جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعاقد من الباطن في العقود الإدارية:

عقد تفويض المرفق العام نموذجا

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون العام

تخصص القانون العام الاقتصادي

أسماء الطالبتين:

شوالي ايمان

مرزق مريم

تحت اشراف

د مخلوف باهية

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): حجارة ربيحة جامعة بجاية.....رئيسا

الدكتورة: مخلوف باهية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة بجاية.....مقررة

الأستاذ(ة): بن يحي رزيقة جامعة بجاية.....ممتحنا

السنة الدراسية 2022-2023

بسم الله رحمان الرحيم

اهداء

اهدي عملي هذا الى من وضعتني على طريق الحياة والى من وضع المولى سبحانه الجنة تحت قدميها والى من كان دعائها سر نجاحي" امي الغالية" اطال الله في عمرها.

والى من علمني العطاء والمثابرة واحمل اسمه بكل افتخار وارجو من الله ان يمد في عمره" ابي الغالي".

الى اخواتي اللواتي كانوا سندا لي في الحياة وبالأخص اختي "لامية" توأم روحي حفضها الله لي واختي" سامية" الغالية.

الى صديقة عمري ورفيقة دربي في الحياة ومشواري الدراسي "ايمان".

مريم.

اهداء

اهدي عملي هذا الى الذي له الفضل في بلوغي التعليم العالي واتعب نفسه ليريحني اطال الله في عمره ورّد جميله" ابي الغالي".

الى مصدر الحب والحنان والسند في الحياة اطال الله في عمرها "امي الغالية".

الى اخواتي" سيهام ياسمين وحنان "ادامنا الله اخوة متحابة

الى عماتي اللواتي من اعتمد عليهن في كل صغيرة وكبيرة.

الى صديقتي الغالية رفيقة دربي ومشواري" مريم".

ايمان.

شكر وعرفان

الحمد لله حمدا كثيرا على النعمة التي لا ينسى ذكرها فقد انعم علينا بإتمام هذا البحث بعد اجتهاد طويل

نتقدم بالشكر والتقدير للأستاذة المشرفة التي لم تبخل علينا بالنصائح والارشادات وكانت خير معين في هذه الدراسة.

كما نتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، وكل من ساهم في اعداد هذه المذكرة.

مريم وايمان

قائمة اهم المختصرات

أولا-باللغة العربية

ص: صفحة

ص ص: من الصفحة الى الصفحة

ج ر: جريدة رسمية

ثانيا- باللغة الاجنبية

A.D.E : Algérienne Des Eaux

N° : numéro

OP. Cit : Opus.Citato, (référence précédemment citée)

P : page

P P : de la page a la page

RARJ : Revue Académique de la Recherche Juridique

مقدمة

مقدمة

تعد العقود الإدارية من الأساليب التي عن طريقها تمارس الإدارة نشاطاتها الإدارية المتعلقة بالمرفق العام، هادفة ضمان استمرارية هذا الأخير بانتظام واطراد وكذا لإشباع حاجات المواطنين اليومية، ولكون المرافق العامة المحور الأساسي في القانون الإداري وذلك لارتباطها بالمعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة، كان من الضروري البحث عن طرق حديثة لتسيير هذه المرافق تقوم بتغطية النواقص وزيادة المردودية وتحسين الخدمة العمومية [1] .

نظرا للتدهور الملحوظ الذي اثبت عجز الدولة الجزائرية في تسيير مختلف مرافقها العمومية دفع الامر بها الى التنازل عن تسييرها لأشخاص خاضعين للقانون العام او للقانون الخاص بموجب عقود تفويض المرافق العامة التي تبناها المنظم الجزائري مؤخرا[2]،والتي بدورها تقوم على مجموعة من المبادئ سواء عند الابرام او عند التنفيذ، ومنه يعتبر مبدا الاعتبار الشخصي دعامة أساسية عند قيام الإدارة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها, مراعية مجموعة من الصفات والاعتبارات الجوهرية في الشخص الذي تريد التعاقد معه لان شخصيته محل اعتبار في العقد، وهذا الأخير ينقضي و ينهار اذا تخلفت هذه الصفات، اذ يكون المفوض له ملزما بالاستغلال الشخصي لالتزاماته وذلك نتيجة لإبرام عقد التفويض في اطار علاقة قائمة على الاعتبار الشخصي لكي تضمن الإدارة تنفيذ العقد بصورة سليمة وعلى نحو يحقق النفع العام[3].

الا انه استثناء يعتبر التعاقد من الباطن من أبرز النتائج التي ترد على مبدا الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد او ما يسمى بالتعامل الثانوي او التعاقد الفرعي او المناولة، الذي يسمح للغير في المساهمة بتنفيذ جزء او كل من محل العقد المبرم بين المتعاقدين[4] .

ففي إطار العقود الإدارية اثبتت المناولة أهميتها البالغة باعتبارها اسلوب في تنفيذ عقود تفويض المرافق العامة، وهذا راجع الى التغير المستمر للمحيط وصعوبة توقعه لذلك أصبحت المناولة كأحد

---

[1]محمود خليل خيضر، "الاثار القانونية للتنفيذ الشخصي في العقد الإداري،" مجلة العلوم القانونية، المجلد 37، العدد 01، كلية القانون، جامعة بغداد، 2022, ص 49.

[2]ارزيل الكاهنة، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري،" مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر، 2017 ,ص 33.

[3]ZOUAIMIA Rachid," La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015", RARJ, n°1, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université A. Mira Bejaïa- Algérie, 2016, p22 .

[4]بوشناق زينب، "الاعتبار الشخصي في التعاقد واثاره على العملية التعاقدية،" مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 02، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة -،2022، ص ص 1359.

الميكانيزمات التي تعطي الليونة لتسيير مختلف النشاطات. وعليه فان القانون الجزائري لم يخصص لهذا العقد قانون خاص به انما تناول احكامه ضمن عقود الصفقات العمومية وكذا عقود تفويض المرفق العام تحت تسمية المناولة.[5]

ومن هذا المنظور وانطلاقا مما تقدم، يتبادر الى الذهن طرح الاشكالية التالية:

ماهي احكام التعاقد من الباطن وكذا تطبيقاته في نطاق عقود تفويض المرفق العام؟

وبغرض توضيح الموضوع محل الدراسة ومحاولة للإلمام بمختلف جوانبه ارتئينا الى الاعتماد على المنهج الوصفي والمقارن الذي يمكننا من استعراض المفاهيم من جهة ومن جهة اخرى الاستعانة والتطرق الى تطبيقات الأنظمة المقارنة خاصة منها التجربة الفرنسية والمصرية كونها السابقة في مجال تفويض المرفق العام، وكذا تحليل بعض النصوص القانونية التي عالجت هذا الموضوع.

وعلى هذا الأساس استجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا الخطة الى فصلين، تطرقنا في (الفصل لأول) الى احكام التعاقد من الباطن في العقود الادارية بصفة عامة وفي (الفصل الثاني) تطبيقات التعاقد من الباطن في مجال تفويض المرفق العام.

[5] شعبان فضيلة، زرقون نور الدين، "نطاق تطبيق احكام المقاولة من الباطن في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي, 2019، ص 177.

الفصل الأول

احكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية

يعتبر التعاقد من الباطن خيار استراتيجي او وسيلة ثانوية يلجا اليها مختلف الفاعلين في الحياة الاقتصادية سواءّ في القطاع العمومي او في القطاع الخاص[6]،ففي نطاق العقود الإدارية يّعد العقد من الباطن بمثابة اتفاق بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد الفرعي على تولي هذا الاخير تنفيذ جزء من الالتزامات العقدية المنصوص عليها في محتوى العقد الرئيسي والأولي، كما يعتبر كأسلوب مساهم وضروري في تنفيذ العقد الإداري.

لذلك سنحاول في هذا الفصل إعطاء صورة واضحة حول أسلوب التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية من خلال تحديد الإطار المفاهيمي له (المبحث الأول) الى جانب عرض ضوابطه القانونية في (المبحث الثاني).

[6]- GHAITAOUI Abdelkader, « la sous-traitance dans les marchés publics : Etude comparative entre la France et L'Algérie », n°42, EL Hakika Review, 2018, p26.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية

يعد التعاقد من الباطن الية ذات أهمية بالغة ففي تنفيذ المشاريع الاقتصادية، فله عدة مفاهيم وتعاريف فقهية وقانونية كلها تصب في معنى واحد وهو انابة الغير في تنفيذ بعض الالتزامات وهذا ما جعله عقد يتميز عن العقود الأخرى.

بناء على هذا تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، (المطلب الأول) تناولنا فيه تعريف التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، بينما في (المطلب الثاني) تم التطرق الى اهم الخصائص التي يقوم عليها وكذا تمييزه عن بعض النظم القانونية المشابهة له.[7]

المطلب الأول

تعريف التعاقد من الباطن في العقود الإدارية

يتضمن التعاقد من الباطن تعاريف مختلفة مقدمة سواء من الجانب الفقهي او من الجانب القانوني التي تساعد على فهم مضمون هذا العقد وإيجاد تعريف خاص ومحدد له.

وعلى هذا الأساس اقتضى الامر الى تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتطرق في (الفرع الأول) الى التعاريف الفقهية للتعاقد من الباطن وفي (الفرع الثاني) الى مختلف التعاريف القانونية.[8]

[7]- حدوش نادية، شيبون ياسمينة، عقد المناولة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- 2019، ص12.

[8]- حشاش حليمة، العوادي حنان، عقد المقاولة من الباطن، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج –البويرة،2016، ص 7.

الفرع الأول

التعريف الفقهي للتعاقد من الباطن

نتيجة للتطور الذي عرفه التعاقد من الباطن أدى ذلك الى ظهور عدة تعاريف فقهية، فمن خلال هذا الفرع سيتم التطرق الى مختلف التعاريف الفقهية المقدمة له سواءّ كان ذلك من الجانب الفقه التقليدي (أولا) او من الجانب الفقه الحديث (ثانيا).

أولا: تعريف التعاقد من الباطن لدى الفقه التقليدي

عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري العقد الأصلي contrat principaleبانه:" هو ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد اخر، كالبيع والايجار" اما العقد التبعيcontrat accessoire "هو ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله، كالكفالة والرهن".

فالعقد الأصلي له وجود مستقل كما تقدم اما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند اليه، فيكون صحيحا او باطلا، ويبقى او ينقضي تبعا للعقد الاصلي[9]

ويعرف فقيه اخر أسلوب التعاقد من الباطن بانه: "العقد الذي لا يقوم الا استنادا الى عقد اخر، أي هو اتفاق يفرض وجود عقد اخر يستند اليه ويرتبط به ويستهدف تنفيذه".

اما المؤلفان Aynes وMalaurieفيعبران ان العقد التبعي هو "عقد يفترض وجود عقد سابق له يعمل على تكملته".

وفقا للتعريفات الفقهية التقليدية المقدمة لتعريف التعاقد من الباطن نجد انها اكتفت بالتركيز على نقطة أساسية وهي علاقة التبعية الموجودة بين العقد الأصلي والعقد الفرعي الناتج عن عملية التعاقد من الباطن.[10]

[9] عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد (النظرية العامة للالتزامات)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998، ص 143.

[10]سراط هجيرة، التعامل الثانوي في إطار تنظيم الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، 2021-2022، ص29.

ثانيا: تعريف التعاقد من الباطن لدى الفقه الحديث

يعرف فقهاء القانون الحديث التعاقد من الباطن بانه: "ذلك التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد الى الغير بتنفيذ جزء من محل العقد".

ويعرفه جانب اخر بانه :"الاتفاق الذي بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلي عن كل او جزء من العقد المبرم مع الإدارة لصالح شخص اخر، على ان يبقى مسؤولا بصفة شخصية امام الإدارة عن تنفيذ العقد الأصلي".[11]

في حين ذهب أحد الفقهاء الفرنسيين الى تعريف التعاقد من الباطن بانه: "عملية عقدية يبرمها الشخص الملتزم تعاقديا بمقتضى عقد اولي مع شخص اخر أجنبي عن هذا العقد ويسمى المتعاقد من الباطن، وذلك بهدف تنفيذ العقد الأول".[12]

كما عرفه احد الفقهاء المصريين بانه "مساهمة الغير في تنفيذ بعض بنود العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية، ومن تعاقدت معه بحيث تنشا بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن، على ان يبقى المتعاقد الأصلي من حيث المبدأ، مسؤولا عن تنفيذ العقد بأكمله، مع إمكانية ان يصبح المتعاقد من الباطن دائنا للإدارة المتعاقدة في حدود الاعمال المنفذة من قبله."[13]

تعددت التعاريف الفقهية للتعاقد من الباطن في نطاق الفقه الحديث على عكس الفقه التقليدي, بسبب انه في الوقت الحالي لم تعد العقود المنفردة كافية لتلبية حاجيات المجتمع من جهة وتلبية حاجيات الإدارة المتزايدة من جهة أخرى فهو الامر الذي تحتم من اجل مضاعفة العمليات القانونية وإيجاد حلول وبدائل أخرى بهدف تحقيق نتيجة احسن.[14] والجدير بالذكر ان التعريفات التي صاغها فقهاء القانون تتفق في نقطة

---

[11]أشرف عبد الحكيم عبد الفتاح عمر، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1442 (هجري)، ص51، تم الاطلاع عليه بتاريخ 18 افريل 2023، على الساعة 00: 13 في الموقع: https://jeslem.journals.ekb.eg

[12]مدحت احمد محمد يوسف غنايم، المركز القانوني للمتعاقد الخفي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 32، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، 2020،ص 8.

[13]مرجع نفسه، ص9.

[14]سراط هجيرة، مرجع سابق، ص 30.

ان التعاقد من الباطن هو تصرف قانوني يعهد من خلاله المتعاقد الاصلي الى الغير بتنفيذ العقد, الا ان هناك نقاط الاختلاف بينهم حول مدى اقتصار التعاقد من الباطن على التزامات العقد فقط او يجوز ان يشمل كل نطاق العقد كما هو المعمول في النظام القانوني للتنازل عن العقد، و إجابة على ذلك حتى ولو اشترك التنازل عن العقد مع التعاقد من الباطن في كونهما صورة من صور الاخلال بمبدأ الاعتبار الشخصي الا ان في التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي مسؤولا امام الإدارة عن تنفيذ العقد، عكس التنازل عن العقد الذي يؤدي الى حلول المتنازل حلولا كاملا محل المتعاقد الأصلي وهو الامر الذي قد يشكل خطورة في تنفيذ العقد.[15]

الفرع الثاني

التعاريف القانونية للتعاقد من الباطن

تعددت التعاريف القانونية المقدمة للتعاقد من الباطن، لذلك سيتم عرض اهم التعاريف التي ساهمت في تطور مفهومه القانوني المقدمة سواء من طرف القانون الفرنسي (أولا)ثم القانون المصري (ثانيا) وأخيرا القانون الجزائري (ثالثا).

أولا: تعريف القانون الفرنسي للتعاقد من الباطن

خصّ المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن بنص تشريعي خاص به ومستقل، اين جمع بين التعاقد الفرعي في عقد المقاولة وذلك في العقود الخاصة والتعاقد الفرعي في مجال العقود العامة.

جمع المشرع الفرنسي هاذين العقدين بموجب القانون رقم 75-1334المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالتعاقد الفرعي حيث عرفت المادة الأولى منه العقد الفرعي بانه:" العملية التي يعهد بمقتضاه مقاول عن طريق تعاقد ثانوي، وتحت مسؤوليته لشخص اخر يسمى المقاول الفرعي بالتنفيذ الكلي او الجزئي لعقد المقاولة او بالتنفيذ الجزئي فقط للصفقة العمومية المبرمة مع صاحب المشروع".[16]

---

[15]أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص46-47.

[16] ترجمة شخصية في حين النص الأصلي ورد كالاتي:

« Au sens de la présente loi, La sous traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confi par un sous-traité et sous sa responsabilité, a une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public

ولكن بصدور قانون Murcefوالذي يعد الإطار القانوني للتعاقد من الباطن حيث ميز بين التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العامة من جهة والتعاقد الفرعي في مجال المقاولة من جهة أخرى، فقد أجاز التعاقد الفرعي على كامل الاشغال محل المقاولة وحدد مجال التعاقد الفرعي في الصفقة العامة بجزء منها، وبهذا أصبحت المادة الأولى من القانون رقم 75-1334 تمنع التعاقد من الباطن الكلي للصفقات العمومية.[17]

هذا الموقف القانوني كان قد سبقه موقف مجلس الدولة حيث قام بإباحة عملية التعاقد من الباطن في العقود الإدارية[18]. كما قام المنظم الفرنسي بالإشارة الى التنازل الجزئي في المرسوم رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز من خلال المادة 54 منه :"يمكن لصاحب الامتياز ان يقوم بالتنازل عن جزء من الخدمات والاشغال الواردة في عقد الامتياز للغير شريطة ان يكون مسؤولا عن جميع الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز"[19] كما اكد على ضرورة ان يكون الجزء المتنازل عنه لا يتعدى 10 % من القيمة الاجمالية لعقد الامتياز[20]

ثانيا: تعريف القانون المصري للتعاقد من الباطن

أجاز المشرع المصري التعاقد من الباطن في نطاق القانون الخاص ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 661 من القانون المدني المصري والتي تنص على :"يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته

conclu avec le maitre de l'ouvrage », Voir l'article 1er loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous traitance, JORF, Du 3 janvier 1976, modifiée et complété.

[17] نقلا عن مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون الاعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2015-2016، ص 10-11.

[18]طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري-النشاط الإداري) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 529.

[19] ترجمة شخصية في حين النص الأصلي ورد كالاتي:

« Le concessionnaire peut confier à des tiers une partie de service aux travaux. Faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du contrat de concession… », Voire l'article 54 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrat de concession.

[20]بركيبه حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، 2018-2019، ص 222.

او في جزء منه الى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل". كما ان المادة 323 من القانون نفسه تنص بدورها على جواز الوفاء من غير المدين ولا يحق للدائن الاعتراض على ذلك، الا إذا كان هناك نص صريح وارد في العقد يحظر ذلك او ان طبيعة الدين تتطلب قيام المدين شخصيا بتنفيذ الالتزام.

فاستنادا للمادة 661 من القانون المدني المصري نجد ان الأصل هو إجازة التعاقد من الباطن و اباحته.[21]

يتضح من المادتين السالفتين الذكر ان القانون المصري أجاز التعاقد من الباطن وذلك بموجب الشرطين التاليين:

-إذا لم ينص العقد الأصلي على بند يمنع التعاقد من الباطن.

-إذا لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على الكفاءات الشخصية للمقاول الأصلي وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعاقد الأصلي ان يتعهد بتنفيذ العمل الى متعاقد من الباطن لان رب العمل اختاره وفقا لمعايير محددة وقدراته الشخصية.[22]

اما بالنسبة لموقف القانون المصري في مشروعية التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية تطرق اليها بصدور القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الذي نص صراحة على مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الإدارية.[23]

ثالثا: تعريف القانون الجزائري للتعاقد من الباطن

ميز القانون الجزائري بين تعريف التعاقد من الباطن في كل من نطاق العقود الخاصة (أ)وكذا في نطاق العقود الإدارية(ب).

---

[21] قانون رقم131لسنة 1948يتضمن القانون المدني المصري،https://sadanykhalifa;com

[22]حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص05.

[23] قانون رقم 182 لسنة 2018، يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر عدد 49 مكرر مؤرخ في 3اكتوبر 2018https://manshurat.org.

أ: في نطاق العقود الخاصة

لم يقم المشرع الجزائري بوضع تعريف واضح ودقيق للتعاقد من الباطن وإطار قانوني خاص به الا انه أشار اليه في المادتين 564-565 من القانون المدني الجزائري .

بحيث تنص المادة 564 نفس القانون على انه :"يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءاته الشخصية ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل". [24]

يتضح من خلال هذه المادة ان المشرع الجزائري جعل التعاقد من الباطن نسبيا، فلم يترك الحرية الكاملة للمقاول الأصلي للجوء الى مقاولين فرعيين لإنجاز العمل محل العقد، بل قيده واشترط ان يكون عقد المقاولة من الباطن خالي من شرط يمنع بموجبه المتعاقد الأصلي اللجوء الى التعاقد من الباطن، كما انه مقيد بعدم ارتباط العمل بكفاءات واعتبارات شخصية. كما جعل من المقاول الأصلي المسؤول الوحيد عن المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع، لذا لصاحب العمل الحق في مساءلة المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول الفرعي.[25]

ب: في نطاق العقود الإدارية

اجاز المنظم الجزائري التعاقد من الباطن في ظل العقود الإدارية ودليل ذلك تكريسه في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن القسم السادس من الفصل الرابع تحت تسمية المناولة، مخصصا له المواد من 140 الى، حيث نصت المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه:" يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون..."[26]

يتضح من خلال هذه المادة بان المنظم الجزائري لم يقدم تعريفا لعقد المناولة، الا انه من خلال المواد السابقة يمكن استنتاج تعريف له باعتباره عقد اين يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء الى متعامل ثانوي بهدف ابرام عقد فرعي شرط الا يتعدى الجزء الخاص بالمناولة نسبة محددة مع بقاء المتعامل المتعاقد مسؤولا اتجاه الإدارة.[27]

---

[24] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج رعدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[25] مازة حنان، مرجع سابق، ص09.

[26] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج رعدد 50مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

[27] حدوش نادية، شيبون ياسمينة، مرجع سابق، ص13.

تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمواد السالفة الذكر شروطا لابدّ من توفرها لقيام عقد المناولة.[28]

أشار المنظم الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام عقد المناولة[29]، إضافة الى تكريسه بموجب القانون رقم 05-12، المتعلق بتسيير الخدمات العمومية للمياه.[30]

المطلب الثاني

خصائص التعاقد من الباطن وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له

يختلف التعاقد من الباطن عن العقود، وهذا راجع الى بعض السمات التي يتصف بها والتي تجعله متميز عن غيره من العقود، كما ان باعتبار التعاقد من الباطن يمتاز بنظام قانوني خاص به اوجب علينا ان نميزه عن بعض النظم القانونية المشابهة له.

ففي هذا المطلب سنعرض في (الفرع الأول) لاهم الخصائص التي يمتاز بها التعاقد من الباطن، ثم تمييزه عن النظم القانونية المشابهة له في (الفرع الثاني).[31]

الفرع الأول

خصائص التعاقد من الباطن

تنفيذا لقاعدة "الفرع يتبع الأصل" تجد ان العقد الناتج عن التعاقد من الباطن يتبع العقد الأصلي حتى في خصوصياته، وبالتالي فانه يتميز بنفس الخصائص التي يمتاز بها العقد الأصلي والتي نوردها كالتالي :[32]

[28]مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[29]مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[30]قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 اوت 2005، يتعلق بالمياه، ج رعدد 60 مؤرخ في 4 اوت 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي 2008, ج رعدد 44 مؤرخ في 27 جانفي 2008، وبالأمر رقم 09-02 مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج رعدد 44 مؤرخ في 26 جويلية 2009.

[31]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص 39.

[32]مازة حنان، مرجع سابق، ص24.

أولا: الرّضا

يّعد العقد الناتج عن التعاقد من الباطن من العقود الرضائية، والذي لم يشترط المشرع فيه قالبا معينا انما يكفي التراضي لانعقاده ،[33]سواءّ كان ذلك كتابة او شفاهية او حتى بالإشارة كما يمكن افراغه في شكل رسمي لكي يكون سببا للإثبات وليس للانعقاد[34]، ففي اطار العقود الإدارية اشترط المنظم الجزائري لصحة التعاقد من الباطن في عقد الصفقات العمومية مجموعة من الشروط الضرورية المتمثلة في الحصول على الموافقة الصريحة من طرف المصلحة المتعاقدة وكما قام بتحديد مجال تدخل المتعاقد من الباطن في الصفقة العمومية.[35]

ثانيا: التبعية والاستقلالية

يتميز العقد الناتج عن التعاقد من الباطن انه عقد تبعي يستند في وجوده على عقد اصلي مخصص لتنفيذ جزء منه, ومن مظاهر تبعية العقد الباطني للعقد الأصلي انها يشتركان في نقاط متعددة كاتحادهما في المحل, فالعقد من الباطن يسعى الى تنفيذ جزء من محتوى العقد الأصلي شريطة ان لا يكون محله أوسع ويشمل اعمالا جديدة لم يشر اليها العقد الرئيسي، بالإضافة ان كل من التزامات المتعامل الثانوي ومصير العقد من الباطن و ماله في المستقبل لا بدّ ان تكون تبعا لتلك الموجودة في العقد الأصلي، لكون هذا الأخير المصدر الاولي لوجودها،[36]في حين تعتبر خاصية الاستقلالية اهم ميزة يتميز بها التعاقد من الباطن لأنه يشترط وجود عقدين مستقلين عن بعضهما البعض وهما العقد الأصلي و العقد الثانوي[37]، نتيجة لذلك يقوم المتعامل الثانوي بالعمل المكلف به باسمه الخاص دون أي تدخل للمتعامل المتعاقد الا ان

[33]ليازيد مختارية، "التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 2, العدد الثالث، جامعة طاهر مولاي، 2014، ص 130.

[34]سرير الحرتسي خديجة، التعامل الثانوي في صفقات الاشغال العمومية في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2009-2010، ص 37.

[35]مازة حنان، مرجع سابق، ص26-27.

[36]سراط هجيرة، مرجع سابق، ص59-60.

[37]ليازيد مختارية، مرجع سابق، ص 131.

خاصية الاستقلالية نسبية اذ يجوز للمتعاقد الأصلي التدخل عن طريق توجيه إرشادات وتعليمات للمتعامل الثانوي وكذا مراقبته من اجل حسن سير العمل خاصة عند اتصال العقد بالمرفق العام.[38]

ثالثا: التبادلية

يعتبر التعاقد من الباطن من العقود الملزمة لجانبين، فبمجرد ابرام العقد الثانوي ينتج عنه التزامات ترد على عاتق كلا الطرفين، فمنه يلتزم المتعاقد الأصلي بتقديم مقابل مادي لنظيره المتعاقد من الباطن مقابل قيام هذا الأخير بتقديم عمل او صنع شيء[39]

رابعا: العوض

يتصف العقد من الباطن بانه من عقود المعاوضة، اذ يتلقى كلا طرفي العقد مقابلا، فالمتعامل الثانوي يلتزم بتقديم عمل معين او إنجازه او صنعه لشيء مقابل تلقيه مبلغ مالي او اجر من المتعامل المتعاقد[40], نفهم ان العقد من الباطن لا يتخذ وصف عقد التبرع اين يقوم احد طرفي العقد بالتزام دون تلقيه أي مقابل لما قام به.[41]

الفرع الثاني

تمييز التعاقد من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له

يتميز التعاقد من الباطن بنظام قانوني خاص به ينظمه ويميزه عن النظم القانونية المشابهة له، ومن خلال هذا الفرع سيتم التطرق الى اهم مميزات هذا العقد، وذلك بهدف منع وقوع خلط في تطبيق القوانين التي تنظم كل منها.

أولا: تمييز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد

[38]سرير الحرتسي خديجة، مرجع سابق، ص38.

[39]ليازيد مختارية، مرجع سابق، ص133.

[40]زواقي مصطفى، منصوري المبروك، "المقاولة الفرعية: مفهومها وطبيعتها القانونية،" المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر،2022،ص 198.

[41]حاجي صابر، قرنازي عبد الباسط، المناولة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة،2016-2017، ص15.

يعتبر التنازل عن العقد محل جدل واسع بين فقهاء القانون, ففي الأنظمة المقارنة تم تنظيمه بوجب النصوص العامة في القانون المدني ولكن لم يتم تنظيمه بصفة مستقلة، اذ ذهب في تعريفه احد الفقهاء الفرنسيين بان :"التنازل عن العقد يعني نقل وضعية طرف في عقد بما تضمنه من حقوق و التزامات".[42]

اما بالنسبة للقانون المدني الجزائري نجد ان المشرع لم يتناول التنازل عن العقد كنظرية عامة انما تطرق الى بعض تطبيقاته، وذلك فيما يخص التنازل عن عقد الايجار المذكور في المواد 505-506 من القانون المدني الجزائري، وكذا التنازل عن عقد الوكالة الذي أشار اليه في المادة 580 من نفس القانون.[43]

ويكمن الاختلاف بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في العناصر التالية:

في التنازل عن العقد تنشا بين المتنازل اليه والإدارة علاقة عقدية مباشرة اذ يحل المتنازل اليه محل المتعاقد الأصلي وتنتقل اليه كافة الحقوق والالتزامات، اما في المتعاقد من الباطن لا يعد طرفا في العلاقة العقدية بين المتعاقد الأصيل والإدارة كما انه يقوم بتنفيذ جزء معين في العقد.

في حالة التعاقد من الباطن يعد المتعاقد الأصيل المسؤول الوحيد اتجاه الإدارة في تنفيذ محتوى العقد حتى بالنسبة للجزء الذي قام بالتنازل به لصالح المتعاقد من الباطن.[44]

ثانيا: تمييز التعاقد من الباطن عن العقد المشترك

يعرف العقد المشترك بانه اتفاق بين شخص او عدة اشخاص بهدف ابرام عقود مستقلة مع كل واحد منهم في نفس الوقت، من اجل توكيلهم بأعمال جديدة لإنجازها[45]، نلاحظ ان هناك تشابه بين العقد المشترك والعقد الفرعي الناتج عن التعاقد من الباطن فكلا العقدين يتحدان في نفس المجال كما يهدف الى تحقيق هدف واحد مشترك، كما انه يتم تمثيل المتعاقدين من طرف اشخاص اخرين هو الامر الذي أدى الى صعوبة التفرقة بين وكيل عن المتعاقدين من جهة وبين المتعاقد الأصلي الذي يلجا الى المتعاقدين الفرعيين من جهة أخرى.[46]

---

[42]زواقي مصطفى، منصوري المبروك، "التنازل عن العقد-مفهومه وطبيعته القانونية-، " مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد01، المركز الجامعي صالحي احمد النعامة ،2022، ص 371.

[43]امر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[44]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص47.

[45]حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص18.

[46]زواقي مصطفى، منصوري المبروك، "المقاولة الفرعية: مفهومها وطبيعتها القانونية"، مرجع سابق، ص 200.

رغم وجود أوجه التشابه بين العقدين الا انهما يختلفان في عدة نقاط جوهرية، ففي العقد المشترك ينجز المتعاقدين العمل الموكل إليهم بصفة شخصية اذ في حالة اخلال أحدهم بالتزاماته العقدية يكون مسؤولا لوحده امام المتعاقد دون ان يتأثر باقي الشركاء في ذلك، في حين اخلال المتعامل الثانوي في ضل التعاقد من الباطن بالتزاماته يكون المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد امام الإدارة.

تجدر الإشارة ان العقود المشتركة تكون مستقلة وقائمة بذاتها فعند زوال أحدها لا يؤدي الامر بالضرورة الى زوال باقي العقود، عكس العقود الباطنية التي تزول بزوال العقد الأصلي لاشتراكهما في الوجود والالتزامات والمصير.[47]

ثالثا: تمييز التعاقد من الباطن عن مستخدمي العقد الأصلي

يقصد بمستخدمي العقد الأصلي مجموعة من العمال كالتقنيين والمهندسين يتم الاستعانة بهم من طرف المتعاقد الرئيسي بهدف مباشرة وانجاز عمله، فيكمن الاختلاف بين مستخدمي العقد الأصلي والمتعاقد من الباطن في النقاط التالية:

فمن حيث طبيعة العقد الذي يربط المتعاقد الأصلي بمستخدميه هو عقد عمل، عكس العقد الأصلي في التعاقد من الباطن هو الذي يحدد طبيعة ونوع العقد الفرعي.

اما من حيث المسؤولية ينجز مستخدمي العقد الأصلي عملهم تحت اشراف المتعاقد الأصلي وتبعا لقواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، اما في حالة التعاقد من الباطن يعمل المتعامل الثانوي بصفة مستقلة ولا يخضع لأي اشراف او توجيه.[48]

رابعا: تمييز التعاقد من الباطن عن اتفاقات تسهيل العقد

يعتبر شرط موافقة الإدارة للجوء الى التعاقد من الباطن شرط جوهري لا يقوم العقد الفرعي الا به والا اعتبر العقد غير مبرما، اما اتفاقات تسهيل العقد تقوم على مبدا حرية المتعاقد في اختيار طريقة لأداء التزاماته شريطة ما لم يوجد أي اتفاق او نص قانوني يمنع ذلك.

في حالة اتفاقات تسهيل العقد لا يجمع المتعاقد الأصلي بالغير أي علاقة سوى التزام الغير واقتصار دوره في تزويد المتعاقد الأصلي بالمواد اللازمة وينتهي دوره، بينما في حالة التعاقد من الباطن المتعامل

[47] حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص20.

[48] سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص ص 40-55.

الثانوي مكلف وملزم بتنفيذ جزء من العقد الأصلي بصفة مستقلة عنه وذلك في إطار علاقة التعاقد من الباطن.[49]

المبحث الثاني

الضوابط القانونية للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية

من خصائص العقد من الباطن انه عقد تبعي ومستقل يوّلد مجموعة من الاثار القانونية، لذلك بهدف قيام هذا العقد لابد من توفر مجموعة من الشروط التي تظهر في (المطلب الأول)، ثم تطرقنا في (المطلب الثاني)الى النتائج المترتبة عند اللجوء الى تقنية التعاقد من الباطن.

المطلب الأول

شروط صحة التعاقد من الباطن

ان التعاقد من الباطن يلعب دورا بالغ الأهمية في مجال العقود الإدارية، اذ لا يمكن اللجوء الى ابرام عقد ثانوي وتحديد طبيعته الا عن طريق توفر مجموعة من الضوابط الضرورية لصحة انعقاده لا سيما اتصال هذا الأخير بالمصلحة العامة.

لذلك سيتم دراسة هذه الشروط في (الفرع الأول) ثم الانتقال الى الاثار المترتبة عن التعاقد من الباطن (الفرع الثاني.)[50]

[49]مقداد زينة، "النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد01، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت، 2021، ص ص 358-382.

[50]بلحيمر احمد، المناولة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الاعمال، تخصص قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، 2018-، ص 16.

الفرع الأول

ان يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق

لا شك انه لصحة التعاقد من الباطن وجود عقد اولي قائم بذاته ثم ليلحق به العقد الناتج عن التعاقد من الباطن والذي يظهر من خلال وجود عقد أصلي سابق (أولا) وان يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي (ثانيا.)[51]

أولا: وجود عقد أصلي سابق

لصحة التعاقد من الباطن ينبغي ان تتوفر فيه جميع الشروط التي تفرضها القواعد العامة بحصوص ابرام العقود، بما فيها توفر الاهلية لدى كل من المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، كما يجب ان تكون إرادة الأطراف حرة وسليمة خالية من العيوب، كما يشترط ان يكون محل وسبب العقد ممكنا ومشروعا وزيادة الى ذلك ضرورة وجود عقد اصلي سابق[52]، فلا ينعقد العقد من الباطن الا اذا وجد عقد اصلي سابق له، أي لا وجود للعقد الثانوي في غياب عقد اصلي فهذا الأخير هو السبب الرئيسي المنشأ والمكون للعقد من الباطن.

ثانيا: ان يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

لقيام التعاقد من الباطن من الضروري ان يكون هذا الأخير تابعا للعقد الأصلي، وهذه التبعية تكون من طرف واحد فقط اذ ينتج من هذه التبعية استمداد العقد الفرعي لمشروعيته من العقد الأصلي وذلك ينتج وحدة المحل بين العقدين[53]، كما يترتب عن تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي تماثل التزامات و حقوق

[51]بوجليل رشيدة، نايت حموش محمد، المناولة كآلية تنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد بوقرة-بومرداس-،2020-2021، ص 23.

[52]بلحيمر احمد، مرجع سابق، ص 16.

[53] حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص 22-23.

طرفي العقد، أي ان تكون حقوق والتزامات طرفي العقد من الباطن نفسها المقررة لطرفي العقد الأصلي، فلا يجب ان يحمل المتعاقد الفرعي بالتزامات لا يمكن له تنفيذها.[54]

كما ينتج عن تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي اشتراكهما في المصير بمعنى ان العقد من الباطن يتواجد بوجود العقد الأصلي، لكن بمجرد انقضاء هذا الأخير ينقضي معه العقد من الباطن.[55]

الفرع الثاني

قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن

لا يتوقف العقد من الباطن بوجود عقد اصلي سابق له يتبعه، انما لابّد من وجود شرط قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن, ونظرا الى طبيعة العقد الأصلي هناك نوعان من القبول، القبول الصريح المتعلق بالعقود القائمة على الاعتبار الشخصي (أولا) والقبول الضمني المتعلق بالعقود الغير القائمة على الاعتبار الشخصي (ثانيا).[56]

أولا: القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي

غالبا ما تكون العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تعتمد بصفة أساسية على صفة وشخصية المتعاقد معه، فتلك الصفة عنصر جوهري في العقد ومحل اعتبار وقت ابرام العقد وتنفيذه، لأنه تم اختيار ذلك الشخص بالتحديد وفق معايير محددة ولا يقبل التنفيذ من شخص اخر، إضافة ان الالتزامات المتولدة عن العقد تتميز بالطابع الشخصي لارتباطها الوثيق بشخصية المدين لذا يجب عليه تنفيذها شخصيا دون احالتها للغير[57]

فبالعودة الى نص المادة 169 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :"في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجب طبيعة الدين ان ينفذ المدين بنفسه جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين".

---

[54]شلاوشي رشيد، لعربي توفيق، الإطار القانوني لعقد المناولة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص ادارة اعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة-خميس مليانة-، 2014-2015، ص 24-25.

[55]بلحيمر احمد، مرجع سابق، ص17.

[56]شلاوشي رشيد، لعربي توفيق، مرجع سابق، ص25.

[57]حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص 24.

[58] بمعنى ان موافقة المتعاقد الأصلي شرط ضروري في العقود التي تتضمن بطبيعتها الاعتبار الشخصي، او تلك العقود المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن، ففي ما يخص العقد الذي يحتوي على عنصر الاعتبار الشخصي لا يجوز ان يحل محل المدين شخصا اخر لتنفيذ التزاماته بعد الحصول على موافقة صريحة من المتعاقد الرئيسي، اما بالنسبة للعقد المتضمن الشرط المانع للتعاقد من الباطن فأحيانا يكون فيه المنع مطلقا كان يتفق اطراف العقد الأصلي على منع اللجوء الى التعاقد من الباطن، وأحيانا يكون المنع نسبيا كتعليق اللجوء الى العقد الفرعي بتوفر شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي.[59]

ثانيا: القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي

ان العقود التي لا تعتمد على الاعتبار الشخصي تعتبر عقود اين تكون شخصية المتعاقد او صفة من صفاته من العناصر الثانوية ولا تعتبر محل اعتبار العقد سواءّ اثناء ابرامه او تنفيذه[60]،ففي مثل هذه العقود الشيء المهم هو تحقيق الهدف المرجو منها[61]، ويتضح من خلال هذا ان العقود التي لا ترتكز على الاعتبار الشخصي يكون تنفيذها صحيحا، حتى وان قام بها شخص اخر غير المدين شخصيا.[62]

انقسم الفقه الى عدة جوانب حول جواز مشروعية التعاقد من الباطن في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي، فهناك بعض من الفقهاء اجازوا التعاقد من الباطن استنادا الى موافقة ضمنية للمتعاقد الاصلي على أساس ان العقد غير قائم على الاعتبار الشخصي، أي انه موافق ضمنيا على انابة المدين لغيره في تنفيذ العقد القائم بينهما، اما الفريق الثاني يرى بان المتعاقد الأصلي موافق طالما لا وجود لشرط المنع، أي ما لم يتضمن محتوى العقد الأصلي شرط ينص بشكل صريح منع اللجوء الى التعاقد من الباطن، اما الفريق الثالث فيعتبر ان حتى ولو تخلف شرط المنع الصريح فان التعاقد من الباطن لا يحتاج الى اذن مسبق باعتباره جائزا وفق الأصل العام[63].

الفرع الثالث

[58]امر رقم 75-58, يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[59]حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص 25.

[60]سعدي رندة، قاشي خالد، "تجربة الجزائر في دعم المقاولة من الباطن، دور برنامج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية في تطوير المقاولة من الباطن"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي افلو، ص 295.

[61]شلاوشي رشيد، لعربي توفيق، مرجع سابق، ص27.

[62]بلحيمر احمد، مرجع سابق، ص20.

[63]حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص27.

الزامية الموافقة المسبقة للإدارة

نظرا للأهمية البالغة التي يحتلها التعاقد من الباطن في مجال ابرام العقود الإدارية خاصة لارتباط هذا الأخير بالمصلحة العامة، اقتضت الضرورة تنفيذ العقد شخصيا، فلو حدث وان تم التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة يقع العقد باطلا.

ذهب الفقه الى تقديم مجموعة من الآراء المختلفة حول الزامية الحصول على موافقة الإدارة) أولا) وكذا الى موقف القانون (ثانيا)[64].

أولا: موقف الفقه من موافقة الجهة الإدارية

اختلفت الآراء الفقهية حول إمكانية اللجوء الى الية التعاقد من الباطن سواءّ بتعليقه على ضرورة الحصول على تصريح مسبق من الإدارة او جواز ابرامه دون موافقتها.

ذهب جانب من الفقه الى القول انه من الممكن ابرام عقد فرعي ما لم يوجد بند صريح يمنع ذلك في مضمون العقد، أي ان موافقة الإدارة من التعاقد من الباطن مفترضة، بينما ذهب الجانب الاخر الى القول ان مشروعية التعاقد من الباطن رهين بوجود شرط جوهري وهو موافقة مسبقة تمنحها الجهة الإدارية للمتعاقد الأصلي.

يبرر أصحاب الموقف الأخير رأيهم ان للعقود الإدارية صلة وثيقة بالمصلحة العامة، اذ لا يمكن منح الحرية الكاملة للمتعاقد الأصلي في التصرف دون الاخذ بعين الاعتبار الزامية استشارة الإدارة، فهو الامر الذي قد يحدث ضررا في سيرورة المرفق العام والمساس به.

في حين يرى جانب اخر ان أصحاب الاتجاه الأول هم الأولى بالاتباع في الوقت الحالي، و ذلك لان مقتضيات المصلحة العامة تتطلب اللجوء الى التعاقد من الباطن، فقد بات من المستحيل للمتعاقد الرئيسي في تنفيذ العقد شخصيا دون الاستعانة بالأخرين، فلو ان الإدارة ارادت منع عملية التعاقد من الباطن دون موافقة منها لقامت بالنص على حضره في محتوى العقد.[65]

ثانيا: موقف القانون من موافقة الجهة الإدارية

[64]محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 535.
[65]مدحت احمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 27.

تطرقنا سابقا الى ان المنظم الفرنسي أشار الى عملية التعاقد من الباطن بالنسبة لعقد الصفقة العمومية من خلال القانون رقم 75-1334 [66]، اذ نجد انه قام بتكريس مبدا التعاقد من الباطن تحت تحفظ قبول الإدارة المتعاقدة للمتعاقد الثانوي واعتماد شروط السداد المباشر له، كما أكد على ضرورة تقديم المتعاقد من الباطن للإدارة والا كان العقد غير نافذا في مواجهتها واشترط الحصول على قبول صريح من طرف الجهة الإدارية. [67]

بينما في القانون الجزائري نجد ان المنظم الجزائري على غرار نظيره الفرنسي اشترط الموافقة المسبقة للتعاقد من الباطن باعتبار ان هذا التعامل مقيد لا يمارسه المتعامل المتعاقد متى شاء وانما يقع باطلا كل تعاقد من الباطن يتم دون موافقة من الإدارة.[68]

نجد الأساس القانوني لشرط موافقة الإدارة للتعاقد من الباطن من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فاستنادا الى المادة 143 الفقرة 2 التي تنص على :"ينبغي ان يحظى المناول و شروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما و كتابيا... "، نفهم من المادة ان موافقة الإدارة عنصر جوهري لصحة قيام عقد المناولة او التعاقد من الباطن.[69]

في حين نجد ان للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في قبول او رفض المتعاقد من الباطن ففي حالة الموافقة اكدت المادة السالفة الذكر ان يكون ذلك بموجب نص صريح ومكتوب.[70] ،الا انه في كثير من الأحيان نجد حالات اين تلتزم الإدارة الصمت ولا ترد على طلبات المتعامل المتعاقد بشأن جزء المناولة، فنجد ان الإطار المنظم للمناولة لم يتطرق الى مسالة الرد الضمني في حالة سكوت الإدارة.[71]

وبالرجوع الى الاحكام والقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح بان القرارات الضمنية المتخذة من قبل الإدارة تتخذ صفة الرفض وهذا عملا بنص المادة 830

---

[66] Loi n° 1334-75 relative à la sous traitance, Op.cit.

[67] محمد احمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص30 .

[68] سراط هجيرة، مرجع سابق، ص 120.

[69] مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[70] سراط هجيرة، مرجع سابق، ص 124.

[71] مرجع نفسه، ص 126.

الفقرة الثانية منه التي تنص على: «بعد سكوت الجهة الإدارية، المتظلم امامها عن الرد خلال شهرين، بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الاجل من تاريخ التبليغ بالتظلم".[72]

تجدر الإشارة ان المنظم الجزائري ترك المجال مفتوحا حول مدى إمكانية تطبيق المادة 830 أعلاه على مجال المناولة، فالتساؤل ظل مطروحا في ظل غياب أي إجابة منه من اجل سد الفراغ القانوني ووضع حد فاصل له.[73]

المطلب الثاني

الاثار المترتبة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية

يعد التعاقد من الباطن محظورا ما لم يقترن بموافقة صريحة من الإدارة، فلهذه الاخيرة السلطة التقديرية والحرية في الموافقة او عدمها بشرط استعمالها تحقيقا للصالح العام.

فلا شك ان شرط الحصول على اذن مسبق شرط الزامي ولا يقوم العقد من الباطن الا به، استوجب الامر التمييز بين الاثار القانونية المترتبة عن التعاقد من الباطن في حالة موافقة الإدارة من جهة وكذا في حالة عدم موافقتها من جهة أخرى.[74]

الفرع الأول

الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

ينتج عن التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة اثارا قانونية تختلف باختلاف الطرف الذي تنصرف اليه هذه الاثار، سواءّ تعلق الامر اتجاه المتعاقد الأصلي (أولا) واتجاه المتعاقد من الباطن (ثانيا)مع نشأة علاقة قانونية بين كل من المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن(ثالثا)[75].

[72]قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر بتاريخ 23 افريل، معدل ومتمم بقانون 22-13، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443، موافق ل 12 يوليو سنة 2022.
[73]سراط هجيرة، مرجع سابق، ص 128-129.
[74]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص48.
[75]أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص 51.

أولا: علاقة الإدارة بالمتعاقد الاصلي

ينتج عن موافقة الإدارة عن التعاقد من الباطن عدم حلول المتعامل الثانوي محل المتعاقد الأصلي، بل يظل العقد قائما فقط بين المتعاقد الرئيسي والإدارة، ومن بين الاثار المترتبة كذلك بقاء المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد امام الإدارة، فأي خطا ناتج عن المتعاقد من الباطن اثناء تنفيذه للعقد يكون المتعاقد الرئيسي هو المسؤول الوحيد امام الإدارة.[76]

ثانيا: علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن

ينتج عن موافقة الإدارة للتعاقد من الباطن انه يتم ابرام اتفاقية بين المتعاقد الأصلي والمتعامل الثانوي، اين يتنازل فيها المتعاقد الأصلي عن كل او جزء من التزاماته لصالح المتعاقد الفرعي[77]، ولكن بالرغم من تنازل المتعاقد الأصلي عن التزاماته لصالح المتعامل الثانوي يظل هو المسؤول امام الإدارة وهذا ما يؤدي الى:

-عدم انشاء أي رابطة عقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ولا يجوز للمتعاقد من الباطن مطالبة الإدارة بدفع الاجر مقابل تنفيذه لجزء من العقد.

-لا يحق للإدارة ان تقاضي المتعاقد من الباطن مباشرة بسبب سوء تنفيذه للعقد، ولكنها تستطيع عن طريق رفع دعوى المسؤولية التقصيرية.

-للإدارة السلطة في ممارسة الرقابة على المتعاقد من الباطن وتستمد رقابتها من احتياجات المرفق العام.[78]

ثالثا: علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن

ان العقد الذي يجمع المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن هي علاقة عقدية مباشرة، باعتبار ان كلا المتعاقدين قاما بإبرام اتفاقية التعاقد من الباطن فيما بينهما، وينتج عن هذه الرابطة العقدية ان كل النزاعات الناشئة عنها يكون القضاء العادي هو المختص بالفصل فيها، وتطبق عليه قواعد القانون الخاص.[79]

---

[76]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص 49.

[77]أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص 41.

[78]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص 49.

[79]أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، مرجع سابق، ص 55.

الفرع الثاني

الاثار القانونية المترتبة عن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة

ان التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة او في حالة اذا ما تم التعاقد بعد الحصول على رفض منها, ينتج اثارا قانونية تنصرف لكل من المتعاقد الأصلي أولا و للمتعاقد من الباطن ثانيا و كذا وجود علاقة قانونية بين المتعاقدين[80].

أولا: علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي

يّعد التعاقد من الباطن الغير المرخص به من طرف الجهة الإدارية خطا عقديا واخلالا للالتزامات العقدية، فاللجوء الى التعاقد من الباطن ودون اخذ موافقة صريحة من الإدارة يعتبر اهدارا لمبدا الاعتبار الشخصي، اذ يتحمل المتعاقد الأصلي المسؤولية الشخصية الكاملة في مواجهة الإدارة إضافة الى تعرضه الى اقصى العقوبات التي قد تصل الى فسخ الإدارة للعقد وانهائه بإرادتها المنفرة، فمصير ابرام العقد من الباطن دون موافقة الإدارة هو البطلان.[81]

ثانيا: علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن

ان عدم نشأة علاقة عقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن وانتفاؤها نتيجة ضرورية وحتمية باعتبار ان الإدارة ليست طرفا في التعاقد من الباطن، وبالتالي تنعدم العلاقة العقدية بينهما ويترتب عن ذلك انه لا يجوز للإدارة ان تلزم المتعاقد الثانوي وارغامه بتنفيذ التزامات محل العقد التي تقع على مسؤولية المتعاقد الأصلي لان المتعاقد من الباطن لا يعد طرفا في العلاقة العقدية الاصلية.[82]

ثالثا: علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن

تعد العلاقة الموجودة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية مباشرة خاضعة لقواعد القانون الخاص نتيجة لاتفاق مبرم بين الطرفين، فأي نزاع ينشئ بينهما يكون القضاء العادي صاحب الولاية للفصل فيه.[83]

---

[80]أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر, مرجع سابق، ص 57.
[81]مقداد زينة، مرجع سابق، ص ص 358-382.
[82]سكران فوزية، سالم زينب، مرجع سابق، ص 50.
[83]مقداد زينة، مرجع سابق، ص ص 358-382.

خلاصة الفصل الأول

ان صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة امر لا ريب فيه، لذلك فان الإدارة تضع اعتبارات شخصية و تراعيها في مرحلة اختيارها للمتعامل الأصلي لغرض تنفيذ العقد على نحو يحقق الصالح العام، الا انه يرد على مبدا الاعتبار الشخصي استثناء اين يجد المتعاقد الأصلي نفسه مضطرا الى التنازل عن جزء من العقد للغير وفق شروط و ضوابط محددة، وهو الامر المعروف بأسلوب التعاقد من الباطن والذي يعتبر عمل تعاقدي ينتج عنه عقد فرغي تابع لعقد اصلي موجود في الأساس، اين يتيح للمتعاقد الرئيسي بالتعهد لطرف اخر بإنجاز جزء من الالتزامات التي تقع عليه في العقد الأصلي، كما يولد بدوره اثارا قانونية تقع على كلا الطرفين.

ومن خلال الدراسة المقدمة في الفصل الأول يتضح بان المشرع الجزائري قد ميز بين التعاقد الفرعي في إطار العقود الخاصة، والتعاقد الفرعي في إطار الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام اين كان أكثر دقة في تحديد مصطلح التعاقد الفرعي والذي نظمه تحت عنوان المناولة.

الفصل الثاني

تطبيقات التعاقد من الباطن في مجال تفويض المرفق العام

نتيجة لتمتع عقد تفويض المرفق العام بنوع من الحساسية بسبب ارتباطه بالمصلحة العامة، هو الامر الذي جعل من مبدا الاعتبار الشخصي ركيزة أساسية وقاعدة عامة ضرورية لا يقوم عقد تفويض المرفق العام الا به، ويظهر ذلك عند قيام الإدارة في اختيار المفوض له وفق اعتبارات شخصية، فنية، تقنية. الا انه استجابة لمتطلبات المرفق العام دفع الامر الى الحاجة لتقنيات جديدة تضمن استمراريته عن طريق قيام المفوض له بالتنازل عن جزء من تنفيذ العقد لطرف ثالث دون الاخذ بعين الاعتبار إجراءات ابرام عقد التفويض، أي يتم التجرد منها.

ان الفقه استقر على مصطلح المناولة لعملية التعاقد من الباطن في مجال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وللإحاطة وتوضيح ما سبق ذكره سنتطرق الى تطبيق التعاقد من الباطن وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في (المبحث الأول)، وكذا تطبيق المناولة في عقد تسيير الخدمات العمومية للمياه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التعاقد من الباطن وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199: المناولة

كقاعدة عامة يّعد المفوض له المسؤول عن التنفيذ الشخصي لعقد تفويض المرفق العام واستغلاله بنفسه دون التنازل عنه للغير، وهذا استنادا لمؤهلات واعتبارات موجودة فيه، الا انه يرد على مبدا الاعتبار الشخصي استثناء اين يمكن للمفوض له التنازل عن جزء من الاتفاقية لطرف ثالث بهدف الاستعانة به في تنفيذ مضمون عقد تفويض المرفق العام، وذلك بواسطة عقد المناولة.

ومن خلال هذا المنطلق لابد أولا التطرق الى ابراز مكانة مبدا الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام في (المطلب الأول) ثم الى الاستثناء الوارد عليه الذي يعرف بعقد المناولة في (المطلب الثاني).[84]

المطلب الأول

مبدأ الاعتبار الشخصي كأصل لإبرام عقد تفويض المرفق العام

يعد الاعتبار الشخصي ركيزة أساسية في مجال ابرام عقود تفويض المرافق العامة ذلك نظرا لما ينطوي عليه هذا الأخير من مصلحة عامة ومخاطر لا يتحملها الا من كان ذو كفاءة، بمعنى انه مبدا الاعتبار الشخصي يمثل عنصرا جوهريا اثناء ابرام عقد تفويض المرفق العام الذي يفترض وجود أطراف اصلية متعاقدة.

ومن خلال هذا المطلب سيتم التطرق الى تبيان مفهوم الاعتبار الشخصي كأصل لإبرام عقود تفويض المرفق العام في الفرع الأول ثم الى أطرافه الاصلية[85].

[84]سلامي سمية، النظام القانوني لعقود المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث (ل م د) في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، 2020-، ص 226.

[85]قرير نوارة، ضريفي نادية، "المقاربة بين مبدئي الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،المجلد07، العدد 01، جامعة محمد بوضياف -المسيلة،2022، ص 1919.

الفرع الأول

مفهوم مبدا الاعتبار الشخصي في ظل عقود تفويض المرفق العام

علما ان عقود تفويض المرفق العام تقوم على مبدا الاعتبار الشخصي، لذا ينبغي لنا تحديد المفهوم التقليدي لهذا المبدأ (أولا)ثم التطرق الى مفهومه الحديث (ثانيا). [86]

أولا: المفهوم التقليدي لمبدأ الاعتبار الشخصي

يرى الاتجاه التقليدي، ان أساس ابرام العقود الإدارية وعلى راسها عقود تفويض المرفق العام قيامها على مبدا الاعتبار الشخصي فقط دون الاخذ بعين الاعتبار ضوابط وقواعد أخرى، اين يكون للإدارة سلطة واسعة وحرية مطلقة في اختيار الشخص المناسب الذي تتوفر فيه كل الشروط المطلوبة والتي سوف تعهد اليه مهمة تسيير المرفق العام.

وقد ايد مجموعة من الفقهاء هذا المبدأ، وبالأخص الفقه الفرنسي فنجد الفقيه Jeze اذ يقول: "ان الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود الإدارية ذلك ان أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث يتعين الالتزام بها بصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون ادارته". فحين نجد القضاء الإداري الفرنسي استقر على جعل عقد الامتياز الذي يعتبر من اهم عقود تفويض المرفق العام يتم وفق مشيئة الأطراف وهو الامر الذي يعطي الإدارة الحرية المطلقة في ابرام العقد [87]، كما ذهب بعض الفقه المصري الى تحديد مقصود مبدا الاعتبار الشخصي بانه "شخصية احد المتعاقدين او كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد "[88].

ويقصد بمبدأ الاعتبار الشخصي في إطار مفهومه التقليدي "منح العقد لمتعاقد على أساس انه يتمتع بكل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذو تأثير في حسن تنفيذ العمل المتفق عليه " [89]، بمعنى ان للإدارة

---

[86] قرير نوارة، ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 1919.

[87]بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 156-157.

[88] قرير نوارة، ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 1920.

[89]عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص قانون اعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ص131.

حرية واسعة في اختيار المفوض له لإدارة واستثمار مرافقها العامة طالما لا يوجد أي نص تشريعي او تنظيمي يقيدها في هذا الاختيار، فالأساس القانوني لهذا المبدأ يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند التعاقد من جهة، ومن جهة ثانية يكمن في جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض اليه، التي يجب عليه ان يسهر شخصيا للقيام بتنفيذها. [90]

ثانيا: المفهوم الحديث لمبدأ الاعتبار الشخصي

في أواخر التسعينات من القرن العشرين ظهرت عدة اتجاهات تسعى للتوفيق بين المفهوم التقليدي في مجال ابرام عقود الامتياز القائمة على مبدا الاعتبار الشخصي مع متطلبات الإدارة الحديثة[91]، وذلك كان من الضروري اخضاع عملية اختيار المفوض له لمجموعة من الإجراءات التي تستلزم الشفافية والعلانية والمنافسة لتقديم احسن العروض لإدارة المرفق العام[92]،ونتيجة لذلك دفع الامر الى تبني نظام اجرائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام تكريسا لمبدا الشفافية، وهو الامر الذي نجده في قانون (Sapin) الفرنسي الذي يحكم القواعد الإجرائية لإبرام عقود تفويض المرافق العامة اين كرس لأول مرة من خلال هذا القانون تبادل الايجاب والقبول في عقود تفويض المرفق العام وفق إجراءات محددة قانونا.[93]

فبذلك يكون هذا القانون قد حقق التوازن المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة أخرى، وبين تمتع الإدارة بالحرية الكاملة في انتقاء المتعاقد معها في عقود تفويض المرافق العامة نزولا الى ما تطلبه فكرة الاعتبار الشخصي من جهة أخرى[94].

تجدر الإشارة الى ان المنظم الجزائري يكرس من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام مظاهر اعتماد مبدا الاعتبار الشخصي عند ابرام عقود التفويض وذلك اعتمادا على معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بالقدرات المهنية، القدرات التقنية، وكذا المالية، بالإضافة قام بالتأكيد على ضرورة تنفيذ العقد شخصيا.[95]

---

[90] بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 158.

[91]مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص814.

[92]قرير نوارة، ضريفي نادية، مرجع سابق، ص ص 1919-1937.

[93]مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 815.

[94]بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 159.

[95]مرسوم تنفيذي رقم 19-188, يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

الفرع الثاني

الأطراف الاصلية لعقد تفويض المرفق العام

باعتبار عقد تفويض المرفق العام من طائفة العقود الإدارية، ينتج عن ذلك علاقة عقدية اصلية قائمة بين طرفين، الطرف الأول يتمثل في السلطة المفوضة وهي المانحة لعقد التفويض (أولا)،والمفوض له أي الشخص الممنوح له تسيير المرفق العام (ثانيا).

أولا: السلطة المفوضة

ان خضوع المرفق العام لتقنية التفويض يستلزم الامر اصدار قرار ابرام عقد التفويض وتكون السلطة المفوضة والإدارة التي يدخل المرفق العام في اختصاصها هي المختصة بإصدار القرار، فالسلطة المفوضة المكلفة بتفويض المرفق قد تكون شخص معنوي خاضع للقانون العام او يمكن ان تكون عبارة عن مجموعة من الأشخاص المعنوية العامة[96]، فقد نصت المادة 207المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، ان يقوم بتفويض تسييره الى مفوض له، ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف... "[97]، كما اشارت الى ذلك المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على انه: "يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعى في صلب النص السلطة المفوضة ... "[98]

يفهم من المادتين السالفتين الذكر ان السلطة المفوضة يمكن ان تكون:

أ-الدولة

[96]سلامي سمية، مرجع سابق، ص 80.

[97]مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[98]مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

وهي شخص معنوي عام تقوم بتفويض المرافق العامة ذات الطابع الوطني سواء ذات الطابع الصناعي والتجاري او ذات الطابع الإداري، لكن بالمقابل لا يمكن لها تفويض المرافق ذات الطابع السيادي كالأمن والعدالة، وذلك لكيلا تتخلى الدولة عن تسيير مصالحها الاساسية. [99]

ب- الجماعات المحلية

هي شخص من اشخاص القانون العام والمتمثلة في كل من الولاية والبلدية اين يمكن ان تقوم احداهما بإبرام اتفاقية التفويض بهدف تحقيق المصلحة العامة [100]،وقد تم تحديد المسؤول الرئيسي عن الجماعات المحلية ففي حالة كون المرفق العام ولاية او بلدية فان الممثل القانوني لهما لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام هما رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي وذلك بعد الحصول على المصادقة من طرف المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للبلدية، والمجلس الشعبي الولائي بالنسبة للولاية[101].

ج- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تابعة للقطاع العام مهمتها تقديم الخدمات للمواطنين, ويمكن لهذه المؤسسات ان تفوض المرفق الى اشخاص من القانون الخاص مالم يوجد أي نص تشريعي يخالف ذلك[102]، والشخص المؤهل قانونا لتمثيل هذه المؤسسات عند ابرام اتفاقية التفويض هو المدير العام للمؤسسة وذلك بعد الحصول على المصادقة من طرف الجهاز المسير لهذه المؤسسة.[103]

ثانيا: المفوض له

[99]دراجي عثمان، "تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي"، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد 04، جامعة تمنراست، ص 187.

[100]سلامي سمية، مرجع سابق، ص 82.

[101]عكورة جيلالي، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي رقم 18-199, مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2018-2019،ص 14.

[102]سلامي سمية، مرجع سابق، ص83.

[103]عكورة جيلالي، مرجع سابق، ص 14.

يقصد بالمفوض له الشخص الذي يتولى تسيير واستغلال وإدارة المرفق العام وهذا ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:"يتم تفويض تسيير مرفق عام الى شخص معنوي عام او خاص، خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض له بموجب اتفاقية التفويض". [104]

أ- المفوض له شخص من اشخاص القانون العام

يمكن تسيير المرفق العام من طرف اشخاص القانون العام، وهذا ما نصت عليه اغلب التشريعات، ومن امثلة ذلك نجد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[105]،وهي مؤسسات عمومية تمارس نشاطا تجاريا او صناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص العامة، وتخضع لنظام قانوني مزدوج أي تخضع للقانون العام فيما يخص علاقتها مع الدولة وكذا تخضع للقانون الخاص فيما يخص علاقتها مع الغير ويكون القضاء الإداري هو المختص بالفصل في نزاعاتها.[106]

ب- المفوض له شخص من اشخاص القانون الخاص

قد يكون المفوض له شخص من اشخاص القانون الخاص، كالشركات التجارية ونجد انه غالبا ما يتم التفويض لهذه الأخيرة إدارة واستغلال مرافق عامة وخاصة تلك التي تتصف بصفة شركة المساهمة[107]، ومن اشخاص القانون الخاص نجد كذلك الجمعيات والتجمعات المهنية والتي يرتبط عملها بصورة قانونية بأعمال المؤسسة التي تقوم باستغلالها [108]، كما نجد أيضا شركات الاقتصاد المختلط وهي عبارة عن مشاركة اشخاص القانون العام مع اشخاص القانون الخاص في رأسمال الشركة بهدف تسيير المرافق العامة الاقتصادية والإدارية، وتكون الدولة او احد اشخاص القانون العام المالكة لأغلبية رأسمالها. [109]

المطلب الثاني

المناولة كاستثناء لإبرام عقود تفويض المرفق العام

[104]مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[105]عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 56.

[106]بن عيسى جمال الدين، بن عبد الله خير الدين، تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة-، ص 41.

[107]عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 57.

[108]سلامي سمية، مرجع سابق، ص87.

[109]عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 59.

ورد على مبدا الاعتبار الشخصي في مجال تفويض المرفق العام استثناء عليه، وعلى إثر ذلك استقر القانون على قاعدة إمكانية التنازل الجزئي في عقود تفويض المرفق العام متى توفرت الشروط اللازمة لذلك، وبناء على هذا يمكن للمفوض له التنازل عن جزء من التزاماته العقدية للغير ويكون ذلك بواسطة عقد المناولة.

ومن اجل دراسة عقد المناولة تم تقسيم المطلب الى (فرع الاول) تناولنا فيه تعريف عقد المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، ثم تحديد شروط قيامه (الفرع الثاني).[110]

الفرع الأول

تعريف المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199

تتحقق المناولة او التفويض الفرعي عند قيام المتعاقد الأصلي بتكليف شخص اخر لتنفيذ جزء من التزامات العقد الرئيسي الموكلة له، ولحداثة الية المناولة في عقود تفويض المرفق العام استلزم الامر الى وضع تعريف له.[111]

قبل التطرق الى تعريفا لمناولة، أشار المنظم الجزائري الى المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، من خلال المادة 7 منه والتي تنص على: "لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام ان يقوم بتفويضه الى شخص اخر، غير انه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن للمفوض له اللجوء مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة.

ولا يمكن في جميع الأحوال ان يكون المرفق العام الذي خص به المفوض له، موضوع مناولة بصفة كلية".[112]

يفهم من خلال هذه المادة ان منطلق عقد التفويض يقوم على مبدا الاعتبار الشخصي كما اشرنا سابقا، أي المفوض له يلتزم بتنفيذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه للغير الا اذا فرضت متطلبات

[110] مأمون مؤدن،" حقوق والتزامات المفوض اليه في تفويضات المرفق العام في الجزائر"، المجلد 08, العدد 01, مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة صالحي احمد النعامة، 2022، ص206.

[111] بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 222.

[112] مرسوم تنفيذي رقم 18-199, يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

التسيير ذلك ومراعيا الحدود التي يسمح بها القانون[113]. نجد ان المنظم الجزائري عرف المناولة من خلال المادة 60 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على انها :"الاجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص اخر طبيعي او معنوي يدعى المناول تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة ان يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية انجاز منشئات او اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام او لسيره و ذلك في حدود 40%من اتفاقية تفويض المرفق العام".[114]

نفهم من خلال المادتين السالفتين الذكر ان المناولة تكون في جزء محدد من اتفاقية تفويض المرفق العام، ويترتب عن ذلك ان التنازل الكلي للاتفاقية يعد غير مباحا بسبب خروج المتعاقد مع الإدارة من العلاقة التعاقدية مقابل دخول المتنازل، فهو الامر الذي يعتبر هدرا لمبدا الاعتبار الشخصي، كما يشكل ذلك أيضا خطا جسيما يترتب عنه فسخ العقد من جهة الإدارة المفوضة.[115]

الفرع الثاني

شروط المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199

لم يتناول المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام تفصيلا دقيقا لشروط المناولة على عكس المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي جاء بمجموعة من المواد التي مكنت من إرساء بعض القواعد والشروط التي يفتقدها تنظيم تفويض المرافق العامة والتي تعتبر ضرورية لقيام عقد المناولة وضمان مشروعيته.[116]

[113]مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-،2019، ص 60.

[114]مرسوم تنفيذي رقم 18-، يتعلق بتنظيم المرفق العام، مرجع سابق.

[115]فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو-، 2018، ص 228.

[116]بوشقورة رضا، تفويضات الهيئات المرفقية للجماعات الإقليمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث ل م د في الحقوق، تخصص ادارة محلية فرع القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر,2019-2020،ص 242.

عموما تتمثل هذه الشروط في كل من ضرورة ارتباط موضوع المناولة بإنجاز منشئات واقتناء ممتلكات (أولا)، احترام نطاق المناولة (ثانيا)، وشرط الحصول على الموافقة الصريحة من السلطة المفوضة (ثالثا).

أولا: ضرورة ارتباط موضوع المناولة بإنجاز منشئات واقتناء ممتلكات

اشترطت المادة61 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على انه :"يمكن للمفوض له ان يعهد الى مناول او عدة مناولين انجاز منشئات او اقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها..."[117]، نفهم من خلال هذه المادة ان محل التعاقد عن طريق المناولة يفتقد الى ثلاثة اشكال للتفويض الايجار، التسيير والوكالة المحفزة، فيصبح تطبيق المناولة بالشكل المنصوص عليه ممكنا في حالة وحيدة وهي في حالة عقد الامتياز[118]، لان هذا الأخير هو الوحيد بين الاشكال المذكورة في المرسوم التنفيذي 18-199 الذي قد يلزم فيه المفوض له بإنجاز منشئات والقيام باستثمارات قبل الشروع في استغلال المرفق، وعليه فيمكن له التنازل عن جزء من هذه المهام لشخص اخر عن طريق المناولة.

اما في كل من الايجار والوكالة المحفزة والتسيير فان المفوض له يتلقى المرفق جاهز ويقتصر دوره فقط على استغلال المرفق وكذا لا يجوز للمفوض له التنازل عن مهام التسيير والاستغلال. [119]

ثانيا: احترام نطاق المناولة

اشترط المنظم الجزائري من خلال المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على انه :"...شريطة ان يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية انجاز منشئات او اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام او لتسييره، وذلك في حدود 40% من اتفاقية تفويض المرفق العام".[120]

يفهم من نص المادة أعلاه ان المنظم الجزائري كان حريص على ان تكون المناولة جزئية بنسبة محددة من كل اتفاقية تفويض المرفق العام، ولذلك يجب على مضمون عقد المناولة ان يتقيد بمحتوى اتفاقية

[117]مرسوم تنفيذي رقم 18-، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[118]بوشقورة رضا، مرجع سابق، ص 247.

[119]مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق

[120] مرجع نفسه.

التفويض الاصلية ولا يجب ان يكون أوسع منه، وذلك تفاديا من تحول عقد المناولة الى التنازل عن العقد.[121]

ثالثا: الموافقة الصريحة من السلطة المفوضة

قيد المنظم الجزائري المفوض له عند تنازله لجزء من اتفاقية تفويض المرفق العام للمناول بشرط الحصول على الموافقة الصريحة والمسبقة من السلطة المفوضة[122]، وهذا ما أكدته المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199[123]، بمعنى انه يعتبر الحصول على اذن مسبق من الإدارة شرط جوهري لانعقاد عقد المناولة، بحيث انعقاد عقد المناولة بدون موافقة السلطة المفوضة يجعل من عقد المناولة باطلا، ويّعد خطا عقديا جسيما مرتكب من طرف المفوض له وهذا ما يعرضه لعقوبات قد تصل الى حد فسخ العقد.[124]

الى جانب شرط الحصول على الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة لصحة انعقاد المناولة ينبغي أيضا الحصول على موافقتها عند اختيار المناول او المناولين وهذا ما أكدته المادة 61 السالفة الذكر المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم المرفق العام، فشخص المناول يجب ان يكون محل موافقة صريحة من السلطة والا سيكون العقد من الباطن باطلا.[125]

تجدر الإشارة الى ان المنظم الجزائري لم يتطرق الى اثار عقد المناولة في عقود تفويض المرفق العام مثلما فعل بالنسبة للمناولة في عقد الصفقات العمومية، الا انه أشار من خلال المادة 61 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على انه: «ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة"[126]. وبالتالي لا تكون أي علاقة مباشرة بين السلطة المفوضة والمناول، وتبقى العلاقة العقدية قائمة فقط بين المفوض له والإدارة فأي اخلال في تنفيذ عقد

[121]بوشقورة رضا، مرجع سابق، ص 244.

[122]مرجع نفسه، ص 242.

[123] راجع المادة 7 من مرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[124] زغيب زهية، عقد المناولة في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل، 2017-2018، ص 33.

[125]راجع المادة 61 من مرسوم التنفيذي رقم 18-199, يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

[126]مرجع نفسه.

التفويض المبرم بين الإدارة المفوضة والمفوض له بسبب الجزء المتنازل عنه للمناول، فان الادارة لا تعود على المناول انما تقوم بمساءلة المفوض له[127].

المبحث الثاني

التعاقد من الباطن في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه

يّعد مرفق المياه احدى المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهو مرفق حيوي ذو أهمية بالغة، وبغية تحسين هذا المرفق وتقديم خدمات ذات جودة عالية، عملت السلطات العمومية الى تغيير تقنية ادارته والاعتماد على أسلوب مغاير للأساليب التقليدية لتسيير المرافق العامة، الا وهي تقنية التفويض المكرسة في القانون المتعلق بالمياه، مع إمكانية تنازل المفوض له لجزء من العقد الى طرف اخر.

ومنه لا بد من التطرق في (المطلب الأول) الى الأطراف الاصلية لعقد تفويض خدمات المياه ثم في (المطلب الثاني) الى ابراز إمكانية تنازل المفوض له لجزء من العقد[128].

المطلب الأول

الأطراف الأصلية في تفويض مرفق خدمات المياه

نتج عن تفويض مرفق المياه علاقة عقدية مكونة من أطراف اصلية وهم السلطة المفوضة (الفرع الأول) الى جانب المفوض له (الفرع الثاني)

الفرع الأول

السلطة المفوضة

[127]بوشقورة رضا، مرجع سابق، ص 244.

[128]لقمة محمد، كريم أسامة، تفويض المرفق العام في قطاع المياه، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، فرع الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، 2020-2021، ص 9.

تعد السلطة المفوضة طرفا في تفويض خدمات المياه، فهي الجهة المختصة بمنح تسيير المرفق للمفوض له، اذ منح لها القانون كامل الصلاحيات لإدارته وتنظيمه.

وتتمثل السلطة المفوضة في كل من الدولة (أولا)، البلدية (ثانيا)، مع استبعاد المنظم الجزائري للولاية كطرف في العقد(ثالثا).

أولا: الدولة

يقصد بمعنى الدولة في هذا الشأن الإدارة او وزارة الموارد المائية التي منح لها القانون امتياز تسيير مرفق الخدمة العمومية للمياه واستغلاله[129]، اذ تنص المادة 101 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه على : "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات، ويمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل او جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام او القانون الخاص بموجب اتفاقية " [130].

ثانيا: البلدية

تختص البلدية في التكفل بخدمة التزويد بالمياه بحيث تنص المادة 149 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية على انه :"تتكفل البلدية بالتزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة" [131]،كما تجسد اختصاص البلدية في تسيير الخدمة العمومية للمياه من خلال المادة 101 الفقرة الثالثة من قانون المياه على ما يلي: " ويمكن للبلدية، حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، استغلال الخدمات العمومية للمياه عن طريق الاستغلال المباشر الذي يتمتع بالاستقلالية المالية او عن طريق منح امتياز تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون الخاص "[132] ، نلاحظ ان قانون المياه جعل من تسيير البلدية لمرفق المياه يكون وفقا للتسيير المباشر المتمتع بالاستقلالية المالية، مع امكانية منح البلدية امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام.[133]

---

[129] لقمة محمد، كريم أسامة, مرجع سابق، ص 31.

[130] قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[131] قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 مؤرخ في 3 جويلية 2011، معدل ومتمم بموجب الامر رقم 21-13، ج ر عدد 67 موافق ل 31 اوت 2021.

[132]قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[133] فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص 145.

ثالثا: استبعاد الولاية من تفويض المرفق العام

استبعدت الولاية كطرف لتفويض مرفق خدمات المياه، بمعنى ان الولاية لا يدخل ضمن اختصاصها تسيير خدمات المياه[134]، وهذا ما نصت عليه المادة 101 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه التي تنص على : "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات... "، نفهم من خلال المادة ان المشرع الجزائري اخرج تفويض مرفق المياه من نطاق الولاية واعتبرها غير مسؤولة عنه.[135]

الفرع الثاني

الجهة المفوض لها

حسب ما ورد في نص المادة 101 الفقرة الثانية والمادة 104 الفقرة الأولى المتعلقة بتفويض الخدمة العمومية من قانون المياه، نفهم ان الجهة المفوض لها قد تكون شخص معنوي خاضع للقانون العام (أولا) او شخص معنوي خاضع للقانون الخاص(ثانيا).[136]

أولا: المفوض له شخص من القانون العام

منح المشرع الجزائري امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه وحصرها في الاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام فقط دون سواها سواء كانت الدولة او البلدية الجهة المانحة للامتياز[137]، كما يمكن للشخص المعنوي العام ان يكون مفوضا له فليس هناك ما يمنع ذلك وهذا ما عبرت عليه اغلب التشريعات ومثال ذلك عندما يتم تفويض وتسيير مرفق عام الى مؤسسة عامة، مثل الجزائرية للمياه التي هي مؤسسة

[134] هريدة خديجة، سعداوي ايمان، تفويض مرفق المياه في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون عام داخلي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل، 2016-2017، ص 53.

[135] قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[136] راجع المواد 101-104 من قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[137] هريدة خديجة، سعداوي ايمان، مرجع سابق، ص 53.

عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تم انشائها لغرض إدارة و استغلال مرفق المياه في الجزائر، بحيث تم التفويض لها من قبل وزير الموارد المائية لتسيير هذا المرفق والتي تعتبر كمفوض له.[138]

ثانيا: المفوض له شخص من القانون الخاص

عالج المشرع الجزائري تفويض مرفق المياه بنوع من التركيب بحيث استعمل مصطلحين هما الامتياز الذي يقتصر على لأشخاص المعنوية العامة فقط، كما استعمل مصطلح التفويض اين يشمل هذا الأخير كل من الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة[139]، ومثال ذلك نذكر شركة المساهمة سيال التي تم تفويض لها تسيير الخدمات العمومية للمياه في الجزائر العاصمة[140].

المطلب الثاني

التفويض الفرعي كاستثناء في مجال الخدمات العمومية للمياه

لقد نص المشرع الجزائري ضمن المادة 104 من قانون المياه على التفويض الفرعي للمرفق بطريقة غير مباشرة، اين يمكن لصاحب الامتياز ان يقوم بتفويض جزء من تسيير الخدمة العمومية لفرع او عدة فروع[141].

ومن هذا المنطلق وباعتبار المؤسسة الجزائرية للمياه صاحب امتياز بحيث تقوم بتسيير مرفق المياه بصفتها مفوض له وكذا بصفتها سلطة مفوضة، لذلك لابد أولا التطرق الى تعريف المؤسسة الجزائرية للمياه في (الفرع الأول) ثم تبيان كيفية تسييرها لمرفق المياه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المؤسسة الجزائرية للمياه نموذجا

[138] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 56-57.
[139] لقمة محمد، كريم أسامة، مرجع سابق، ص 33.
[140] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص57.
[141] راجع المادة 104 من قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

تكريسا للإصلاحات المؤسساتية في الجزائر قامت الوزارة المكلفة بالموارد المائية بإنشاء مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري لتسيير مرفق خدمات المياه والتطهير وهما الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير.

وبناء على هذا ارتئينا الى اختيار المؤسسة الجزائرية للمياه كنموذج لتسيير مرفق المياه من خلال تقديم تعريف لها(أولا)وتبيان اطارها الوظيفي(ثانيا).[142]

أولا: التعريف بالمؤسسة الجزائرية للمياه

عرف المنظم الجزائري مؤسسة الجزائرية للمياه من خلال المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 يتضمن انشاء الجزائرية للمياه والتي تنص على : "تنشا تحت تسمية الجزائرية للمياه مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري، تدعى في صلب النص المؤسسة تخضع للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل ولأحكام هذا المرسوم " .[143]

استنادا لهذا التعريف ووفقا لأحكام المرسوم المنشئ للمؤسسة الجزائرية للمياه فانه تم تكييفها صراحة بانها مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية وتوضع تحت وصاية وزارة الموارد المائية وتتفرع لتشمل كامل التراب الوطني في شكل غير ممركز عبر وكالات جهوية.[144]

ثانيا: الإطار الوظيفي للمؤسسة الجزائرية للمياه

يتمثل الإطار الوظيفي للمؤسسة الجزائرية للمياه في مجموعة من المهام الموكلة لها عن طريق التفويض والمنصوص عليها في المواد6،7، 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 على ما يلي:

-الخدمة العمومية لمياه الشرب الهادفة لضمان وفرة المياه للمواطنين.

-استغلال وتسيير وصيانة الأنظمة والمنشئات الكفيلة بإنتاج ومعالجة وتحويل وتخزين وتوزيع المياه الصالحة للشرب.

---

[142] هريدة خديجة، سعداوي ايمان، مرجع سابق، ص 58- 59.

[143]مرسوم تنفيذي رقم 01-101 مؤرخ في 21 افريل 2001، يتضمن انشاء الجزائرية للمياه، ج رعدد 24 صادر في 22 افريل 2001.

[144]فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص147.

-المبادرة بكل عمل يهدف الى الاقتصاد في الماء عن طريق تحين فعالية شبكات التحويل والتوزيع وكذا ادخال تقنية المحافظة على المياه، ومكافحة تبذيره.

-كما تتكلف بإنشاء كل تنظيم او هيكل يتعلق بهدفها في كل مكان من التراب الوطني.

-التكليف بإنجاز بعض من برامجها عن طريق المناولة او الامتياز او التسيير او باي شكل اخر من اشكال الشراكة.[145]

الفرع الثاني

تسيير مرفق المياه من طرف المؤسسة الجزائرية للمياه

كما سبق الإشارة ان الجزائرية للمياه تقوم بإدارة المرفق العام للمياه، لذلك فهي تسعى الى ضمان فعاليته عبر اعتمادها لأسلوبين في تسيير الخدمة العمومية للمياه من خلال اعتبارها كصاحب امتياز من جهة (أولا)، مع منحها إمكانية تفويض جزء او كل من اختصاصها لمتعاملين وطنيين او أجانب من جهة أخرى باعتبارها هيئة مفوضة (ثانيا).

أولا: الجزائرية للمياه باعتبارها صاحب امتياز[146]

طبقا لما تنص عليه المادة 102 من قانون المياه:" يكلف صاحب امتياز الخدمة العمومية للماء او التطهير في اطار الحدود الإقليمية للامتياز باستغلال المنشآت والهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها..." [147]

كما ينص المرسوم المنشئ للجزائرية للمياه في المادة 29 منه على : "تحل هذه المؤسسة محل جميع المؤسسات والهيئات العمومية والجهوية والمحلية في ممارسة الخدمة العمومية لإنتاج المياه الصالحة للشرب وتوزيعها" .[148]

وعليه فان مؤسسة الجزائرية للمياه بصفتها صاحب امتياز خول لها بموجب احكام قانون المياه التحكم في المنشآت والاشغال وتسيير الخدمات العمومية للمياه، وبالرغم من ان التجربة الجزائرية اثبتت

[145]مرسوم تنفيذي رقم 01-101، يتضمن انشاء الجزائرية للمياه، مرجع سابق.

[146]فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص147.

[147]قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[148]مرسوم تنفيذي رقم 01-101، يتضمن انشاء الجزائرية للمياه، مرجع سابق.

عجز المؤسسة العمومية عن توفير متطلبات المواطنين في مجال المياه، الا انه تبقى من الوسائل الانجح تقديما وتوفيرا لخدمات المياه في الجزائر

ثانيا: الجزائرية للمياه باعتبارها هيئة مفوضة

بالرغم من كون الجزائرية للمياه مؤسسة عمومية مكلفة من طرف وزارة الموارد المائية بتسيير مرفق المياه، الا انه يمكنها بإنجاز بعض برامجها او التنازل عن بعض اختصاصاتها[149]، وهذا ما نصت عليه المادة 104 من قانون المياه: " يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة او صاحب الامتياز، تفويض كل او جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء او التطهير لمتعاملين عموميين او خواص لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية، كما يمكن لصاحب الامتياز ان يفوض كلا او جزء من هذه النشاطات لفرع او لعدة فروع لاستغلال المنشاة لهذا الغرض" [150].

فالجزائرية للمياه بصفتها صاحب امتياز يمكن لها ان تقوم بتفويض تسيير الخدمة العمومية للمياه لمتعاملين اقتصاديين وطنيين او أجانب شريطة الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية وهذا استنادا لنص المادة 108 من القانون نفسه على: "عندما يبادر صاحب الامتياز بتفويض الخدمة العمومية بصفته هيئة مفوضة فانه يتعين عليه طلب الموافقة المسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضها على المنافسة " [151].

نفهم من خلال المواد السالفة الذكر انه يمكن تفويض الخدمات العمومية للمياه من طرف الدولة الى الجزائرية للمياه ثم يقوم هذا الاخير بدوره بتفويض كل او جزء من النشاطات لفرع او عدة فروع أخرى، وهو الامر الذي حدث عند قيام الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير بصفتهما صاحب امتياز بإبرام عقود التفويض مع العديد من الشركات الأجنبية نذكر منها العقد المبرم بين هاتين الأخيرتين الممثلتين من قبل شركة المياه والتطهير لمدينتي الطارف وعنابة مع الشركة الالمانية GELSENWESSER.[152]

[149]فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص 149.

[150]قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

[151] مرجع نفسه.

[152]مخلوف باهية، مرجع سابق، ص 34.

خلاصة الفصل الثاني

خلاصة للدراسة التي قمنا بها في الفصل الثاني يمكن القول انه نتيجة للتطورات والتغيرات التي تطرأ على المرفق العام وضرورة مواكبتها تحتم الامر على الدولة بخلق أساليب وتقنيات تضمن استمرارية المرفق العام، لذلك تعد عملية التعاقد من الباطن من الأساليب الأكثر فعالية التي يلجا اليها المفوض له استعانةً بها في تنفيذ جزء من التزاماته العقدية بهدف السرعة في انجاز مضمون عقد تفويض المرفق العام وذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

كما سبق التطرق اليه كرس القانون الجزائري المناولة في مجال تفويض المرافق العامة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199، كما أشار اليه في القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه.

خاتمة عامة

خاتمة عامة

لا شك ان التعاقد من الباطن من الاليات المهمة لتنفيذ المشاريع الاقتصادية والتنموية في الدولة، فقد تبين من خلال دراستنا لعملية التعاقد من الباطن او ما يسمى بالمناولة في نطاق العقود الإدارية فيما يخص طائفة عقود تفويض المرفق العام انه أسلوب قانوني يتدخل من خلاله اشخاص من اجل تنفيذ جزء من محتوى عقد التفويض، شريطة مراعاة مجموعة من الضوابط لصحته، يفهم من خلال هذا الامر ان المناولة تعتبر كاستثناء عن مبدا الاعتبار الشخصي كون هذا الأخير يعتبر دافعا للتعاقد بسبب قيامه على معايير يتسم بها المتعاقد معه عن غيره من الأشخاص.

الا ان عقد المناولة تعتبر حلا سريعا يتم اللجوء اليها من اجل انجاز بعض من التزامات العقد الأصلي، ووسيلة تؤدي الى استقرارية المرفق العام من اجل تفادي التعطيل في تلبية حاجات الافراد.

فكما تطرقنا سابقا عقد المناولة لا يتحقق الا بوجود مقومات تهدف الى عدم عرقلة سير المرفق العام لذلك قام المنظم الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على سن مجموعة من الشروط والضوابط التي لابد من توفرها في عقد المناولة من اجل صحة انعقاده، الا انه لم يتطرق في تنظيمه الى زوايا أخرى مما جعل عقد المناولة في إطار تفويض المرفق العام مبهما عكس ما قام بالتطرق اليه في الصفقة العمومية.

وعلى ضوء العناصر المتطرق اليها توصلنا الى مجموعة من النتائج والملاحظات التالية:

-ان القاعدة العامة هو الأداء الشخصي للمهام الموكلة للمتعاقد معه، والاستثناء جواز تعاقده من الباطن.

-التعاقد من الباطن او المناولة لا تكون على جميع الاعمال انما على جزء منها فقط.

-ان موافقة الإدارة على المناول شرط جوهري ويخضع لسلطتها التقديرية الا انه لا يعني اعفاء المفوض له من مسؤوليته اتجاهها وذلك لان المناول لا يحل محله.

-المركز القانوني للمناول ليس طرفا في عقد تفويض المرفق العام، ومنه لا يستطيع مطالبة الإدارة بالوفاء بالمقابل المادي لما اداه من اعمال لصالحها، ورغم عدم وجود أي علاقة تعاقدية بينه والإدارة يمكن له مطالبتها بتعويض عما تكبده من نفقات في العقد على أساس نظرية الاثراء بلا سبب.

-ان التكييف القانوني لعقد المناولة يختلف باختلاف المتعاقد الأصلي فاذا كان شخصا من اشخاص القانون العام يختص القضاء الإداري في الفصل في النزاعات الناتجة عن العقد بينما اذا كان شخصا من اشخاص القانون الخاص يكون القضاء العادي صاحب الولاية .

ولكن رغم كل الجهود المبذولة من طرف المنظم الجزائري الا ان عقد المناولة المنظم في إطار المرسوم التنفيذي المتعلق تفويض المرافق العامة يشوبه بعض الابهام والنقائص من ناحية بعض الجوانب منها:

-عدم تبيان الاثار الناشئة عن عقد المناولة اتجاه الأطراف المتعاقدة عكس ما ورد في تنظيم الصفقات العمومية.

-بسبب عدم وضع قانون خاص بالمناولة وبيان شروطه وإجراءات ابرامه والتدقيق في بنوده يستدعي الامر بالعودة الى الاحكام العامة في القانون المدني فيما يخص العلاقة بين المفوض له والمناول.

-رغم انتهاج عدة أساليب لتسيير مرفق خدمات المياه الا انه لم يتلقى القطاع أي تحسن ملحوظ فيما يخص توزيع مياه الشرب على المواطنين.

-باعتبار المناول الحلقة الأضعف في التعاقدية فانه في كثير من الأحيان يؤدي ذلك الى هضم حقوقه وتهاون المفوض له في أداء التزاماته اتجاهه.

وبالرغم من الفراغ القانوني الذي يعرفه عقد المناولة الا انه نظريا لا يمكن انكار دور النصوص التنظيمية وما تهدف اليه من خلال جعل المناولة وسيلة لترقية الخدمة العمومية من جهة وتحقيق الصالح العام من جهة أخرى.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولا-الكتب

1- طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر،2012.

2-عبد الرزاق احمد السنهوري، (نظرية العقد النظرية العامة للالتزامات)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

3-محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

4-مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

ثانيا- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-الرسائل الجامعية

1 بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة ابي بكر بلقايد،2018-2019.

2- بوشقورة رضا، تفويضات الهيئات المرفقية للجماعات الإقليمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث ل م د في الحقوق، تخصص إدارة محلية، فرع القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 لحاج لخضر، 2019-2020.

3- سلامي سمية، النظام القانوني لعقود المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث ل م د في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، 2020-2021.

4- سراط هجيرة، التعامل الثانوي في إطار تنظيم الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ،2021-2022.

5- عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث ل م د في القانون، تخصص قانون الاعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2020.

6- فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2018.

7- نايل صونية، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص نشاط اداري ومسؤولية إدارية، فرع القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، 2017-2018.

8- مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون الاعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ،2015-2016.

9- مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو-، 2019.

ب- المذكرات الجامعية

مذكرات الماجستير

1- سرير الحرتسي خديجة، التعامل الثانوي في صفقات الاشغال العمومية في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2009-2010.

مذكرات الماستر

2-بلحيمر احمد، المناولة في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الاعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية-ادرار-، 2018-2019.

3-بن عيسى جمال الدين، بن عبد الله خير الدين، تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الاداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة-، 2019-2020.

4-بوجليل رشيدة، نايت حموش محمد، المناولة كآلية تنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون اعمال، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد بوقرة-بومرداس-،2020-2021.

5-حشاش حليمة، العوادي حنان، عقد المقاولة من الباطن، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج-البويرة-، 2016.

6-حاجي صابر، قرنازي عبد الباسط، المناولة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة-، 2016-2017.

7-حدوش نادية، شيبون ياسمينة، عقد المناولة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-، 2019.

8- زغيب زهية، عقد المناولة في قانون الصفقات الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل، 2017-2018.

9-شلاوشي رشيد، العربي توفيق، الإطار القانوني لعقد المناولة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إدارة اعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة-خميس مليانة-، 2014-2015.

10-عكورة جيلالي، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-، 2018-2019.

11-لقمة محمد، كريم أسامة، تفويض المرفق العام في قطاع المياه، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، فرع الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-،2020-2021.

12-هريدة خديجة، سعداوي ايمان، تفويض مرفق المياه في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون عام داخلي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل-،2016-2017.

ثالثا- المقالات

1-ارزيل الكاهنة، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ص ص 10-33.

2-بوشناق زينب، " الاعتبار الشخصي في التعاقد وأثره على العملية التعاقدية"، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 02، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي-جيجل-، 2022، ص ص1347-1366.

3-دراجي عثمان،" تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي"، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد 04، جامعة تمنراست 2019، ص ص 178-201.

4-زواقي مصطفى، منصوري المبروك، " المقاولة الفرعية: مفهومها وطبيعتها القانونية"، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة احمد دراية-ادرار-، الجزائر، 2022، ص ص 193-219.

5- .....،" التنازل عن العقد- مفهومه وطبيعته القانونية-"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، جامعة ادرار، 2022 ص ص 374-389.

6-سعدي رندة، قاشي خالد، " تجربة الجزائر في دعم المقاولة من الباطن، دور برنامج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية في تطوير المقاولة من الباطن"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي افلو، ص ص 288-300.

7-سكران فوزية، زينب سالم، " التعاقد من الباطن واحكامه –دراسة مقارنة-"،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2022.

8-شعبان فضيلة، زرقون نور الدين، " نطاق تطبيق احكام المقاولة من الباطن في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة-، الجزائر، 2018، ص ص 172-189.

9- قرير نوارة، ضريفي نادية، " المقاربة بين مبدأي الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة محمد بوضياف- المسيلة-، 2022، ص ص 1919-1937.

10-ليازيد مختارية، " التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 03، جامعة سعيدة، 2014، ص ص 128-143.

11-مدحت احمد محمد يوسف غنايم، "المركز القانوني للمتعاقد الخفي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد1، جامعة بني يوسف،2020، ص ص 1-145.

12-مامون مؤدن، " حقوق والتزامات المفوض اليه في تفويضات المرفق العام في الجزائر"، المجلد 08، العدد01، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة صالحي احمد النعامة ، 2022، ص ص 198-212.

13-محمود خليل خيضر، "الاثار القانونية لتنفيذ الشخصي في العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 37، العدد 01، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، 2022، ص ص 47-76.

رابعا-النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

1 امر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 اوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 06 مؤرخ في 4 اوت 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي، ج ر عدد 4 مؤرخ

في 27 جانفي 2008، وبالأمر رقم 09-02 مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر عدد 44، مؤرخ في 26 جويلية 2006.

3- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخ في 23 افريل 2008، معدل ومتمم بالقانون 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام، موافق ل 12 يوليو سنة 2022.

4-قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 مؤرخ في 3 جويلية 2011، معدل ومتمم بموجب الامر رقم 21-13، ج رعدد 67 موافق ل 31 اوت 2021.

ب- النصوص التنظيمية

أ-مرسوم رئاسي

1 مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

ب- مراسيم تنفيذية

1 مرسوم تنفيذي رقم 01-101 مؤرخ في 21 افريل 2001، يتضمن انشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24 مؤرخ في 22 افريل 2001.

2-مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 2 اوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48 صادر بتاريخ 5 اوت 2018.

خامسا- قوانين اجنبية

1-قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن القانون المدني المصري، https://sadanykhalifa.com.

2-قانون رقم 182 لسنة ،يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر عدد 49 مكرر، مؤرخ في 3 أكتوبر 2018. https://manshurat.org

سادسا-الوثائق الإلكترونية

-أشرف عبد الحكيم عبد الفتاح عمر، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية،1442(هجري)، تم الاطلاع عليه بتاريخ 18 افريل 2023، على الساعة 13 :00 في الموقع: https://jeslem.journals.ekb.eg

باللغة الفرنسية

A Articles

1 GHAITAOUI Abdelkader, « La sous-traitance dans les marchés publics : Etude comparative entre la France et l'Algérie », EL Hakika Review,n° 42, 2018, pp 20-32.

2 ZOUAIMIA Rachid, « La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », RARJ, n°1, Faculté de droit et des science politiques, Université A. Mira Bejaia-Algérie, 2016, pp7-35.

B Textes juridiques Français

1 Loi n° 75-1334 du décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF, du 3 janvier 1975. https://www.legifrance.gouv.fr.

2 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, Relative aux contrats de concession. https://www.legifrance.gouv.fr.

الفهرس

مقدمة.....1
الفصل الأول- احكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية.....3
المبحث الأول-الإطار المفاهيمي للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية.....5
المطلب الأول- مفهوم التعاقد من الباطن في العقود الإدارية.....5
الفرع الأول- التعريف الفقهي للتعاقد من الباطن.....6
أولا- تعريف التعاقد من الباطن لدى الفقه التقليدي.....6
ثانيا- تعريف التعاقد من الباطن لدى الفقه الحديث.....7
الفرع الثاني- التعاريف القانونية للتعاقد من الباطن.....8
أولا- تعريف القانون الفرنسي للتعاقد من الباطن.....8
ثانيا- تعريف القانون المصري للتعاقد من الباطن.....9
ثالثا- تعريف القانون الجزائري للتعاقد من الباطن.....10
أ- في نطاق العقود الخاصة.....10
ب-في نطاق العقود الإدارية.....11
المطلب الثاني- خصائص التعاقد من الباطن وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له.....12
الفرع الأول- خصائص التعاقد من الباطن.....12
أولا- الرضا.....13
ثانيا- التبعية والاستغلال.....13
ثالثا- التبادلية.....14
رابعا- العوض.....14
الفرع الثاني- تمييز التعاقد من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له.....14
أولا- تمييز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد.....14
ثانيا- تمييز التعاقد من الباطن عن العقد المشترك.....15
ثالثا- تمييز التعاقد من الباطن عن مستخدمي العقد الأصلي.....16
رابعا- تمييز التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل العقد.....16
المبحث الثاني- الضوابط القانونية للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية.....17
المطلب الأول- شروط صحة التعاقد من الباطن.....17

الفرع الأول- ان يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق.....18
أولا- وجود عقد أصلي سابق.....18
ثانيا-ان يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي.....18
الفرع الثاني- قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن.....19
أولا- القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.....19
ثانيا- القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي.....20
الفرع الثالث-الزامية الموافقة المسبقة للإدارة.....20
أولا- موقف الفقه من موافقة الجهة الإدارية.....21
ثانيا- موقف القانون من موافقة الجهة الإدارية.....21
المطلب الثاني- الاثار المترتبة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية.....23
الفرع الأول- الاثار المترتبة عن التعاقد من الباطن بموافق الإدارة.....23
أولا- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الاصلي.....23
ثانيا- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.....23
ثالثا- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.....24
الفرع الثاني-الاثار المترتبة عن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة.....24
أولا- علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي.....24
ثانيا- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن.....25
ثالثا- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.....25
خلاصة الفصل الأول.....26
الفصل الثاني- تطبيقات التعاقد من الباطن في مجال تفويض المرفق العام.....27
المبحث الأول- التعاقد من الباطن وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المناولة.....29
المطلب الأول- مبدا الاعتبار الشخصي كأصل لإبرام عقد تفويض المرفق العام.....29
الفرع الأول- تعريف مبدا الاعتبار الشخصي في ظل عقود تفويض المرفق العام.....30
أولا- التعريف التقليدي لمبدأ الاعتبار الشخصي.....30
ثانيا- التعريف الحديث لمبدأ الاعتبار الشخصي.....31
الفرع الثاني- الأطراف الاصلية لعقد تفويض المرفق العام.....32

أولا- السلطة المفوضة.....32
أ- الدولة.....32
ب- الجماعات المحلية.....33
ج- المؤسسات ذات الطابع الإداري.....33
ثانيا- المفوض له.....33
أ- المفوض له شخص من اشخاص القانون العام.....33
ب- المفوض له شخص من اشخاص القانون الخاص.....34
المطلب الثاني- المناولة كاستثناء لإبرام عقود تفويض المرفق العام.....34
الفرع الأول- تعريف المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199.....35
الفرع الثاني- شروط المناولة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199.....36
أولا- ضرورة ارتباط موضوع المناولة بإنجاز منشئات واقتناء ممتلكات.....36
ثانيا- احترام نطاق المناولة.....37
ثالثا- الموافقة الصريحة من السلطة المفوضة.....37
المبحث الثاني- التعاقد من الباطن في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه.....38
المطلب الأول- الأطراف الاصلية في تفويض مرفق خدمات المياه.....39
الفرع الأول- السلطة المفوضة.....39
أولا- الدولة.....39
ثانيا- البلدية.....40
ثالثا- استبعاد الولاية من تفويض مرفق المياه.....40
الفرع الثاني -الجهة المفوض لها.....41
أولا- المفوض له شخص من القانون العام.....41
ثانيا- المفوض له شخص من القانون الخاص.....41
المطلب الثاني-التفويض الفرعي كاستثناء في مجال الخدمات العمومية للمياه.....42
الفرع الأول- مفهوم المؤسسة الجزائرية للمياه.....42
أولا- تعريف المؤسسة الجزائرية للمياه.....42
ثانيا- الإطار الوظيفي للمؤسسة الجزائرية للمياه.....43

الفرع الثاني- تسيير مرفق المياه من طرف المؤسسة الجزائرية للمياه.....43
أولا- الجزائرية للمياه باعتبارها صاحب امتياز.....44
ثانيا- الجزائرية للمياه باعتبارها هيئة مفوضة.....45
خلاصة الفصل الثاني.....46
خاتمة عامة.....48
قائمة المراجع.....50
الفهرس.....58

ملخص

نظرا لطبيعة وحساسية عقود تفويض المرفق العام، أصبح من الضروري اللجوء الى تقنية التعاقد من الباطن لتسيير هذا النوع من العقود، والذي يتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى وكما يقوم على شروط خاصة به ومحددة، اذ له دور فعال في تحقيق المصلحة العامة عن طريق إزالة المعيقات التي تعيق ضمان تسيير المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: التعاقد من الباطن، عقد تفويض المرفق العام، المصلحة العامة.

Résumé

En raison de la nature et de la sensibilité des contrats de délégation de service public, Il est devenu nécessaire de recourir à la technique de sous-traitance pour gérer ce type de contrat, Qui se caractérise par un ensemble de caractéristiques qui le distingue des autres contrats, Et il présente des conditions uniques, De plus il joue un rôle efficace dans la réalisation de l’intérêt public en éliminant les obstacles qu’entravent la gestion des services public.

Mot-clé : sous-traitance, contrats de délégation de service public, l’intérêt public.