذي يترتب على مخالفته عدم قبول دعوى الإلغاء من الناحية الشكلية دون التعرض لموضوع الدعوى، حيث يحدد أجل رفع دعوى الإلغاء في التشريع الفرنسي بشهرين وفقا لنص المادة423من قانون القضاء الفرنسي[2]، وستون يوما في التشريع المصري تطبيقا لنص المادة24من القانون رقم47لسنة المتضمن قانون مجلس الدولة لعام1972التي تكون نافذة من تاريخ نشر القرار الإداري التنظيمي أو من تاريخ التبليغ للقرار الإداري الفردي[1].

أما في التشريع الجزائري يحدد ميعاد دعوى الإلغاء أمام الجهات القضائية المختصة بأربعة أشهر من تاريخ نشر القرار التنظيمي أو من تاريخ تبليغ القرار الفردي، على أنه عند اللجوء إلى التظلم الإداري يكون للطاعن أجل شهرين من تاريخ الرفض الصريح للتظلم أو سكوت الإدارة عن التظلم، وهو ما ينطبق على الدعاوى التي يختص بها مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية وفق ما نصت عليه المادتين829و830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، مع مراعاة التعديل الأخير المتعلق بالمحاكم الإدارية الاستئنافية[3]، وتطبق نفس الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد829إلى832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم في الحالة التي يفصل فيها مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة[4].

---

[1] المادة12فقرة1من قانون مجلس الدولة المصري.

[2] المادة421أو423من قانون القضاء الإداري الفرنسي(المرسوم رقم2019-82 بتاريخ24أفريل2019.

[1] المادة24من القانون رقم47لسنة المتضمن قانون مجلس الدولة لعام1972.

[2] المادتين829و830من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] المادتين29و30من القانون العضوي رقم10/22المؤرخ في 09جوان2022يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر العدد41بتاريخ16جوان2022.

[4] المواد829إلى832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

ومما سبق يمكن القول بأن دعوى الإلغاء مقيدة بأجل معين يؤدي انقضاؤه إلى تحصن القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء بما فيها القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبار أن المواعيد من النظام العام ما لم تكن هناك مبررات أو أسباب لتمديد ذلك الأجل كرفع التظلم الإداري أثناء الآجال القانونية لدعوى الإلغاء، الذي ينقطع بموجبه الميعاد ليبدأ سريانه من تاريخ صدور قرار رفض الطعن الإداري(التظلم)[1]، ومن ذلك أيضا رفع الدعوى أمام جهة قضائية غير مختصة بنظر الدعوى بشرط التقيد بالآجال القانونية ليبدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء من تاريخ صدور الحكم القضائي بعدم الاختصاص وفق ما نصت عليه المادة832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

إلى جانب حالة أخرى مرتبطة بالقوة القاهرة كسبب لقطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء ليبدأ سريانه بعد زوال القوة القاهرة التي تمنع من رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري المختص، وكذلك في حالة طلب المساعدة القضائية أو وفاة المدعي أو تغير أهليته وهو ما نصت عليه المادتين831و832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، هذا فضلا على وجود حالات لوقف ميعاد دعوى الإلغاء ويتعلق الأمر ببعد المتقاضين عن الإقليم الوطني أو تزامن الميعاد مع أيام العطلة المحددة قانونا تطبيقا لنص المادتين404و405من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[3].

الفرع الثالث: أوجه الطعن بالإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الحقيقة أن أسباب الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية المختلفة ترتبط أساسا بالطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية في مرحلة الإبرام أو الانعقاد، والتي تخضع لنفس القواعد أو الأحكام المطبقة على الطعن بالإلغاء ضد القرارات

[1]محمد محمد عبد اللطيف، الوجيز في القضاء الإداري(تنظيم القضاء الإداري ودعوى الإلغاء)، الجزء1، 2020، ص.ص99.

[1]المادة421أو423من قانون القضاء الإداري الفرنسي(المرسوم رقم2019-82 بتاريخ24أفريل2019، المادة24من القانون رقم47لسنة المتضمن قانون مجلس الدولة لعام1972، والمادة832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[2]المادتين831و832من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[3]المادتين404و405من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم

الإدارية عامة بما يوجب توافر أحد أوجه عدم المشروعية التي تلحق بالقرارات الإدارية سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية، غير أنه في مجال العقود الإدارية المختلفة تثار مسألة فيما إذا كانت مخالفة القرارات المنفصلة عن العقد الإداري محل الإبرام لأحد الالتزامات التعاقدية تعتبر مخالفة لمبدأ المشروعية[1]، أو أن أسباب قبول الطعن بالإلغاء هو العيب الذي يلحق القرارات المنفصلة ذاتها أم يمكن إرجاع عدم مشروعية القرار المنفصل إلى عدم صحة العملية التعاقدية ذاتها؟

ولقد أجمع الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا ومصر بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في الحالة التي تكون القرارات محل الطعن مشروعة ومؤسسة على مخالفة تلك القرارات لبنود العقد[1]، حيث أجاز القضاء الإداري الفرنسي الطعن بالإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار الإداري المنفصل عن العقد ذاته أو على أساس عدم مشروعية العملية التعاقدية المرتبط بها العقد وأن حكم قاضي الإلغاء بناء على عدم مشروعية العقد ذاته يكون ملزما لقاضي العقد[2]، وهو ما استقر عليه كل من القضاء الإداري المصري والجزائري باعتبار أن العقود الإدارية المختلفة تعتبر من مصادر المشروعية التي يقتضي التزام الشخص العام المتعاقد بالأحكام والضوابط المحددة قانونا لإبرام العقود الإدارية المختلفة وتنفيذها[3]، وأن مخالفة الالتزامات التعاقدية يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية "العقد شريعة المتعاقدين" باعتبارها من أصول القانون المطبقة على العقود المدنية والإدارية[4].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.185.

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص.185

[2] محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، المرجع السابق، ص.ص.50و73.

[3] محمد السناري، المرجع نفسه، ص.50؛ عبد الفتاح أبو الليل، قضاء المشروعية(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص.30.

[4] الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري جلسة19جوان1996 في القضية رقم336/1/54؛ قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ20نوفمبر2000 في قضية ر ع ضد بلدية الكاليتوس.

أولا: أوجه عدم المشروعية الشكلية للقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها

لبيان أوجه الإلغاء من الناحية الشكلية سيتم التطرق أولا إلى صور عيب عدم الاختصاص بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام العقود أو انعقادها، ثم بيان صور عيب الشكل والإجراءات التي تلحق بها.

أ- **عيب عدم الاختصاص:** يتحقق عيب عدم الاختصاص في الحالة التي تصدر فيها القرارات الإدارية بالمخالفة لقواعد توزيع الاختصاص المحددة قانونا، الذي يقسم بالنظر إلى جسامته إلى عيب عدم الاختصاص الجسيم والبسيط؛ فالأول يؤدي إلى انعدام القرارات المعيبة أما الثاني تكون محلا للإلغاء أمام القضاء الإداري، ويحكم القاضي الإداري كقاعدة عامة بعدم مشروعية قرار إداري لعيب في الاختصاص بتوافر أحد صوره المرتبطة أساسا بعيب عدم الاختصاص الشخصي أو الموضوعي، أو المكاني، أو الزمني مع مراعاة الاستثناءات المقررة بنصوص خاصة أو استحدثها القضاء الإداري مثلما هو الأمر بالنسبة لنظرية الموظف الفعلي، نظرية الظروف الطارئة.[1]

وفي مجال العقود الإدارية يتحقق عيب عدم المشروعية الخارجية بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في الحالة التي تصدر القرارات الخاصة بالعملية التعاقدية أو المعاصرة لها لإبرام العقد أو انعقاده بالمخالفة لقواعد الاختصاص كأن يلجأ الشخص المعنوي العام إلى إصدار قرار للإعلان عن طلب المنافسة لإبرام عقد شراكة مع القطاع الخاص لجهة إدارية أخرى أو قطاع آخر بعيدا عن نطاق وأهداف أعماله الإدارية أو التعاقدية، أو خارج النطاق المكاني أو الحيز الزمني الذي حدده القانون لاختصاص الشخص المعنوي العام إصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية المختلفة، ويقع على القضاء الإداري فحص مدى التزام الأشخاص المعنوية العامة بقواعد توزيع الاختصاص المحددة قانونا[2]، وتبعا لذلك يفصل في مدى مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بعملية إبرام العقود الإدارية المختلفة أو انعقادها، وهو ما ينطبق على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقاده.

[1] ميمونة سعاد، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.150.

[2] محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص.80.

ب-عيب الشكل والإجراءات: وتتحقق هذه الصورة في الحالة التي لا تتقيد فيها السلطة الإدارية بالقواعد الشكلية أو الإجرائية التي حددها القانون لمشروعية الأعمال الإدارية المختلفة، ويتخذ عيب الشكل والإجراءات الذي يشوب القرارات الإدارية المختلفة بما فيها القرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، صورتين الأولى مرتبطة بمخالفة قواعد الشكل المنصوص عليها قانونا التي بدورها تصنف إلى شكليات جوهرية وأخرى ثانوية، ويترتب على مخالفة الشكليات الجوهرية عدم مشروعية القرارات الإدارية لعيب في الشكل مثل الكتابة، التأشيرات، الموافقة أو الترخيص المسبق، التسبيب، التاريخ، التوقيع، الصياغة القانونية والإدارية، النموذج الكتابي للقرار الإداري أو العقد المبرم، دفتر الشروط، البيانات الإلزامية وغيرها من الشكليات الملزمة قانونا، الإشهار والنشر[1]، مع العلم أن السلطة الإدارية غير مقيدة بشكليات معينة إلا إذا نص القانون على ذلك تحت رقابة القاضي الإداري التي يختص بمراقبة مدى التزام السلطة الإدارية بالقواعد الشكلية المقررة قانونا لإصدار قرار إداري أو إبرام عقد إدارية أو انعقاده[2].

أما الصورة الثانية فهي مرتبطة بعيب الإجراءات التي تشوب القرارات الإدارية المختلفة التي تتحقق عندما تخالف السلطة الإدارية القواعد الإجرائية التي حددها القانون لصدور قرار إداري أو إبرام عقد إداري أو انعقاده، على أنه يترتب على عدم التقيد بها عدم صحة إجراءات إصدار قرار إداري أو إبرام عقد إداري أو انعقاده، ولعل من أهم تلك الإجراءات الاستشارات الإلزامية، الإحالة، الموافقة المسبقة من الجهة المختصة، التحقيق، إجراءات التقييم الخاصة بالجدوى الاقتصادية للمشروع محل التعاقد، الإجراءات التمهيدية أو الاستشارية لإعداد وإصدار القرار الإداري أو إبرام العقد الإداري أو انعقاده، تشكيل اللجان المختصة كلجنة دراسة وتقييم طلبات المنافسة لإبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تقيدا بنصوص

[1] عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، ليبيا، 2013 ، ص25.

[2] ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكدرية، 2000، ص.376

القانون، إجراءات تنفيذ القرار الإداري المتضمن إرساء العقد الإداري على أحد المتنافسين المتعاقدين[1].

ثانيا: صور عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها

يتخذ عيب عدم المشروعية الداخلية في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عيب السبب، أو عيب المحل، أو عيب الغاية التي تشوب القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري.

أ-**عيب السبب:** يعتبر عنصر السبب من عناصر المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية المختلفة الذي يشترط فيه قانونا أن يكون مشروعا صحيحا وجائزا قانونا، محددا وقائما إلى تاريخ الصدور، ويتحقق عيب السبب في القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بإبرامها أو انعقادها في الحالة التي تستند السلطة الإدارية على وقائع غير موجودة أساسا(عيب انعدام الوقائع المادية أو القانونية)، أو الخطأ في التكييف القانوني لها(الخطأ في التكييف القانوني للوقائع)، أو عدم ملاءمتها[1]، ويضطلع القاضي الإداري بمراقبة مدى مشروعية السبب في القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقاده، والتحقق من الوجود المادي للوقائع التي يتأسس عليها القرار الصادر، أو ما تعلق بصحة التكييف أو الوصف القانوني لها، كما تمتد رقابة القاضي الإداري في بعض الحالات إلى رقابة ملائمة في حالة الخطأ في تقدير مدى أهمية أو خطورة الأسباب التي تبرر قرار السلطة الإدارية والتحقق من مدى ملاءمة الوقائع والإجراء أو أسلوب تدخل السلطة الإدارية وهو ما يندرج ضمن الاختصاص الاستثنائي للقاضي الإداري كقاضي مشروعية[2].

---

[1]احمد عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة اسبوط، مصر، 2008، ص.224؛ مجدوب عبد الرحمن، الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة سكيكدة، المجلد6، العدد1 ،2021، ص.41

[1]عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري(دعوى الإلغاء دعوى التعويض)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص.55.

[2]عبد العزيز الجوهري، المرجع السابق، ص56

وهو أمر ينطبق على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها القرارات الخاصة بإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، حيث يتحدد اختصاص القاضي الإداري بمراقبة الوجود المادي للوقائع التي استندت عليها السلطة الإدارية لإصدار القرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام العقود الإدارية المختلفة، كتسبيب الشخص العام المتعاقد أسباب اللجوء إلى طلب المنافسة لإبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص لإنجاز أو تمويل أحد مشاريع البنية التحتية أو المرافق أو الخدمات العمومية بسبب نقص التمويل المالي اللازم لإدارة تلك المشاريع، أو اللجوء إلى التراضي بعد عدم جدوى طلب المنافسة لإبرام عقد الشراكة، كما يختص القاضي الإداري بمراقبة مدى صحة الوصف أو التكييف القانوني لتلك القرارات الصادرة الخاصة بالعملية التعاقدية لإبرام العقود الإدارية المختلفة أو انعقادها، هذا فضلا على اختصاصه بمراقبة مدى ملاءمتها للوقوف على مدى مشروعية الدوافع التي استندت عليها السلطة الإدارية لإصدار قراراتها الإدارية المتعلقة بالعملية التعاقدية[1].

ب-عيب مخالفة القانون: يقصد بمحل القرار الإداري موضوعه الذي يشترط فيه قانونا أن يكون مشروعا وممكنا عملا، ومحددا[1]، ويعبر عن عيب المحل بعيب مخالفة القانون الذي يشوب القرارات الإدارية بصفة عامة ويجعلها محلا للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري متى توافرت شروط ذلك، وتعتبر القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص غير مشروعة لعيب في المحل في حالة مخالفتها للقواعد القانونية النافذة، ويتخذ عيب المحل صورتين الأولى مرتبطة بالمخالفة المباشرة لقاعدة قانونية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون أو مصدر من المصادر القانونية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، صريحة أو ضمنية، سواء كانت ايجابية كامتناع السلطة الإدارية عن تنفيذ الأحكام القانونية لجهل منها أو التصرف خلافا لها، أو سلبية في حالة تعمد السلطة الإدارية تنفيذ نص قانوني نافذ وهو ما يعد تعديا جسيما على مبادئ: المشروعية، سيادة القانون، تدرج

[1] محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص.40

[1] عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص.523

القواعد القانونية بما يجعله من أخطر العيوب التي تلحق القرارات الإدارية بالنظر إلى درجة وجسامة مخالفته للقانون[1].

أما الصورة الثانية تتضمن المخالفة غير المباشرة للقانون، سواء ما تعلق بالخطأ في تفسير القانون أو تطبيقه عند إصدار القرار الإداري أو إبرام العقد الإداري، وقد يكون الخطأ في تفسير القانون مرتبطا بالفهم الخاطئ للقاعدة القانونية من قبل مصدر القرار الإداري، واتجاه إرادته إلى إعطاء تفسير آخر غير التفسير الذي قصده المشرع من وراء الإصدار، ذلك بأن الخطأ في التفسير قد يكون غير متعمدا لعدم وضوح النص القانوني أو عموميته ويحتمل التأويل، أو متعمدا في حالة تعمد السلطة الإدارية بإعطاء التفسير الخاطئ للقاعدة القانونية المستند عليها لإصدار القرار الإداري أو إبرام العقد الإداري، خاصة في ظل إمكانية استعانتها بالقضاء أو المتخصصين أو الباحثين لإعطاء التفسير القانوني الصحيح والواضح لنصوص القانون بصفة عام [2].

وفي المقابل، يتحقق الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية عندما تتجه فيها إرادة الموظف العام أو السلطة الإدارية إلى تطبيق نص قانوني على حالة مادية أو قانونية غير الحالة التي قصدها المشرع، أو مباشرة السلطة الإدارية لاختصاصها بإصدار القرارات الإدارية دون مراعاة للشروط القانونية اللازمة لذلك، أو عدم تقيدها بنصوص القانون لتحقيق أغراض المصلحة العامة في القانون الإداري، ويختص القاضي الإداري برقابة مدى مشروعية محل القرارات الإدارية المختلفة من خلال الوقوف على مدى تقيد السلطة الإدارية بالقواعد القانونية النافذة، وهو أمر ينطبق على عنصر المحل في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها قرارات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، وتعتبر تلك القرارات غير مشروعة إذا شاب محلها عيب من العيوب التي تلحق عنصر المحل في القرارات الإدارية المختلفة، سواء كانت المخالفة مباشرة للقانون(ايجابية أم سلبية)، أو غير المباشرة نتيجة الخطأ في تفسير القانون أو تطبيقه[1].

---

[1] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص.406.

[2] سامي جمال الدين، المرجع السابق،ص.216.

[1] بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.56.

ج-عيب الغاية: يعد عنصر الغاية في القرار الإداري النتيجة النهائية التي تستهدفها السلطة الإدارية من إصدار القرار الإداري أو إبرام العقد الإداري، لذا يشترط أن تكون الغاية مشروعة وجائزة قانونا مرتبطة بالمصلحة العامة أو بالأهداف المخصصة والمحددة قانونا للسلطات الإدارية المختلفة، على أن عدم التقيد بتلك الغايات أو الأهداف لإصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية يضفي عليها عدم المشروعية لعيب في الغاية، ويطلق عليه بعيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة الإدارية الذي يكون محلا للإلغاء أمام القضاء الإداري متى توافرت شروط ذلك[1]، ويتحقق عيب الغاية في الحالة التي تستخدم فيها السلطة الإدارية تصرفاتها المشروعة لتحقيق أغراض غير مشروعة، وهو ما يُعبر عنها بعدم مشروعية الأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها وفق ما هو منصوص عليه قانونا[2].

ويتحقق عيب الغاية في الحالة التي يكون فيها القرار الإداري الصادر سليما في جميع عناصره الأخرى باستثناء عنصر الغاية[1]، ومن صور عيب الغاية الذي يشوب القرارات الإدارية أو العقود الإدارية استهداف السلطة الإدارية أهداف بعيدة عن غايات المصلحة العامة كإصدار قرارات إدارية أو إبرام عقود إدارية لتحقيق أغراض ذاتية أو فردية، أو الإضرار بالمصلحة العامة أو مصلحة فردية تحت ستار تحقيق غايات المصلحة العامة، كأن يصدر الوالي مثلا قرارا بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة لإنجاز مشروع ذات نفع عام غير أن الغاية الحقيقية لهذا القرار هي تحقيق أغراض شخصية، أو لصالح فئة معينة[2]، كما يعد الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف المحددة قانونا من صور عيب الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، وذلك بالنظر إلى اتجاه إرادة الإدارة إلى إصدار قرارات إدارية أو إبرام عقود إدارية تستهدف المصلحة العامة ومخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف في مجال القانون الإداري، فإذا تم تحديد الأغراض التي يتوجب على السلطة الإدارية تحقيقها كان اختصاصها

---

[1] احمد محيو، المرجع السابق، ص191

[2]FERNAND.S,La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire, A.J.D.A,20 janvier 1990,p.135 ; HENRRI.P,Droit administratif ,Paris,1995,p.206.

[1]سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف باستعمال السلطة، ط3، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، مصر، ص.66و338؛ نواف كنعان، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.314 ؛عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص.660 .

[2]DEBBACH(ch)et ricci.J.C, contentieux administratif, 5éme édition, dalloz, pars, 1990 , p.138.

مقيدا، وتضاف إلى ذلك حالة أخرى مرتبطة بعيب الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية لإصدار قرار إداري أو إبرام عقد إداري، وتتحقق هذه الصورة في الحالة التي تنحرف فيها السلطة الإدارية بالإجراءات المحددة قانونا لإصدار قرار إداري أو إبرام عقد إداري لاسيما في نطاق اختصاصها التقديري كأن تنحرف السلطة الإدارية بإجراءات التعاقد المنصوص عليها قانونا، أو تلجأ إلى التعاقد بالتراضي متى كان طلب المنافسة ممكنا، أو إقصاء أحد المترشحين بدل استدعاءه لاستكمال بعض الوثائق أو المستندات الخاصة بملفه قبل تقييم طلبات العروض، أو اللجوء إلى إلغاء طلب المنافسة لأسباب غير واضحة[1]، ويتحدد نطاق اختصاص القضاء الإداري بمراقبة مدى مشروعية عنصر الغاية عند إصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية المختلفة، وذلك من خلال الوقوف على مدى تقيد السلطة الإدارية بتحقيق غايات المصلحة العامة وقاعدة تخصيص الأهداف المحددة، وعدم الانحراف بالإجراءات عند إصدار قرار إداري أو إبرام عقد من العقود الإدارية[1].

ومما سبق يمكن القول بأن عيب الغاية في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها قرارات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، يتحقق في الحالة التي تستهدف فيها الجهة الإدارية غايات بعيدة على غايات المصلحة العامة، أو خروجا على قاعدة تخصيص الأهداف المحددة في القانون الإداري، أو نتيجة انحرافها بالإجراءات عند إصدار القرار الإداري أو إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، وتبعا لذلك يمكن للمتضرر اللجوء إلى القاضي الإداري لطلب إلغاء قرار إداري منفصل عن العقد أو معاصر له سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو انعقاده، متى توافرت شروط ذلك[2].

أما عن دور القاضي الإداري في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإداري المختلفة بما فيها دعوى إلغاء في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها يتحدد بقبول الدعوى أو رفضها، الذي يقتصر على إصدار حكم قضائي

---

[1] بيو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2020، ص.248

[1] طلبة عبد الله، القانون الإداري(الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1976، ط1، ص.186.

[2] طلبة عبد الله، المرجع السابق، ص.186.

يفصل في مدى مشروعية تلك القرارات أو الإجراءات الإدارية التي ساهمت في العملية التعاقدية، دون امتداد سلطته إلى العقد كله أو الحكم بإلغائه أو بطلانه أي أن آثار حكم الإلغاء تبقى مقتصرة فقط على القرار الإداري المنفصل عن العقد[1]، وتبعا لذلك فقد يحكم بعدم مشروعية إجراءات إبرام العقد لمخالفتها لقواعد الإشهار والمنافسة كما قلنا سابقا وما يتبعه من إلغاء لإجراءات التعاقد أو تصحيحها، أو الأمر بوقف تنفيذ القرار المنفصل غير المشروع أو تعديله، غير أن المسألة التي أثيرت في هذا المجال مرتبطة بآثار حكم الإلغاء على العملية التعاقدية ككل والعقد ذاته وعلى اختصاص قاضي العقد في مرحلة إبرام العقد، والتساؤل فيما إذا كان حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل الذي يساهم في إبرام أو تكوين العقد المبني عليه يؤدي إلى بطلان العقد ذاته، وسلطة قاضي العقد اتجاهه؟ وهو أمر سيتم التطرق إليه عند دراسة أثر حكم إلغاء القرار المنفصل لإبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقاده سواء أمام قاضي العقد أو على العملية التعاقدية.

المطلب الثاني: الإجراءات التنازعية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

تخضع الدعوى الاستعجالية بصفة عامة إلى جملة من القواعد والأحكام الإجرائية والموضوعية التي تحدد النظام القانوني لها، ولتحديد إجراءات التنازع في إطار الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية الخاصة بإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يتم أولا تحديد الأحكام الإجرائية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم بيان سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي(الفرع الثاني)، وفي الأخير تحديد أثر حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأحكام الإجرائية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تقتضي مسألة بيان الأحكام الإجرائية والموضوعية لمباشرة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية بفرنسا ومصر والجزائر، تحديد الجهة المختصة للنظر

[1] طلبة عبد الله، المرجع نفسه، ص.187.

والفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم بيان الشروط القانونية اللازمة لمباشرة هذه الدعوى(ثانيا)، وفي الأخير عرض لأهم أسباب الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي المرتبط بمنازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثالثا).

أولا: الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الاستعجالية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعود اختصاص النظر في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي لرئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه(قاض فرد)، حيث نظم قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب المرسوم2009-14في07يناير2009إجراءات طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية موضوع الطعن بالإلغاء بموجب المادة1-521L، على أن يفصل القاضي الاستعجالي خلال أربعة وثمانين ساعة باعتبار أن طبيعة المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة توجب سرعة البت فيها بما يكفل الحماية الوقتية لذوي الحقوق المقررة قانونا، الأمر الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي بأن المشرع من خلال نص المادتين L.22 ,L.23 من قانون القضاء الإداري الفرنسي بشأن اختصاص رئيس المحكمة أو من يفوضه في الدعوى الاستعجالية بدل المحكمة أخذ بعين الاعتبار طبيعة الدعوى الاستعجالية والمنازعات المرتبطة التي تقتضي إجراءات خاصة وسرعة الفصل فيها ضمانا لحقوق المتضررين[1].

كما يعود اختصاص النظر والفصل في المنازعات المستعجلة في قانون المرافعات المصري إلى المحكمة الجزئية تطبيقا لنص المادتين44مكرر و45 من قانون المرافعات الحالي، على أن تؤخذ بالاعتبار الحالة التي ترفع فيها المنازعة الاستعجالية كدعوى تبعية للدعوى الموضوعية المثارة أمام محكمة الموضوع التي قد تكون محكمة ابتدائية[2]، كما نصت المادة10فقرة11من قانون مجلس الدولة رقم47لسنة1972باختصاص مجلس الدولة بمنازعات

[1]C.E, 19-03-1997, S.A, Entreprise général de Terrassements et de Travaux publics, Req.Nº 163293 ;
أورده: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.864.

[2]المادتين44مكررو 45 من قانون المرافعات رقم13لسنة1968المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا لآخر تعديل صادر في05سبتمبر2020.

العقود الإدارية المختلفة[1]، أما في التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد نظم مسائل الاستعجال في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة في فصل خاص في الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي يتضمن الأحكام العامة للدعوى الاستعجالية في المادة الإدارية، حيث أكدت المادة917 بأن يفصل في الدعوى الإدارية الاستعجالية تشكيلة جماعية منوط بها البت في دعوى الموضوع[2].

ثانيا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات الإبرام

ومن أجل معرفة شروط مباشرة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التطرق أولا إلى تحديد شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريعين الفرنسي والمصري(أ)، ثم في التشريع الجزائري(ب).

أ-شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريعين الفرنسي والمصري: لقد تبنى المشرّع الفرنسي نظام القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي للحد من حالات الإخلال بالمبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية المختلفة الخاصة بمبدأي الإشهار أو العلنية والمنافسة، استجابة للتوجيهات الأوروبية للجنة الأوروبية المعتمدة بمقتضى القانون رقم10الصادر في 4يناير1992 والمرسوم رقم946الصادر في7سبتمبر1992، والقانون رقم1416الصادر في 29ديسمبر1993، وهو ما أقره المشرع الفرنسي في المادتين 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية،والمادتين L.551 و R.551من قانون القضاء الإداري الفرنسي الصادر في7مايو2009المعدل[1].

وبناء على توجيه الاتحاد الأوروبي رقم 66 في 11ديسمبر2007 بعد اعتماده في فرنسا بموجب الأمر الصادر بتاريخ 7مايو2009 والمرسوم رقم 1456الصادر في 27نوفمبر2009 تبنى المشرع الفرنسي الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في القضاءين العادي والإداري، ويتحدد نطاق اختصاص القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية قبل

---

[1]المادة10فقرة11من قانون مجلس الدولة رقم47لسنة1972

[2]المادة917من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ ميسوري عمار، التدابير الاستعجالية قبل الإبرام الصفقات العمومية وبعدها، مداخلة في يومين دراسيين حول الصفقات العمومية، مجلس الدولة، يومي 27و28نوفمبر2016، ص.3.

[1]المادتين 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية،والمادتين L.551 و R.551من قانون القضاء الإداري الفرنسي الصادر في7مايو2009المعدل.

التعاقدية وفقا لقانون القضاء الإداري لعام2009 المعدل بالعقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود المشاركة وفق ما جاء به الأمر رقم559الصادر في 17يونيو2004[1].

ويشترط لإثارة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ضرورة توافر الشروط العامة للتقاضي كما قلنا سابقا، سواء ما تعلق بشروط رافع الدعوى متى كان له مصلحة وصفة في ذلك بغض النظر فيما إذا ارتبطت الصفة بالمتضرر أو كانت بقوة القانون كممثل الدولة أو المحافظ....، أما بخصوص أجل رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي، كقاعدة عامة يتم إثارة الدعوى خلال مرحلة الإبرام من تاريخ استبعاد العروض أو الطلبات العامة وتاريخ التوقيع على العقد، وهو أمر أكدت عليه التوجيهات الأوروبية بضرورة وجود مدة معقولة بين تاريخ تبليغ رفض الطلبات العامة وتوقيع العقد قصد تمكين المتضررين من اللجوء للقضاء الاستعجالي والمطالبة بالحماية القانونية المقررة قانونا متى توافرت شروط ذلك، ويمنع على الإدارة المتعاقدة إبرام العقد إلا بعد انقضاء تلك المدة[1]، ولقد حدد القانون الصادر بتاريخ 11ديسمبر2005 الأجل بعشرة أيام التي يمكن للإدارة تخفيضها في حالة الضرورة، لتصبح المدة ستة عشر يوما في ظل المرسوم رقم1456الصادر في27نوفمبر2009تبدأ من تاريخ إرساء العرض وتاريخ إبرام العقد على أنه يمكن تخفيض هذه المدة إلى إحدى عشرة يوما في حالة التحويل الالكتروني[2].

وتبعا لذلك إن إقامة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يكون من تاريخ الإعلان عن الطلبات العامة ومباشرة الإجراءات التعاقدية، ويكون سببها هو الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة خلال المرحلة السابقة على الإبرام وليس بعد توقيع العقد[3]، وهو ما نصت عليه المادتين1-551ـلو 2-551ـمن قانون القضاء الإداري الفرنسي[4]، وللقاضي أن يحكم برفض الدعوى لانتفاء محلها[5]، الأمر الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي[6]، ومن ذلك أيضا قراره

[1]Bergeal, Catherine et Lenica, Fréderic, Le contentieux dex marches publics le moniteur, Paris, France, 2010, p.89 ; Rémi Rouquette, Petit Traité Du Procés Administratif, 5éme édition, Dalloz, Paris, 2012, p.942.

[1]Bergeal, Catherine et Lenica, Fréderic, op cit, p.89.

[2]florianLinditch, délit d'actroit d'avantage injustifié, contrats et marchés publics, vol 1, juris classeur, 2009,paris.

[3]CE, 3-11-1995. Chambre de commerce et l'industrie de Tarbes es des Hautes – Pyenees, A.J.D.A, 1995,p.945

[4]المادتين1-551ـلو 2-551ـمن قانون القضاء الإداري الفرنسي

[5]CE,15-4-1996, SARL scimone Cimbre Enterprise, RD, 1996, p.372.

[6]C.E, 10-02-1997, M.Moch, Req, Nº 169694

الصادر في02مايو2011برفض الدعوى الاستعجالية لعدم توافر شروط تطبيق نص المادة14-551من الأمر رقم2009-515الخاصة بشأن الاستعجال التعاقدي[1]، هذا فضلا على أنه يمكن لمجلس شؤون الدولة إيقاف تنفيذ القرار بناء على طلب صريح من المتضرر متى تبين بأن الضرر كان بليغا والطلب جدي تطبيقا لنص المادة66من قانون مجلس الدولة الفرنسي[2].

أما في التشريع المصري تخضع دعاوى القضاء الاستعجالي لنفس الشروط العامة لرفع الدعاوى أمام جهات القضاء الإداري وفق ما ورد النص عليه في المادة49من قانون مجلس الدولة لعام1972المعدل بالنسبة لطلبات وقف التنفيذ وصرف المرتب مؤقتا[3]، والإحالة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات التي تكون مقترنة بدعوى إلغاء التي استوفت الشروط القانونية لذلك، سواء ما تعلق بشروط رفع الدعوى(الصفة، المصلحة، الأجل، الجهة المختصة...)[1]، وتبعا لذلك إن قبول الدعوى الاستعجالية في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة أو انعقادها يتوجب توافر عنصري الاستعجال والمشروعية وهو ما استقر عليه القضاء الإداري المصري بتأكيده على ضرورة توافر حالة الاستعجال واستناد الطلب على أسباب جدية تقتضي الأمر بوقف تنفيذ القرارات تفاديا لوقوع أضرار لا يمكن تداركها جراء التنفيذ باعتبار أن هذه الأضرار هي التي تربط بين الاستعجال ووقف التنفيذ، حيث يتمتع قاضي الأمور المستعجلة بسلطة تقديرية للتأكد والتحقق من مدى توافر شرط الاستعجال الذي يمس بالحق أو المركز القانوني محل الحماية القانونية والقضائية يستخلص من الظروف المحيطة به، وهو ما يجعل طبيعة وتكييف وتقدير حالة الاستعجال مرتبطة بالطلب أو الدعوى الاستعجالية وليس الحق ذاته لمنح الحماية القضائية الوقتية[2]، وهو أمر ينطبق على الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام

[1]C.E, 2 août 2011, Nº 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

[2]المادة66من قانون مجلس الدولة الفرنسي.

[3]المادة49من قانون مجلس الدولة رقم47لعام1972المعدل.

[1]المادتين44مكرر و45من قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا لتعديل2020.

[2]لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية الكترونية محكمة، مصر، العدد5، .ص38 ؛http://www.ejles.com، تاريخ الاطلاع:2022/07/24على الساعة11.09.

والخاص، وذلك بالنظر إلى خضوعها إلى نفس الأحكام والقواعد المطبقة على كافة المنازعات الإدارية بما منازعات العقود الإدارية المختلفة المنصوص عليها في التشريعات القضائية أو في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ب-شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريع الجزائري: لقد تبنى المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نظام القضاء الاستعجالي في الباب الثالث من الكتاب الرابع تحت عنوان الاستعجال في المواد917 إلى 948منه[1]، ويشترط لصحة الدعوى الاستعجالية في المنازعات الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص توافر شروط رفع الدعوى الاستعجالية، سواء ما تعلق بالمصلحة وفقا لنص المادة13من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الذي يتحقق في حالة الاعتداء على الحق المعترف بها قانونا للمطالبة بحماية المركز أو الحق الذي يحميه القانون، وفي مجال العقود الإدارية المختلفة لاسيما في المرحلة السابقة على التعاقد يملك الأطراف المتعاقدة أو الغير مصلحة لرفع دعوى استعجالية أمام القضاء الإداري متى توافرت شروط ذلك، أو الصفة في رافع الدعوى الاستعجالية وللقاضي أن يثرها من تلقاء نفسه وفقا لنص المادة13من قانون الإجراءات والإدارية[1].

إضافة إلى ذلك يشترط في الدعوى الاستعجالية شروطا خاصة مرتبطة أساسا بعنصر الاستعجال وفقا لنص المادة919من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية، التي نصت بأنه يجوز للقاضي الاستعجالي الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك[2]، ويعتبر عنصر الاستعجال شرطا أساسيا لقبول الدعوى الاستعجالية في المادة الإدارية وانعقاد اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي[3]، مع العلم بأن المشرع الجزائري لم يحدد معنى معين لمفهوم الاستعجال وعموما ترتبط حالات الاستعجال بالأحوال التي قد تؤدي إلى احتمال وقوع أضرار يصعب تداركها أو إصلاحها، وأن تحقق الاستعجال

[1] المواد 917 إلى 948 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[1] المادة13من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] هيهوب فوزية، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي على منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العدد4، 2016، ص.58.

مرتبط بتوافر ثلاثة عناصر: الاستعجال، الخطر، والضرر؛ فحالة الاستعجال ترتبط بالأحوال والظروف المحيطة بالحق أو المركز القانوني يتم استخلاصها من وقائع القضية والظروف المحيطة بها كشرط لاختصاص القضاء الاستعجالي، والخطر كسبب للإجراءات الاستعجالية لحماية الحق أو المركز المحمي قانونا، ويشترط فيه أن يكون حقيقيا وحالا ومحققا، والضرر الوشيك أو المحتمل الوقوع باعتبار أن الحماية الوقتية المستعجلة تقتضي توفير الحماية للمتضرر من الأضرار المحتملة، مع العلم بأن القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال وفقا لنص المادة918من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

والاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات نصت عليه المادتين946و947من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يجوز لذوي المصلحة في إبرام العقد المتضررين منه وكذلك ممثل الدولة على مستوى الولاية إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات العمومية قبل إبرام العقد أو بعده، وللمحكمة الإدارية أن تأمر المخل بالامتثال لالتزاماته وتحديد أجل لذلك الذي يجب أن يتمثل فيه ولها الحكم بغرامة تهديديه تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، كما لها بمجرد إخطاره أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين يوما، على أن تفصل المحكمة الإدارية في أجل20يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها تطبيقا لنص المادتين946و947من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

أما بخصوص المدة الزمنية اللازمة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على نطاق زمني أو أجل محدد لرفع الدعوى الاستعجالية في مرحلة الإبرام، مكتفيا بالإشارة إلى فقط إلى أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد وفقا لنص الفقرة03من المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما تبناه مجلس الدولة الجزائري في العديد من أحكامه، من ذلك ما أقره في قراره الصادر في21جوان2012بارتباط اختصاص قاضي الاستعجال بمرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد وليس بعد التنفيذ خلافا للتشريع الفرنسي، وتبعا لذلك يتحدد النطاق

[1]المادة918من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]المادتين946و947من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

الزمني لإخطار المحكمة الإدارية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالمدة الزمنية قبل إبرام العقد، وذلك بهدف اتخاذ التدابير الوقائية الوقتية لتصحيح المخالفات الناشئة عن الإخلال بمبدأي الإشهار أو المنافسة[1]، ومن ذلك أيضا قرار المحكمة الإدارية بغليزان(أمر استعجالي)في23مارس2015بخصوص نزاع إبرام صفقة عمومية، حيث جاء في منطوق الأمر"....حيث أن القضاء الاستعجالي لا يكون مختصا إلا أثناء إبرام الصفقة وفي حالة عدم التزام الإدارة بإجراءات الإشهار والمنافسة وليس بعد إبرام العقد..."[2]

ثالثا: أسباب الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي

ترتبط أسباب رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالإخلال بمبدأي الإشهار والمنافسة لإبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تتخذ عدة صور كالإخلال بقواعد إعلان طلبات المنافسة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو شفافية الإجراءات أو أساليب الإبرام المحددة قانونا، أو وضع شروط أو معايير للتعاقد معقدة من شأنها حصر المنافسة لصالح فئة معينة من المتعاملين المتنافسين إخلالا بمبدأ المنافسة[1]، الاستبعاد أو الإقصاء من المنافسة بدون وجه حق أو سبب غير مشروع[2]، أو الإخلال بقواعد وأساليب دراسة وتقييم الطلبات العامة لاختيار أحد المتعاملين المتنافسين بما يؤثر على صحة أو مشروعية إجراءات التعاقد والعملية التعاقدية[3]، وهو ما يجعل الاستعجال آلية وقائية لحماية المتضررين من حالات الإخلال بمبدأ الإشهار والمنافسة لإبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تخضع كلها للقواعد والأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتفاديا للتكرار تم التطرق بالدراسة إلى هذه المسألة عند التعرض إلى نطاق منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

---

[1]قرار مجلس الدولة الجزائريرقم074854 الصادر بتاريخ21جوان2012، مجلة مجلس الدولة، العدد12، 2014، ص.266.

[2]أيضا قرار المحكمة الإدارية بغليزان(أمر استعجالي)في23مارس2015بخصوص نزاع إبرام صفقة عمومية.

[1]florianLinditch, délit d'actroit d'avantage injustifié, contrats et marchés publics, vol 1, juris classeur, 2009,paris.

[2]هيهوب فوزية، المرجع السابق، ص.58

[3]لعلام محمد مهدي، المرجع السابق، ص38؛ ميسوري عمار، المرجع السابق، ص.ص9.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

بعد بيان النظام الإجرائي والموضوعي الذي يحكم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا عرض الشروط القانونية اللازمة لمباشرتها، سيتم تحديد سلطة القاضي الإداري في نطاق الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من التشريع الفرنسي والمصري(أولا)، ثم في التشريع الجزائري(ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي في التشريعين الفرنسي والمصري

لقد منح قانون القضاء الإداري الفرنسي للقاضي الإداري سلطات في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية الناشئة عن منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تتراوح بين قبول الدعوى أو رفضها لانتفاء الدعوى أو محلها[1]؛ ففي الحالة الأولى يملك القاضي الإداري سلطة اتخاذ إجراءات أو تدابير تحفظية كما يمكنه إصدار قرارات أو إجراءات نهائية وفقا لنص المادة 521 من قانون القضاء الإداري خلال ثمانية وأربعون ساعة من تقديم الطلب، حيث يحوز القاضي الإداري سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالشكل الذي منح له سلطة الأمر اتجاه الشخص العام المتعاقد، سواء من خلال إلزامها القيام بعمل أو العدول عنه كإلزام الإدارة التقيد بقواعد النشر والإشهار لتجسيد قواعد العلنية أو المنافسة التي تخضع لها علميات إبرام العقد في حالة إخلالها بذلك[2]، وهو أمر أجازه المشرع الفرنسي في ظل القانون رقم125-95 الصادر في08فبراير1995أو التشريعات الأخرى حماية لمصالح أو حقوق المتضرر من عدم التزام الجهة العامة بالمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية أو انعقادها بما يمنح له سلطة توجه أوامر استعجالية للإدارة وإلزامها باحترام الإجراءات والمراحل والأساليب والحالات والمبادئ التي تحكم عمليات إبرام العقود الإدارية المختلفة[3].

---

[1] CE, 13/7/2007, syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité, http://www.legifrance.gouv.fr.

[2] المادة 521 من قانون القضاء الإداري؛

Rémi Rouquette, op cit, p.942.

[3] نوح، مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص.643.

كما يمكن للقاضي الإداري أن يأمر بوقف إجراءات إبرام العقد أو تأجيل توقيعه أو اتخاذ كل قرار متعلق بالإبرام أو الانعقاد أو تعطيل العمليات التعاقدية[1]، على أن لا تتجاوز مدة الوقف عشرين يوما يتم فيها الفصل في الدعوى الأصلية[2]، أو فرض الغرامات التهديدية ضد الإدارة عن امتناعها أو تأخرها على تنفيذ الأمر الموجه لها وهو ما نصت عليه المادتين551 و911-4من قانون القضاء الإداري الفرنسي[1]، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن فرض الغرامة التهديدية وإضافتها إلى الأمر القضائي يعد من المبادئ العامة للقانون[2]، إلى جانب ذلك يملك القاضي الإداري سلطة اتخاذ إجراءات نهائية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقديةعند الإخلال بمبادئ العلانية أو الشفافية من قبل الجهة الإدارية عند إبرام العقود الإدارية، ويحوز سلطة إلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بالعمليات التعاقدية لإبرام العقد الإداري أو انعقاده أو تكوينه تطبيقا لنص المادة2/555من قانون القضاء الإداري الفرنسي[3].

وتبعا لذلك يمكن للقاضي الإداري حال نظره في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية إلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالمخالفة مع مبدأي العلنية والمنافسة والأمر بإعادة إجراءات الإبرام وفقا لما نصت عليه التشريعات النافذة[4]، كما قد تقتصر سلطته بإلغاء أو إبطال بعض شروط التعاقد متى كانت مخالفة لمبدأي العلنية أو المنافسة دون المساس بأصل الحق أو أساس النزاع بين الأطراف المعنية[5]، ويستطيع كذلك إلغاء أي شروط تتعارض مع تلك المبادئ ويحظر على الجهة المتعاقدة التوقيع على العقد من تاريخ الإحالة على الجهة القضائية

[1]قضى مجلس الدولة الفرنسي في القرار رقم423159بتاريخ25يناير2019فرض غرامة مالية ضد الإدارة جراء توقيع العقد رغم تبليغها بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية؛

Conseil d'Etat, 25 janvier 2019, n° 423159, BEAH (Bureau européen d'assurance hospitalière), mentionné dans les tables du recueil Lebon

[2]المادة551-4من قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي؛

Rouault.M.C, Contentieux administratif , Gualinolexte, Paris, France, 2008,p ; lourent Richer , droit des contrats administratifs , édition L. G .D .J ,5ème édition , 2006 .P n 170.

[1]المادتين551و911-4من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

[2]مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ص875.

[3]المادة555من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم2016-65 بتاريخ29يناير2016.

[4]Vuitton. J et Vuitton. X , Les référés, Lexis NexisLitec, Paris, 2 édition, 2006 ,p.338.

[5]L abetaulle (D.) ; Le référé nouveau est arrivé. A.J. 2000, p. 211

المختصة إلى غاية إعلامها بالقرار القضائي الفاصل في موضوع دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

أما المشرع المصري لم يكن واضحا كفاية بشأن سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية مكتفيا بالإشارة إلى الضوابط التي ترد على سلطته في هذا المجال، حيث أكدت المادة49من قانون مجلس الدولة بأنه لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار موضوع دعوى الإلغاء، غير أنه يمكن للمحكمة الأمر بذلك بناء على طلب المعني متى تعذر تدارك النتائج في حالة الاستمرار في تنفيذ القرار الإداري(لاسيما ما تعلق بإبرام العقد الإداري أو انعقاده أو توقيعه)[1]، مع خضوعها كقاعدة عامة لنفس القواعد والأحكام العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، على أن تختص محاكم القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية بصفة عامة بما في ذلك الفصل في الطلبات المستعجلة[2]، حيث تكون الأحكام الاستعجالية مشمولة بالنفاذ المعجل وفق ما نصت عليه المادة288من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري[3].

ثانيا: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي في التشريع الجزائري

تتحدد سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وفقا لنص المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بإبرام العقود والصفقات العمومية، بسلطة اتخاذ إجراءات تحفظية أو قطعية متأثرا في ذلك بموقف المشرع الفرنسي بسلطة توجيه الأوامر، وفرض الغرامة التهديدية مع إمكانية تأجيل توقيع العقد إلى غاية البت في الدعوى متى توافرت شروط ذلك.

أ-**سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في اتخاذ الإجراءات التحفظية:** يحوز للقاضي الإداري وفقا لنص المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم سلطة توجيه أوامر للإدارة وفرض الغرامة التهديدية، وكذا الأمر بوقف القرارات والإجراءات الخاصة

[1] الفقرتين2و4من المادة555من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم2016-65 بتاريخ29يناير2016.

[1] المادة49من قانون مجلس الدولة المصري.

[2] مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، عالم الكتب، القاهرة، 1978، ص369

[3] المادة288من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

بـإبرام العقـد الإداري التـي تكـون مخالفـة لمبـدأي العلنيـة والمنافسـة، الأمـر الـذي أكـدت عليـه صراحة المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنـه يمكن للقاضـي الإداري أن يـأمر المخـل بالتزاماتـه للوفـاء بهـا خـلال المـدة التـي يحـددها لـذلك، وتبعـا لـذلك يسـتطيع القاضـي الإداري إبطـال الإجـراءات والقـرارات التـي تمـس بمبـدأي الإشـهار والمنافسـة، والأمـر بمراجعـة إجراءات الإبرام المنصوص عليها قانونا كإلزام الإدارة بنشر قرار الإعلان علـى طلب المنافسـة أو نشـر القـرارات الصـادرة عن لجـان التقييم أو الطعـن فـي مرحلـة الإبـرام، أو الأمـر بتمكـين المتعاملين المتنافسين من البيانات أو المعلومات أو الوثائق الضرورية لتقديم عروضهم تكريسا لمبـدأ المسـاواة أو حريـة المنافسـة بـين المترشـحين، وهـو أمـر يـوحي يتـدخل القاضـي الإداري بطريقة غير مباشرة في موضوع الدعوى[1]، والغرض من ذلك هو تفادي الآثار التـي قد تنجم عنـد إبرام العقد من خـلال حمل الإدارة الالتزام بقواعد الإشـهار والمنافسـة المشروعة فـي إبرام العقود الإدارية المختلفة[2].

كمـا يحـوز القاضـي الإداري فـي الـدعوى الاسـتعجالية قبـل التعاقديـة سـلطة فـرض الغرامـة التهديدية والضـغط علـى الإدارة المتعاقدة فـي حالـة امتناعها أو تأخرها عن تنفيذ أوامر قاضـي الاستعجال قبل التعاقد عند الإخـلال بتنفيذ التزاماتها بخصـوص مبدأ الإشـهار والمنافسـة لإبرام العقـود الإداريـة المختلفـة تطبيقـا لـنص المـادة946فقـرة05مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة[3]، كمـا يجـوز للمحكمـة الإداريـة خفـض مقـدار الغرامـة التهديديـة أو إلغاءهـا متـى اقتضـت الضـرورة ذلـك، أو إعفـاء مـن صـدرت ضـده الغرامـة مـن دفـع جـزء منهـا إذا تجـاوزت حجم الضرر والأمر بتحويله إلى الخزينة العمومية[4].

ويمكن كذلك للقاضي الاستعجالي أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد ووقف كل إجراء أو قرار لإبرام العقد حتـى انقضـاء الإجراءات فـي أجل لا يتجـاوز عشـرين يومـا وفق مـا نصـت عليـه

[1]عطوي حنان، دور قاضـي الاستعجال في منازعات الصـفقات العمومية، أطروحـة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2020، ص.126.

[2]بدران مراد، القضـاء الاستعجالي قبل التعاقدي آلية جديدة نحو حوكمـة العقود والصـفقات العامـة، مجلـة ، جامعـة تلمسـان، 2018 ، ص.68.

[3]المـادة946فقرة05مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة؛ لكصاسـي سيد أحمد، الأحكـام الإجرائيـة للصـفقات العموميـة فـي التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ادرار، 2018، ص.208.

[4]نص المادتين984و985من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

المادة946فقرة04من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وهو ما يعد إجراء تحفظيا قبل الفصل النهائي في موضوع الدعوى الناشئة عن نزاع إبرام العقد الإداري أو انعقاده بما ينطبق على منازعات إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع أن إجراء تأجيل توقيع العقد ووقف إجراءات أو قرارات تهدف إلى إبرام العقد خلال الأجل المحدد يدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال قبل التعاقد وفق ما يفهم من نص المادة946فقرة06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وما يؤخذ على المشرع الجزائري هو جعل الأمر تقديري بدل أن يكون في شكل أمر يتم فيه تأجيل إمضاء العقد إلى غاية انتهاء الإجراءات، هذا فضلا على عدم تعرضه إلى الآثار المترتبة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات خلال الأجل المحدد، ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري الجزائري ما قضت به المحكمة الإدارية بوهران(القسم الاستعجالي) في26يوليو2015برفض طلب تأجيل إبرام العقد باعتبار أن الطاعن لم يقدم للمحكمة ما يفيد بإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، أو وجود إجراءات تعاقدية من شانها منح الصفقة لمتعامل آخر كسبب لتأجيل إمضاء العقد حتى نهاية الإجراءات تطبيقا لنص المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

ب-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في اتخاذ الإجراءات القطعية(قاضي العقد): يضاف إلى نطاق اختصاص القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية سلطة اتخاذ القرارات أو الإجراءات القطعية التي تؤثر على العملية التعاقدية لإبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء ما تعلق بسلطته في إبطال أو إلغاء الإجراءات أو القرارات ذات الصلة بعمليات أو إبرام العقد أو انعقاده[3]، وهو أمر نصت عليه المادة551-2من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[4].

---

[1]المادة946فقرة04من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]المادة946فقرة04من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران)القسم الاستعجالي في26يوليو2015رقم15/00886، فهرس رقم15/00806، بين(ط- س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور، ملحق رقم8؛ سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد05، يونيو2015 ص.32.

[3]lourent Richer , droit des contrats administratifs,5éme édition , L. G .D .J, 2006 .P n 170.

[4]المادة551-2من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ج-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقدي في إلغاء الإجراءات أو القرارات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية المختلفة: الملاحظ على المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه لم يشر إلى سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في إلغاء أو إبطال القرارات والإجراءات المتخذة لإبرام العقد الإداري مكتفيا بالإشارة إلى الإجراءات التحفظية بتوجيه الأوامر أو فرض غرامات تهديدية، أو الأمر بتأجيل توقيع العقد إلى غاية نهاية الإجراءات والفصل في الدعوى الإدارية وفق ما نصت عليه المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي منح بموجب المادة551فقرة2من قانون القضاء الإداري الفرنسي القاضي الإداري سلطة هامة قد تخول له اختصاصا للفصل في موضوع الدعوى والحكم بإلغاء أو إبطال الإجراءات أو قرارات الإدارة المتعاقدة بالمخالفة لمبدأي العلنية والمنافسة لإبرام العقد الإداري أو تكوينه أو انعقاده.

ومن التطبيقات القضائية القليلة في هذا الشأن ما قضت به المحكمة الإدارية ببسكرة (القسم الاستعجالي) في14ديسمبر2015 حال فصلها في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية وإلزام المصلحة المتعاقدة الامتثال بتنفيذ التزاماتها من خلال التقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقا لدفتر الشروط المعلن عنه[1]، على الرغم من أن قرار قاضي الاستعجال قبل التعاقد لم يستند في حكمه في الإلغاء على أي أساس قانوني ولا تدخل ضمن السلطات التي خولتها المادة946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما يوجب أخذها بعين الاعتبار عند مراجعة قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون القضاء الإداري الفرنسي.

د-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقدي في إبطال بعض الشروط التعاقدية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية المختلفة: كالعادة لم ينص المشرع الجزائري على سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في إبطال بعض الشروط التعاقدية باعتبار أن ذلك يدخل ضمن نطاق الاختصاص الموضوعي للقضاء الكامل، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي منح بموجب المادة2-L551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي للقاضي الإداري حال فصله في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية إبطال بعض الشروط التعاقدية لإبرام العقد متى كانت مخالفة لقواعد

[1]قضية مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ضد ش.ذ.م.م(أبناء العموري للنقل) رقم15/00980فهرس رقم15/01140؛

العلنية والمنافسة بالشكل الذي قد يؤدي مثلا إلى تفضيل أحد المتنافسين أو المترشحين والمساس بمبدأي العلنية والمنافسة لإبرام العقود الإدارية[1]، وتبعا لذلك يعد هذا الإجراء ضمانة حقيقية لشفافية إبرام العقود الإدارية المختلفة وفي نفس الوقت يبرز أهمية الدعوى الاستعجالية كآلية قضائية لضمان وحماية الحقوق المقررة قانونا وإلزام الإدارة المتعاقدة التقيد بالإجراءات والمبادئ التي حددها القانون لصحة وشفافية إجراءات وعمليات وأساليب إبرام العقود الإدارية بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أنه لا يمكن لقاضي الاستعجال قبل التعاقد تثبيت طلبات التعويض التي تعد مسألة تدخل في نطاق اختصاص القضاء الكامل[1].

الفرع الثالث: أثر حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن المستقر عليه في كل من القضاء الفرنسي والمصري في التأكيد على عدم امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقد ذاته واستمراره ما لم يتمسك أطراف الخصومة القضائية بحكم الإلغاء واللجوء إلى قاضي العقد والمطالبة بإلغاء ذلك العقد استنادا على حكم إلغاء تلك القرارات المساهمة في عمليات إبرام العقد، ومن أجل بيان ذلك سيتم الوقوف على أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على العملية التعاقدية والعقد ذاته(أولا)، ثم بيان أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمام قاضي العقد(ثانيا).

أولا: أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على العملية التعاقدية

لتحديد أثر حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يتوجب علينا أولا عرض أهم الآراء الفقهية(أ)، وبيان موقف القضاء من ذلك(ب).

---

[1] المادة L551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي

[1] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص ص.875.

أ-أهم الآراء الفقهية من آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة: بالرغم من الحجية القضائية التي تحوزها الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء في مواجهة الكافة، إلا أن الفقهاء انقسموا بين مؤيد ومعارض بخصوص أثر حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما فيها إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، وهو ما سيتم التطرق إليه:

1-الرأي الفقهي المؤيد لامتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة: يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن عدم امتداد آثار حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الذي ساهم في تكوينه، يعتبر تعارضا مع الحجية القضائية لحكم الإلغاء وجدوى دعوى الإلغاء ذاتها، كما لا يمكن التسليم باستمرار عقد إداري يستند على قرار إداري غير مشروع ساهم في تكوينه[1]، وهو ما أقره الفقيهDELAUBADEREبأن القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية تعد جزء منها وأن إلغائها يؤدي كنتيجة إلى إلغاء العقد برمته بسبب الإخلال بقواعد إبرامه أو انعقاده[2]، وأكد الدكتور سليمان الطماوي بأن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما ترتب عليها من آثار قانونية مادام أنه كان لها دور في تكوين العقد، وأن ما بني على باطل فهو باطل، هذا فضلا على أن الإلغاء يكون سببا للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عنه[3]، وهو أقره الدكتور حسين درويش بضرورة إلغاء العقد القائم على تصرف باطل تم إلغاؤه كنتيجة منطقية وإلا فقدت دعوى الإلغاء والحكم الصادر في نطاقها قيمته وحجيته في مواجهة الكافة[4].

2-الرأي الفقهي المعارض لامتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة: خلافا للرأي السابق يتجه جانب من الفقه الإداري إلى رفض امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة، والتأكيد على بقاء العقد قائما لضمان استقرار المعاملات والتقيد بقواعد الاختصاص القضائي باعتبار أن إلغاء

[1]KRASSILCHIK.m, la notion d'acte détachable droit administratif française, thèse, Paris,1964,.p190 ;

[2]خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن فيها)، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص180.

[3]سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص392.

[4]حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج2، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، 1958، ص204

أو إبطال العقد من اختصاص قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء، ولا يمكن التسليم بالأثر الكامل لحكم القرار المنفصل على العملية التعاقدية والعقد ذاته[1]، كما أن القول بافتقاد حكم الإلغاء قيمته وحجيته القضائية مردود عليه باعتبار أن الحكم بعدم مشروعية قرار إداري منفصل يفرض على الجهة الإدارية المصدرة له بتصحيحه، ويمنح في المقابل للمتضرر(الغير أو المتعاقدين) اللجوء إلى قاضي العقد للمطالبة بإلغاء أو إبطال العقد استنادا على حكم إلغاء قرار إداري منفصل، وهو ما يمنح له سلطة لتقدير مدى تأثير حكم الإلغاء على العملية التعاقدية أو العقد ذاته، أو الحقوق المكتسبة[1].

ب- موقف القضاء من آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة على العملية التعاقدية: لقد تميز موقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري بمرحلتين أبرزت الموقف التقليدي والحديث لهما، حيث استقر القضاء الإداري الفرنسي في بداية الأمر بعدم القبول بامتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقد ذاته وهو ما أكده مفوض الدولة في التقرير الخاص بقضية"Martin" التي فصل فيها مجلس الدولة عام1905بعدم تأثير حكم إلغاء القرار المنفصل على العقد الذي يظل قائما ومنتجا لأثره إلى غاية الطعن فيه بالبطلان أمام قاضي العقد[2]، غير أن هذا الموقف لم يبقى قائما نتيجة الانتقادات الموجهة لموقف مجلس الدولة الفرنسي، والتوجه نحو الإقرار ببطلان العقد المبرم استنادا على إلغاء القرار الإداري المنفصل[3]، الأمر الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه عام1993 بأنه يوجب على قاضي العقد إلغاء العقد طالما أن إلغاء القرار المنفصل غير المشروع مرتبط بعدم مشروعية العقد ذاته، ووفقا لهذا القول لا تمتد آثار إلغاء القرار المنفصل مباشرة إلى العقد إلا إذا تم إثارة الأمر من أحد الأطراف أمام قاضي العقد[4].

---

[1]Jean RIVERO, droit administratif, Dalloz, 1983,p.31.

[1]محمد السناري، المرجع السابق، ص.73

[2]المسلماني محمد احمد إبراهيم، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانون المركبة(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014، ص.353

[3]CE07/07/1983commune de guidel,rdp,1983,p1439 ;366أورده عاطف الشهاوي، المرجع السابق، ص

[4]POCHARD.M, concl surCE01OCT1993,Soc le Yacht-chib international de bormes-les mimosas, AJDJA,1993,180.

وفي المقابل منح القانون الصادر بتاريخ08فبراير 1995 مجلس الدولة والمحاكم الإدارية سلطة توجيه أوامر للسلطة الإدارية لتنفيذ الأحكام القضائية[1]، والحكم بالغرامة التهديدية عن عدم التنفيذ يوحي بتبني الأثر المباشر لإلغاء القرارات المنفصلة على العقد ذاته[2]، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ11أبريل1996القاضي بإلغاء قرار اختيار المشروع المنافس للجهة الطاعنة وتوجيه أمر بفسخ العقد المرتبط به[3]، وخلافا لذلك فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ19ديسمبر 1995 بضرورة لجوء الجهة الإدارية إلى قاضي العقد لإبطاله[1]، كما تبنى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ19ديسمبر 2007 موقفه التقليدي من أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري لا يؤدي بالضرورة إلى إلغاء العقد ذاته[2].

وعليه يمكن القول أن امتداد حكم آثار إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقود ذاتها، يبقى أمر مرتبط بمدى لجوء الأطراف المعنية إلى قاضي العقد بما لا يضفي على حكم الإلغاء أي آثار على العقد وللسلطة الإدارية التمسك باستمرار العقد بما يحقق مصالحها أو المصلحة العامة، مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تأثير حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل على العقد المرتبط به عند اللجوء إلى قاضي العقد استنادا على حكم الإلغاء.

والمستقر عليه في القضاء الإداري المصري بشأن امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقد، هو تبنيه الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي بعدم تأثير حكم الإلغاء على العقد، وهو ما أكده في العديد من أحكامه القضائية كحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ17يناير 2004 بأنه يجوز لطرفي العقد أو الغير الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والقائمة بذاتها متى توافرت شروط ذلك، دون امتداد النزاع إلى

---

[1]القانون الصادر بتاريخ08فبراير 1995

[2]ساري جورجي شفيق، المرجع السابق، ص.165

[3]أورده: علي عثمان ياسين، المراجع السابق، ص.448.

Marie caroline vincent, legoux, quand l'annulation de l'acte détachable demeure platonique, AJDA ?15septebre2003, p1615.

[1]Avis CE19decembre1995,rapp,public du CE,EDCE1995, p432.

[2]CE19decembre2007,Syndicat intercommunal D'alimentation en eau potable du confolentais, req,N°291487

أورده: علي سعيد حسين، المرجع السابق، ص.443.

العقد ذاته[1]، غير أن الراجح لدى بعض الفقه الإداري هو عدول القضاء المصري عن موقفه السابق خاصة بعد صدور فتوى قسم الرأي بأن الإخلال بقواعد المشروعية حال إصدار القرارات الإدارية يعد موجبا لبطلان التصرف[2].

ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في حكمها بجلسة07مايو 2011 بأن البطلان الذي شاب القرار المطعون فيه لتمكين المستثمر من إهدار قواعد وضوابط البيع بما يهدر ضمانات استمرارية نشاط المنشأة والمشروع وإهدار المال العام، ويترتب على انعدام القرار المطعون فيه بطلان العقد الذي ساهم في تكوينه ويمتد إلى كامل الالتزامات الناشئة عن العقد[1]، وأكدته كذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ21سبتمبر 2011 بإلغاء قرار اللجنة الوزارية للخصخصة والمعتمد من مجلس الوزراء المطعون فيه، وبطلان كل القرارات والتصرفات الصادرة خلال مراحل إعداد العقد وبطلان أية قيود أو تسجيلات بالشهر العقاري[2].

ومما سبق يمكن القول أن هناك تغير واضح في موقف القضاء الإداري المصري من امتداد آثار حكم إلغاء قرارات إدارية منفصلة على العقد الذي ساهم في تكوينه، ومن ثم فإنه يترتب على إلغاء القرار المنفصل كنتيجة بطلان العقد تجسيدا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن ما بني على باطلا هو باطل[3]، غير أن هدا القول لا يمكن التسليم به على إطلاقه باعتبار أن الأحكام القضائية التي تقضي ببطلان العقد كنتيجة على إلغاء القرار المنفصل هو مرتبط بإلغاء القرارات المنعدمة دون غيرها[4].

ج-مسألة امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد في التشريع الجزائري: لقد تميز موقف الفقه والقضاء الإداريين في الجزائر بعدم الوضوح من مسألة امتداد حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقود الإدارية التي ساهمت في تكوينها، وهو ما أدى إلى إثارة مسألة الفصل بين القرارات المنفصلة والعقود المتكونة عنها، حيث تضمن قرار

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1630لسنة44ق، بتاريخ17يناير2004، ص.76.

[2]فتوى قسم الرأي مجتمعا، رقم684بتاريخ23ديسمبر1952؛ أخذا عن: عاطف الشهاوي، المرجع السابق، ص.368.

[1]حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة07مايو 2011في الطعن رقم11492لسنة65ق

[2]حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم34248 بتاريخ21سبتمبر 2011، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار.

[3]علي سعيد حسين، المرجع السابق، ص.438.

[4]الشاعر رمزي طه، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ط4، القسم2، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص.301.

المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا) الصادر في31مارس1996 دمج قرار الإيجار بعقد الإيجار رغم انفصالهما واختلاف نظامهما القانوني ليقع في تناقض بخصوص مسألة تحديد الاختصاص في منازعات عقد الإيجار، الأمر الذي عمق من مسألة الفصل بين القرار المنفصل والعقد الإداري وصعوبة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار وفقا لموقف القضاء الإداري[1].

وعليه فإن المستقر عليه في القضاء الإداري الجزائري أن اختصاص النظر في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها، أو تنفيذها كقاعدة عامة يدخل ضمن ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك، باعتبار أن آثار العقد تقتصر على أطرافها دون أن امتدادها للغير الذي لا يمكنه طلب إلغاء إبرام العقد الإداري أو انعقاده، كما أنه بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد يتوجب ضرورة التمييز بين العقد ذاته والقرارات الإدارية المنفصلة عنه أو المعاصرة له، سواء كانت تلك القرارات ساهمت في تكوين العقد أو إبرامه أو انعقاده، التي تكون قابلة للطعن بالإلغاء متى توافرت شروط ذلك بالنظر إلى استقلالها عن العقد[1]، أضف إلى ذلك إن إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تعطيل أو إلغاء العقد، على أن تمسك الإدارة باستمرار العقد خدمة لمصالحها يكون سببا باللجوء إلى القضاء الكامل والمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة على إبرام العقد، وتبعا لذلك إن امتداد آثار حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد يبقى مرتبطا بمدى لجوء أطرافه أو الغير إلى قاضي العقد للمطالبة ببطلان العقد أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنه[2].

ومن ناحية ثانية، اتجه القضاء الإداري الجزائري إلى اعتبار بعض العقود الإدارية كقرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، من ذلك قرار المجلس الأعلى للغرفة الإدارية (سابقا) الصادر في04يناير1989في قضية ديوان الترقية ضد ب.م معتبرا أن عقود التنازل قرارات إدارية(مقررات)التي يختص المجلس الأعلى بالنظر في بطلانها تطبيقا

[1]قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا) الصادر في31مارس1996.

[1]سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص.292.

[2]محمد السناري، المرجع السابق، ص.89.

لنص المادة274من قانون الإجراءات المدنية الملغى، بالنظر إلى ارتباطها بمفهوم القرارات الفردية أكثر من العقود الإدارية[1].

ثانيا: أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمام قاضي العقد

ما تجب الإشارة إليه بأن قاضي الإلغاء حال فصله في دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في إبرام أو تكوين أو إتمام العملية التعاقدية، يقتصر دوره في التحقق من توافر أوجه الإلغاء المنصوص عليها قانونا، وتبعا لذلك يصدر حكما يحوز حجية قضائية في مواجهة الكافة بما في ذلك قاضي العقد الذي لا يمكنه مناقشة أو التحقق من مدى مشروعية القرار الإداري الملغى، أو أن يصدر في حكمه ما يتعارض مع قرار الإلغاء، وعليه يترتب على صدور حكم الإلغاء آثار هامة أمام قاضي العقد أهمها أن حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يحوز حجية مطلقة أمام قاضي العقد، كما يستند في إلغاء العقد ذاته على حكم إلغاء تلك القرارات المساهمة في إبرام أو تكوين العقد أو انعقاده، على أنه يجب التنويه إلى أنه لا يترتب على إصدار حكم الإلغاء إلى إلغاء العقد ذاته إلا بعد اللجوء إلى قاضي العقد باعتباره المختص نوعيا بدعاوى بطلان العقد[1].

وفي الحالة التي يستند فيها حكم الإلغاء على وجود أحد أوجه عدم مشروعية القرارات الإدارية، يقتصر دور قاضي العقد في هذا الحالة على بيان أثر ذلك على صحة العملية التعاقدية أو العقد ذاته، وفي المقابل إذا استند حكم الإلغاء على عدم مشروعية العقد يكون ملزما لقاضي العقد الذي لا يمكنه إصدار حكم يتعارض مع حكم قاضي الإلغاء أو الحكم بصحة ذلك العقد، أضف إلى ذلك تقتصر آثار حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل على العمليات والإجراءات اللاحقة على صدوره دون امتدادها إلى العمليات أو الإجراءات السابقة السليمة، حيث يترتب مثلا على حكم إلغاء قرار إقصاء أحد المتنافسين المترشحين من تقديم

[1]قرار المجلس الأعلى للغرفة الإدارية (سابقا) الصادر في04يناير1989في قضية ديوان الترقية ضد ب.م؛ المجلة القضائية، العدد2لسنة1991، ص173

[1]جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، ص.85.

عرضه إلغاء كافة إجراءات التعاقد هذا خلافا لأثر إلغاء قرار المنح المؤقت لطلب المنافسة المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية[1].

ومما سبق يمكن القول بأن قاضي العقد يضطلع بتقدير مدى تأثير حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد موضوع دعوى الإلغاء في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة أو انعقادها على العملية التعاقدية أو العقد ذاته، وأثر حكم إلغاء العقد في مواجهة أطرافه أو الحقوق المكتسبة، فإذا كان القرار موضوع الإلغاء رتب حقوقا مكتسبة لأحد المتعاقدين ففي هذه الحالة لا يمكن لقاضي العقد إلغاء العقد في مجموعه، خلافا للحالة التي يكون فيها سبب إلغاء القرار الإداري المنفصل هو عدم مشروعية العقد ذاته، أو عدم صحة بعض شروطه، وهو أمر يؤدي كنتيجة لذلك إلى إبطال العقد[1]، وهو ما ينطبق على منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع دعوى الإلغاء.

[1] محمد السناوي، المرجع السابق، ص.ص73؛ لكصاسي سيد أحمد، المرجع السابق، ص.197.

[1] عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص.ص.521و522.

الفصل الثاني: الإجراءات التنازعية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد اتجهت العديد من الدول إلى تبني أساليب جديدة لإدارة المشاريع العامة أو تسيير المرافق العامة، وما تبعه من تبني للطرق غير القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بما فيها المبرمة في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنجاز أو تمويل مشاريع البنية التحتية أو تسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة، من خلال الاعتماد على إجراءات أكثر بساطة ووضوح مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء المختص، حيث أصبح اللجوء إلى وسائل التسوية غير القضائية من موجبات جذب الاستثمار الأجنبي خاصة في ظل عدم قدرة المحاكم الوطنية أو عدم حيادها اتجاه الشركاء الاقتصاديين الأجانب وتمسك الدولة المضيفة بحصانتها القضائية وهو ما يبرر الحاجة الملحة إلى انتهاج وسائل قانونية لحل النزاعات تمتاز بالمرونة وسرعة الإجراءات والاستناد إلى إرادة الأطراف المتنازعة في تحديد الوسائل والقواعد القانونية المطبقة على النزاع الناشئ بينها، وتتخذ الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص شكل الصلح والتفاوض والوساطة، التظلم، الخبرة، التوفيق، التحكيم باعتبارها وسائل للتسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية المختلفة لاسيما ذات الطابع الدولي.

وفي حالة فشل الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يحوز الأطراف المعنية حق اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاعات الناشئة بينها قضائيا، وينصب دور القضاء على كافة مراحل الخصومة القضائية واستنفاذ طرق الطعن ضد الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولبيان الإجراءات التنازعية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التعرض بالدراسة أولا إلى بيان الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المبحث الأول)، ثم التطرق إلى الإجراءات التنازعية القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المبحث الثاني).

المبحث الأول: التسوية غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتجلى أهمية وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بالنظر إلى دورها في تسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة لاسيما ما تعلق بعقود الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال إتباع إجراءات أقل تعقيدا مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء وهو أمر أضحى مطلبا لدى المستثمرين والشركاء الاقتصاديين، وتزايد الاهتمام الدولي والتشريعي حول إيجاد وسائل بديلة فعالة لحل النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية بما فيها تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يتحدد نطاق تلك الوسائل بالوسائل الودية كالصلح والتظلم، التوفيق، الخبرة، الوساطة، والمفاوضات، ووسائل إلزامية كالتحكيم، ومن أجل بيان وسائل التسوية غير القضائية لمنازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة أو تنفيذها بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم عرض أهم الإجراءات غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الأول)، على أننا سنخصص المطلب الثاني لدراسة الإجراءات التنازعية التحكيمية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهم الإجراءات غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتحدد نطاق الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالوسائل القانونية البديلة كالتظلم والمفاوضات، التوفيق والخبرة، الصلح والوساطة التي تعد كلها وسائل ودية بديلة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلى جانب الوسائل الإلزامية كالتحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما ذات الطابع التجاري الدولي، ومن أجل عرض أهم الإجراءات غير القضائية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، سيتم التطرق أولا إلى بيان إجراءات تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتظلم والمفاوضات والآثار المترتبة على ذلك(الفرع

الأول)، ثم التطرق بالدراسة إلى بيان إجراءات تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتوفيق والخبرة والآثار المترتبة عليها(الفرع الثاني)، وأخير بيان إجراءات تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح والوساطة(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتظلم والمفاوضات

يندرج كل من التظلم والمفاوضات ضمن وسائل التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية وغير العقدية بما فيها منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة، وهو أمر أكدته التشريعات محل المقارنة وذلك بالنظر إلى ما يميز الإجراءين من بساطة الإجراءات ومرونتها وسرعة الفصل في النزاع الناشئ مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء المختص، ومن أجل بيان ذلك سيتم التعرض بالدراسة إلى التظلم كوسيلة ودية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل الدارسة والوقوف على مدى فعاليته(أولا)، ثم التطرق إلى بيان دور المفاوضات في حل منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل الدارسة(ثانيا).

أولا: التظلم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر التظلم وسيلة قانونية لتسوية منازعات العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون اللجوء للقضاء وهو ما أكدت عليه التشريعات محل المقارنة، وحتى يتسنى لنا تحديد مدى فعالية التظلم الإداري في تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة، سيتم التطرق أولا إلى الأحكام العامة للتظلم(أ)، والآثار المترتبة عليه(ب).

أ-الأحكام العامة للتظلم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: لقد ارتبط التظلم تاريخيا بنظرية الوزير القاضي في فرنسا بدء من1813أين كان التظلم إلزاميا أمام الوزير المفوض قبل اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحقوق وصولا لمرحلة استقلال مجلس الدولة في ممارسة سلطاته القضائية عن السلطة التنفيذية بدء من1889[1]،واستقر التشريع الفرنسي في البداية على إلزامية التظلم المسبق ليصبح فيما بعد إجراء جوازيا في المادة الإدارية إلا ما

[1]C.E, 13 décembre 1889, CADOT in : LONG(Marceau), Weil (Prosper), BAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), G . A .J .A, 10éme éd, Dalloz, Paris, 1993, pp 35 - 36

استثني بنص خاص، وهو ما أكده المرسوم رقم29الصادر في11يناير1965والمرسومين الصادرين بتاريخ7سبتمبر1992و29مايو1997، مع العلم أنه بعد نفاذ المرسوم رقم1456الصادر في27نوفمبر2009تم إلزام المتعاقد إبلاغ الإدارة بتظلماته لمطالبتها التقيد والالتزام بالمبادئ العامة للتعاقد عن تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمراجعة وتصحيح القرارات أو الإجراءات المخالفة للقواعد العامة للتعاقد أو التنفيذ، على أنه لا يجوز للمتعاقد اللجوء للقضاء إلا بعد قرار الرفض الصريح أو الضمني من الإدارة خلال أجل عشرة أيام، وهو ما أكدته المواد1-R551و3-R421 و2-R.551من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل[1]، وهو ما ينطبق على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أما في التشريع المصري أشارت المادة39من قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة إلى اختصاص لجنة التظلمات بنظر تظلمات المستثمرين أو ما تعلق بعمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة، ويعتبر اللجوء للتظلم إلزاميا قبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة المتعلقة بطرح أو إبرام أو تنفيذ عقود المشاركة بمعرفة لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة39، أما إذا كان محل التظلم قرارا إداريا يكون التظلم أمام اللجنة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطار صاحب الشأن به أو علمه بالقرار، ولا تقبل دعوى إلغاء هذا القرار قبل التظلم منه[2]، وهو ما أكدته المادة89من اللائحة التنفيذية لهذا القانون[3]، وفي التشريع الجزائري كان التظلم المسبق إلزاميا في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى وفقا لأحكام المواد169مكررو275و282بضرورة تقديم الطعن الإداري المسبق قبل اللجوء للقضاء[4]، وهو

---

[1] المادتين2-R.551-1R551من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم1456الصادر في 27نوفمبر2009مع التعديلات المدرجة عليه إلى غاية2020؛

Code de justice administrative، Version en vigueur depuis le 01 janvier 2020 ،https://www.legifrance.gouv.fr/

[2] المادة39من قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بقانون67 لسنة2010 .

[3] المادة89من القرار رقم238لسنة2011باصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بقانون67 لسنة2010، ج ر العدد3 مكرر(ب)بتاريخ 23 يناير 2011.

[4] المواد169مكررو275و282من الأمر رقم69-77المؤرخ في18سبتمبر1969المعدل والمتمم للأمر رقم66-154المؤرخ في 8جانفي1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد82بتاريخ26سبتمبر1969الملغى.

ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا)بتاريخ 28ديسمبر1985في قضية بين(ج. ع)ضد مدير الضرائب بأن الدعوى الاستعجالية معفاة من التظلم المسبق نظرا للاستعجال وفقا للمادة171مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى[1]، مع أنه توجد بعض التشريعات التي أجازت التظلم المسبق من ذلك نص المادة7مكرر من الأمر رقم03/01المتضمن قانون الاستثمار المعدل بجوازية التظلم المسبق لتسوية منازعات الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للخدمات والاستثمارات المنجزة في إطار منح الامتياز أو الرخصة، وكذا الأشخاص موضوع إجراء سحب تمت مباشرته[2]، والمادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم357/06المؤرخ في10سبتمبر2006المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها المعدل في حالة عدم القبول بقرارات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار[3].

غير أنه بعد صدورقانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008نلاحظ تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي في جعل التظلم المسبق إجراء اختياريا قبل اللجوء للقضاء الإداري، وهو ما أشارت إليه المواد829و830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام2008المعدل والمتمم بموجب القانون رقم13/22السالف الذكر[4]وتأكيدها على جوازية التظلم الولائي ضد القرارات الإدارية بما فيها المتخذة في نطاق تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفقا للمادة830[5]، وتحدد آجال الطعن القضائي أمام مجلس الدولة بشهرين تسري من تاريخ تبليغ قرار الرفض الصريح للتظلم المسبق أو قرار الرفض، أما أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية يحدد بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي بالنسبة للقرارات

[1]قرار(الغرفة الإدارية) بالمحكمة العليا في القضية رقم44299بتاريخ 12/28 /1985، المجلة القضائية، العدد3، الجزائر، 1989، ص .210.

[2]المادة7مكرر من الأمر رقم0/01المتضمن قانون الاستثمار المعدل.

[3]المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم365/06المؤرخ في10/9/ 2006المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تنظيمها وسيرها المستحدثة بموجب المادة06من الأمر 01-03المتمضن قانون الاستثمار المعدل.

[4]المواد829و830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام2008 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم13/22 السالف الذكر.

[5]المادة830من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الإدارية الفردية أو النشر بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو الجماعية[1]، مع العلم أنه في غياب تنظيم قانوني صريح لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما فيه القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار لا يوجد ما يشير للتظلم كوسيلة لتسوية منازعات إبرام أو تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واكتفاء المشرع بالإشارة للطعن القضائي والتحكيم والمصالحة في المادة12[2]، وهو ما يوحي بتطبيق القواعد العامة المطبقة على كافة العقود الإدارية.

وفي المقابل أكد قانون الصفقات العمومية الحالي في المواد87إلى89التي حلت محل المواد153إلى155من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، على التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية لإيجاد حل ودي ومنصف لطرفي الصفقة، أو اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية بشأن نزاعات تنفيذ للصفقات العمومية الدولية[3]، وهو ما أشار له المرسوم التنفيذي رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام بشأن لجنة التسوية الودية للنزاعات لدى السلطات المفوضة لدراسة نزاعات تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها[4]، وكذا قانون الاستثمار باستحداث لجنة وطنية عليا للطعون المتصلة بالاستثمار تكلف بالفصل في طعون المستثمرين المرسلة إلى اللجنة في أجل لا يتجاوز شهرين تسري من تاريخ تبليغ القرار موضوع الاعتراض، ويفصل فيه خلال أجل لا يتجاوز شهر من تاريخ الإخطار مع حق المستثمر اللجوء للقضاء[5]، مع أن المرسوم الرئاسي رقم22-296المؤرخ في4سبتمبر2022يحدد تشكيلة اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالاستثمار وسيرها نص على إلزامية التظلم المسبق أمام اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالاستثمار ضد قرارات الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار في أجل شهر من

[1] المادة829من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل. والمتمم.

[2] القانون رقم18/22 يتعلق بالاستثمار.

[3] المواد87إلى89من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المواد153إلى155من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى

[4] المواد70الى73من المرسوم التنفيذ رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام.

[5] المادة11من القانون رقم22/18المؤرخ في24يوليو2022،المتعلق بالاستثمار.

تاريخ تبليغ القرار المتظلم منه[1]، والمادة70من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويض المرفق العام[2]، ولعل من أهم شروط صحة التظلم الكتابة والتوقيع من المعني أو ممثله، وفي الأجل المحدد قانونا، له محل تبرره أحد الأسباب مع دعم التظلم بالمستندات اللازمة للقبول، تفصل لجنة التظلمات في الطعون المقدمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم التظلم بقرار نهائي ونافذ يتم إعلام المعنيين بمضمونه وهو ما نصت عليه المواد1-R551و-R421 3و2-R.551من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل[3]، والمادة39من قانون الشراكة المصري[4]،والمواد829و830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[5]، غير أن إلزام المتضرر بالتظلم لا يعني سقوط حقه في اللجوء للقضاء صاحب الولاية العامة للفصل في جميع منازعات العلاقات التعاقدية[6].

ب-أثر التظلم في تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يترتب على تقديم التظلم الإداري أمام جهة إدارية آثار قانونية هامة سواء اتجاه الأطراف المعنية(الإدارة، الطاعن)أو بالنسبة للقرار الإداري محل الطعن أو ما تعلق بالآثار الإجرائية للتقاضي[7]، مع العلم أن الإدارة قد يكون تصرفها ايجابيا اتجاه التظلم الإداري سواء بقبوله أو رفضه صراحة، كما قد يكون ردها سلبيا لسكوتها أو امتناعها عن الرد في الأجل القانوني؛ ففي الحالة الأولى تعمل الإدارة على مراجعة قراراتها محل التظلم بالتعديل أو التصحيح أو

---

[1]المادة07من المرسوم الرئاسي رقم22-296المؤرخ سبتمبر2022يحدد تشكيلة اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالاستثمار وسيرها، العدد60، بتاريخ18سبتمبر2022.

[2]المادة70من المرسوم التنفيذي رقم199/18يتعلق بتفويض المرفق العام.

[3]المادتين2-R.551-1R551من قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم1456الصادر في 27نوفمبر2009مع التعديلات المدرجة عليه إلى غاية2020؛

Code de justice administrative، Version en vigueur depuis le 01 janvier 2020 ،https://www.legifrance.gouv.fr/

[4]المادة89من قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري.

[5]المواد829و830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[6]وهو أمر أكدته محكمة النقض(تجاري)في الطعن رقم8012لسنة63ق بتاريخ 28نوفمبر2000.

[7]كمون حسين، مدى فعالية التظلم كإجراء للتسوية الودية للمنازعة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاص، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد06، 2018، ص.ص.167.

الإلغاء بما يحقق الغاية الأساسية للتظلم لتسوية النزاع الناشئ عن تنفيذ العقود الإدارية المختلفة[1].

أما في حالة رفض الإدارة للطعن الإداري أو الامتناع عن الرد يبقى التظلم مجرد إجراء إداري يلجأ إليه الطاعن لا يمنح له حقوقه إلا بعد اللجوء إلى القضاء في الأجل المحدد لرفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري المحدد بشهرين من تاريخ النشر أو التبليغ بالقرار الإداري محل الطعن بالإلغاء، تضاف لها مدة شهرين تسري من تاريخ قرار رفض التظلم، وهو ما نصت عليه المادة421-3من قانون القضاء الإداري الفرنسي[2]، والمادة39من قانون الشراكة المصري[3]، وفي المقابل اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى الأثر القانوني في حالة امتناع الإدارة وعدم ردها على التظلم الإداري، وهو ما يمكن تفسيره بأن المشرع أعتبر الرد الصريح أمر طبيعي سواء بالقبول أو الرفض بما يسيغ للمتضرر اللجوء للقضاء الإداري في حالة عدم جدوى الطعن، ومن آثار التظلم أنه يقطع الأجل القانوني المحدد لرفع دعوى الإلغاء، ويمكن للطاعن رفع دعوى الإلغاء في أجل شهرين تسري من تاريخ التبليغ بقرار الرفض الصريح أو الضمني للطعن الإداري وفقا للمادتين830 و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[4].

ومما سبق يمكن القول أن التشريعات محل المقارنة اعتبرت التظلم المسبق سبب قاطع لميعاد الدعوى الإدارية يمنح للطاعن أجل إضافي لرفع دعواه يسري من تاريخ قرار الرفض الصريح أو الضمني للطعن الإداري، وتتحصن القرارات الإدارية بعد انقضاء الآجال القانونية للتقاضي، ورغم عدم وجود تنظيم قانوني أو أحكام خاصة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تطبق الأحكام العامة المطبقة على منازعات العقود الإدارية المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أن التظلم إجراء إداري للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية بين الإدارة والمتعاملين معها(أفراد أو هيئات)دون اللجوء للقضاء من خلال إعطاء الفرصة للإدارة بمراجعة أو تصحيح تصرفاتها محل الطعن الإداري

---

[1] ايناس عبدلي الزنكولي، وسائل حل المنازعات الإدارية-التظلم الإداري نموذجا، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس عشر، 2020، ص.ص.234.

[2] المادة421-3من قانون القضاء الإداري الفرنسي

[3] المادة 89من قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بقانون67لسنة2010.

[4] المادتين830 و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

وتمكين الطاعن من حقوقه المقررة قانونا، وحتى وإن كان التظلم كقاعدة عامة في مجال المنازعات الإدارية المختلفة في التشريعات محل المقارنة اختياريا، إلا أن هناك حالات يلزم فيها الطاعن بالتظلم قبل اللجوء للقضاء، وقد أثبت الواقع العملي عدم فعالية التظلم ومحدودية دوره في تحقيق الغاية من اللجوء إليه لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بشكل دفع المشرع والفقه والقضاء البحث عن وسائل أخرى للتسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية المختلفة، مع أنه في بعض الحالات يكون فعال عند اتجاه إرادة الإدارة العامة إلى الاعتماد عليه لتسوية المنازعات الناشئة بينها وبين الغير.

ثانيا: التفاوض لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام

يعد التفاوض وسيلة ودية لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات والمعاملات الاقتصادية المختلفة يتم اللجوء إليه في مرحلتي الإبرام أو التنفيذ تسبق الوساطة تجسد اتجاه إرادة المتعاقدين وحسن نيتهم لحل نزاعاتهم وديا دون اللجوء للقضاء، ولبيان مدى فعالية التفاوض في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتم التطرق أولا إلى الأحكام العامة للتفاوض في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، والآثار المترتبة عليه(ب).

أ-الأحكام العامة للتفاوض لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يعرف التفاوض أو المفاوضات في مجال القانون الإداري عامة بأنه إجراء لتبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية المتبادلة بين الأطراف المعنية للوصول إلى حل توافقي للخلاف محل التفاوض[1]، أو هي وسيلة يتم الاعتماد عليها من أطراف النزاع لتسوية منازعاتهم دون اللجوء للقضاء من خلال تبادل الآراء والاستشارات والحلول لإيجاد حل توافقي للنزاع محل التفاوض[2]، وعرفه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية(اليونسترال)لعام1975الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بأنه إجراء من خلاله يتم فتح المجال أمام الأطراف المعنية للتحاور والمناقشة والمساومة بغية الوصول لاتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية مثلا،

[1]محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي(صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد1، يناير2005، ص.111.

[2]علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 377-378.

والهدف من التفاوض هو التوصل إلى تسوية النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الشراكة الاقتصادية مثلا من خلال الاستعانة بأشخاص مؤهلين وخبراء في المجال الاقتصادي والقانوني والمالي[1].

والملاحظ على التشريع الفرنسي خلوه من الإشارة إلى إجراء التفاوض لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة إلا ما جاء على سبيل العموم مثلما جاء في أحكام المادتين9-10-L77 و14-10-77Lمن قانون القضاء الإداري الفرنسي[2]، وهو ما استقر عليه التشريع المصري بعدم إشارته إلى التفاوض لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة والاكتفاء بالتحكيم ووسائل تسوية المنازعات غير القضائية وفقا لنص المادة35من قانون الشراكة المصري لعام2010، والمادة91من القانون رقم182لسنة2018يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بشأن تسوية النزاعات بين الأطراف المتعاقدة بالإشارة إلى التوفيق والوساطة والتحكيم لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية[3]، والمادة82من القانون رقم141المؤرخ في01اوت2019المعدل للقانون رقم72لسنة2017المتضمن قانون الاستثمار[4]، وهو ذات الأمر في التشريع الجزائري فقد خلا قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قوانين الاستثمار المتعاقبة بما فيها القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار من الإشارة إلى التفاوض لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية التي تبرم بين أحد الأشخاص المعنوية العامة والمتعاملين الاقتصاديين مكتفيا بالإشارة إلى الوساطة والتحكيم والمصالحة لتسوية الخلافات وديا بين الدولة وشركائها الاقتصاديين تطبيقا للمادة12منه[5].

ب-أثر التفاوض في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

يهدف التفاوض أو المفاوضات الوصول إلى اتفاق بين الأطراف المعنية للموازنة بين مصالحهم، سواء كان التفاوض على بنود العقد قبل إبرامه أو ما تعلق بضمانات التنفيذ والتحاور لإيجاد حلول لتسوية الخلافات بين الأطراف المتعاقدة، كما قد يكون التفاوض أثناء

---

[1]سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة الدكتوراه في القانون الدولي للأعمال، 2019، ص.ص 263.

[2]المادتين9-10-L77 و14-10-77Lمن قانون القضاء الإداري الفرنسي.

[3]المادة35من قانون الشراكة المصري لعام2010، والمادة91من القانون رقم 182لسنة2018يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

[4]المادة82من القانون رقم141المؤرخ في01اوت2019المعدل للقانون رقم72لسنة2017المتضمن قانون الاستثمار.

[5]المادة12من القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار.

تنفيذ العقد، ولعل من أهم آثار التفاوض أنه إجراء يهدف إلى إيجاد حل لمنازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين أحد الأشخاص العامة والمتعاملين الاقتصاديين أو المستثمرين، تتميز آثاره بشموليتها لتسوية الخلافات بتقريب وجهات النظر والحلول المقترحة والممكنة للموازنة بين مصالح الأطراف أو معالجتها في المستقبل، هذا فضلا على اعتبارها وسيلة لتخفيف أعباء التقاضي أمام القضاء خاصة في ظل الأهمية الحيوية والاستراتيجية للعقود الإدارية في إنجاز أو تمويل مشاريع عامة أو تسيير مرافق عامة غير قابلة للتوقف أو التعطيل بسبب إجراءات التقاضي المعقدة والطويلة المدة[1].

ذلك بأن استنفاذ إجراءات التفاوض ينتج عنه إما نجاح التفاوض أو فشله، حيث يؤدي نجاح التفاوض إلى إيجاد حل نهائي لتسوية النزاع محل التفاوض دون اللجوء للقضاء بما يضمن للأطراف المعنية حقوقها ومصالحها، وتبعا لذلك يكون لاتفاق التفاوض والقرار الصادر في نطاقه حجية اتجاه أطرافه مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، أما في حالة فشل التفاوض وعدم التوصل إلى حل توافقي بين الأطراف المعنية يمكنهم اللجوء للقضاء، أو التحكيم، أو الوساطة، أو التوفيق لحل نزاعاتهم العقدية[2]، وهو أمر يرهن دور التفاوض وفعاليته كوسيلة ودية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن التطبيقات العملية لفعالية التفاوض لتسوية منازعات عقود الاستثمار موضوع التحكيم سنة2011بين الدولة المصرية والشركة الكويتية المستثمرة(شركة بوابة الكويت القابضة)، نجاح المفاوضات بين الحكومة المصرية والشركة لحل النزاع محل الدعوى التحكيمية[3].

الفرع الثاني: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتوفيق والخبرة

[1]عبد العظيم حمدي، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.ص13.

[2]سي فوضيل الحاج ،المرجع السابق، ص 265.

[3]إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص. 95.

إلى جانب كل من التظلم والمفاوضات يعتبر كل من التوفيق والخبرة من الوسائل الودية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يهدف إجراء التوفيق إلى اقتراح حلول وبدائل على الأطراف المعنية بغية الوصول إلى حل رضائي توفيقي للنزاع محل إجراء التوفيق، وهو ما ينطبق على إجراء الخبرة الذي يهدف إلى الاستعانة بالخبراء في المسائل ذات الطبيعة الفنية أو التقنية الضرورية لإيجاد حل للنزاع بين الأطراف المعنية بشكل ودي دون اللجوء إلى القضاء أو أثناء الخصومة القضائية، ولبيان ذلك سيتم التطرق بالدراسة إلى التوفيق كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم التطرق إلى إجراء الخبرة ودوره في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: الأحكام العامة للتوفيق في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعرف التوفيق بأنه إجراء ودي لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة دون اللجوء للقضاء[1]، أو هو اتفاق الأطراف المتعاقدة لحل نزاعاتهم بواسطة موفق يتم اختياره لطرح حلول وخيارات لتسوية الخلاف يحقق مصالحهم[2]، كما يعرف بأنه اتفاق طرفي عقد الشراكة تكليف شخص أو أكثر لتسوية نزاعاتهم وديا من خلال تبني اقتراحات أو حلول توفيقية للنزاع[3]، وعرفته المادة3/1من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة2002بأنهأي عملية أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيه الطرفان من شخص ثالث أو أكثر(موفق)مساعدتهما في التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة يمنح للموفق صلاحية اقتراح تسوية النزاع على الطرفين[1]، وقد نظم المشرع الفرنسي التوفيق القضائي أو الرضائي لتسوية النزاعات المختلفة في المواد21

---

[1] يوسف عبد الهادي الاكياني، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات(دراسة في أحكام الوساطة)، المجلة القانونية، البحرين، العدد8، 2017، ص.107.

[2]Béatrice Gorchs , La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire ;cité dans : revue droit et société n°62 Volume 1 année 2006.p.226 ;https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2006-1-page-223.

[3]محمد صالح الجبر، إبرام عقود الشراكة في إطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2018، ص.244.

[1]المادة3/1من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام2002

و27و131والمواد1528إلى1541من قانون الإجراءات المدنية[1]، حيث أجازت المادة1528لأطراف النزاع اللجوء للتوفيق بتعيين موفق سواء كان وسيط أو موفق محكمة أو محاميهم في إطار إجراء تشاركي لإيجاد حل توفيقي يخدم مصالحهم[2].

وهو ما تبناه المشرع المصري بموجب القانون رقم7لسنة2000بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الأشخاص العامة، وقد أجازت المادة الخامسة تسوية أي نزاع بإنشاء لجان التوفيق في بعض منازعات المدنية والتجارية والإدارية الناشئة بين الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين معها، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة مع ما يرد على ذلك من استثناءات، على أن تتولى هذه اللجان التوفيق بين الأطراف المعنية[3]، وهو ما أشارت لهالمادة51من القانون رقم83لسنة2002المتعلق بالمناطق الاقتصادية لتسوية منازعات المنطقة عن طريق التوفيق[4]، كما أدرج قانون الاستثمار المصري رقم82لسنة2017التوفيق ضمن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة بين المستثمر وأي جهة أو أكثر من الجهات الحكومية من خلال المفاوضات بين الأطراف المتنازعة تستثنى المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون والقانون المرافق من الخضوع لأحكام القانون رقم7لسنة2000السالف الذكر[5].

وفي المقابل لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى التوفيق كآلية لتسوية منازعات العلاقات القانونية، غير أنه لا مانع من الاستعانة بالتوفيق لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال الاستعانة بشخص أو أشخاص مؤهلين ذي كفاءة في هذا المجال لاقتراح حلول وبدائل من شأنها تسوية النزاع نهائيا بين الأطراف المعنية دون اللجوء للقضاء أو الوسائل الأخرى لاسيما في منازعات عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي، وهو ما يستساغ من المادة54من قانون المحروقات لعام2019بإشارتها إلى تسوية

---

[1]المواد21و27 و131، والمواد1528إلى1541من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2]Article 1528Code de procédure civile Code de procédure civile - Dernière modification le 01 le 17juin2020 ,https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_23:01تاريخ الاطلاع على الموقع على الساعة06/18/ 2022

[3]القانون رقم7لسنة2000بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الأشخاص الاعتبارية ج ر العدد(13 مكرر) بتاريخ4أفريل2000.

[4]المادة51من القانون رقم83 لسنة 2002 المتعلق بالمناطق الاقتصادية، ج ر العدد22مكرر ب05يونيو2002.

[5]المادة90من قانون الاستثمار المصري رقم82لسنة2017المعدل بموجب القانون رقم141لسنة2019.

منازعات عقود المحروقات بالتراضي قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم الدولي ولا مانع من الاستعانة بإجراء التوفيق لتسوية تلك النزاعات[1]، ورغم عدم النص صراحة على إجراء التوفيق ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في القوانين المتعلقة بالاستثمار والعقود الإدارية، إلا أنه يبقى إجراء يمكن الاستعانة به لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لبروز أهميته في بعض التشريعات المقارنة كالتشريعين الفرنسي والمصري، أو ما جاء في أحكام قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة2002، لذا أصبح لزاما على المشرع الجزائري مراجعة المنظومة القانونية بالتوسيع من نطاق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتوجب لصحة إجراء التوفيق إفصاح أطراف عقد الشراكة صراحة الاستعانة بموفق محايد يقترح حلولا أو اقتراحات لتسوية نزاعاتهم وديا دون اللجوء للقضاء أو التحكيم[2]، ويتخذ إجراء التوفيق صورتين التوفيق الحر أو الخاص الذي يتم الاتفاق عليه إراديا من قبل الأطراف المعنية قبل الخلاف أو بعده، كما قد يتم اللجوء إليه أثناء الخصومة القضائية أو التحكيمية أو بعدهما، وتتم إجراءاته بعيدا عن رقابة القضاء أو إشرافه[3]، والتوفيق المؤسسي المنظم من قبل إحدى المراكز أو المؤسسات المتخصصة كقواعد التوفيق الاختياري لغرفة التجارة الدولية النافذة بدء من يناير1998، وقواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[4]، ويكون اللجوء للتوفيق ايجابيا يؤدي إلى تسوية النزاع كليا أو جزئيا ويحقق مصالح الأطراف المعنية يتم التوقيع على محضر مكتوب لما تم الاتفاق عليه، وتمتد تلك الحلول أو الاقتراحات الملتزم بها للنزاعات الناشئة أو المحتملة الوقوع في المستقبل لتفادي نفس الإشكالات أو الخلافات[1]، كما قد يفشل التوفيق وعدم جدواه في

---

[1] المادة54من القانون رقم19-13المؤرخ في11ديسمبر2019ينظم نشاطات المحروقات، ج ر العدد79بتاريخ22ديسمبر2019.

[2] PAULSSON (J.) et AL, The Fresh fields guide to arbitration and ADR, 2éme ed The Hague , KLUWER , 1999, P. 10.

3محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص28.

4محمد أحمد عبد النعيم، مدى إخلال آلية التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.32.

1غسان علي علي، المرجع السابق، ص.ص.205.

تسوية النزاع الناشئ ففي هذه الحالة يمكن للأطراف المعنية اللجوء مثلا إلى القضاء أو التحكيم لتسوية خلافاتهم[1]، ولقد أثبت الواقع العملي محدودية التوفيق كإجراء لتسوية تنفيذ منازعات العقود الإدارية المختلفة وهو ما يبرر قلة تطبيقاته العملية ولا يعدو في الغالب أن يكون عملية تمهيدية لتسوية النزاع الناشئ بالتحكيم.

ثانيا: الأحكام العامة للخبرة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعتبر الخبرة من الوسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة لاسيما ما تعلق بعقود الاستثمارات الهامة الطويلة المدة كعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود الإنشاء والتشييد، ويقتضي هذا الإجراء الاستعانة بأصحاب الخبرة في المسائل الخلافية ذات الطابع الفني والتقني، وينصب دور الخبير على تقديم الاستشارة أو الرأي في المسألة الفنية موضوع الخلاف في النزاع الناشئ عن تنفيذ العقد دون امتداد سلطته إلى البت في النزاع، وتجد الخبرة إعمالا أكثر لها في عقود الاستثمار والشراكة الاقتصادية الدولية[2]، والملاحظ على التشريعات محل المقارنة أنها لم تتناول الخبرة كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، مع أنه لا مانع من الاستعانة بعنصر الخبرة والكفاءة في المسائل الفنية والتقنية أو المادية المرتبطة بالنزاع محل الخلاف خاصة في ظل بروز أهميتها لدى الهيئات والمؤسسات الدولية لتسوية منازعات عقود الاستثمار والشراكة الاقتصادية الدولية، مع أن التشريعات الداخلية مكنت القاضي الاستعانة بالخبراء والكفاءة والتقنيات العالية في المسائل الفنية والتقنية كالتشييد والبناء والعمران والبنى التحية والتسيير المالي مثلا[3]، ولقد أشار المشرع الفرنسي إلى الخبرة القضائية في المواد من263إلى284من قانون الإجراءات المدنية واعتبار الخبرة وسيلة يعهد بها القاضي لشخص مؤهل للحصول على المعلومات والبيانات الضرورية ذات الطابع الفني والتقني في الأجل المحدد من قاضي المراقبة لحل النزاع نهائيا[1]، وهو ما

1غسان علي علي، المرجع نفسه، ص205.

[2]محمد صالح الجبر، المرجع السابق، ص.250.

[3]Méjean, la procédure devant le conseil de préfecture, thèse, Paris, 1949, p108.

[1]المواد من263 إلى284من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

أشارت له المادة06من قانونرقم67لسنة2010يتضمن قانون الشراكة المصري المتعلقة بالخبرة الاستشارية لإبرام عقود الشراكة بين القطاع العام[1].

كما تبنى المشرع الجزائري الخبرة القضائية وفق قواعد مشتركة لجهات القضاء كإجراء يهدف إلى توضيح وقائع مادية تقنية أو علمية متعلقة بالنزاع المعروض على القاضي من شأنها حسم النزاع نهائيا، وهو ما أقرته المواد125إلى146من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[2]، والمرسوم التنفيذي رقم95-310المؤرخ في10أكتوبر1995المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، وكذا حقوقهم، بأن اللجوء إلى الخبرة القضائية بطلب الخصوم أو القاضي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي باعتبارها إجراء جوازيا يتم الاستعانة فيه بالخبراء في المسائل ذات الطبيعة الفنية أو التقنية أو القانونية التي تخرج بطبيعتها عن إدراك وعلم القاضي، وذلك لأهمية وجدية طلب إجراء الخبرة وعدم وجود ما يثبت من ملف الدعوى ما يثبت الاستغناء عنها لحسم النزاع نهائيا[3].

ويمارس الخبير المهام المحالة إليه من القاضي قبل الفصل في النزاع نهائيا، ويتم اجتماع أطراف الدعوى الإدارية والخبير المعين في جلسة لتحديد نطاق الخبرة والمدة الممنوحة للخبير للقيام بأعمال الخبرة تحت إشراف ورقابة القاضي طيلة مراحل القيام بالخبرة بما يمنح له سلطة إبداء الملاحظات بشأن أعمال الخبرة وإلزام الخصوم بتقديم المستندات والوثائق اللازمة لإجراء أعمال الخبرة تحت طائلة الغرامات التهديدية، ولا يخضع سير عمليات الخبرة لنظام إجرائي معين ملزم للخبير يمنح له الحرية في أداء مهامه في المسائل المرتبطة بالنزاع المعروض على القاضي ذات الطبيعة الفنية والتقنية والقانونية، على أن يتم تقرير الخبرة المكتوب لدى أمانة المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة في الآجال المحددة يتضمن معلومات خاصة بأقوال أطراف النزاع والمستندات والملاحظات المقدمة ومعلومات سرية خاصة

[1] المادة06من قانون رقم67 لسنة 2010يتضمن قانون الشراكة المصري.

[2] المواد125إلى146من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم13/22السالف الذكر.

[3] المرسوم التنفيذي رقم95-310المؤرخ في10أكتوبر1995، المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، وكذا حقوقهم، ج ر العدد60بتاريخ15أكتوبر1995، ص.03.

بالخبرة[1]، ذلك بأن القاضي غير ملزم بتقرير الخبرة ونتائجها بالأخذ بها أو الاستغناء عنها أو الاعتماد عليها جزئيا، كما قد يرفض نتائج الخبرة الناقصة أو غير المراعية لمصالح الخصوم أو أحدهما، واستبعاد تقارير الخبرة المتناقضة مع تسبيب ذلك[2]، ومتى ثبت للقاضي وجود عيب في تقرير الخبرة يقرر بطلانه ولا يمكن الاستناد عليه للفصل نهائيا في موضوع النزاع، ويمكن للقاضي الأمر بإعادة الخبرة أو إجراءها من جديد فلا يجوز للقاضي تأسيس حكمه على تقرير باطل للخبرة، كما يمكنه الاستغناء عنها إذا ثبت من ملف الدعوى ما يفيد حسم النزاع نهائيا[3]، وعليه فإن رأي الخبير غير ملزم لقاضي الموضوع ويخضع لسلطته التقديرية، غير أنه في المسائل التقنية والفنية التي تخرج عن إدراك وعلم القاضي قد يلتزم بها باعتبارها ضرورية ولازمة لحسم النزاع لاسيما في مجال الهندسة والبناء والفن والتسيير المالي والتقني للمشاريع العامة كالمشاريع العامة المشتركة للتشييد والبناء، وهو ما يوجب على القاضي الاستعانة بالخبراء والكفاءة والمعرفة في المسائل ذات الطبيعة الفنية والتقنية والقانونية التي يعجز القاضي على التعامل معها.

الفرع الثالث: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح والوساطة

من أجل بيان دور كل من الصلح والوساطة في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التطرق أولا إلى بيان إجراءات الصلح لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والآثار المترتبة عليه(أولا)، ثم التعرض بالدراسة إلى إجراء الوساطة ودوره في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح

لقد حددت التشريعات محل المقارنة النظام الإجرائي للصلح كوسيلة بديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولبيان مدى فعالية إجراء الصلح في حل النزاع الناشئ عن العلاقة العقدية يتم التطرق أولا إلى

[1] المادة137من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادة144من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] Article n°264-284 Code de procédure civile - Dernière modification le 01 mai 2022 - Document généré le 30 juin 2022.

تحديد الأحكام العامة المنظمة للصلح في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، والوقوف على الآثار المترتبة عليه(ب).

أ-الأحكام العامة للصلح في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

يعرف الصلح بأنه طريق لحل منازعات العقود الإدارية المختلفة يتضمن اتفاق بين الأطراف المعنية واتجاه إرادتهم إلى حسم نزاع إداري قائم أو محتمل الوقوع من خلال التنازل على جزء من الادعاءات لتسوية ذلك النزاع مع الالتزام بمضمون عقد الصلح، سواء كان إجراء الصلح تلقائيا أو قضائيا بناء على طلب الخصوم أو أحدهما أو بمبادرة القاضي المعروض عليه النزاع[1]، حيث يجد الصلح إعمالا أكثر له في منازعات تنفيذ العقود الإدارية بما يستبعد منازعات الإبرام من نطاق الصلح في المادة الإدارية لخضوعها لنظام قانوني إجرائي وموضوعي محدد، ولقد تناول المشرع الفرنسي ضمنيا الصلح القضائي في المواد من127و128و130و131 و785و818و827من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ[2]، والمادة2044إلى2058من القانون المدني الفرنسي التي عرفت الصلح بأنه الاتفاق على حسم النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بين أطراف العقد[3]، وقد أشار تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة1993للصلح كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية[4]، وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره بـ11يوليو2008بصحة اتفاق الصلح[5].

أما المشرع المصري فقد نظم الصلح في المواد549إلى557من القانون المدني المصري[6]، حيث عرفته المادة549بأنه«عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما، يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه»، وهو ما ينطبق

[1]محمد حسين مجلي المجالي، دور الصلح في حل المنازعات الإدارية(دراسة مقارنة: فرنسا، مصر، الأردن)، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2020، ص.172.

[2]المواد من127و128و130و131و785و818 و827من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[3]المادة2044 إلى2058من القانون المدني الفرنسي.

[4]محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.335.

[5]CE, ASS. 11 juill 2008, société Krupp HAZemag, Concl, p.237.

[6]القانون رقم131لسنة1948بإصدار القانون المدني، ج ر جمهورية مصر العدد رقم108مكرر(أ)الصادر في16يونيو 1948.

على منازعات العقود الإدارية المختلفة في ظل غياب نص صريح يجيز أو يمنع إجراء الصلح في المادة الإدارية، وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية[1].

كما تناول المشرع الجزائري الصلح أو المصالحة في المادة الإدارية عامة في كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعرف الصلح وفقا للمادة159من القانون المدني بأنه عقد ينهي به الطرفان النزاع القائم أو المحتمل يقتضي تنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه[2]، وقد حدد المشرع نطاق الصلح بمادة القضاء الكامل في أي مرحلة من الخصومة، سواء كان بمبادرة الخصوم أو من القاضي بعد موافقة الخصوم تطبيقا لنص المواد970و971و972و990من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[3]، ذلك بأن الصلح كإجراء لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يقتضي وجود نزاع قائم أو محتمل الوقوع، واتجاه إرادة الأطراف المعنية حسم النزاع بالصلح بما يفترض تنازل الأطراف بالتقابل على جزء من ادعاءاتهم، وهو أمر أكده جانب من الفقه الفرنسي كأن يتم الاتفاق على تعويض المتعاقد في مقابل تخليه عن الدعوى الإدارية[4]، وتتم مباشرة إجراءات الصلح التلقائي أمام لجنة أو دائرة مختصة تختتم بتحرير محضر الصلح كتابة بناء على اتفاق رسمي، وفي حالة إجراء الصلح بمبادرة القاضي أو الخصوم يتم التصديق عليه من القاضي بما قد يؤدي كنتيجة نهائية إلى حسم النزاع نهائيا بين الأطراف المعنية من قبل قاضي الموضوع[5].

وقد أشارت كذلك المادة12من القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار الجزائري إلى المصالحة كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود العامة للاستثمار[6]، والمادة87من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة153من المرسوم الرئاسي رقم15-

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1991/1/12، طعن رقم 773، س34؛ وحكمها في 1992/4/18، طعن رقم 355، س 37؛ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.195.

[2]المادة159من الأمر رقم05/07المؤرخ في13مايو2007يتضمن القانون المدني، ج ر عدد42في26سبتمبر2007.

[3]المواد970و971و972و990من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4]محمود التحيوي، المرجع السابق ، ص146.

[5]ابو الوفاء أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص.58؛
Jean (M)., La conciliation par le juge administratif, A.J.D.A., 2008, p.302

[6]المادة12من القانون رقم18/22يتعلق بالاستثمار.

247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة الملغى بشأن الأحكام المنظمة للصفقات العمومية فقط، والمادة70من المرسوم التنفيذي رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام بالإشارة إلى الوسائل الودية لتسوية منازعات تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام[1].

ب-أثر الصلح في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يولد الاتفاق على إجراء الصلح آثار قانونية اتجاه أطرافه لإنهاء النزاع الناشئ عن العلاقة العقدية وتحقيق مصالح الأطراف المعنية في إطار تنازلهما عن بعض الادعاءات بما يؤدي إلى إسقاط الدعوى الإدارية، وتبعا لذلك لا يجوز لأحد الخصوم إثارة النزاع مرة ثانية وللخصم الدفع بالصلح في هذه الحالة، مع العلم أن لإجراء الصلح أثرا كاشفا وليس منشأ للحقوق التي استقر عليها اتفاق الصلح[2]، ويقتصر أثر الصلح على أطرافه والمسألة محل اتفاق الصلح فقط دون امتدادها للغير، كما قد يتم الاستناد على عقد الصلح للدفع بعدم قبول الدعوى الإدارية باعتبار أنه بعد استنفاذ إجراءات الصلح مع الالتزام بما تم الاتفاق عليه لا يعد مجديا إعادة إثارة النزاع مجددا أمام القضاء لانتفاء المصلحة القانونية من الطعن القضائي للنزاع الذي تم تسويته بالصلح، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية بأن الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح يعد حقا مقررا لمصلحة الأطراف المعنية يمكن التمسك به لمواجهة الخصم في الحق المتصالح فيه، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا ويعتبر الصلح من إجراءات الدعوى القضائية في حالة عدم الاحتجاج ضده[3].

وعليه يمكن القول بأن محدودية دور الصلح في المادة الإدارية ترجع للسلطات الاستثنائية التي تحوزها الإدارة والمركز القانوني الأقوى لها في مواجهة الأفراد أو المتعاملين معها بما يعكس غيابها غير المبرر عن حضور جلسات الصلح ويجعله إجراء غير فعال لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، ورغم تطبيقاته العملية الضئيلة يستطيع القاضي

---

[1] المادة87من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محلت المادة153من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة الملغى، والمادة70من المرسوم التنفيذي رقم18-199يتعلق بتفويض المرفق العام.

[2] المادة554من القانون المدني المصري.

[3] T.A. de lyon, 25, 2009, syndicat msixtre du jura Gessien, req N°301077, A.J.DA., 2004, P.1650 ;
حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم8830لسنة45ق في12مايو2002؛ حكم محكمة النقض المدني المصري بتاريخ11يونيو1970، س 21، ص 1030

على الأقل معرفة موقف ونية الإدارة من المسألة محل الصلح أو الدعوى الإدارية[1]، غير أنه لا يمكن القول أنه لا يمكن إعمال الصلح في المادة الإدارية بالعكس قد يكون اتفاق الصلح منتجا في حالة اتجاه إرادة الإدارة لتسوية نزاعها مع أحد الخصوم بالصلح في إطار الالتزام بمضمون الاتفاق حتى أثناء سير الخصومة القضائية، وهو ما أكده الفقه الفرنسي[2].

ثانيا: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالوساطة

ومن أجل بيان ذلك سيتم تحديد الأحكام العامة للوساطة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، ثم الآثار المترتبة عليها(ب).

أ-الأحكام العامة للوساطة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

تجد الوساطة القانونية إعمالا أكثر لها في عقود الاستثمار والشراكة الاقتصادية الدولية وديا[3]، وتبرز أهمية الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات فيما تقدمه من حلول وأفكار جديدة من شأنها حسم النزاع بين الأطراف المعنية وديا دون اللجوء للقضاء أو التحكيم يقوم بها شخص محايد يكلف بتسهيل الاتصال والتفاوض بين الأطراف المعنية لتقريب وجهات النظر بغية إيجاد حل توافقي للنزاع محل الوساطة[4]، ولقد أثبت التقارير العالمية بأن أكثر من80%من منازعات عقود الاستثمار والتجارة الدولية بالولايات المتحدة الأمريكية تم اللجوء فيها للوساطة تكللت بنجاح الأطراف بالتوصل إلى حل توافقي لحل نزاعاتهم، وذلك بالنظر إلى أن الوساطة تتميز بالخصوصية والسرية في الإجراءات، السرعة والمرونة لا يحتج بها أو تقديم التنازلات من الخصوم[5]، خلافا لواقع الوساطة في مجال العقود الإدارية المختلفة بالجزائر ومصر التي تبقى

---

[1]سالمي نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2016، .ص.145.

[2]Laurent Poulet ,Transaction et protection des parties, Librairie générale de droit et dejurisprudence, France,2005,P.143-145.

[3]علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص.ص.64.

[4]ايناس خلف الخالدي، المرجع السابق، ص.168؛ خلاف فاتح، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2015، ص.133

[5]الشاعري صالح، تسوية المنازعات الدولية سلميا، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2006، ص.56.

بعيدة عن تحقيق الغاية الأساسية لها ولا تعدو بحسب–البعض وسيلة لاقتراح الحلول يقتصر مجال تطبيقها على إجراءات الإبرام[1].

ولقد عرفها قانون الاونيسترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام2018بأنها أي عملية يطلب فيها الأطراف المعنية إلى شخص آخر أو أكثر(الوسيط)المساعدة للتوصل إلى التسوية الودية للنزاع القائم بينها، ولا يحوز الوسيط صلاحية حل النزاع[2]، ولم تشر التشريعات محل المقارنة إلى الوساطة كإجراء لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة، فقد نظم المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الوساطة كطريق ودي لتسوية النزاعات المختلفة، والتأكيد على جوازية اللجوء للوساطة القضائية بطلب القاضي أو الخصوم بغية التوصل إلى اتفاق بصرف النظر عن أي إجراء قضائي للحل الودي لنزاعهم بمساعدة طرف آخر يتم اختياره ينفذ مهمته بحيادية وكفاءة واجتهاد في إطار سرية إجراءات الوساطة وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد1530و 1531و 131–1و 21و 21–2و 21–3و 131–2و 1532من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[3].

وقد ميز مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لعام1993بشأن التسوية الودية للمنازعات بين الوساطة والتوفيق والصلح والتحكيم وإجازتها في منازعات العقود الإدارية[4]، ويكون الاتفاق الناتج عن الوساطة قابلا للتنفيذ من قبل محكمة أو سلطة تابعة لدولة عضو أخرى في الاتحاد الأوروبي وفقا للشروط الواردة في المادة6من التوجيه2008/EC52/المؤرخ21مايو 2008 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس بشأن جوانب معينة من الوساطة في المسائل المدنية

[1]بن سرية سعاد، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2018، ص.189.

[2]المادة الأولى من قانون الاونيسترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام2018، المعدل لقانون الاونيسترول النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام2002.

[3]المواد1530و 1531و 131–1و 21و 21–2 و 21–3و 131–2 و1532 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[4]محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 ص.ص. 330–331 .

والتجارية، يتم الاعتراف بها وإعلانها قابلة للتنفيذ في فرنسا وفقا لأحكام المواد509-2إلى509-7من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي[1].

كما عرف المشرع المصري الوساطة بأنها وسيلة تلجأ فيها الأطراف المعنية إلى طرف محايد(الوسيط)لمساعدتهم في التوصل إلى تسوية النزاع الناشئ بينهما وديا[2]، مع أنه لا يوجد إشارة صريحة للوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات الإدارية في التشريع المصري إلا على سبيل العموم، من ذلك أشارت المادة91من القانون رقم182لسنة2018المتضمن إصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة إلى الوساطة كوسيلة لتسوية تنفيذ منازعات العقود الإدارية المختلفة[3]، وأجازته المادة90من قانون الاستثمار النافذ لعام2017 تسوية منازعات عقود الاستثمار بالوساطة[4]، والمادة8مكرر-و من القانون رقم146لسنة2019المعدل لقانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم120لسنة2008التي أجازت لأطراف النزاع تسوية النزاع الذي تختص به المحاكم الاقتصادية وديا دون إقامة الدعوى[5].

وفي المقابل تبنى المشرع الجزائري الوساطة ونظمها تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات في المواد994إلى1005من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[6]، وكذا المرسوم التنفيذي رقم09-100المؤرخ في10مارس2009يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي[7]، وتعرف الوساطة بأنها إجراء يقتضي اتفاق أطراف النزاع إسناد مهام اقتراح تسوية ودية للخلاف إلى شخص آخر يتم اختياره من قبلهما يدعى(الوسيط)[8]، ويحدد أجل إجراء الوساطة بثلاثة أشهر مع إمكانية طلب تمديد المدة لمرة واحدة بطلب من الوسيط[1].

---

[1]المادة1535من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2]المادة35من القانون رقم67لسنة2010المتضمن قانون الشراكة المصري.

[3]المادة91من القانون رقم182لسنة2018 المتضمن إصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

[4]المادة90من قانون الاستثمار النافذ.

[5]المادة8مكرر-و من القانون رقم146لسنة2019المعدل لقانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم120لسنة2008، ج ر عدد 30 مكرر "د" بتاريخ31 يوليو2019.

[6]المواد 994إلى1005من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[7]المرسوم التنفيذي رقم09-100المؤرخ في10مارس2009يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر العدد16في15مارس2009

[8]المادة10من القانون رقم02/90المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل.

[1]المادة996من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

وتتخذ الوساطة شكل الوساطة القضائية التي تعقد تحت إشراف ورقابة القضاء وفقا لنص المادتين994و995من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، والمادة35من قانون رقم67لسنة2010يتضمن قانون الشراكة المصري وكذا المادة الأولى من مشروع قانون الوساطة المصري التي أجازت الوساطة القضائية بعد رفع الدعوى القضائية وقبل نظرها[1]، وقد أجازت المادة31من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي للقاضي اللجوء للوساطة حال النظر في النزاع وهو ما أكدته المادة21من القانون رقم125لسنة1995بشأن الوساطة والتوفيق القضائيين[2]، كما قد تتخذ شكل الوساطة الاتفاقية التي تتم بناء على إرادة الأطراف اختيار طرف آخر أو أحد المراكز والمؤسسات الخاصة بتسوية المنازعات بغرض اقتراح الحلول لنزاع معين دون أن يكون للوسيط صلاحية إلزام الأطراف المعنية باقتراحاته[3]، على أن تبدأ إجراءات الوساطة بالاتفاق على الوساطة سواء تم تضمينها في العقد الأصلي أو بعد نشوب النزاع، وتنتهي بانقضاء إجراءات الوساطة بغض النظر عن نجاحها أو فشلها.

ب-أثر الوساطة في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: إن نجاح اتفاق الوساطة المكتوب من شأنه إنهاء النزاع الناشئ جزئيا أو كليا، ويجوز لأحد الأطراف التمسك به للدفع بعدم قبول الدعوى متى تم التصديق عليه من قبل القاضي، حيث تقتصر آثار الوساطة على أطرافها دون امتدادها للغير[4]، أما في حالة فشل إجراءات الوساطة وعدم التوصل لحل توفيقي بين الأطراف المعنية يقوم القاضي المشرف على إجراءات الوساطة بإنهائها تلقائيا بطلب من الوسيط أو الخصوم أو بمبادرة القاضي، من ذلك ما نصت عليه المادة1002من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[5]، ونتيجة لعدم جدوى الوساطة في إيجاد حل للنزاع الناشئ يبقى أمام الخصوم الطريق القضائي لحسم النزاع نهائيا، وعليه يمكن القول أن الوساطة أحد الوسائل الودية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تتم في الغالب تحت إشراف ورقابة القضاء

[1] المادة الأولى من مشروع قانون الوساطة المصري.

[2] LOI n°95-125du8février1995relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°0034 du9février1995, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id

[3] ايناس خلف الخالدي، المرجع السابق، ص.171.

[4] TOUZARD H, La médiation et la résolution des conflits, P.U.F., 1997, p.154.

[5] المادة1002من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الإداري وتشبه إلى حد كبير الصلح لا يترتب على التوقيع على محاضر اتفاق الوساطة التزامات إلا بعد التصديق عليها من القاضي واتجاه إرادة أطرافه إلى التأكيد على ما تم الاتفاق عليه لحسم النزاع الناشئ بينها، ورغم أن غاية الوساطة هي اقتراح الوسيط لحلول لتقريب وجهات النظر بين الخصوم لتسوية نزاعهم، إلا أنها تبقى مجرد إجراء حتى وإن كان إلزاميا في بعض التشريعات قبل اللجوء للقضاء مثلما هو الأمر في التشريع المصري[1].

المطلب الثاني: الإجراءات التنازعية التحكيمية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تخضع الإجراءات التنازعية التحكيمية لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لجملة من القواعد الإجرائية والموضوعية المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والأحكام الخاصة بصحة عمليات وإجراءات وسير الخصومة التحكيمية، وأثر الفصل في النزاع الناشئ بالتحكيم اتجاه المحكم أو هيئة التحكيم وطرفي اتفاق التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن أجل بيان الإجراءات التنازعية التحكيمية لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التطرق أولا إلى بيان النظام الإجرائي والموضوعي للتحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، وعرض القواعد والأحكام العامة لسير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثاني)، وأخيرا الوقوف على أهم الآثار المترتبة عن تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثالث).

الفرع الأول : النظام الإجرائي والموضوعي للتحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لما كانت الخصومة التحكيمية ترتبط باتفاق التحكيم واتجاه إرادة الأطراف المعنية إلى تسوية خلافاتهم الناشئة عن علاقة قانونية عقدية بشرط أو مشارطة التحكيم دون اللجوء إلى القضاء، فإن الأمر يخضع لجملة من القواعد الإجرائية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

[1] ايناس خلف الخالدي، المرجع السابق، ص.181.

وإجراءات سير الخصومة التحكيمية، ولبيان النظام الإجرائي والموضوعية للتحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سيتم التركيز على عرض الشروط الشكلية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم بيان كيفية اختيار المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: شروط صحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد وضعت التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية شروطا لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص التي يؤدي تخلفها أحدها إلى بطلان اتفاق التحكيم، حيث يتحدد نطاق الشروط العامة لصحة اتفاق التحكيم بين الشروط الشكلية(أ) والشروط موضوعية(ب) وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

أ-الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يتوجب لصحة اتفاق التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص توافر جملة من الشروط، التي يترتب على تخلف احدها بطلان إجراءات التحكيم أو عدم صحة الاتفاق[1]، حيث تعتبر الكتابة ركنا لانعقاد التحكيم وشرط لإثباته[2]، الأمر الذي أكدت عليه التشريعات محل المقارنة وكذا القواعد الدولية المنظمة للتحكيم، من ذلك نص المادة1443من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام1975المعدل بالمرسوم رقم48لعام2011بوجوب كتابة لصحة اتفاق التحكيم الداخلي تحت طائلة البطلان[1]، مع أن المادة1449لمتشر للكتابة بالنسبة إلى التحكيم الدولي[2]، وهو ما انتقده الفقه الفرنسي

[1]أحمد بكرى محمد عبد التواب، الأساس القانوني للتحكيم الدولي، المجلة القانونية، المجلد12، العدد 8، 2022، ص.1225.

[2]درادكه لافي محمد، ، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، المؤتمر الدولي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة 2011، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص.1347.

[1]Art1443 du Code de procédure civile - Dernière modification le 01 novembre 2021 - Document généré le 06 décembre 2021 Copyright (C) 2007-2021 legifrance.https://www.legifrance.gouv.fr/

[2]المادة1449من من قانون المرافعات الفرنسي لعام1975المعدل

باعتبار أن المادة1449من قانون الإجراءات المدنية اشترطت لتنفيذ حكم التحكيم ضرورة تقديم نسخته الأصلية ونسخة من اتفاق التحكيم، خاصة في ظل انضمام فرنسا لاتفاقية نيويورك لسنة1958التي توجب الكتابة لصحة اتفاق التحكيم[1]،ومن ذلك أيضا ما أقره القانون الفيدرالي الخاص بالقانون الدولي الخاص لعام1987[2]، وفي المقابل اشترط قانون التحكيم المصري الكتابة لصحة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان[3]، وتبعا لذلك يتوجب إفراغ اتفاق التحكيم في شكل مكتوب واعتبار الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وصحته، وهو أمر أقره صراحة المشرع الجزائري نص صراحة على إلزامية الكتابة لصحة اتفاق التحكيم سواء تضمنها العقد الأصلي أو وثيقة ملحقة تطبيقا لنص المواد1008و1012و1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[4]، متبنيا بذلك نفس الشروط التي أقرتها اتفاقية نيويورك لعام1958بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها باعتبار أن كتابة اتفاق التحكيم من قبل الأطراف المعنية من شأنه تسهيل عمليات الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها[5]، والمادة7فقرة9من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية[6].

كما يشترط لصحة اتفاق التحكيم تمتع الأطراف المعنية بالأهلية القانونية باللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث استقر القانون والفقه على وجوب تمتع الشخص العام المتعاقد بأهلية التصرف في الحقوق كركن جوهري لصحة اتفاق التحكيم مع الموافقة المسبقة للسلطات العامة المختصة التابع لها قبل اللجوء إلى التحكيم[1]، كما يخضع الطرف الآخر للأحكام والقواعد المتعلقة بالأهلية في القانون الخاص، ذلك بأن الأهلية القانونية(أهلية التصرف في الحقوق) تعد شرطا جوهريا لصحة

---

[1]G. Florimond, L'autonomie de la clause compromissoire, Valhalla.fr (19/12/2006), ONLINE : http://www.valhalla.fr/2006,11.16على الساعة2022/10/03تاريخ الاطلاع

[2] Art n 1/178du loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

[3]قانون رقم 74 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل.

[4]المواد1008و1012و1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[5]المادة2مناتفاقية نيويورك لعام1958بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها،www: uncitral.org تاريخ الاطلاع 2022/8/30على الساعة18:02.

[6]المادة7فقرة9من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

[1]المادة50من القانون المدني الجزائري؛ المواد01و10و53من قانون التحكيم المصري.

اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1]، وهو أمر يتوجب أن يتوافر في المحكم أو المحكمين تطبيقا لنص المادة1015من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، والمادة16من قانون التحكيم المصري، والمادة1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[2].

ب-الشروط الموضوعية للتحكيم منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

يشترط لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضرورة استناده على مبدأ الرضائية بين الأطراف المعنية واتجاه إرادتهم لحل خلافاتهم بالتحكيم دون اللجوء إلى القضاء باعتباره شرطا جوهريا لصحة اتفاق التحكيم، الذي يؤدي تخلفه إلى افتقاد اتفاق التحكيم لقيمته القانونية، حيث أكدت المادة1442من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على تلازم الرضائية بين الأطراف المعنية وصحة اتفاق التحكيم لتسوية النزاع الناشئ بينها بالتحكيم[3]، وهو ذات الأمر الذي جاءت به المادة10من قانون التحكيم المصري بضرورة استناد اتفاق التحكيم على مبدأ الرضائية بين الأطراف المعنية بما يوحي باتجاه إرادتهم اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينها[4]، وهو ما اشترطه المادة1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بضرورة توافر الرضائية لصحة اتفاق التحكيم والتطابق بين إرادتي الأطراف المعنية واتجاهها إلى حل النزاع وديا[5].

كما يشترط كذلك لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن يكون له محل يحدد موضوع الاتفاق بين الأطراف المعنية وطبيعة النزاعات التي يتم حلها بالتحكيم وفق ما تم تضمينه في العقد الأصلي أو وثيقة ملحقة به، أو كان متعلقا بحل النزاعات القائمة أو المحتملة الوقوع، فلا يصح اتفاق التحكيم ما لم يكن

---

[1] بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي افلو، المجلد5، العدد02، 2022، ص.ص.506.

[2] المادة1015من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، والمادة16من قانون التحكيم المصري، والمادة1442منقانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[3] المادة1442من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[4] المادة10 من قانون التحكيم المصري المعدل.

[5] المادة1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

مستندا على محل مشروع قانونا وممكن عملا ومحدد النطاق غير مخالف للقواعد القانونية القائمة أو النظام العام بما يجعل محل التحكيم مقتصرا على النزاعات التي تثيرها العلاقات الاقتصادية الدولية ومجال الصفقات العمومية تطبيقا لنص المادة1009من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، والمواد1إلى05من قانون التحكيم المصري[1]، هذا فضلا على استناده على سبب مشروع لصحة اتفاق التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحت طائلة البطلان لعيب في السبب الذي يقوم عليه، باعتبار أن ما يبرر اتفاق التحكيم هو اتجاه إرادة أطرافه إلى تسوية خلافاتهم الناشئة عن علاقة عقدية قائمة أو محتملة الوقوع في المستقبل، مع العلم أن المشرع الفرنسي اشترط لصحة ركن السبب في اتفاق التحكيم وجوده الباعث لتضمين شرط أو مشارطة التحكيم لتسوية الخلافات بين الأطراف المعنية الناشئة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومشروعيته وتناسبه مع محل اتفاق التحكيم مع القواعد الإجرائية والموضوعية المحدد قانونا لصحة اتفاق التحكيم[2].

ثانيا: اختيار المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعد المحكم أو هيئة التحكيم الجهة التي يتم اختيارها من أطراف اتفاق التحكيم أو القاضي تسند لها مهام النظر والفصل في النزاع الناشئ عن علاقة قانونية عقدية مبرمة مثلا في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يشترط لصحة اختيار المحكم أو المحكمين عدة شروط وهو ما ينعكس على عمل وإجراءات سير الخصومة التحكيمية والأحكام الفاصلة في موضوع النزاع محل التحكيم، دون إهمال لدور القضاء على كافة مراحل الخصومة التحكيمية، ولقد منحت التشريعات محل المقارنة أطراف النزاع حرية اختيار المحكم أو هيئة التحكيم بمقتضى اتفاق التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع مراعاة الضوابط الإجرائية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم واختيار المحكمين، وهو ما أشارت إليهالمواد1443إلى1459من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأن

[1]المادة1009من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، المواد1إلى05من قانون التحكيم المصري.

[2]بالجيلالي خالد.بالجيلالي نور الهدى، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية(دراسة مقرنة)، المرجع السابق، ص.506.

اختيار المحكم المحكمين يكون بناء على اتفاق التحكيم بتشكيلة تضم محكم أو أكثر بعدد فردي مع إمكانية إضافة محكم إضافي، على أن يتم تشكيل هيئة التحكيم في أجل شهر من قبول المحكمين الذي تم اختيارهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق لاختيار المحكم أو المحكمين يتم تعيينهم من الشخص المسئول عن تنظيم التحكيم أو من قبل قاضي الدعم إذا تعذر ذلك[1]، وهو ما أكدت عليهالمادة10من قانون الاونيستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على حرية الأطراف المعنية في تحديد عدد المحكمين ويحدد بثلاثة في حالة عدم الاتفاق[2]، وفي ذات السياق خصص قانون التحكيم المصري الباب الثالث لهيئة التحكيم في المواد15إلى17بأن تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين أو المحكمة من محكم واحد أو أكثر في شكل فردي تحت طائلة البطلان[3]،على أنه في حالة عدم الاتفاق على ذلك يتم اختيار المحكم استنادا إلى المادة17من قانون التحكيم المصري[4].

وفي المقابل اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بخصوص اتفاق التحكيم الداخلي ضرورة تضمينه قواعد تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات اختيارهم تحت طائلة البطلان، وإذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم يتم تعيين المحكم من رئيس المحكمة التي يقع بدائرتها محل إبرام العقد أو تنفيذه وإلا صرح بألا وجه للتعين عندما يكون شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم بعدد فردي[5]، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي يتم تعيين المحكمين أو شروط تعيينهم من الأطراف المعنية، على أن يؤول الاختصاص في تشكيل المحكمين في حالة الاتفاق على ذلك إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1].

ويبرز دور القضاء على كافة مراحل الإجراءات التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بدءا من تشكيل محكمة التحكيم أو سير الخصومة التحكيمية أو حتى على أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع محل التحكيم، وهو ما يمنح للقضاء

---

[1] المواد1443إلى1459من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2] المادة10من قانون الاونيستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

[3] المواد15إلى17من قانون التحكيم المصري.

[4] المادة17من قانون التحكيم المصري.

[5] المواد1008و1009و1017من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1] المادتين1041و1042من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

دورا هاما في مجال التحكيم رغم اتجاه إرادة الأطراف المعنية حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء، حيث يتدخل القضاء في حالة عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو تحديد شروط تعيينه، أو في حالة اعتراض عمليات التحكيم حالات تحول دون تعيين المحكم أو استكمال العمليات التحكيمية وهو أمر يتم إسناده إلى القضاء[1]، ونجد أن التشريعات محل المقارنة قد أقرت صراحة بدور القضاء على كافة مراحل عمليات التحكيم لاسيما ما تعلق بتثبيت تشكيل محكمة التحكيم أو تشكيلها في حالة عدم اتفاق الأطراف المعنية على اختيار محكم أو تحديد شروط ذلك من ذلك ما نصت عليه المادة1452من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة17من قانون التحكيم المصري، والمواد1009و 1041و 1042من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[2]، ويشترط لصحة تشكيلة هيئة التحكيم موافقة المحكم أو المحكمين المهام المسندة لهم مع أنه يمكن لأحد طرفي اتفاق التحكيم رد المحكمين وفقا للحالات المحددة قانونا[3]، ومما سبق يمكن القول أن للقضاء دورا رقابيا على صحة اتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم والعمليات التحكيمية والأحكام الصادرة في نطاقها بما قد يؤدي إلى حسم النزاع الناشئ بين الأطراف المعنية نهائيا دون اللجوء القضاء.

الفرع الثاني:الأحكام العامة لسير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تخضع الخصومة التحكيمية في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى إجراءات ومراحل متتالية تشبه نوعا ما مراحل الخصومة القضائية، تبدأ برفع الخصومة التحكيمية وتشكيل هيئة التحكيم، وتبادل المستندات والوثائق والادعاءات والطلبات ودراستها من قبل المحكمين مع إمكانية الاستعانة بالخبرة أو الشهود، وصولا إلى مرحلة الفصل في النزاع محل التحكيم كليا أو جزئيا أو حتى طلب إنهاء إجراءات الخصومة التحكيمية بناء على طلب هيئة التحكيم أو طرفي الخصومة

[1] جبايلي جميلة.آيت عبد الله مختار، تحكيم واختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية،العدد34،جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2015،ص.229.

[2] المادة1452من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة17من قانون التحكيم المصري، والمواد1009و 1041 و1042من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] المادتين18و19من قانون التحكيم المصري، المادتين1015و1016من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

التحكيمية مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، ذلك بأن تحديد الأحكام العامة لسير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يقتضي منا التطرق أولا إلى بيان إجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ثم التطرق إلى مرحلة الفصل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص محل التحكيم(ثانيا).

أولا: إجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يقصد بإجراءات سير الخصومة التحكيمية المراحل والعمليات والأعمال الإجرائية المتتالية والتحضيرية لبدء هيئة التحكيم التي تم تشكيلها مهامها بنظر منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والبت فيها بحكم ملزم لأطراف الخصومة التحكيمية مع مراعاة دور القضاء على العمليات التحكيمية، حيث يعتبر تشكيلة هيئة التحكيم كقاعدة عامة من أهم إجراءات بدء سير الخصومة التحكيمية وعقد جلساتها لنظر النزاع الناشئ بين الأطراف المعنية بناء على ما تم الاتفاق عليه في العقد الأصلي أو وثيقة ملحقة به والقانون الواجب التطبيق على النزاع محل التحكيم، والأساليب المتبعة لتسوية النزاع الناشئ بين طرفي اتفاق التحكيم كأن يتم الاتفاق على الصلح أو التوفيق أو الوساطة أو التفاوض دون تحديد القواعد القانونية والإجرائية التي تحكمها[1].

ولقد استقرت التشريعات الداخلية والاتفاقيات المتعلقة بتسوية النزاعات بالتحكيم وأنظمة مراكز وهيئات التحكيم على قواعد وإجراءات نظر وسير الخصومة التحكيمية استنادا إلى إرادة طرفي اتفاق التحكيم وهو أمر يلزم هيئة التحكيم التقيد بذلك سواء كان البت في النزاع يقتضي تقديم وتبادل الوثائق والبيانات والمستندات الضرورية عند بدء المرافعة في الخصومة التحكيمية، أو الاكتفاء بتبادل الأقوال في إطار المرافعة الشفوية أو الكتابية وكذا تقديم الخبرة والشهود والمستندات والوثائق والاطلاع عليها من قبل هيئة التحكيم وأطراف الخصومة التحكيمية، وبذلك تكون هيئة التحكيم أتاحت الفرصة لطرفي النزاع محل التحكيم تقديم

[1]محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي(دراسة مقارنة للوقوف على الفلسفة الإجرائية للتحكيم مقارنة بالقضاء، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2016، ص.69.

ادعاءاتهم والمستندات الداعمة لها والاستماع إلى أقوالهم في إطار من المرونة والبساطة التي تحكم الخصومة التحكيمية مقارنة بالإجراءات المعقدة عند اللجوء إلى القضاء[1].

وبالرجوع إلى التشريعات محل المقارنة نجدها قد حددت القواعد الإجرائية التي تحكم إجراءات سير الخصومة التحكيمية بعد تعيين هيئة التحكيم لنظر منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والبت فيها، وفقا لنص المادة1462من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يتم عرض النزاع على هيئة التحكيم من طرفي اتفاق التحكيم أو أحدهما[2]، التي تعقد جلساتها في المدة المحددة على أن تجتمع في أجل ستة أشهر من تاريخ الإحالة إليها عند عدم الاتفاق على ذلك مع إمكانية تمديدها بطلب من الأطراف المعنية أو القاضي الداعم[3]، كما يمكن لهيئة التحكيم تحديد إجراءات التحكيم إذا لم يتفق الطرفان على إجراءات محددة مع التقيد بالقواعد القانونية والسرية والسرعة في إجراءات التحكيم[4]، ويقتصر دور هيئة التحكيم على نظر النزاع محل التحكيم[5]، وهو أمر يمنح لها صلاحية طلب المستندات واستلام ادعاءات طرفي التحكيم والمستندات المعززة لها وكذا الاستماع إلى الأطراف المعنية في جلسة مرافعة، وفي حالة امتلاك أحد الطرفين مستندات أو أدلة جاز لهيئة التحكيم الأمر بتقديمها أو اتخاذ تدابير مؤقتة لازمة تحت طائلة توقيع الغرامات التأخيرية[6]، كما يكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في الوقائع المتعلقة بالتزوير أو صحة الكتابة[7]، مع أنه يمكن طلب وقف الخصومة التحكيمية وفقا لأحكام المواد369إلى372و1471من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1]، كما يجوز لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الأمر بوقف إجراءات سير الخصومة التحكيمية هذا فضلا على إلغاء الوقف أو قصر المدة الزمنية[2]، كما قد يكون سبب وقف إجراءات التحكيم في حالة وفاة المحكم أو عجزه أو امتناعه عن التصويت أو استقالته

[1] محمود علي عبد السلام وافي، المرجع السابق، ص.69.

[2] المادة1462من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[3] المادة1463من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[4] المادة1464من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[5] المادة1465من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[6] المادتين1467و1468من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[7] المادة1470من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي

[1] المواد369إلى372و1471من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2] المادة1472من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

أو الطعن فيه أو إقالته[1]، على أن تستأنف إجراءات التحكيم عند زوال سبب وقفها مع إمكانية الأمر بتمديد الإجراءات في أجل لا يتجاوز ستة أشهر[2]، وتلزم هيئة التحكيم بتحديد تاريخ البت في النزاع محل التحكيم[3]، وتبعا لذلك إن انتهاء فترة التحكيم يؤدي إلى انتهاء إجراءات التحكيم[4].

وفي المقابل نظم قانون التحكيم المصري إجراءات سير الخصومة التحكيمية في الباب الرابع بالمواد25إلى38، حيث يمكن للأطراف المعنية الاتفاق على إجراءات محددة لهيئة التحكيم ومكان عملها، أو وفق ما تراه الهيئة مناسبا في حالة غياب الاتفاق على ذلك مع تكريس مبدأ المساواة بين الأطراف المعنية عند بدء إجراءات التحكيم[5]، ويجرى التحكيم باللغة العربية إلا إذا اتفق الطرفان أو هيئة التحكيم على لغة أو لغات معينة مع الاستعانة بالترجمة إلى اللغة المستعملة في التحكيم في حالة تعدد اللغات[6]، ويرسل المدعي في الأجل المتفق عليه من الطرفين أو المحدد من هيئة التحكيم إلى المدعي عليه والمحكمين بيانا يحمل شرحا لوقائع الدعوى التحكيمية والمسائل محل النزاع والطلبات المقدمة من قبله، وفي المقابل يرسل المدعي عليه في الأجل المعين إلى المدعي والمحكمين مذكرة جوابية مكتوبة للرد على الوقائع والطلبات المحتج بها من المدعي بما في ذلك تقديم الطلبات العارضة ذات الصلة بمحل النزاع أو التمسك بالحق الناشئ، ويجوز للطرفين إرفاق ادعاءاتهم أو دفوعهم بالوثائق والمستندات والمذكرات المعززة لها، وكذا تقارير الخبرة وغيرها من الأدلة[1]، كما يمكن لطرفي التحكيم تعديل طلباتهم أو دفاعاتهم أو تكملتها خلال إجراءات التحكيم[2]، وبعدها تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة قصد تمكين كل طرف شرح محل الدعوى وعرض أدلته وحججه أو الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة، على أنه يتوجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد

[1] المادة1473من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2] المادة1475من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[3] المادة1476من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[4] المادة1477من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[5] المواد25إلى28من قانون التحكيم المصري.

[6] المادة29من قانون التحكيم المصري.

[1] المادتين30و31من قانون التحكيم المصري.

[2] المادة32من قانون التحكيم المصري.

الجلسات والاجتماعات الخاصة بإجراءات التحكيم مع تدوين ما خلصت إليه تلك الجلسات والاجتماعات في محضر مع إمكانية الاستعانة بالشهود والخبراء[1].

وفي الحالة التي لا يقدم المدعي بيانا مكتوبا بدون سبب وجب على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك، على أن تستمر إجراءات التحكيم في الحالة التي لا يقدم فيها المدعي عليه دفاعاته ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك[2]، وهو ما ينطبق على تخلف أحد الطرفين حضور إحدى الجلسات أو تقديم المستندات جاز للهيئة الاستمرار في سير إجراءات التحكيم والفصل في النزاع استنادا على الأدلة الموجودة[3]، كما يمكن لهيئة التحكيم الاستعانة بالخبراء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسها[4]، وفي هذا الإطار يستطيع رئيس المحكمة بناء على طلب هيئة التحكيم الحكم على من تخلف عن الحضور أو امتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين78و80من قانون الإثبات المصري، وكذا الأمر بالإنابة القضائية[5]، مع مراعاة توافر إحدى حالات قطع إجراءات التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري[6].

وفي المقابل أخضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إجراءات الخصومة التحكيمية للآجال والأوضاع المقررة أمام جهات القضاء ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك[7]، كما يمكن لطرفي اتفاق التحكيم التجاري الدولي تحديد إجراءات التحكيم في اتفاقية التحكيم[1]، وتنجز أعمال التحقيق والمحاضر من المحكمين ما لم يجيز اتفاق التحكيم ندب أحد المحكمين لإجراء ذلك[2]، ويلزم كل طرف تقديم دفاعاته والمستندات التي تعززها في أجل خمسة عشر يوما على الأقل وإلا يتم البت في النزاع بناء على الأدلة المقدمة وفقا لقواعد القانون[3]، مع

---

[1] المادة33من قانون التحكيم المصري.

[2] المادة34من قانون التحكيم المصري.

[3] المادة35من قانون التحكيم المصري.

[4] المادة36من قانون التحكيم المصري.

[5] المادة37من قانون التحكيم المصري، والمادتين78و80من قانون الإثبات.

[6] المادة38من قانون التحكيم المصري.

[7] المادة1019من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1] المادة1043من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادتين1022و1023من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] المادة1019من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

مراعاة العوارض التي تحول دون قيام المحكم بمهامه وفقا للحالات الواردة في المادة1024من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[1]، ويمكن لمحكمة التحكيم الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بطلب من أحد طرفي اتفاق التحكيم التجاري الدولي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، كما يمكن لمحكمة التحكيم طلب تدخل القاضي المختص بتطبيق قانون بلده لعدم قيام الطرف المعني بتنفيذ التدابير المؤقتة أو التحفظية[2]، حيث تعمل محكمة التحكيم على البحث عن الأدلة مع الاستعانة بالقضاء أو الخبرة أو تمديد مدة عمل المحكمين أو تثبيت الإجراءات وإمكانية تطبيق قانون بلد القاضي المختص لمن يهمه التعجيل[3].

ثانيا: مرحلة الفصل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص محل التحكيم

تفصل محكمة التحكيم في النزاع الناشئ استنادا لقواعد القانون الذي اختاره طرفي اتفاق التحكيم أو قواعد القانون والأعراف المتناسبة مع طبيعة النزاع والخصومة[4]، ويجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك[5]، حيث تكون مداولات محكمة التحكيم سرية بأغلبية الأصوات متضمنة عرضا موجزا لادعاءات طرفي التحكيم ودفوعاتهم مع تسبيب أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع الناشئ، حيث يشترط لصحة أحكام التحكيم أن تكون مكتوبة متضمنة البيانات الأساسية لطرفي التحكيم والمحكمين موقعة[1]، على أن تستنفذ محكمة التحكيم ولايتها لنظر النزاع الذي تم الفصل فيه، مع إمكانية التدخل لتفسير حكم التحكيم أو تصحيح الأخطاء المادية، أو الإغفالات التي تشوب تلك الأحكام، وتحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها شأن النزاع المفصول فيه[2]، حيث تنتهي إجراءات الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة

[1] المادة1024من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادة1046من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] المادتين1047و1048من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4] المادة1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[5] المادة1049من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1] المواد1027إلى1029من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادتين1030و1031من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

بين القطاعين العام والخاص بإنهاء إجراءات الخصومة التحكيمية دون حسم النزاع لأحد الأسباب، أو صدور أحكام التحكيم فاصلة في النزاع الناشئ بين طرفي اتفاق التحكيم، فلا يتقيد المحكم أو هيئة التحكيم حال الفصل في النزاع موضوع التحكيم بالأحكام الخاصة بالفصل في المنازعات أمام جهات القضاء وإصدار الأحكام القضائية، مع مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية المستقر عليها لصحة إجراءات وسير الخصومة التحكيمية والأحكام الصادرة في نطاقها، من ذلك ما أكد عليه قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ولائحته التنفيذية لسنة1976بضرورة التقيد بالشروط الشكلية والموضوعية لصحة أحكام التحكيم[1]، وهو ما أقرته التشريعات محل المقارنة من ذلك ما نصت عليه المادة1047من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمواد من1025إلى1029من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[2].

ويشترط لصحة أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع الناشئ بين أطراف اتفاق التحكيم أن تكون مكتوبة صادرة في النزاع القائم بين أطراف اتفاق التحكيم غير مخالفة للنظام العام، وفاصلة في بعض أو كل جوانب النزاع محل اتفاق التحكيم بشكل يؤدي إلى استنفاذ ولاية المحكم أو المحكمين من البت في النزاع الذي صدر فيه الحكم النهائي، كما يتوجب تسبيب أحكام التحكيم تحت طائلة البطلان مثلما نصت عليه المادة1480من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمادة1027من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[1]، ويشترط كذلك أن تكون أحكام التحكيم النهائية موقعة من قبل المحكمين لترتيب آثاره في مواجهة أطراف اتفاق التحكيم، على أنه في حالة امتناع بعض المحكمين التوقيع يشار إلى ذلك في الحكم وذكر أسباب ذلك[2]، وصادرة في

---

[1]المادة31من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة الثانية من لائحة قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1976 .

[2]المادة1047من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمواد من1025إلى1029من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]المادة1480من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمادة1027من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]المادة1473من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمادة1029من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الأجل المحدد قانونا أو في اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم تحديد أجل معين يتوجب إصدار أحكام التحكيم النهائية في أجل اثنتي عشر شهرا من تاريخ سير إجراءات الخصومة التحكيمية، مع إمكانية تمديد الميعاد لمدة ستة أشهر على الأكثر ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وإذا لم تصدر أحكام التحكيم في المدة المحددة كان لأحد طرفي اتفاق لتحكيم اللجوء إلى رئيس المحكمة قصد تحديد أجل إضافي أو إنهاء إجراءات الخصومة التحكيمية[1]، كما قد حددت المادة1018من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم ميعاد إصدار أحكام التحكيم بأربعة أشهر من تاريخ التعيين أو إخطار محكمة التحكيم، مع إمكانية تمديد هذا الميعاد باتفاق أطرافه، وفي حالة عدم الاتفاق يسري على ذلك نظام التحكيم أو بتحديد من قبل رئيس المحكمة المختصة[2].

وتكون مداولات هيئة التحكيم سرية[3]، وتصدر قرارات التحكيم بأغلبية الأصوات يوقع عليه من المحكمين[4]، ويشترط لصحة قرارات التحكيم الفاصلة في النزاع أن تكون مؤشرة متضمنة البيانات الخاصة بالمحكمين وأطراف النزاع وممثليهم، ومنطوق القرار المبين فيه الطلبات والدفوع المقدمة من كل طرف[5]، ويحوز قرار التحكيم بمجرد صدوره قوة الأمر المقضي به الذي قد يكون مصحوبا بالنفاذ المؤقت[1]، وتبعا لذلك تستنفذ ولاية هيئة التحكيم النظر في النزاع الذي أصدرته بشأنه قرار فاصلا ما لم يكن الأمر متعلقا بتفسير قرار التحكيم أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات[2]، كما لا يكون قرار التحكيم قابلا للتنفيذ إلا

---

[1]المواد1463و1485و1486من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة45من قانون التحكيم المصري.

[2]المادة1018من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3]المادة1479من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، المادة1025من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4]المادة1480من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة40من قانون التحكيم المصري، والمادة1026من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[5]المادتين1481و1482من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة43من قانون التحكيم المصري، والمادتين1028و1029من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]المادة1484من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة55من قانون التحكيم المصري، والمادة1031من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]المادة1485من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،والمادتين49و50من قانون التحكيم المصري، والمادة1030من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

بمقتضى أمر تنفيذي صادر عن المحكمة التي صدر القرار في نطاقها بشان الإجراء المتعلق بالتنفيذ، حيث يودع الطلب من أحد طرفي التحكيم لدى أمانة المحكمة مرفقا بأصل الحكم ونسخة من اتفاق التحكيم[1]، ولا يجوز منح الأمر بالتنفيذ إذا كان يتعارض مع النظام العام مع عدم خضوع قرارات التحكيم للاستئناف أو المعارضة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك مع إمكانية الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة قبل إحالة النزاع على القضاء[2]، ويجوز إلغاء قرار التحكيم ما لم يكن الاستئناف متاحا أمام طرفي التحكيم لاسيما بالنسبة لأوامر رفض الاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي[3].

الفرع الثالث:الآثار المترتبة على تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعتبر مسالة تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أهم مراحل وإجراءات التحكيم وأعقدها، حيث تحوز أحكام التحكيم حجية قضائية في مواجهة المحكم أو المحكمين أو طرفي اتفاق التحكيم، غير أن تنفيذها مقيد بجملة من الأحكام والإجراءات التي تتم تحت إشراف القضاء الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان تنفيذ حكم التحكيم، وهو أمر يوجب علينا بيان الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، ومدى إمكانية الطعن فيها(ثانيا).

أولا: الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تحوز أحكام التحكيم النهائية الفاصلة في منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص حجية الأمر المقضي به بمجرد صدورها في مواجهة طرفي اتفاق التحكيم أو هيئة التحكيم، وهو أمر أكدته التشريعات محل

[1] المادة1487من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة47من قانون التحكيم المصري، والمادة1035من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادتين1488و1489من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادتين52و53من قانون التحكيم المصري، المواد1032و1033و1034و1055و1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3] المادتين1490و1491من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمواد52و53و54من قانون التحكيم المصري والمواد1032و1033و1034و1055و1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

المقارنة من ذلك نص المادة1476من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة55من قانون التحكيم المصري، والمادة1031من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[1]، وأن إيداع أحكام التحكيم لدى المحكمة المختصة هو إجراء جوهري للتنفيذ وفقا للتشريع النافذ في الدولة مكان تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث لا تقتصر آثار أحكام التحكيم النهائية على طرفي اتفاق التحكيم بل تمتد كذلك إلى المحكم أو هيئة التحكيم باعتبار أن البت نهائيا في الموضوع محل اتفاق التحكيم يرفع يد المحكم أو هيئة التحكيم نهائيا على التدخل أو إعادة النظر أو الفصل في مسألة فصلت فيها باستثناء حالات وجود أخطاء مادية أو إغفال أو تصحيح أو تفسير خاصة بأحكام التحكيم النهائية الصادرة عنها[2] ، وهو أمر نصت عليه المادة1485من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادتين49و50من قانون التحكيم المصري، والمادة1030من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[3].

أما بخصوص آثار أحكام التحكيم اتجاه طرفي اتفاق التحكيم لتسوية النزاع الناجم عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنها تحوز حجية الأمر المقضي به في مواجهة طرفي اتفاق التحكيم بشكل يوجب عليهما الالتزام بتنفيذ تلك الأحكام بعد صدورها وعلمهما بها استنادا على مبدأ حسن النية في تنفيذ أحكام التحكيم لحل الخلاف بينهما دون اللجوء إلى القضاء، مع أن التجربة العملية أثبتت التزام طرفي اتفاق التحكيم تنفيذ قرارات غرفة التجارة الدولية دون المساس بحق الأطراف المعنية الطعن ضد تلك الأحكام وفقا للشروط والإجراءات والمواعيد المحددة وفقا للقواعد العامة أو حددها اتفاق التحكيم، من ذلك ما نصت عليه المادة1488من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمواد55-58من قانون التحكيم المصري، والمادتين1055و1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بإخضاع الأحكام العامة للطعن ضد أحكام التحكيم لذات أسباب عدم الاعتراف أو

[1] المادة1476من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة55من قانون التحكيم المصري، والمادة1031من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2] محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.ص.348.

[3] المادة1485من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادتين49و50من قانون التحكيم المصري، والمادة1030من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الدولة محل مكان التنفيذ[1]، أضف إلى ذلك يقع على طرفي اتفاق التحكيم في حالة الفصل نهائيا في المسألة بالتحكيم الاتفاق إراديا على عدم اللجوء إلى القضاء حتى وإن كان ذلك جائز قانونا بعد صدور الحكم النهائي احتراما لمبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم دون القضاء لتسوية المسألة محل النزاع واتجاه إراداتهما إلى الالتزام بأحكام التحكيم الصادرة في مواجهة طرفي اتفاق التحكيم وتنفيذها[2].

وتخضع مسألة تنفيذ أحكام التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لنفس إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا للتشريعات الوطنية والقواعد الدولية لاسيما بروتوكول جنيف الصادر في24سبتمبر1923كأول بروتوكول تناول التحكيم في24سبتمبر1923الذي صادقت عليه 53دولة في عصبة الأمم المتحدة[3]، والتأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية مع التزام الدول الأعضاء بتنفيذ أحكام التحكيم[4]، واتفاق جنيف الصادر في26سبتمبر1927بشأن تنفيذ أحكام التحكيم ذات الطابع الدولي، واتفاقية نيويورك لعام1958بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[5]، والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في 21أفريل1961التي عملت على توحيد قواعد التحكيم الدولي بالمنطقة الأوروبية لحل النزاعات التي تثيرها علاقات التجارة الدولية بين الأطراف الأوروبية أو تتركز نشاطاتهم ضمن نطاق أو إقليم الدول الأعضاء بالاتفاقية، مع أن المادة التاسعة قد حددت أسباب رفض الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أو تنفيذها[1]، وهو أمر أكدته المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام1958بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بشأن أسباب بطلان أحكام التحكيم الناشئة عن العلاقات ما بين الدول المتعاقدة أو المشتركة[2]، وتبنته اتفاقية الرياض

---

[1]المادة1488من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمواد55-58من قانون التحكيم المصري، والمادتين1055و1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]محمد فوزي سامي، المرجع السابق، ص.ص.345.

[3]بروتوكول جنيف الصادر في 24سبتمبر1923أول بروتوكول تناول التحكيم في24سبتمبر1923.

[4]إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.ص. 253.

[5]اتفاقية نيويورك لعام1958 بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

[1]المادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في21أفريل1961.

[2]المادة9من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في21أفريل1961.

العربية للتعاون الدولي الصادرة بتاريخ06أبريل1983بشأن التعاون القضائي التي حلت محل اتفاقية الأحكام الصادرة بتاريخ14سبتمبر1952المنظمة من قبل جامعة الدول العربية، التي أكدت على الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها من قبل الدول الأعضاء مع مراعاة القواعد القانونية الخاصة بكل طرف متعاقد صادر في مواجهته حكم التحكيم محل التنفيذ، والأخذ في الاعتبار مدى جواز اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات أو عدم صحة اتفاق التحكيم أو اختيار المحكمين، أو خلل في إجراءات وسير الخصومة التحكيمية، أو كانت الأحكام الصادرة مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية أو النظام العام لأحد الأطراف المتعاقدة محل التنفيذ[1].

ذلك بأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا لاتفاقية نيويورك لعام1958مرتبط بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية مع التأكيد على مبدأ المعاملة بالمثل عند تطبيق الاتفاقية بخصوص الاعتراف بالقرارات الصادرة في إقليم دولة متعاقدة أخرى أو تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية على النزاعات ذات الطابع التجاري[2]، وإخضاع مسألة الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لنفس القواعد القانونية الداخلية والحيلولة دون فرض الدول الأعضاء أحكاما خاصة للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[3]، ذلك بأن تقديم طلب الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أو تنفيذها يوجب على المعني إيداع نسخة أصلية أو معتمدة من حكم التحكيم محل الاعتراف أو التنفيذ مرفقا بأصل اتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه، وتقديم الترجمة الرسمية أو المعتمدة لحكم التحكيم الصادر بلغة غير لغة الدولة محل تنفيذ حكم التحكيم[1].

وفي المقابل نظمت التشريعات محل المقارنة الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبعا لذلك لا يكون قرار التحكيم قابلا للتنفيذ وفقا لنص المادة1487من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلا بأمر تنفيذي صادر عن المحكمة التي صدر في نطاقها الإجراء المتعلق بطلب التنفيذ[2]، أو من قبل

---

[1] المادة37من اتفاقية الرياض العربية للتعاون الدولي الصادرة في06أبريل1983بشأن التعاون القضائي، منشورة في موقع: https://lawyeregypt.net تاريخ التصفح2021/12/19على الساعة13.15.

[2] المادة1من اتفاقية نيويورك المبرمة في10جوان1958بخصوص الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

[3] المادة3من اتفاقية نيويورك المبرمة في10جوان1958بخصوص الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

[1] المادة4من اتفاقية نيويورك المبرمة في 10جوان1958بخصوص الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

[2] المادة1487من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

محكمة الاستئناف بباريس بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج[1]، وهي نفس الأحكام التي أكد عليها قانون التحكيم المصري بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الحائزة لحجية الأمر المقضي به، حيث تختص المحكمة المختصة بنظر النزاع إصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي[2]، ورئيس محكمة استئناف القاهرة أو محكمة مصرية أخرى بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي[3]، وذلك بعد انقضاء آجال تسعين يوما من تاريخ صدور حكم التحكيم التي تعد آجالا للطعن وفقا لنص المادة58من قانون التحكيم المصري[4]، وعدم تعارض تلك الأحكام مع أحكام القضاء المصري أو مع النظام العام[5]، وفي التشريع الجزائري تكون أحكام التحكيم قابلة للتنفيذ بأمر رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها حكم التحكيم أو محل التنفيذ، مع إيداع أصل الحكم لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة للطرف الذي يهمه النفاذ المعجل، وهو أمر ينطبق على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي والتجاري الدولي على حد سواء تطبيقا لنص المواد1035إلى1038والمادة1054من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[6].

ثانيا: الطعن ضد أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد كان المشرع الفرنسي واضحا من مسألة الطعن ضد أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها الأحكام الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بين أحكام التحكيم الصادر بفرنسا أو خارجها؛ فالأولى تقبل الطعن بالاستئناف ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك دون أن تقبل الثانية الطعن باستثناء ما تعلق بالطعن ضد أوامر رفض الاعتراف بقرارات أو أحكام التحكيم الأجنبية أو تنفيذها وفقا لنص المادتين1481و1520من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1]، وهو أمر تبنته محكمة

---

[1] المادتين1516و1517من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2] المادتين55و56من قانون التحكيم المصري.

[3] المادة56من قانون التحكيم المصري.

[4] المادتين54و58من قانون التحكيم المصري.

[5] المادة58من قانون التحكيم المصري.

[6] المواد1035إلى1038والمادة1054من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1] المادتين1481و1520من قانون المرافعات الفرنسي الساري المفعول.

النقض الفرنسية بشأن الطعن ضد أحكام التحكيم الدولي المستندة على قواعد العدالة الدولية وليس النظام القانوني الداخلي[1]، وفي المقابل أكد قانون التحكيم المصري على عدم قبول الطعن ضد أحكام التحكيم المختلفة دون التمييز بينها وفقا لنص المادة52من قانون التحكيم المصري مع إمكانية الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية متى توافرت أحد أسباب البطلان وفقا لنص المادة53من قانون التحكيم[2]، باستثناء الطعن في الأمر برفض الاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم في أجل ثلاثين يوما من تاريخ صدوره[3]، وهو أمر استقر عليه الفقه المصري[4].

أما في التشريع الجزائري لا تقبل أحكام التحكيم الطعن بالمعارضة مع إمكانية اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام الجهة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم[5]، كما يمكن استئناف أحكام التحكيم في أجل شهر من تاريخ صدورها أمام المجلس القضائي الذي صدرت في دائرة اختصاصه تلك الأحكام[1]، أضف إلى ذلك يجوز الطعن بالنقض ضد القرارات الاستئنافية فقط [2]؛ ومن ناحية ثانية يكون محلا للاستئناف أمام المجلس القضائي أوامر رفض تنفيذ أحكام التحكيم في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض[3]، أو شهرا من تاريخ صدور الأمر برفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو تنفيذه وفقا لنص المادتين1055و1057من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم[4]، كما يمكن

---

[1] Cass.civ,I, 8-7-2015, n° 13-25,846, FSBRI, Soc. Ryanair et A.C – Syndicat mixte des aéroports de Charente, A.J.D.A, 2015, 1396, D,2015, p1547 ;

أورده: مدى تدخل القضاء الرسمي في إطار الأحكام الصادرة بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد4، س7، ديسمبر2019، ص265.

[2]المادتين52و53من قانون التحكيم المصري .

[3]المادة58من قانون التحكيم المصري.

[4] رامي علي أحمد الدرادكة، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في منازعات العقود الإدارية وفقا لقانون التحكيم الأردني رقم31لسنة2001(دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد46، العدد1، 2019، ص.663.

[5]المادة1032من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]المادة1033من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]المادة1034من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3]المادتين1035و1055من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4] المادتين1055و1057من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الطعن ببطلان أحكام التحكيم لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة1056بخصوص الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف بأحكام التحكيم أو تنفيذها، على أن لا يقبل الطعن بالبطلان بعد استنفاذ أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر بتنفيذ حكم التحكيم[1]، مع أن تنفيذ أحكام التحكيم يوقف تقديم الطعون وآجال تقديمها[2]، أضف إلى ذلك تكون القرارات الفاصلة في الطعون المقدمة ضد أوامر الاعتراف بأحكام التحكيم أو تنفيذها، الطعن بالبطلان ضدها قابلة للطعن بالنقض بناء على نص المادة1061من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[3]، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها بالطعن رقم543309 بتاريخ18مارس2010بنقض وإبطال القرار بعدم قبول الاستئناف الخاص بالاعتراف أو التنفيذ للقرار التحكيمي باعتبار أن قضاء المجلس القضائي ببانتة في2ديسمبر2007قد خالفوا نص المادتين458مكرر23و458مكرر24من قانون الإجراءات المدنية الملغى اللتين حلت محلهما المادتين1055و1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[4]، وقرار مجلس الدولة ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في النزاع بين ولاية سوق أهراس وشركة نيكاكس المجرية لتجارة منتوجات الصناعات الثقيلة بسبب الإخلال بالإجراءات الجوهرية(إعلام طرفي اتفاق التحكيم)[1]

ومن التطبيقات المتعلقة بمسائل التحكيم في منازعات عقود الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ16اكتوبر2018رد الطعن بالبطلان ضد حكم تحكيم دولي للنزاع القائم بين شركة Cerner Middle Eastو مؤسسة I-S/E Capital الصادر في باريس بتاريخ16يوليو2015 بسبب عدم اختصاص محكمة

[1]المادة1059من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[2]المادة1060من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[3]المادة1061من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4]قرار المحكمة العليا في الطعن بالنقض رقم543309بتاريخ18مارس2010، مجلة التحكيم العالمية، العدد45و46، بيروت، 2020، ص.192.

[1]قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، القسم الثالث، رقم الملف118846، فهرس00980/17 بتاريخ07ديسمبر2017في دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع بين ولاية سوق أهراس وشركة نيكاكس المجرية لتجارة منتوجات الصناعات الثقيلة .

التحكيم، وعدم احترام مبدأ الوجاهية وكذا مخالفة النظام العام الدولي[1]، ومن ذلك أيضا قرار محكمة استئناف القاهرة في دعوى البطلان رقم64بتاريخ10مايو2018ضد حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس والاستناد على إخضاع مشارطة التحكيم لأحكام القانون المصري وكذا دعوى بطلان حكم التحكيم، وقضت المحكمة رفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم والتأكيد على اختصاصها بذلك[2].

المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء

إلى جانب وسائل التسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تعد التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أهم الضمانات المقررة قانونا للأطراف المتعاقدة تمنح لهم الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقهم أو مراكزهم التعاقدية مع الخضوع لنظام قانوني وإجرائي متعدد للتقاضي أمام جهات القضاء، ولما كانت المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية المختلفة أو تنفيذها منازعات إدارية وفقا للمعيار العضوي، فإنها تدخل كقاعدة عامة ضمن ولاية واختصاص القضاء الإداري، سواء ما تعلق بدعاوى قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل، وللقاضي الإداري لاسيما القضاء الكامل دور هام في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تتسع سلطاته بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري غير المشروعة، كما يحوز سلطات واسعة في دعاوى التعويض أو بطلان أو فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فضلا على سلطاته في إعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد متى توافرت شروط ذلك، ولبيان الإجراءات التنازعية القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم التطرق أولا إلى التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الأول)،

---

[1] قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ16اكتوبر2018رد الطعن بالبطلان ضد حكم تحكيم دولي للنزاع القائم بين شركة Cerner Middle East ومؤسسة S/E Capital I– الصادر في باريس بتاريخ16يوليو2015، أشارت إليه: مجلة التحكيم العالمية، المرجع السابق، ص.629.

[2] قرار محكمة استئناف القاهرة دائرة62تجاري في دعوى البطلان رقم64ضد حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس، سنة132 قضائية بتاريخ10مايو2018، أشارت إليه: مجلة التحكيم العالمية، المرجع السابق، ص.473.

ثم بيان اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض لإعادة التوازن المالي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لتحديد الأحكام العامة للتسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، سيتم بيان أولا الأسس العامة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الأول)، ثم تحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس العامة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

من أجل بيان الأسس العامة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سيتم بيان مدى اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، وولاية القضاء الكامل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: مدى اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر نطاق اختصاص قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية المختلفة محدودا بخلاف نطاق القضاء الكامل الذي تتسع فيه سلطات قاضي العقد صاحب الولاية للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية، وذلك راجع لعدة عوامل كون دعاوى الإلغاء كقاعدة عامة لا توجه ضد العقود الإدارية وإنما توجه ضد القرارات الإدارية لأحد عيوب عدم المشروعية بما يجعلها دعوى موضوعية، هذا فضلا على تبني القضاء الإداري الفرنسي لقاعدة الطعن الموازي[1]، واختلف الفقهاء حول مدى إمكانية الطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبار أن تلك القرارات تعتبر جزءا من العملية العقدية بما لا يسيغ إمكانية الطعن فيها بالإلغاء بشكل مستقل

[1] أكرم الديجور، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، العدد23، 2018 ص.48.

عن العقد ذاته التي تتدرج ضمن اختصاص قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وتأثر به القضاء الإداري المصري بشأن العقود التي تبرمها الإدارة العامة من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ22أبريل1964في قضيةCastelloبرفض الطعن بإلغاء قرارات تعديل العقد[1]، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها بـ 24مارس1957برفض الطعن بالإلغاء ضد قرارات تعديل العقد[2]، ومن ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بـ 6نوفمبر1970في قضية Société Anonyme touristique et hôtelière de la Vallée du Lautaretرفض الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها[3]، وهو ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في 28ديسمبر1963[4].

غير أنه يرد على مبدأ عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية المختلفة استثناءات خاصة ببعض القرارات الإدارية، وهو ما يمنح للمتعاقد والغير إمكانية الطعن بالإلغاء ضد تلك القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة أثناء تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكقاعدة عامة لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد محل التعاقد طالما أنه يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد(القضاء الكامل)للمطالبة بحقوقه الثابتة في العقد المبرم أو طلب إبطال بعض التصرفات أو العقد ذاته أو فسخ أو التعويض عن الأضرار التي لحقته متى توافرت شروط ذلك، مع أنه يجوز للمتعاقد وفق ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة باعتبارها سلطة عامة وليس كإدارة متعاقدة غير مستندة في ذلك على العقد المبرم[1]، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها

---

[1]قراره مجلس الدولة الفرنسي بـ 22أبريل1964 في قضيةCastello؛ أشار إليه: محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، المرجع السابق، ص.58.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في بـ 24مارس1957في الطعن رقم357لسنة11 ق؛ أشار إليه: محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، المرجع نفسه، ص.58.

[3]قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ6نوفمبر1970في قضية Société Anonyme touristique et hôtelière de la Vallée du Lautaret؛

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ28ديسمبر1963في الطعن رقم109، السنة8ق.

[1]André de Laubadere .Franc Moderne et Pierre Devolve, traite des contrats administratifs, tome2, ed2, pris,1984,p.209.

رقم2795 في20يناير2004باختصاص قاضي العقد بمنازعات القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للعقد الداخلة في منطقة العقد باعتبارها منازعات حقوقية تستند على العقد[1].

كما يجوز وفق ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي لغير المتعاقدين الطعن بالإلغاء ضد بعض القرارات الإدارية الخاصة بتنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص متى ترتب على تلك القرارات إضرار بمصالحهم[2]، من ذلك قرار قضى به مجلس الدولة في قضية Société Anonyme delivraisoms indistrielles et commerciales بتاريخ1961/04/24[3]، وهو أمر تأثر به كل من القضاء الإداري المصري والجزائري، وتبعا لذلك يجوز لغير المتعاقدين في مجال تنفيذ العقود الإدارية المختلفة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة استنادا على القوانين أو التنظيمات وليس بصفتها كمتعاقدة استنادا على العقد، أو ما تعلق بجواز الغير المنتفعين من خدمات المرافق العامة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المتعلقة بالتنفيذ المستقلة عن عقود امتياز المرافق العامة المخالفة للشروط التنظيمية المنصوص عليها في العقد أو القانون، على أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة استنادا للشروط التعاقدية التي تكون محلا للطعن أمام القضاء الكامل(قاضي العقد)[4]، وهو ما تبناه القضاء الإداري المصري وسار على نهجه القضاء الإداري الجزائري، وما تجب الإشارة إليه أن دعاوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة بما في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تخضع لنفس الأحكام سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، وينصب دور قاضي الإلغاء بفحص مدى مشروعية تلك القرارات دون أن تمتد سلطته إلى إلغاء العقد الإداري باعتبار أن ذلك يندرج ضمن نطاق اختصاص قاضي العقد(القضاء الكامل)كما قلنا سابقا.

ثانيا: ولاية القضاء الكامل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعرف دعاوى القضاء الكامل بأنها الدعاوى الإدارية التي يطالب فيها صاحب الصفة والمصلحة أمام قاضي العقد الاعتراف بوجود حق شخصي مكتسب وثابت تم الاعتداء أو

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم2795 في20يناير2004؛

[2] محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة المنارة، المجلد7، العدد3، 2001، ص.38.

[3] قرار قضى به مجلس الدولة في قضية Société de livraisoms industrielles et commerciales Anonymeبتاريخ1961/04/24؛

[4] قرار مجلس الدولة الفرنسي في3أفريل1981 بقضيةLegrand؛

المساس به جراء ما صدر من الإدارة من أعمال أو إجراءات مشروعة أو غير مشروعة تؤثر على ذلك الحق ويلحق بالطاعن أضرار يتوجب جبرها أو إصلاحها، سواء بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو دفع مبالغ مالية، أو الالتزام بالتعويض عن الأضرار، وتخضع دعوى القضاء الكامل لنفس شروط قبول رفع الدعاوى الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ- الجهة القضائية المختصة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: تدخل منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كقاعدة عامة ضمن اختصاص القضاء الكامل(قاضي العقد)، واستثناء يمكن اللجوء إلى قضاء الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري الصادرة في مرحلة التنفيذ، ذلك بأن المعيار المعتمد في تحديد الاختصاص النوعي للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية كما قلنا سابقا هو المعيار العضوي الذي تبناه المشرع في القوانين محل المقارنة، من ذلك ما نصت عليه المادتين L211-1 و L311-2من قانون القضاء الإداري الفرنسي باختصاص جهات القضاء الإداري للنظر والفصل في بما فيها منازعات العقود الإدارية المختلفة[1]، والمادة10من قانون مجلس الدولة المصري لعام1972التي نصت صراحة على ولاية محاكم مجلس الدولة للفصل في جميع المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية[2]، والمادتين800و801من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بأن يعود اختصاص النظر والفصل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى جهات القضاء الإداري المختصة(المحاكم الإدارية، المحاكم الإدارية الاستئنافية، مجلس الدولة)، مع مراعاة قواعد الاختصاص الإقليمي كنص المادة804باختصاص الجهة القضائية لدائرة اختصاص مكان إبرام أو تنفيذ العقد المعدل والمتمم[1].

ب- شروط قبول الدعوى الإدارية في نطاق القضاء الكامل الخاصة بمنازعات التنفيذ: تحكم دعوى القضاء الكامل نفس الشروط التي تخضع لها الدعاوى الإدارية مع بعض الاختلافات، ويشترط توافر الصفة والمصلحة في رافع الدعوى نتيجة المساس بحق شخصي أو مكتسب تم

[1] المادتين L211-1 و L311-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

[2] المادة10من قانون مجلس الدولة المصري لعام1972.

[1] المواد800و801و804من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الاعتداء عليه وترتبت عليه أضرار سواء بسبب تصرفات الإدارة أو أسباب مستقلة عن إرادة طرفي العقد الإداري بخلاف شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء التي تقتضي توافر الصفة والمصلحة بغض النظر أنها ترتبط بالاعتداء على مركز أو حق شخصي للطاعن، كما لا يسوغ للغير غير المتعاقد في مجال العقود الإدارية الطعن أمام القضاء الكامل مثلما هو الأمر في دعوى الإلغاء للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية منفصلة أو الطعن بعدم مشروعية العقد مع ما يرد على ذلك من استثناءات[1].

ولما كانت دعوى القضاء الكامل في مرحلة تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص منازعة حقوقية مرتبطة بالالتزامات التعاقدية للأطراف المتعاقدة، يتحدد نطاق اختصاص القاضي الإداري بالمنازعات التي تثيرها الطبيعة الذاتية للمنازعة المرتبطة ببنود العقود الإدارية سواء ما تعلق مثلا بتنفيذ العقد الإداري أو انقضائه، ويدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل في مرحلة التنفيذ منازعات بطلان العقود الإدارية أو فسخها، دعاوى الحصول على مبالغ مالية، دعاوى إبطال تصرفات الإدارة المتعاقدة، دعاوى التعويض المختلفة، ولا تخضع دعاوى القضاء الكامل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لآجال محددة أو ينطبق عليها أجل رفع دعوى الإلغاء ما لم يرد نص قانوني يحدد ذلك، مع أن حق مباشرتها يتقادم بتقادم الحق المدعى به[1]، ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأن دعاوى القضاء الكامل غير مقترنة بميعاد محدد ويسوغ لصاحب الحق رفعها طالما كان الحق محل الدعوى قائما وموجودا ولم يتقادم[2]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بالطعن رقم3267بـ17يناير2009بأن المنازعات الحقوقية التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل لجهات القضاء الإداري لا تتقيد بالمواعيد المقررة لدعوى الإلغاء[3]،

---

[1]المادة31من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة3من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة12فقرة1من قانون مجلس الدولة المصري، المادة13والمادتين63و64من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[1]رمزي هيلات، منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء، مجلة القانونية(هيئة التشريع والإفتاء القانوني بالبحرين، العدد3، يناير2015، ص.362.

[2]حسين آث ملويا لحسين بن الشيخ، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.41.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بالطعن رقم3267بتاريخ 17يناير2009؛ أورده: زانا رؤوف حه كريم.اواز خالد محمد رشيد، اختصاص القضاء الكامل لتسوية منازعات العقود الإدارية(دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد7، العدد1، 2021 ص.51.

ومن ذلك ما أكدته المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا)في قرارها بتاريخ13يناير 1991في النزاع بين الفريق(ك)ومن معهم والمستشفى الجامعي بسطيف الذي جاء فيه "حيث أن ما مشى عليه اجتهاد المحكمة العليا في مجال قضايا التعويض أن هذه القضايا غير مقيدة بأجل محدد ما دامت الدعوى لم تتقادم بعد"[1].

غير أنه في نطاق القضاء الكامل يختلف أجل الدعوى الإدارية بحسب طبيعتها وموضوعها، حيث يحدد أجل رفع دعاوى التعويض ضد القرارات الإدارية بشهرينوفقا للمادة423من قانون القضاء الإداري الفرنسي[2]، وستون يوما وفقا للمادة24من القانون رقم47لسنة المتضمن قانون مجلس الدولة المصري لعام1972التي تكون نافذة من تاريخ نشر القرار الإداري التنظيمي أو من تاريخ التبليغ للقرار الإداري الفردي[3]، وأربعة أشهر من تاريخ النشر أو التبليغ وفقا للمادة829من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم[4]، أما إذا ارتبطت هذه الدعوى بعمل مادي فلا يوجد أجل محدد لرفع دعوى التعويض ما لم يتقادم الحق موضوع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الضرر[1]، كما لا يشترط لقبول دعوى القضاء الكامل إجراء التظلم الإداري لتسوية النزاع وديا قبل اللجوء للقضاء باعتبار أنه حتى بالنسبة للطعن أمام قضاء الإلغاء أصبح جوازيا ما لم يوجد نص يوجب ذلك[2]، وهو ما نصت عليه المادة27من قانون مجلس الدولة المصري لعام1972[3]، والماديتن830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم لأن الأمر مقتصر على دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة[4].

---

[1]قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) في13يناير 1991في النزاع بين فريق ك ومن معهم والمستشفى الجامعي بسطيف، المجلة القضائية، العدد2، 1996، ص.127.

[2]المادة421أو423من قانون القضاء الإداري الفرنسي وفقا للتعديل بالمرسوم رقم2019-82 بتاريخ24أفريل2019.

[3]المادة24من القانون رقم47لسنة المتضمن قانون مجلس الدولة لعام1972.

[4]المادة829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

[1]ميمونة سعاد، المرجع السابق، ص.165.

[2]البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص.238.

[3]المادة27من قانون مجلس الدولة المصري لعام1972.

[4]الماديتن830و907من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لما كان القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، يتحدد مجال اختصاص القضاء الإداري بدعاوى بطلان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا)، وكذا اختصاصه في دعاوى التعويض وفسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ثانيا).

أولا: اختصاص القضاء الإداري في دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتحدد اختصاص القضاء الإداري في دعاوى بطلان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالنظر في دعوى الغير ببطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، وكذا اختصاصه للنظر في دعوى إبطال تصرفات الإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ب)، ويضاف إلى ذلك اختصاص القضاء الإداري في دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ج).

أ-دعوى الغير ببطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يعتبر القضاء الكامل صاحب ولاية النظر والفصل في دعاوى بطلان العقود الإدارية المختلفة لوجود عيب في أحد أركان العقد الإداري المبرم أو شروط صحته، ويعود اختصاص البت في دعاوى البطلان المقدمة من غير المتعاقدين المؤسسة على عدم صحة أو مشروعية العقد المبرم إلى قاضي العقد دون قاضي الإلغاء الذي يقتصر دوره فقط على الحكم بمدى مشروعية الإجراءات والقرارات الخاصة بتنفيذ العقد الإداري، وأن غير المتعاقد يعد أجنبيا عن العقد المبرم لا يمكنه الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة أثناء التنفيذ إلا عن طريق دعوى البطلان التي تؤسس على عدم تقيد الإدارة المتعاقدة بالأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بعمليات إبرام العقود وانعقادها ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين

القطاعين العام والخاص، وهو ما يجعل البطلان كأثر لعدم التقيد والالتزام بتلك القواعد وفي نفس الوقت يعتبر جزاء يؤدي إلى بطلان العقد موضوع الدعوى[1].

ويحوز قاضي العقد(قاضي التعويض)في دعوى بطلان تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تأسيسا على وجود عيب في التكوين أو أحد الأركان أو شروط صحتها، سلطة الحكم ببطلان العقد موضوع الطعن بالبطلان أو إبطال بعض الشروط أو التصرفات لإخلالها بالبنود المتفق عليها أثناء التعاقد، هذا فضلا على سلطته في فسخ العقد متى اقتضت مصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما ذلك، كما يمكنه إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض عن ما لحق المتضررين من الأضرار الناجمة عن تنفيذ العقد المبرم[2].

ب- دعوى إبطال تصرفات الإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يعتبر القضاء الكامل صاحب الاختصاص للنظر والفصل في المنازعات التي يكون محلها إبطال تصرفات الإدارة لإخلالها بالتزاماتها العقدية الواردة في العقد الأصلي، وهو ما يعد ضمانة حقيقية لحماية مركز وحقوق المتعاقدين مع الأشخاص العامة ومواجهة تصرفاتها غير المشروعة المتعارضة مع المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم عمليات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو عدم تقيد الإدارة بشروط التعاقد الواردة في العقد المبرم مثلما هو الأمر بالنسبة لقرارات المصادرة أو الإنهاء الانفرادي للعقد أو توقيع جزاءات مالية في مرحلة تنفيذ العقد[1]، وتحدد سلطة قاضي التعويض في هذه الدعوى إبطال أعمال أو تصرفات الإدارة غير المشروعة الصادرة بالمخالفة مع التزاماتها التعاقدية المرتبطة أساسا بالطابع الحقوقي للعقد المبرم، دون أن تمتد سلطته إلى البحث في مدى مشروعية العقد الأصلي أو استمرارية تنفيذه، حيث اتجهت المحكمة الإدارية المصرية بانعقاد الاختصاص للقضاء الكامل في المنازعات التي تثيرها القرارات الصادرة تنفيذا لعقد إداري معين كقرارات توقيع جزاءات عقدية أو فسخ العقد أو إنهائه لارتباطها بنطاق العقد وتتولد

[1] بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، دور القضاء الإداري في منازعات عقود الأشغال العامة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد17، ديسمبر2020، ليبيا، ص.79.

[2] بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، دور القضاء الإداري في منازعات عقود الأشغال العامة، المرجع نفسه، ص.79.

[1] زانا رؤوف حه كريم.اواز خالد محمد رشيد، اختصاص القضاء الكامل لتسوية منازعات العقود الإدارية، مجلة جامعة التنمية البشرية، كلية القانون والسياسة، العراق، المجلد7، العدد1، 2021، ص.ص.48.

عنه[1]، وتبعا لذلك إذا كان استناد حكم الإلغاء على بنود العقد وتنفيذا له نكون أمام منازعة حقوقية يختص بها القضاء الكامل، خلافا لحكم الإلغاء الصادر في دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية التي يستند فيها قاضي الإلغاء على القانون لإلغاء قرار إداري غير مشروع دون امتداد سلطاته إلى موضوع العقد أو إلغائه[2].

ج- دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص: تدخل دعاوى بطلان العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن ولاية القضاء الكامل(قاضي العقد)باعتبارها عقودا إدارية يرتبط موضوعها بإدارة وتسيير أو انجاز وتمويل مشروع عام، أو تسيير مرفق عام أو تقديم خدمة عامة[3]، غير أنه يتوجب التفرقة بين حالات إبطال بعض تصرفات الإدارة غير المشروعة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وحالات البطلان بقوة القانون التي يكون سببها عيب في الرضا أو المحل أو السبب أو فقدان الأهلية القانونية للتعاقد، أو حدوث ظرف استثنائي، أو نتيجة الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد المبرم لحماية حقوق المتعاقد[4]، ويترتب على دعاوى البطلان التي تثيرها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عدة آثار رجعية لتاريخ الإبرام، فحكم البطلان المطلق يجعل من العقد عديم الأثر بشكل يؤدي إلى تحرر الأطراف من تنفيذ التزاماتها التعاقدية الواردة في العقد الذي تم إبطاله متى توافر شروط ذلك حماية للمصلحة العامة والمال العام[1]، أما بالنسبة لحكم البطلان النسبي للعقد الذي يمنح القاضي بموجبه تعويضا لمن صدر لصالحه حكم البطلان وعلى الجوانب التي تم إبطالها دون الأخرى التي تبقى قائمة ومرتبة لآثارها، وفي حالة صدور حكم البطلان في مواجهة المتعاقد مع الإدارة لتخلف أهلية التعاقد فالحكم ترد آثاره فقط على ما انتفع به[2].

ويعد عدم تمكين الإدارة المتعاقد معها من البدء بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو تعطيل ذلك طيلة مدة انجاز محل التعاقد إخلالا منها بالتزاماتها اتجاه المتعاقد بما يمنح له حق اللجوء

---

[1]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لعام1956؛ أورده، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.191.

[2]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لعام1957؛ أورده، سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.191.

[3]BRISSON Jean François, le fondements juridique de droit des marche publics, Impremiere national, France, 2004, p07.

[4]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية،2011، ص.155.

[1]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.340.

[2]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص.ص.340.

للقضاء مع إثبات خطأ أو الإخلال الجسيم من الإدارة كأساس لدعوى التعويض أو فسخ العقد[1]، ويعد عدم تسليم موقع التنفيذ أو البيانات أو التراخيص الضرورية للبدء في التنفيذ واستمرارها في ذلك خطأ تعاقديا جسيما من شأنه تعطيل التنفيذ أو تأخره بشكل يبرر للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد فضلا عن المطالبة بالتعويض عن عدم التزام الإدارة ببنود العقد المتفق عليها أثناء التعاقد[2]، ويقدر القاضي الإداري أثر عدم تسليم موقع التنفيذ أو البيانات والمعلومات الضرورية للتنفيذ استنادا إلى موضوع الدعوى ومدة التنفيذ المتفق عليها للتسليم وقوة المبررات المقدمة من الإدارة كتوافر صعوبات مادية أو قانونية كأساس للتأخير[3].

كما يشكل عدم التزام الإدارة الوفاء بتسليم التسبيقات المالية إذا تم الاتفاق عليها أثناء التعاقد، أو عدم تقديم التراخيص الضرورية للبدء في تنفيذ الالتزامات التعاقدية كرخص التعمير والبناء الضرورية لإنجاز وتشييد المشروع المشترك، أو تراخيص الاستيراد لاقتناء أو توريد منقولات ضرورية لإنجاز منشآت وعتاد لإنجاز المشروع أو تشغيله، وهو أمر يحتاج إلى جدية في المعالجة ومساعدة الإدارة لتسهيل الإجراءات وتخفيف الأعباء الخاصة بالتراخيص أو الحصول عليها لتمكين المتعاقدين من البدء في تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها، على أن عدم التزامها بذلك يرتب مسؤولية تعاقدية من قبلها أو على الأقل الموافقة على تمديد مدة إنجاز المشروع المشترك بالشراكة مع الشريك الخاص[1].

ثانيا:اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض وفسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتحدد اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض وفسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالنظر في دعوى المطالبة بمبالغ مالية ناجمة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أ)، وكذا اختصاصه للنظر في دعاوى التعويض في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ب)، واختصاصه للنظر والفصل

---

[1]عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.200 .

[2]المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم4631 بجلسة2000/01/27؛ أورده: عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص96 .

[3]الطعن الإداري رقم27/13ق بتاريخ18مايو 1983، مجلة المحكمة العليا، س20، العدد3، ص.40.

[1]حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص.264.

في دعاوى فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(ج)، ويضاف إلى ذلك اختصاص القضاء الإداري في نطاق المنازعات الناشئة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية(د).

أ- اختصاص القضاء الإداري في دعوى المطالبة بمبالغ مالية ناجمة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: يستطيع المتعاقد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المطالبة بحقوقه المالية المستحقة لدى الإدارة بعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، سواء ما تعلق باستحقاق المقابل المالي عن تنفيذ الالتزامات أو التأخر في تسديده باعتباره دينا عاما لدى الإدارة المتعاقدة[1]، حيث أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ29نوفمبر1994بأن اختصاص القضاء الكامل في نطاق تنفيذ العقد الإداري اختصاصا واسعا بما يمنح له سلطة تصفية النزاع نهائيا، وتلزم المحكمة حال بحثها في طلبات الطاعن بحقوقه المالية بضرورة بحث الأمر كذلك بالنسبة للإدارة المدعى عليها بما يمنح قاضي العقد دورا حقيقيا في تصفية النزاع برمته[2]، كما يقع على الإدارة التزاما للوفاء بمقابل الأعمال الجديدة أو التكميلية الناجمة عن التزامات جديدة تم إدراجها على العقد الأصلي، أو التعويض عن الأضرار الناشئة بسبب أخطائها، على أن التأخر في تسديد المقابل المالي بعد تنفيذ العقد وتصفيته يمنح للمتعاقد المطالبة بفوائد التأخير في التسديد من قبل الإدارة أو مقابل ما تم انجازه من أعمال إضافية أو تكميلية ضرورية لإنجاز أو تنفيذ محل العقد الأصلي، أو كان نتيجة الحرمان من الفوائد أو الأرباح المحققة بعد التنفيذ، أو الحق في التعويض عن الأضرار التي سببتها الإدارة المتعاقدة[1].

كما يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن خفض حجم الالتزامات أو الأعمال المتفق عليها أثناء التعاقد، أو سحب المشروع المشترك ممن أرسى عليه طلب المنافسة بدون خطأ أو تقصير منه مع إسناده لمتعاقد آخر بغير وجه حق، أو المطالبة بمبالغ الضمانات المالية

[1] خلوفي رشيد، المرجع السابق ص.184.

[2] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام2016، الكتاب الأول، المفاهيم العامة، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص614

[1] القصري محمد، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المعيار، يونيو2008، المغرب، العدد39، ص.32.

المتعهد بها أثناء الإبرام بتحريرها ورفع يد الإدارة عليها التي تعد حقا للمتعاقد بعد تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وتصفية العقد نهائيا وفقا لبنود العقد أو القانون[1].

ب- اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: تعود الولاية العامة للنظر والفصل في منازعات التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لقاضي العقد، حيث يكون محل دعاوى التعويض المطالبة بالتعويض الجزئي أو الكلي عن الخسائر أو الأضرار الحاصلة أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها، وهو أمر يجعل الحق في التعويض من أهم الضمانات المقررة قانونا للمتعاقدين مع الإدارة تهدف إلى الموازنة بين مقتضيات المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتعاقد وضمان حقوقه التعاقدية[2]، ويؤسس التعويض الكلي على أساس إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية بما يلحق أضرار غير مألوفة بمصالح المتعاقد أو التأثير على عمليات تنفيذ الالتزامات التعاقدية، من ذلك اتجاه الإدارة إلى عدم تمكين المتعاقد من البيانات أو المعلومات أو الوثائق الإدارية أو الفنية أو المعمارية أو الهندسية أو التقنية للبدء في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد، أو تأخر الإدارة في إصدار القرارات الضرورية للترخيص بالتنفيذ أو عدم إصدارها أو تسليم المشروع، أو إصدار قرار وقف المشروع بعد التعاقد أو عند التنفيذ أو التراجع عنه أو سحب الأعمال من صاحب المشروع المشترك المعلن عنه سابقا بدون خطأ أو تقصير منه، كما قد يكون سبب تأخر التنفيذ راجع لعدم تسوية مسألة العقار محل إنجاز أو تشييد المشروع المشترك، وبتوافر شروط ذلك يمنح قاضي التعويض تعويضا كاملا للمتضرر يغطي ما لحقه من خسائر وما فاته من ربح[1].

ويستفيد المتعاقد من التعويض الكلي عن الأضرار الناشئة عن كل إجراء تتخذه الإدارة يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو الزيادة في الالتزامات التعاقدية تؤثر على حقوق المتعاقد، سواء كان سبب ذلك هو إجراء فردي اتجاه المتعاقد كتعديل الإدارة لحجم الأشغال أو

---

[1] بالجيلالي خالد .بالجيلالي نور الهدى، دور القضاء...، المرجع السابق، ص.82.

[2] علي يونس اسماعيل، مظاهر تدخل قاضي العقد في تنفيذ العقود الإدارية وإنهائها في القانون الفرنسي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020، ص.260.

[1] بالجيلالي خالد، المرجع السابق، ص.85.

الخدمات المتفق عليها بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة، أو يرجع سببه إلى إجراء عام لا يقتصر فقط على العقد المبرم، كصدور نصوص تشريعية ينجم عن تطبيقها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أثناء التنفيذ، على أنه يشترط للحصول على التعويض تأسيسا على نظرية فعل الأمير توافر جملة من الشروط المرتبطة بالطابع الإداري للعقد، وصدور الإجراء الضار عن الإدارة المتعاقدة، والمشروعية والخصوصية وعدم التوقع أثناء التعاقد مع تحقق اختلال التوازن المالي للعقد، حيث يحصل المتعاقد على تعويض كلي عما لحقه من خسارة وما فاته من ربح بما يغطي النفقات الإضافية نتيجة الإجراء المتخذ، وقد يعوض الفوائد التي يسعى المتعاقد إلى تحقيقها من وراء عقد الأشغال العمومية[1].

وفي المقابل قد يتم تعويض المتعاقد جزئيا عن الأضرار التي لحقته أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة القوة القاهرة أو وجود ظروف طارئة غير متوقعة أثناء التعاقد، مستقلة عن إرادة أطراف العقد مرتبطة بالظروف أو الحوادث الاستثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو سياسية، ترتب أضرارا بالمتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري بما يؤدي إلى اختلال توازنه المالي والاقتصادي ويجعل تنفيذه أكثر إرهاقا وخسارة للمتعاقد[2]، وتأسيسا على ذلك يحكم قاضي التعويض للمتضرر بمقدار التعويض عما لحقه من خسارة جراء تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب الظروف الطارئة[1]، كما يستفيد المتعاقد من التعويض بسبب صعوبات مادية استثنائية تطرأ أثناء التنفيذ تؤدي لزيادة النفقات أو التكاليف عن الحدود المعقولة وأكثر إرهاقا للمتعاقد، لأن قواعد العدالة تقتضي تعويض المتضرر متى توافرت شروط ذلك، كما يدخل ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري الرقابة على الديون المستحقة الملقاة على عاتق الإدارة خاصة بعد إنجاز محل التعاقد مثلا في عقد الأشغال العمومية بشكل نهائي[2].

---

[1]بالجيلالي خالد، المرجع السابق، ص.86.

[2]خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص198.

[1]محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص72.

[2]محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص73؛

Lajoys (C), Droit des marchés public, éd Gualino, Paris, 2005, p 206 et s.

ج-اختصاص القضاء الإداري في دعاوى فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

يعتبر الفسخ من طرق إنهاء تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء كان الفسخ انفراديا من قبل الإدارة لتمتعها بسلطات استثنائية وامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقدين متى اقتضت المصلحة العامة أو ضرورات انجاز وتسيير المشروع أو سير المرفق العام ذلك، أو كان نتيجة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو كان الفسخ رضائيا أو بطلب المتعاقد بعد اللجوء للقضاء الإداري، وفي الغالب يتم الفسخ القضائي بطلب الأطراف المتعاقدة عند الإخلال بالتزاماتهم أو بسبب قوة قاهرة أو ظرف استثنائي مستمر، أو جراء استخدام الإدارة لسلطاتها الاستثنائية كسلطتها في تعديل بنود العقد وزيادة أعمال أو أعباء تعاقدية جديدة[1]؛ ففي حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية عند تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجوز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الإداري طلب فسخ العقد كنتيجة لعدم التزام أحد المتعاقدين بتنفيذ بنود العقد المتفق عليها وهو أمر يختص به قاضي العقد(القضاء الكامل)، وسلطته في البحث حول مدى إخلال المتعاقد وتوافر الضرر للحكم بالفسخ والتعويض المترتب عليه[2].

أما إذا كانت أسباب الفسخ خارجة عن إرادة طرفي العقد لوجود قوة قاهرة غير متوقعة الحدوث أثناء التعاقد أو استحالة دفعها أو ردها من قبل المتعاقد بما يؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو وقف تنفيذ العقد، أو يؤدي استمرار التنفيذ إلى إخلال التوازن المالي والاقتصادي للعقد بما يجعل تنفيذه أكثر إرهاقا للمتعاقد، وهو أمر سيتم بيانه عند التطرق إلى نظريات تنفيذ العقود الإدارية في المطلب التالي، مع العلم أنه في نطاق القضاء الإداري يحوز القاضي الإداري في دعاوى الفسخ امتيازا قضائيا يمنحه سلطة الضغط على الأطراف المتعاقدة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك بالمراعاة مع حقوقهم[1]، أضف إلى ذلك يختص القضاء الكامل بدعاوى فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الناشئة عن استخدام

---

[1]عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.236.

[2]عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص.236.

[1]عبد الطيف رزاقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد8، العدد1، 2019، جامعة تمنراست، ص.276.

الإدارة لسلطاتها الاستثنائية أثناء التنفيذ، ومن ذلك سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لبنود العقد الأصلي متى اقتضت المصلحة العامة أو ضرورات سير المشروع أو المرفق العام ذلك، سواء نص عليها العقد الأصلي أم لا، ففي هذه الحالة يكون أمام المتعاقد الالتزام بتنفيذ الأعمال الجديدة أو الإضافية وهنا لا يمكننا الحديث عن دعوى فسخ العقد، أو رفض تنفيذ الالتزامات الجديدة واللجوء إلى القاضي الإداري لطلب فسخ العقد، ويتمتع القاضي الإداري في دعاوى فسخ العقود الإدارية المختلفة بسلطة تقديرية لتقدير التعويض المناسب بحسب درجة وجسامة الأضرار اللاحقة به والتحقق من مدى مساهمة المتعاقد في إحداث الضرر، وتبعا لذلك يحكم القاضي الإداري بفسخ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع يترتب على ذلك من آثار قانونية اتجاه الأطراف المعنية[1].

د- اختصاص القضاء الإداري في نطاق المنازعات الناشئة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية: يترتب على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آثار اتجاه أطرافه، وهو أمر يلزمهما بضرورة التقيد وتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها، ويقع على عاتق المتعاقد مسؤولية تنفيذ الالتزامات المتعهد بها وكذا التوجيهات وأوامر الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد، ويعد امتناع المتعاقد أو تأخره عن التنفيذ أو عدم التزامه بشروط ومعايير التنفيذ المتفق أو المتعارف عليها إخلالا منه بالتزاماته التعاقدية، وهو أمر يستدعي تدخل الإدارة بما لها من سلطات استثنائية وامتيازات تعاقدية في مواجهة المتعاقد معها لإلزامه بالتنفيذ، أو فرض جزاءات جراء الإخلال أو اللجوء إلى سحب المشروع أو تسييره بسبب خطأ المتعاقد، هذا فضلا على حق الإدارة في اللجوء إلى القضاء الإداري لتقرير المسؤولية العقدية بسبب خطأ المتعاقد لإخلاله بالتزاماته التعاقدية المتفق عليها، وعليه يتوجب على المتعاقد التقيد بمبدأ حسن النية في التنفيذ من خلال جديته وحرصه على بدء الأشغال أو الأعمال وسيرورة المشروع ليحقق أغراضه، ومراعاة المستجدات والمتغيرات التي قد تطرأ أثناء التنفيذ ومعالجتها لضمان إنجاز وسير المشروع سواء نص العقد عليها أم لا، وكذا تنفيذ أوامر وتوجيهات الإدارة أثناء التنفيذ، والحرص على تسليم المشروع في المدة المتفق عليها[1].

[1]عبد الطيف رزاقية، المرجع السابق، ص.277

[1]عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، ط1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010، ص.50.

وعليه يمكن القول بأن التزامات المتعاقد في عقد الشراكة محددة في العقد المرتبطة بضرورة الالتزام بالتنفيذ الشخصي لموضوع العقد تجسيدا لمبدأ شخصية تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة، وأن يكون التنفيذ وفقا للشروط المتفق عليها في العقد الأصلي أو الوثائق الملحقة به الذي لا يشوبه أي عيب بشكل يلزم المتعاقد بضرورة الحرص والجدية في التنفيذ تجسيدا لمبدأ حسن النية في التنفيذ، والعمل على احترام المدة القانونية للإنجاز وتسليم المشروع العام وجعله قابلا للتشغيل أو الاستغلال لتحقيق أغراض المصلحة العامة أو السياسة العامة للدولة، وتعود ولاية النظر والفصل في منازعات إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية للقضاء الكامل في الحالات التي تلجأ فيه الإدارة إلى القاضي الإداري للمطالبة بحقوقها أو إلزام المتعاقد بالتنفيذ أو الوفاء بالتزاماته التعاقدية الواردة في العقد استنادا على المسؤولية العقدية[1]، كما تعد إثارة المسؤولية العقدية للمتعاقد ضمانة فعالة لإلزام المتعاقد بالتنفيذ السليم لبنود العقد[2]، من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بشأن قضيةcommune du bésiers IIبأن الأطراف المتعاقدة تملك حق المطالبة بالتعويض عن عدم الالتزام بالتنفيذ فقط والأضرار الناجمة عنها دون أن يمتد ذلك إلى إلغاء إجراء من إجراءات تنفيذ العقد[3]، وأن الغرض من طعن المتعاقد ضد إجراءات التنفيذ هو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من وراء إجراءات التنفيذ التي اتخذتها الإدارة ضده، على أن تنصب سلطة قاضي العقد في حالة عدم التنفيذ على تحديد قيمة التعويض[4].

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض لإعادة التوازن المالي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعتبر ضمان التوازن المالي للعقد الإداري من أهم المسائل التي يختص بها قاضي العقد(القضاء الكامل)في نطاق منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما يمنح له سلطة التدخل لرد الإرهاق إلى الحدود المعقولة وتمكن المتعاقد من ضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو التعويض عن الأضرار المترتبة على اختلال التوازن المالي للعقد

[1]محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص.364.

[2]Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, 8e édition, hyper Cours Dalloz, Paris, 2009, p.501

[3]Conseil d'État, Section, 21/03/2011, 304806, (la commune de Béziers), Publié au recueil Lebon

[4]Gweltaz Éveillard, Les pouvoirs du juge de l'exécution du contrat, Revue Juridique de l'Ouest Année 3,2014 pp. 77-88.

الإداري، ولبيان سلطات القاضي الإداري في دعاوى التعويض لإعادة التوازن المالي للعقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص استنادا على مجموعة من النظريات القضائية المرتبطة بنظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة(الفرع الثاني)، نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية(الفرع الثالث)، الأمر الذي استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر.

الفرع الأول: اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعتبر نظرية فعل الأمير من أهم النظريات القضائية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي تهدف إلى تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، وهو ما يضفي على النظرية أهمية بالغة في القضاء الإداري ومساهمتها في ضمان استمرارية المرفق العام ومعالجة إشكالات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة، وإلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل جوانب معينة وتعويضه عن الأضرار غير المألوفة التي لحقته لأسباب غير متوقعة أثناء التعاقد، ولبيان دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في إطار دعاوى التعويض، يتم التطرق أولا إلى الأحكام العامة للنظرية(أولا)، ثم بيان سلطة القاضي في نطاقها(ثانيا).

أولا: الأحكام العامة لنظرية فعل الأمير في نطاق العقود الإدارية المختلفة

ترتبط نظرية فعل الأمير في المجال الإداري بالمخاطر الإدارية الناشئة عن تصرفات السلطات العامة تؤدي إلى التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تنفيذ العقد الإداري، حيث يقتضي فعل الأمير وجود إجراء إداري مشروع يجعل تنفيذ العقد صعبا أو أكثر إرهاقا على المتعاقد[1]، كما تحمل مفهوم الأعمال المشروعة الصادرة عن السلطات العامة التي تؤثر على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته[2]، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير كأساس لتعويض المتعاقد عن الأعمال المشروعة الصادرة عن السلطات العامة تؤدي إلى زيادة أعبائه التعاقدية ويخل بالتوازن المالي للعقد، وهو ما تبناه القضاء الإداري المصري والجزائري، ولعل من أهم شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ما يلي:

[1] الحبشي مصطفى عبد المحسن، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص.459.

[2] الشلماني حمد محمد، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007، ص.284.

أ- وجود عقد إداري: يتحدد نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير وفق ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمنازعات العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة كسلطة عامة دون أن تمتد إلى نطاق العقود المدنية، ويعد وجود العقد الإداري شرطا إلزاميا للمطالبة بالتعويض وفقا لهذه النظرية[1]، حيث اشترط القضاء الإداري الفرنسي ارتباط الأضرار الموجبة للتعويض بالقرارات أو الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسيليا ورفضها طلب التعويض المقدم من شركة رياضية تأسيسا على نظرية الأمير لأن الإجراء المؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد غير صادر عن الإدارة المتعاقدة[2]، وأكد القضاء الإداري المصري على ضرورة صدور الإجراء أو العمل المؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد من الإدارة المتعاقدة سواء تعلق الإجراء بنطاق تنفيذ العقد الإداري أو خارجه[3].

ويؤخذ على هذا الشرط لافتقاره للأساس القانوني بوجوب صدور الإجراء أو العمل المؤدي إلى الأضرار من الإدارة المتعاقدة ويؤدي للتضييق من هذه النظرية خاصة وأن الواقع العملي أثبت تأثير بعض الأعمال التشريعية أو الإدارية الصادرة عن السلطات العامة غير المتعاقدة على تعاقدات الجهات الإدارية، ومن الضروري التوجه نحو التوسيع من نطاق النظرية لتعويض المتعاقد عن جميع الأعمال والإجراءات الصادرة عن السلطات العامة التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، ورغم حداثة الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية المختلفة تأثر المشرع والفقه والقضاء في الجزائر بما استقر عليه الفقه

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص.178.

[2] CAA de MAESEILLE du23mai2018,6éme chambre, formation à3,17MA03262,inédit au recueil Lebon, www,légifrance.gouv.fr.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1749لسنة37، ق ع بتاريخ16ديسمبر1997؛ أورده: خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، دور مجلس الدولة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد51، اكتوبر2020، ص169؛ وقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية في حكم لها بأن المسؤولية التي تُرتب التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير تقوم في الحالة التي يؤدي فيها التشريع الجديد إلى أضرار تلحق المتضرر المتعاقد مع الإدارة العامة الذي تربطه بها علاقة تعاقدية، بالشكل الذي يؤدي إلى زيادة الأعباء أو التزاماته التعاقدية المتفق عليها في العقد، أو أدى ذلك إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري؛ نصار جابر جاد، المرجع السابق، ص.164؛ وأكدته المحكمة الإدارية بأنه لا محل لبحث ما أثاره الطاعن تأسيسا على نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير باعتبار أن ذلك يفترض تأسيس التعويض على عقد إداري بسبب المخاطر الإدارية؛ مجموعة أحكام المحكمة، س11، ص.239؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.600.

والقضاء الفرنسي والمصري بتبني نظرية فعل الأمير لتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته بسبب القرار أو الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة.

ب-مشروعية الإجراء أو القرار الموجب لتطبيق نظرية فعل الأمير: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو القرار مشروعا لا يوحي بخطئها بما يمنح للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض استنادا لهذه النظرية، لأن عدم مشروعية الإجراء أو القرار يُرتب المسؤولية التعاقدية للإدارة لإخلالها بالتزاماتها وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره بـ 10اكتوبر 2007[1] والمحكمة الإدارية الاستئنافية في قرارها بتاريخ13نوفمبر 2018[2]، وتبناه القضاء الإداري المصري[3]، ذلك بأن مسؤولية الإدارة وفقا لهذه النظرية تعاقدية دون خطأ تفترض مشروعية الإجراءات أو القرارات التي تقتضيها المصلحة العامة أو ضرورات سير المرفق العام، كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن السلوك السلبي للإدارة يعد مبررا لتطبيق هذه النظرية كامتناعها عن التدخل أو تطبيق القانون لزيادة الأشغال أو مدة التنفيذ في الحالات المنصوص عليها قانونا[4]، وقد تستند النظرية على الإجراءات أو القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على نص قانوني أو تنظيمي وتؤدي إلى زيادة الأعباء التعاقدية أو اختلال التوازن المالي للعقد كتعديل بعض بنود العقد أو شروط تنفيذه، أو وقفه أو إنهائه بما يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد صعبا للمتعاقد، كما قد تكون الإجراءات أو التدابير الصادرة عن الإدارة فردية تقتصر آثارها على المتعاقد أو فئة معينة، أو كانت الإجراءات كنتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه والمرافقة بما يؤدي إلى إلزام المتعاقد بأعمال جديدة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري[1].

ج-عدم التوقع للإجراء المؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد مع الإدارة: أوجب مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق نظرية فعل الأمير عدم توقع العمل أو الإجراء الذي ألحق أضرارا بالمتعاقد عند الإبرام، فلا يمكن الاستناد على هذه النظرية إذا كان التصرف الضار متوقعا أو مفترض

---

[1]CE du10octobre2007,7éme et2éme sous-sections réunies,N255213, www.legifrance.govu.fr تاريخ الزيارة2022/10/05 على الساعة14.00

[2]CAA de NANCY, du 13novembre2018,4éme chambre-formation à 3,16NC02846,inédit au recueil lebon ,www.legifrance.govu.fr

[3]الهنداوي فتوح، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص.222.

[4]الجبوري محمود خلف، المرجع السابق، ص.195.

[1]كنعان نواف، المرجع السابق، ص.373.

الوقوع لطلب إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ويقع على الإدارة مسؤولية توقع المتعاقد معها للإجراء المتخذ من قبلها[1]، وعليه فإن المطالبة بالتعويض وفقا لنظرية فعل الأمير يقتضي أن يكون الإجراء أو التصرف غير متوقع أو محتمل الوقوع[2]، وهو ما تأثر به كل من القضاء الإداري المصري والجزائري، كما يشترط تحقق الأضرار الناجمة عن التصرفات أو الإجراءات الإدارية باعتبار أن الضرر هو مناط دعوى التعويض، ويشترط في الضرر أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بغض النظر فيما إذا كان بسيطا أو جسيما، كما قد يكون الضرر فعلي يلحق المتعاقد أو يؤدي إلى الإنقاص من هامش الأرباح التي يستهدفها من وراء العقد، ويشترط كذلك مجلس الدولة الفرنسي في الضرر الموجب للتعويض أن يكون فعليا وخاصا بالمتعاقد لا يشاركه فيه من مسّه القرار أو الإجراء العام، مرتبا أضرارا جسيمة له دون غيره متبنيا فكرة الضرر الخاص[3]، وأكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بوقوع أضرار خاصة تمس المتعاقد دون غيره ممن مسهم هذا الإجراء[4]، كما يشترط في الضرر أن يكون مباشرا ومحددا[5]، وهو ما تأثر به القضاء الإداري الجزائري.

ثانيا: سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه متى توافرت شروط تطبيق نظرية فعل الأمير يترتب عدة آثار في مواجهة أطراف الدعوى المرتبطة أساسا بتعويض المتعاقد أو إعفائه من غرامة التأخير عن التنفيذ، وكذا حقه في طلب فسخ العقد، وهو أمر سنتطرق إليه فيما يلي:

أ-**حق المتعاقد المتضرر في الحصول على التعويض:** اتجه مجلس الدولة الفرنسي نحو الإقرار بحق المتعاقد باستحقاق التعويض الكلي بناء على هذه النظرية عن الأضرار الناشئة عن الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري أو جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا على المتعاقد، ويستند التعويض على فكرة الإثراء بلا سبب في القانون المدني وكذا القاعدة الأصولية "الغرم بالغنم" التي تقتضي من ينتفع بشيء يتحمل تبعاته، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، التوازن المالي للعقد الإداري، المسؤولية

[1]CE du07mai1982,Sté sogepare-paris,Rec,p669, www.conseil-etat.fr

[2]CE du5avril2002,6/4 SSR ? du05avril2002,199686, inédit au recueil lebon, www.legifrance.govu.fr

[3]CE du2mai1982,société paris parking, R.D.P,1983,www.conseil-etat.fr ;

[4]فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة المصري في الملف رقم29/1/78 بتاريخ28اكتوبر1964، مجموعة المبادئ القانونية حتى سنة2005؛ أورده: خليفة عبد العزيز عبد المنعم ، المرجع السابق، ص173

[5]خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، القاهرة، 2009، ص.180.

العقدية للإدارة بدون خطأ، ويغطي التعويض الكلي للمتعاقد عما لحقه من أضرار وما فاته من كسب، واستقر الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا بضرورة التعويض الكلي عن الضرر بناء على فعل الأمير[1]، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ التعويض الكلي للمتعاقد عن الأضرار الناجمة عن المخاطر الإدارية بناء على فعل الأمير لإعادة التوازن المالي للعقود الإدارية المختلفة[2]، وسايره القضاء الإداري بمصر وتأكيده على مبدأ التعويض الكلي كأثر لإعمال نظرية فعل الأمير يغطي النفقات الفعلية للمتعاقد أو ما فاته من ربح معقول[3]، حيث يخضع تقدير التعويض المستحق وفقا لهذه النظرية للسلطة التقديرية للقاضي مع الاستعانة بالخبرة في تحديد مقدار التعويض المستحق، ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي مقدار التعويض عما لحق المتعاقد من خسارة وعن فوات فرصه في تحقيق كسب معقول نتيجة إجراء أو فعل الأمير الصادر عن الإدارة المتعاقدة الذي أخل بالتوازن المالي للعقد، مع استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد وعدم تسببه في الأضرار أو تفاقمها كالتأخر في التنفيذ بما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد أو ترتيب أضرار جسيمة[4].

ب-إعفاء المتعاقد المتضرر من غرامات التأخير عن التنفيذ: لضمان تنفيذ العقد الإداري وإلزام المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية، يمنح التشريع للإدارة سلطة فرض جزاءات على المتعاقد المتقاعس عن التنفيذ استجابة لتحقيق غايات المصلحة العامة واستمرارية المرفق العام، مع الالتزام بالضوابط المقررة قانونا كالتزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها[1]، وهو ما سايره المشرع والقضاء الإداري بمصر بتأكيده على سلطة الإدارة فرض غرامات تأخيرية ضد المتعاقد غير الملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية الواردة في العقد، من ذلك نص المادة48من القانون رقم182لسنة 2018المتضمن قانون المناقصات والمزايدات بأنه يمكن للسلطة المختصة توقيع غرامة التأخير ضد المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية في المدة المتفق عليها، باعتبار أن تأخر المتعاقد الوفاء بتنفيذ التزاماته يؤدي إلى الإضرار بالإدارة أو

[1]A.DELAUBADRE.F.MODERNE.P.DELVOLVE, T.C.A, op cit.p556.

[2]CE du24ocobre1970,N455795.

[3]مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، درا النهضة العربية، مصر، 2010، ص.11

[4]محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإداري في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة،، ص.286

[1]CE du23avril1971,recueil des arrêts du conseil d'Etat, p.288 ;Vedel.G,Droit administratif, 5éme edttion,Presses universitaires de France, paris,1973,p p 17-25.

المصلحة العامة[1]، وهو ما أشارت له ضمنيا المادة36من القانون رقم18/22يتضمن قانون الاستثمار الجزائري[2]، والمادة84من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة147من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام الجزائري الملغى[3].

ومن ناحية ثانية، اتجه مجلس الدولة الفرنسي نحو إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان سبب التأخير أو تقصير المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية فعل الأمير وهو ما يعد سببا لإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير عن التنفيذ[4]، وتأثر به القضاء الإداري المصري من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في09يونيو2009بأن أساس غرامة التأخير راجع إلى خطأ المتعاقد وتقاعسه عن تنفيذ العقد في المدة المحددة، وإعفاءه إذا أثبت عدم وجود خطأ أو تقصير منه[5]، وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة84من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت المادة2/147من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام الجزائري الملغى على إعفاء المتعاقد من الغرامة المالية متى كان سبب التأخير فعل الإدارة المتعاقدة[1].

ج- حق المتعاقد المتضرر طلب فسخ العقد لاستحالة التنفيذ: يشترط استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد لاستحقاق التعويض الكلي عن الأضرار التي لحقته بناء على هذه النظرية متى كان ذلك ممكنا لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري[2]، وهو ما يوجب التعويض الكلي عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب فضلا على إعفاءه كليا أو جزئيا من غرامة التأخير بسبب

---

[1]المادة48من القانون رقم182لسنة 2018المتضمن قانون المناقصات والمزايدات.

[2]المادة36من القانون رقم18/22يتضمن قانون الاستثمار الجزائري.

[3]المادة147من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام الجزائري.

[4]CE du09avril1954,R.D.P,1954,P.835 ;

أورده: خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.179.

[5]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم11488لسنة51، ق ع بتاريخ09يونيو2009، مجموعة المكتب الفني للمحكمة سنة54، ص.627

[1]المادة الفقرة الثانية من المادة84من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة2/147من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام الجزائري الملغى.

[2]أورده: خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.179.

الإجراء أو فعل الأمير الصادر عن الإدارة المتعاقدة[1]، وفي المقابل إذا كان فعل الأمير من شأنه زيادة الأعباء التعاقدية إلى الحدود غير المعقولة التي تتجاوز الإمكانيات والقدرات الاقتصادية والفنية للمتعاقد بما يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد من الناحية المادية، جاز للمتعاقد المطالبة فسخ العقد الإداري بقوة القانون استنادا لقاعدة لا تكليف بمستحيل، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري، من ذلك ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بانقضاء العقد الإداري بالفسخ في حالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بسبب الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة بناء على هذه النظرية[2]، ويمكن للمتعاقد في هذا المجال المطالبة بجمع بعض آثار تطبيق نظرية فعل الأمير كالجمع مثلا بين التعويض الكلي عن الأضرار التي لحقته والإعفاء كليا أو جزئيا من غرامات التأخير، أو استحقاق التعويض الكلي وفسخ العقد لاستحالة تنفيذه[3]، وقد أشارت المواد90إلى92من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المواد149إلى152من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، إلى إمكانية الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية متى كان مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعاقد يثبت في وثيقة فسخ تتضمن الحسابات المعدة للأشغال المنجزة والمتبقية للصفقة محل التنفيذ[1].

الفرع الثاني: اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية المختلفة

لبيان سلطة القاضي الإداري في دعاوى التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة يتوجب علينا تحديد الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة في نطاق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(أولا) وشروط تطبيقها(ثانيا)، وكذا الآثار المترتبة عليها(ثالثا).

---

[1] ناصيف الياس، عقد الBOT، المؤسسة الحديثة للكتب، لبنان، 2006، ص.308.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم33293لسنة55 بتاريخ28يونيو2016، مجموعة المكتب الفني للمحكمة س61، ص1341.

[3] خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص180.

[1] المواد90إلى92من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت المادة151من المرسوم الرئاسي رقم15-247يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى.

أولا: الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية

تعرف الظروف الطارئة بأنها الحوادث أو الظروف الاستثنائية المفاجئة غير المتوقعة عند الإبرام التي تطرأ عند تنفيذ الالتزامات التعاقدية بما تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد ويجعل تنفيذه أكثر إرهاقا على المتعاقد، حيث تجد النظرية تطبيقا أكثر في العقود الإدارية مستمرة التنفيذ أو الفورية أو المؤجلة المرتبطة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود الشراكة والاستثمار[1]، ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي دور محوري في إرساء مبادئ نظرية الظروف الطارئة لمعالجة إشكالات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة[2]، ومن أهم تطبيقاتها الحكم الشهر لمجلس الدولة الفرنسي بـ 30مارس1916في قضية غاز بوردو بسبب ارتفاع أسعار الفحم الحجري بشكل أدى إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري والتأثير على التزام الشركة العامة للإضاءة لعقد امتياز الوفاء بالالتزامات التعاقدية لإنتاج وتوزيع الغاز في مدينة بوردو خلال المدة المحددة، أو جعله أكثر إرهاقا بسبب الحرب والارتفاع غير المعقول لأسعار الفحم يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد بسبب إجراءات السلطات العامة[3]، وهو ما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى إقرار حق المتعاقد في التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة بما يمنح للقاضي الإداري سلطة التدخل لتعديل بنود العقد بما يتلاءم مع الأسعار الجديدة ورد الإرهاق للحدود المعقولة[1]، ومن ذلك أيضا حكمه الصادر بـ08يناير1982في قضية Ste Ent Quillery[2] Saint-Maur.

وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة منذ صدور القانون رقم09لسنة1949الذي وسع من نطاق اختصاص المحكمة الإدارية وولايتها للنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية المختلفة، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في أحكامها على ضرورة وجود ظروف طارئة غير متوقعة تطرأ أثناء

---

[1]محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص.321؛ بالجيلالي خالد.بالجيلالي نور الهدى، دور القضاء الإداري في منازعات عقود الأشغال العامة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد17، ديسمبر2020، ليبيا، ص.143.

[2]ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص.ص.599و600.

[3]محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص.299.

[1]CE du30mars1916, compagnie général d'éclairage de bourdeaux, rec125 ;

عدنان عمر، القانون الإداري(نشاط الإدارة ووسائلها)– دراسة مقارنة، ط2، منشاة المعارف، مصر، 2010، ص.277.

[2]أورده: علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص.13.

تنفيذ العقد، سواء كانت حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية، أو إجراءات صادرة عن السلطات العامة، التي لا يمكن للمتعاقد دفعها أو تحملها وتلحق به أضرارا جسيمة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، ويقع على الإدارة مسؤولية تحمل جانب من الخسائر التي لحقت المتعاقد بمنحه التعويض المناسب، ويشترط لتطبيق النظرية أن يكون تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقا وليس مستحيلا يهدد بوقوع خسائر فادحة للمتعاقد[1]، ومن مظاهر الظروف الطارئة التي تستند عليها هذه النظرية وفق ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية تحرير سعر الصرف كظرف اقتصادي دون أن يكون تأخر التنفيذ بسبب عمل المتعاقد[2]، كما تعتبر الاضطرابات الاجتماعية والاحتجاجات والانفلات الأمني والمظاهرات الاعتصامات وغيرها من الحوادث التي من شأنها تعطيل للمصالح وحركة العمل بالمشاريع العامة المبرمة قبل ثورة25يناير 2011من قبيل الظروف الطارئة التي تقتضي مشاركة الدولة والمتعاقدين معها بناء على المسؤولية الاجتماعية بدون خطأ[1]، ولا تدرج التغيرات المناخية التي تؤدي إلى زيادة أسعار المواد موضوع التعاقد في عقود التوريد في نطاق الظروف الطارئة باعتبار أن الأمر متوقع بالنسبة للتاجر الحريص[2].

وتستند نظرية الظروف الطارئة على الأسس الواقعية والمبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية في التنفيذ وقواعد العدالة، التوازن المالي للعقد، مبدأ الإثراء بلا سبب، مبدأ التعسف في استعمال الحق، القوة القاهرة[3]، وهو ما نصت عليه المادة1195من القانون المدني الفرنسي، والمادة147فقرة02من القانون المدني المصري بأنه عندما تطرأ حوادث

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60قضائية عليا، ق ع بتاريخ22مايو2018؛ أورده: خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.193؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ27نوفمبر2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س58، ص.105.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22367لسنة53، ق ع بتاريخ30نوفمبر2010، بتاريخ27نوفمبر2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س55و56، ص.722.

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقم21626و22571لسنة62قضائية عليا، بتاريخ23يناير2018؛ أورده: خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.194.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ27نوفمبر2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س58، ص.105.

[3]احمد علي ديهوم، الظروف الطارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي" دراسة تحليلية تاريخية فلسفية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد7، العدد2، ديسمبر2021، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ص.22.

استثنائية عامة غير متوقعة أثناء التعاقد تؤدي إلى صعوبات في تنفيذ الالتزامات التعاقدية جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الأطراف المتعاقدة وتقدير تلك الظروف رد الالتزام المرهق إلى الحدود المعقولة[1]،وأكدت عليه التشريعات المنظمة للعقود الإدارية، وهو ما أكدته المادة107فقرة02من القانون المدني الجزائري لسنة2007بأنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها التأثير على تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يكن مستحيلا وصار مرهقا للمتضرر ويهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الأطراف المعنية أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[2].

ثانيا–شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق منازعات تنفيذ العقود الإدارية

يقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء والتشريع، ضرورة توافر عدة شروط مرتبطة بالعقد الإداري، أو الظرف الطارئ، أو المتعاقد مع الإدارة، أو ما تعلق بأثر الظرف الطارئ.

أ–**وقوع الظرف الطارئ العام غير المتوقع أثناء تنفيذ العقد الإداري:** لقد تبنت التشريعات محل المقارنة المفهوم العام للظروف الطارئة لارتباطها بالمستجدات والحوادث والمتغيرات والأحوال، سواء كانت طبيعية كالزلازل والفيضانات والحوائج والحرائق، أو بفعل الإنسان كالحرب والاضطرابات، أو صدور نص تشريعي أو تنظيمي جديد من السلطات العامة، أو مخاطر اقتصادية كارتفاع الأسعار أو فرض ضرائب جديدة، وهو ما يمتد لكل ظرف من شأنه التأثير على تنفيذ العقد، سواء كانت تلك الظروف دائمة مستديمة أو مؤقتة الآثار، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن نظرية الظروف الطارئة تستند على فكرة العدالة المجردة كقوام للقانون الإداري[1]، كما يشترط في الظرف الطارئ عدم توقع وقوع حادث استثنائي بما يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية أكثر إرهاقا وكلفة على المتعاقد ويعرضه لخسائر

[1]المادة147فقرة2من القانون المدني المصري لسنة1948م المعدل والمتمم.

[2]المادة107فقرة2من القانون المدني الجزائري لسنة2007.

[1]غانية مبروكة، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2019، ص.152.

جسيمة تؤدي لقلب اقتصاديات العقد بصورة جسيمة، وقد يتبنى القضاء معيار الشخص المعتاد في توقع الظرف الطارئ من عدمه المرتبط أساسا بعنصر المفاجأة[1].

وتعد عمومية الظرف الطارئ شرطا إلزاميا لتطبيق هذه النظرية الذي تشمل آثاره فئة معينة أو إقليم محدد، وهو ما أقرته التشريعات محل المقارنة لمواجهة عدم جدية ادعاءات المتعاقد لرد الالتزام التعاقدي المرهق للحد المعقول بسبب الظرف الطارئ، من ذلك ما أكدته المادة1195من القانون المدني الفرنسي بأنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة غير متوقعة عند التعاقد تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، يمكنه طلب إعادة التفاوض مع الاستمرار في التنفيذ، على أنه في حالة رفض أو فشل التفاوض جاز لطرفي العقد الاتفاق على فسخ العقد اللجوء إلى القاضي لتحديد مصير العقد، وإذا لم يتم الاتفاق على ذلك جاز للقاضي بطلب أحدهما التدخل لمراجعة شروط العقد أو إنهاءه وفقا للشروط والمدة التي يحددها[2]، والمادة147فقرة2من القانون المدني المصري، والمادة107فقرة02من القانون المدني الجزائري، غير أن الأخذ بهذا القول من شأنه تضييق نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويحرم المتعاقد المتضرر من التعويض عن الأضرار بناء على هذه النظرية ورد الالتزام المرهق إلى الحد المألوف[1].

ب-استقلال الظرف الطارئ عن الأطراف المتعاقدة يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد:

يشترط الفقه والقضاء الإداريين لتطبيق النظرية أن تكون الظروف الاستثنائية مستقلة عن إرادة طرفي العقد أو أحدهما في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ويحرم المتعاقد المتسبب في حدوث تلك الحوادث أو تفاقمها سواء بخطأ أو التأخر أو التراخي في التنفيذ من الحق في التعويض ورد الالتزام التعاقدية المرهق للحد المعقول، وهو أمر يوجب تحقق العلاقة السببية بين الظرف الطارئ والأثر الذي يرتبه، وفي المقابل إن ارتباط الظرف الطارئ بالإدارة المتعاقدة يقتضي تطبيق نظرية فعل الأمير وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين[2]، من ذلك ما أقرته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن تطبيق هذه النظرية يقتضي استقلاله عن إرادة أطراف

---

[1]حسان عبد السميع هاشم أبو العلا، المرجع السابق، ص.67.

[2]المادة 1195من القانون المدني الفرنسي وفقا للتعديل بموجب المرسوم الصادر10فيفري2016.

[1]محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.236.

[2]سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.653؛ السناري محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.349.

العقد دون أن يكون للإدارة دور في حدوثه[1]، وهو ما أكدته المادة147فقرة02من القانون المدني المصري، والمادة107فقرة02من القانون المدني الجزائري، والمادة 1195من القانون المدني الفرنسي[2].

كما يشترط لتطبيق النظرية وقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد الإداري التي يتحدد نطاقها الزمني من تاريخ إبرام العقد والبدء في تنفيذه وقبل نهايته، وتجد النظرية تطبيقا أكثر لها في العقود الإدارية المتراخية التنفيذ رغم عدم وجود مانع من تطبيقها على العقود الإدارية الفورية إذا استجدت ظروف طارئة بعد الإبرام وقبل تنفيذه، كما لا يوجد مانع من تطبيق النظرية في حالة تمديد تنفيذ العقد الإداري[3]، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي والمصري بالمعيار التشريعي لتحديد شروط تطبيق هذه النظرية التي تقتضي حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد الإداري فلا مجال لإعمال هذه النظرية قبل الإبرام أو بعد التنفيذ[4]، واستقلالية الظروف الطارئة على إرادة أطراف العقد لأن تسبب المتعاقد في حدوث الظرف لخطئه أو تراخيه يعتبر خطأ تعاقديا يوجب المسؤولية العقدية، أما إذا كان الظرف الطارئ راجعا لتدخل أو التصرف المشروع للإدارة تطبق نظرية فعل الأمير[1].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على استقلال الظرف الطارئ عن إرادة طرفي العقد الإداري ولا إعمال لهذه النظرية إذا كان المتعاقد هو المتسبب في وقوع الظرف الطارئ ويحرم من حقه في التعويض، أما إذا ارتبط الظرف الطارئ بعمل الإدارة تُلزم بتعويض المتعاقد معها وفقا لنظرية فعل الأمير[2]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بضرورة استقلال

---

[1]حسان عبد السميع هاشم أبو العلا، المرجع السابق، ص.68.

[2]المادة2/147من القانون المدني المصري، والمادة2/107من القانون المدني الجزائري، والمادة 1195من القانون المدني الفرنسي.

[3]محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، دار النهضة العربية، 2012، ص.428.

[4]CAA de Marseille ,27mars2017,6éme chambre-formation à 3,15MA00976,Inédit au recueil lebon, www.légifrance.gouv.fr

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم24713لسنة58، ق ع بتاريخ10أفريل2018؛

[1]خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.195.

[2]CE du20avril1949,Ministre de Guerre,rec,p.191 ;

أورده علي محمد المولى، المرجع السابق، ص.13.

الظرف الطارئ عن إرادة طرفي العقد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[1]، أضف إلى ذلك أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري ويلحق بالمتعاقد خسائر جسيمة لا يمكن تحملها أو دفعها تتجاوز الحدود المعقولة[2]، وأكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بـ27نوفمبر2012بأن يكون الظرف الطارئ غير متوقع أو ممكن التوقع أثناء التعاقد، وحكمها الصادر بتاريخ22مايو2018[3].

إلى جانب ذلك يشترط مجلس الدولة الفرنسي بأن تؤدي الظروف الطارئة إلى اختلال التوازن المالي والاقتصادي للعقد الإداري رأسا على عقب[4]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بـ27نوفمبر2012و22مايو2018بأن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب التوازن المالي والاقتصادي للعقد الإداري ويلحق خسائر جسيمة بالمتعاقد المتضرر[1]، وهو أمر سار على نهجه القضاء الإداري الجزائري.

ج-الشروط المتعلقة بأثر الظرف الطارئ على تنفيذ الالتزامات التعاقدية: يعتبر تحقق الآثار التي ترتبها الظروف الطارئة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتعويض المتعاقد ورد الالتزام التعاقدي المرهق للحد المعقول، ففي حالة الاستحالة النسبية التي من شأنها جعل تنفيذ العقد مستحيلا أو مرهقا للمتعاقد يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كان الإرهاق يؤدي إلى الاستحالة المطلقة للتنفيذ يتم تطبيق نظرية القوة القاهرة، واستقر الفقه الإداري على حل وسط للتمييز بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة استنادا لمعيار الشخص العادي في تحديد مقدار الاستحالة، وتتحقق استحالة التنفيذ

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم13606لسنة52 ق ع بتاريخ27نوفمبر2012، المكتب الفني للمحكمة، س58، ص.105.

[2]CE du5avril2002,6/4SSR,199686,indédit au recueil lebon ; CAA de NANTES du23novembre2018,4éme chambre,17NT02503,Inédit au recueil lebon, www.légifrance. gouv.fr.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ 27نوفمبر2012، المكتب الفني للمحكمة، س58، ص.105؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60، ق عليا بتاريخ22مايو2018.

[4]CE du2juillet1982,Société routière Colas, p.261,www.légifrance.gouv.fr ;Ce du19février 1992,5/3SSR,47265,mentionné aux tables du recueil Lebon,www.légifrance.gouv.fr ;CAA de NANCY du13novembre2018,4éme chambre-formation à 3,16NC02846,Inédit au recueil Lebon, ,www.légifrance.gouv.fr

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ 27نوفمبر2012، المكتب الفني للمحكمة، س58، ص.105؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60، ق عليا بتاريخ22مايو2018

في حالة عجز الشخص العادي مستخدما وسائله العادية على تنفيذ التزاماته التعاقدية، أما إذا كانت درجة الإرهاق لا تصل إلى درجة استحالة التنفيذ للشخص العادي حال تنفيذ التزاماته بوسائله العادية نكون بصدد حالة إرهاق في تنفيذ الالتزام التعاقدي مع أن آثار الظروف الطارئة ترتبط بالنواحي المالية والاقتصادية والمادية للعقد محل التنفيذ تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري وقلب اقتصادياته وإلحاق خسائر جسيمة غير مألوفة للمتعاقد بسبب الظرف الطارئ، وهو ما أكدته المادة2/107من القانون المدني الجزائري، والمادة2/147من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي[1].

والمستقر عليه في الفقه الإداري وقضاؤه هو تبني المعيار الموضوعي في تحديد درجة الإرهاق التي يسببها الظرف الطارئ وحجم الخسائر الناجمة عنه، ويبقى تحديد ذلك مرتبط بمحل العقد الإداري محل التنفيذ دون امتداده إلى مجموع ثروات المتعاقد[2]، غير أنه تم العدول على ذلك والتأكيد بأن أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة مرتبط بالخسائر الفادحة المحققة وليس درجة الإرهاق أو مجموع ثروات المتعاقد، وهو ما دفع الفقيه السنهوري إلى القول بأن تحديد مقدار الإرهاق للمتعاقد لا ينحصر فقط على محل العقد أو الصفقة موضوع التعاقد[1]، وهو أمر أكدت التشريعات محل المقارنة[2].

ثالثا: سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة

متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجتمعة يكون من حق المتعاقد لضمان الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية المطالبة برد الالتزام المرهق وإعادة التوازن المالي للعقد باستحقاق التعويض الجزئي الذي يغطي جوانب من الخسائر الفادحة التي رتبتها الظروف الطارئة، ومسؤولية الإدارة مشاركة المتعاقد معها في تحمل جزء من الخسائر بسبب

---

[1] المادة107-2من القانون المدني الجزائري، والمادة147-2 من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي.

[2] بالجيلالي خالد، سلطة القاضي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص..156.

[1] السنهوري، المرجع السابق، ص.645.

[2] المادة107-2من القانون المدني الجزائري، والمادة147-2 من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي.

الظرف الطارئ غير المتوقع أثناء التعاقد[1]، وهو أمر أكدته المادة1195من القانون المدني الفرنسي، والمادة147فقرة2من القانون المدني المصري، والمادة107فقرة02من القانون المدني الجزائري[2]، وفي هذا المجال يحوز قاضي العقد سلطة التدخل لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

أ-**سلطة قاضي العقد في رد الالتزام المرهق:** وفقا لنص المادة107من القانون المدني الجزائري، والمادة147فقرة02من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي[3]، يملك قاضي العقد متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة سلطة رد الالتزام المرهق للحد المعقول سواء بإنقاص الالتزام التعاقدي المرهق بخفض مقدار أو حجم الالتزامات محل التنفيذ، أو التغيير في طريقة أو طبيعة أو جودة الأعباء الملتزم بها من المتعاقد أو خفضها لرد الالتزام المرهق بسبب الظرف الطارئ، كأن يتم التغيير في صنف أو جودة المقتنيات أو العتاد الضروري لإنجاز أو تشغيل مشروع أو مرفق عام إلى أقلها صنفا أو جودة لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ورد الالتزام المرهق للحد المعقول، كما يمكن لقاضي العقد زيادة الالتزام المقابل أو المتبادل لعدم جدوى إنقاص الالتزام التعاقدي برد الإرهاق وإعادة التوازن المالي للعقد مع مراعاة الزيادة المألوفة للالتزامات التعاقدية للمتعاقد وتقسيم الزيادة غير المألوفة التي ترتب التزامات غير مألوفة بسبب الظرف الطارئ للأطراف المتعاقدة بشكل يحقق التوازن المالي للعقد الأصلي ويراعي مصالح المتعاقدين والتزاماتهم[1].

ورغم عمومية نص المادة107فقرة2من القانون المدني الجزائري، والمادة147فقرة2من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي، يمكن لقاضي العقد تعديل بنود العقد الأصلي بزيادة الالتزام المقابل أو المتبادل متى كان ذلك مجديا لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهو ما يدخل ضمن نطاق

---

[1] عائشة مفلح أحمد أبو زيد، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية ، ص.4297؛ يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، الظروف الاقتصادية الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع، مؤتمر حول دور التشريع في تحقيق أهداف التنمية المستدامة أيام7و8و9نوفمبر2018، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي بالتعاون مع المنظمة العربية للتنمية الإداري(جامعة الدول العربية)، مصر، ص.ص.681

[2] المادة1195من القانون المدني الفرنسي والمادة147-2من القانون المدني المصري، والمادة107-2من القانون المدني الجزائري.

[3] المادة107من القانون المدني الجزائري، والمادة147من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي.

[1] عائشة مفلح أحمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.4299

السلطة التقديرية للقاضي الإداري لرد الالتزام المرهق بسبب الظرف الطارئ في إطار الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة[1]، والهدف من تدخل القاضي الإداري هو معالجة إشكالات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بسبب الظروف الطارئة والتخفيف من الالتزامات المرهقة والخسائر الفادحة التي تلحق المتعاقد بسبب الظرف الطارئ، وينصب دور قاضي العقد في دعاوى التعويض الناشئة عن منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص استنادا لنظرية الظروف الطارئة برد الالتزام المرهق وتحديد درجة أو مقدار الإرهاق وحجم الخسائر بسبب الظرف الطارئ[2].

ولقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض الجزئي عن الخسائر التي لحقت المتعاقد بسبب الظرف الطارئ، التي تقتضي مشاركة الإدارة المتعاقد معها تحمل جزء من الخسارة التي لحقته بسبب الظرف الطارئ لضمان استمرارية تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري[3]، وأقرته المحكمة الإدارية الاستئنافية ببوردو في حكمها بتاريخ26أبريل2018[1]، ولقد سار القضاء الإداري المصري على هذا النهج بالتأكيد على مشاركة الإدارة المتعاقد معها في تحمل جزء من الخسائر اللاحقة به دون امتداد ذلك إلى التعويض عن انخفاض الربح أو ما فاته من كسب[2]، وتأثر به المشرع والقضاء الإداري الجزائري من ذلك ما جاء في أحكام تعليمة الوزير الأول رقم255.و.أ الخاصة بالتدابير الضرورية لمعالجة الصعوبات والآثار الناشئة في سياق تنفيذ الصفقات العمومية بسبب جائحة

[1]علي سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2005، ص.176.

[2]سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مجلة كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، المجلد10، عدد2/37، ديسمبر2017، ص.ص.211.

[3]CE DU9mai1962,ville de Bastia, rec,p307, www.légifrance.gouv.fr

[1]CAA de Bordeaux 26avril2018,1ère chamber-formation à3,15BX02295,Inédit au recueil lebon, www.légifrance.gouv.fr

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1590لسنة45، ق ع بتاريخ15يناير2002، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س25، ص.2037؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم26935لسنة56، ق ع بتاريخ23يناير2018؛ أورده: خليفة، المرجع السابق، ص.201.

كورونا والتوترات الجيوسياسية الدولية مؤكدة بحق المتعامل المتعاقد في التعويض بسبب الظروف الطارئة المستجدة أثناء التنفيذ[1].

ب-سلطة قاضي العقد في وقف تنفيذ الالتزام المرهق أو فسخ العقد الإداري: قد يكون تدخل قاضي العقد لرد الالتزام المرهق بسبب الظرف الطارئ وإعادة التوازن المالي للعقد موضوع التنفيذ وبعد الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة، الأمر بوقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى غاية انقضاء الظرف الطارئ وآثاره متى ثبت من الأوضاع أو الظروف المحيطة بالحادث الاستثنائي دون أن يؤدي ذلك إلى خسائر فادحة للإدارة أو إنشاء التزامات قضائية جديدة، أو التغيير أو التأثير على الالتزامات المتفق عليها في العقد الأصلي مع مراعاة الأوضاع المحيطة بالظرف الطارئ لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بما يفرض على القاضي الإداري اختيار الحلول الأقل تأثيرا على العقد الأصلي، ومتى كان وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية كافيا لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ورد الالتزام المرهق للمتعاقد دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصلحة الإدارة المتعاقدة، فلا يستطيع قاضي العقد التدخل لتعديل العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص من الالتزامات التعاقدية[2]، باعتبار أن ذلك يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة للعقد الإداري، على أنه بمجرد زوال آثار الظرف الطارئ تعود للعقد الإداري قوته الملزمة[1]، وهو ما أكدت عليه المادة107-2من القانون المدني الجزائري، والمادة147-2من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي[2].

أما بخصوص سلطة قاضي العقد في فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتحقق الظرف الطارئ، لم يتفق الفقه حول مسألة سلطة القاضي الإداري في فسخ العقد الإداري لرد الإرهاق ومعالجة اختلال التوازن المالي بسبب الظرف الطارئ خاصة في ظل غياب النص القانوني الصريح حول ذلك بالنظر إلى عمومية نص المادة107-2من القانون

---

[1] التعليمة الوزارية(الوزير الأول)رقم255.و.أ المؤرخ في26جوان2022الخاصة بالتدابير الضرورية لمعالجة الصعوبات والآثار الناشئة في سياق تنفيذ الصفقات العمومية بسبب ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية.

[2] سامي الطيب إدريس محمد، المرجع السابق، ص.ص.213.

[1] عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، كلية القانون، جامعة الكوفة العراق، 2015، ص.18.

[2] المادة107-2من القانون المدني الجزائري، المادة147-2من القانون المدني المصري، المادة1195من القانون المدني الفرنسي.

المدني الجزائري، والمادة147-2من القانون المدني المصري، والمادة1195من القانون المدني الفرنسي، التي لم تشر كلها إلى سلطة قاضي العقد في الفسخ بسبب الظرف الطارئ كخيار لرد الالتزام المرهق وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، والمستقر عليه لدى غالبية الفقهاء هو رفض فكرة تدخل القاضي الإداري لفسخ العقود الإدارية بسبب الظروف الطارئة استنادا إلى النص التشريعي ذاته الذي حدد نطاق تدخل القاضي الإداري برد الالتزام التعاقدي المرهق للحد المعقول متى توافرت شروط ذلك، حيث يحوز سلطة التدخل لتعديل العقد الأصلي استنادا إلى الأوضاع والظروف المحيطة بالتعاقد والتنفيذ وبعد الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة وتوزيع الأعباء المرهقة بينها، دون امتداد سلطته إلى الحكم بفسخ العقد بسبب الظرف الطارئ، باعتبار أن زوال الظرف الطارئ وآثاره تقتضي عودة القوة الملزمة للعقد الإداري والاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها في العقد الأصلي، وهو أمر لا يتلاءم مع فسخ العقد الإداري كإجراء يؤدي إلى إنهاء العقد الإداري بشكل نهائي[1].

ولقد أكد القضاء الإداري بفرنسا ومصر رفض تدخل قاضي العقد لفسخ العقد الإداري بسبب الظرف الطارئ، باعتبار أن سلطته تنصب على رد الالتزام المرهق ومعالجة إشكالات اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظرف الطارئ، من ذلك ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ20ديسمبر1973بأن القاضي لا يحوز سلطة فسخ العقد بسبب الظرف الطارئ استنادا على نص المادة147فقرة02من القانون المدني التي حددت سلطة تدخل القاضي برد الالتزام المرهق غير المنفذ للحد المعقول بناء على نظرية الظروف الطارئة، دون امتداد سلطته إلى إعفاء المدين من التزاماته القائمة أو فسخ العقد[1]، وفي المقابل أجاز بعض الفقهاء سلطة القاضي فسخ العقد بسبب الظرف الطارئ بطلب من الدائن، كما يمكن للمتعاقد المتضرر طلب فسخ العقد دون استحقاق التعويض[2].

---

[1]محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.54

[1]حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم1320لسنة24ق بتاريخ20ديسمبر1973م؛ أورده: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص528.

[2]بالجيلالي خالد، سلطة القاضي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص.ص.171.

الفرع الثالث: اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في نطاق العقود الإدارية

يمكن للمتعاقد مع الإدارة في حالة وجود صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة أثناء التعاقد تجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقاً للمتعاقد تؤدي لاختلال التوازن المالي للعقد وزيادة الأعباء والتكلفة عليه، حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد واستحقاق التعويض الكامل عن الخسائر التي لحقته بسبب تلك الصعوبات، حيث تعد نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية قضائية المنشأ أرسى مبادئها مجلس الدولة الفرنسي وتبناها القضاء الإداري المقارن، ولبيان سلطة القاضي الإداري في دعاوى التعويض بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتوجب علينا تحديد الأحكام العامة لهذه النظرية(أولا)، وشروط تطبيقها(ثانيا)، وسلطة القضاء الإداري عند تطبيقها(ثالثا).

أولا: الأحكام العامة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

عرفت المادة118من قانون المدني الفرنسي الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها الحوادث المادية المستقلة عن إرادة الأطراف المتعاقدة غير المتوقعة عند التعاقد تؤدي إلى إحداث صعوبات استثنائية أثناء التنفيذ[1]، ومن الفقهاء ربط النظرية بعقود الأشغال العامة التي تعترضها صعوبات مادية ليس بالوسع توقعها أثناء الإبرام قد تؤثر على تنفيذ العقد[1]، وعرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة التي تواجه تنفيذ العقد تؤدي إلى زيادة الأعباء والنفقات ويجعل تنفيذ العقد مرهقا[2]، ومن ثم أصبحت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم نظريات إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي[3]، ويعرفها الفقيه سليمان محمد الطماوي بأنها الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة عند إبرام العقد التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا بما يمنح للمتعاقد استحقاق

---

[1]المادة118من القانون المدني الفرنسي.

[1]حسن محمد علي البنان، قيدار عبد القادر صالح، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد41، 2022، ص.111.

[2]CE- 3- Juillet 2003, Commune de Lens, BJDCP 2003. Mo 31, p. 462, Conct piveteau, AJDA 2003 1727 Mot. J.D. Drefur ;

أورده: غسان عبد اللطيف الجيوش، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد1، العدد2، 2021، ص.152

[3]CEdu06mars2015, 7éme SSJS,376465,inédit au recueillebon ;CAA de lyon,07juin2018,4éme chambre-formation à 3,15LY01323,inédit au recueillebon,www.legifrance,gouv.fr

التعويض الكلي عن الأضرار بسبب تلك الصعوبات[1]، والملاحظ على القضاء الإداري بأنه سار على نهج مجلس الدولة الفرنسي في تبني هذه النظرية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن قواعد العدالة تقتضي التعويض الكلي للمتعاقد عن الأضرار التي لحقته بسبب الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة عند التعاقد[2].

ويتحدد نطاق تطبيق هذه النظرية بحسب الفقه الإداري الفرنسي والمصري عموما على عقود الأشغال العمومية، غير أن الفقه الغالب قد وسع من نطاق تطبيق النظرية على العقود الإدارية المختلفة متى توافرت شروط ذلك[3]، أما القضاء الإداري ركز على تطبيق النظرية بالنسبة لعقود الأشغال العامة مع أنه لا مانع من امتدادها لجميع العقود الإدارية، باعتبار أن الواقع العملي والتطبيقات القضائية ارتبطت في الغالب بعقود الأشغال العامة لأن تطبيقها في عقود التوريد أمر نادر لارتباط النظرية بالصعوبات المادية غير المتوقعة[4].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يشترط لتطبيق هذه النظرية توافر جملة من الشروط المرتبطة بوجود الصعوبات المادية، وعدم التوقع والاستثنائية للصعوبات المادية، التي تؤدي إلى زيادة الأعباء والنفقات وتجعل تنفيذ العقد مرهقا على المتعاقد مع الإدارة[1]، وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

أ-**أن يواجه تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية استثنائية:** استقر القضاء الإداري الفرنسي لتطبيق هذه النظرية بهدف إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وتعويض المتعاقد، أن تكون الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري مادية بحتة كمواجهة طبقات مائية غير متوقعة كثيفة حال القيام بأعمال الحفر لتشييد الأنفاق أو المنشآت أو السدود مثلا، أو الزيادة في الطبقات الصخرية موضوع أعمال الحفر الضرورية لإنجاز وتشييد المشروع العام تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، أو مواجهة قنوات مجاورة لمحل تنفيذ العقد لم يتم الإشارة إليها أو دراستها عند التعاقد، أو حدوث انهيار صخري أو ترابي من شأنه إرهاق المتعاقد

[1]سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.ص.653.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقمي11120و12400لسنة49ق ع بتاريخ24يناير 2017

[3]عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.219.

[4]غسان عبد اللطيف الجيوش، المرجع السابق، ص.156.

[1]محمد موسى ابراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا بجامعة عمان، 2005، ص.163.

لمعالجتها[1]، ويشترط مجلس الدولة الفرنسي أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة استثنائية وغير معقولة، ويخضع تقدير الطابع الاستثنائي لتلك الصعوبات إلى السلطة التقديرية لقاضي العقد مع الاستعانة بالخبرة والتخصص في هذا المجال، على أن يقع عبء إثبات ذلك على المتعاقد طالب التعويض، من ذلك ما أكده مجلس الدولة في قراره بتاريخ12مايو1982[2]، وهو ما استقر عليه كذلك القضاء الإداري المصري[3].

وقد تبنى القضاء الإداري الجزائري نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لتعويض المتعاقد بسبب تلك الصعوبات، وقد حددت المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021بعض الصعوبات المادية المرتبطة بالظواهر الطبيعية المرتبطة بحالة الأرضية كمواجهة الطبقة الصخرية والمياه الجوفية أو الطبيعة الصعبة للطبقات الأرضية، الأخطار المناخية بسبب الأمطار الغزيرة التي تؤثر على أعمال الحفر أو حدوث انهيار صخري أو ترابي يعرقل تنفيذ العقد، أو بسبب فيضانات أو رياح أو درجات الحرارة غير العادية، أو ناجم عن العوائق المصطنعة المرتبطة بنقص الأساس للبناءات أو المنشآت المجاورة لموقع إقامة الأشغال العامة[1].

ب-استقلالية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن إرادة الأطراف المتعاقدة: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة مستقلة عن إرادة الأطراف المتعاقدة لاستحقاق التعويض الكلي للمتعاقد عن الخسائر التي لحقته بسبب تلك الصعوبات[2]، باعتبار أن خطأ المتعاقد لا يسوغ له حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار بناء على هذه النظرية التي يتحملها وحده دون الرجوع للإدارة، أما إذا ارتبطت تلك الأضرار بعمل الإدارة تعتبر مسؤولة عن خطئها وتعوض المتعاقد معها على أساس المسؤولية الخطئية، أو استنادا على نظرية فعل الأمير إذا ترتب على الإجراء الصادر عنها خسائر غير مألوفة تواجه تنفيذ العقد

---

[1]CE,21juillet1970,Département des Hautes-alescsteasavoyar de d'entreprise Rc,p533 ;

أشار إليه: خليفة عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 184

[2]C.E12 Mai 1982, Ste désautorouter Poris, R, him, R, Home Rec.P. 175.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم4567لسنة39، ق ع بتاريخ30ديسمبر1997.

[1]المادة108من المرسوم التنفيذي رقم21-219المؤرخ في20مايو2021يتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021، ج ر العدد50بتاريخ34يونيو2021.

[2]غسان عبد اللطيف الجيوش، المرجع السابق، ص.157و158.

الإداري تؤثر على توازنه المالي[1]، من ذلك ما أكدته المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021[2].

ج-عدم توقع الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد الإداري وقلب اقتصادياته: يقتضي إعمال النظرية أن تكون تلك الصعوبات غير متوقعة ومفاجأة للمتعاقد عند التنفيذ، وقد أكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي على التزام المتعاقد وحرصه وجديته في دراسة وتنفيذ التزاماته التعاقدية لاسيما ما تعلق بالمخاطر وتوقعها، وليس من حق المتعاقد التعويض إذا كانت الأعباء أو الأشغال الإضافية بسبب خطأ أو سوء تقدير منه[3]، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره بـ31يوليو2009رفض طلب التعويض بناء على هذه النظرية معللا قراره بعدم التزام الشركة المتعاقدة(فال دي مارن) بذل عناية الرجل العادي للتحقق من طبيعة الأشغال محل التنفيذ[4]، وسايره القضاء الإداري المصري بالتأكيد على التزام المتعاقد بذل العناية اللازمة للتحري ومعرفة طبيعة الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد كشرط لتطبيق هذه النظرية، وقضت برفض تعويض المتعاقد عن الأعمال الإضافية استنادا إلى هذه النظرية بسبب خطأ المتعاقد في عدم مراعاة الجوانب التقنية والفنية لدراسة تصاميم المشروع وتقييمه قبل تقديم عطائه، أو عدم إبداء التحفظات الفنية للإدارة أو تأخره عن ذلك[1]، وهو ما أكدته المادة11من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصري لسنة1988[2].

أما في الجزائر أكدت المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021على شرط عدم توقع الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية أو الصفقات العمومية للأشغال العامة[3]، التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري واختلال التوازن المالي للعقد ويجعل تنفيذه مرهقا للمتعاقد يبرز فارق

---

[1] جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.347.

[2] المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021.

[3] غسان عبد اللطيف الجيوش، المرجع السابق، ص.158.

[4] CE du31juillet2009,7éme et 2éme sous-sections réunies,300729,www.legifrance.gouv.fr

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم701 لسنة14، ق ع بتاريخ14يونيو1969.

[2] المادة11من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصري لسنة1988.

[3] المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة2021.

الأعباء والنفقات الإضافية المنفقة من المتعاقد لمعالجة تلك الصعوبات والقيمة المالية الإجمالية الواردة في العقد الأصلي أو الوثائق الملحقة به[1].

د-**ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية:** يقتضي هذا الشرط التزام المتعاقد بواجب الاستمرار في تنفيذ العقد عندما تصادفه صعوبات مادية غير متوقعة للمطالبة بالتعويض عن الخسائر الفادحة التي لحقته بسبب تلك الصعوبات حتى وإن أدى ذلك إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقا وتكلفة على المتعاقد، على أن يفقد المتعاقد بسبب التوقف عن التنفيذ بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة حق المطالبة بالتعويض الكلي عن الخسائر التي لحقته وجاز للإدارة فرض جزاءات لضمان التزامه بتنفيذ العقد واستمراريته[2]، وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بضرورة تعويض المتعاقد الملتزم بتنفيذ أعمال إضافية توجب نفقات وتكاليف جديدة[3]، مع أن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية إلا إذا كان التنفيذ مستحيلا[4].

ثانيا: سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يحوز قاضي العقد في دعوى التعويض لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، سلطة تحديد مدى توافر شروط تطبيق النظرية والعمل على تقدير ومنح التعويض بحسب الصعوبات الاستثنائية ودرجة الأضرار التي لحقت المتعاقد، هذا فضلا على إعفاءه من الغرامة التأخيرية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المتأخر على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

أ-**سلطة قاضي العقد في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة وحسابه:** في مقابل التزام المتعاقد بتنفيذ الأعمال الإضافية وتحمل التكاليف والنفقات المالية الجديدة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة عند التعاقد متى كان ذلك ممكنا، جاز له المطالبة

---

[1] حسن محمد علي البنان.قيدار عبد القادر صالح.بشار رشيد حسين، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد11، العدد41، 2022 ، ص.122.

[2] حسن محمد علي حسن البنان، اثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، العراق المجلد16، العدد58، س18، ص.ص188.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم567 لسنة29، ق ع بتاريخ30ديمسبر1997.

[4] خليفة عبد المنعم عبد العزيز، المرجع السابق، ص.187.

بالتعويض الكلي عن الأضرار التي لحقته بسبب تلك الصعوبات وجعلت تنفيذ العقد مرهقا كأثر لاستمراره في تنفيذ الالتزام العقدي، وهو أمر يلزم المتعاقد إثبات الأضرار التي لحقته في ظل قيام الصعوبات المادية، وينصب دور قاضي العقد التحقق من مدى توافر شروط تطبيق النظرية، ومدى استحقاق المتعاقد التعويض الكلي بالنظر للأوضاع المحيطة بالمشروع ونسبة الإنجاز وظروف المتعاقد وحجم الصعوبات وطبيعتها وقيمة الأعباء والنفقات الإضافية للمتعاقد لمواجهة تلك الصعوبات[1]، ولقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض الكلي للمتعاقد عن التكاليف والنفقات المالية الإضافية التي تحملها لمواجهة تلك الصعوبات والإرهاق[2]، وهو ما امتد إلى جهات القضاء الإداري بفرنسا[3]، ويحتسب مقدار التعويض الكلي وفق ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي بالنظر للسعر المتفق عليه في العقد الأصلي مع حسم قيمة الأضرار التي تعود إلى خطأ المتعاقد في الدراسة والجدية في تقييم تلك الصعوبات، مع الأخذ بعين الاعتبار الأسعار الجديدة متى ترتب على تلك الصعوبات تغيير جوهري لظروف إبرام العقد وتحديد الأسعار المتفق عليها[4]، ولقد نصت المادة3.17من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي على مبدأ التعويض الكلي بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة[1].

ويكون تحديد مقدار التعويض من اختصاص قاضي العقد بالنظر إلى الأوضاع المحيطة بالمشروع ونسبة الإنجاز، وكذا ظروف المتعاقد وحجم الصعوبات وتحديد طبيعتها وقيمة الأعباء والنفقات الإضافية للمتعاقد لمواجهة تلك الصعوبات، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسيليا في حكمها بتاريخ10يوليو2017[2]، وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي بتبني مبدأ التعويض الكلي للمتعاقد عن الأعباء والنفقات الإضافية والأضرار التي تحملها بسبب الصعوبات، وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على مبدأ التعويض الكلي للمتعاقد يغطي الأعباء المالية الجديدة التي تحملها متى

---

[1]بالجيلالي خالد، سلطة القاضي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص.173.

[2]CE,21février2000,187257, inédit au recueillebon.www.legifrance.gouv.fr

[3]علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص.561.

[4]حسن محمد علي البنان. قيدار عبد القادر صالح. بشار رشيد حسين، المرجع السابق، ص.126.

[1]Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, JORF n° 78 du 1er avril 2021.

[2]CAA de Marseille, 10juillet2017, 6éme chambre-formation à3,12MA01430,Inédit au recueillbon, www.legifrance.gouv.fr.

توافرت شروط ذلك[1]، ولم يخرج المشرع والقضاء الإداري الجزائري على هذا النهج وهو ما يمكن استخلاصه باستقراء أهم النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية المختلفة في ظل غياب قانون خاص بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، من ذلك ما أشارت إليه ضمنيا المادة87من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة153من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى، بأنه يتوجب على المصلحة المتعاقدة إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على الأطراف المتعاقدة، دون تحديد أسباب لاختلال التوازن المالي لعقد الصفقة العامة[2]، وفي المقابل نصت المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021على مبدأ التعويض الكلي عن الأضرار بسبب تلك الصعوبات بسبب التبعات التقنية غير المتوقعة تعويضا كليا[3].

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة112-3باستحقاق المتعاقد(المقاول)التعويض الذي يتناسب مع الضرر الذي لحق به جراء ظاهرة طبيعية تؤدي إلى خسائر أو أضرار أو تلف في ورشة الانجاز مع التزام المتعاقد باتخاذ كل التدابير لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة وضمان استمرارية المشروع أو الأشغال الملتزم بها من المتعاقد، وإخطار الإدارة عن الوقائع والصعوبات في أجل عشرة أيام وهو ما يلزم طرفي العقد اتخاذ التدابير التي من شأنها ضمان تنفيذ الالتزام العقدي واستمراريته في أجل شهرين على الأكثر[1].

ب-إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة: إلى جانب ذلك يعفى المتعاقد من غرامات التأخير عندما تؤدي تلك الصعوبات إلى التأخر في التنفيذ خلال المدة المتفق عليها ويجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا وكلفة على المتعاقد، ولقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير التي قد توقعها الإدارة بسبب عدم الوفاء أو التأخر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب صعوبات مادية غير متوقعة اعترضت

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقمي11130و12400لسنة49 ق ع بتاريخ24يناير2017.

[2]المادة87من قانون الصفقات العمومية الحالي التي حلت محل المادة153من المرسوم الرئاسي رقم15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الملغى.

[3]المادة108من المرسوم التنفيذي رقم21-219المؤرخ في 20مايو2021يتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021

[1]المادة111من المرسوم التنفيذي رقم21-219المؤرخ في 20مايو2021 السالف الذكر

المتعاقد عند التنفيذ[1]، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري المصري من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بـ05يونيو2007بإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير كون العوائق المرتبطة بموقع التنفيذ حسب لجنة الخبرة حالت دون إتمام الأعمال في الأجل المحدد في العقد ولا وجه لتوقيع غرامة التأخير بسبب إشكالات في موقع التنفيذ[2]، وهو ما أكدته في العديد من أحكامها معتبرة أن أساس سلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير مرتبط بإخلال المتعاقد أو تراخيه عن الالتزام بالتنفيذ في الأجل المحدد، وهو ما لا يسيغ للإدارة توقيع غرامة التأخير إذا كان ذلك خارج عن نطاق إرادة المتعاقد معها كالصعوبات المادية غير المتوقعة أثناء التعاقد[3].

ولما كان حق المتعاقد في استحقاق التعويض الكلي عن الأعباء والنفقات المالية الجديدة بسبب تلك الصعوبات يوجب على الإدارة دفع التعويض الكلي للمتعاقد معها متى توافرت شروط النظرية وبتقدير من قاضي العقد، فإن الإدارة قد تعفى كليا أو جزئيا من ذلك وفق ما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، فقد تعفى الإدارة كليا عند تضمين العقد الأصلي بندا يعفي الإدارة من المسؤولية عند وجود صعوبات مادية غير متوقعة والتزام المتعاقد بتحمل المخاطر التي قد ترتبها حال تنفيذ الالتزام العقدي بغض النظر عن طبيعتها أو درجة الأضرار[4]، وهو أمر لم يقبله مجلس الدولة الفرنسي مؤكدا بأن إعفاء الإدارة من التعويض الكلي مرتبط بالصعوبات المادية العادية دون امتداده للصعوبات الاستثنائية غير العادية التي تسيغ للمتعاقد استحقاق التعويض الكلي رغم الاتفاق على الإعفاء من التعويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة[5].

كما قد تعفى الإدارة جزئيا من تحمل مسؤوليتها في تعويض المتعاقد بسبب تلك الصعوبات، في حالة تضمين العقد شرطا يقضي بإعفاء الإدارة من المسؤولية بالنسبة

---

[1] CE 9juillet1965,commune de Dving rec,p545,www.conseil-etat.fr

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها بتاريخ05يونيو2007؛

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم11488لسنة51، ق ع بتاريخ09يونيو2009؛ حكمها بالطعن رقم359لسنة48، ق ع بتاريخ03سبتمبر2006؛ المكتب الفني للمحكمة س54، ص.627.

[4] جورج توفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري(القواعد القانونية للنشط الإداري)، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص.1039.

[5] حسن محمد علي البنان. قيدار عبد القادر صالح.بشار رشيد حسين، المرجع السابق، ص.128.

لصعوبات مادية محددة يتحمل المتعاقد مخاطرها والأضرار التي ترتبها عند تنفيذ العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما استقر عليه الفقه الإداري بصحة الاتفاق على الإعفاء الجزئي للإدارة عن تعويض المتعاقد معها الذي تلحقه أضرار معينة بسبب إجراءات محددة صادرة عن الإدارة[1]، مع العلم أن تحديد نطاق وطبيعة الصعوبات المادية غير المتوقعة الموجبة للتعويض الكلي يدخل في نطاق اختصاص قاضي العقد وسلطته في تحديد التعويض ومقداره لإعادة التوازن المالي للعقد وجبر الأضرار التي لحقت المتعاقد بسبب تلك الصعوبات[2]، وتبعا لذلك من الناحية المنطقية لا يسوغ للإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها لإعفائها من تحمل مسؤوليتها بتعويضه عن الأضرار التي صادفته أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى وإن وجد شرط يقضي بذلك باعتبار أن قواعد العدالة وحسن النية في التنفيذ، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، التوازن المالي للعقد الإداري، المسؤولية العقدية للإدارة بدون خطأ تفرض على الإدارة تحمل مسؤوليتها اتجاه المتعاقد معها ومشاركته في مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة التي صادفته أثناء تنفيذ التزاماته المتفق عليها عند التعاقد.

[1] محمد موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص170و.171.

[2] محمد موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص.171.

خاتمة

قد أبرزت الدراسة أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتبارها وسيلة فعالة لتجسيد مظاهر التعاون المشترك لتنفيذ وتمويل مشاريع عامة مشتركة للتنمية المستدامة وإشباع حاجات عامة أو تقديم الخدمات العامة، وهو ما يعمل على تعزيز المساهمة الفعالة للقطاع الخاص في إنجاز أو تمويل أو إدارة مشاريع عامة في قطاعات البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العمومية، والاستفادة من القدرات والكفاءة والموارد المالية والبشرية المتخصصة المؤهلة التي يتوافر عليها القطاع الخاص لاسيما وأن الواقع العملي أبرز عدم قدرة الدولة ومؤسسات القطاع العام وحدها على إنجاز أو تشييد كافة المشاريع العامة وتمويلها وتراكم الديون العامة، وتراجع مستويات التنمية والخدمة وكفاءة الأداء بالقطاع العام، الأمر الذي يعد من أهم مبررات اللجوء للشراكة مع القطاع الخاص وبروز نماذج عالمية ناجحة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إنجاز وتمويل وإدارة مشاريع عامة في مجالات البنية التحتية أو المرافق العامة أو الخدمات العمومية، وهو ما انتهجته فرنسا ومصر وبطريقة غير مباشرة الجزائر.

ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها: أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعين الفرنسي والمصري تعتبر عقود إدارية خاصة مكتوبة تبرم بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص(الشريك الخاص)،يكون محلها إنجاز أو تمويل أو صيانة أو تسيير مشاريع عامة في قطاعات البنية التحتية وإدارة المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة، ويتحمل الشريك الخاص نفقات الإنجاز والتمويل والأصول الضرورية للمشروع العام، مع مراعاة مبدأي المسؤولية وتقاسم المخاطر المرتبطة بتنفيذ المشروع العام محل التعاقد بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما استقر عليه التشريع الجزائري لاسيما في غياب قانون خاص بالشراكة بين القطاعين العام والخاص متبنيا المعنى الواسع للشراكة وإدراجها ضمن مفهوم عقود الاستثمار التي تبرمها الجهة الإدارية وفقا لقانون الاستثمار أو القوانين الخاصة.

أن الطبيعة القانونية الخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص جعلت منها عقودامتعددة الأطراف وشاملة تخضع لنظام قانوني خاص، قوامها توزيع المسؤوليات والمخاطر بين الشركاء.

أن غياب تنظيم قانوني خاص بالمفهوم الجديد لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، أدى إلى عدم وضوح الرؤية وصعوبة تحديد طبيعتها القانونية ونطاقها خلافا للتشريعين الفرنسي والمصري في اعتبارهما أنها عقود إدارية.

أن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمر في غاية الأهمية، يمكن من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات إبرام أو تنفيذ وتحديد طبيعة المنازعات الناشئة عن تلك العقود والجهات القضائية المختصة بالفصل في منازعاتها، وهو ما أكد عليه كل من المشرع الفرنسي والمصري وتبناه المشرع الجزائري من خلال الإقرار بالطابع الإداري لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والطبيعة القضائية للمنازعات الناشئة عن إبرام أو تنفيذ تلك العقود باعتبارها كقاعدة عامة منازعات إدارية وفقا للمعيار العضوي، وإخضاعها لنفس القواعد المطبقة على المنازعات الإدارية المختلفة، وهو تبناه القضاء الإداري واختلف بشأنه الفقه الإداري في التشريعات محل المقارنة.

أن القول بالطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يمنع الأطراف المتعاقدة تسوية الخلافات الناشئة بينهم وديا لاسيما في ظل تطور قواعد القانون الدولي العام وما تبعه من تطور لقواعد التجارة الدولية وبروز وسائل التسوية الودية للنزاعات دون اللجوء إلى القضاء كالتحكيم، والوساطة، المفاوضات، التوفيق، وهو ما يبرز التوجه الفقهي الحديث بجواز التحكيم لتسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أنه رغم الخلاف الفقهي من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن المستقر في التشريع الفرنسي جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتبناه القضاء الإداري الفرنسي في الأخذ بالمعيار القانوني، واستقر التشريع القضاء الإداري المصريين على جواز التحكيم بنص خاص. وفي المقابل لم يخرج التشريع الجزائري على ذلك لاسيما في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008المعدل والتشريعات المكلمة له، وتبناه القضاء الإداري الجزائري بخصوص التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة استنادا على القانون النافذ.

يتحدد نطاق منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمنازعات الإبرام المرتبطة أساسا بالإخلال بالمبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (العلانية والمنافسة، مبدأ المساواة، مبدأي الشفافية والتفاوض)، وأن الإخلال بأحد المبادئ

يمنح للطرف المتضرر حق الطعن أمام الجهات المختصة لحماية حقوقه المقررة قانونا وحمل الجهة الإدارية على التقيد واحترام تلك المبادئ تحت طائلة عدم صحة عمليات الإبرام، وتضاف إلى ذلك المنازعات التي تثيرها عدم صحة عمليات الإبرام نتيجة الإخلال بأحد الشروط الشكلية أو الموضوعية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المحددة في التشريعات محل المقارنة.

إن تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كقاعدة عامة يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، غير أنه يمكن الاستعانة بالوسائل الودية لتسوية منازعات الإبرام كالتحكيم، التظلم، الوساطة، التفاوض، الصلح، التوفيق، الخبرة.

أن التظلم يجد إعمالا أكثر له في منازعات التنفيذ غير أنه لا مانع من تسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا تعلق الأمر بالقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام العقد أو انعقاده أو تكوينه.

أنه رغم عدم وجود نص صريح يجيز التوفيق لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أنه لا مانع من ذلك مادام أن الهدف من إجراء التوفيق هو التوصل إلى حل توافقي للنزاعات الناشئة عن إبرام العقود.

لم تنص التشريعات محل المقارنة صراحة على الصلح لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، غير أنه لا يوجد ما يمنع من الالتجاء إلى الصلح وفقا لقواعد القانون المدني، على أن يقتصر الصلح على منازعات الإبرام المتعلقة بمسائل التعويض في نطاق القضاء الكامل دون امتدادها للمنازعات التي تثيرها القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام العقود الإدارية المختلفة.

أن الوساطة كوسيلة ودية تجد إعمالا أكثر لها في مادة القضاء الكامل من ذلك منازعات الإبرام التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء وفق ما أكد عليه التشريع الجزائري، وفي المقابل لم يرد في التشريع الفرنسي ما يشير إلى الوساطة في مادة العقود الإدارية إلا ما تعلق بالوساطة في العقود المدنية، ويلاحظ كذلك على المشرع المصري عدم تناوله الوساطة وربطها بالتوفيق في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية.

أن اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمر غير وارد في هذا المجال باستثناء ما تعلق بمنازعات التعويض عن الأضرار المترتبة عن الأعمال المادية، وهو أكد عليه التشريعين الفرنسي والمصري وربط جواز التحكيم بمنازعات تنفيذ العقود الإدارية فقط، واستقر عليه التشريع الجزائري باعتبار أن التحكيم يجد تطبيقا أكثر له في منازعات التنفيذ إلا ما تعلق بمنازعات التعويض عن أضرار الأعمال المادية في المجال التعاقدي، وتبعا لذلك إن الغالب في تسوية منازعات إبرام العقود الإدارية بما فيها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو الطريق القضائي رغم أنه لا مانع من الاستعانة بأحد وسائل التسوية الودية لها طالما أن النص القانوني لا يمنع ذلك رغم محدودية دورها في مرحلة الإبرام.

تعد الرقابة القضائية التي تحكمها قواعد إجرائية وموضوعية خاصة وسيلة فعالة لحماية حقوق الأطراف المتعاقدة لاسيما الشريك المتعاقد مع الشخص المعنوي العام، التي يتحدد نطاقها بدعاوى الإلغاء في مادة إبرام العقود الإدارية المختلفة، أو دعاوى الاستعجال قبل التعاقدي، أو دعاوى التعويض المرتبطة أساسا بدعاوى بطلان العقد محل التعاقد، أو دعاوى التعويض عن القرارات الصادرة الجهة الإدارية في مرحلة إبرام العقد أو انعقاده.

أنه رغم الخلاف الفقهي حول جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة، فإن المستقر عليه في التشريعات محل المقارنة هو تكريس مبدأ حظر الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واستثناء أجاز التشريع أو القضاء الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري من ذلك الطعن بالإلغاء من قبل ممثل(مفوض)الدولة بالطعن ضد العقود المبرمة من قبل الهيئات المحلية أو المؤسسات العمومية المحلية، أو ما تعلق بالعقود الخاصة بتنظيم أو إدارة أو تسيير المرافق العامة(الشروط اللائحية أو التنظيمية التي تتضمنها العقود الإدارية).

لقد استقر كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري بقبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة إبرام وتكوين العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء ما تعلق بالقرارات السابقة على عملية الإبرام أو المقترنة بها، هذا فضلا على القرارات الخاصة باعتماد العقود الإدارية أو إبرامها أو رفضها، وكذا قرارات التوقيع على العقود الإدارية أو رفضها، التي تدخل في نطاق القرارات الإدارية

المنفصلة التي قد تثير منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما يمنح للمتضرر الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

ويشترط لقبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، ضرورة توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية المطبقة على دعاوى الإلغاء بصفة عامة مع بعض الخصوصية، ولعل من أهم شرط قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادرة في المراحل التمهيدية لإعداد وتكوين تلك العقود، أن يكون الطلب كقاعدة عامة مقدما من غير المتعاقد، باعتبار أن المتعاقد يمكنه تقديم طلب بطلان العقد أمام قاضي العقد.

يقتصر دور القاضي الإداري في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها بقبول الدعوى أو رفضها، من خلال الفصل في مدى مشروعية تلك القرارات أو الإجراءات الإدارية التي ساهمت في تكوين العقد أو انعقاده، دون امتداد سلطته للحكم بإلغاء العقد أو إبطاله بما يجعل آثار حكم الإلغاء تقتصر على القرار الإداري المنفصل محل دعوى الإلغاء الناشئة في مرحلة الإبرام.

أن ما يميز الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات ابرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أنها دعوى وقتية استعجالية يحكمها نظام قانوني خاص، مع أن التشريع الفرنسي أجاز الدعوى الاستعجالية اللاحقة وهو أمر من شأنه تعزيز حماية الأطراف المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية.

إن إقامة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية التي تثيرها منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يكون من تاريخ الإعلان عن الطلبات العامة ومباشرة الإجراءات التعاقدية، والتي يكون سببها مخالفة قواعد العلانية والمنافسة خلال مرحلة الإبرام وليس بعد توقيع العقد، والتي تقتضي توافر عنصر: الاستعجال، الخطر، والضرر، وهو أمر أكدت عليه التشريعات محل المقارنة.

يتحدد نطاق اختصاص القاضي الإداري في الدعاوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالتشريعات محل المقارنة، دراسة مدى جدية الطلب المستعجل بما يمنح له سلطة رفض أو قبول ذلك الطلب، على أنه في حالة قبول الطلب الاستعجالي لتوافر شروطه يحوز القاضي الاستعجالي

سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بما يمنح له سلطة توجه أوامر استعجالية لجهة الإدارة للقيام بعمل أو العدول عنه، وإلزامها باحترام الإجراءات والمراحل والأساليب والحالات والمبادئ العامة للتعاقد وشفافية الإجراءات وعمليات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

كما يمكنه الأمر بوقف إجراءات إبرام العقد أو تأجيل توقيعه أو اتخاذ كل قرار متعلق بالإبرام أو الانعقاد أو تعطيل العمليات التعاقديةوهو ما يعد ضمانة للطرف المتضرر، أو فرض غرامات تهديدية ضد الإدارة المتعاقدة عن الامتناع أو التأخر في تنفيذ الأمر الصادر ضدها، هذا فضلا على أنه يملك سلطة اتخاذ إجراءات نهائية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية لإخلال الجهة الإدارية بمبادئ العلانية أو الشفافية من عند إبرام العقود الإدارية المختلفة، كما يمكنه إلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بالعمليات التعاقدية لإبرام العقد الإداري أو انعقاده أو تكوينه، أو إلغاء بعض الشروط التي تتعارض مع أحد المبادئ العامة للتعاقد وكذا إلزام جهة الإدارة بعدم التوقيع على العقد حتى تاريخ صدور القرار القضائي الفاصل في دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أنه رغم الخلاف الفقهي بشأن امتداد أثر حكم إلغاء القرار المنفصل على العقد ذاته، فإن المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي والمصري هو تبني الموقف التقليدي بالتأكيد على عدم امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقد ذاته واستمراره ما لم يتمسك أطراف الخصومة القضائية بحكم الإلغاء واللجوء إلى قاضي العقد والمطالبة بإبطال العقد بناء على حكم إلغاء تلك القرارات التي ساهمت في تكوين أو إبرام العقد، وفي المقابل تميز موقف الفقه والقضاء في الجزائر بعدم الوضوح من مسألة امتداد حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إلى العقود الإدارية المساهمة في تكوينها، وهو ما أثار مسألة الفصل بين القرارات المنفصلة والعقود المتكونة عنها، غير أنه تأثر بالموقف التقليدي الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا ومصر.

أنه لا يترتب على إصدار حكم الإلغاء بطلان العقد ذاته إلا بعد اللجوء لقاضي العقد باعتباره المختص نوعيا بدعاوى بطلان العقد، الذي ينصب دوره بتقدير مدى تأثير حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الفاصل في دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها على العملية التعاقدية أو العقد ذاته،

وأثر حكم إلغاء العقد في مواجهة أطرافه أو الحقوق المكتسبة، ولا يمكن لقاضي العقد إلغاء العقد في مجموعه متى رتب القرار موضوع الإلغاء حقوقا مكتسبة لأحد المتعاقدين، على أنه يقضي ببطلان العقد في الحالة التي يكون فيها سبب إلغاء القرار الإداري المنفصل هو عدم مشروعية العقد ذاته، أو عدم صحة بعض شروطه.

أنه رغم أهمية دور القضاء الإداري في منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص واكتساب حكم الإلغاء حجية قضائية، إلا أنه يمكن للشخص المعنوي العام التصدي لذلك والتمسك باستمرارية العقد تحت ستار المصلحة العامة أو ضرورات سير المشروع أو المرفق العام، وهو ما يعزز دور الوسائل الودية.

تعتبر تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق القضاء من أهم الضمانات المعترف بها قانونا للأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل عدم فعالية القضاء الدولي، وهو ما يمنح لهم حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقهم أو مراكزهم التعاقدية المحددة في التشريعات محل المقارنة أو ضمن بنود العقد.

إن اعتماد طرق التسوية غير القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أصبح ضرورة حتمية ومطلبا لجذب الاستثمار والشركاء الاقتصاديين لاعتمادها على إجراءات أقل تعقيدا مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء، سواء ما تعلق بالوسائل الودية كالصلح والتظلم، التوفيق، الخبرة، الوساطة، والمفاوضات، أو الوسائل الإلزامية كالتحكيم، وهو ما أجازته التشريعات محل المقارنة صراحة أو ضمنيا.

أن التظلم في التشريعات محل المقارنة كقاعدة عامة يعتبر اختياريا غير أنه إلزامي في حالات محددة حصرا قبل اللجوء للقضاء، ولعل من أهم آثار التظلم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أنه يعد سببا قاطعا لآجال الدعوى الإدارية ويمنح للمتظلم أجلا إضافيا لرفع دعواه، يسري من تاريخ قرار الرفض الصريح أو الضمني للتظلم الإداري، وتتحصن القرارات الإدارية بعد انقضاء الآجال القانونية للتقاضي.

أنه رغم أهمية إجراء التظلم المسبق وجوازيته كقاعدة عامة في التشريعات محل المقارنة واعتباره إجراء إداريا لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وديا قبل اللجوء للقضاء، فإن الواقع العملي أثبت محدودية دور التظلم وعدم فعاليته في تحقيق الغرض من الاعتماد عليه ويجعله رهينا بجهة الإدارة واتجاه إرادتها لتسوية خلافاتها بالتظلم.

أن الهدف من إجراء التفاوض هو الوصول إلى حل توافقي لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو ما أجازته التشريعات محل المقارنة، غير أن أهمية وفعالية التفاوض تبقى مرهونة دائما بنجاح عمليات التفاوض ومدى حجية والتزام الأطراف المعنية بالقرار الصادر في نطاقه، على أنه في حالة فشل التفاوض تستطيع الأطراف المعنية اللجوء إلى الطريق القضائي أو اللجوء للتحكيم، أو الوساطة، أو التوفيق.

أنه رغم أهمية وغاية الصلح كإجراء يهدف إلى التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وجوازيته في التشريعات محل المقارنة، إلا أن الواقع العملي أثبت إلى حد كبير محدودية إجراء الصلح في مادة العقود الإدارية وعدم فعاليته في تسوية المنازعات الإدارية عامة، وذلك بالنظر إلى المركز القانوني التعاقدي الممتاز لجهة الإدارة والسلطات الاستثنائية التي تحوزها اتجاه المتعاقدين أو الأفراد، فضلا على عدم ايلاءها أهمية لهذا الإجراء ما يبرر في الغالب امتناعها حضور جلسات الصلح، وأن فعالية إجراء الصلح مرهون بإرادة جهة الإدارة ورغبتها في الاعتماد على الصلح لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والالتزام ببنود الاتفاق.

أن الوساطة كأحد وسائل التسوية الودية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تتشابه في الغالب مع إجراء الصلح غايتها اقتراح حلول لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المعنية لإيجاد حل النزاع الناشئ بينها. ورغم أهمية إجراء الوساطة إلى أنها لا تعدو مجرد إجراء جوازي أو إلزامي تتم في الغالب تحت إشراف ورقابة القضاء الإداري، وهو أمر يؤكد محدودية دور الوساطة كوسيلة ودية لتسوية منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع أن هذا القول ليس على إطلاقه في حالة التزام الأطراف المعنية بالحلول المقترحة أو على الأقل أخذها بعين الاعتبار كاقتراح تسوية النزاع بالتحكيم مثلا بدلا من اللجوء إلى القضاء.

أن المشرع الجزائري رغم أنه لم يشر صراحة إلى التوفيق لتسوية منازعات العلاقات القانونية مثلما هو الأمر في التشريعين الفرنسي والمصري، غير أنه لا مانع من الاستعانة بالتوفيق لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والاستعانة بالكفاءة

في هذا المجال لاقتراح حلول من شأنها تسوية النزاع نهائيا بين الأطراف المعنية دون اللجوء للقضاء لاسيما إذا تعلق الأمر بمنازعات عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي، وقد أثبت الواقع العملي محدودية التوفيق وعدم فعاليته في تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية المختلفة، فضلا على قلة تطبيقاته العملية ولا يعدو أن يكون في الغالب عملية تمهيدية لحل النزاعات الناشئة بالتحكيم.

أن فعالية إجراء الخبرة لتسوية منازعات إبرام العقود الإدارية المختلفة أو تنفيذها مرتبط بالسلطة التقديرية للقاضي ومدى الالتزام بها أو رفضها، غير أنه قد يكون ملزما له في المسائل ذات الطابع الفني والتقني والقانوني التي تخرج عن إدراك القاضي وتجعله عاجزا على التعامل معها.

أن أهمية التحكيم وبروز دوره في تسوية المنازعات التي تثيرها العلاقات القانونية العقدية لاسيما ذات الطابع الدولي رغم الخلافات الفقهية والقضائية حول جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دفع كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري وضع قواعد شكلية وموضوعية لصحة اتفاق التحكيم أو سير الإجراءات الخصومة التحكيمية، أو الأحكام الصادرة في نطاقها وكذا تنفيذها وإشكالات ذلك وفق أحكام عامة مشتركة تطبق على كافة منازعات العقود الإدارية المختلفة بما فيها منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أنه رغم استقلال إجراءات الخصومة التحكيمية عن القضاء وارتباطه بإرادة الأطراف المعنية، إلا أن التشريعات محل المقارنة قد منحت القضاء سلطات رقابية هامة تمتد على كافة مراحل وإجراءات التحكيم، سواء ما تعلق بمراقبة مدى مشروعية اتفاق التحكيم، أو اختيار المحكمين، أو تنفيذ قرارات التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والطعن فيها.

يقتصر دور هيئة التحكيم في التشريعات محل المقارنة النظر في النزاع محل التحكيم بما يمنح له صلاحية طلب المستندات واستلام ادعاءات طرفي التحكيم والاستماع لهم والاستعانة بالخبراء، والأمر بتقديم مستندات أو أدلة ضرورية أو اتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة تحت طائلة توقيع الغرامات التهديدية، ودورها للبت بالوقائع المتعلقة بالتزوير أو صحة الكتابة أو النظر في طلب وقف الخصومة التحكيمية، أو الأمر بوقف إجراءات التحكيم في حالة وفاة

المحكم أو عجزه أو امتناعه عن التصويت أو استقالته أو الطعن فيه أو إقالته، أو قصر مدته، على أن تلزم هيئة التحكيم بتحديد تاريخ الفصل في النزاع موضوع التحكيم، وأن انتهاء فترة التحكيم يؤدي إلى انتهاء إجراءات التحكيم.

تستند محكمة التحكيم حال فصلها في النزاع الناشئ على قواعد قانون اختيار طرفي اتفاق التحكيم أو قواعد القانون والأعراف التي تتماشى مع طبيعة النزاع والخصومة بقرار حاسم كليا أو جزئيا لذلك النزاع، التي يشترط لصحتها ما يشترط في الأحكام القضائية(الشكلية، التسبيب..)، وتحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها بخصوص النزاع المثار أمام هيئة التحكيم مع استنفاذ ولايتها لنظر ذلك النزاع، إلا إذا تعلق الأمر بتفسير قرار التحكيم أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات وفق ما أكدت عليه التشريعات محل المقارنة.

أن تنفيذ قرار التحكيم يقتضي صدور أمر تنفيذي صادر عن المحكمة التي صدر القرار في نطاقها بشأن الإجراء المتعلق بالتنفيذ مع إيداع أصل الحكم ونسخة من اتفاق التحكيم لدى المحكمة كإجراء جوهري للتنفيذ، مع مراعاة عدم تعارض اتفاق التحكيم أو الحكم الصادر استنادا عليه مع النظام العام، ولا يجوز الطعن بالاستئناف أو المعارضة ضد قرارات التحكيم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، مع جواز طعن الغير الخارج عن الخصومة قبل إحالة النزاع الناشئ على القضاء، وجواز إلغاء قرارات التحكيم ما لم يكن الاستئناف متاحا أمام أطراف اتفاق التحكيم لاسيما بالنسبة لأوامر رفض الاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

تحوز أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص حجية الأمر المقضي به اتجاه طرفي اتفاق التحكيم بما يوجب الالتزام به استنادا على مبدأ حسن النية في تنفيذ أحكام التحكيم لتسوية النزاع الناشئ دون اللجوء للقضاء، وقد أبرز الواقع العملي نتائج ايجابية بشأن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم دون المساس بحق الأطراف المعنية الطعن ضد تلك الأحكام وفقا للقواعد والأحكام التي حددتها التشريعات محل المقارنة، وهو ما يبرز أهمية التحكيم وفعاليته عموما في تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية للأشخاص المعنوية العامة لاسيما المعاملات الاقتصادية الدولية.

إن تنفيذ أحكام التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تخضع كقاعدة عامة لنفس إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المحددة في التشريعات

الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لاسيما اتفاقية نيويورك لعام1958بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وهو ما أكدت عليه التشريعات محل المقارنة مع أن المشرع الفرنسي ميّز بين تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي الذي يكون بأمر من المحكمة الذي صدر في نطاقها الإجراء الخاص بطلب التنفيذ، على أن تختص محكمة استئناف باريس بإصدار أوامر لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج، وهو ما انتهجه المشرع المصري خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يميز بين أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع الناشئ.

أن المشرع الفرنسي أجاز الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادرة في فرنسا وليس خارجها، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك ما لم يتعلق الأمر بالطعن ضد أوامر رفض الاعتراف بقرارات أو أحكام التحكيم الأجنبية أو تنفيذها، وفي المقابل أقر قانون التحكيم المصري بعدم قبول الطعن ضد أحكام التحكيم المختلفة دون التمييز بينها، ومتى توافرت أحد أسباب البطلان يجوز الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو ما سايره نوعا ما المشرع الجزائري بعدم قبول الطعن بالمعارضة ضد أحكام التحكيم مع جواز الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام الجهة القضائية المختصة قبل عرض النزاع الناشئ على التحكيم، غير أنه أجاز الاستئناف والطعن بالنقض والطعن بالبطلان وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية النافذ، وهو أمر يمنح للقضاء دور حقيقي على كافة مراحل الخصومة التحكيمية والأحكام الصادرة في نطاقها، ويبرز العلاقة التكاملية بين التحكيم والقضاء لحسم النزاعات التعاقدية.

أن فعالية التحكيم وجدوى الأحكام الصادرة استنادا له تبقى مرهونة بمدى التزام أطراف اتفاق التحكيم بتلك الأحكام وتنفيذها، ومعالجة حالات التعارض بين تلك الأحكام أو إشكالات تنفيذها، فضلا على تنظيم المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذا غياب المعالجة القانونية الدقيقة لحالات رفض تنفيذ أحكام التحكيم المختلفة اتجاه من صدرت في مواجهتهم تلك الأحكام لاسيما الأجنبية منها الصادرة ضد الدول، وعدم القدرة على مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري لها أو ضوابط ذلك، وهو أمر قد يؤثر على فعالية وحجية أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أن الواقع العملي أثبت فعالية أحكام التحكيم والتزام أطرافه بالتنفيذ وهو ما يبرر التطبيقات العديدة للتحكيم في تسوية منازعات العلاقات القانونية المختلفة لاسيما ذات الطابع الدولي مقارنة بالوسائل غير القضائية الأخرى، وأنه حتى في ظل رفض الدول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة ضدها إلا أن التنفيذ قد يكون غالبا في الخارج.

يبرز دور القضاء الكامل أكثر في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مقارنة بقضاء الإلغاء لاسيما في ظل تكريس مبدأ عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية المختلفة باستثناء طعن الغير مثلما أكدت عليه التشريعات محل المقارنة وتبناه القضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري.

يتحدد نطاق اختصاص القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل المرتبطة بمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمنازعات التي تثيرها الطبيعة الذاتية للمنازعة المرتبطة ببنود العقد سواء ما تعلق مثلا بتنفيذ عقود الشراكة أو انقضائها، أو بطلان تلك العقود أو فسخها، إلى جانب دعاوى الحصول على مبالغ مالية، ودعاوى إبطال تصرفات الإدارة المتعاقدة، ودعاوى التعويض المختلفة، ولا تخضع هذه الدعاوى إلى آجال محددة كدعاوى الإلغاء ما لم يرد في ذلك نص خاص، وأن مباشرتها يتقادم بتقادم الحق المدعى به، وهو ما أكدته التشريعات محل المقارنة.

تتحدد سلطة قاضي العقد في دعاوى بطلان تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لوجود عيب في التكوين أو الأركان أو شروط الصحة، بإبطال العقد محل الطعن بالبطلان أو إبطال بعض الشروط أو التصرفات لمخالفتها بنود العقد المبرم، أو فسخ العقد متى اقتضت مصلحة المتعاقدين أو أحدهما ذلك، وكذا إلزام جهة الإدارة تعويض المتضرر عن الأضرار الناشئة عن تنفيذ بنود العقد المتفق عليها. وتقتصر سلطة قاضي العقد في دعاوى إبطال أعمال أو تصرفات جهة الإدارة غير المشروعة لإخلالها بالتزاماتها العقدية ذات الطبيعة الحقوقية، بإبطال تلك الأعمال دون امتداد سلطته إلى بحث مدى مشروعية العقد المبرم أو استمرار تنفيذه، بخلاف دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي ينصب فيه دور القاضي الإداري متى توافرت شروط وأسباب ذلك إلى الحكم بالبطلان المطلق أو النسبي للعقد المبرم بحسب الحالة.

أنـه يحـق للمتعاقـد الملتـزم بتنفيـذ عقـد الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص اللجـوء إلـى القضـاء الكامل للمطالبـة بالمبـالغ الماليـة الناشئة عن التنفيذ، أو التعويض عن الأضـرار التـي لحقته عند تنفيذ التزاماته التعاقدية متى توافرت شروط ذلك.

يحوز القاضـي الإداري فـي دعاوى الفسخ امتيازا قضـائيا يمنحـه سلطة الضـغط علـى طرفـي العقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مع مراعاة حقوقهم المقررة قانونا أو في العقد، وكذا اختصاصـه بـالنظر والفصـل فـي دعـاوى فسـخ عقـود الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص الناشـئة عـن اسـتخدام جهـة لسـلطاتها الاسـتثنائية، وللقاضـي سـلطة تقديريـة لتقـدير التعـويض بحسب درجة وجسامة الأضرار اللاحقة بـه ومدى مساهمة المتعاقد في إحداث الضـرر؛ ومن جهـة ثانيـة، ينعقد الاختصـاص لقاضـي العقد بـالنظر والفصـل فـي منازعـات إخـلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية المتفق عليها في العقد عندما تلجأ جهة الإدارة إلى القضـاء للمطالبة بحقوقها أو إلزام المتعاقد بالتنفيذ.

إن ضـمان التـوازن المـالي للعقـود الإداريـة يعتبـر مـن أهـم المسـائل التـي يخـتص بهـا قاضـي العقد(القضـاء الكامل)فـي نطـاق منازعـات تنفيـذ عقـود الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، التي تمنح له سلطة التدخل لرد الإرهاق للحدود المعقولة لتمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته، أو التعـويض عـن الأضـرار المترتبـة علـى اخـتلال التـوازن المـالي للعقـد الإداري لأحـد الأسباب(الظروف الطارئة، فعل الأمير، الصعوبات المادية الاستثنائية)، وهو أمر أكدت عليه التشريعات محل المقارنة.

إن احتجـاج المتعاقـد المتضـرر بـالقوة القـاهرة أو الظـرف الطـارئ أو فعـل الأميـر يوجـب بحسـب الفقـه والقضـاء والتشـريع إثبـات شـروط تطبيقهـا مجتمعـة لاسـيما مـا تعلـق بعـدم توقـع السبب المعيق لتنفيذ العقد، وأن تقدير ذلك يعود لقاضي العقد.

يستحق المتعاقد المتضرر التعويض الكلي عن الأضرار التي لحقته بسبب فعل الأمير، مع إعفاءه من غرامات التأخير عن تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلى جانب ذلك يمكن للمتعاقد طلب فسخ العقد لاستحالة التنفيذ، أو طلب الجمع بين آثار تطبيق نظرية فعل الأمير وهو أكد عليه كل من التشريع والقضاء بفرنسا ومصر والجزائر.وخلافا لذلك تتحدد سـلطة قاضـي العقـد فـي دعـاوى التعـويض التـي تثيرهـا منازعـات تنفيـذ عقـود الشـراكة بـين القطاعين العام والخاص استنادا لنظرية الظروف الطارئة برد الالتزام المرهق وتحديد درجة أو

مقدار الإرهاق وحجم الخسائر بسبب الظرف الطارئ ومنح التعويض الجزئي الذي يغطي جوانب من الخسائر الفادحة بسبب تلك الظروف، وكذا سلطته بوقف تنفيذ الالتزام المرهق أو تعديل بنود العقد، أو فسخه بناء على طلب المتعاقد المتضرر فسخ العقد دون استحقاق التعويض.

لقد أقرت التشريعات محل المقارنة متى توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، باستحقاق المتعاقد المتضرر التعويض الكلي عن الأعباء والنفقات المالية الجديدة بسبب تلك الصعوبات، وكذا إعفاءه من غرامات التأخير نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهو أمر يمنح لقاضي العقد سلطات واسعة في مراقبة مدى توافر شروط تطبيق النظرية أو تحديد مقدار التعويض.

أن وضوح وجودة النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، واعتماد وسائل فعالة لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرامها أو تنفيذها، يعتبر من أهم الضمانات التي يتم توفيرها للمتعاملين أو الشركاء الاقتصاديين بما يساهم في جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية، لاسيما ما تعلق بالوسائل الودية لتسوية المنازعات دون اللجوء إلى القضاء رغم أهمية دوره، إلا أن قواعد وإجراءات التقاضي أمام القضاء المعقدة يقتضي اعتماد وسائل للتسوية تتسم بالسرعة والمرونة وتوفير الوقت على الأطراف المعنية لحل خلافات التعاقدية لاسيما في ظل بروز مراكز ومحاكم وهيئات متخصصة في مجال تسوية النزاع كالتحكيم، والوساطة...

التوصيات: لتعزيز فعالية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتفعيل دور الوسائل القانونية لتسوية المنازعات الناشئة عنها وبناء بيئة حاضنة ومناخ ملائم لجذب الاستثمارات لاسيما في الجزائر:-نوصي بضرورة تخصيص قانون مستقل موحد لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر مثلما هو الأمر في غالبية تشريعات الدول بما فيها التشريعين الفرنسي والمصري، وتكييف القوانين الداخلية المنظمة للعقود الإدارية المختلفة مع التطورات ومتطلبات قواعد التجارة الدولية، مع مراعاة المصلحة العليا للدول المضيفة.

-إعطاء أولوية لتطبيق القانون الوطني على منازعات إبرام أو تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مثلما ما نص عليه التشريع المصري ومراعاة المصلحة العليا للدولة المضيفة.

-استحداث مراكز وهيئات متخصصة والاستعانة بالخبراء لضمان حسن اختيار المتعاملين والشركاء الاقتصاديين، لتفادي النزاعات المعقدة التي تثيرها عقود الاستثمار لاسيما ذات الطابع الدولي، وانتهاج التكوين والتخصص في ممثلي الجهة الإدارية المتعاقدة لضمان النجاعة الاقتصادية في المشاريع والحكامة في تسوية منازعاتها لتفادي دفع التعويضات الضخمة لتسوية الخلافات.

-التكوين المستمر والمتخصص للقضاة في مجال تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المختلفة لاسيما ذات الطبيعة الدولية، وزيادة كفاءتهم وقدرتهم على معالجة مظاهر التعقيد في تلك المنازعات والتعامل معها بخبرة وكفاءة عالية مثل المحكم والمفاوض.

-ايلاء أهمية بالغة لوسائل التسوية الودية وتعزيز دورها في حل النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية المختلفة بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع الإقرار صراحة بإلزامية التسوية الودية قبل اللجوء للقضاء تخفيفا للعبء على جهات القضاء.

-تحديد طبيعة المسؤولية القانونية عن عدم تنفيذ القرارات الفاصلة في منازعات إبرام أو تنفيذ العقود الإدارية المختلفة استنادا على الوسائل غير القضائية لتسوية النزاعات في حالة الموافقة على تلك القرارات لاسيما قرارات التحكيم، مع الفصل في مدى جواز اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري لتنفيذها.

-تعزيز دور مؤسسات التعليم العالي والمنظمات والهيئات والمراكز المتخصصة في تكوين الإطارات المؤهلة لإدارة وتسيير المشاريع التنموية والجودة في التفاوض وحسن اختيار الشركاء والمتعاملين الاقتصاديين لتحقيق النجاعة الاقتصادية، وضمان الكفاءة في إدارة وحل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية المختلفة لاسيما ذات الطابع الدولي.

-الاستفادة من التطبيقات والتجارب والوسائل الرائدة للتعاقدات العامة وتسوية المنازعات الناشئة عنها، والاستعانة بالخبراء والشراكات لضمان حسن اختيار المتعاملين أو الشركاء الاقتصاديين، أو القدرة والكفاءة في حل النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

قائمة المصادر والمراجع

أولا–المصادر

– التعديل الدستوري لعام2020، ج ر العدد82 المؤرخة في30ديسمبر 2020.

– الدستور المصري لعام2014 المعدل عام 2019

–قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام2002

– قانون الاونيسترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام2018، المعدل لقانون الاونيسترول النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام2002

– القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، ج ر جمهورية مصر العدد رقم 108 مكرر (أ) الصادر في 16 يونيو 1948

-اتفاقية نيويورك لسنة1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية

-قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985المعدل عام2006،لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي– الاونسيترال)، مع مراعاة التعديلات التي أجريت عام2006، وثيقة الأمم المتحدة/ 17 بتاريخ21 يونيو 1985

- اتفاقية نيويورك لعام1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

– اتفاقية نيويورك لعام1958بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها،www: uncitral.org.

– لائحة قانون الأونيستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1976.

– الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في21أفريل1961.

– اتفاقية الرياض العربية للتعاون الدولي الصادرة في06أبريل1983بشأن التعاون القضائي

– بروتوكول جنيف الصادر في 24سبتمبر1923أول بروتوكول تناول التحكيم في24سبتمبر1923.

– لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورة الثانية والخمسون فيينا، 8–26يوليو2019 الشراكات بين القطاعين العام والخاص، تحديثات مقترحة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (الفصل الرابع المنقَّح 18 سبتمبر2018 .

-تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) الدورة التاسعة والعشرون بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلا–مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، نيويورك، 9961 .

- التوجيه الأوروبي رقم2000/31.

–القانون العضوي رقم 98–03المؤرخ في3يونيو1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر العدد39، بتاريخ3يونيو1998.

- القانون العضوي رقم10/22المؤرخ في 09جوان2022يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر العدد41بتاريخ16جوان2022.

-القانون العضوي رقم22-11 المؤرخ في9يونيو2022 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم01/98 المؤرخ في 30مايو1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر العدد41 بتاريخ16يونيو2022.

-القانون رقم23-12 المؤرخ في 05أوت2023المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر ، العدد51 ،06أوت2023

- القانون الصادر في14أفريل1906الخاص بالميزانية العامة للنفقات والمداخيل

- القانون رقم9 لعام1949 المتضمن قانون مجلس الدولة المعدل بموجب القانون رقم47لعام1972.

-القانون رقم 63 -277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر، 02 أوت 1963 ، العدد 53.

- الأمر رقم154/66 المؤرخ في 08يونيو1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل، ج ر عدد47 بتاريخ09يونيو1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل.

-الأمر رقم69-77المؤرخ في18سبتمبر1969 يتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم66- 154المؤرخ في 8جانفي1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد82صادر بتاريخ26سبتمبر1969الملغى

- الأمر 22/71 المؤرخ في 12أبريل1971المتعلق بالإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج ر العدد30بتاريخ13أبريل1971.

-القانون رقم203لسنة1971الخاص بشركات قطاع الأعمال المعدل بموجب القانون رقم149لسنة2001 ،ج ر العدد 25مكرر أ بتاريخ24يونيو2001 المعدل بالقانون رقم 4لسنة2020، ج ر العدد5مكرر في2فبراير2020.

-الأمر رقم71-80 المؤرخ29ديسمبر1971 المعدل للأمر رقم154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد2 المؤرخة في 07يناير1971.

الأمر رقم24/71المؤرخ في12أفريل1971المتعلق بالمحروقات المعدل، ج ر العدد30بتاريخ13أفريل1971

- قانون المرافعات الفرنسي لعام1975 المعدل بالمرسوم رقم48لعام2011

-القانون رقم82/212الصادر بتاريخ02مارس1982بشأن حقوق وحريات الهيئات المحلية.
- القانون رقم 82 -13 المؤرخ في 28 أوت 1982 يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر العدد 35،الصادر 31 اوت 1982، المعدل بموجب القانون رقم 86-14 المؤرخ في19أوت1986 يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر العدد35 بتاريخ27أوت1986
-القانون رقم01/86 المؤرخ في 28يناير 1986 المعدل للأمر رقم154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد4 بتاريخ 29يناير 1986.
- القانون رقم 86-14 المؤرخ 19أوت1986في المعدل والمتمم المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب
- القانون رقم89لعام1989المتضمن قانون المناقصات والمزايدات الذي حل محل القانون رقم9لعام1983.
- القانون رقم88-01المؤرخ في 12يناير 1988المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر العدد2 لسنة1988 .
-القانون رقم 90 -10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد16بتاريخ 18 أفريل 1990.
-القانون رقم90-23المؤرخ في18أوت1990 المعدل للأمر رقم154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد36 بتاريخ22أوت1990.
-القانون الصادر في2يوليو1990.
-القانون 91-21 المؤرخ في04 ديسمبر 1991 يعدل ويتمم القانون رقم14/86المؤرخ في9أوت1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر العدد63بتاريخ7ديسمبر 1991.
- المرسوم التشريعي رقم09/93المعدل للأمر 154/66المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى.
- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر العدد 64 لسنة 1993.
-المرسوم التشريعي رقم94-08المؤرخ في26مايو1994المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة1994 المعدل للقانون رقم88-01المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر العدد33 بتاريخ28مايو1994

--قانون التحكيم المصري لعام1994المعدل بموجب القرار رقم9739لسنة2011، ج ر العدد236بتاريخ15اكتوبر 2011.

قانون رقم 74 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل.

- القانون رقم9لعام1997 المعدل للقانون رقم27لعام1994المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، ج ر العدد6بتاريخ21أبريل1994

– القانون رقم02/98المؤرخ في30مايو 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37لعام1998.

-القانون رقم02/98المؤرخ في30مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد37، في 30مايو 1998، ج رالعدد37، 30مايو 1998.

– القانون رقم 05/2000المؤرخ في6ديسمبر 2000المعدل والمتمم للقانون رقم06/98المؤرخ في27يونيو 1998الذي يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالطيران المدني، ج ر العدد75بتاريخ10ديسمبر 2000.

– القانون رقم7لسنة2000بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الأشخاص الاعتبارية ج ر العدد(13 مكرر) بتاريخ4أفريل2000.

–القانون رقم108/2000المؤرخ في10أوت2000المتضمن قانون تحديث وتطوير الخدمات العامة للكهرباء

- الأمر رقم03/01المؤرخ في20اوت2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل، ج ر العدد47 بتاريخ22أوت2001.

–القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فبراير2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر العدد 8 بتاريخ في 6 فبراير2002.

– القانون رقم83 لسنة 2002 المتعلق بالمناطق الاقتصادية، ج ر العدد22مكرر ب05يونيو2002.

- الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم12/08المؤرخ في25يونيو2008، ج ر العدد36بتاريخ02يوليو 2008

– القانون رقم559-2004الصادر في17يونيو2004المتضمن قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعدل بالقانون رقم735-2008الصادر في28يوليو 2008 المعدل.

– القانون رقم05-07المتضمن قانون المحروقات المؤرخ في28أبريل2005 المعدل، ج ر العدد 50 في 19يوليو2005،

- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005المتعلق بالمياه، ج ر العدد 60 لعام2005.

- القانون رقم01/06المؤرخ في20فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر العدد14 بتاريخ08مارس2006، المعدل بالأمر رقم05/10 المؤرخ في26اوت2010، ج ر العدد50 بتاريخ01سبتمبر 2010 المعدل

- الأمر 06-10المؤرخ في29يوليو 2006 المعدل والمتمم للقانون رقم07/05المؤرخ في2005/07/28المتعلق بالمحروقات، ج ر العدد48بتاريخ30يوليو 2006 المعدل

- الأمر رقم05/07المؤرخ في13مايو 2007يتضمن القانون المدني، ج ر عدد42في26سبتمبر 2007.

- القانون رقم 08-14 المؤرّخ في 20 يوليو 2008المتضمّن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، العدد 44 ،الصادر 3 غشت 2008.

- القانون رقم735-2008 الصادر في28يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 559-2004 الصادر في17يونيو 2004 المتضمن قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

- الأمر 03/09 المؤرخ في 22يونيو 2009،المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج ر العدد45،الصادر في 29يوليو 2009.

- قانون الصفقات العمومية الفرنسي لعام2009 المعدل.

-الأمر رقم2010/137المؤرخ في11فيفري2010 المتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة في بعض أقاليم ما وراء البحار

- القانون رقم67 لسنة2010 المؤرخ في 18مايو2010المتضمن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ج ر العدد19مكرر(أ)، السنة53 بتاريخ1مايو 2010، الصادر بالقرار رقم238لسنة2011، ج ر العدد3مكرر(ب) بتاريخ23يناير 2011.

-الأمر رقم899-2015الؤرخ في23يوليو 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

- القانون المدني الفرنسي وفقا للتعديل بموجب المرسوم الصادر10فيفري2016.

- القانون رقم10/17المؤرخ في11اكتوبر 2017المتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد57 بتاريخ12اكتوبر 2017.

- القانون رقم72لسنة2017المعدل بالقانون رقم141لسنة2019المتضمن قانون الاستثمار المصري.

- القانون رقم182لسنة2018المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، جر العدد39مكرر (د)في03أكتوبر 2018
- القانون رقم182لسنة 2018المتضمن قانون المناقصات والمزايدات.
- القانون رقم82لسنة2017المعدل بموجب القانون رقم141المؤرخ في01اوت2019المعدل للقانون رقم72لسنة2017المتضمن قانون الاستثمار المصري.
- القانون رقم146لسنة2019المعدل لقانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم120لسنة2008، ج ر عدد 30 مكرر "د" بتاريخ31 يوليو 2019.
- القانون رقم13/19المؤرخ في11ديسمبر 2019ينظم نشاطات قانون المحروقات، ج ر العدد79 بتاريخ22ديمسبر 2019.
-القانون رقم 182لسنة2018يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.
- قانون القضاء الإداري الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم2019-82 بتاريخ24أفريل2019مع التعديلات المدرجة عليه إلى غاية2020.
- القانون رقم18/22المؤرخ في 24يوليو2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 50بتاريخ 28يوليو2022 المعدل للقانون رقم09/16يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد رقم46 بتاريخ3أوت2016،الذي ألغى أحكام الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20اوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر العدد4 بتاريخ22أوت2001.
- القانون رقم22-13المؤرخ في12يوليو2022 يعدل ويتمم القانون رقم09/08المؤرخ في 25فبراير2008والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد48 بتاريخ17يوليو2022.
--قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.
- المرسوم الرئاسي 247/15المؤرخ في 16سبتمبر2015الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر العدد50بتاريخ20ديسمبر2015 الملغى
- المرسوم الرئاسي رقم22-296المؤرخ سبتمبر2022يحدد تشكيلة اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالاستثمار وسيرها، العدد60، بتاريخ18سبتمبر2022
- القرار رقم238لسنة2011باصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بقانون67 لسنة2010، ج ر،العدد3 مكرر(ب)، في23 يناير 2011

-المرسوم رقم974/80المؤرخ في4ديسمبر1980بشأن إنشاء لجان استشارية لتسوية الأضرار التي تتحمل الدولة مسؤوليتها

- المرسوم رقم145/82المؤرخ في10أفريل1982المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر العدد15بتاريخ13أفريل1991

-المرسوم الصادر في 25فبراير 1991.

- المرسوم التنفيذي رقم95-310المؤرخ في10أكتوبر1995، المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، وكذا حقوقهم، ج ر العدد60بتاريخ15أكتوبر1995.

- المرسوم التنفيذي 96-308 المؤرخ في 18سبتمبر1996يتعلق بمنح امتيازات الطّرق السريعة، ج ر العدد55بتاريخ25سبتمبر1996.

-المرسوم التنفيذي رقم356/98المؤرخ في 14نوفمبر1998 الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم02/98، ج ر العدد85 في14نوفمبر1998 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم11-195 المؤرخ في22مايو2011، ج ر العدد29، في22مايو2011.

- المرسوم التنفيذي رقم 248-05 مؤرخ في 10 يوليو 2005 يتمم ويعدل المرسوم التنفيذي رقم 186-93 المؤرخ في 27 يوليو 1986 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 11-91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر، عدد 48، بتاريخ30يوليو 2005.

-المرسوم التنفيذي رقم365/06المؤرخ في10/9/ 2006المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تنظيمها وسيرها .

- المرسوم التنفيذي رقم09-100المؤرخ في10مارس2009يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر العدد16في15مارس2009.

- المرسوم التنفيذي رقم11-195المؤرخ في22مايو2011 يعدل المرسوم التنفيذي رقم356/98المؤرخ في14نوفمبر1998الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم02/98والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر العدد29بتاريخ22مايو2011.

- المرسوم التنفيذي رقم11-220المؤرخ في12يونيو2011،يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائتة لإقامة هياكل تحلية البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومة أو تلبية الحاجات الخاصة، ج ر العدد34بتاريخ19يونيو2011.

-المرسوم التنفيذي رقم199/18المؤرخ في2أوت2018 بشأن تفويض المرفق العام، ج ر العدد48بتاريخ05أوت2018.

- المرسوم التنفيذي رقم21-219المؤرخ في20مايو2021يتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية والصفقات العامة للأشغال العامة لسنة2021، ج ر العدد50بتاريخ24يونيو2021 المعدل للقرار المؤرخ في21نوفمبر1964يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل(ج ر ع.47،1965)

-تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم2لسنة2014.

- الاتفاقية النموذجية لاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 308-96 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.

- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصري لسنة1988.

-المذكرة الوزارية المؤرخة في 18نوفمبر1982 .

- التعليمة الوزارية(الوزير الأول)رقم255.و.أ المؤرخ في26جوان2022الخاصة بالتدابير الضرورية لمعالجة الصعوبات والآثار الناشئة في سياق تنفيذ الصفقات العمومية بسبب ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية.

- Code de procédure civile - Dernière modification le 01 le 17juin2020 ,https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_.

- l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38.

- LOI n°95-125du8février1995relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°0034 du9février1995,https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id.

- loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, JORF n° 78 du 1er avril 2021.

L'ordonnance n°2004-559 du 17juin2004, sur les contrats de partenariats, JORF n°141 du 19juin2004, texte n°2, disponible sur: http://www.legifrance. gouv.fr/eli/ordonnance /2004/6/17/2004-559/jo/texte 12 La loi sur l'agence ;de Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38 ;http:// www.legifrance. gouv.fr / affichTexte.do ; jsessionid=AD87FF353.

- Loi n°2009-179 du17fevrier2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ,JOF n°41du18fevrier2009.
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, ORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38 ;http:// www.legifrance. gouv.fr / affichTexte.do; jsessionid=AD87FF353.
- Ordonnance n°45-1708 du31juillet1945 portant sur le Conseil d'Etat., https: //www. legifrance. gouv.fr.
-Code de justice administrative، Version en vigueur depuis le 01 janvier 2020 ,https://www.legifrance.gouv.fr/.
United Nations Conference on International Commercial Arbitration, "Convention" on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958, 2015.
loi n° 86-972 du 19 août 1986, portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.
- convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par le décret n°60-203 du 20 février 1960.
- Loi n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney)
-loi n°99-587du 12 juillet 1999sur l'invention et la recherche ,JORF n°160 du13juillet1999 ,www.legifrance.gouv.fr.
- décret n°2008-879du 1er septembre2008,JORF n°0205 du3septembre2008, www. legifrance. gouv.fr.
- Ordonnance no 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf texte26sur113, 11février2016du 10 février 2016
- Décret n°751123- du 5 décembre 1975, Dernière modification : Décret n°2017450- du 29mars 2017 .
Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans -Manche, publié par le décret n°87-757 du 9 septembre 1987.
- l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par le décret n°98-98 du 16 février 1998 pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne
-Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, JORF n° 78 du 1er avril 2021.
- Resource book on PPP Casc studies, European commission, DG Regional Policy, June2004, available at:www.europa.eu.i;

ثانيا. المراجع

1.الكتب

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ط3، 2000.
- ابو الوفاء أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2013.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، عقد التحكيم وطبيعته وآثاره(المحكم ورده وعدم صلاحيته، الخصومة في التحكيم وإجراءاتها، حكم التحكيم وطبيعته وإصداره، وتنفيذه والطعن فيه، والدعوى ببطلانه، التحكيم الإجباري في قانون القطاع العام، الإجراءات الواجبة الإتباع، مدى قابلية الحكم للطعن فيه وتنفيذه، التحكيم في قوانين الاستثمار)، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- احمد حرير، النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، مصر، 2019.
- أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، مصر، 2013 .
- اشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
- البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.
- الحبشي مصطفى عبد المحسن، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
- الشاعري صالح، تسوية المنازعات الدولية سلميا، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2006.
-الشاعر رمزي طه، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ط4، القسم2، دار النهضة العربية، مصر، 2016.
- الشلماني حمد محمد، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007.
- الهنداوي فتوح، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

– إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.

– بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، ط2، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2021.

– برهان سمير، عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008.

-ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- جورج توفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري(القواعد القانونية للنشط الإداري)، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 2004.

– حسين آث ملويا لحسين بن الشيخ، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

– حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

– حمادة الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2013.

– حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

– خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002.

– خلوفي رشيد ، قانون المنازعات الإدارية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2011.

– خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، مصر، 2009.

– رجب محمود طاجين، عقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2010.

– رجب محمود طاجين، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة، مصر، 2012.

– شريف خاطر، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.

– عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2014.

– عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المفاهيم – النماذج – التطبيقات)، ط2، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007.

– عبد الباسط حسين جمال علي، دور العقود الإدارية في التنمية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

– عبد الخالق محمد الزغبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، مصر،2011 .

– عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار إسهامات في أدبيان المؤسسة، تونس، 2005.

– عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، ط1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010.

– عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية،2011.

– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

– عبد العظيم حمدي، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- عبد الغني بسيوني، القانون الإداري(دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

- عبد الفتاح أبو الليل، قضاء المشروعية(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

– عبد الكريم شاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019.

– عبد الكريم شاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكةPPP، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2019.

– عبد المجيد إسماعيل محمد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فبها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

– عدنان عمر، القانون الإداري(نشاط الإدارة ووسائلها)– دراسة مقارنة،ط2، منشاة المعارف، مصر، 2010.

- عصام علي الدبس، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2014.

– علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

- علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1976.

– علي سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2005.

– علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط12، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

– عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

– عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري(نظرية الدعوى الإدارية)، ج 2 ، الجزائر، 2003.

- فهد عبد الكريم أبو العتم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

– ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.

– مارسو لونغ، بروسبير فيل. غي بريبان، بيار دالفولفيه، برونو جينفوا، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ط1، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

– مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، العراق، 2010.

– محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

– محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

– محمد أحمد عبد النعيم، مدى إخلال آلية التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

– محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

– محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005

– محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

– محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

– محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

–محمد علي عبده، دور الشكل في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.

– محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

– محمد ماهر أبو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقا لأحكام القسم القضائي حتى عام1996، دار الطباعة الحديثة، د س، مصر.

– محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام2016، الكتاب الأول، المفاهيم العامة، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.

– محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2010.

– محمدعلد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 .

– محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي(دراسة مقارنة للوقوف على الفلسفة الإجرائية للتحكيم مقارنة بالقضاء، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2016.

– محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

– محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

– مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، درا النهضة العربية، مصر، 2010.

– مراد المواجده ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي(دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

– مراد المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

– مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

–- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية،ج1،ط1 ، ب د ن، 1998.

– ناصيف الياس، عقد الBOT، المؤسسة الحديثة للكتب، لبنان، 2006.

-أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

-أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

-اشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

–اشرف محمد خليل، نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية(دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

–الشاعر رمزي طه، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، القسم2، ط4،، دار النشر، بلد النشر، 2016.

–المسلماني محمد احمد إبراهيم، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانون المركبة(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

-النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر،2017.

-بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، ط2، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2021.

–برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2002.

-جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جاوز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

-جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002.

-حداد حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة، ج1، دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع، 2010.

-حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج2، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، 1958.

-حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.

-حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

-خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن فيها)، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

-سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.

-سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1984.

-سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف باستعمال السلطة، ط3، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1978.

-سيد أحمد محمود محمد، مفهوم التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

-شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص.55.

-شفيق ساري جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص1999.

-شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014 .

-طلبة عبد الله، القانون الإداري(الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، ط1، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1976.

-عادل محمد جبر شريف، الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

-عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري(دعوى الإلغاء دعوى التعويض)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري(الأسباب والشروط)، منشأة المعارف، مصر، 2008.

-عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

--عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكةPPP(دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019، مصر.

-عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

-عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

-علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012.

-علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1996

-عليوش فربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

-عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2014.

-عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الاداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، ليبيا، 2013

-غازي كرم، القانون الإداري، ط1، الآفاق المشرقة، الأردن، 2010.

-فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
-فتيحة قرة، الأوضاع الظاهرة نظرية قضائية مستحدثة، المكتبة القانونية، دمشق، 2001.
-كامل الخليل محمد، التحكيم في العقود الإدارية، دار الكتب، مصر، 2009.
-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
-ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
-محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
-محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
-محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004
-محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008.
-محمد محمد عبد اللطيف، الوجيز في القضاء الإداري(تنظيم القضاء الإداري ودعوى الإلغاء)، الجزء1، 2020.
-محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
-محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
-محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، ط4، مكتب صبره للتأليف والترجمة، 2007.
-مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
-مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، عالم الكتب، القاهرة، 1978.
-مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
-ميمونة سعاد، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018.
-نجيب خلف أحمد ود.محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، ب د ن، العراق، 2010.
-نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.

-نواف كنعان، القانون الإداري الكتاب الأول، ط4، دار الثقافة، عمان، 2010.
-نواف كنعان، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
-والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
-وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة(المؤسسة العامة والخصخصة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- André de Laubadere .Franc Moderne et Pierre Devolve, traite des contrats administratifs, tome2, 2éme édition, pris,1984
- B.Garette et P.Dussange, Les stratégies d'alliance, édition d'organisation, Paris, 1995.
- BRISSON Jean François, le fondements juridique de droit des marche publics, Impremiere national, France, 2004.
- Bruno Ponson, Georges Hirsh et Nguyen Vanchan, Partenariats d'entreprises et mondialisation, édition Karthala, Paris, 1999.
- HENRRI.P,Droit administratif ,Paris,1995.
- J Robert, l'arbitrage droit interne, droit privé, 1éme éd, Dalloz,1993, paris.
- Lajoys (C), Droit des marchés public, éd Gualino, Paris, 2005.
- Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, 8e édition, hyperCours Dalloz, Paris, 2009.
- Méjean, la procédure devant le conseil de préfecture, thèse, Paris, 1949.
- Rémi Rouquette, Petit Traité Du Procés Administratif, 5 éme édition, Dalloz, Paris, 2012.
- Rouault.M.C, Contentieux administratif ,Gualinolexteso édition , Paris, France, 2008.
- Vedel.G,Droit administratif, 5éme edttion,Presses universitaires de France, paris,1973.
- Gérard Couchez, Procédure civile, 7 éme édition, Paris, Dalloz, 1992.
-André De LAUBADERE, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité Des Contrats Administratifs, Tome Second, Paris, 1984, N,1825.
-Bay, L'arbitrabitte des litiges international de droit économique, Dalloz, 1992.
-Bergeal, Catherine et Lenica, Fréderic, Le contentieux dex marches publics le moniteur, Paris, France, 2010.
-DEBBACH(ch)et ricci.J.C, contentieux administratif,5éme édition, dalloz, pars, 1990 .
-G.pellissier, recours pour excès de pouvoir(conditions de recevabilité, répertoire du contentieux administratif, 2010, n249.

-Jean RIVERO, droit administratif, Dalloz, 1983.
-Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 23 éme édition, Paris, Dalloz, 1994.
-Laurent Poulet ,Transaction et protection des parties, Librairie générale de droit et dejurisprudence, France, 2005.
-Linotte D.et Mestre A. ,Services public et droit public économique.Litec.1995.
-M.Waline, Droit Administratif, 9édition, Éditions Siry, Paris,1963, N. 1011.
-Nour Eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, Office des publications universitaires.
-Pierre DELVOLVE ,L'arbitrage en droit public Français- in L'arbitrage en droit public sous ladire. de David Renders, Pierre Delvolvé et ThierryTanquerel Bruylant, 2010.
-RIVERO Jean, Précis de droit administratif ،4éme édition ،Dalloz ،1970, France.
-Vuitton. J et Vuitton. X , Les référés, Lexis NexisLitec, Paris, 2éme édition, 2006 .

2.الرسائل الجامعية

– احمد عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة اسبوط، مصر، 2008.

– بن سرية سعاد، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2018.

– خلاف فاتح، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2015.

– خوجة حسينة، عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2018 .

– سالمي نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2016.

– سنوسي بن عومر، فعالية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر(تقييم الشراكة قطاع عام وخاص)، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم التجارية وعلوم التسيير والعلوم الاقتصادية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان،2014.

– سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي للأعمال، جامعة مستغانم،2019.

– غانية مبروكة، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2019.

– لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار(دراسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2018.

– محمد موسى ابراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا بجامعة عمان، 2005.

– محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد34، العدد2، الأردن، 2007.

– هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاصPPP(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

–البطوش عبدالله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2014.

بيو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2020.

–عطوي حنان، دور قاضي الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2020.

–محمد صالح الجبر، إبرام عقود الشراكة في إطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2018.

–نوح مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

- Méjean, la procédure devant le conseil de préfecture, thèse, Paris, 1949.

Carl IRANI, La compétence judiciaire en matière administrative en droit libanais et en droit français, THÈSE doctorat en Droit public, UNIVERSITE Grenoble ALPES , 2014.

-KRASSIL CHIK.m, la notion d'acte détachable droit administratif française, thèse, Paris,1964.

-Ramdane BABADJI, le droit administratif en Algérie mutations et évolutions, thèse de doctorat d'état université de paris 1.

3.المقالات العلمية

– أبـو بكـر أحمـد عثمـان النعيمـي، الأسـاليب غيـر القضـائية لتسـوية منازعـات عقـد الأشـغال العامة(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، س5، العدد27، 2015.

– أحمد إبراهيم الشافعي، التنظيم القانوني للشراكة بني القطاع العام والقطاع الخاص(دراسة تحليلية للقانون رقم 22 لسنة 2015 في إمارة دبي، فكر الشرطي، المجلد 26، العدد103، 1أكتوبر 2017.

– أحمد بكرى محمد عبد التواب، الأساس القانوني للتحكيم الدولي، المجلة القانونية، المجلد12، العدد8، 2022، ص.1225.

– احمد علي ديهوم، الظروف الطارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي"دراسة تحليلية تاريخية فلسفية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، المجلد7، العدد2، ديسمبر 2021.

– احمد محيو، تعليق على قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قراره بتاريخ8مارس1980، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية،العدد1، مارس1981.

– أحمد محيو، قرار سامباك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،العدد1، مارس1981.

– أسامة القباني، المبادئ القضائية الحاكمة للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة وأجهزتها المختلفة.

– إسماعيل صعصاع البديري. أحمد فاهم مسلم، الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العدد4 سنة11، 2019.

– أكرم الديجور، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، العدد23، 2018.

– القصري محمد، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المعيار، يونيو2008، المغرب، العدد39.

– ايناس عبدلي الزنكولي، وسائل حل المنازعات الإدارية–التظلم الإداري نموذجا، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد16، 2020.

– بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،المجلد5، العدد02، 2022، المركز الجامعي افلو.

– بالجيلالي خالد.بالجيلالي نور الهدى، دور القضاء الإداري في منازعات عقود الأشغال العامة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد17، ديسمبر2020، ليبيا.

– بالجيلالي خالد، بالجيلالي محمد، مقاربة الديمقراطية التشاركية لتجسيد التنمية المحلية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد4، العدد2، ماي2019.

– بوحنية قوي وخميس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة(قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسساتية لقطاع المحروقات في الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد9،جوان2013.

– جبايلي جميلة. آيت عبدالله مختار، تحكيم واختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة، جامعة قسنطينة1، الجزائر، العدد34، 2015.

– حجاج عبد الحكيم و بوقموم محمد، التجربة الجزائرية في إدارة الخدمة العامة للمياه(دراسة تحليلية للشراكة بين القطاعين العام والخاص)، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الوادي، المجلد11، العدد2 ، 2018.

– حسن محمد علي البنان.قيدار عبد القادر صالح.بشار رشيد حسين، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد11، العدد41، 2022.

– حسن محمد علي البنان، قيدار عبد القادر صالح، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد41، 2022.

– حسن محمد علي حسن البنان، اثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، العراق المجلد16، العدد58، س18، 2013.

– خليفة عبد المنعم عبد العزيز عبد المنعم، دور مجلس الدولة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد51، اكتوبر2020.

– رامي علي أحمد الدرادكة، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في منازعات العقود الإدارية وفقا لقانون التحكيم الأردني رقم31لسنة2001(دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد46، العدد1، 2019.

– رشيد فراح. كريمة فرحي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص أداة لتنفيذ وتنمية الاستثمارات العمومية(نماذج من التجارب الدولية والعربية)، معارف، مجلة علمية دولية، جامعة البويرة، المجلد1، العدد22، جوان2017.

– رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الأول(طبيعة التحكيم في التجارة الدولية)، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س1، العدد2، مطابع صوت الخليج، الكويت، 1977.

– رمزي هيلات، منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء، مجلة القانونية، العدد3، (هيئة التشريع والإفتاء القانوني بالبحرين، يناير2015.

– زانا رؤوف حه كريم.اواز خالد محمد رشيد، اختصاص القضاء الكامل لتسوية منازعات العقود الإدارية(دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد7، العدد1، 2021.

– سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مجلة كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، المجلد10، عدد2/37، ديسمبر2017.

– سيد مدبو لعلى الدكتور وضياء الدبن ابراهيم، إدارة المخاطر، إدارة مشروعات التشديد والبناء، المراحل التي تمر بها مشروعات التشديد، المجلة العلمية، كلية التجارة، جامعة أسيوط، مصر، العدد60، يونيو2016.

– سيف باجس الفواعير، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد45، العدد4.

– سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(مفهومها وطبيعتها القانونية.دراسة مقارنة)، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد آل خليفة للنشر، قطر، المجلد22، العدد3، 2017.

– سيهوب سليم، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مجال المياه والتطهير، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد2، 2017.

– شايب باشا كريمة و مسكر سهام، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد02، 2019.

– شريف بوقصبة،انعكاسات تحليلية للتسيير البيئة الخارجية الدولية على التسيير الاستراتيجي للمؤسسة الاقتصادية في ظل العولمة دراسة حالة: شركة سوناطراك الجزائر ، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2016.

– صفاء محمود السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة دارسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد42، العدد1،

– عائشة مفلح أحمد أبو زيد.مالك أبو نصير، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة(فرع الخرطوم)، المجلد9، العدد13، 2021.

– عبابسة محمد، أسباب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وإشكالية الحماية الدولية للمستثمر الأجنبي، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد8، العدد1، ماي2021.

– عبد الطيف رزاقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمنراست، المجلد8، العدد1، 2019.

– علي يونس اسماعيل، مظاهر تدخل قاضي العقد في تنفيذ العقود الإدارية وإنهائها في القانون الفرنسي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020.

– عمار بوضياف، معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري–دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الإداري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد6.

– عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2015.

– عيسى لحاق.حدة طعابة، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، المجلد3، العدد1، جوان2019.

– غسان عبد اللطيف الجيوش، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد1، العدد2، 2021.

– فتيسي شمامة، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مجلة صوت القانون، المجلد6، العدد2، نوفمبر 2019.

– قدادرة فوزية، منازعات عقد الامتياز والطرق البديلة لحلها تحت ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد8، العدد2، 2021.

- لكصاسي سيد أحمد، الأحكام الإجرائية للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ادرار، 2018.

– ماهر صالح علاوي الجبوري، أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد45، العدد4، ملحق3، 2018.

– مجلة التحكيم العالمية، العدد45و46، بيروت، 2020.

– محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي(صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد1، يناير 2005.

– محمد حسين مجلي المجالي، دور الصلح في حل المنازعات الإدارية(دراسة مقارنة: فرنسا، مصر، الأردن)، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2020.

– محمد صلاح ولقيطي الأخضر، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مجال البنية التحتية(المفهوم والترتيبات المؤسسية والتطبيق العملي)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية(دراسات اقتصادية)، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 11، العدد 24،جوان 2016.

– محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2016، المجلد18، العدد2.

– محمد عبد العال عيسى، الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المفهوم والأسباب والدوافع والصور)، المجلة العربية للإدارة، المجلد38، العدد3، سبتمبر 2018.

– محمد علي أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، مجلة المنارة المجلد12، العدد3، 2006.

- محمد فؤاد الحريري، مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين، المجلة القانونية، البحرين، العدد4، يونيو 2015.

– محمد ماهر أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والأفريقية التي تبنت قانون الانيونسترال النموذجي، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999.

– محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مجلة المنارة، المجلد7، العدد3، 2001.

– مدى تدخل القضاء الرسمي في إطار الأحكام الصادرة بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد4، س7، ديسمبر 2019.

– معزوز لقمان، آليات تفعيل الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 12، 2016.

– مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية(الذاتية المستقلة)، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد خليفة للنشر، مجلد16، 2017

– يحي محمد مرسي النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد18، العدد2، السنة05، يونيو 2017.

– يوسف عبد الهادي الاكياني، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات(دراسة في أحكام الوساطة)، المجلة القانونية. البحرين، العدد8، 2017.

-أحمد حرير،النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز مشاريع البنية التحتية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد6، 2017.

-إسماعيل صعصاع غيدان البديري، النظام القانوني لإبرام عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، س13 لسنة2021.

-بالجيلالي نور الهدى، منقور قويدر، دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذات الطابع الدولي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد7، العدد1.

-بدران مراد، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد3، العدد2، جامعة تلمسان، 2018.

-حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، دورية صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، الامارات، س25، العدد02، يوليو 2017.

--شايب باشا كريمة ومسكر سهام، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02 ، 2019.

-عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية(دراسة خاصة بمجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد3، سبتمبر 1987.

-عبد الله منصور الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، المجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد16، يونيو 2020.

-عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد9، العدد17، 2006.

-عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الإدارية القانونية(حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس2012.

-عطوي حنان، حق الغير في حماية عملية إبرام الصفقة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 12، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، جوان 2017.

-قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الالكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد10، العدد37، 2008.

-كمون حسين، مدى فعالية التظلم كإجراء للتسوية الودية للمنازعة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاص، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد06 ،2018

-لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية الكترونية محكمة، مصر، العدد5.

-مجدوب عبد الرحمن، الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة سكيكدة ، العدد1، 2021.

مجدوب عبد الرحمن، الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة سكيكدة، المجلد6، العدد1 ،2021.

-محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العد49، أفريل2011.

-محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول لطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد49 ،2011، مصر.

--مها ناصر السدره نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد الثالث، العدد الخامس، مايو 2019.

-مها ناصر السدره نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد الثالث، العدد الخامس، مايو 2019.

-هيهوب فوزية، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي على منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العدد4، 2016.

- C. JARROSSON, L'arbitrage en droit public, AJDA, France, 1997.

- Cédric Richet, Christophe Durand et Marc Bourhis, Contrats de partenariat et centres aquatiques : une rencontre incongrue?, Politiques et management public, Vol 27/4,2010.

- Cédric Richet, Christophe Durand et Marc Bourhis, Contrats de partenariat et centres aquatiques - une rencontre incongrue ? Partnership contracts and aquatic centers: an unusual encounter?, Revue POLITIQUES ET MANAGEMENT PUBLIC, ,Université de Caen, Institut de Management Public,volume 27, n° 4 ,2010

- François PRADOUX, Le partenariat industriels: chance ou défi ?, le cahier du collège des ingénieurs , N03, 1990.

- FSBRI, Soc. Ryanair et A.C – Syndicat mixtedes aéroports de Charente, A.J.D.A, 2015, 1396.

- G. Florimond, L'autonomie de la clause compromissoire, Valhalla.fr (19/12/2006),
ONLINE: http://www.valhalla.fr/.

- Gweltaz Éveillard, Les pouvoirs du juge de l'exécution du contrat, Revue Juridique de l'Ouest Année 3,2014 .

- J.M.AUBY,L'arbitrage en matière administrative, A.J.D.A, 1995.

- Jean (M)., La conciliation par le juge administratif, A.J.D.A., 2008.

- lourent Richer , droit des contrats administratifs , édition L. G .D .J ,5éme édition, 2006 .

- PAULSSON (J.) et AL, The Fresh fields guide to arbitration and ADR, 2éme ed The Hague , KLUWER , 1999

- Pierre Tifine, Droit administratif français(Troisième Partie),Chapitre 3, Chapitre 3: Contentieux administratif, Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4417 (www. revuegeneraledudroit.eu/?p=4417)

- Terneyre Philippe, Le marché d'entreprise des travaux publics, Revue d'économie financière .Hors -série, Partenariat public-privé et développement territorial, 1995.
- André de LAUBADÈRE, Traité de contentieux administratif, Tome 1, 16 éme édition, L.G.D.J, PARIS, 2002, N.1287.
-Béatrice Gorchs, La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire; cité dans : revue droit et société n°62 Volume 1 année 2006; https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2006-1.
- FERNAND.S, La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire, A.J.D.A,20 janvier 1990.
-Filip De Ly ,The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume12Issue1 Spring1991 ;http://scholarlycommons. law.northwestern.edu/njilb.
- florian Linditch, délit d'actroit d'avantage injustifié, contrats et marchés publics, vol 1, juris classeur, 2009,paris.
- L abetaulle (D.) ; Le référé nouveau est arrivé. A.J. 2000.
- L'abetaulle (D.) ; Le référé nouveau est arrivé. A.J. 2000.
-LONG(Marceau), Weil (Prosper), BAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), G . A .J .A, 10éme éd, Dalloz, Paris, 1993
- lourent Richer , droit des contrats administratifs,5éme édition , L. G .D .J, 2006 .
-Marie caroline vincent, legoux,quand l'annulation de l'acte détachable demeure platonique, AJDA ?15septebre2003
-Mestre, La nation de service public d'après les d'ébats de L'assemblée nationale constituante, D.C.E, 1988, France.
- Michel rousset , Arbitrage en droit Public, AJDA , France,1997 .
- POCHARD.M, concl sur CE01OCT1993,Soc le Yacht-chib international de bormes-les mimosas, AJDJAm1993
-René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.
-YOUNIS. M. AL NUAIMI , setting the stage and pre contract negotiations in international contracts Tikrit University Journal For Rights Year 5 Vol 5 NO 2, Part 2, 2020 .

4.الملتقيات والمؤتمرات والندوات العلمية:

– أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المملكة العربية السعودية بتاريخ من 1– 4 نوفمبر 2009.

– بالجيلالي خالد. بالجيلالي نور الهدى، الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية لتطوير البنية التحتية على المستوى الإقليمي، ملتقى دولي افتراضي حول الجماعات الإقليمية والتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، يومي7و8مارس2021.

– درادكه لافي محمد، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، المؤتمر الدولي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة 2011، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011.

–شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونية الفرنسي والمصري، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

–يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، الظروف الاقتصادية الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع، مؤتمر حول دور التشريع في تحقيق أهداف التنمية المستدامة أيام7و8و9نوفمبر2018، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي بالتعاون مع المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2018.

– الزعبي محمد عبد الخالق محمد، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاته، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاته، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر 2012.

– سلمان عمر عبد الحميد، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص(PPP)ندوة حول الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاصPPP والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012.

– عبد بن سلمان العمار، الرقابة على المشاريع الحكومية وأثرها على إنجاح تلك المشاريع، ندوة حول إدارة المشاريع الحكومية في المملكة العربية السعودية بتاريخ13نوفمبر2012.

عمر سلمان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، مصر، 2011.

–مؤتمر العمل العربي، الدورة 38، البند العاشر، تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، القاهرة، مصر، 2014.

– منقور قويدر .بالجيلالي نور الهدى، إصلاح القطاع العام الاقتصادي كآلية لتحقيق أغراض التنمية الاقتصادية والحد من الفساد، ملتقى وطني حول رهانات التنويع الاقتصادي في ظل البحث عن نموذج اقتصادي جديد في الجزائر، يومي15و16أفريل2020، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، وعلوم التسيير، جامعة تيارت.

–بالجيلالي خالد.قطواش فطيمة ، مدى فعالية التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية، الملتقى الوطني حول الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ومدى فعاليتها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 10أفريل2021.

– ميسوري عمار، التدابير الاستعجالية قبل الإبرام الصفقات العمومية وبعدها، مداخلة في يومين دراسيين حول الصفقات العمومية، مجلس الدولة، يومي 27و28نوفمبر2016.

5.القرارات القضائية

– قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) في13يناير1991في النزاع بين فريق ك ومن معهم والمستشفى الجامعي بسطيف، المجلة القضائية، العدد2، 1996.

قرار(الغرفة الإدارية) بالمحكمة العليا في القضية رقم44299بتاريخ 12/28 /1985، المجلة القضائية، العدد3، الجزائر، 1989.

حكم محكمة النقض(تجاري)في الطعن رقم8012لسنة63ق بتاريخ 28نوفمبر2000

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1991/1/12.

– طعن رقم 773، س34 ، وحكمها في 1992/4/18، طعن رقم 355.

– حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم8830لسنة45ق في12مايو2002؛ حكم محكمة النقض المدني المصري بتاريخ11يونيو1970، س 21.

– الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري جلسة19جوان1996 في القضية رقم336/1/54؛ قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ20نوفمبر2000 في قضية ر ع ضد بلدية الكاليتوس.

– قرار المحكمة العليا في الطعن بالنقض رقم543309بتاريخ18مارس2010.

– قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، القسم الثالث، رقم الملف118846، فهرس00980/17بتاريخ07ديسمبر2017في دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع بين ولاية سوق أهراس وشركة نيكاكس المجرية لتجارة منتوجات الصناعات الثقيلة .

- قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ16اكتوبر2018رد الطعن بالبطلان ضد حكم تحكيم دولي للنزاع القائم بين شركة Cerner Middle East ومؤسسةS/E Capital –I الصادر في باريس بتاريخ16يوليو2015.

– قرار محكمة استئناف القاهرة دائرة62تجاري في دعوى البطلان رقم64ضد حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس، سنة132 قضائية بتاريخ10مايو2018.

– قراره مجلس الدولة الفرنسي بـ 22أبريل1964 في قضيةCastello.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ6نوفمبر1970في قضية Société Anonyme touristique et hôtelière de la Vallée du Lautaret

- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في بـ 24مارس1957في الطعن رقم357لسنة11 ق.

– حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ28ديسمبر1963في الطعن رقم109، السنة8ق.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم2795 في20يناير2004.

– قرار مجلس الدولة في قضية Société de livraisoms industrielles et commerciales Anonymeبتاريخ1961/04/24.

– قرار مجلس الدولة الفرنسي في3أفريل1981 بقضيةLegrand.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بالطعن رقم3267بتاريخ 17يناير2009.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لعام1956.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لعام1957.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم4631 بجلسة2000/01/27.

–حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم27/13ق بتاريخ18مايو 1983، مجلة المحكمة العليا، س20، العدد3.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1749لسنة37، ق ع بتاريخ16ديسمبر1997.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة المصري في الملف رقم29/1/78 بتاريخ28اكتوبر1964، مجموعة المبادئ القانونية حتى سنة2005.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم11488لسنة51، ق ع بتاريخ09يونيو2009، مجموعة المكتب الفني للمحكمة سنة54.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم33293لسنة55 بتاريخ28يونيو2016، مجموعة المكتب الفني للمحكمة س61.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60قضائية عليا، ق ع بتاريخ22مايو 2018.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ27نوفمبر 2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س58.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22367لسنة53، ق ع بتاريخ30نوفمبر 2010، بتاريخ27نوفمبر 2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س55و56.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنيين رقم21626و22571لسنة62قضائية عليا، بتاريخ23يناير 2018.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ27نوفمبر 2012، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س58.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم24713لسنة58، ق ع بتاريخ10أفريل2018.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم13606لسنة52 ق ع بتاريخ27نوفمبر 2012، المكتب الفني للمحكمة، س58.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ 27نوفمبر 2012، المكتب الفني للمحكمة، س58.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60، ق عليا بتاريخ22مايو 2018.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم12606لسنة52، ق ع بتاريخ 27نوفمبر 2012، المكتب الفني للمحكمة،س58.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم22041لسنة60، ق عليا بتاريخ22مايو 2018.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1590لسنة45، ق ع بتاريخ15يناير 2002، مجموعة المكتب الفني للمحكمة، س25.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم26935لسنة56، ق ع بتاريخ23يناير 2018.
- حكم محكمة النقص المصرية في الطعن رقم1320لسنة24قبتاريخ20ديسمبر 1973.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقمي11120و12400لسنة49ق ع بتاريخ24يناير 2017.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم4567لسنة39، ق ع بتاريخ30ديسمبر 1997.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم701 لسنة14، ق ع بتاريخ14يونيو 1969.
-- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم701 لسنة14، ق ع بتاريخ14يونيو 1969.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم567 لسنة29، ق ع بتاريخ30ديمسبر 1997.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقمي11130و12400لسنة49 ق ع بتاريخ24يناير 2017.
- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها بتاريخ05يونيو 2007.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم11488لسنة51، ق ع بتاريخ09يونيو 2009.
- بالطعن رقم359لسنة48، ق ع بتاريخ03سبتمبر 2006؛ المكتب الفني للمحكمة س54.
-حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية(Commun de Monsegur)الصادر في10يونيو 1921
- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر رقم779لسنة 10 قضائية بتاريخ 1957/2/24.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ16يناير 2010 في الطعن رقم6751 لسنة48 قضائية.
- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19يناير 1973 بخصوص الشركة الفرنسية للكهرباء.
- حكم المحكمة الإدارية المصرية الصادر في 24نوفمبر 1985 بالطعن رقم2094، 3ق، السنة31.
- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى(التي حلت محلها المحكمة العليا) بتاريخ23يناير 1970.
- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى(التي حلت محلها المحكمة العليا)بتاريخ 8مارس1980 بشأن قضية الشركة الوطنية"سامباك والديوان الوطني للحبوب".
-قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى) رقم005147 الفهرس376 بتاريخ 27مايو2002 في قضية الوكالة الوطنية للسدود.

-قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى) رقم011155 الفهرس922 بتاريخ16ديسمبر 2003 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري.
-قرار مجلس الدولة(الغرفة الأولى) رقم013826 ، الفهرس 178 بتاريخ17فبراير 2004في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري.
قرار محكمة التنازع في الملف رقم73 بتاريخ21ديسمبر 2008 حول تنازع الاختصاص حول الطعن في العقود التوثيقية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص.263.
-قرار محكمة التنازع في الملف رقم45 بتاريخ 09ديسمبر 2007، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2007، ص.103.
– حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ23يونيو 1953 في الطعن رقم670 لسنة5 قضائية.
– قرار رئيس مجلس الدولة رقم520لسنة2021 بإنشاء دوائر جديدة بمحكمة القضاء الإداري وتحديد اختصاصاتها، الوقائع المصرية، العدد175 بتاريخ9اغطسطس2021.
– قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا(المحكمة العليا) الصادر في14فبراير 1969، برفض النظر في الدعوى المتعلقة بالنزاع الخاص بالديوان الوطني للإصلاح الزراعي.
– قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا(المحكمة العليا) الصادر بتاريخ23يناير 1970.
– حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم380لسنة3ق دستورية، بتاريخ2003/05/11؛ مجموعة المبادئ القانونية المصرية.قسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية.
– حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم1403لسنة55قضائية جلسة1998/11/20.
– حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم4837لسنة65قضائية، جلسة2001/11/26.
– حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ 6مارس1986الخاص بمشروع ديزني لاند.
-قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ29سبتمبر 2004 منشور بالموقع:https://www.conseil-Etat.fr
- حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في الدعوى رقم13 لسنة15ق دستورية بتاريخ17ديسمبر 1994، ج ر العدد2، 12يناير 1995، بوابةالأحكام الدستورية العليا، الجزء السادسمن أول يوليو 1993 حتى آخر يونيو 1995.
-فتوى رقم160بتاريخ1997/2/22ملف رقم339/1/54، جلسة 18 ديسمبر سنة 1996، مجلس الدولة (المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع)، ج1، من أكتوبر سنة

1996 إلـــــى يونيـــــو ســـــنة 2000، ص 132؛بوابـــــة مصـــــر للقـــــانون والقضاء(http://www.laweg.net).

-فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ9أفريل1997،(http://www.laweg.net)،

-حكم محكمة استئناف القاهرة في الطعن رقم64لسنة112بتاريخ19مارس1997(الدائرة63تجاري)، (http://www.laweg.net).

-حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ15يناير2012في الطعن رقم47لسنة31 بشأن تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري ومحكمة استئناف القاهرة بشأن دعوى بطلان حكم التحكيم رقم382لسنة2004 بتاريخ7مارس2006.

-حكم هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي الصادر بتاريخ17مايو2010في القضية رقم621لسنة2009.

-حكم محكمة القضاء الإداري في بتاريخ31اكتوبر2009.

-حكم الدائرة الثالثة المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6268 لسنة 64 قضائية عليا في31مايو2005.

حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم8256 لسنة 56 قضائية عليا في حكم التحكيم بتاريخ2009/08/18

-قرار دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8256لسنة56بتاريخ 05مارس2016 بشأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997 المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994.

-حكم محكمة النقض في قرارها بتاريخ12مايو2015 بشأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997 المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994

-حكم محكمة الجزائر بتاريخ 1973/05/03 في النزاع بين شركة سوناطراك وشركةSMC؛قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

-حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية طلب تفسير رقم 1 س 38بتاريخ6مايو2017 برفض تفسير نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم9 لسنة1997 المعدل لقانون التحكيم المصري لسنة1994.

-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ58يونيو1964.

-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بالطعن رقم5955بتاريخ8مايو 2001.
-حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية société anonyme touristique de la vallée du lautaret،الصادر بتاريخ 6نوفمبر 1970.
-قرار مجلس الدولة المصري في قراره الصادر بتاريخ25نوفمبر 1998.
-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم456 بتاريخ05أبريل1975.
-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم666 بتاريخ14أفريل1979.
-حكم آخر صادر عن المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) بتاريخ18ابريل1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.
-حكم المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) في قضية شركة(هيتزل) بتاريخ16ديسمبر 1966 المتضمن رفض دعوى الإلغاء.
- قرار مجلس الدولة رقم11053الصادر بتاريخ17جوان2003، مجلة مجلس الدولة، العدد4، 2003.
-حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ17اكتوبر 1980في قضيةGaillard.
-قرار مجلس الدولة الجزائري رقم182149الصادر بتاريخ14فبراير 2000، مجلة مجلس الدولة، العدد1، 2002.
-قرار مجلس الدولة الجزائريرقم074854 الصادر بتاريخ21جوان2012، مجلة مجلس الدولة، العدد12، 2014.
- قرار المحكمة الإدارية بغليزان(أمر استعجالي)في23مارس2015بخصوص نزاع ابرام صفقة عمومية.
-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1630لسنة44ق، بتاريخ17يناير 2004.
-فتوى قسم الرأي مجتمعا، رقم684بتاريخ23ديسمبر 1952.
-حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة07مايو 2011في الطعن رقم11492لسنة65ق.
-حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم34248 بتاريخ21سبتمبر 2011، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار.
-قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا) الصادر في31مارس1996.
-قرار المجلس الأعلى للغرفة الإدارية (سابقا) الصادر في04يناير 1989في قضية ديوان الترقية ضد ب.م؛ المجلة القضائية، العدد2لسنة1991.

-أمـــر اســـتعجالي صـــادر عـــن المحكمـــة الإداريـــة بـــوهران)القســـم الاســـتعجالي في26يوليو2015رقم15/00886، فهرس رقم15/00806، بين(ط- س)مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور، ملحق رقم8؛ سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد05، يونيو2015 .

-قضية مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ضد ش.ذ.م.م(أبناء العموري للنقل) رقم15/00980فهرس رقم15/01140.

- CE du07mai1982,Sté sogepare-paris,Rec,p669, www.conseil-etat.fr

-CE07/07/1983commune de guidel,RDP,1983

Avis CE19decembre1995,RAPP,public du CE,EDCE1995.

-CE19decembre2007,Syndicat intercommunal D'alimentation en eau potable du confolentias ,req,N°291487

Conseil d'Etat, 25 janvier 2019, n° 423159, BEAH (Bureau européen d'assurance hospitalière), mentionné dans les tables du recueil Lebon

- CE, 13/7/2007, syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité, légifrance ; http://www.legifrance.gouv.fr;

- Cass.civ,I, 8-7-2015, n° 13-25,846C.E, 13 décembre 1889, CADOT in :.

- CE, ASS. 11 juill 2008, société Krupp HAZemag, Concl.

T.A. de lyon, 25, 2009, syndicat msixtre du jura Gessien, req N°301077, A.J.DA., 2004.

- Conseil d'État, Section, 21/03/2011, 304806, (la commune de Béziers), Publié au recueil Lebon.

-CAA de MAESEILLE du23mai2018,6éme chambre, formation à3,17MA03262, inédit au recueil Lebon, www,légifrance.gouv.fr.

-CE du10octobre2007,7éme et2éme sous-sections réunies, N255213, www.legifrance.govu.fr.

- CAA de NANCY, du 13novembre2018,4éme chambre-formation à 3,16NC02846,inédit au recueil lebon ,www.legifrance.govu.fr.

-CE du5avril2002,6/4 SSR ? du05avril2002,199686, inédit au recueil lebon, www.legifrance.govu.fr.

- CE du2mai1982,société paris parking, R.D.P,1983,www.conseil-etat.fr .

- CE du24ocobre1970,N455795.

- CE du23avril1971,recueil des arrêts du conseil d'Etat.

- CE,21février2000,187257, inédit au recueillebon.www.legifrance.gouv.fr.

- CE du09avril1954,R.D.P,1954.

- CE du30mars1916, compagnie général d'éclairage de bourdeaux, rec125 .
CAA de Marseille ,27mars2017,6éme chambre-formation à 3,15MA00976,Inédit au recueil lebon, www.légifrance.gouv.fr.
- CE du20avril1949,Ministre de Guerre,rec.
- CE du5avril2002,6/4SSR,199686,indédit au recueil lebon.
-CAAde NANTES du23novembre2018,4éme chambre,17NT02503,Inédit au recueil lebon,www.légifrance..gouv.fr.
-CE du2juillet1982,Société routière Colas,www.légifrance.gouv.fr
-Ce du19février 1992,5/3SSR,47265,mentionné aux tables du recueil Lebon,www.légifrance.gouv.fr
-CAA de NANCY du13novembre2018,4éme chambre-formation à 3,16NC02846,Inédit au recueil Lebon,www.légifrance.gouv.fr .
CE DU9mai1962,ville de Bastia, re, www.légifrance.gouv.fr.
- CAA de Bordeaux 26avril2018,1ère chamber-formation à3,15BX02295,Inédit au recueil lebon,, www.légifrance.gouv.fr.
- CE du3Juillet 2003, Commune de Lens, BJDCP 2003. Mo 31, Conct pivet eau, AJDA 2003 1727 Mot. J.D. Drefur.
- CEdu06mars2015, 7éme SSJS,376465,inédit au recueil lebon ;CAA de lyon,07juin2018,4éme chambre-formation à 3,15LY01323,inédit au recueillebon,www.legifrance,gouv.fr.
-CE,21juillet1970,Département des Hautes-alescsteasavoyar de d'entreprise Rc.
C.E12 Mai 1982, Ste dés autorouter Poris, R, him, R, Home Rec..
-CE du31juillet2009,7éme et 2éme sous-sections réunies, 300729, www.legifrance.gouv.fr.
- CAA de Marseille, 10juillet2017, 6éme chambre-formation à3,12MA01430,Inédit au recueillbon, www.legifrance.gouv.fr.
- CE 9juillet1965,commune de Dving rec,p545,www.conseil-etat.fr.
C.A.A. Paris, 31 octobre 1995, société AGS Holding, n°95PA00633; note in Le Quotidien Juridique, n°22, 14 mars 1996; T.A.Paris, 27 Juin 2000, Centre cardiologique du nord, B.J.C.P,n°14, p.43 et suiv
- C.E. 25 octobre 2004, commune du Castellet, n°249090.
- Jean-Marie Pontier, Action administrative, La notion de contrat administratif, 2011, p.
- Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 19/11/2010, office national des forêts, n°333275, Publié au recueil Lebon ،www. Conseil d'Etat.fr.
C.E. 21 Avril 1943, siedes atcticrs de contraction du Nord de la France .

- CE, Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus.
- concl F. Gazier,D.1958 ,L'arbitrage et les personnes morales de droit public ،Intervention de M. Jean-Marc Sauvé Vice présidentdu Conseil d'Etat Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, conseiller detribunal Colloque du 30 septembre 2009 organisé au Conseil d'Etat par la Chambre Nationalepour l'Arbitrage Privé et Public. Administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat discours13octobre2009, www.conseil d'Etat.fr ;
- C.E avis ,6 mars 1986, les grands avis du conseil d'état, p.175, https://www.conseil-Etat.fr.
Conseil d'État Section, 3 Mars 1989,N°79532 Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes;https://www.legifrance.gouv.fr
-CE, 31 juillet. 2009, n°309277, 7ème et 2ème sous-sections réunies , https://www.conseil-Etat.fr.
- TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754 Séance du 12 avril 2010 Lecture du 17 mai 2010Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad, T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, Publié au bulletin. Lire en ligne : https://www.doctrine.fr/d/TCONFL/2010/JURITEXT000022593423
-CE16avril1982 ;sté « la maison climatic », RFD ,adm1982,n°196.
-CE06mai1985,min PTTc/MRicard, RFD adm1985n°697.
-C.E, 19-03-1997, S.A, Entreprise général de Terrassements et de Travaux publics, Req.Nº 163293 ;
CE, 3-11-1995. Chambre de commerce et l'industrie de Tarbes es des Hautes – Pyenees, A.J.D.A, 1995.
-CE,15-4-1996, SARL scimone Cimbre Enterprise, RD, 1996.
-C.E, 10-02-1997, M.Moch, Req, Nº 169694
-C.E, 2 août 2011, Nº 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

7.المعاجم:

– ابو الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، الجزء 24، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 1997.

8.المواقع الالكترونية:

– بوابة مصر للقانون والقضاء(http://www.laweg.net.
-http://alamiria.laa-eg.com/ETash/MabdaCircle.
-http://alamiria.laa-eg.com/ETash/MabdaCircle

http://www.seor.dz/Seor,http://www.seor.dzSOURCE:Seor,http://www.seor.dz/index.php?option=com_content&view=article&id=69&Itemid=131 -
-http://www.ona.dz.org/article/la gestion-délègue.html.
-www.seaal.dz
-https://www.seor.dz.
http://www.metroalger-dz.com/ar.
- https://www.conseil-Etat.fr
https://pulpit.alwatanvoice.com.
-www.uncitral.org.
- sccourt.gov.eg.
http://www.ejles.com

الفهرس

الفهرس

آيات قرآنية.....أ و ب

شكر وإهداء.....ج ود

قائمة لأهم المختصرات.....هـ

الباب الأول : منازعات عقود الشراكة : تحديد المجال النزاعي و آليات التسوية.....ص26

الفصل الأول : تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص 29

المبحث الأول : مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون المقارن..... 31

المطلب الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء التشريع والفقه والقضاء..... 31

الفرع الأول : التعريف التشريعي لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص 32

الفرع الثاني: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الفقه المقارن..... 37

أولا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بالفقه الفرنسي 37

ثانيا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بالفقه المصري..... 39

ثالثا: التعريفات الفقهية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الفقه الدولي..... 44

الفرع الثالث: التعريف القضائي لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في القضاء المقارن 46

المطلب الثاني: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في القانون المقارن 49

الفرع الأول : تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 50

الفرع الثاني: تعدد مراحل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 54

الفرع الثالث: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مبدأ تقاسم المخاطر 56

المبحث الثاني: مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر بين التشريع والممارسة 62

المطلب الأول:التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص 63

الفرع الأول:نشأة عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائر 63

الفرع الثاني: أهم تعريفات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائري..... 67

المطلب الثاني: أهم تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في التشريع الجزائري 77

الفرع الأول: تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في قطاع المياه 78
الفرع الثاني : تطبيقات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في قطاع المحروقات..... 81
الفرع الثالث:عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كأسلوب لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 87
الفصل الثاني: مجال المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 95
المبحث الأول: الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (التوجه التقليدي) 96
المطلب الأول: المعايير الفقهية والقضائية لتحديد الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص 96
الفرع الأول: المعايير الفقهية الموضوعية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة 97
أولا: معيار السلطة العامة لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري 97
ثانيا: معيار المرفق العام لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري 98
ثالثا: معيار المنفعة العامة لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري 100
رابعا: المعيار المختلط لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونطاق اختصاص القضاء الإداري 101
الفرع الثاني: المعايير القضائية لتحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....102
أولا: أهم المعايير القضائية لتحديد طبيعة منازعات العقود الإدارية المختلفة 103
أ- معيار ارتباط العقد بأشخاص القانون العام(المعيار العضوي).....103
ب-معيار ارتباط عقد الشراكة بالمرفق العام.....105
ج- معيار تضمين الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية المختلفة 107
ثانيا: موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من معايير تمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة 110
ثالثا: موقف القضاء الجزائري من معايير تمييز منازعات العقود الإدارية المختلفة 111
المطلب الثاني: المعيار القانوني لتحديد الطبيعة القضائية لمنازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 115
الفرع الأول: موقف التشريع الفرنسي والمصري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 116

أولا: موقف التشريع الفرنسي من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....116
ثانيا: موقف التشريع المصري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....118
الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من معايير تحديد طبيعة منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص .121
أولا: موقف المشرع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008 المعدل 121
ثانيا: مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام2008والتشريعات المكملة له 124
ثالثا: الاستثناءات الواردة على الأخذ بالمعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية المختلفة بالتشريع الجزائري 126
المبحث الثاني: مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(التوجه الحديث) 130
المطلب الأول: مفهوم التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 130
الفرع الأول: تعريف التحكيم منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 130
أولا: التعريف القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 131
ثانيا: التعريفات الفقهية والقضائية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 133
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....136
أولا:الرأي الفقهي المؤكد على الطبيعة التعاقدية للتحكيم 136
ثانيا:الرأي الفقهي المؤكد على الطبيعة القضائية للتحكيم.....137
ثالثا:الرأي الفقهي المؤيد للطبيعة المختلطة للتحكيم 138
رابعا:الطبيعة القانونية للتحكيم في التشريع المقارن والتشريع الجزائري 140
المطلب الثاني:مدى قابلية التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريع الفرنسي.....141
الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 142
الفرع الثاني: موقف الفقه الإداري الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 145
أولا: موقف الفقه الإداري المؤيد لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة.....145
ثانيا: موقف الفقه الإداري المنكر لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة 146
الفرع الثالث: موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 148
أولا: موقف القضاء الإداري الفرنسي من التحكيم في منازعات العقود الإدارية 148
ثانيا:موقف محكمة التنازع من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة 151

المطلب الثالث: جوازية التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعين المصري والجزائري 153

الفرع الأول: مدى جواز التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتشريع المصري 153

ثانيا:موقف الفقه والقضاء الإداريين من التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....156

أ- موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم لسنة1994 156

1-الرأي المؤيد لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية. 157

2-الرأي الرافض لمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية: 157

ب- موقف الفقه الإداري المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم لسنة1994 ...158

الفرع الثاني: مدى قابلية اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري 160

أولا: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة قبل صدور القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 161

أ-موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.....161

ب-موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية عامة.....164

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة بعد صدور القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 165

الفصل الأول : الإجراءات التنازعية أثناء مرحلة الإبرام 169

المبحث الأول: نطاق المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 170

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن الإخلال بالمبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 170

الفرع الأول: منازعات الإخلال بالمبادئ العامة للتعاقد في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 171

أولا: منازعات الإخلال بمبدأي العلانية والمنافسة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 171

ثانيا: منازعات الإخلال بمبدأ المساواة في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....175

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن مخالفة مبدأي الشفافية والتفاوض لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 177

أولا: الإخلال بمبدأ شفافية إجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 178

ثانيا: الإخلال بمبدأ شفافية أساليب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....182
ثالثا: الإخلال بمبدأ المفاوضات أو التفاوض التنافسي لإبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....185
المطلب الثاني:المنازعات المتعلقة بصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 188
الفرع الأول: منازعات الإخلال بالشروط الشكلية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....188
أولا:المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن الاختصاص في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 189
ثانيا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن الشكل وإجراءات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 192
الفرع الثاني: منازعات الإخلال بالشروط الموضوعية لصحة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 196
أولا:منازعات الإخلال بركن المحل في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 196
ثانيا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بركن السبب على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 198
الفرع الثالث:التسوية الودية لمنازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....199
أولا: أهم الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 199
أ- تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتظلم والتوفيق:. 199
ب- تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح والوساطة:. 201
ثانيا: التحكيم لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....202
المبحث الثاني: الإجراءات القضائية لتسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....204
المطلب الأول: النظام الإجرائي والموضوعي لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 205
الفرع الأول: الأسس العامة لدعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 205
أولا: مدى جواز الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية المختلفة 205
ثانيا: نطاق دعوى الإلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....208
الفرع الثاني: شروط الطعن بالإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 213
أولا:الشروط الخاصة بالطاعن في دعوى إلغاء الناشئة عن منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص214
ثانيا: الشروط المتعلقة بآجال رفع دعوى الإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 216
الفرع الثالث: أوجه الطعن بالإلغاء في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 218

أولا:أوجه عدم المشروعية الشكلية للقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها 219

ثانيا: صور عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية المنفصلة عن إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انعقادها 221

أ-عيب السبب:.....221

ب-عيب مخالفة القانون:.....223

ج-عيب الغاية.....224

المطلب الثاني: الإجراءات التنازعية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.....227

الفرع الأول:الأحكام الإجرائية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 227

أولا:الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الاستعجالية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 227

ثانيا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعات الإبرام 228

أ-شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريعين الفرنسي والمصري:.....229

ب-شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريع الجزائري:.....231

ثالثا:أسباب الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي.....233

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 234

أولا: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي في التشريعين الفرنسي والمصري..234

ثانيا: سلطة القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي في التشريع الجزائري.....237

أ-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في اتخاذ الإجراءات التحفظية:. 237

ب-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقد في اتخاذ الإجراءات القطعية(قاضي العقد):.....239

ج-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقدي في إلغاء الإجراءات أو القرارات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية المختلفة: ...239

د-سلطة قاضي الاستعجال قبل التعاقدي في إبطال بعض الشروط التعاقدية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية المختلفة:.240

الفرع الثالث: أثر حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....241

أولا:أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على العملية التعاقدية 241

أ-أهم الآراء الفقهية من آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة:.....241

1-الرأي الفقهي المؤيد لامتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة:.....241
2-الرأي الفقهي المعارض لامتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة:.....242
ب- موقف القضاء من آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية المختلفة على العملية التعاقدية:
.....243
ج-مسألة امتداد آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد في التشريع الجزائري: 245
ثانيا: أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أمام قاضي العقد 246
الفصل الثاني: الإجراءات التنازعية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 248
المبحث الأول: التسوية غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....249
الفرع الأول: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتظلم والمفاوضات 250
أولا: التظلم لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 250
أ-الأحكام العامة للتظلم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:. 250
ب-أثر التظلم في تسوية منازعات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: 254
ثانيا: التفاوض لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام 256
أ-الأحكام العامة للتفاوض لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: 256
ب-أثر التفاوض في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....257
الفرع الثاني: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتوفيق والخبرة.....259
أولا: الأحكام العامة للتوفيق في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 259
ثانيا: الأحكام العامة للخبرة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....262
الفرع الثالث: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح والوساطة.....264
أولا: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصلح 264
أ-الأحكام العامة للصلح في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:. 265
ب-أثر الصلح في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: 267
ثانيا: تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالوساطة.....268
أ-الأحكام العامة للوساطة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....268
ب-أثر الوساطة في تسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: 271

المطلب الثاني: الإجراءات التنازعية التحكيمية لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ...272
الفرع الأول : النظام الإجرائي والموضوعي للتحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص....272
أولا: شروط صحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 273
أ-الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....273
ب-الشروط الموضوعية للتحكيم منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:. 275
ثانيا:اختيار المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....276
الفرع الثاني:الأحكام العامة لسير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 278
أولا: إجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 279
ثانيا: مرحلة الفصل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص محل التحكيم.....283
الفرع الثالث:الآثار المترتبة على تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص..286
أولا: الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....287
ثانيا: الطعن ضد أحكام التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 291
المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء.....293
المطلب الأول: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....294
الفرع الأول: الأسس العامة لتسوية منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 294
أولا: مدى اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....294
ثانيا: ولاية القضاء الكامل في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 297
أ- الجهة القضائية المختصة في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: 297
ب- شروط قبول الدعوى الإدارية في نطاق القضاء الكامل الخاصة بمنازعات التنفيذ: 298
الفرع الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 300
أولا:اختصاص القضاء الإداري في دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....300
أ-دعوى الغير ببطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....300
ب- دعوى إبطال تصرفات الإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....301
ج- دعاوى بطلان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص:. 302

ثانيا:اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض وفسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 304

أ- اختصاص القضاء الإداري في دعوى المطالبة بمبالغ مالية ناجمة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:. 304

ب- اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.. 305

ج-اختصاص القضاء الإداري في دعاوى فسخ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:.....307

د- اختصاص القضاء الإداري في نطاق المنازعات الناشئة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية:. 308

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري في دعاوى التعويض لإعادة التوازن المالي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص 310

الفرع الأول: اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص 310

أولا: الأحكام العامة لنظرية فعل الأمير في نطاق العقود الإدارية المختلفة.....310

ثانيا:سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير 313

أ-حق المتعاقد المتضرر في الحصول على التعويض: 314

ب-إعفاء المتعاقد المتضرر من غرامات التأخير عن التنفيذ:. 314

ج- حق المتعاقد المتضرر طلب فسخ العقد لاستحالة التنفيذ:.....316

الفرع الثاني:اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية المختلفة.....317

أولا:الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية 317

ثانيا-شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق منازعات تنفيذ العقود الإدارية 319

أ-وقوع الظرف الطارئ العام غير المتوقع أثناء تنفيذ العقد الإداري:.....320

ب-استقلال الظرف الطارئ عن الأطراف المتعاقدة يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد:.....321

ج-الشروط المتعلقة بأثر الظرف الطارئ على تنفيذ الالتزامات التعاقدية:. 323

ثالثا: سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة.....324

أ-سلطة قاضي العقد في رد الالتزام المرهق:.....324

ب-سلطة قاضي العقد في وقف تنفيذ الالتزام المرهق أو فسخ العقد الإداري:. 326

الفرع الثالث: اختصاص القاضي الإداري في دعاوى التعويض استنادا على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في نطاق العقود الإدارية 328

أولا: الأحكام العامة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....328

ثانيا:شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 329

أ-أن يواجه تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية استثنائية:.....330

ب-استقلالية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن إرادة الأطراف المتعاقدة. 331

ج-عدم توقع الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد الإداري وقلب اقتصادياته:. 331

د-ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية. 332

ثانيا: سلطة القاضي في نطاق دعوى التعويض استنادا على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....333

أ-سلطة قاضي العقد في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة وحسابه.....333

ب-إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة:.....335

خاتمة..... 334

قائمة المصادر والمراجع.....350

الفهرس.....393

ملخص

تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريعين الفرنسي والمصري، وتحديد الطبيعة القانونية لها وطبيعة المنازعات الناشئة عنها وكذا نطاقها، والنظام القانوني التي تخضع له منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريعات محل المقارنة، وعرض لأهم الوسائل القانونية والقضائية لتسوية تلك المنازعات، ودور القضاء في هذا المجال خاصة بعد بروز دور وسائل التسوية الودية للمنازعات العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي كالتحكيم والوساطة، اعتمادا على المنهجين التحليلي والمقارن وفق خطة مقسمة إلى بابين.

وقد خلصت الدراسة إلى ابراز أهمية موضوع تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وأن تبني آليات فعالة للتسوية أصبح ضرورة حتمية ومطلبا لجذب الاستثمار والشركاء الاقتصاديين لتجسيد وتمويل مشاريع عامة في قطاعات البنية التحية والمرافق العامة والخدمات العمومية.

كلمات مفتاحية: منازعات، عقود شراكة، قطاع عام، قطاع خاص، تسوية قضائية، تسوية ودية

Abstract

The study aims to clarify the concept of partnership contracts between the public and private sectors in Algerian legislation compared with the French and Egyptian legislation, and to determine the legal nature of them and the nature of disputes arising from them as well as their scope, and the legal system to which PPP contract disputes are subject in the legislation in question, and a presentation of the most important legal and judicial means to settle those disputes, and the role of the judiciary in this area, especially after the emergence of the role of means of amicable settlement of disputes Contractual relations of an international nature such as arbitration and mediation, depending on Analytical and comparative approaches according to a plan divided into two chapters.

The study concluded that the issue of settling PPP contract disputes is highlighted, and that the adoption of effective settlement mechanisms has become an imperative necessity and a requirement to attract investment and economic partners to embody and finance public projects in the sectors of infrastructure, public utilities and public services.

Key words: Disputes, Partnership contracts, Public sector, Private sector, Judicial settlement, Amicable settlement

Résumé

L'étude vise à clarifier la notion de contrats de partenariat entre les secteurs public et privé dans la législation algérienne par rapport aux législations française et égyptienne, et à déterminer la nature juridique de ceux-ci et la nature des litiges qui en découlent ainsi que leur portée, et le système juridique auquel les litiges contractuels de PPP sont soumis dans la législation en question, et une présentation des moyens juridiques et judiciaires les plus importants pour régler ces différends, et le rôle du pouvoir judiciaire dans ce domaine, en particulier après l'émergence du rôle des moyens de règlement amiable des différends. Relations contractuelles de nature internationale telles que l'arbitrage et la médiation, en fonction de Approches analytiques et comparatives selon un plan divisé en deux chapitres.

L'étude a conclu que la question du règlement des différends contractuels de PPP est mise en évidence et que l'adoption de mécanismes de règlement efficaces est devenue une nécessité impérative et une exigence pour attirer des partenaires d'investissement et économiques pour incarner et financer des projets publics dans les secteurs des infrastructures, des services publics et des services publics.

Mots-clés : Litiges, Contrats de partenariat, Secteur public, Secteur privé, Règlement judiciaire, Règlement amiable