



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

عقود تفويض المرفق العام و إشكالاتها التنفيذية

دراسة مقارنة
أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد الطالب

أوس جمال مخيبر

إشراف

الدكتور أحمد اسماعيل

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة دمشق

١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم /١١٣٠/ م ب د تاريخ ٢٠١٨/١٢/١٠ القاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الدكتوراه في القانون العام للطلاب أوس مخير بعنوان:

عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)

والمؤلفة من السادة الأساتذة:

-الدكتور محمد الحسين الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/جامعة دمشق عضواً

-الدكتور جودت هندي الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق/جامعة دمشق عضواً

-الدكتور سعيد نحيلي الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/جامعة دمشق عضواً

-الدكتور نجم الأحمد الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/جامعة دمشق عضواً

-الدكتور أحمد اسماعيل الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق/جامعة دمشق عضواً مشرفاً

فقد تمت المناقشة في يوم الخميس الواقع في ٢٠١٩/٢/١٤، الساعة (١١) صباحاً وذلك في قاعة الشهيد الأستاذ الدكتور محمد الفاضل بمبنى كلية الحقوق.



﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا

يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾



الإهداء

إلى مثل الأبوة الأعلى وقدوتي في الحياة أبي

إلى نبع الحنان والدعاء الصادق أمي

إلى من تقاسمت معهم مرّ الحياة وحلوها إخوتي

إلى من كانوا بجانبني بصدق وإخلاص أصدقائي

إلى وطني الغالي وعشقي الأبدي سورية الحبيبة

كلمة شكر وتقدير

قال الله تعالى: "ولئن شكرتم لأزيدنكم" صدق الله العظيم.

فالحمد لله رب العالمين المُستحق لعظيم الشكر وجزيل الثناء، الذي يَسِّرَ لي سبيل العلم، وهياً لي أسبابه وأمدني بالمعونة لإنجاز هذا العمل.

يسعدني أن أتقدم بوافر الشكر والعرفان وعظيم الامتنان إلى معلمي وأستاذي الفاضل الدكتور أحمد اسماعيل والذي اقتبستُ من فيض علمه والتمستُ من نور فكره، ولم يدخر جهداً في مساعدتي ومدي بخبراته وتوجيهاته وإرشاداته الحكيمة، بأفاق العالم وصبر المُعلم لإنجاز هذه الأطروحة فجزاه الله تعالى خيرَ الجزاء وله مني بالغ التقدير والاحترام والإجلال وأدام الله عليه الصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور محمد يوسف الحسين أستاذ القانون العام بكلية الحقوق في جامعة دمشق، لتفضله بقبول الاشتراك في الحكم على هذه الأطروحة، رغم مشاغله الكثيرة ومسؤولياته الجسيمة، فله مني كل الشكر والتقدير والامتنان وجزاه الله عني خيرَ الجزاء وأدام الله في عُمره ومتعه بالصحة والعافية.

كما أتقدم أيضاً بخالص شكري للأستاذ الدكتور جودت هندي، أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق في جامعة دمشق، الذي شرفني بقبول الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، رغم مشاغله الكثيرة، فجزاه الله تعالى خيرَ الجزاء ومتعه بالصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص شكري وعظيم امتناني وتقديري إلى أستاذي
الجليل الأستاذ الدكتور سعيد نحيلي، لتحمله عناء قراءة هذه الأطروحة
والاشتراك في لجنة الحكم عليها، رغم ضيق وقته ومشاغله الكثيرة، فله مني
كل الشكر والتقدير والامتنان وجزاه الله عني خير الجزاء ومتعهُ بالصحة
والعافية.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري، وعظيم عرفاني وامتناني، إلى الأستاذ
الدكتور نجم الأحمد أستاذ القانون العام بكلية الحقوق في جامعة دمشق،
لتحمله عناء قراءة هذه الأطروحة رغم مشاغله الكثيرة، ومسؤولياته الجسيمة،
والاشتراك في لجنة الحكم عليها، فله مني كل الشكر والتقدير والامتنان.

ولا يفوتني أن أشكر كل أعضاء هيئة التدريس في قسم القانون العام،
كلية الحقوق، جامعة دمشق.

كما أتوجه بالنهاية بجزيل الشكر والتقدير وعظيم الامتنان لكل من
ساهم بجهد وفكره ووقته فمدّ لي يد العون والمساعدة، ووقفوا بجانبني في
إنجاز هذه الأطروحة، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

مقدمة

يُقدم المرفق العام خدمة عامة، لها خصوصيتها وأهدافها وتتعلق بالحياة الجماعية لأفراد المجتمع، وتهدف مباشرة إلى تلبية احتياجاته، وبما أن هذه الاحتياجات تزداد وتتطور نوعاً وكماً خاصة في ظل نمو الوعي المدني فيجب أن يواكبها تطوّر المرفق العام، لاسيّما في طرق إدارته، وإذا كان تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي شخص القانون العام عن المرفق العام المرتبط به، بل يبقى مسؤولاً عن حسن إدارته وتأمين استمرارية تشغيله فإن طرق إدارته وتسييره تختلف حسب طبيعة النظام القانوني، كما تختلف حسب طبيعته في حد ذاته، وتتوّع المرافق العامة جعل من الطبيعي أن تتنوّع معها طرق تسييرها، فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة، فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظراً لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة، ومرافق قابلة للتفويض جزئياً، أو حتى التخلي عنها كلياً عن طريق الخصخصة الكلية، أي أن أشخاص القانون الخاص هم الأقدر على تسييرها بأكثر فعالية، ولهذا السبب تعددت طرق إدارة المرفق العام وتسييره.

يُعدّ أسلوب تفويض المرافق العامة من أهم الأساليب التي لجأت إليها الدول وأقدمها، بوصفه طريقة ناجحة لإدارة المرافق العامة، وفكرة التفويض للمرافق العامة حالها حال الأفكار الأخرى لم تبقَ جامدة، وإنما تطوّرت وأدخلت عليها عديد من التعديلات والتغييرات التي هدفت إلى مُسايرة التقدم الفني والعلمي الذي هو سمة لعصرنا الحديث. وهكذا تدخل المُشرّع في عديد

من الدول، وفي مُقدمتها رائد فكرة التفويض ومُتبنّيها، ألا وهي فرنسا، حيثُ قام المُشرّع هناك بتنظيم العديد من جوانب عقود تفويض المرفق العام التي كانت في السابق مَحكومة باتجاهات القضاء ومبادئه التي وضعها بصدد هذا النوع من العقود.

والمقصود بتفويض المرفق العام هو أن تعهّد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالباً ما يكون من أشخاص القانون الخاص عبء الاضطلاع بإدارة المرفق العام واستغلاله، وذلك لقاء تحصيل رسوم من المنتفعين من المرفق محل العقد بما يُغطي تكلفة إدارة المرفق، ويُحقق هامشاً من الربح يتقاضاه المتعاقد، ومن ثمّ فإن هذا المصطلح يَضم كلّ أساليب إدارة المرافق العامة على أساسٍ تعاقدية، مثل عقد الالتزام والامتياز ومشاطرة الاستغلال والتزام الأشغال العامة، وتكون مُدّة عقد التفويض محددة وبعد نهاية المُدّة يعود المرفق العام إلى السلطة الإدارية مانحة التفويض، ويبدو أن حادثة هذا المفهوم قد جعلته مشوباً بالغموض، فليس له تعريف واضح لا من جانب المُشرّع، ولا من جانب القضاء والفقه، حتى إن بعض الفقه قد عبّر عن موقفه الرافض لهذا المصطلح صراحةً، ومن هؤلاء الأستاذ "P. Delvolvé"، وذلك لأن مفهوم التفويض كان مُقترناً دائماً بنظرية الاختصاص في القانون الإداري، وكذلك فإن نظرية المرفق العام دُرست دوماً على نحو مُستقل عن مفهوم التفويض، مع أن ذلك لم يَمنع الفقه الفرنسي المعاصر من استشفاف الأركان التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام، كنوع مُستقل من أنواع العقود الإدارية، فيجب أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض، ويَجب أن يكون محل التفويض استغلال المرفق وإدارته لا نقل ملكيته، وتُعَدّ عقود تفويض المرفق العام عقوداً إدارية مُبرمة بين أحد أشخاص القانون العام وهو مانح التفويض من ناحية، وأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، وهو المَفوَّض إليه من ناحية أخرى.

أما موضوع العقد فهو تنفيذ مرفق عام خلال مهلة مُحددة، وتُخضع عقود التفويض لنظام قانوني مُختلف عن النظام القانوني الذي تُخضع له عقود الشراء العام والتي تُعدّ بدورها عقوداً إدارية، وبالتالي يُقتضي تحديد طبيعة العقد لمعرفة النظام القانوني الذي يُخضع له، وتحديد الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام بهدف تحديده، وإخضاعه للقانون الواجب التطبيق.

أولاً- إشكالية البحث:

تكمن إشكالية هذه الدراسة بكون اصطلاح تفويض المرفق العام أثار تساؤلات عديدة، كانت محلاً لدراسات فقهية وتطبيقات قضائية، وكانت محلاً لمؤتمرات علمية، وقد دارت هذه التساؤلات حول موضوعين كبيرين.

أما الموضوع الأول فهو تحديد فكرة المرفق العام، وتُدور تساؤلات مُتعددة بشأن هذا الموضوع: ما هو المقصود بفكرة تفويض المرفق العام؟ وما هو نطاقها؟ وهل يوجد معيار حاسم لتحديدها؟ وما هي العقود التي تُعدّ عقود تفويض؟. أما الموضوع الثاني، فهو تحديد نطاق تفويض المرفق العام، والأسئلة التي تتعلّق به مُتعددة أيضاً: ما هي القواعد الجديدة التي يُخضع لها تفويض المرفق العام؟ وما هي القواعد السابقة التي ما زالت صالحة للتطبيق؟ وما هي القواعد التي تُصلح لعقود المرفق العام كافة، وتلك التي تُقتصر على عقد دون عقد آخر؟. وستُطرح هذه الأسئلة، خلال هذه الدراسة وسوف نحاول الإجابة عنها.

ثانياً- أهمية البحث:

في إطار التحوّلات الاقتصادية التي يشهدها العالم أصبح واجباً على الدولة التخلّي عن إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي، والتي يُمكن أن تكون مجالاً للمنافسة مع القطاع الخاص، ليتبحث عن فعالية

أكثر في إدارتها وتسييرها وبأقل تكاليف، مع تحسين نوعية الخدمة العامة التي فرضها زيادة الوعي المدني للمواطنين خاصة في إطار الانفتاح على العالم، وزيادة المنظّمات الداعمة لحقوق الإنسان، ونظراً للدور الفعّال الذي يلعبه تفويض المرفق العام في ترسيخ التعاون بين القطاعين العام والخاص وإشباع الحاجات العامة للجمهور، وتظهر أهمية هذه الدراسة في البحث في مختلف الأحكام التي تُنظّمه للتوصل إلى المدى الذي يُسهم في تطوير علاقة الشراكة بين الإدارة والقطاع الخاص، ولابدّ من الإشارة إلى التوجه الذي اعتمدته سورية وتجسد في صدور قانون التشاركية رقم (٥) لعام ٢٠١٦.

ثالثاً- أسباب البحث:

تُرجع أسباب الدراسة إلى أن هذا الموضوع يُعدّ ذا فائدة علمية لكل الباحثين في مجال تفويض المرفق العام، وتوضيح سبب ارتباط المرفق العام بمبدأ تفويضه للقطاع الخاص، والذي نادى به كل القوانين، وتبيان الإجراءات التي تلجأ إليها الإدارة في حالة التعسّف أو الإخلال بهذا التفويض، ومُحاولة توضيح تفويض المرفق العام، وكذلك البنود التي جاء بها، والتي تسعى إلى حماية حقوق المنتفعين عند الانتفاع من المرافق العامة، ودراسة الأنظمة القانونية التي كرّست عقود تفويض المرفق العام.

رابعاً- أهداف البحث:

استهدفت هذه الدراسة تبيان القواعد والأحكام التي تُهدف إلى معالجة عقود تفويض المرفق العام من الناحيتين التأصيلية والتطبيقية لتحديد مدلولها وماهيتها ومفهومها وطبيعتها وأنواعها، وبيان كيفية إبرام عقود تفويض المرفق العام. كما تتناول هذه الدراسة بالبحث الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود

تفويض المرفق العام التي تُواجه أطراف هذه العقود، كالمفوض إليه والمنتفعين والسلطة الإدارية مانحة التفويض.

خامساً - منهج البحث:

إن المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي الذي يُمكننا من استعراض المفاهيم القانونية والإدارية المُتعلّقة بالموضوع، لأن هذه الدراسة هي عبارة عن فتح نقاش مستقبلي حول ما يثيره تفويض المرفق العام من تساؤلات، نَحْصُ تطبيق هذا التفويض، بالإضافة إلى تحليل الوقائع، ودعمها بالبراهين والأحكام القانونية، وسنَتبع المنهج المقارن، حيثُ سَيَتَمَّ طرح المسائل موضوع البحث ضمن النظام القانوني السائد في فرنسا ومصر وسورية، ولا تَخفى الأسباب التي دَفَعَت الباحث لاختيار هذه الدول مَحَلًّا للمقارنة. حيثُ إن فرنسا هي مهد القانون الإداري والمصدر الأم للقانون الإداري العربي. كما أن المُشَرَّع الفرنسي هو الذي ابتكر اصطلاح "عقود تفويض المرفق العام"، وسنَتَمَّ المقارنة مع النظام القانوني المصري والسوري فيما يَتَعَلَّق بالآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام التي تُواجه أطراف عقد التفويض. وقد اتسم المنهج المعتمد في هذه الدراسة بأنَّه منهج تحليلي، وذلك من خلال البحث في جزئيات المشكلة موضوع البحث، واستعراض تجارب الدول محل المقارنة من حيث المعالجة التشريعية والقضائية والفقهية لعقود تفويض المرفق العام فيما يَتَعَلَّق بماهيتها، وإبرامها، والآثار التي تترتب على تنفيذها.

سادساً - خطة البحث:

تَمَّ تقسيم البحث إلى بابين رئيسيين وتَمَّ تَوَزيْعُ الدراسة في كل منهما على فصلين أيضاً، وذلك وفقاً لمنهج النظام اللاتيني في البحث. حيثُ سَنَبْحث في الباب الأول الجانب التَّأصيلي لعقود تفويض المرفق العام من خلال فصلين، الأول يَتَحَدَّث عن التَّأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق العام، والفصل الثاني يَتَحَدَّث عن إبرام عقود تفويض المرفق العام.

أما الباب الثاني فقد جرى تخصيصه للحديث عن الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام، حيث تم تقسيمه إلى فصلين، الأول يتحدث عن الإشكالات التي تواجه المفوض إليه والمنتهين، أما الفصل الثاني فيتحدث عن الإشكالات التي تواجه الإدارة مانحة التفويض، وإشكالية إنهاء عقد التفويض.

وبالتالي تكون خطة الدراسة وفق المخطط الآتي:

مقدمة

الباب الأول: الجانب التأصيلي لعقود تفويض المرفق العام

الفصل الأول: التأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق العام

المبحث الأول: تأصيل عقود تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام

المبحث الثالث: المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام

الفصل الثاني: إبرام عقود تفويض المرفق العام

المبحث الأول: الإجراءات التمهيدية لإبرام عقود تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: أهم عقود تفويض المرفق العام

الباب الثاني: الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام

الفصل الأول: الإشكالات التي تواجه المفوض إليه والمنتهين

المبحث الأول: حقوق والتزامات المفوض إليه

المبحث الثاني: الإشكالات التي تواجه المنتهين

الفصل الثاني: الإشكالات التي تواجه الإدارة مانحة التفويض

المبحث الأول: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بالرقابة

المبحث الثاني: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات

المبحث الثالث: إشكالية إنهاء عقد تفويض المرفق العام

خاتمة

الباب الأول

الجانب التأصيلي لعقود تفويض المرفق العام

إن فكرة تفويض المرفق العام ليست بالفكرة الحديثة، لأن جذورها تمتد إلى منتصف القرن التاسع عشر عندما لجأت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص في إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجّه في عدّيد من أحكامه، ومن الملاحظ أن تفويض المرفق العام لا يتحدد في صيغة واحدة، وإنّما يمكن أن يتحقّق بصيغ مُتعدّدة بالرغم من اشتراكها في عدّيد من القواعد النازمة لها، إلّا أنّها تُعدّ مستقلة عن بعضها، وكان للقضاء الفرنسي الدور الأساس في تحديد صور تفويض المرفق العام، ومضمونها والقواعد التي تخضع لها، والذي كان يتمّ بصيغ متعددة كالامتياز، أو تأجير المرفق العام، أو مشاطرة الاستغلال، أو إدارة المرفق العام.

وفي الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية تراجع اعتماد الدولة على تفويض المرفق العام بصيغ مختلفة لمصلحة الإدارة المباشرة من الدولة، ومع مطلع العقد الثامن الماضي عاد الاهتمام مرة أخرى بهذا النوع من إدارة وتسيير المرافق العامة تحت تأثير عوامل عديدة تمثّلت بعودة أفكار التحرر الاقتصادي التي تُعدّ الأساس الذي قامت عليه الصيغ المختلفة لعقود المرفق العام، فضلاً عن قيام المُشرّع الفرنسي باتخاذ خطوات عديدة أسهمت في تشجيع الاعتماد على تفويض المرفق العام كإعطاء الأشخاص القانونية المحليّة في فرنسا الحرية التعاقدية وفقاً للقانون الصادر عام ١٩٨٢ الذي ألغى خضوع عقود الامتياز لرقابة سلطة الوصاية، ولدافتر الشروط النموذجية وحصر الرقابة برقابة المشروعية التي يُمارسها القضاء الإداري.

وعلى الرغم من فرض قيود على عقود الشراء العام فإن هذه القيود لم تُفرض على عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما شجّع القطاع الخاص على اللجوء إليها لتجنبه هذه القيود والضوابط، وترافق ذلك مع تطوّر التقنيات المعتمدة في إدارة المرافق العامة الوطنية لخبرتها في ممارسة النشاط الاقتصادي، وإتقانه، وترافقت عودة الاهتمام بتفويض المرفق العام بالتطوّرات التي لحقت بالأنظمة القانونية تحت تأثير فكرة العولمة، وحاجة الدولة إلى إمكانية القطاع الخاص، وحاجة القطاع الخاص إلى توفير الضمانات اللازمة لدخوله مجال الاستثمار في نطاق المرافق العامة.

وبعد أن كان المُشرّع الفرنسي يحجم عن تأطير الصيغ المختلفة لتفويض المرفق العام في إطار قانوني موحد تاركاً للقضاء الإداري هذه المهمة، بدأ تحت تأثير العوامل التي ذكرناها، وتأثير التشريعات الأوروبية التي صدرت بصدد العقود الإدارية، وامتيازات الأشغال العامة التي شكّلت التزاماً على المُشرّع الفرنسي لتحديث نظامه القانوني، ليس فقط بالنسبة لعقود الشراء العام، وإنما كذلك في مجال إدارة واستغلال المرافق العامة؛ لكي يتخذ عديد من الخطوات التي من شأنها جمع الصيغ المختلفة من عقود المرفق العام تحت تسمية واحدة تخضع لشروط وقواعد موحدة.

وبناءً على ما تقدم سنقوم بدراسة التأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق العام، ومفهومها، ومركزاتها القانونية، وإبرامها في الفصلين الآتيين، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

الفصل الأول: التأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق العام.

الفصل الثاني: إبرام عقود تفويض المرفق العام.

الفصل الأول

التأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق

العام

يَتزايد في الوقت الحاضر الاتجاه نحو القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة، ويرجع ذلك إلى رغبة الدول في البحث عن وسائل لتمويل مشروعاتها الاقتصادية، والثقة بالقطاع الخاص من حيث إمكانياته المالية، وقدراته الفنية، وكفاءته في الإدارة، حيث أصبحت إدارة المرافق العامة بوساطة القطاع الخاص أداة لتحقيق سياسة تحرير الاقتصاد، وتعتمد على تخفيف اللوائح والقيود الحكومية على الاقتصاد لزيادة مشاركة الكيانات الخاصة، وهذه السياسة تتبعها غالبية الدول في الوقت الحاضر، ومن أهمها عقد التزام المرفق العام، وعقود لها أهمية متفاوتة كعقود إيجار المرفق العام واستغلاله، ومشاطرة الاستغلال وعقود إدارة المرفق العام، وتتميز عقود التزام وإيجار المرفق العام عن بقية العقود الأخرى، حيث إنها تُبرم لمُدّة طويلة نسبياً، وتتمتع بحرية واسعة لاختيار المتعاقد، ويتمتع أطراف العقد بحرية كبيرة في تحديد شروط العقد، وهذه المعاملة التفضيلية لهذه العقود، ترجع إلى فكرة الاعتبار الشخصي، والثقة المتبادلة بين الدولة والمتعاقد المسؤول عن إدارة المرفق العام، ومع تزايد الاتجاه نحو اتباع سياسة الوضوح من جانب الدولة، ومقاومة الرشوة، فقد أخذ المُشرّع الفرنسي بزمام المبادرة، ووضع بعض القواعد العامة التي تخضع لها العقود التي تعهّد بإدارة المرفق إلى شخص مُستقل عن الشخص العام المسؤول عن المرفق، وأطلقَ على هذه الطائفة من العقود "عقود تفويض المرفق العام"، ودخلَ هذا الاصطلاح دائرة التشريع لأول مرة في القانون الصادر في ١٩٩٢/٢/٦، وهذا ما سنعالجه في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تأصيل عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الثاني: العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام.

المبحث الثالث: المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام.

المبحث الأول

تأصيل عقود تفويض المرفق العام

سنقوم بدراسة مفهوم تأصيل عقود تفويض المرفق العام، وأصلها، وانتشارها، وأهم المجالات التشريعية ذات الصلة بخلق بيئة تشريعية في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم تأصيل عقود تفويض المرفق العام

أولاً- جاءت أواخر عقد الثمانينات وأوائل عقد التسعينات من القرن العشرين حاملة معها متغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية عميقة عصفت بالنماذج التقليدية للتنظيم الاقتصادي، وبالدور التقليدي للدولة، فبعد أن كان تقديم خدمات البنية الأساسية حكراً على الدولة والأجهزة التابعة لها، ظهرت في العقدين الأخيرين من القرن العشرين ثورة في المفاهيم بشأن دور الحكومات في تقديم خدمات البنية الأساسية، وأساليب تقديم هذه الخدمات. فقد وجدت دول عديدة نفسها عاجزة مالياً عن متابعة قيامها بإدارة المرافق العامة الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة للقطاع العام^١.

١. وعلى سبيل المثال، فقد أظهرت دراسة قام بها المجلس القومي للإنتاج والشؤون الاقتصادية في مصر أن (٩٤) شركة من شركات الإنتاج الصناعي البالغ عددها (١١٦) شركة تُعاني من مشكلات في السيولة، وأن (٥٦) شركة تُعاني من مشكلات في هيكل التمويل بسبب زيادة المديونية عن (٥٠) % من إجمالي الأصول، وأن (٤٨) شركة حققت خسائر خلال الفترة من عام ١٩٨١-١٩٨٦ زادت من (٤,٣٣٠) مليون جنيه إلى (٢,٩٦٥) مليون جنيه خلال هذه الفترة؛ د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص: ٦.

كما أثبتت التجربة عَدمَ نَجاحِ إدارة الدولة وأشخاص القانون العام للمرافق العامة الاقتصادية في مُعظم دول العالم المُتقدمة منها والنامية، إذ تُعاني من انخفاض العائد من الاستثمارات التي تُدار بواسطة القطاع العام، إضافة إلى عَدمِ قِدرَةِ هذا القطاع على الاستخدام الأمثل للموارد، فمُنشآت القطاع العام اعتادت العمل في مَنَاح احتكاري مِمَّا يُفقدُها الدافع لتحسين أدائها، ولا توجد في الغالب مُساءلة عن النتائج، كما أن إعلان إفلاس مِثل هذه المُنشآت مَسألة غَير واردة في مُعظم الأحيان.

وقد كَشَفَت التجارب عَن وقوع العديد مِن مُنشآت القطاع العام في عَجز مالي، الأمر الذي جَعَلها تُشكِّل عِبنًا ثَقِيلًا على موازنة الدولة، وهو الأمر الذي أسهم في مُضاعفة حَجم الاقتراض الأجنبي، الأمر الذي انعكس بِدوره كعجز في الموازنة العامة، وقد تَأَثَّر الاقتصاد الكلي للدولة سلباً بِنتائج الإدارة الرديئة للمرافق العامة الاقتصادية من قِبل أشخاص القانون العام، حيثُ تَقَلَّص الناتج المحلي الإجمالي، وإزاء ذلك وَجَدَت مُعظم الدول نَفْسها تَتَجَه نحو مُشاركة القطاع الخاص في تَقديم الخدمات العامة الأساسية ذات الطابع الاقتصادي وتتميتها وتطويرها، ولم يَقتصر هذا الاتجاه على الدول الصناعية وحَسب، بل امتد ليشمل البلدان النامية على اختلاف دَرجات تَقدمها، وتَطوُّرها، ومَلاعِثها المالية^١.

وازدادت مُساهمة القطاع الخاص في مَشروعات البنية الأساسية حَول العالم منذ منتصف الثمانينات، وذلك في قطاعات المياه، والصرف الصحي

١. د. جمال الدين نصار، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص: ٢٤.

والطاقة الكهربائية والنقل والاتصالات والغاز الطبيعي^١.

١. تعود جذور هذه التوجهات إلى سياسات الخصخصة التي انتهجتها الولايات المتحدة الأمريكية خلال السبعينات من القرن العشرين، وكذلك تشيلي ونيوزلندا وبريطانيا خلال الثمانينات، وكان السبب وراء هذه السياسات لإعادة التنظيم والخصخصة هو تدني الكفاءة وانخفاض معدلات الأداء في القطاع العام، ومشكلة عجز الموازنة، إضافة إلى التطور التكنولوجي الذي فتح الباب أمام إمكانية المنافسة في هذه المجالات. ومنذ عام ١٩٨٤ حتى أيلول ١٩٩٥ قامت (٨٦) دولة بخصخصة (٥٤٧) شركة للبنية الأساسية، وإسناد أكثر من (٥٧٤) مشروعاً للبنية الأساسية لتنفيذها من قبل القطاع الخاص في (٨٢) دولة، وبلغت حصيلة الخصخصة (٢٥٧) مليار دولار أمريكي، وتجاوز حجم الاستثمار من قبل القطاع الخاص في المشروعات الجديدة (٣٠٨) مليار دولار أمريكي، ما يعني استثمارات سنوية للقطاع الخاص في البنية الأساسية تساوي (٦٠) مليار دولار أمريكي، وذلك في القطاعات المختلفة من محطات كهربائية، ومحطات مياه شرب، وصرف صحي، واتصالات، ونقل، وغيرها. أما الخصخصة في روسيا الاتحادية، فإن شركة "لوك أويل" العملاقة للنفط وقدرت قيمتها عام ١٩٩٧ بنحو (١٥) ملياراً و(٨٣٩) مليون دولار، في حين تمت خصخصتها عام ١٩٩٣ مقابل (٧٠٤) ملايين دولار فقط، وشركة الاتصالات الروسية "روستيليكوم" قدرت قيمتها بنحو أربعة مليارات و(١٧٢) مليون دولار، في حين تمت خصخصتها مقابل (٤٦٤) مليون دولار فقط، وشركة النفط الروسية "يوجانسك" قدرت قيمتها بنحو مليار و(٦٥٦) مليون دولار بينما تمت خصخصتها مقابل (٨٠) مليون دولار فقط. ويُعد مشروع نقل المانش **The Channel Tunnel**، وهو النفق الذي يمتد تحت قاع بحر المانش بين بريطانيا وفرنسا من أضخم مشروعات البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص في العالم حتى الآن من الناحيتين التقنية والمالية. وأكبر مشروعات البنية الأساسية التي نفذت وفق عقود التفويض في العالم خلال الفترة المذكورة، ونجد في فرنسا وبريطانيا مشروع نفق المانش بتكلفة (١٩٠٠٠) مليون دولار، وفي تايوان مشروع نظام النقل السريع في تايبيه "الصين" بتكلفة (١٧٠٠٠) مليون دولار، وفي اليابان مشروع مطار كانساي الدولي بتكلفة (١٥٠٠٠) مليون دولار، وفي ماليزيا مشروع الطريق السريع من الشمال للجنوب بتكلفة (٣٤٠٠) مليون دولار، وفي المكسيك مشروع محطة كهرباء بيناكالكو الحرارية والتي تعمل بالفحم بتكلفة (٣٠٠٠) مليون دولار، وفي تايلند مشروع نظام النقل بالطرق والقطارات في بانكوك بتكلفة

وبدا يَسود الاتجاه في الدول الصناعية وفي كثير من دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص إلى جانب الحكومة وأجهزتها على نحو يُتيح أساليب أكثر كفاءة وأقل تكلفة في تقديم خدمات البنية الأساسية، والربط فيما بين الأنشطة الاقتصادية المختلفة، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى رفع مستوى المعيشة وتحقيق معدلات التنمية المطلوبة^١، وفي هذه الأجواء ظهر نظام عقود تفويض المرفق العام، باعتباره الأسلوب الذي يتناسب مع ضخامة المشروعات المطلوب من الدولة إقامتها

= (٢٩٨١) مليون دولار، وفي الدول النامية فقد زاد حجم الاستثمارات المالية في مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص في عام ١٩٩٧ وحده عن مئة وثلاثة وعشرين مليار دولار أمريكي، ثم انخفض هذا الرقم بشدة في عام ١٩٩٨ فبلغ فقط ستين مليار دولار أمريكي إثر انهيار سوق الأوراق المالية في دول شرق آسيا. مذكور لدى د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠١، ص: ٩.

١. طبقاً لتقرير البنك الدولي: الدراسات الخاصة بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا التابعة للبنك الدولي، تحقيق الارتباط: مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، فإن نصيب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا من تدفقات استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية لم يبلغ سوى واحد في المئة من إجمالي التدفقات الرأسمالية في مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية. ولم تشهد المنطقة حتى بداية عام ١٩٩٧ سوى أقل من عشر مشروعات بنية أساسية تنطوي على استثمارات من القطاع الخاص من أصل أكثر من ستمئة مشروع من هذا القبيل في كافة مناطق العالم؛ د. هاني صلاح سري الدين، مرجع سبق ذكره، ص: ١١.

وغزارة الأموال اللازمة لتمويلها فَيَسْمَحُ للدول بإقامة تلك المشروعات بدون أن تتكبد ميزانياتها أعباء تمويل هذه العقود، وقد انتشرت هذه العقود في فرنسا ومصر، كما وُجِدَت هذه العقود في سورية أيضاً مثل عقود الـ "B.O.T".

وكانت المُشكلة الرئيسية الأولى التي ثارت عند اعتماد هذا النظام العقدي في فرنسا ودول النظام اللاتيني ومنها مصر وسورية، أن عقود التفويض جاءت من البيئة القانونية الأنكلوأمريكية، وهي بيئة بعيدة في مفاهيمها عن بيئة النظام القانوني اللاتيني، في حين أن البنية القانونية للعقود الإدارية قد تأصلت في الفكر القانوني اللاتيني وأصبحت جزءاً من معالمة، فإن البيئة القانونية الأنكلوأمريكية، التي وُجِدَت فيها عقود التفويض، تقوم أساساً على مبدأ القدسية المطلقة للعقد، فهي لا تعرف ثنائية العقد الإداري والعقد العادي، ولا مبدأ ازدواج القانوني والازدواج القضائي المعروف في دول النظام اللاتيني، ولذلك كان لزاماً على الفكر القانوني اللاتيني، وهو ما واجه رجال القانون العرب أيضاً، تطوير ذلك الفكر للتكيف مع نظام عقود التفويض ووضع الآلية العقدية في إطار فلكها القانوني الصحيح في المنظومة القانونية السائدة لديه^١.

ثانياً - أصل اصطلاح عقود التفويض وتطوّر نشأتها وانتشارها:

هناك من يرجع ظهور عقود التفويض إلى عصر الدولة الرومانية حيث كانت مشروعات الطرق والجسور تُموّل عن طريق القطاع الخاص ثم يتولّى

١. د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سبق ذكره، ص: ١١.

الممولون بعد ذلك تحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات.

وهناك من يرى بأن نظام عقود التفويض هو تطوير لنظم إسلامية ظهرت في صدر الدولة الإسلامية، وأنه صورة من صور الحكر التي استخدمها المسلمون كحكر الإجاريتين والمرصد، نظراً لاتفاق طبيعة الحكر بصوره المتعددة مع نظام عقود التفويض في الخصائص الأساسية كالتمويل الخارجي وكون الممول يُقيم المشروع على أرض الجهة طالبة التمويل، وأن الدولة لا تتنازل عن ملكية الأرض وتُحقق الإعمار والإنماء في الوقت ذاته ويستفيد الممول من المشروع "الأرض - البناء - الغراس".^١

ويرى البعض أن فرنسا كانت رائدة في هذا المجال حيث ابتكرت نظام امتياز المرافق العامة الذي هو في مفهومه وفي طبيعته القانونية ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات عقود التفويض، ففي عام ١٧٨٢ منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة خاصة هي شركة "بيريه إخوان" التي توسعت أعمالها بشكل سريع، إلا أن الأحداث السياسية في حينها قد سيطرت على الاتفاقية فعملت مدينة باريس على إلغاء الامتياز بعد الثورة الفرنسية، ثم أخذ نظام الامتيازات ينتشر بشكل ملحوظ بعد عام ١٨٣٠ في فرنسا كما امتد ليشمل إسبانيا وإيطاليا وألمانيا.

وهناك من يرى أنه من أول وأشهر مشروعات عقود التفويض في

١. د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦، ص: ٤١.

العالم هو مشروع قناة السويس الذي تم بموجب عقد أبرم عام ١٨٥٤ بين الحكومة المصرية من جهة والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي يرأسها الفرنسي "فرديناند ديليسبس" من جهة أخرى، وقد تم افتتاح القناة في ١٧ تشرين الثاني عام ١٨٦٩، وكانت مدة الامتياز (٩٩) عام، إلا أنه تم إنهاء امتياز شركة قناة السويس قبل انتهاء مدة الامتياز بنحو ثلاثة عشر عام وذلك في عام ١٩٥٦ وهو ما أطلق عليه تأميم قناة السويس.

وقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية نظام عقود التفويض منذ قيام الثورة الصناعية حيث كان يتم بناء الطرق وتشغيلها من قبل القطاع الخاص مقابل الرسوم التي يدفعها مستخدمو هذه الطرق، كما عملت الحكومة على تشجيع الاستثمار عن طريق القطاع الخاص في مجال تشييد الطرق والجسور وذلك بموجب القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في ١٨/١٢/١٩٩١.

وقد تأكد هذا الاتجاه في ظل حكم الرئيس الأمريكي "بيل كلينتون" من خلال إصداره للقرار رقم (١٢٨٩٣) في ٢٨ / ١٢ / ١٩٩٤ لتشجيع الاستثمار بنظام عقود التفويض^١.

وقد طبقت الدول النامية هذا النظام أيضاً، ففي الفلبين تم وضع القانون رقم (٧٧١٨) لعام ١٩٩٤ وهو "قانون الاستثمار الأجنبي في الفلبين" والذي عدل بعض أقسام القانون السابق رقم (٦٩٥٧) لعام ١٩٩٠ واسمه "قانون يسمح بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مشاريع البنية التحتية عن طريق القطاع

١. د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، مرجع سبق ذكره،

الخاص"، وقد أنشأت الدولة في الفلبين في عام ١٩٨٩ وفق نظام عقود التفويض محطة غاز "توربينية" لتوليد الطاقة^١.

كما ظهرَ نظام عقود التفويض في هونغ كونغ عندما أنشأت مؤسسة هوبل للطاقة محطة للغاز، وبدأت العمل في نفق هونغ كونغ عام ١٩٨٦ بكلفة بلغت (٤٤٢) مليون دولار أمريكي.

كما استخدمت فيتنام الجنوبية نظام عقود التفويض عندما أنشأت نفقاً تحت الماء في نهر "سايجون" بمدينة "هوتش منه".

ولم تكن الدول العربية بمنأى عن نظام عقود التفويض فقد جرى تطبيقه على نطاق واسع في مصر، وكان أول تعامل جاد مع تنفيذ المشروعات بنظام عقود التفويض هو ما قامت به وزارة الكهرباء المصرية في منتصف التسعينيات من القرن الماضي، حيثُ تضافرت عوامل عدة دفعت الحكومة المصرية إلى تنفيذ مشروعات الكهرباء بنظام عقود التفويض، ومن ذلك زيادة الطلب على الطاقة الكهربائية من مختلف قطاعات الدولة، وبخاصة منها الصناعية والعمرانية والحاجة إلى إضافة محطات توليد جديدة قدرتها (٣،٩) مليون كيلووات حتى عام ٢٠١٠ بكلفة تقدر بحوالي (٢،٧) مليار دولار أمريكي، إضافة إلى ارتفاع مديونية الدولة من الجهات الخارجية حيثُ

١. د. معتز كامل مرسى، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الB.O.T"، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية خلال الفترة من (٢٩) إلى (٣١) كانون ثاني عام ٢٠٠١، ص: ١٦٤ و ١٦٥.

بلغت ديون هيئة كهرباء مصر وشركاتها (٢٠١٤) مليار جنيه مصري، إلى جانب إجماع بعض جهات الإقراض الأجنبية عن منح قروض للدولة لتمويل تنفيذ مشروعات الكهرباء، وطلب هذه الجهات اشتراك القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات، إضافة إلى توفر سيولة في العملات الأجنبية بالبنوك المصرية التي أبدت رغبتها في المساهمة في تمويل مشروعات الكهرباء المنفذة عن طريق القطاع الخاص^١.

وكانت الحكومة المصرية، وبُغية خلق المناخ القانوني المناسب قد لجأت إلى التدخل وتعديل بعض القوانين، وصدر القانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦ بتعديل القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦، والذي أنشأت بموجبه هيئة كهرباء مصر، ثم أصدر مجلس الوزراء القرار رقم (٤) لعام ١٩٩٨ بشأن محطة كهرباء "سيدي كرير" البخارية.

وبتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢ تم توقيع أربع اتفاقيات مع الشركة المصرية "انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء" وهي:

- ١- اتفاقية شراء القوى الكهربائية بين هيئة كهرباء مصر والشركة.
- ٢- اتفاقية حق الانتفاع بين هيئة كهرباء مصر والشركة.
- ٣- اتفاقية توريد الوقود بين شركة الغاز المصرية "جاسكو" والشركة.

١. د. معتز كامل مرسى، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الB.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧٤.

٤ - اتفاقية الضمان بين البنك المركزي المصري والشركة.

كما نَهَجَت وزارات أخرى في مصر النهج ذاته بِتَنتَفيذ مَشروعاتها بنظام عقود التفويض، ومنها وزارة النقل، حيثُ صدرَ القانون رقم (٢٦٩) لعام ١٩٩٦ بِتَعدِيل بَعض أحكام القانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨ بِشأن الطرق العامة، والقانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧ بِشأن امتياز المرافق العامة، لإنشاء المطارات واستغلالها، كما صدرَ القانون رقم (٢٢) لعام ١٩٩٨ بِإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (١) لعام ١٩٩٦ بِشأن الموانئ المتخصصة.

وقد أصدرَ مجلس الوزراء القرار رقم (١) لعام ١٩٩٨، بِمنح التزام وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T" لشركة "إيماك مرسى علم" لِتشغيل وإدارة المطارات، وهي شركة مساهمة مصرية.

كما صدرَ القرار رقم (٢) لعام ١٩٩٨ بِمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام "B.O.T" لشركة "كاتو" للاستثمار وهي شركة مساهمة مصرية، وكذلك صدرَ قرار مجلس الوزراء المصري رقم (٣) لعام ١٩٩٨، بِمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار "رأس سدر" بنظام "B.O.T" لشركة "دلّتا جلف" وهي شركة مساهمة مصرية^١.

كما كانَ لقطاع النقل البحري في مصر تجارب مُهمّة في الاستثمار بنظام عقود التفويض، وكذلك اتجهت كل من الهيئة العامة للطرق والكباري

١. د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، مرجع سبق ذكره،

والنقل البري والهيئة القومية للأنفاق في مصر^١.

كما سار لبنان على طريق اعتماد نظام عقود التفويض في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والمشروعات الكبرى، فبتاريخ ١٩٩٤/٨/٣ تم توقيع عقد "B.O.T" بين الدولة اللبنانية وشركة "France Telecom FTMI International" الفرنسية، لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال "الخليوي" لمدة عشر سنوات.

كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة بالمؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بتاريخ ١٩٩٦/٢/٧، بإبرام عقد "B.O.T" مع شركة "محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده" كويتية الجنسية لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في

١. بينت وزارة النقل المصرية استراتيجيتها في تطوير قطاع النقل البحري حتى عام ٢٠١٧ بأنها تستهدف تطويراً كبيراً للموانئ المصرية تشمل:

- الاستفادة من المساحات الموجودة بها باستخدام نظام اللوجستيات لتعظيم إيرادات الموانئ، والتوسع في استخدام الأنظمة الالكترونية في العمل داخل الموانئ وتقليل استخدام الأوراق لسرعة الإنجاز في العمل وذلك باستخدام نظام "EDI" سياسة الاتصالات الالكترونية، وإصدار دليل عمل لكل ميناء يشمل حركة التجارة منذ دخولها وعند خروجها من الميناء، تدعيم ميناء سفاجا الذي تم تطويره من خلال خط عبارات ليقابل الزيادة في حجم النقلات المتوقع وخاصة التعدين والركاب، و تطوير ميناء العريش ليكون ميناء دولياً لخدمة مناطق التنمية بسيناء، وتطوير ميناء الطور لخدمة مناطق التنمية في جنوب سيناء، وتطوير ميناء القصير بحيث يخدم مناطق التعدين بالصحراء الشرقية، وإنشاء ميناء أبو رماد لخدمة التجارة والركاب بجنوب الصعيد، وتطوير ميناء نوبيع حتى يستوعب الزيادة المتوقعة في حجم النقلات والركاب.

مطار بيروت الدولي وتّشغيله لمُدّة خمس عشرة عام، ثمّ إعادته بحالة جيدة إلى الدولة اللبنانية^١.

كذلك فقد عرّفت دولة الكويت نظام عقود التفويض في العديد من المشروعات ولعلّ أبرزها عقد تطوير "المطار الدولي في الكويت"^٢، وعقد بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في منطقة "الصليبية" المبرم عام ٢٠٠١.

وفي سورية فقد بدأ العمل يجرى على اللجوء إلى التعاقد بنظام عقود التفويض لتنفيذ بعض المشروعات الكبرى، فبتاريخ ٢٠٠١/٢/١٢ جرى توقيع عقد بين المؤسسة العامة للاتصالات في سورية وشركة "انفستكوم كلوبال ليمتد" Investcom Global LTD لإنشاء نظام هاتف خلوي GSM على مبدأ "B.O.T".

كذلك فقد طرحت الشركة العامة لمرفأ طرطوس بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٨ مشروع إنشاء رصيف في مرفأ طرطوس وفق نظام "B.O.T"، كما أعلنت

١. د. محي الدين القيسي، "التجربة اللبنانية في عقود الB.O.T - البناء والتشغيل والتحويل"، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ٢٠٠٣، ص: ١١١.

٢. د. منصور فرح السعيد، "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام B.O.T ومدى ملائمتها لدولة الكويت"، بحث منشور في مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، العدد الأول، ٢٠٠٨، ص: ١١٦.

الشركة المذكورة أيضاً بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٦ عن طلب عروض أسعار لمشروع إنشاء واستثمار عدد من الأرصفة بمواصفات فنية في مرفأ طرطوس وفق نظام "B.O.T"^١.

كذلك فقد قامت محافظة دمشق في شهر كانون الثاني عام ٢٠٠٨ بإبرام عقد "B.O.T" مع شركة "سورية القابضة" لإشادة مشروع متكامل في مركز المدينة يضم مركزاً للمؤتمرات وأبنية مكتبية إدارية مجهزة بأحدث التقنيات وفندق من فئة خمس نجوم ومراكز تسوق ودور سينما ومواقف سيارات، وغير ذلك من المشروعات والعقود^٢.

كما قامت وزارة النفط في شهر أيار عام ٢٠١٨ بمشروع نقل الغاز شمال محافظة دمشق في منطقتي قارة والبريج بخبرات وكفاءات وطنية، وبطاقة إنتاجية تبلغ مليون متر مكعب يومياً وبتكلفة وصلت في مرحلتها الأولى إلى (٩) مليارات ليرة سورية.

١. قامت شركة "Architecture Studio" العالمية بإعداد التصميم الأولي لهذا المشروع الذي سيشاد على العقار رقم (٤٧) من منطقة غربي الحجاز - البرامكة، وتصل التكاليف الإجمالية للمشروع إلى (١٥) مليار ليرة سورية، وقد تم الاتفاق على إنجازه خلال ستة سنوات. علماً أن شركة سورية القابضة قد بدأت العمل في كانون الثاني من عام ٢٠٠٧ وهي تسعى إلى الاستثمار في قطاعات التطوير العقاري وتقديم خدمات البنية التحتية.

٢. ومن ذلك ورشة العمل التي أقامتها وزارة النقل في سورية بتاريخ ٣٠/٧/٢٠٠٨ حول دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروع طريقي الحدود التركية إلى الحدود الأردنية بمشروع طريق طرطوس إلى الحدود العراقية وفق نظام عقود "B.O.T" التي أعدتها شركة "بارمولز" العالمية، ويصل الطريق المذكور بين محافظة طرطوس والحدود العراقية كما يصل الطريق الآخر بين تركيا وجنوب الأراضي السورية إضافة إلى إحداث منطقة لوجستية في منطقة حسياء، وتبلغ القيمة التقديرية للمشروع حوالي (٨٠) مليار ليرة سورية وستكون فترة الاستثمار (٤٠) عام.

المطلب الثاني

أهم المجالات التشريعية ذات الصلة بخلق بيئة استثمارية ملائمة

سنتناول بعض الجوانب القانونية للاستثمار، والتركيز على التشريعات السورية منها، والتي أسهمت وتسهم في جذب المستثمرين^١، وتأمين الطمأنينة لهم في ممارسة أعمالهم الاستثمارية وفقاً للآتي:

أولاً- قوانين خاصة بتشجيع الاستثمار وحمايته: Laws promotion and protection of investment

من الطبيعي أن يكون المستثمرون في حاجة إلى الحماية من التأميم أو المصادرة وإلى دفع تعويض ملائم وفقاً للقواعد السارية، وسيكون مؤسسو المشروعات مهتمين بجملة أمور؛ كاعتمادهم على العاملين المؤهلين اللازمين للعمل في المشروع، وعلى استيراد السلع والمعدات اللازمة، لسداد الديون التي حصلت عليها الشركة من أجل مشروع البنية التحتية^٢، وفي هذا الخصوص انتهجت سورية منذ بداية سبعينيات القرن الماضي سياسة اقتصادية تقوم على مبدأ التعددية الاقتصادية، التي تؤكد أهمية مشاركة القطاعات الاقتصادية المختلفة، العام والخاص والمشارك في عملية التنمية الاقتصادية، وكان هدف المشرع السوري من ذلك، توطيد رؤوس الأموال السورية، والعمل على

1. UNCITRAL: United Nation possible Future work, Build- Operate- Transfer Projects, Note By Secretariat Contents, twenty- ninth Session, New York, 28 May- 14 June 1996, op. cit, p:8.

٢. د. رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص: ٩٢-٩٣.

استقطاب رؤوس الأموال العربية والأجنبية لأفنية الاستثمار المختلفة.

لذلك كله فقد بادرت سورية إلى تشجيع عملية الاستثمار، من خلال إيجاد حوافز قوية للمبادرات والمشروعات الاستراتيجية في الاقتصاد الوطني، ولاسيما أن الاستثمار الوطني والأجنبي المباشر يُشكّلان المُحرك الأقوى، والأضمن لتنمية مُستدامة، وعملت سورية على مواكبة عملية الاستثمار بحزمة كبيرة من التشريعات الحديثة التي تُسهم في تشجيع العملية الاستثمارية، وتحقيق المناخ الملائم لذلك، وقد تجسّد ذلك بإحداث الهيئة العامة للاستثمار سُميت "هيئة الاستثمار السورية"^١، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم (٩) لعام ٢٠٠٧، إذ تتمتع هذه الهيئة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وترتبط برئيس مجلس الوزراء، ومقرّها دمشق، وكان قد صدر في عام ١٩٩١ القانون رقم (١٠) الخاص بتنظيم الاستثمار في سورية، وقد تمّ تعديله مؤخراً بالمرسوم التشريعي رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ والغاية منه إعطاء المستثمرين المزيد من المزايا والتسهيلات الخاصة بذلك، والمرسوم التشريعي رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ والخاص بالاستثمار، قد جاء ليزيل العقبات من أمام القطاع الخاص، ويسمح له بممارسة نشاطه في معظم القطاعات الاقتصادية، ويُعطيه حوافز كإعفاءات جمركية وامتيازات ضريبية^٢، ويضمن له ممارسة الاستثمارات وحرية تحويل رؤوس الأموال والأرباح والفوائد، كما أنّه خفّف كثيراً من القيود التي كانت مفروضة على الاستيراد من قبل القطاع الخاص، ومثال

١. إحداث هيئة الاستثمار السورية، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التاسعة والثمانون/١٩، العدد (٧/٥)، ٢٠٠٧، ص: ٣٢٥.

٢. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة الثالثة والسبعون/٢٨، العدد (١٨)، ٢٠٠٨، ص: ٩٩٩.

ذلك مشروع عقد استثمار "خط نقل داخلي بحلب" بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٨، المُبرم بين الشركة العامة للنقل الداخلي بحلب والمستثمر، وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ يهدف قيام المُستثمر بإدارة واستثمار أحد خطوط النقل الداخلي بحلب من خلال استثمار وإدارة (٤٠) باصاً جديداً ومُتوافقاً مع دفتر الشروط الفنيّة المُعتمد على أن يتمّ تخصيص الخط بعد أن يتمّ فتح الاعتماد من قبل المُستثمر، أو إحضار الباصات، كما تُعطى الباصات أرقاماً تسلسلية، وتعمل على الخط المحدد لها، وحَدَث تسارع تدريجي لعمليات التحويل إلى القطاع الخاص في القطر العربي السوري، حيثُ منحت الدولة تراخيص لشركتين في مجال الهاتف المحمول، كما تمّ البدء في إنشاء الجامعات الخاصة إلى جانب الجامعات الحكومية، ولكن وبشكل عام لم يتمّ نقل الملكية الحكومية إلى القطاع الخاص على نطاق واسع.

وتجدر الإشارة إلى أنّه في سورية، وانسجاماً مع قوانين الاستثمار العامة -آفة الذكر- فقد صدرَ في مجال الاستثمار عدة تشريعات خاصة، من شأنها تنظيم أنواع مُحددة من المشروعات الاستثمارية، أو إحداث هيئات عامة تقوم بإدارة تلك المشروعات، ومن أمثلة هذه التشريعات: القانون رقم (١٥) لعام ٢٠٠٨، الصادر في سورية والقاضي بإحداث هيئة عامة ذات طابع إداري، يُطلق عليها "الهيئة العامة للتطوير والاستثمار العقاري"، وتهدف إلى تنظيم أعمال التطوير العقاري وتشجيع الاستثمار في هذا المجال لزيادة مساهمته في عملية البناء والإعمار، وتفعيل دور القطاع الخاص الوطني في هذا الإطار، وجذب الاستثمارات العربية والأجنبية للمشاركة في التطوير العقاري...إلخ.

ثانياً- قوانين المنافسة ومنع الاحتكار: Anti-monopoly and competition Laws

يُركّز الأدب الاقتصادي فيما يتعلّق بمِعيَار المنافسة، على أن وجود البيئة التنافسية هي أحد العوامل الرئيسة التي تؤدي إلى زيادة الكفاءة الاقتصادية للمشروعات، حيثُ يُشير الواقع إلى أنَّ المنافسة بما تقرّضه من تحديات توفر مزايا للمجتمعات لا يُمكن أن تحدث في ظل سياسة الحماية، لأن سيادة التنافسية تعمل على تحقيق أقصى كفاءة مُمكنة في الاقتصاد القومي، فضلاً عن أنَّ المنافسة بين المنتجين تؤدي إلى زيادة الإنتاج بتكاليف أقل، وتقديم السلعة بسعر منخفض، وهو ما يؤدي إلى استفادة المستهلك والمنتج معاً.

إضافة إلى أنَّ القواعد الناجمة عن إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية إلى جانب الدولة، من حيث تخفيف العبء المادي عنها، ونقل التكنولوجيا، وتفرغ الدولة للمشروعات الأخرى... إلخ، إلّا أن الشيء الأبرز الذي يُحقّقه ذلك هو توسيع نطاق المنافسة بين المستثمرين، ما يُمهّد المناخ الملائم لهذه الغاية، ويطمئن أولئك المستثمرون بوجود مناخ استثماري تحكّمه المنافسة أو المزاحمة الشريفة التي يُنظّم القانون أحكامها، بعيداً عن أي احتكار قد يُعكر صفو الاستثمار، وهذا ما راعاه المُشرّع السوري عندما أصدر القانون رقم (٧) لعام ٢٠٠٨ الخاص بالمنافسة ومنع الاحتكار^١، والذي

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة السبعون/١٧، الجزء الأول، العدد (٢٢/١٨)، ٢٠٠٨، ص: ٧٢٤.

يَهْدَف إلى تحديد القواعد المنظّمة لحرية المنافسة، وضبط الالتزامات على كامل المنتجين والتجار ومُقدمي الخدمات والوسطاء والآخرين لِدرء كُل مخالفة بقواعد المنافسة، والقضاء على الممارسات الاحتكارية.

ثالثاً - قوانين حماية الملكية الفكرية: Intellectual Property Laws

إن مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص تتطوي باستمرار على استخدام التكنولوجيا الجديدة والمتطورة، وهذه الأخيرة تكون مَحمية بموجب براءات الاختراع، كما أن المَشروعات محل البحث قد تتضمّن صياغة وتقديم حلول أصلية، وهذه الأخيرة قد تُشكّل مَعْلومات وأسرار تجارية مملوكة لِمن صَاغها، وَيَجِب حمايتها.

لذلك فإن مُستثمري القطاع الخاص الوطنيين والأجانب الذين يقومون بإدخال تكنولوجيا جديدة إلى الدولة المضيفة، أو الذين سيقومون بعملية تطوير تقني لحلول أو مسائل مرتبطة بالبنية التحتية سيحتاجون إلى الاطمئنان أن حقوق الملكية الفكرية الثابتة لهم سَوَف تكون مَشمولة بالحماية القانونية ضد الانتهاكات، وأن أي اعتداء عليها سَوَف يؤدي إلى تحريك قواعد المسؤولية المدنية والجزائية، بِغرض مُكافحة انتهاكات حقوق الملكية الفكرية^١، ومثال ذلك ما أَكَدَهُ المُشرّع السوري في القانون رقم (١٢) لعام ٢٠٠١ والمتعلّق بِحماية الملكية الفكرية، حيثُ نَظَم إطار الحماية، وحقوق المؤلف، وكيفية استعمالها^٢، فضلاً عن تحديده للعقوبات في حال مُخالفة أحد الشروط المحددة فيه، أو

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص: ٢٨٣.

٢. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة الثالثة والثمانون، العدد (١١)، ٢٠٠١، ص: ٥٦٤.

الاعتداء على أي حق من حقوق الملكية الفكرية.

ومثال ذلك أيضاً إصدار القانون رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ الذي يُنظّم العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة، ومنها تنظيم القواعد المتعلقة باكتساب الحق بالعلامة وفقدانه، وكيفية تسجيلها ونشرها وتجديدها، ونقل ملكيتها والترخيص باستعمالها، والتعدي على العلامة الفارقة، والعقوبات المترتبة على ذلك... إلخ، شاملاً أيضاً الرسوم والنماذج الصناعية والتجارية في الأحكام ذاتها.

رابعاً- قوانين الملكية: Property Laws

من المُفضل أن تكون قوانين الملكية في بلدان الاستثمار مُستندة إلى معايير مقبولة، من شأنها أن تكفل قدرة صاحب الالتزام -المستثمر- على شراء الأراضي وبيعها ونقل ملكيتها والترخيص باستخدامها، فإذا كان المستثمر يملك الأرض التي سيبني عليها المرفق، فإنه من الضروري إثبات هذا التملك من خلال إجراءات تسجيل وإشهار كافية، وهذا عامل هام يُوفر الطمأنينة لهم من أن هذه الأرض ليست محل نزاع، فضلاً عن وجود شمول هذه الميزة لحقوق الارتفاق والمرور التي قد يحتاجها صاحب الالتزام من أجل تقديم الخدمات ذات الصلة، ومواصلة تقديمها، مثل نصب الأعمدة والكوابل على الأملاك الخصوصية بغية كفالة توزيع الكهرباء.

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التاسعة والثمانون/١٦، العدد (٤/١٤)، ٢٠٠٧، ص: ٧٨١.

ومثال ذلك ما جاء في القانون رقم (٣٢) لعام ٢٠٠٧ الذي نصّ في إحدى موادّه على الآتي: "يُسمح للمستثمرين من غير السوريين أصحاب المشروعات الاستثمارية المرخصة والتي ستُرخص وفق أحكام القانون رقم (٢١) لعام ١٩٥٨ بتملّك واستئجار واستثمار الأراضي والعقارات اللازمة لإقامة مشروعاتهم أو توسيعها في المدن الصناعية، ولو تجاوزت حاجة المشروع لمساحة تزيد على سقف الملكية المُحدد في القوانين والأنظمة؛ شريطة استخدامها حصراً في أغراض المشروع"، ونصّت المادة (٣) من القانون رقم (١١) لعام ٢٠١١ الناظم لتملّك الأشخاص غير السوريين للحقوق العينية العقارية في سورية: "إذا انتقل لغير السوري بطريق الإرث أو الانتقال أو الوصية عقار واقع داخل أو خارج المخططات التنظيمية للوحدات الإدارية والبلديات يسقط حقه فيه إذا لم يكن هناك تعامل بالمثل من قبل الدولة التي يحمل جنسيتها، وفي هذه الحالة عليه نقل ملكيته إلى مواطن سوري خلال مدّة سنتين من تاريخ انتقاله إليه وألاً ينتقل إلى إدارة أملاك الدولة لقاء دفع قيمته المقدرة وفقاً لأحكام قانون الاستملاك".

خامساً- قوانين العقود: Contracts Laws

من القواعد القانونية المهمّة التي تنطبق على بعض جوانب تنفيذ مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص^١، القواعد التي تحكم عقود الحكومة، والقانون الإداري الذي يُنظّم جانباً كبيراً من الوظائف الحكومية التي تقوم بمباشرة سلطاتها، ووظائفها بأي من وسيلتي؛ القرار الإداري أو العقد

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٩٢.

الإداري، وفي إطار العقد الإداري، يخضع للمصلحة العامة ما يتمتع به الأطراف، خلافاً لما هو عليه الحال في العقد الخاص، الذي يتمتع أطرافه بحرية واستقلال ذاتي، فللحكومة في مشروعات البنية التحتية الحق في تعديل نطاق العقود الإدارية وشروطها، أو حتى إنهاء تلك العقود لدواعي المصلحة العامة، شريطة دفع تعويض عن الخسارة التي يتكبدها الطرف المتعاقد من القطاع الخاص، وكذلك الحق في أن تفرض على مُتعهد التشغيل من القطاع الخاص جزاءات بسبب التخلف عن الأداء، وكثيراً ما يتم الاتفاق على جواز إدخال تغييرات أخرى على العقد بحسب الاقتضاء، بغية إعادة التوازن المالي للعقد بين الطرفين.

أما بالنسبة للقانون السوري، فقد صدر القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص حيث يُطبق على مُتعهدي تشغيل مرافق البنية التحتية، والقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ الناظم لعقود الجهات العامة، والمرسوم رقم (٤٥٠) تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، والمتضمن دفتر الشروط العامة المتعلق بذلك، ليُطبق على جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود، أو ما يُماثلها، حيث يُطبق على جميع الجهات العامة في الدولة سواء كانت من القطاع الإداري، أو الاقتصادي، أو الإنشائي باستثناء وزارة الدفاع والمؤسسات والشركات التابعة لها غير الإنشائية^١.

سادساً- قوانين الشركات: Company Laws

في معظم المشروعات التي تهدف إلى إنشاء بنية تحتية جديدة، يُنشئ

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة السادسة والثمانون، العدد (٥٢)، ٢٠٠٤، ص: ٣٠٠٣.

مؤسسو المشروع شركة تُسمّى "شركة المشروع" بصفتها كياناً قانونياً مُنفصلاً في البلد المضيف، ومن المُسلّم به أن تكون لدى البلد المضيف قوانين وافية بشأن الشركات، وتنصّ على أحكام عَصْرِيّة بشأن المَسائل الجَوْهرية، مثل إجراءات التأسيس وإدارة الشركات، وإصدار الأسهم وبيعها وتحويل مُلكيتها، والمحاسبة والبيانات المالية، وحِماية الجهات التي تَمْتلِك حِصة صُغرى في رأس المال، فضلاً عن الاعتراف بأن يكون بمقدور المستثمرين إنشاء كيانات مُنفصلة لتكون أدوات مُخصصة الغرض لِجمع الأموال، وصرفها بما يؤدي إلى تيسير إبرام صفقات تمويل المشروعات.

لذلك كلّه، إذا كان التشريع الوطني المعني بالشركات يُتيح العديد من المزايا، فسيكون عُنْصراً من عُناصر جَذب الاستثمار الأجنبي المباشر، وإلاّ وُجِبَ تعديله بما يَسمح بِتوفير ذلك؛ لأن القوانين التي تَهدف إلى كَبْح تنّاع المصالح عند إدارة الشركة لها أهمية خاصة في مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص، خاصة إذا كانت شركة المشروع -الملتزم- تتوي التعاقد مع المساهمين فيها^١، ومن التشريعات المهمّة التي ترتبط بتنفيذ مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص، التشريع الذي يُنظّم الشركات الخاصة بأشكالها المختلفة، وهذا ما راعاه وكرّسه المُشرّع السوري من خلال إصدار قانون الشركات رقم (٣) لعام ٢٠٠٨، والذي نَظّم جميع الأصول والقواعد والإجراءات المُتعلّقة بتأسيس الشركات وشهرها وكيفية عقدها لاجتماعاتها

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٩٩.

....إلخ، بأنواعها المتعددة مثل شركة التضامن، وشركة التوصية، والمحاصة، والمحدودة المسؤولية، والمساهمة، والقابضة، والخارجية، فضلاً عن تنظيمه لعملية تحويل الشكل القانوني لبعضها مثل "الشركة التضامنية والتوصية"، وعلاوة على بيانه كيفية اندماجها^١.

سابعاً - قوانين المصارف والتأمين: Banking and Insurance Laws

لا تقتصر العلاقة في مشروعات البنية التحتية بين الإدارة والملتزم فحسب، بل تتعداها لتصل إلى شبكة مُعقدة من العلاقات، وهذه الأخيرة تُدعى "الكونسورتيوم" وتعني اتحاد مجموعة من الشركات مع بعضها بغية تنفيذ العقد، ويشمل هذا الاتحاد المصارف والبنوك وشركات التأمين....، فإنجاز مثل هذا النوع من المشروعات يستلزم وبدون أي شك، قدرات مادية كبيرة تُلزم عملية التنفيذ، وذلك من خلال البنوك "المصارف" التي تمنح القروض اللازمة لهذه الغاية، ما يجعل الفائدة مُشتركة بين شركة المشروع التي تحصل على الأموال اللازمة لتنفيذ مشروعها، والبنك المُقرض الذي منحه القرض اللازم في هذا المشروع، مُترافقاً ذلك ونسبة الفائدة التي يُحققها من ذلك.

وفي هذا المجال فقد صدر القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١، والقاضي بإحداث مصارف على شكل شركات مساهمة مغفلة سورية خاصة، أو على شكل شركات مشتركة مساهمة مغفلة سورية، يُسهم فيها القطاع العام المصرفي والمؤسسة العامة السورية للتأمين والمؤسسات الادخارية الأخرى بناءً

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التسعون/١٩، العدد (٢٦/١٤)، ٢٠٠٨، ص: ٥٨٢.

على قرار مجلس الوزراء بنسبة (٢٥) % من رأس مالها، وتُمارس نشاطاتها بإشراف مصرف سورية المركزي، ومراقبته، وفقاً لأحكام قانون النقد الأساسي رقم (٨٧) لعام ١٩٥٣، وتعديلاته وأنظمة القطع المرعية في كل ما لا يُخالف أحكام هذا القانون.

وانسجاماً مع ذلك فقد سمح المشرّع، بإحداث شركات تأمين وإعادة تأمين للعمل في الجمهورية العربية السورية، وذلك بالمرسوم التشريعي رقم (٤٣) لعام ٢٠٠٤، الذي وضع الأحكام النازمة لقواعد التأمين، والتي من شأنها تحويل أعباء المخاطر من المؤمن له "المستثمر" إلى المؤمن "شركة التأمين"، والتزام المؤمن بتعويض الضرر والخسارة للمؤمن له.

وفي العام ٢٠٠٥ صدرَ المرسوم التشريعي رقم (٣٥) المتضمّن إحداث المصارف الإسلامية، وقد نصّت بعض موادّه على أنّ المصارف الإسلامية في الجمهورية العربية السورية تخضع في إحداثها للأسس والصيغ القانونية والإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١ المتعلّق بإحداث المصارف الخاصة والمشاركة، ويصدر قرار الترخيص بتأسيس المصرف عن مجلس الوزراء بناءً على اقتراح مصرف سورية المركزي وتوصية مجلس النقد والتسليف المبنية على القناعة بأنّ الترخيص يخدم المصلحة العامة وحاجات الاقتصاد الوطني، ويُراعي استيعاب السوق المصرفية.

كما تهدف المصارف الإسلامية إلى تقديم الخدمات المصرفية وممارسة أعمال التمويل والاستثمار القائمة على أساس الفائدة في جميع صورها

وأشكالها، وتطویر وسائل اجتذاب الأموال والمدخرات وتوجيهها نحو المشاركة في الاستثمار المنتج بأسباب ووسائل مصرفية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي العام ٢٠١٠ صدر القانون رقم (٣) المعدّل لبعض أحكام القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١ وأحكام المرسوم التشريعي رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٥ آنفي الذكر^١، القاضي بتعديل المادة السادسة والسابعة والفقرة (ج) من المادة التاسعة من القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١ المتعلّق بعمل المصارف المرخصة في سورية، إذ تضمّن التعديل زيادة رأس مال هذه المصارف على أن يُحدّد بموجب هذا القانون في صكّ ترخيص المصرف رأس مال المصرف، على ألا يقلّ عن عشرة مليارات ليرة سورية.

كما يُحدّد رأسمال المصرف المُصرّح به وعدد الأسهم المؤزّع عليها وقيمة السهم الواحد وحصص المؤسسين ونسبة مساهمة القطاع العام المصرفي فيه، ويقضي هذا القانون بتعديل المادة الرابعة من المرسوم التشريعي رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٥ والتي تُحدّد رأسمال المصرف الإسلامي المُصرّح به في صكّ الترخيص على ألا يقلّ عن (١٥) مليار ليرة سورية موزع على أسهم اسمية^٢، ومن المعلوم أيضاً أنّه قد يترافق وتنفيذ المشروع مخاطر

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة الثانية والتسعون/٥، العدد (٢٠/٣)، ٢٠١٠، ص: ٥٧.

٢. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة السابعة والثمانون/١٧، العدد (٢٥/٢١)، ٢٠٠٥، ص: ١٤٥٠.

مُتنوعة لا يُمكن توقعها، أو حتى التنبؤ بوقوعها إلا عند بداية التنفيذ، وهذه المَخطر قد تكون ذات صِبغة اقتصادية، أو مالية، أو مُتعلّقة بالسوق...إلخ.

ومن الضروري هنا أن تقوم شركة المشروع باتخاذ الإجراءات كافة اللازمة لتفادي هذه المَخطر، أو على الأقل تقليل حدّة الضرر المُتوقع حدوثه، وهذا يتمثل بوجود شركات تأمين في البلد المضيف، وهذه الأخيرة تتولّى التأمين ضدّ المَخطر التي تُلحق عملية المشروع.

وهذا التأمين له أنواعٌ عدّة كالتأمين على الحياة، أو الحريق، أو الأضرار المادية أو الجسدية أو قد يكون تأميناً شاملاً لكل ما تمّ ذكره، فوجود هذا النوع من الشركات في البلد المضيف يُضفي طابعَ الاطمئنان بالنسبة للمستثمرين، لأن أول ما يُفكر به المستثمر وقبل إبرامه للعقد، إضافة إلى ما تمّ ذكره من قوانين، هو كيفية تفادي الأضرار أو المَخطر التي قد تُلحق المشروع في أثناء عملية التنفيذ^١.

ثامناً - قوانين الضرائب: Tax Laws

تتضمّن بعض التشريعات نِرتيبات لمنح معاملة ضريبية تفضيلية لمشروعات عقود تفويض المرفق العام، إمّا عن طريق منحها مباشرة، وإمّا عن طريق النصّ بجواز منحها رهناً بموافقة هيئة محددة، وتختلف أنواع الامتيازات الضريبية من بلدٍ إلى آخر، وقد تتضمّن أياً من الامتيازات التالية: ضرائب تفضيلية على الإيرادات قد توزّع على مختلف مراحل المشروع "مثلاً قد

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٠١.

يتضاءل على مرّ السنين الامتياز الضريبي الذي يكون أعلى ما يُمكن خلال فترة مُعينة بعد السنة الأولى من تحقيق أرباح"، وتطبيق مُعدل ضريبي تفضيلي على الأرباح المُحوّلة إلى الخارج، إن وُجِدَ هذا النوع الخاص من الضرائب، فرضَ ضريبة تفضيلية على رقم الأعمال فيما يتعلّق بالسلع والخدمات المنتجة بمرفق الـ "B.O.T"، والإعفاء من اللوائح الجمركية.

ومما لا شكّ فيه أنّ التّشريعات الضريبية لها أثر بالغ في الاستثمار الأجنبي المباشر، وفي مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص، لأنّ المعاملة الضريبية التي يخضع لها المستثمر تُشكّل عنصراً مهماً في تحريك قراره الاستثماري، فضلاً عن أنّه سيّكون لها تأثير بالغ في مُجمل الربح، وبالتالي على جدوى المشروع التجاريّة، فالنظام الضريبي للدولة المضيفة يجب أن يكون عادلاً بحيث لا يخضع المستثمر للضرائب بأكثر مما يجب، وألاّ يخضع المستثمر للازدواج الضريبي^١، وذلك بشرط أن تكون الدولة عضواً في اتفاقية منع الازدواج الضريبي مع دولة المستثمر.

والجدير ذكره، هو الأثر الإجمالي لكل الضرائب مجتمعة، فمثلاً يُمكن أن تكون هناك ضرائب مفروضة من جانب مستويات مُتعددة من السلطات الضريبية، فالإلى جانب الضرائب التي تُفرضها الحكومة الوطنية، يُمكن أن يواجه المستثمر أيضاً ضرائب مفروضة على مستوى البلديات أو المحافظات، ويُمكن أن تكون هناك أيضاً ضرائب أو رسوم مفروضة إلى جانب ضرائب الدخل، مُستحقة وواجبة الأداء قبل أن يكون صاحب الالتزام قد حقّق أي

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٠١.

إيرادات، ومنها ضرائب المبيعات، وضرائب القيمة المضافة، وضرائب الأملاك، ورسوم الاستيراد.

ولقد راعى المُشرّع السوري حاجة البلاد للقيام بعملية إصلاح ضريبي لتلبية الطُمُوح، وتمهيداً لخلق مُناخٍ أكثر ملاءمة لعمليات جَذْبِ الاستثمار، درءاً لِعُزوف وتَهَرّب المكلفين عن أداء الضريبة المترتبة عليهم، وذلك كلّهُ من خلال إصدار قانون ضريبة الدخل رقم (٢٤) لعام ٢٠٠٣ وتعديلاته، إضافة لإحداث الهيئة العامة للضرائب والرسوم في القانون رقم (٤١) لعام ٢٠٠٨^١.

وحرصاً على تشجيع الاستثمار وزيادة حوافزه في المناطق الشرقية في سورية وخلق بيئة استثمارية مناسبة في هذه المناطق، فقد صدرَ أيضاً المرسوم التشريعي رقم (٥٤) لعام ٢٠٠٩، الذي أَعفَى المشروعات المُقامة في محافظات دير الزور والرقّة والحسكة^٢، من ضريبة دخل الأرباح الحقيقية ولمُدّة عشر سنوات من تاريخ بدء الاستثمار لهذه المشروعات بما فيها مشروعات النقل الداخلي، وتُستثنى من ذلك باقي مشروعات النقل...إلخ.

تاسعاً - قوانين حماية المستهلك: Consumer Protection Laws

تناولت قوانين حماية المستهلك تفاوتاً كبيراً من بلد لآخر، حتى في

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التسعون/٣، العدد (٩/٢)، ٢٠٠٨، ص: ١٣٣.

٢. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة الواحدة والتسعون، العدد (٣٨/٣٠)، ٢٠٠٩، ص: ١٠٣٨.

طريقة تنظيمها ومضمونها، فهي تشتمل على أحكام أو قواعد خاصة لتفسير العقود التي لا يجرّ التفاوض مع المستهلك حولها، ومن المهم ألا تكون قوانين حماية المستهلك في البلد المضيف من شأنها أن تحدّ أو تُعرقل قدرة صاحب الالتزام على الحصول على قيمة الخدمات المُقدمة مثلاً، أو تعديل الأسعار، أو وقف الخدمات إلى الزبائن الذين يُخلونَ بشروط أساسية في عقودهم أو يَنتهكون شروطاً أساسياً لتقديم الخدمات^١.

وبناءً على ذلك فقد أصدرَ المُشرّع السوري قانون التجارة الداخلية وحماية المستهلك رقم (١٤) لعام ٢٠١٥، والذي يكفل ممارسة النشاط الاقتصادي للجميع، ويحظر على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بالحقوق الأساسية للمستهلك والمتعلقة باحتياجاته من المنتجات كافة، علاوة على إلزام المستثمر بالتقيّد بالواجبات المنصوص عليها في التشريعات الصادرة تنفيذاً لأحكامه والتقيّد بالقواعد الاقتصادية المتعلقة بمبدأ العرض والطلب والمنافسة الشريفة.

عاشراً- قوانين التجارة والإعسار والإفلاس والتصفية: Trade, Bankruptcy and Liquidation Laws, Insolvency

هذه القوانين لها أثر مهم في مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص، فإذا اضطرب الموقف المالي للملتزم، وتوقف عن سداد أو دفع ديونه

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التسعون/١٩، العدد (٢٦/١٤)، ٢٠٠٨، ص: ٥٨١.

فَتَحَرَّكَتْ ضِدَّهُ إِجْرَاءَاتُ إِشْهَارِ إِفْلَاسِهِ تَمْهِيداً لِتَصْفِيَةٍ وَإِنْهَاءِ الْمَشْرُوعِ التِّجَارِيِّ، فَإِنَّ أَحْكَامَ قَانُونِ الْإِفْلَاسِ سَيَكُونُ لَهُ أَهْمِيَّةٌ كُبْرَى فِي تَنْظِيمِ الْعِلَاقَةِ بَيْنَ الدَّائِنِينَ فِيمَا يَخْصُ عَوَائِدُ التَّصْفِيَةِ، مَعَ مُلَاحَظَةِ أَنَّ الْإِعْسَارَ الْمَدَنِيَّ وَالْإِفْلَاسَ التِّجَارِيَّ مُتْرَادِفَانِ فِي بَعْضِ النُّظُمِ، وَلَكِنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ فِي نُظْمٍ أُخْرَى، وَمِنْهَا التَّشْرِيعُ السُّورِيُّ وَالْمِصْرِيُّ، بِحَيْثُ يَتَعَلَّقُ الْإِعْسَارُ بِغَيْرِ التَّاجِرِ فِي تِلْكَ النُّظُمِ، وَيَتَّسِمُ بِإِجْرَاءَاتٍ أَقْلَ صَرَامَةٍ وَأَكْثَرَ بَطْئاً، بَيْنَمَا الْإِفْلَاسُ فَهُوَ نِظَامٌ مُقَرَّرٌ لِلتَّجَارِ فَقَطْ وَيَتَّسِمُ بِالسَّرْعَةِ وَالصَّرَامَةِ، وَالْمُرْجَحُ بِشَأْنِ مَشْرُوعَاتِ الْبُنْيَةِ التَّحْتِيَّةِ الْكَبِيرَةِ أَنَّ يَنْطَوِي إِفْلَاسُ شَرِكَةِ الْمَشْرُوعِ عَلَى وَجُودِ دَائِنَيْنِ مِنْ أَكْثَرِ مِنْ بَلَدٍ وَاحِدٍ، أَوْ أَنَّ يُوَثَّرَ فِي أَرْصَدَةٍ مَوْجُودَةٍ فِي أَكْثَرِ مِنْ بَلَدٍ، لِذَلِكَ يَكُونُ مِنَ الصَّوَابِ أَنَّ يَكُونَ لَدَى الْبَلَدِ الْمُضِيفِ أَحْكَامُ تَيْسُرِ التَّعَاوُنِ الْقَضَائِيِّ، لَوْصُولِ مَدِيرِي الْإِفْلَاسِ الْأَجْنَبِيِّ إِلَى الْمَحَاكِمِ وَالاعْتِرَافِ بِإِجْرَاءَاتِ الْإِفْلَاسِ الْأَجْنَبِيَّةِ.

وهذا قد راعاه المُشَرِّعُ السُّورِيُّ مِنْ خِلَالِ إِصْدَارِهِ قَانُونِ التِّجَارَةِ رَقْمَ (٣٣) لِعَامِ ٢٠٠٧، وَالَّذِي تَضَمَّنَ الْأَحْكَامَ النَّاضِغَةَ لِقَوَاعِدِ الْإِفْلَاسِ^١، عِنْدَمَا يَتَوَقَّفُ التَّاجِرُ عَنْ دَفْعِ دِيُونِهِ التِّجَارِيَّةِ....، إِضَافَةً لِلْآثَارِ الْمُبَاشِرَةِ لِلْحُكْمِ الصَّادِرِ بِشَهْرِ الْإِفْلَاسِ، وَالْإِجْرَاءَاتِ وَالْقَوَاعِدِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ وَإِدَارَةِ مَوْجُودَاتِ الْمَفْلَسِ "التَّصْفِيَةِ..."، وَالْقَوَاعِدِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْأَعْمَالِ التِّجَارِيَّةِ الَّتِي يَقُومُ بِهَا أَيُّ شَخْصٍ مَهْمَا كَانَتْ صِفَتُهُ الْقَانُونِيَّةُ، فَضْلاً عَنِ الْأَحْكَامِ الَّتِي تُطَبَّقُ عَلَى الْأَشْخَاصِ الَّذِينَ اتَّخَذُوا التِّجَارَةَ مِهْنَةً.

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التسعون/٣٠، العدد (٩/٢)، ٢٠٠٨، ص: ٣٩.

أحد عشر - تدابير مكافحة الفساد: Anti-Corruption Measures

الفساد أيّاً كان شكله أو سببه له آثارٌ سلبية في كل من الاستثمار والنمو الاقتصادي، لدرجة أن بعض الدراسات قد أشارت إلى وجود ارتباط عكسي بين مستوى الفساد وبين عملية الاستثمار، فكلّما انخفض مستوى الفساد زادت معدلات الاستثمار والنمو^١، ولا شك أن الفساد الإداري والوظيفي من شأنه تشكيل عقبة في تيسير تنفيذ مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص. بل إنه يُشكل عقبة لتحقيق أي تنمية، لذلك على سلطات الدولة المضيفة إذا أرادت ترويج المشروعات أن تسعى جاهدة إلى تحديث تشريعاتها المتعلقة بمكافحة الفساد والرشوة وسائر الممارسات غير المشروعة في محيط الجهاز الإداري والوظيفي، والذي يتصل بتنظيم النشاط الاستثماري، وإصدار القوانين التي تتفق وما قرّرتُه الاتفاقات الدولية في هذا الصدد، وإذا لم تكن هذه القواعد موجودة؛ فينبغي وضع تشريعات ولوائح ملائمة واعتمادها، مع ضرورة إزالة الخطوات غير الضرورية التي تُطيل الإجراءات الإدارية أو تزيد من تعقيدها، لأنّه من الطبيعي أن يكون تعزيز بيئة الاستثمار متوقفاً على اتخاذ التدابير الفعّالة لمكافحة الفساد في إدارة العقود الحكومية، ومن الأهمية بمكان أن يتخذ البلد المضيف تدابير ملموسة لمكافحة الرشوة والممارسات القانونية ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص أن يعمل البلد على إنفاذ القوانين المتعلقة بمكافحة الرشوة، وفي سورية صدرَ المرسوم التشريعي رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٥ الخاص بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٧١٤.

اثنا عشر - قوانين التحكيم: Arbitration Laws

من الطبيعي أن تنشأ عن العقود المتعلقة بالبنية التحتية بعض المنازعات، وهذه الأخيرة قد تُحلّ عن طريق القضاء، والطريق القضائي قد لا يتناسب وطبيعة النزاع^١، ولاسيما أن الإجراءات القضائية تمتاز بالتعقيد والبطء الشديدين، وهذا من شأنه إثارة القلق لدى المستثمرين، ممّا يجعلهم يحجمون عن الاستثمار لهذا السبب، لذلك فإنهم يُفضلون اللجوء إلى التحكيم لفضّ النزاع، نظراً لما يتّمتع به من سهولة في الإجراءات وسرعة البت في المنازعات، واقتصاد في النفقات.

فالتحكيم التجاري الدولي بات ضرورة ملحة الاستخدام في تسوية المنازعات المنبثقة عن تنفيذ مشروعات البنية التحتية، فضلاً عن أنّه وسيلة لتسوية هذه المنازعات، أينما كانت المرحلة التي وصلت إليها هذه المشروعات في التنفيذ، وعلاوة على دوره في تسوية منازعات الإنشاء والتشغيل، وتلك التي تنثور بسبب انقضاء أو انتهاء المشروع، وعادة ما يتفق على سبيل التفضيل أن يجري التحكيم بشأن هذه المنازعات في دولة غير دولة تنفيذ المشروع، "الدولة المضيفة"، ودولية التحكيم تكاد تكون مطلباً مفترضاً من قبل المستثمرين على أساس أن ذلك يُقوي لديهم الثقة في حياد التحكيم، أما بالنسبة للمُشرّع السوري، وتلبية لرغبة المُستثمرين، وانسجاماً مع المعايير الدولية في هذا المجال، فقد أصدر القانون رقم (٤) تاريخ ٢٠٠٨/٣/١٧، والخاص بالتحكيم في المنازعات الاقتصادية والتجارية، ومُعَرِّفاً له بأنّه: "اتفاق طرفي النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يُمكن أن تنشأ بينهما بشأن

١. د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٥٢.

علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية"، ولكن ما يعتري هذا القانون من نقص أنه استبعد العقود الإدارية من الخضوع لأحكامه^١، وهذا تجلّى في الفقرة (٢) من المادة (٢) منه، والتي نصّت على أن: "بناء التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة (٦٦) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم (٥١) تاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤، وأحكام قانون مجلس الدولة رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩".

ثلاثة عشر - قوانين حماية البيئة: Environmental protection

Laws

إن اشتراط حماية البيئة من قبل الجهة المانحة على الملزم يُعدّ بنداً دارجاً في اتفاقات المشروعات، ولا يُحدد هذا الاشتراط عادة إجراء أو تدبيراً معيناً يتعين على الملزم اتخاذه، بل إنّه ينتهي إلى اتخاذ أي تدبير، أو إجراء من شأنه المحافظة على البيئة بالمعنى الذي يُحدده في العادة التشريع المقرر لحمايتها، أي أن الالتزام بالمحافظة على البيئة هو التزام بتحقيق غاية، وهذه الإجراءات تتنوع بشكل لا يمكن حصره، وتختلف من مشروع لآخر، ومن المفيد بالنسبة للتشريع المقرر لحماية البيئة بحسبان أن له تأثيراً مباشراً على مشروعات البنية التحتية أن ينصّ بوضوح على الشروط المختلفة التي يتعين على الملزم أن يستوفيهما حتى يمكنه مباشرة نشاطه الاستثماري.

وتتضمّن حماية البيئة طائفة واسعة من المسائل، تمتد من معالجة النفايات والمواد الخطرة إلى إعادة توطين من نزحوا بسبب المشروعات الكبيرة الخاصة باستخدام الأراضي، فحماية البيئة هي شرط هام لتحقيق التنمية

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة التسعون/٢٦، العدد (٢/١٥)، ٢٠٠٨، ص: ٦٢٧.

المستدامة، ولتشريعات حماية البيئة أثر مباشر على مشروعات البنية التحتية على المستويات كافة^١، ويمكن أن تشمل قوانين حماية البيئة على شتى المقترضات، كالحصول على موافقة السلطات المختلفة، وإصلاح أي ضرر قد يُرتبهُ نشاطهُ على البيئة، وتقديم التعهّات بإصلاح الضرر البيئي، وتقديم تَطْمِينات بالمحافظة على المعايير البيئية، ومن الصواب أن تتضمن التشريعات التدابير كافة التي تضمن شفافية الالتزامات الناشئة عن القوانين البيئية، وكفالة أكبر قدر ممكن من الوضوح في الأحكام المتعلقة بالاختبارات التي تُفرضها السلطات البيئية، والوثائق المطلوبة لها، والتأكد من استيفاء شروط الحصول على الرخص البيئية المطلوبة قبل الإرساء النهائي للمشروع. وانسجماً مع ذلك كلّهُ، فقد أُحدثت في سورية هيئة عامة لشؤون البيئة وذلك بالمرسوم التشريعي رقم (١١) لعام ١٩٩١ المعدّل بالقانون رقم (٥٢) لعام ٢٠٠٢، والغاية من ذلك إرساء القواعد الأساسية لسلامة البيئة، وحمايتها من التلوث، وتتولّى القيام بمهامّها بالتنسيق والتعاون مع الجهات العامة المختصة، كما تعمل هذه الهيئة على تدعيم العلاقات بين الجمهورية العربية السورية والدول والهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية في الأمور والشؤون والاتفاقيات المتعلقة بالمحافظة على البيئة، وثمّ تطوّر الأمر، ونظراً للمخاطر البيئية المُحدقة التي يشهدها عالمنا؛ فقد أُحدثت وزارة الدولة لشؤون البيئة في سورية بالمرسوم التشريعي رقم (٢٥) بتاريخ ٢٣/٤/٢٠٠٩، وأُدمجت لاحقاً بوزارة الإدارة المحليّة والبيئة بموجب القانون رقم (١٨) لعام ٢٠١٦.

١. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، العدد (١٧)، ٢٠٠٩، ص: ٦٢٧.

وقد طُرِحَ مشروع قانون الاستثمار الجديد في سورية لعام ٢٠١٨.

وخلاصة القول إنه ينبغي دراسة النقص في التشريعات الوطنية جيداً قبل إبرام أي شراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي عادةً ما تتطوي على مبالغٍ كبيرة وفي الكثير من البلدان النامية تجري أهم الشراكات بين القطاعين تحت رعاية وبتمويل مؤسسات دولية؛ وهنا يُمكن في كثير من الأحيان تعديل التشريعات القائمة، بل وحتى استحداث تشريعات جديدة، ومن ثم نرى أنه إذا كانت الدولة بحاجة ماسة إلى مثل هذا النوع من المشروعات لتحسين وضعها أو بُنيانها الاقتصادي، فضلاً عن الفوائد الأخرى المترافقة مع ما تجلبه هذه المشروعات من تكنولوجيا وتشغيل للأيدي العاملة، ومستوى أداء عالي للمرافق العامة، تلبية لطموح المنتفعين، وبغية تأمين احتياجاتهم... إلخ، فإنه لا بُدَّ من تأمين المناخ الملائم لها "أي للمشروعات"، وفي سورية تجسد ذلك بصدر القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص حيث عرّف التشاركية بأنها علاقة تعاقدية لمدة زمنية ومتفق عليها بين جهة عامة وشريك من القطاع الخاص يقوم بموجبها الشريك الخاص بالاستثمار في واحد أو أكثر من الأعمال الآتية.. تصميم أو إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تطوير أو إدارة أو تشغيل مرفق عام أو مشروع لدى الجهة العامة وذلك بهدف المساهمة في تقديم خدمة عامة أو أي خدمة تتوخى المصلحة العامة مباشرة إلى الجهة العامة المتعاقدة أو نيابة عنها إلى المستفيد النهائي.

وهكذا بعد أن عالجنا تأصيل عقود تفويض المرفق العام لا بُدَّ لنا من معالجة العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام.

المبحث الثاني

العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام

يهدف تفويض المرفق العام إلى تحسين أداء الخدمات العامة لأفراد المجتمع، ومع تنازل الدولة عن تسيير هذه المرافق لأشخاص القانون الخاص، قد فُرضَ عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم إدارة المرافق العامة وهو مبدأ تحقيق المصلحة العامة^١، وأدى ذلك إلى خلق نوع جديد من تسيير وإدارة المرفق العام، ولا يستطيع القطاع الخاص ضمانتها، وهذا بسبب أهمية هذا المرفق والخدمات التي يُقدمها في المحافظة على السلم الاجتماعي كالمرافق السيادية^٢.

وقد ارتبط التفويض في القانون الإداري زمناً طويلاً باختصاصات السلطات الإدارية، حيثُ كانَ التفويض في الاختصاصات ضمنَ دائرة القرارات الإدارية، ولم تعدّ مؤسسة التفويض مُقتصرة على تفويض الاختصاص بل انتقلت إلى تفويض وإدارة مرفق عام إلى القطاع الخاص، ويكون موضوعها هو أن يعهد باستغلال المرفق إلى مشروع مُستقل عن الشخص العام المسؤول عن المرفق، وبناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث وفق الآتي:

المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام.

المطلب الثاني: التمييز بين تفويض المرفق العام والمفاهيم وأساليب إدارة المرفق العام المشابهة له.

١. د. زكريا المصري، أسس الإدارة العامة "التنظيم الإداري والنشاط الإداري"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص: ٩٢٤.

٢. ربيعة لشلوق، تفويض المرفق العام للخواص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤، ص: ١٩.

المطلب الأول

تعريف تفويض المرفق العام

ارتبط اصطلاح "التفويض" في القانون الإداري باختصاصات سلطة إدارية في مجال مُحدد هو القرارات الإدارية^١، ولم يُستخدم هذا الاصطلاح خارج هذا الإطار، إلا بصورة محدودة للغاية في مجال العقود الإدارية^٢، وحديثاً أخذ هذا الاصطلاح بُعداً حديثاً في مجال المرافق العامة، للدلالة على قيام الغير بإدارة المرفق العام، عن طريق التعاقد مع الإدارة المسؤولة عن المرفق^٣.

وإن نظام التفويض قد عُرِفَ منذ القدم في الدولة الرومانية، وفي الفكر السياسي في الإسلام، حيثُ ظَهَرَ في الأخير وزارة للتفويض، ويقوم وزيرها بممارسة بعض الأعمال نتيجة انشغال الخليفة بأعمال أخرى، وهي تتم بعقد من الخليفة، وهذا يدلّ على أن القانون الإداري تاريخياً قد عَرَفَ نظام التفويض.

١. يقال لغة فوض الأمر إليه، أي رده إليه أو جعل له التصرف، وهذا المعنى لا يبعد كثيراً عن معنى التفويض الاصطلاحي خصوصاً مبدأ تفويض السلطة، أما في القانون المدني، فلا يُستخدم اصطلاح التفويض إلا نادراً، من ذلك اصطلاح تفويض بالنفع.

٢. د. فيصل عليان الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص: ١٥.

٣. د. بشار عبد الهادي، التفويض في الاختصاص، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٣، ص: ٥٢.

أولاً- ظهور فكرة تفويض المرفق العام:

١- في فرنسا:

أ- الأصول القضائية لفكرة تفويض المرفق العام:

لا شك أن حكم "Epoux Bertin"^١ عام ١٩٥٦ أعطى أساساً قضائياً لعقود تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن فكرة العقود التي يكون موضوعها تنفيذ مرفق عام ليست جديدة، وإنما لها جذوراً تاريخية، وقد تبلورت المساهمة القضائية لهذه العقود في اتجاهين:

فمن ناحية، استخدم القضاء هذه الفكرة لإضفاء الصفة الإدارية لهذه العقود، وبالتالي تقرير الاختصاص للقضاء الإداري، وتطبيق القواعد العامة للعقود الإدارية، وقد أصبح يكفي لتقرير الصفة الإدارية للعقد أن يكون موضوعه أن يعهد للمتعاقد بتنفيذ مرفق عام، دون البحث فيما إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية أم لا، ومن ناحية أخرى، حدث تطوّر قضائي يتعلّق بالتزامات المرافق العامة بعيداً عن البحث عن معيار العقد الإداري، وقد وضع القضاء عدة قواعد في هذا الشأن منها على سبيل المثال، قبول دعوى الإلغاء ضد رفض منح الالتزام تطبيق شروط العقد، وكان من شأن هذا القضاء مولد فكرة الشروط اللائحية في التزام المرافق العامة، وكان من نتيجة هذا القضاء

١. تتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين "بيرتان" إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وُضِعَ الرعاية الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم، وفي تاريخ ١٩٤٤/١١/٢٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان "بيرتان" يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم، وادعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز، وطلبوا صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع، فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة ودفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يُعدّ عقداً إدارياً.

أن كل النصوص الواردة في العقد وتتعلق بتنظيم مرفق عام وتسييره لائحية بطبيعتها، وأنها تحدث أثراً بالنسبة للغير، أي المستفيدين من المرفق؛ استثناء من المبدأ العام بشأن نسبية أثر العقود^١، ومهما كانت الحلول القضائية، فإن القضاء قد امتنع دائماً عن إطلاق اسم هذه العقود، وتجميعها في فكرة نوعية مستقلة ومنتزة، وإنما كان يسعى لإيجاد معيار للعقود الإدارية، وتحديد اختصاص القضاء الإداري بها، ووضع بعض القواعد الخاصة بتنفيذها، وأما الفقه قد أشار إلى عدم كفاءة نظرية التزام المرفق العام؛ إلا أن تحديد العقود المشابهة للالتزام، لم يؤد إلى بناء فكرة شاملة، حول وحدة هذه الطائفة من العقود، باستثناء بعض الأبحاث في هذا الخصوص.

ب- الفقه الفرنسي:

إن تفويض المرفق العام هو تقنية قديمة مستجدة تكوّنت وظهرت بفعل الاجتهاد والفقه، وتبناه المشرع لاحقاً في فرنسا، وظهر تعبير تفويض المرفق العام للمرة الأولى عام ١٩٨٠ على يد الأستاذ "J.F.AUBY" ضمن دراسة تتعلّق بالمرافق العامة المحلية^٢، كما ورد المصطلح في التعميم الوارد من وزير الداخلية الصادر في (٧) أغسطس ١٩٨٧، والمتعلّق بتفويض إدارة المرافق العامة المحلية، حيث قرّر هذا التعميم مجموعة من الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام من حيث شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة^٣، وأشار إلى رأي صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في (٧) أكتوبر ١٩٨٦، بشأن تطبيق "الإدارة المفوضة"، وذلك لبيان فيما إذا كان من الجائز للسلطة المحلية أن

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع عشر والثامن عشر، نيسان - تشرين الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣، ص: ٢٥٠.

2. J. F. Auby، Les services publics locaux، coll « Que sais-je » PUF، Paris، 1982، p:1.

3. René chapus، Droit administratif général، Paris، 2001، p:628.

تُفوض إدارة مرفق عام إداري محلي إلى مشروع خاص، وأيضاً صَدَرَ رأي عن مجلس الدولة الفرنسي في (٧) أبريل ١٩٨٧، يَقْضي بِتطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي على جميع العقود التي يعهّد فيها بإدارة مرفق عام إلى متعاقد، ويُلاحظ أن اصطلاح تفويض المرفق العام لم يُستخدم إلا نادراً في الفقه الفرنسي، كالأستاذ "J.F.AUBY" عندما استخدم اصطلاح "الإدارة المفوضة"، وقَصَدَ به إدارة المرفق العام بواسطة شخص معنوي غير الجهة المنظّمة أو المؤسسة العامة التي تنشأ لهذا الغرض، وأن المفوض إليه يكون عادة من أشخاص القانون الخاص، لكنه ليس كذلك بالضرورة^١، ويرى أنّه توجد أربعة تطبيقات لتفويض الإدارة، تتراوح بين تفويض "Délégation" أكثر اتساعاً، وبين تفويض تضيق فيه إلى حد كبير الامتيازات الخاصة، وهذه التطبيقات الأربعة هي: الالتزام، مشاطرة الاستغلال، الإدارة، وإيجار المرفق العام، ويمكن أن نرصد في هذا السياق أيضاً استخدام اصطلاح التفويض في مجال عقود الالتزام بشكل خاص^٢، بمعنى أن جهة عامة تُفوض سلطاتها إلى الملتزم^٣.

ج- التشريع الفرنسي:

إن تكريس مفهوم تفويض المرفق العام وترقيته من مفهوم فقهي إلى

1. J. F. Auby، les services publics locaux، PUF، Que sais-je ، n.22023،

1982، p:39.

2. Ch. Bettinger، La concession de service public et de travaux publics، perger- levraut، 1978، p:17-19-226.

٣. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص:١٧.

مفهوم قانوني وتناول مضمونه كان عام ١٩٩٢ مع صدور القانون رقم (١٢٥/٩٢) والمتعلق بالإدارة الإقليمية "**Loi Joxe**"، حيث تناول في أكثر من موضع مفهوم تفويض المرفق العام وإن اختلفت التسميات، أي عدم استعماله بشكل دقيق، حيث استعمل المصطلحات التالية:

(١) اتفاقية تفويض المرفق العام Convention de délégation de service public

(٢) اتفاقية الإدارة المفوضة La convention de gestion déléguée

(٣) عقد الخدمة العامة Le contrat de service public

واستخدم المشرع الفرنسي اصطلاح "عقود تفويض المرفق العام" لأول مرة في المادة (٥٢) من القانون رقم (٩٢-١٢٥) الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٢/٦ المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية، حيث نصت هذه المادة على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام، والمتمثلة في الإعلان المسبق عن نية المتعاقد تطبيقاً للتوجيهات الأوروبية^١، والقيام بالاستشارات السابقة على إبرام عقود تفويض المرفق العام، وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون لا يطبق إلا على العقود التي تُبرمها الوحدات المحلية فقط، وفي عام ١٩٩٣ أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (٩٣-١٢٢) الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٢/٢٩ المسمى بقانون سابان "**Sapin**" المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية^٢، حيث قطع شوطاً كبيراً في تطوّر فكرة تفويض المرفق العام، فقد وسع نطاق تطبيقها إلى العقود التي

1. Gilles J. Guglielmi Introduction au droit des services publics، LG، D J، Paris، 1994، p:114.

٢. وينسب هذا القانون إلى "**Michel Sapin**" وكان وزيراً للاقتصاد الفرنسي وقت صدور القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق كمستشار في المحكمة الإدارية في باريس، وشغل بعدها منصب عمدة مقاطعة "**Argenton sur crcuse**"؛ مذكور لدى د. فيصل عليان الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٣.

يُبرمها كل شخص عام^١، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة، ووضع نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق^٢.

ويُعدّ قانون سابان "Sapin" مع تعديلاته الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام، من خلال تضمّنه القواعد التي تُنظّم آلية تنفيذ المرفق العام، إذ تضمّنت إجراءات إبرام عقود التفويض^٣، وتدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها، وفرض قيود في مضمون عقود التفويض^٤، وإن مفوض الحكومة "Leon Blum" تتاول فكرة التفويض من خلال مطالعته بقضية "Compagnie générale française de tramway" حيث جاء فيها

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص: ٤٣٦-٤٣٧.

2. Jean Claude Douence- les contrats de délégation service R.F.D.A
،1993، p:939.

3. la concession représente une délégation، c'est-à dire qu'elle constitué un mode de gestion indirecte ،elle m' équivaut pas à un abandon à un délaissement....c'est-à-dire que la responsabilité، et par suite l'autorité de l'Etat concèdent، quandil s'agit de service public، ne s'arrête pas au jour de la concession et du fait de la concession". Conclusion sur CE11 mars 1910، Rec. Leb، p:218.

٤. صدرت عديد من القوانين التي تتولّى تنظيم النواحي المختلفة لهذا النوع من العقود ومن هذه القوانين، قانون ٦ فبراير ١٩٩٢ بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية، قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ بشأن الوقاية من الرشوة، ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، قانون ٩ فبراير ١٩٩٤ بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء، قانون ٨ أغسطس ١٩٩٤ بشأن بعض الأحكام الاقتصادية والمالية، قانون ٢ فبراير ١٩٩٥ بشأن حماية البيئة، والقانون الصادر في ٤ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم وتنمية الأراضي، والقانون الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام، وقد أصدر المجلس الدستوري حكماً قرر فيه مطابقة قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ للدستور، وكان القانون قد أحيل إلى المجلس من جانب رئيس الوزراء، والذي لم يثر أي وجه بعدم القانون لكنه أراد فقط أن يعطي المجلس القانون الصفة الدستورية، ويرى بعض الفقه أن هذا المسلك لم يكن جيداً، وقد قرر المجلس في حكم مختصر جداً دستورية هذا القانون دون تقديم حجج.

"يُمثّل الالتزام نوع من التفويض"، أي بمعنى أنّه يؤلّف وسيلة للإدارة غير المباشرة، ولا يتساوى مع مسؤولية وسلطة الدولة المانحة له.

وأصبح مألوفاً تداول مُصطلح "تفويض المرفق العام" في التشريع الفرنسي بعد صدور قانون "Sapin"، وأخيراً صَدَرَ القانون رقم (١١٦٨-٢٠٠١) والمعروف بقانون "Murcef" المُتعلّق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية، إذ شَمَلَ هذا القانون بالتنظيم الصفقات العامة والتفويض في إدارة المرفق العام واستغلاله، ولهذا القانون أهمية خاصة لأنّه وُضِعَ ولأول مرة تعريفاً موحداً لصور تفويض المرفق العام كافة^١.

ولاحظ الفقه، أنّه لا يوجد من بين هذه القوانين قانون واحد يتناول فقط عقود تفويض المرفق العام، وبالتالي فإنّ التدخّل التشريعي اقتصر على مجموعة مُتفرقة من القواعد تُنظّم بعض جوانب عقود التفويض، ويرجع ذلك، إلى أن المُشرّع كان يَهْدَف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، والتي يُشكّل تفويض المرفق العام عنصراً أساسياً فيها، فالمُشرّع لم يقصد منذ البداية إعادة بناء قانون العقود الإدارية وفقاً لتحليل فقهي للأفكار الخاصة بالموضوع^٢.

ومع صدق هذه الملاحظة، فإنّه لا يجوز التقليل من أهمية تدخّل المُشرّع الفرنسي في مجال عقود تفويض المرفق العام، فالقانون يضع عدداً من القواعد التي تخضع لها عقود تفويض المرفق العام كافة، كما أنّه وُضِعَ تسمية لهذه الطائفة من العقود، وبالتالي أدى تدخّله إلى تكريس ظهور نوعية من العقود الإدارية، والتي ظلّت حتى هذا الوقت كاملة.

١. تمت تكملة هذه النصوص لاحقاً بقانونين: قانون صادر بشباط ٢٠٠٢ يتعلّق بشركات الاقتصاد المختلط في إطار الجماعات المحليّة، وقانون ٢٧/٢/٢٠٠٢ "Démocratie De Proximité".

2. N. Symchowieg، La notion de delegation de service public، AJDA، 1998، p:197.

مذكور لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧.

د - تكييف تفويض المرفق العام إلى انتقال الاختصاص:

كُرِّسَ مفهوم تفويض المرفق العام بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٩٤، في قضية **Syndical intercommunal des transport publics de la région de Douai**، والذي أقرَّ بطرق لاستغلال المرافق العامة تُكرِّس مفهوم فكرة التفويض، والحقيقة أن القضاء الفرنسي وإن كان لم يُعرّف مُصطلح "تفويض المرفق العام" إلاَّ بعد أن تمَّ تداوله من المُشرِّع، فإنَّه مع ذلك كان له الدور الأساس في وضع القواعد والأصول لصور العقود المختلفة التي أصبحت تتصوَّى في الوقت الحاضر تحت مُسمَّى "عقود تفويض المرفق العام".

إنَّ مُعظم المبادئ التي تخضع لها الصور المختلفة لعقود تفويض المرفق العام الراهنة كانت ثمرة لنشاط مجلس الدولة الفرنسي، وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح "تفويض إدارة المرفق العام" في بعض أحكامه، وأمام النقد الموجه إلى استخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام"، لجأ بعض الفقه إلى اصطلاح آخر هو "نقل المرفق العام"، وقد استخدم القضاء أيضاً اصطلاح **Transfert de compétence** في بعض الأحكام، وغير أن استخدام اصطلاح "نقل الاختصاص" للتعبير عن تفويض المرفق العام، هو أيضاً غير دقيق، ويرجع ذلك كما يقول الأستاذ **P. Delvolvé** إلى مجموعتين من الأسباب، فمن ناحية، فإنَّه لا يوجد ما يُسمَّى "انتقال"، وذلك لسببين: **السبب الأول**، فهو أن الشخص العام حينما يعهِّد إلى شخص آخر بمهمَّة استغلال مرفق عام، إنَّما يُمارس نفسه اختصاصه، وفي

١. قد ورد مصطلح التفويض في القرار المذكور بالعبارة التالية:

«...Modalités d'exploitation caractérisant l'existence d'une delegation de gestion d'un service public... »

مذكور لدى د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص: ٤٦.

إطار ممارسته لهذا الاختصاص الذي يستمد من القانون، فإنه يقوم بتنظيم المرفق ويعهّد بإدارته إلى شخص آخر، وأما السبب الثاني، فهو أن الشخص العام لا يفقد اختصاصه في مواجهة المرفق العام الذي تم "تفويضه" إلى الغير، وبرهاناً لذلك، فقد استقر القضاء على عدة مبادئ منها: "أن الشخص العام" المفوض يلتزم مع "المفوض إليه" احترام قواعد المرفق العام، بل إن رفض تطبيقها يُمكن أن يكون محلاً لمنازعة قضائية من جانب المستفيدين من المرفق، ويجوز للسلطة المفوضة أن تُعدل من شروط تنفيذ المرفق، بل ويجوز لها أن تضع نهاية لعقد التفويض، ومن ناحية أخرى، فإن فكرة نقل الاختصاص ذاتها غير صحيحة^١، فالقاعدة أنه: "لا يجوز لشخص عام أن يتنازل للغير عن هذا الاختصاص، فالتنازل عن الاختصاص غير جائز".

وبناءً على ذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي، أنه لا يجوز لأحد المجالس العمومية أن يتخلّى تماماً عن اختصاصه في مجال الزراعة لمصلحة شخص خاص، ولا أن يُمارس هذه الاختصاصات وفقاً لنظام خاص، وباختصار، إن تفويض المرفق العام لا يُشكّل انتقالاً للاختصاص، لأن السلطة المفوضة لا تتوقف عن ممارسة اختصاصها حين تُفوض مرفقاً عاماً، ومع صِحّة الانتقادات الموجهة إلى اصطلاح "تفويض المرفق العام"، إلا أنه الاصطلاح السائد، نظراً لأنه حظي بتكريس تشريعي، وبالتالي فلا بُدّ من اتباع هذا الاستخدام الجديد له، ويكون المقصود به تفويض إدارة المرفق العام.

٢- في الدول العربية:

إن التطوّرات التي لحقت بفكرة تفويض المرفق العام بصورها المختلفة لم تتفّ عند فرنسا، بل شهد العالم ما يُمكن تسميته بثورة في مجال تقنيات التفويض وأساليبه، ففي المغرب وابتداءً من عام ٢٠٠٢ عُرِف تفويض المرفق

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،

العام وتحت مسمى "التدبير المفوض" وذلك بموجب قانون الميثاق الجماعي الصادر في ٢٠٠٢/١٠/٣، ثم تأكد مصطلح "التدبير المفوض للمرافق العامة" بصدر القانون رقم (٥-٤٥) بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٤ والذي سُمي بقانون التدبير المفوض للمرافق العامة، فأشار هذا القانون في المادة الأولى منه إلى التفويض ووصفه كطريقة شاملة لصور تدبير المرافق العامة جميعها، وفي تونس تبنى المشرع القانون رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٨ حيث جُمع فيه صور التفويض تحت مسمى واحد هو "عقود اللزمات"، إذ أشارت المادة الثانية من هذا القانون إلى مسمى التفويض للمرافق العامة، وفي الجزائر: أخذ المشرع ومنذ فترة مبكرة بأهم أساليب تفويض المرفق العام وهو عقد الامتياز، وذلك بموجب قانون البلدية لعام ١٩٦٩ وقانون الولاية لعام ١٩٦٩، ولكن تطبيق هذا العقد شهد تراجعاً ملحوظاً في الفترة اللاحقة بسبب تبنى الدولة للنهج الاقتصادي ليعود بعد ذلك بقوة ابتداء من عقد الثمانينات من القرن الماضي من خلال قوانين متفرقة تتعلق بمرفق المياه والبلدية والولاية.

ونظراً لعجز هذه القوانين عن مواكبة التطورات التي لحقت بأساليب مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة^١، وجد المشرع الجزائري لزاماً عليه التدخل وتحديث هذه الأساليب متأثراً بالتطورات والتغيرات التي قام بها المشرع الفرنسي، فأصدر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة رقم (١٥-٢٤٧) المؤرخ في ٢٠١٥/٩/١٦، والذي أصبح يمثل إطاراً قانونياً موحداً لأساليب تسيير المرافق العامة عن طريق الغير.

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١١.

ولم تظهر فكرة التفويض كما قررها المُشرِّع الفرنسي في لبنان والأردن كلاهما، وإنما اكتفى المُشرِّع بتبني بعض تطبيقات عقود تفويض المرفق العام في القوانين المنظمة لعملية الخصخصة التشغيلية الوظيفية من دون الإشارة إلى تسمية التفويض التي جاء بها القانون الفرنسي، وفي العراق: فإنه لا يوجد في التشريع العراقي أية إشارة إلى مصطلح تفويض المرفق العام، إنما اكتفى المُشرِّع بالإشارة فقط إلى عقد التزام المرفق العام بوصفه إحدى صور تفويض المرفق العام في المادة (٨٩١) من القانون المدني العراقي عام ١٩٥٨، كما لا يتوافر في القضاء والفقهاء العراقي أية إشارة إلى مُصطلح "تفويض المرفق العام".

وفي مصر، فإن اصطلاح "التفويض" بالمعنى المتقدم لم يظهر حتى الآن في مؤلفات القانون الإداري، ومع ذلك، فإن الاصطلاح ظهر مؤخراً في المؤلفات غير القانونية، التي اهتمت بظاهرة "خصخصة المشروعات العامة"، إذ يُنظر إلى التفويض أنه قيام الدولة بتوكيل أو تفويض القطاع الخاص في القيام بالنشاط نيابة عنها^١، وبالرغم من أن المُشرِّع المصري عرّف التنظيم التشريعي منذ وقت مبكر لواحد من أهم عقود تفويض المرفق العام من خلال القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة، إلا أنه لم يُساطر نظيره الفرنسي في تطوير القانون المذكور وتوسيع نطاق تطبيقه ليشمل صور تفويض المرفق العام جميعها، وإنما لجأ في أول الأمر إلى إيجاد استثناءات من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، ثم انتهى في نهاية المطاف إلى إصدار القانون رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠ المُسمّى بقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة بدلاً

١. د. أحمد ماهر، الخصخصة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص: ١٠١.

للقانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، ومن ثمّ فإنّ المُشرّع المصري لم يألّف مُصطلح تفويض المرفق على وفق الاتجاه الذي أخذَ به المُشرّع في فرنسا.

ويَرى بعض الفقه أن استخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام" من

جَانِب المُشرّع هو استخدام غير موفق، وذلك للأسباب الآتية:

أ- إن استخدام اصطلاح تفويض المرفق العام من شأنه أن يَخْلُق حَالَة من الخَلَط أو الالتباس مع نظام آخر يَخْتَلِف تماماً عنه، وهو تفويض السلطة للقرارات الإدارية، وليس العقود، والذي يُنظَم كِيفِيَّة تَوْزِيع الاختصاصات بين مختلف الجهات الإدارية لشخص عام واحد^١.

ب- إن اصطلاح تفويض المرفق العام غير دقيق، لأن التفويض لا يَرُدّ على "المرفق العام" ذاته وإِنَّمَا على "إدارة المرفق" ذاتها لِأَنَّهُ يَتَعَلَّق بِإِدَارَة المرفق من قبل شخص عام أو خاص غير مسؤول في الأساس عن المرفق، لذلك فإن بعض الفقه استخدم اصطلاح "تفويض إدارة المرفق العام"^٢، فالمرفق العام نفسه يَستمر تَابِعاً أو خَاضِعاً للسلطة العامة التي لا يَتَوَقَّف عن ممارسة اختصاصها في مواجهته والتفويض يَرُدّ فقط على إدارة المرفق **La gestion**.

ثانياً- تعريف تفويض المرفق العام:

إن تِقْنِيَة تفويض المرفق العام تَعْنِي أن تعهّد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، إدارة واستثمار مرفق عام إلى أحد أشخاص القانون

1. J. C. Douence، La dévolution contractuelle du service public local، collectivis locales، Encyclopedie Dalloz، fase. 6150، 5. C. Huglo، point de vue sur une notion tres discutee: la delegation de service public، Les petites Affiches، 16 mai 1994، n58، p:12.

2. P. Delvolvé، Les contradiction de la délégation de service public، AJDA، 1996، p:678.

الخاص، إمّا شخص طبيعي "فرد" أو اعتباري "شركة"، والتفويض كتقنية هي ليست بحدّيتها، لأنّ بعض صورها تعود بجذورها إلى عقد التزام المرافق العامة، الذي يُعدّ الأسلوب الأكثر شيوعاً لمفهوم التفويض، وإنّ فرنسا هي أول من أوجد وطبق أسلوب الالتزام في إدارة المرافق العامة^١.

وقد تبنّى البنك الدولي مفهوم الشراكة بين القطاع العام والخاص "ppp" "public – private partnership"، حيثُ عدّ أن تقنية التفويض هي اكتشاف جديد في وسائله^٢، قديم في مفهومه وتطبيقاته، وكذلك فقد تبنّت الأمم المتحدة توصيات كل من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية – الأونسيترال – "UNCITRAL"، ومنظمة الأمم المتحدة للتطوير الصناعي

-
١. د. محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣.
 ٢. "UNCITRAL-United Nation commissition on international trade Law" الأونسيترال: وهي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي أنشأت في عام ١٩٦٦. وهي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة ولها ولاية عامة تتمثل في تعزيز التنسيق والتوحيد والتدريجيين لقانون التجارة الدولية، وقد أعدت الأونسيترال منذ إنشائها طائفة واسعة من الاتفاقات والقوانين النموذجية والصكوك الأخرى تتناول القانون الموضوعي الذي يحكم المعاملات التجارية أو الجوانب الأخرى للقانون التجاري التي لها أثر على التجارة الدولية، وتجتمع الأونسيترال مرة في السنة وذلك عادة في الصيف في نيويورك وفي فيينا بالتعاقب، وكما هو الحال في معظم الهيئات الفرعية التابعة للجمعية العامة التي تتألف من جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وتقتصر العضوية في الأونسيترال على عدد أقل من الدول بغية تيسير المداولات. وقد كانت الأونسيترال تتألف أصلاً من (٢٩) دولة ووسعت عضويتها في عام ١٩٧٣ إلى (٣٦) دولة ثمّ في عام ٢٠٠٤ إلى (٦٠) دولة وتمثل العضوية المناطق الجغرافية المختلفة والنظم الاقتصادية والقانونية الرئيسية في العالم. وينتخب أعضاء اللجنة لولاية مدّتها ٦ سنوات وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ٣ سنوات www.uncitral.org ، تاريخ الدخول على الموقع ٢٠١٨/٦/١٠ الساعة التاسعة مساءً.

"UNIDO" بِنَبْنِي التَفْوِيض فِي إِدَارَةِ وَاسْتِثْمَارِ المَرافِقِ العامَّة، والذي تَمَّ التَّعْبِيرُ عَنْهُ بِأَسْلُوبِ الِاتِّزَامِ وَنِظَامِ الـ "B.O.T" وَتَقَرَّعَاتِهِ.

١- تَعْرِيفُ الفَقْهِ الفَرَنْسِيِّ: قَدْ عَرَّفَ الأُسْتَاذُ "G.DROU" التَفْوِيضَ فِي إِدَارَةِ وَاسْتِثْمَارِ المَرَفِقِ العامِّ بِأَنَّهُ: "العقد المبرم بين شخص عام وشخص خاص^١، وَيَقُومُ عَلَى الِاعْتِبَارِ الشَّخْصِيِّ بُغْيَةِ تَنْفِيذِ مَرَفَقاً عَاماً وَيَأْخُذُ عِدَّةَ أَشْكَالٍ، الِامْتِيَّازِ أَوْ الِاتِّزَامِ أَوْ الإِدَارَةِ غَيْرِ المَبَاشِرَةِ، إِدَارَةِ المَرَفِقِ العامِّ"^٢.

وَعَرَّفَ الفَقِيهَانِ "O.Rousset" وَ "D.Laurent" تِقْنِيَةَ التَفْوِيضِ بِأَنَّهُا: "عقد مُسَمَّى يَقُومُ مِنْ خِلَالِهِ الجَهِةُ العامَّةُ المَحَلِّيَّةُ بِنَقْلِ، لِشَخْصٍ قَانُونِيٍّ مُسْتَقِلٍّ، إِدَارَةَ نَشَاطٍ ذاتِ مَنفَعَةٍ عامَّةٍ مَحَلِّيَّةٍ، يَدْخُلُ ضِمْنَ صِلَاحِيَّاتِهَا وَيَقَعُ عَلَيْهَا مَهْمَةٌ تَحْقِيقِيَّةٌ"^٣، وَالأُسْتَاذُ "G.Marcou" عَرَّفَ تَفْوِيضَ المَرَفِقِ العامِّ بِأَنَّهُ: "عقد تَعَهَّدَ مِنْ خِلَالِهِ الجَهِةُ العامَّةُ لِلْغَيْرِ بِتَنْفِيذِ مَرَفِقٍ عامٍّ، هِيَ قِيَمَةٌ عَلَيْهِ بِطَرِيقَةٍ تُؤَدِّي لِإِنْشَاءِ عِلَاقَاتٍ عَقْدِيَّةٍ مِنْ قَبْلِ المَفْوُضِ إِلَيْهِ "الْمَتَعَاقد" مَعَ المَنْتَفِعِينَ، مَهْمَا كَانَ شَكْلُ العَائِدَاتِ".

بَيْنَمَا الأُسْتَاذُ "René chapus" فَقَدْ عَرَّفَ عَقُودَ التَفْوِيضِ بِأَنَّهُا:

-
1. J. F. Auby، La Délégation de service public. Guide pratique، Dollaz Paris، 1997، p:16.
 2. Négociateur، Gérer et contrôler une délégation de service public، Institut de la gestion deleguée La documentation Française، Paris، 1999، p:43.
 3. Dominique Laurent et Olivier Rousset – convention de Delegation de service public local et loi sapim، La transparence dans le brouillard – petites affiches 11 mars، 1994.

"عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أم استثماري بصورة جزئية أو كلية"^١.

والأستاذ **"T.Dalfarra"** قد عرّف تفويض المرفق العام: "بأنه يُمثل كل وسيلة من خلالها تعهد الجماعة العامة المرفق العام إلى شخص قانوني آخر، وهو يتم إما تعاقدًا أو بصورة منفردة"^٢، والأستاذين **"Waline"** و **"Rivero"** عرّفًا تقنية التفويض بأنها: "اتفاقية تعهد إلى متعاقد الإدارة بتنفيذ المرفق العام"، والأستاذ **"Jean Bouinot"** عرّف تقنية التفويض بأنها: "إن تفويض المرفق العام يتم بوجود لمؤسسة تُكلف بتحقيق في مدة معينة وسواء باللجوء أو بعدم اللجوء إلى الاستثمارات استغلالاً لمرفق خدمة للجمهور ولحسابه"، والأستاذ **"A. S. Mescheriakoff"** عرّف تقنية التفويض بأنها: "هناك إدارة مفوضة عندما يكون هناك فصلاً عضوياً بين سيطرة وإدارة المرفق"^٣، والأستاذ **"P. Delvolvé"** قد عرّف فكرة تفويض المرفق العام التي تستوعب عقود الامتياز والالتزام والإدارة غير المباشرة والإدارة الحرة، بمثابة منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق لمرفق عام وفقاً لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها ومختلفة عن الثمن، والأستاذ **"Carole Chenuand-Frazier"** عرّفه على

1. René chapus، Droit administratif general، edition montchrestien، Paris، 1996، p:516.

٢. وعرّفه الدكتور مروان محي الدين القطب: "يعني تفويض المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة واستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالباً ما يكون من أشخاص القانون الخاص"؛ د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ٢٠١٠، ص: ٨٩.

3. P. Delvolvé، Le droit administratif Dollaz collection connaissance du droit، 1994، p:39.

أنه: "التقنية التي تَسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام، حسب العقود المعروفة من قبل "امتياز، إيجار، التسيير...".

ويظهر من هذه التعريفات التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام أنها اتفقت على بعض العناصر اللازمة لقيام تفويض المرفق العام، ومنها وجوب وجود مرفق عام، وأن يتم التفويض من خلال إبرام عقد، إلا أنها لم تتفق على معنى شامل وجامع لصيغ المرفق العام، يمكن من خلاله تمييزه عن غيره من العقود التي تتضمن اشتراك الغير في تنفيذ المرفق العام، وإن هذا الغموض الذي أحاط بفكرة تفويض المرفق العام دفع الفقهاء إلى التشكيك باستقلالية هذه الفكرة، وأنها ليست إلا تطبيقاً لامتياز المرفق العام، فالأخير لا يشكل سوى مظهراً خاصاً في مجموعة أوسع تضم صيغ عقدية أخرى.

٢- تعريف التشريع الفرنسي: إن المشرع الفرنسي قد كرس تقنية التفويض بحسبانها فئة قانونية جديدة لاسيما في حقل العقود الإدارية^١، حيث عرّفت المادة (٣٨) من قانون "سابان" تفويض المرفق العام على أنها: "العقد الذي يعهّد بموجبه شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطاً بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهّد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"، وإن كان لفكرة تفويض المرفق العام جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، إلا أن الفقه والاجتهاد ما زالا في طور بلورة هذا المفهوم

١. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٢.

بأن استغلال المرفق هو موضوع العقد، وارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام^١، وحيث تتوفر المرتكزات آنفة الذكر، فإننا نكون أمام تطبيق لتقنية تفويض المرفق العام، وما التزم المرافق العامة إلا صورة من صور التفويض^٢.

وقد أكد ذلك الأستاذ "CH. Bettinger" عندما رأى أن تقنية التفويض هي: "تسمية لفئة ول نوع من تقنيات عقدية تُطبق على نشاط اقتصادي خاص يتمثل في استغلال أنشطة ترتبط بمرفق عام وبمصلحة عامة"، وكما أن تفويضات المرفق العام لأبد أن تخضع لإجراءات النشر من جانب الأشخاص المعنية العامة للقانون العام، والذي يسمح بتقديم العديد من العروض التنافسية، وهذا ما أكدّه المرسوم رقم (٢٤) الصادر في فرنسا عام ١٩٩٣، الذي يقضي: "أن تلتزم السلطة المسؤولة عن الشخص المعنوي العام المفوض بإجراءات النشر عن طريق وسائل الإعلان التي تدرج فيها الإعلانات الرسمية

1. Loi n 93-122 du 29 janvier 1993، Relative a La prevention de la corruption et a la transparence de la vie economique et des procedures publiques. Art 38/2، "Une delegation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d un service public dont elle a la responsabilité a un délégataire public ou privé،- 67- la remuneration est substantiellement liée aux résultats de l exploitation du service. Le délégation peut être chargé de construire des ouvrages ou d acquerir des biens necessaires au service".

٢. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤١.

وعن طريق النشر الخاص المحدد لتقديم عروض المرشحين، وأحكام تقديم هذه العروض، والسمات الأساسية للاتفاق المقترح، وكذلك موضوعه وطبيعته، ويحرر الشخص المعنوي العام قائمة المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم، وذلك بعد فحص ضماناتهم المهنية والمالية، وكفالتهم في ضمان استمرار المرفق العام، والمساواة بين المنتفعين أمام المرفق العام، وكذلك يُحرر الشخص المعنوي العام لكل مرشح مُستنداً يُحدد السمات الكيفية والكمية للأداءات، وكذلك شروط تعريف الخدمة العامة المقدمة للمنتفع، وذلك إذا كان هناك مقتضى^١.

وبالإضافة لذلك فقد عرّف المُشرّع الفرنسي التفويض في المادة الثالثة من القانون رقم (١١٦٨) الصادر بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠١، والمتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي^٢، حيث عرّف تفويض المرفق العام بأنّه: "عقد يعهّد من خلاله شخص معنوي عام للغير "المفوض إليه" سواء كان عاماً أم خاصاً تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض إليه قد يكون مُكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق". وانتقد الفقيهان "Lucien Rapp" و "Franck Moderne" التعريف التشريعي لتقنية التفويض، إذ أنّه من الخطأ وضع تحديد قانوني لمفهوم مرن ومطاط، لأن في ذلك تقييد لدور الاجتهاد في ابتكار قواعد جديدة في حل هذه التقنية، فغياب تعريف لها أفضل من تعريفها بشكل سيء وناقص.

١. د. فهد مرزوق فهد العنيزي، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص: ٤٢١.

٢. إن المُشرّع الجزائري لم يُعرّف تفويض المرفق العام صراحة حيث نصّت المادة (٢٠٧) من المرسوم الرئاسي رقم (٢٤٧/١٥) عام ٢٠١٥ على ما يلي: "يُمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتمّ التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام".

وقد أبدى مفوض الحكومة "Milter" رأيه في قانون "Sapin" وذلك أمام محكمة "Nantes" الإدارية، بمناسبة قضية شركة مواصلات "Atlantic" وذلك على النحو الآتي: "إن قانون ١٩٩٣/١/٢٩ - سابان - قد صاغ بعض القواعد الإجرائية الخاصة لتفويض المرافق العامة المحلية، والتي تستهدف تدعيم الديمقراطية المحلية، ومن المسلم به أن يكون اختيار الإدارة للملتزم قائماً على اعتبارات شخصية، ولاسيما أن نصوص هذا القانون "قانون Sapin"، لم تبتعد عن نصوص قانون العقود العامة التي تُحيط الاعتبار الشخصي بإطار مُحدد في اختيار المتعاقد".

ومما تقدم نجد أن المشرع الفرنسي أكد على المرتكزات الواجب توافرها لتوفر تقنية التفويض، والتي أتى على ذكرها أيضاً الفقه الفرنسي، وأضاف إليها بشكل أكثر وضوحاً ضرورة ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج استغلال المرفق العام.

ويمكننا تعريف تفويض المرفق العام بأنه: "علاقة قانونية يتم بموجبها إدارة المرفق العام وتشغيله من قبل شخص آخر غير الشخص التابع له المرفق"، وإن القانون الإداري الفرنسي قد عرّف تفويض المرفق العام، وإن كان الفقه الإداري الفرنسي لم يشر إلى ذلك إلا في نطاق ضيق، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد أشار إلى ذلك في أحكامه السابقة، وإن مفهوم تفويض المرفق العام يعود إلى بدايات القرن العشرين، وذلك عندما تبلورت فكرة التزام المرافق العامة، وتمكن الفقه الفرنسي من التمييز بين فكرة الالتزام، والامتياز، على أساس أنه في التزام المرافق العامة تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، بينما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، حيث تكون الإدارة قد قامت بالإنشاءات الأولية، ويُعدّ الأستاذ "Waline" أول

من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للفرقة بين الالتزام، والامتياز عام ١٩٤٨، وتفق مع المُشرّع الفرنسي بإطلاقه تسمية عقود تفويض المرفق العام على العقود المتعلقة بإدارة المرفق العام، والتي تشمل الامتياز والالتزام، وعقد مشاطرة الاستغلال، والتزام الأشغال العامة^١، علماً بأنه لا يقتصر هنا دور الملتزم على الاستغلال والتشغيل، فقد يقوم بإنشاء المرفق العام، ويستغله لمدة الامتياز، فالمعيار الفاصل في عقد تفويض المرفق العام عن الخصخصة هو ملكية المرفق العام، فإذا اقتصر دور الملتزم على الإنشاء، والتشييد، والاستغلال، ومن ثم إعادة التسليم في نهاية مدة الالتزام إلى الإدارة، فهذا يكون أمام عقد تفويض مرفق عام، أما إذا تمّ نقل الملكية للقطاع الخاص فهذه خصخصة، وبالتالي لا نُحبذها في المرافق العامة الحيوية.

ثالثاً - الأساس الدستوري والتشريعي لعقود تفويض المرفق العام:

١ - الأساس الدستوري لعقود تفويض المرفق العام:

أ - موقف الدستور الفرنسي من عقود تفويض المرفق العام:

لا يتضمّن الدستور الفرنسي الحالي لعام ١٩٥٨ إلّا عدداً قليلاً من النصوص التي تتعلّق بالتنظيم الاقتصادي للدولة التي لا تكشف عن تبنّي نظام اقتصادي معين، إذ تنصّ المادة الثانية من الدستور على أن فرنسا جمهورية اجتماعية^٢.

1. Bieusses P. S. La spécificité de l'affirm age، A.J.D.A 1996، p:608et 5.

مذكور لدى د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٢، ص: ١٤٧.

٢. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥،

وهذا النص لا يُشير إلى أي نظام اقتصادي، فالجمهورية الفرنسية ليست جمهورية اشتراكية وإنما دولة اجتماعية، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإن التاريخ الدستوري الفرنسي يتضمّن إقراراً لعدد من المبادئ التي تؤكد تبني الفكر الاقتصادي الحر، وحماية الحريات الفردية بما يُعزز مشاركة القطاع الخاص في المجالات الاقتصادية المختلفة، ومن بينها الاستثمار في مجال المرافق العامة.

وتمشياً مع الاتجاه السائد في فرنسا، والذي يقوم على تشجيع مشاركة القطاع الخاص في المجالات الاقتصادية المختلفة ومن بينها المرافق العامة؛ فإن الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨، وكسائر الدساتير الفرنسية لم يُقيّد السلطة الإدارية سواء المركزية منها أم المحلية بقيود معينة، فلا يشترط لمنح امتيازات المرافق العامة صدور موافقة من السلطة التشريعية^١، فاستناداً إلى الأسلوب الذي اتبعه الدستور في توزيع الاختصاصات بين السلطة التشريعية والتنفيذية بموجب المادة (٣٤) التي حددت المواضيع التي تختص بها السلطة التشريعية على سبيل الحصر، وترك ما عدا ذلك للسلطة التنفيذية تُنظّمه عن طريق اللائحة، وهو لم يجعل منح الامتياز من ضمن المواضيع التي تُنظّمها السلطة التشريعية بقانون، لذا يقع منح الامتيازات في مجال المرافق العامة ضمن اختصاصات السلطة التنفيذية^٢.

فعلى المستوى المركزي يُنعتد الاختصاص للسلطة اللائحية أي رئيس الوزراء، أما فيما يتعلّق بالامتيازات التي تُبرمها الهيئات المحلية فإن قرار

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثامن والثلاثون، تشرين الأول، ٢٠٠٥، ص: ٢.

٢. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤١.

مَنَحها من اختصاص سلطة التقرير وليس سلطة التنفيذ، ومنذ عام ١٩٨٢ لم يَعدَّ إبرام عقود الامتياز للمرافق المحليّة يَتطلَّب موافقة مُسبقة من سلطة الوصاية "المحافظ"، وموقف الدستور هذا يُخالف موقفهُ من الخصخصة، فبموجب المادة (٣٤) من دستور عام ١٩٥٨ فإنَّهُ: "يُحدد القانون القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات، ونقل مُلكية المَشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص".

ب- موقف الدستور المصري من عقود تفويض المرفق العام:

يُمكن القول بأن الأساس الدستوري لعقود تفويض المرفق العام هو نصّ المادة (٢٣) من الدستور المصري عام ١٩٢٣ التي تنصّ على أن: "يُحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة"^١، وقد تَضَمَّنت الدساتير المصرية المُتعاقبة هذا النصّ الدستوري لِمَنح التزامات المرافق العامة ومنها دستور عام ١٩٧١ في المادة (١٢٣)^٢.

وصدّر الدستور المصري لعام ٢٠١٤، والذي أُقرَّ بَعْدَ الاستفتاء الشعبي، إذ خُصص الفصل الثالث من الباب الأول لمُعالجات المُقومات الاقتصادية للدولة، فنصّت المادة (٣٤) على أن: "للملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون"، ونصّت المادة (٣٥) على

١. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص: ٧٥.

٢. د. هاني صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد (٦٩)، ١٩٩٩، ص: ٢٣.

أن: "الملكية الخاصة مصوّنة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلّا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلّا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون وحق الإرث فيها مكفول".

ج- موقف الدستور السوري من عقود تفويض المرفق العام:

نصّت المادة (٤) من الدستور السوري عام ٢٠١٢ على: "يُنظّم القانون الملكية وهي ثلاثة أنواع ملكية الشعب وتشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامة والمنشآت والمؤسسات المؤممة أو التي تقيمها الدولة وتتولّى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب، وواجب المواطنين حمايتها، وملكية جماعية وتشمل الممتلكات العائدة للمنظمات الشعبية والمهنية والوحدات الإنتاجية والجمعيات التعاونية والمؤسسات الاجتماعية الأخرى ويكفل القانون رعايتها ودعمها، وملكية فردية وتشمل الممتلكات الخاصة بالأفراد ويحدد القانون وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع مصالح الشعب".

ونصّت المادة (١٣) من الدستور السوري عام ٢٠١٢ على: "يقوم الاقتصاد الوطني على أساس تنمية النشاط الإقتصادي العام والخاص من خلال الخطط الإقتصادية والاجتماعية الهادفة إلى زيادة الدخل الوطني وتطوير الإنتاج ورفع مستوى معيشة الفرد وتوفير فرص العمل، وتهدف السياسة الاقتصادية للدولة إلى تلبية الحاجات الأساسية للمجتمع والأفراد عبر تحقيق النمو الاقتصادي والعدالة الاجتماعية للوصول إلى التنمية الشاملة والمتوازنة والمستدامة، وتكفل الدولة حماية المنتجين والمستهلكين وترعى

التجارة والاستثمار وتمنع الإحتكار في مختلف المجالات الاقتصادية وتعمل على تطوير الطاقات البشرية وتحمي قوة العمل، بما يخدم الاقتصاد الوطني".

ونصّت المادة (١٤) من الدستور السوري عام ٢٠١٢ على: "الثروات الطبيعية والمنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة، تتولّى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب، وواجب المواطنين حمايتها"، ونصّت المادة (١٥) من الدستور السوري عام ٢٠١٢ على: "الملكية الخاصة من جماعية وفردية، مُصانة وفق الأسس الآتية: المصادرة العامة في الأموال ممنوعة، ولا تُنزع الملكية الخاصة إلاّ للمنفعة العامة بمرسوم ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون، ولا تفرض المصادرة الخاصة إلاّ بحكم قضائي مبرم، وتجوز المصادرة الخاصة لضرورات الحرب والكوارث العامة بقانون لقاء تعويض عادل، ويجب أن يكون التعويض معادلاً للقيمة الحقيقية للملكية".

٢- الإطار التشريعي لعقود تفويض المرفق العام:

أ- الإطار التشريعي لعقود تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي:

استحدثت في فرنسا عقود تفويض المرفق العام من خلال عدد من التشريعات التي صدرت بدءاً من عام ١٩٧٥، ويُمكن ترتيبها وفقاً للآتي:

- ١) القانون الفرنسي رقم (٧٥/١٣٣٤) الصادر في ٣١/١٢/١٩٧٥.
- ٢) مدونة العقود الإدارية الفرنسية لعام ١٩٧٩.
- ٣) القانون رقم (٩٢-١٢٥) المؤرخ في ٦/٢/١٩٩٢، والخاص بالإدارة المحليّة للجمهورية الفرنسية، والمُسمّى بقانون "Loi Joxe".
- ٤) القانون رقم (٩٢-١٢٢) المؤرخ في ٢٩/٢/١٩٩٣، والمُسمّى بقانون سابان "Loi Sapin"، والمتعلّق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة

الاقتصادية، ويُشكّل هذا القانون مع التعديلات التي خضع لها الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام.

٥) قانون ١٩٩٥/٢/٨ بشأن العقود العامة وتفويض المرفق العام.
٦) القانون رقم (١١٦٨-٢٠٠١) المؤرخ في ١١/١٢/٢٠٠١، والمُسمّى بقانون مورسيف "Murcef".

ب- الإطار التشريعي لعقود تفويض المرفق العام في القانون المصري:

مرّ التنظيم التشريعي لعقود تفويض المرافق العامة بعدة مراحل:

١) المرحلة الأولى: وتتمثل بصدور القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨، في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة^١، فقد تولى القانون رقم (٤٧) لعام ١٩٤٧ تنظيم الأحكام الموضوعية لعقد التزام المرافق العامة^٢، وقد نصّت المادة الأولى منه على أنّه: "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين عام كحد أقصى، ويمكن أن تكون أقل من ذلك، ونصّ القانون كذلك على حقوق السلطة مانحة الالتزام، حيثُ أجملها في حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العام موضوع الالتزام من النواحي الفنية والإدارية والمالية، إذ إن مردّ الحق في الرقابة هي طبيعة المرفق العام، وللسلطة المانحة حقّ تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة بما في ذلك قوائم الأسعار، وللسلطة مانحة الالتزام حقّ استرداد المرفق قبل نهاية مدّته،

١. د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢.

2. G. Marcou، La Notion de Délégation de public après La loi du، 1993، RFDA، p:693.

مذكور لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٣١.

إذا ما اقتضت المصلحة العامة إدارة المرفق العام عن طريق الإدارة المباشرة مع تعويض الملزم عن الأضرار التي أصابته إن كان لذلك مقتضى، وقرر القانون كذلك حقوقاً للملزم، يمكن إجمالها في حق اقتضاء مقابل من المنتفعين بخدمات المرفق، حتى يعوض نفقاته ويحني أرباحه، وحق الحصول على المزايا التي يقرها مانح الالتزام، وهذه المزايا شروط تعاقدية ليس لمانح الالتزام بإرادته المنفردة إلغائها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها، وأما الحق الأخير الأكثر أهمية فهو الحق في توفير التوازن المالي الذي أشارت إليه المادة السادسة من القانون.

(٢) المرحلة الثانية: أصدر المشرع المصري قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠، وقد حرص القانون رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠ في مادته الأولى على تأكيد كون قواعد هذا القانون هي الواجبة التطبيق من دون غيرها على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستثمارات التي تُبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها وبدعم سريان أحكام القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، المتعلق بالتزامات المرافق العامة فضلاً عن القانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨، في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وتعديل شروط الامتياز، وقانون تنظيم المناقصات العامة والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الصادرة بمنح التزامات المرافق العامة.

ج- الإطار التشريعي لعقود تفويض المرفق العام في القانون السوري:

صدر في سورية القانون رقم (٥) عام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص، ويهدف إلى تنظيم عملية إنشاء وتشغيل المرافق

العامة ومشاريع البنية الأساسية في إطار استراتيجية الدولة لتشجيع وزيادة مشاركة القطاع الخاص في خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتحقيق العدالة بين القطاعين في فرص الاستثمار، وبما يكفل سهولة تنفيذ عقود الشراكة، وضمان الوصول إلى أعلى مستوى من الخدمات العامة للجمهور وبأفضل الشروط، ويوفر القانون البيئة التشريعية المناسبة التي تكفل تحقيق التوازن بين واجبات الشركاء بحيث يتحمل كل شريك تبعات الالتزام الذي يجد نفسه أقدر على تحمّله، واستند هذا القانون إلى أحكام قانون الشركات وقانون العقود رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤؛ فجاء حريصاً على كفالة التنظيم القانوني المتكامل للشراكة مع القطاع الخاص بحيث يتم اختيار الشريك وفق مبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص.

وقد اشتمل هذا القانون على بابين، خُصص الباب الأول منه لتحديد المقصود بالتعابير والمصطلحات الواردة فيه والغاية من القانون وأهدافه والأغراض التي يرمي لتحقيقها وتكليف مجلس الوزراء وضع نماذج عقود التشاركية وإصدار دليل استرشادي لكل منها، وتضمن الباب الثاني من هذا القانون الإطار التنظيمي والمؤسساتي لعقود التشاركية من خلال إحداث مجلس أعلى للتشاركية يتولّى إقرار المشاريع التي يشملها القانون والمصادقة عليها وإقرار السياسات والإجراءات المتعلقة بالتشاركية وتطويرها، والموافقة على منح الدعم الاقتصادي لأي مشروع ومنح الحقوق والامتيازات والإشراف على تنفيذ المشاريع وتوافقها مع معايير الأداء والتفويض المحددة، وكلف القانون لجنة خاصة تُسمّى "لجنة تقييم العروض" حيث تُمارس مهامها على النحو الذي يضمن تقييماً "عادلاً" للعرض المقدم من القطاع الخاص، وسمح القانون

لهذه اللجنة بالاستعانة بمدقق خارجي أو أكثر بصفة مراقب بغية ضمان الاستقلالية والسرية ومنع تضارب المصالح.

والمُشرّع في هذا الصدد حدد المراحل والإجراءات المتبعة في تلقي العروض ودراستها والمفاضلة بينها وتقييمها وتأهيل العارضين والمعايير المتبعة في كل مرحلة من المراحل، وخصّص الفصل الثالث من هذا الباب لإبرام عقود التشاركية غير التنافسية، وفي الفصل الرابع عالج العروض التلقائية التي يتقدم بها القطاع الخاص دون طلب أو عرض عندما يرغب في تنفيذ مشروع مع الدولة، ولضمان الشفافية وتكافؤ الفرص والعلانية والنزاهة خُصّص الفصل الخامس من هذا الباب للاعتراضات على قرارات لجنة العروض والجهة التي يستطيع العارض تقديم اعتراضه إليها.

ومن إيجابيات هذا القانون هي تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود والمشاريع التشاركية وهو القانون السوري، وكذلك تحديد مُدّة المشروع، وحصر القانون مسألة تحديد الأجور والبدلات المترتبة على الانتفاع بهذه المشاريع بالدولة، ولم يترك هذا الأمر للقطاع الخاص ليحدده بنفسه، والمُشرّع سعى إلى المحافظة على القطاع العام والعاملين به عندما يتعلّق المشروع بأحد مشاريع القطاع العام؛ فقد ألزم المُشرّع الشريك استخدام عمال القطاع العام حسب مؤهلاتهم في شركة المشروع بعد أن يتمّ إنهاء علاقتهم الوظيفيّة مع الجهة العامة.. أما باقي عمال المنشأة، فيبقون خاضعين لأحكام قانون العاملين الأساسي مع احتفاظهم بحقوقهم المكتسبة كاملة، ونصّت المادة (٧٥) على معالجة مسألة التوازن الاقتصادي والمالي، والتغيرات التي تطرأ على المشروع وتحول دون توقف المشروع أو تأخر إنجازه.

المطلب الثاني

التمييز بين تفويض المرفق العام والمفاهيم وأساليب إدارة المرفق العام المشابهة له

نظراً للتشابه أو الخلط بين عقود تفويض المرفق العام وغيرها من المفاهيم وأساليب إدارة المرفق العام المشابهة لها، تظهر ضرورة إبراز نقاط التشابه والاختلاف بينها.

أولاً- تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة: *La Gestion Directe*

الإدارة المباشرة هي طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، وتكون بصدد إدارة مباشرة أو استغلال مباشر للمرفق العام، إذا قامت الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام، بإدارة مرفق عام وتنظيمه داخلياً من خلال موظفيها وأموالها، وتخضع المرافق التي تُدار بطريقة الإدارة المباشرة لقواعد القانون الإداري، فالعاملون فيها موظفون عموميون من حيث تعيينهم ورواتبهم، وترقياتهم وانتهاء خدماتهم، وأموالها هي أموال عامة، وعرف الأستاذ "Hauriou" الإدارة المباشرة بأنها: "الطريقة التي تتولى فيها الإدارة بنفسها عن طريق العاملين لديها، وتحت مسؤوليتها، وباستخدام امتيازات السلطة العامة، وعن طريق الأموال العامة، بحيث تعهد الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام صناعي أو تجاري، وذلك مقابل مبلغ يتقاضاه من الإدارة المختصة، بمعنى أن الإدارة المباشرة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، وتختلف عنهما إذ تُوكل إدارة المرفق العام إلى شخص

١. د. إبراهيم الهندي و د. عيسى الحسن و د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤، ص: ١٤٧.

طبيعي أو معنوي له مصلحة مالية بنتائج الاستثمار"^١.

وتُعدّ المرافق العامة الإدارية من أهم المرافق التي تُدار بهذه الطريقة بسبب حيويتها وضرورتها للدولة ومواطنيها مثل "الدفاع، والأمن والصحة، والتعليم والاتصالات"، وكذلك المرافق العامة الأخرى التي يُمكن أن تُدار إدارة مباشرة من قبل الدولة، أو أحد أشخاصها، "كالمرافق الاقتصادية، أو الاجتماعية أو المهنية"^٢، وتتحقق الإدارة المباشرة للمرفق العام من خلال أسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب الهيئة العامة أو المؤسسة العامة.

١ - أسلوب الاستغلال المباشر "الريجي":

أ - تعريف أسلوب الاستغلال المباشر:

كلمة ريجي "Regie" كلمة فرنسية مُشتقة من الفعل "Regender" بمعنى حكم بسلطة أو امتياز، وأطلقت بعد ذلك الاستغلال الحكومي لمرافق عام، أو إدارة مصلحة عامة، ويستخدم فقهاء القانون العام مُصطلح "الريجي" للدلالة على طريقة إدارة مرفق عام من قبل الدولة نفسها "وزاراتها"، أو بواسطة الشخصيات العامة الإقليمية التي تتبعها "الوحدات اللامركزية الإقليمية، كالمحافظات والبلديات" وتُدار إدارة مباشرة؛ أي بنفسها عن طريق عمّالها وأموالها وتحت مسؤوليتها، ودون وساطة من شخص آخر، مع استعمال ما يلزم لذلك من وسائل القانون العام، دون أن تمنح هذا المرفق شخصية قانونية مُستقلة، ودون وساطة من شخص آخر وإنما يبقى جزءاً لا يتجزأ من الجهاز الإداري للدولة، أو الوحدة المحليّة التي يتبعها المرفق، وكثيراً ما تمتزج هذه

١. د. عبد الله طلبه و د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، المدخل إلى القانون الإداري،

منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦، ص: ٩٥.

٢. د. مهند الناصر العلي، الحكومة الالكترونية وانعكاسها على العمل الإداري، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٦، ص: ١٧٠.

الطريقة مع موضوعات عامة في القانون الإداري كالسلطة الإدارية، والوظيفة العامة^١، والأموال العامة، وبناءً على ذلك فإن المرافق القومية التي تُدار عن طريق "الريجي"، تُعدّ في الحقيقة مُجرّد فروع للوزارات والمصالح الحكومية، أما المرافق المحليّة التي يُستخدم في إدارتها هذه الطريقة، فتكون مُجرّد فروع للوحدة الإقليمية "مجلس المحافظة مثلاً" ذات الاختصاص العام بكل المرافق المحليّة في نطاقها الجغرافي، وتُدار بهذا الأسلوب جميع المرافق الإدارية، إما لأن المرفق على درجة من الأهمية، فتتولّاه الدولة بنفسها، وتستبعد الأفراد من إدارته مثل "الدفاع والأمن"، وإما لأن الأفراد لا يقبلون على إدارته؛ لأنّه لا يدير عليهم ربحاً، على النحو الذي نجده في مرفق القضاء، وتحت تأثير التوسع في سياسة التوجه الاقتصادي امتدّ هذا الأسلوب إلى المرافق العامة الاقتصادية، والصناعية والتجارية في صورة تطبيقات نادرة واستثنائية، وإن كانت الدولة مع مرور الزمن تلجأ إلى أساليب إدارة أخرى لهذا المرفق، كأسلوب الهيئة العامة، أو المؤسسة العامة.

ب- نقاط الاختلاف والاتفاق بين أسلوب الإدارة المباشرة وتقنية التفويض:

تتفق تقنية التفويض مع الإدارة المباشرة في أن موضوعها يتمثّل في إدارة واستغلال المرافق العامة، وتختلفان في النقاط الآتية:

١) يتولّى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق، أما في ظل تقنية التفويض فيتولّى إدارة المرفق العام شخص آخر غير الشخص العام المرتبط به المرفق، يكون شخصاً خاصاً كشركة أو جمعية.

١. د. ألبرت سرحان، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص: ٩٧.

٢) يَسْتَطِيع الشخص العام في ظل إدارة مباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به دون قيود تتعلّق بنوعية المرفق، فلا تُوجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة مباشرة من قبل الشخص العام شرط التقيد بقواعد الاختصاص والصلاحيات التي حددها الدستور والقوانين والأنظمة النافذة، أما في ظل تقنية التفويض فيوجد مجموعة من المرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام^١.

٢- تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة: Les établissements publics

أ- مفهوم أسلوب المؤسسة العامة: تلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب عندما تريد أن تُباشر نشاطها بحرية واستقلال دون الخضوع للروتين الحكومي، أو رغبة منها في التخلص من البيروقراطية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة، التي تؤدي إلى إحجام الموظفين عن الابتكار، "خشية التعرض للمساءلة"، وإضعاف روح التجديد والتحديث، وقد انتشر هذا الأسلوب بصفة خاصة عقب الحرب العالمية الثانية، ويُطلق فقه القانون العام على هذا النوع من الأسلوب اصطلاح "اللامركزية المرفقية".

١) تعريف المؤسسة العامة: هي طريقة من طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية ذات طابع صناعي أو تجاري، عن طريق منظمة عامة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة لا بصفة مطلقة؛ لأنها تخضع للوصاية الإدارية التي يباشرها الوزير المشرف على المؤسسة للتأكد من عدم خروجها

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤١.

في مُمارسة نشاطها عن الهدف المخصص لها، أو الغرض من نشاطها، ويكون لها وجود قانوني مُستقل، وتتمتع بِقسط من السلطة العامة، وبِقدر من الأموال العامة، وتَخضع في تَصَرّقاتها للقانون الإداري على أَنَّهُ أصل عام، وتوصف قَراراتها وعقودها بالصفة الإدارية، لأنها من أشخاص القانون العام، ويُعدّ العاملون فيها من الموظفين العموميين^١، وتَخضع في إنشائها وتنظيمها للقانون الإداري، وإذا كانت بعض المرافق العامة تُدار من قبل أشخاص القانون الخاص، كما هو الحال بِعقود التفويض، فإن المؤسسة العامة وبصفتها شخصاً اعتبارياً قد أنشأت أيضاً لإدارتها، وبالتالي يَقع على المؤسسة العامة عبء تحقيق الأهداف التي أحدثت لأجلها، وإلا خالفت سبب وجودها.

ويمكن تعريف المؤسسة العامة بأنها: "شخص عام مُتخصص من أشخاص القانون العام يتولّى إدارة مرفق عام، ويتمتع بالاستقلال المالي والإداري ويرتبط بأحد أشخاص القانون العام الذي يُمارس عليه الوصاية الإدارية^٢، وتُعرّف المؤسسة العامة أيضاً بأنها: "شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي^٣، والهدف من إحداثها تأمين التسيير المُستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص عام آخر".

(٢) **التشريع السوري:** قد عرّف المؤسسة العامة وفقاً لقانون المؤسسات العامة رقم (٢) لعام ٢٠٠٥ بأنها: "شخص اعتباري يتمتع بالاستقلال المالي

١. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للتنمية الإدارية، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص: ١٠٨.

٢. د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، ١٩٩٦، ص: ١٨.

٣. القاضي أنطوان الناشف، الخصخصة "التخصيص"، مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة، ملف تحليلي توثيقي شامل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص: ٤٥.

والإداري، ويُشارك في تنمية الاقتصاد الوطني، ويُمارس عملاً ذا طابع اقتصادي بنشاطه المباشر أو بالإشراف على عدد من الشركات العامة والمنشآت العامة ذات الأغراض المتماثلة أو المتكاملة والتنسيق فيما بينها". وتستطيع المؤسسة العامة أن تُمارس بعضاً من نشاطها وفقاً لأساليب القانون الخاص التي تستخدمها المشروعات الخاصة، وفي هذه الحالة تحكم ممارساتها قواعد القانون الخاص، وتختص المحاكم العادية بنظر منازعاتها، وتخضع هذه المؤسسات لنظام قانوني مُزدوج، فبالإضافة إلى أن القانون الخاص يحكم نشاطها عندما تستخدم أساليب السلطة العامة في مباشرة نشاطها، ويختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن هذا النشاط، والاستقلال الذي تتمتع به المؤسسة العامة مُقيّد بـ **الأول**: يتمثل في قيّد التخصص، **والثاني**: يتمثل في رقابة الإدارة المركزية، وأما قيّد التخصص فيُقصد به أنه ليس للمؤسسة العامة أي صلاحية أو أهمية للتصرف خارج إطار المرفق العام المُحدد بالذات الذي تتولّى إدارته، وأما قيّد رقابة الإدارة المركزية فيهدف إلى ضمان التزامها بتحقيق الأهداف المُحددة عند إحداثها، وعدم الخروج عنها.

ب- نقاط الاختلاف والاتفاق بين تقنية التفويض وأسلوب المؤسسة العامة:

يتفق مفهوم المؤسسة العامة ومفهوم التفويض، على فرض أن الدولة في ظلّ طريقة المؤسسة العامة تُنشئ شخصاً عاماً مُستقلاً تعهّد إليه بإدارة المرفق العام، إلا أن المؤسسة العامة تختلف عن تقنية التفويض فيما يأتي:

(١) إن العلاقة القائمة بين المفوض إليه والشخص العام مانح التفويض في تقنية التفويض هي علاقة تعاقدية، في حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة

والشخص العام الذي يرتبط به هي علاقة تنظيمية تخضع للقوانين والأنظمة الإدارية.

(٢) يشترط في تقنية التفويض أن يرتبط المقابل المالي بصورة جهرية بنتائج الاستغلال، وهذا الشرط ليس قائماً في ظل طريقة المؤسسة العامة، إذ يمكن أن يُمول المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي من قبل الدولة.

(٣) يخضع المفوض إليه في ظل تقنية التفويض لرقابة وإشراف الشخص العام مانح التفويض، في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على مقررات المؤسسة العامة بحيث لا تُصبح نافذة إلا بعد التصديق عليها من قبل سلطة الوصاية^١.

(٤) يتسم الشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام عن طريق المؤسسة العامة بالطابع العام، وفي تقنية التفويض يمكن أن يكون المفوض إليه شخصاً عاماً أو خاصاً ويمكن أن تكون المؤسسة العامة صاحبة تفويض مرفق عام.

(٥) يخضع تفويض المرفق العام لبنود عقد التفويض وللنظام القانوني المحدد، أما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف^٢.

ثانياً- تفويض المرفق العام و شركة الاقتصاد المختلط: **Economie Mixte**

١- مفهوم شركة الاقتصاد المختلط: لقد ابتكرت هذه الطريقة حديثاً، والغاية منها التغلب على جميع العيوب التي تكتنف طريقة الإدارة المباشرة للمرفق

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٧٤.

٢. د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص: ٤٩٢.

العام، ويقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك السلطات العامة والأفراد معاً في إدارة مرفق عام، حيث تكتتب الدولة في جزء كبير من رأسمالها فتشارك في إدارتها وتتحمّل مخاطرها، إضافة إلى تمتعها بحق الرقابة، لحماية المصلحة العامة، وفيما يتعلّق بحجم مساهمة الدولة في رأسمال شركة الاقتصاد المختلط، فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أنّه يكون للدولة حد أدنى للمساهمة، يسمّح لها بتطبيق القواعد الخاصة بالرقابة المالية التي تخضع لها هذه الشركات وحتى تستطيع الدولة تعيين المديرين فيها.

فعلى سبيل المثال فإن مساهمة الشركة الفرنسية "Air France"، تصل إلى (٩٣،٩٨%)، ومع ذلك تبقى شركة اقتصاد مختلط، كما يتولّى إدارة شركة الاقتصاد المختلط مجلس إدارة وهيئة عامة^١، وشركة الاقتصاد المختلط بصفتها طريقة من طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية^٢، وهي "شخص معنوي متميّز من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة، يشترك في تكوين رأسماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد الأفراد والشركات الخاصة، بغية تحقيق مهمّة ذات نفع عام وإدارة مرفق عام"، إذ تلجأ الدولة أحياناً إلى إتاحة فرص نمو الاستثمارات الخاصة داخل المشروعات المشتركة من خلال المساهمة برأسمال مختلط "أموال عامة وخاصة" لتغذية المشروع، فتكون الدولة مالكة لجزء من الأسهم، وتُساهم في إدارة المشروع وتُصريف شؤونه بصورة مشتركة مع القطاع الخاص، الذي يملك الجزء الآخر من الأسهم، حيث تتولّى هيئة خاصة مختلطة بين العام والخاص إدارة هذه

١. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص: ٢٢٩.

٢. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤٥.

الشركة، والإشراف على أداء وعمل المشروع المشترك.

٢- وتشارك شركات الاقتصاد المختلط مع تقنية التفويض في أنهما تُعدّان

طريقتين من طرق إدارة المرافق العامة، ولكن تختلفان في المسائل الآتية:

(١) تتسم العلاقة بين الشخص العام والمفوض إليه بالطابع التعاقدية، في حين أن العلاقة بين شركة الاقتصاد المختلط والشخص العام هي علاقة تنظيمية، حيث تُعدّ شركات الاقتصاد المختلط من أشخاص القانون الخاص، في حين أن المفوض إليه يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص.

(٢) تخضع شركات الاقتصاد المختلط للقوانين والأنظمة الصادرة عن المشرع، ولاسيما لنصّ إنشائها والنظام الأساسي الموضوع لها، أما عقود التفويض فتخضع لبنود عقد التفويض والنظام القانوني الخاص بها.

والتساؤل هنا هل أسلوب شركة الاقتصاد يندرج في إطار تقنية

تفويض المرافق العامة أم لا ؟.

وللإجابة على ذلك يقتضي العودة إلى مفهوم تقنية التفويض، والذي يتمثل بقيام السلطة الإدارية بتكليف أحد الأشخاص العامة أو الخاصة بموجب اتفاق بينهما بإدارة واستغلال مرفق عام^١، لقاء مُقابل مالي يحصل عليه الأخير مُرتبطاً بصورة جَهرية بنتائج استغلال المرفق^٢، كما يمكن أن يُعهد إلى المفوض إليه بإقامة منشآت المرفق قَبْلَ الانتقال لإدارته، وإن شركة

١. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، ٢٠٠٣، ص: ١٢٠.

٢. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥،

ص: ٨٨.

الاقتصاد المختلط بالرغم من أنها طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، إلا أنها لا تندرج تحت صور تقنية تفويض المرافق العامة، فهي أسلوب للمشاركة بين القطاعين العام والخاص، وتقع وسطاً بين الإدارة المباشرة التي تقوم بها السلطة الإدارية في إدارة المرفق العام وبين تفويضه لأحد أفراد القطاع الخاص.

ثالثاً- تفويض المرفق العام وتفويض السلطة "الاختصاص": Délégation de pouvoir ou délégation de competence

١- يُقصد بتفويض الاختصاص أو السلطة: أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته المستمدة من القانون إلى أحد مرؤوسيه، فالتفويض يُخفف عبء العمل الإداري عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصيل، فيقوم هذا الرئيس الإداري بنقل جزء من اختصاصاته في مسألة معينة، أو بعض المسائل الإدارية إلى أحد مرؤوسيه التابعين له، بشرط أن يُجيز القانون ذلك التفويض، ومن ثم يكون للمفوض إليه سلطة القيام بالعمل المفوض فيه، وسلطة التقرير بشأنه، ولكن تحت الرقابة الإدارية للرئيس المفوض^١، وعادةً يكون التفويض في خصوص القرارات متوسطة الأهمية، أو الأقل أهمية، حيث يحتفظ الرئيس

١. يقسم التفويض في الاختصاصات الإدارية: بالنظر إلى طبيعته القانونية إلى تفويض سلطة "اختصاص" وتفويض توقيع، ويرجع هذا التقسيم في الفقه الأوربي إلى عام ١٩٣٠، حيث حاول الفقيه الفرنسي "P.Delvolvé" التفريق بين تفويض الاختصاص وتفويض التوقيع في رسالته الموسومة "تفويض الموضوعات في القانون العام"، حيث أشار إلى أن تفويض الاختصاص ينبغي أن يتم من الأصيل إلى شخص تكون له أصلاً سلطة إصدار قرارات إدارية، أما تفويض التوقيع فلا يشترط في شخص المفوض إليه أن يكون ذا سلطة إدارية أصلية لأن دوره في ممارسة التفويض هو دور آلي بحت؛ د. بشار عبد الهادي، التفويض في الاختصاص، مرجع سبق ذكره، ص: ٦١.

الإداري باتخاذ القرارات الكبرى.

٢- **يُقصد بتفويض التوقيع:** هو قيام الرئيس الإداري بتفويض مرؤوسيه صلاحية توقيع المخاطبات الرسمية وهذا التفويض ذا طابع شخصي حيث أن الرئيس الإداري هو الذي يصدر القرارات والتوجيهات الإدارية ابتداءً، ويُخَوَّل أحد مرؤوسيه في توقيع هذه القرارات بدلاً عنه، وذلك للتخفيف عن الأعباء المترتبة على كثرة التواقيع على المخاطبات الرسمية، ويترتب على تفويض التوقيع أن القرار الصادر معبراً عن إرادة الأصيل، وليس عن إرادة المفوض بالتوقيع والمفوض بالتوقيع لا يُعبر عن إرادته، وإنما عن إرادة الأصيل كما إن صاحب الاختصاص الأصيل يبقى محتفظاً بهذا الاختصاص ويمكنه إلغائه في أي وقت.

٣- وعلى الرغم من اشتراك تفويض المرفق العام مع تفويض السلطة الإدارية في نقل اختصاص من جهة إلى أخرى، إلا أنه يختلف عنه في مسائل جوهرية هي الآتية:

أ- التفويض في السلطة لا يكون إلا جزئياً، بحيث لا يشمل كل اختصاصات المفوض، فلا يكون صحيحاً إلا إذا أنصبَّ على جانب من هذه الاختصاصات فقط، أما تفويض المرفق العام يشمل جميع المهمات والأعمال التي تقتضيها الإدارة واستغلال المرفق العام، فهو ليس محصوراً بمهمة أو عمل دون غيره.

ب- لا يجوز في تفويض السلطة الإدارية تفويض المسؤولية، لأن التفويض يقتصر على السلطة فقط دون المسؤولية، أي أن الرئيس الإداري يقوم بتفويض جزء من سلطاته بصفة مؤقتة، مع بقاء مسؤوليته الكاملة عن هذه السلطات، أما في ظل تفويض المرفق العام فإن المفوض إليه يتولى استغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته، وليس على مسؤولية مانح التفويض، إلا أنه يبقى

للشخص العام الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة المرفق العام وتشغيله.

ج- لا يجوز في تفويض السلطة تفويض السلطات المفوضة، فلا يجوز للمرؤوس المفوض إليه أن يقوم بتفويض السلطات التي انتقلت إليه من رئيسه إلى من هم أدنى منه في السلم الوظيفي، أما في تفويض المرفق العام فإن التنازل الكلّي أو الجزئي عن العقد إلى شخص ثالث جائز شرط الموافقة المسبقة من قبل مانح التفويض، وضمن الشروط والضوابط المحددة في الأنظمة والقوانين النافذة وبنود العقد^١.

د- يجوز في تفويض السلطة الإدارية تعديل السلطات المفوضة أو استردادها، فيحق للرئيس الذي فُوضت الصلاحيات أن يقوم بتعديل نطاق التفويض كما يحق له الإلغاء، أما في تفويض المرفق العام فإن تعديل عقد التفويض ممكن أيضاً إلا أنه يقتضي أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة، ودون أن يؤدي إلى تغيير جوهري في موضوع العقد أو طبيعته، ودون أن يحدث اختلال كبير في اقتصاديات العقد، كما أن إلغاء تفويض المرفق العام من قبل السلطة المانحة، لا يكون إلا بناءً على خطأ جسيم من قبل المفوض إليه أو بناءً على دافع تحقيق المصلحة العامة.

رابعاً- تفويض المرفق العام والوكالة: Le mandat ou procuration

١- **التعريف التشريعي:** عرّفت المادة (١٩٨٤) من القانون المدني الفرنسي الوكالة بأنها: "عقد بمقتضاه يُفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو عدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال أو أفعال، ويُشترط قبول الوكيل ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمناً، وأن يُستفاد من قيام الوكيل بها"، وعرف

١. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٣.

القانون المدني السوري الوكالة في المادة (٦٦٥) الوكالة على أنها: "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"، ومثال ذلك البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم، وتوجيه اليمين.

فالوكالة تتحقق في العقد الإداري عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام، وهذه الوكالة سواء أكانت صريحة أم ضمنية تُضفي على العقد الطابع الإداري، وأصبحت فكرة الوكالة في العقد الإداري معروفة، إلا أنها لم تحظَ باهتمام كبير من قبل الفقهاء، الأمر الذي يُفسر على أنها تأخذ صراحة أو ضمناً بفكرة الوكالة.

٢- نقاط الاختلاف بين فكرة الوكالة في القانون الإداري وفكرة التفويض:

أ- إن موضوع الوكالة ليس محصوراً بإدارة واستغلال المرافق العامة، وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، في حين ينحصر موضوع عقد تفويض المرفق العام بإدارة المرفق العام واستغلاله، كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة، والتي تُعدّ مرافق عامة قابلة للتفويض، أما الوكالة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض كمرفق التعليم أو الصحة.

ب- يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهمة المطلوبة منه، أما في تقنية التفويض فإن المفوض إليه يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام واستغلاله على نفقته ومسؤوليته^١.

ج- يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً وفقاً لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، أما في تفويض المرفق

١. د. نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤٠.

العام فلا يحق لِمَناح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة، إلّا تحقيقاً للمصلحة العامة، أو عند ارتكاب المفوض إليه لخطأ جسيم، أو في حالة حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية.

د- يتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن مُحدد يدفعه إليه الشخص العام الذي وكله^١، أما في ظل تقنية التفويض فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهريّة بنتائج استغلال المرفق، سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام^٢.

خامساً- تفويض المرفق العام والخصخصة: La privatization

إن نظام الخصخصة يُعدّ أحد الموضوعات المهمّة على المستوى العالمي، سواء من الناحية الإدارية أو الاقتصادية، نظراً للركود الاقتصاديّ العالميّ ومُعاناة الدول النامية بوجه خاص من التّضخم الركودي ولجوء الدول المتقدمة للتّضافر فيما بينها لتدعيم مصالحها الاقتصادية بالعديد من الاتّفاقيات الدولية، مثل الاتّفاقية العامة للتعريفات والتجارة "GATT" لفتح الأسواق العالمية للتصدير من الدول المتقدمة، وتحديد المواصفات العامة للجودة "ISO" كشرط أمام الدول النامية لتصدير المُنتجات المُصنعة للدول الأوروبية والأمريكية، واتّفاقية "بازل" للرقابة المصرفية، ويرى البعض أن الخصخصة هي زيادة دور القطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية وتقليص دور القطاع العام، أو هي التحوّل التدريجي إلى القطاع الخاص^٣،

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٦٨.

٢. د. محمد معن ديبوب، المتطلبات الأساسية لنجاح برنامج الخصخصة، مجلة جامعة تشرين للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٨)، العدد (٢)، ٢٠٠٦، ص: ٩٧.

٣. د. محمد صالح الحناوي، الخصخصة المصرية "رؤية شخصية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص: ١٩.

ومنهم من رأى أن الخصخصة هي زيادة مشاركة القطاع الخاص في إدارة ملكية الأنشطة والأصول التي تُسيطر عليها الحكومة أو تملكها^١، وفريق آخر يرى أن الخصخصة هي: عملية قانونية يتم بمقتضاها نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وسنوضح أوجه الشبه والاختلاف بين الخصخصة وعقود تفويض المرفق العام وفقاً للآتي:

١- أوجه الشبه:

أ- إن كل من الخصخصة والتفويض تهدف من حيث النتيجة إلى قيام شخص آخر باستثمار المرفق العام، من خلال مجموعة من المبادئ التي تحكم آلية اختيار المستثمر.

ب- تبقى الإدارة ملتزمة في كل من التفويض والخصخصة بالرقابة على النشاط الذي يتولاه القطاع الخاص، بما يؤمن الاستمرارية في تأدية الخدمة للمنتفعين من المرفق العام.

ج- إن من شأن كل من التفويض والخصخصة أن تؤدي إلى الاحتكار نتيجة صغر حجم القطاع العام، خاصة في حالة الخصخصة الكاملة، بحيث تنتقل من الاحتكار العام إلى الخاص.

د- إن العائدات الناجمة عن الخصخصة أو التفويض تدخل في حساب سياسة الدولة المالية، وخاصة أن الدولة عندما تلجأ لأي من الأسلوبين إنما تسعى لسد عجزها المالي، والحد من النفقات وربما الخسائر التي تتكبدها الدولة.

هـ- إن التفويض والخصخصة يُمثلان أحد أهم صور المشاركة بين القطاعين

١. د. مهند مختار نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مجلة دراسات استراتيجية، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية، جامعة دمشق، العدد (٢١، ٢٢)، ٢٠٠٧، ص: ١١١.

العام والخاص، خاصة عندما تكون الخصخصة جزئية لا تتضمن انتقالاً لملكية الأصول إلى أشخاص القانون الخاص.

و- إن كل من التفويض والخصخصة بحاجة إلى إطار تشريعي يتمثل بإجازة تشريعية.

٢- نقاط الاختلاف:

أ- التفويض هو انتقال الحق في إدارة واستثمار المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص فترة من الزمن، في حين أن الخصخصة تُعدّ وسيلة للتخلي عن النشاط العام لحساب الخاص.

ب- في التفويض تبقى الإدارة صاحبة السلطة في الإشراف والرقابة وتنظيم المرفق العام، فإن للإدارة رقابة تشريعية وإدارية ومالية على المتعاقد المفوض إليه، لأن الدولة تراقب أي نشاط اقتصادي أو ثقافي أو سياسي، أما في الخصخصة فتُرفع يد الإدارة عن المشروع، فلا يعود لها حق توقيع جزاءات، فغالباً ما تبقى رقابتها شكلية غير فاعلة خاصة مع انتقال ملكية الأصول للشخص الخاص.

ج- تؤدي الخصخصة إلى تجريد المُستثمر من امتيازات السلطة العامة التي يُستفيد منها المفوض إليه، فليس للمستثمر في الخصخصة طلب الاستملاك أو الاستيلاء من قبل الإدارة.

د- يمكن أن يأخذ التفويض طابعاً متجدداً، فمن المُتاح أن تعهد الإدارة إلى المُستثمر إدارة واستثمار المرفق العام، ويتمّ تفويض الشخص ذاته لاستغلال ذات المرفق أكثر من مرة، في حين أن الخصخصة، وبحسبانها تُمثّل نقلاً لملكية الأصول إلى المُستثمر، فلا يُتصور أن تتمّ إلا مرة واحدة.

هـ - للخصخصة أساليب عدة، كالأسلوب الذي ينطوي على بيع جزئي أو كلي لحصة الحكومة في ملكية المنشأة، والثاني هو الأسلوب الذي لا يتضمن عملية البيع، أما الثالث فهو الخصخصة في مجال مشروعات البنية التحتية، حيث تُستخدم فيه عدة أساليب في خصخصة المرافق الأساسية، مثل طرح الأسهم في بورصة الأوراق المالية، والبيع المباشر، وعقود الإيجار، وعقود الإدارة.

وفي مجال خصخصة قطاع الطاقة الكهربائية، فإنه من المعروف أنها تمر بمراحل عدة في توليد الطاقة، والنقل، والتوزيع على الشبكات الرئيسية والفرعية، ثم يصل التيار الكهربائي إلى المستهلك، وتستخدم في خصخصة قطاع الطاقة الكهربائية وسائل عدة؛ مثل البيع المباشر للقطاع الخاص كما حدث في المملكة المتحدة والمجر، وعلى الرغم من ذلك، الخصخصة لا تعني استئثار القطاع الخاص بالمشروع دون قيود، بل هناك قيود دستورية من الواجب مراعاتها.

٣- القيود الدستورية على الخصخصة:

أ- حماية المصالح الوطنية للدولة: فرئيس الدولة ملزم بالمحافظة على استقلال الوطن^١.

ب- عدم سيطرة الأجانب على المشروعات الحيوية: لذلك يجوز للدولة أن تقوم بكل ما من شأنه من إجراءات تكفل عدم سيطرة الأجانب على المشروعات الحيوية، مثل مشروعات الطاقة والاتصالات.

ج- رقابة الدولة على مشروعات الخصخصة: القاعدة إن المشروع بعد

١. د. شكري رجب العشماوي، الخصخصة، اتحاد العاملين المساهمين، مفاهيم وتجارب دولية وعربية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص: ١٠٧.

تَمَامِ الخَصْصَةِ يُصْبِحُ مُجَرَّدَ شَرَكَةٍ خَاصَّةٍ، وَلَا يُعَامَلُ مُعَامَلَةً مُتَمَيِّزَةً؛ وَمَعَ ذَلِكَ فَلَيْسَ هُنَاكَ مَا يَمْنَعُ مِنْ أَنْ تَقْرَضَ الدَّوْلَةُ عَلَيْهِ قِيوداً تَتَعَلَّقُ بِالمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ، وَيَتَضَيِّحُ أَنَّ الخَصْصَةَ لَيْسَتْ هَدَفًا فِي حَدِّ ذاتِهَا، إِنَّمَا هِيَ وَسِيلَةٌ لزيادة كفاءة الأداء للاقتصاد الوطني بما يكفل زيادة الإنتاج والإنتاجية، كما أَنَّهَا لَا تَعْنِي إِطْلَاقاً إلْغَاءَ وَظيفَةِ الدَّوْلَةِ الاقْتِصادِيَّةِ ومسؤولياتِها الاجتماعية، بَلْ دَوْرُهَا مُسْتَمَرٌّ فِي تَقْدِيمِ الخِدْمَاتِ الاجتماعية مثل التعليم والصحة والضمان الاجتماعي^١.

سادساً- تفويض المرفق العام وعقود الشراء العام: LES marches publics

١- تعريف عقود الشراء العام: هي تلك العقود التي تُبرمها الإدارة مع الغير في سبيل تقديم أداءات لسد حاجات المرفق العام، ومقابل ثمن مُحدد يُدفع للمتعاقد، وقد تكون هذه الأداءات إنشاء مُشيدَات عامة أو صيانتها أو إصلاحها، فيكون العقد عندئذٍ عقد أشغال عامة، وقد تكون هذه الأداءات ذاتها منقولات يُقدمها المتعاقد للإدارة سداداً لحاجاتها المُختلفة فيكون العقد عندئذٍ عقد توريد، وقد يكون العقد مُتعلقاً بأداء خِدْمَةٍ معينة للإدارة، فيكون العقد عندئذٍ عقد خدمات، وقد عرّف بعض الفقه عقود الشراء العام بأنها: "تلك العقود التي تُبرمها الإدارة مع الغير، ويكون محلّها الشراء العام، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتقديم أداءات مُعينة مُقابل ثمن مُحدد تدفعه الإدارة للمتعاقد بحسبانها طرفاً في العقد، وتُسمّى في هذه الحالة شارباً عاماً"، ويمكن تقسيم هذه العقود إلى: عقود الأشغال العامة، وعقود التوريدات، وعقود الخدمات.

٢- تلتقي عقود الشراء العام مع عقود التفويض:

في اتصال كل منهما في المرفق العام، والطبيعة التعاقدية التي تنشأ بين

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٠، ص: ٦٦-٦٩.

الإدارة والشخص الخاص وإن أهم الفروقات بين هذين العقدين وفقاً لما يأتي:

أ- إن موضوع عقد التفويض يقوم على استغلال مرفق عام، وبدون ذلك أي وجود المرفق العام لا تكون أمام عقد تفويض، أما عقد الشراء العام فإن موضوعه تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي يحتاجها المرفق، دون أن يصل ذلك إلى إدارة واستغلال المرفق، ويختلف المقابل المالي بين كلا العقدين من حيث مدى ارتباطه، حيث يرتبط هذا المقابل في عقد التفويض بنتائج الاستغلال، أما بالنسبة لعقد الشراء العام فإن المقابل هنا يُشكّل ثمناً محدداً بصورة مسبقة تدفعه الإدارة من الموازنة العامة لقاء الخدمات واللوازم والأشغال المنجزة، دون الأخذ بالحسبان لمصدر المقابل المالي في كلا العقدين، سواء أكان الشخص العام أم المنتفعين من خدمات هذا المرفق.

ب- حدد المشرع الفرنسي في قانون "Sapin" رقم (١٢٢) لعام ١٩٩٣، الأحكام القانونية التي يخضع لها عقد تفويض المرفق العام، كما حدد المشرع المصري في نصوص القانون المدني، تعريف التزام المرفق العام وبعض الأحكام المتعلقة به، والتركيز على العلاقة بين الملتزم والمنتفعين من المرفق والقانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالأحكام المتعلقة بالتزامات المرافق العامة، ومجموعة القوانين اللاحقة التي تصب في الاتجاه ذاته، والمشرع السوري سار على نهج المشرع المصري، عندما أورد في نصوص القانون المدني التعريف بالتزام المرافق العام وبعض الأحكام المتعلقة به، والتركيز على العلاقة بين الملتزم "المستثمر" والمنتفعين من خدمات المرفق كون هذه العلاقة تخضع لأحكام القانون الخاص المدني أساساً، وصدر في سورية القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص، أما عقد الشراء العام فقد تم تنظيم أحكامه في سورية بالقانون رقم (٥١) بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، والخاص بنظام العقود للجهات العامة، وفي مصر فقد تم تنظيم أحكامه وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات النافذ رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.

سابعاً- تفويض المرفق العام والتأهيل: Réhabilitation

١- ويُعرّف التأهيل بأنه "جهاز أو سلطة في الدولة أو لكل شخص آخر يُسهم على الأقل ومباشرة في عمل الدولة للقيام بعمل مُعين، حيثُ يكون إما بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية، أو بموجب نظام صادر عن السلطة التنفيذية أو بقرار فردي صادر عن السلطة التقديرية لأحد الأشخاص العامة المستقلة".

٢- ويتفق التأهيل مع عقد التفويض في أنهما يُشكّلان وسيلة لإدارة المرافق العامة، وغالباً ما يكون الشخص الذي يعهد إليه إدارة المرفق العام هو من أشخاص القانون الخاص، ويختلف عقد التفويض عن التأهيل: بأن تفويض المرفق العام يتصف بالطابع التعاقدية، حيثُ تقوم علاقة تعاقدية بين المفوض إليه والسلطة مانحة التفويض ويخضع طرفا العقد للأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض، أما في ظل تقنية التأهيل فإن العلاقة بين الشخص العام والشخص الذي يتولّى إدارة المرفق العام هي علاقة تنظيمية بموجب نصّ قانوني وليست تعاقدية، ويخضع التفويض للنظام القانوني المحدد له، أما التأهيل فإنه لا يخضع للنظام القانوني المُتعلّق بتفويض المرفق العام، ولكي لا يلجأ الأشخاص العامة إلى التأهيل بهدف عدم تطبيق النظام القانوني للتفويض، فإن التأهيل قد يكون نصّاً تشريعياً أو تنظيمياً.

ثامناً- تفويض المرفق العام والترخيص: Autorisation

يُعرّف الترخيص: "هو أن تمنح الدولة وبارادتها المنفردة لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، صلاحية إدارة مرفق عام، بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية أو قرار صادر عن السلطة التنفيذية، أو بقرار فردي صادر عن السلطة التنفيذية، لأحد الأشخاص العامة المستقلة"، وهذا الأسلوب يُطلق عليه: الأسلوب اللاتحي للإدارة غير المباشرة للمرافق العامة، لأنّه لا يتم وفقاً لعقد بل وإتّما لقرار من جانب الإدارة أي يعمل من جانب واحد، ويُطلق عليه

الترخيص أو الإذن أو الموافقة، وهذا الأسلوب يُعدّ استثناءً، لأن القاعدة العامة في إدارة المرفق العام تقضي أن يتمّ التعاقد عن طريق العقد^١.
ويُطرح التساؤل هنا هل يُعدّ نظام الترخيص ينتمي لتقنية تفويض المرافق العامة أم لا ؟.

لقد أكّد مجلس الدولة الفرنسي أن قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣، لا ينطبق إلّا على انتقال إدارة المرفق إلى الغير عن طريق التعاقد، وهذا ما أكّده قسم الأشغال العامة في فرنسا في رأيه الصادر عام ١٩٩٦ بقوله: "إن اصطلاح تفويض المرفق العام لا ينطبق إلّا على انتقال إدارة المرفق إلى الغير عن طريق التعاقد؛ وأن تفويض المرفق العام الوارد في المادتين (٣٨) و (٤٠) من قانون "Sapin"، لا يتناول إلّا الحالات التي يعهّد فيها شخص عام بإدارة المرفق إلى شخص يختاره، وأن الشروط الواردة في هاتين المادتين لا تنطبق إلّا إذا كان التفويض تعاقدياً، وبالتالي إذا كان اختيار المفوض إليه نتيجة قرار صادر من جانب واحد، عن السلطة المسؤولة عن تنظيم المرفق، فإن هذا القرار لا يخضع للإجراءات الواردة في المادة (٣٨) من قانون "Sapin".

ويمكن القول أن تفويض المرفق العام لا يؤدي إلى انتقال ملكية المرفق العام إلى القطاع الخاص، حيث يبقى رأس المال بيد الدولة، ومن ثمّ يكفل هذا عدم التفريط به، ويعالج التفويض قصور التمويل الحكومي لبعض المرافق العامة والمشروعات، علاوة عن توفير العملة الأجنبية، وهذا يعني أن تفويض المرفق العام يلعب دور مهم في جذب الاستثمارات الأجنبية.

١. في سورية تحولت شركة سيريتل للاتصالات من نظام عمل "B.O.T" إلى نظام الترخيص الفردي بالقرار رقم (١) لعام ٢٠١٤ الممنوح لها من الهيئة الناضمة لقطاع الاتصالات.

المبحث الثاني

المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام

حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب أن يُشكّل النشاط موضوع العقد الذي يتمّ تفويضه مرفقاً عاماً، ومن المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة، أو يمكن أن تعهد للغير بتحقيقها، ليست كلّها مرافق عامة، وبالتالي فإن أولى المسائل المهمة هي تحديد ما إذا كان النشاط الذي يتمّ تفويضه يُشكّل مرفقاً عاماً أم لا، ويجب أن يكون المرفق العام قابل للتفويض إلى الغير^١، إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي يجوز تفويضها، كما يقتضي أن تقوم بين المفوض إليه والسلطة مانحة التفويض علاقة تعاقدية بحيث يخضع المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى النظام القانوني المحدد من قبل المشرّع، إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد^٢.

ويجب أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام^٣، وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال^٤، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في المطالب التالية وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: وجود مرفق عام قابل للتفويض.

المطلب الثاني: استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال.

-
١. حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، مجلة المفكر، العدد (١٤)، الجزائر، ٢٠١٥، ص: ٥٥٩.
 ٢. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤٢.
 ٣. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٣.
 ٤. د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سبق ذكره، ص: ٩١.

المطلب الأول

وجود مرفق عام قابل للتفويض

يُعدّ تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، ويقتضي وجود مرفق عام يُشكّل موضوع عقد التفويض، ويجب أن يكون قابل للتفويض.

الفرع الأول

وجود المرفق العام وطبيعته القانونية

لحقّ بمفهوم المرفق العام الكثير من التطوّر فلم يعدّ قاصراً على المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليدياً في مفهوم المرفق العام، وقد أسهم هذا التطوّر في اعتماد تقنية التفويض في مجالات وصور متعددة.

أولاً- مفهوم المرفق العام:

ثارَ خلاف فقهي حَوْلَ تعريف المرفق العام، ومردّ هذا الخلاف إلى اختلاف الزاوية التي يُنظر منها كل فريق إلى المرافق العامة، فقد عرّف الفقيه المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري المرفق العام بأنّه: "مشروع تُديره جهة الإدارة أو تُنظّمه وتُشرف على إدارته، ويُقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام"^١، مثال ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ومثال ذلك أيضاً مرافق المياه والكهرباء والمواصلات والري..^٢ وقد عرّفه الأستاذ "Hauriou" بقوله: "المرفق العام مُنظمة تجمع مجموعة من العناصر البشرية والمادية والقانونية"، كما عرّف الفقيه الفرنسي "A. Bonar" المرفق

١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص: ٢٦٩.

٢. حسناء قليل، المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥، ص: ٧.

العام بأنّه: "المشروع الذي تتعهده السلطة العامة الإدارية والذي تستهدف منه تقديم الخدمات العامة إلى المواطنين بصورة مباشرة أو غير مباشرة ولغاية تأمين المصلحة العامة لكافة المواطنين"^١، وذهب الفقيه الفرنسي **A. De Laubadère** إلى أنّه: "كل مشروع تتعهده جماعات ذات صفة عامة، وتهدف فيه تحقيق حاجة ذات مصلحة عامة"، وبالطبع فإن كلمة جماعات عامة تشمل الإدارات العامة المختلفة، كما أن كلمة مشروع يجب أن تُحمل على معناها الواسع الذي يقصد منه "النشاط المنظم والمزود باليد العاملة ووسائل القدرة على العمل".

ولكن ما لبث أن تطوّر مفهوم المرفق العام، إذ لم يعد يُنظر إليه على أنّه كيان إداري، بقدر الاهتمام بالمفهوم الوظيفي المتعلق بطبيعة النشاط المحقق وخصائصه وهدفه المتمثل بتحقيق المصلحة العامة، وقد عرّف الأستاذ **René Chapus** المرفق العام بأنّه: "نشاط يقوم به أو يؤمنه شخص عام تحقيقاً للمصلحة العامة"^٢، ويرى الفقيه الفرنسي **Jèze** أنّه: "يتعين أن تقتصر عبارة 'مرفق عام' على المرافق الإدارية وحدها"^٣، وإطلاق عبارة "مشروعات عامة" على المرافق الاقتصادية والصناعية والتجارية الكثيرة التي تديرها الدولة أو الأشخاص الإدارية الأخرى"^٤.

ثانياً - تطبيقات عملية للمرفق العام:

١ - نشاط المسارح الوطنية: تردد مجلس الدولة الفرنسي في البداية في مسألة عدّ المسارح الوطنية مرفقاً عاماً، إلّا أنّه ابتداءً من عام ١٩٢٣، ذهب المجلس

١. د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٨٥، ص: ٤٥.

٢. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٩٤.

٣. د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص: ٧٣.

٤. د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص: ١٥٤-١٥٦.

إلى أنه يَجِب أن تُعَدَّ هذه المسارح مرافق عامة لأنها تُسهم في ازدهار الفن في فرنسا^١، وهي لذلك تَدخل في وظيفة الدولة عن طريق نُشر المدينة.

٢- **نشاط الكازينوهات:** في بداية الأمر دَهَبَ مجلس الدولة في حكم معزول عام ١٨٨١ إلى إعطاء صفة المرفق العام لنشاطات الكازينوهات، إذ وَصَفَ عقد استثمار كازينو في داخل مؤسسة استحمام بمياه معدنية، بأنَّه مرفق عام لكنه عادَ وَتَرَاجَعَ عَن حكمه هذا بِشكل ثابت منذ عام ١٩٢٢، فَحَكَمَ بِمناسبة الفصل في طبيعة عقد بناء كازينو مدينة "سان مالو" بِرفض الطبيعة الإدارية للعقد، لأن المؤسسة لم تكن مُخصصة لتأمين مرفق عام، وفيما بَعْد عُرِضَ موضوع عقد استثمار هذا الكازينو نفسه على القاضي الإداري الذي رَفَضَ أيضاً وَصفه بالعقد الإداري، إذ لم يَكُن الأمر يَتَعَلَّق بِرأيه بِامتياز مرفق عام^٢.

وإلا أن تَطَوَّرَ حَدَثٌ في موقف مجلس الدولة بَعْد ذلك وشَهِدَ على الصعوبات المتصلة بالاعتراف بالنشاط المرفقي، ففي قراره في قضية مدينة "روان وآخرون"، عادَ المجلس عام ١٩٦٦ إلى اجتهاده الأولي، ووضَحَ أن عقد استثمار كازينو هو تفويض مرفق عام، وَقَدْ أَسَّسَ حُكْمُهُ هذا على أن عقد الاستثمار لَهُ طابع مرفقي، لأنَّه عقد لمصلحة تَنمِية المحطة السياحية والاستجمامية، وبالنتيجة فَإِنَّ هُنَاكَ أيضاً صِلَةً قوية جداً بين الكازينو والمصيف الذي من دُونِهِ سَيَكُون وصفه بالمرفق العام مُستحيلاً، وَقَدْ كَرَّرَ مجلس الدولة رأيه في عام ١٩٩٥، إذ أَكَّدَ أن نَشَاط مُستثمري الكازينوهات يُساهم في "التنمية السياحية"، وأخيراً في عام ٢٠٠٣ أَوْضَحَ المَفْوَض "متيجافيل" في مطالعته بِقضية بلدية "راماتويل"، التي أَخَذَ المجلس بما ورد

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٦.

٢. أميلي أكون، ألعاب القمار والمرفق العام، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الثالث، باريس، ٢٠٠٧، ص: ٤٤٦.

فيها من طلبات، بأن صفة المرفق العام يجب أن ألا تُسحب من الكازينوهات، لأنها تُسهم في "التنشيط الثقافي والسياحي".

٣- **شبكة الكابلات:** رأى مجلس الدولة أن استغلال شبكة الكابلات يُشكّل مرفقاً عاماً إذا كان المتعاقد الذي عُهد إليه بهذا الاستغلال، يَتمتع بِعدم المنافسة على الأقاليم الذي تُغطيهِ الشبكة، وإذا كان للأفراد المقيمين فيه حق المساواة في الحصول على الخدمة، وإن تعهّد هذه العقود إلى المتعاقد بِمِهْمَة تنفيذ المرفق، وتُعَدّ من ثمّ عقود تفويض مرفق عام^١.

٤- **الطاقة الهيدروليكية:** أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في رأي بتاريخ ١٩٩٥/١١/٢٨، أن امتيازات الطاقة الهيدروليكية تعهّد دائماً للملتزم بِإدارة مرفق عام، واستند المجلس في هذا الرأي إلى أسباب عدة، فالقانون يُلقِي على الملتزم، لضمان أفضل استخدام للطاقة الطبيعية من نَسَاقط المياه وإشباع حاجات الجماعة، عدداً من الالتزامات فيما يتعلّق بتوريد التيار والحد الأقصى للتعريف، واحتياطي الطاقة الذي يجب وضعه بتعريف تفضيلية للمرافق العامة وبعض الأنشطة المتعلقة بالمصلحة العامة، والأشغال التي يجب تنفيذها في إطار هذا الهدف كما يعهّد القانون أيضاً للملتزم بِعدد من الامتيازات فيما يتعلّق بالإشغال المؤقت والدائم للملكية الخاصة، ويُجيز القانون في بعض الأحيان بمساهمة الدولة في الالتزام، ويَنصّ أيضاً على عَودة المنشآت إلى الدولة في نهاية الالتزام، وكُلّ هذه العناصر تُشكّل نظاماً قانونياً لمرفق عام، وشرط أن يَنصّب التفويض على مرفق عام مفروض أيضاً في الدول التي أخذت بالتفويض كطريقة لاشتراك الغير في تنفيذ المرافق العامة.

وفي المغرب حَدَدَت المادة (١) من قانون التدبير المفوض رقم (٥٥٤) عام ٢٠٠٦، تطبيق القانون بعقود التدبير المفوض للمرافق العامة والمنشآت العمومية، وفي تونس وبحسب المادة (٢) من قانون اللزمات رقم (١٢٣) لعام

1. C. E. 25 juillet 1995، Section de l'intérieur، rapport، 47، precite، p:422.

٢٠٠٨، فإن الغرض من التفويض هو تحويل المفوض له "صاحب اللزمة" التصرف في مرفق عمومي أو استعمال أو استغلال أملاك ومعدات عمومية.

ثالثاً - الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام:

تعدّ تقنية تفويض المرفق العام من الأعمال القانونية التي تقوم به الإدارة^١، إما من خلال إصدار قرار إداري أي بعمل من جانب واحد، ويطلق عليه أما الترخيص، الإذن، الموافقة،... إلخ، ونكون في هذه الحالة يصدر تفويض إدارة مرفق لا يتضمن أي عنصر تعاقدي، ويدعى بالأسلوب القانوني أو اللاتحي، غير أن هذا الوضع لا يشكل قاعدة في إسناد وإدارة المرفق للقطاع الخاص؛ بل استثناءً من الأسلوب التعاقدية الذي يتفق وينسجم أكثر مع تفويض إدارة المرفق العام إلى القطاع الخاص، وهناك حالات كثيرة في القانون الفرنسي تُعالج هذه الأنواع من العقود بوساطة أسلوب الترخيص، ومثال ذلك أن يعهد تقنين المباني والإسكان مهمة مرفق عام إلى الشركات الخاصة، تقديم الخدمات الخاصة بدفن الموتى وهي من المرافق العامة سواء بوساطة المقاطعات أم من تفويضهم أو بوساطة أي مشروع أو جمعية... إلخ^٢.

وعندما نكون بصدد عقد إداري، ما الذي يغلب على تقنية التفويض؟ هل هو الطابع التعاقدية الكامل، أم الطابع التنظيمي هو الغالب، بحيث تصبح تقنية التفويض عبارة عن عقد ذات آثار تنظيمية؟

وللإجابة على ذلك، لابد من الوقوف عند النظريات التي طرحها الفقه لمحاولة تكييف عقد الالتزام من الوجهة القانونية ومحاولة تفريق عقد الالتزام عن غيره من العقود الإدارية التي تُبرمها الإدارة؛ وفقاً للآتي:

١ - نظرية القرار الإداري لالتزام المرفق العام "النظرية الألمانية":

ناقشت هذه النظرية الطبيعة القانونية لعقد الالتزام، واختلف الفقه حول

1. Gilles J Gugliemi, op. cit, p:111.

٢. د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢-٢٣.

الطبيعة القانونية للالتزام المرافق العامة، فالبعض عدَّ التزام المرافق العامة تصرفاً لإرادة منفردة يصدر عن السلطة الإدارية المانحة للالتزام بما تتمتع به من امتيازات مَنحها إياها القانون العام، ويخضع الملتزم لهذا التصرف بملء إرادته، وذلك من خلال قبوله بشروط الالتزام^١، كما عدَّ أنصار هذه النظرية أن الالتزام، وهو إحدى صور تقنية تفويض المرفق العام، إنما يُكَيَّف بوصفه قراراً إدارياً موقوفاً على قبول المخاطب به، ويحصر دور الملتزم بمجرد قبول الالتزامات الموجودة في وثيقة الالتزامات، إلا أن هذه النظرية اشتملت على عيب تمثل في إغفال إرادة الملتزم^٢، خاصة، وأن لهذه الإرادة دوراً مهماً في تكوين عقد الالتزام، وهذا ما جعل هذه النظرية مُفْتَقِرَةً للتأييد في فرنسا، وبالرغم أننا نجده في سورية، ومثال ذلك، قد جرى منح تراخيص النقل الداخلي لمالكي عربات النقل وبصورة منفردة، مساهمة من هؤلاء في تسيير مرفق النقل الداخلي، وفقاً لنظام قانوني موضوع لذلك.

وكذلك الحال في مصر فقد تبنَّى المُشَرِّع المصري أسلوب التفويض على أساس الترخيص الإداري، من خلال ما أخذت به بعض القوانين بشأن التراخيص المؤقتة في إدارة بعض مرافق النقل العام، إذا تَعَدَّرَ مَنَح الالتزام، أو لمواجهة ظروف طارئة^٣، فقرار الترخيص عدَّ ضِمْنَ هذا السياق استثناءً في حالة تَعَدَّرَ مَنَح الالتزام عن طريق التعاقد، فالترخيص الإداري في هذا المجال يعني أن عملية استغلال المرفق العام يُعَهَّد بها إلى القطاع الخاص بقرار إداري، ومن تطبيقات ذلك في مصر القانون رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المُتعلِّق

١. د. إبراهيم الهندي و د. عيسى الحسن و د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٧.

٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٩٣؛ نعيمة أكلي النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري وزو، ٢٠١٣، ص: ٧٢.

٣. د. مهدي مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٥.

بإحداث جهاز لتنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية بوزارة النقل، تؤول إليه الاختصاصات المسندة للهيئة القومية للاتصالات، ومن ضمنها إصدار التراخيص للشركات للعمل في مجال الاتصالات، ومثال ذلك منح أول ترخيص في ١٨/٤/١٩٩٨ إلى الشركة المصرية لخدمات الهاتف المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات بنظام (GSM-900) في مصر^١.

٢- النظرية التعاقدية للالتزام المرفق العام: *Acte Contractuel*

على الرغم من احتواء عقد التزام المرفق العام على بنود غير مألوفة في القانون الخاص، فقد كانت النظريات الفقهية، وحتى بداية القرن العشرين، تُعدّ عقد الالتزام وبوصفه صورة من صور عقود تفويض المرافق العامة، إنّه يحمل الطابع التعاقدى الحصري، وقد تجلّى هذا التوجه، بتطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون المدني، حيثُ عُدّت الإدارة مانحة الالتزام بمثابة المشتراط، وصاحب الالتزام يُمثّل الفريق الذي يلتزم بتنفيذ الشرط لمصلحة الغير "المنفعين من المرفق العام"، وقد تبنّى هذه النظرية العلامة "Lafferriere"، حيثُ عدّ الأستاذ "Hauriou" أن العملية بكاملها تعاقدية، وهي تتألف من عقدين متلاصقين، وهما: عمل الالتزام الذي هو عقد بين الإدارة والمتعاقد معها، والاتفاقية المالية الموقعة بين أطراف عمل الالتزام المرفقي^٢، وإلا أن تلك النظرية لاقت الكثير من الانتقادات على فرض أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تقتضي تحديد الشخص المستفيد من الاشتراط، في حين أن العقد الذي تُفوض بموجبه الإدارة شخصاً من أشخاص القانون الخاص بإدارة واستثمار مرفق عام^٣ لا يتضمّن تحديد المستفيد أو المنفع من

١. د. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة

وآثارها على عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص: ٣٦٥-٣٨٠.

2. M. Hauriou، ote sous C.E 14 Fevrier، 1902، B lanleuil et vernaudon.

3. L. Duguit، De La situation des particuliers a l'égard des services publics، R.D.P، 1907، p:411.

هذا العقد بصفة شخصية، كما أن هذه النظرية عاجزة عن تفسير حق المنتفعين في مراجعة القضاء الإداري وطلب إبطال قرارات الإدارة ذات الصلة لعلّة تجاوز حدود السلطة بالتدابير المتخذة خلافاً للعقد وأحكام دفتر الشروط، وفضلاً عن ذلك، فإن اعتماد الطابع التعاقدي لعقد التزام المرفق العام من شأنه أن يجعل العقد خاضعاً لإرادة الفريقين، وإطلاق هذا المبدأ يتنافى مع سلطة الإدارة في استخدام امتيازاتها لفرض شروط غير تقليدية أو مألوفة في حق القانون الخاص^١.

٣- نظرية العمل المزدوج: Double Acte

ظهرت هذه النظرية كبديل عن النظرية التعاقدية التي لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليها، فقد أعلن الاجتهاد القضائي في فرنسا في قضية "Croix De Seguey Tivoli"^٢ أن عقد التزام المرافق العامة له طابعان، تنظيمي وتعاقدي، وقد كرّس هذا المفهوم أيضاً مفوض الحكومة "Lerourneur" في مطالعته بقضية "Societe Du Journal".

كذلك فقد أيدَ الفقيه "Dufau" هذه النظرية، إذ رأى أن المرفق العام، بالنسبة للمنتفعين من خدماته، ليس إلا مؤسسة قانونية تنظيمية، سواء تمت إدارته عن طريق الامتياز أو لا^٣، وإن هذه النظرية لم تسلم من توجيه النقد إليها أيضاً، إذ كيف يُمكن لعمل قانوني واحد أن يحمل طبيعتين، تعاقدية وتنظيمية، في آن معاً؟ خاصة مع وجود تعارض قانوني كبير بين المفاهيم التنظيمية والتعاقدية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول اجتماع تلك الطبيعتين في عمل قانوني واحد^٤.

1. L. Duguit، De La situation des particuliers a l'égard des services publics، R.D.P، 1907، p:412.

2. C. E. 25 juin، 1948، Leb، p:289.

3. J Dufau، Les concessions de service public، p:37.

٤. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣١.

٤ - نظرية العمل المختلط: Acte Mixte

مفاد هذه النظرية أن عقد التزام المرافق العامة هو عمل قانوني مختلط، يَضم بين ثناياه بنوداً تنظيمية وأخرى تعاقدية، فعقد الالتزام تَختلف طبيعته القانونية باختلاف الجهة التي تَنسحب آثاره عليها، فهو يأخذ الطابع التنظيمي في العلاقة بين صاحب الالتزام والمنتفعين، في حين أنه يأخذ الطابع التعاقدي في العلاقة بين الإدارة مانحة الالتزام والمتعاقد صاحب الالتزام^١.

وتبعاً لهذا الاتجاه، فإن البنود التنظيمية تُعدّ بمثابة قواعد عامة مُجرّدة تتشابه مادياً مع القانون، وتُطبق ليس فقط على أطراف العقد بل تَطال الغير أيضاً، فكل من سَيستفَع من المرفق العام، أو له علاقة به تُطبّق عليه البنود التنظيمية، فهي ضمانة للمنتفعين^٢، ونرجح الجانب التنظيمي للعلاقة بين الجهة العامة والمفوض إليه.

الفرع الثاني

مجال المرفق العام القابل للتفويض

لا يكون هناك تفويض صحيح للمرفق العام إلا إذا كان المرفق قابلاً للتفويض، وإن اشتراط قابلية المرفق للتفويض ليس معياراً لتمييز تفويض المرفق العام، ويعني أن العقد الذي يُفوض مرفق عام غير قابل للتفويض يكون غير مشروع، لكنه مع ذلك يظلّ عقد تفويض مرفق عام، حيث إن قابلية

١. نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٦.

٢. أصدر مجلس شورى الدولة اللبنانية القرار رقم (٤١٠) تاريخ ١٩٦٩/٧/٢ في قضية "شركة كهرباء لبنان/الدولة"، والذي ينصّ على أنه: "إلى جانب الأحكام التنظيمية الواردة ترد في دفتر الشروط بنود تعاقدية تنشأ عنها أوضاع قانونية نهائية خاصة لمصلحة صاحب الامتياز، وإن هذه الأوضاع التعاقدية لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين، تحت طائلة التعويض أو الفسخ، وذلك عملاً بالمبادئ القانونية التي ترعى شؤون العقد وتقضي بأن العقد هو شريعة المتعاقدين".

المرفق العام للتفويض هي شرط لصحة التفويض، لكنها ليست معياراً له^١.
أولاً- المرافق العامة الدستورية:

برزَ مفهوم المرافق العامة الدستورية بشكله الاصطلاحي "أول مرة" من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم (٢٠٧) في ٢٥ - ٢٦ حزيران لعام ١٩٨٦ الذي عدَّ هذه المرافق هي التي "تستمد ضرورة وجودها وقيمتها من المبادئ والقواعد الدستورية"، وقد استمر المجلس الدستوري الفرنسي بتوصيف هذه المرافق بعبارات مثل، "المرافق العامة التي يتطلَّب الدستور وجودها، أو المرافق العامة التي تَجِدُ أساسها في الأحكام ذات الطبيعة الدستورية أو حتى بأنها المرافق العامة التي يتطلَّب الدستور وجودها وتَشغيلها..". وتبدو إرهابات هذا المصطلح باديةً بشكل واضح من خلال الرأي الاستشاري للجنة القانون التابعة للجمعية الوطنية الفرنسية الذي مَيَّزَ ومنذ العام ١٩٨٠ بين الوظائف السيادية للدولة التي أسماها "مهام الدولة" التي يقوم بها موظفو الدولة

١. تُشكِّل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على فرض أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماته، ويُمكن تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة ذات الطابع الإداري كمرفق التعليم والصحة والسجون، حيثُ أكَّدَ مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على إمكانية تفويض إدارة المرافق العامة الإدارية وليس فقط المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وذَهَبَ الفقه الفرنسي إلى البحث في مدى قابلية المرافق العامة التي تتمتع بالطابع الاجتماعي والثقافي للتفويض. خصوصاً أن قانون سابان "Sapin" لم يَسْتبعد هذه المرافق من مجال تطبيقه، وصَدَرَ تَعميم وزاري في عام ١٩٩٨، أكَّدَ على إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق العامة الاجتماعية، ويتوقف تفويض المرفق العام على طبيعة هذا المرفق، ذلك أن الدستور قد يَمنع مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ أنواع معينة من المرافق العامة، ويُمكن تقسيم هذه المرافق العامة إلى نوعين هما المرافق العامة الدستورية والمرافق العامة المهمة للدولة.

. Avis C.E. 7 oct 1986, GACE, p:247.

. J .B Auby, Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public, précite, p:5.

. C. E. 2 juin 1995 ville de nice, Rec, p:668.

حصراً، وبين المرافق العامة الأخرى التي يجوز تفويضها لمشغلين من القطاع الخاص، والمرافق العامة الدستورية^١، هي المرافق العامة ذات الطابع القومي الشامل التي تقوم بسد الحاجات الضرورية والعامة التي يجب أن تستمر في عملها، وإلا تُهدد بقاء الدولة ذاتها للخطر، ما يعني وجوب إبقائها تحت لواء الإدارة العامة، ضماناً لحسن استمرارها في أدائها لعملها، من دون توقف أو تعثر، وهي أيضاً المرافق العامة التي ترتبط ارتباطاً عضوياً بكيان الدولة وبشخصيتها القانونية، ومن ثم فإنه ليس كل مرفق عام يُمكن أن يكون "دستورياً"، وقد أكدّ المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (٣٨٠) لعام ١٩٩٦، أن مفهوم المرفق العام الدستوري أضيق من مفهوم المرفق العام الوطني، ولذلك فإن مرفق الاتصالات هو مرفق عام وطني لكنه ليس مرفقاً عاماً دستورياً^٢.

وقد أشارت محكمة العدل الأوروبية "Justice De Cour" ومنذ العام ١٩٨٠، إلى هذا النوع من المرافق الذي "ينطوي على اتصال مباشر أو غير مباشر، بممارسة السلطة العامة، والوظائف التي صُممت لحماية المصالح العامة للدولة والتي يجب أن تبقى وطنية، وملكاً للعامة، وفي متناول جميع

١. إن قابلية المرفق العام للتفويض هي شرط لصحة التفويض لكنها ليست معياراً له، وفي حالة ما إذا كانت إدارة المرفق تتم بواسطة التفويض، أو الاستغلال المباشر، إذ لا توجد مرافق يجب أن يعهد بإدارتها إلى ملتزم خاص، وليس من السهل تطبيق هذا الشرط في كثير من الأحيان، فالمسألة هي معرفة ما هي الاختصاصات التي لا يمكن للشخص العام التخلي عنها، إذا ما عهد بإدارة جزء من نشاط المرفق إلى الغير، لأن القاعدة أن الشخص العام لا يجوز له أن يتخلى كلياً عن المرفق العام، ويجب أن يحتفظ بحق الرقابة عليه، ويتحمل المسؤولية النهائية، وهذا يقصد به عدم جواز التنازل عن كل الاختصاصات التي يملكها في مرفق ما، وبالمقابل لا يوجد مرفق عام يستبعد تماماً وجود أي قدر من التفويض، فالتفويض قد توغل في كل المرافق، وإن كانت نسبة متفاوتة. مذكور لدى : د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤.

٢. إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٩)، العدد (٢)، ٢٠١٣، ص: ٣٧٣.

المواطنين في دول الاتحاد الأوروبي"، وعلى الرغم من وضوح مفهوم المرافق العامة الدستورية، إلا أن بعض الفقه يؤكد بأن هذا المفهوم، وتحديد ماهية المرافق العامة الدستورية لا يتم وفق القانون الإداري وإنما وفق الدستور^١، وإن فكرة المرفق العام الدستوري ليست بالمهمة السهلة، ولا توجد إلا مؤشرات محدودة في بعض أحكام القضاء، لذا فإن اجتهادات القضاء يمكن أن تختلف بصدد ما يُعدّ من المرافق العامة الدستورية وما لا يُعدّ كذلك، وعلى حدّ تعبير بعض الفقه الفرنسي فإن طائفة المرافق العامة الدستورية تجعلنا أمام طائفة لا يمكن العثور عليها^٢، واستناداً لأحكام المجلس الدستوري الفرنسي فإن المرافق العامة الدستورية هي مرافق قومية بالضرورة، ويترتب على ذلك القول إن المرافق المحليّة لا تُعدّ مرافق دستورية طالما أن المجلس الدستوري قد ربط بين فكرة المرافق الدستورية والمرافق القومية^٣، ولكن ليست المرافق القومية كلّها مرافق دستورية بالضرورة، وقد تبنّى المجلس الدستوري الفرنسي هذا الموقف في حكمه الصادر في قضية "France Telecom" عندما عدّ أن مرفق الاتصالات ليس مرفقاً دستورياً، إنّما هو مرفق وطني، وإن اصطلاح المرافق الوطنية الوارد في مقدمة دستور ١٩٤٦ لا يتعلّق فقط بالمرافق الدستورية بطبيعتها، وإنّما يعني أيضاً المرافق العامة التي أنشأها المشرّع بصفتها تلك، إما بسبب حجمها أو شكلها أو غايتها، وهكذا يمكن أن تكون المرافق العامة القومية في فرنسا، التي لا تُعدّ مرافق دستورية مجالاً لمشاركة القطاع الخاص بشرطين، الأول ألاّ تُشكّل هذه المرافق احتكاراً واقعياً، وأن يرفع عنها المشرّع وصف المرفق القومي، وظهّرت في لبنان فكرة المرفق العام الدستوري من خلال أحكام المجلس الدستوري، إذ جاء في قراره رقم (٢٠٠٠/٤): "إنّ القبول

1. M. Durupty. Les Privatisation en France –Documentation Francis. 1988، p:47.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٢.

٣. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤١.

بمخصصة المشاريع العامة أو المرافق العامة يتوقف على طبيعة النشاطات العامة المراد تخصيصتها، وهذا يقتضي التمييز بين المرافق العامة القابلة للخصخصة والمرافق العامة غير القابلة للخصخصة وبما أن المرافق العامة غير القابلة للخصخصة هي المرافق العامة الدستورية، أي المرافق العامة الوطنية التي يتطلب الدستور وجودها وتلك التي يجب أن تبقى حقلاً محفوظاً للقطاع العام^١، أي حكرًا على الدولة ومؤسساتها كالمرافق العامة ذات الصلة الإدارية، بينما المرافق العامة الاقتصادية يمكن أن تكون محلاً أو موضوعاً للخصخصة^٢.

١ - المرافق العامة الدستورية التي تربط بسيادة الدولة:

وهي المرافق التي تضطلع بوظائف مرتبطة بسيادة الدولة، والقاعدة العامة بالنسبة لهذه المرافق أنها ليست محلاً للتفويض حتى لو كان هذا التفويض يرد على الإدارة فقط، لأنه يتعلق بجوهر السلطة العامة، ويأتي في مقدمة هذا النوع من المرافق الدستورية ما يلي:

أ - **مرفق الجيش والقوات المسلحة:** والذي يتولى وظيفة سيادية للدولة، وتحرص دساتير معظم الدول على تأكيد احتكار السلطات العامة لوحدها في إنشاء القوات المسلحة، وينص الدستور المصري لعام ١٩٧١ في المادة (١٥٠) على أن: "الدولة وحدها هي التي تنشئ القوات المسلحة ولا يجوز لأية جماعة إنشاء تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية"، وتنص المادة (٢٠) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨: "على أن توضع القوات المسلحة تحت تصرف

١. واضح من هذا النص أن المجلس الدستوري اللبناني قد ربط بين فكرة المرافق العامة الدستورية وفكرة المرافق العامة الإدارية، وتنقسم المرافق العامة الدستورية إلى نوعين هما المرافق العامة الدستورية التي ترتبط بسيادة الدولة مثل الدفاع والقضاء والعلاقات الدولية والشرطة والضرائب، ومرافق عامة دستورية لا ترتبط بسيادة الدولة مثل التعليم والصحة.

٢. د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص: ١٢٠-١٢١.

الحكومة، برئاسة رئيس الجمهورية".

وهو أمر طبيعي ومنطقي لأنها رمز من رموز السيادة الوطنية التي يُشَدِّد الدستور الفرنسي في المادة (٣) منه على أنه: "لا يجوز لأي فئة من الشعب أو أي فرد أن يُسوغ لنفسه حق ممارسة السيادة الوطنية".

وتنص المادة (١١) من الدستور السوري لعام ٢٠١٢: "الجيش والقوات المسلحة مؤسسة وطنية مسؤولة عن الدفاع عن سلامة أرض الوطن وسيادته الإقليمية، وهي في خدمة مصالح الشعب وحماية أهدافه وأمنه الوطني".

ب- مرفق القضاء: ويُعدّ مرفق القضاء كذلك من المرافق العامة السيادية التي تختص بها الدولة حصراً، وتُعدّ السلطة القضائية إحدى السلطات الرئيسية في الدولة المعاصرة، إلى جانب السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وهي مظهر من مظاهر هيبتها وسلطانها العامة، ولذلك فإن مرفق القضاء يُعدّ من المرافق الدستورية السيادية في الدولة الذي نصّت عليه معظم الدساتير العالمية وضمنت استقلاليتها عن باقي سلطات الدولة وأجهزتها، وفي هذا الإطار، فإننا نجد أن المادة (٦٤) و(٦٥) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدّل عام ٢٠٠٨، تنصّ على أن "رئيس الجمهورية هو حامي استقلال السلطة القضائية ويساعده في ذلك مجلس أعلى للقضاء"، ويرأس مجلس القضاء الأعلى رئيس محكمة النقض^٢، كما أن المادة (٣) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية،

١. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي قد عدّ بأن تركيب السلطات العامة لأنظمة المراقبة بالفيديو وتوفير نقل وتسجيل الصور الملتقطة على الطرق العامة المستخدمة من قبل السلطات العامة لحماية المباني والمرافق العامة والمناطق المحيطة بها ولتنظيم حركة المرور وضبط انتهاكات قانون السير أو لمنع وقوع ضرر على أمن الأشخاص والممتلكات في المناطق المعرضة للخطر وبشكل خاص للاعتداء أو للسرقة، ليس من شأنه المساس بالحريات التي يحميها الدستور. انظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي:

– C. C، Décision n° 94-352 DC، 18 janvier 1995، Journal officiel du 21 janvier 1995، p:1154، Recueil، p:170.

٢. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص:٤٦.

تؤكد أن مرفق القضاء هو من صميم اختصاص السلطة العامة، عندما تنصّ على أنه: "تتاط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة، وبمحاكم أدنى درجة كما يرتتي الكونغرس، ويُنشئ من حين لآخر"، وتنصّ المادة (١٦٥) من الدستور المصري ١٩٧١ على: "السلطة القضائية مُستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون"، كما تُشير المادة (١٦٦) إلى أن: "القضاة مستقلون، لا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة"، وتنصّ المادة (١٣) من الدستور السوري ٢٠١٢ على أن: "السلطة القضائية مُستقلة ويضمن رئيس الجمهورية هذا الاستقلال يُعاونه في ذلك مجلس القضاء الأعلى".

ج- مرفق الشرطة "البوليس": بالنسبة لمرفق الشرطة فإنّه إذ يُعدّ كذلك من المرافق الدستورية التي تتصل بسيادة الدولة، إذ يتولّى حفظ الأمن وتّعقب المجرمين، ويُعدّ من أهم المرافق الدستورية السيادية لأنّه يتضمّن عمليات السلطة العامة، وينطوي على عنصري الأمر والإخضاع المطلقين، ولذلك فهو يرتبط مباشرة بسيادة الدولة، ولا يُمكن القيام بمهامه إلّا من جانبها. وقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ بشكل حاسم ومُستقر، في العديد من أحكامه وخاصة في حكمه المبدئي الصادر في قضية **Ville De Castelnau** حين رفض المجلس العقد الذي أُسندت بموجبه مدينة **Castelnau**، بعض اختصاصات الضبط الإداري إلى شركة خاصة، مقررًا أن: "مرفق الشرطة بطبيعته لا يُمكن أن يُسند إلّا للموظفين الموضوعين تحت السلطة المباشرة للإدارة"، كما أدان المجلس العقد الذي يُمنح لأحد الأفراد سلطة تنظيم صيد السمك في إحدى البحيرات، وكرّر مجلس الدولة الفرنسي موقفه وأكدّ أن اختصاصات البوليس لا يُمكن تفويضها ولكنّه

1. C. E 17- 6-1932 Dalloz 3. 1932، p:26.

منكور لدى جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء لثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص: ٤٨٣.

في نفس الوقت لم يستبعد أن يعهّد بإجارة مواقف السيارات على الطريق العام إلى إحدى الشركات، كما قرّر المجلس في نفس الوقت عدم مشروعية الاتفاق من ناحيتين: الأولى: أنّه يضع العاملين المحليين المكلفين بإثبات مخالفة الانتظار على الطريق العام تحت أمر الشركة المفوض إليها، والتي تتولّى تنظيم عملهم، والثانية: إن الاتفاق يُقيّد سلطة المدينة في تعديل عدد أماكن انتظار السيارات، فهنا رأى المجلس أن هذه الاتفاقية عهّدت إلى الشركة بامتيازات البوليس الخاص بالانتظار على الطريق العام، والتي لا يجوز تفويضها قانوناً^١.

وقد كرّس المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ الطبيعة الدستورية لمرفق الشرطة، وعدم إمكانية خصصته أو تفويضه للقطاع الخاص، من خلال قراره الصادر بتاريخ (١٠) آذار عام ٢٠١١، حينما عدّ أن القانون الذي يسمّح لمشغلين من القطاع الخاص بتنفيذ عمليات المراقبة الإلكترونية والرصد الفوري للمباني والمرافق العامة والطرق العامة السريعة، وتشغيل أنظمة الدوائر التلفزيونية المغلقة في القطاع العام ومشاهدة هذه الصور وعرضها بالنيابة عن الجهات العامة، هو قانون مخالف للدستور، لأنّه يُخوّل هؤلاء ممارسة مهام ذات صلة بسيادة الدولة، كما أنّه ينطوي على تجاهل للمتطلبات المتصلة بالحماية الدستورية للحرية الفردية والخصوصية، ويُضيف قرار المجلس بأنّه وبموجب المادة (١٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر بتاريخ ١٧٨٩، فإن ضمان حقوق الإنسان والمواطن يتطلّب قوة عامة يتمّ إنشاؤها لمصلحة الجميع، لصالح أولئك الذين أوكلت إليهم، وبالتالي فإن

1. C. E. 1er avril 1994، commune de monton، Rec، p:175، RDP 1994، p:1825 note J. B. Auby؛ ch. Maugue، Les délégation de service ET Le juge administratif، AJDA، 1996، p:598.

مذكور لدى د. فيصل عليان الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص:٢٦.

تفويض المشغلين الخاصين بهذه المهمات من شأنه تمكينهم من ممارسة مهام الشرطة الإدارية المرتبطة بالسلطة العامة، والتي تُعدّ حجر الزاوية في حماية حقوق جميع الأفراد.

وبالرغم من حَظَر أغلب دساتير الدول تفويض مرفق الشرطة للقطاع الخاص، إلّا أنّه يوجد مع ذلك ظُهور اتجاه حديث في بعض الدول كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية يُجيز أن يُعهد للقطاع الخاص القيام ببعض المهمات التي يتولّاها مرفق الشرطة من خلال شركات خاصة، إذ أجازت ولاية "فرانسيكو" للأفراد بأن يستفيدوا من خدمات الشرطة بصورة خاصة مقابل مبلغ من المال، وقد بدأ اشتراك القطاع الخاص في مهمات تتعلّق بحفظ الأمن قبل أكثر من أربعين عاماً في دول مثل الولايات المتحدة وبريطانيا، إذ شجعت بريطانيا بروز شركات متخصصة بالأمن^١، ويشهد الأمن الخاص نمواً استثنائياً في الولايات المتحدة الأمريكية يصل إلى حد الخروج عن الإطار الضيق للأمن العام فيشارك في المهمات العسكرية، إذ لم يتّردّد "البنتاغون" في العمل على إشراك شركات خاصة في الأعمال العسكرية، فعُهد إليها بمهام استخباراتية وحراسة مواقع حساسة وحماية القوات التي تقوم بعمليات خارجية، واحتلت هذه الشركات مكاناً بارزاً في الحرب الأمريكية على العراق عام ٢٠٠٣ إذ تم استخدام أكثر من عشرين ألف عنصر أمني خاص^٢.

د - مرفق السجون: وفيما يتعلّق بمرفق السجون فإنّه أصبح في الآونة الأخيرة قابلاً لإدارته من القطاع الخاص في بعض الدول، بداعي أنّه يجب التمييز بين الحكم بالعقوبة، وهي وظيفة ترتبط بسيادة الدولة وبين تنفيذ العقوبة وهي وظيفة لا ترتبط بسيادة الدولة، ومن ثمّ يجوز أن يُعهد بهذه المهمة إلى القطاع

١. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٠.

٢. فلونس نيكو، مشاركة الأشخاص الخاصين في السلامة العامة، الواقع الراهن والآفاق، مجلة

القانون العام وعلم السياسة، العدد (٥)، لبنان، ٢٠٠٦، ص: ٢٧٢.

الخاص، وهذا ما أخذَ به قانون (١٢) حزيران لعام ١٩٨٧ الفرنسي بشأن مرفق السجون؛ إذ نصَّ على إمكانية أن يُعهد بإدارة السجون إلى أشخاص القانون العام والخاص فيما عدا وظائف القيادة والرقابة والإدارة^١.

وأصبح القطاع الخاص يُدير السجون في عديد من الولايات الأمريكية، إذ قامت ولاية "أركنسو" بتوقيع عقد مع إحدى الشركات الخاصة لبناء وتشغيل أول سجن قطاع خاص والتمويل من جانب الولاية من خلال سندات مُعفاة من الضرائب، وهذه السندات خاصة بمزارع سجون الولاية التي تُدر عائداً يُقدر بأكثر من أربعة ملايين دولار ونصف سنوياً، وفي ولاية "منسيوتا" شارك القطاع الخاص في إضافة أجزاء إلى السجون القائمة لتوسيعها، أما في ولاية "أوهايو" فإن الشركة الخاصة "WCC" وقعت عقداً مع سلطات الولاية لتشييد مبنى أمني يتسع لنحو ألف وخمسمئة سرير بتكاليف مقدارها خمسة وأربعون مليون دولار، وتتوقع الشركة أن تُحقق مكاسب مقدارها عشرين ألف دولار في العام عن كل نزيل^٢، وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول مثل المملكة المتحدة طبقت نظام الامتياز على بعض المرافق الاجتماعية مثل السجون.

هـ- المرفق الضريبي: يُعدّ بطبيعته من المرافق العامة الدستورية السيادية، لأنّه من أهم الوسائل التي تستخدمها الدولة في سبيل تمويل أجهزتها ونشاطاتها العامة وتقديم الخدمات لعموم المواطنين، ومن ثمّ فهو من المرافق التي لا يمكن للدولة خصخصتها والتخلّي عنها، لأنّ من شأن هذا التخلّي حرمانها من مصدر مالي هام جداً، فضلاً عن أن من شأنه الإخلال بمبدأ "مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة"، الذي قرّرتُه المادة (١٣) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، للحفاظ على القوة العامة، ولتوفير النفقات الإدارية، فإن الضريبة العامة أمر لا غنى عنه، ويَجِب أن توزع

١. د. محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٥.

٢. تقييم برامج الخصخصة في منطقة الاسكوا، نيويورك، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا "الاسكوا"، ١٩٩٠، ص: ٢٤.

بالتساوي بين جميع المواطنين كل بحسب نسبة قدرته على الدفع، وقد عادت ديباجة دستور عام ١٩٤٦ لتأكيد هذا المبدأ، عندما نصّت في فقرتها الثانية عشرة: "أن الأمة تتادي بالتضامن والمساواة بين كل المواطنين الفرنسيين في تحمّل الأعباء الناجمة عن الكوارث الوطنية"، وضماناً لهذه المساواة فقد أكّدت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨^١: "أن القانون هو الذي يُحدد القواعد المتعلّقة بأساس فرض الضرائب مهما تكن طبيعتها ونسبها وكيفيات تحصيلها"، وقد رسّخ المجلس الدستوري الفرنسي دستورية تدخّل المُشرّع في تنظيم السلطة الضريبية، عندما عدّ بأن: "مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لا يمنع السلطة التشريعية من ممارسة صلاحياتها المستمدة من المادة (٣٤) من الدستور.. وبالتالي تَقْلِيل العبء الواقع على كاهل بعض دافعي الضرائب، من خلال خَصْم قانوني جزئي ومحدود ومُتدرج للضريبة"، فإن هذا المبدأ لا يَمْنَع المُشرّع من وَضْع رسوم محددة هدفها تشجيع دافعي الضرائب على التصرف وفقاً لأهداف المصلحة العامة أو لتشجيع الشركات والنشاط الاقتصادي وخلق فرص العمل^٢، وفي هذا السياق ويؤكد الدستور المصري أيضاً أهمية الضريبة العامة من خلال عدّها واجباً يُجب أدائه، إذ تنصّ المادة (٦١) من الدستور المصري على أن: "أداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقاً للقانون"، كما تكرر النصّ نفسه حرفياً في الدستور السوري من خلال نصّ المادة (٤١)^٣،

1. P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publique; thèse, L.G.D.J., Paris, 1969, p:91-92.

2. C. C. Décision n° 2011-638 DC, 28 juillet 2011, Journal officiel du 30 juillet 2011, p:13001.

٣. انظر أيضاً في الضمان الدستوري للمساواة، المادة (٤٠) من الدستور المصري التي ترسي مبدأ المساواة في أحلى صورة وأوضح بيان بنصّها: "المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تميّز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"، وأيضاً الفقرة (٣) من المادة (٢٥) من الدستور السوري عام ٢٠١٢ التي تنصّ على أن: "المواطنون متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات".

ويؤكد المجلس الدستوري الفرنسي أن: "تَحصيل الضريبة لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات "Organisms" تُوضع تحت سلطة الدولة أو رقابتها"، وبُجيز هذا الحكم أن يُعهد إلى أشخاص خاصة تخضع لوصاية الدولة ورقابتها بتَحصيل الضرائب، وقد يؤدي هذا القضاء عموماً إلى إمكانية اللجوء إلى عقد الالتزام في مجال المرافق السيادية^١، والقانون الفرنسي يسمح أن يُعهد إلى مشروع خاص بتحصيل الرسوم المحليّة في أماكن المعارض والأسواق^٢.

وفي مصر، فإن وجود شركات خاصة تقوم نيابة عن الدولة بتحصيل الضرائب من الممولين وتوريدها إلى الحكومة تُظير عائد مُحدد لم يتقرر بعد، لكنه محل خلاف، فيرى بعض المسؤولين في الإدارة الضريبية المصرية "مصلحة الضرائب"، أن خصخصة الضرائب ويُقصد تفويض إدارة مرفق الضرائب أمر وارد ويمكن أن يُحقق العدالة ويُوفر على الدولة نفقات التحصيل، وأن الخصخصة هنا لا تعني العودة إلى نظام الملتزم القديم، لأن الملتزم كان يفرض الضرائب عشوائياً، وإنما تتم لأسس وضوابط محددة في التشريعات، وبالإضافة إلى ذلك إن خصخصة الضرائب سوف تؤدي إلى رفع الكفاءة والفعالية لجهاز تحصيل الضرائب، حيث سيكون لديه الحافز على أكبر حجم من الإيرادات، والمعارضين لتفويض إدارة مرفق الضرائب يستندون إلى أن مرفق الضرائب من المرافق السيادية، فعملية التحصيل والقوة الجبرية واستخدام الحجز الإداري عمليات لصيقة بالسلطة العامة، وهذا ممّا لا

١. C. C. Décision n° 98-405 DC، 29 décembre 1998، Journal officiel du 31 décembre 1998، p:20138.

٢. وانظر أيضاً على سبيل المثال، المادة (٧) من الدستور اللبناني التي تنص على أن: "كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم"، وأيضاً نصّ المادة (٢٤) من الدستور الكويتي التي تنص على أن: "العدالة الاجتماعية أساس الضرائب والتكاليف العامة".

يَجُوز أن يُعَهّد إلى شركات خاصة، كما أن نظام الملتزم الذي عرّفته مصر في القرن التاسع عشر كان له أسوأ النتائج، فقد أدى ظلم المواطنين، بل أدى أيضاً إلى إنقاص حصيلة الضرائب.

٢- المرافق الدستورية غير السيادية:

لا يُمثّل هذا النوع من المرافق الدستورية سيادة الدولة، وإنّما يتّصل بإشباع حقوق اجتماعية وثقافية مكفولة دستورياً للمواطنين، لذا يُطلق عليها مرافق من الأهمية الثانية، ومن الأمثلة على هذا النوع من المرافق، مرافق التعليم والصحة والثقافة والمساعدات الاجتماعية، وعلى الرغم من أن هذه المرافق ذات صفة دستورية إلّا أنها تقبل مع ذلك وجود القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام، وهي مرافق عامة نصّ عليها الدستور، وألزم الدولة بإنشائها، ولكنها تختلف عن المرافق الدستورية السيادية في أنها قد تحتل المشاركة مع القطاع الخاص أو التفويض له أو حتى الخصخصة في بعض الأحيان ويرون أن تفويض هذه المرافق هو خصخصة لها، ربما بسبب تبنّيهم للمفهوم الواسع والشامل للخصخصة الذي يتضمّن العديد من التصرفات والإجراءات الإدارية والاقتصادية والقانونية^١.

أ- مرفق التعليم:

مرفق التعليم وفق ما جاء في مقدمة المادة (١٣) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦: "التعليم العام والمجاني والعلمي في جميع المستويات واجب على الدولة"، ومؤدى هذا النصّ هو ضرورة وجود مرفق عام للتعليم بالمعنى العضوي والوظيفي^٢، على الرغم من ذلك، فإن المجلس الدستوري الفرنسي ذهب إلى أن ذلك لا يعني وجود احتكار للدولة في المجال التعليمي الخاص فضلاً عن التعليم العام الحكومي.

١. د. محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٧.

٢. إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٧٩.

وفي سورية تنص المادة (٢٩) من دستور عام ٢٠١٢ على أن: "التعليم حق تكفله الدولة وهو مجاني في جميع مراحلهِ ويُنظّم القانون الحالات التي يكون فيها التعليم مأجوراً في الجامعات والمعاهد الحكومية"، وفي مصر تنص المادة (١٩) من دستور عام ٢٠١٤ على أن: "التعليم حق لكل مواطن وإلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية"، ويقضي هذا النصّ بلزوم وجود مرفق عام للتعليم تضطلع به الدولة مباشرة، إلّا أن هذا لا يعني احتكار هذا المرفق من الدولة، إذ أفتى مجلس الدولة المصري بجواز إنشاء جامعات خاصة، وقد بالغت بعض الدساتير في الاعتماد على الدولة في مجال التعليم لدرجة أن الفقرة (٥) من المادة (١٦) من الدستور اليوناني قد حظرت نهائياً إنشاء أي جامعة بواسطة القطاع الخاص، وأيضاً منعت المادة الرابعة من قانون الخصخصة الكويتي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٠، خصخصة مرفق التعليم بشكل واضح وصريح لتعارضها مع نصوص الدستور، وعلى الرغم من هذا الحرص الدستوري على ضرورة قيام الدولة بمهام مرفق التعليم "مجانياً ولجميع المواطنين"، إلّا أن ثورة العولمة التكنولوجية والثقافية، وعمليات التصحيح الهيكلي التي تقوم بها الدول من أجل معالجة اختلالات الموازنة العامة^١، فضلاً عن ظهور التكتلات الاقتصادية والإقليمية العملاقة، قد أسهم إلى حد كبير في تغيير دور الدولة في مجال التعليم، خاصةً عندما وجدت نفسها عاجزة عن أداء المهمة التعليمية على أكمل وجه، والمواكبة الفعّالة للتطورات التكنولوجية والمعلوماتية التي تسير بسرعة الضوء حول العالم، بسبب ضعف الموارد المالية وعجز الموازنة العامة، وارتفاع معدلات السكان في بعض الدول، الأمر الذي يستلزم توسعاً أفقياً وعمودياً.

١. قد ذهب بعض الباحثين إلى تسمية تفويض مرفق التعليم "بالتسليم التربوي" والمقصود به: "تحويل التربية إلى بضاعة" سلعة" استهلاكية تباع وتشتري، وتخضع للعرض والطلب، ينخفض ثمنها حيناً ويرتفع أحياناً، ويستطيع بعضهم الحصول عليها ويعجز بعضهم الآخر عن ذلك، وقد تتعرض في بعض الحالات للغش كأى سلعة أخرى، ويصبح الهدف من ورائها تحقيق الربح".

ب- مرفق الرعاية الصحية والاستشفاء:

ويُعدّ هذا المرفق من أهم المرافق العامة في الدولة، نظراً إلى تَماسه المباشر مع حياة المواطنين التي هي أعلى ما يَمْتَلِكُهُ المواطن، ولذلك فقد اهتمت الدول بهذا المرفق، وألزمت نفسها بتقديم الرعاية الصحية بموجب نصّ الدستور، إذ تنصّ المادة (١١) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ على أن: "الأمة تضمّن الرعاية الصحية للجميع وخصوصاً للأمهات والأطفال والعمّال كبار السن"، وقد تمسّكت المادة (٣٥) من معاهدة أو دستور الحقوق الأساسية في الاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠: "يحق لكل فرد في الوصول إلى الرعاية الصحية الوقائية والاستفادة من العلاج الطبي"، وتؤكد المادة (١٧) من الدستور المصري عام ٢٠١٤ أن: "تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية"، وفي المعنى نفسه تنصّ الفقرة الثانية من المادة (٤٦) من الدستور السوري عام ٢٠١٢: "تحمي الدولة صحة المواطنين وتوفّر لهم وسائل الوقاية والمعالجة والتداوي".

وقد عمّقت المادة (١٥) من الدستور الكويتي عام ١٩٦٢ التزام الدولة بالرعاية الصحية عندما نصّت على أن: "تُعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة"، واحتراماً لهذا النصّ الدستوري فقد منعت المادة الرابعة من قانون الخصخصة الكويتي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٠، خصخصة مرفق الصحة^١، ولكن الاتجاه العالمي نحو تقليص دور الدولة وتحرير الخدمات العامة من جهة، وارتفاع كلفة الخدمات الصحية من جهة أخرى قد دفع الدول إلى خطب ودّ القطاع الخاص من أجل إيجاد بدائل تُمكن من المحافظة على المكتسبات الصحية، والعمل على تطويرها وتحسين جودتها وتشمل هذه البدائل حزمة واسعة من التقنيات الاتفاقية التي غالباً ما تشمل،

١. د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، ٢٠١٢، ص: ١٤٣.

التعاقد، وعقود الإدارة، وعقود "البوت" وأخواتها.

٣- مرافق غير سيادية غير قابلة للتفويض:

على الرغم أن المرافق غير السيادية تُعدّ هي المجال الخصب لتفويض المرفق العام، إلّا أنّه هناك مرافق غير سيادية لا تقبل التفويض وذلك لأسباب متعددة منها:

أ- **عدم جواز التفويض يرجع إلى طبيعة المرفق ذاته:** ذهبَ مجلس الدولة الفرنسي أنّه لا يجوز للمؤسسات العلاجية أن تعهّد إلى مشروعات خاصة بمهمّة القيام "بإقامة المرضى" الذين تتطلّب حالتهم الإقامة بالمستشفى، كما ذهبَ المجلس إلى أنّه لا يجوز للمقاطعات أن تعهّد للمشروعات الخاصة بإدارة المقاصف المدرسية.

ب- **عدم جواز التفويض يرجع إلى إرادة المُشرّع ذاته:** مثال ذلك ما ورد عليه النصّ في المادة (Lo 361 19-1) من تقنين المقاطعات، والتي تنصّ على أن المؤسسات الخاضعة لأحكام القانون يجب أن يكون لها غرف للموتى، ومن ثمّ رأى مجلس الدولة الفرنسي أن إدارة غرف الموتى بالمستشفيات لا يجوز أن يُعهّد بها إلى المرفق الخارجي لدفن الموتى استناداً إلى نصّ المادة سالفة الذكر.

ثانياً- المرافق المهمّة للدولة:

توجد أنواع من المرافق العامة تُشكّل أهمية خاصة في الدولة، وهذه المرافق العامة على الرغم من أنها ليست مرافق عامة دستورية، إلّا أنّه يُحظر الاستثمار الخاص في إدارتها أو استغلالها، إما لكونها تُشكّل احتكاراً واقعياً للدولة، أو لكونها ترتبط بالاستقلال السياسي أو الاقتصادي للدولة.

١- المرافق التي تُشكّل احتكاراً واقعياً أو قانونياً:

قد يعود السبب في عدم قابلية المرفق العام للتفويض، إلى كونه يُشكّل احتكاراً واقعياً أو قانونياً.

أ- المرافق التي تُشكّل احتكاراً واقعياً: تذهب بعض الدساتير إلى حَظر تَقْوِيز بعض المرافق العامة التي تُشكّل احتكاراً واقعياً للدولة، ومن ذلك ما نَصّت عليه مُقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦: "أن كل مال أو مشروع يَكون لاستغلاله وَصف المرفق العام القومي أو الاحتكار الواقعي يَجِب أن تَوَل مُلكيته للجماعة"^١، والاحتكار الواقعي وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي هو انفراد الدولة وَحدها بإنتاج سلعة أو أداء خدمة ما، مع الاستثناء بعناصر السوق انتفاء المنافسة، وتَقْهَم فكرة الاحتكار الواقعي أخذاً في الحسبان مَجْموع السوق الذي تُمارس في داخله أنشطة المشروع والمنافسة التي تواجهه من جانب مَجْموع المشروعات الأخرى، ومن ثَم لا نَكون بِصدد احتكار واقعي إذا تَعَلَّق الأمر بمشروع يواجه منافسة، حتى لو كان لَهُ وضعاً متميّزاً مؤقتاً، أو بالنسبة للإنتاج لا يُشكّل إلّا جزءاً من نشاطه، وَيَذْهَب جَانِب من الفقه إلى أن تَمَتّع الدولة بالاحتكار الواقعي بالنسبة لبعض المرافق، يَبْدُو أمراً نظرياً لأن مَعايير الاحتكار الواقعي تَتَمَيَّز بأنها غير مُحددة، وليست مَوْضوعية، وفي سورية مثال ذلك صناعة التبغ والقطن وبعض المواد الغذائية الاستراتيجية.

ب- المرافق التي تُشكّل احتكاراً قانونياً: تَنشَأ الاحتكارات القانونية بموجب القانون، فالمصدر الوحيد لنشوء الاحتكارات هو القانون، وَقَدْ يَكون الدستور هو مصدر هذا النوع من الاحتكار، ففي أَلْمَانِيَا كانت تَنصّ المادة (٨٧) من الدستور على أَنَّهُ: "بالنسبة لمناطق الإدارة الفيدرالية المباشرة أن البريد والاتصالات مسؤولية الحكومة"، وَقَدْ تَمَّ تَعْدِيل هذا النصّ في عام ١٩٩٤، وَأُضِيفَت المادة (١٣٤) التي فصلت الخدمة البريدية عن شركات الاتصالات وأجازت مشاركة القطاع الخاص فيها.

١. د. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص، الخصخصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص: ٦١.

وقد يَنشأ الاحتكار القانوني بموجب تشريعات عادية عندما يَمنع المُشرّع العادي مُشاركة القطاع الخاص في تَتفيذ مرافق عامة محدّدة، إذ قد يَتحقّق هذا المنع من خلال نصّ قانوني صَريح^١.

ففي لبنان نَصّت المادة (٤) من القانون الصادر بالمرسوم رقم (١٦٨٧٨) المتعلّق بإنشاء مصلحة كهرباء لبنان لعام ١٩٦٤ على أنّه: "لا يَجوز بعد صدور هذا القانون إعطاء أي كان، أي امتياز أو رخصة أو إذن لإنتاج أو نقل أو توزيع الطاقة الكهربائية لسد حاجاتهم الشخصية فقط أو ينقلون هذه الطاقة دون القيام بعملية التوزيع إلى أشخاص آخرين".

وقد يَتحقّق المنع من خِلال مَنح القانون للقطاع العام وحده مهمّة تَتفيذ المرفق العام، كما هي الحال بالنسبة لمرفق توزيع الغاز والكهرباء في فرنسا، إذ يحظر القانون تفويض مرفقي توزيع الغاز والكهرباء اللّذين تَحكّر إدارتهما واستغلالهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام^٢، وقد يكون المنع غير مباشر عندما يُحدّد المُشرّع طُرق مُعيّنة لإدارة بعض المرافق، وبالتالي لا يَجوز إدارة هذه المرافق إلّا على وفق هذه الطريقة، كاعتماد طريقة الشركة المختلطة أو المؤسسة العامة لإدارة مرفق معين.

٢- المرافق العامة المرتبطة باستقلال الدولة السياسي والاقتصادي:

قد توجد بعض المرافق العامة التي تُشكّل أهمية خاصة بالنسبة للدولة لتعلّقها بأمنها واستقلالها السياسي والاقتصادي، إذ إن تقرير مُشاركة القطاع الخاص من شأنه أن يَمسّ استقلال وأمن الدولة السياسي والاقتصادي، وغالباً ما تَتعلّق هذه المرافق بالموارد الطبيعية للدولة أو ببعض المشروعات الاستراتيجية، ومن المرافق الاستراتيجية التي تَحكّرها الدولة مشروع قناة

١. د. أحمد بدر سلامة، العقود الإدارية وعقود البوت "B.O.T"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص: ٣٧٠.

٢. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤٥.

المطلب الثاني

استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال

لا يكفي لقيام تفويض المرفق العام أن يُوجد مرفق عام وأن تكون العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض إليه علاقة تعاقدية، وإنما يلزم لوجود تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام من جهة، وأن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج الاستغلال من جهة أخرى، وبدون هذين الشرطين لا نكون أمام عقد تفويض مرفق عام.

أولاً- استغلال المرفق العام:

يُشترط لقيام تفويض المرفق العام أن يكون موضوع العقد استغلال

١. مما تقدم نجد أن هنالك خلط بين الخصخصة وتفويض إدارة المرافق العامة، فإذا كانت خصخصة المرافق السيادية غير جائزة، إلا أنه يجوز اللجوء في حدود معينة إلى تفويض إدارتها، فيجوز أن يعهد بتفويض بعض أشخاص القانون الخاص في عملية تحصيل أنواع من الرسوم أو الضرائب، وذلك تحت رقابة سلطة الدولة ورعايتها، دون أن يتضمن ذلك أي مساس بمبدأ السيادة ونعتقد أن المرافق السيادية يجب تقسيمها إلى قسمين، بحيث يكون قسم منها على درجة من الأهمية، وهذا النوع مما لا يجوز تفويضه بأي شكل من الأشكال، كون ذلك يُشكّل مساس بسيادة الدولة، كمرفق الجيش، ومهمته حماية البلد من أي عدوان خارجي، ومرفق البوليس، كون ذلك يتعلّق بالأمن الوطني للبلد، أما القسم الآخر من المرافق السيادية، والتي تُعدّ في درجة أقل أهمية من سابقتها، فلا بأس بتفويضها، شريطة احتفاظ الإدارة بحق الرقابة والإشراف، كتفويض مرفق الضرائب مثلاً، للقطاع الخاص لمدة محدودة، يقوم خلالها بالتحصيل لصالح الخزينة، وهنالك تجارب لتفويض مرافق الأمن، مثلاً في الأردن سمح لشركات أمن وحماية خاصة، تقوم بحماية بعض المنشآت أو الشخصيات، وكذلك سمح لشركة "أرامكس"، بالقيام بمهمة التبليغ القضائي نيابة عن المحضر، رغم أن مرفق القضاء يُعدّ مرفقاً سيادياً، ونؤيد ذلك ما دامت الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة والتوجيه كون القطاع الخاص لديه خبرة وتكنولوجيا متقدمة في إدارة مثل هذه المرافق، بينما نجد أن المشرّع السوري قد بيّن في القانون المدني أن الالتزام يتم فقط بالنسبة للمرافق الاقتصادية.

مرفق عام^١، بأن يقوم المفوض إليه بتشغيل المرفق العام واستغلاله مُتَحَمَّلاً المخاطر المترتبة على ذلك، ومن ثم إذا اقتصر دور المفوض إليه على إدارة المرفق من دون تَحَمُّل مَخاطر تَشغيله وإدارته بِصورة كَلِيَّة أو جزئية، فَسَوْفَ لَا تَكُون بِصدد عقد تفويض مرفق عام، كما لو قام المفوض إليه بإدارة المرفق لقاء بَدَل مُحدَّد من دون أن يَقَع على عَاتقه تَحَمُّل أي مَخاطر وإِنَّمَا تَحْتَمِلُهَا الجهة مانحة التفويض، كالعقود مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل "كمعامل الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء"، أو "إدارة الحاويات في المرفأ"، فهذه العقود لَا تُعَدُّ من قبيل عقود تفويض المرفق العام، وَيُتَّقَى على عاتق المفوض إليه القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد، وَيَجِبُ أَنْ يَكُون تَحْوِيل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملاً، بِحَيْث يَتَوَلَّى الشخص الخاص أو المفوض إليه القيام بجميع الأعمال التي يَقْتَضِيهَا تَأْمِين حِسْن تَشغيل واستغلال المرفق العام^٢.

وَيَتَوَلَّى المفوض إليه استغلال المرفق العام على نفقته، وَيُتَّقَى على عَاتقه تَمْوِيل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يَتَحَمَّلُ أعباء إقامة المرفق العام، وَيُقَابِلُ ذَلِكَ حُصول المفوض إليه على التَّعَرِيفَات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام، أو على أجر مُحدَّد من قبل السُلْطَة مانحة التفويض، وَيَجِبُ أَنْ يَكْفِي المَقَابِل المَالِي لِتَشغيل المرفق العام نفقات التشغيل وَتُحَقَّقَ لِلْمَفُوضِ إِلَيْهِ الأَرْيَاح التي يَسْعَى لَهَا، وَيُشَكَّلُ تَحَمُّلُ الْمَفُوضِ إِلَيْهِ لِمَخاطر استغلال المرفق العام المعيار الذي يَلْجَأُ إِلَيْهِ الْقَضَاءُ الإداري،

١. سعاد مغازي، معايير تميز عقود تفويض المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٥، ص: ٢٤.

2. C. Chenuaud Frazier، La notion de délégation de service public، RDP ، 1995، p:18.

لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية. ويحد هذا المعيار من تطبيق النظام القانوني للتفويض على العقود التي تتضمن تنفيذ المرفق العام أو بعض المهام المرتبطة به، دون أن تتضمن تحمل المتعاقد مع الإدارة أي مخاطر ناجمة عن هذه الإدارة^١، وإن شرط تحمل المفوض إليه مخاطر استغلال المرفق ليس بالفكرة الجديدة، وإنما ارتبطت بنشوء عقود امتياز المرفق العام، إذ ذهب عدد من الفقهاء الفرنسيين، كأمثال الفقيه "Jèze"^٢ و الفقيه "Waline" إلى أن نقل مخاطر تشغيل المرفق وإدارته من السلطة مانحة التفويض إلى المفوض إليه، يشكل عنصراً من عناصر امتياز المرفق العام، والأستاذ "Bettinger" يقول إن: "الامتياز هو وسيلة تعاقدية تعهد الإدارة من خلالها إلى شخص عام أو معنوي خاص باستثمار المرفق العام بالتعاون معها تحت رقابتها من خلال منحه مساعدة مالية إضافية على عائداته المحصلة من المنتفعين"^٣، وبعد ظهور عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي فإن القضاء عدّ أن ما يميز هذا النوع من العقود عن غيرها من الوسائل المستخدمة في تنفيذ المرفق العام^٤، هو فيما ثُمّله من وجود لعملية استغلال حقيقية، تؤدي بطبيعتها إلى احتمال كبير في وقوع مخاطر وأعباء يقع تحملها على الشخص المفوض إليه.

١ - تحمل المفوض إليه للأعباء والمخاطر بصفة مطلقة:

أ- إنَّ تحمل الشخص المفوض إليه لمخاطر الاستغلال ليس على درجة واحدة، فقد يتحمل المتعاقد الجزء الأكبر من هذه المخاطر، كما في عقود امتياز وإيجار المرفق العام، في حين تقل نسبة المخاطر التي يتحملها

1. Boiteau, op. cit. p:7.

2. G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, Tome 3 édition Giard, Paris, 1930, p:446 et.s.m.

3. M. Waline, Droit administratif, Paris, 1963, p:691.

٤. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص:١١٣.

المتعاقد في عقود أخرى كإدارة المرفق العام ومشاطرة الاستغلال.
وكان الأمر في البداية يقوم على نقل كامل المخاطر إلى المفوض إليه بحيث تُصبح السلطة مانحة التفويض في حل من أي مسؤولية مالية، إلا أن مصلحة المرفق العام أدت إلى التخفيف من تطبيق هذا العنصر وتحوّل الأمر بشكل تدريجي إلى شراكة حقيقية تتمثل بتضامن مالي بين الدولة وبين الشخص المُكلف باستغلال المرفق العام^١، وظهّرت هذه الشراكة خاصة في الأوجه الآتية:

- (١) حالة الظروف الطارئة وفعل الأمير.
- (٢) الامتيازات المالية والقروض الممنوحة للمفوض إليه.
- (٣) المشاركة في التمويل الجزئي للمنشآت اللازمة لتحقيق المرفق العام.
- (٤) المشاركة في تغطية بعض نفقات الاستثمار، ومن هنا ظهرت ضرورة تدخل السلطة مانحة التفويض لتحمل جزء من المخاطر التي قد يتحملها المفوض إليه من أجل هدف أسمى وهو مصلحة المرفق العام، وهذا يُعطي خصوصية للاستثمار في المرفق العام، وهذا لا يعني أنه في كل عقود تفويض المرفق العام تتحمل السلطة مانحة التفويض جزء من الأعباء والمخاطر، فقد لا تتحمل هذه الأخيرة أي أعباء أو مخاطر، وقد تشارك في ذلك المفوض إليه.

ب- **القضاء الفرنسي:** عُرِضَتْ على مجلس الدولة الفرنسي قضية **"Commune de" Guilherand-Grange**، مؤداها "أُبرم عقد بين إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، عهد الأول للثاني بتنفيذ مرفق توزيع المياه، وحدد المقابل المالي بحيث تحصل مؤسسة التوزيع على جزء ثابت بدل

1. Christian Bettinger, La concession de service et de travaux publics. Edition Berger-Levrault collection. l'administration nouvelle, paris, 1978, p:24.

استعمال العدادات وجزء آخر مُتغير حَسَب استهلاك المياه، والجزء الثابت يُساوي (٢٠%) من المقابل المالي يدفعه الشخص العام، في حين يُشكّل الجزء المتغير (٨٠%) يدفعه المستفيدين، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يُدفع من قبل المستفيدين، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدّ العقد صَفَقَةً وليسَ عَقْدَ تَقْوِيضٍ^١، لأن المُقابل المالي لا يَعمَلُ تَحْمِلَ المُتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال لاسيما أن الخدمة المُؤدَّاة هي توزيع المياه التي تُشكّل حاجة ضرورية لكل المواطنين، ولا يُمكن الاستغناء عنها^٢.

وبالتالي فإن توفّر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يُشكّل أي مخاطر اقتصادية^٣، وهذا يَعمَلُ عَكْسَ ضرورة ارتباط عقد الامتياز بأعباء ومخاطر الاستثمار، وإلا لما كنا في هذا الإطار، وهذا ما ذهب إليه هذا القرار.

٢- شراكة الشخص العام والمفوض إليه في تحمّل الأعباء والمخاطر:

أ- **الفقه الفرنسي:** نادى العديد من الفقهاء وكَرَّسَ القضاء ضرورة عدم الأخذ بفكرة "تحمّل الأعباء والمخاطر على إطلاقه، أي أن المفوض إليه هو الذي يتحمّل ذلك وحده، وعلى رأسهم الأستاذ "P. Delvolvé" عندما قال: "إن معيار المخاطر والعبء المالي وإن كان ضرورياً إلا أنه لا يجب الأخذ به على إطلاقه بحيث تُصبح الإدارة لا تتحمّل أي مسؤولية"، ويرى أنه رغم ضرورة تحمّل المستثمر للمخاطر التي تتعلّق بالاستثمار، إلا أن الإدارة لا تتخلّى عن مسؤوليتها بصفة مطلقة، وفي مرات أخرى يُعبّر عن الشراكة بين المستثمر والجماعة العامة من خلال الإعانات والمساعدات التي تمنحها هذه الأخيرة للمستثمر، وهو ما ذهب إليه الأستاذ "Bettinger": "الامتياز هو وسيلة تعاقدية تعهّد الإدارة من خلالها إلى شخص عام أو خاص باستثمار

1. C. E. 7 Avril 1999، Commune de Guilherand-Grange، AJDA، 1999، p:517.

2. S. Braconnier، Op. Cit، p:432.

٣. د. نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة وتحقيق المردودية، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص:١٥٣.

المرفق العام بالتعاون معها وتحت رقابتها من خلال منحة مساعدة مالية إضافية على عائداته المحصلة من المنتفعين".

وهناك من يُنكر رَبط الأعباء والمخاطر والامتياز حيثُ يَنفي كُل علاقة بينهما كما ذَهَبَ إليه الأستاذ "J.F.Auby": "إن تفويض المرفق العام كهيئة قانونية مُستقلة لا تتصل بالضرورة بعنصر المخاطر لكونه لا يُشكّل عنصراً أساسياً في تقنية تفويض المرفق العام"^١، ونرى أن الاجتهاد عرّف العقد على أنّه امتياز رغم أن الجماعة العامة هي من تتحمّل كل المخاطر والعبء المالي^٢.

ب- **الاجتهاد الفرنسي:** عدّ الاجتهاد الفرنسي أن ما يُميّز تقنية التفويض عن سائر الوسائل المستخدمة في إدارة وتسيير المرفق العام، هو في ما تمثّله من وجود لعملية استثمار حقيقية، تؤدي بطبيعتها إلى احتمال كبير في وقوع مخاطر وأعباء يعود للمستثمر تحمّلها^٣، وهو بالنتيجة غلب عنصر المخاطر والعبء المالي على عنصر المقابل المالي وارتباطه بنتائج الاستثمار للقول بقيام تقنية التفويض، ومن هنا قرّضت طبيعة بعض العقود تدخل الجماعة العامة لضمان استمراريتها، بمشاركة الملترزم في الأعباء والمخاطر، وهذا من أجل الحفاظ على المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق.

٣- نسبة مشاركة الشخص العام في المخاطر والأعباء الاستثمارية:

إذاً اتفق الفقه والاجتهاد على ضرورة مشاركة السلطة مانحة التفويض في بعض الأعباء والمخاطر الاستثمارية، إلّا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا

1. Christian Bettinger، La concession de service et de travaux publics، édition Berger-Levrault collection، l'administration nouvelle، Paris، 1978، p:24.

2. J. F. Auby ،La délégation de service public، PUF، collection «que sais-je »، 1 ère édition، Paris، 1995، p:21.

3. J. P. Gilli، note sous CE 18 mai 1988، R.F.D.A، 1989، p:663.

هو ما هي النسبة التي تجعلنا نستنتج أنها تتعلّق بالاستثمار، ومن ثم يُصنّف العقد على أنه امتياز مرفق عام، أو نستنتج أن العائدات بعيدة كلّ البعد عن الاستثمار، وبذلك نستنتج أننا أمام صفقة عمومية وليس امتياز.

وتؤكد ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Smitom"، حيثُ جاء فيه: "على الرغم أن الجزء المتغير من المقابل المالي، والذي يُدفع من قبل المستفيدين هو الجزء الأقل، وملخص القضية أن إحدى النقابات عهدت إلى شركة خاصة جمع النفايات ومعالجتها، وحدد العقد المقابل المالي بجزء ثابت يُشكّل سبعين بالمئة كأجر يدفع من قبل النقابة، وجزء آخر متغير يُشكّل (٣٠) % من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين من خدمات المرفق بالاستناد إلى نتائج معالجة النفايات، وبالرغم من أن الجزء الأصغر من المقابل المالي مُرتبط بنتائج الاستغلال^١، إلّا أن مجلس الدولة أكّد على أن العقد هو تفويض مرفق عام وليس صفقة عمومية^٢، ويتّضح لنا أنّه لو صف عقد أنّه عقد امتياز يجب أن يتحمّل المستثمر جزء من أعباء المرفق ومخاطر الاستثمار، وإلاّ كنا في إطار آخر هو الصفقة العمومية، وهو ما ذهبت إليه محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، أن على صاحب الامتياز أن يتحمّل المخاطر الاقتصادية المرتبطة بالنشاطات المرفقية المؤداة.

ويتبين أن الاجتهاد الفرنسي، والذي يتوافق معه الاجتهاد الأوروبي، قد عبّر صراحةً وبِعكس المُشرّع عن الصلة الضرورية بين عائدات الاستثمار من جهة والمخاطر والعبء المالي من جهة أخرى، جاعلاً من عنصر المخاطر والعبء المالي ميزة تستقل فيها عقد الامتياز كقناة قانونية مستقلة.

1. C. E. 30 Juin 1999، SMITOM، Rec. Leb، p:229.

2. CJCE 07 Décembre 2000، Télé-Austria verlags.Gmbh، téléfonadress Gmbh et télékom Austria، AJDA 2001، note Laurent Richer، p:106.

ثانياً- ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال:

لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يُعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر، وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج الاستغلال^١، حيث إن المفوض إليه يحصل على عائدات أو "أتاوات" مباشرة من قبل المنتفعين من المرفق العام^٢.

١- تعريف الأتاوات:

تُعرف على أنها المبلغ الذي يتقاضاه الشخص المتعاقد المفوض إليه من المنتفعين كرمس مقابل الخدمة التي يحصلون عليها، وأهم عامل مُميّز للمقابل المالي في عقد تفويض المرفق العام، هو ارتباطه بالاستغلال المباشر للمرفق العام، أي يُدفع من طرف المستفيدين من خدمة المرفق العام، ولقد شكّلت الأتاوات المحصلة من جانب المنتفعين المعيار الذي يُميّز عقد تفويض

١. ويترتب على ضرورة قيام المفوض إليه بإدارة واستغلال المرفق العام، مجموعة من النتائج أهمها: أ- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض المفوض إليه الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية للمرفق العام. ب- يجب على المفوض إليه استخدام الإجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، ويقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص. ج- تقوم علاقة تعاقدية بين المفوض إليه من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص. د- يقتضي أن يمنح المفوض إليه بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن تنفيذ المرفق العام. هـ- يجب على المفوض إليه تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد طالما أنها مرتبطة بتشغيل المرفق.

.Ph. Tereyre: La notion de convention de délégation AJDA، 1996، p:594.

مذكور عند د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤٩.

٢. د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، الطبعة الأولى، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠٠٧، ص: ٨٣.

المرفق العام عن سائر العقود الإدارية التي تسعى لضمان حسن سير المرفق العام، ولاسيما عقد الأشغال العامة، وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعروفة في القانون الفرنسي، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل "ثمن محدد".^١

ويتمّ تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة^٢، وهذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتمّ تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في الضرورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق، ويتّضح أنّه يشترط لكي تكون أمام عقد تفويض مرفق عام، أن يكون المقابل المالي يتمّ تحديده بناءً على النتائج الاقتصادية لاستغلال المرفق، أما إذا كان هذا المقابل يتمّ تحديده في صورة ثمن مُحدد ينصّ عليه في العقد، أو على الأقل ينصّ على الأسس الكفيلة بتحديدِه لاحقاً بصورة واضحة، فإن العقد يخضع للقواعد العامة التي تُطبّق على العقود الإدارية الأخرى.

٢ - تطوّر فكرة ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال:

إن شرط ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال في عقود تفويض المرفق العام فكره ليست بالحدیثة^٣، وإنّما تطوّرت مع تطوّر هذا النوع من العقود، إذ إن البداية الأولى لفكرة ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال نشأت لأول مرة في رحاب قضاء مجلس الدولة الفرنسي، المتعلّق بعقود امتياز المرفق العام، والعقود المشابهة له، وقد كان مجلس الدولة يربط بين حصول المتعاقد على جعالات في صورة "تعريف" وبين وجود عقد امتياز المرفق العام.

١. د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة ppp، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص: ٩٤.

2. C. E. 8 Novembre 1963، Compagnie des entrepôts magasins généraux de Paris، Rec. Leb، p:534.

٣. د. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٧٤.

وقد عَدَّ المجلس في حكمه الصادر في ١١/١٢/١٩٩٣، أن المقابل المالي في الامتياز لا تؤمنه الإدارة المتعاقدة، وإذا أمنتها للمتعاقد معها فلن يكون هناك امتياز مرفق عام.

إلا أن هذا التصوّر التقليدي لامتياز المرفق العام القائم على حصر وجوده بحصول المتعاقد على "جعالات" من المنتفعين لم يَدُم طويلاً، بفعل تطوّر طرق إدارة واستغلال المرفق العام، ولذلك ذهب القضاء والفقهاء الفرنسيون أنه لا يمكن حصر امتياز المرفق العام، وغيره من طرق إدارة المرفق العام بحصول المتعاقد على جعالات من المنتفعين، وإن فكرة العائد أو المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال هي عملية واسعة، ويمكن أن تتحقق بوسائل أخرى غير فكرة الجعالات التي يدفعها المنتفعين من المرفق.

وتأييداً لهذا الرأي فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يحفل بعدد من الأحكام التي تُقرر إمكانية قيام امتياز المرفق العام من دون أن يكون هناك جعالات يدفعها المنتفعين، وقد ذهب المجلس ومنذ فترة مُبكرة إلى وصف العقد المُتعلّق بتوزيع المياه، بأنه امتياز بالرغم من أن العوائد التي كان يحصل عليها المتعاقد لم تكن تأتي في صورة جعالات يدفعها المنتفعين، وإنما يحصل عليها من جهة الإدارة المتعاقدة^١.

Préfet des Bouches du Rhône C/C ne وجاء في قضية

Lambesc، الذي اعتبر العائدات المحققة بصورة أساسية من نتائج الاستثمار معياراً للتفويض في إدارة واستثمار المرفق العام، ويتضح من هذه القضية أن العائدات سواء كانت تُمنّ تدفعها الجماعة العامة أو أتاوات يدفعها المنتفعين^٢، فالمهم هو ارتباطها مباشرة بنتائج استغلال واستثمار المرفق العام.

1. G. Vedel، Droit administratif P.D.F، 6 édition، Paris، 1976، p:8331.

2. A. De Laubadère، Traité des cotrats administratif L.G.D.J، 2 edition، tome، paris، 1983، N=236.

٣- الفقه الفرنسي:

بالنسبة للفقهاء الفرنسيين فقد حاولوا أيضاً دراسة الامتياز وتفويض المرفق العام من خلال العناصر المميزة له، وهي تتمثل أساساً في مقابل مالي مرتبط أساساً بنتائج استغلال واستثمار المرفق العام، وهو ما ذهب إليه الفقيه "Vedel" أن "العائدات لا يمكن حصرها في أتاوات يدفعها المنتفعون"^١، أما الفقيه "P. Delvolvé" ذهب إلى أن: "هذه العائدات تكمن في أنها منافع استثمار المرفق العام، التي لا يمكن حصرها في الأتاوات، فعقد الامتياز المرفقي لم يعدّ مشروطاً بعائدات تجد أساسها في الجعالات"، وهو ما ذهب إليه "J. Moreau": "إن المعيار الحقيقي لامتياز المرفق العام، هو تحصيل صاحب الامتياز لموارده من استثمار المرفق العام بغض النظر عن الجهة التي تدفع المال"^٢.

وإزاء هذا الفهم الجديد لشرط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال أصبح من المتصور قيام تفويض المرفق العام حتى في الأحوال التي لا يكون المقابل الذي يحصل عليه المفوض إليه يتخذ صورة جعالات "تعريفية" من المنتفعين، وإنما من مصادر أخرى كما في الأحوال التي تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بدفع هذا المقابل، بشرط أن لا يكون ثمن مُحدد وإنما يُحدد على وفق نتائج الاستغلال، وقد رأى الفقيه "Liet - Veaux" في "الأتاوات" معياراً للتعرف على امتياز المرفق العام، وقد عرّف الأستاذ "A. De Laubadère" التفويض وفق أتاوات يتقاضاها صاحب التفويض من المنتفعين كمصدر وحيد دون أن تختلط به عائدات من مصادر أخرى^٣.

١. د. نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة وتحقيق المردودية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤٦.

2. J. Moreau، Droit administratif، PUF، collection Droit fondamental، 1 ère édition، Paris، 1991، p:266.

3. C. E. 11 Décembre 1963، Ville de Colomberg، AJDA، 1964، p:56.

٤ - الاجتهاد القضائي الفرنسي:

عَدَّ الاجتهاد القضائي الفرنسي تَقَاضِي المتعاقد المفوض إليه لأتاوات من المنتفعين هو مؤشر على وجود عقد تفويض لمرق عام وليس لصفقة أشغال عمومية، ورأى في قرارات أخرى أن عدم حصول المتعاقد المفوض إليه على المقابل المالي من المنتفعين، وتَقَاضِيه من طرف الجماعة العامة إنما تكون في إطار صفقة عمومية.

عَدَّ مجلس الدولة في أحد أحكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلى جمعية استغلال مركز للترفيه، حيث يقوم الشخص العام بإعطاء الجمعية مُقابلاً مالياً للخدمات المؤداة، دون أن يتحمل أي مخاطر مالية، يُشكّل ثَمناً للخدمات المؤداة، ويعني ذلك أن العقد لا يُمكن عَدُّه امتياز مرفق عام وإنما هو صَفقة عامة^١، وإن العقد مَهْمَا كان موضوعه والذي يخلو من إمكانية المتعاقد في تحصيل أتاوات من المنتفعين في إطار علاقة تعاقدية معهم، لا يُمكن وصفه بعقد تفويض مرفق عام^٢.

وقد أكّد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٥/٤/١٩٩٦، إن ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال، يُعدّ معياراً مُميّزاً لعقود التفويض، وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة الطعن الذي قدّمه أحد المحافظين ضد حكم المحكمة الإدارية بمدينة "Marseille" برفض إحالة قرار أحد المجالس البلدية، والذي تضمّن أن يُعهد إلى إحدى الشركات بجمع وتَصريف النفايات المنزلية في المدينة وإدارة المخلفات البلدية.

1. A. De Laubadère, Traité théorique et pratique contrats administratifs, tom, Paris, 1956, p:11.

٢. د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٦.

وقد رأى المحافظ أن هذا ليس عقد تفويض مرفق عام، وإنما هو عقد من العقود العمومية، وكان يجب أن يخضع في إبرامه لقانون العقود العمومية، وليس لقانون "Sapin" لعام ١٩٩٣، الخاص بالوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، وقد استند المحافظ في طعنه على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد، لا يتم دفعه من جانب المستفيدين لكنه عبارة عن ثمن قُدر بشكل جُزاف سنوياً، بمبلغ مُحدد، ويتم تسديده على دفعات شهرية، وقد أيد مجلس الدولة المحافظ في طعنه، وحكم أن العقد محل النزاع لا يُعدّ من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل المالي للمتعاقد يُستحق في صورة ثمن تدفعه المقاطعة، وإن مقتضى هذا الشرط يوجب أن يخضع هذا العقد للقواعد التي تُنظّم العقود العمومية، وحيث إنّه لم يتم احترام هذه القواعد، فإن العقد وقرار المجلس البلدي الذي يتعلّق به يُعدّ مخالفاً للقانون.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدّ الجعالات الميزة الأساسية لامتياز المرفق العام، ويجب أن لا ينسحب على فكرة تفويض المرفق العام، ومن ثم يجب عدم ربط قيام تفويض المرفق العام بأنواع متعددة من المقابل المالي، بشرط أن تكون جميعها مُتصلة بالنتائج المالية والاقتصادية للاستغلال^١.

وهذا يُعبّر عن التطوّر في نظرة القضاء الإداري للمقابل المالي، حيث إنّه لم يعدّ محصوراً في الأتاوات، بل يجد مصادره في الثمن أو عائدات إضافية أخرى ليوصل القضاء الإداري الربط بين هذه العائدات والاستثمار في المرفق العام، فعقد مشاطرة الاستغلال وعقد إدارة المرفق العام، يُعدّان من عقود تفويض المرفق العام، بالرغم من أن المتعاقد يحصل على المقابل المالي من الإدارة المسؤولة عن المرفق العام، طالما كان هذا المقابل يجري تحديده

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٧.

وفقاً لنتائج الاستغلال، وقد يأتي المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من مصدر غير المنتفعين أو الإدارة، كحالة استغلال المتعاقد للمرفق مقابل حقه في الحصول على العائدات التي تأتي من الإعلانات المترتبة عن استغلال هذا المرفق.

والقضاء الفرنسي لم يُحدد بصورة واضحة المقصود بارتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، وفيما إذا كان يجب أن يبلغ المقابل المالي الذي يرتبط بنتائج الاستغلال، نسبة معينة أم أن أي نسبة يمكن أن تُحقق مفهوم الجوهرية التي تطلبها المشرع^١.

وفي قضية "Smitom" التي تتلخص وقائعها بقيام إحدى النقابات بالتعاقد مع شركة خاصة لجمع النفايات ومعالجتها، وحُدّد المقابل المالي بجزء ثابت، يُشكّل سبعين بالمئة كأجر يُدفع من النقابة وجزء آخر مُتغيّر يُشكّل ثلاثين بالمئة من المقابل المالي، يُدفع من المستفيدين بالاستناد إلى نتائج مُعالجة النفايات^٢.

وأكدّ مجلس الدولة ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال، على الرغم من أن الجزء المُتغيّر من المقابل المالي، الذي يُدفع من المنتفعين هو الجزء الأقل، وانتهى المجلس بناءً على هذا التحليل إلى أن العقد هو عقد تفويض مرفق عام^٣.

٥- نسبة الارتباط بين المقابل المادي مع نتائج الاستغلال:

إن وجود عقد تفويض المرفق العام مرهون بحصول المتعاقد مع الإدارة

١. د. أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، محاضرة أقيمت في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الذي أقيم في الرياض من ١-٤ تشرين الثاني ٢٠٠٩، ص: ١٣.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص: ٢٨٨.

٣. عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص: ١٠٣.

على مُقابلته المالي من حَصيلة استثمار المرفق، ومع ذلك لا يُشترط أن يكون مُجمل هذا المقابل أو النسبة المرتفعة منه ناتجة عن حَصيلة هذا الاستثمار، بل يكفي أن تكون دالة على وجوده وإظهار مسؤولية الشخص المفوض إليه، حتى أن هذه النسبة بلغت في بعض العقود (١٠) % فقط من ناتج الاستثمار.

أ- في عقود مشاطرة الاستغلال:

يَظهر ذلك بِشكل واضح، حيثُ يَتكوّن المقابل من جزئين الأول مَبْلَغ جزافي، والثاني على شَكل علاوة إضافية، تُحدد تَبَعاً لِنسبة النشاط الذي يَبذله المفوض إليه في استثمار المرفق، ما يُشكّل حَافِزاً لهذا الأخير لِبذل قُصارى جَهدِه، في استغلال المرفق، وسعياً للحصول على أعلى أجر مُمكن.

ب- في عقود إدارة المرافق العامة:

أيضاً يَظهر، فعلى الرغم من أن المقابل يُحدد جزافياً دون وجود علاوة، إلّا أَنَّهُ يَرتبط بِشكل غير مباشر بنتائج الاستثمار^١، بِحسبان أَنَّهُ لا يُدفع من خَزنة الدولة، بل من ناتج هذا الاستثمار، إضافة إلى إمكانية الحصول على حَوافز استثمارية^٢.

ويَشمَل المقابل المالي المُحدد على أساس نتائج الاستثمار التكاليف وهامش الربح، كما يَتضمّن قَدراً من المخاطر المرتبطة بهذا الناتج، ويُعدّ شَروط الارتباط بين العائد الاستثماري والمخاطر والأعباء المالية، شَروطاً أساسياً لوجود عقود تعويض المرافق العامة، وبتعبير آخر لا يكفي أن تَرتبط العائدات بِنتائج استغلال المرفق، بل لا بُدَّ أن يَتحمّل المتعاقد مَخاطره المالية.

وهذا ما أَكَدَهُ مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة "Avenance" للتعليم والصحة الصادر بتاريخ (٥) يونيو ٢٠٠٩، حيثُ عَدَّ المعيار الوحيد لوجود عقود التفويض هو تَحَمُّل المخاطر المالية، وتتلخّص هذه القضية كما يَأْتِي: أبرم عَقد بين بلدية "درا فاي" وشركة "Avenance" للقيام بِخدمة تَقديم الطعام للمدارس ومؤسسات رعاية المسنين في البلدة، إلّا أَنَّهُ وأثناء تَنفيد العَقد

قَررت البلدية إنهاءه لدواعي المصلحة العامة، ونتيجة لذلك لجأت الشركة إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الخسارة التي لحقت بها.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي حكم بعدم أحقية الشركة في الحصول على التعويض، استناداً للأسباب الآتية: نصّ العقد على أن المقابل المالي يكون على شكل أتاوات تُحصل من المنتفعين¹، تتمثل بثمن الوجبات المقدمة لهم، كما نصّ على تقديم (٣٠٣٠٠٠) وجبة في العام، وفي حال نقص هذه الكمية بمقدار يزيد عن (٥) %، تقوم البلدية بزيادة قيمة الوجبة، وتدفع هذه الشركة الفرق بين القيمة الجديدة والقديمة، وبالتالي وعلى الرغم أن المقابل المالي يكون على شكل "أتاوات"، فلا يمكن التسليم بوجود عقد التزام مرفق عام، لغياب إمكانية تعرض الشركة لمخاطر التشغيل، وبالتالي نكون أمام عقد خدمات ينطوي تحت لواء عقود الشراء العام.

ج- وبالنسبة أن العقود التي يكون الأجر فيها مبلغاً مقطوعاً، فالظاهر أن المخاطر تقع على عاتق الجهة العامة فقط، إلا أن الغالب أن يجري تحديد الأجر على أساس رقم المبيعات المحقق، مما يُلقِي على عاتق المتعاقد قدراً من المسؤولية، وعلى الرغم من كل ما سبق لم يشترط مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه القديمة تحمّل المتعاقد لتكاليف، ومخاطر الاستثمار للتسليم بوجود عقود تفويض المرافق العامة، فقد عدّ العقود المتعلقة بجمع النفايات المنزلية عقود تفويض مرفق عام، على الرغم من أن الدفع يتم من قبل الجهة العامة بشكل مباشر.

وبعد أن انتهينا في هذا الفصل من دراسة تأصيل عقود تفويض المرفق العام، والعناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام ومركزاته القانونية، سننتقل إلى الفصل الثاني لدراسة إبرام عقود تفويض المرفق العام.

1. Boiteau. Op. cit, p:70.

الفصل الثاني

إبرام عقود تفويض المرفق العام

تقوم عقود تفويض المرفق العام على فكرة أساسية وهي حرية اختيار المتعاقد "المفوض إليه" مع الإدارة، لذلك إن هذه العقود لم تكن خاضعة لأي قيود في إبرامها، ولهذا السبب انحسرت الرقابة القضائية على القرارات السابقة على إبرام العقد، وتطبيقاً للقواعد العامة لم تكن لأحكام الإلغاء أي قيمة مباشرة على العقد ذاته^١، لكن الأوضاع التقليدية قد أصابها قدرٌ من التطور، فأصبح اختيار المتعاقد خاضعاً لبعض القيود الإجرائية، كالمنافسة والعلانية، وترتب على ذلك إتساع الرقابة القضائية على هذه العقود.

وإن القيود الإجرائية على اختيار المفوض إليه لا تعني إلغاء حرية الشخص العام في اختيار المفوض إليه، لأن الشخص العام يبقى مُتمتعاً بهذه الحرية، وإنما يلزم تقييدها بالضوابط المحددة من قبل المُشرّع، وفي نهاية المطاف يختار الشخص العام المفوض إليه بحرية، طالما أنه تقيّد بالإعلان المُسبق وأجرى مُنافسة بين عدة عارضين، وهذا ما سنقوم بدراسته في المبحثين الآتيين، وفقاً للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: الإجراءات التمهيدية لإبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الثاني: أهم عقود تفويض المرفق العام.

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي التشريعات العربية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص:٥؛ منشور على شبكة الإنترنت على الموقع <http://www.droitentreprise.org/web>، ساعة الدخول: الساعة السابعة مساءً تاريخ ٢٠١٨/٤/١٤.

المبحث الأول

الإجراءات التمهيدية لإبرام عقود تفويض المرفق العام

إن عقد تفويض المرفق العام يخضع لنظام قانوني خاص، فضلاً عن الأحكام القانونية الخاصة الواردة فيه، والتي يتفق عليها طرفي العقد^١، إلا أن الفقه والقضاء كرسا لهذا النوع من العقود عدداً من المبادئ يقوم عليها، كمبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض إليه، ومبادئ العلانية والمساواة والمنافسة الحرة والشفافية، ويكون من شأنها أن تؤمن تحقيق الغاية والمصلحة العامة التي أبرم العقد من أجلها، بالشكل الأمثل^٢، وهذا ما سنقوم بدراسته في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الثالث: المبادئ التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام.

١. تتمتع الإدارة "كقاعدة عامة" بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض إليه، على أساس عدم خضوعها لأي إجراءات تتعلق بتأمين منافسة سابقة على إبرام العقد بين المرشحين، وهذه السلطة التقديرية ينبغي أن تستعملها الإدارة في حدود الصالح العام، فإن ثركت الإدارة أن تتعاقد مع شخص بذاته إضراراً به، ومحاباة لغيره كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف، وللادارة حرية اللجوء إلى طريقة المناقصة أو الممارسة بنوعيتها أو الاتفاق المباشر من أجل اختيار المتعاقد معها.

٢. د. حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٥٠.

المطلب الأول

الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

كانت الإدارة بادئ الأمر تتمتع بحرية واسعة في اختيار الشخص الذي سَتَكَلَّفُهُ بِإِدارة واستثمار المرفق العام، وهذه الحرية ترتبط بمسؤوليتها في تنظيم مرافقها العامة، والتي لم يكن يحدّها سوى الحالات التي تُضَع فيها الإدارة العامة قَوَاعِد تُقَيّد فيها نفسها، ولكن في مرحلة لاحقة شَهِدَت هذه الحرية تَطَوُّراً في مداها، وليس في مَضمونها، تَمَثَّلَت بنصوص تشريعية تَضَمَّنَت بعض الضوابط أو المستلزمات^١، وَقَدْ هَدَفَ المُشَرِّع من وراء هذه النصوص إلى تَحْقِيق الشفافية عبر إجراء المنافسة، ما جَعَلَ حرية الإدارة في اختيار المفوَّض إليه "المستثمر" مبدأً نسبياً قابلاً للتطوُّر والتبدل^٢.

أولاً- الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام في فرنسا:

١- **الفقه الفرنسي:** استقر الفقه والاجتهاد القضائي في بداية القرن العشرين على تَكْرِيس حُرِّية الإدارة في اختيار المفوَّض إليه "المستثمر"، وذلك من خلال التأكيد على الفصل بين الشراء العام "الصفقة العامة" من جهة، ونظام الالتزامات الذي شَكَّلَ فيما بعد النموذج التطبيقي لتقنية التفويض، في تلك المرحلة، من جهة أخرى، وقد أيدَّ جانب مُهم من الفقه الفرنسي فكرة الاعتبار الشخصي كأساس لاختيار المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام، إذ يقول

١. د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٥٠.

٢. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٦١.

الفقيه "Jèze" في هذا الصدد: "إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى ذاته بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن أساس هذه القاعدة هي صلة العقد بالمرفق العام^١، بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز، نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون إدارته"، وأكدّ الفقيهان "Vedel" و" P. Delvolvé" أنه: "إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معينة، عند إبرامها كالمناقصات والمزايدات، فإنه لم يُقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز، بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرافق العامة، ما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزناً خاصاً عند إبرام العقد"^٢.

٢- التشريع الفرنسي: شهد العقد الأخير من القرن الماضي ظهور اتجاهات تنادي بضرورة توفيق المفهوم التقليدي السائد في نطاق إبرام عقود تفويض المرفق العام القائم على أساس الاعتبار الشخصي مع مقتضيات الإدارة الحديثة، وبموجب ذلك تم إخضاع عملية اختيار الشخص المفوض إليه لمجموعة من الإجراءات، المتعلقة بتحقيق المنافسة الحرة والشفافية والمساواة، وكان نتاج ذلك أن اقترحت لجنة مكافحة الفساد المشكلة لدى الوزير الأول، إخضاع إبرام عقود تفويض المرفق العام إلى تقنية طلب العروض في إبرامها، وعلى وفق النصوص التي تضمنها قانون مكافحة الفساد، وتحقيق الشفافية في

١. يقول الأستاذ "A. De Laubadère" من خلال كتابه في النظرية والتطبيق للعقود الإدارية، "أن الإدارة لها حرية اختيار المتعاقد معها، كما يفعل ذلك الشخص الخاص، وإن هذه الحرية تشكل قاعدة أساسية في تقنية التفويض، والتي ترتبط بصلة وثيقة بالسلطة التنظيمية للإدارة".

٢. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص: ٢١.

٣. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص: ١١٧.

الحياة الاقتصادية والإدارية، وقد أثارت المناقشات البرلمانية إمكانية تَبَنِّي نظام إجرائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام، مُماثل لذلك الذي يَحكم عقود الشراء العام، ولكن تَمَّ العدول عن هذه الأفكار لأسباب تتعلّق بالأهمية الاقتصادية لعقود التفويض وتنفيذها من جهة، وما تستلزمه من ضرورة التعاقد مع شخص يستطيع أن يَنْهض بأعباء المرفق لمُدّة طويلة من جهة أخرى، وقد تَمَخَّص عن هذا المناخ صُدور قانون "Sapin" رقم (١٢٢-٩٣) بتاريخ ٩/١/١٩٩٣، المتعلّق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة الذي تَضَمَّن لأول مرة قَوَاعِد إجرائية خَاصّة تحكّم إبرام عقود تفويض المرفق العام، فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتمّ في إطار إجرائي حدّده القانون، ولا يجوز للإدارة تجاوزه، وإلاّ أصبح تصرّفها مشوّباً بالبطلان، غير أن هذا الإطار الإجرائي الجديد لم يكن مُطابقاً لما هو مقرر بالنسبة لعقود الشراء العام، واعتبر قانون "سابان" أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، هي التقنية التفاوضية التي تتمّ بعد علانية كاملة ومُنَافسة مُسبقة، ما حقق التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وضرورة تَمَنُّع الإدارة بالحرية الكافية عند اختيارها لمتعاقدتها في عقد التفويض، بناءً على ما يَقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى.

وبذلك يَكُون المُشَرَّع الفرنسي قد حَافِظ على إصراره التاريخي في عَدَم إخضاع عقود التفويض^١، إلى قَوَاعِد الإبرام التي تحكّم إبرام عقود الشراء العام،

١. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٦١١.

وتَحَلَّى في الوقت نفسه عن مَوْقفهُ التقليدي المُتمثل في عدم إخضاع إبرام عقود التفويض، إلى أي إطار إجرائي مُحدد بنص القانون^١.

وعندما دخلَ قانون "سابان" حَيَظَ التطبيق، أَكَّدَ رئيس محكمة باريس الإدارية أَنَّ مَفهوم المنافسة الصارم الذي أتى بِهِ القانون لا يُطابق مفهوم المنافسة الذي يُطبَّق في عقود الشراء العام^٢، وَيَكفي أَنْ تَنَتِجَ عن المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، وجود حالة تَنافُس بين المرشَّحين على مستوى جيد لاختيار المتعاقد، وَيَظَلَّ مبدأ عدم جواز تنازل المفوض إليه عن عقده إلى الغير سارياً نزولاً عند مبدأ الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقد التفويض، وَقَدْ رَفَضَ القضاء الإداري الفرنسي بَسْطَ رِقَابَتِهِ على أساليب التفاوض التي تَتَبِعُهَا الإدارة في مَعْرِض إبرامها لعقود التفويض، على أساس أَنَّ القانون قَدْ أعطى الإدارة حُرِيَّةَ كَامِلَةٍ في التفاوض مع المتنافسين، وفي مَجَال طَرَح العملية التعاقدية، وإجراء التفاوض، رَسَمَ قانون "سابان" نِطاقاً إجرائياً، تَضَمَّنَ شَرَطَيْنِ واستثناء كما يأتي:

أ- شروط الدخول في المنافسة:

وذلك بَأَن يُعلن المتنافس عن استعدادهِ لتقديم المميزات والأفضليات، فيما لو تَمَّ إسنَاد تَفْوِيض المرفق إليه، وَيُعَدَّ تَوْفِير هذا الشرط مِيعَاراً لإسنَاد عقد التفويض إليه، وهذا أمر مَنطَقي من خلال انعكاس ذَلِكَ على جَوْدَةِ أداء الخدمة التي يُقدِّمها مرفق الامتياز للمُنْتَفعين بِهِ.

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٥.

٢. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٢.

ب- الشرط المتعلق بمدة العقد:

إذا حدد القانون نطاقاً زمنياً معيناً لسريان عقود التفويض، فإن مدة العقد تُحدد في هذا النظام، على أن يُؤخذ في الحسبان طبيعة العقد، وقيمة الأموال المستثمرة فيه، بشرط ألا تتجاوز المدة المتفق عليه المدة الطبيعية وفق معدلات الاستهلاك المتبعة بالنسبة إلى الإنشاءات التي يُقدمها المُلتزم لاستغلال المرفق العام^١، وقد حدّد قانون ١٩٩٥/٢/٢ مدة عقود التفويض لبعض المرافق البيئية، مثل "مرافق المياه الصالحة للشرب، وتطهير المياه، ومرافق النفايات"، وذلك بما لا يجاوز عشرين عاماً.

ج- بالنسبة للاستثناء من إجراءات العلانية والمنافسة المسبقة:

استثنى المُشرّع الفرنسي بعض الحالات من التزام المنافسة والعلانية، فأباح للإدارة أن تلجأ إلى الاتفاق المباشر مع أحد أشخاص القانون الخاص أو العام، حين ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه ويتحقق ذلك فيما يأتي:

- (١) عندما يقرر القانون احتكار خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع بعينه.
- (٢) عندما تقوم الإدارة بتفويض مؤسسة عامة لإدارة مرفق الامتياز، شريطة أن يكون هذا المرفق ممّا يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفق القواعد القانونية التي تحكمها.
- (٣) ألا تتجاوز المبالغ التي تقع على عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز ما قيمته مبلغ (٧٠٠) ألف فرنك فرنسي خلال مدة العقد.

1. Ph. Terneyre، "L'influence du droit communautaire sur Le droit des contrats administratif"، A.J.D.A، 1996 Ns، p:87.

٤) إذا كان مشروع عقد الامتياز "التفويض" قد طُرِحَ في منافسة سابقة، ولم يقدم أحد أي عرض فيها، أو قُدمت عروض و رأت الإدارة عدم مناسبتها.

٥) يوجد نوعين من التفويضات يتم منحها على أساس تعاقدية أخرى تمنح بقرار، وقد أفتى مجلس الدولة الفرنسي أن التزامات المنافسة والعلانية الواردة في قانون ١٩٩٣/١/٢٩ تطبق في نطاق التفويضات ذات الطبيعة التعاقدية دون التفويضات التي يتم منحها بقرار^١.

٣- **القضاء الفرنسي:** استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ الاعتبار الشخصي منذ زمن طويل، إذ أكد دوماً على عدم التزام الإدارة بالخصوع لإجراءات الإبرام التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام، عندما تُبرم عقود امتياز المرفق العام لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد من جهة، ولعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي يُجبر الإدارة على إتباع إجراء مُحدد في معرض إبرامها لهذا النمط من العقود من جهة أخرى، وإن مفهوم الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض إليه هو مبدأ أبدعه مجلس الدولة الفرنسي من جملة ما أبدعه من مفاهيم، وظلّ مُخلصاً له على الدوام.

ثانياً- الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام في مصر:

إن مبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض إليه لم يقتصر تطبيقه على فرنسا، وإنما أخذت به معظم الدول، التي عرّفت عقود التفويض بصورها المختلفة.

١- **التشريع المصري:** لم يُقيّد المُشرّع المصري الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود التفويض، وذلك بالنظر إلى اتصال تلك العقود بالمرافق العامة،

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٢.

ما يجعل للاعتبار الشخصي في المفوض إليه وزناً خاصاً لدى إبرام العقد، وقد تم تكريس هذه القاعدة في القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ المتعلق بالتزام المرافق العامة، إذ لم تُحدد أحكام هذا القانون أي إجراءات يجب اتباعها لاختيار المفوض إليه، ومُسوّغ ذلك أن عقود تفويض المرافق العامة هي عقود إدارية بطبيعتها، تهدف من حيث النتيجة إلى تحقيق المنفعة العامة، وبالتالي فإن قاعدة الاعتبار الشخصي تُمثّل حقيقة ثابتة في العقد الإداري، إلا أن المُشرّع المصري قد اشترط في بعض القوانين على وجوب أن يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة في إطار من المنافسة والعلانية^١، وهي القانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، المتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦ المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العام لإنشاء المطارات وأراضي النزول، والقانون رقم (٢٢) لعام ١٩٩٨، المتعلق بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (١) لعام ١٩٩٦ في شأن الموائئ التخصصية، والقانون رقم (٨) لعام ١٩٩٧، المتعلق بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار.

٢- القضاء المصري: أفتى مجلس الدولة المصري أن العقد المُبرم بين وزارة الداخلية، وإحدى الشركات الخاصة لإنشاء أكاديمية الأمن في القاهرة تم إبرامه بالمخالفة لأحكام القانون، نظراً لأنه تم إسناد أعمال العقد بالأمر المباشر إلى الشركة المتعاقد معها، بينما يستلزم القانون طرح الأعمال محل العقد في

١. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٢.

مناقصة يتنافس فيها المقاولون لتقديم أفضل عروضهم سعراً وشروطاً^١، وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الموقف في أحد أحكامها بالقول: "ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح التزامات المرافق العامة في مناقصة عامة قبل منحها، والأمر في ذلك متروك للسلطة التقديرية تتصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة العامة"^٢.

٣- الفقه المصري: أيّد الفقه المصري من جانبه مبدأ الاعتبار الشخصي، كأساس لحرية الإدارة في اختيار المفوض إليه في عقود امتياز المرفق العام، وتعتد الإدارة في اختيار المفوض إليه في عقد الامتياز إعمالاً لقاعدة الاعتبار الشخصي، حيث أشار لذلك الدكتور توفيق شحاته بقوله: "ينبغي على الإدارة التأكد ملياً من أن الملتزم سوف يتولّى في جميع الأحوال تنفيذ التزاماته في عقد امتياز المرفق العام على أفضل نحو ممكن وفقاً للقواعد

١. د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٦٩.

٢. وإن ذلك يجد مُسوغه في سببين: ١- إن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور من خلال إدارة مرفق عام يقوم بتقديم خدمة عامة لجمهور الأفراد، ومن ثم فإن شخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الجهة الإدارية مانحة الامتياز، فإذا أقدمت هذه الجهة على اختيار متعاقد ما، من دون التركيز على شخصيته كما لو اختارت متعاقداً لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإن ذلك سينعكس أثره بصورة سيئة على إدارة المرفق العام محلّ الامتياز، وقد ينفر الجمهور من المتعاقد لسوء معاملته، وكل هذا يؤثر على سمعته. ٢- إن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته وإنما هو وسيلة تتمكّن بها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق من دون النظر إلى أي اعتبار آخر؛ انظر د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥.

التي تحددها الإدارة في كراسة الشروط سواء أكان اختيار الملتزم قد تم عن طريق الممارسة "De greagre" أم المناقصة العامة Par Adjudication Publique، فالاختيار القائم على الاعتبار الشخصي يُعدّ عنصراً أساسياً في منح امتياز المرفق العام، وتُجد هذا القيد مكتوباً بصيغ مختلفة في أغلب عقود امتياز المرفق العام في مصر وفقاً لما يأتي: "إن هذا الامتياز شخصي بحت، وبناءً عليه فإن الشركة لا يمكن أن تتنازل عنه للآخرين، ولا يجوز لها تأسيس شركة أخرى لاستغلاله بدون الحصول على إذن كتابي مسبق من الحكومة"، ويقول الفقيه المصري الدكتور سليمان محمد الطماوي: "إنه إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لطرق معينة عند إبرامها أشهرها المناقصات والمزايدات العامة، فإنه لم يُقيّد الإدارة بأسلوب معيّن عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلى اتصال هذا الأسلوب بالمرافق العامة^١، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزناً خاصاً عند إبرام العقد".

وإذا كان القانون رقم (٦٢) لعام ١٩٥٨، قد بيّن طريقة منح الامتيازات، فإن القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، هو الذي يتضمّن الأحكام الموضوعية لعقود الامتياز في مصر، وفي الواقع تُعدّ قاعدة الاعتبار الشخصي ذات أثر ملموس في نطاق نظرية العقد، وهي تُمثّل حقيقة ثابتة في العقد الإداري، فالنفع العام "غاية" تسعى الجهات الإدارية لتحقيقها، ويبدو واضحاً التمسك بالاعتبار الشخصي في كل نوع من أنواع العقود الإدارية بدرجات متفاوتة، ويكمن ذلك في ضوء ارتباط العقد بالمرفق العام، ومن ثمّ يكون الاهتمام بشخصية المقاول أو المورد في عقود الأشغال العامة والتوريد محلّ اعتبار.

١. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٣٣.

أما في عقد الامتياز فإن شخصية الملتزم تكون موضع اعتبار بالغ الأثر نظراً لما ينفرد به هذا العقد من خصائص^١، وطبيعة ذاتية لارتباطه وصلته الوثيقة بالمرفق العام والنفع العام ومداه، وتولي الجهات المانحة اهتماماً خاصاً بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بالحرص الشديد على توافر عناصر الكفاية والقدرة المالية والخبرة الفنية وحسن السمعة، بدرجة عالية في الملتزم للإطمئنان يقيناً على حسن إدارة مرفق الامتياز لعشرات السنين، وهي أمور بالغة الأثر تجعل من هذه القاعدة أساساً فاعلاً لدى اختيار الملتزم، من خلال تأكد الإدارة ملياً في قدرته على حمل مسؤولية مرفق الامتياز، وتقديم خدماته إلى جمهور المنفعين به في انتظام وإطراد سنين عدداً، ويلاحظ أن التعاقد عن طريق المناقصات العامة رهين بتحقق شرطين أساسيين هما: ألا تلجأ الجهة الإدارية إلى الطريق الاستثنائي إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة، على أن يتضمن شرط التسبب بيان الظروف الاستثنائية التي أدت إلى العدول عن الطريق الأصلي إلى غيره حسب الطبيعة الذاتية لهذا العقد، وطبقاً للعرف الإداري، وتُجيز أحكام المادتين (٣) و(٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة والممارسة المحدودة في حالات معينة حددها النص ويندرج فيها نشاط وأعمال عقود الامتياز، وتُجيز المادة (٧) من القانون في الحالات العاجلة التي لا تحتلّ اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع

١. يقول الدكتور محمد سعيد حسين أمين: "أن الأساس الكامن في قاعدة الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد، يُشكّل وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري لتحقيق الصالح العام؛ د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٧٥، ص: ٧.

أنواعها، أن يتمّ التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر^١، ولمّا كان اختيار المتعاقد في عقد الامتياز يتمّ أخذاً بقاعدة الاعتبار الشخصي عن طريق المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، فإننا سنوضح المقصود من كل منها:

أ- المناقصة المحدودة:

يقتصر حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصات على أشخاص، أو بيوت الخبرة، معتمدة أسماؤها في سجلات أو كشوف تُقررها الجهات الفنية بالوزارات والوحدات والمصالح الإدارية بعد التحري عنها، لتمييزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية، وحسن السمعة، ويدعى من لهم حق الاشتراك فيها^٢.

ب- الممارسة المحدودة:

حددت المادة الخامسة من القانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ أن يكون التعاقد بطريقة الممارسة المحدودة يتجسد في الحالات الآتية:

(١) الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.

(٢) الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها من أماكن إنتاجها.

(٣) الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو

١. وتقول المحكمة الإدارية العليا: "العرف الإداري تعبير يُطلق على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزولة نشاط معين، وينشأ من استمرار التزامها بهذه الأوضاع والسير على سنتها ما لم تُعدل بقاعدة أخرى"، حكمها الصادر بتاريخ (٥) نوفمبر ١٩٥٠، المجموعة الرسمية، السنة الأولى، ص: ٤١.

٢. د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص: ١٥٣.

أخصائيون أو خبراء بذواتهم، ويُعدّ التعاقد بالممارسة من الأساليب المتميّزة في اختيار المتعاقد فهذا الأسلوب يعتمد على المناقشات والمداولات كمحور أساسي بين المسؤول عن التعاقد من جانب الإدارة وبين مقدمي العروض، وتدور هذه الحوارات حول بنود التعاقد، وشروطه، وتسعى الإدارة للوصول إلى أفضل العطاءات في المرحلة التمهيديّة التي تجربها كخطوة أساسية سابقة على اختيار المتعاقد بغية تحقيق المصلحة العامة والتقريب بين وجهات النظر المختلفة.

ج- الاتفاق المباشر:

تقضي المادة السابعة، بأنّه يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتل إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، أن يتمّ التعاقد بطريق الاتفاق المباشر، بناءً على ترخيص رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة، أو من الوزير المختص، أو المحافظ في حدود معينة، ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر، فيما يجاوز تلك الحدود، كما يجوز لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتهما حالة الضرورة التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر، وبالأوضاع والقواعد المقررة بالمادة (٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة أن يُصرح لجهة بعينها لاعتبارات يُقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر، وذلك وفقاً للشروط والقواعد التي يُحددها^١.

١. نصّت المادة الأولى من القانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨: "بجواز التعاقد بالاتفاق المباشر استثناء من الأصل العام في التعاقد وذلك بموجب قرار مسبب من السلطة المختصة".

وقد حملَ القانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ في مادته الأولى، تطوُّراً مهمّاً بشأن كَيْفِيَّةِ تَعَامُلِ الإدارة مع تَقْنِيَّاتِ الإِبْرَامِ، بأن يَكُونِ التَّعَاقدُ على شِراءِ المَنقُولاتِ أو على مَقَاوِلاتِ الأَعْمَالِ والنَّقْلِ، أو على تَلْقِي الخِدْماتِ والدراساتِ الاستشارية والأَعْمَالِ الفَنِّيَّةِ عن طَرِيقِ المَناقِصاتِ أو الممارساتِ العامة، وأجاز استثناءً وبقرار مُسبَّب من السُلْطَةِ المَخْتَصَّةِ، أن يَكُونِ التَّعَاقدُ بالممارسةِ المَحْدُودَةِ، أو الاتِّفاقِ المَبْاشِرِ، في حَالَاتٍ مُعَيَّنَةٍ، وبشُروطٍ خاصَّةٍ، وبهذا جَعَلَ المُشَرِّعُ من المُمَارَسَةِ العامَّةِ تَقْنِيَّةً رِئِيسِيَّةً، كما أوجَدَ المُمَارَسَةَ المَحْدُودَةَ، والمَعْلُومَ أن المُمَارَسَةَ العامَّةَ تَخْضَعُ لِقَوَاعِدِ العَلانِيَّةِ، أما المُمَارَسَةُ المَحْدُودَةُ فلا تَخْضَعُ لِهَذِهِ القَوَاعِدِ، بَلْ تَنَتَمِ العَلانِيَّةُ المُوَدِّيَّةُ لِلْمَنَافَسَةِ فِيهَا عن طَرِيقِ إِرْسَالِ خُطَابَاتٍ مَوْصًى عَلَيْهَا تَتَضَمَّنُ كَافَّةَ البَيَاناتِ الواجبِ ذِكْرُهَا في الإِعلانِ عن المَنَاقِصَةِ العامَّةِ أو الممارسة العامة، ولا يَعرْنِي الاختلاف في أَسْلُوبِ الإِعلانِ نَفْيَ وجودِ مَنَافَسَةٍ عِنْدَ اللُجُوءِ إِلَى الممارسةِ المَحْدُودَةِ، بل هي قَائِمَةٌ في الحَالَتَيْنِ.

وَقَدْ أَكَّدَ المُشَرِّعُ في حَالَةِ الممارسةِ المَحْدُودَةِ ضرورةَ اسْتِقْطَابِ أَكْبَرِ عِدَدٍ من المَتَنَافِسينِ المَشْتَغَلِينَ في مَوْضُوعِ الأَدَاءاتِ المَطْرُوحَةِ، ما يَعرْسُ جَرِصَ المُشَرِّعِ بأن لا تَكُونِ المُمَارَسَةُ مَجَالاً لِلْمُحَابَاةِ وَالتَّمْيِيزِ، إِعْمَالاً لِمُقْتَضَى المَادَّةِ (٤٧) من اللائِحةِ التَّنْفِيزِيَّةِ لِلقانونِ رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.

أما الاتِّفاقُ المَبْاشِرُ فيقومُ على التَّفَاوُضِ شَأْنِ المُمَارَسَةِ، وَيَتِمَثَّلُ وَجْهُ الاختلافِ في أن التَّفَاوُضَ في المُمَارَسَةِ يَتِمُّ بَعْدَ اسْتِيفاءِ إِجْراءاتِ العَلانِيَّةِ، بينما يَحِقُّ لِلإِدارَةِ في الاتِّفاقِ المَبْاشِرِ، اللُجُوءُ إِلَى مَتَعَاقدٍ مُعَيَّنٍ وَالتَّفَاوُضِ

معهُ، تَوْصِلاً إلى أَفْضَلِ الشُّرُوطِ لإِبْرَامِ الْعَقْدِ، وَفِي الْإِتِّفَاقِ الْمُبَاشَرِ يَتَعَيَّنُ تَوَافُرُ شَرَطَيْنِ:

(١) **حَالُ الْإِسْتِعْجَالِ:** الَّتِي تَجْعَلُ إِجْرَاءَاتِ الْمُنَاقَصَةِ أَوْ الْمُمَارَسَةِ غَيْرَ مُمَكِّنَ طَبَقاً لِلْمَادَّةِ السَّابِعَةِ مِنَ الْقَانُونِ رَقْمَ (٨٩) لِعَامِ ١٩٩٨^١، وَمَعْيَارِ الْإِسْتِعْجَالِ كَمَا رَأَتْ الْمَحْكَمَةُ الْإِدَارِيَّةَ الْعُلْيَا الْمَصْرِيَّةَ مَعْيَارَ مَوْضُوعِي تَقْدِيرِهِ جِهَةً الْإِدَارَةِ تَحْتَ رِقَابَةِ الْقَضَاءِ، وَذَلِكَ فِي ضَوْءِ الظُّرُوفِ الْمُحِيطَةِ بِعَمَلِيَةِ التَّعَاقُدِ، وَالَّتِي تَعَكِّسُ ضَرَرًا مُحْتَمَلًا الْحَدُوثِ فِيمَا لَوْ تَأَخَّرَ إِبْرَامُ الْعَقْدِ إِلَى الْأَجْلِ الَّذِي تَسْتَلْزِمُهُ الْإِجْرَاءَاتُ الْآخَرَى.

(٢) **الْإِذْنُ:** حَيْثُ لَا يُمَكِّنُ لِلجِهَةِ الْإِدَارِيَّةِ أَنْ تَلْجَأَ إِلَى الْإِتِّفَاقِ الْمُبَاشَرِ إِلَّا بِنَاءً عَلَى تَرَخِيصٍ صَادِرَةٍ مِنْ سُلْطَاتٍ، وَفِي حُدُودٍ مَالِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ نَصَّ عَلَيْهَا الْقَانُونُ، وَقَدْ أَبَاحَ الْمُشَرِّعُ لِرَئِيسِ الْوُزَرَاءِ الْإِذْنَ بِالتَّعَاقُدِ بِالْإِتِّفَاقِ الْمُبَاشَرِ دُونَ التَّقْيِيدِ بِسَقْفٍ مُحَدَّدٍ فِي حَالَاتِ الضَّرُورَةِ الْقَصْوَى، وَلَهُ فِي حَالَاتِ الضَّرُورَةِ أَنْ يُصَرِّحَ لِجِهَةٍ بَعِينِهَا لاعتبارات، تَرْتَبِطُ بِطَبِيعَةِ نَشَاطِ تِلْكَ الْجِهَةِ بِالتَّعَاقُدِ بِالْإِتِّفَاقِ الْمُبَاشَرِ، وَفَقاً لِلشُّرُوطِ وَالْقَوَاعِدِ الَّتِي يُحَدِّدُهَا.

وَبِنَاءً عَلَى مَا تَقْدِمُ نَجْدُ أَنْ اخْتِيَارَ السُّلْطَةِ الْإِدَارِيَّةِ مَانِحَةَ التَّفْوِيزِ لِلْمَفْوُضِ إِلَيْهِ فِي عَقْدِ الْإِمْتِيَازِ يَكُونُ وَفَقاً لِمَبْدَأِ حُرِيَّةِ الْإِدَارَةِ فِي اخْتِيَارِ الْمُتَعَاقِدِ، "كَقَاعِدَةٍ عَامَّةٍ"، التَّزَاماً بِمَبْدَأِ الْإِعْتِبَارِ الشَّخْصِيِّ فِي اخْتِيَارِ الْمُتَعَاقِدِ مَعَهَا فِي عَقْدِ الْإِمْتِيَازِ.

١. عُلْيُوةُ فَتْحِ الْبَابِ، الْمَوْسُوعَةُ الْعِلْمِيَّةُ فِي الْمُنَاقَصَاتِ وَالْمَزِيدَاتِ، مَكْتَبَةُ كُومِيَّتِ، الْقَاهِرَةِ، ١٩٩٩؛ وَقَدْ وَجَّهَ الْكَثِيرُ مِنَ الْإِنْتِقَادَاتِ لِلْحَدِّ مِنْ سُلْطَاتِ رَئِيسِ مَجْلِسِ الْوُزَرَاءِ فِي هَذَا الشَّأْنِ، لِأَسْمَا أَنْ إِعْتِبَارَاتِ الضَّرُورَةِ عِبَارَاتٌ فَضْفَاضَةٌ، وَمَرْجِعُ تَقْدِيرِهَا يَكُونُ لِرَئِيسِ مَجْلِسِ الْوُزَرَاءِ وَحْدَهُ.

المطلب الثاني

الأسس التي يقوم عليها إبرام عقود تفويض المرفق العام

تقوم الجهة العامة وقبل تحديد طريقة التعاقد بدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع المراد تفويضه، لتقرر إجراء التفويض أو الابتعاد عنه، ومن ثم تختار متعاقدتها، كل ذلك في إطار إجرائي يضمن التطبيق الأمثل للمصلحة العامة، ولتحقيق ذلك تتم عملية التعاقد من خلال تحديد مبدئي "داسة الجدوى الاقتصادية"، وتحديد نهائي، وبعدها تتخذ الإدارة قرار اعتماد تقنية التفويض^١.

أولاً- دراسة الجدوى الاقتصادية:

تُعرّف دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع بأنها: مجموعة من الأسس العلمية المُستمدّة من علوم الاقتصاد والمحاسبة، التي تُستخدم في تجميع البيانات ودراستها وتحليلها، بقصد الوصول إلى نتائج تُبيّن مدى صلاحية المشروع للاستثمار^٢.

كما تُعرّف بأنها: "مجموعة الاختبارات والتقديرات التي يتم إعدادها بنية الحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح، أو القرار الاستثماري، وذلك على ضوء توقعات التكاليف، والفوائد المباشرة والغير مباشرة، وذلك

١. ولا يمكن التحلّل من هذا الالتزام، إلّا إذا تحقّق الشرط الآتي: يجب أن يكون الشخص العام غير مؤهل لإدارة المرفق العام نفسه، وفي حال تحقّق هذا الشرط يُمكن للإدارة أن تتعاقد مع شخص آخر لمُدّة قصيرة تكفي لتغطية المُدّة الضرورية لتنظيم عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة، وفقاً لإجراءات الإعلان المسبق، وبالاستناد إلى مبدأ المنافسة.

٢. سميرة حصايم، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١، ص: ٦٤.

طوال العمر الافتراضي للمشروع"^١.

وتأتي أهمية دراسة الجدوى من ضرورة التعرف على كامل جوانب المشروع، ومدى ربحيته، وبالتالي فهي تُهم الجهة العامة كما المفوض إليه "المستثمر"، بحسبان أنها تُمثل العامل الأساسي الذي يُعتمد عليه، في اتخاذ قرار الدخول في المشروع^٢:

١ - **العنصر المالي:** يقتضي دراسة إمكانية تحقيق المرفق العام لإيرادات ذاتية تكفي لتغطية الاستثمارات التي يتكبدها المفوض إليه، عند إدارته للمرفق العام، وإجراء مقارنة بين الإيرادات التي يُمكن أن تتحقق في حال إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه، وتلك التي يُمكن أن تتحقق من قبل شخص آخر، سواء كان شخصاً عاماً أو خاصاً، ويقتضي دراسة كلفة إدارة المرفق من قبل شخص آخر تُحقق وفراً للشخص العام، أو تُجنبه عجزاً، فإن ذلك يُشكل إحدى مبررات اللجوء إلى تقنية التفويض^٣.

٢ - **عنصر الإنتاجية:** دلت التجربة على أن إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أفضل من إدارة

١. د. أمل نجاح البشيش، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، العدد الخامس والثلاثون، تشرين الثاني، الكويت، ٢٠٠٤، ص: ١٠.

٢. لدراسة الجدوى الاقتصادية لأبّد من البحث في مجموعة من النقاط أهمها: دراسة العنصر المالي، عنصر الإنتاجية، عنصر المستفيدين من خدمات المرفق العام، العنصر التقني، المنفعة والتكلفة، وجود مشاريع منافسة حالية أو مستقبلية، حجم المشروع، مدة العقد، ودراسة سعر التعرفة.

٣. د. فيصل الشديقات، تمويل مشروعات البوت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦)، العدد الأول، ٢٠١٠، ص: ٥١٠.

أشخاص القانون العام، ويَجِب على الشخص العام إجراء دراسة مقارنة بين جودة الخدمات المقدمة من قبل الشخص العام عند إدارته للمرفق المعني، وجودتها عند إدارة المرفق من قبل شخص خاص، ويُمكن أن تعتمد في هذا المجال، مجموعة من المعايير والأدوات، كما يجب دراسة التأثير النفسي لانتقال الإدارة من الشخص العام إلى الشخص الخاص، ولاسيما بالنسبة للعاملين في المرفق العام.

٣- **عنصر المستفيدين من خدمات المرفق العام:** إن للرأي العام تأثيراً كبيراً على نجاح إدارة المرفق العام؛ وفقاً لطريقة التفويض يقتضي دراسة تأثير الإدارة بالتفويض على المستفيدين من خدمات المرفق العام^١، لأن عنصر الزبائن له أهميته الكبرى على العناصر الأخرى، لاسيما العنصر المالي، مع الإشارة إلى أن دراسة هذا العنصر تُواجهها صعوبات كثيرة، ويُمكن اللجوء إلى إجراء دراسات ميدانية، والقيام بالتحقيقات الضرورية.

٤- **العنصر التقني:** قد تُواجه المرفق العام، الذي يتم إدارته من قبل أحد أشخاص القانون العام، مصاعب على المستوى الفني والتقني، يُمكن أن يكون ذلك بسبب طبيعة نشاط المرفق العام المُعقدة من الناحية الفنية، أو بسبب تطوير تجهيزات المرفق، والبرامج المتبعة بصورة بطيئة نتيجة التعقيدات المالية والإدارية المُعتمدة في القطاع العام، أو بسبب تطوير المرفق واكتساب تقنيات حديثة تُكبد الإدارة العامة نفقات باهظة لا تقدر عليها، ولذلك فإن تفويض المرفق العام إلى أحد الأشخاص القانونية الخاصة هو أكثر فعالية وجدوى،

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرفق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٨١.

لأن القطاع الخاص يضم شركات تمتلك مؤهلات عالية في مجال التقنيات الحديثة، وتملك قدرة على إدارة المرفق فعالية أكبر وبكلفة أقل، ما يؤدي إلى ارتفاع جودة الخدمات المقدمة من قبل المرفق، وإلى تخفيف الأعباء عن الأشخاص العامة.

٥- المنفعة والتكلفة: المقصود بها "دراسة الفوائد والتكاليف المباشرة وغير المباشرة، الملموسة وغير الملموسة، بهدف تحديد صافي الربحية الاقتصادية الناتجة عن المشروع"، فلا بُدَّ لدراسة الجدوى من تحديد التكاليف المبدئية للمشروع^١، أي ما يتعلّق بالأبنية والأرض المقامة عليها والآلات، وبشكل عام البنية الأساسية والاستثمارية، ويُضاف إلى ما سبق المبالغ اللازمة لإدارة المشروع، وكل ما يتعلّق بالضرائب عن الفترة التي لا يُعفى منها، من ثم تُقارن هذه التكاليف، مع الإيرادات المُحتملة للمشروع خلال عمره الافتراضي الذي تحدده الإدارة^٢، ويَجِب عند القيام بهذه الدراسة عدم المُبالغة في الإيرادات المُتوقعة أو التهاون في شأن التكاليف المُحتملة، كما يُفضل تحديد هذه الإيرادات والتكاليف بأسعارها الحقيقية، وليس بقيمتها السوقية، واستخدام العملة المحليّة في عملية التقويم هذه، ومع ذلك من المُمكن استعمال عملة أخرى متى كانت مُعظم المُعاملات تتمّ وفقاً لها.

٦- وجود مشروعات منافسة حالية أو مستقبلية: المقصود بالمشروعات المنافسة، هي المشروعات الأخرى التي يُمكن التّوجه إليها للحصول على

١. روليت عبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، بحث علمي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص: ١٣.

٢. د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، مرجع سبق ذكره ص: ٦٩.

الخدمة ذاتها، وتلتزم الجهة العامة عادةً، في سبيل تحفيز المُستثمر، بعدم السماح بقيام مَشروعات مُنافسة طَوال مُدّة العقد، أو في المراحل الأولى من تشغيله، لتكون بذلك أمام حالة احتكار كامل^١، إلّا أنّه وبعدَ هذه الفترة يُمكن السماح لشركات أخرى بتقديم نفس الخدمة، فتنتقل إلى احتكار القِلة متى كان عدد الشركات قليلاً، أما في حال وُجِدَت مَشروعات كثيرة تُقدم الخدمات ذاتها تُفتح أمام المنتفع خِيارات مُتعددة لينتقي أنسبها جَودةً وسعراً^٢، وتأتي أهمية التمييز بين هذه الحالات من كون مُقدم الخدمة يَضطَر إلى تخفيض التَّعرفة قدر الإمكان دون التأثير على نوعية الخدمة، بهدف جذب أكبر عدد مُمكن من الراغبين بالانتفاع منها، وبالتالي الحصول على أكبر رِبحية مُمكنة، وفي هذا الإطار لا يكفي دراسة المشاريع المُنافسة المُوجودة وقت إعداد الدراسة، بل لا بُدَّ من الأخذ في الحسبان، إمكانية وجود مَشروعات مُنافسة مُستقبلية.

٧- حَجم المشروع: أي تقدير حَجم الطلب الحالي والمُستقبلي على خَدَمات المشروع خلال فترة العقد من خلال تَوَقُّع عدد المنتفعين، ووجود مَشروعات مُنافسة حَالِيَة ومُستقبلية، فزيادة حَجم المشروع عن عدد المنتفعين به يؤدي إلى هَدْر الطاقات وتَلَف الإنتاج، وبالتالي إلى خَفَضِ الربحية، كما أن وجود مَشروعات مُنافسة، من شأنه أن يؤدي إلى خَفَضِ عدد المنتفعين بالخدمات لوجود بَدائل أخرى، وفي هذا الإطار لا بُدَّ من دراسة المَشروعات المَوجودة

١. د. عدنان حمشو، الاستثمار في التنمية وفق نظام الـ BOT، مجلة الاقتصادية، العدد (٢٩١)، دمشق، مشار إليه لدى عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٥.

٢. د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام الـ BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٩، ص: ٢٥٢-٢٥٣.

وقيد الإنشاء والجديدة، وتلجأ الجهة العامة عادة إلى إحدى طريقتين لتحديد حجم المشروع، فإما أن تُحدده هي بداية وتُضمَّنه في دفتر الشروط الخاصة للعقد الذي يُرسل للراغبين في التعاقد، أو تُكلف العارضين بذلك، ثم تقوم بدراسة عروضهم وتحدد الحجم الأمثل من خلال عرضهم^١.

٨- دراسة العمر الافتراضي للمشروع (مدة العقد): يُقصد بها انتهاء عمر العقد للمشروع المحدد من قبل الجهة العامة، وليس عمره الإنتاجي الذي يدل على الفترة التي يكون فيها المشروع صالحاً للإنتاج وذلك باستمرار عملية الصيانة على التجهيزات والآلات.

وبتعبير آخر انتهائه من الوجود، وتقوم الإدارة بهذه الدراسة في إطار دراستها للجذوى الاقتصادية، وللمبالغ التي يديرها المشروع، ولا تسمح التشريعات عادة بترك مدة العقد مفتوحة، لكون شرط تحديد المدة في العقود الإدارية شرط جوهري، وهذا ما أكدته المشرع المصري، وإن لم يُحدد مدة قصوى للمشروع، حيث جاء في المادة (٦٦٨) من القانون المدني المصري: "وَيَكُونُ هَذَا الْعَقْدُ بَيْنَ جِهَةِ الْإِدَارَةِ الْمُخْتَصَّةِ بِتَنْظِيمِ هَذَا الْمَرْفُقِ، وَبَيْنَ فَرْدٍ أَوْ شَرَكَةٍ يُعْهَدُ إِلَيْهَا بِاسْتِغْلَالِ الْمَرْفُقِ فِتْرَةً مُعَيَّنَةً مِنَ الزَّمَنِ"، ونص على عدم جواز زيادة مدة عقد التفويض عن ثلاثين عاماً، إلا أن هذا النص نُسخ في تشريعات لاحقة، تعلقت بقطاعات محددة، ومنها قانون رقم (٣) لعام ١٩٩٦ الخاص باستثمار المطارات، والقانون رقم (٢٢٩) لعام ١٩٩٦ المتعلق بالطرق، والقانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦ المتعلق باستغلال محطات

١. د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام الـ BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٩.

الكهرباء، حيث سَمَحَتْ هذه القوانين بإبرام العقود لِمُدَّة طويلة على ألا تزيد عن (٩٩) عام^١، وبموجب نصّ المادة (٣٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ أصبحت المُدَّة القصوى (٣٠) عام.

وفي حين لم يَقم المُشرِّع الفرنسي كنظيره المصري بتحديد مُدَّة قصوى لعقد التفويض من حيثُ المبدأ، إلّا أنّه اشترط في المادة (٤٢) من قانون "سابان"، ألا تزيد عن المُدَّة العادية لاستهلاك المنشآت المستخدمة^٢، كما استثنى من تطبيق أحكام هذه المادة العقود المُتعلّقة بمياه الشرب^٣، واشترط ألا تزيد مُدَّة التعاقد عن (٢٠) عام^٤.

٩- دراسة سِعر التَّعْرِفة: على الجهة العامة عند وضع سِعر التَّعْرِفة التي يَلتزم به المتعاقد أن تأخذ بحسبانها التوازن بين الخدمة المؤداة وتكلفتها^٥، وهذا التكافؤ لا يَعني أن مُعدل التعرّفة، يَقتصر على تَغطية نَفَقَات تَأدية الخدمة، بل يَجِب أن يَشمل أيضاً نَفَقَات تَحْدِيث وتَطْوِير المنشأة، كما يَجِب عليها أن تَقوم

١. المادة (٨) من قانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة.

٢. د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل ال B.O.T، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٥.

3. Loi n° 95-101 du 2 février 1995.

٤. لأبْدُ للإدارة عند تَحْدِيد العمر الافتراضي للمشروع أن تأخذ بالحسبان ما يلي: أ- تكلفة رأس المال اللازم. ب- المُدَّة الزمنية التي تلزم لبناء وتشبيد المشروع في حال كان البناء على عائق المفوَّض إليه. ج- التدفقات النقدية المتوقعة. د- حساب تكلفة التشبيد والصيانة والتأمين. هـ- العمر الإنتاجي للمشروع؛ مشار إليه لدى عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٦.

٥. روليت عبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشبيد مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣.

بدراسة المستوى الاجتماعي والاقتصادي للمواطنين، وبالأخص في مشروعات الخدمات، بهدف دراسة استجابة المنتفعين لاحتمال زيادة التعرفة، فقد تكون النتائج غير مرضية، وتؤدي إلى أزمات اجتماعية وسياسية في حال عدم تمكن المستهلك البسيط من دفع التعرفة المحددة للخدمات الأساسية، ويؤثر المركز الاحتكاري الدائم والمؤقت للمشروع في تحديد مقدار التعرفة، بحسبان أن الأرباح المحققة في ظل الاحتكار أو المنافسة المحدودة ستقل في حال وجود عدد كبير من المشروعات المنافسة^١، لكونها تشكل بدائل أمام المنتفعين، وبالتالي ستضطر الجهة العامة لخفض التعرفة، ولا يحول مبدأ المساواة دون قدرة الجهة العامة على طرح أسعار متعددة للتعرفة، تختلف باختلاف جودة الخدمة المؤداة، كنوع من المساهمة في وصول الخدمة إلى جميع المنتفعين في مستويات الدخل كافة.

ثانياً - إجراءات التحديد النهائية:

بعد قيام الجهة العامة بدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، واتخاذ القرار بإدارته عن طريق التفويض، تأتي مرحلة تلقي العروض، وتحديد شروط العقد بما فيها الشروط المالية، وصولاً إلى اختيار المتعاقد وتوقيع العقد.

١ - أساليب التعاقد:

تختلف الدول محل المقارنة في تحديد الأساليب التي تتبعها، لإبرام عقود تفويض المرفق العام.

أ - في فرنسا:

يتبع أسلوب التفاوض دون إغفال قواعد المنافسة والعينية، حيث تقوم

١. د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل ال B.O.T، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٢.

الجهة العامة، وبعد الانتهاء من دراسة الجدوى، بالدعوة إلى التعاقد وتقديم العروض، ثم تقوم بمراجعة الضمانات المهنية والمالية للعارضين، ومُدّة قدرتهم على ضمان استمرار أداء الخدمات العامة والمساواة بين المنتفعين، وبعدها تقوم بإعداد قائمة بأسماء المرشحين، وتطلب منهم تقديم عروضهم، بعد تزويدهم بالوثائق التي تُحدد فيها الخصائص الكميّة والنوعية للخدمات المطلوب تأديتها^١، وبالمستندات المُتعلّقة بتسعير الخدمات المُقدمة للمنتفعين^٢.

ويجب أن تضم العروض المُقدمة رأس المال الموظف والحسابات والمعلومات المُتعلّقة بتنفيذ العقد^٣، ثم تدرس الإدارة العروض المالية للعارضين المقبولة عروضهم فنياً، وتقوم بتحليلها وإجراء المقارنة بينها، بناءً على معايير تُحدد قبل دراسة العروض بشكل واضح، بحيث تتفق مع المعايير الدولية وطبيعة المشروع، بعد ذلك تُعدّ تقريراً يتضمّن شرحاً للإجراءات، ورأياً مُعللاً حول العروض، ويُرفع إلى السلطة صاحبة القرار لتقوم بالتفاوض مع العارضين، وتقوم الجهة العامة بإجراء مفاوضات حرة مع العارضين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة^٤.

ب- في مصر:

لم يُقيد المُشرّع في قانون (١٢٩) لعام ١٩٤٧، المُتعلّق بالتزام المرافق العامة، الإدارة بأسلوب معين لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وبالتالي يجب

١. المادة (٣٨) من قانون "سابان" الفرنسي ١٩٩٣.

2. La Loi du 2 Février 1993.

3. Boiteau .c، op .cit، p:120.

4. Boiteau .c، op .cit، p:129.

الرجوع إلى التّقنيات المُتبعة في عقود الشراء العام، مع الأخذ في الحسبان مبدأ الاعتبار الشخصي، وهذا ما أكّده الدكتور توفيق شحادة حين قال: "ينبغي على الإدارة التّأكد ملياً، من أن الملتزم سيتولّى في جميع الأحوال تنفيذ الالتزامات في عقد امتياز المرفق العام على أفضل نحو مُمكن، وفقاً للقواعد التي تُحددها الإدارة في كَرّاسة الشروط، سواء أكان اختيار الملتزم قد تمّ عن طريق الممارسة أم المناقصة العامة، والاختيار القائم على الاعتبار الشخصي، يُعدّ عنصراً أساسياً في منح امتياز المرافق العامة"، وبالتالي يُمكن اللجوء في مصر إلى المناقصة أو الممارسة.

ج- في سورية:

يهدف القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص إلى تنظيم عملية إنشاء وتشغيل المرافق العامة ومشاريع البنية الأساسية في إطار استراتيجية الدولة لتشجيع وزيادة مشاركة القطاع الخاص في خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتحقيق العدالة بين القطاعين في فرص الاستثمار، وبما يكفل سهولة تنفيذ عقود الشراكة، وضمان الوصول إلى أعلى مستوى من الخدمات العامة للمنتفعين وبأفضل الشروط.

وبالنسبة لإجراءات التعاقد وفقاً لقانون التشاركية رقم (٥) لعام ٢٠١٦ هي طلب العروض والإجراءات غير التنافسية والعروض التلقائية.

ومن جانبنا نفضل اتباع إجراءات التعاقد بناءً على التفاوض لكونها تقوم على المنافسة العلنية المقرونة بحرية اختيار الإدارة للشخص المتعاقد معها، ومع أن المُشرّع السوري حدّد حالات التّعاقد بالتراضي على سبيل الحصر، إلّا أن المخرج في هذه الحالة استغلال الاستثناء الذي جاءت به الفقرة (ج) من المادة (٣٩) من قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام

٢٠٠٤ والتي نصّت على أنّه: "يجوز التعاقد بالتراضي في الحالات الأخرى التي يعود تقديرها للوزير المختص، نتيجة دراسة تبريرية تُوضح الحاجة التي تدعو لإتباع هذا الأسلوب، متضمّنة الأسس الواجب اعتمادها في تحديد السعر وسائر الشروط الأخرى".

٢- الجهة التي تحدد الشروط المالية:

يُمكن تقسيم الشروط المُتعلّقة بالمقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام إلى ثلاثة أقسام: الأول يَضَعُهُ المُشرّع، والثاني تَقَرُّهُ الإدارة بإرادتها المنفردة، والثالث يَجري الاتفاق عليه بين الطرفين المتعاقدين.

أ- النوع الأول:

يتعلّق بشروط يفرضها المُشرّع دون أن يكون للجهة العامة أو المتعاقد الحق بالاتّفاق على ما يخالفها، ومن هذه الشروط ما نصّ عليه المُشرّع المصري في المادة (٥) من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ بوضع حد أعلى للربح، بحيث لا يتجاوز سنوياً (١٠) % من رأس المال الموظف بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، وتُستخدم الزيادة في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن (١٠) % وفي تحسين المرفق وتوسيعه، وفي خفض الأسعار بالطريقة التي تراها الإدارة صاحبة الحق بمنح الالتزام.

ب- النوع الثاني:

يضم الشروط المُتعلّقة بالتعرفة التي تُقرّها الجهة العامة سواء وضعتها بمفردها، أو اقترحها المتعاقد وصادقت عليها، أو أقرتها الإدارة بعد مناقشات ومفاوضات بين طرفي العقد، ومن الجدير بالذكر أن الإدارة غير ملزمة بنتائج هذه المفاوضات أو المقترحات، وهذا ما جاءت به المادة (٦٣٧) من القانون

المدني السوري، والمادة (٦٧١) من القانون المدني المصري: "يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون...".

كما أكدَّ المُشرِّع الفرنسي في المادة (٤٠) من قانون "سابان" La Loi du 29 Février 1993 على وجوب تدخّل الإدارة لتحديد التعرّفة المستوفاة من المنتفعين بخدمات المرفق، لكونها تُعدّ من المسائل المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتنظيم المرفق .

ج- أما النوع الثالث:

فيتعلّق بالأشكال الأخرى للمقابل المالي، وبالأخص الشروط المالية التي تضمن حقوق الملتزم مثل المزايا المالية ونسبة الأرباح، وتُعدّ هذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية، ومن الجدير بالذكر أن المبالغ التي يدفعها المتعاقد للإدارة في بعض عقود التفويض مثل بدل الاستثمار تُعدّ من الشروط المالية، وهي أيضاً ذات طبيعة تعاقدية، حسب ما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٠/١٢) لعام ١٩٦٨، وبالتالي يجري تحديد هذه الشروط عن طريق المفاوضات بين العارض والجهة العامة.

ومن جانبنا نُؤكد على ضرورة التعاقد المباشر بين العارض والجهة العامة على هذا النوع من الشروط، بحسبان أنها لا تدخل في صميم تنظيم المرفق العام، بل تتعلّق بالعلاقة التي تربط الإدارة بالمتعاقد، وبالتالي لا بدّ لتحديدّها من إجراء مفاوضات بين المتعاقدين للوصول إلى نتائج يَرْضِيها كلّاً من الطرفين، وعليه يُمكن القول إن هذه الشروط تُحدد بشكل تعاقدى لأن المُشرِّع لو أراد حصر تحديدّها بالجهة العامة، لنصّ على ذلك صراحةً كما فعل بالنسبة للاتّاعات.

ثالثاً - اتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض:

يصدر القرار باعتماد تقنية التفويض عن السلطة المختصة في الدولة، أو في الأشخاص العامة المحليّة، أو المرفقية، ويقتضي على الشخص العام أن يَعمد إلى إجراء دراسة لمجموعة من العناصر، قبل اتخاذ قرار التفويض، كما يجب عليه اختيار إحدى صور تفويض المرفق العام، والتي تتلاءم مع طبيعة المرفق موضوع التشغيل.

١ - السلطة الصالحة لاتخاذ قرار التفويض:

إن المرفق العام لا يمكن أن يُفوض، إلّا إذا صدرَ قرار بإبرام عقد التفويض، والسلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك السلطة التي يدخل المرفق في اختصاصها، وهي السلطة المسؤولة عن إدارته، لا يجوز لها أن تُقرر تفويضه، إلّا في الحالة التي تختلط فيها سلطة التنظيم مع سلطة الإدارة¹.

وأصدر مجلس الدولة الفرنسي رأياً مخالفاً لهذه القاعدة، تضمّن أن اصطلاح تفويض المرفق العام الوارد في المواد (٣٨-٤٠) من قانون "سابان" Sapin عام ١٩٩٣، يتناول الحالات التي يكون فيها الشخص العام مُكلّفاً بمرفق عام، ويُعهد بإدارة هذا المرفق إلى شخص يختاره، وأنّه يدخل في نطاق هذا القانون الحالات التي يتمّ فيها تفويض مرفق عام، بواسطة "سلطة مسؤولة عن تنظيم المرفق" إلى شخص تعهد إليه مهمّة تنفيذه.

1. J. B. Auby، C. Maugue، J.C.P، 1994، precite، n.14.

أ- السلطة المختصة بإبرام عقد تفويض المرفق العام في فرنسا:

إن قرار إبرام عقد التفويض من اختصاص سلطة القرار "**Autorite Decisionelle**" للشخص العام المسؤول عن المرفق^١، ويمكن للدولة والوحدات المحلية، والنقابات التابعة للمفوض إليه أن تكون سلطة تفويض.

ب- السلطة المختصة بتفويض المرفق العام في مصر:

يَتوقف تحديد السلطة المختصة بتفويض المرفق العام في مصر، على

1. C. E. Assemblée generale، 9mars 1995، section des travaux publics، rapport precite، p:399.

١- فيما يتعلّق بالدولة، فإن السلطة المختصة بقرار التفويض، هي السلطة اللاتحية، أي رئيس الوزراء، ومن أبرز التطبيقات تفويض استغلال الأستاذ الكبير لإقامة بطولة كأس العالم لكرة القدم في ١٩٩٨. ٢- أما فيما يتعلّق بالوحدات المحلية، فإن السلطة المختصة هي هيئة التقرير **assemblee deliberante** وليس السلطة التنفيذية للوحدة المحلية، ومن المعروف إنها هيئة التقرير للوحدات المحلية في المجالس البلدية **conseils mimicipaux**، والمجالس العمومية **conseils generaux**، والمجالس الإقليمية **conseils regionaux**، ومن الملاحظ أن إبرام عقود تفويض المرافق العامة المحلية لم يَعدّ يتطلب موافقة سابقة من سلطة الوصاية، أي المحافظ **le prefet** وذلك اعتباراً من ١٩٨٢. ٣- وفيما يتعلّق بالنقابات التابعة للمدن **syndicats intercomunaux**، فإن القرار يصدر من اللجنة النقابية، وليس من المكتب، ويملك الشخص العام المسؤول عن المرفق سلطة تقديرية في تقرير ما إذا كان المرفق يدار بالاستغلال المباشر أم بتفويضه إلى الغير، وإذا كان قانون "سابان" لا يُطبّق إلّا على تفويض المرافق العامة للأشخاص المعنوية للقانون العام، إلّا أنّه وفقاً للقانون الأوروبي، فإن جماعات القانون الخاص التي يتمّ تكوينها بين الأشخاص العامة أو منظمات القانون الخاص، والتي تنشأ بقصد أن تقوم بشكل خاص بإشباع حاجة ذات مصلحة عامة ليست لها طبيعة صناعية أو تجارية، يمكن أن تبرم مع مقاول "امتياز

تَحْدِيد نَوْع الْعَقْد.

(١) فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِعَقْدِ الْإِلْتِزَامِ^١، فَإِنْ تَطَوَّرَ قَدْ حَدَثَ، فَقَدْ تَضَمَّنَ دَسْتُور ١٩٢٣ نَصًّا صَرِيحًا فِي الْمَادَّةِ ١٣٧، بِشَأْنِ ضَرُورَةِ إِصْدَارِ قَانُونٍ خَاصٍ بِمَنْحِ كُلِّ التَّزَامِ عَلَى حِدَةٍ^٢، أَمَّا دَسْتُور ١٩٥٦، فَقَدْ مِيزَ بَيْنَ حَالَتَيْنِ: حَالَةِ أَنْ الْإِلْتِزَامِ الْمَرَادُ مَنَحُهُ يَتَضَمَّنُ احْتِكَارًا، وَيَجِبُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ صُدُورُ قَانُونٍ فِي كُلِّ حَالَةٍ عَلَى حِدَةٍ، وَحَالَةِ أَنْ لَا يَنْطَوِي الْإِلْتِزَامُ عَلَى احْتِكَارٍ، فَيَكُونُ مَنَحُهُ وَفَقًا لِلْقَانُونِ، أَيُّ بِقَرَارٍ مِنْ رَئِيسِ الْجُمْهُورِيَّةِ بَعْدَ مُوَافَقَةِ مَجْلِسِ الْأُمَّةِ.

أَمَّا دَسْتُور ٢٠١٤، فَقَدْ انْتَهَجَ نَهْجًا جَدِيدًا، حَيْثُ نَصَّتِ الْمَادَّةُ (٣٢) عَلَى أَنْ: "يُحَدِّدُ الْقَانُونُ الْقَوَاعِدَ وَالْإِجْرَاءَاتِ الْخَاصَّةَ بِمَنْحِ الْإِلْتِزَامَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِاسْتِغْلَالِ مَوَارِدِ الثَّرْوَةِ الطَّبِيعِيَّةِ وَالْمَرَافِقِ الْعَامَةِ"، وَوَفَقًا لِلْقَانُونِ رَقْم (٦١) لِعَام ١٩٥٨، فَإِنْ مَنَحَ الْإِمْتِيَازَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَرَافِقِ الْعَامَةِ، يَكُونُ بِقَرَارٍ مِنْ رَئِيسِ الْجُمْهُورِيَّةِ بَعْدَ مُوَافَقَةِ مَجْلِسِ الشَّعْبِ فِي الْمَادَّةِ الْأُولَى مِنْهُ.

=أشغال" على أن يكون المقابل المالي للمقابل، كلياً أو جزئياً، هو حق استغلال المنشآت، وإذا تحقق هذا الوضع في القانون الفرنسي، فإنه يعني انقلاباً في مفهوم تفويض المرفق العام؛ الذي يقوم على أن يعهد شخص عام إلى شخص خاص بتنفيذ المرفق.

1. C. E. 15 juin 1994، Syndicat intercommunal des transpot، cit La region de douai، Rec، p:1033.

٢. تنص المادة (١٣٧) من الدستور المصري لعام ١٩٢٣ على: "كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود".

٢) أما فيما يتعلّق بعقود التفويض الأخرى، فإنّه يَجِبُ التميّز بين المرافق العامة المركزية^١، والمرافق العامة المحليّة، وفيما يتعلّق بالمرافق العامة القومية، فإن الوزير هو المسؤول عن إدارة المرافق التابعة لوزارته، وفقاً للمادة (١٥٧) من الدستور التي تنصّ على أن "الوزير هو الرئيس الأعلى لوزارته"^٢، وبالتالي فإن الوزير المختص، هو الذي يصدر قرار تفويض المرفق.

وأما فيما يتعلّق بالمرافق المحليّة، فإن الوحدات المحليّة هي المسؤولة عن إدارة هذه المرافق، فالمادة الثانية من قانون الإدارة المحليّة تنصّ على أن: "تتولّى وحدات الإدارة المحليّة في حدود السياسة العامة، والخطة العامة للدولة، إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة في دائرتها".

وبالتالي فإن المجالس المحليّة، هي السلطة المختصة بالتفويض في

١. نلاحظ من هذه النصوص أنّه لا تفرق بين المرافق القومية والمرافق المحليّة، ويبدو أنها قد أصابها التعديل فيما يتعلّق بمنح التزام المرافق المحليّة، فقد اشترطت المادة (١٢٧) من قانون الإدارة المحليّة لعام ١٩٧٩ "موافقة المجلس الشعبي المحلي المختص"، على منح التزام استغلال أي مرفق من المرافق العامة المحليّة، والمادة (٢٧) من القانون ذاته أشارت إلى أن يصدر قرار منح الالتزام من المحافظ كونه هو الرئيس "لجميع المرافق المحليّة"، ويلاحظ من القوانين الصادرة في مصر بشأن منح التزامات المطارات رقم (٣) لعام ١٩٩٧ والطرق العامة قانون (٢٢٩) لعام ١٩٩٦، ومحطات الكهرباء قانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، واكتفت بأن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص. وهذه النصوص التي تحكم التزامات المرافق العامة تثير التساؤل الآتي: إذا كانت الالتزامات الأكثر أهمية يتم منحها بقرار من مجلس الوزراء، فكيف يمكن أن يتم منح الالتزامات الأقل أهمية بقرار من رئيس الجمهورية بعد قرار مجلس الشعب؟، إن هناك ضرورة لإعادة توحيد الأحكام التي تخضع لها عقود الالتزام بهذا الشأن.

٢. أما السلطة المختصة بتنظيم المرافق العامة فهي رئيس الجمهورية: "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والصالح العام"، المادة (١٤٦) من الدستور.

إدارة المرفق المحلي بدون تصديق من السلطة المركزية.

حيث نصّت المادة (٣٨) قانون الإدارة المحلية السوري رقم (١٠٧) لعام ٢٠١١: "يتولّى المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة التصديق على عقود الأجهزة المحلية وفق الحدود المنصوص عليها في نظام العقود والقوانين والأنظمة النافذة".

٢- اختيار أحد أنواع تفويض المرفق العام:

إن لتفويض إدارة المرفق العام مجموعة من الصور يندرج بعضها ضمن العقود الإدارية المسماة، كامتياز المرفق العام، وإجارة المرفق العام، ومشاطرة الاستغلال، والإدارة بالشراكة، والبعض يدرج ضمن العقود غير المسماة، بحيث يتضمّن العقد الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام، دون أن يُعطى اسماً محدداً، ويُراعي الشخص العام عند اختياره الصورة المناسبة لإدارة المرفق العام مجموعة من العوامل^١، أهمها:

أ- إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام:

قد تتضمّن مهمّة المفوض إليه إقامة المنشآت والأبنية اللازمة للمرفق، ففي هذه الحالة فإن الشخص العام يلجأ إلى اعتماد عقد التزام المرفق العام، وفي حال كان المرفق المراد تشغيله قائماً ولا حاجة لبناء منشآت عامة، فإن الإدارة يُمكنها أن تختار طريقة إجارة المرفق العام، أو مشاطرة استغلال،

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٠.

أو عقد إدارة أو إدارة بالشراكة.

ب- تغطية تكاليف الاستغلال:

إذا كان المرفق يُحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق امتياز المرفق العام، أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف، فيختار الشخص العام مانح التفويض طريقة مشاطرة الاستغلال، أو عقود الإدارة، أو الإدارة بالشراكة.

إذ يحصل المفوض إليه مُقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يُغطي نفقات تشغيل المرفق، ويُحقق له الأرباح، فضلاً عن علاوات تُعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة الخدمة، وإذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة تُغطي تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة طريقة إجارة المرفق العام، إذ يلتزم المفوض إليه بدفع بدلات إيجار لمانح التفويض مُقابل استغلاله للمرفق^١.

ج- نطاق رقابة الشخص العام:

إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية وشدة، فيختار طريقة امتياز المرفق العام، أو إيجار المرفق العام، أما إذا أراد ممارسة رقابة محدودة، فيختار في هذه الحالة طريقة مشاطرة الاستغلال، أو عقود الإدارة، أو الإدارة بالشراكة.

١. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٥.

المطلب الثالث

المبادئ التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام

من أهم التعديلات التي جاءت بها التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام، ما يتعلّق منها بتقييد سلطة الإدارة في الاختيار الحر للمفوض إليه^١، والتي كانت إحدى مقتضيات مبدأ الاعتبار الشخصي لعقود التفويض.

وبناءً على ذلك نصّت المادة (٣٨) من قانون سابان "Sapin" الفرنسي لعام ١٩٩٣ على أن: "تفويض المرفق العام يتم وفق إجراءات تحترم الشفافية والإشهار، وتتم بناءً على طلب العروض وفي إطار منافسة محدودة".

أولاً- مبدأ المنافسة الحرة:

يُعدّ مبدأ المنافسة الحرة هو مبدأ غاية في الأهمية، ويستند على جملة من الأفكار القانونية الجوهرية، ولكن المنافسة لا تكون مفتوحة بشكل مطلق، بل مُقيّدة بقيود ذات طبيعة مختلفة تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو الشركات من الدخول في العطاءات، كما تتمتع الإدارة بسلطة استبعاد بعض العطاءات.

١- مفهوم مبدأ المنافسة الحرة:

يُقصد بمبدأ المنافسة الحرة حرية دخول المناقصة^٢ التي تُعلن عنها

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرفق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٨٢.

٢. د. هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة

الدول العربية، ٢٠٠٧، ص: ٨٨.

الإدارة وفي الحدود التي حددها القانون.

وَعَرَّفَ آخرون مبدأ المنافسة الحرّة بِكونه من المبادئ الأساسية والتقليدية التي تحكم إبرام العقود الإدارية، سواء بالنسبة للقواعد والإجراءات المنظّمة لعملية التعاقد أو بالنسبة للتطبيق العملي^١، والمنافسة الحرّة بهذا المعنى تقتضي أن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تُعطى لأقرانه أو على حسابهم، ويَجِب أن تكون الشروط في الاشتراك واحدة للجميع، ويستند مبدأ المنافسة بوصفه أحد المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقود الإدارية على مجموعة من الأسباب النظرية والعملية التي كانت سبباً في ظهور وتكريس هذا المبدأ.

أ- الأسباب النظرية:

- (١) الحرية الاقتصادية: لأن مبدأ التنافس الحرّ هو دعامة الاقتصاد الحرّ والتي ينبغي أن تحرص الدولة عليه، وعليها عدم تقييد تطبيقه كلّما أمكن ذلك.
- (٢) المساواة أمام القانون: هذا المبدأ استقر تماماً في الضمير الحقوقي الفرنسي بوصفه أحد الأفكار التي كرّستها مبادئ الثورة الفرنسية.

ب- الأسباب العملية:

- (١) المصلحة المالية للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس بالسماح لكل

١. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد (٢٥)، علم الشريعة والقانون، العدد (٢)، كانون الأول، ١٩٩٨، ص: ٤٥٣.

الراغبين في التقدم لغرض التعاقد مع الإدارة، وقد أثبتت التجربة دائماً أن استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين على الراغبين بالتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن، ما يُفضي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة^١.

(٢) مصلحة المتنافسين ذاتهم التي تستلزم اعطاءهم الضمانات جميعها التي تتمثل في حرية دخولهم وتقديم عروضهم، إذ إن المنافسة تُحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تُجيز الدخول إلى الطلب العام للكافة، ولاسيما المشروعات المتوسطة والصغيرة، بحسب شروط العطاء^٢.

(٣) إن المنافسة تجعل الإدارة مُلمّة بكل مُعطيات التسوق، ما يفسح المجال لها للاختيار الدقيق والمتنوّر^٣، ونظراً لأهمية مبدأ المنافسة فقد دأبت التشريعات على التأكيد عليه، فقد تبنّاه المشرّع الفرنسي بموجب المرسوم رقم (٢٢٩-٦٤) الصادر في ١٧/٧/١٩٦٤ والخاص بالعقود العامة، كما نصّت عليه المادة (٢٨١) من المرسوم الخاص بالعقود العامة للوحدات المحلية، وعندما صدرَ

١. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ١٩٩٤، ص: ١٨٢.

٢. فإن من شأن المنافسة المحافظة على النزاهة في عملية إبرام العقد، وتمنع شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذين يتولّون عملية إبرام العقد، فقد أثبتت التجارب والخبرات أن فتح باب السلطة التقديرية أمام الإدارة لأجل اختيار متعاقديها قد أدى إلى الكثير من الفساد.

٣. د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٠.

قانون "سابان" نصَّ على مبدأ المنافسة بوصفه أهم المبادئ الحاكمة لعملية اختيار المفوض إليه، وأن مبدأ المنافسة أصبح من المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريعات التي صدرت بهذا الصدد في الدول التي تبنّت فكرة تفويض المرفق العام.

وتجدر الإشارة هنا أنّه لا تتطلّب المنافسة في نطاق عقود تفويض المرفق العام، بالضرورة، مشاركة عدد كبير من مُقدمي العروض في عملية اختيار المفوض إليه^١، إذ إن الطبيعة الضخمة والمعقدة لهذا النوع من العقود قد يدفع الجهات الإدارية إلى جعل مُقدمي العروض، مُقتصرًا على عدد من الأشخاص أو الشركات التي تملك من المؤهلات الفنية والمالية التي يحتاجها تنفيذ هذا النوع من العقود، على أن تُراعي تلك الجهات الإدارية تحقيق مبدأ التنافس بالنسبة لهؤلاء المتنافسين المؤهلين.

٢ - الاستثناءات التي تُردّ على حرية المنافسة:

على الرغم من أهمية مبدأ المنافسة، إلّا أن هذا المبدأ لا يُمكن أن يكون مطلقاً وإنّما تُردّ عليه قيود عديدة، ففضلاً عن القيود التي تتعلّق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توفرها، فيمن يتقدّم للتعاقد مع الإدارة، فإنّه يُمكن تحديد القيود التي تُردّ على حرية المنافسة بنوعين من القيود، وهما الحرمان والاستبعاد من تقديم العروض.

١. دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٥.

أ- قرارات الحرمان التي تتخذها الإدارة باستبعاد بعض الأشخاص والشركات من تقديم عروضهم:

يُقصد بالحرمان بأنه القرار الإداري الذي تُصدره الإدارة بمنع شخص أو شركة من الدخول أو الاشتراك في تعاقداتها^١، والحرمان يَنقسم إلى^٢:

(١) الحرمان الجزائي: وهذا الحرمان يُتخذ نتيجة لفعل معين صدر عن الشخص أو الشركة، ويقع بنص القانون أو تقررته الإدارية، استناداً لسلطتها التقديرية^٣.

* الحرمان الجزائي بنص القانون: وهذا الحرمان يقع بحكم القانون، وقد يكون في صورة عقوبة أصلية أو تبعية عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، وسلطة الإدارة هنا لا تعدو أن تكون تطبيقاً للنصوص القانونية، والحرمان قد يكون في صورة عقوبة أصلية، مثل الحظر الذي قررتُهُ المادة (١٢٩) من قانون الضرائب على الدخل المصري رقم (١٥٧) لعام ١٩٨١ على أن: "المختصين في الحكومة و وحدات الإدارية المحليّة والهيئات العامة وشركات ووحدات القطاع العام.. التعامل مع الذين يزاولون نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو الذين يُزاولون مهنة حرّة وغيرها من المهن الغير تجارية، إلّا إذا كان لدى الممول

١. د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص: ٢٦٦.

٢. د. مهند مختار نوح، إبرام العقود الإدارية، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص: ٣٣٧.

٣. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية "النظرية العامة وتطبيقاته في القانون الكويتي و المقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص: ١٠٢.

أو الجهة بطاقة ضريبية، مُثبت بها تاريخ تقديم الإقرار عن آخر سنة ضريبية"، وقد يكون الحرمان في صورة عُقوبة تبعية مثل: "حالة الحكم بجريمة معينة أو بسبب المديونية للضرائب"، ومن تطبيقات الحرمان الجزائي ما نصّ عليه قانون العقوبات الفرنسي في المادة (٤٩) من كون الحرمان الجزائي بعقوبة تبعية في حال الحكم بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة، وما نصّ عليه قانون العقوبات المصري في المادة (٢٥-٤)، بضرورة عدم دخول المحكوم عليه بعقوبة جنائية في المناقصات أو المزايدات بوصفها عقوبة تبعية.

*** الحرمان الجزائي الواقع بقرار من جهة الإدارة:** ويكون هذا الحرمان كجزاء تعاقدية يُوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية كسبق ارتكابه أخطاء في تنفيذ تعهدات سابقة مع الإدارة، ومن ثم وبخلاف النوع السابق، يُعدّ هذا الحرمان جزاءً تعاقدياً يخضع لأحكام نظرية الجزاءات في العقد الإداري، وأهم هذه الأحكام أن سلطة الإدارة بتوقيعه على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء^١، وسلطة الإدارة في الحرمان هنا قد يكون منصوصاً عليها في العقد الذي أخلّ به المتعاقد أو في دفاتر شروطه بأوضاع معينة وشروط معينة، وفي هذه الحالة لا يكون قرار الإدارة بالحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط، أما في حالة عدم وجود نصّ في العقد أو في دفاتر الشروط، فإن قوانين العقود عادةً تنصّ على هذا الحرمان، والحرمان الجزائي الواقع من جانب الإدارة، أخذ به القانون الفرنسي لعام ١٩٠٥ بشأن التدليس

١. د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص: ١٧٣.

في المنتجات، إذ أشار إلى العديد من الأفعال التي تُعدّ من قبيل الغش^١.
وفي مصر قُضت المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات
الحالي بفسخ العقد تلقائياً، وشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو
المقاولين، ونُشر قرار الشطب إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بوساطة
غيره الغش أو التلاعب بتعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على
العقد، وكذلك إذا أفلس المتعاقد أو أعسر، وفي تحديده للغش أو التلاعب
الذي يؤدي إلى شطب اسم المتعاقد، وانتهى مجلس الدولة المصري إلى أن
مُجرّد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا تُشكّل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى
شطب اسم المتعهّد من قائمة المتعاملين مع الإدارة، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة
المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهّد بهذه المخالفة بما ينطوي
عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعي في حقيقة الشيء المسلّم، من
حيث نوعه، وطبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، ففي هذه
الحال يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب، كذلك فإن
مُجرّد مخالفة المواصفات في الكميّة القليلة التي قام المدعي بتسليمها إلى
العمّال في محلّه وفي الظروف التي تمّ فيها هذا التسليم لا تُعدّ تلاعباً^٢، ذلك

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة ١٩٦١/١/٣ سنة (١٥) ق مجموعة السنة (١٥)،
ص: ٩٠.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة ١٩٦٧/٦/١٧ بالطعن رقم (٩٢٩) سنة (٩)
قضائية وحكمها بجلسة ١٩٦٧/٦/٢٦ بالطعن (٦٧٧)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام
١٩٦٧، وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة ١٩٨٥/٤/٩ بالطعن (٤٣٦) سنة (٢٢)
قضائية، مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا، السنة (٣٠)، العدد الثاني، ص: ٩٣٥.

أن التلاعب الذي يُجاوز الإهمال، ولا يرقى إلى مرتبة الغش، والذي يتعدّ حصر مُختلف أساليبه وشتّى صوره، يُفترض إتيان المتعهد أعمالاً تتم عن عدم التزام المتعهد الجاد في تنفيذ التزاماته، ومحاولاته إيجاد الثغرات للتحلل منها، ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة، على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري.

ومقابل ذلك عدّ مجلس الدولة المصري أن المورد الذي دأب على توريد أصناف غذائية بأقل من الكميات المطلوبة، وغير صالحة للاستهلاك الآدمي، فذلك أمر يكشف بما لا يدع مجالاً للشك عن نية مُبيتة للتلاعب والغش بهدف الحصول على الأموال العامة بدون وجه حق، ومن ثمّ فلا مناص من وقف التعامل معه، وتجنّب المصالح الحكومية التورط معه في عقود توريد أخرى تكون مجالاً لغشه وتلاعبه^١.

وفي سورية قضت المادة (٥٨) من قانون العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤: "بأن يُحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفايته أثناء تنفيذ تعهّدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمُدّة لا تتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها، فيتمّ بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص".

ويُلاحظ بأن الحرمان من التعاقد المنصوص عليه في المادة (٥٨)

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسته ١٩٨٧/٢/٢٥ بالطعن (١٢٢٥) سنة، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، سنة (٢٩)، العدد الأول، ص: ٧١٧؛ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٢٨) لعام ١٩٩٦ المجموعة، ص: ٥٤٠، وحكم محكمة القضاء الإداري رقم (٤١٦) الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١٠/٥ بالدعوى رقم (٩١٥) لعام ١٩٨٩.

المذكورة يتّصف بالخصائص الآتية:

- يجب أن يكون المحروم من التعاقد متعهّداً سابقاً، فلا يسري هذا الحرمان بحق من لم يكتسب صفة المتعهّد في عقد سابق، وعليه فإن قرار الحرمان الصادر بحق من لم يكتسب صفة المتعهّد يكون جديراً بالإلغاء.

- قرار الحرمان هو قرار مغلّ، يجب عند إصداره ذكر الأسباب التي دعت إليه ويجب ألاّ تخرج هذه الأسباب عمّا حدّته المادة (٥٨) وهذا ما انتهجته العديد من قرارات رئيس مجلس الوزراء الصادرة بالاستناد لهذه المادة.

- قرار الحرمان هو قرار مؤقت حدّه الأقصى خمس سنوات، بحيث أن كل قرار بالحرمان يزيد في الحرمان عن المدّة المذكورة هو قرار جدير بالإلغاء.

- قرار الحرمان من التعاقد مع إحدى الجهات العامة يكون من اختصاص الوزير الذي تخضع الجهة العامة لإدارته أو إشرافه أو ترتبط به بموجب القرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء ذوات الأرقام (٥١١٠) و (٥١١١) و (٥١١٢) و (٥١١٣) تاريخ ٢٠٠٨/١١/١٦ بذات الخصوص.

أما قرار الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة كافة فيكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء^١، بناءً على اقتراح الوزير المختص، وفي هذا الصدد عدّ مجلس الدولة السوري أنّه عند صدور قرار حرمان لإحدى الشركات من حق الدخول في المناقصات والمزايدات والعقود بالتراضي^٢، فإن هذا القرار لا يسري بحق مُديرها بصفته الشخصية، فيما إذا أراد الدخول بتعاقد طالما أن هذا

١. حكم محكمة القضاء الإداري السورية (١٩٦) بالدعوى (٣٦٢) لعام ١٩٧١، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧١، ص: ٣٤١.

٢. رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم (٨٢) لعام ٢٠٠٨، بالقضية (٣٧٤)، ٢٠٠٨.

الحرمان لا يَنصَبُّ عليه بِصِفَتِهِ الشخصية، وهذا بِخِلَافِ فيما لو صدرَ قرار الحرمان بِحق شركة تضامنية، حيثُ يَسري هذا الحرمان بِحق الشركاء المتضامنين، ولا مجال للاحتجاج بالشخصية الاعتبارية للشركة واستقلالها عن شخصية الشركاء، والقول بغير ذلك يُفقد قرار الحرمان غايته الأساسية، وهي منع مَنْ ثَبَّتَ سوء نيته، أو لم تَثْبُت كفاءته في التزامات سابقة من التعاقد مع الإدارة^١، هذا وفي حال دخول من صدر بِحقه قرار الحرمان من التعاقد في مناقصة أو مزايعة، فإنَّهُ يَجِبُ على الإدارة الامتناع عن إعطائه أمر المباشرة، وإذا أعطته أمر المباشرة فَيَجِبُ عليها أن تَعْدَلَ عن تَنفِيزِ العقد معه، تَنفِيزاً لقرار الحرمان، وأما إذا كان قرار الحرمان قَدْ صدرَ بِحق المُتَعَهِّدِ بَعْدَ المُباشرة في تَنفِيزِ التَعَهُّدِ، فإن قرار الحرمان في هذه الحالة لا يَسري على العقد المذكور^٢، والطعن في قرار الحرمان يَجِبُ أن يَتِمَّ خِلالَ مُدَّةِ سريان القرار المطعون عليه لتحقيق الغاية من الطعن بإلغاء القرار والسماح للمتعهد بالدخول بالتعاقد، أما في حال تَقْدِيمِ الطعن في القرار بعد انقضاء مُدَّةِ القرار يجعل الطعن جديراً بعدم البحث، وذلك بحسبانه يغدو غير ذي موضوع^٣، وهذا الحرمان يَتَحَقَّقُ نتيجة لإخلال الشخص أو الشركة بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة، وهذا النوع من الحرمان الجزائي لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا إذا تَحَقَّقَتْ أسبابُهُ وذلك بأن يَكُونُ مُنطَوِياً على الغش من جانب المتعاقد^٤.

١. رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم (٣٨) لعام ١٩٩٩.

٢. رأي اللجنة المختصة رقم (١) لعام ١٩٩٩ ورأي اللجنة المختصة رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٩.

٣. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية (١١٦٤) بالطعن (٢٦٧٣) لعام ١٩٩٠، مجموعة ١٩٩٠، ص: ٧٤٢.

٤. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٥٦.

(٢) **الحرمان الوقائي:** وهذا النوع من الحرمان لا يصدر بسبب صدور فعل معين من المتعاقد، وإنما تُصدره الإدارة بوصفه إجراء احترازي، وهو حرمان شخص من التعاقد مع الإدارة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ويهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة^١، والحرمان الوقائي يُمكن أن يقع أيضاً، إما بحكم القانون، أو قد يكون صادراً عن الإدارة، لاعتبارات تُقدّرهما تحقيقاً للمصلحة العامة:

* **الحرمان الوقائي بنص القانون:** ويكون هذا الحرمان إذا ما قدّر القانون ضرورة حرمان بعض الأشخاص المحددين بصفاتهم من التقدم للمناقصات والمزايدات العامة والتعاقدات التي تُجريها الإدارة، كإجراء وقائي تقتضيه حماية المصلحة العامة، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين وأعضاء السلطات المحليّة في المناقصات العامة.

إذ تحظر قوانين المناقصات والمزايدات في الدول معظمها اشتراك الموظفين في المناقصات والمزايدات العامة، وذلك لتلافي استخدام نفوذهم وتأثيرهم على عملية إبرام العقود^٢، وهذا الحظر يزول سبباً وهو انتهاء الرابطة الوظيفية، وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا النوع من الحظر بموجب المادة (٨) من المرسوم رقم (٢٤٤) الصادر في ١٩٩٥/٢/٤، عندما حظر على الموظف بالذات أو بالواسطة الدخول في مناقصات أو مزايدات في دائرة اختصاصهم، وحظر تقنين الشراء العام الفرنسي على أعضاء السلطات

١. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية "النظرية العامة وتطبيقاته في القانون الكويتي والمقارن"، مرجع سبق ذكره، ص: ١٠٥.

٢. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص: ١٤٤.

البلدية، الدخول في المناقصات أو المزايدات سواء بالذات أو بالواسطة، وجعل من صفة المقاول أو المتعهد مانعاً من موانع الترشيح في الانتخابات في ذات الدائرة التي يُمارس فيها نشاطه.

وأما في مصر فقد حظرت المادة (٣٩) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدّم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم، أو تكليفهم بالقيام بأعمال^١، كما قضت المادة (٥٩) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أنه: "لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مُدّة عضويته أن يُبرم مع الدولة عقداً بصفته مُلتزماً أو مُقاولاً"، ويسري ذات الحظر على أعضاء مجلس الشورى تطبيقاً للمادة (٢٠٥) من الدستور.

وفي سورية حظرت المادة (٦٤) من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤ في الفقرة (٤): "على العامل أن يدخل في التعهّدات والمناقصات بنفسه أو بالواسطة أثناء وجوده في عمله، ويبقى هذا الحظر قائماً بعد تركه الخدمة لأي سبب كان ولمُدّة خمس سنوات بالنسبة للتعهّدات والمناقصات، التي تجري في الجهة العامة التي كان فيها عند تركه الخدمة".

والحظر من التعاقد مع الجهات العامة، مرده إلى الحرص من منع استغلال الوظيفة العامة وضمان حيّدة العاملين بها^٢، ومنعاً لتأثر مصلحة

١. يسري ذات الحظر على أعضاء الهيئة التدريسية، وذلك بحسبان أن التقدم بعطاء في مناقصة توطئة لرسوها يُعدّ عملاً تجارياً وهو أمر محظور عليهم. الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، رقم (٧٧٧)، تاريخ ١٩٩٩/١٢/٢، بالملف (٣٦١/١/٥٤).

٢. رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم (٤٦٣) لعام ١٩٧١.

المرافق التي يعملون بها بمصالحهم الخاصة، ولهذا فإن الحظر يشمل كل طرق التعاقد مع الإدارة.

وأكد على ذات الحظر بالنسبة للعاملين في الدولة قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، حيث نص في المادة (١١) منه في فقرتها (٥) على أنه: "يشترط فيمن يود الاشتراك بالمناقصة ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة، وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذية للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً"، وكذلك فإن المادة (١٢٠) من الدستور السوري الدائم لعام ٢٠١٢ نصت على أنه: "ليس للوزراء بصورة مباشرة أو غير مباشرة أثناء توليهم مهامهم أن يدخلوا في التعهدات أو المناقصات أو المزايدات التي تنفذها وزارات أو إدارات أو مؤسسات الدولة وشركات القطاع العام".

٣) **الحرمان الوقائي بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية:** وفي هذه الحالة يصدر قرار الحرمان من جانب الإدارة بموجب سلطتها التقديرية في حالة إذا ما ثبت لها عدم كفاية بعض الأشخاص، أو ضعف مقدرتهم الفنية والمالية، من دون أن يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية، ونتيجة إخلالهم بارتباطهم مع الإدارة في عمل ما، وإنما بوصفه إجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة توجهاً للمصلحة العامة، وفي هذا الصدد فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن الإدارة لديها السلطة التقديرية كاملة في تقدير حرمان شخص من الاشتراك في التعاقدات التي تجريها، ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالة الانحراف باستعمال السلطة، أو انعدام الأسباب، وأن

١. د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٧٠.

للوزير أن يُصدر قراراً بحرمان المَقول، أو المورّد، من دخول المناقصات الخاصة بوزارته وفقاً لسلطته التقديرية، طالما لم يُصدر تَوَقيع جَزاء على المحروم، وإنّما قصد اتخاذ إجراء تَتَطَلَّبُهُ مَصْلحة المرفق.

وفي مصر أعطى مجلس الدولة للوزارة الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات بمشروعاتها في أن تَسْتَبْعِد المَقاولين الذين يَثْبِت لها عَدم قِدرتهم الفنيّة والمالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يَصدر بناءً على سلطتها التقديرية، ولا يُطعن عليه إلّا إذا شَابَهُ عيب إساءة استعمال السلطة، وفي هذه الحالة يَجِب أن يكون لهذا الطعن أدلة تُسنده، وتكون مُستمدة من أوراق الدعوى.

إلّا أنّه إذا كانت الإدارة تَتَمَتّع بِسلطة تَقديرية في إصدار قرار بحرمان بعض الأشخاص من التعاقد معها^١، فإن هذه السلطة ليست مُطلقة، وإذا كان جوهرها التقدير، فإن حَدها التَّعَسُّف، ومن ثَمَّ فإنها بهذه المنزلة تخضع لرقابة

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسته ١٩٥٦/٣/٣٠ سنة (١٠) قضائية، المجموعة، ص: ٢٢٧. وللإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلّا عيب إساءة استعمال السلطة. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ١٩٦٢/٢/١٧ بالطعن (١٠٦٧)، وقرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى عليه العرف الإداري، وبما للإدارة من سلطة في وضع مثل هذه القواعد التي تُنظّم أعمال المناقصة، حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١ بالقضية (٢٩٤٦) المجموعة، ص: ٥٨. وقررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بحق الإدارة في استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب بما يتجمّع لدى الإدارة من تقدير عام عن عدم كفاية هؤلاء وقدرتهم من دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل سابق، وذلك بوصفه إجراء وقائي تَوخياً للمصلحة العامة وسلطة الإدارة في الحرمان ليست مطلقة، وإنّما تمارسها تحت رقابة القضاء.

القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، ويَبْسُطُ القاضي رقابته لبحث مدى سلامة تطبيق القرار من ناحية التأكد من وجود السبب الذي يُبرره، سواء من ناحية الواقع أو القانون، فضلاً عن خلو القرار من عيب إساءة استعمال السلطة، أو الانحراف بها، مثل استناده لبواعث أجنبية عن تنفيذ العقود التي أبرمت مع المورد وعدم إمكانياته وقدراته، فإذا ما ثبت ذلك غدا قرار الحرمان غير مشروع قابلاً للإلغاء، وهو ما يُشكّل في الوقت ذاته خطأ من جانب الإدارة، ويثير مسؤوليتها^١.

ب- **قرارات استبعاد العروض:** يُعرّف الاستبعاد بأنه قرار تُصدره الإدارة، ويتضمّن استبعاد أحد العروض أو العطاءات التي لم تستوفِ الشروط المقررة، ويختلف الاستبعاد عن الحرمان، في أن قرار الحرمان ينصبّ على شخص معيّن بالذات، طبيعياً كان أم معنوياً، من التقدّم إلى الاشتراك في التعاقدات التي تُجريها الإدارة، أما الاستبعاد فهو إجراء موضوعي يلحق عطاءً وليس شخص من الأشخاص، ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وجرمانه من السير في إجراءات التعاقد، والاستبعاد يُمكن أن يتحقق بِصور عديدة:

١) الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرار الحرمان:

وتتحقق هذه الحالة إذا كان الشخص قد صدر قرار بحرمانه من التقدم للاشتراك بالتعاقدات التي تُجريها الجهة الإدارية، ورغم ذلك تقدّم للاشتراك.

٢) الاستبعاد بسبب ضعف الإمكانيات الفنية أو المالية:

ذلك أن مُقدّم العطاء يجب أن يتّمتع بالمقدرة المالية والكفاءة الفنية التي

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢.

تُمكنه من إنجاز موضوع العقد، ولذلك فللجهة الإدارية سلطة تقديرية في تحديد مدى توفر الإمكانيات الفنية والمالية، بالنظر إلى عدة اعتبارات مثل ملاءمة المالية، وقدرته الفنية على وفق طبيعة موضوع العقد وحجم الالتزامات.

٣) الاستبعاد لعدم توفر شرط حسن السمعة:

بموجب هذا القيد يحق للإدارة استبعاد أي مُقدّم عطاء إذا كان لا يتمتع بسمعة طيبة^١، وقد أخذ بهذا النوع من القيود القانون الفرنسي في المادتين (٤٨) و(٢٥٨) من قانون العقود العامة، وأكدّ عليه القضاء المصري الذي استلزم أن يكون من يتولّى هذه الأعمال محمود السمعة والسيارة، لم يُسمع عنه ما من شأنه أن يحط من قدره بين الناس، ويُمكن للإدارة الوقوف على شرط حسن السمعة من خلال عدة اعتبارات منها، كون مُقدّم العطاء قد أهمل في تنفيذ تعاقداته السابقة.

٤) الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء للشروط العامة في دفاتر الشروط:

فللإدارة استبعاد أي عطاء لم يستوفِ الشروط اللازمة للتعاقد، لكن مجلس الدولة الفرنسي، يُفرق بين المخالفات الجوهرية والمخالفات غير الجوهرية، إذ لا تنهض هذه الأخيرة أن تكون سبباً للاستبعاد، وفي مصر فإن المُشرّع عدّ أي مخالفة لشروط المناقصة يوجب الإبعاد.

ثانياً - مبدأ المساواة:

ومفاد هذا الشرط أن تُساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقد، ومن ثم لا يجوز لها أن تخلق نوعاً من التمييز بينهم، أو تمنح بعض المتقدمين امتيازات

١. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٥٦.

معينة من دون البعض الآخر، أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين، سواء أكانت عقبات قانونية أم مادية، كإعفاء أحد المتقدمين للتعاقد من دفع التأمين.

١ - مفهوم مبدأ المساواة: يُقصد به إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم إلى التعاقد من دون تمييز بين شخص وآخر، وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو إضافة شروط، أو حذفها، أو تعديلها بالنسبة للبعض دون الآخرين^١.

ويُعدّ مبدأ المساواة بين المواطنين بشكل عام من المبادئ الدستورية التي أكدتها معظم الدساتير، وقد أوجبت التشريعات الإدارية معظمها، على احترام هذا المبدأ في علاقاتها مع الأفراد، "كالمساواة بين الأفراد أمام الوظيفة العامة، والمساواة أمام المرفق العام"^٢، ويقتضي تطبيق هذا المبدأ أن تكون الفرصة متاحة وبصورة متساوية لكل الراغبين في التقدم بعروضهم ممن تتشابه مراكزهم القانونية، والمساواة بين هؤلاء المتنافسين بالمعاملة، سواء من الوجهة الفعلية، أو القانونية، ويتفرع عن هذا الأصل، أنه لا يجوز للإدارة أن تعفي البعض من الشروط المطلوبة دون البعض الآخر.

كما أنه لا يجوز لها أن تضيف شروطاً أو تحذفها أو تعدلها بالنسبة إلى بعض المتنافسين، ولأهمية مبدأ المساواة قد جرم قانون العقوبات الفرنسي أي أسلوب من جانب الإدارة، منح أفضلية غير مبررة قانوناً لأحد المتنافسين

١. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص: ٥٢.

٢. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٥٦.

من دون غيره في معرض إبرام عقد التوريد، وذلك مخالفة للقوانين والأنظمة المنظمة لمبدأ المساواة، وهو ما يُعرف اصطلاحاً بجنحة المحاباة.

أما على المستوى القضائي، فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في عديد من اجتهاداته، وذلك بتأكيد مبدأ المساواة الذي قامت عليه الدولة الفرنسية، وتحقيقاً للمصلحة العامة للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس كلما أمكن ذلك ضمان وجود منافسة حقيقية، أو انعكاس ذلك على المصلحة المالية والإدارية^١، وعلى الرغم من أهمية مبدأ المساواة، إلا أنه ليس بالمبدأ المطلق، وإنما تُردّ عليه بعض الاستثناءات من ذلك طبيعة المناقصة، فالمُشرّع قد يُعطي أولوية لشركات القطاع العام والمختلط عند تقديم العطاءات، وسلطة الإدارة بهذا الخصوص، هي سلطة تقديرية لا رقابة للقضاء^٢.

كما أنه لما كانت العقود الإدارية ترتبط بالمصلحة العامة فمن حق الإدارة أن تتأكد من توفر بعض الصفات المالية والفنية لدى من سوف تتعاقد معهم، فتستلزم بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعضاً من المتقدمين، وسلطتها هنا أيضاً سلطة تقديرية، وهي سلطة مشروعة طالما لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من المتقدمين، وإنما بمجرّد إخضاعهم لبعض الشروط التي تستهدف حسن تنفيذ المرفق، وموضوع العقد، وإلا تكون مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وبمقتضى مبدأ المساواة، يتعيّن على الإدارة "كقاعدة عامة" أن تقبل جميع الطلبات التي تُقدّم إليها، فليس لها أن تستبعد بعض الطلبات بقرارات عامة أو فردية، فحق التقدم للاشتراك في التعاقدات

١. د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٢.

٢. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٢.

التي تُجرىها الإدارة يَجِب أن يَكُون مَكْفُولاً للجميع بوصفه مبدأً عاماً، إلا أن هذا الحق ليس مُطلقاً، وإنما يَخضع لقيود عديدة، منها ما أوجبتُه المحافظة على مصلحة المرفق الفنيّة.

وكذلك الاعتبارات التي تتعلّق بأهلية مُمثل العطاء القانونية، وكفائته الفنيّة والمالية، وحسّن السِمْعة، ومنها ما أوجبتُه ظروف سياسية لحماية الدولة من تهية الفرص لدولة أجنبية، قدّمت عطاء من أن تَبْسُط نُفوذها، أو ظروف اقتصادية كحماية مُقدمي العروض من المواطنين من دون الأجانب، أو ظروف اجتماعية، كالرغبة في حماية المؤسسات والجمعيات التي تقوم بنشاط عام^١، ويقوم مبدأ المساواة بين المتنافسين، على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يَكُونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم، فلا تَطْلُب من أحد ما لا تَطْلُبُه من غيره^٢، وإذا قامت الإدارة باستبعاد عطاءات بعض المتنافسين بقرارات فردية أو عامة، فإن ذلك يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ، ويقتضي تطبيق هذا المبدأ وضع شروط للثبّت من صلاحية المتنافس بعطاءه^٣.

٢ - الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة:

إن مبدأ المساواة ليس بالمبدأ المطلق، وإنما تُردّ عليه بعض الاستثناءات ومنها:

أ - المناقصة المحدودة: في هذا النوع من المناقصات يقتصر الاشتراك فيها

١. د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص: ٥٩٢.

٢. د. مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص: ٢٨٤.

٣. د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي

التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣.

على شركات أو أشخاص مُحددin بالنظر للإمكانيات الفنيّة والمالية التي تتوفر لديهم.

ب- المناقصات المحليّة: وهي التي يقتصر الاشتراك فيها على الأشخاص والهيئات من داخل الوحدات المحليّة.

ج- قد ينصّ القانون على بعض الاستثناءات لأسباب اقتصادية أو اجتماعية: مثل أن ينصّ على تفضيل المنتجات المحليّة.

ثالثاً- مبدأ العلانية:

يُعَدّ مبدأ العلانية من المبادئ المهمّة التي تحكّم إجراءات إبرام العقود الإدارية، فمن دون الإعلان لا يُوجد مجال حقيقي للتنافس بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، ويُشير البعض لهذا المبدأ تحت تسمية الشفافية، والعلانية، وهي إحدى المبادئ التي تحكّم إجراءات إبرام العقود الإدارية، وتضع المنافسة موضع التطبيق الفعلي، فهي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، ومن دون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، والعلانية هي أن تتمّ جميع الإجراءات التي تمرّ بها إجراءات التعاقد في نطاق علني، وهذا الأمر قرّره قانون "Sapin" الفرنسي لعام ١٩٩٣؛ إذ أوجب في المادة (٣٨) الفقرة الثانية^١، على "خضوع

1. Loi Sapin, art 38/2: "Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité déléguante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en conseil d'état".

تفويض المرفق العام، لإجراءات الإعلان المسبق التي تَسمح بتقديم أكثر من عرض مُنافس، ضمن شروط معلن عنها مُسبقاً بمرسوم صادر عن مجلس الدولة"، وهذا يعني أن الهدف من الإعلان المُسبق هو دعوة الشركات أو الأشخاص المؤهلين، بما يؤدي إلى تحقيق المنافسة بين أكثر من منافس، وفي الوقت الذي أكدّ فيه القانون المذكور على حرية اختيار المتعاقد من قبل الإدارة، قد فَرَضَ إجراءات خاصة بالعلانية التي تُتيح المنافسة بين المتعاقدين مع الإدارة المحتملين، حيثُ ألزَمَ قانون "Sapin" في تَتَمّة الفقرة الثانية من المادة (٣٨) منه أن: "يَتَمّ النشر في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية، وفي إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمُتعلّقة بالقطاع الاقتصادي المعني"^١، ويَجِب أن يَتَضَمّن الإعلان كِيفِيّة تقديم العروض، وتَحديد الخصائص الأساسية للعقد المُراد إبرامه من حيثُ الطبيعة القانونية والموضوع، فَضلاً عن تَحديد مهلة رَمنية لِتقديم العروض.

وقد قَرَر المجلس الدستوري الفرنسي أنّه^٢: "يَجوز للمُشرّع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يُحددها، أن يحظر إبرام عقود تفويض

1. Loi sapin, art 38/2 "L'autorité responsable de la personne publique delegante doit satisfaire a l'exigence de publicité par une insertion dans une publication specialisee correspondant au secteur economique".

2. Considerant qu'ill est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'ill assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public a durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements a réaliser par le délégataire, C C 20 janvier 1993, n. 316 D.C.J.O 22 janv, 1993, p:1118.

المرفق العام لمُدّة غير محددة، أو أن يُقرر أن مُدّة العقود يَجِب أن تأخذ في الاعتبار طبيعة وقيمة الاستثمارات التي يقوم بتنفيذها المفوض إليه".

ومن الواضح أن المجلس لم يُقرر صراحة أن الأهداف التي يسعى القانون المعروض عليه لتحقيقها، وهي الوضوح والمنافسة، لها في حد ذاتها قيمة دستورية، على عكس ما قرره في أحكام سابقة على سبيل المثال مبدأ التعددية، إن كانت هذه النتيجة مُستفادة ضمناً من الحكم.

ويرى بعض الفقه أن مبدأ الوضوح يُعدّ مَصْدرًا دستورياً في المادة (١٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تنصّ على أنّه: "لجميع المواطنين الحق، سواء بنفسيهم أو بواسطة نوابهم، أن يُتابعوا استخدام الضريبة العامة"، كما أن المادة (١٥) من الإعلان تنصّ أيضاً على أنّه: "المجتمع له الحق أن يطلب كشف حساب من كل مرفق عام عن إدارته".^١

وأما في مصر اتجه المُشرّع إلى إلزام سلطة التفويض بمراعاة المنافسة والعلانية في بعض طوائف عقود الالتزام^٢، ومثال ذلك التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول^٣، والتزام إنشاء الطرق الحرّة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها والتزام إنشاء وإدارة وتشغيل

1. D. Pouyaud، Concurrence، transparence et libre administration، a propos de la décision du consiel constitutionnel n.92-316 DC du 20 janvier 1993، RFDA، 1993، p:905.

٢. المادة (١) من القانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول.

٣. المادة (٢) من القانون رقم (٣٢٩) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة.

وصيانة محطات توليد الكهرباء^١.

وأعطى القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ حرية للإدارة مانحة الالتزام في اختيار الملتزم، فلم يُحدد أي إجراءات يَجِب اتّباعها لاختيار الملتزم، ومع ذلك من الناحية العملية، كانت تقوم الأشخاص العامة من تلقاء نفسها بوضع المشروعات الخاصة بحالة مُنافسة، وكانت تدخل في مُناقصات طويلة تستمر شهوراً أو سنوات، حتى يُمكن استبعاد أي شك في النزاهة، بحيث تتولد الثقة المتبادلة والضرورية لتنفيذ العقد على نحو مرضٍ^٢، علماً أن هذا الواقع الذي كان يُمكن أن يحدث أحياناً أصبح الآن التزاماً قانونياً.

١ - القيود الخاصة بالعلانية السابقة: **La Publicite Preamble**

بموجب التشريعات التي صدرت في فرنسا "قانون Sapin" و"قانون Murcef"، أدخلت عدّة تعديلات على النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام، إذ أخضعت اختيار المتعاقد المفوض إليه لقواعد العلانية السابقة والمنافسة، والمُلاحظ أن القانون الأوربي كان له تأثير في هذا الاتجاه، فالتوجيه الخاص بعقود الأشغال في ١٨ يوليو ١٩٨٩ فرض قواعد العلانية على "امتيازات الأشغال" **Les Concessions De Travaux**، وقد حددها على أنها العقود المُتعلّقة بتنفيذ انشاءات أو بنية تحتية، ويكون المُقابل المالي فيها حق استغلال المنشآت أو هذا الحق مقترناً بثمن، ومع ذلك فإن

١. المادة (١) من القانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٧.

هذه الفكرة^١، وإن كانت تتعلّق بعقود امتيازات الأشغال، إلّا أنها تشمل بعض امتيازات المرافق العامة، وهي تلك التي تقتنر بامتيازات الأشغال^٢. حيث تنصّ المادة (٣٨) من قانون "Sapin" على أنّه: "تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام، وبواسطة السلطة المفوّضة، لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عدّة عروض منافسة، وفقاً للشروط الواردة في مرسوم من مجلس الدولة".

وقد حدّد مرسوم (٢٩) مارس ١٩٩٣ القواعد الخاصة بالعلانية السابقة، ففرض النشر مرتين، مرة في دورية لها حق نشر الإعلانات القانونية؛ ومرة أخرى في دورية مُنحصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض، ولا يوجد أي إلزام بالنشر في الجريدة الرسمية للجماعات الأوربية لعدم وجود نصّ في القانون الأوربي، ولا شكّ أن الإلزام بإجراء النشر ليس مُجرّد إجراء شكلي بحث، بل إنّه يهدف إلى السماح بتقديم عدّة طلبات ترشيح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخاً تنافسياً، ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض، ويحبّ أن يُحدّد الإعلان الموعد النهائي لتقديم العروض، على ألاّ تقلّ هذه المدة عن شهر من تاريخ النشر، وهذه المدة لا تبدأ في السريان، إلّا بدءاً من آخر نشر، ونصّت المادة (١٠) من قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤: "تتشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية وفي صحيفة يومية".

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٠.

2. J. B. Auby, C. maugue, J.C.B, 1994, precite, 65, C. Vincent, Article précité, p:6.

٢- القيود الخاصة بإجراء المنافسة: La Mise En Concurrence

وَضَعَ المُشَرِّعُ قَوَاعِدَ تَهْدَفُ إِلَى إِجْرَاءِ مَنَافَسَةٍ بَيْنَ المُرَشَّحِينَ، وَتَخْلُصُ هَذِهِ القَوَاعِدُ فِي الآتِي:

أ- إَعْدَادُ قَائِمَةٍ بِالْمُرَشَّحِينَ:

تَتَوَلَّى فِي فرنسَا لَجْنَةُ خَاصَّةٌ مَهْمَتَهَا القِيَامُ بِإِجْرَاءَاتِ اخْتِيَارِ المَتَعَاقِدِ، يُطْلَقُ عَلَيْهَا اسْمُ لَجْنَةِ تَقْوِيضِ المَرْفُقِ العَامِ "LA commission de la **délégation de service public**"، وَقَدْ نَصَّتِ المَادَّةُ (٣٨) الفَقْرَةُ الثَّالِثَةُ مِنْ قَانُونِ "Sapin" الخَاصَّ بِعَقُودِ تَقْوِيضِ المَرْفُقِ العَامَةِ، عَلَى قِيَامِ اللِّجْنَةِ الْمَذْكُورَةِ بِإَعْدَادِ قَائِمَةٍ بِالْمُرَشَّحِينَ المَقْبُولِينَ لَتَقْدِيمِ العُرُوضِ، وَذَلِكَ بَعْدَ دِرَاسَةِ ضَمَانَاتِهِمِ المِهْنِيَّةِ وَالْمَالِيَّةِ، فَضْلاً عَنِ التَّحَقُّقِ مِنْ مَدَى كَفَائَتِهِمْ وَقُدْرَتِهِمْ فِي ضَمَانِ وَتَأْمِينِ اسْتِمْرَارِ تَشْغِيلِ المَرْفُقِ العَامِ، وَتَحْقِيقِ المَسَاوَاةِ بَيْنَ المُنْتَفِعِينَ مِنْ خِدْمَاتِهِ، حَيْثُ تَتَوَلَّى اللِّجْنَةُ الْمَذْكُورَةُ وَبَعْدَ الْإِنْتِهَاءِ مِنْ فَحْصِ العُرُوضِ وَدِرَاسَتِهَا، إَعْدَادَ قَائِمَةٍ بِالْمُرَشَّحِينَ المَقْبُولِينَ لِلْمَشَارَكَةِ فِي تَقْدِيمِ العُرُوضِ، حَيْثُ يُطْلَبُ مِنَ المُرَشَّحِينَ تَقْدِيمَ عُرُوضِهِمِ الَّتِي يَجِبُ أَنْ تَتَضَمَّنَ الْخِصَائِصَ الكَمِّيَّةَ وَالنَّوْعِيَّةَ، لِلْخِدْمَاتِ الَّتِي سَيَتَوَلَّوْنَ تَقْدِيمَهَا، مَعَ تَحْدِيدِ الهَدَفِ مِنْ تَقْدِيمِ العُرُوضِ الْمُقَدَّمَةِ، وَإِجْرَاءِ المَفَاضِلَةِ بَيْنَهَا، وَتَلْتَزِمُ هَيْئَةُ تَقْوِيضِ المَرْفُقِ العَامَةِ، بِقَبُولِ جَمِيعِ المُرَشَّحِينَ الَّذِينَ تَتَوَفَّرُ فِيهِمُ الشَّرُوطُ الَّتِي يَتَطَلَّبُهَا القَانُونُ وَالْأَنْظِمَةُ النَافِذَةُ^١.

١. د. مَهْنَدُ مَخْتَارِ نُوْحٍ، الإِجْبَابُ وَالْقَبُولُ فِي الْعَقْدِ الْإِدَارِيِّ، مَرْجِعُ سَبْقِ ذِكْرِهِ، ص: ٦١٣-٦١٤.

وتخضع أعمال الهيئة لجهة قبول المرشحين إلى رقابة مشروعية يتولاها القضاء الإداري، وحيث من المتاح الطعن بقرار الهيئة المتضمن عدم قبول أحد المرشحين استناداً لتجاوز حدود السلطة "وهو أحد العيوب التي تتصل بالقرار الإداري فتجعله مشوباً بعيب المشروعية"، ويقوم القاضي الإداري، في أثناء النظر في الطعن المرفوع أمامه، النظر بمدى توفر الشروط والضمانات المالية والمهنية والمعايير المطلوبة لدى المرشح صاحب الطعن^١.

وتقوم السلطة المفوضة بفحص الضمانات المهنية والمالية للمرشحين، وكفائتهم في ضمان استمرار المرفق العام، وتحقق المساواة بين المستفيدين، وبعد ذلك تقوم بإعداد قائمة المرشحين في ضوء هذا البحث، ولا يتم إعداد قائمة المرشحين إلا بعد معرفة هؤلاء المرشحين، لأنها تقتضي بحث مركزهم المالي وكفائتهم الفنية.

وقد رأى بعض أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي في هذا الإجراء أنه يؤدي إلى المساس بمبدأ "الاعتبار الشخصي"^٢، غير أن وزير التجهيز والإسكان، أعلن بصورة قاطعة أن "الحكومة لا تقصد الرجوع عن مبدأ حرية اختيار المفوض إليه للمرفق العام، وفقاً للاعتبار الشخصي، وأن السلطة المفوضة تظل لها الحرية في أن ترفض، المشروعات دون إبداء الأسباب التي تبدو لها أنها لا تقدم الضمانات الكافية"، وتقوم السلطة المفوضة بتوجيه

1. C. Boiteau، op، cit، p:5.

٢. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٢.

وثيقة إلى المرشحين، تتضمن شروط تنفيذ العملية، ويجب أن تُحدد هذه الوثيقة "الخصائص الكمية والكيفية للأداء وكذلك أيضاً، عند الاقتضاء شروط تعريف الخدمة التي تؤدي للمستفيد"، ويجب أن تكون هذه الوثيقة واحدة بالنسبة لجميع المرشحين، وإلا فإن اختلافها بحسب المرشحين يُشكل إخلالاً بمبدأ المساواة وحرية المنافسة.

ب- فتح العروض ودراساتها:

نصّت المادة (٣٨) الفقرة الرابعة من قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣ على: "أن الإدارة العامة تُرسل إلى المرشحين مُستندات تُبين الخصائص الكمية والنوعية، للخدمات المُراد تأديتها من قبل صاحب التفويض، وعند الاقتضاء شروط المقابل المالي"، حيثُ تتولّى الهيئة المختصة فتح العروض المقدمة ضمن المهلة المحددة في القوانين والأنظمة النافذة، حيثُ تتحقق الهيئة المذكورة من توفر المستندات والمعلومات المطلوبة في العروض المقدمة، من خلال تحليل تلك العروض ومقارنتها ببعضها، ومن ثم يتم إعداد تقرير يتضمّن شرحاً للإجراءات التي تم اتخاذها من قبل الهيئة، مع بيان المقارنات المُنجزة، ويُرسل التقرير المذكور إلى السلطة صاحبة الاختصاص في اتخاذ قرار إبرام عقد تفويض المرفق العام، وما تجدر الإشارة إليه، هو وجوب أن يتضمّن التقرير رأياً مُعللاً للهيئة في العروض المقدمة، الأمر الذي من شأنه

1. Loi Sapin، art 38/4: "La collectivité adresse a chacu des condidats un document definissant les caracteristiques quantitatives et qualitative des prestations ainsi que، sil y a lieu، les conditions de tarification du service rendu a l usager".

أن يَسمح للسلطة صاحبة القرار بإبرام العقد في اختيار المرشحين الذين ستجري معهم مفاوضات مباشرة، ولا يحق للهيئة استبعاد العروض المقدمة دون إبداء رأي واضح، تحت طائلة بطلان الإجراءات^١، ويمكن لها أن تطلب من المرشحين بعض الإيضاحات أو أن تستمع إليهم، شرط مراعاة مبدأ المساواة بين جميع العارضين، إضافة إلى أن رأي الهيئة ليس له صفة الإلزام بالنسبة للسلطة المختصة باتخاذ قرار إبرام عقد التفويض.

ج- المفاوضات حول العروض:

سبق الإشارة إلى أن الإدارة حرة في اختيار المتعاقد معها لإدارة واستثمار المرفق العام، وإن الأحكام الواردة في قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣ وضعت قيوداً على حرية الإدارة، تمثلت بإلزامها بالإعلان المسبق تحقيقاً لمبدأ المنافسة، وإذا كان التفويض يقوم على مبدأ الاختيار الشخصي غير المقيد لصاحب التفويض، فلإدارة اختيار المتعاقد دون إجراء منافسة أو إعلان مسبق، أما في ظل قانون "Sapin"، فقد تم تقييد هذا المبدأ بضرورة الإعلان المسبق لاختيار المفوض إليه، حيث يؤمن الإعلان المسبق المنافسة بين أصحاب العروض المقدمة، بحيث تتم مناقشة تلك العروض، من قبل لجنة تفويض المرفق العام، وفي تلك المرحلة تتولى السلطة المختصة المسؤولية عن المرفق العام بإجراء مفاوضات حرة مع العارضين الذين تتوفر فيهم الشروط الفنية والمهنية والمالية، وتملك الإدارة في الإطار المذكور الحرية في اختيار من يتفاوض معها من بين المرشحين، لاختيار المفوض إليه.

وأكد القضاء الإداري الفرنسي على أن المفاوضات المتعلقة بإبرام عقد

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٨٥.

تفويض المرفق العام، يُمكن أن تتناول مُختلف أوجه العقد، الكميّة والنّوعية والمالية، وبالنتيجة فإن خَفَض التعرّيفة الواردة في العرض أثناء المفاوضات لا يتعارض مع مبدأ المساواة بين العارضين، وتهدف المفاوضات مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم، والوصول إلى العرض الذي يُحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقاً لشروط تُوفّر إدارة سليمة للمرفق العام، ويُمكن أثناء المفاوضات إجراء تعديلات مُحددة للعروض المقدمة، والتي يقتضيها موضوع عقد التفويض، وتستلزمها مصلحة المرفق، شرط ألا تُشكّل خُروجاً على مبدأ المساواة بين العارضين¹.

لذلك فإن المُشرّع الفرنسي أعطى الحرية للإدارة بالتفاوض مع المُرشح، ومن ثمّ اختيار المفوّض إليه، دون أن تتقيد باختيار العارض الأفضل وفقاً لمعايير المفاضلة المحددة من قبل لجنة تفويض المرفق العام، بالرغم من أن عدم تقيد الإدارة باختيار المتعاقد وفقاً للمعايير المشار إليها، قد يكون من شأنه إهدار مبدأ المنافسة، ولكن المُشرّع الفرنسي بالمقابل ذهب إلى تقيد حرية الإدارة باختيار المفوّض إليه، من خلال بعض الإجراءات والقيود التي تضمن تقديم عدة عروض منافسة، دون أن يؤدي ذلك إلى تجاوز مبدأ حرية الإدارة في الاختيار انطلاقاً من الاعتبار الشخصي، المُستند إلى الثقة المتبادلة بين الإدارة والشخص المُكلّف بالتفويض.

د - اختيار المفوّض إليه وإبرام العقد:

كما أشرنا سابقاً، إن اختيار المفوّض إليه وتوقيع العقد يخضع لمبدأ

1. Loi sapin، art 38/5: "Les offers ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable la personne publique delegante qui، au terme de ces negociations، choisit le délégataire".

الإعلان المُسبق والمنافسة، ويملك الشخص العام اختيار العارض الذي يجده مناسباً من بين العارضين المؤهلين الذين تمّ التفاوض معهم، ويَدرج أسباب اختياره لأحد العارضين في القرار الصادر عنه.

حيثُ نصّت الفقرة الخامسة من المادة (٣٨) من قانون "Sapin" الفرنسي على: "أن العروض المقدمة يتمّ التفاوض عليها بحرية من قبل السلطة المختصة لدى الشخص العام مانح التفويض، ويتمّ اختيار صاحب التفويض بالاستناد إلى هذا التفاوض".

ويُستفاد من نصّ هذه المادة إن المُشرّع الفرنسي قد منَحَ الجهة العامة الحرية في اختيار المفوّض إليه، بشرط أن يتمّ اختياره استناداً إلى معايير مالية وفنيّة ومهنية، وعدم اقتصار ذلك على نوع مُحدد من المعايير، كأن يتمّ اختيار العرض الأقل سعراً فقط، وفقاً لأسلوب المناقصة المعتمد، ممّا يتّنافى مع طبيعة هذا النوع من العقود، ما حدا بالمُشرّع الفرنسي إلى اعتماد معايير أخرى تتناسب وطبيعة هذه العقود، وعندئذٍ يجوز للإدارة التعاقد مع العارض الذي تتوافر فيه تلك المعايير بعد عملية التفاوض معه بحرية.

وبذلك فإن المُشرّع الفرنسي إنّما قصد من ذلك، ألا يتجاوز بالمطلق مبدأ حرية السلطة الإدارية في اختيار المفوّض إليه، وفي الوقت ذاته قد قيّده ببعض الإجراءات والقيود التي تضمن تقديم عدة عروض مُنافسة يتمّ دراستها وتحليلها ومفاضلتها ودون إلزام السلطة الإدارية باختيار أحد المستثمرين، وفقاً لمعيار مفاضلة محدد.

وبعد توقيع العقد على المفوّض إليه يجري التوقيع على عقد التفويض بين ممثل الجهة العامة "وهو الوزير المختص، أو مدير المؤسسة العامة المختص.."، وبين المفوّض إليه الذي تم اختياره من جهة أخرى، وتقوم

السلطة المسؤولة للشخص العام المفوض بمناقشات حرة بشأن هذه العروض،
وتختار في نهايتها المفوض إليه".¹

ومن الواضح أن المشرع حرص أيضاً على تأكيد مبدأ حرية
المفاوضات من ناحية، ومبدأ حرية الاختيار من ناحية أخرى؛ فهذه الحرية أو
تلك تظل كاملة، وإن الهدف من القانون هو تحقيق الوضوح في الإجراءات،
وليس الإخلال بمبدأ حرية الاختيار، ويرفض القضاء أن يمارس رقابة على
كيفية المفاوضات مع المشروعات، لأن السلطة المسؤولة عن التفويض لها
السلطة أن تقوم بهذه المفاوضات بحرية، غير أن في حالة فشل المناقشات،
أو لعدم وجود عروض، فإن المفوض إليه يستطيع الدخول في مفاوضات
مباشرة مع مشروع معين، وفي هذه الحالة، ليس هناك بطبيعة الحال، ما يُبرر
إجراء منافسة.

هـ - الإعفاءات:

كانت المادة (٤١) من قانون "Sapin" في صياغتها الأولى تُقرر
إعفاء بعض المؤسسات والمشروعات من الخضوع لأحكام القانون، وهذه
المؤسسات والمشروعات هي: المشروعات التي يقرر لها القانون احتكاراً،
والمؤسسات العامة، والشركات التي يكون الشخص العام، مالاً بصورة مباشرة
أو غير مباشرة، أغلبية رأس المال فيها؛ وبشرط أن يظهر نشاط المفوض
صرحة في نظام المؤسسة أو الشركة، وقد أحال بعض أعضاء البرلمان هذا

1. T. A. Paris، 27 févr، 1995، jean، nouvel، Req، n. 9501573، Cite in C،
maugue، Les delegations de service publice et le juge administratif،
AJDA، 1996، p:601.

النص إلى المجلس الدستوري الفرنسي، لأنه يتضمّن من وجهة نظرهم إخلالاً بمبدأ المساواة، غير أن المجلس الدستوري لم يُشاطر وجهة نظرهم إلا بصورة جزئية^١.

ويقرر المجلس أنه لا يتعارض مع مبدأ المساواة أن يُعامل المُشرّع المراكز المختلفة بطريقة مختلفة، ولا أن يخرج على مبدأ المساواة لأسباب تتعلّق بالمصلحة العامة، بشرط أن يتعلّق اختلاف المعاملة في هذه الحالة أو تلك، بموضوع القانون، غير أن هذه الصياغة لا تتضمّن جديداً، لأنها أصبحت من المسلّمات، ويرفض المجلس النقد الموجه إلى هذا النصّ فيما يتعلّق بإعفاء المشروعات التي تُمارس احتكاراً قانونياً، مثل مشروعات توزيع الكهرباء والغاز **GDF.EDF**، فهذه المشروعات بحسب طبيعتها تختلف عن المشروعات القابلة للمنافسة، لأن تفويض المشروعات الأولى مفروض على الشخص العام، وبالتالي فإن العلانية التي تسمّح بتقديم عروض منافسة ليس لها سبب للوجود تجاه هذه المشروعات.

ويرفض المجلس أيضاً النقد الموجه إلى هذا النصّ فيما يتعلّق بالمؤسسات العامة، لأنها تابعة مباشرة للدولة أو للوحدات الإقليمية، وقد أنشئت لإدارة مرفق تابع للدولة أو لهذه الوحدات، وبالتالي فإن مركزها يختلف جوهرياً عن المشروعات الخاصة، ويهدف التفويض إلى توفير شكل من للإدارة المباشرة، وإن المركز المختلف لهذه المشروعات أو المؤسسات يُبرر نظاماً أقلّ صرامة من النظام المطبّق على سائر المفوض إليهم للمرافق العامة، والمعاملة المختلفة لها علاقة بموضوع القانون؛ فالمركز المختلف

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٣.

يُبرر معاملة مختلفة تتعلّق بقواعد الوضوح والمنافسة، وبالتالي فإن استبعادهم من نطاق تطبيق هذه القواعد لا يتعارض مع الدستور^١.

غير أن المجلس الدستوري يُشاطر رأي أعضاء البرلمان فيما يتعلّق بإعفاء الشركات التي يكون رأسمالها مملوكاً بطريق مباشر أو غير مباشرة للسلطة المفوضة^٢، بشرط أن يظهر النشاط المفوض صراحة في نظام هذه الشركات، ويستند المجلس في ذلك إلى أن الإعفاء من القواعد الخاصة بالعلانية السابقة والإجراءات الخاصة ببحث العروض والرقابة السابقة من السلطة المختصة بالتفويض، يتعلّق بضمانات جوهرية في المنافسة والوضوح، ولا يجد هذا الإعفاء أي تبرير لا فيما يتعلّق بالخصائص المميزة لمركز هذه المشروعات ولا فيما يتعلّق بطبيعة نشاطها، ولا فيما يتعلّق بالصعوبات المحتملة في تطبيق القانون والخاصة، بمخالفة الأهداف التي تتعلّق بالمصلحة العامة، والتي قصد المشرّع تحقيقها، وباختصار إن هذه المشروعات ليست لها أي خصوصية تُبرر إعفاءها من تطبيق هذه القواعد، لأن هذه الشركات تظلّ، رغم ملكية الأشخاص العامة لأغلبية رأس المال، من أشخاص القانون الخاص، وتظلّ القواعد الخاصة بتنظيمها وتسييرها مستعارة أساساً من القانون الخاص.

وبذلك ننتهي من دراسة إبرام عقود التفويض، حيثُ كان إبرامها يتمّ وفقاً لمبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض إليه، "كقاعدة عامة"، التزاماً بمبدأ الاعتبار الشخصي، ثم أصبح إبرامها يتمّ وفقاً لمبادئ المنافسة الحرة والشفافية والمساواة وإجراءات العلانية.

١. د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٤.

٢. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٤.

المبحث الثاني

أهم عقود تفويض المرفق العام

تتعدد أنواع عقود التفويض وفقاً لمساهمة المفوض إليه في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحملها، ونطاق السيطرة والرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المرفق^١، وسنبحث أهم عقود تفويض المرفق العام في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

عقود تفويض المرفق العام التقليدية

أولاً- عقد التزام المرفق العام: La concession de service public

يُعدّ عقد التزام المرفق العام أحد أنواع العقود الإدارية وطريقة من طرق إدارة المرافق العامة في آن واحد، لأن موضوع هذا العقد هو إسناد إدارة أحد المرافق العامة إلى المتعاقد مع الإدارة الذي هو عادة شركة خاصة ذات قدرات وإمكانات متميزة^٢، ويُعدّ من أقدم عقود تفويض المرافق العامة، والعقد الأساس الذي انطلقت منه باقي أصناف عقود التفويض، وقد ظهر عقد التزام المرفق العام حديثاً، بِمسمّى جديد هو عقد الـ "B.O.T" عندما يتضمّن المشروع إنشاءات أولية.

١. حسام الدين بركييه، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٦٢.

2. J. M. Auby, L. Maugue, J.C.P 1994, precite, N 35, J. C, Douence, article precite, p:951.

١- تعريف عقد التزام المرفق العام:

يُعرّف عقد التزام المرفق العام بأنه: "عقد إداري تُبرمه سلطة إدارية عامة مع إحدى الشركات الخاصة، وموضوعه أن تتعهد هذه الشركة بالقيام بإدارة أحد المرافق العامة الاقتصادية على نفقتها وبأموالها وبعمالها الذين تستخدمهم، وعلى مسؤوليتها لقاء حقها في تحصيل رسوم مالية من المنتفعين بخدمات المرفق"، وهو يُمثل أساساً المقابل المالي الذي تحصل عليه الشركة الملزمة.

أ- **التعريف الفقهي:** يرى جانب من الفقه أن عقد التزام المرفق العام هو "تصرف قانوني تعهد الإدارة بمقتضاه بتنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تختاره بحريتها، وتُسمى الإدارة في هذه الحالة بالسلطة المانحة، أما المتعاقد فيسمى الملزم، وتتجلى التزامات الملزم في أن يؤمن على نفقته ومسؤوليته سير المرفق العام وفقاً لدفتر الشروط^١، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق مُقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المنتفعين بالمرفق محلّ الالتزام خلال المدة المحددة في العقد، والتي يلتزم المتعهد بعد انقضائها، بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى الإدارة بحالة جيدة".

وبالبعض الآخر من الفقه يرى أيضاً بأنه: "عقد تتعهد بمقتضاه شركة المشروع، وخلال مدة معينة بإدارة المشروع العام مقابل رسوم تحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه فإن شركة المشروع التي تُدير المشروع تحت مسؤوليتها، وتخضع علاقاتها مع العاملين لأحكام قانون العمل، وأن المركز القانوني للمنتفعين ولكل ما يتصل بعلاقاتهم مع الهيئة القائمة على إدارة المرفق يُحدده القانون الخاص".

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة،

٢٠٠٥، ص: ١٠٦.

٢. د. محمد رسول العموري، العقود الإدارية، برنامج الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية

السورية، ٢٠١٨، ص: ٣٠.

ب- **التعريف التشريعي:** عرّف القانون المدني السوري في المادة (٦٣٤) منه، والقانون المدني المصري في المادة (٦٦٨) منه عقد التزام المرفق العام بأنّه: "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن، وملتزم المرافق العامة يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله، بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه، وفقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين".^١

ج- **التعريف القضائي:** عرّفه قسم الرأي في مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٦/١٢/١٩٤٦ بأنّه: "هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام، متحملاً مخاطره وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك قدراً من السلطة العامة، وذلك مقابل جُعل تمثل مبالغ يتقاضاها من الجمهور نظير استعمالهم المرفق".^٢

وقد عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التزام المرفق العام بقولها: "إن التزام المرافق العامة ليس إلّا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية"^٣، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك في مقابل التصريح لها باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن"^٤.

في حين عرّفه مجلس الدولة الفرنسي بأنّه: "العقد الذي من خلاله يُكلّف فرد أو شركة بتنفيذ شغل عام أو تحقيق مرفق عام.. مع تقاضي

١. المادة (٦٣٥) من القانون المدني السوري، والمادة (٦٦٩) من القانون المدني المصري.

٢. عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٦٥.

٣. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢٥ مارس عام ١٩٥٦، ص: ٢٥٩.

٤. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٩.

عائدات استثمار المنشأة العامة أو تنفيذ المرفق العام، مع حق فرض جعالات على المنتفعين من المرفق أو المستفيدين من خدماته".

٢ - طبيعة عقد التزام المرفق العام:

يُعدّ عقد التزام المرفق العام عقداً إدارياً بطبيعته، وهو الصورة الأقوى للعقد الإداري، بحسبان أن موضوعه هو جوهر المرفق العام المتمثل بإدارة المرفق العام الاقتصادي ذاته، وليس مُجرّد المساهمة في سير هذا المرفق. ونظراً لطبيعة عقد الالتزام فهو يتضمّن نوعين من الشروط، هما: الشروط التنظيمية، وتدعى الشروط اللائحية أيضاً من جهة والشروط التعاقدية من جهة أخرى، فالشروط التي تتعلّق بتنظيم وتسيير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية فهي قواعد عامة مُجرّدة وتمتد آثارها إلى الغير^١.

أما الشروط الأخرى فهي ذات طبيعة تعاقدية، وهي في جوهرها شروط مالية تضمّن حقوق الملتمزم المالية، وتتعلّق بالمزايا والحقوق التي تُعطىها الإدارة للملتمزم لقاء قيامه بإدارة المرفق.

ونظراً لعلاقة عقد الالتزام بالإدارة وعلاقة الملتمزم بموجبه مع المنتفعين^٢، فإن عقد الالتزام يُنشئ نوعين من الروابط القانونية: الأول بين السلطة مانحة الالتزام والملتمزم، والنوع الآخر هو الرابطة القانونية بين الملتمزم والمنتفعين بالمرفق العام، وتتمثّل الرابطة القانونية بين السلطة مانحة الالتزام والملتمزم بعدة مسائل، أهمها أن السلطة مانحة للالتزام بحكم مسؤوليتها عن حسن سير المرفق العام، وضرورة مسايرته للحاجات المستحدثة والظروف المتغيرة فهي تملك حق الرقابة والإشراف على الملتمزم في تنفيذ العقد، وفي استعمال الامتيازات التي يمنحها له العقد، ومراقبة أوضاع المرفق العام محلّ الالتزام، وتملك السلطة المانحة في معرض ذلك حق تعديل الشروط والنصوص

١. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣، ص: ٥٢٨.

٢. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ١٩٩٣، ص: ٥٢.

اللائحية دون حاجة لموافقة الملتزم، وهي تملك هذا الحق سواء ورد النص عليه صراحة في العقد، أم لم يرد وإن كانت دفاتر الشروط الخاصة بالتزامات المرافق العامة غالباً ما تُنظَّم، وكذلك يحق للسلطة المانحة استرداد المرفق قبل نهاية مُدَّة الالتزام، إذا ما تبيَّن لها أن طريقة الالتزام لم تُعدَّ تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ المرفق من أجلها^١، وذلك شريطة تعويض الملتزم عما يُصيبه من أضرار، وليس للملتزم أن يحتج تجاه الإدارة بقاعدة الحق المكتسب.

وفي مقابل ذلك يكون للملتزم الحق باستيفاء الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق، وكذلك الحق بالحصول على المزايا والحقوق التي يقررها له العقد، وهي جميعها تدخل في نطاق الشروط التعاقدية التي لا يمكن المساس

-
١. يتضح لنا أن العقد لابد من توافر عناصر معينة فيه ليكون عقد التزام مرفق عام. ١- عقد يتصل بمرفق عام اقتصادي، ويجب أن يكون المرفق ذا صفة اقتصادية وفقاً لنص القانون المدني فيكون من المرافق العامة الاقتصادية أو الصناعية أو التجارية، لا من المرافق الإدارية البحتة، كالدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم، وهذه لا تدار بطريق الالتزام، وإنما تدار إدارة مباشرة وإذا أفسح مجال للنشاط الفردي الحر في بعض هذه المرافق، كما في التعليم للمدارس الحرة وكما في الصحة للمستشفيات الخاصة. فليس هذا معناه أن المرفق للتعليم أو للصحة يُدار بطريق الالتزام، فإن الدولة هي التي تديره في الأصل، وتدع الأفراد أن يسدوا ما تتركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردي، وقد تُنظَّم الدولة هذا النشاط الفردي تنظيمًا محكمًا تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم كما هو الحال هي تنظيم التعليم الحر، حيث أصبح القائمون به أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك.
 - ٢- عقد يهدف إلى إدارة المرفق على مسؤولية صاحب الالتزام ونفقته، وهذا ما يميز التزام المرفق العام عن طريقة الإدارة المباشرة، حيث يتولَّى الشخص العام في الأخيرة إدارة المرفق العام على نفقته ومسؤوليته. ٣- ينتج من هذا العقد التزامات وحقوق متبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الالتزام من جهة، وبالنسبة لصاحب الالتزام "المستثمر" من جهة أخرى، لأن الأخير ملتزم بتشغيل المرفق العام طوال مُدَّة الالتزام، وهذا ما يُعدُّ حقاً بالنسبة لمانح الالتزام، والسلطة المانحة ملزمة بتمكين صاحب الالتزام من تشغيل هذا المرفق، والحصول على المقابل المالي من المنتفعين، وهذا ما يُعدُّ حقاً بالنسبة للملتزم؛ د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "B.O.T" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٨.

بها من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة، كما يملك الملتزم حق المطالبة بالتوازن المالي للعقد إذا ما اختل ذلك التوازن، بسبب تدخل الإدارة، مما كان عليه وما كان قد ارتضاه الملتزم، ابتداءً عند إبرام العقد.

وإن المُشرّع المصري قد نَظَمَ التزامات المرافق العامة بالقانون (١٢٩) لعام ١٩٤٧، وتعديلاته الذي يُعدّ التشريع الأساسي لعقود الالتزام وبالتالي تقنية تفويض المرافق العامة، ولكن صدرَ في تسعينيات القرن الماضي عدة قوانين تُعدّ تطويراً وتطبيقاً لقانون الالتزام الأساسي آنف الذكر، وقد نصّت جميعها على مخالفة بعض أحكام القانون (١٢٩) لعام ١٩٤٧ وأهمها مُدّة العقد^١.

وبناءً على ذلك، يُمكن تكييف عقد الالتزام المرفق العام، على أنّه من عقود تفويض المرافق العامة لاحتوائه على عنصر المرفق العام، والعلاقة التعاقدية بين الإدارة والمستثمر^٢، وإدارة واستغلال ذلك المرفق من قبل المستثمر، وعدم تخلي الإدارة عن عنصر الملكية والتنظيم للمرفق موضوع العقد، وحصول المستثمر على المقابل المالي من المنفعين وفقاً لنتائج الاستغلال، تلك هي عناصر وأسس تفويض المرفق العام التي تجعل عقد الالتزام إحدى صوره.

١. القوانين التي تُعدّ تطبيقاتاً لعقود التزام المرافق العامة في مصر هي: القانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧ المتعلّق بالتزام وإنشاء وإدارة واستغلال المطارات، والقانون رقم (٢٢٩) لعام ١٩٩٦ والمُعَدّل للقانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨، المتعلّق بالتزام إنشاء وإدارة واستغلال الطرق الحرّة والسريعة والرئيسية، والقانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦ المُعَدّل للقانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦ المتعلّق بالتزام إنشاء وإدارة واستغلال محطات توليد الكهرباء، والقانون رقم (٢٢) لعام ١٩٩٨ المتضمّن إضافة مُدّة جديدة إلى القانون رقم (١) لعام ١٩٩٦، المتعلّق بمنح التزامات لإنشاء موانئ عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة.

٢. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص: ٥٧٢.

ثانياً- عقد امتياز المرفق العام: L'affermage

يُعدّ عقد امتياز المرفق العام من أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام.

١- تعريف عقد الامتياز:

أ- في فرنسا: لم يورد المُشرّع وكذلك القضاء الفرنسي، تعريفاً لعقد امتياز المرفق العام، لذا تولى الفقه الفرنسي هذه المهمة.

(١) الفقه الفرنسي: عرّف بعض الفقه عقد الامتياز بأنه: "أسلوب يُنيط بموجبه شخص عام يُسمّى مانح الامتياز بشخص طبيعي أو معنوي يُسمّى صاحب الامتياز، إقامة مرفق عام وإدارته تحت رقابة مانح الامتياز، مقابل مكافأة تتركز في أغلب الأحيان على عائدات يستوفوها صاحب الامتياز من مستعملي المرفق العام"، وقد عرّفه بعض الفقه بأنه: "عقد تكلف الإدارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً، بإدارة مرفق يُسلم إليه بإنشاءاته المُعدة مُسبقاً من جانب الإدارة، مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه، هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق، عن طريق جباية الرسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق، يكون هو المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الشخص المتعاقد مع الإدارة".

ويُعرّف بأنه: "عقد إداري يعهّد بموجبه أحد أشخاص القانون العام، يُسمّى مانح الامتياز، إلى شخص طبيعي أو معنوي، يُسمّى صاحب الامتياز، إدارة مرفق عام على نفقته ومسؤوليته، تحت رقابة وإشراف السلطة المانحة ومقابل تقاضي صاحب الامتياز بدلات من المستفيدين من خدمات المرفق".

وعرّفه آخرون بأنه^١: "اتفاق يُكلّف فيه شخص عام شخصاً آخر

١. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٩.

باستغلال مرفق عام، مقابل مكافأة تحدد بناءً على النتائج المالية لاستغلال المرفق العام".

وقد لَحِقَتْ بتعريف عقد امتياز المرفق العام في فرنسا تطورات حديثة

شملت جوانب متعددة منه ويُخصها الفقيه "René Chapus":

* لم يعد امتياز المرفق العام قاصراً على الشركات ذات رأس المال الخاص فمن الممكن منح امتياز المرفق العام لمؤسسات عامة أو شركات اقتصاد مختلط^١.

* إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية يُمكن أن تدار بطريق الامتياز، فإن المرافق العامة الإدارية يُمكن أيضاً أن تُدار بهذا الأسلوب.

* إن قاعدة تحمّل الملتزم بمفرده لنفقات تشغيل المرفق العام المدار بطريق الامتياز قد تم التخفيف من صرامتها، وصار بالإمكان تصور المساهمة المالية للجهة مانحة الالتزام في نفقات إنشاء أو تشغيل المرفق محل الامتياز.

ويكاد يجمع فقهاء القانون الفرنسيون على أن الامتياز ما هو إلا أسلوب لإدارة المرفق العام، وأصل الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها المرفق العام^٢، يكمن فيما يقتضيه إشباع الحاجة الملحة لتحقيق المصلحة العامة، وهي حاجة تقرّ بمشروعية استخدام الوسائل القانونية للقانون العام.

وبعبارة أخرى تُوجد هناك مصلحة عامة عليا في الدولة^٣، تستدعي

ضرورة سيطرة الدولة على كل من مواردها وتنفيذ أشغالها العامة، ولما كان

1. René Chapus، Dorit a administratif général، Paris، 2001، p:408.

٢. يوسف الجميل و زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص:٩٩.

٣. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص:١٠٢.

الحال كذلك فإن تلك العقود تخضع للقانون العام، وتكفل هذه الاتفاقات للشركات تفويضاً بالنسبة لبعض سلطات الدولة؛ وذلك من أجل إدارة المشروع تحت إشراف السلطة العامة، وعلى العموم فهذا التفويض ليس من شأنه أن يؤدي إلى التخلي عن سلطات الدولة، ذلك أن الدولة تظل هي المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة.

(٢) **القضاء الفرنسي:** فقد تبنت المحاكم الفرنسية معياراً عملياً لحسم ما إذا كان العقد خاضعاً للقانون العام أو القانون الخاص، فإذا نظرت إلى ذات العقد للتأكد من أنه لا يتضمن شروطاً مخالفة للقواعد العامة، أي شروط لا توجد في العقود المبرمة بين الأفراد، ومن قبيل تلك الشروط الاحتفاظ بامتيازات تحد من مبدأ المساواة بين الأطراف أو إعطاء الطرف غير الحكومي الحق في ممارسة امتيازات تخص في العادة السلطات العامة.

ب- في مصر:

(١) **التشريع المصري:** عُرِفَ عقد امتياز المرفق العام في المادة (٦٦٨) من القانون المدني، ويظهر من هذا النص أن عقد امتياز المرفق ينصرف مفهومه إلى حالة تفويض الغير إدارة مرفق عام قائم أصلاً، ولا يشمل الحالات التي يتولّى فيها المفوض إليه مهمة إنشاء المرفق بالرغم من أن القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، الخاص بالتزامات المرافق العامة يستوعب تطبيقه حالة إنشاء المرفق العام واستغلاله من جانب الشخص المفوض إليه، كما أن التعريف الذي نصت عليه المادة (٦٦٨) من القانون المدني المصري، يقصر تطبيق عقد الامتياز على المرافق العامة الاقتصادية.

(٢) **القضاء المصري:** إن محكمة القضاء الإداري المصرية عرّفت عقد امتياز المرفق العام بأنه: "عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وعلى وفق الشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستغلاله على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذا طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين"^١.

(٣) **الفقه المصري:** فقد عرّف الدكتور سليمان محمد الطماوي عقد امتياز المرفق العام بأنه: "طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة - الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة عن طريق عمال وأموال يقدمها وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام".

٢- طبيعة عقد امتياز المرفق العام:

اختلف الفقهاء بشأن تحديد طبيعة عقد امتياز المرفق العام، وقد ظهرت ثلاث نظريات بهذا الصدد.

أ- عقد الامتياز مصدره الإرادة المنفردة للإدارة:

في أواخر القرن التاسع عشر سادت هذه النظرية، إذ ذهب الفقه الألماني يُسانده الفقه الإيطالي إلى تغليب جانب القواعد المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام، على أساس أن المرفق العام الذي يقوم الملتزم بإدارته،

١. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٤.

الأصل فيه أن يدار بالطريق المباشر، وإن الخدمة التي يؤديها هذا المرفق هي من صميم اختصاصات الإدارة، لذا يرى هذا الفريق أن عقد امتياز المرفق العام مصدره الإرادة المنفردة للسلطة العامة مآنة الالتزام، وإن لهذه السلطة دائماً حق التدخّل، وتعديل قواعد الالتزام بإرادتها المنفردة من دون أن تتوقف على إرادة الملتزم.

ب- عقد الامتياز عقد من عقود القانون الخاص:

لم يُسلّم الفقه في فرنسا بما ذهبَ إليه الفقه الألماني والإيطالي في تحديده لطبيعة عقد امتياز المرفق العام، لأنّه يتجاهل دور الملتزم في تحديد شروط العقد، إذ أن العقد أبرم نتيجة لالتقاء إرادة الجهة الإدارية والملتزم^١، لذلك فإن جانباً من الفقه الفرنسي ذهبَ إلى أن عقد امتياز المرفق العام ذا طبيعة مدنية بحتة وكاملة.

وعلى الرغم من تعلّق موضوعه بمرفق عام، وإن هذا العقد يتضمّن اشتراطات لمصلحة المنتفعين بالمرفق تُقرّها السلطة العامة لصالحهم، بما يُنشئ لهم من حقوق تجاه الملتزم وتجاه السلطة العامة على وفق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني^٢.

ج- عقد امتياز المرفق العام عمل مختلط:

انتقد غالبية الفقه الفرنسي وفي مقدمتهم الفقهاء "Duguit و Hauriou

Jèze" تحديد طبيعة عقد امتياز المرفق بأنّه عقد مدني بحت، لأنّه يغفل حق الإدارة في التدخّل وتعديل شروط الالتزام، وهذا يتنافى مع طبيعة النشاط

١. د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية المفتوحة، الدانمارك، ٢٠٠٨، ص: ١٠٢؛ د. فاروق أحمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص: ٥٢-٥٣.

٢. د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية "القرار الإداري-العقد الإداري"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص: ٤٩٦.

الذي يقوم المرفق على تحقيقه وهي الخدمة العامة. ووفقاً لما تقدم قام الفقيه "Duguit" بتحليل نصوص العقد وانتهى إلى رأي مؤداه أن عقد امتياز المرفق العام، عمل مركّب أو مختلط يتضمّن نوعين من النصوص: نصوص تُعالج الالتزامات المالية المتبادلة بين مانح الامتياز وبين الملتزم مثل النصوص المتعلقة بمُدّة الالتزام، وطريقة استرداده، وهذه النصوص تعاقدية، لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، ونصوص تتعلّق بتنظيم المرفق وتسييره، كالنصوص المتعلقة بتحديد التعريف، وكيفية تقديم الخدمة وهذه النصوص تنظيمية يُمكن للإدارة أن تقوم بتعديلها من طرف واحد.

بعد استعراض كل من عقدي الالتزام والامتياز، لأبْد من توضيح بعض الفروق الجوهرية بينهما.

ولأبْد من الإشارة أمام هذا التنوع في العقود التي تدور في فلك واحد وتندرج تحت مظلة تقنية تفويض المرافق العامة، ومفادها أنّه تكليف الإدارة لأحد أشخاص القانون الخاص بصلاحية إدارة مرفق عام لمُدّة محدودة لقاء جباية رسوم من المنتفعين لقاء ذلك بما يُغطي تكاليف إدارة المرفق، تحقيق هامش معقول من الربح يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة، فإنّه ينبغي أن نُبرز الفروق بين مفاهيم قد تلتبس في بعض الأحيان وهي: التزام المرفق العام- امتياز المرفق العام^١.

ومن المفيد في هذا المجال أن نُوضّح بأن الكثير من الفقه، يستخدم عبارتي امتياز والتزام متلازمين بحسبانهما واحدة وتحمل المعنى ذاته، وتزدان

١. د. سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص: ٩٣-٩٤؛ د. عمار بوضياف، النشاط الإداري، كلية الحقوق، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ٢٠٠٩، ص: ٥٨.

مُترادفتين بعبارة امتياز أو التزام، ولكن بعض الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "Waline" هو أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للفرقة بين الالتزام والامتياز عام ١٩٤٨، وقد أيدّه بعض الفقه العربي بذلك، حيثُ عدّ أن هناك فروقاً واضحة بينهما، ولاسيّما من حيث إعداد الإنشاءات الأولية:

(١) إذ إنّهُ في عقد الالتزام يقع على عاتق الملتزم أو المستثمر، القيام بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق العام المُراد استثماره، وقد تكون هذه الإنشاءات إما عبارة عن بناء المرفق وتجهيزه بالآلات والمعدات أو الاقتصار على تجهيزه بذلك دون تشييده أو بنائه، في حين لا يستلزم ذلك في عقد الامتياز وإنّما يتسلّم صاحب الامتياز أو المستثمر المرفق جاهزاً من الإدارة أو من ملتزم "مستثمر سابق قد قام بإعداد تلك الإنشاءات بمعداته وتجهيزاته" وما على الأخير إلّا تشغيل المرفق وإدارته واستثماره وفقاً لنصوص العقد.

(٢) وهناك فروق أخرى بين الالتزام والامتياز، ففي عقد الالتزام فإن صاحب الالتزام يحصل على كل المقابل المالي المحصل من المستفيدين من خدمات المرفق العام، أما في عقد امتياز المرفق العام فإن صاحب الامتياز مُلزم بتأدية مبلغ محدد من المال المُحصّل إلى الشخص العام مانح الامتياز مقابل استعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام، والتي تُكبّد الشخص العام نفقات إقامتها^١.

١. نرى أن عقد الامتياز، مثل عقد الالتزام، حيثُ إنّهُ يُبرم بين طرفين أحدهما الإدارة والطرف الآخر قد يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص، ومحلهُ يكون مرفق عام، ويقوم المستثمر "صاحب الامتياز" بتشغيله وإدارته وتحصيل الرسوم من المنفعين وفقاً لنتائج الاستثمار، وبذلك تجتمع في عقد الامتياز ثلاثة عناصر، فهو: عقد إداري من جهة وطريقة لإدارة المرفق العام من جهة ثانية وإحدى صور تقنية التفويض من جهة أخرى.

المطلب الثاني

أنواع عقود تفويض المرفق العام الأخرى

تفويض المرفق العام له صورٌ متعددة، وكما ذكرنا كل عقد تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها عقد التفويض^١، من وجود المرفق العام وعلاقة تعاقدية بين الإدارة مانحة التفويض والمفوض إليه، واستغلال المرفق العام وارتباط المقابل المادي بنتائج الاستغلال، هو عقد تفويض مرفق عام^٢.

أولاً- عقد إجارة المرفق العام: *Affermage*

يُشكّل عقد إجارة المرفق العام تفويض إدارة المرفق العام من قبل أحد أشخاص القانون العام إلى أحد الأشخاص سواء كان شخصاً عاماً أو شخصاً خاصاً، ويتولّى المفوض إليه استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، مقابل حصوله على المقابل المالي من المستفيدين من خدمات المرفق العام^٣. يُعرّف عقد إيجار المرفق العام بأنّه: "العقد الذي تقوم جهة الإدارة بمقتضاه بتأجير أصول المرفق إلى القطاع الخاص لمدة محدودة متى كان ذلك جائزاً في ظلّ القوانين السارية".

يُعرّف الفقيه الفرنسي "*A. De Laubadère*" عقد إيجار المرفق العام بأنّه اتفاق بموجبه يعهّد شخص عام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام مع تقديم المنشآت إليه، على أن يدفع المستأجر مقابلاً للشخص العام المتعاقد

١. د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "B.O.T" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٨.

٢. توجد طائفة من العقود تستبعد من نطاق تفويض المرفق العام، طبقاً للرأي الراجح في الفقه الفرنسي، وهي التزام الأشغال العامة، ومقاولة الأشغال العامة، وتقسيم أراضي الحضر، والإنشاءات الحضرية، وعقد مشاطرة الاستغلال، وهذه الطائفة من العقود تتعلّق بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر؛ د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٦.

٣. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٥٤.

وبناءً على ذلك^١، هُناك ثلاثة عناصر يَتميّز بها عقد إيجار المرفق العام هي:

١ - استغلال المرفق العام:

فمحل عقد الإيجار هو استغلال مرفق عام، إذ يَتحَمَل المتعاقد مسؤولية الاستغلال، ومن ثَمّ فهو يَقوم بتحصيل مقابل الخدمة مكافأة له على إدارة العمل^٢.

٢ - تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتحقيق المباني والإنشاءات التي تُمكن المتعاقد معها من القيام بمهمته باستغلال المرفق:

إذ أنّ جهة الإدارة تُسلّمه المرفق دون أن يَقوم بعمل إنشاءات أو تمويلها، غير أن ذلك لا يَعني أن المستأجر لا يَتحَمَل أي استثمارات، وإنّما لا يَتحَمَل الجزء الأكبر من الاستثمارات اللازمة لتشغيل المرفق، فيجوز من ثَمّ تُكَلّفه بالقيام بأشغال التوسعة في الشبكات التي عهدت إليه.

٣ - يلتزم مستأجر المرفق العام بدفع مبلغ مالي للجهة الإدارية:

إذ يَقوم المستأجر بتحصيل مقابل من المنفعين، نتيجة استغلال المرفق، ويلتزم بأن يُعطي الإدارة جزء من العائدات التي حَصَلها من المنفعين، وتَبْدو هذه النتيجة طبيعية، طالما أن الإدارة تُسهم في عملية الاستثمار بتقديم المنشآت أو الأعمال محلّ الاستغلال، وقد أكّد المجلس الدستوري الفرنسي على أنّ المبلغ المؤدى من قبل المفوض إليه، إلى السلطة المانحة في عقد إيجار المرفق العام ليس له الطابع الضريبي، بل يُشكّل عُنْصراً مُكوّناً للثمن الذي تَكَبّدته الإدارة والمتعلّق بإقامة منشآت المرفق العام، ويَدخل هذا الثمن في الكلفة الشاملة للخدمة المؤداة من قبل المرفق العام، والتي يَجِب أن يَتحَمَلها المستفيدون من خدمات المرفق العام، وتَختلف طبيعة عقد إيجار المرفق العام

١. د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع

سبق ذكره، ص: ٤٣١.

٢. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٨٨.

بحسب الصورة التي تظهر بها الإدارة في العقد^١، فإذا ظهرت بوصفها مستأجرة فإن هذا العقد من عقود القانون الخاص، حتى لو تعلّق بسير وانتظام مرفق عام، أما إذا ظهرت بصفة المؤجر فإن طبيعة العقد تختلف لحسب موضوعه؛ فإذا أنصبّ على ما يتعلّق بالدومين الخاص كان العقد يخضع للقانون الخاص، أما إذا أنصبّ على عين من أموال الدومين العام كان العقد إدارياً^٢.

إن عقد إيجار المرفق العام يُشبه عقد التزام المرفق العام من ناحية أن كلا العقدين يوجد اتفاق بين الإدارة وشخص آخر لاستغلال مرفق عام على مسؤولية المستغل "المفوض إليه"، ومقابل عوائد ترتبط بنتائج الاستغلال تتخذ غالباً صورة جعالات "تعريفة" يدفعها المنتفعين من خدمات المرفق العام، ولكن هناك اختلافات بين عقد التزام المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام، وهي:

أ- مسؤولية إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام:

تلتزم الجهة الإدارية في عقود إيجار المرفق العام بأن تضع تحت تصرّف المستأجر المنشآت اللازمة لتشغيل المرفق^٣، بالمقابل يقوم الملتزم في عقد التزام المرفق العام ببناء الإنشاءات التي يقوم باستغلالها، وفي الحقيقة أن هذا الاختلاف قد لا يبرز في كل الحالات لأن بعض عقود الالتزام لا تلتزم الملتزم بإقامة منشآت جديدة، وتقتصر على تكليفه بصيانة المرفق وبإدخال تجديدات وتحسينات للمنشآت التي يستغلها بمقتضى العقد، كما أن المستأجر للمرفق العام قد يشترك مع جهة الإدارة في تمويل إقامة بعض المنشآت اللازمة لتشغيل المرفق، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى أن التمييز بين عقد إيجار المرفق العام، وعقد التزام المرفق العام يستند إلى عدم

1. Conseil Constitutionnel، 29 Dec 1983، Rec، p:77.

٢. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الB.O.T، مرجع سبق ذكره، ص:١٥٨.

٣. د. حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص:٨٢.

تكليف المستأجر بتنفيذ إنشاءات تقتضي استثمارات مهمة من جانب المتعاقد^١، ولكن المجلس لم يضع معياراً بما يُعدّ من الاستثمارات المهمة، فعلى سبيل المثال رأي المجلس في حكمه في ١١/٣/١٩٩٥، أن إسناد عملية إنشاء واستغلال جزء من شبكة تطهير المياه ليس من شأنه إلزام المتعاقد باستثمارات مهمة، على الرغم من أن تكاليف هذه العملية وفقاً لما جاء في تقرير مفوض الحكومة تصل إلى سبعة ملايين فرنك فرنسي، لذا يجب بحث كل حالة على حدة، وإجراء تحليل دقيق للاقتصاديات العقد، مع الأخذ في الحسبان العنصر الأهم ألا وهو تكاليف الإنشاءات الأولية^٢.

ب- التزام المستأجر بدفع مقابل استغلال المرفق العام:

لمّا كانت مسؤولية المستأجر في عقود إيجار المرفق العام محصورة في تحمّل نفقات التشغيل، لذا عليه أن يؤدي لجهة الإدارة جزءاً من البدلات التي يستوفيها من المنتفعين، بخلاف عقد الالتزام إذ يتحمّل الملتزم الأعباء والنفقات جميعها، ويحقّ له الحصول على جميع عوائد استغلال المرفق، ولكن مع ذلك فيتصور أن يقوم الملتزم بدفع مقابل للجهة الإدارية المتعاقدة.

ج- مدّة العقد:

تكون مدّة عقد إيجار المرفق العام قصيرة بالنسبة لمدّة عقد الالتزام الطويلة، لوجود استثمارات مالية كبيرة تخصص لإدارة وتشغيل المرفق العام^٣.

١. د. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩١-٩٣.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٤.

٣. بعد عرض أوجه التشابه والاختلاف بين عقد إيجار المرفق العام وعقد الالتزام، يذهب جانب من الفقه إلى أن الاختلاف بين العقدين ليس في الطبيعة ولكن اختلاف في الدرجة، فعقد الإيجار هو صورة مخففة من عقد الالتزام، يعطي للمستأجر دوراً محدوداً في مجال القيام بالإنشاءات والأعمال الضرورية لاستغلال المرفق العام، ولكن توجد بين عقد الإيجار وعقد الالتزام تدرجات وصور عديدة

ثانياً - عقد مشاطرة الاستغلال "عقد الإدارة بالشراكة": La Regie

Interessee

يُعدّ عقد مشاطرة الاستغلال إحدى طرق إدارة المرافق العامة وصورة من عقود تفويض المرافق العامة، حيثُ يعود الفضل في ذلك للفقهاء الفرنسيين "Waline" في مقالته المنشور بمجلة القانون العام عام ١٩٤٨، تحت عنوان "فكرة مشاطرة الاستغلال" وقال عنها: إنها الطريقة الوسط بين الإدارة المباشرة والالتزام.

١ - يُعرف عقد مشاطرة الاستغلال بأنه^١: "عقد تتعهد بمقتضاه السلطة العامة لفرد أو شركة بإدارة المرفق العام الاقتصادي في مقابل عوض يتقاضاه منها، ومثال ذلك: "قيام إحدى الشركات بإدارة مرفق المياه أو الكهرباء لحساب الدولة لا لحساب الشركة".

وتُعدّ طريقة في مركز وسط بين الإدارة المباشرة والالتزام، ويرى آخرون أنه: "عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة، بإدارة مرفق عام اقتصادي لحساب الإدارة؛ مقابل مكافأة مالية يتقاضاها المستغل من الإدارة، وهذه المكافأة تختلف صيغتها من عقد إلى آخر"، ويرى فريق آخر من الفقهاء

= للمزج بينهما وتحدث من الناحية العملية، ومن تطبيقات عقد إيجار المرفق العام، كعقود إدارة جرارات السياسات متعددة الطوابق في القاهرة "منطقة العتبة ودار الأوبرا"، حيث إنها مملوكة للمحافظة، ثم عهدت إلى شركات خاصة بإدارتها مقابل أن تقوم هذه الشركات بدفع جعل سنوي من المقابل الذي تحصل عليه من المستفيدين ويعيب الالتجاء إلى هذا الأسلوب أن عبء تمويل الاستثمارات الرأسمالية للمرفق يظلّ على عاتق جهة الإدارة، ولكن مزاياه تظهر في الأحوال التي يكون فيها المرفق في حاجة إلى وفق كفاءة تشغيله، ولكنه ليس بحاجة إلى توسعات أو تحسينات؛ د. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المؤتمر الدولي عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية "B.O.T" وحسم المنازعات الناشئة عنها المنعقد في القاهرة، ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٠، ص: ١١٠.

١. د. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٢.

أنه: "عقد تعهّد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة وتسيير مرفق عام معين مقابل مكافأة مالية تحدد مسبقاً عن طريق النتائج المالية للاستغلال^١، وبذلك تكون تلك الطريقة حلاً وسطاً بين الإدارة المباشرة للمرفق، وإدارته عن طريق الالتزام، فهي تمتاز عن الإدارة المباشرة بأن السلطة الحكومية لا تتولّى نفسها إدارة المرفق العام^٢، بل يقوم بذلك فرد أو شركة خاصة، ولكنها تقترب عن طريق الإدارة المباشرة للمرفق من جانب الدولة، في أن السلطة العامة هي التي تتحمّل مخاطر المشروع".

ويتّضح من ذلك أنه يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة مهمة إدارة المرفق العام لصالح الإدارة، مُقابل مَبْلَغاً مَالِيّاً يَرْتَبِطُ بنتائج الاستغلال، وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة لا يتكبّد عبء الخسائر الواقعة نتيجة إدارة المرفق، بل تتحمّلها الإدارة وحدها، وبما أن هذه الطريقة تُعدّ نوعاً من أنواع الاستثمار غير المباشر، وتأتي في مركز وسط بين الاستغلال المباشر "طريقة الإدارة المباشرة" وطريقة عقد الالتزام، إذ أنها تتلافى الانتقادات التي وجهت لهاتين الطريقتين، حيثُ تحتفظ الإدارة في طريقة مشاطرة الاستغلال بملكية المرفق العام وتحمّل مخاطره، وبالمقابل تحصل الإدارة على الأرباح الناتجة من استغلال المرفق، إضافة لتجنيب المرفق الروتين والتعقيد الإداري الذي يُعرقل بلوغه لأهدافه^٣.

٢- بالنسبة لنقاط الشبه والاختلاف بين طريقة مشاطرة الاستغلال مع

طريقتي التزام المرفق العام وإيجاره، فإنها تتجسّد وفقاً للآتي:

أ- تتشابه طريقة مشاطرة الاستغلال مع طريقتي التزام المرافق العامة

-
١. د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، مرجع سبق ذكره، ص: ٢١٣؛ د. فكري أحمد سنجر، المرافق العامة الكبرى، المطبعة الإقليمية، مراكش، المغرب، ١٩٨٤، ص: ٧٣.
 ٢. د. مهند مختار نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٦.
 ٣. د. إبراهيم الهندي و د. عيسى الحسن و د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٢-٢٢٣.

وإيجارها في أن فرداً عادياً أو شركة خاصة هو الذي يقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله، إضافة إلى أن العمال اللازمين لإدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين على الرغم من مساهمتهم في إدارة مرفق عام واستغلاله.

ب- تختلف طريقتي التزام المرافق العامة وإيجارها من جهة، وطريقة مشاطرة الاستغلال من جهة ثانية في النواحي الآتية:

(١) مخاطر المشروع: فالملتزم والمستأجر يتحملان مخاطر المشروع من حيث الربح والخسارة، في حين أن المستغل لا يتحمل الخسائر، وإنما تقع على عاتق الإدارة.

(٢) تمويل المشروع: إن الملتزم هو الذي يقدم رأس المال اللازم وإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق "البناء والتشييد أو إعداد التجهيزات والآلات اللازمة لتشغيل المرفق" وإدارته بوساطة عماله، أما المستغل والمستأجر فلا يقدمان رأس المال ولا يقومان بإعداد تلك الإنشاءات، وإنما فقط إدارة المرفق واستغلاله بوساطة عماله^١.

(٣) المقابل المالي: إن المعيار الصحيح للتفرقة بين كلا هذين العقدين يكمن في طريقة حصول كل من الملتزم والمستغل على أتعابه بأسلوب يختلف بصورة جوهرية عن الآخر؛ لأن الملتزم يحصل على المقابل المالي من المنتفعين من جراء الأرباح التي يحققها المشروع، بينما المستغل يحصل على هذا المقابل من الإدارة وفقاً لنتائج استغلال المشروع في حين أن المستأجر يحصل على المقابل المالي من المنتفعين بالمرفق، ثم يقوم بتأدية مبلغ مقطوع للإدارة.

(٤) الرقابة: إن الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية العامة على المرفق العام الذي يُدار بأسلوب مشاطرة الاستغلال؛ إنما تكون أقوى وأشد من رقابتها

١. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال

الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص: ١١٩.

على المرافق التي تدار بطريقتي التزام وإيجار المرفق العام. وهذا أمر طبيعي لأن الإدارة هي التي تتحمل المخاطر المالية للمشروع، لذا لا بُدَّ من تلازم الصلاحية والمسؤولية.

وإن مشاطرة الاستغلال في مصر نادرة التطبيق، ولم تأخذ الإدارة المصرية قبل الثورة إلّا في حالة واحدة، وهي إدارة الإذاعة المصرية في الفترة ما بين عامي ١٩٣٢ و ١٩٤٧، ومن أمثلة مشاطرة الاستغلال الحديثة في مصر العقد المبرم بين شركة المنتزه ووزارة السياحة بإدارة قصر المنتزه بالإسكندرية، إذ قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوة والتشريع بمجلس الدولة في جلسته ١٩٨٣/٣/٢ - ملف ٨٧/١/٤٧ عدّ مشروع العقد المبرم بين شركة المنتزه "شركة خاصة مساهمة أسستها بعض شركات القطاع العام في ظل قانون الاستثمار" ووزارة السياحة "الحكومة" بإدارة قصر المنتزه بالإسكندرية، هو عقد مشاطرة استغلال وليس عقد التزام، وبذلك قررت الجمعية العمومية عدم اشتراط أن يكون الطريق الوحيد بإدارة المرفق بنظام الالتزام دون سواه.

٣- **طبيعة عقد مشاطرة الاستغلال:** بالاستناد إلى طريقة تمويل المرفق العام، يُمكن تحديد طبيعة عقد مشاطرة الاستغلال، فمجلس الدولة الفرنسي ذهبَ في قضية "Smitom" إلى تكييف العقد بأنّه عقد تفويض مرفق عام على الرغم من أن الجزء الذي يدفعه الشخص العام إلى المفوض إليه يقدر بحوالي سبعين بالمئة، وعدّ جانب من الفقه أن عقد مشاطرة الاستغلال لا يُشكّل عقد تفويض مرفق عام^١، إلّا عندما تكون طريقة تمويل المرفق العام مرتبطة بنتائج الاستغلال، بحيث يتحمل المتعاقد مخاطر فعلية في استغلال المرفق، وأكدّ القضاء الإداري الفرنسي إن عقد مشاطرة الاستغلال الذي لا يتضمّن ارتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، لا يُشكّل عقد تفويض مرفق عام.

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٥٩.

ثالثاً - عقد الإدارة:

١- تعريف عقد الإدارة:

عرّف بعض الفقه عقد الإدارة بأنّه: "عقد يتولّى بمقتضاه صاحب التفويض إدارة واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام مقابل أجر يحدد بمبلغ مقطوع في العقد، يدفع من قبل الشخص العام، ويتولّى الأخير إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام موضوع التشغيل، ويقتصر دور مانح التفويض على القيام بأعمال الصيانة الضرورية الدورية، ويجب ألا تتجاوز مُدّة المشروع خمس السنوات".

وتُعرّف أيضاً عقود الإدارة بأنها: "عقود تأجير خدمات إدارة محترفة من القطاع الخاص، لتضطلع بمسؤولية خدمات التشغيل والصيانة، وعادة ما تكون فترة العقد من ٣-٥ سنوات"، وعليه فإنّه بموجب عقد الإدارة تقوم الدولة بتوقيع عقد مع أحد أشخاص القطاع الخاص^١، ويقوم الأخير بإدارة المرفق العام مقابل مبلغ من المال^٢ يأخذ شكل رسوم محددة يحصل عليها الشخص

١. د. أعاد حمود القيسي، الخصخصة ونظامها القانوني، مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية الشرطة في دبي، السنة التاسعة، العدد الأولي، دبي، ٢٠٠١، ص: ٢٠.

٢. في عام ١٩٨٦ تعرّضت هيئة المياه والكهرباء في "غينيا بيساو" للإفلاس، ومن ثمّ فقد طلبت الحكومة مساعدات فنيّة من هيئة كهرباء فرنسا، وهي شركة عامة فرنسية، وفي عام ١٩٨٩ حققت تلك المساعدات تحسّناً ملموساً في الكفاءة والتشغيل للمرفق، غير أن الأزمة المالية ظلّت كما هي، لذلك تدخل الطرفان في عقد إدارة لمُدّة عامين، تم تجديده في عام ١٩٩١، ووفقاً لشروط التعاقد تولّت الشركة الفرنسية مسؤولية تشغيل المرفق، مقابل مكافأة مالية يمثل جزءاً منها رسوماً ثابتة تدفعها وزارة التعاون الفرنسية، والجزء الآخر هو حصة من الأرباح التي يحققها مرفق. ويتحدد حجم حصة الربح على مدى تحقيق الأهداف المخططة للأداء. وتتضمّن مؤشرات الأداء نسبة الفواتير إلى إضافي الطاقة المولدة والمسلمة ونسبة تحصيل الفواتير، وبالنسبة لطبيعة عقد الإدارة فإن موقف مجلس الدولة الفرنسي غير ثابت، فقد ذهب في بعض أحكامه إلى أن عقد الإدارة يُعدّ صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام، في حين ذهب في أحكام أخرى إلى تصنيف عقد الإدارة أنّه عقد تفويض مرفق عام؛ د. منير إبراهيم هندي، الخصخصة، خلاصة التجارب العالمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص: ٢٦١-٢٦٢.

الخاص من قبل الدولة، على أن تتعهد إدارة القطاع الخاص بتحقيق الأهداف المتفق عليها في العقد، ولا يتحمل الشخص الخاص في ظلّ هذا الاتفاق أي خسائر أو مخاطر مرتبطة بالتشغيل.

٢- أوجه الشبهة والاختلاف بين عقد الادارة وعقد مشاطرة الاستغلال:

إن عقد الإدارة يتشابه مع عقد مشاطرة الاستغلال "الإدارة بالشراكة" في: إقامة الشخص العام المنشآت الأساسية للمرفق العام موضوع التشغيل، إلا أن ما يميّزها عن بعضهما هو المقابل المالي، ففي عقد الإدارة يُحدد المقابل المالي بمبلغ مقطوع، ويدفع من قبل الإدارة إلى المستثمر دون وجود لعلاوة ترتبط بنتائج الاستغلال، ولكن قد يفتقر أحياناً بحوافز تتعلق بنتائج المرفق، ولذلك يُمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى، وأما في عقد مشاطرة الاستغلال فنجد أن الملتزم يتقاضى مُقابلاً مالياً مرتبطاً ببعض نتائج الاستغلال التي تُعدّ بذاتها أرباحاً^١.

وهناك فرق آخر يتعلّق بنوع الإدارة: إذ إن الشخص العام في عقد الإدارة يترك للمتعاقد حرية "الإدارة العادية" في أثناء استغلال المرفق العام، في حين أن الشخص العام في مشاطرة الاستغلال يُحدد للمتعاقد مع الإدارة بدقة شروط استغلال المرفق وأسلوب إدارته، والجدير بالذكر أن كثير من الفقهاء يرون أن عقدي مشاطرة الاستغلال والإدارة هما من عقود تفويض المرافق العامة، ومع ذلك فإن البعض يُعارض هذا الاتجاه نظراً لأن مركز المدير في عقد الإدارة أقرب إلى الوكيل، إضافة إلى أن المقابل المالي في هذه الحالة يُحدد جزافاً "مقطوعاً"، وهي اعتبارات لا تبدو حاسمة.

١. د. وليد جابر حيدر، طرق إدارة المرافق العامة "المؤسسة العامة والخصخصة"، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤.

رابعاً - عقد الإجارة الحكرية الإداري:

١ - تعريف عقد الإجارة الحكرية الإداري:

هو عقد يقوم على إعطاء المتعاقد مع الإدارة، حق عيني أو رهن على أجزاء من الأموال غير المنقولة المملوكة من قبل الأشخاص العامة، ويتلزم مع ذلك اتفاق يتضمّن استغلال مرفق عام، أو القيام بنشاط له مصلحة عامة، حيث يدفع المتعاقد مع الإدارة مبالغ محددة إلى الشخص العام، مقابل تحصيل الأرباح الناتجة من الاستغلال من المنتفعين من خدمات المرفق العام.

٢ - شروط عقد الإجارة الحكرية الإداري:

هناك حالتان لعّد الإجارة الحكرية الإداري من عقود التفويض:

أ- الأولى: لا يُعدّ عقد الإجارة الحكرية عقد تفويض مرفق عام، إذا كان لا يتضمّن تكليف المستأجر بمهمة تتعلّق بمرفق عام، أو إذا عهد العقد إلى المستأجر للقيام بشيء آخر غير المهمة المحددة، وهذا ما أكّده مجلس الدولة الفرنسي في أن: إيجار الحكر لا يُشكّل بذاته لا عقد أشغال عامة ولا على الأقل تفويض مرفق عام في حالة قيام المستأجر بمهمة محدودة، وبالتالي فإنّه لا يخضع لإجراءات العلانية والمنافسة المنصوص عليها في المادة (٣٨) من قانون سابان عام ١٩٩٣، ولا تُطبّق هذه النصوص إلّا إذا كان الإيجار مُقترناً بمهمة حقيقية بتفويض المرفق العام^١.

ب- الثانية: أما لو عهد إلى المستأجر بعمل يتعلّق بالمصلحة العامة، فإنّه يُعدّ من عقود تفويض المرفق العام.

خامساً - عقد الالتزام ذا الأجرة الافتراضية:

وهو عقد يتعهّد بمقتضاه صاحب الالتزام ببناء مرفق عام واستغلاله كبناء الطرق والجسور، مُقابل مبلغ مالي "غير محدد" يحصل عليه من قبل مانح الالتزام، والذي يجري احتسابه وفقاً للخدمات المؤداة إلى المنتفعين، أي

1. C. E. Avis du، 16 juin 199، AJDA، 1994، p:43.

ارتباطه بنتائج الاستغلال، وبالتالي فإن الملتزم يتحمل مخاطر استغلال المرفق العام، ويعني ذلك أن عقد الالتزام ذات الأجرة الافتراضية هو من عقود تفويض المرفق العام.

سادساً - عقد البناء والتشغيل والتحويل: "B.O.T"، Operate and Transfer

خضع عقد التزام المرفق العام لعدة تطورات في نظامه القانوني كأسلوب إدارة للمرفق العام، ومن أهم التطورات الحالية له وفقاً للفقہ السائد هو النظام المعرف بنظام الـ "B.O.T"، والجدير بالذكر أن اصطلاح البوت الـ "B.O.T"، هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث: البناء Build، والتشغيل Operate، والتحويل Transfer.

١ - تعريف عقد الـ "B.O.T":

عقد الـ "B.O.T" هو عبارة عن: "اتفاق بين الإدارة وشركة المشروع "المستثمر" حيث تتولى الأخيرة إشادة أحد أو أكثر من مشروعات البنية الأساسية "التحتية" أو المرافق العامة لمدة محددة على نفقتها ومسؤوليتها، لقاء حصولها على المقابل المالي من المنتفعين من خدمات هذا المشروع أو المرفق من شأنه تغطية نفقات البناء والتشغيل، وتحقيق هامش معقول من الربح، يتم بعدها إعادة المرفق إلى الإدارة مجاناً وبحالة جيدة قابلة للتشغيل"^٣. مع ضرورة الإشارة أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المستثمر يرتبط بصورة أساسية بنتائج استغلال المرفق، وبالتالي فإن عقد البناء والتشغيل والتحويل، قد توفرت فيه الأسس التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام.

١. د. أحمد بدر سلامة، العقود الإدارية وعقود الـ "B.O.T"، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٥٥.

٢. د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "B.O.T" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٨.

٣. د. وليد جابر حيدر، طرق إدارة المرافق العامة "المؤسسة العامة والخصخصة"، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥.

يُعرّف عقد الـ "B.O.T" بأنه: "عقد تمنح فيه الحكومة لأحد المستثمرين إقامة أحد مشروعات البنية التحتية الأساسية، أو المرافق العامة على الأرض التي تحددها الدولة المستثمرة، مع تحمّل الأخير كافة نفقات إنشاء المشروع لمدة معينة تحددها الحكومة، وفي نهاية هذه المدة يتم تحويل ملكيته مجاناً، أو بمقابل يتم الاتفاق عليه مسبقاً^١، ويُعرّف بأنه: "نمط من أنماط التعاقد الحديث أو مجموعة من الأحكام التعاقدية، التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تنفيذ أشغال عامة، وإدارة مرافق عامة وتحويلها^٢، من قبل مجموعة من متولّي القطاع الخاص الذي يُشكّلون فيما بينهم اتحاداً لإنشائها وتشغيلها واستثمارها لمدة زمنية، مقابل استثمارها والانتفاع منها خلال تلك الفترة، وليس بضمن يحدد في العقد، ومن ثمّ إعادة ملكيتها إلى الإدارة المتعاقدة".

يُمكن القول من خلال التعريفين السابقين أن عقد الـ "B.O.T" يُعدّ نسخة مُطوّرة عن عقد الالتزام، حيث يُكمن التّشابه بين العقدين، في النقاط الآتية:
أ- يقع على عاتق المتعاقد القيام بجميع عمليات البناء والتشغيل، دون أن تكون الإدارة مُكلّفة بتقديم أي شيء.

ب- يُكلّف المتعاقد بتشغيل المرفق وتحمّل مخاطره المالية.

ج- لا يحصل المتعاقد على ثمن الإنشاءات التي نفّذها، إنّما على أتاوات يتقاضاها من المنتفعين بالخدمة التي يقدمها المرفق خلال مدة العقد.

أما التطوّر فيكمن في الآتي:

١) يُعدّ عقد الـ "BOT" نظاماً تموالياً حديثاً يستند على فكرة التمويل الذاتي للمشروع بضمن سداد الديون من العائدات المتحققة من تشغيل هذا المشروع،

١. د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيدك، مجلة التربية والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢، ص: ٤١.

٢. د. محمد وليد منصور، عقود البوت وطبيعتها القانونية وأهم مجالات التحكيم فيها، مقال منشور في مجلة المحامون السورية، العددان (٧-٨)، ٢٠٠٦، ص: ٣-٤.

ويستند ذلك إلى استقلالية المشروع ككيان اقتصادي قائم بذاته، وقدرته على تحقيق الموارد اللازمة للتسديد، وذلك على عكس المشروعات التقليدية التي يتم الاقتراض فيها بضمان أصول مالية عينية.

(٢) غالباً ما تُشكّل مشروعات البوت اتحاداً مالياً يُسمّى "الكونسورنيوم"، وهو عقد مبرم بين مؤسستين أو أكثر، بغرض الحصول على صفقات توريد وتقديم خدمات، وتشديد الأبنية اللازمة للمشروع وتشغيل المشروع^١.

وبالتالي البحث في النظام التمويلي للمشروع لا يقتصر على عقود القروض أو التمويل، بل يشمل أيضاً بقية العقود التي تُشكّل في مجموعها عقد الـ "B.O.T"، والتي يجمع بينها وحدة الهدف الاقتصادي ومنها: عقد الشركة والأسهم والشركاء، عقد الإدارة في حال وجودها، عقد البناء والتشييد، إضافة إلى مخططات الإنشاء ومتطلبات البناء، عقود التأمين، عقود التوريد، عقود تشغيل المشروع، عقود النقل، عقود القروض، وبالتالي يُمكن القول أن عقد الـ "B.O.T" ينشأ شبكة من العلاقات المالية بين جميع أطراف "الكونسورنيوم"، ومع الشركات المقرضة، إضافة إلى العلاقة بين الشركة المفوضة، والشخص العام المتعاقد، وبين الشركة المفوضة والمنفعين، إلا أن ما يُميّز عقد الـ "B.O.T" ليس هذه العلاقات بحد ذاتها، بحسبان أنه من الممكن أن تَرَد في عقود التفويض الأخرى التي تحتاج مبالغ ضخمة، بل طبيعة النظام التمويلي الذي تستند عليه هذه العقود، والذي ذكرنا سابقاً، ولابدّ من التنويه إلى الحالة التي تقوم فيها الجهة العامة بشراء الخدمات من الملتزم وتوزيعها مجاناً على المنفعين، أو بيعها لهم بأسعار منخفضة، ففيها تؤوّل العلاقة المالية بين المنتفع والملتزم، ويحلّ مكانه علاقة مالية جديدة تجمع المنتفع مع الشخص العام المتعاقد.

١. د. موسى خليل ميري، تمويل المشاريع-هيكلية الـ BOT، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢١)، العدد الثاني، ٢٠٠٥، ص: ١٣٢-١٣٣.

وبالتالي نكون في وضع يشبه قيام الجهة العامة، بإدارة المرفق عن طريق الاستغلال المباشر، وعلى الرغم من الخصائص المميزة لعقد "البوت"، نجد الكثير من الشُّراح يَخلطون بينه، وبين أنواع أخرى من عقود التفويض المرافق العامة التي ظهرت حديثاً.

٢- أطراف عقد الـ "B.O.T":

أ- **الجهة الإدارية:** وهي الجهة الإدارية التي تكون أصلاً معنية بتنظيم المرفق العام وتقديم الخدمة للجمهور، ولذلك يغلب أن تكون شخصاً معنوياً مرفقياً، كالهيئات العامة، أو المؤسسات العامة كما قد تكون شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً، كالمحافظات.

ب- **المستثمر "شركة المشروع":** وهو الطرف الثاني في عقد الـ "B.O.T"، وهو دائماً شخص من أشخاص القانون الخاص، والغالب أن يكون شركة، نظراً لضخامة الاستثمارات في هذا المجال، كما قد يكون المستثمر أجنبياً، وهذا حال معظم الدول النامية التي تأخذ بهذا النظام.

٣- محلّ العقد:

يَجِب أن يَكُون محلّ العقد إدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية^١، كمرفق المياه أو الكهرباء أو الاتصالات، والمرفق العام هو

١. حديثاً في سورية من المشروعات التي تدار وفقاً لنظام الـ B.O.T أو وفقاً لنظام الـ B.O.O مشروعات توليد ونقل وتوزيع الطاقة الكهربائية وذلك وفقاً لما بينه الرأي الصادر عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم (١٧٤) لعام ٢٠٠٩. وأيضاً المشروعات التي تتعلّق باستثمار العقارات الخالية بنائها واستغلالها ومن ثمّ نقل ملكيتها للإدارة كحالة المشروع المتعلّق باستثمار مبنى الهجرة والجوازات ومعهد الإعداد النقابي في حلب موضوع الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري رقم (٦٤١) بالقضية رقم (١٥٧٥) بتاريخ ٢٠١١/٣/٣١، وأيضاً المشروعات التي تتناول إنشاء مرائب للسيارات وبموجبها يتمّ إنشاء الأشغال اللازمة للمرآب واستغلالها ومن ثمّ نقل ملكيتها للإدارة عند انتهاء مُدّة العقد "كالعقد المبرم من قبل محافظة دمشق لاستثمار العقار رقم (١٤٤٠) بمنطقة ساروجة بدمشق لإنشاء مرآب سيارات وفقاً لنظام الـ "B.O.T".

عبارة عن مشروع تُديره جهة الإدارة أو تُنظّمه وتشرف على إدارته، ويُقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام، وبناءً عليه فإن المرفق العام لا بُدَّ أن تتوفر فيه الخصائص الآتية:

أ- أن يكون المرفق مشروعاً ذا نفع عام، لتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة.

ب- يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح، وإذا كانت إدارة المرفق تدر في بعض الأحوال ربحاً، فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوي، أما الغرض الأساسي فهو توفير الخدمات العامة وسد الحاجات العامة^١.

٤ - مُدَّة العقد:

يَجِب أن يكون عقد الـ "B.O.T" مُحدد المُدَّة، فلا يجوز أن يكون العقد ألبدياً، أو لمُدَّة غير محدودة، أو لمُدَّة محددة ولكنها بالغة الطول، بل يجب أن تكون المُدَّة معقولة، بحيث تَسمح للمستثمر أن يقتضي من استغلال المشروع ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذي استثمره، وفي الوقت ذاته تَسمح لجهة الإدارة بتغيير طريقة إدارة المشروع، أو المرفق بما يتناسب وتطوّر الظروف، وتُعدّ المُدَّة عنصراً جوهرياً في عقد الـ "B.O.T" يتوقف عليها تحديد كم الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، ومن ثمّ فإنّه يُعدّ من العقود الزمنية، ويخضع بالتالي للقواعد الخاصة بهذه العقود^٢، وفي مقدمتها عدم رجعية آثار العقود.

٥ - النظام القانوني لعقد الـ "B.O.T":

يَجِب على الإدارة عند إبرام عقودها أن تُراعي عاملين أساسيين:

١. د. ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون

الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨، ص: ٢٨.

٢. د. ياسر أحمد الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٩٨، ص: ٣٠.

وهما تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة إضافة لتحقيق المصلحة الفنيّة الأفضل، ولتحقيق العاملين المذكورين، فإن الطرق الأساسية لإبرام العقود العامة هي المناقصات والمزايدات، إضافة لطرق أخرى تبررها دواعي المرونة في علاقتها مع الغير، والأصل أن الإدارة حُرّة في اختيار أسلوب التعاقد ما دام لا يوجد نصّ تشريعي يفرض عليها أحكاماً معينة، أما إذا كان هناك نصّ يُلزم الإدارة بالتعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة، فإنّه يتعيّن عليها احترام هذا النصّ، وإلا كان تعاقدتها بغير الطريق المنصوص عليه تعاقدًا باطلاً.

أ- في مصر:

يُلاحظ أن القوانين الحديثة التي صدرت بشأن إبرام عقد الالتزام أو الـ "B.O.T" نصّت على أن يتمّ اختيار شركة المشروع في إطار من المنافسة والعلانية^١، وبناءً على ذلك طرح الفقه التساؤل التالي: هل هذا الشرط يُمثّل قيّداً على حرية الإدارة، في اختيار وسيلة التعاقد؟.

ذهبَ جانب من الفقه إلى أنّه: "استلزم المُشرّع أن يتمّ اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية، مؤداه أن اختيار الملتزم يتمّ وفقاً لقواعد المنافسة المعلنة من خلال إجراءات تنافسية شفافة، ومن ثمّ لا يجوز لجهة الإدارة الالتجاء إلى التعاقد المباشر، أو إجراءات المنافسة المحدودة"، وبينما ذهبَ جانب آخر إلى القول أن عقود الالتزام وفقاً لنظام الـ "B.O.T" تُبرم عن طريق اللجوء إلى أسلوب المناقصة المحدودة، وإن هذا الأسلوب هو الأنسب لهذه العقود، أخذاً بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الالتزام.

١. القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ المتعلّق بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ في شأن هيئة كهرباء مصر، القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ المتعلّق بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٨٦ بشأن الطرق العامة، القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموائن التخصصية.

إلا أنه وفي ضوء وجود قواعد حددها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، والذي جاء بالمادة الأولى من قانون إصداره بأنه يسري على جميع وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية^١، فإن غالبية الفقه تتجه إلى القول أن أحكام قانون المناقصات والمزايدات، تُعدّ الشريعة العامة في إبرام العقود الإدارية، وتكون واجبة التطبيق على عقد الالتزام طالما أن اختيار المتعاقد في هذه العقود لم يرد بشأنه نص خاص، ولأن الهدف من اتباع قواعد هذا القانون هو الوصول إلى أفضل العروض، وإن الطابع الشخصي لعقد الالتزام لا يتعارض وقواعد هذا القانون الذي نظم المناقصة المحدودة إلى جانب المناقصة العامة مراعاة هذا السبب، وإذا كانت المادة الثانية من المناقصات والمزايدات لم تنص صراحة على عقد الالتزام، واكتفت فقط بذكر عقود التوريد والخدمات والأشغال العامة، فإن ذلك لا يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على عقود الالتزام، لأن هذه العقود تتضمن أشغلاً عامة وتوريدات^٢.

ب- في سورية:

نصّت المادة الثالثة من قانون التشاركية السوري رقم (٥) لعام ٢٠١٦ على أن: "تسري أحكام هذا القانون على عقود التشاركية التي تعقدها الجهة العامة مع القطاع الخاص من أجل إحداث أو تطوير أو توسيع المشروع واستثماره من قبل القطاع الخاص بمفرده أو بالمشاركة مع جهة أخرى عامة أو خاصة عن طريق شركة المشروع وبحيث تكون عائدات القطاع الخاص بشكل أساسي من عائدات المشروع نتيجة استثماره بشكل مباشر أو من قبل شركة المشروع وفقاً لبنود عقود التشاركية".

١. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٨ - ص: ١٨٠.

٢. د. ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد الB.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مرجع سبق ذكره، ص: ٨١.

وبالتالي فإن عقود الـ "B.O.T" تخضع لأحكام القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاع العام والخاص.

كما يُمكن إدراج بعض العقود السياحية ضمن إطار عقود الـ "B.O.T" كعقد إنشاء واستثمار فندق الشيراتون في دمشق وفندق الميريديان.

ويعود السبب في ازدياد اللجوء لنظام الـ "B.O.T" في الآونة الأخيرة ازدياد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية^١، تحقيقاً لسياسة الدولة في سبيل تقديم الخدمة العامة بشكل أفضل خاصة مع ما تحمّله هذه المشاريع من المخاطر في مراحلها المختلفة، كما أن عقود "البوت" أصبحت آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا بين الدول^٢.

سابعاً- عقود المشاركة:

عقود المشاركة هي عقود إدارية تعهّد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العامة التابعة لها إلى الغير، وخلال فترة زمنية مُحددة عن طريق

١. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود الـ B.O.T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص: ١٥.

٢. ولعل من أهم مزايا نظام "البوت" هو إقامة المشروعات والمرافق والبنية الأساسية التي تحتاجها الدولة لتحقيق التنمية في شتى المجالات، والحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي يستلزمها إقامة هذه المشروعات، مع التخفيف عن كاهل الموازنة العامة والحد من دورها في مجالات النشاط الاقتصادي، حيث يقوم القطاع الخاص بتمويل إنشاء بعض المشروعات، ممّا يُمكن الدولة من استثمار أموالها في المشروعات التي لا يرحب القطاع الخاص باستثمار أموالها بها، وكما يجنب الدولة الاقتراض من الخارج ومعالجة إجهاد البنوك الأجنبية عن تقديم القروض للدولة في كثير من الحالات، وأما ما يؤخذ على هذا النظام للاستثمار فهو أثره السلبي على مصادر التمويل المحلي، فقد تلجأ الشركات غير الوطنية التي يتم التعاقد معها للبنوك المحلية للحصول على التمويل الكامل لتنفيذ المشروع، هذا بالإضافة إلى تحويل أرباحها لخارج البلاد، ويُعدّ من العيوب أيضاً استخدام العمالة الأجنبية، بالإضافة إلى التكلفة العالية لإعداد عقود البوت نتيجة الاستعانة بالخبراء والمستشارين الأجانب، إلى جانب أن أغلب عقود "البوت" تشترط الثبات التشريعي وعدم تغيير التشريعات التي أبرم العقد في ظلّها ممّا قد يحرم الدولة في الكثير من العائدات.

استقطاب استثمارات أو وسائل تمويل، بمهمة مركبة يكون محلها بناء أو تمويل أو إصلاح أو صيانة أو استثمار أعمال أو تجهيزات، أو أموال مادية ضرورية للمرفق العام^١، وجوهر التحديد القانوني لعقد الشراكة يتكون من المهمة المركبة التي يُعهد بها للمتعاقد مع الإدارة^٢، أي تعدد المهمات الموكولة للمتعاقد مع الإدارة^٣، ويمكن تحديد خصائص عقد الشراكة بالآتي:

١- عقد مركّب: ويتجلى ذلك بالمهمة المركبة ذات المحل المتعدد الأغراض، ويمكن في هذا الإطار التمييز بين أربع حالات وهي:

أ- حالة العقود المتضمنة تمويل وإنجاز وإدارة الأبنية غير المشادة على الأملاك العامة، والمؤجرة من الجماعة المحلية للمتعاقد.

ب- حالة العقود المتضمنة تمويل وإنجاز وإدارة الأبنية الغير المشادة على الأملاك العامة، والمستثمرة من المتعاقد.

ج- حالة العقود المتضمنة تمويل وإنجاز وإدارة واستغلال الأبنية المشادة على الأملاك العامة، والتي كانت مستأجرة من الجماعة المحلية.

د- حالة العقود المتضمنة تمويل واقتناء الأموال وإدارتها وتجهيزها.

٢- عقد تمويل مالي: أي أنه عقد ذا طبيعة مالية، يقوم المتعاقد دائماً بموجبه بتمويل الاستثمار للمشروع محلّ المشاركة، حيثُ يمكن أن تُسنتى الإدارة من المشاركة في رأس المال، وهو في الغالب عقد ذا طبيعة مالية ضخمة، حيثُ

١. وقد سميت هذه العقود بعقود المشاركة لأنها تعتمد على مشاركة المال الخاص للمال العام في إنجاز المشروعات التي تتطلبها عملية تقديم الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويُعدّ من أهم أنواع عقود المشاركة عقد الـ B.O.T وعقود الاستثمار الأخرى كعقود الـ B.O.O إضافة للعقود الأخرى التي تنتمي لعائلة عقود الـ B.O.T.

2. L. Richer، droit des conrtrats، 2010، op. cit، p:608.

٣. هذا التعريف لعقود المشاركة جاء بالأمر رقم (٥٥٩-٢٠٠٤) تاريخ ٢٠٠٤/٦/١٧ وفيما بعد بالقانون الصادر رقم (١٧٩-٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٢/١٧.

غالباً ما يتمّ تجمع عدة مؤسسات مالية لتتولّى إتمام المشروع المتعاقد عليه.

٣- **عقد لتقديم خدمة:** فالمتعاقد مع الإدارة في عقد المشاركة لا يتعهد بالأشغال والتمويل فقط، وإنما يجب عليه أيضاً أن يؤمن الحفاظ والصيانة والاستغلال والإدارة للأعمال وتجهيزها، وأصالة عقد المشاركة تتمثل في مسألة توزيع الأخطار والتي يكون من الواجب الاتفاق عليها، وبشكل صريح في بناء العقد ذاته، والنصّ على مثل هذه الشروط هو من المسائل الإلزامية، والمبدأ العام هو أن كل نوع من الأخطار يجب أن يتحمّله الطرف الذي تعهد به^١، وتنعكس الطبيعة المعقدة لعقد المشاركة على عملية إبرامه، فالجهة التي تقوم بالتحضير لإبرام عقد المشاركة بإمكانها أن تلجأ في إبرامه إلى إحدى الأساليب الآتية:

أ- تقنية التفاوض:

يُمكن اللجوء إليها إذا كانت طبيعة محلّ التعاقد تميّزت بالتعقيد "التركيب"، ويُمكن اللجوء إليها في حالة السرعة، وفي هذه الحالة يتمّ إجراء التفاوض تقريباً بالطريقة ذاتها في تقنين الشراء العام، ولكن ليس بالرجوع أو بالاستناد إليه، وإنما يُمارس الإجراء في هذه الحالة عند الإعلان عنه من قبل الدولة بالاستناد للمادة (٧) من الأمر الناظم لعقود المشاركة في فرنسا، والمرسوم رقم (٢٠٠٤-١١٤٥) الصادر في ٢٧/١٠/٢٠٠٤، أما بالنسبة للجماعات المحليّة فيتمّ بالاستناد للمادة (٧-١٤١٤ L) والمادة (١-١٤١٤ D) من تقنين الجماعات العامة.

ب- كما أنّه للإدارة أن تلجأ لاستخدام طلب عروض الأسعار لإبرام العقد:

وفي هذه الحالة فإن الإدارة وعند إعلانها لنيّتها في إبرام عقد المشاركة يوجب عليها أن تُراعي الإعلان عن ذلك، بحسبان أن الإعلان في هذه الحالة

1. L. Richer، op. cit، p:608.

هو إجراء شكلي إلزامي وفقاً لما هو مُحدد لذلك قانوناً، ومقدار مبلغ العقد الذي يَجِب على الإدارة أن تلتزم فيه للإعلان عن محل العقد محدد قانوناً، وهو بالنسبة للدولة (١٢٥٠٠٠) يورو، وبالنسبة للجماعات المحلية (٩٣٠٠٠) يورو، أما بالنسبة للعقود التي يقلّ مبلغها عن المقدار المحدد فإن الإدارة لديها الحرية في اختيار وسيلة الإعلان التي تتلاءم وطبيعة الاحتياجات المطلوبة، وفي حالة طلب العروض فإن الإدارة لا بُدَّ لها من الإعلان بواسطة النشرة الرسمية للإعلانات^١، وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وفي هذه الحالة فإن الإعلان يَجِب أن يخضع للأسلوب الأوروبي المشترك، وفقاً للقانون المشترك والقرار الوزاري الذي حدّد الأسلوب "وسيلة الإعلان" الملاءم للإعلان عن العقود العامة، وفي هذه الحالة فإن المدة الدنيا لاستلام العروض تكون (٤٠) يوماً، أما شروط قبول العروض فإنها مُشابهة لما هو منصوص عليه في تقنين الشراء العام، وتحديد هذه الشروط يكون من قبل الدولة بالنسبة للعقود التي يعلن عنها من قبل أحد الأشخاص العامة التابعة للدولة، ومن قبل الجماعة العامة بالنسبة للعقود التي تبرمها الجماعة^٢.

ج- طريقة التفاوض عن طريق طلب عروض:

قد تمّ إضافة إمكانية استخدامها بالقانون الصادر بتاريخ ٢٨/٧/٢٠٠٨، وهو ذات المعيار المُطبّق بإسناد العقد بواسطة الحوار التنافسي، وفي هذا الإطار يُلاحظ بأن أهم التزام على الجهة التي تُعلن رغبته بالتعاقد هو التزام العلانية.

وفي هذا الإطار فإن الإدارة عليها التزام أيضاً بضرورة مراعاة التزام مبدأ شفافية إجراءات التعاقد، ومما يُلاحظ أيضاً بصدد مقدار مبلغ العقد الذي يَجِب على الإدارة أن تقوم بالإعلان عنه، هو انخفاض المبلغ في عقود الدولة

1. L. Richer، op. cit، p:631.

2. L. Richer، op. cit، p:640.

عن عقود الجماعات المحليّة، وهذا يعني أن الالتزام بمبدأ العلانية بما يترتب عليه امتداد رقابة القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد لهذه العقود بشكل أوسع، وهو على خلاف ما يسير عليه العمل في سورية من محاولة للتقليص من الرقابة القانونية على العقود سواء برفع مبلغ العقود التي تخضع لتصديق القسم الاستشاري في مجلس الدولة، أو باستثناء عقود قطاعات عامة معينة من التصديق.

٤ - عقود الخدمات الصحية الاحتكارية:

إن نظام عقود الخدمات الصحية الاحتكارية، يتمثل بالعقود التي تُبرم مع الجهات المتخصصة في تقديم الخدمات الخاصة بالمستشفيات ولها خبرة سابقة في هذا القطاع بالنظر لخصوصيته، وقد أنشئت بموجب تقنين الجماعات المحليّة بموجب القانون رقم (١٣-٨٨) الصادر في ١٩٨٨/٢/٥، وكان قد وسع مفهومها بموجب الأمر رقم (٨٥٠-٢٠٠٣) الصادر في ٢٠٠٣/٩/٤، وهي تقترب كثيراً من عقود المشاركة والتي تسمح بأن يعهد للغير بإدارة المشاريع الخاصة بالمستشفيات وتمويلها واستثمارها بالاتفاق لفترة طويلة حتى مدّة (٩٩) عام، ويكون للمستأجر حق عيني على هذه المباني تجاه الجماعة، كما يمكن أن تُبرم من الجماعة، أو من المؤسسة العامة للصحة.

وبناءً على ما تقدم، نجد أنه لا تقتصر صور تفويض المرفق العام على ما تم ذكره من العقود، فكل عقد تتحقق فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام هو من عقود تفويض المرفق العام.

سننتقل إلى الباب الثاني لدراسة الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بالنسبة للعلاقة بين المفوض إليه والمنتفعين والسلطة الإدارية مانحة التفويض.

الباب الثاني

الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض

المرفق العام

ينشأ عن عقد تفويض المرفق العام، مجموعة من الآثار والإشكالات التي تواجه أطراف عقد التفويض، وتتمتع الإدارة مانحة التفويض بسلطات تُمكنها من ممارسة اختصاصها في الإشراف والرقابة والهيمنة على المرفق العام، وتوقيع جزاءات بحق المفوض إليه المخالف لشروط العقد، وبالمقابل يتمتع المفوض إليه بمجموعة من الحقوق تساعد على تحقيق الغايات التي ابتغاها من عملية استغلال المرفق العام، كتقاضي المقابل المالي من المنتفعين من خدمات المرفق، والحق في بعض الامتيازات، وبالمقابل يلتزم بتنفيذ مجموعة التزامات ضرورية لمصلحة حسن سير المرفق العام، والمنتفعين يتمتعون بحقوق بمواجهة الإدارة مانحة التفويض، وبمواجهة المفوض إليه، وقد نَظَم المشرع الفرنسي سلطة الرقابة على عقود التفويض بموجب قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣، وتعديلاته، ولاسيما القانون الصادر في ١٩٩٥/٢/٢.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة مانحة التفويض وإن كانت تملك منح المفوض إليه بعض امتيازات السلطة العامة، إلا أنها لا تملك أن تتنازل عن اختصاصها في تنظيم المرفق موضوع العقد، لأنه لا يجوز التخلي عن السلطة التنظيمية إلى شخص آخر، وتثير عملية إنهاء عقود تفويض المرفق العام، مسائل مهمة تخضع لقواعد متميزة، وتتعلق بمصير التعهدات المختلفة التي أبرمها المفوض إليه؛ ومصير أموال المرفق، وهذا الأجل قد يتحقق بصورة طبيعية بحلول الموعد المحدد لنهاية العقد، أو قد يتحقق بغيره، وهذا ما سنقوم بدراسته وفق التقسيم الآتي:

الفصل الأول: الإشكالات التي تواجه المفوض إليه والمنتفعين.

الفصل الثاني: الإشكالات التي تواجه الإدارة مانحة التفويض.

الفصل الأول
الإشكالات التي تواجه المفوض إليه
والمنتفعين

تتحدد الإشكالات التي تواجه المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام في تنفيذ حقوقه كحقه بالحصول على المقابل المالي، وحقه بالحصول على امتيازات تمنحه إياها السلطة العامة مانحة التفويض، والتي يحتاجها في مجال تنفيذ العقد^١؛ وتنفيذ الالتزامات الأساسية للمفوض إليه، كالتزامه في القيام باستغلال المرفق العام موضوع العقد نفسه؛ والتزامه بالقيام بتحمل تكاليف الإنشاءات اللازمة لتشغيل المرفق^٢.

وبالنسبة للإشكالات التي تواجه المنتفعين في عقود تفويض المرفق العام؛ فمن الثابت أن المنتفعين يتمتعون بحقوق مباشرة يستمدونها من تلك العقود، وهم بذلك يستطيعون ممارستها في مواجهة المفوض إليه، وفي مواجهة السلطة مانحة التفويض أيضاً^٣، وينتج عن ممارسة هذه الحقوق مجموعة من الإشكالات، وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: حقوق والتزامات المفوض إليه.

المبحث الثاني: الإشكالات التي تواجه المنتفعين.

١. أدير نوال، بشري الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة "بجاية"، الجزائر، ٢٠١٦، ص: ٤٣.

٢. نوال فروج وعمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٣، ص: ٦٣.

٣. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤٥.

المبحث الأول

حقوق والتزامات المفوض إليه

إن المفوض إليه كأحد أطراف عقد تفويض المرفق العام يتمتع بحقوق وامتيازات ويترتب عليه التزامات كسائر المتعاقدين مع السلطة الإدارية مانحة التفويض^١، وغير أن هذه الحقوق وتلك الواجبات والالتزامات تتميز إلى حد كبير في عقود التفويض عنها في العقود الأخرى، وذلك بالنظر إلى مضمون هذه العقود المتمثل بإدارة المرفق العام واستثماره^٢.

ويتمتع الشخص المفوض إليه بإدارة واستثمار المرفق العام بنوعين من الحقوق، يتمثل الأول بالمقابل المالي الذي يحصل عليه من المنتفعين من الخدمات التي يؤديها المرفق العام، ويتمثل الثاني بتمتع المفوض إليه بامتيازات خاصة نظراً لاضطلاحه بتشغيل المرفق العام، وبناءً على ما تقدم سنبحث في تنفيذ حقوق والتزامات المفوض إليه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تنفيذ حقوق المفوض إليه.

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزامات المفروضة على المفوض إليه.

١. نوال فروج وعمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مرجع

سبق ذكره، ص: ٦٥.

٢. أدير نوال، بشري الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مرجع سبق ذكره،

ص: ٤٢.

المطلب الأول

تنفيذ حقوق المفوض إليه

تتحدد حقوق المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام بالحصول على المقابل المالي من المنفعين بخدمات المرفق العام، وحقه بالحصول على امتيازات تمنحه إياها السلطة الإدارية مانحة التفويض.

الفرع الأول

حق المفوض إليه في الحصول على المقابل المالي

إن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يُمثّل أحد أهم عناصر تقنية التفويض^١؛ علماً أن تلك العناصر تُمثّل ترجمة عملية للطابع الاقتصادي والمالي لتقنية التفويض^٢؛ خاصة أن المتعاقد مع الإدارة "المفوض إليه" يسعى للحصول على ثمار استثمار المرفق العام، والمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه وكما ذكرنا سابقاً يجب أن يرتبط بالنتائج المالية لاستغلال المرفق، وهو بعد ذلك يُمكن أن تتعدد صورته وأشكاله بتعدد صور

١. يميّز الفقه بين نوعين من المقابل المالي، وذلك وفقاً لنوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتقديمها: فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإن الإدارة هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد، ويأخذ المقابل في هذه الحالة صوراً مختلفة وفقاً لطبيعة العقد، فهو ثمن في عقود التوريد، ومرتب في عقود التوظيف وما شابهها وفائدة في عقود القرض...، أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة كما هو الحال في عقد الالتزام فيحصل على المقابل النقدي من جمهور المنفعين، ويتمثل هذا المقابل في عقود الالتزام في صورة أتاوات، يسمح له بفرضها مانح الالتزام على جمهور المنفعين من خدمة المرفق العام، وذلك بموجب عقد الالتزام ويطلق على هذه الأتاوات مصطلح الرسم.

٢. د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "BOT" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٧.

وطرق تفويض المرفق العام، ويبرز من صور المقابل المالي الذي يحصل عليها المفوض إليه، ما يثار بصدها بعض المشاكل والتساؤلات، وهو يتحدد بالمبالغ التي يلتزم بدفعها المنتفعون من خدمات المرفق العام، في عقود الامتياز وعقود إيجار المرفق العام، والتي تُسمى بتعريف الخدمة^١.

يُمكن التمييز بين نوعين من العائدات؛ **الثمن: "Prix"** وهو المبلغ الذي تدفعه الإدارة للشخص المُكلف بإدارة واستثمار المرفق العام، كمقابل للخدمات التي يؤديها المتعاقد، والذي يُحسب بالنسبة للنفقات اللازمة لتأديتها، أي مبدئياً هو المبلغ الذي لا يمت بصلة إلى عامل الاستثمار؛ **والرسم "الجعالة أو التعرفة": "Redevancce"** وهو المبلغ الذي يتقاضاه المُكلف بإدارة واستثمار المرفق العام من المنتفعين بخدمات المرفق، وبعبارة أخرى هو رسم يدفعه المنتفع مقابل الخدمة التي سيحصل عليها، فالاجتهاد التقليدي، ربط وجود التزام المرفق العام "كنموذج شائع لتفويض المرافق العامة" بتعرفة أو رسم يتقاضاه الملتزم من المنتفعين، وقد تم تكريس هذه الصلة في فرنسا، من خلال مطالعة مفوض الحكومة **"Chardenet"** في قضية **"Gaz Bordeaux"** عندما عرّف التزام المرفق العام بأنه: "العقد الذي من خلاله، يُكلف فرداً أو شركة بتنفيذ شغل عام أو تحقيق مرفق عام، مع تقاضيه لعائدات لقاء استثمار المنشأة العامة أو تنفيذ المرفق العام، مع حق فرض رسوم على المنتفعين من المرفق أو المستفيدين من خدماته"^٢، وقد أثار المقابل المالي، تساؤلات تتعلق

١. د. عمار بوضياف، النشاط الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٨.

٢. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٩.

بماهيته وطبيعة الشروط المقررة له وطريقة تحديده، وسلطة الأطراف المتعاقدة في تعديله، وخضوعه لمبدأ المساواة.

أولاً- تعريف المقابل المالي "التعريف":

عرّف القضاء الفرنسي التعريف بأنها: "اقتطاعات تؤدي من المنتفعين لتغطية أعباء مرفق معين، أو نفقات لتشييد وصيانة منشأة عامة، كمقابل للخدمة المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام المنشأة"^١.

وبناءً على هذا التعريف يُشترط في التعريف التي يحصل عليها المفوض إليه أن تتوفر فيها شروط معينة:

١- أن تكون مقابل لخدمة مؤداة: إذ أكدّ مجلس الدولة الفرنسي أن تعريفات المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري، يجب أن تُسهم في تغطية أعباء تشغيل المرفق العام، ويجب أن تجد ما يُقابلها مباشرة في الخدمة المؤداة إلى المنتفعين^٢، وعلى سبيل المثال فإن تحديد سعر المياه في ظلّ عقد إيجار مرفق توزيع المياه تخضع إلى عنصرين، الأول: يجب أن يكون السعر مقابل الخدمات المؤداة إلى المستفيدين من خدمات المرفق العام، والثاني: يجب أن تُغطي التعريفات نفقات التشغيل، والنفقات المتعلقة بتسديد أقساط وفوائد القروض المبرمة من قبل الشخص العام لتأمين المنشآت العامة والتجهيزات الأساسية مثل مرفق توزيع المياه^٣، وكما يقتضي أن يدخل في احتساب

١. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧٩.

2. C. E. 30 sept 1996 Société Stéphanoise des eaux، Rec، p:355.

3. Boiteau: op. cit، p:12.

التعريفات كلفة صيانة المنشآت والتجهيزات واستهلاك الأصول، بالإضافة إلى الأجرة التي تُدفع إلى المفوض إليه في العقود التي يتولّى المفوض إليه تحصيل المقابل المالي لحساب الشخص العام، ويحصل على أجرته من قبل هذا الأخير، كما في عقود الإدارة أو الإدارة بالشراكة^١.

٢- أن تكون التعريفية متكافئة مع الخدمة التي يقدمها المرفق: وهذا الشرط هو الذي يُميّز التعريفية عن الرسم، فيجب أن يتحقق التناسب بين مبلغ التعريفية وبين قيمة الخدمة التي يحصل عليها المنتفعون، وعلى هذا الأساس استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي، على أن مُقابل العبور في الطرق السريعة الذي يدفعه المنتفعون، يجد مُقابلاً في الأداء الذي يقدمه المرفق، وفي استخدام المنشآت والمزايا الخاصة بالراحة والسرعة واختصار المسافة، وإنه لا يُعدّ من الحويلة الضريبية وإنّما من قبيل الثمن^٢.

٣- أن تستهدف تحقيق منفعة خاصة: التعريفية التي يحصلها المفوض إليه من المنتفعين، يجب أن تكون مقابلاً لخدمات يستفيد منها المنتفع بصورة خاصة، ومن ثمّ إذا كانت المبالغ التي يدفعها المنتفع لخدمات لا ينحصر الانتفاع بها بالشخص المُكلّف بدفعها، إنّما بمجموع الجمهور، أي إذا استهدف تأمين مصلحة عامة، أكثر من المصالح الخاصة للأشخاص المكلفين بدفعها، ففي هذه الحالة لا ينطبق وصف التعريفية على المبالغ التي يحصلها المفوض إليه من المنتفعين، وهذا الشرط أكّده القضاء الفرنسي في أحد أحكامه، إذ جاء

1. Boiteau، op. cit، p:13.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٥٠.

فيه: "إن التعريف لا يمكن قانوناً اقتطاعها إلا بتوفر شرطين، من جهة أن لا تكون العمليات التي تستهدف تمويلها محققة أصلاً ضمن المصلحة العامة للمنتفعين من النقل الجوي، ومن جهة أخرى أن تجد التعريف المقابل لها في الخدمة المؤداة مباشرة".

ثانياً - طبيعة المقابل المادي "التعريف":

اختلف الفقهاء الفرنسيون في تحديد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالتعريف، فيرى البعض أن الشروط المتصلة بالتعريف تُعدّ من قبيل الشروط التعاقدية، وبالتالي مصدرها العقد المبرم بين الملتزم والإدارة^١، وهذا الرأي قديم ومهجور حالياً، ذلك لأن الرأي السائد فقهاً وقضاً في الوقت الحاضر يذهب إلى عدّ الشروط المتصلة بالتعريف من قبيل الشروط اللائحية، وهذا يعني أن جهة الإدارة بحسبانها سلطة عامة تتفرد بوضع هذه الشروط مما يمنحها قوة القانون، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها زيادة أو نقصان وكل اتفاق مخالف لها يُعدّ باطلاً^٢، وفريق ثالث وجدّ أن هذه الطبيعة لا يمكن أن تكون إلا مختلطة بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة اللائحية، وبالنسبة للشروط المقررة للتعريف هناك حالتين:

١- في علاقة الإدارة والمفوض إليه بالمنتفعين كليهما: فإن أصحاب هذا الاتجاه، يؤيدون أصحاب الرأي الغالب الذي يُحدد الشروط المتعلقة بتحديد تعريف الخدمة ذات طبيعة لائحية "تنظيمية"، ذلك أن صالح المنتفعين

١. رأي الفقيه "Madiot"، مشار إليه لدى د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٥-٩٦.

2. A. De Laubadère، P. Delvolvé، F. Moderne، op. cit، p:104.

بخدمات المرفق العام محل العقد، يُحتمل تدخل الإدارة في مجال تعريف الأسعار التي يلتزم بها المنتفعون، على أساس أن جهة الإدارة هي القائمة أصلاً على تحقيق النفع العام.

٢- أما في علاقة الإدارة بالمفوض إليه: يرى أصحاب هذا الرأي أن الشروط المتصلة بتعريف أسعار الخدمة تنسم بالطابع التعاقدية، وهذا يعني أن الإدارة لا يمكنها تعديل التعريف بشكل مستقل عن المفوض إليه، وهكذا ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى ازدواج طبيعة هذه الشروط.

ويجد هذا الرأي سنداً له ضمن الاجتهادات القضائية، فمجلس الدولة الفرنسي يُقرّ بأنه: "ضمن العلاقات بين المانح والملتزم يكون دفتر الشروط عقداً، في حين أن هذا الدفتر نفسه يملك قيمة اللائحة في مواجهة المنتفعين، خصوصاً ضمن أحكامه المتعلقة بتحديد التعريف"^١.

أ- موقف التشريعات:

(١) التشريع السوري: أضاف القانون المدني السوري الصفة اللائحية على الشروط المتعلقة بالتعريف التي يتقاضاها الملتزم من خدمات المرفق محل الالتزام؛ فبيّن أنه متى استوفت الأسعار الشرط الأساسي وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كان لها قوة القانون في جميع العقود التي يُبرمها مع عملاء المرفق الحاليين منهم واللاحقين، ولا يجوز للمتعاقدين، الملتزم والمنتفع، أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية، لا بالزيادة ولا

١. قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٨/٦/٢٨ في قضية "Picard" مذكور لدى د. مهند

مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٧.

بالنقصان، ولا يُستثنى من ذلك إلا حالة واحدة، وهي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري.

ويترتب على ذلك أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار، فاتفقا على ما يخالفها، زيادة أو نقصاناً، كان الاتفاق باطلاً ووجب التقيد بالأسعار المقررة^١.

إذاً فيمكن لجهة الإدارة أن تُعدّل القوائم الخاصة بالأسعار بإرادتها المنفردة، ودون حاجة لموافقة الملتزم^٢، ولكن في المقابل يبقى للملتزم الحق في الحصول على التعويض المناسب إذا لحقه ضرر بسبب هذا التعديل^٣.

(٢) **التشريع المصري:** إن القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة، كان قد حسم طبيعة الشروط المقررة لتعريف الأسعار في عقود امتياز المرافق العامة، إذ قرر الطبيعة اللائحية "التنظيمية" لتلك الشروط بمقتضى المادة الخامسة منه والتي نصّت بهذا الصدد على: "أن لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يُعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله^٤، وبوجه خاص قوائم الأسعار

١. نصّت المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري: "يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا على ما يخالفها، ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها".

٢. نصّت المادة (٦٣٨) من القانون المدني السوري: "كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريف الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح".

3. C. A. de Lyon 20 mai 1990 SA Comalait AJDA، 1999، p:945.

٤. المادة (٥) من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ والمادة (٦٧١) من القانون المدني المصري.

٥. د. سليمان محمد الطماوي، نشاط الإدارة، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٤، ص٤٥.

الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

٣) **التشريع الفرنسي:** المادة (٤٠) من قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣ نصّت إحدى فقراتها على وجوب أن يتضمّن عقد تفويض المرافق العامة، أحكاماً تُعنى بالرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من الخدمات التي يؤديها المرفق العام، فضلاً عن تحديد معايير ومؤشرات تطوّرها^١.

٤) **القضاء الفرنسي:** وهذا ما أكّده بدوره الاجتهاد الإداري في فرنسا^٢، وأكّد القضاء الإداري الفرنسي، على أنّه يجب على عقد التفويض أن يُحدد الأحكام المتعلقة بتعريفات الخدمات التي تؤدي، بالإضافة إلى جميع المؤشرات المتعلقة بتطوّرها، والتي تُلقَى على عاتق المستفيدين، ولا يُمكن أن يتضمّن العقد بنداً يفرض على المفوض إليه تنفيذ خدمات أو أداء مدفوعات غريبة عن موضوع التفويض^٣، وتبعاً لأحكام المادة (٤٠) من قانون "Sapin"، ولما استقر عليه الاجتهاد، نجد أن المشرّع الفرنسي أكّد على وجوب تدخل الإدارة بتحديد الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين خدمات المرفق العام، بحيث ليس للمفوض إليه الحرية في تحديد تلك الرسوم، بحسبان أنّ الرسوم هي من المسائل المرتبطة، ارتباطاً وثيقاً بتنظيم وتشغيل المرفق العام، تحقيقاً للمصلحة

1. Art 40 Loi Sapin, (L 95 -128 du 8 févr 1996) La convention stipule les tarifs a la charge des usagers et precise l incidence sur ces tarifs des parametres ou indices qui determinant leur evolution.

.C, A, A de Marseille, 29 mars 2005. Societe Sagon, Numero OLMA01669.

2. C. E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bourdeaux R.D.F 1916, Conclusion chardenet, ote Jeze, p:206 et 388.

3. C.A.A de Marseille 29 mars 2005 Societe Sajin, Numero 01MA01669.

العامة، لذلك تحتفظ الإدارة بحقها في تحديد الرسوم، دون أن يكون للمتعاقد الحق في فرضها أو تعديلها، يُضاف إلى ما تقدم، فإن الرسوم إنما تعكس بشكل غير مباشر كلفة تشغيل المرفق العام، علماً أنه يُمكن للسلطة الإدارية مانحة التفويض أن تتدخل بدفع بعض المساهمات للمتعاقد، في الحالة التي لا تُغطي فيها الرسوم كلفة تشغيل المرفق العام، كذلك تدخل كلفة صيانة المنشآت والتجهيزات واستهلاك الأصول في احتساب الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين^١.

ومن المسلم الآن أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه، ملتزماً أو مستأجراً، من المستفيدين من المرفق، هو "أتاوة"، أي له وصف "الثلث"، غير أن هذا التكييف السليم، كان في وقت ما محلاً لبعض الاجتهادات المعارضة، ففي حكم لمحكمة التنازع في فرنسا، قررت أن مُقابل عبور الطرق السريعة له صفة الرسوم، نظراً لأن دفع هذا المقابل يعني وجود علاقة تعاقدية بين المستفيدين والملتزم المسموح له بتحصيل هذا المقابل، ويبدو من هذا الحكم أن المحكمة استندت إلى معيار مُستمد من عدم وجود رابطة عقدية بين المستفيدين والملتزم، وذلك لتقرير وصف الضريبة لهذا المقابل؛ فمن المعلوم أن الفرائض الضريبية ليس مصدرها العقد؛ وأن الشروط الخاصة بتحديد المقابل المالي للملتزم هي شروط لائحية، ويبدو أن محكمة التنازع قد تأثرت إلى حد كبير، برأي بعض الفقه التقليدي مثل الفقيه "Jèze" الذي يرى أن المقابل المالي الذي يقوم بتحصيله الملتزم، هو رسم بالمعنى

١. د. مهند مختار نوح، عقد البوت "B.O.T" البناء والتشغيل والتحويل، مرجع سبق ذكره،

الفني للكلمة، أي مقابل للخدمة المؤداة من قبل الملتزم^١.

ب- موقف الفقه:

(١) **الفقه المصري:** تأثر جانب من الفقه في مصر بهذا الرأي، مُقررًا أن المقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم لا يُسمّى أجرًا، بل رسماً "Taxe" تميّزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في عقود المقاولات، وأنه يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام، فيعامل معاملة الضريبة^٢، وقد سبق أن أيدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا التكييف أيضاً، وهذا الرأي العام يتعارض مع النصوص القانونية في مصر، كما أن القضاء قد هجره في فرنسا بصورة نهائية، ورغم أن الشروط الخاصة بالمقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم من المستفيدين هي شروط لائحية، يملك مانح الالتزام تعديلها بالإرادة المنفردة، إلا أن المُشرّع في قانون التزام المرفق العامة رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، وصف هذا المقابل "بالسعر" وليس بالرسم، فالمادة (٢) تعطي لمانح الالتزام الحق في تعديل قوائم "الأسعار"، ومن ناحية أخرى، فقد وصفت المادة (٦٧٠) من التقنين المدني المصري المقابل الذي يتقاضاه الملتزم بأنه "أجر"، فقد أوجبت على الملتزم أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي "الأجور"، لكنها لم تمنع أن يكون هناك معاملة خاصة بين

1. G. Jèze، Les contrats administratifs، T. 1، 1927، p:67 et 5.

٢. د. عادل عبد الرحيم الخليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، القاهرة، ١٩٩٥، ص: ١١١.

المستفيدين تتطوي على تخفيض "الأجور" أو الإعفاء منها، بشرط أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملزم بوجه عام.

(٢) **الفقه الفرنسي:** فإن الفقه يَنتقد حكم محكمة التنازع، فمقابل عبور الطرق السريعة يتفق مع تعريف "الأتاوة" **Redevance** وليس الرسم، فالأتاوة كما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي هي مبالغ تطلب من المستفيدين بقصد تغطية نفقات أو تكاليف خدمة عامة، أو تكاليف إقامة، أو صيانة منشآت عامة، وتُجد مقابلًا مباشرًا في الأداء المقدم من المرفق، أو من استعمال المنشآت، وأنه أياً كانت طبيعة العلاقة بين الملزم والمستفيدين، فإن مقابل العبور لا يمكن عدّه من الضرائب أو الرسوم^١.

واستناداً إلى فكرة التعادل بين المبلغ الذي يتمّ تحصيله والخدمة التي يتمّ تقديمها، فإن عبور الطريق يُعدّ مقابل مالي لقاء الخدمة المقدمة وليس رسماً ضريبياً، وإنّ مقابل العبور يكون نظير أداء خدمة تكمن في الراحة والسرعة والأمن واختصار المسافة، وإذا كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي اقتصرّت على تحديد طبيعة مقابل عبور الطرق السريعة، إلّا أن أهمية تكييفها بأنها ثمن أداء خدمة، ينطبق أيضاً على المقابل الذي يقوم بتحصيله الملزم أو المستأجر أو أي مستغل آخر لمرفق أو لمنشآت تتمّ إدارتها بواسطة التعاقد^٢.

1. C. E. 13 mai 1977، Compagnie financiere et industrielle des autoroutes، D. 1978، p:130.

2. A. De Laubadère et autres، Traite des contrats administratifs، T.2، 1984، p:334.

ثالثاً - قواعد تحديد التعرّيفة والقيود التي تردّ عليها:

١- قواعد تحديد التعرّيفة: تتضمّن عقود امتياز وإيجار المرفق العام ودفاتر الشروط الملحقة بالعقد، وضع ضوابط وأسس تحديد تعرّيفة الخدمة التي يدفعها المنتفعون من المرفق^١، وتتجه أغلب التشريعات إلى إلزام أطراف عقد التفويض بتحديد التعرّيفة التي تُحصل من المنتفعين من خدمات المرفق العام، ووضع قواعد ومعايير لتعديلها في ضوء الظروف المستقبلية التي تلحق بالعقد، وإن القاعدة المقررة تقليدياً هي أن الملتزم أو المستأجر لمرفق عام أو لمنشآت عامة لا يستطيع أن يحدد أو يعدل بحرية من "تعريفة الأتاوة".

وتُعَدّ هذه القاعدة أحد المبادئ الأساسية في عقود الالتزام والإيجار، وأساس ذلك، أن تعرّيفة المرفق العام هي أحد عناصر تنظيمه أو تسييره، وهذه العناصر من اختصاص السلطة المفوّضة، وبالتالي فإن تحديد وتعديل التعرّيفة لا يمكن أن يُترك للحرية التقديرية للمفوض إليه، والقاعدة أن الشروط الخاصة بالتعريفة يُحددها عقد التفويض^٢، ويمكن أن يُسهم الملتزم أو المستأجر في تحديد التعرّيفة، لكن دوره يقتصر على مُجرّد تقديم مُقترحات غير ملزمة للسلطة المفوّضة، ولهذا فإن شروط التعرّيفة ليست لها طبيعة تعاقدية، وقد يتمّ تحديد التعرّيفة بصورة قاطعة، ومن الملاحظ أن المُشرّع قد يتدخّل بأحكام تشريعية تقضي بالألا يتمتع المفوض إليه بحرية في تحديد التعريفات، نظراً لأن هذه الأخيرة على تماس مباشر بتنظيم وتشغيل المرفق العام، لذلك يحتفظ

1. "Ledits peages. Doivent etre regards، non pas comme des recettes fiscales mais comme le prix d'une operation soumise al ordonnance du 30 juin 1945". C.E. ، 13 mai 1977، précité.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٤٨.

الشخص العام أو أي هيئة ينشئها لهذا الغرض مسؤولية تحديد التعريفات، وعدم ترك الأمر إلى المفوض إليه، ومن ذلك على سبيل المثال الشروط الخاصة بالتعريف الواردة في عقد إيجار كراج السيارات في الأوبرا بالقاهرة، التي تضمنت إلزام المستغل بالأسعار المحددة لساعات الانتظار والاشتراكات الشهرية.

أ- **الفقه الفرنسي:** ويرى الفقيه "Jèze" أن تقييد الحد الأقصى للتعريف لا يعني استقلال التعاقد المطلق في الانفراد بتحديد المبلغ الذي يتقاضاه من المنتفعين في نطاق الحد الأقصى المنصوص عليه في العقد، بل يتعين الحصول على تصديق الإدارة على مبلغ التعريف الذي يحدده في نطاق الحد الأقصى، ولكن الفقيه "A. De Laubadère" يرى أنه لا محل لإعمال هذا الشرط.

ب- **القضاء الفرنسي:** يُخول مجلس الدولة المفوض إليه بحرية تحديد التعريف في نطاق الحد الأقصى^١، وتوجد طريقتان لتطبيق نظام الحد الأقصى للتعريف، ووفقاً للطريقة الأولى، توجد فقط تعريف عامة تُطبق على جميع المستفيدين، يُمكن أن تأخذ في الحسبان اختلاف مراكزهم، وأما وفقاً للطريقة الثانية، فإنه في إطار الحد الأقصى أيضاً، ويُمكن للملتزم أو المستأجر أن يمنح تعريف خاصة لبعض طوائف من المستفيدين الذين تتوافر فيهم خصائص معينة، ويتم ذلك وفقاً لاتفاق يبرم مع كل واحد منهم، وهذا ما يمنح الملتزم أو المستأجر قدراً من الحرية في تنويع التعريف التي يطبّعها، حتى تساير الحاجات المختلفة للمستفيدين، وبالنسبة للعناصر التي تتخذ أساساً لتحديد تعريف الخدمة في عقود تفويض المرفق العام، فيؤخذ في الغالب

١. د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية "القرار الإداري-العقد الإداري"، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١١.

في الحساب مجموعة من العناصر^١، التي يُمكن أن نحددها بمقابل استهلاك رأس المال المستثمر في المرفق والنفقات الإدارية، وريح معقول وغالباً ما يتخذ نسبة مئوية من قيمة رأس المال الموظف^٢.

ويؤخذ في الحساب عند تحديد ثمن الخدمة ثلاثة عناصر: استهلاك الاستثمارات، "تكاليف الاستغلال والصيانة" والريح الذي يحصل عليه المفوض إليه، وعلى هذا الأساس رَفَضَ القضاء الفرنسي إلزام شركات التزام الطرق السريعة بالنفقات التي يتطلبها قيام الشرطة بمهمة الرقابة، وكفالة أمن المستفيدين من المرفق، وذلك لأن هذه الشركات سوف تعكس هذه النفقات على المستفيدين، بينما تمويل مرفق الشرطة إنما يتم من المُكلفين، أي دافعي الضرائب، وليس من المستفيدين من مرفق الطرق، وبالتالي فإن هذه النفقات لا ترتبط بعملية استغلال المرفق، وبالمقابل، فإن القضاء أجاز أن يُلقَى على عاتق ملتزم الطرق السريعة نفقات الرقابة الفنية على المنشآت العامة التي تكون منها المرفق، لأنها ترتبط بعملية الاستغلال^٣، والجدير بالذكر أن المبالغة في تحديد الرسم الذي يفرض على المنتفعين، يؤدي إلى المساس بمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة الذي يُعدّ أحد الأسس الكبرى التي تحكم سير المرفق العام، لذلك فقد حدث اختلاف قضائي وفقهي حول تكييف شرط المقابل المالي في عقد الالتزام، وفيما إذا كان من قبيل الشروط التعاقدية، ويوضع باتفاق الأطراف، أو أنه من قبيل الشروط اللائحية ويوضع بالإرادة المنفردة للإدارة.

1. Ibidum، a، 1132، (13) Ch. Bettinger، op. Cit، p:154.

٢. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٨.

٣. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٨٢.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استقرّ على أن التعريفية يجب تقاضيتها من المنتفعين من خدمات المرفق العام، إنما يُعدّ عنصراً من عناصر تنظيم المرفق العام محلّ الالتزام، تحتفظ جهة الإدارة المتعاقدة بالسيادة عليها، وهو لا يكون محلاً لإطار عقدي ما بين الإدارة المانحة والملتزم، لذلك يجب أن يحدد بالطريق الانفرادي المتجسّد بالقرارات الإدارية^١، وتُمثّل التعريفات التي يتقاضاها المتعاقد (المفوض إليه) من المنتفعين المقابل المالي الذي يحصل عليه، كنتيجة مباشرة لاستثمار المرفق العام.

ج- التشريع المصري: كان قانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ يتضمّن قواعد تتعلّق بتحديد تعريفية الخدمة وطرق تعديلها، والقاعدة المستقرة تقليدياً تقضي أن تقوم الإدارة بنفسها بتحديد التعريفية بعد استشارة المفوض إليه، إلا أن هذه الاستشارة غير ملزمة، ومن ثمّ فهي لا تسبغ الطابع التعاقدي على التعريفية، حيثُ يقرر الفقيه "A. De Laubadère" في هذا الصدد أن موضوع هذه الشروط هو الذي يتخذ أساساً لتحديد طبيعتها، وليس طريقة إعدادها^٢، وتتسم الشروط الخاصة بتحديد تعريفية الخدمة بالطابع المعقد، إذ أنها تحوي عناصر متعددة ومتشابهة، فالتعريفية العامة للأسعار قد تشتمل على عناصر ثابتة وأخرى متغيرة. وتُعني بالعناصر المتغيرة في هذا الصدد الأسعار على ضوء تغير الظروف المتوقعة وغير المتوقعة، وقد تُحدد التعريفية بصورة نهائية، ولكن المتبع أن تحديدها يميل إلى المرونة، إذ تكفي الإدارة في كثير من الأحوال بوضع حد أقصى لسعر تعريفية الخدمة، بحيث لا يجوز للشخص المفوض إليه

1. Ibidum، a، 1132، (13) C. Bettinger، op. Cit، p:154.

٢. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٨.

تجاوزه، ويتم عادة تحديد التعريف المقررة للمتعاقد ضمن عقد الالتزام، وتملك السلطة مانحة التفويض الحرية في وضع قوائم الأسعار، والتي على الملتزم التقيد بها تجاه جمهور المنتفعين من خدمات المرفق، وقد جرت العادة على أن تتولى الإدارة بنفسها تحديد التعريف بعد استشارة الملتزم، وإن كانت الاستشارة لا تسبغ الطابع التعاقدي على الشروط المتصلة بتحديد التعريف.

وذلك بحسب رأي للفقير **"A. De Laubadère"**: "إن موضوع الشروط هو الذي يحدد طبيعتها القانونية بصرف النظر عن طريقة إعدادها"، وقد تُحدد الإدارة التعريف بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم^١.

٢- قيود تحديد التعريف:

أ- قد تُحدد التعريف بصورة قاطعة حينما يتدخل المُشرّع، ويُفرض على المفوض إليه صراحة السعر الذي يتعين عليه أن يقدم به الخدمة للمنتفعين^٢، كما لو حدد سعر الكهرباء أو الغاز...، فحينئذ لا تستطيع الإدارة ولا المفوض إليه الخروج عن نصوص التشريعات المقررة في هذا الصدد، ويمكن أن يمنح المُشرّع هذه العملية بعض المرونة، حيث يضع حدًا أقصى لأرباح الملتزم لا يحق له تجاوزه، هذا ما نصّت عليه المادة الثالثة من القانون المصري رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧: "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام، عشرة في المئة من رأس المال الموظف، والمرخص به من مانح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك المال،

١. قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم (٢٨٩٧٧٦) الشركة الفرنسية للوقود تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٧.

٢. إلا أن إطلاق هذا المبدأ بدأ يخف في فرنسا، إذ تميل الدولة أحياناً إلى ترك الحرية في تحديد الأسعار إلى الملتزم لزيادة الشعور بالمسؤولية، ومن أمثلة ذلك سكك حديد فرنسا وشبكات الطرق؛

د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١٠.

وما زاد من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن عشرة بالمئة، وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة بالمئة من رأس المال، ويُستخدم ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام، أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام^١.

ب- على أطراف العقد مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين عند تطبيق التعريف فيما بينهم في معرض علاقتهم بالمرفق العام محل التفويض، ويمثل هذا المبدأ أحد القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، وتجد تلك القاعدة تطبيقاً لها فيما يتعلق بضرورة التسوية بين المنتفعين عند تطبيق تعريف الرسم ذاتها التي يقرها عقد التفويض ووفقاً لشروط متساوية^٢، إلا أن مبدأ المساواة هذا قد ترد عليه بعض الاستثناءات التي تسمح بتخفيض هذه الرسوم لبعض فئات من الأشخاص أو تعفيهم منها، ويُشترط لصحة هذه الاستثناءات ألا تُمنح لأشخاص بذاتهم، بل لمجموعة تتوافر فيهم شروط معينة، وإذا فلا يقصد

١. المادة (٦٣٦/٢) من القانون المدني السوري تنص على: "ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوي على تخفيض الأجر أو الإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملزم بوجه عام، لكن المساواة تحرم على الملزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين".

٢. المادة (٦٧٠) من القانون المدني المصري، تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري على أن: "إذا كان ملتزم المرافق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجر. لكن يجب ألا يفهم من هذه المادة أن التزام المتعاقد بتحقيق المساواة بين المنتفعين مطلوب فقط في حالة توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للمتعاقد، ذلك لأن مبدأ المساواة يهيمن على المرافق العامة ويجب مراعاته في جميع الأحوال".

بالمساواة بين المنتفعين المساواة المطلقة، إنّما المقصود توحيد المعاملة فيما بينهم متى تماثلت ظروفهم ومراكزهم القانونية، ومن ثمّ يُمكن التمييز في المعاملة إذا اختلفت الظروف والمراكز القانونية.

وبناءً على ذلك يُمكن تغيير التعريف باقتضاء رسوم إضافية حسب نوع الخدمة المقدمة فيما إذا كانت عادية أو مُمتازة أو مُستعجلة.

رابعاً- تعديل تعريف الخدمة:

إذا كان عقد تفويض المرفق العام، يتضمّن قواعد تُنظّم كيفية تعديل تعريف الخدمة، فإن الأطراف في هذه الحالة ملزمون بالتقيّد بالأسس التي حددها العقد^١، وفي حالة الخلاف يكون القاضي الإداري هو المختص بفض الخلاف، من خلال تطبيق الأسس التي وردت في العقد^٢، وبغير هذا الاحتمال لا يملك القاضي الإداري أي سلطة بتعديل التعريف، طالما أن التعريف تدخل ضمن الشروط المتصلة بالمقابل المالي للمتعاقد، والذي لا يُمكن للقاضي المساس به استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويتطبيق هذه القواعد في مجال تعديل تعريف الخدمة.

١- **القضاء الفرنسي:** قرّر مجلس الدولة الفرنسي أن قاضي العقد لا يملك المساس بالشروط المتعلقة بالرسم بهدف تعديل أحكامها، وفي حال نشب خلاف بين الإدارة والمفوض إليه حول زيادة التعريف المقررة في العقد لمواجهة ظروف جديدة فإن قاضي العقد لا يستطيع أن يحلّ محلّها في هذا المجال إلاّ إذا كان عقد الامتياز ينصّ على قواعد تتضمن تغيير التعريف تغييراً تلقائياً

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Société Dezellus" الصادر في ٢٩/٩/٢٠٠٠.

٢. حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Tramways de Saint" الصادر في ٣٠/٦/١٩٣٧.

وفقاً لتغير الظروف المحددة بمقتضى العقد، وأما في حالة خلو العقد من الطرق الخاصة بتعديل تعريفه الخدمة، فإن المفوض إليه في عقد الامتياز وعقد إيجار المرفق العام ليس له أي سلطة في تعديلها بإرادته المنفردة، وإلا قامت بحقه المسؤولية التعاقدية ما يُعرضه لتوقيع الجزاء بحقه^١، وإلا أن هذا الأمر لا يحول من دون أن يكون لهذه المطالبة أي صفة إلزامية بالنسبة للإدارة مانحة التفويض فالإدارة على وفق رأي الفقيه "A. De Laubadère" تتمتع بسلطة تقديرية في قبول طلب المفوض بزيادة تعريفه الخدمة أو رفضه^٢، وهذا الأمر منطقي بحسب رأي قسم من الفقه، لأن التعريفه تتعلق بمصالح المنتفعين بخدمة المرفق العام محل عقد التفويض، إذ إن هيمنة الإدارة على سعر التعريفه يُعدّ أمراً جوهرياً على أساس أن جهة الإدارة هي القوامة على تحقيق النفع العام.

ب- **التشريعات السوري والمصري:** نصّت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ونظيره المصري على الآتي: "...على وجه الخصوص حقها (أي الجهة العامة) في وضع قوائم أسعار المرفق العام وإعادة النظر في قوائم الأسعار وتحديد أرباح الملتزم"، وجاء في المادة (٦٣٧) من القانون المدني السوري والمطابقة للمادة (٦٧١) من القانون المدني المصري: "يكون لتعريفه الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها".

١. د. علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، ١٩٩٢، ص: ٦٥.

٢. د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء السابع، القسم الأول، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص: ٢٨٢.

أي أن كلا التشريعين أضفى على الأتاوة طابعاً تنظيمياً، سواء في إطار العلاقة التعاقدية بين الجهة العامة والمتعاقد، أو بين المتعاقد والمنتهين، لكون الجهة العامة هي من تحددها، ولا يجوز للمفوض إليه أو للمنتهين المساس بها، ولا يملك القاضي الإداري أيضاً إلزام الجهة الإدارية بإجابة المفوض إليه إلى طلبه بزيادة سعر التعريفه^١، إلا أنه يحكم عليها بالتعويض إذا توصل إلى تعسف الإدارة من دون أن تستند إلى أسباب معقولة.

وبالنسبة إلى سلطة الإدارة في تعديل التعريفه، فمن المسلم به أن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع المفوض إليه على زيادة التعريفه لمواجهة ظروف جديدة، ففي حال رغب المتعاقد في رفع مقابل الالتزام وجب عليه أن يخطر الإدارة بهذه الزيادة ومقدارها سلفاً^٢، والإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بشأن قبول طلبات الزيادة المقدمة من المتعاقد، أو رفضها، لكن في بعض الحالات قد يؤدي إصرار الإدارة على الرفض، تعنتاً إلى تقرير خطأ الإدارة وإلزامها بتعويض المتعاقد، وفي حال أخطرها المتعاقد ولم تردّ خلال فترة زمنية معقولة، كان له أن يطبق الزيادة، وهذا لا يضرّ الإدارة حيث إنها تملك الحق في التعديل إذا رأت موجباً لذلك، ولكن في أي حال لا يحق للملتزم أن ينفرد في زيادة التعريفه دون أن يخطر جهة الإدارة بذلك، وإلا جاز للإدارة أن تطالبه برد ما تقاضاه من المنتفعين.

١. المادة (٦٣٧) من القانون المدني السوري والمادة (٦٧١) من القانون المدني المصري والمادة الخامسة من القانون المصري رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧.

٢. حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ste. La fusion des gas" الصادر في ١٩٥٥/١/١٤ مشار إليه عند د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٠٩.

ج- **القضاء المصري:** عالج مجلس الدولة المصري هذه الحالة في فتوى له جاء فيها: "ولما كانت الشركة قد حصلت الزيادة قبل تنبه جهة الإدارة وكانت من المستحيل رد ما حصلت عليه الشركة بزيادة الأجور من المنتفعين إليهم، فإنه لا يكون من سبيل آخر إلا بردها لخزانة الحكومة، على أن يبقى مبلغاً قائماً بذاته تُخصص حصيلة استثماره في تحسين سير المرفق"^١.

أما بالنسبة لسلطة الجهة الإدارية مانحة التفويض في تعديل تعريفه الخدمة مع غياب النصوص التي تُخولها هذه السلطة، فعلى الرغم من أن الاتجاه الغالب في فرنسا يُسلم بالطبيعة اللاتحجية "التنظيمية"، ما يفتح المجال لإعمال سلطة الإدارة في تعديل التعريف بإرادته المنفردة^٢.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اتجه إلى تبني اتجاهاً مخالفاً، مُقرّاً بالطبيعة التعاقدية للشروط الخاصة بتعريفه الخدمة، رافضاً الاعتراف للجهة مانحة التفويض، بتعديل سعر التعريف بإرادتها المنفردة^٣، وبالمقابل يحق للإدارة أن تُعدل الشروط المُتعلّقة بالرسم بشكل منفرد رغماً عن إرادة الملتزم في حال تطلّبت المصلحة العامة ذلك التعديل، إلا أنها لا تستطيع أن تَمسّ المزايا المالية الأخرى "غير الرسوم" المقررة للمفوض إليه بمقتضى العقد، كما لو ضمنت الإدارة حداً أدنى من الربح للمفوض إليه، أو تعهّدت له بسلفة مالية، أو بضمانة لدى بنك من البنوك...^٤.

١. المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري والمادة (٦٧٠) من القانون المدني المصري.

2. A. De Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, op. cit, p:394.

٣. د. محمد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقها، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥١.

٤. فتوى مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٥/١٢/١٩٥٦.

وفي فرنسا أيضاً فإن مقابل عبور منشآت الطرق والجسور المحليّة يتمّ تحديدها بقرار من المجلس البلدي، إذ يُحدد القرار تعريفه الأتاوة، وكيفية تطبيقها، غير أن الشائع هو أن تحديد التعريف بشكل مرن يُعهد للمفوض إليه بنصيب في المبادرة في تحديد سعر الأتاوة، يتمّ ذلك عادة بتحديد حد أقصى للتعريف، فيقتصر الاتفاق على وضع حد أقصى، بحيث يُترك للملتزم أو المستأجر تحديد التعريف في إطار هذا الحد الأقصى دون الرجوع إلى السلطة المفوضة^١، إلا إذا كان هناك نص صريح في الاتفاق بخلاف ذلك، ويحدث أحياناً أن تترك للمفوض إليه حرية واسعة في تحديد التعريف، ويجب أن يرد نص في القانون على ذلك.

د- التشريع الفرنسي: من التطبيقات أن قانون الميزانية الصادر في ٢٤ ديسمبر ١٩٦٩ في فرنسا نصّ على حرية شركات التزام الطرق السريعة في تحديد التعريف لمدة عشر سنوات، مع منح حماية خاصة لبعض طوائف المركبات، وقد تكون هذه الحرية الواسعة في تحديد التعريف راجعة إلى اتفاقية دولية، كما هو الحال في امتياز "نفق المانش"، ويُنظم عقد التفويض كيفية تعديل التعريف، وقد يتمّ التعديل بإرادة السلطة المفوضة وحدها، وقد يكون التعديل اتفاقياً وفقاً لشروط قد تكون شروط بمراجعة التعريف، وقد تكون شروط خاصة بربط التعريف بمؤشرات اقتصادية يُحيل إليها أطراف العقد النظر في التعريف، ويُطلق عليها **les clauses de revision**، أما الشروط الثانية، فهي تسمح للمتعاقد بصورة آلية برفع التعريف وفقاً للمؤشرات التي تم الاتفاق عليها، ويُطلق عليها **les clauses de variation ou d indexatio**.

١. د. علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٠.

القاعدة العامة هي أنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يُعدّل من شروط العقد التي تم الاتفاق عليها بحرية، وهذا المبدأ يُطبّق على الشروط الخاصة بالتعريف، فلا يجوز للقاضي أن يعدّلها أيضاً، ولا يجوز للمتعاقد أن يقوم بتعديل التعريف من تلقاء نفسه، ما لم يرد نص صريح في العقد، وإلا فإنه يكون محلاً لتوقيع جزاءات.

وبالنتيجة يُمكن القول: إن مراعاة الإدارة لحق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي لئن كان يُشكّل قيّداً على الغير، إلّا أنه بالمقابل يعود بالفائدة على المتعاقد والإدارة معاً، بعدم مراعاة الإدارة لحقوق المتعاقد معها وخصوصاً المالية سوف يؤدي إلى إحجام الأفراد عن التعاقد معها، وإلحاق الضرر بالمرافق العامة، فالمتعاقد تاجر، وهو يسعى إلى الربح المقابل لرأس ماله المستغل في المرفق، والإدارة لا تضمن له حقوقه المالية فقط، بل تمنحه حقوقاً أخرى لتضمن فيها التنفيذ السليم من جانبه، كاستثنائه باستعمال المال العام^٢.

خامساً - كيفية تحصيل الأتاوة من المستفيدين من المرفق العام:

إن تحصيل الأتاوة من المستفيدين من المرفق العام يثير عدة نقاط، فمن ناحية، قد يكون التحصيل مباشراً أو غير مباشر، فيمكن أن يتم التحصيل بواسطة العاملين التابعين للمفوض إليه، وبالمقابل، فإن المفوض إليه قد يعهد إلى شخص آخر بالتحصيل، فقد يُبرم المفوض إليه "وكالة مالية" مع مفوض إليه آخر، وعلى سبيل المثال، فإن التطهير "Assainisseent"، يتكوّن

1. A. De Laubadère, op. Cit, p:11.

2. C. E. 30 avril 1948, Ville de Nantes, Rec, p:189.

من عدة عمليات مختلفة مثل الجمع "Collect"، والتكرير أو التصفية "Eputation" والنقل "Transport"، وكل من هذه العمليات تُشكّل مرفقاً عاماً، ويُمكن أن تكون الأتاوة الخاصة بالتنظيف شاملة لجميع هذه العمليات إذا ما كان المفوض إليه واحداً، غير أنّه إذا اختلف المفوض إليه، فيمكن لأحدهم أن يتلقّى أيضاً جزء الأتاوة الخاص بعملية أخرى لحساب المفوض إليه لهذه العملية، بالإضافة إلى جزء الأتاوة المقرر لحسابه هو شخصياً¹. ومن ناحية ثانية، يتمّ الدفع سواء وفقاً لنظام الوحدة أو الاشتراك بالأساليب المبرّنة للذمة، مثل النقود أو الشبكات أو بطاقات الائتمان، ويجوز أن يتمّ الدفع بعد أو قبل أداء الأتاوة.

ومن ناحية أخيرة، لا يملك المفوض إليه، في سبيل تحصيل الأتاوة، إلّا إتباع أساليب القانون الخاص، ولا يتمتع بأي امتياز، ويجب عليه في حالة رفض بعض المستفيدين دفع الثمن أن يلجأ للقضاء لإجبارهم على الدفع.

ويتضح مما تقدم أنّه لا يُمكن عدّ تقاضي الملتزم أو المستأجر مقابل أداء الخدمة من المستفيدين امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، لأن هذا المقابل ليس سوى مُجرّد ثمن الخدمة، ولا يتمتع المفوض إليه بأي امتياز في تحصيله، غير أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الامتيازات الأخرى وإن كانت أهميتها ليست كبيرة خلافاً للاعتقاد الشائع.

1. L. Richer، Remarques sur les entreprises privées de service public، precite، p:109.

الفرع الثاني

الامتيازات التي تقدمها السلطة الإدارية مانحة التفويض

يتحمّل المفوض إليه، ولاسيّما في عقود الامتياز، وعقود إيجار المرافق العامة، تكاليف باهظة في سبيل إنشاء المرفق وإدارته، مثل التكاليف التي تتكبّدها شركات توليد ونقل الطاقة الكهربائية لإنشاء محطة توليد الطاقة ولمد الأنابيب تحت الأرض لتوصيل التيار الكهربائي إلى آلاف المشتركين^١، ولذلك تقرر الإدارة مانحة التفويض للمفوض إليه بعض الامتيازات^٢.

أولاً- توفير الحماية من المنافسة:

يُحوّل شرط عدم المنافسة المتعاقد حق منع غيره من الأشخاص من ممارسة ذات النشاط الذي يمارسه.

١- شرط عدم المنافسة في عقود "B.O.T": شرط عدم المنافسة يُمكن أن يردّ في جميع العقود الإدارية، إلّا أننا يُمكن أن نجده بصورة واضحة في عقود "B.O.T"، حيثُ تتجسّد التزامات الإدارة المتعاقدة بالموافقة على عدم توقيع عقود مع شركات أخرى بشأن المجال ذاته، ومن شأنها أن تحرم شركة المشروع من الاحتكار، ويتقرر هذا الحق للمتعاقد مع الإدارة كونه معاون لها في تسيير وإدارة المرفق العام، ولارتباطه بالعقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام اتصالاً وثيقاً، والذي يهدف لإشباع حاجات الجمهور.

١. د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٣٩، ص: ٤٥٣.

٢. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، نظرية المرافق العامة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، ١٩٥٧، ص: ٢٧٣.

أ- **الاحتكار التعاقدي:** نجد أن شرط عدم المنافسة يندرج تحت نوع من الاحتكار يُدعى الاحتكار التعاقدي الذي ينتج عنه ميزة لا يستهان بها لصالح الملتزم، حيثُ تمكّنه في ذلك الوقت أن يستغل المشروع الخاص على امتيازهِ، وهو بمأمن من منافسة الشركات الأخرى.

وبالرغم من أن هذا النوع من الاحتكار ليس له قوة الاحتكار القانوني الذي بموجبه يتم منع الأفراد حتى من الحصول على الخدمات المنصوص عليها في عقد الالتزام من غير الملتزم، في حين يقتصر الاحتكار التعاقدي على تعهّد الإدارة مانحة الالتزام بعدم منح امتياز مماثل لشركة منافسة^١.

إلاّ أنّه يبقى امتيازاً للملتزم يستخدمه في مواجهة الغير، بالتالي يُشكّل قيّداً على حرية المنافسة، وتتجسّد مِيزة عدم المنافسة التي تمنح للمفوّض إليه في عقود تفويض المرفق العام، من خلال منح المفوّض إليه الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع عقد التفويض.

ب- **الاحتكار القانوني:** والاحتكار قد يكون قانونياً بأن يُصرّح به المُشرّع، ولكن هذا التصريح لا يكفي وحده لتمتع المفوّض إليه بميزة عدم المنافسة، وإنّما لأبداً من أن ينصّ في عقد التفويض على منح هذا الحق للمفوّض إليه، ومن التطبيقات الاحتكار القانوني، الاحتكار الممنوح لشركة "كهرباء وغاز فرنسا"، إذ منحه القانون حقاً حصرياً بالنسبة لمرفقي إنتاج وتوزيع ونقل الغاز والكهرباء، ولا يتحدد تحقيق الحماية للمفوّض إليه من المنافسة بحالة إقرار المُشرّع لها فقط، وإنّما يُمكن أن تتحقق من خلال وسائل أخرى، لأن معظم

١. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩،

المرافق التي تُدار بطريقة الامتياز أو عقد إيجار المرفق العام تَتطلَّب تراخيص لشغل الدومين العام، كمرفق المياه والكهرباء والاتصالات وغيرها، وهذا يَتطلَّب صدور إذن من الإدارة لاستعمال الأموال العامة، مثل مد أنابيب المياه واستخدام الأرصفة والشوارع العامة لتوصيل خطوط الطاقة الكهربائية^١، وفي هذه الحالة يُمكن للإدارة أن تتعهد للمفوض إليه بعدم منح تراخيص بشغل الدومين العام للمشروعات الخاصة المماثلة له في النشاط، وهو الأمر الذي يحقق له الحماية من المنافسة من دون الحاجة إلى وجوب تصريح قانوني خاص بمنح الاحتكار.

٢- **تطبيق شرط عدم المنافسة:** تُثار بصدد الحماية من المنافسة بعض التساؤلات المُتعلِّقة بمدى حق المفوض إليه بالمطالبة بهذا الامتياز في حالة عدم النصّ عليه في عقد التفويض، أو دفتّر الشروط من ناحية، ومدى إمكانية خروج الإدارة على شرط عدم المنافسة في حالة تغيّر الظروف وتطلب المصلحة العامة ذلك، كما في حالة حصول تطوّرات تقنية، فبالنسبة للحالة الأولى والمُتعلِّقة بحق المفوض إليه بالمطالبة بتوفير الحماية من المنافسة على الرغم من عدم النصّ في العقد.

بناءً على ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد مر بمرحلتين، إذ رفض في البداية الحكم بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بإحدى الشركات صاحبة الامتياز لموقف السيارات جرّاء عدم كفاية التدابير المتخذة من جانبها لحمايتها من المنافسة الناتجة عن وجود مواقف أخرى، معللاً قراره بأن العقد لم

١. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩١، ص: ٣٧٤.

يَنْصَحُ على التزام الإدارة بضمان الحماية من المنافسة "Cie Des" ومن ثمّ فهي غير مسؤولة لعدم مخالفتها التزاماتها التعاقدية، وإن المجلس عادَ وتبنّى في مرحلة لاحقة موقفاً مغايراً في قضية "Tramweas De Cherbourg" إذ عدّ فيها أن حماية المفوض إليه من المنافسة يُشكّل التزاماً على الإدارة، حتى لو لم ينصّ على ذلك صراحة في دفاتر الشروط^١.

أما بالنسبة لحالة خروج الإدارة على شرط توفير المنافسة المنصوص عليه في عقد التفويض، فالمسألة قد أثّرت في فرنسا بخصوص اتفاقية امتياز إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية، ومَرَّ قضاء مجلس الدولة بمرحلتين مختلفتين: أ- **المرحلة الأولى:** تميّزت هذه المرحلة بتشدده في تفسير أحكام اتفاقيات الامتياز الخاصة باحتكار المفوض إليه لممارسة النشاط ضمن منطقة الامتياز مهما كان التقدم العلمي والتقني، إذ يجب على الإدارة احترام هذه الأحكام بصورة كاملة وتامة.

ب- **المرحلة الثانية:** عدّل المجلس فيها جزئياً عن موقفه السابق وقرّر أنّه يجب على الإدارة المتعاقدة إخطار المفوض إليه بضرورة تطوير وتحسين ظروف استغلال المرفق العام استجابة للتقدم التقني عن طريق إحلال أجهزة فنيّة متقدمة ومتطورة محل الأجهزة القديمة، إذا كانت تؤدي إلى تحسين خدمة المرفق بشكل أفضل، فإذا ما رفض الاستجابة لطلب الإدارة وامتنع عن تنفيذ طلبات الإدارة ورغباتها أو تباطأ في الاستجابة لها، فلها أن تسترد حريتها لعقد اتفاقية امتياز جديدة، أو منح ترخيص لأحد الأشخاص لممارسة النشاط ذاته في منطقة الامتياز، وشرط عدم المنافسة ليس هو الامتياز الوحيد الذي يتحرر به المتعاقد من بعض الأعباء والحقوق العامة، فهناك شرط الإعفاء الضريبي

١. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٣.

الذي يُمنح للمتعاقد، تحقيقاً لأهداف اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية، أو وطنية، تتوخاها الإدارة من وراء هذا الإعفاء.

ثانياً- شرط الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم:

إن تنفيذ الأهداف التي تسعى الدولة الحديثة إلى تحقيقها يرتبط ارتباطاً مباشراً في الحصول على الواردات اللازمة لذلك، وإذا كان أمام الدولة طرق متعددة للحصول على تلك الواردات، إلا أن الضريبة تبقى الوسيلة الوحيدة بل الضرورية لتحقيق أهداف الدولة ونموها، وهذا ما أكد عليه تاريخ المؤسسات المالية، حيث وجدت فيها الترياق الناجع لتقوية دعائم بنائها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي^١.

١- في فرنسا: راعى مجلس الدولة الفرنسي مثل هذه الشروط في عقود الإدارة، وكان له في هذا المجال عدة قرارات، حيث سمح للإدارة مانهة الالتزام بموجبها أن تمنح المُلتزم إعفاء من بعض أنواع الضرائب، بصفة دائمة أو لفترة محدودة^٢.

٢- في مصر: سار المُشرع المصري على نهج المُشرع الفرنسي، فسمح للإدارة إدراج شرط الإعفاء الضريبي في بعض عقودها تحقيقاً للمصلحة العامة^٣.

١. أجاز المُشرع الفرنسي للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من بعض أنواع الضرائب، وذلك بصفة دائمة أو لفترة محدودة في العقد عن طريق النص على شرط الإعفاء طالما أن الإدارة تبتغي من وراء ذلك تحقيق النفع العام.

٢. حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٩/٤/٢٨ في قضية "chemins de fer de l'ouest des Comp" وحكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية "كازوتيه" تاريخ ١٩٦٢/٧/٢.

٣. المادة الرابعة من القانون رقم (٢) لعام ١٩٩٧، قانون الإعفاء الضريبي المصري والتي منحت بموجبها شركات البحث والتقيب عن البترول إعفاء من الضرائب. وفتوى رقم (٨٠٩) تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٧ جلسة ١٩٩٤/١١/١٦. مشار إليها عند المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص: ١٧٤٠.

٣- في سورية: أقرَّ المُشرِّع بحق الإدارة في منح المتعاقد معها في العقود الخارجية بعض الإعفاءات الضريبية^١، وإن التعليمات الصادرة عن وزارة المالية أهابت بجميع الإدارات التي تنوي التعاقد في العقود الخارجية، أن تتحمَّل عبء الضرائب والرسوم أن تنصَّ على ذلك صراحة في الإعلان عن المناقصة، وفي دَفتر الشروط الخاصة^٢.

وسمَّح مجلس الدولة السوري من جهته أيضاً^٣ للإدارة بإدراج شرط يعفي المتعاقد من الضرائب في حال وافقت الإدارة على تحمُّل عبئها^٤.

١. المادة (٧٢) من قانون العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

٢. تعليمات وزارة المالية حول القانون الخاص بنظام العقود للجهات العامة، البلاغ رقم (١/ب.٩٤) تاريخ ٢٠٠٥/١/٢.

٣. جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية: "اتِّفاق الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد على جعل الالتزام بترتيب الضريبة على عاتق أحدهما هو أمر واجب اعتماده لأن العقد شريعة المتعاقدين"، حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٢٩٧) في القضية رقم (٢١٧١) تاريخ ٢٠٠٥/٨/٢٢ منشور في مجلة "المحامون" العدد (٢٠١) لعام ٢٠٠٦، ص: ١٦٦.

٤. المرسوم التشريعي رقم (١٠) لعام ١٩٩١ والمُعدَّل بالمرسوم التشريعي رقم (٧) تاريخ ٢٠٠٥/٥/١٣ والمُعدَّل بالمرسوم التشريعي رقم (٨) تاريخ ٢٠٠٧/١/٢٧ القاضي بتوفير الحماية للأموال المستثمرة في الجمهورية العربية السورية، وتشجيع المستثمرين بمنحهم العديد من الإعفاءات والمزايا والتسهيلات، وكذلك المرسوم رقم (١٨) لعام ١٩٧١ والمرسوم رقم (٨٤) لعام ١٩٧٢ القاضي بالسماح للسوريين والأجانب بالاستثمار بالمناطق الحرة، وقد أَعفَى المُشرِّع المستثمرين في هذه المناطق من الضرائب والرسوم الجمركية والبلدية والصحية كافة. أيضاً القرار رقم (١٨٦) لعام ١٩٨٥ القاضي بإعفاء المنشآت السياحية من جميع الضرائب والرسوم الجمركية، كذلك إعفاؤها من (٥٠%) من الأرباح الصافية من ضريبة الدخل بشكل دائم مهما كانت صفة المالك أو المستثمر.

وذلك على فرض أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الإعفاءات الضريبية، وإن كانت تستهدف اجتذاب رؤوس الأموال الخارجية في الاستثمارات الوطنية، إلا أنها بالمقابل تُخفّض حَصيلة الضرائب، وتؤثر على تمويل الإنفاق العام، بالإضافة إلى تأثيرها السلبي على رؤوس الأموال الداخلية في حال لم تُطبّق على مشروعات الاستثمار الوطنية أيضاً، حيثُ سَيَسعى أصحاب رؤوس هذه الأموال للبحث عن دول في الخارج تمنحهم إعفاءات مماثلة، لذلك ولزيادة حجم الاستثمار أصدرت الدولة العديد من المراسيم التي شجعت على الاستثمار، وقدمت المزايا والحوافز للمستثمرين.

ثالثاً- تَمَتّع المفوّض إليه ببعض التسهيلات المالية:

نظراً لضخامة المهمة التي تُوكل للمفوّض إليه في عقود التفويض، ولاسيّما إذا كان يقع عليه عبء إقامة المرفق وإدارته فإن الإدارة قد تُقدّم له بعض التسهيلات المالية، ومن ذلك تقديم القروض له على أن يُسددها على دفعات، أو منحه دفعات مالية على شكل إعانات غير قابلة للرد، وقد تتمثّل المساعدات التي تُقدّمها الإدارة بضمانها للقروض التي يحصل عليها المفوّض إليه من البنوك^١.

وقد تقوم الإدارة بتوفير الأراضي اللازمة لإقامة المرفق، أو تضمّن له حداً أدنى من الربح^٢، ومن المزايا التي يُمكن أن يحصل عليها المتعاقد تَمَنُّعه بالإعفاء من بعض أنواع الضرائب، بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد^٣.

١. د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص: ١٠٦.

٢. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧١.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٧٧.

ومن الجدير بالإشارة أن النصوص المقررة للامتيازات المقررة للمفوض إليه المذكورة سلفاً هي نصوص تعاقدية، ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية مانحة التفويض إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها بإرادتها المنفردة، وإلا تترتب على ذلك قيام مسؤوليتها الموجبة لتعويض المفوض إليه، أما إذا كانت المزايا الممنوحة "كلها أو بعضها" جوهرية، بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق من دونها، كان للمفوض إليه حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض.

رابعاً- تسهيلات المفوض إليه لاستعمال المال العام:

١- نزع الملكية للمنفعة العامة "الاستملاك"^١:

يَجِب التمييز بين الأملاك العامة المخصصة لاستعمال الجمهور^٢،

١. إن الإدارة تحتاج إما بشكل مؤقت أو بشكل دائم إلى عقارات مملوكة لأفراد، وتكون ضرورية لاحتياجات المرافق العامة والمشروعات ذات النفع العام. بداية تحاول الإدارة الحصول على هذه العقارات رضائياً، عن طريق شرائها أو استئجارها، إلا أن الطريق الرضائي قد لا يفلح دوماً، إذ يرفض الملاك في الغالب التنازل عن أموالهم تفضيلاً لمصلحتهم الشخصية على المصلحة العامة، ما يؤدي بالتالي إلى تعطيل تنفيذ المشروعات العامة التي تزعم الإدارة القيام بها لإشباع الحاجات العامة، هذا الأمر أجبر القوانين على السماح للإدارة باللجوء إلى الأسلوب الجبري حتى لا تضيق المصلحة العامة، وتضار المرافق العامة، وذلك بإحدى طريقتين: إما الاستملاك أو الاستيلاء، وواضح أن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت بمقتضى قرار إداري يمثلان امتيازاً مهماً من امتيازات السلطة العامة في القانون العام لا مقابل له في القانون الخاص. فإذا كانت حاجة الإدارة للعقار بصورة دائمة، أجاز لها المشرع أن تنزع ملكيته جبراً مع تعويض المالك تعويضاً عادلاً. أما إذا كانت حاجتها للعقار مؤقتة فهنا يكون لها الاستيلاء عليه مؤقتاً أيضاً مع التعويض العادل.

2. René Chapus، Droit administratif général، T1، op. cit، p:607.

والأمالك العامة المخصصة أصلاً لنشاط المرفق: ذلك أن المفوض إليه يتمتع بحق الاستغلال لهذه الأموال، لإنجاز نشاط المرفق العام، ولأجل ذلك تُعدّ الأشغال الضرورية لغرض استغلال المرفق أشغالاً عامة يتمتع بموجبها بالامتيازات كافة التي تترتب على قيام هذه الصفة^١، إلا أن الامتيازات التي تُحوّل للمفوض إليه بصدد الأملاك العامة المخصصة لنشاط المرفق، لا تُرتب تملكها، إذ تبقى هذه الأملاك مملوكة للدولة وليس للمفوض إليه سوى حق حصري ومّانع باستعمالها.

وبالنسبة إلى الأملاك العامة المخصصة للجمهور فإن إنجاز نشاط المرفق العام غالباً ما يتطلب تقرير حق المفوض إليه في استعمال الأملاك المخصصة لاستعمال الجمهور، كالأرصعة والشوارع، فنقل أسلاك الطاقة الكهربائية أو إمدادات المياه يتطلب حتماً المرور من خلال أملاك عامة مخصصة لاستعمال جمهور الأفراد^٢، ولا تقتصر امتيازات المفوض إليه على الأملاك العامة، إنما تتجاوزها إلى الأملاك الخاصة للأفراد، حيث يجوز للمشرّع أن يعهد للإدارة صفة "المستفيد من نزع الملكية"، أي يكون له الحق في طلب نزع الملكية، فيُحوّل في سبيل إنجاز نشاط المرفق العام الحق في نزع الملكية الخاصة للأفراد، ومن التطبيقات في فرنسا القانون الصادر في (٨) أغسطس ١٩٣٥ بشأن مشروعات التزام الأشغال العامة، وقانون (٢٨) مارس ١٩٥٨ بشأن مشروعات نقل البترول في خطوط الأنابيب.

١. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص: ٤٥٢.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٧٧.

وقد خَوَّلَ المُشَرِّعُ إلى هذه المشروعات أن تَطْلُبَ تحريك إجراءات نزع الملكية، وهذا يُمَثِّلُ أحد مكونات حق نزع الملكية الذي يُعَدُّ امتيازاً للسلطة العامة، ومن الطبيعي أن مَنَحَ الإدارة سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة، لا يكون لحسابه بل لحساب الإدارة التي منحتهُ التفويض، ومن ثَمَّ تَعُودُ هذه العقارات التي كانت موضوعاً لنزع الملكية إلى الإدارة عند انتهاء عقد التفويض، وإن القضاء اعترف أيضاً لجهات خاصة، حتى دون نصٍّ خاص، أن تَطْلُبَ تحريك إجراءات نزع الملكية، وقد استخلص الفقه من هذا القضاء أَنَّهُ يَجُوزُ لكل جهة أو هيئة خاصة، تقوم بإدارة مرفق عام أن تُتَابِعَ إجراءات نزع الملكية، حتى ولو لم يُعْهَدَ لها في القانون بهذا الحق^١.

وتطبيقاتاً لهذه القاعدة أيضاً فإن هذا الحق يَثْبُتُ لملتزم المرفق العام، حتى ولو لم يكن في نفس الوقت ملتزم أشغال عامة؛ بل إن هذا الحق يَثْبُتُ أيضاً لكل المشروعات الخاصة التي تقوم بإدارة مرفق عام، ولا يُمَثِّلُ الاعتراف بهذا الحق للمشروعات الخاصة بإدارة مرافق عامة أي اعتداء على الملكية الخاصة^٢، لأن هذه المشروعات لا تَمْلِكُ "سلطة نزع الملكية"، ولكن فقط "الحق في طلب نزع الملكية"^٣، وهذا ما يبرر عدم ضرورة وجود إذن صريح من المُشَرِّع.

1. René Chapus، Droit administratif général. T. 11، p:758.

٢. أجاز مجلس الدولة الفرنسي أن يتم نزع الملكية لمنفعة مشروع خاص يسهم في تنمية الاقتصاد الاقليمي، فكل من المنفعة العامة والمنفعة الخاصة لا تستبعد إحداها الأخرى بالضرورة. مذكور لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص:١٦١.

٣. د. مصطفى البارودي، الوجيز في الحقوق الإدارية، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٦، ص:٥٠٦.

٢- الاستيلاء المؤقت على العقارات:

هذه الصفة المؤقتة تميّزه عن نزع الملكية.

أ- يُعرّف الاستيلاء المؤقت: بأنّه تدبير مؤقت تلجأ إليه الإدارة في الأحوال التي بينها القانون، وتُحصل بموجبه على حق الانتفاع بالمال الخاص دون المساس بحق الملكية لغرض يتعلّق بالصالح العام لقاء تعويض المالك تعويضاً عادلاً الذي يبقى محتفظاً بملكيتِه، ولكن يحرم من استعمال عقاره مؤقتاً أثناء فترة الاستيلاء^١، ونظراً لأن الاستيلاء مؤقت بطبيعته، فإن الإدارة يجب أن تُحدد مُدة مؤقتة، والمُشرّع وضع حداً أقصى لهذه المُدة لا يجوز للإدارة أن تتعداها، وهي مُدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلي للعقار^٢، وإذا حددت الإدارة مُدة أقصر من ذلك عندها يجوز لها أن تجدد المُدة طالما أن السبب المبرر للاستيلاء ما زال قائماً بشرط ألا تتعدى مُدّته ثلاث سنوات، وإلا فإنّه يكون من حق المالك أن يطالب بانقضاء الاستيلاء واسترداد أملاكه ما لم يحصل نزع ملكية للمنفعة العامة.

١. قد أوضحت وزارة العدل في كتابها الموجه إلى وزارة المالية برقم (٨١٦٢) تاريخ ١٩٨٦/٦/٤ أن المقصود بالاستيلاء هنا ليس نزع ملكية الشخص صاحب المال المستولى عليه، بل القصد منه وضع اليد بصورة مؤقتة عليه، لأن الضرورة اقتضت ذلك، مجلة القانون العام، العدد الأول، لعام ١٩٦٩، ص: ٦ و ٧.

٢. راجع المادة (١٦) من القانون المصري رقم (١٠) لعام ١٩٩٠: "ومن الجدير بالذكر أن مُدة الاستيلاء المؤقت في فرنسا خمس سنوات لكن يمكن أن يمتد إلى عشر سنوات، وذلك من أجل تنفيذ المشروعات التي تمت الموافقة عليها في تخطيط المدن، ويتم التمديد بمرسوم من مجلس الدولة"، راجع المادة (٥/١١) من قانون الاستملاك رقم (١٧٦) لعام ٢٠٠٢، أما المُشرّع السوري فلم يتطرّق بموجب قانون الطوارئ رقم (٥١) لعام ١٩٦٢ والمُعَدّل بالمرسوم رقم (١) لعام ١٩٦٣ لمُدة الاستيلاء.

ب- شروط اللجوء إلى الاستيلاء المؤقت:

(١) حالة الاستعجال أو حالة الطوارئ: يجوز في حال حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء وفي سائر الأحوال الطارئة والمستعجلة^١، وفي كل ظرف يتوافر فيه وصف الضرورة أو الاستعجال^٢.

(٢) حالة ما إذا كان العقار المستولى عليه لازماً لخدمة مشروع ذي نفع عام^٣: كالاستيلاء على أرض مملوكة لأحد الأفراد لاستخدامها في إعداد مواد البناء اللازمة لإتمام مباني أحد المرافق العامة^٤، أو كمخزن لهذه المواد خلال فترة البناء^٥.

ج- إجراءات الاستيلاء المؤقت: على خلاف الإجراءات الطويلة والصعبة

١. راجع المادة (١٥/٤) و(١٥/٦) من قانون الاستملاك الفرنسي رقم (٢٧٦) عام ٢٠٠٢، راجع كذلك المادة (١٥) من القانون المصري رقم (١٠) عام ١٩٩٠.

٢. انظر المادة الرابعة من المرسوم التشريعي السوري رقم (٥١) تاريخ ١٢/٢٢/١٩٦٢، قرار المحكمة الإدارية العليا السوري رقم (٩٥) في الطعن رقم (١٣٦) لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في عام ١٩٧٢، ص: ٤٣-٤٥؛ د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص: ٣١٨.

٣. وهذه الحالة انفرد المشرع الفرنسي في النص عليها بموجب المادة (٩/١٥) من قانون الاستملاك تاريخ ١٤/٤/١٩٧٧ المعدلة بالقانون رقم (٥٥) عام ١٩٨٩؛ المستشار أنور طلبية، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص: ١٢٥.

4 . René Chapus، Droit administratif général، T1، op. cit، p:626.

٥. المادة (١٥) من القانون المصري رقم (١٠) عام ١٩٩٠، والمادة (٤) من المرسوم رقم (٥١) لعام ١٩٦٢.

التي تَتميّز بها إجراءات نزع الملكية، فإن إجراءات الاستيلاء المؤقت تَتميّز بالبساطة والسرعة، وعدم التعقيد، إذ يكفي في الاستيلاء المؤقت أن يقوم مندوبو الجهة المختصة بإثبات وصف العقارات ومساحتها فإذا انتهت الإدارة المختصة من ذلك كان لها أن تستولي على العقار دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات أخرى^١، وهذا الحق "الاستيلاء المؤقت" مقرر للإدارة طالبة الاستيلاء فقط إلا أن الوضع في فرنسا يجري على قيام الإدارة في بعض الأحيان عند إبرام عقود الأشغال العامة على منح المتعاقد معها حق الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات التي يحتاج إليها أثناء تنفيذ العقد، كتحويل المتعاقد مع الإدارة سلطة الاستيلاء على قطعة أرض مجاورة، لكي يضع المقاول فيها الآلات والمعدات اللازمة للعمل.

ويُلاحظ في هذا الصدد أن المُشرّع لم يَنصّ على حق المتعاقد مع الإدارة في مباشرة الاستيلاء المؤقت، لذلك يَتعيّن على الإدارة أن تُباشِر هذا الحق في الحدود التي رسمها القانون ووفقاً لقواعد الاختصاص، ولكن يجوز للإدارة توكيل المتعاقد معها في مباشرة ذلك الحق وفقاً لقواعد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني إذا أرادت ذلك^٢، ومن ثمّ يكون للمتعاقد مع الإدارة ممارسة هذه السلطة بما تَقْرُضُهُ من أعباء والتزامات على الغير، وقد يُحوّل المفوض إليه أيضاً حق الاستيلاء والإشغال المؤقت على الأملاك

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "بيلابيف" التي يجيزه العقد بإشغال مؤقت على العقارات، تاريخ ١٩٣٠/٧/٢٧. مشار إليه عند د. عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، الطبعة الأولى، دار الأنوار، دمشق، ١٩٨٣، ص: ٢٧٦.

٢. د. عاطف محمود البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص: ٥١٢.

الخاصة، والقانون هو الذي يُحدد الجهات والهيئات التي تستفيد من هذه الامتيازات، وإن الاستملاك يتمّ لحساب الجهة العامة وعن طريقها وليس لحساب المفوض إليه.

خامساً- امتياز إصدار قرارات إدارية لتنظيم المرفق العام:

استقرّ القضاء في فرنسا على أن هيئات خاصة يُمكن أن تصدر قرارات إدارية، ومن الملاحظ أن أحكام مجلس الدولة التي اعترفت بهذه السلطة كانت تتعلّق بهيئات خاصة، لا يُصدق عليها وصف "المشروع"، لكنها توصف بأنها "هيئة خاصة"، وهذه الهيئات تُمارس نشاطاً يُعدّ مرفقاً عاماً، ومن هذه الهيئات على سبيل المثال صندوق التأمينات الاجتماعية، النقابات المهنية، الجمعيات، وفي بعض الأحيان اعترف القضاء لأشخاص معنوية للقانون الخاص تقوم باستغلال مشروعها بسلطة إصدار قرارات، إلّا أن الأمر كان يتعلّق بمشروعات عامة، ومن هذه المشروعات: الخطوط الجوية الفرنسية، والإدارة العقارية لمدينة باريس¹.

فهل مؤدى ذلك أن المشروعات الخاصة أن تصدر قرارات تنظيمية

بإدارة مرفق عامة لا يجوز لها أن تصدر قرارات إدارية؟

لا نعتقد ذلك، لأن الاعتراف بسلطة إصدار قرارات إدارية يرتبط بفكرة أساسية هي تنفيذ مرفق عام، وهذه الفكرة تنطبق تماماً على هذه المشروعات، ويؤيد ذلك حكم لمجلس الدولة الفرنسي بشأن قرار صادر عن جمعية زراعية مكلفة بإدارة مرفق عام إداري هو نقل التلاميذ للمدارس، فقد قرر المجلس:

1. C. E. 31 mars 1995، Desauay، AJDA، 1995، p:562 concl .J .Arrighi de Casanova.

"مشروعية القرارات الصادرة من جانب الجمعية التي كان يقع عليها بالضرورة اتخاذها من أجل تنظيم وتسيير هذا المرفق، وذلك في إطار الشروط العامة الواردة في قرار المحافظ".

وصحيح أن هذا الحكم يتعلّق بإحدى الجمعيات التي تدير مرفقاً إدارياً، غير أن صفة المرفق هنا فيما يبدو لم تكن أمراً أساسياً للاعتراف بسلطة إصدار قرار من هيئات خاصة، وبالتالي فإن كل قرار يتعلّق بتنظيم مرفق عام، سواء كان إدارياً أو تجارياً أو صناعياً، يُعدّ قراراً إدارياً، فطبيعة المرفق ليس عاملاً مؤثراً، كما أن الشخص القائم بالإدارة يستوي أن يكون جمعية أو مشروعاً خاصاً.

ومن الملاحظ أن أهمية الحكم المتقدم تبدو في الاعتراف لشخص خاص بسلطة لائحية لتنظيم المرفق، حتى خارج وجود إذن وارد في نصّ خاص، بينما كان هذا الإذن منصوصاً عنه لمصلحة مجلس إدارة الخطوط الجوية الفرنسية في قضية "**Barbier**"، ويترتب على الاعتراف بسلطة إصدار القرارات الإدارية في الحالة التي نحن بصدها عدة نتائج منها: أن يكون لهذه القرارات قوة تنفيذية، وأن تخضع لمبدأ المشروعية واختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بها، غير أن سلطة المفوض إليه في إصدار قرارات إدارية مقيّدة من أكثر من ناحية:

١- **فمن ناحية:** فإن السلطة المفوضة لا يجوز لها النزول عن سلطة تنظيم المرفق العام، وبناءً على ذلك نصّت المادة الخامسة من قانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ المتعلّق بالتزام المرافق العامة في مصر على أنّه: "لمنح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله".

وإن السلطة العامة ما يزال لها دور في مواجهة المرفق محلّ التفويض، وإذا اختفى هذا الدور، فإن هذا يعني عدم وجود المرفق نفسه، وإن دور السلطة العامة هنا أن تضمن بواسطة الغير نشاطاً ذات مصلحة عامة وفقاً لنظام خاص، واستناداً إلى ذلك رأى مجلس الدولة الفرنسي أن السلطة مانحة الالتزام تملك أن تُنظّم وحدها حق الاضراب للعاملين لدى ملتزم الطرق السريعة.

٢- ومن ناحية أخرى: فإن القرارات المُتعلّقة بالحياة الداخلية للمشروع ولا تتعلّق مباشرة بالمرفق العام، لا تُعدّ أعمالاً خاضعة للقانون الخاص ومن أهم تطبيقات هذه القرارات ما يتعلّق بطبيعة الرابطة بين المشروع الخاص والعاملين لديه، فهي علاقة خاضعة لقانون العمل والقانون الخاص، وإنها علاقة تعاقدية مع شخص خاص وليس مع الدولة، وما يصدر في مواجهة هؤلاء العاملين لا يُعدّ قراراً إدارياً، إلّا باستثناء وبنصّ خاص، فيجوز للسلطة العامة أن تخضع بعض طوائف من العاملين في بعض شركات الالتزام الكبرى لمراكز لائحية، وهؤلاء العاملين القياديين في المشروعات العامة الذين يتمتعون بمركز لائحي بنصّ خاص.

ومن ناحية أخيرة، يخرج عن اختصاص المشروعات الخاصة للمرافق العامة أن تصدر أي قرارات في مجال الضبط الإداري، فنشاط الضبط بطبيعته قاصر على الأشخاص العامة، لا يجوز لها النزول عنه^١.

1. L. Richer, precite, p:111, C. E. 23 octobre 1974, Valet, AJDA, 1975, p:263, note Vier, D, 1976, p:430, note Hen.

المطلب الثاني

تنفيذ الالتزامات المفروضة على المفوض إليه

إن الالتزام الأساسي المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام هو إدارة المرفق واستغلاله بالشكل الأمثل الذي يؤمن حسن سير المرفق العام في تأديته للخدمة العامة، وجانب هذا الالتزام قد يلتزم المفوض إليه بتحمل تكاليف الإنشاءات الأساسية، ودفع أتاوة للإدارة مانحة التفويض، وسنقوم بدراسة التزامات المفوض إليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التزام المفوض إليه باستغلال المرفق على مسؤوليته.

الفرع الثاني: التزام المفوض إليه بتكاليف الأشغال الأساسية.

الفرع الأول

التزام المفوض إليه باستغلال المرفق على مسؤوليته

يحدد الالتزام الأساس للمفوض إليه في قيامه باستغلال المرفق العام محلّ التفويض بنفسه^١، ويقتضي تحقيق هذا الالتزام من المفوض إليه أن يتحمل مسؤولية الاستغلال للمرفق العام من جهة، وأن يقوم بتنفيذ التزامه باستغلال المرفق بصورة شخصية^٢.

١. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٨٣.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٦٦.

أولاً- مضمون التزام المفوض إليه باستغلال المرفق العام على مسؤوليته:

تتحدد فكرة تفويض المرفق العام في ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بالنتائج الاقتصادية والمالية للاستغلال، ومؤدى ذلك أن يقوم المفوض إليه باستغلال المرفق موضوع التفويض بنفسه، وعلى مسؤوليته مُتَحَمِّلاً المخاطر التي تترتب على هذا الاستغلال^١، وهو من ثم سيكون مسؤولاً عن الخسائر التي يُحققها المرفق، مثلما هو المُستفيد من الأرباح في حالة تحققها، وهذا الالتزام هو جوهرة فكرة تفويض المرفق العام.

إلا أن هذه الفكرة ليست مطلقة وموحدة في أساليب التفويض جميعها، فنطاق فكرة ارتباط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال يتأثر بطريقة تفويض المرفق العام وأسلوب هذا التفويض، لذا فإن تطبيق هذه الفكرة ليست على درجة واحدة ومتساوية في عقود تفويض المرفق العام جميعها، فعلى الرغم من اشتراك عقود تفويض المرفق العام كافة بوجود أن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بالنتائج المالية للاستغلال، إلا أنها تختلف بعد ذلك في المدى الذي يتحمّله المفوض إليه بالنسبة إلى مخاطر المشروع، وذلك وفق الآتي:

١ - في عقود امتياز المرفق العام وعقود إيجار المرفق العام:

يتجسّد التزام المفوض إليه في استغلال المرفق العام بأبهى صورته في عقود الامتياز، وإيجار المرفق العام، فالمفوض إليه في هذه العقود لا يتقاضى أجراً من الجهة العامة مانحة التفويض مقابل تشغيل المرفق وتقديم الخدمة إلى المنتفعين، وإنما يؤمّن تكاليف الاستغلال للمرفق والأرباح التي ابتغى تحقيقها

١. د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٠١.

من المقابل المالي الذي يحصل عليه مباشرة من المنتفعين من خدمات المرفق العام، ومن ثمّ هو من سيّتحمل بصورة أساسية نتائج الاستغلال، ويجب أن تكفي الإيرادات لتغطية النفقات الذي بذلها وتحقيق الأرباح التي ابتغاها، وفي حالة ما إذا كانت هذه الإيرادات عاجزة عن تغطية نفقات التشغيل، فالمفوض إليه هو من سيّتحمل هذا العجز من دون الجهة العامة مانحة التفويض^١.

وإن تحمّل المفوض إليه مسؤولية استغلال المرفق العام على وفق ما تقدّم تبقى قائمة، حتى في الأحوال التي يقرر القانون أو نصوص العقد بعض الضمانات لتوفير التوازن المالي للعقد، سواء في إعادة النظر في أسعار التعريف، أو في تقديم بعض المساعدات للمفوض إليه، إذ أن هذا التقرير سوف لا يؤدي في الأحوال كلّها إلى نفي مسؤولية المفوض إليه الأساسية في تحمّل نتائج استغلاله للمرفق، وما قد يترتب عليها من مخاطر تحقيق الخسارة، والقول بخلاف ذلك يتعارض مع فكرة تفويض المرفق العام على وفق المعنى الذي حدده قانون "Murcef" رقم (١١٦٨) لعام ٢٠٠١ الفرنسي، عندما ربط بين فكرة العائدات التي يحصلها المفوض إليه وبين نتائج الاستغلال، وحتى في أعمال نظرية الظروف الطارئة، فإنها لا تؤدي إلى إعفاء المفوض إليه من تحمّل نتائج الاستغلال، بل إنها ستعمل على توزيع الخسائر الناتجة عن الاستغلال بين المفوض إليه والجهة العامة مانحة التفويض، ويقدّر القاضي النسبة التي يتحمّلها كل طرف، وغالباً ما تتحمّل الإدارة النسبة الأكبر من الخسائر مع تحمّل المتعاقد معها الجزء الآخر.

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٠٢.

٢- في عقود مشاطرة الاستغلال وعقود إدارة المرفق العام:

تقتضي طبيعة هذه العقود حصول المتعاقد على نوعين من العوائد المالية، يتمثل الأول بشكل أجر محدد تدفعها الجهة العامة مانحة التفويض، أما الآخر فيتم دفعه للمفوض إليه في ضوء نتائج الاستغلال للمرفق موضوع التفويض، ففي هذا النوع من العقود تنخفض نسبة المخاطر التي يتحملها المفوض إليه من دون أن تصل إلى حد الاختفاء، فالمفوض إليه يجب أن يكون مُحتملاً حتماً لجزء من المخاطر التي سترتبط بذلك الجزء المتغير من المقابل المالي، فأية خسارة ستنجم عن استغلال المرفق سيشارك المفوض إليه الجهة العامة مانحة التفويض، ويدخل في الجزء المتغير من المقابل المالي، أي وضع يخالف ما تقدم ذكره، وسيخرج العقد من نطاق فكرة التفويض ويدخله في نطاق فكرة الصفقات العامة، إذ يتحدد المقابل المالي للمتعاقد بصورة ثمن محدد ومستقل عن نتائج الاستغلال^١.

ثانياً- التزام المفوض إليه باستغلال المرفق العام بصورة شخصية:

يلتزم المتعاقد بتنفيذ عقد التفويض شخصياً، ويترتب على ذلك أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تُعدّ التزامات شخصية^٢، والتنازل عن العقد للغير بصورة كلية، أو التنازل الجزئي عن العقد، يُعرف بالتعاقد من الباطن.

١. د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص: ٨٩.

٢. د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة،

١٩٧٥، ص: ١٢٦.

١ - التنازل الكلّي عن عقد التفويض:

أ- مفهوم التنازل الكلّي: يُقصد بالتنازل عن العقد أن يحلّ المتعاقد مع الإدارة غيره محلّه في تنفيذ التزاماته التعاقدية جميعها، أي تنفيذ العقد كلياً، وإن التنازل الكلّي ليس من شأنه أن يؤدي إلى تعديل جوهري في عقد التفويض، وخاصة لجهة الأحكام المتعلّقة بمدة العقد أو الرسوم أو طبيعة الخدمات المؤداة، لأن أي تعديل في المسائل الجوهرية للعقد، لا يُعدّ في منزلة إبرام لعقد جديد، وقد استقرّ الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن التنازل الذي يؤدي إلى تعديلات جوهرية في العقد لا يُعدّ تنازلاً عن العقد، إنّما يبرر فسخ العقد الأساسي المبرم مع الإدارة العامة^١، فضلاً عن أن التعديلات الجوهرية تقضي بإتباع إجراءات جديدة لاختيار المفوض إليه، وأكدّ الفقيه "M. Berbari" أن الحكم الذي جاء به الاجتهاد القضائي الإداري يتلاءم مع المبادئ المعتمدة فيما يخص إبرام الملاحق، لأنّه في حال تضمّن الملحق تعديلات جوهرية من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد الأساسي، أو التفويض تتمثّل في الإعلان المسبق وإجراء المناقصة بين عدة عروض.

ب- شروط التنازل الكلّي: المسلّم به فقهاً وقضاءً هو عدم جواز التنازل عن العقد الإداري، إلّا بموافقة مسبقة من جهة الإدارة^٢، لأن التنازل من دون هذه الموافقة يُعدّ إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري، فالإدارة

1. C. E. 20 - janvier - 1905، Compagnie départementale des cause et services municipaux، Rec، p:54.

٢. د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٤٦.

عندما تتعاقد مع الشخص تضع في تقديرها شخصيته، ومدى مقدرة المالية وكفاءته الفنية، ومن ثم لا يمكنه أن يتنازل عن العقد لشخص قد يفقد هذه الاعتبارات، إلا إذا كان يوجد بند يسمح للمفوض إليه بالتنازل أم لا.

وإن هذا التنازل الحاصل بدون موافقة مسبقة من الإدارة يوجب البطلان لعدم مشروعية التصرف من قبل المتعاقد، لأنه يجب عليه الحصول على الموافقة المسبقة من قبل الإدارة المختصة، ولذلك تبقى المسؤولية الكاملة والدائمة للمتعاقد الأصلي أمام الإدارة، عن جميع الأعمال وتبعاتها المالية كونه أخطأ في هذا التعاقد، وهذا الخطأ يبرر للإدارة فرض الجزاء عليه، وإن المتنازل له عن العقد لا وجود له على الإطلاق، ولا يتحمل أي مسؤولية أمام الإدارة، ولا يستطيع مطالبتها بأي شيء لأنها تتجاهل وجوده بالأصل^١.

ج- الأساس القانوني لقاعدة عدم جواز التنازل عن العقد: قد يجد مصدره في التشريع^٢، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية

١. إن المادة (٢٨) من المرسوم رقم (٢٧٦٦) لعام ١٩٦٩، الذي يحكم العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري في سورية تنص على أنه: "لا يحق للمتعاقد أن يتنازل عن أي عمل أو جزء منه من الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها ولا يعهد بها أو يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين لمتعهدين ثانويين إلا بموافقة خطية من الإدارة وإن حصول المتعاقد على هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة في أن تدخل أية علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين كما لا يعفى المتعاقد من التزاماته ومسؤولياته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه اتجاه الإدارة بموجب أحكام العقد. مشار إليها عند د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٦٤.

٢. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ المصري.

لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ المصري بقولها: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلّها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخلّ قبول نزوله عن المبلغ المستحق له، بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

وقد يكون الأساس القانوني لقاعدة منع التنازل عن العقد يجد مصدره في أحكام القضاء الإداري، ففي فرنسا أكدّ مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه على قاعدة عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير إلا بموافقة الإدارة المسبقة، ومن ثمّ إذا تنازل المتعاقد عن العقد، دون الحصول على ترخيص مسبق من الإدارة، فإن التنازل في هذه الحالة يُعدّ باطلاً ولا يحتج به في مواجهة الإدارة، وفي مصر أكّدت المحكمة الإدارية العليا المبدأ ذاته في حكمها الصادر في ١١/٢٨/١٩٦٣، إذ قضت: "وحيث أنّه من المسلّمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز أن يحلّ غيره فيها وأن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإن التنازل يُعدّ باطلاً ولا يحتج به في مواجهة الإدارة"^١.

ومما تقدم يتّضح أن المفوض إليه^٢ في عقود تفويض المرفق العام لا

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١١/٢٨/١٩٦٣، القضية رقم (١٠٩٤)، السنة (٨)، مجموعة المبادئ القانونية، ص: ٣٢٤.

٢. د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣، ص: ٥٦.

يُمكنه أن يتنازل عن العقد إلا بموافقة الإدارة، وإن هذا الأمر يقوم من دون حاجة للنصّ عليه في عقد التفويض، فهو نابع من طبيعة العقد وبما يحمله هذا العقد من خصائص ذاتية تكمن في حرص الجهة مانحة التفويض على ضمان السير المنتظم والمطرد للمرفق العام، ولا تمنع قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد للغير من تصوّر حصول التنازل عن عقد التفويض بأية حال، وإنّما تعمل هذه القاعدة أثرها في حالة وقوع التنازل بمعزل عن موافقة الإدارة المسبقة، لذا يُمكننا تصوّر تنازل المفوض إليه عن عقد التفويض في حالة قبول الإدارة بذلك، فالإدارة قد تدفع للموافقة على تنازل المفوض إليه عن العقد بتأثير عوامل معينة، ولعل أكثرها تصوّراً يكمن في الهدف الذي تبتغي الإدارة ضمان تحقيقه من خلال إعمال قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد التفويض، إذا طرأ اختلال في الكفاية المالية والفنية للمفوض إليه، ثمّ طلب موافقة الإدارة على تنازله عن العقد، لمصلحة شخص آخر يتمتع بكفاية مالية أعلى وصفات ومقومات تتطلّبها الإدارة لتنفيذ العقد، فلا مناص حينئذٍ من الموافقة على إجراء التنازل تحقيقاً لمصلحة المرفق العام^١.

ويطرح التساؤل خارج هذا الاحتمال عن مدى حرية الإدارة في رفض

الموافقة على تنازل المفوض إليه عن العقد؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل
يُمكن التوصل إليه من خلال تتبّع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يظهر
المبادئ الآتية:

(١) إن المفوض إليه إذا تقدّم بطلب الموافقة على التنازل عن العقد، فيجب

١. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره،

على الإدارة أن تردّ عليه في ميعاد مناسب، ومن ثمّ لا يجديها نفعاً أن تلزم جانب الصمت، وإذا فعلت عرضت نفسها للمسؤولية.

(٢) لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمُجرّد الرفض، بل يجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالمصلحة العامة ومثال ذلك "ضعف الكفاية المالية أو الفنيّة للمتعاقد الجديد"، فإذا كانت الأسباب التي تذرّعت بها الإدارة غير وجيهة، فإن المفوّض إليه يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من جرّاء هذا الرفض^١، وترتيباً على هذا الموقف لمجلس الدولة بخصوص سلطة الإدارة في الإجابة لطلب المفوّض إليه في التنازل عن العقد، سيكون بوسع الإدارة رفض طلب التنازل متى ما استند قرارها إلى أسباب وجيهة تتعلّق بمصلحة المرفق العام، فإذا ما قام المفوّض إليه بالتنازل من دون صدور موافقة من الجهة الإدارية، فإن الجزاء المترتب هنا هو البطلان، ولا يسري في مواجهة الإدارة المتعاقدة ويتحمّل المتعاقد المتنازل المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عن هذا التصرف^٢، أما إذا حصل التنازل بموافقة الإدارة فسوف يحلّ الشخص المتنازل له محل المتعاقد المتنازل، فيتحمّل التزامات هذا الأخير كافة ويحلّ محله في حقوقه جميعها، وبالمقابل سوف يتحرر المتنازل من الالتزامات كافة ويفقد حقوقه جميعها لمصلحة المتنازل له^٣، ومع ذلك تشترط معظم العقود الإدارية

١. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٦-٧٧.

٢. د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٨.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٠٤.

في فرنسا بقاء المتعاقد الأصلي ضامناً للمتعاقد الجديد.

٢- التنازل الجزئي عن عقد التفويض (التعاقد من الباطن):

أ- يُعرّف التعاقد من الباطن: بأنه تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير لتنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد، ويفترض بطبيعة الحال أن يكون محل العقد قابلاً للتجزئة، ويتحقق هذا الشرط دائماً في مجال عقود التزام المرفق العام لطول مدتها، ونظراً للتقدم الفني والتقني المتواصل، وما يتبعه من التخصص وتقسيم العمل الذي يؤدي بالضرورة إلى إسهام أكثر من شخص في تنفيذ موضوع العقد^١.

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، لأنه في التنازل عن العقد يحل شخص جديد حلولاً كلياً محل المتعاقد الأصلي في حقوقه والتزاماته العقدية كافة، في حين يقوم المتعاقد في التعاقد من الباطن بتنفيذ جزء من العقد مع بقاء العلاقة التعاقدية قائمة بين المتعاقد الأصلي والإدارة، ومن المعلوم أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقود تفويض المرفق العام لا يعني بالضرورة قيام المفوض إليه بنفسه بالتنفيذ المادي للعقد، وإنما يتطلب الأمر أن يتحمل وحده المسؤولية الشخصية^٢، والالتزام بالضمان في تنفيذ العقد برمته^٣، وبذلك يكون التعاقد من الباطن جائزاً بصفة عامة طالما

١. د. محمد الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص: ٣٥٤.

٢. د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٨.

٣. د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٤٦.

أنه لا يُشكّل مساساً بقاعدة الاعتبار الشخصي.

ب- بالنسبة لمشروعية التعاقد من الباطن: فإن استعراض موقف التشريعات يُظهر تأرجحاً بين القبول بمبدأ حرية التعاقد من الباطن، وبين ربط ذلك بالحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة، وفي فرنسا نجد أن مدونة العقود الإدارية، وكذلك دفاتر الشروط العامة قد كرّست مبدأ التعاقد من الباطن، تحت تحفظ قبول الإدارة المتعاقدة للمتعاقد من الباطن.

ج- بالنسبة للآثار القانونية للتعاقد من الباطن: فإنّه بالنسبة للعلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد الأصلي، فقد استقرّت قواعد التشريع والقضاء على تأكيد مبدأ استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن، حتى إن وافقت الإدارة على إبرامه، وتمتد تلك المسؤولية فتشمل أخطاء المتعاقد من الباطن أو تأخره في تنفيذ التزاماته^١.

وفيما يتعلّق بعلاقة جهة الإدارة بالمتعاقد من الباطن، فإن الفقه الفرنسي يميّز بين حالة التعاقد من الباطن من دون الحصول على موافقة الإدارة، إذ لا يجوز الاحتجاج بأي أثر من آثار هذا التعاقد، وبين حالة وجود موافقة للإدارة على التعاقد بشكل ملحوظ أدى إلى ترتيب بعض الآثار التي ترتقي إلى مرتبة العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن^٢.

١. د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٨.

٢. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ١٩٩.

حيث تجلّت في مظهرين أساسيين، وهما ممارسة الرقابة من الإدارة على المتعاقد من الباطن من جهة، وقيام بعض مظاهر التعاون المباشر بين الإدارة والمتعاقد من الباطن من جهة أخرى، كما يحق للمتعاقد من الباطن المطالبة بسداد المدفوعات المستحقة له عن الجزء الذي أنجزه من العقد الأصلي، كما يحق له تحريك الدعوى المباشرة ضد الإدارة المتعاقدة وتوجيه الإنذار لها في حال العجز عن الحصول على المدفوعات المستحقة له لدى المتعاقد الأصلي.

ثالثاً- أثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة العقدية للتفويض:

١- أثر وفاة المفوض إليه على انقضاء الرابطة العقدية للتفويض:

تتضمن عقود تفويض المرفق العام بيان الأحكام الواجبة الاتباع في حال وفاة المفوض إليه، إما بانقضاء أو باستمرار الرابطة العقدية نظراً للعلاقة الوثيقة التي تربط المفوض إليه بإدارة المرفق العام، وفي هذه الحالة نطبق ما جاء في دفتر الشروط العامة التي تنظم هذه الحالة، وأما في حال سكوت العقد عن ذلك، فقد ذهبَ الفقيه "Jèze" إلى أن موت المفوض إليه في عقد امتياز المرفق العام يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون، بينما يرى الفقيه "De Laubadère": "أن القضاء لا يؤيد هذا الاستنتاج، وتتنحصر الأحكام في التوفيق بين مقتضيات سير المرافق العامة، وبين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتوفى"، وأن وفاة الملتزم في عقد الامتياز يترتب عليها النتائج الآتية^١:

أ- لا يفسخ عقد التفويض بقوة القانون لمجرد وفاة المفوض إليه.

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٠٥؛
وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ أبريل ١٩٥٠ في قضية "Nuncie"، المجموعة، ص: ٢٣١.

ب- يؤول التفويض إلى الورثة إلا إذا نصّ العقد على خلاف ذلك.

ج- في حالة تضمين عقد التفويض شرطاً يقضي بضرورة موافقة الإدارة مانحة التفويض على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد التفويض، فإن الإدارة لا تملك حق الرفض إلا في حالة انعدام الكفاءة الفنيّة، فليس لازماً أن يكون الخلف "**Ayant Cause**" مُتمتعاً بنفس الكفاءة الشخصية لسلفه "المفوض إليه"، إنّما يكفي أن يكون مُتمتعاً بالقدرات الفنيّة بالنحو الذي يُمكنه من الاستمرار في التنفيذ، أما إذا كان الورثة لا يَتمتعون بالأهلية في تاريخ وفاة المفوض إليه، فإن الإدارة تلتزم بفسخ العقد، ومع ذلك يجوز لها في بعض الأحوال أن تُبرم عقداً جديداً مع أرملة المفوض إليه بصفتها وصية على أولادها القصر.

ويُقرر الفقيه "**A. De Laubadère**" أنّه في حالة انحلال الشركة المتعاقدة، فإن عقد التفويض لا ينتهي إلا بعد تمام إجراءات الحل، فالشركة تظلّ قائمة قانوناً في فترة التصفية، وليس للإدارة أن تستند إلى مُجرد حالة التصفية لإنهاء عقد التفويض، لكن الأمر يختلف إذا نصّ على غير ذلك^١، وقد حَسَم المُشرّع السوري والمصري أي نزاع يتعلّق بهذه الحالة لأنّه جاء النصّ صراحة على ذلك.

١. تنصّ المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨: "إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل التعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلأ بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة".

٢- أثر إفلاس أو إعسار المفوض إليه على انقضاء الرابطة العقدية للتفويض:

لقد مرّت الحلول التشريعية والقضائية في فرنسا، بمرحلتين:

أ- الحلول لهذه الحالة حتى عام ١٩٦٧:

(١) إذا كان العقد يَنْصَح على حل معيّن، في حال إعسار أو إفلاس المتعاقد، يفسخ العقد بقوة القانون^١، أو إعطاء الخيار للإدارة بفسخ أم لا، فالحقّ القضاء الفرنسي كان يُطبّق حرفياً ما جاء في العقد^٢.

(٢) في حال سُكوت العقد عن ذلك، لا يرى معظم الفقهاء والقضاء الإداري الفرنسي أن الإفلاس أو الإعسار سبباً لفسخ العقد، إلّا ضمنّ حالة تقدير الإدارة أن المصلحة العامة تتطلب الفسخ.

ويرى الفقيه "Jèze": "أَنَّهُ نظراً للطبيعة الخاصة لعقد التفويض، وطول المدة التي يستغرقها تنفيذه، فإن إفلاس المفوض إليه يترتب الفسخ بقوة القانون بما تحويه دفاتر الشروط من نصوص تقضي الفسخ".

ويُقرّر الفقيه "A. De Laubadère" أَنَّهُ: "في حالة خلو العقد ودفتر الشروط العامة من الأحكام الواجبة الاتباع في هذا الصدد^٣، فإن القاعدة المسلّمة قضاء أن الإفلاس أو الإعسار لا يؤدي بذاته إلى إنهاء العقد، وإنّما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا ما رأت أن الصالح العام

١. د. محمد الحسين و د. مهّد مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٦٨.

٢. قرار مجلس الدولة الفرنسي (١٩٥١/٣/٩)، ديدونا، مجموعة قرارات مجلس الدولة الفرنسي، ص: ١٤٨.

٣. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٥٢ في قضية "Chombon"، وحكمة بتاريخ ١٨ أبريل ١٩١٧ في قضية "Labat". انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٠٨.

يقتضي ذلك"، والحقيقة أن تَرَكَ سلطة الفسخ للإدارة على النحو السابق وعدم إنهاء العقد بقوة القانون إنما يتفق والمعنى الذي حرصنا على ترديده من أن فكرة الاعتبار الشخصي مُجَرَّد وسيلة لا غاية، تَتَمَكَّن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام، ومصلحة المنتفعين بخدمات المرفق العام، وهكذا نجد أن القاضي الإداري، تَرَكَ الأمر لتقدير الإدارة في فسخ العقد أم لا خدمة للمصالح العام، كونها هي المسؤول الأول والأخير عن تحقيق هذه المصلحة^١.

وهذا الموقف ناتج عن عدم إمكانية الإدارة في فسخ العقد كعقوبة، إلا إذا ارتكب المتعاقد خطأً جسيماً، في حين أن الإفلاس أو الإعسار لا يُشكِّل أي منهما خطأً في حد ذاته، لهذا استبعد القضاء الإداري الفرنسي فرضية انفساخ العقد بقوة القانون في حال سكوت العقد.

ب- الحلّول بعد عام ١٩٦٧:

استبعد قانون (٣٨/٢) عام ١٩٦٧، المتعلّق بالإفلاس والإعسار في مجال العقود الإدارية، الفسخ الآلي للعقد الإداري إذا أعلن المصفي إرادته في تأمين تنفيذ العقد للإدارة، والفسخ لا يتمّ إلا في حال تنازل المصفي صراحة عن الاستمرار في تنفيذ العقد^٢، ومن خلال قرارات مجلس الدولة الفرنسي نجد أنّه أقرَّ وجود شرط في عقد التزام يتضمّن فسخ العقد بقوة القانون في حال

١. "Jèze" العقد الإداري، الطبعة الثالثة، ١٩٣٤، ص ٢١٠. "De Laubadère"، العقد الإداري، الجزء الثاني، ١٩٨٤، ص: ٤٩.

٢. قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٧٦/١/١١، مدينة إميان، مجموعة قرارات مجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٧٦، قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٧٢/٣/٤، مدينة "Limoges"، مجموعة قرارات مجلس الدولة لعام ١٩٨١، ص: ١١٩.

الإفلاس أو الإعسار .

وتجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات العربية لم تترك للإدارة السلطة التقديرية في فسخ العقد أم عدم فسخه، بل نصّت صراحة على الكيفية التي يتم بها معالجة مثل هذه الحالة.

وإن المشرّع المصري لم يترك لجهة الإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد عند إفلاس المتعاقد أو إعساره، وإنما جعل الفسخ أمراً لازماً بقوة القانون بمقتضى نصّ المادة (٧٩) من قانون (٨٩) لعام ١٩٩٨، بشأن المناقصات والمزايدات بأن يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين: إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ونصّت المادة (٨٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أن: "العقد يفسخ ويصادر التأمين النهائي بعد أخذ رأي مجلس الدولة دون إخلال بحق الإدارة في طلب التعويض، إذا أفلس المتعاقد أو أعسر".

وفي سورية نصّت المادة (٥٩) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى، وإفلاس المتعهد".

الفرع الثاني

التزام المفوض إليه بتكاليف الأشغال الأساسية

إن استعراض الأنواع المختلفة لعقود تفويض المرفق العام^١، يظهر أن مسؤولية المفوض إليه بالقيام بإنجاز الأشغال المتعلقة بالمرفق موضوع التفويض، يمكن أن يتخذ عدة صور وفقاً للآتي:

أولاً- في عقود التزام المرفق العام:

تُعدّ عقود التزام المرفق العام من أهم عقود تفويض المرفق العام، ويحدد التزام المفوض إليه بالقيام بالاستثمارات الضرورية واللازمة لقيام "البنية الأساسية" للمرفق العام وتشغيله^٢، ولذلك يجب على الملتزم إنجاز المنشآت والأعمال اللازمة لتشغيل المرفق وعلى نفقته الخاصة، فضلاً عن التزامه بصيانة المرفق، وكان لهذا النوع من الالتزام تطبيق رائج في القرن التاسع عشر، عندما يتعلّق الأمر بإنشاء مرافق عامة جديدة، لاسيّما المرافق العامة التي تتضمن تشييد مبانٍ جديدة، إذ كانت الدولة ترى أنّه من المفيد لها بدلاً من أن تقوم هي بنفسها بهذه الأشغال وتحملها التكاليف اللازمة لذلك، أن تُبرم

1. La charge des investissements necessaires l'Elablissement des infrastructeres du service public.

٢. يذهب البعض إلى تسمية هذه الصورة من تفويض المرفق العام بامتياز المرفق العام تمييزاً له عن التزام المرفق العام الذي تقتصر مهمّة المفوض إليه على استغلال مرفق عام قائم أصلاً، على الرغم من صعوبة التمييز بين هذين الأسلوبين في كثير من الأحيان بسبب التشابه الكبير بينهما.

عقداً مع أحد الأشخاص يُكَلَّف بموجبه ببناء والأشغال المُتعلّقة بإقامة المرفق وإنجازها^١، ونَجِد في الوقت الحاضر أن التطبيقات التشريعية الحديثة تتجه إلى إمكانية توسيع نطاق مسؤولية المفوض إليه، بحيث لا تحصرها في مهمّة استغلال مرفق عام قائم مسبقاً، وإنّما تُتيح إمكانية أن يُعهد إلى المفوض إليه بإنشاء المرفق وتشيدته^٢، وهذا ما أخذ به المُشرّع الفرنسي مؤخراً عندما عرّف تفويض المرفق العام في قانون "Murcef" لعام ٢٠٠١، إذ أجاز أن يكون المفوض إليه، مُكلّفاً ببناء منشآت، أو باكتساب أموال لازمة للمرفق.

ثانياً- في عقد إيجار المرفق العام:

في ظلّ عقد إيجار المرفق العام تتحمّل الجهة الإدارية مانحة التفويض مسؤولية إقامة المرفق العام، فهي تُقدّم للمفوض إليه الإنشاءات الأساسية للمرفق العام، ويقع بالمقابل على المفوض إليه استغلالها على مسؤوليته، مع مراعاة أنّه يجب على المستأجر، أن يلتزم كلّما اقتضت الحاجة القيام بتجديد هذه الإنشاءات أو توسيعها على نفقته، وعلى الرغم أن المفوض إليه في عقد إيجار المرفق العام لا يتحمّل تكاليف إقامة المرفق وتشيدته، إلّا أنّه مع ذلك يلزم لتحديد الأشغال التي يتحمّل نفقتها المستأجر التمييز بين الطوائف الثلاثة من هذه الأشغال:

١- الطائفة الأولى: وهي أشغال تلقى على عاتق المستأجر مثل الأشغال

١. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٧.

2. C. E. 6 mai 1991، Sycgat itercommual du Bocage، Rec، p:170.

الخاصة بتوصيل خطوط الشبكة للمنتفعين، إذ تُعدّ أعمال ثانوية بالنسبة للإنشاءات الأصلية.

٢- **الطائفة الثانية:** وهي التي تُقسم تكاليفها بين الجهة الإدارية مانحة التفويض "المؤجر" والمفوض إليه "المستأجر" على وفق معايير موضوعية، من ذلك أشغال التجديد والتحديث، إذ تقسم بين الطرفين على وفق حجم هذه الأعمال، ففي إيجار مواقف انتظار السيارات، فإنه يقع على عاتق المستأجر الأشغال الخاصة بوضع العلامات على الأرض، والأشغال التي تتعلق بالعقارات بالتخصيص، مثل وسائل التهوية والمصاعد والأدوات المتحركة، والأشغال الخاصة بتجديد مختلف الأدوات الميكانيكية والكهربائية.

٣- **الطائفة الثالثة:** وهي الأشغال التي يُعهد بها إلى المفوض إليه "المستأجر" بصورة استثنائية، وتتمثل بالأشغال الخاصة بالتوسيع والتقوية، وتجري شروط التعاقد على أن المؤجر تكون له صفة "صاحب الأعمال"، مع النصّ على أن يقوم المستأجر بتنفيذ توصيل المنشآت الجديدة القائمة، وهو ما يتفق مع مفهوم الإيجار.

ثالثاً- عقود مشاطرة الاستغلال وعقود الإدارة:

في ظلّ هذه الأنواع من عقود تفويض المرفق العام لا يتحمّل المفوض إليه أي التزام يتعلّق بالأشغال المتعلّقة بالمرفق، سواء من حيث إقامته أو من حيث الأعمال اللازمة لتشغيله، فالجهة الإدارية مانحة التفويض هي من يتولّى القيام بذلك، وتقتصر مهمّة المتعاقد على إدارة المرفق نيابة عن الجهة الإدارية.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة أهم التزامات المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام، حيث درسنا تنفيذ حقوق والتزامات المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام، وسننتقل لدراسة الإشكالات التي تواجه المنتفعين.

المبحث الثاني

الإشكالات التي تواجه المنتفعين

إذا كانت عقود التفويض "كما بينا سابقاً" تفرض التزامات على الغير في صور مختلفة، فإن ترتيب هذه العقود حقوقاً للغير يكون من باب أولى بحسبان أن الالتزامات تُشكّل عبئاً كبيراً على الأفراد الذين لم يشاركوا في العقد ولم يكونوا طرفاً فيه^١، ويُمكن إرجاع الحقوق التي يَتَمَتَّع بها الغير في عقد التفويض إلى حقوق المنتفعين في عقد التزام المرافق العامة في مواجهة الملتزم "المفوض إليه"^٢، وفي مواجهة الإدارة مانحة التفويض^٣، وبناءً على ما تقدم سنبحث في إشكالات هذه الحقوق في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إشكالية حقوق المنتفعين في مواجهة المفوض إليه.

المطلب الثاني: إشكالية حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة مانحة التفويض.

١. في عقد التزام المرافق العامة يمكننا أن نميّز بين نوعين من النصوص: نصوص تعاقدية تُنظّم العلاقة بين طرفي العقد، ونصوص تنظيمية تكون مسؤولة عن الآثار المتولدة تجاه الغير. ومن هذه الآثار، الحقوق التي يربتها العقد الإداري للمنتفعين بخدمات المرفق لجمهور المنتفعين حتى لو فوضت إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام.

٢. استخدم عدد من الفقهاء مصطلح المستفيدين في معرض الحديث عن الحقوق التي يستمدونها من عقود التزام المرافق العامة، وقد استخدمنا مصطلح المنتفعين بدلاً من مصطلح المستفيدين على أساس أن الأخير ينصرف معناه إلى الأفراد الذين يستفيدون من الخدمات التي تقدمها المرافق العامة دون أن يقصد منه إفادة فرد بذاته أو جماعة معينة، وإنّما يقصد منه فائدة المجتمع بشكل عام و دون تحديد، ومن الأمثلة على هذه المرافق مرافق الدفاع والشرطة والصحة والتعليم، فالمستفيد لا يرتبط بأي رابطة عقدية مع المرفق بخلاف المنتفعين حيث يرتبطون عادة بعقود مع الإدارة أو مع الملتزم في حالة عقود التزام المرافق العامة، والفقهاء الذين استخدموا مصطلح المستفيدين هم.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٧٩.

المطلب الأول

إشكالية حقوق المنتفعين في مواجهة المفوض إليه

يأخذ التعامل بين المفوض إليه والمنتفعين شكلاً تعاقدياً يقوم المفوض إليه بمقتضاه بتقديم خدمات المرفق للمنتفعين في مقابل الرسم أو "الأتاوة" التي يدفعونها له، وقد حصل جدال في الفقه الفرنسي حول تكييف العلاقة القانونية بين المفوض إليه والمنتفعين^١.

أولاً- التكييف القانوني للعلاقة بين المفوض إليه والمنتفعين:

١- موقف الفقه الفرنسي: ذهب جانب من الفقه الفرنسي، يتزعمه الأستاذين "بيكينو وفالين"، إلى أن مركز المنتفع تجاه المرفق الاقتصادي الذي يدار بالامتياز، إنما هو مركز قانوني خاص، وأن علاقته بالمرفق هي علاقة تعاقدية يُنظّمها ويُحددها عقد من عقود القانون الخاص، وهو ذلك الاتفاق الكتابي أو الشفهي الذي يتم بين المرفق والمنتفع، ويستدل عليه بعقد اشتراك النور أو المياه أو الغاز أو تذكرة السفر أو بوليصة الشحن أو بغير ذلك من الوسائل^٢.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن المنتفع يلتزم بكل الشروط التي ترد في عقد الامتياز أو في اللوائح والقرارات التنظيمية الخاصة بالمرفق، لأنها جزء من الالتزامات التي يتضمّنهما العقد الخاص الذي يتمّ بينه وبين شركة الامتياز،

١. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٩، ص: ٢٠٢.

٢. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، معهد البحوث

والدراسات الاستراتيجية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص: ١٦٩.

لأن مثل هذا العقد يتضمّن في كثير من الأحيان نصّاً صريحاً يقضي بخضوع المنتفع لكافة الشروط والالتزامات كافة المقررة في عقد الامتياز، أو التي تقرّها السلطة العامة، وفي حالة عدم وجود مثل هذا النص الصريح، فإن هذا الخضوع يفترض أنّه قد دخل في قصد المتعاقدين، بفرض أنهما عندما تعاقدًا، قد قصدا ضمناً التقيد بالنصوص الواردة في القوانين واللوائح، أو في عقد الامتياز، وبكل ما يتقرر مستقبلاً بهذا الخصوص بواسطة السلطات العامة المختصة^١، إذاً فالعقد الذي يبرمه المنتفع مع المفوض إليه من وجهة النظر هذه هو عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني، في تكوينه وفي آثاره ولكنه يتميز عن العقد المدني المألوف في أن مصدره العقد الإداري الذي أبرم بين الإدارة والمفوض إليه، أي "عقد التفويض"، والذي يُسميه الأستاذ "Deming" بالعقد التنظيمي.

وفقاً لذلك، فإن العقد المدني المبرم بين المنتفع والمفوض إليه، يخضع للشروط العامة في العقد الإداري التنظيمي، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستوري^٢.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد حظي بتأييد الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي عدّ أن علاقة الانتفاع من المرافق العامة الاقتصادية، والتي غالباً ما تكون محلاً لعقود الامتياز، هي علاقة تعاقدية، وأن العقد الناجم عن هذه العلاقة

١. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره،

ص: ١٧٠.

٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٩٩.

هو من عقود القانون الخاص، وأن ذلك يُشكّل قرينة غير قابلة لإثبات العكس، ومن ثمّ فإنّ هذا العقد يُعدّ من عقود القانون الخاص، حتى عند احتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص كعقود الإذعان^١.

٢- **موقف القضاء الفرنسي:** لا يأخذ القضاء الفرنسي بهذا التكييف على إطلاقه، ولاسيّما فيما يتعلّق بتأثير التعديلات الطارئة على قواعد تسيير المرافق العامة، والتي ستسحب بالضرورة على عقود المنفعين من هذه المرافق، حيثُ قررت محكمة النقض الفرنسية، أن مثل هذه التعديلات تُطبّق على العقود المبرمة مسبقاً، والتي مازالت قيد السريان.

٣- **موقف التشريعان السوري والمصري:** تبنّى القانون المدني السوري والقانون المدني المصري التكييف العقدي لعلاقة المنتفع بالمفوض إليه، وقد جاء ذلك في المادة (٦٣٥) من القانون المدني السوري^٢، والتي نصّت على أنّه: "ملتزم المرافق العامة يتعهّد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله، أن يؤدي لهذا العميل، على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيه ما يُنظّم هذا العمل من القوانين"، فرأى أن العقد المدني بين المنتفع والملتزم، يخضع للعقد التنظيمي الإداري المبرم

١. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٤.

٢. المادة (٦٦٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨: "ملتزم المرفق العام يتعهّد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما يُنظّم هذا العمل من القوانين"؛ د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "BOT" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٩.

بين الملتزم والسلطة الإدارية، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستوري.

ويترتب على ذلك أن العقد المدني بين المنتفع والملتزم لا يخضع لعقد الالتزام التنظيمي فحسب، بل يتضمن العقد التنظيمي وقت إبرام العقد المدني، وجميع ما يلحق هذا العقد التنظيمي من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية بما لها من سلطات في تنظيم المرافق العامة، وهذا ما قصد إليه المتعاقدان "المنتفع والملتزم" عندما أبرما العقد بينهما^١.

وبناءً عليه، فإن العقد المبرم بين المنتفع و"الملتزم" المفوض إليه، ينشئ حقوقاً شخصية لكل من الطرفين المتعاقدين، وكما هو الأمر في سائر العقود المدنية، فيكون للمنتفع الحق في أن تؤدي له الخدمات على الوجه المألوف، فيما يكون للملتزم الحق في تقاضي الرسوم من المنتفعين، ويكون هذا العقد خاضعاً، كما هي حرفة النص، للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل، وما ينظمه من القوانين^٢.

٤- موقف القضاء السوري: كما استقرّ مجلس الدولة السوري على أن الرابطة بين المفوض إليه في عقد امتياز المرافق العامة^٣، وبين طالب

١. د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٧٠.

٢. إبراهيم يوسف هرموش، آثار العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة دبلوم في العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٣، ص: ١٠٥.

٣. رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم (١٣٢) لعام ١٩٦٨، مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لعام ١٩٦٨، ص: ١٨٢، قرار محكمة النقض السورية رقم (٨٣٨) أساس (٨٩٠) تاريخ ١٩٦١/١٢/٢٦، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض السورية الغرفة المدنية في الأعوام ما بين ١٩٥٩-١٩٦٣، ص: ١٥٨.

الاستفادة من المرفق المدار بهذا الأسلوب، إنّما هي رابطة تدرج في نطاق قواعد القانون الخاص، ويَنعقد الاختصاص بشأن المنازعات الدائرة حولها لمحاكم القضاء المدني.

٥- موقف الفقه المصري: هناك جانبٌ من الفقه الإداري المصري، يؤيد التكيّف العقدي للعلاقة بين المنتفع والمفوّض إليه^١.

بينما ينفرد الدكتور "محمد فؤاد مهنا"، في عدّ العقد المبرم ما بين المنتفع والمفوّض إليه عقد إداري بالتبعية، لأنّه ملّحق بعقد الالتزام^٢، ويَجِب تبعاً لذلك أن يأخذ حكمه، فالملتزم عندما يُبرم هذا العقد يُعدّ مُمثلاً للسلطة الإدارية، ونائباً عنها لذلك وجب عدّ عقده إدارياً، وبرأيه فإن المصلحة تقتضي بأن يكون أمر النظر في المنازعات التي تنشأ عنه من اختصاص القضاء الإداري بوصفه القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فحقوق المنتفع وفق هذا الرأي، لا تستمد من العقد أو الاتفاق، الذي يتمّ بينه وبين المرفق، وإنّما تستمد من القواعد القانونية الخاصة بتنظيم المرفق، والتي يأتي على رأسها، عقد الامتياز، وقائمة الشروط الملّحة، ولذلك فإن عقد الامتياز لا يُعدّ عقداً بالنسبة للمنتفعين، وإنّما هو قانون يستمدون منه حقوقهم تجاه المرافق العامة، أما العقد أو الاتفاق الذي يتمّ إبرامه بين شركة الامتياز والمنتفع "عقد الاشتراك"، فتقتصر وظيفته على تعيين شخص المنتفع، والمكان الذي تقدّم فيه المنفعة، مدّة الانتفاع، ولا شأن له بتحديد موضوع الانتفاع إطلاقاً.

١. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥.

٢. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره،

ص: ١٧٦-١٧٨.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، لأن القول بالتكليف التعاقدى للعلاقة ما بين المنتفع والمفوض إليه، من شأنه التعارض مع أحد أهم المبادئ الأساسية التي تحكم عمل المرافق العامة، ألا وهو سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، في كل وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، لأن التسليم بهذا التكليف، سيحرم الإدارة من هذا التعديل، إذا لم تحصل على رضا المنتفع، عملاً بالقاعدة المدنية "العقد شريعة المتعاقدين"، وإضافة إلى أن القول أن حقوق المنتفعين إنما تستمد من عقودهم التي أبرموها مع شركة الامتياز قد يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، لأن السمة الأساسية في التقنية التعاقدية هي التفاوض من أجل الحصول على أفضل الشروط والمزايا، الأمر الذي قد يؤدي إلى اختلاف مراكز المتعاقدين وتنوعها، على عكس ما سيكون الأمر عليه فيما لو كانت هذه المراكز منظمة ومحددة بشكل قانوني ولائحي، إذ ستكون واحدة ومتساوية في مواجهة الكافة.

وبناءً على ذلك نعتقد أن المنتفع من خدمات المرافق العامة التي تدار بالامتياز، إنما هو في مركز قانوني موضوعي، تحكمه القوانين واللوائح المنظمة لعمل المرفق، أما الطلب الذي يقدمه المرشح للانتفاع من أجل الحصول على الخدمة، فما هو إلا طلب فردي شخصي يتم بموجبه إسناد المركز الموضوعي القانوني على هذا الشخص، بعد حصول الطلب على موافقة الجهة صاحبة الامتياز^١، وفي حقيقة الأمر لا نكون بصدد أي نوع من

١. إبراهيم يوسف هرموش، آثار العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٠٨.

التعاقد هنا، وكل ما في الأمر، أنه يحدث توافق بين إرادتين، إرادة الشخص مقدّم الطلب، وإرادة الجهة صاحبة "الامتياز"، على إسناد هذا المركز المنظّم قانونياً للمنتفع، إذ إن موافقة سلطة المرفق على تقديم الخدمة لمقدم الطلب ليس من شأنه أن ينشئ لهذا الشخص مركزاً ذاتياً مستقلاً، كما هي الحال في العقود، وإنما تمنحه حق الانتفاع بهذه الخدمة وفقاً للشروط والأحكام التي تسري على غيره من المنتفعين، دون أن يكون له الحق في مناقشة هذه الشروط والأحكام، أو تعديلها^١.

ثانياً- حق المنتفع في اقتضاء المنفعة أو الخدمة:

لا شكّ إن من أهم التزامات المفوض إليه مع الإدارة في عقد تفويض المرفق العام هو تقديمه للخدمات إلى المنتفعين سواء الذين ارتبطوا معه بعقد، أو لم يرتبطوا ولكن تقدموا بطلب الحصول على الخدمة كطالبي الانتفاع^٢، وذلك نظير رسوم معينة يتقاضاها الملتزم منهم^٣، وحق اقتضاء المنفعة أو الخدمة من المرافق التي تدار بطريق الالتزام يختلف في حالتين:

١- عندما يوجد عقد بين المفوض إليه والمنتفع يقدم من خلاله المفوض إليه

١. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥، ص: ١٢٦.

٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٨٨.

٣. وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصري وذلك في حكم لها صدر في ٢٥ آذار ١٩٥٦ بالقول: "... إن التزام المرافق العامة ليس إلّا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وتطبيقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور...".

خدمات المرفق الذي يديره، إلى المنتفع لقاء رسوم يتقاضاها منه، والعقد المبرم بين المنتفع والمفوض إليه هو من العقود المدنية التي تخضع للقانون الخاص، وهو يستند إلى عقد التفويض، بحيث لا يمكن أن يخرج عنه، فإذا امتنع المفوض إليه عن تقديم الخدمة للمنتفع الذي يرتبط معه بعقد، فإن للمنتفع الحق في اللجوء إلى القضاء المختص للمطالبة بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين المفوض إليه، وفقاً لقواعد وأحكام القانون الخاص^١.

٢- وهي حالة عدم وجود عقد بين المفوض إليه والمستفيد، وامتناع المفوض إليه عن تقديم الخدمة لطالب الانتفاع.

وهذا الأمر يثير تساؤلاً مفاده: هل باستطاعة طالب الانتفاع اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بإلزام المفوض إليه بتوريد المنفعة أو الخدمة له شخصياً؟

ينبغي أولاً التذكير أن هناك طريقاً غير مباشر يستطيع من خلاله طالب الانتفاع الحصول على المنفعة أو الخدمة، فإذا ما امتنع المفوض إليه من تقديم الخدمة له، وتحققت جميع الشروط لديه، عندها يجوز له اللجوء إلى السلطة الإدارية مانحة التفويض، ويطلب فيها إلزام المفوض إليه بتقديم الخدمة له، فإن رفضت الإدارة ذلك صراحة أو ضمناً فيمكن له الطعن بقرار الإدارة الصادر بالرفض الصريح أو الضمني أمام قاضي الإلغاء^٢، وإذا كان الحكم الذي يصدر من القاضي الإداري يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه دون

١. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٤.

٢. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٤.

أن يتعرض للنتائج التي تترتب على هذا الإلغاء، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد جرى مع ذلك على تضمين الحكم الذي يصدره بالإلغاء ودعوة السلطة التنفيذية إلى القيام بما يستلزمه تنفيذ حكم الإلغاء، وأما بالنسبة لإمكانية لجوء طالب الانتفاع إلى القضاء للحصول على حكم بإلزام المفوض إليه بتقديم الخدمة له، فإن الفقهاء الفرنسيين اختلفوا في إمكانية القيام بذلك نتيجة الاختلاف في المراكز القانونية للأفراد تجاه المرافق العامة^١.

أ- **الفقه الفرنسي:** يذهب الفقيه "Jèze" و الفقيه "Duguît" إلى أن الفرد إزاء المرافق العامة هو في مركز قانوني يحكمه قانون المرفق سواء كانت إدارته مباشرة من قبل السلطة العامة أو غير مباشرة عن طريق الملتزم، ووفقاً لرأيهم فإن عقد التفويض بالنسبة للفرد المنتفع، أو الذي يطلب الانتفاع لا يعدّ عقداً، وإنما هو في منزلة قانون المرفق، حيث يقتصر دور هذا العقد على تعيين شخص المنتفع، والمكان الذي تقدم له فيه الخدمة وحدة الانتفاع.

وبناءً على ذلك فإن مركز الأفراد تجاه المرافق العامة بأنواعها المختلفة، لا يمكن أن يعدّ حقاً شخصياً يحوله اللجوء إلى القضاء بإلزام السلطة الإدارية أو الملتزم بتقديم الخدمة له شخصياً^٢، والفقيه الفرنسي "Bonnard" يرى في هذا الصدد أنه على الرغم من كون مركز الأفراد تجاه المرافق العامة هو مركز قانوني، إلا أنه لا يتعارض مع أن يكون للفرد حق شخصي يستمد من قانون المرفق، وبالتالي يمكن لطالب الانتفاع اللجوء إلى

١. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٢٨.

٢. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٤.

القضاء الإداري للحصول على حكم يلزم الإدارة أو شركة الامتياز بذلك، ومن جانب آخر يرى معظم الفقه الفرنسي أن حق الفرد الذي يطالب بالمنفعة أو الخدمة^١، يكون له حق شخصي تجاه المرفق، وبالتالي يستطيع اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يلزم الشركة صاحبة الامتياز بتقديم الخدمة^٢.

ب- **القضاء الفرنسي**: قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه في حكمه الصادر في ١٩٣٧/١١/٥ في قضية **"Union hy der o- Electrique de L'as oast"**: "أن طالب الانتفاع بخدمات المرفق العام إذا قضت شركة الامتياز برد طلبه، فله أن يلجا إلى القاضي المدني للحصول على حكم بأحقية في الحصول على الخدمة التي يقوم بأدائها".

ثالثاً- **حق المنتفع مقاضاة المفوض إليه (طعون المنتفعين في مواجهة المفوض إليه):**

للمنتفعين "طالبي الانتفاع والمنتفعين الحقيقيين" المصلحة الأكبر في تنفيذ المفوض إليه للعقد، سواء أكان عقد التفويض أم العقد الذي يربطه بالمنتفع بالشكل الصحيح والأمثل، ودون المساس على حقوقهم من المرافق المدارة بهذا الأسلوب^٣، ولذلك فإن عدم تقيد المفوض إليه بالشروط العقدية،

1. Jèze، Essai D'une théorie sur le fonctionnement des services publics. R.D.P. 1902، p:26. ،Duguit: De la stuation des particuliers aligard des services publics، R.D.P. 1907، p:411.

2. P. Bunnard، précis de droit adminstruliers 4emeed، 1945، p:315.

٣. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص:١٢٨.

سواء في عقد التفويض أو في العقد الذي يربطه بالمنتفع، أو إخلاله بالمبادئ التي تحكم عمل سير المرافق العامة، من شأنه أن يُخَوِّل المنتفعين حق اللجوء إلى القضاء، لمقاضاة المفوض إليه، وإجباره على تنفيذ هذه الشروط، وللمنتفعين في هذا الصدد دعوى ثنائية أمام القضاء، إحداها أمام القضاء الإداري "الطعن لتجاوز السلطة"، والأخرى أمام القضاء العادي "دعوى تنفيذ عقد الاشتراك".

١ - طعون المنتفعين أمام القضاء الإداري:

للمنتفعين الحق في الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد المفوض إليه في حالة مخالفة الأخير لكراسات الشروط التنظيمية في عقد الالتزام، وإن المنتفع لا يملك الطعن بالإلغاء "لتجاوز السلطة" بطريقة مباشرة في حالة مخالفة المفوض إليه للشروط الواردة في عقد التفويض، والسبب في ذلك هو أن الطعن بالإلغاء لا يمكن أن يوجه إلى القرارات الإدارية التي تُصدرها الإدارة^١، وبالتالي فإن الإجراءات التي يتخذها المفوض إليه وتكون مخالفة لشروط العقد فإنها لا تكون محلاً للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري بحسبان أن المفوض إليه لا يُعدّ جهة إدارية والإجراءات التي يتخذها لا تأخذ شكل القرار الإداري^٢.

١. يعود حق المنتفع باللجوء إلى القضاء الإداري، من وجهة نظر الفقهاء الفرنسيين إلى وجود بعض الشروط التنظيمية التي تحكم أداء الخدمات للمنتفعين في عقد التفويض، وبالتالي فإن مخالفة الإدارة أو المفوض إليه لها لا يُعدّ خطأ تعاقدياً فحسب بل هو مخالفة لقاعدة لاثية واردة في العقد.

٢. د. عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٧، ص: ١٧٤.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحق لأول مرة أثناء نظره في قضية التزام في مدينة "بورديو"، حين ألغت أحد خطوطها الذي يُخدم حياً من أحياء المدينة، فقام عميد كلية الحقوق: **"Duguít"** بتكوين نقابة من الملاك ودافعي الضرائب في الحي المشار إليه، وطالبوا المحافظ بالتدخل لإرغام الشركة على الاستمرار في تسيير الخط، ولمّا رفض الاستجابة للطلب رفعت الجمعية دعوى بإلغاء قرار المحافظ، فقبل المجلس الدعوى استناداً إلى صفتهم كمستفيدين من مرفق عام، ومنذ ذلك الحين عمل مجلس الدولة على قبول الدعاوى التي يرفعها المستفيدون من خدمات المرفق العام^١.

وأيضاً أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا الحق في قضية شركة امتياز نقل الركاب في مدينة "بورديو" الفرنسية، إذ تتلخص وقائعها في أن بلدية "بورديو" قد منحت إحدى الشركات امتياز نقل الركاب داخل المدينة بوساطة عربات تجرها الدواب، وفقاً لخطوط معيّنة حددت في عقد الامتياز، ثمّ عدلت هذه الشروط بعد ذلك، وأبيح للشركة استبدال النقل بالدواب بالنقل بالكهرباء، ما جعل الشركة تُدخل تعديلات جديدة على خطوط سير التزام وتترتب على ذلك حرمان سكان حي **"Groix De Guey"** من أحد هذه الخطوط، ما دفعهم إلى تقديم طلب إلى مدير المقاطعة يطلبون منه إجبار المفوض إليه أو الشركة صاحب الامتياز احترام شروط العقد وإعادة الخط القديم، إلّا أن مدير المقاطعة قد رفض ذلك.

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٠٦/١٢/٢١، مشار إليه لدى د. عبد الله طلبية، الرقابة

القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٩.

بناءً على ذلك طعن المنتفعون أمام مجلس الدولة الفرنسي طالبين بإلغاءه، وقبل المجلس الطعن بهذا القرار بتاريخ ١٢/٢١/١٩٠٦، الذي أجاز للمنتفعين الطعن على قرار مدير المقاطعة الراض للتدخل لدى المفوض إليه لإجباره على احترام كراسات الشروط التنظيمية^١.

وقد سحب مجلس الدولة الفرنسي نتائج المبدأ الذي قرره في هذا الحكم، على طائفة أخرى غير المنتفعين^٢، وهي طائفة العمال الذي يستعين بهم المفوض إليه في تسيير مرفقه، وهؤلاء العمال هم أجراء يخضعون لعقد العمل، ولكن كثيراً ما تشترط الإدارة لهم في عقد الالتزام أو الأشغال العامة شروطاً لمصلحتهم^٣، وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على تحويل النقابات الممثلة لأولئك العمال حق طلب إلغاء القرارات الصريحة أو الضمنية الصادرة عن

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٣.

٢. إذا كان العقد المبرم بين الملتزم والمنافع عقداً مدنياً تخضع منازعاته للقضاء العادي فإن الدكتور محمد فؤاد مهنا يرى: "أن العقد المبرم بين المنافع وشركات الامتياز يختلف اختلافاً جوهرياً عن العقود المدنية فلا تكاد تلمس إدارة المنافع أثراً في تحديد الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه، ومعظم الشروط التي يتضمنها هذا العقد هي في الواقع شروط منقولة عن عقد الامتياز أو عن قانون المرفق بصفة عامة، وإذا عدلت شروط عقد الامتياز أو القواعد الخاصة بتنظيم المرفق فإن التعديل يسري حتماً على المنافع ولو خالف التعديل ما هو وارد في العقد الخاص به، وإذا كان هو شأن العقد الذي يتم بين المنافع والمرفق فلا ندري كيف يمكن اعتباره عقداً مدنياً، أنه في الحقيقة مرتبط كل الارتباط بعقد الامتياز وبالقواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق... وإذا كان عقد الامتياز بطبيعته عقداً إدارياً فإنه يكون من غير المقبول أن تعتبر عقد الانتفاع بخدمات المرافق العامة عقداً مدنياً بحتاً وهو يكاد يكون جزءاً مقتطعاً عن عقد الامتياز ذاته".

٣. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢١٤.

الإدارة، والتي تتضمن خروجاً على تلك الشروط، ومن المسلّم به اليوم أن هذا الحق في الطعن قد أدى إلى احترام الإدارة والمفوض إليه على حد سواء للالتزامات التي تقع على عاتقهما والمنصوص عليها في عقد التفويض، وتختلف أنواع الدعاوى التي يحق للمنتفعين رفعها أمام القضاء الإداري وأهمها:

أ- دعاوى الإلغاء المرفوعة من المستفيدين من خدمات مرفق ضد القرارات المتعلقة بتنظيم سير عمل المرفق متى كانت هذه القرارات مخالفة للقانون ومثال ذلك ما جاءت به المادة (٣) من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة في مصر، والتي نصّت على عدم جواز زيادة أرباح الملتزم عن (١٠) % من رأس المال الموظف سنوياً، فلو أن قراراً صدر وأعطى الحق له بتجاوز صافي أرباحه الـ (١٠) % من رأس المال كان القرار باطلاً نظراً لمخالفته القانون، وتكمن مصلحة المنتفعين في هذه الحالة بحسبان أن ما زاد عن صافي الأرباح المحددة للملتزم يخصص لتحسين المرفق أو خفض أسعار الخدمات^١.

ب- دعاوى المستفيدين المتعلقة بطلب إلغاء القرارات الإدارية السلبية الصادرة عن الجهة العامة المختصة، والمتعلقة برفض هذه الجهة إجبار المفوض إليهم باحترام شروط عقد التفويض^٢.

١. د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢٢.

٢. د. عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢٧.

ومثال ذلك الطعن بالقرار السلبي الناتج عن رفض الجهة العامة طلب المنتفع بتعديل الأسعار وفق ما نصّت عليه المادة (٢) من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ في مصر.

ج- دعاوى المستفيدين من خدمات المرفق المُتعلّقة بعدم تمكينهم من الانتفاع بخدماته رغم استيفائهم للشروط المطلوبة^١.

ويحدث ذلك في حال عدم وجود علاقة مباشرة بين المفوض إليه والمنتفع، فلا يكون من سبيل أمام المنتفع سوى مراجعة الإدارة لتجبر المفوض إليه على احترام نصوص العقد والقانون، ومبادئ سير المرافق العامة^٢، وبالأخص مبدأ المساواة ومثال ذلك أن يمنع المفوض إليه أحد الأشخاص من الانتفاع بالمرفق على الرغم من استكمال جميع الشروط المطلوبة، واستعداده لدفع كامل الأتاوات، فإذا رفضت الإدارة إجبار المفوض إليه، ينشأ قرار إداري سلبي، يستطيع المنتفع الطعن بعدم مشروعيته، إلا أن هذا الحق المقرر للمنتفعين لا يسري على شروط عقد التفويض الأصلي ذات الطابع التعاقدية، لأنها تخص المفوض إليه والجهة العامة، ولا تمتد إلى المنتفعين بالمرفق، وبالتالي لا يستطيع المنتفع الطعن فيها.

ومثال ذلك الشروط المُتعلّقة بنفقات الرقابة والحراسة بحسبانها شروط تعاقدية تتعلّق بالعلاقات المالية بين الجهة العامة والمفوض إليه، ولا علاقة لها بتحديد التعرفة، فلا يجوز الطعن فيها من جانب المنتفعين^٣، وقد تطوّر

١. د. عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢٧.

٢. د. إبراهيم الهندي وآخرون، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢١٨.

٣. د. إبراهيم عبد اللطيف الدسوقي الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٥.

قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال نظره بالدعاوى المرفوعة أمامه من قبل المنتفع، فبعد أن كان يُحيل الدعوى إلى قاضي العقد للحصول على حكم بتفسير النص الذي يستند إليه المنتفع في طلب الإلغاء، أصبح هذا المجلس يقوم نفسه بالتفسير والإلغاء.

وأخيراً لابدّ من التنويه إلى أن المنتفع لا يمكنه رفع دعواه إلا للمطالبة بمصلحة شخصية، تتمثل بوجود حق شخصي مصدره العقد المبرم مع المفوض إليه أو عقد التفويض الأساسي، أو القوانين النازمة للمرافق العامة، وذلك عند رفع الدعوى أمام القضاء العادي، وبوجود مصلحة جدية فقط ولو كانت أدبية، دون حاجة إلى وجود حق ذاتي عند رفع الدعوى أمام القضاء^١.

وبالتالي لا يحق للمنتفع رفع دعوى باسم جمهور المنتفعين للدفاع عن مصالحهم المشتركة، ما لم يؤلف هؤلاء المنتفعون جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حي معين، أو طائفة معينة من الناس، ويكون لها الشخصية المعنوية للتقاضي باسم الجماعة التي تمثلها.

٢ - الطعن أمام القضاء العادي:

يحق للمنتفع أيضاً اللجوء إلى القضاء العادي من أجل مقاضاة المفوض إليه، ولكن دعواه تكون مقصورة هنا على تنفيذ عقد الاشتراك المبرم بينه وبين المفوض إليه، ويستمد المنتفع حقه هذا من عقد الاشتراك والذي هو على ما استقر عليه الفقه والقضاء، رابطة تعاقدية من روابط القانون الخاص، تمنح صاحبها حقاً شخصياً، يُحوّله اللجوء إلى المحاكم المدنية للمطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض، حيث يلجأ المنتفع في حال إخلال المفوض

١. د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢٣.

إليه بتقديم الخدمات العامة المنصوص عليها في عقده مع المفوض إليه، وفي عقده مع المفوض إليه، وفي عقد التفويض الأساسي مبدئياً إلى القاضي المدني^١، وبحق للمنتفع المطالبة بالحقوق المستمدة من الأحكام التنظيمية للعقد الإداري بين الإدارة والمفوض إليه، ومن النصوص المتضمنة في عقد التفويض المتعلقة بتقديم الخدمة له.

وبالتالي يحق له المطالبة بالمساواة مع بقية المنتفعين، وبحقه بعدم دفع أكثر من السعر الذي تحدده الجهة العامة للخدمة^٢، كما يحق له منع المفوض إليه من المساس بالشروط المتعلقة بمصالحه وتعديلها، وبالأخص ما تعلق منها بالأتاوة ما لم تسبق بموافقة الجهة العامة عليها^٣، ولا يجوز للمنتفع أن يُقاضي المفوض إليه إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية، فليس له أن يرفع دعوى باسم جمهور العملاء ليدافع فيها عن مصالحهم الجماعية، إلا أنه يجوز أن تتألف جمعية أو نقابة، تكون مهمتها الدفاع عن مصالح سكان حي معين، أو طائفة من الناس وتكون لها الشخصية المعنوية التي تمكنها من التقاضي باسم الجماعة التي تمثلها^٤.

وبناءً على ذلك إذا دفع المنتفع رسوماً يتجاوز الحد المنصوص عليه في وثيقة الامتياز جاز له المطالبة بإنقاص مقدار الرسوم إلى الحد المسموح

١. د. إبراهيم عبد اللطيف الدسوقي الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٥٥.

٢. د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٩-٣٤٠.

٣. حكم محكمة الاستئناف المصرية، رقم (٢٨٧) لعام ١٩٥٢. مشار إليه لدى د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢٠.

٤. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٤.

به واسترداد ما دفعه زائداً على ذلك الفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائية، وللمنتفع من مرافق الماء والغاز والكهرباء إذا انقطعت عنه هذه الخدمات أن يُطالب المفوض إليه بأن يُعيد تقديم الخدمة له باستمرار وانتظام وفقاً لما يقضي به نظام المرفق، وقد قضت محكمة استئناف مصر في (١٤) آذار ١٩٥٢ أنه: "يجوز للمنتفع مقاضاة صاحب الامتياز إذا ما هو أخلّ بأحد شروطه التي تمس مصلحة المنتفع مباشرة، إذا ما أصابه ضرر شخصي من هذا الإخلال.."، وحكم القاضي في حال لجوء المنتفع إليه لا يخرج من إحدى الفرضيتين: فإما أن يحكم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض^١:

أ- **تنفيذ الالتزام كما هو وارد في العقد:** ويُقصد به محو ما أصاب المنتفع من ضرر إن كان ذلك ممكناً، بحسبان أن إعادة الحال إلى ما كان عليه خير من الإبقاء على الضرر مقابل مبلغ من المال، ويشترط حتى يستطيع القاضي الحكم بالتنفيذ العيني الآتي:

(١) أن يكون ممكناً.

(٢) ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين "المفوض إليه"، فإذا كان الضرر يلحقه هذا التنفيذ بالمفوض إليه، يفوق الضرر الذي أصيب به المنتفع فلا محل لإجبار المدين "المفوض إليه" على التنفيذ العيني.

(٣) أن يكون حسبما تقتضيه الظروف.

(٤) أن يطلبه المنتفع المضرور.

ومن الأمثلة على التنفيذ العيني حق المنتفع باسترداد ما دفع زيادة عن

١. عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٥٣.

السعر الذي تحدده الجهة العامة للتعرفه، وحقه بطلب التوقف عن الإخلال بمبدأ المساواة بين رافع الدعوى والمنتفعين الآخرين متى أخلّ المفوض إليه بهذا الواجب^١.

ب- **التعويض:** يستند حق المنتفع بالمطالبة بالتعويض على المبدأ القائل: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض"^٢، أي أن للمنتفع الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء إخلال المفوض إليه بالتزاماته نحوه، وهذا ما أكدّه المشرّع السوري ونظيره المصري حين نصّا على: "...وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة"^٣.

وحق التعويض هذا ينظر فيه القاضي المدني لا القضاء الإداري كما ذكرنا سابقاً، وأكّدت على ذلك الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري: "...عدم اختصاص الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة لإبداء الرأي بشأن التعويض عن قيمة الطرد الذي تلف بسبب سقوطه في البحر، لأن ذلك هو من اختصاص القضاء المدني، فلقد استقرّ الاجتهاد المقارن على أن الرابطة بين الملتزم في عقد امتياز المرافق العامة، وبين طالب الاستفادة من المرفق المدار بهذا الأسلوب، إنّما هي رابطة تتدرج في نطاق قواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالشؤون الدائرة حولها

١. د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٢١.

٢. المادة (١٦٤) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٣. المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري، المادة (٦٨٠) من القانون المدني المصري.

لمحاكم القضاء العادي "المدني"^١، ويؤثر التعويض على المقابل المالي المستحق للمفوض إليه، بحسبان أن أي مبلغ يدفع للمنتفع كتعويض ينقص من هذا المقابل، ولاسيما أن التعويض يشمل تعويض الضرر الحاصل ويغطي الخسارة الفائتة.

ولابدّ من التنويه أخيراً إلى أن العقد المدني ذا ارتباط وثيق بعقد التفويض الذي يحكم كل اتفاق يُبرمه المفوض إليه مع المنتفعين، وبالتالي كل نزاع يتوقف حسمه على مشكلة تتعلق بشكل مباشر بعقد التفويض تُعدّ مسألة أولية يجب أن تُحال إلى القضاء الإداري، والسبب في ذلك أن النظر في المسائل المتعلقة بعقد التعويض يخرج الاختصاص الوظيفي للقضاء المدني، ويدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، والقاعدة العامة تقضي أنه عند عرض أي مسألة لا تدخل في اختصاص المحكمة النازرة في الدعوى، كالمسائل المتعلقة بعقد التفويض، توقف الخصومة في الدعوى إلى أن يبت في المسألة التي علق عليها الوقف^٢، وهذا ما أكدّه القانون المدني السوري ونظيره المصري حين نصّا على: "في غير الأحوال التي نصّ فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً، يكون للمحكمة أن تقرر وقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم"^٣.

١. الرأي رقم (١٣٢) لعام ١٩٦٨ مشار لدى د. عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧٦.

٢. د. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، جزء أول، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦، ص: ٥٠٤.

٣. نصّ المادة (١٦٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، المادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

رابعاً- حق المساواة بين المنتفعين:

١- الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة: يجد أساسه القانوني من المبدأ العام الذي يهيمن على جميع دساتير العالم^١، والذي يقضي بوجود المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات، وقد جاء هذا المبدأ على رأس قائمة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩^٢، وأعطاه المجلس الدستوري الفرنسي ودستور الجمهورية الخامسة في فرنسا عام ١٩٥٨ في المواد (١) و (٣)، مكانة وأهمية كبيرة حيث عدّه حق من الحقوق المُكرّسة دستورياً.

وفي مصر فقد استمد مبدأ المساواة أمام المرافق العامة من المبدأ العام الذي نصّ عليه دستور ٢٠١٤، وجاء المبدأ نفسه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^٣، والذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في (١٠) كانون الأول عام ١٩٤٧، وهو أيضاً ما أخذ به الدستور السوري عام ٢٠١٢^٤.

١. يهدف إنشاء المرافق العامة إلى إشباع حاجات عامة جماعية لجميع المواطنين، ولا يستطيع النشاط الفردي إشباعها، فالمرفق العام لم يوجد إلّا ليقدم للمجتمع حاجة من الحاجات العامة، وذلك بصرف النظر عن شخصية أو أصل أو دين أو رأي من تُقدم له هذه الحاجة، ولذا فمن الطبيعي أن يتساوى الجميع أمامه بغير تمييز بسبب الأصل أو اللغة أو الدين؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٥.

٢. نصّ المادة (١) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩: "يولد الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء"، والمادة (٦) أعلنت المساواة أمام القانون، والمادة (١٣) أكّدت على المساواة أمام الضرائب.

٣. تنصّ المادة (٥٣) من الدستور المصري ٢٠١٤ على أنّه: "المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

٤. تنصّ المادة (١٩) من الدستور السوري ٢٠١٢ على أنّه: "يقوم المجتمع في الجمهورية العربية السورية على أساس التضامن والتكافل واحترام مبادئ العدالة الاجتماعية والحرية والمساواة وصيانة الكرامة الإنسانية لكل فرد".

٢- موقف التشريعات من مبدأ المساواة المنتفعين:

أكدت التشريعات المدنية ضرورة تطبيق المساواة بين المنتفعين ومنها القانون المدني المصري إذ نصّ في المادة (٦٧٠) منه: "إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور، ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام، ولكن المساواة تُحرّم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها لآخرى وكل تمييز على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة، يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة^١".

وبذلك يُمكن للمنتفع أن يقاضي الملتزم في حالة إخلال الأخير بمبدأ المساواة أمام القضاء المدني كما يُمكن له اللجوء إلى الإدارة مانحة للامتياز يطلب منها إجبار المفوض إليه على احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين فيما يخص الخدمات أو الرسوم، فإذا رفضت الإدارة ذلك أو سكنت عن إجابته فيمكن للمنتفع، والحالة هذه الطعن بقرار الإدارة الصادر بالرفض الصريح أو الضمني أمام قاضي الإلغاء^٢، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه في جميع الحالات التي يطعن فيها المنتفع بالإلغاء ضد القرارات الصادرة بالرفض

١. الفقرة الثالثة من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٢. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٤.

الصريح أو الضمني للتدخل في إجبار الملتزم على احترام شروط عقد الامتياز وعدم الإخلال به، يكون غير ذي فائدة من الناحية العملية بالنسبة للمنتفع، فقاضي الإلغاء عندما يلغي مثل هذه القرارات، فإنه لا يلزم الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، وهذا ناجم عن كون قضاء الإلغاء من طبيعته مخاصمة القرار الإداري ذاته في حالة مخالفته للمشروعية، إذا علمنا أن هذه القرارات ليست هي مصدر الضرر الذي يتحمّله المنتفع بل الضرر الحقيقي ناجم عن إخلال الملتزم بشروط العقد.

ولذلك في تقديرنا ينبغي للمحكمة في حالة إلغائها مثل هذه القرارات أن تأمر الجهة الإدارية المختصة بالعمل بمقتضى القرار، وتحقيق هذا الأمر يختصر الطريق أمام المنتفعين المتضررين بخلاف إذا ما لجؤوا إلى المحاكم المدنية، وما يترتب عليها من طول إجراءاتها حتّى يتمّ البت بالدعوى، والقضاء الإداري في فرنسا قد جرى على تضمين الحكم الذي يصدره بالإلغاء دعوة السلطة التنفيذية إلى القيام بما يستلزمه تنفيذ حكم الإلغاء.

وقد أكّد المشرّع السوري على وجوب تحقيق الملتزم "المفوض إليه" للمساواة التامة بين عملائه، سواء في الخدمات العامة، أو في تقاضي الأجور، حالة ما إذا كان محتكراً للمرفق العام احتكراً قانونياً أو واقعياً^١، كما أكّد على أن أي تمييز فردي يقدمه المفوض إليه لأحد العملاء كأن يؤدي به قدراً أكبر من الخدمات مما يؤديه لساكني المنتفعين، أو أن يتقاضى منه رسوماً أقل من التعرفة المقررة يكون تمييزاً غير مشروع^٢، من شأنه الإخلال بالتوازن

١. الفقرة الأولى من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٢. الفقرة الثالثة من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

الطبيعي في المنافسة المشروعة.

وإذا كانت القاعدة في المساواة بين المنتفعين، بخدمات المرفق العام، إلا أن هذه المساواة ليست مطلقة، إذ لا يمكن إعمالها بين المنتفعين إلا إذا كانوا في مراكز قانونية مماثلة، وفي نفس الظروف، لأن اختلاف المراكز القانونية، وتباين الظروف بين المنتفعين يترتب عليه، بطبيعة الحال الاختلاف في الحقوق والواجبات.

فالمقصود بالمساواة، هي المساواة النسبية، وليس المساواة المطلقة، بمعنى المساواة في الحقوق والواجبات بين جميع من تتحقق فيهم الشروط اللازم توافرها للتمتع بالحق أو للالتزام بالواجب^١، ولذلك فإن المساواة لا تحول دون أن هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة كل من يطلب ذلك ممن توافرت فيه الشروط المحددة التي يحددها الملتزم بوجه عام^٢، ومثال ذلك أن تُمنح الشركة الملتزمة للسكك الحديدية الإعفاء من دفع الأجر لموظفيها الذين يستوفون شروطاً معينة، ومثل ذلك أيضاً أن تمنح الشركة الملتزمة للنقل تخفيضاً في الأجور لتلاميذ المدارس ولطلاب الجامعات^٣.

١. المادة (٢١٦) من مجموعة المبادئ التي قررها قسم التشريع بمجلس الدولة المصري في خمس سنوات من أكتوبر ١٩٧٠ ولغاية ديسمبر ١٩٧٤.

٢. الفقرة الثانية من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٣. في مصر أنشأ قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لعام ٢٠٠٦، ونصّت المادة (١٢) منه: "أن ينشأ لتطبيق هذا القانون جهازاً يُسمّى "جهاز حماية المستهلك" يهدف إلى حماية المستهلك وصون مصالحه وتكون له الشخصية الاعتبارية العامة ويتبع الوزير المختص، فإذا كان هناك تقصير من المستثمر أو شركة المشروع أو مغالاة في تأدية الخدمة للمنتفعين أو المستهلكين، فمن حق هؤلاء التقدم بشكوى ضد شركة المشروع إلى هذا الجهاز"، وفي سورية نفس مضمون المادة (٢) من القانون رقم (١٤) لعام ٢٠١٥ حول التجارة الداخلية وحماية المستهلك.

وعليه فإن تقرير بعض الامتيازات لمن تتوفر فيهم شروط محددة يضعها المفوض إليه بالاتفاق مع الإدارة، لا يتنافى ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، طالما وجد نص قانوني يسمح بذلك، وهو نص قانوني يسمح بذلك، وهو نص الفقرة الثانية من المادة (٦٣٦) من القانون المدني السوري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٣- المساواة القانونية بين المترشحين للانتفاع بخدمات المرفق العام:

يُفرق القضاء الإداري بين المساواة القانونية والمساواة الواقعية أو الفعلية، فالمساواة القانونية هي حق كل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية للانتفاع بخدمات المرفق، دون تمييز طبقي أو اجتماعي أو لاعتبارات سياسية أو دينية أو عرقية أو لاعتبارات الجنس، إلا أن طلب المساواة القانونية لا يحول دون عدم قيام مساواة واقعية أو فعلية، ذلك لاختلاف الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لفئات المجتمع، أي يجب أن يتساوى الناس جميعاً الذين ينتسبون لنفس المركز القانوني دون تمييز، وذلك من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية، وهو ما نصت عليه جميع الدساتير والقوانين المختلفة لمعظم الدول.

وعلى هذا الأساس لا يجوز للإدارة أن تقيم أي تفرقة بين طالب الانتفاع بخدمات المرفق العام، الذين توافرت فيهم الشروط القانونية، وإلا عدّ تصرفها غير مشروع ويُشكل إخلالاً لمبدأ المساواة، حيث يراقب القضاء الإداري عادة القرارات المتعلقة بمبدأ المساواة القانونية، وفي هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي في مجال تولي الوظائف العامة بأن المقصود بعدم المساواة هو عدم المساواة القانونية، حيث يلغي المجلس القرارات المتعلقة بالإخلال بمبدأ المساواة القانونية فقط^١.

١. د. موسى مصطفى شحادة، مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة وتطبيقاته في أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد (١٦)، الجزائر، ٢٠٠٢، ص: ٢٠١.

٤ - المساواة الواقعية أو الفعلية بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة:

تقتضي المساواة أمام المرفق العام الالتزام بالمساواة بين المواطنين كافة المتقدمين للانتفاع بخدمات المرفق العام، والذين تتوفر فيهم الشروط القانونية، عندها يصبحون منتفعين لما يقدمه هذا المرفق.

والقاعدة العامة هي تساوي جميع المنتفعين لخدمات المرافق العامة، بحيث يجب أن تقدم إليهم هذه الخدمات بطريقة موضوعية ومتساوية وفقاً للقوانين واللوائح، دون أي تفرقة أو تمييز لأي سبب من الأسباب، وتتجلى هذه المساواة التي تُعدّ مساواة واقعية أو فعلية في مظهرين وهما المساواة المادية والفكرية^١.

١. أ- المساواة المادية: وتعني أن الخدمات التي يقدمها المرفق العام للمنتفعين يجب أن تكون من طبيعة واحدة، ولها ذات القيمة والأهمية، فعلى سبيل المثال خدمات المرافق العامة الصناعية والتجارية. يجب أن تكون واحدة سواء من حيث الكم أو الكيف؛ مثل مؤسسة الكهرباء والغاز والمؤسسة الجزائرية للمياه، تبرم عقود الإذعان مع المتعاملين معها وتضع وفقاً لهذه العقود بنود وشروط لنفاذ تعصبها في معاملة المنتفعين، وتخضع هذه العقود لرقابة الدولة قبل طرحها للتعامل بها مع المواطنين، وهذا من تاريخ إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم وتمييز في حق الطرف المتعاقد مع هذه المؤسسات، وفقاً لما تقتضيه العدالة والقانون.

ب- المساواة الفكرية: وتتحقق هذه المساواة عن طريق الحياد التام للمرافق العامة في معاملة المنتفعين بحيث يتلقون خدمات بصفة مستقلة عن اتجاهاتهم الفكرية وعقائدهم، وبالتالي فإن أي تمييز أو تفرقة في المعاملة تجريها الإدارة بين المنتفعين الفعليين الموجودين في المراكز القانونية نفسها ونفس الظروف، تُعدّ غير مشروعة وهذا ما استقر عليه فقهاء القانون العام والقضاء الإداري في معظم الدول كفرنسا ومصر. أما المنتفعين الذين يوجدون في مراكز قانونية مختلفة، فمن المعقول أن تعاملهم الإدارة معاملة غير متساوية استناداً إلى مراكزهم القانونية ويُعدّ تصرف الإدارة حينها مشروع وغير مُخلّ بمبدأ المساواة، إذ إنه لا يعقل أن يتساوى منتفعين مختلفين في ظروفهم ومتفاوتين في مراكزهم القانونية، وهذا ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في أحكام عديدة، وعلى هذا الأساس تميّز الإدارة بين المنتفعين المختلفين في أماكن إقامتهم كالتمييز بين سكان المدن وسكان القرى في تقديم الخدمة والرسم المقابل لها، كذلك يتم التمييز بين المنتفعين استناداً لنوع الخدمة المعتمدة من جانب المرفق العام، كالتمييز بين ركاب الدرجة الأولى وركاب الدرجة الثانية في وسائل النقل كالطائرات والقطار.

المطلب الثاني

إشكالية حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة مانحة التفويض

من المستقر عليه أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلّق بإعداد المرفق العام، وتشغيله، وإدارته، غير أن هذه السلطات ليست بحقوق مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركها، ولكنها تُعدّ حقوق مقررة أصلاً لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم روابط مباشرة، ولذلك فإن أيّ تقصير من المفوض إليه في تمكين المنتفعين من اقتضاء خدمة المرافق العامة، يُخوّل هؤلاء أن يطلبوا من الإدارة التدخّل لإجباره على احترام شروط عقد التفويض^١، وتظهر حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة، في الأمور الآتية:

أولاً- حق مطالبة الإدارة بالتدخّل لدى المفوض إليه لاحترام شروط العقد:

إذا كان المفوض إليه في عقد تفويض المرفق العام هو المسؤول عن إدارة المرفق، وعن تقديم خدماته للجمهور فإن ذلك لا يعني تخلي السلطة الإدارية المانحة لهذا التفويض عن واجباتها الرئيسية المتمثلة في تنظيم المرافق العامة، حيث تكون لها الكلمة العليا في ذلك، وهذا الأمر تتمتع به الإدارة سواء أكانت إدارة المرفق مباشرة من قبلها أم عن طريق عقود التفويض^٢، ويحق للمنتفعين أن يطالبوا الإدارة بالتدخّل من أجل إجبار المفوض إليه على احترام شروط عقد التفويض إذا ما قصر في تنفيذها، أو إذا ما أخلّ بقاعدة

١. د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "BOT" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره،

ص: ٨٨.

٢. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٦.

المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق، فدفتر الشروط الخاص في عقد التفويض يُعدّ من طبيعة لائحية بالنسبة إليهم، ذلك أنّه إن كان القائم على إدارة المرفق العام واستغلاله شخص خاص، إلّا أن موضوع العقد في النهاية هو المرفق العام الذي يجب أن يخضع في إدارته واستغلاله للمبادئ العامة التي تحكم تنظيم وتسيير المرافق العامة^١.

فالدولة وهي المُكلّفة أصلاً بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج المفوض إليه في إدارته، من أن يكون معاوناً لها، ونائباً عنها في أمر هو أخص خصائصها، ولذلك فإن على هذا المفوض إليه أن يخضع للأحكام والقواعد التي يجب على الإدارة احترامها في تسييرها للمرافق العامة، ولعلّ من أبرز هذه القواعد قاعدة المساواة بين المنتفعين، وقاعدة الاستمرار في الأعمال بصورة مضطربة ومنتظمة، وقاعدة توفيق نظام سير المرفق العام مع الحاجات المطلوب منه تأمينها، وتطويره تبعاً للتحوّلات والتبدّلات الاقتصادية والاجتماعية، إضافة إلى ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^٢، فالمتعاقد مع الإدارة إذاً يجب أن يضع نصب عينيه وجوب ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، مع وجوب تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولو اقتضى ذلك تعديل نصوص العقد الإداري.

وبناءً على ذلك فإن أيّ تقييد من المفوض إليه في أداء الخدمة، أو إخلاله بقاعدة المساواة بين المنتفعين، أو امتناعه عن تقديم الخدمة لمن

١. د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١٤.

٢. د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "BOT" والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٨.

توفرت لديه شروط الحصول عليها، من شأنه أن يُحوّل المنتفعين حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى المفوض إليه لاحترام شروط العقد، فإذا ما أجابت بالرفض، أو امتنعت عن التدخل مدة سنتين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، كان ذلك في منزلة قرار إداري، يُمكن لذوي المصلحة "المنتفعين" الصادر بالرفض الصريح أو الضمني الطعن فيه بالإلغاء^١، شأنه شأن أي قرار إداري آخر، وإذا كانت هذه الحالة تتشابه وحالة حق المنتفعين في مقاضاة المفوض إليه عند إخلاله بشروط عقد التفويض، فإن الأخيرة في حقيقتها تُعدّ طريقاً غير مباشر لمقاضاة المفوض إليه، حيثُ يمتلك المنتفعون في الأصل حق اللجوء إلى القضاء العادي لإجبار المفوض إليه على احترام شروط العقد المبرم بينه وبين المنتفع^٢.

وإن حق المنتفعين في مطالبة الإدارة بالتدخل يثير تساؤلاً عن مدى أحقيتهم في اللجوء إلى القضاء الإداري، والطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة في علاقاتها بالملتزم، والمتضمنة الإخلال بشروط عقد التفويض التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين؟

كانت القاعدة العامة في بداية الأمر في القانون الإداري تقتضي بعدم إمكانية الاستناد إلى شروط عقد من العقود الإدارية توصلًا إلى إلغاء قرار إداري بحجة أن القرار الإداري لا يتفق وشروط العقد، ومرجع هذه القاعدة هو أن قضاء الإلغاء في حقيقته يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية التي تتمثل بالقوانين والأنظمة، في الوقت الذي لا ترتب فيه العقود إلا التزامات

١. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢١٥.

٢. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٦.

شخصية يُؤدي الإخلال بها إلى اللجوء للقضاء الكامل، أو بعبارة أخرى قاضي العقد^١، وفي حال حكم "مجلس الدولة" بإلغاء القرار المذكور، فإن تنفيذ هذا الحكم، يوجب على الإدارة أن تتدخل وتلتزم المفوض إليه باحترام شروط العقد، وقد تقرر هذا الحق للمنتفعين بموجب أحكام عديدة لمجلس الدولة الفرنسي، لعل أبرزها قضية سكان حي قضية "Griox De Seguey"^٢.

وهكذا فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر على إعطاء المنتفعين الحق بإجبار الإدارة على إلزام الملتزم "المفوض إليه" باحترام شروط العقد اللائحية، كما أنه مستقر على إعطاء هؤلاء مكنة الطعن بالإلغاء في مواجهة قرارات الرفض، أو القرارات السلبية الصادرة عن الإدارة بهذا الخصوص.

ومبررات معظم الفقهاء في فرنسا ومصر حول حق المنتفع في ذلك مرده إلى الطبيعية اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الالتزام، فالأخير يتضمن نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تُنظم العلاقة بين الإدارة والملتزم، وأخرى لائحية تُنظم كيفية سير المرفق، وكيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وبالتالي فإن خروج الملتزم عنها لا يتضمن مجرد إخلال بالالتزام شخصي مرجعه العقد وحسب، بل إنه ينطوي على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد ما يجعل القرار غير مشروع، ومن ثم يكون لكل ذي مصلحة إرجاعه إلى نطاق المشروعية، ويرى الدكتور سليمان محمد الطماوي في هذا الصدد: "أن هذا التبرير هو الوحيد الذي يُمكن على أساسه الوصول إلى تمكين

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١٩٥.

٢. صدر الحكم بهذه القضية بتاريخ ١٩٠٦/١٢/٢١ مشار إليها لدى د. محمد فؤاد منها، حقوق

الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٢١٤.

أشخاص غريباء عن العقد الإداري^١، من الاستناد إلى شروطه للوصول إلى حكم بإلغاء قرار إداري، فالقرار الإداري في نطاق قضاء الإلغاء لا يمكن الحكم بإلغائه إلا لأسباب محددة على سبيل الحصر هي عيوب الشكل والاختصاص، ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف، والقرار الذي يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يُوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح، ومن ثم فإن المشكلة التي نحن بصدد حلها لا تتور عملاً إلا في نطاق عقود الامتياز التي تربط بين أطراف ثلاثة هم الإدارة مانحة الالتزام، والملتزم، ثم المنتفعون، أما في سائر العقود الإدارية فإن العلاقة يكون في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد...^٢.

وبالنسبة للقضاء الإداري في مصر فقد استقرت أحكامه على إقرار الطبيعة اللائحية لبعض شروط العقد الإداري وفقاً للأساس المذكور آنفاً حيث جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/١/٢٧: "أن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً.... وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام، والذي يتصل بالمرافق العام هو الذي يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدي فَيُعَدُّ تابعاً له..."^٣.

١. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، جامعة

القاهرة، ٢٠٠٣، ص: ١٣٤.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٩٥.

٣. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٧.

ثانياً- حق مقاضاة الإدارة لإلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد التفويض:

تختلف هذه الحالة عن سابقتها في أننا في الحالة السابقة كنا أمام مخالفة لشروط العقد من قبل المفوض إليه، إضافة إلى عدم تدخل الإدارة لإجباره على احترام شروط عقد التفويض، الأمر الذي أدى إلى تدخل المنتفعين والطعن بقرارها هذا، أما في هذه الحالة، فنحن أمام قرار صادر عن الإدارة نفسها ينطوي على مخالفة للشروط اللائحية الواردة في عقد التفويض، حيث يكون للمنتفعين الحق في الطعن بالقرارات التي تصدرها الإدارة والتي تتضمن مخالفة لشروط عقد التفويض، أو للنظام القانوني الذي يحكمه أمام قاضي الإلغاء، على أساس أن الإدارة هي التي خالفت شروط العقد، أو أي قاعدة قانونية أخرى، وليس المفوض إليه^١.

وإذا كانت للإدارة المتعاقدة الكلمة العليا في العقود الإدارية، بحيث تملك تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، وتُمارس الرقابة والإشراف، فضلاً عن فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، فإنها مع ذلك لا تستطيع أن تتخذ قرارات مخالفة لشروط العقد، أو لأي قاعدة قانونية، وهي إن اتخذت ذلك يكون لكل من المتضررين نتيجة ذلك الحق في الطعن بتلك القرارات^٢، وخصوصاً المنتفعين كونهم يمثلون الطرف الضعيف في ظل العلاقة الثلاثية التي يربتها

١. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٧.

٢. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٩.

عقد التفويض.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحق، وجاء الحكم الصادر في القضية المشهورة باسم قضية "Storch" بتاريخ (١٣) شباط ١٩٠٥، بالتطبيق العملي لهذا الحق، والتي تتلخص وقائعها في أن مدير مقاطعة "السين" قد أصدر قراراً إدارياً يُخَوِّل فيه شركة امتياز لنقل بالتزام حق استبدال العربات التي تسير تحت الأرض بعربات أخرى هوائية تسير فوق الأرض في منطقة باريس، وطعن السيد "Storch" في هذا القرار بصفته رئيساً لنقابة التجار والملاك، ففضى مجلس الدولة بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً على أساس عدم مخالفة القرار لنصوص عقد الامتياز.

وتبيّن من القرار المشار إليه آنفاً أنه على الرغم من رفضه موضوعاً إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، قد أرسى مبدأً يجوز من خلاله الطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة المخالفة لشروط عقد التفويض، وحق المنتفعين بالطعن ضد القرارات التي تصدرها الإدارة المخالفة لشروط عقد التفويض لا يقتصر على قيام الإدارة بعمل إيجابي، بل يُمكن الطعن بالقرارات الإدارية السلبية المتضمنة الرفض الصريح أو الضمني، فعندما لا تعيد السلطة الإدارية النظر في قوائم أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق عقب كل فترة زمنية، فيمكن للمنتفعين الطلب منها ذلك باعتبار هذا الأمر له أهمية بالنسبة لهم، فإذا رفضت الإدارة ذلك أو سكنت جاز للمنتفعين الطعن بالإلغاء ضد القرارات السلبية^١.

١. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤٠.

ثالثاً- حق إجبار الإدارة على تمكينهم من الاستفادة من عقد التفويض:

إذا كان المفوض إليه مكلفاً وفقاً لعقد التفويض بتقديم خدمات المرفق محلّ التفويض إلى المنفعين، أو إلى طالبي الانتفاع، فإن الإدارة تبقى أيضاً ملتزمة تجاههم، حيث يملكون حق اللجوء إلى قاضي العقد لاستصدار حكم بإجبار الإدارة على تمكينهم من الاستفادة من عقد التفويض وفقاً لنصوصه^١.

وقد أتى التطبيق العملي لهذا الحق من خلال ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية المواطن الفرنسي "Gay" بتاريخ ١٠/٢٩/١٩٢٦، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "Gay" كان قد تقدم بطلب إلى البلدية يطلب فيه تمكينه من الحصول على التيار الكهربائي من الشركة صاحبة الالتزام بمرفق الإضاءة، وعندما لم يجب طلبه، لجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم بأحقيقته لاقتضاء تلك الخدمة.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأحقية المرشح للانتفاع بطلب تنفيذ شروط عقد التفويض المقررة لصالحه، كما قرر أن حقه في هذا الشأن يُعدّ حقاً شخصياً مستمداً من العقد نفسه، وإنه تبعاً لذلك يكون قاضي العقد هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بهذا الحق^٢، وذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بحق المنفع في مقاضاة السلطة مانحة التفويض أمام قاضي العقد "القضاء الكامل".

وقد أسس المجلس قضاءه هذا على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة

١. د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٩.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٤٧.

الغير المعروفة في القانون المدني.

وقد تعرّض حكم مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية إلى انتقادات عنيفة من جانب أغلب الفقه، على أساس أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تُعطي للمستفيد الحق في مقاضاة المفوض إليه، وليس المشتراط "السلطة الإدارية مانحة التفويض"، ولذلك فإن غالبية الفقه تتجه إلى أنه ليس من حق المنتفع في عقود التفويض مقاضاة الإدارة أمام القضاء الكامل، والرأي الراجح يرجع ذلك إلى الطبيعة اللائحية لعقد التفويض بصفة خاصة، والعقود الإدارية بصفة عامة، حيث إن معظم النصوص اللائحية هي التي تجعل للعقود الإدارية آثاراً تمتد إلى الغير، ويقتضي التذكير في هذا الصدد أن المنتفعين أو طالبي الانتفاع لكي يستطيعوا التقاضي سواء في مواجهة المفوض إليه أو الإدارة يجب أن تكون لهم صفة في ذلك، فإذا كان التقاضي أمام المحاكم العادية فينبغي أن تكون لهم حقوق ذاتية أو شخصية، وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بين المنتفع والمفوض إليه، أما بالنسبة لطالبي الانتفاع فقد رأينا الرأي الراجح الذي يذهب إلى عدّهم في مركز شخصي ذاتي إزاء المرفق ولأجل أن تكون له صفة التقاضي، وبالنسبة للتقاضي أمام محاكم القضاء الإداري، وعلى وجه التحديد أمام قاضي الإلغاء، فلا يُشترط أن يكون للمنتفع حق ذاتي، بل يكفي أن تكون له مصلحة جدية ولو كانت هذه المصلحة أدبية، ولا يجوز للمنتفعين الدفاع إلا عن مصالحهم الشخصية، باستثناء طالبي الانتفاع خصوصاً في دعاوى الإلغاء فيمكن أن ينوب أحد في ذلك.

وبعد الانتهاء من دراسة إشكالات المفوض إليه والمنتفعين في هذا الفصل، سننتقل إلى الفصل الثاني لدراسة إشكالات السلطة الإدارية مانحة التفويض.

الفصل الثاني

الإشكالات التي تواجه الإدارة مانحة

التفويض

تتمتع السلطة الإدارية بوصفها الطرف مانح التفويض في عقود تفويض المرافق العامة بعدد من الحقوق المالية، فضلاً عن حقها في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ عقد التفويض، وسلطتها في توقيع جزاءات بحق المفوض إليه، كالغرامات المالية والتنفيذ العيني على حساب المفوض إليه، والإسقاط أو الفسخ.

وإن عقود تفويض المرفق يمكن أن تنتهي نهاية عادية بانتهاء مدتها^١، أو نهاية مبسرة قبل انتهاء مدتها^٢، ويثير انتهاء عقد تفويض المرفق العام إشكالات فيما يتعلق باسترداد المرفق العام، وأحكام التصفية المالية لعقد تفويض المرفق العام.

وسنبحث في إشكالات سلطة الإدارة مانحة التفويض، في المباحث الآتية وفقاً للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بالرقابة.

المبحث الثاني: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات.

المبحث الثالث: إشكالية إنهاء عقد تفويض المرفق العام.

١. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٧.

٢. د. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٤، ص: ٢٤٩.

المبحث الأول

إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بالرقابة

تتمتع الإدارة بمجموعة من السلطات التي تفرضها طبيعة المرفق العام موضوع عقد التفويض، ويمكن تحديد سلطات الإدارة في مجال عقود تفويض المرفق العام في سلطة الرقابة والتوجيه، حيث إن المشرع ينظم بشكل خاص الرقابة على هذه العقود^١، وسنقوم بدراسة تعريف سلطة الرقابة وأنواعها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه.

المطلب الثاني: أنواع الرقابة.

المطلب الأول

تعريف سلطة الرقابة والتوجيه

لا يقتصر حق الرقابة والإشراف للإدارة مانحة التفويض على مجرد التحقق من أن المفوض إليه يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وإنما يتعدى ذلك إلى تدخل الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد، وتوجيه المفوض إليه إلى استعمال طرق في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المفوض إليه إذا كان في ذلك صالح المرفق، ولا يكون هذا إلا في الحالات التي سكّنت العقد عن تنظيمها، وتحديد طرق معينة للتنفيذ، وإلا عدّ تدخل الإدارة في أوضاع التنفيذ في منزلة تعديلاً لشروط العقد^١.

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (١٥٦) تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٨ السنة (٣٥) ق.

أولاً- ماهية سلطة الرقابة والتوجيه:

تتمّ الرقابة بأعمال مادية كالتفتيش، والزيارة والمراجعة، وطلب البيانات والإحصاءات، والفحص على أعمال المرفق موضوع التفويض لمراقبة سيره من النواحي الفنيّة والإدارية والمالية، وللرقابة صورتان^١:

الصورة الأولى الرقابة تكون ضيقة وتكون مرادفاً لمعنى الإشراف^٢، وفيه تبدو الإدارة كأى طرف في علاقة تعاقدية لها الحق في مراقبة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المنصوص عليها في العقد، وتُمارس الإدارة هذا الحق عن طريق مهندسيها لزيارة مواقع العمل للتأكد من سيره وفقاً لشروط العقد، ويُطلق عليها سلطة الإشراف.

وأما **الصورة الثانية** فهي أوسع تظهر الإدارة فيه بمظهر السلطة المميزة لعلاقات القانون العام، وتتناول سلطة التوجيه حيث يُسمح للإدارة بالتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به^٣، فيحق لها عن طريق استخدام حق الرقابة أن تتدخل وتوجه أوضاع تنفيذ العقد، وتقدير بعض تلك الأوضاع، كأن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك المتبعة من قبل المتعهد على نحو تصبح معه الرقابة في منزلة توجيه للمتعاقد، ويطلق عليها سلطة التوجيه، وتختلف سلطة الإشراف عن سلطة التوجيه في مدى كل منهما، فسلطة الإشراف نوع من أنواع الرقابة

١. د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٥، ص: ٧٩٠.

٢. د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص: ٢٢٧.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤١١.

اللاحقة، أي تلك التي تتم ممارستها على نتائج نشاط المرفق، وهي بذلك تحكم أعمالاً انتهت وتمت، كما تفيد أن كلاً من إدارة المرفق والرقابة عليها عملان منفصلان عن بعضهما، وعلى ذلك فإن هذا النوع من الرقابة يُفترض وجود سلطتين قانونيتين كل منهما مُستقلة عن الأخرى.

أما سلطة التوجيه فهي رقابة مسبقة، وفي ظلّ هذا النوع من الرقابة يوجد اتصال مستمر بين أجهزة الإدارة وأجهزة الرقابة، بمعنى أن إرادة جهاز الإدارة تتأثر بشكل كبير بإرادة جهاز الرقابة إلى الحد الذي يُمكننا معه القول إنَّ إرادة جهاز الإدارة في المرفق لا بُدَّ أن تتلاقى مع إرادة جهاز الرقابة حتى يترتب عليها أثر معيّن، ولذلك لا تُعدّ الرقابة السابقة مُجرد رقابة، بل هي مشاركة حَقيقية في الإدارة، واتخاذ القرارات، بالقدر الكافي لضمان حسن سير المرفق العام وانتظامه.

وسلطة الإدارة في الرقابة لها حدود يتعيّن الوقوف عندها، فهي ليست سلطة مطلقة، وإنّما محدودة بقيود يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد معها، تحميه من تعسفها، وحتى لا يؤدي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه إلى أن تُعدّل موضوع عقد التفويض، وإنّما يجب أن تظلّ ممارسة هذه السلطة في الحدود التي تقتضيها طبيعة عقد التفويض، والقاضي الإداري في النهاية يُراقب استعمال الإدارة لحق الرقابة والتوجيه بما يجعله مُتفقاً مع الصالح العام وفي حدود مقتضيات المرفق العام لضمان سيره بانتظام واطّراد دون أن تسيء الإدارة استعمال سلطتها^١.

١. د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٨، ص: ٩.

ثانياً - أساس حق الرقابة والإشراف:

تُبنى سلطة الإدارة في الرقابة على أساس أن هذه الرقابة في عقد التفويض هي أثر من آثار نظام التفويض ذاته، فالإدارة هي المُكلّفة أصلاً بإدارة المرفق، والمفوض إليه لا يخرج عن كونه مُعاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، ولا يُعدّ منح التفويض تنازلاً أو تَخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظلّ ضامنة ومسؤولة عنه، وهي في سبيل ذلك تباشر الرقابة والتوجيه على الوجه الذي يكفل للمرافق العامة حسن تسييرها، وقد يقصد بالرقابة المعنى الضيق الذي لا يتعدى مُجرد التحقق من أن المفوض إليه مع الإدارة يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، ويُطلق على هذه الصورة سلطة الإشراف، أو يقصد بها المعنى الواسع الذي يتجاوز التحقق من تنفيذ العقد إلى حدّ التدخّل في أوضاع التنفيذ، وتغيير بعض هذه الأوضاع، وتسمّى هذه الصورة سلطة التوجيه^١.

ثالثاً - الأساس القانوني لسلطة الرقابة بمعناها المزدوج "الضيق والواسع":

١ - سلطة الإشراف:

لا شكّ أن العقد الإداري رغم تضمينه شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، إلّا أنّه عقد بمعنى الكلمة، وسلطة الإشراف التي تنحصر في التحقق من أن المفوض إليه يباشر تنفيذ عقد التفويض طبقاً لشروطه، نجد لها مرادفاً في عقود القانون الخاص "عقود العمل مثلاً" التي يراقب فيها كل متعاقد الطرف الآخر للتحقق من تنفيذ الالتزامات المتبادلة بينهما، مثل سلطة إشراف

١. د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤١١.

رب العمل على سير عمل العامل في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وبالتالي لا تكون سلطة الإشراف بهذا المعنى استثناءً من القواعد العامة، وإنّما هي أثر من آثار العقد ذاته، وسلطة الإشراف مُعترف بها حتى ولو لم يَنْصَحَ عليها في عقد التفويض.

أ- في فرنسا: إن البعض في فرنسا أنكر هذه السلطة في حال سكوت العقد ودفاتر الشروط، وعدم النصّ عليها في القوانين واللوائح، وهناك من يُقرّ بهذه السلطة.

(١) **الفقه الفرنسي:** فيقول الأستاذ "A. De Laubadère" إن الرأي مُتفق على أن سلطات الرقابة توجد خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط، فإذا وجدت في بنود العقد فهي تقتصر على تنظيمها وتحديدّها، ومن ثمّ فسلطة الرقابة في عقد التفويض ليست قاصرة على ما تقرّه هذه النصوص، فالإدارة تستطيع أن تخرج عن التحديد الوارد بها، وتُمارس سلطات رقابية غير المنصوص عليها، وذلك بحسبان أن تنظيم الرقابة يُعدّ جزءاً من الشروط اللائحية في دفتر الشروط، ويضيف "A. De Laubadère": "ولكننا هنا لا نكون إلّا بصدد رقابة بالمعنى الضيق، أي رقابة إشراف على تنفيذ نصوص دفتر الشروط، وليس للإدارة سلطة توجيه في تنفيذ العقد إذ إنّ المفوض إليه هو سيد الاستغلال، أي سيد الوسائل اللازمة لتسيير المرفق"^١.

(٢) **القضاء الفرنسي:** أخذ مجلس الدولة الفرنسي بذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٠٣/١/٢٣ والخاص بامتياز استغلال بعض خطوط السكك الحديدية

١. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٩٥.

الاقتصادية **Chimins De La Fereconomique** حيثُ اتَّخَذَ أحد المديرين قراراً يُرغم فيه الشركة الحاصلة على الامتياز بتسيير قطارات إضافية، واستند في ذلك إلى اللائحة الإدارية الصادرة تنفيذاً لقانون ١٨٨١/٦/٢١ الخاص بنظام التزام السكك الحديدية المحلية، والتي تنصّ فيها على: "أنّ للمديرين الحق في تحديد سرعة القطارات وعددها" فاحتجت شركة الامتياز واستندت من جهتها إلى المادة (١٤) من قائمة الشروط المرفقة بعقد التزامها والتي لم تتعهد فيها الشركة إلا بتسيير قطارين فقط في فصل الشتاء وأربعة في فصل الصيف، وقالت إنّ الإدارة باتفاقها مع الشركة على النصّ المذكور تنازلت عن حقها في زيادة عدد القطارات، وقد أقرّها مجلس الدولة على رأيها في حكم ١٩٠٣/١/٢٣ عندما قضى أنّه لا يمكن زيادة عدد القطارات عن العدد المتفق عليه في العقد إلا برضاء الطرفين^١.

وصدر هذا الحكم بناءً على دفاع مفوض الحكومة "Teissier" الذي أخذ في دفاعه بالتمييز بين سلطة التنظيم التي لا يمكن التنازل عنها، وسلطة الاستغلال الممكن التنازل عنها في عقد الامتياز.

ويتضح أن الحكم السابق أغرق في الاحتفاظ بالنظرية التعاقدية، وغض البصر عما تتطلبه المرافق العامة من أن تكون لجهة الإدارة الكلمة العليا في شؤونها، وعمل على إعلاء نصوص عقد الالتزام المرتبطة بتسيير المرفق على لوائح الضبط المنظمة لمرفق التزام والسكك الحديدية المحلية، وجعل كلمة العقد هي الكلمة العليا مؤثراً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

١. د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤١٣.

ب- في مصر وسورية: لا يُوجد خلاف على أن سلطة الإشراف سلطة مقررة للإدارة^١، في مواجهة المفوض إليه سواء نصّ عليها في وثيقة التفويض أو لم ينصّ عليها، بل ولو نصّ على شروط تعاقدية تخالفها، بحسبان أنّ الرقابة، والإشراف تستمد أساسها من فكرة المرفق العام، لا من النصوص التنظيمية العامة ولا من النصوص التعاقدية الخاصة بعقد معين.

(١) **القضاء المصري:** أقرّت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا في حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ حيثُ قضت بأن: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة^٢، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري".

ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، ولا تعدو الأحكام التي تتضمنها النصوص التنظيمية العامة أو النصوص التعاقدية، إلّا أن تكون منظّمة لتلك الرقابة التي تملكها الإدارة أصلاً، حتى

١. حيث تنصّ المادة (٢٦) من المرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ والمتضمّن دفتر الشروط العامة لنظام العقود السوري على أن: "يُعَدّ المهندسون والمراقبون الذين تعهّد إليهم الجهة العامة بمسؤولية المراقبة والإشراف على تنفيذ الأعمال ممثّلين عنها في مراقبة كل ما يتعلّق بصحة تطبيق أحكام العقد وتنفيذ المخططات والمواصفات الفنيّة والتعليمات التي تصدرها للمتعهد أثناء العمل...".

٢. طعن رقم (١٥٢٠) لسنة (٢) ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع منذ عام ١٩٤٦ حتى عام ١٩٨٥.

إذا لم ينصّ عليها في العقد أو نصّ على ما يخالفها.

(٢) **الفقه المصري:** يرى جانب آخر من الفقه أنّ الشروط التي تحتفظ الإدارة بسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد ضماناً لحسن أداء المتعاقد المفوض إليه لالتزاماته لا تُعدّ شروطاً استثنائية في كل الأحوال لأنّه يُمكن النصّ عليها في عقود الأفراد، ولكنها تُعدّ استثنائية إذا تضمّنت سلطات أوسع ودرجة أعلى من تلك التي تتضمنها عقود الأفراد؛ أي أنّ هذه الشروط تُعدّ استثنائية في بعض الأحوال، وفي أحوال أخرى لا تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنها^١.

٢ - سلطة التوجيه:

لمّا كانت الرقابة المتمثلة بسلطة الإشراف غير كافية كونها تأتي في الغالب متأخرة حيث يتمّ ممارستها على نتائج نشاط المرفق، لذلك كان لا بدّ أن يُضاف إليها نوع من الرقابة الوقائية المتمثلة بسلطة التوجيه، والتي تُعدّ مشاركة حقيقية في إدارة المرفق واتخاذ القرارات، ولا تقتصر سلطة التوجيه على مُجرّد رقابة المفوض إليه للتأكد من أنّه يُنفذ العقد طبقاً لشروطه، ولكنها تتعدى ذلك إلى مراقبة وتوجيه أوضاع العقد، وتغيير بعض تلك الأوضاع في غير الحالات المنصوص عليها في العقد حتى لا نكون بصدد سلطة أخرى هي سلطة تعديل العقد، فلو نصّ العقد على التنفيذ بطريقة معينة لا يجوز تغيير هذه الطريقة بمقولة ممارسة الرقابة والتوجيه، فهنا نكون بصدد تغيير وتعديل في نصّ من نصوص العقد.

١. د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة

السابعة والعشرون، سبتمبر/أيلول-ديسمبر/كانون الأول ١٩٥٧، ص: ١٥١.

أ- في فرنسا: السائد في الفقه والقضاء أن سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التفويض هي سلطة لائحية "تنظيمية" توجد بذاتها من دون حاجة للنصّ عليها في العقد، أو دفاتر الشروط، بل إنها توجد ولو نصّ في العقد على استبعادها، وإذا نصّ عليها عقد التفويض فإنها لا تستمد وجودها منه، لأنّه في هذه الحالة يكشف عنها ولا ينشئها، وهذا الموقف تبناه الفقيهان "Jèze" و "A. De Laubadère"، ويرى الفقيه "Jèze" أن للإدارة سلطات واسعة جداً في الرقابة تشمل الإشراف والتوجيه في عقد التفويض، وأن هذه السلطات توجد بذاتها دون حاجة إلى النصّ عليها في العقد، أو في دفتر الشروط، بل إنها توجد ولو نصّ العقد على استبعادها، وهناك من عارضهما في هذا الموقف ومنهم الفقيه "Defoe" الذي أنكر سلطة الرقابة خارج نصوص عقد التفويض أو دفاتر الشروط، ويرى أن سلطة الرقابة تجد أساسها في نصوص العقد ودفاتر الشروط أو في النصوص التشريعية أو اللائحية المطبقة على المرفق محل التفويض، ولا يجوز للإدارة مباشرتها إلا في الحالات وبالأوضاع المنصوص عليها في القوانين واللوائح، أو في دفتر الشروط^١.

ويُشترط في ممارسة سلطة الرقابة من الجهة الإدارية أن تتمّ في حدود مبدأ المشروعية بأن تبتغي حسن سير المرفق على وفق الأشكال والإجراءات المقررة، وإلاّ جاز الطعن فيها بالإلغاء^٢.

ويجب أن يتحدد نطاق الرقابة في معنى الإشراف أي التأكد من سير

١. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣، ص: ٣٠٨.

٢. د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص: ١٦١.

عمليات الاستغلال بانتظام وإطّراد دون أن تمتد إلى التدخّل في إدارة المرفق العام موضوع التفويض، فالرقابة يجب أن تقف عند حدّ الإشراف على عمليات الاستغلال دون أن تتضمّن توجيهاً أو تدخّلاً في إدارة المرفق العام على نحو يعيق المفوّض إليه عن مباشرة نشاطه.

وقد أصبح من الثابت فقهاً وقضاءً في فرنسا أن جميع نصوص عقد الامتياز الخاصة بسير المرفق، ونظام العمل به، هي عرضة للتغيير من جانب الإدارة حسبما تقتضيه الظروف والصالح العام، دون توقف على إرادة الملتزم، وأنّ حق الإدارة في الرقابة يتّسع ليشمل إلى جانب سلطة الإشراف سلطة التوجيه، ولها التدخّل لتغيير طرق التنفيذ، وكيفية إن كان في ذلك صالح المرفق العام.

ب- في مصر: بدأ الاستناد على النظريات الحديثة التي تسمّح للإدارة بالتدخّل وتوجيه المتعاقد معها إلى اختيار أفضل الطرق لتنفيذ العقد، وقد سارت المحكمة الإدارية العليا في هذا الاتجاه، فقررت بصدد عقد التزام مرفق النقل الداخلي بمصيف "رأس البر" أنّ "إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبتها الملتزمان في إدارة المرفق وتسييره، يُعدّ جزاءً مشروعاً لا مجال معه للمطالبة بتعويض ما، ذلك أنّه وأياً كان حجم الضرر الذي أصاب الملتزمين فيما لو صح أن ثمة أضرار حدثت من جرائه"، فإنّه يرجع إلى خطئهما^١، حيثُ كشفت الأوراق عن مخالفات جسيمة ارتكبتها الملتزمان هدّدت المرفق بالانهيار والتوقف ما اضطر معه المجلس البلدي إلى إسقاط الالتزام بمقتضى حقه المشروع في رقابة المرفق، ومسؤوليته عن ضمان سيره بانتظام، وتمثّلت

١. د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤١٥.

هذه الرقابة في تقارير الفحص الفني للسيارات المستخدمة في مرفق النقل الداخلي موضوع القضية، فضلاً عن تقارير الرقابة على الأماكن المخصصة للركاب، وأيضاً مراقبة التعرّيف المحددة من قبل الجهة مانحة الالتزام^١.

قَضَت المحكمة الإدارية العليا بالقول: "من حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد جرى على أنّ العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد"، ويترتب على ذلك أنّ للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية^٢، ويرى أغلب الفقهاء أنّ سلطة الرقابة المعترف بها للإدارة تشمل إلى جانب سلطة الإشراف أيضاً سلطة التوجيه للمتعاقد معها^٣، والتدخل واختيار طرق تنفيذ غير تلك التي يستخدمها الملتمزم، طالما أنّ هذه الطرق غير منصوص عليها في عقد الالتزام، وأنّ الأساس القانوني لسلطة الرقابة على العموم في حالة عدم النصّ عليها في العقد في الطبيعة القانونية للمرفق العام.

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم (١١٠) لسنة (١٣) ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٥ إلى آخر ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٥، ص: ٦٧٠.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم (١٤٦) لسنة (٣٥) ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٨٥ حتى عام ١٩٩٣، الجزء الخامس والثلاثين، ص: ٣٦٣.

٣. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٩٥.

المطلب الثاني

أنواع الرقابة

أولاً- الرقابة التشريعية:

إن الانطلاقة الأولى للرقابة على عقود تفويض المرفق العام تكمن في الرقابة التشريعية من خلال نصوص القانون التي تُتيح للإدارة استخدام تقنية التفويض، وترسم حدودها، وتُمارس تلك الرقابة، السلطة التشريعية، وفقاً للنظام الدستوري لكل دولة، من خلال وسائل مُتعددة تختلف من نظام قانوني إلى آخر.

١- في فرنسا: واستناداً لدستور الجمهورية الخامسة لعام ١٩٥٨ أصبح بإمكان الإدارة إبرام عقود تفويض المرافق العامة، دون حاجة لأخذ موافقة مُسبقة من السلطة التشريعية^١، إذ اقتضت الرقابة التشريعية على تشكيل لجان تحقيق، فضلاً عن الرقابة من خلال الاستجوابات التي يُمكن توجيهها للإدارة من قبل أعضاء السلطة التشريعية، وهذا على عكس من الإجراءات المتبعة في لبنان مثلاً، فقد ألزم الدستور اللبناني حصول الإدارة على موافقة مسبقة من قبل السلطة التشريعية لإبرام عقود تفويض المرافق العامة.

٢- في مصر: أوجب دستور عام ٢٠١٤، في المادة (٣٢)، منه على أن: "يُحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال

١. المادة (٣٤) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية عام ١٩٥٨.

موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبيّن أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك".

٣- في سورية: فقد نصّ الدستور لعام ٢٠١٢ في المادة (٧١) منه على أن: "يتولّى مجلس الشعب إقرار الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية، وكذلك المعاهدات والاتفاقيات التي تُحمّل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها، أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة والتي يتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد"^١.

وبما إن التزامات أو تفويض المرافق العامة من الموضوعات ذات الأهمية، ويجب أن يُراعى فيها مبادئ المصلحة العامة، لذلك فقد جعلت الدساتير في سورية ومصر وفرنسا اختصاص ذلك في عهدّة السلطة التشريعية، لتمارس رقابتها على هذه الالتزامات من خلال عرض هذه الالتزامات على السلطة التشريعية لمناقشتها بشكل موسع، ليُصار لإقرارها وبعد ذلك إصدارها^٢.

ثانياً- الرقابة الفنيّة:

١- ماهية الرقابة الفنيّة:

ويُقصد بها قيام الإدارة بالتأكد من أن استغلال المرفق وتسييره، يتمّ على

١. في سورية يستفاد من نصّ المادة (٧١) من الدستور ضرورة موافقة مجلس الشعب بالنسبة لعقود الالتزام التي تبرمها الدولة مع الشركات والمؤسسات الأجنبية، وهذا يعني بمفهوم المخالفة إذا أبرم عقد الالتزام مع شركات أو مؤسسات غير أجنبية فإن موافقة مجلس الشعب لا تكون واجبة.

٢. د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩١.

وَفَقَّ الشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دَفتر الشروط الملحق به.

أ- في فرنسا: تُعنى دفاتر الشروط الملحقة بعقود الالتزام بتنظيم هذا النوع من الرقابة ومثال ذلك ما نصَّت عليه المادة (٤٧) من دفتر شروط عقود امتياز القوى الهيدروليكية ما يأتي: "من حق موظفي الإدارة الفنيين من الدخول إلى مناطق الاستغلال والاطلاع على سائر الوثائق الفنية من رسومات وخرائط، كما لهم إجراء الاختبارات اللازمة على مستوى القوى للتأكد من معدلات الاستغلال"، كما تُخَوِّل المادة (٣٠) من عقود امتياز الإدارة، السلطة مانحة الالتزام حق مُمارسة رقابتها على الملتزم عن طريق فحص كافة الوثائق الفنية بالاستغلال والحصول على نسخ منها^١.

وفي مجال عقود امتياز القوى الكهربائية في فرنسا، حيثُ أعطى المُشرِّع بموجب قانون الكهرباء السلطة مانحة الامتياز الحق أن تُمارس رقابة فعالة على الكيفية التي تؤدي بها الخدمة، ولها في سبيل ذلك أن تُعيِّن مديراً لمراقبة شبكة التوزيع العام^٢، وذلك بموجب المادة التاسعة من عقد الالتزام المبرم بين وزير الطيران المدني الفرنسي وغرفة التجارة والصناعة بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٩ من أجل بناء وصيانة وتشغيل الميناء الجوي في فرنسا.

ب- في مصر: وجدت هذه السلطة سندها التشريعي من خلال نصّ المادة السابعة من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، الخاص بالتزامات المرافق

١. د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره،

ص: ٢٢٩.

٢. المادة (١٧) من قانون الكهرباء الفرنسي الصادر في ٢٠٠٠/٢/١٠.

العامة، على أن: "لما منح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي يُنشئها الملتزم لاستغلال المرفق^١، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام، وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولّى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات"^٢، وتحرص الجهة مانحة الالتزام على تضمين العقد تنظيمياً مفصلاً لسلطتها في الرقابة

١. هذا ما نصّت عليه المادة (١٤) من اتفاقية الامتياز البترولي في مصر حيث قضت في هذا الخصوص: "يراعي ممثل الهيئة أثناء ممارسته لحق الرقابة عدم إعاقة عمليات المقاول"، المادة (١٤) من اتفاقية الامتياز البترولي المبرمة بين حكومة مصر العربية والهيئة العامة للبترول وشركة "أجيبينكو أول أند جاز اكسبلورشن"، ملحق مضمّنة مجلس الشعب، الجلسة الثامنة والأربعين، تاريخ ١٩٧٨/٣/٢٩، ص: ٢٣-٢٤.

٢. وُعدلت هذه المادة مرتين بالقانون رقم (٤٩٧) لعام ١٩٥٤ ومن ثمّ بالقانون رقم (١٨٥) لعام ١٩٥٨. وتولّت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٨٥) لعام ١٩٥٨ مهمة بيان أسباب تعديل المادة السابعة بقولها: "حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينصّ عليه في العقد، بل يظلّ موجوداً طالما وجد المرفق العام، وقد تضمّن المشروع المقترح تعديل نصّ المادة السابعة من القانون رقم (١٢٩) ١٩٤٧ المشار إليه بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام، فأكدّ ما لمانح الالتزام من حق في تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، لمراقبة إنشاء المرفق العام وضمان سيره من النواحي الفنية والمالية، غير أن الصور المتقدمة من الرقابة قد لا تكفي بذاتها لتأمين سير المرفق العام وتقصّي ما يصيب المرفق من اختلال في مناحي سيره وأوجه الخدمات التي يقدمها، لذلك رُوِيَ أن تكون الرقابة على إنشاء هذه المرافق وسيرها أدق وأوفى فلا تقف الجهة مانحة الالتزام عند وسيلة بعينها، بل تتلخص في الجمع بين عدة صور من الرقابة أو في اختيار بعضها دون البعض الآخر وفقاً لاحتياجات المرفق.

الفنية، ويبدو ذلك جلياً على وجه الخصوص في العقود التي يكون محلّها التزام باستغلال مرفق البترول؛ ومن الأمثلة التي يُمكن أن تُسوّفها في هذا الصدد العقد أو الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة "أسو سويس إنك" بشأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة شرق الزيت البحرية بخليج السويس.

ومهما يكنْ لهذه السلطة من أهمية يجب ألاّ تتحوّل إلى سلطة وصاية، لأن ذلك ينافي الطبيعة القانونية للعقد، فالمفوّض إليه يجب أن يستمر بإدارة وتسيير المرفق العام وبشكل مُستقل، وبالمقابل يكون للإدارة الحق في ممارسة دورها في الرقابة والإشراف والتوجيه^١، ولكن ضمن حدود معيّنة لا تُعيق الملتزم في أداء نشاطه^٢.

ثالثاً - الرقابة الإدارية:

١ - ماهية الرقابة الإدارية:

هي الرقابة التي تُمارسها الإدارة مانحة التفويض على المتعاقد معها "المفوّض إليه" إذ يُعدّ هذا الأخير خاضعاً لرقابة الإدارة طيلة فترة التفويض، بحسبان أن الإدارة مسؤولة في النهاية عن سير مرافقها تحقيقاً للمصلحة العامة، ويُقصد بها قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على

١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص: ٧٥.

٢. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص: ١١٠.

تسيير المرفق والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية، وتُمارس الإدارة هذه الرقابة بوسيلتين: فهي إما أن تُعين مندوب يحضر اجتماعات مجالس الإدارة، ويكون له حق التصويت، أو حق الاعتراض، وإما أن تقوم بتعيين مدير المنشأة، أو بعض أعضاء مجلس الإدارة.

٢- حدود سلطة الرقابة الإدارية:

إن سلطة الرقابة ليست مطلقة، فلا يجوز أن تتجاوز حدوداً معينة، ويلجأ القضاء إلى معيارين لتعيين الحدود التي يجب على سلطة التفويض الالتزام بها: أما المعيار الأول، فمؤداه أنه لا يجوز أن تؤدي الرقابة إلى "تغيير طبيعة عقد التفويض".

وتطبيقاً لذلك، لا يجوز أن تؤدي الرقابة على الملتزم إلى تعديل الالتزام إلى نوع آخر مستقل عنها، وهذا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تُجرّد المفوض إليه من سلطة المبادرة حتى لا يكون مجرد منفذ لها^١، ومن تطبيقات هذا المعيار، أن تخضع السلطة الإدارية مانحة التفويض قطاعاً من نشاط المفوض إليه لنظام الموافقة السابقة.

وأما المعيار الثاني، فمؤداه أن الرقابة تقتصر على النشاط الذي يُشكّل تسيير المرفق نفسه، إما اختيار الوسائل التي بمقتضاها يكفل الملتزم سير المرفق، مثل شراء الأدوات، أو اختيار العمال، فإن الملتزم هو المسؤول عنها؛ فالرقابة تقتصر على نشاط الاستغلال، وليس على وسائله^٢.

1. A. De. Laubadère et autres, Op. Cit, n° 1193, 1194.

٢. د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٨٣.

٣- أساليب الرقابة الإدارية:

إن الرقابة على المفوض إليه يمكن أن تُمارس، إما بواسطة السلطة المفوضة ذاتها، أو بواسطة لجنة تحقيق.

أ- الرقابة التي تُمارسها سلطة التفويض ذاتها:

(١) في مصر: نصّت المادة السابعة من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ على أنه: "لمنح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسييره كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية وله في هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات وأن يفحص حساباته في أي وقت".

(٢) في فرنسا: ألزم المُشرّع الفرنسي، وفقاً لما نصّت عليه الفقرة (١) من المادة (٤٠) من قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣، المُعدّل في ١٩٩٥/٢/٨، المتعاقد بتقديم تقرير سنوي إلى الإدارة قبل الأول من حزيران، يتضمّن بشكل خاص الحسابات التي تبيّن العمليات المُتعلّقة بتنفيذ تفويض المرفق العام جميعها، وفضلاً عن تحليل يبيّن فيه خطط وتطلّعات المفوض إليه لتطوير المرفق، وفقاً للشروط والأحكام الواردة في عقد التفويض، وبالتالي يجب أن يتضمّن التقرير المذكور البيانات الآتية:

- * الوسائل الفنيّة المستخدمة في تشغيل المرفق العام، وبرامج تحديثها.
- * وضع العاملين في المرفق العام لجهة مؤهلاتهم، وتدريبهم المستمر.
- * الملاءمة بين الحاجات الماسة للمنتفعين والمستوى الذي قام به المفوض إليه.

* الرسوم المفروضة، ومدى تناسبها مع الخدمة المؤداة.

* مدى تقييد صاحب التفويض بالشروط البيئية في تنفيذه للعقد.

كذلك فَرَضَ المُشَرِّع الفرنسي على السلطة المانحة إرسال العقد إلى ممثلي الدولة مع الأوراق الأساسية خلال مُدَّة (١٥) يوماً من توقيعه^١. وبالمقابل فقد فرض على الأشخاص العامة المحليّة الخاضعة لوصاية المحافظ إرسال العقد للمحافظ خلال (١٥) يوماً من تاريخ توقيع العقد، بحيث يُمكن للمحافظ أو لممثل الدولة دراسة العقد، والتحقق من صحته، ومدى انطباقه على الأنظمة والقوانين النافذة، خلال مهلة شهرين، وفي حال وجود أي مُخالفة وَجِبَ عليه إحالة العقد إلى القضاء الإداري للنظر فيه.

ب- الرقابة بواسطة لجنة التحقيق الوزارية في فرنسا:

وفقاً للقانون الفرنسي فإن عقود تفويض المرفق العام تخضع للرقابة الإدارية بواسطة "اللجنة الوزارية للتحقيق وتفويض المرفق العام" أي الرقابة بواسطة لجنة التحقيق، إذ أنشأت هذه اللجنة بموجب القانون رقم (٣-٩١) في ١٩٩١/١/٣ المتعلّق بالشفافية والإجراءات الواجب الالتزام بها عند إبرام العقد، وهذه اللجنة تُشكّل من بين القضاة والموظفين من الفئة (أ)، ويصدر بتشكيلها قرار موقع من الوزير الأول، ووزير العدل، ووزير الاقتصاد والمالية، وتقوم

١. أنشئت في لبنان هيئة تدعى الهيئة النازمة، وهي شخص اعتباري يتمتع بالاستقلال المالي والإداري تناط بها مهمّة الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة، وكمثال على ذلك فقد نصّت المادة السابعة من القانون رقم (٤٣١) لعام ٢٠٠٢ المتعلّق بتنظيم قطاع الاتصالات على اختصاص الهيئة النازمة بمراقبة تعريفات مقدمي الخدمات، ومراقبة التصرفات التي تحد من المنافسة، وتأمين الشفافية في السوق، د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١١.

اللجنة عند مباشرة مهمتها بالتحقيق، والاطلاع على المستندات والوثائق وتفتيش أماكن العمل.

وعلى الرغم من ذلك فإن مهمتها محددة في التثبت من الإجراءات القانونية كافة الواجب الالتزام بها عند إبرام العقد في عقود الدولة، والتأكد من سلامته ونزاهة إبرامه، وإجراء التحقيقات الواجبة، وينتهي دور اللجنة بإجراء التحقيق وتسليمه إلى الجهة الإدارية من دون أن يكون لها الحق في توقيع الجزاء بحق المخالف^١.

ج- الرقابة بواسطة الجهاز المركزي لمكافحة الفساد في فرنسا:

وهذا الجهاز أنشئ بموجب قانون "Sapin" لعام ١٩٩٣ وهو تابع لوزارة العدل، ومن صلاحياته جمع وتنسيق المعلومات حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرافق العامة موضوع التفويض العائدة للجماعات المحلية، والتأكد من انطباق عقود التفويض على القوانين والأنظمة، وفي حالة وجود مخالفة لها طابع جنائي يُحال التقرير إلى النيابة العامة^٢.

د- الرقابة بواسطة الهيئات الأخرى في مصر:

نصّ المُشرّع المصري في المادة السابعة من القانون رقم (١٢٩) لعام

1. J. B. Auby et Christine Mauge, Les contrats de délégation de service public, JCP, 1994, p:225.

ويقتصر دورها على الحالة عندما يكون المفوض إليه شخص من الأشخاص الإقليمية، أو المؤسسات العامة، أو شركات الاقتصاد المختلط ذات المصلحة القومية، وشركات الاقتصاد المختلط المحلية.

٢. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٤٨.

١٩٤٧ على أنه: "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح من الوزير منح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق العام، وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى هيئة عامة أو خاصة، ويجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرفق العام".

رابعاً- الرقابة المالية:

١- ماهية الرقابة المالية:

يُقصد بالرقابة المالية حق الجهة مانحة التفويض في التفتيش عن حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام، فالمتعاقد في نطاق عقود التفويض يُلزم بمسك دفاتر منتظمة على وفق القواعد المحاسبية المتعارف عليها، والمعمول بها^١، ولابد من الإشارة أن الرقابة التي تُمارسها الإدارة في مجال تنفيذ عقد تفويض المرفق العام وإن كان من السلطات الممنوحة لها "واجب عليها"، ذلك لأن هذه الحقوق والسلطات التي حوّلها إياها القانون في مجال تنفيذ العقد الإداري بشكل عام ما هي إلا وسيلة تستخدمها بهدف تحقيق النفع العام باعتبارها القوامة على تحقيقه.

٢- الجهات التي تُمارس الرقابة المالية في مصر وفرنسا:

إن الرقابة المالية يُمكن أن تُمارسها الجهة مانحة التفويض أيضاً، غير

١. د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره،

أن النصوص التشريعية تعهّد إلى جهات متخصصة بإمكانية ممارسة هذه الرقابة أيضاً.

أ- في مصر:

يُجيز قانون التزامات المرافق العامة رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ لرئيس الجمهورية، بناءً على اقتراح الوزير مانح الالتزام، أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يعهّد إلى الجهاز المركزي للمحاسبات بمراقبة إنشاء المرفق، وسيره من النواحي المالية؛ وفي هذه الحالة يتولّى الجهاز المركزي للمحاسبات دراسة النواحي التي يناط به رقابتها، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام.

ب- في فرنسا:

فإن الرقابة المالية يُمكن أن يُعهّد بها إلى القضاء المالي، أي محكمة المحاسبات، والدوائر الإقليمية للمحاسبات، وتُعَدّ الرقابة المالية من القضاء المالي على المفوض إليه أمراً جديداً، لأنّه حتى صدور التشريعات الخاصة بعقود تفويض المرفق العام، فإن القضاء المالي لم يكن يتعرض لعقود تفويض المرفق العام، إلّا من خلال وظيفته بالرقابة على حساب وإدارة الهيئات المحليّة نفسها.

1. J. C. Douence، La devolution contractuelle du service public، précité ، n.353.

أما المفوض إليه الخاص، فإن الرقابة على حساباته لم تكن تدخل في اختصاص القضاء المالي، لكن المشرع بدافع الحرص على تحقيق الوضوح ومقاومة الرشوة، عهد للقضاء المالي بدور في رقابة المشروعات الخاصة التي تقوم بإدارة مرافق عامة، ووفقاً لقانون (٨) فبراير عام ١٩٩٥، يكون لمحكمة المحاسبات، والدوائر الإقليمية للمحاسبات في إطار رقابة حسابات سلطة التفويض، أن تفحص لدى المفوض إليه الحسابات التي قدمها إلى سلطة التفويض، والحسابات التي يقصدها القانون هنا هي الحسابات الخاصة بالتفويض، وليست حسابات المفوض إليه عموماً.

وقد عهد القانون إلى أعضاء القضاء بسلطات محدودة، مثل الاطلاع لدى المتعاقدين على الفواتير، والسجلات، التي يمكن أن تتعلق بعمليات العقود، والحصول على صورة أي أوراق، وفي نهاية هذا البحث يقومون بتوجيه ملاحظات لصاحب الشأن، والإجراءات التي تم اتخاذها.

ويمكن القضاء المالي أن يقوم بدور آخر في مجال رقابة المشروعية التي يمارسها المحافظ، إذ يجوز للمحافظ أن يطلب من الدائرة الإقليمية للمحاسبات إبداء ملاحظات سابقة، خلال مدة شهر، بشأن عقد تفويض مرفق عام سبق أن أحيل إليه بموجب "قانون (٦) فبراير ١٩٩٢"، والدائرة الإقليمية تتدخل هنا بطلب من المحافظ، وتقوم بدور مساعد في رقابة المشروعية.

وبعد أن انتهينا من دراسة إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بالرقابة سننتقل إلى المبحث الثاني لدراسة إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات بحق المفوض إليه.

المبحث الثاني

إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات

تَخَضَعُ عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المُتعلّقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية^١، وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة فرض الجزاءات العقدية منذ عام ١٩٢٩^٢، وسلطة الإدارة في فرض

١. لم تظهر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد مرة واحدة بالصور المعروفة في الوقت الحاضر، وإنما تطوّرت عبر ثلاث مراحل هي: ١- مرحلة الاكتفاء بالجزاءات التعاقدية: وسادت هذه الفكرة حتى نهاية القرن التاسع وبداية القرن العشرين، ومؤدى هذه الفكرة أن العقد الإداري يستقل وحده ببيان جزاءاته، ومن ثَمَّ لم يكن مسموحاً بتطبيق جزاءات من خارج العقد إلّا جزاء الفسخ، وقد أكّد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ بمناسبة حكمه الذي أصدره في قضية **"Chemin de fer d Orléans à Rouen"** بتاريخ ١١/١/١٨٨٤، وتدور القضيتين كلتيهما عن إمكانية فرض القاضي لجزاءات غير منصوص عليها في عقد امتياز المرفق العام، إذ رفض المجلس الإقرار بسلطة القاضي بالاستعانة بأحكام المادة (١٨٨٤) من القانون المدني لفرض جزاءات غير منصوص عليها في عقد الامتياز. ٢- مرحلة توقيع الجزاء غير العقدي بواسطة القاضي: وقد قرر مجلس الدولة هذا المبدأ في حكمه الصادر في قضية **"Deplanque"** بتاريخ ٣١/٥/١٩٠٧، إذ قرر فيه أن عدم النصّ على جزاء بالنسبة لمخالفة المتعاقدين لا يعني بقاء هذه المخالفة دون جزاء، بل يمكن بواسطة القاضي توقيع الجزاء عليه إعمالاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني. ٣- مرحلة الاعتراف للإدارة بحق تطبيق الجزاء غير العقدي بنفسها: وقد بدأت هذه المرحلة بصور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي بتاريخ ١١/١٠/١٩٢٩، إذ أقرّ مجلس الدولة في هذا الحكم لأول مرة بسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد بإرادتها المنفردة.

٢. د. عبد المجيد الفياض، *نظرية الجزاءات في العقود الإدارية*، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧ وما بعدها.

الجزاءات العقدية تخضع لرقابة القضاء^١، إذ يراقب القضاء الإداري استعمال الإدارة لحق توقيع الجزاءات على المتعاقد، فهو يراقب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء من حيث توفر شروط توقيعه^٢، وإن الإدارة قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع من جانب المتعاقد من دون تجاوز^٣، وسنبحث أهم هذه الجزاءات في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الغرامات المالية والتنفيذ العيني على حساب المفوض إليه.
المطلب الثاني: الإسقاط أو الفسخ.

١. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٤٩.

٢. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٢.

٣. تقسم العقوبات المالية إلى ثلاثة أنواع: الأول يتعلق بفرض مبلغ مالي على من أخلّ بالالتزامات التعاقدية أو القانونية وأدى بالنتيجة إلى وقوع ضرر للإدارة، هنا تستطيع الإدارة المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة خطأ المتعاقد، وذلك بالاستناد إلى أركان المسؤولية العقدية. ويُعدّ هذا التعويض بمثابة تقييم مالي للضرر الحقيقي الذي أصاب الطرف الثاني. أما النوع الثاني فيكون عبارة عن مبالغ محددة سلفاً تلزم بها الإدارة المتعاقد معها الذي يُخلّ بالتزاماته، وتختلف الغرامات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص في أن الإدارة توقعها دون تدخل من جانب القضاء، أو حاجة إلى إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد، وتسمى هذه العقوبة بالغرامة التأخيرية. وأما النوع الثالث فهو مصادرة التأمين حيث إن التأمينات هي مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقّى به آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ عقده، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره وتقسّم إلى تأمينات مؤقتة ونهائية.

المطلب الأول

الغرامات المالية والتنفيذ العيني على حساب المفوض إليه

الفرع الأول

الغرامات المالية

الغرامة تُفرض لعدم تنفيذ المفوض إليه لالتزاماته، أو تأخره في التنفيذ^١، خصوصاً الإخلال بالشروط الخاصة بمدة التنفيذ^٢، ويبدو أن الفقه المصري يربط بين جزاء الغرامة ومخالفة الالتزام بالتنفيذ خلال المدة المحددة في العقد^٣.

ويُمكن لسلطة التفويض أن تُوقع غرامات على ملتزم النقل في حالة وجود مخالفات مثل عدم تسيير جميع السيارات المتفق عليها أو سوء حالة السيارات المستخدمة^٤، ويخضع توقيع الغرامات^٥ من جانب الجهة المتعاقدة للقواعد الآتية:

1. Ch. Bettinger، La concession de service public et de travaux publics ، Op. Cit، p:192.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (١١٣٠) السنة (٣٣) ق تاريخ ١٩٩٣/٤/٢٠.

٣. المحكمة الإدارية العليا المصرية، (٣٠) ديسمبر ١٩٧٧، منكور لدى د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص: ٢٨٩.

٤. د. عبد المجيد الفياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، القاهرة، ١٩٨٣، ص: ٢٨٢؛ د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٤٥.

5. A. De Laubadère، et autres، Op. Cit، n.935.

أولاً- تخضع الغرامات المالية للقواعد العامة للجزاءات: ومن أهمها ضرورة الإعذار، إلا إذا نصَّ العقد على خلاف ذلك^١.

١- في مصر: وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، فإن الغرامة تُوقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار^٢، غير أن هذا النص لا يسري على عقود تفويض المرفق العام، لأنها تخضع للقواعد العامة، وهي ضرورة الإعذار قبل توقيع الجزاء.

٢- في فرنسا: بموجب القانون الفرنسي تلتزم الإدارة من حيث المبدأ بأن تُعذر المتعاقد معها بالغرامة قبل توقيعها، وليست هذه القاعدة مطلقة، فلا ضرورة للإعذار بالغرامة كلما كان من الممكن أن تستخلص من مجموع الظروف أن النية المشتركة للأطراف تقصد الالتزام بصرامة بمدد التنفيذ، أو التسليم، أو ينتج ذلك من نصوص العقد ذاته^٣.

ثانياً- الطبيعة الاتفاقية لغرامات التأخير: فهي تُحدد مقدماً في الاتفاق^٤، ولا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها^٥، ما لم يكن قد نصَّ عليها في العقد

1. "Considérant qu'en regle generale les penalites pour retard ne sont dues que du jour de la mise en demeure", C. E. 31 janvier 1912, Scuefart, Rec, p:119, A. de Laubadère et autres, Op. cit, n. 938.

٢. المادة (٢٦) من قانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.

٣. د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧٣-١٧٤.

4. A. De Laubadère et autres, Op. cit, n. 944.

٥. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٩.

وتُحسب غرامات التأخير، بالنسب والأوضاع المقررة قانوناً من القيمة الإجمالية للعقد.

ويترتب على ذلك عدة نتائج مهمة، فمن ناحية، أنها يجب أن تُحدد مقدماً في العقد وتلتزم بها الإدارة، فلا يُمكنها زيادتها حتى لو نتج عن التأخير ضرر يزيد عن مبلغ الغرامة المحدد في العقد، لا يجوز للإدارة أن تُطالب بأكثر من المبلغ المحدد للغرامة، ولا تملك الجمع بينها وبين التعويض، ولكن يجوز الجمع بين الغرامات والجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة، وبالمقابل ليس للمتعاقد الاعتراض على توقيع الغرامة، بحجة أن الإدارة لم يُصبها ضرر أو أن الضرر من الضالة، بحيث لا يتناسب مع الغرامة.

١- في مصر: وُجِدت هذه النسب وفق المادة (٢٣) من القانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة (٣) % من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات، وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والفنية، و(١٠) % بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل.

٢- في سورية: بينما حددت في قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ في المادة (٥٠) منه بأنه لا تقلّ الغرامة اليومية عن واحد بالألف من القيمة الإجمالية، ولا يزيد مجموع الغرامات للتعهد الواحد عن (٢٠) % من القيمة الإجمالية لهذا التعهد^١.

١. المادة (٥٠) من قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، والمادة رقم (٢١) من القانون رقم (٨) تاريخ ٢٠٠٥/٤/١٠ الخاص بعقود ومبيعات ومبيعات وزارة الدفاع في سورية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٨)، تاريخ ٢٠٠٥/٥/٤، ص: ١٢١٧.

ثالثاً- الطابع التلقائي لغرامات التأخير: حيث تُطبّق من جانب الإدارة دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصابها من جراء تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو مقدار الضرر، وليس للمتعاقد أن يعترض على توقيع الغرامة استناداً إلى عدم تناسبها مع الضرر الحادث للإدارة^١، ذلك لأن الضرر في هذه الحال مفترض بمجرّد تحقق سبب استحقاق الغرامة المنصوص عليها في العقد بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما تُطبّق هذه الغرامة تلقائياً بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى حكم قضائي^٢.

وعلى هذا النهج سار مجلس الدولة الفرنسي، وتبعه مجلس الدولة المصري، وكذلك مجلس الدولة السوري، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية: "إن الغرامات التي ينصّ عليها في العقود الإدارية توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها... كما لا يقبل من المتعاقد ابتداءً إثبات عدم حصول الضرر"^٣.

كما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري السوري^٤: "لا مصلحة للإدارة بمباشرة الدعوى أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري للحصول على حكم

١. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ١٩٧.

٢. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣١٣.

٣. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٢٠/٥/٥، مشار إليه عند د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١٤. وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (٥٠٨٦) و (٥٧٤٣) السنة (٤٤) ق تاريخ ٢٠٠٠/٩/١١. وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية، الطعن رقم (٦١) القضية رقم (٢٩) لعام ١٩٥٩، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام ١٩٥٩-١٩٦٤.

٤. قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم (٨٤) في القضية رقم (٤١)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٧، ص: ١٥٠.

بالإلزام المتعهد معها بغرامة التأخير وفروق الأسعار المطلوبة طالما أنها تملك بمقتضى سلطاتها في العقد المبرم بين الطرفين جميع الضمانات والوسائل القانونية التي تؤمن حقوقها".

إذاً بمقتضى سلطة التنفيذ المباشر الممنوحة للإدارة تستطيع الإدارة أن تصدر قرارات قابلة للتنفيذ مباشرة بغية الحصول على حقوقها من المتعاقد معها دون حاجة للجوء إلى القضاء، ومن الواضح أن هذا الامتياز الممنوح للإدارة تُمليه ضرورات المصلحة العامة التي توجب على الإدارة أن تُحلّ قضاياها بشكل منظم سليم ومبني على الصحة، وبذلك تحول دون اضطراب المرفق العام الذي تُعدّ قوامة عليه، هذا وإن كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء.

فقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا أن: "القضاء الإداري صاحب الرقابة على أعمال الإدارة يملك أن يُعدّل مبلغ الغرامة المفروضة بما يتناسب مع التقصير في اتخاذ الخطوات اللازمة لتأمين حاجات المرفق العام، والضرر الذي يلحقه التأخير فعلاً بالمشروع المتعاقد من أجله، بعد موازنة درجة الإهمال أو التقصير بين الطرفين صاحبي العلاقة"^١.

رابعاً- إعدام المتعاقد قبل توقيع الجزاء: يجوز للإدارة أن تُعفي المتعاقد معها من دفع الغرامات التي فرضتها عليه كلّها أو بعضها في حالات محددة منها، حالة القوة القاهرة، أو إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى عدم قيام الإدارة بتعهداتها في مواجهة المتعاقد معها، أو إذا قدّرت إنّه لم يلحق المصلحة العامة أي

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، الطعن رقم (٥٦) القضية رقم (١٨٩) لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٢، ص: ٢١٢.

ضرر من جزاء التأخير^١.

خامساً- توقيع الغرامة دون سابق إنذار: تُفرض الغرامة بشكل آلي ودون الحاجة إلى إنذار المتعاقد، ذلك لأن هذه الغرامة منصوص عليها في العقد بالإضافة إلى عدم الجدوى من الإنذار كون المتعاقد ملزماً بدفع هذه الغرامة بمجرد التأخير وسواء حصل ضرر للإدارة أو لم يحصل.

١- **في مصر:** هذا ما قرّره المادة (٢٣) من القانون المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، حيث جاء فيها: "غرامة التأخير توقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو أية إجراءات قضائية".

٢- **في سورية:** وعلى المنحى نفسه سار المُشرّع السوري، فقد عدّ الإنذار مفترضاً بحق المتعاقد بمجرد حلول الأجل المعين في العقد، وتأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته ضمن هذا الوقت: "يعتبر المتعهد معذراً بما يترتب عليه من التزامات، ومن غرامات التأخير وجميع الجزاءات الأخرى بمجرد حلول الأجل المحدد في العقد أو دفا تر الشروط دونما حاجة لأي إجراء"^٢.

٣- **في فرنسا:** وأمّا بخصوص الوضع في فرنسا، فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تُعذر متعاقدها بالغرامة قبل أن تُوقعها عليه، إلّا أن هناك بعض الحالات لا يجب فيها إنذار المتعاقد^٣، أوردها مجلس الدولة الفرنسي في بعض

١. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٢.

٢. المادة (٥٧) من قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

3. A. De Laubadère، P. Delvolvé، et F.Moderne، op. Cit، 12، p:115.

أحكامه، ومن ثم فهي لا تسري إلّا من يوم إعداره بها^١، وبالمقابل إذا لم يُنذر المتعاقد قبل فرض العقوبة يُعفيه القاضي من أي مسؤولية لأن الإنذار شرط أساسي إن نصّ العقد على ضرورة فرضه.

وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يجوز الإغفاء مسبقاً من غرامات التأخير ضمن شروط العقد إلّا أنّه يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد منها فيما بعد، ذلك لأنّ فرض الغرامة التأخيرية أو عدم فرضها يعود تقديره إلى الإدارة كونها المسؤول الأول والأخير عن حسن تسيير المرافق العامة^٢، وبالتالي يجوز لها فرضها أو الإغفاء منها جزئياً أو كلياً حسب الحال لأن سلطتها في ذلك تقديرية، ومتى تنازلت الإدارة عن غرامة التأخير فإنّه لا يجوز لها العودة بعد ذلك والمطالبة بها^٣.

سادساً- أن توقيع الغرامة منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة: ويترتب على ذلك عدة نتائج أيضاً، فمن ناحية، يحقّ للإدارة عدم توقيع الغرامة سواء

-
١. حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة نفط الجنوب "Propetrol" تاريخ ١٩٨٢/١١/٥ مشار إليها في مقال بعنوان العقود الإدارية "D. Christian Autexier".
 ٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم (٧٤١)، السنة (٢٧) ق، تاريخ ١٩٨٥/٥/٢٨. راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ١٩٥٤/١/٢٩ جلسة ١٩٩٢/١/١٩. وفي القانون السوري، انظر المادة (٥٢) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤. وهذا ما أقرّت به أيضاً محكمة القضاء الإداري السوري في الحكم رقم (٢٠٥) لعام ١٩٧٣، مجلس الدولة السوري، المكتب الفتّي، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٧٣، ص: ٤٠٧.
 ٣. انظر بلاغ مجلس الوزراء رقم (١٥/٢٤٤٧/٢/١٢٤)، والذي جاء فيه: "تذكر الجهات العامة الإدارية والاقتصادية على حد سواء أنّه لا يجوز إعفاء المتعاقدين معها من غرامات التأخير إلّا في حدود النصوص النافذة والصلاحيات الممنوحة لها، كما تذكر بأنّ اجتهد القضاء الإداري قد استقر على أن الإغفاء من غرامات التأخير متى تقرر من مرجعه وفقاً للأصول لم يعدّ يجوز الرجوع عنه لذلك كان من الواجب على المسؤولين في الجهات المشار إليها استعمال هذا الحق في وجهه المشروع وعدم التفريط في الأموال العامة".

دون قيد أو شرط، أو نظير تخلي المتعاقد عن الحق في أي شكوى، ومن ناحية أخرى، يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة بعد توقيعها^١.

الفرع الثاني

التنفيذ العيني على حساب المفوض إليه

أولاً- مفهوم الجزاءات غير المالية أو الضاغطة:

هذه الجزاءات لا تُنهي الرابطة العقدية^٢، وتهدف إلى الحصول على تنفيذ العقد باتباع وسائل الإكراه المرصدة للتغلب على مبالاة المتعاقد، وذلك عن طريق تدخّل الإدارة ومضيتها في تنفيذ العقد دون إنهائه^٣، بأن تحلّ نفسها محلّ المتعاقد الناكل بالتزاماته، أو تعهّد بهذه المهمة لمتعاقد آخر ليقوم بالاستمرار في تنفيذ العقد على نفقة والمتعاقد الناكل مسؤوليته ريثما يتمّ تسوية الأمر الناشئ عن العجز أو التقصير، وتلجأ الإدارة إلى هذا المؤيد الإكراهي في الحالات التي لا تحتلّ التأخير في التنفيذ ولا تحتلّ إجراءات إعادة

١. يلاحظ وجود اتجاه آخر مؤداه أن غرامة التأخير تستحق وتصبح واجبة الأداء بمجرّد التأخير، وأن التجاوز عنها هو تنازل عن مال مملوك للدولة وهو أمر غير جائز، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، (٢٣) أكتوبر ١٩٥٦، المجموعة، س (١١)، ص: ٥٦.

٢. د. علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن، مرجع سبق ذكره، ص: ٥٣.

٣. حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم (٢١) لعام ١٩٦٥، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٥، ص: ٩٨، والذي جاء فيه: "ما يصدر عن الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه كلها تدخل في منطقة العقد وتتشأ عنه وهي منازعات حقوقية تكون محلاً للطعن على أساس خضوعها لولاية القضاء الكامل".

التعاقد أو إلغاء العقد، وتتمثل الجزاءات الضاغطة التي يُمكن أن توقعها الإدارة بحق المتعاقد معها المُخل بالتزاماته، كوضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة، وسحب الأعمال من المقاول في عقد الأشغال، والشراء على حساب المورد في عقود التوريد.

ثانياً- ماهية وضع المرفق تحت الحراسة:

وهو أحد الجزاءات الضاغطة التي تهدف إلى ضمان تنفيذ العقود، لذلك فهو لا يؤدي إلى فسخ العقد، وإلى إسقاط حقوق المفوض إليه، وإنهاء الرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة مانحة التفويض، ولكنه يؤدي إلى رفع يد المفوض إليه عن إدارة المرفق العام^١.

ويُقصد بوضع المرفق تحت الحراسة، وذلك بحلول الإدارة المتعاقدة محلّ المفوض إليه، أو بإحلال الغير محلّ المتعاقد المقصر، وعلى أن تقوم السلطة المفوضة بإدارته بنفسها بصورة مؤقتة لضمان تسيير المرفق العام من دون توقف أو انقطاع، وذلك على حساب المفوض إليه ونفقاته^٢، والأصل أن وضع المرفق تحت الحراسة يفرض جزاءً لتقصير المفوض إليه^٣، إلا أن هذا الإجراء قد يُتخذ خارج هذا الفرض^٤، إذا كان هناك ما يُهدد المرفق بالتوقف، ولو من دون خطأ المفوض إليه.

1. A. De Laubadère et autres. Op. Cit، n. 945.

٢. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٧٥.

٣. د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٧.

٤. د. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد العاشر، الجزائر، ٢٠١٤، ص: ١٠٢.

ثالثاً- يترتب على قرار وضع المرفق تحت الحراسة النتائج الآتية:

١- عندما تضع الإدارة مرفقاً ما تحت الحراسة لا يؤدي إلى إنهاء العقد: هذا لا يعني تجريد الملتزم من الحق في الالتزام، إنما يعني فقط حرمان الملتزم مؤقتاً من ممارسة حقوقه التي يستمدّها من الالتزام^١، وإن وضع المرفق تحت الحراسة لا يعني مصادرة أو إسقاط الالتزام، وإنما رفع يد المفوض إليه عن المرفق بإبعاده عن إدارته طول فترة الحراسة، إذ تتولّى الجهة الإدارية مانحة التفويض إدارة المرفق بصورة مؤقتة، إمّا بنفسها عن طريق من يمثلها أو عن طريق مَقول تقوم بتعيينه حارساً عن المرفق، ويتولّى الحارس إدارة المرفق، وكل ما يقوم به من تصرفات قانونية تتصرف آثارها إلى المفوض إليه الذي يبقى مسؤولاً عن المرفق^٢، ويكون من حق الإدارة الاستيلاء المؤقت على ما يوجد في المرفق جميعه من منشآت ومعدات مملوكة للمفوض إليه، وتكون لازمة لتشغيل المرفق، على أن تعاد إليه فيما بعد بحالة سليمة^٣.

٢- وضع المرفق تحت الحراسة إجراء مؤقت: فالسلطة المفوضة تضع يدها على المنشآت، وتقوم بتنظيم إدارة المرفق مؤقتاً على النحو الذي تراه، سواء بإدارته إدارة مباشرة أو أن تعهد بإدارته إلى مدير جديد بصفة مؤقتة، ولكن الوضع تحت الحراسة لا يبرر للإدارة أن توقع الاستيلاء في مواجهة الملتزم، سواء تعلّق الأمر بالاستيلاء على الملكية التي تنتهي بالتأميم المقنع، أو

١. د. عادل عبد الرحيم الخليل، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩، ص: ٤٥.

٢. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٩-٢١٠.

٣. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٩.

بالاستيلاء على الانتفاع^١، وتلتزم الإدارة بتنظيم استغلال المرفق في أثناء فترة الحراسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، وعلى ذلك ليس من حقها أن تلجأ إلى إجراء تخفيض في رسوم الانتفاع، أو تزيد في التكاليف، ولاسيما أن تمنح نفسها زيادات لا مبرر لها^٢.

٣- وتتم إدارة المرفق على نفقة ومسؤوليته المفوض إليه: طالما أن وضع المرفق تحت الحراسة تقرر كجزء على تقصيره، وهذا يعني أن تكاليف العملية تقع على عاتق المفوض إليه^٣، وغير أن هذا الأثر لا يترتب إذا كان وضع المرفق تحت الحراسة لم يكن نتيجة خطأ المفوض إليه، وفي هذه الحالة، فإن تكاليف العملية تقع على عاتق السلطة المفوضة.

رابعاً- صلاحية القاضي الإداري في قرار وضع المرفق تحت الحراسة: ومن المقرر أن قاضي العقد يملك إلغاء قرار وضع المرفق تحت الحراسة^٤ وإذا كان اختصاص القاضي الإداري بمصر بإلغاء هذا القرار مجرد تطبيق القواعد

١. محكمة القضاء الإداري، (١٧) مارس ١٩٥٧، س(١١)، ص ٢٧٢، راجع أيضاً في فرنسا:

C. E. 29 octobre 1926، Ville de st, Etienne، Rec. p:911.

٢. من المعلوم أن الاستيلاء الذي يرد على عقارات لا يمكن أن يرد إلا على الانتفاع، وليس على الملكية، ولذلك لا يكون إلا مؤقتاً، وكل استيلاء دائم يكون غير مشروع. وبالمقابل، فإن الاستيلاء على المنقولات يمكن أن يرد على الانتفاع أو الملكية؛ وبمعنى آخر فإن الاستيلاء قد يكون طريق جبري لنقل ملكية المنقولات، لكنه ليس كذلك بالنسبة للعقارات.

3. J. M. Auby، P. Bon؛ Droit Administratif des biens، Op. Cit، p:331-332.

٤. د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٣؛ حكم مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القضية "Ville De Nimes" تاريخ ١٩٤٣/٣/٥ حيث أقر هذه المبادئ؛ انظر كذلك فتوى قسم الرأي المصري رقم (٣٤٠) تاريخ ١٩٥٢/٣/٤، على موقع موسوعة الأحكام العربية.

العامة التي تقضي بعدم اختصاص قاضي العقد بإلغاء الجزاءات في مجال العقود الإدارية اكتفاء بالتعويض.

ويجب على الإدارة أن تحدد فترة الحراسة في قرار فرضها، ثم تعود إدارة المرفق العام بعد ذلك إلى الملتزم، وبحق للملتزم طلب إنهاء الحراسة قبل مُدَّتْها المحددة في حال استعاد قدرته على تسيير المرفق، كما يستطيع أن يعلن عن عدم قدرته على استعادة إدارة المرفق ويطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام ليؤول المشروع إلى الإدارة^١.

ويُعدّ إجراء فرض الحراسة قاعدة متعلّقة بالنظام العام لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها^٢، ذلك لأن الإدارة في عقد الالتزام مسؤولة عن سير المرفق العام، ومن واجبها حماية المنتفعين بخدمات هذا المرفق، وهذا ما يسمح لها بفرض الرقابة على نشاط الملتزم، ومن ثمّ إقصائه عن الإدارة وقيامها بدلاً منه بذلك في حال لم يقدّم الملتزم بها أو عجز عن أدائها، وإذا كان الخطأ الجسيم المقترف من قبل الملتزم يُعدّ من أبرز الأسباب التي تستدعي وضع المرفق تحت الحراسة^٣، إلّا أن الإدارة تستطيع وضع المرفق تحت الحراسة بغير خطأ الملتزم "كوجود قوة قاهرة يستحيل معها ضمان استمرار عمل المرفق العام، كما لو قام العاملون بالمرفق بإضراب عام"^٤، في هذه الحالة تتحمّل الإدارة مخاطر

1. C. E. 23 juin 1944، Ville de Toulon، RDP، 1945، p:101.

2. G. Vedel، P. Delvolvé، Droit administratif، T. 1، Op. Cit، p:435 et S.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص:٥٣٠.

٤. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مرجع سبق ذكره، ص:١٠٣.

الإدارة المالية، بينما يتحمل الملتزم المصروفات كافة اللازمة لضمان سير المرفق العام في حال كان وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ جسيم من جانبه، وإن كان من حق الإدارة الحل محل المتعاقد في إدارة المرفق العام ووضع المشروع تحت الحراسة، إلا أن هذا الحق مُقيّد بآلا يكون قرار الإدارة في ذلك مشوباً لعيب من العيوب، فعندها تمتد رقابة القضاء الإداري لتحكم على الإدارة بالتعويض في حال تسببت بتصرفها المعيب في إلحاق ضرر بالمتعاقد.

وأكثر من ذلك سنجد أن القاضي الإداري الفرنسي قد أعطى صلاحية إلغاء قرار فرض الحراسة في عقد الالتزام إذا كان القرار غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو غير متناسب مع جسامه الخطأ، والحق في الإلغاء والتعويض مقرر في حالة فرض الحراسة في عقد الالتزام فقط، ويبقى أمام المتعاقد في عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، المطالبة بالتعويض في حال تسببت الإدارة في إلحاق ضرر بالمتعاقد عند سحب الأعمال من المقاول أو عند الشراء على حساب المورد^١، ولم يَعمد مجلس الدولة في مصر وسورية^٢ إلى هذه التفرقة

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٣/٦/١٩٤٤.

٢. جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية: "ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد قضى بأن قرار الإدارة بسحب العملية من المدعي كان خاطئاً وليس له ما يبرره، وهو قضاء تطعن عليه الهيئة للأسباب السابق بيانها في معرض أسباب الطعن، وليس من ريب أنه لم يكن هناك من الأسباب ما يبرر سحب العملية من المدعي... لذلك فإنّه ليس من ريب أن قرار الهيئة بسحب العملية من المدعي بعد إنجازه أكثر من (٩٤) % من حجم العمليات يُعدّ مخالفاً للقانون ومنطوياً على خطأ وسوء في التقدير في وزن الأمور ومن ثمّ يكون دفاع الهيئة عن صحة هذا القرار بغير أساس مقبول من الواقع أو القانون.."، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم (٢٤١)، السنة (١٧) ق، تاريخ ١٢/٥/١٩٨١.

لمد اختصاص قضاء الإلغاء إلى عقود الالتزام دون غيرها، ذلك لأن صلاحية القضاء الإداري في مجال الإلغاء شاملة لجميع القرارات المعيبة المتخذة من جانب الإدارة، سواء كان محلها وضع المشروع تحت الحراسة، أو سحب الأعمال من المفاوض، أو الشراء حساب المورد^١.

المطلب الثاني

الإسقاط أو الفسخ

أولاً- تعريف جزاء الإسقاط:

الإسقاط أو الفسخ هو جزاء ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً^٢، ويؤدي إلى وضع نهاية لعقد تفويض المرفق العام^٣، واصطلاح الإسقاط استعمله مجلس الدولة الفرنسي، وخص به عقد امتياز المرافق العامة من دون سائر العقود الإدارية الأخرى^٤، حيث يستعمل لفظ الفسخ بالنسبة لهذه الأخيرة، وقد جرت العادة أن تتضمن عقود تفويض المرفق وتحديد عقود الامتياز شروطاً يبين فيها حق الإدارة في فسخ العقد بوصفه جزاءً، لكن المسلّم به أن الإدارة تملك

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٥٦/١٢/٢٣، مشار إليه لدى، د. سليمان محمد

الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٢.

٢. يطلق اصطلاح الإسقاط في مجال عقود الالتزام وإيجار المرافق العامة والأشغال العامة، وفي العقود طويلة المدة مثل مقالة الأشغال العامة والعقود التي يكون موضوعها شغل المال العام لمدة طويلة، أما اصطلاح الفسخ فيطلق في مجال العقود الأخرى.

3. A. De Laubadère et autres, Op. Cit, n. 957.

٤. د. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٠٣.

هذا الحق حتى لو لم يكن منصوباً عليه في العقد استناداً إلى سلطتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة المختلفة، لكن المفضل وهو المعتاد أن يكون في العقد نصٌ يُنظّم هذه الحالة نظراً لأهمية موضوع هذا العقد الذي هو تنظيم مرفق عام^١، ونظراً لما قد يتكبّد المفوض إليه من تكاليف طائلة لإنشاء المرفق وإعداده، فضلاً عن المخاطر التي تُحيط بذلك.

١ - **التعريف الفقهي:** يُعرّف الفقيه "**Jèze**" جزاء الإسقاط بأنه: "فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه"^٢، كما يُعرّفه الفقيه "**Blondeau**" بأنه: فسخ عقد الالتزام من جانب الإدارة من تلقاء نفسها ويؤدي إلى إعادة لطرح الالتزام في مناقصة عامة على مسؤولية الملتزم^٣، ويُعرّفه الفقيه "**Waline**" بأنه: "ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي يمكن أن يصيب الملتزم لأنه يحرّمه من جميع الحقوق التي يحصل عليها من عقد الالتزام، ويستبعده من إدارة المرفق مع الاحتفاظ بالتعويضات لصالح الإدارة عند اللزوم على مسؤولية الملتزم".

٢ - **تعريف القضاء المصري:** عرّفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "أنّه وإن كان عقد الالتزام قد نصّ صراحة على سحب الالتزام وليس على إسقاطه، إلّا أن الإسقاط والسحب يتفقان في مدلولهما^٤، وفي الآثار المترتبة عليهما وأن القصد منهما توقيع جزاء رادع على الملتزم لإخلاله الجسيم

١. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٢٩.

2. Jeze, Op. cit, p:911.

3. Blondeau, Concession de service public, these Grenoble.1992, p:228.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في (٣٠) ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة الأحكام

التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للأعوام ١٩٦٦ - ١٩٨٤.

بشروط الالتزام، يضاف إلى ذلك أن التكييف القانوني للتصرف إنما يرجع فيه إلى حقيقة الواقع لا إلى ما يُطلق عليه من تسميات، بيد أن كون السحب مرادف للإسقاط من شأنه أن يؤدي إلى الخلط بين سحب الأعمال "وهو أحد الجزاءات الضاغطة التي لا يترتب عليها فسخ العقد" وبين الإسقاط الذي يُعدّ أحد الجزاءات الفاسخة للعقد، لذلك يُفضل عدم إعطاء الإسقاط ألفاظ عديدة، فالإسقاط هو فسخ العقد جزاءً لخطأ المتعاقد الجسيم، فالعبرة بالمعاني لا بالألفاظ، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط بمعناه الدقيق لا يوجد إلا إذا كان منصوفاً عليه صراحة في العقد، أما الحالات التي لا يكون منصوفاً فيها على الإسقاط في العقد، والتي يصدر فيها الجزاء من القاضي طبقاً للقواعد العامة، فإنه يُطلق عليه جزاء الفسخ، وتعرضت هذه التفرقة لانتقاد الفقه الفرنسي، فقد ذهب الفقيه "Jèze" إلى أنه: من الخطأ التفرقة بين الفسخ لأخطاء الملتزم والإسقاط بمعناه الدقيق لأنّه لا يوجد إلا اختلاف في التعبير حيث أن كلاهما: يستهدف الغرض ذاته وهو استبعاد الملتزم نهائياً وإحلال ملتزم جديد محلّه، كما أن كلاهما يستلزم أخطاء جسيمة من الملتزم.

ثانياً - الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط:

١ - الفقه الفرنسي: ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط لا يوجد لصالح الإدارة، إلا إذا كان منصوفاً عليه صراحة في العقد، وأن جزاء الفسخ لأخطاء الملتزم هو الجزاء الذي يحلّ محلّ الإسقاط في حالة عدم النصّ صراحة على الإسقاط في العقد.

وطبقاً لهذا الرأي، يكون جزاء الإسقاط تدبير تعاقدى وليس من النظام العام، حيث لا تستطيع الإدارة توقيعهُ على الملتزم في حالة سكوت العقد.

إلا أن غالبية الفقه الفرنسي قد ذهبَ على خلاف الرأي السابق إلى أن جزء الإسقاط من النظام العام، وأنه يوجد حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد أو دفا تر الشروط.

حيث ذهبَ الفقيه الفرنسي "Jèze" إلى أن الإسقاط يُعدّ من النظام العام، وأن هذه القاعدة مُسلّم بها، ويُمكن تَبْريرها في نظره في أن استبعاد الإسقاط كجزء عن أخطاء الملتزم، وحتى الأخطاء الجسيمة يتساوى مع شرط عدم المسؤولية وهو ما لا يجوز، وأن سير المرفق العام بانتظام يستلزم أن يكون للسلطة مانحة الالتزام الحق في تغيير الملتزم إذا تعرض سير المرفق محلّ الالتزام للخطر بدرجة كبيرة^١، وذهبَ الفقيه "Bonnard" إلى أن جزء الإسقاط يُعدّ تدبيراً من النظام العام، حيث يُمكن صدوره في حالة غياب أي شرط في العقد يُقرره، وحتى في حالة وجود شرط يحظر وجوده^٢.

وبناءً على ما سبق يُمكن القول أن جزء الإسقاط من النظام العام، وأنه يوجد دائماً لصالح الإدارة في جميع الحالات، حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد، أو دفا تر الشروط، بل إنه يوجد حتى في حالة وجود نصّ في العقد يحظر على الإدارة ممارسته.

٢- ويترتب على كون جزء الإسقاط من النظام العام النتائج المهمة الآتية:

أ- إن هذا الجزء يوجد لصالح الإدارة في جميع الحالات من تلقاء نفسه دون حاجة على النصّ عليه صراحة، فجزء الإسقاط يوجد حتى في حالة عدم النصّ عليه صراحةً في العقد أو دفا تر الشروط، أي في حالة سكوت العقد،

1. Jèze, Op. cit, p:919.

2. R. Bonnard, Précis droit amministratil .éd: L.G.D.J 3e. éd 1970, p:1.

وهذه قاعدة مسلّماً بها في الفقه الفرنسي والمصري والسوري.

وهذا ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري^١، والتي قررت أن الإدارة تتمتع بالحق في توقيع الجزاءات المختلفة في نطاق العقود الإدارية حتى ولو لم ينصّ عليها صراحة في العقد^٢.

وبالطبع فإن جزاء الإسقاط من بين هذه الجزاءات^٣، وكذلك ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم (١٢٠)، في القضية رقم (١٣٣) لعام ١٩٧٢ بقولها: "إن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل، وتملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد أخلّ بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر".

ب- أن جزاء الإسقاط يوجد بقوة القانون دون حاجة للنصّ عليه صراحة في عقد الالتزام أو في قانون أو لائحة، فوجود شرط صريح يقرر هذا الجزاء ليس له فائدة إلاّ تحديد الحالات التي يجوز عند توافرها إسقاط الالتزام، وتحديد إجراءاته، ونتائجه، فالإسقاط يوجد في جميع الأحوال حتى في خارج النصوص التعاقدية بمقتضى سلطة الجزاء التي توجد في جميع الأحوال لصالح الإدارة من تلقاء نفسها^٤.

ج- لا يمكن حرمان الإدارة من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بصفة عامة بمقتضى شرط صريح في العقد فمثل هذا الشرط يُعدّ مخالفاً للنظام العام، ويتساوى مع شرط عدم مسؤولية الملتزم، ويُعدّ إعلاناً عن العمّال وعدم

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٩٤.

٢. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٦٦.

٣. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (٥٤٧) بتاريخ ١٩٦٢/٨/٢٩.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٢٠)، في القضية رقم (١٣٣) لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٢.

مبالاة الإدارة مانحة الالتزام.

د- إذا ورد نصّ صريح في العقد أو دفا تر الشروط يسمح للإدارة بممارسة جزاء الإسقاط، فإن مثل هذا النصّ لا يُعدّ نصّاً منشأً لحق الإدارة في توقيع جزاء الإسقاط، بل هو مُجرّد نصّ مقرر لحق موجود أصلاً بمقتضى القواعد العامة لنظرية العقد الإداري، ولكن الإدارة في فرنسا لا تستطيع أن توقع جزاء الإسقاط في حالة عدم وجود نصّ صريح في عقد الالتزام يعطيها الحق في ذلك، بل يجب عليها في هذه الحالة أن تطلب من القاضي توقيع هذا الجزاء على الملتزم المقصّر^١.

ثالثاً- شروط توقيع جزاء الإسقاط:

نظراً لقسوة جزاء الإسقاط بالنسبة للملتزم وخطورته على حقوقه المالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أحاط هذا الجزاء بقيود عديدة مثل حرمان الإدارة من حق ممارسة هذا الجزاء تلقائياً في حالة عدم احتفاظها إذا ألحق صراحة في العقد، أو دفا تر الشروط، وتشدّد مجلس الدولة في طبيعة الأخطاء التي تُبرر توقيع هذا الجزاء، وتشدّد أيضاً في ضرورة الإعذار، وتمكين الملتزم من تقديم أوجه دفاعه، ثم اعترافه للقاضي الإداري بسلطات واسعة في مواجهة قرارات الإسقاط في حالة عدم مشروعيتها، أو عدم وجود ما يُبررها لتشمل سلطتي الإلغاء والتعويض، على خلاف جزاء فسخ العقود الإدارية الأخرى، والتي يقتصر حق القاضي في مواجهة عدم مشروعيتها على سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد المفسوخ عقده دون سلطة الإلغاء.

١. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص: ٢١٣.

١ - اختصاص القاضي بتقرير جزاء الإسقاط:

استقرّ مجلس الدولة الفرنسي على خلاف مجلس الدولة المصري على اختصاص قاضي العقد "كقاعدة" بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نصّ في العقد أو دفاتر الشروط يكون هذا الاختصاص صراحةً للإدارة مانحة الالتزام، ويرى الفقه الفرنسي أن هذه القاعدة مناقضة لنظام توقيع الجزاءات الفاسخة للعقود الإدارية الأخرى، حيث لا تملك الإدارة في مجال عقد الالتزام على خلاف العقود الإدارية الأخرى امتياز المبادرة بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام^١، ويُرجع الفقه ضرورة صدور جزاء الإسقاط من قاضي العقد إلى أن عقود الالتزام تقوم في الغالب على رؤوس أموال ضخمة موظفة في إدارة المرفق العام واستغلاله من جانب الملتزم يتمّ استهلاكها خلال مدة طويلة ما يستوجب جعل سلطة فسخها في يد القاضي من أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرادي وتعسقي من جانب الإدارة مانحة الالتزام، فضلاً عن النتائج الخطيرة والمدمرة للإسقاط على المركز المالي للملتزم.

ويرى الفقهاء "A. De Laubadère, F. Moderne et Delvolvé"

أن القاعدة المتعلقة بضرورة صدور جزاء الإسقاط من القاضي، يجب أن تنطبق كذلك على العقود الإدارية الأخرى خلاف عقد الالتزام، تلك العقود التي تتضمن من جانب المتعاقد تنفيذ واستغلال أعمال تحتاج إلى استثمارات مالية كبيرة يتمّ استهلاكها خلال فترة زمنية طويلة مثل عقود مقاولات الأشغال العامة والعقود المتضمنة شغل الدومين العام^٢.

١. إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص: ١٥٠.

٢. د. طعمية الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، ص: ٦١٥.

وهذا الرأي قريب إلى الصواب لأن من شأنه أن يؤدي إلى توحيد أحكام الفسخ بالنسبة لكل العقود دون تمييز عقد عن آخر، فحقوق المتعاقدين ومصالحهم واحدة، وإن اختلفت مقدارها من عقد إلى آخر، وذلك خوفاً من البطء في إجراءات التقاضي وأثر ذلك على المرفق العام، فإنه يُستحسن الاكتفاء بأخذ موافقة أو رأي مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ على أن يكون هذا الرأي ملزماً، بحيث يكون قرار الإدارة معلق على شرط هو ضرورة الحصول على موافقة مجلس الدولة، وإلا عُدَّ قرار الإدارة غير مشروع.

وتطبيقاً لذلك من المستحسن إنشاء لجان لفسخ العقود في مجلس الدولة على غرار اللجنة المنصوص عنها في المادة (٥٣) من قانون العقود السوري التي أدت الكثير من الإيجابيات، مع الانتباه إلى محاذير تلك اللجنة وأخصها ما يتعلق بقرارات هذه اللجنة التي يجب ألا تكون قرارات قطعية غير قابلة للطعن، ويُلاحظ أنه عندما يخضع تقرير جزاء الإسقاط لاختصاص القاضي نفسه، فإن القاضي يستطيع أن يستخدم الغرامة المالية التهديدية لإجبار الملتزم المستبعد على مغادرة المكان وإخلائه^١، ومن جهة أخرى، فإذا لم تحتفظ الإدارة مانحة الالتزام لنفسها صراحة في عقد الالتزام أو دفاتر الشروط بالحق في ممارسة جزاء الإسقاط، فإنه لا يجوز للإدارة في هذه الحالة تقرير الإسقاط من تلقاء نفسها، بل لابد أن تلجأ إلى القاضي ليقرر هذا الإسقاط.

وتجدر الإشارة إلى أن قرار الإدارة بإسقاط الالتزام بالمخالفة لعقد الالتزام الذي لا يمنح الإدارة الحق في تقرير الإسقاط بنفسها يُعدّ قراراً غير مشروع حتى ولو كان الملتزم يستحق بالفعل جزاء الإسقاط.

1. G. Jeze، op. Cit، p:290.

٢- في مصر، فإن مجلس الدولة المصري على خلاف مجلس الدولة الفرنسي قد استقر في أحكامه المتواترة على أن جزاء الإسقاط لا يتطلب تدخل قاضي العقد، بل يكفي لتوقيع هذا الجزاء على الملتزم المُقصر صدور قرار من جانب السلطة مانحة الالتزام، سواء كان حق الإدارة الإسقاط منصوصاً عليه في العقد أو غير منصوص عليه^١.

٣- في سورية، فإن مجلس الدولة لم يستعمل في أحكامه مصطلح الإسقاط، وكذلك فعلت الجهات العامة في عقودها، وإنما تم استخدام مصطلح الفسخ أو الإلغاء للدلالة على الفسخ الجزائي لعقد الالتزام^٢.

رابعاً- التزام الإدارة بإعذار المفوض إليه:

إن جزاء الإسقاط يؤدي إلى استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق وإلى دمار وانقلاب الاستثمارات المالية التي أنفقها على إعداد المرفق

١. هذا ما أكّته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في عام ١٩٧٧: "حيث جاء في هذا الحكم ليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء "جزاء الإسقاط" لا يجوز توقيعه إلاّ بحكم من المحكمة المختصة إذ إن منح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله "قرار منه" توقيع الغرامات أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، كما له بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء، ولا يتطلب الأمر حكماً من المحكمة المختصة، بل يكفي فيه قرار من منح الالتزام؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في (٣٠) ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في (٥٠) عاماً.

٢. لعلّ مسلك مجلس الدولة السوري جيد من ناحيتين: أ- أنّه لم يقيم مرادفات لمصطلح الفسخ كما فعل مجلس الدولة الفرنسي والمصري، لأنّ العبرة للمعاني وليست بالألفاظ والمباني، فالإسقاط هو فسخ للعقد. ب- إن إعطاء الحق للإدارة بتقرير جزاء الفسخ دون حاجة اللجوء إلى القضاء ينسجم مع الطبيعة القانونية لهذا الحق من كونه يتعلّق بالنظام العام، ويتمتع به الإدارة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، سواء نصّ عليه في العقد أو لم ينصّ، إلّا أنّه يستحسن أخذ موافقة من مجلس الدولة قبل توقيع جزاء الفسخ، على أن تكون هذه الموافقة ملزمة للإدارة.

واستغلاله، فجزاء الإسقاط هو جزاء قاسٍ جداً، لذلك فهو يقتضي إعطاء الملتزم أكبر قدر من الضمانات الممكنة، ومن أهم هذه الضمانات إعدار الملتزم، أي الإنذار الرسمي للملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، والإعذار هو دعوة رسمية للملتزم من أجل تنفيذ التزاماته على وجه صحيح^١، فعندما يحق للإدارة بمقتضى نصّ في العقد أن تقرر جزاء الإسقاط بنفسها، فإنها لا تستطيع أن تقرر هذا الجزاء مثل أي جزاء آخر تملك توقيعه إلا بعد إعدار سابق ترسله للملتزم حتى يقوم بالوفاء خلال مهلة معقولة بالتزامات التي تُمثّل مخالفتها خطأ من جانبه^٢، والإعذار في مجال الإسقاط لا يقتصر فقط على إنذار موجه إلى الملتزم، ولكنه يُجب على أثر هذا الإنذار أن تقوم الإدارة بمنح مهلة معقولة للملتزم الذي لم يبذل كل جهوده لتنفيذ التزاماته، أو الذي يكون عاجزاً عن أن يقوم بالاستغلال العادي للمرفق، لكي يقوم بتنفيذ التزاماته، وأن تناقش معه وتمكنه من تقديم أوجه دفاعه.

١- في فرنسا: يلاحظ أن دفا تر الشروط المُلحقة بعقود الالتزام في فرنسا تنصّ صراحة على ضرورة قيام الإدارة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، وعلى المدة التي يعقب انتهاءها إمكانية قيام الإدارة باتخاذ هذا الجزاء، ومع ذلك، فإنّه حتى في حالة سكوت العقد عن تطلب الإعذار أي في حالة عدم النصّ صراحةً على وجوب الإعذار في العقد أو دفا تر الشروط فإن الإعذار يكون واجباً وملزماً للإدارة قبل توقيع جزاء الإسقاط بحق الملتزم.

1. G. Jèze، op. Cit، p:937.

٢. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره ، ص:٣٢٥.

وبناءً على ما سبق، فإن جزاء الإسقاط يكون غير مشروع ومخالفاً للقانون عندما لا يكون مسبوقاً بإعذار الملتزم، طبقاً للأشكال المنصوص عليها في النصوص العقدية، ولذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يقوم بالتأكد من التزام الإدارة المتعاقدة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، كما أنه لم يتردد في رفض طلب الإدارة بتقرير جزاء الإسقاط عندما يتضح من ظروف القضية أن الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم^١، كما لم يتردد كذلك في الحكم بإلغاء قرار الإدارة بإسقاط الملتزم عندما يتضح له أن الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم، قبل توقيع هذا الجزاء عليه^٢.

٢- في مصر: لم يتعرض مجلس الدولة المصري في أحكامه لضرورة الإعذار قبل إسقاط الملتزم^٣، وهذا ما دعا جانب من الفقه المصري إلى القول إنه لا يشترط إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط^٤.

ومع ذلك، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٧٧ إلى وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، وفي ذلك تقول: "يثبت لمانح الالتزام دائماً بجانب الجزاءات الأخرى إسقاط الالتزام، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين، أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما

١. C. E Du lac blue، Ste des forces motrice Res، 11 Juin 1993، p:66.

٢. C. E 28 November، 1997 ، Commune de Menerville، Rec، p:997.

مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في (٥٠) عاماً، ص: ٣٠٠.

٣. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٦٨.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (١١٠) الصادر في (٣٠) ديسمبر عام ١٩٧٧،

مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، المكتب الفني.

وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء".

أما المُشرّع المصري، فإن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية لم يتضمّن أي مواد تشير إلى وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، وبالنسبة إلى موقف الفقه في مصر، فإن الدكتور عبد الحميد فياض يرى أنّه يجب إعدار الملتزم مُسبقاً بإسقاط الالتزام، تطبيقاً لتلك القاعدة التي تملي ضرورة الإعدار بالجزاء أيّاً كان، وكذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد يرى أنّه يجب إعدار الملتزم قبل قيام الإدارة بإسقاط الالتزام بفرض أنّه يُشكّل ضماناً مهمّةً للملتزم إزاء سلطة الإدارة في اتخاذ هذا الجزاء القاسي^١، إلّا إذا ورد نصّ صريح في العقد ينصّ صراحة على إعفاء الإدارة من ضرورة الإعدار^٢، أو كانت ظروف الحال تجعل الإعدار غير ذي فائدة، كما لو أقرّ الملتزم بعدم تنفيذ التزاماته^٣.

٣- في سورية: فإن القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمّن نظام العقود الموحد ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم (٤٥٠) لم يشير إلى وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، وهذا ما ذهب إليه أيضاً الفقه الإداري الذي لم يُعدّ الإعدار شرطاً أساسياً إلّا عندما ينصّ العقد على ذلك.

أما مجلس الدولة السوري، فقد ذهب إلى وجوب الإعدار قبل فرض جزاء الفسخ في جميع العقود الإدارية، ويتّضح ذلك من خلال حكم للمحكمة

١. د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٥٨.

٢. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١٠٦.

٣. د. محمد الحسين و د. مهني مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤٩.

الإدارية العليا صادر في عام ١٩٨٠ والذي جاء فيه: "إن شروط فسخ العقد من قبل الإدارة كمؤيد جزائي عقدي دون تبعة عليها، هي نوعان شروط موضوعية وشروط إجرائية، فالشروط الموضوعية هي ثبوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده أو إساءة تنفيذه رغم تنبيه مراراً أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة بموقف إيجابي من المتعهد أو دخول عنصر الضرر في مشروعات الإدارة دون إرادة المتعهد....، أما الشروط الإجرائية فهي توفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط كافة البيان ومنها الإنذارات المتكررة".

خامساً- الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط:

يُعدّ جزاء الإسقاط جزاءً قاسياً لكل من الملتزم، وكذلك للسلطة مانحة الالتزام^١، فقد ذهب مفوض الحكومة الفرنسي "Romieu" إلى أن جزاء الإسقاط جزاء حاسماً جداً وقاسياً جداً بالنسبة للملتزم ومزعجاً بالنسبة للسلطة مانحة الالتزام، التي لا ترغب في أن ترى المرفق العام معطلاً أو أن هناك اختلالاً في إرادته^٢، وهذه القسوة المقرونة بجزاء الإسقاط جعلت القضاء الفرنسي يهجر فكرة أنّه في حالة سكوت العقد، فإن الإسقاط هو الجزاء الوحيد الممكن توقيعه على الملتزم طالما أن العقد لا ينصّ على أي جزاءات.

أما الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط فتتمثل في الآتي:

- ١- يترتب على صدور جزاء الإسقاط إنهاء العقد بصفة قطعية، وانقضاء العلاقات العقدية بين كل من منح الالتزام والملتزم، وهذا ما يميّز جزاء

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٤٠) في القضية رقم (٢٠) لعام ١٩٨٠.

٢. راجع في ذلك أيضاً: بعض النماذج لعقود الالتزام في سورية، كعقد تنقيب النفط المبرم بين حكومة الجمهورية العربية السورية والشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغاز، والذي نصّ على ضرورة إعدار الملتزم قبل اللجوء إلى إنهاء العقد من قبل الجهة مانحة الالتزام.

الإسقاط عن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، فالأول جزاء نهائي ينقضي به العقد، أما الثاني فهو جزاء ضاغط ومؤقت لا يُنهي العقد، بل يقصد به الضغط على الملتزم وحثه على تنفيذ التزاماته، وإذا كان جزاء الإسقاط يؤدي إلى انقضاء عقد الالتزام ونهايته، فإن هدفه لا يكون مطلقاً إنهاء المرفق العام، وإنما يحق للإدارة أن تعمل على استمرار هذا المرفق على الرغم من استبعاد الملتزم^١.

٢- يترتب على جزاء الإسقاط استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق العام ومن الانتفاع بالتزامه قبل نهايته العادية المنصوص عليها في العقد.

٣- يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد، حيث تنص دفاتر الشروط عادة، على أنه في حالة إسقاط الالتزام يصبح التأمين أو الجزاء الباقي منه ملكاً للإدارة مانحة الالتزام.

٤- يحق للإدارة فضلاً عن إسقاط الالتزام المطالبة بتعويض من الملتزم، وهو ما تنص عليه دفاتر الشروط أحياناً.

٥- تنص غالبية دفاتر الشروط عادة على أن إسقاط الالتزام يكون متبوعاً بإقامة مزايمة جديدة من أجل اختيار ملتزم جديد يحل محله في الالتزام ذاته، وذلك من أجل ضمان استمرار المرفق، وتصفية حقوق الملتزم المستبعد في ذات الوقت.

وبذلك نكون قد انتهينا في هذا المبحث من دراسة إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات، كالغرامات المالية، والتنفيذ العيني على حساب المفوض إليه، والإسقاط أو الفسخ.

١. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٤.

المبحث الثالث

إشكالية إنهاء عقد تفويض المرفق العام

عقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة هي عقود مؤقتة بمدة معينة، فإذا عهِدَت الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إنشاء مرفق عام وتسييره، فلا يعني ذلك أنها عهِدَت بهذه المهمة بصفة نهائية ومطلقة.

فمن غير المتصور أن يكون عقد التفويض أبدياً لما يُمثله ذلك من تخلي وتنازل عن سلطتها في تنظيم المرافق العامة، لذا فإن عقود تفويض المرفق يمكن أن تنتهي نهاية عادية بانتهاء مدتها، أو قد تنتهي قبل انتهاء مدتها^١.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إسترداد المرفق العام.

المطلب الثاني: أحكام التصفية المالية لعقد تفويض المرفق العام.

١. بالنسبة إلى فسخ عقد التفويض فقد ينتهي قبل انتهاء مدته من خلال فسخ العقد، الذي يتخذ صوراً عدة: ١- **الفسخ الاتفاقي**: وهو الذي يتم باتفاق بين الإدارة والمفوض إليه قبل نهاية مدة العقد، وقد يختلط من حيث الواقع بطريقة الاسترداد التعاقدية، ولكن الطريقتان مختلفتان لأن حق الإدارة في الاسترداد حق أصيل، سواء نص عليه العقد أو لم ينص. أما الفسخ الاتفاقي فهو ثمرة لتراضٍ كامل بين الإدارة والمتعاقد معها. ٢- **الفسخ بقوة القانون**: يتحقق الفسخ بحكم القانون إذا استنفذ محل عقد التفويض، فانعدام محل العقد يؤدي من دون شك إلى فسخ عقد التفويض بحكم القانون، استناداً للمبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية. د. حمادة عبد الرازق حمادة، **النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام**، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٦٢. ٣- **الفسخ القضائي**: قد يلجأ المفوض إليه إلى القضاء طالباً إنهاء العقد قبل انتهاء مدته في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها إخلالاً يخل بالتوازن المالي للعقد بما يفوق الإمكانيات الاقتصادية أو الفنية للمفوض إليه.

المطلب الأول

استرداد المرفق العام

أولاً- تعريف الاسترداد وأهميته:

عرّفه الفقيه "Lecomte" بأنّه: "طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدّته"، ويتمّ الاسترداد وفقاً لهذا التعريف بموجب قرار يصدر من الإدارة لمصلحة المرفق العام ذلك عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء الالتزام لاستعادة المرفق وإدارته بالطريق المباشر^١.

ولا يتطلّب هذا الإجراء اتفاقاً مع الملتزم فالقرار في هذه الحالة أمر تقديري شريطة أن تُحدد الإدارة ما إذا كان هناك سبب يبرر الاسترداد، حتى لا يكون قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة والانحراف بها^٢، ويُعرّفه الفقيه "A. De Laubadère" بأنّه: "إجراء منفرد صادر من الجهة الإدارية المانحة أثناء تنفيذ الالتزام بغرض إنهائه قبل انقضاء مدّته العادية مقابل دفع تعويض للملتزم"^٣، ويُعرّفه الأستاذ ثروت بدوي بأنّه: "إجراء معقّد ومضّر ببعض ضمانات الملتزم، ويتطلّب تدابير مالية تختلف تبعاً لاختلاف عقود الالتزام"، ويُعرّفه الدكتور محمد الحسين والدكتور مهند نوح بأنّه: "إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول موعده دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، ومن ثمّ فإنّ الاسترداد يتمّ بقرار إداري حتى لو تضمّن العقد

١. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٣.

٢. د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بدون دار نشر، ص: ٤٤.

٣. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره،

ص: ٢٨٨.

نصاً على حق الإدارة في اللجوء إليه، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد^١، والتعريفات الفقهية السابقة لاسترداد الالتزام توضح أمرين مهمين: ١- إن استرداد الالتزام ليس إلا طريقاً من طرق انقضاء عقد التفويض، ولكنه يختلف عن الطرق الأخرى لانقضاء عقد التفويض بناءً على طلب الملتزم، أو انتهاء العقد بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة، أو انتهاء العقد نتيجة الفسخ القضائي للعقد، أو نتيجة اتفاق طرفي العقد على فسخه، وبالتالي ليس كل إنهاء للالتزام يُعدّ بالضرورة استرداداً للالتزام.

٢- إن استرداد الالتزام يُعدّ دائماً إجراءً صادراً من جانب الإدارة مانحة الالتزام وحدها، والاسترداد يكون في الغالب استرداداً تعاقدياً، وهذا يعني أن إمكانية تقديره تكون مُعترفاً بها للإدارة في العقد، فعندما يصدر قرار الاسترداد، فإن هذا القرار يكون قراراً اختيارياً للإدارة وصادراً من جانبها وحدها.

ومن ناحية أخرى، يُعدّ الاسترداد امتيازاً بارزاً للإدارة، ويُمثل استثناء على القاعدة المدنية التي مقتضاها أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطراف العقد، ويُعدّ استرداد الالتزام تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة في أي وقت قبل انقضاء التاريخ المحدد لانتهاء مدة العقد، وذلك في مجال عقد التزام المرفق العام^٢.

ثانياً- الأهمية العملية للاسترداد:

يستهدف القانون في مجال الاسترداد الموازنة، بين أمرين أساسيين يتصلان بطبيعة عقد تفويض المرفق العام:

الأول: أن للإدارة مانحة التفويض الحق في إنهاء العقد، وإدارة المرفق

١. د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٩.

2. A. De Laubadère et autres، Contrats، op. Cit، p:693.

بالأسلوب المباشر إذا ما ارتأت لذلك أسباباً ضرورية لحسن سير المرفق العام، وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.

الثاني: أن عقود التفويض تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء المرفق العام وتشغيله وإدارته، وهذه العقود بحكم طبيعتها طويلة المدة ليتمكن المفوض إليه خلالها من تعويض النفقات التي تكبدها في سبيل ذلك، ولهذا يكون إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد التفويض أمراً لازماً.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن المفوض إليه قد يتكبد نفقات كبيرة في عمليات الإنشاء والتشغيل، أمر يوجب حماية مصالحه بتقرير الضمانات الفعالة لمواجهة أي استرداد يطرأ قبل الأوان، ويتمثل ذلك في منح المفوض إليه تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسائر، وما فاتته من كسب.

ويحق للمفوض إليه أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد في حال عدم مشروعيته، وكذلك إذا لم يستند القرار إلى أسباب جادة مستوحاة من المصلحة العامة، ولإدارة التحلل من تعاقدتها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر، ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاتته، وإن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة، ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق المصلحة العامة^١، فإذا ثبت للقضاء أن قرار الإنهاء لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء

١. الطعن رقم (٣٩٨٦) لسنة (٣٥) ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، والطعن رقم (١٥٢٠/٢) ق جلسة

١٩٥٧/٤/٢٠.

القرار، ويَجِب تنظيم سلطة الإدارة في استرداد الالتزام، تجنباً لأي نزاع حول حق الإدارة في الاسترداد، وحول التعويض المستحق للملتزم عن استرداد الالتزام.

وهذا ما فعله المُشرّع المصري في المادة الرابعة من القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ الخاص بالالتزام المرافق العامة بالنصّ على أنّه: "يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط و أوضاع استرداده قبل انتهاء مُدّته".

ومن أجل إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة بين طرفي عقد الالتزام، فإن القضاء سواء في فرنسا ومصر وسورية يعترف من ناحية أولى بحق الإدارة مانحة الالتزام في استرداد الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مُدّة العقد، حتى ولو لم يكن منصوصاً صراحة في العقد على حق الإدارة في هذا الاسترداد.

كما أن القضاء من ناحية أخرى يعمل على حماية مصالح الملتزم الذي يقوم بإنفاق مبالغ كبيرة على استغلال الالتزام، والتي يلزم استهلاكها خلال مُدّة طويلة ما يوجب منح الملتزم ضمانات فعّالة ضد أي استرداد مبسر وسابق للأوان من جانب الإدارة مانحة الالتزام، وبذلك يكون القضاء قد كفّل حماية مصالح الملتزم في حال استرداد الالتزام قبل انتهاء مُدّته المُتفق عليها، وذلك من خلال المحافظة على حقوقه المالية المُتمثّلة في منحه تعويضاً كاملاً عن استرداد التزامه يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب.

كما أن القضاء يعترف للملتزم بالحق في أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد في حالة عدم مشروعيته، وهذا ما قرّرتُه المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ حيثُ جاء فيه: "القانون الإداري يَسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت مصلحة المرفق العام

الذي تديره تستدعي ذلك، وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الضرر^١.

وأيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٩٢/١١/١٥ حيث قررت: "للإدارة التحلّل من تعاقدتها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض مقياسه الضرر المباشر، ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاتته"^٢.

ثالثاً- التكييف القانوني للاسترداد:

يُعدّ الاسترداد من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

- ١- عند ورود نصّ في العقد يقضي بحق الإدارة في استرداد الالتزام، فإن مثل هذا النصّ يُعدّ كاشفاً ومُنظماً لحق موجود أصلاً، وليس مُقررّاً لحق جديد، بل إن الإدارة تتمتع بهذا الحق حتى في حالة سكوت العقد.
- ٢- لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على حرمان الإدارة من فعلها في استرداد الالتزام بمقتضى نصّ في العقد، لأن مثل هذا النصّ يُعدّ باطلاً ومخالفاً للنظام العام، ولا قيمة له.

- ٣- تتمتع الإدارة بالحق في استرداد الالتزام بمقتضى قرار إداري انفرادي من جانبها دون حاجة إلى تدخل القاضي لتقريره بدلاً منها، حيث لا يستطيع قاضي العقد أن يأمر باسترداد الالتزام، سواء الاسترداد التعاقدي، أو غير

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٣٢) في القضية (١٨) لعام ١٩٧٥، مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (٣٩٨٦) تاريخ ١٩٩٢/١١/١٥.

التعاقدى، لأن ذلك يُعدّ تدخلاً من جانب القاضي في نشاط المرفق العام.

٤- لا يجوز للإدارة مانحة الالتزام أن تتنازل مُقدماً بمقتضى نصّ في العقد عن حقها في استرداد الالتزام، فكل شرط تعاقدى مخالف لذلك يجب عده لاغياً وعديم الأثر، لأن التنازل هنا يُعدّ تنازلاً عن سلطة تنظيم المرفق العام، وهذا غير جائز.

٥- ليس للملتزم أن يتمسك في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الالتزام بفكرة الحق المكتسب في استغلال الالتزام طوال مدته المنصوص عليها في العقد، على أساس أن مدة العقد تُعدّ شرطاً تعاقدياً لا يجوز المساس به إلا باتفاق الطرفين، أو أن يتمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وأن العقد شريعة المتعاقدين^١، وكل ما يستطيع المتعاقد أن يطالب به هو تعويضه تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب، نتيجة استرداد الالتزام قبل انتهاء مدته المنصوص عليها في العقد.

رابعاً- حالات الاسترداد:

يتم الاسترداد بقرار إداري حتى لو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في الالتجاء إليه، فمثل هذا النصّ كاشف ومُنظّم لا مقرر لحق جديد^٢، لأن الاسترداد بالمعنى السابق يُمثّل أحد تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلّبت المصلحة العامة ذلك، وعلى الرغم من ذلك

١. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٩.

٢. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٨٨.

ومراعاة للأسباب الخاصة بعقود التفويض يستلزم المُشرّع في العادة ضرورة أن يُنظّم عقد التفويض حق الدولة في استرداد المرفق للتوفيق بين المصلحة العامة التي تُمثّلها الدولة والمصلحة المالية للمفوض إليه^١، ويتحقق استرداد المرفق العام من خلال ثلاث صور:

١ - الاسترداد التعاقدى:

هو الاسترداد المنصوص عليه في عقد الالتزام بموجب نصّ صريح، يُحدد قواعده وشروطه، لذلك تُعدّ إجراءات هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية يتعيّن على الإدارة احترامها، كما يتعيّن على القضاء احترامها، وتتحقق هذه الصورة من الاسترداد عندما ينصّ في العقد على حق الإدارة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الأجل المحدد للعقد.

أ- في مصر:

تقرير الاسترداد التعاقدى قد يكون أمراً وجوبياً يفرض المُشرّع تنظيمه وهذا ما كان يأخذ به القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧ بخصوص تنظيم التزام المرافق العامة، إذ نصّت المادة الرابعة منه على أنّه: "يجب أن تُحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدّته"، ويتقرر الاسترداد التعاقدى من دون وجود نصّ قانوني يُقرره ويُنظّم كيفية ممارسته، وذلك بأن ينصّ الأطراف في عقد التفويض على هذا الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته.

ب- في فرنسا:

ويُعدّ الاسترداد التعاقدى هو الاسترداد الغالب في عقود الالتزام في فرنسا، حيثُ تحتوي دفاتر الشروط عادةً على شروط الاسترداد.

١. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٤١.

وضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الشروط لممارسة حق الاسترداد الاتفاقي، ويُمكن إجمال هذه الشروط بما يأتي:

(١) يجب أن يكون حق الإدارة في استرداد الالتزام قبل نهاية مدّته منصوصاً عليه صراحةً في العقد^١، ويلتزم القضاء بالتحقق من هذا الشرط بدقة عند وجود أي منازعة بشأن الاسترداد.

ولكن عدم النصّ صراحةً في العقد على شرط الاسترداد لا يعني أن الإدارة لا تملك مُطلقاً استرداد الالتزام، ولكنها تستطيع ممارسة الاسترداد غير التعاقدى للالتزام بموجب سلطتها العامة في إنهاء عقودها الإدارية^٢.

(٢) صدور قرار الاسترداد التعاقدى من الجهة ذاتها التي قامت بإبرام عقد الالتزام، ما لم ينصّ على خلاف ذلك في العقد أو دفاتر الشروط.

(٣) يجب على الجهة مانحة الالتزام أن تعلم الملتزم أنها ترغب في استخدام حقها في استرداد المرفق بموجب إنذار قبل الاسترداد بمدّة كافية، أو في المدّة التي يُحددها العقد، أو دفاتر الشروط.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة إخطار الملتزم قبل استرداد الالتزام ولو لم يتطلّب العقد ذلك كونه مبدأ من المبادئ العامة للقانون العام للعقود الإدارية.

(٤) يجب أن يكون هدف الإدارة من الاسترداد هو تحقيق المصلحة العامة، أو مصلحة المرفق، فإذا لجأت الإدارة إلى استرداد المرفق تحقيق أغراض مالية فإن مجلس الدولة الفرنسي يقضي أن مثل هذا الاسترداد يكون مشوباً بعييب

1. A. De Laubadère et autres، Contrats، op. cit، p:709.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٧٩٨.

الانحراف بالسلطة.

٥) لا يجوز للإدارة أن تقوم باسترداد المرفق إلا بعد انقضاء المدة التي ينصّ عقد الالتزام عليها، فغالباً ما تتضمن عقود الالتزام حداً أدنى من المدة لا يجوز للإدارة استرداد المرفق خلالها، ولكن هذا لا يعني أن الإدارة قد تنازلت عن استعمال حقها في الاسترداد خلال هذه المدة، وإنما يعني أن شروط الاسترداد التعاقدية لا يمكن تطبيقها إلا من التاريخ المحدد في العقد، فإذا ما أرادت الإدارة الاسترداد قبل هذا التاريخ فلها ممارسة سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية في أي وقت^١.

٦) إذا تضمن العقد أنه لا يجوز ممارسة الاسترداد، خلال مدة معينة فيجب احترام هذا الشرط.

٧) إذا تضمن العقد تحديد أسباب استرداد المرفق فلا تجوز ممارسة الاسترداد التعاقدية إلا في حالة تحقق الأسباب المنصوص عليها، أو الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق.

٨) يجب أن يستوفي قرار الاسترداد الشروط الشكلية المنصوص عليها في العقد.

ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد التعاقدية انتهاء العقد وقيام حق المتعاقد في الحصول على التعويض ويمتاز في هذه الحالة بكونه اتفاقياً، ومن ثم فإن القاضي يطبق النصوص الخاصة به في ضوء الأصل العام الذي يقضي أن يكون كاملاً في مثل هذه الحالات^٢، ويكون التعويض

١. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١٣٤.

٢. د. صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٧٧.

إما بدفع مبلغ إجمالي للمفوض إليه، أو بطريقة دفع أقساط سنوية لمدة محددة، وكثيراً ما يتم الجمع بين الطريقتين.

٢- الاسترداد غير التعاقدية:

هو الاسترداد الذي تقررته الجهة الإدارية مانحة التفويض بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره عندما يتم الاسترداد خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خلالها^١.

ويُعدّ الاسترداد على هذا النحو تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد غير التعاقدية للمرفق العام استحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب، وبالنظر إلى ضخامة المبالغ التي يتكبدها المفوض إليه في إنشاء المرفق وتشغيله، والتي يستحقها في حالة استرداد المرفق من الإدارة، لذا فإن هذه الأخيرة غالباً ما تتردد في القيام بهذا الإجراء.

أ- موقف الفقه:

(١) تذهب غالبية الفقهاء سواء في فرنسا أو مصر أو سورية إلى عدّ هذا النوع من الاسترداد وسيلة بيد الإدارة، إلّا أن هناك من يرى أن الاسترداد لا يكون إلّا بطريقة النص عليه في العقد، فهم لا يعترفون إلّا بالاسترداد التعاقدية^٢.

١. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٠٠.

2. A. De Laubadère et autres، Contrats، op. cit، p:737.

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أن سلطة الاسترداد لا ينبغي أن توجد إلا في الحالات والأوضاع التي ينص عليها العقد، أو دفاتر الشروط، ويعود ذلك إلى أن الملتزم له حقاً مكتسباً في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة الالتزام المنصوص عليها في العقد^١، نظراً للاستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها من أجل تشييد المنشآت واستغلال المرفق.

وما يترتب عليه أن الإدارة لا تستطيع فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا لم يوجد نص في العقد أو في دفاتر الشروط يعطيها هذا الحق صراحةً.

وفي مصر يرى جانب من الفقه أنه في حالة عدم وجود نص في العقد يجيز الفسخ، لا يكون أمام الإدارة إلا اللجوء للقضاء للحصول على حكم قضائي بالفسخ، وذلك يعود إلى مدى ما يترتب على فسخ عقد الالتزام من اضطراب، وإلى أهمية رؤوس الأموال الموظفة في المرفق موضوع الالتزام.

(٢) بينما تتبنى غالبية الفقه الفرنسي والمصري الاسترداد غير التعاقدي، حيث ذهب الفقيه "Benoit" إلى أنه: "بالنسبة لعقد الالتزام، فإن الإنهاء الإنفرادي للعقد لا يمكن يتخذ إلا شكل الاسترداد غير التعاقدي"، بينما الفقهاء الثلاثة "F. Moderne et P. Delvolvé، A. De Laubadère" فإنهم يقرّون بوجود حق الإدارة في الاسترداد، ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، ويستندون في رأيهم إلى وجود عدة أحكام تُقرّ بوجود الاسترداد غير التعاقدي، ولكنها قليلة نظراً لأن عقود الالتزام في فرنسا تنص عادة على الاسترداد.

١. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ١٥٠

ب- موقف القضاء:

(١) في فرنسا:

إِعْتَرَفَ مجلس الدولة الفرنسي بوجود هذا الحق للإدارة، حيثُ قرَّرَ في حكمه الصادر عام ١٩٨٨: "أَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَحِقُّ لِلإدارة مَانِحَةُ الإلتزام بِمَقْتَضَى القواعد العامة المُطبَّقة على العقود الإدارية، مع مراعاة حقوق التعويض للملتزم أن تُتَهِى عقد الإلتزام قبل ميعاده ما دامت توجد أسباب من المصلحة العامة تُبرِّر لها اتخاذ هذا القرار"، فإن السلطة مَانِحَةُ الإلتزام تُسْتَطِيع أن تُمارس هذا الحق، حتى ولو لم يُنظَّم ممارسته أي نصَّ تَشْرِيعِي أو لائحي أو أي شرط تعاقدِي".

(٢) في مصر:

يرى الدكتور سليمان محمد الطماوي أَنَّهُ لا شكَّ في حق الإدارة في استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة، فالإدارة تملك حقاً أصيلاً في أن تُنظَّم المرفق العام في كل وقت بما يجعله أصلح لأداء الخدمة المنوطة به، وبالتالي فإن لها دائماً أن تلغي المرفق، فينقضي الإلتزام.

كما أن القضاء الإداري المصري تَبَنَّى الاعتراف بالاسترداد غير التعاقدِي^٢، حيثُ دَهَبَتْ محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ إلى أن: "حيثُ حق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة عدم وجود نصٍّ في العقد ودون صدور خطأ من المتعاقد، وهذه السلطة المُخَوَّلَة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إلَّا أَنَّهُ يُقَابَل سلطة الإدارة في الفسخ

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الطعن رقم (٨٦٢)، تاريخ ١٦/٦/١٩٥٧.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٨٠٣.

دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة في التعويض".

(٣) في سورية:

ذهبَ مجلس الدولة السوري إلى ما ذهبَ إليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري، حيثُ أقرّت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٧٤ إلى أن: "الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان لذلك وجه قانوني".

وبناءً على ما سبق، يُمكن القول إنَّ حق الإدارة في استرداد المرفق العام يُعدّ تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، والتي تُعدّ من النظام العام، أي أن الإدارة تستطيع أن تُمارس الاسترداد في جميع الأحوال، وفي أي وقت، حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحةً في عقد الالتزام، أو دفاتر الشروط.

٣- الاسترداد التشريعي:

يُقصد بالاسترداد القانوني أن يقوم المُشرّع بإصدار قوانين خاصة تُنظّم بموجبها استرداد بعض المرافق العامة، بقصد تمكين السلطة مانحة الالتزام من ممارسة الاسترداد غير المنصوص عليه في عقد الالتزام.

وهذا التدخّل طبيعي من المُشرّع، فطالما أن منح الالتزام في بعض الحالات لا يكون إلّا بقانون، فالمُشرّع يستطيع أن يقرر لأسباب يُقدّرهما استرداد بعض المرافق العامة بقانون، وعندما يصدر هذا القانون يجب تنفيذه ما يتضمّنه من شروط، وإتباع ما يقضي به من إجراءات، وما يترتب من

التزامات، ويحرص المشرع على أن يكون هذا الاسترداد مُقابل تعويض يتمّ تحديده في قانون الاسترداد.

أ- في فرنسا:

طُبِقَتْ هذه الصورة في فرنسا في الماضي في حالات متعددة، إذ تَدخَّل المشرع الفرنسي بالفعل منذ عام (١٨٤٥) في مجال عقود الامتياز، فأصدر قوانين خاصة، نَظَّم بها استرداد بعض المرافق العامة المهمة، ومنها قانون (٢٥) أيار عام ١٨٤٥ الخاص بقنوات الملاحة في فرنسا، وقانونا (١١) حزيران عام ١٨٨٠ و (٣١) تموز ١٩١٣ المتعلّقان بإنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحليّة والنقل بواسطة الترام^١.

والقانون الصادر في (١٣) يوليو ١٩٠٨ بإنهاء عقود امتياز شركة سكك حديد المغرب وقانون (٣١) تموز عام ١٩٤٧ الذي خَوَّل استرداد مرافق الامتياز المحليّة في خلال عام من صدوره.

ب- في مصر:

لجأ المشرع إلى أسلوب الاسترداد غير التعاقدي، وأصدر عدّة قوانين لاسترداد بعض المرافق التي تُدار بطريقة الامتياز منها على سبيل المثال، القانون رقم (١٤٥) لعام ١٩٥٧ القاضي باسترداد مرفق مياه القاهرة، والقانون رقم (١١٢) لعام ١٩٦١ القاضي باسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينة الإسكندرية، والقانون رقم (٢٨٥) عام ١٩٥٦ القاضي بإنهاء امتياز شركة قناة السويس.

١. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ١١٩.

المطلب الثاني

أحكام التصفية المالية لعقد تفويض المرفق العام

تُعَدّ التصفية المالية المرحلة الأخيرة من تنفيذ عقود تفويض المرفق العام، حيث تُصَفَّى فيه الحقوق والالتزامات، وتُسَوَّى العلاقات المالية بين أطراف عقد التفويض، ويؤثر موضوع التصفية مسائل مهمّة سنستعرضها فيما يأتي:

أولاً- انقضاء عقد التفويض وعودة المرفق العام إلى الإدارة المباشرة للإدارة مانحة التفويض:

يترتب على استرداد المرفق العام محلّ التفويض عودته للجهة مانحة التفويض قبل انقضاء المدة المحددة في عقد التفويض، وتحرر المفوض إليه من التزاماته بإدارة المرفق محلّ التفويض، فإذا استمر المفوض إليه في استغلال المرفق بعد صدور قرار الاسترداد، فإنّه يجب عليه أن يُردّ للسلطة مانحة التفويض الأرباح التي حققها بعد تاريخ الاسترداد وحتى تاريخ نفاذ هذا الاسترداد، ويملك قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر الملتزم القديم بإيقاف استغلال المرفق العام بعد تاريخ إنهاء عقده، ومن ناحية أخرى، فإنّه يشترط في الاسترداد أن يكون شاملاً للمرفق العام بأكمله، ما لم يرد نص صريح في العقد أو دفا تر الشروط يُجيز للإدارة الاسترداد الجزئي للمرفق العام، وذلك لأن الالتزام يكون كلاً لا يصح تجزئته^١، كما أنّه ليس من العدل أن يُحرم المفوض

١. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره،

إليه من جزء من التفويض قد يكون أكثر ربحاً له^١، ويترك الجزء الأكثر تكلفة وعبئاً عليه، وأن الاسترداد الجزئي يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ويبرز الفقيه "Jèze": "لذا فإن الاسترداد الكلي للالتزام هو الوضع المناسب للملتزم، وهو الأكثر عدالة أيضاً، كما أنه لا يُعرض سير المرفق العام للخطر".

ثانياً- مصير العقود التي أبرمها المفوض إليه مع الغير قبل استرداد الالتزام:

في هذا الإطار يجب التمييز بين عقود العمل التي أبرمها المفوض إليه مع عمّاله ومستخدميه العاملين في إدارة المرفق قبل استرداد الالتزام، وبين العقد المبرم مع شخص من المنتفعين بخدمات المرفق العام، والعقد المبرم مع شخص من الغير لا علاقة له بالمرفق العام.

١- فيما يتعلق بعقود العمل التي أبرمها المفوض إليه مع عمّاله:

فالأصل أن هذه العقود لا تسري في حق مانح الالتزام أو المفوض إليه الجديد لأن كلاً منهم لا يُعدّ خلفاً عاماً أو خاصاً للمفوض إليه السابق^٢، وتبقى حقوق العمّال تجاه الملتزم السابق عالقة بزمته، ويُسأل عنها في مواجهة العمّال.

وهذا ما تبناه المُشرّع المصري في القانون رقم (٦٦٠) لعام ١٩٥٣^٣، والذي ورد فيه أنه إذا انتهى عقد الالتزام وتولّت الدولة إدارته بالطريقة المباشرة، جاز لمجلس الوزراء أن يُعين لخدمة المرفق وللمدة التي يُحددها من

1. G. Jèze، op. cit، p:322.

٢. فتوى الجمعية العمومية الصادرة من قسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري تاريخ ١٩٨٨.

٣. عدّل هذا القانون بالقانون رقم (٥٣) لعام ١٩٥٤.

تقضي المصلحة تعيينه من الموظفين الذين كانوا بخدمته قبل تولي الدولة إدارته.

ويبدو من خلال هذا القانون أن عقود العمل المبرمة بين المفوض إليه السابق وعماله قبل انتهاء الالتزام باسترداده لا تسري في مواجهة الإدارة بعد عودة المرفق إليها، إذ لو كانت هذه العقود باقية بعد سحب الالتزام أو عودة المرفق في نهاية مدته لما كان المشرع المصري في حاجة إلى إصدار القانون السابق بإجازة تعيين بعض مستخدمي وعمال المفوض إليه السابق بخدمة المرفق مرة أخرى، ولكن تطبيق ذلك على عمال المفوض إليه السابق سوف يضر بهم، لاسيما إذا كان المفوض إليه أجنبياً فكانت أمواله موجودة في الخارج، ومن ثم لن يتمكنوا من التنفيذ على هذه الأموال، ولذلك من المستحسن أن تقوم الدولة بأداء حقوق هؤلاء العمال استناداً إلى مبادئ العدالة والتضامن الاجتماعي.

٢- فيما يتعلق بعقود المفوض إليه مع المنتفعين بخدمات المرفق العام:

تظل هذه العقود سارية المفعول في مواجهة مناح التفويض، أو في مواجهة المفوض إليه الجديد، وذلك لأن الشروط اللاتحفية في عقد التفويض والتي تُبين كيفية أداء الخدمة تظل محافظة على قوتها الملزمة في حال انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة التفويض أو المفوض إليه الجديد، مع مراعاة أن السلطة مانحة التفويض تستطيع تعديل النصوص اللاتحفية بما نراه ملائماً للمصلحة العامة^١، وهذا ما قررتُه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها

١. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره،

الصادر عام ١٩٥٦ بقولها: "كانت النصوص اللاتحفية في عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام، إلا أن هذا لا يقيّد سلطة الحكومة في تعديل تلك النصوص بما تراه ملائماً للمصلحة العامة".

٣- أما عقود المفوض إليه مع الغير قبل استرداد الالتزام:

فإن القاعدة أن عقود المفوض إليه تبقى في ذمته ولا تنتقل إلى ذمة كل من مانح التفويض أو المفوض إليه الجديد في حالة إسناد المرفق إلى ملتزم جديد، إلا إذا نصّ عقد التفويض على خلاف ذلك.

ثالثاً- مصير الأموال المادية والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام:

القاعدة أن عقد الالتزام هو الذي يتضمّن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام، ويستعمل الملتزم "المفوض إليه" في سبيل إعداد المرفق محل التفويض أنواعاً مختلفة من الأموال منها العقارات "كالمباني ومحطات القوى، والسكك الحديدية، والأنفاق والجسور والمطارات"، ومنها المنقولات "كالسيارات، والمواد الخام اللازمة للاستغلال وأجزاء من الدومين العام تكون الإدارة قد وضعتها تحت تصرف المفوض إليه كشغل جانب من الطريق أو مد أسلاك فوقه أو حفر أنفاق..." وليس من قاعدة قانونية مُسلمٌ بها تقضي بأيلولة تلك الأموال مجاناً إلى الدولة عقب نهاية التفويض^١، وتحتوي عقود التفويض في فرنسا ومصر نصوصاً تقضي بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاناً أو عن طريق الشراء ما لم ينصّ عليه العقد يبقى ملكاً للمفوض إليه.

١. د. حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٢٠.

١ - الأموال التي تؤول للدولة:

وهي الأموال اللازمة لاستغلال المرفق والتي لا يتصور وجوده بدونها^١، سواء كانت عقارات أو منقولات، وبالتالي لا بد من تسليمها في نهاية المدة التعاقدية بحالة جيدة لتكون صالحة للاستخدام من قبل الجهة العامة^٢.
وقد جرى العمل دولياً على أن لا تقلّ صلاحية تشغيل أصول المرفق بعد إعادة تشغيله إلى الدولة نصف مدة العقد، وهذه الأموال إما أن تكون مملوكة للجهة العامة منذ البداية فتقوم بتأجيرها للمتعاقد "كما في عقود الامتياز"، أو تكلفه باستثمارها مقابل أجر تدفعه له "كما في عقود مشاطرة الاستغلال"، وفي هذه الحالة يكون حق المفوض إليه بالانتفاع بأموال المرفق استناداً إلى سلطات آلت إليه بعقد التفويض بصفته مسؤولاً عن استغلال المرفق، وليس استناداً إلى حق شخصي، أو يقوم المفوض إليه بإعداد الإنشاءات والتجهيزات، ومع ذلك تؤول للدولة، "كما في عقد التزام المرافق العامة".

ولا تقتصر الأموال واجبة الرد إلى الجهة العامة على الإنشاءات بل تتعداها إلى الموجودات التابعة لها، وفق ما أقرّ مجلس الدولة الفرنسي بقوله^٣:
"عند أيلولة المرفق لجهة الإدارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره سواء نصّ في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينصّ وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم ما لم ينصّ في عقد الالتزام أيلولة

1. A. De Laubadère، F. Moderne، P. Delvolvé، op. cit، p:743.

٢. د. إبراهيم عبد اللطيف الدسوقي الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٣٣.

٣. فتوى مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٥٥/٣/٢٣.

هذه الأشياء دون مقابل".

وعادةً ما ينصّ العقد على الأموال الواجبة الرد إلى الجهة العامة، أما في حال عدم ذكرها يقوم القاضي بهذه المهمة من خلال تحديد ما هو ضروري لمتابعة استغلال المرفق^١، وبالإستعانة بالنية المشتركة للمتعاقدين، وبدفتر الشروط^٢، وأيلولة هذه الأموال إلى الجهة العامة يكون بالمجان أو بمقابل.

أ- الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً:

هي الأموال التي تُعدّ كلاً غير قابل للتجزئة فيما يتعلّق باستغلال المرفق، وينبغي النصّ عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المشروع "كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص"، وقد ينصّ العقد على إدراج بعض المقاولات في قائمة الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً، "كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات أو الترام أو قطع الغيار أو غير ذلك من الأدوات"، وبالنسبة للأموال التي تكون مملوكة بداية للدولة وتؤجرها أو توكل استثمارها للمفوض إليه تبقى ملكاً لها. وبالتالي لا حاجة لدفع أي مبالغ للمفوض إليه لقاء هذه الملكية، إلا أن المشكلة تظهر بالنسبة لما أنشأه وأعدّه المفوض إليه لاستخدامه في عملية الاستثمار، بحسبان أن هذه الأموال لا يمكن أن تؤول إلى الجهة العامة مجاناً ما لم ينصّ العقد أو دفتر الشروط، أو القانون على ذلك، وبالتالي وإن كان الغالب أن تعود الأموال إلى الجهة العامة بحسبان أن الملتزم استعاد تكلفتها

١. د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٦٣.

2. A. De Laubadère، F. Moderne، P. Delvolvé، op. cit، p:751.

من خلال الإيرادات المحصلة من المنتفعين^١، فلا تستطيع الجهة العامة تملكها ما لم ينصّ العقد أو القانون أو دفتر الشروط على ذلك، ومثال ذلك ما جاء في المادة (٣) من عقد "مطار مرسى علم" بالنصّ على أن: "يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخدمات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة"^٢.

وإذا كانت القاعدة أن هذه الأموال تؤول إلى الدولة بقوة القانون بمُجرّد انقضاء الالتزام، فإنّه يحدث أن يتضمّن العقد نصّاً على حق الإدارة الاختياري في ترك بعض الأدوات عند انقضاء العقد، والتي غدت غير صالحة لاستغلال المرفق، وفي هذه الحالة فإن الملتزم يكون مُلزماً بإبعاد هذه الأدوات عن المرفق العام، وعلى نفقته، وعلى فرض أن الملتزم يعلم مسبقاً أن الأموال السابقة سوف تؤول مجاناً إلى الدولة، فإنّه قد يهمل صيانتها، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأرباح، لذلك فإن عقود الالتزام تتضمّن شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلّق بصيانة تلك الأموال والأدوات، بحيث تُسلم بحالة جيدة وصالحة للاستخدام في نهاية المدّة، ومن المُسلم به أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر ولو لم ينصّ عليه صراحة في العقد، وللإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر المفوض إليه في صيانتها من مستحقّاته عند تصفية الحساب النهائي.

وقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي عدم تطبيق مبدأ الأيلولة بالمجان لهذه

1. A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, op. cit, p:751.

٢. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص:٤٣٤.

الأموال بلا مقابل في حالة الإنهاء المبسر للالتزام، والسابق للأوان قبل نهاية مدّته العادية المنصوص عليها في العقد، ولو لم ينصّ على ذلك في العقد، وحتى إذا كان انقضاء العقد راجعاً إلى خطأ الملتزم، وهذا يعني أن مانح الالتزام يستفيد من أيلولة هذه الأموال بشرط أن يدفع تعويضاً للملتزم عنها.

ومع ذلك يُمكن ألاّ تؤوّل الأموال إلى الجهة العامة مجاناً على الرغم من النصّ على أيلولتها دون مقابل، كما في حالة رد الالتزام، أو في حالة عدم كفاية مدّة العقد لاستهلاك ثمن الإنشاءات بسبب ظروف حدثت أثناء تنفيذه، كقيام المتعاقد بإنشاءات ضرورية جديدة^١.

وهذا ما أكّدته المحكمة الإدارية العليا في سورية، والتي جاء في أحد أحكامها: "قيام المستثمر بإجراء تحسينات على المنشأة لتوفيق أوضاعها مع مواصفات التصنيف الجديدة، وشمول هذه التحسينات كافة أقسام المنشأة والارتقاء بها إلى مستوى التصنيف الحديث يخرج التحسينات المذكورة من مفهوم الإنشاءات الجديدة التي نصّ دفتر الشروط على عدم أحقية المستثمر بالمطالبة بقيمتها ويعطي المستثمر الحق باقتضاء كلفتها"^٢.

ب- الأموال التي تؤوّل إلى الدولة بمقابل:

وهي أموال تكون مملوكة منذ البداية للمفوض إليه، تكون عادةً من المنقولات كالمواد الخام والمعدات، وتعدّ كلاً لا يتجزأ في استغلال المشروع، إلّا أنّه لا يوجد ما يمنع أن تكون عقارات وهذه الأموال، وعادةً تتولّى شروط العقد أو دفاتر الشروط تحديد القواعد والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمن هذه

1. A. De Laubadère، F. Moderne، P. Delvolvé، op. cit، p:751.

٢. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٣٣٢.

الأموال أو مقدار التعويض عنها.

واستناداً إلى ذلك فإن الإدارة تكون مُلزَمة أحياناً بشراء ما يكون ضرورياً للمرفق من هذه الأموال وفقاً لما يحدده العقد أو دفاتر الشروط، بينما يكون لها الخيار في حالات أخرى في شراء هذه الأموال أو عدم شراؤها، فمثلاً الأموال التي اقترضاها أو استأجرها الملتزم من أجل استغلال المرفق، فإذا كانت هذه الأموال ضرورية لاستمرار المرفق العام^١، فإنّه من الأفضل النصّ في العقد على أن السلطة مانحة الالتزام تحتفظ بإمكانية الإبقاء عليها تحت تصرفها مقابل دفع مبلغ الإيجار^٢.

كما أن هذه الأموال يُمكن أن يشتريها مانح الالتزام بمقتضى اتفاق مع الملتزم أو تقديرها عند الاقتضاء طبقاً لرأي الخبراء، وما يُميّز هذه الطائفة من الأموال أن الدولة تستطيع أن تشتريها بالثمن المُحدد دون أن يحقّ للمفوض إليه الاعتراض^٣، متى ارتأت الإدارة أنها ضرورية لاستثمار المرفق^٤.

أما بالنسبة لثمن هذه الأموال يُمكن أن يحدد في العقد، أو يتفق على تحديده في نهايته بإحدى طريقتين:

(١) الاستعانة بأهل الخبرة لتقويمها عند نهاية العقد، سواء كانت نهاية طبيعية أو مبسرة.

(٢) تحديدها على أساس تكاليف إقامة هذه الأموال، والحصول عليه منقوصاً منها مبلغ يمثل الاستهلاك مضروب بعدد سنوات الاستثمار.

1. Boiteau. c. op. cit، p:171.

2. A. de Laubadère. F. Moderne. P. Delvolvé، op. cit، p:756-757.

٣. د. وليد جابر حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص: ١٧٣.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم (٢٠٨-١) (٨٩) لعام ١٩٩٤.

٢- الأموال التي تبقى ملكاً للمفوض إليه:

تكون هذه الأموال مَنقولات مملوكة منذ البداية للمفوض إليه، أو يكتسبها أثناء التنفيذ، ولا تُعدّ ضرورية لاستغلال المرفق، وتكون مُنفصلة عنه، وعلى الرغم من استخدام المفوض إليه هذه الأموال في تنفيذ المشروع فلا يحق للجهة العامة تملكها مجاناً ولا إلزامه بيعها لها.

والقاعدة هي أن يُحدد عقد التفويض وفي الوثائق الملحقة "دفاتر الشروط" الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند انقضاء المدّة، بمقابل، وفيما عدا ذلك تكون ملكاً للمفوض إليه، ففي فرنسا يتم النصّ على أن تؤول إلى الدولة، مجاناً أو بمقابل الأموال التي تُعدّ كلاً لا يتجزأ في ما يتعلّق باستغلال المرفق، وعلى ذلك يبقى للملتزم الأموال المملوكة له^١، والتي لا تُعدّ كلاً لا يتجزأ من المشروع الأساسي للامتياز، ومثالها مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع، أما في مصر، فإنّه لا توجد قاعدة قانونية في هذا المجال، كما لا يوجد قاعدة حول أيلولة هذه الأموال إلى الدولة مجاناً عقب نهاية الالتزام خارج حدود الاتفاق، وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري عند أيلولة المرفق لجهة الإدارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره سواء نصّ في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينصّ^٢، وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم، ما لم ينصّ في عقد

١. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٢٠٩.

٢. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة في ١٩٥٥/٣/٢٣.

الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مُقابل.

رابعاً- التصفية المالية بين المفوض إليه والسلطة الإدارية مانحة التفويض:

لا يَمنع استحقاق المفوض إليه لأجره أثناء تنفيذ العقد من وجود علاقات مالية تجمعهُ بالجهة العامة عند انتهاء هذا العقد، وتقوم هذه العلاقة على تصفية الحسابات المالية للطرفين المتعاقدين، ما يُلقِي على عاتق المفوض إليه تَقْدِيم الحسابات عند انتهاء العلاقة التعاقدية، بحسبان أَنَّهُ المسؤول عن إدارة المرفق العام، وهذا الالتزام مفروض سواء نصَّ العقد على ذلك أم لم يَنْصَ¹.

وتتناول التصفية بِشكل عام الأموال المتعاقدة باستثمار المرفق، وأموال الملتزم الخاصة التي استخدمها في عملية الاستثمار، والأموال التي يَنْصَ العقد على أيلولتها للجهة العامة²، وتشمل إضافة إلى ذلك الأموال الاحتياطية، وأموال الطوارئ.

وعندما يَنْتهي عقد التفويض نهايةً مبسّرة، يَنْشأ لكلا الطرفين حقوق لدى الطرف الآخر يَجِب تصفيتها، فقد يَسْتحق كل من الطرفين تعويضاً من الطرف الآخر عن الأخطاء العقدية المرتكبة أثناء استغلال الالتزام، وقد يَكُون للملتزم الحق في التعويض عن بعض الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً³، كإهمال المتعاقد وتقصيره لعملية صيانة المنشآت وصيانة الأموال التي سوف تَعُود إلى الدولة مجاناً في نهاية مُدّة الالتزام، وقد يَسْتحق مانح الالتزام تعويضاً

١. د. عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، مرجع سبق ذكره، ص: ٥١٧.

2. A. De Laubadère، F. Moderne، P. Delvolvé، op. cit، p:761.

٣. حكم صادر عن محكمة النقض السورية رقم (٢١٨١) أساس (١٧٢٥) صادر بتاريخ ١٩٨٢/١١/١٥.

من الملتزم عن عدم قيامه بتنفيذ التزاماته الواردة في العقد، كل هذه العلاقات المالية بين الإدارة مانحة الالتزام والملتزم يجب تصفيتها عند استرداد الالتزام، وعدم دفع الجهة العامة للإعانات التي نصّ عليها عقد التفويض، ولا يدخل ضمن عملية التصفية الديون التي تترتب على المفوض إليه أثناء قيامه بإدارة المرفق، حيث يبقى وحده المسؤول عن تسديدها، والسبب في ذلك أن المفوض إليه ليس وكيلًا ولا خلفاً للجهة العامة.

كما يجب أن يؤخذ في الحسبان عند إجراء التصفية الأخطاء التعاقدية التي يرتكبها كلا الطرفين، وينصّ العقد غالباً على شروط التصفية، وهذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية^١، لا يحق للجهة العامة تعديلها بشكل منفرد، والقاعدة في هذا الصدد هي إعمال شروط العقد بحسبانها شروطاً عقدية ملزمة لطرفي العقد، وفي حال ظهور أي خلاف بين المتعاقدين حول مسألة التصفية يكون النظر فيها من اختصاص المحاكم الإدارية، إلا أن دور قاضي العقد يتحصر في تفسير الشروط التعاقدية وفق النية المشتركة للمتعاقدين^٢، أي ليست شروط تنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق وسيره، وعلى القضاء تفسير تلك النصوص بدقة متوخياً النية المشتركة لطرفي العقد، وهناك مجموعة من الأمور يجب مراعاتها عند إجراء التصفية المالية هي:

- ١- إن الأموال المنصوص عليها في العقد والتي لم يتمّ انفاقها على استغلال الالتزام كالأموال الاحتياطية وأموال التشغيل المتبقية، فإن العقد أو دفاتر الشروط هو الذي يبيّن كيفية التصرف في هذه الأموال، وبحسب دفاتر

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص: ٨١٢.

2. A. De Laubadère et autres contrats, op. cit, p:762.

الشروط في فرنسا فإن الأموال الاحتياطية تؤول للملتزم، وأموال التشغيل تؤول للجهة مانحة الالتزام.

٢- على الملتزم إبراز قيود حساباته فيما يتعلّق بالنفقات التي تكبّدها في إنشاء المرفق وإدارته، كما يجب عليه إعادة الكفالة أو التأمين المدفوع من قبله إلى الإدارة مانحة الالتزام، وتسديد السلف والقروض التي أبرمها مانح الالتزام لصالح الملتزم أثناء تنفيذ الالتزام^١.

ويعتمد المفوض إليه غالباً على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في سبيل تغطية ما يُنفق على تشغيل المرفق وما يُعول عليه من ربح، ولهذا يُثير انقضاء التفويض مسألة مهمة تتعلّق بتصفية الحسابات بين المفوض إليه والإدارة حين ينتهي عقد التفويض نهاية مُبتسرة، في الوقت الذي تكون قد تعهّدت في مواجهة المفوض إليه بأن تضمن له حداً أدنى من الربح، أو تكون الإدارة قد تسببت بتصرفاتها في تحميله بعض الأعباء.

وفي بعض الأحوال قد يكون المفوض إليه مُقصرّاً في صيانة الأموال وتجديد المعدات والمنشآت التي تؤول إلى الدولة في نهاية التفويض، وكذلك في حالة عدم قيام المفوض إليه بسداد الأتاوة المستحقة للدولة... إلخ^٢.

ولابدّ من الإشارة إلى أن المقاصة تُعدّ مقبولة، حيث يستطيع مانح الالتزام إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين جميع الديون التي يُمكن أن يكون مديناً بها في مواجهة الملتزم، كما لو تمّ تنزيل المبالغ المستحقة

١. د. حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص: ٩٢١.

٢. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سبق ذكره، ص: ٤٣٦.

لمانح الالتزام قبل الملتزم من ثَمَن الأدوات التي يَتَعَيَّن على مانح الالتزام شراؤها من الملتزم أو من مَبْلَغ التعويض المُستحق للملتزم نتيجة استرداد التزامه^١، وفي حالة الاسترداد التعاقدى قد شرحنا سابقاً أساليب تعويض المفوَّض إليه، وفي حالات الاسترداد غير التعاقدى فالقاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض.

أما في حالة الاسترداد التشريعي فإن القرار الصادر في شأنه يتكفل بتحديد مقدار التعويض المستحق وميعاد سداذه، والمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدى الذي يتم من خلاله تطبيق أحكام وشروط العقد أو الاتفاق، نظراً لأن النصوص الواردة في عقد التفويض ذات طبيعة تعاقدية مُلزِمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمّة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين.

وفي جميع الأحوال يتولّى أهل الخبرة في فترة التصفية مهمات أعمالهم الفنيّة والمحاسبية والقانونية، من أجل تقدير كافة العناصر ذات الصلة وتقييمها، وذلك بهدف تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين تمهيداً للبت فيها اتفاقاً أو قضاء.

وقد اعترف القضاء الفرنسي والسوري لمانح الالتزام بالحق في إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين ما عليه من ديون للملتزم، ومن الجدير ذكره أن القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمّن نظام العقود الموحد، والمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمّن دفتر الشروط العامة لنظام العقود

١. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص: ٦٦٢.

الموحد، وكذلك القانون المدني في مواده المتعلقة بالتزام المرافق العامة لم يتضمّن أيّاً منهم مواد تتعلّق بمصير الأموال والأدوات والعقود المتعلقة باستغلال المرفق^١.

ونظنّ أنّه لو يتمّ وضع نظام قانوني خاص أو إضافة مواد إلى قانون العقود حول المسائل التي تنثور بعد انتهاء العقد ومنها مصير الأموال والأدوات المستعملة، ومسألة التعويض عند استرداد الالتزام^٢، وتظهر أهمية التصفية بشكل خاص عند النهاية المبتسرة لعقد التفويض.

وفي هذا السياق، تُميّز بين حالة النهاية المبتسرة بسبب خطأ المتعاقد أو عجزه عن الاستمرار بالتزاماته "إسقاط الالتزام، وبين النهاية المبتسرة لدواعي المصلحة العامة".

أ- إسقاط الالتزام:

ويحدث ذلك عند الإخلال بالشروط الجوهرية للعقد كعدم التقيد بالنظام والتسعيرة، وفي هذه الحالة يحق للجهة العامة الطلب من قاضي العقد الحكم بإسقاط الالتزام، ويدخل التعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء هذا الإخلال في عملية التصفية الشاملة للعقد^٣، والتي ترافق غالباً في مثل هذه الحالات بطلب إلقاء الحجز الاحتياطي على أموال المفوض إليه.

١. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٠، مُشار إلى هذا الحكم في مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠.

٢. راجع في أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

C. E. 31 oct، sté du port de pèch de Lorient، Rec، p:401.

٣. حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم (٢/٢١) لعام ٢٠٠٠، انظر، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في سورية لعام ٢٠٠٠، ص: ٢٧٦.

ب- إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة:

يَحَقُّ للجهة العامة إنهاء عقد التفويض وبالتالي تصفية حقوق طرفيه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وفي هذه الحالة تكون الجهة العامة مدينة للمفوض إليه، بحسبان أنه لا يكون استبعاد كامل المبلغ الذي أنفقه في استثمار المرفق، وبالتالي تكون مُلزَمة بتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاتهُ من كسب، ومن الطبيعي أن يدخل هذا التعويض في عملية التصفية. وهذا ما أَكَدَّتْهُ المحكمة الإدارية العليا في سورية، والتي جاء في أحد أحكامها: "إن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، على أن يكون للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض إذا كان لذلك وجه قانوني"^١.

خامساً- الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالاسترداد:

لا تُعَدُّ سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لعقد التفويض لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد سلطة مُطلقة تُمارسها الإدارة كيفما تشاء، ولكنها في الواقع تُعَدُّ سلطة قانونية تخضع لرقابة القضاء الإداري حيث يُراقب القاضي الإداري المختص مدى مشروعية مُمارسة الإدارة لهذه السلطة، ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب احترامها من جانب الإدارة لمُمارسة هذه السلطة وسنتناول هذه الرقابة وفق ما يلي:

١- تحديد القاضي الإداري المختص:

لقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أنه يَجِبُ على المفوض إليه أن

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم (٢٢١/٣٢) لعام ١٩٧٤.

يُقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار تُصدره جهة الإدارة المتعاقدة يُتعلّق بتنفيذ أو نهاية عقد التفويض الذي يربطه.

وتكون هذه الدعوى دعوى قضاء كامل، ولذلك لا يجوز للمتعاقد أن يُقيم دعواه أمام قاضي الإلغاء في أي قرار إداري يُتعلّق بتنفيذ عقد التفويض أو نهايته، فدعوى القضاء الكامل المُقامة أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المفوض إليه للطعن في قرار الإدارة بالاسترداد، وليس دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء^١.

وهذا ما أكّده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢: "نظراً لأن قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يُعدّ قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للملتزم، فإن هذا الملتزم لا يستطيع أن يُقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يُمكنه أن يُقيمها أمام قاضي العقد".

وهذا ما تبناه مجلس الدولة المصري في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٥ عن المحكمة الإدارية العليا والذي جاء فيه: "إن قضاء هذه المحكمة مُستقر على أن المنازعات المُتعلّقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة، من تصرّفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها إنّما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة^٢، وبالتالي فإن المنازعات التي تتولّد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على

1. A. De Laubadère et autres, contrats, Op. cit, p:1056.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (٢٢٨٤) تاريخ ١٩٩٥، وحكم المحكمة الإدارية رقم (١١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم (١١٨٠) تاريخ ١٩٥٦/١١/١٨ وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (٣٦٨٣) تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩.

أساس استعداد ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء".
وفي سورية، فقد استقرّ كذلك مجلس الدولة على أن تدخل المنازعات التي تترتب على العقود الإدارية ضمن نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

وقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية: "إن المحكمين في تصديهم للفصل في نزاع ناشئ عن عقد إداري يكونون قد حلوا محل القضاء الإداري في اختصاصهم، وبالتالي فإن حكمهم يقبل الطعن أمام المحكمة الأعلى مرتبة"^١.

٢- نطاق رقابة القاضي الإداري على قرار الإدارة باسترداد الالتزام:

إن سلطة الإدارة باسترداد الالتزام ليست سلطة مطلقة تُمارسها كيفما تشاء، وإنما تخضع لرقابة القضاء الإداري، لذلك عندما تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإن للقاضي أن يُراقب هذا القرار من ناحية المشروعية فقط، أي أن رقابة القاضي هنا تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الاسترداد، ولكنها لا تتضمن تقدير ملاءمة سبب المصلحة العامة لاسترداد الالتزام.

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى التمييز بين حالتين:

أ- الحالة الأولى:

إذا نصّ العقد ذاته على الأسباب التي تُجيز للإدارة إنهاء العقد، فإن القاضي سوف يُراقب التكييف القانوني للوقائع، وسوف يتحقق ما إذا كانت

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٤) تاريخ ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨، ص: ١٩٦.

هذه الوقائع تُعدُّ من أسباب الصالح العام التي تُبرر إنهاء العقد من عدمه.

ب- الحالة الثانية:

إذا لم يَنْصَ العقد على الأسباب التي تُجيز للإدارة إنهاء العقد، فإن القاضي لا يَمْلِك سلطة مراجعة صحة أسباب إنهاء العقد التي استندت إليها الإدارة، ولكن ذلك لا يَعْنِي أن قرار استرداد الالتزام سوف يفلت من الرقابة، إذ يُمكن للقاضي أن يتحقق من أنَّه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد أي طابع تعسفي.

وفي مصر، حددت محكمة القضاء الإداري الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة إنهاء العقود الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٩٨، والذي جاء فيه: "من حيث إنَّه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، فإنَّه يتعين مراعاة القواعد التالية:

- (١) أن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مُطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما تشاء، ولكنها سلطة تقديرية يَجِب أن تَسْتَهْدَف تحقيق المصلحة العامة.
- (٢) أن الإدارة حينَ تستعمل تلك السلطة، إنَّما تَسْتَعْمِلها تحت رقابة القضاء الإداري، والقاضي الإداري إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن عليه أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير المشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.
- (٣) أن سلطة القاضي الإداري مَحْدُودَةٌ^١، فهي مَقْصُورَةٌ على التحقق من جدية

١. حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم (١٥٥٤) تاريخ ١٢/١٢/١٩٨٢.

السبب الذي استهدفته الإدارة، ولكنه لا يُمكن التصدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء".

كما ذهبَ مجلس الدولة السوري إلى أن صلاحية القاضي تقتصر على رقابة المشروعية فقط دون الملاءمة، حيثُ يتحقق من أنَّه لم يكن لاستعمال الإدارة لحق إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة أي طابع تعسفي، فإذا تحقق من وجود أسباب المصلحة العامة التي استندت إليها الإدارة في الإنهاء، لا يحق له البحث عن مدى ملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد.

وقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٧٥: "إن الإدارة وقد استعملت حقها المشروع في فسخ العقد بعد أن تبين لها إن وجود مصور فوتوغرافي سابق لبلدة القامشلي يمكن الاستفادة منه والاستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته مع المتعهد".^١

ولكن من المستحسن توسيع صلاحيات القاضي الإداري لتشمل قرارات الإدارة المتخذة بناءً على المصلحة العامة ليقوم القاضي بتقدير ملاءمة هذه القرارات، فمصطلح المصلحة العامة من أكثر المصطلحات عمومية في القانون الإداري.

وإن بقاء هذا المصطلح بعيد عن تقدير وملاءمة القاضي من شأنه أن يسهم في زيادة عمومية هذا المصطلح في حين أن خضوع هذا المصطلح لرقابة القاضي سيؤدي إلى وضع حدود وضوابط له.^٢

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٧٧)، في القضية رقم (٤٦٧) لعام ١٩٧٥،

مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص: ٣٠٨.

٢. حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص: ٢٧٥.

٣- سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الالتزام في حالة عدم مشروعيته:

أ- في فرنسا:

استقرّ مجلس الدولة الفرنسي على أنّه لا يحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا يُمكن في أي حال أن تنشئ لصاحب الشأن إلّا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار.

وتبعاً لذلك، فإن قاضي العقد لا يملك عندما ينظر في التدبير أو القرار غير المشروع إلّا أن يحكم بالتعويض فقط عن الأضرار التي سببتها جهة الإدارة للمتعاقد معها، أي أن القاضي لا يستطيع أن يقضي بإلغاء التدابير غير المشروعة، ولقد استقرّت قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري للإلغاء من جانب القاضي الإداري في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧/٣/١٩٧٣ والذي جاء فيه: "إن قاضي المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية لا يملك سلطة إلغاء تدبير إنهاء العقد الصادر من الإدارة في مواجهة متعاقدها، ولكنه يملك فقط سلطة تقدير التعويض المستحق للمتعاقد عن هذا الإلغاء".

وبناءً على ذلك، فإن قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة للإلغاء تسري على عدة عقود منها: "عقد الأشغال العامة وعقد التوريد بالإضافة إلى العقود المبرمة بين شخصين عامين"، وعلى عكس القاعدة السابقة، فإن هناك استثناءات تُعطي للقاضي الإداري صلاحية إلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي

المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيتها، ومن هذه الاستثناءات العقود التالية: عقد التزام المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام.

ب- في مصر وسورية:

أما بالنسبة للقضاء الإداري، في مصر وسورية فإنه لا يوجد حكماً تعرض لمدى سلطة القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته، وباستقراء الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة المصري والسوري، فإن كلا المجلسين لا يحكم بإلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته بل يكتفيان بالحكم بتعويض الطرف الآخر تعويضاً كاملاً شاملاً يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٥ والذي جاء فيه أنه: "إن القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار".^١

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الثاني، حيث درسنا فيه الإشكالات التي تواجه السلطة الإدارية مانحة التفويض، وإشكالية سلطة الإدارة في الرقابة وإشكالية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المفوض إليه، وإشكالية إنهاء عقود تفويض المرفق العام.

تم بعونه تعالى والله ولي التوفيق...

١. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٢) في القضية رقم (١٨) لعام ١٩٧٥.

خاتمة

بعد أن انتهينا بعون الله تعالى وحمده، من دراسة عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، ويُمكن القول إننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، والتي نجل أهمها فيما يأتي:

أولاً- النتائج:

انتشر تفويض المرفق العام بصورة واسعة كطريقة من طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وتميّزت هذه التقنية بالعديد من المسائل، أهمها:

١- تتعدد عقود تقنية التفويض بحيث لا يُمكن حصرها بمجموعة محددة، وهذا التعدد يسمح للشخص العام باختيار العقد أو النوع الذي يتناسب مع طبيعة النشاط موضوع المرفق العام والإيرادات الناتجة عنه.

٢- وَضَعَ المُشرِّع الفرنسي نظام قانوني يُطبَّق على تقنية التفويض، يُحدد مجموعة من القيود والضوابط سواء المُتعلِّقة بإجراءات اختيار المفوض إليه أو تلك العائدة لمُدَّة العقد وتمديده، وتهدف هذه الضوابط إلى تحقيق الشفافية في إدارة المرافق العامة وتأمين حسن إدارتها، وأحاط المُشرِّع الفرنسي تفويض المرافق العامة بالرقابة وهذه الرقابة تمتاز بالتنوع، فهي رقابة إدارية ومالية وقضائية، وتمتاز بالشمول، وتهدف إلى حسن تطبيق العقد وتأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وفي مصر نَظَّمَ المُشرِّع المصري تقنية تفويض المرافق العامة في ظل قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، وقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات

البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠، وفي سورية صدر القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦ حول التشاركية بين القطاع العام والخاص.

٣- بينت الدراسة أن تقنية تفويض إدارة المرافق العامة تندرج تحت مظلة الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتعدّ هذه التقنية أسلوباً نموذجياً لهذه الشراكة والإدارة الخاصة لهذه المرافق، ولاسيما الاقتصادية منها، وأشكال أخرى مثل التزام المرفق العام، وهو أساس نظام الـ "B.O.T"، وامتياز "إجارة" ومشاطرة الاستغلال "الإدارة بالشراكة" لهذه المرافق وصوّر أخرى تنطبق عليها أسس وعناصر تقنية تفويض إدارة المرافق العامة للقطاع الخاص بحسبان أن الأخير أكثر خبرةً ودرايةً في المجالات الصناعية والتجارية والزراعية.

٤- بينت الدراسة أن تقنية التفويض والتي يتمّ بموجبها إنشاء وتجهيز وتشغيل وإدارة مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة إنما تقع على عاتق رؤوس أموال القطاع الخاص، إذ يستعيد مستثمرو هذه المشروعات نفقات البناء والتشغيل ومقدار من الأرباح المعقولة من الرسوم التي يتقاضونها من المنتفعين، وبنهاية الاتفاقات المتعلقة بذلك تُحوّل هذه المرافق إلى السلطة المانحة قابلةً للتشغيل، وهو الأمر الذي يُخفف عبء هذه النفقات عن كاهل الخزينة العامة، ويُجنّبها الاقتراض الخارجي.

٥- بينت الدراسة أن تقنية تفويض المرافق العامة لا تعني تخلي الدولة عن هذه المرافق الذي يقع أساساً عبء إنشائها وتنظيمها وتنفيذها على عاتق الدولة، ولكنها تتخلى في هذه التقنية فقط عن إدارة واستثمار المرفق للمفوض إليه أو شركة المشروع "المستثمر" طيلة فترة التفويض، وتبقى ملكية المرفق

المُستثمر بيد الإدارة مانحة التفويض، ويَبقى لها الحق أيضاً في تَنظيم هذا المرفق والرقابة على تَشغيله واستثماره والتدخّل إذا اقتضت الضرورة لتعديل بعض البنود التنظيمية تَحقيقاً لِدوام سير المرفق العام بانتظام واطّراد لمصلحة المنتفعين.

٦- عقود تفويض المرفق العام هي وسيلة تَلجأ إليها الإدارة المُكلّفة بمرفق من المرافق العامة بِهدف نقل مسؤولية هذا المرفق إلى شخص يُسمّى المفوَّض إليه، ويُمكّن تَنفيذ عقود تفويض المرفق العام بأنواع مختلفة من الطرق تَخالف باختلاف نطاق الواجبات التي يُكلّف بها المفوَّض إليه، ومن مُرتكزات تَحقق فكرة التفويض أياً كانت طَريقة تَنفيذه أن تَتوفر لها ثلاثة عناصر وهي وجود المرفق العام وقابليته للتفويض، وقيام عَلاقة تَعاقدية بين الجهة العامة المفوضة والمفوَّض إليه، وأن يَرْتبط المُقابل المَالي للمفوَّض إليه بنتائج الاستغلال.

٧- أصبحت سلطة الإدارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام تخضع لمجموعة من المبادئ، وهي مبدأ المنافسة، مبدأ المساواة، ومبدأ العلانية، وعلى الرغم من تقييد سلطة الإدارة في اختيار المفوَّض إليه في عقود تفويض المرفق العام، فإن ذلك لا يَعمي التطابق الكامل بين إجراءات إبرام عقود التفويض والإجراءات المُطبَّقة بموجب النظام التقليدي لإبرام العقود الإدارية، ولذلك فإن التزام الإدارة بمبدأ المنافسة وتعدد العروض لا يَعمي التزام الإدارة بآلية الإرساء المُطبَّقة في عقود الشراء العام، وإنّما تَحفظ الإدارة بالحرية الكاملة في اختيار المفوَّض إليه.

ثانياً- التوصيات والمقترحات:

١- وَضَعِ نِظَامَ قَانُونِي شَامِلٍ فِي مِصْرٍ وَسُورِيَةٍ، عَلَى غِرَارِ النِّظَامِ الْقَانُونِي الْمَوْضُوعِ مِنْ قِبَلِ الْمُشَرِّعِ الْفَرَنْسِيِّ، خَاصَّ بِعُقُودِ تَقْوِيضِ الْمُرَافِقِ الْعَامَةِ بِشَكْلِ مُسْتَقِلٍّ، وَيُمَيِّزُ بَيْنَ أَنْوَاعِهَا، وَيُعَرِّفُهَا تَعْرِيفاً دَقِيقاً، وَتَحْدِيدَ وَضَبْطِ الرُّسُومِ الَّتِي يُحْصِلُهَا الْمَفُوضُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُنْتَفِعِينَ مِنْ خِدْمَاتِ الْمُرَفِقِ الْعَامِ، وَلَا سِيَّامَا تِلْكَ الَّتِي تَوْجَدُ عَلَى تَمَاسٍ مُبَاشِرٍ مَعَ حَاجَاتِ الْمَوَاطِنِينَ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِثْرَاءُ الشَّرَكَاتِ الَّتِي تَتَوَلَّى إِدَارَةَ الْمُرَافِقِ الْعَامَةِ عَلَى حِسَابِ الْمَوَاطِنِينَ، وَلَا ضَيْرٍ مِنْ حُصُولِ الْإِدَارَةِ عَلَى نِسْبَةٍ مِنْ هَذِهِ الرُّسُومِ وَالْعَائِدَاتِ، طَالَمَا أَنَّ الْإِدَارَةَ تُشَارِكُ الْمَفُوضَ إِلَيْهِ طَوِيلَةَ فِتْرَةِ الْاِسْتِثْمَارِ مَخَاطِرَ الْمَشْرُوعَاتِ مَحَلَّ التَّعَاقدِ.

٢- اعْتِمَادُ الطُّرُقِ الْحَدِيثَةِ فِي إِدَارَةِ الْمُرَافِقِ الْعَامَةِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ، وَلَا سِيَّامَا عَقْدُ الـ "B.O.T" وَالتَّخَلِّي عَنْ بَعْضِ الطُّرُقِ التَّقْلِيدِيَّةِ، وَخُصُوصاً طَرِيقَةَ امْتِيَازِ الْمُرَفِقِ الْعَامِ فِي صُورَتِهَا التَّقْلِيدِيَّةِ، وَالَّتِي لَحِقَ بِهَا تَطَوُّرَاتٌ عَدَّةٌ تَضُمُّنَ الشَّفَافِيَّةَ وَحَسْنَ تَنْفِيذِ الْعُقُودِ وَاسْتِمْرَارِيَّةَ التَّشْغِيلِ، وَتَفْعِيلَ طَرِيقَةِ شَرَكَاتِ الْاِقْتِصَادِ الْمَخْتَلَطِ فِي إِدَارَةِ الْمُرَافِقِ الْعَامَةِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ، نَظْراً لَكُونِ الْقِطَاعِ الْخَاصِّ مَازَالَ فِي طُورِ النَّمُو، وَمَا زَالَ بِحَاجَةٍ إِلَى دَعْمِ الدَّوْلَةِ وَالْأَشْخَاصِ الْعَامَةِ عِنْدَ إِدَارَتِهِ لِلْمُرَافِقِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ، كَمَا أَنَّ الدَّوْلَةَ بِحَاجَةٍ إِلَى مُرُونَةٍ أَسَالِيبِ الْقِطَاعِ الْخَاصِّ.

٣- نَقْتَرِحُ التَّرْكِيزَ عَلَى الْقِطَاعَاتِ الرَّئِيسِيَّةِ لِلتَّنْمِيَةِ عِنْدَ طَرَحِ مَشْرُوعَاتِ الْبِنْيَةِ التَّحْتِيَّةِ، وَبِشَكْلِ خَاصٍّ قِطَاعَاتِ الزَّرَاعَةِ وَالصَّنَاعَةِ التَّحْوِيلِيَّةِ وَالنَّقْلِ، لِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ هَذِهِ الْقِطَاعَاتُ مِنْ إِمْكَانِيَّةٍ كَبِيرَةٍ لِلتَّأْثِيرِ فِي قِطَاعَاتِ التَّنْمِيَةِ الْآخَرَى، وَمَدَى اسْتِيعَابِ الْيَدِ الْعَامِلَةِ، وَنَوْعِ الْعَمَالَةِ الْمَطْلُوبَةِ، وَبِئَنبَغِي عَلَى الْحُكُومَةِ أَنْ تَبْنِي

تصوّراً واضحاً لمرحلة ما بعد انتهاء مُدّة الاستثمار، وعودة المرافق إلى الإدارة الحكومية، لتصل إلى قراراتٍ نهائيةٍ بشأن كل مشروع على حدة قبل أن تنتهي مُدّة استثماره من حيث رغبته في إدارته أو إبقائه في يد القطاع الخاص وما يتبع ذلك من تجهيزات لهذه المرحلة.

٤- تؤكد الدراسة على أهمية وضع قيود على حرية الإدارة في التعاقد عند تفويض المرافق العامة من خلال إجراءات الإعلان المسبق المتضمن للشروط، إضافة إلى مراعاة الشروط التي تضعها الأونسيترال عند اختيار المتعاقدين، والتقليل ما أمكن من التعاقد المباشر مع المستثمرين لما للمناقصة والعلانية من أهمية في اختيار المتعاقدين، ورفع ثقة الجمهور بالعقود المبرمة مع القطاع الخاص، ولكي نضمن أن يخرج المستثمرون الخاسرون الذين لم ترسّ عليهم العقود بصورة إيجابية، ويقبلوا بالعودة ثانية ويقتنعوا بعدم وجود فساد إداري أو خلل، وأن الاختيار جرى بصورة صحيحة.

٥- تقترح الدراسة أن يتمّ تحديد مُدّة عقود تفويض المرفق العام بمُدّة معينة من جانب الجهة العامة المتعاقدة، بناءً على دراسات الجدوى بهذا الشأن مع الأخذ في الحسبان المهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض إليه، وطبيعة المشروعات محل الاستثمار وحجمها، دون أن تتجاوز المُدّة المعتادة للاهلاك المنشآت والمعدات المستخدمة في هذه المشروعات، لأن ذلك يتعارض مع المنطق الاستثماري للمرافق العامة الاقتصادية، ويهددها بالوقوع في اختلالات في توازنها المالي ما يُحمّل السلطة الإدارية مانحة التفويض أعباء مالية، وعدم الإسراف في طول مُدّة الاستثمار، وألاّ تتحول هذه الصيغ إلى شكل من أشكال التفريط في المرافق العامة، مع احترام حقّ المستثمر في استثمار

المشروع للفترة التي تضمن له استعادة استثماره، وتحقيق عائد مالي مُجَزٍ، وفي مصر كانت تبرم لمُدّة (٣٠) عام وفي فرنسا لمُدّة (٥٤) عام.

٦- تُؤكد الدراسة ضرورة مراعاة الدقة عند إعداد دراسات الجدوى للمشروعات لتلافي أكبر قدر مُمكن من المخاطر المحتملة، وأن تتوافر في هذه الدراسات كل مقوماتها البشرية والفنية والتقنية والعلمية، فإذا أحسن القيام بهذه الدراسات فإن هذه المشروعات ستفادى تلك المخاطر وتُحقق أهدافها المنشودة، والتركيز على عامل الجدوى البيئية للمشروع لما تُشكّله من أهمية على حياة الأفراد، واستدامة التنمية في المجتمع، وإنشاء لجنة على مستوى الجمهورية العربية السورية مؤلفة من كوادرات فنية ومالية وإدارية وقانونية، تختص بدراسة الجدوى بأنواعها بقصد إقامة مشروعات البنى التحتية، وكذلك المرافق العامة القابلة للإدارة من قبل القطاع الخاص ومدى حاجة الدولة والمجتمع لمثل هذه المشروعات وتحديد نوعية زمان ومكان تنفيذها المناسبين.

٧- تقترح الدراسة ضرورة تضمين العقود بنوداً حول إمكانية درء الصعوبات الناجمة عن تنفيذ العقد، ومراعاة تقسيمها المتوازن بحيث لا تقع تكلفة إدارتها على عاتق الإدارة، فيغدو المشروع غير مُجَزٍ لها، ولا على كاهل المستثمر فترهقه ولأن هذه الصعوبات قد توقف المشروع أو تصبح عائقاً أمام وفود استثمارات جديدة إن لم تتم إدارتها بالشكل الأمثل، وأهمية تضافر جهود السلطة الإدارية المانحة للاستثمار مع المستثمر في إدارة مخاطر المشروعات الاستثمارية المحتملة ومنها الظروف الطارئة بأنواعها التي لا يد للمستثمر فيها وعدم تركه منفرداً يواجهها، وتقديم المعونة والمساعدة والدعم له، بما يُسهّم في استمرار وديمومة المرفق موضوع الاستثمار خدمة للمنتفعين والمصلحة العامة بصورة عامة.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

١- الكتب العامة والخاصة:

- ١- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية "النظرية العامة وتطبيقاته في القانون الكويتي والمقارن"، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١.
- ٢- د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٣- د. إبراهيم الهندي، د. عيسى الحسن، د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤.
- ٤- د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- ٥- د. أحمد ماهر، الخصخصة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٦- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الB.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٧- د. أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، محاضرة أُلقيت في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الذي أقيم في الرياض من ١-٤ تشرين الثاني ٢٠٠٩.
- ٨- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٩- المستشار أنور طلبه، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٠- د. بشار عبد الهادي، التفويض في الاختصاص، دار الفرقان، الأردن، ١٩٨٢.
- ١١- د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٥.

- ١٢- د. جابر جاد نصار، عقود البوت الـ "B.O.T" والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٣- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٤- د. جمال الدين نصار، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٥- جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
- ١٦- د. حسن الهنداوي، مشروعات الـ "B.O.O.T"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ١٧- د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٨.
- ١٨- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- ١٩- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- ٢٠- د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة PPP، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٢١- د. رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٢- د. زكريا المصري، أسس الإدارة العامة "التنظيم الإداري والنشاط الإداري"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

- ٢٣- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٨٥.
- ٢٤- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٥- د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٢٦- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٧- د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
- ٢٨- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.
- ٢٩- د. سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٣٠- د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٧.
- ٣١- د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٧.
- ٣٢- د. شكري رجب العشماوي، الخصخصة، اتحاد العاملين المساهمين، مفاهيم وتجارب دولية وعربية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٣- د. طعمية الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٣٤- د. عادل عبد الرحيم الخليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، القاهرة، ١٩٩٥.

- ٣٥- د. عادل عبد الرحيم الخليل، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٣٦- د. عاطف محمود البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٣٧- د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٩.
- ٣٨- د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣٩- د. عبد العليم عبد المجيد المشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤٠- د. عبد الله طلبة و د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥.
- ٤١- د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧.
- ٤٢- د. عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، الطبعة الأولى، دار الأنوار، دمشق، ١٩٨٣.
- ٤٣- د. عبد المجيد الفياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٤٤- د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
- ٤٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٤٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

- ٤٧- د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الجزء السابع، القسم الأول، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤٨- د. عمار بوضياف، النشاط الإداري، كلية الحقوق، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ٢٠٠٩.
- ٤٩- د. علي خطار الشنطاوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٦.
- ٥٠- عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٥١- د. فاروق أحمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢.
- ٥٢- د. فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، "العقد الإداري-القرار الإداري"، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩١.
- ٥٣- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٥٤- د. فكري أحمد سنجر، المرافق العامة الكبرى، المطبعة الإقليمية، مراكش، المغرب، ١٩٨٤.
- ٥٥- د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية المفتوحة، الدانمارك، ٢٠٠٨.
- ٥٦- د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٥٧- د. مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٥٨- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٥٩- د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦.

- ٦٠- د. محمد الحسين و د. مهند مختار نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢.
- ٦١- د. محمد محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٦٢- د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦٣- د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦٤- د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦٥- د. محمد سعيد حسين أمين، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٦٦- د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٦٧- د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٦٨- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٦٩- د. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، جزء أول، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦.
- ٧٠- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ٧١- د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، معهد البحوث والدراسات الاستراتيجية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

- ٧٢- د. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٤.
- ٧٣- د. محمد صالح الحناوي، الخصخصة المصرية "رؤية شخصية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٧٤- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٧٥- د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٧٦- د. محمد رسول العموري، العقود الإدارية، برنامج الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨.
- ٧٧- د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بدون سنة نشر.
- ٧٨- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٩.
- ٧٩- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، ١٩٩٨.
- ٨٠- د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٨١- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٨٢- د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٨٣- د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.
- ٨٤- مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عام، ٢٠٠٠.

- ٨٥- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، نظرية المرافق العامة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، ١٩٥٧.
- ٨٦- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩١.
- ٨٧- د. مصطفى البارودي، الوجيز في الحقوق الإدارية، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٦.
- ٨٨- د. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٨٩- د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٩٠- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٩١- د. منير إبراهيم هندي، الخصخصة، خلاصة التجارب العالمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٩٢- د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ٢٠١٠.
- ٩٣- د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- ٩٤- د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٩٥- د. هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ٢٠٠٧.

- ٩٦- د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٣٩.
- ٩٧- د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٩٨- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٩٩- د. ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد الB.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨.
- ١٠٠- د. ياسر أحمد الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٠١- د. يوسف الجميل و زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٢- الرسائل الجامعية:

- ١- د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
- ٢- د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢.
- ٣- إبراهيم يوسف هرموش، آثار العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة دبلوم في العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٣.
- ٤- إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧.
- ٥- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣.

- ٦- حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢.
- ٧- حسناء قليل، المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥.
- ٨- د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦.
- ٩- رزيقة لشلق، تفويض المرفق العام للخواص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤.
- ١٠- سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥.
- ١١- سعاد مغازي، معايير تميز عقود تفويض المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٥.
- ١٢- سميرة حصايم، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١.
- ١٣- د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٧٥.
- ١٤- د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ١٥- د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ١٩٩٤.
- ١٦- د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢.

- ١٧- عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣.
- ١٨- د. فهد مرزوق فهد العنيزي، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٩- د. فيصل عليان الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ٢٠- د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام الـ BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٩.
- ٢١- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ١٩٩٣.
- ٢٢- محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود الـ B.O.T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٣- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.
- ٢٤- د. مهند الناصر العلي، الحكومة الإلكترونية وانعكاسها على العمل الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٦.
- ٢٥- د. نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة وتحقيق المردودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٢.
- ٢٦- د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٢٧- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري وزو، الجزائر، ٢٠١٣.
- ٢٨- نوال أدير، بشري الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة "بجاية"، الجزائر، ٢٠١٦.

٢٩- نوال فروج وعمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٣.

٣٠- يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للتنمية الإدارية، جامعة دمشق، ٢٠١٠.

٣- المقالات والدوريات:

١- إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٩)، العدد (٢)، ٢٠١٣.

٢- د. أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي وفي التشريعات العربية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.

٣- د. أعاد حمود القيسي، الخصخصة ونظامها القانوني، مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية الشرطة في دبي، السنة التاسعة، العدد الأول، دبي، ٢٠٠١.

٤- أميلي أكون، ألعاب القمار والمرفق العام، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الثالث، باريس، ٢٠٠٧.

٥- د. أمل نجاح البشيش، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، العدد الخامس والثلاثون، تشرين الثاني، الكويت، ٢٠٠٤.

٦- د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر/أيلول-ديسمبر/كانون الأول ١٩٥٧.

- ٧- حسام الدين بركييه، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، مجلة المفكر، العدد (١٤)، الجزائر، ٢٠١٥.
- ٨- روليت عبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، بحث علمي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، ٢٠١٢.
- ٩- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة التربية والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢.
- ١٠- د. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد العاشر، الجزائر، ٢٠١٤.
- ١١- د. عدنان حمشو، الاستثمار في التنمية وفق نظام الـ BOT، مجلة الاقتصادية، العدد (٢٩١)، دمشق، بدون تاريخ.
- ١٢- د. علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، ١٩٩٢.
- ١٣- فلونس نيكو، مشاركة الأشخاص الخاصين في السلامة العامة، الواقع الراهن والآفاق، مجلة القانون العام وعلم السياسة، لبنان، العدد (٥)، ٢٠٠٦.
- ١٤- د. فيصل الشديفات، تمويل مشروعات البوت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦)، العدد الأول، ٢٠١٠.
- ١٥- د. محمد الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

١٦- د. محمد معن ديوب، المتطلبات الأساسية لنجاح برنامج الخصخصة، مجلة جامعة تشرين للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٨)، العدد (٢)، ٢٠٠٦.

١٧- د. محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع عشر والثامن عشر، نيسان - تشرين الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.

١٨- د. محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثامن والثلاثون، تشرين الأول، ٢٠٠٥.

١٩- د. محمد وليد منصور، عقود البوت وطبيعتها القانونية وأهم مجالات التحكيم فيها، مقال منشور في مجلة المحامون السورية، العددان (٧-٨)، ٢٠٠٦.

٢٠- د. محي الدين القيسي، "التجربة اللبنانية في عقود الB.O.T - البناء والتشغيل والتحويل"، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ٢٠٠٣.

٢١- د. معتز كامل مرسي، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الB.O.T"، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية خلال الفترة من ٢٩ إلى ٣١ كانون ثاني عام ٢٠٠١.

٢٢- د. منصور فرح السعيد، "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام B.O.T ومدى ملاءمتها لدولة الكويت"، بحث منشور في مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، العدد الأول، ٢٠٠٨.

٢٣- د. مهند مختار نوح، إبرام العقود الإدارية، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

- ٢٤- د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، الطبعة الأولى، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠٠٧.
- ٢٥- د. مهند مختار نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مجلة دراسات استراتيجية، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية، جامعة دمشق، العدد (٢٢، ٢١)، ٢٠٠٧.
- ٢٦- د. موسى خليل متري، تمويل المشاريع-هيكلية ال BOT، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢١)، العدد الثاني، ٢٠٠٥.
- ٢٧- موسى مصطفى شحادة، مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة وتطبيقاته في أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد (١٦)، الجزائر، ٢٠٠٢.
- ٢٨- د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد (٢٥)، علم الشريعة والقانون، العدد (٢)، كانون الأول، ١٩٩٨.
- ٢٩- د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد (٦٩)، ١٩٩٩.
- ٣٠- د. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المؤتمر الدولي عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية B.O.T وحسم المنازعات الناشئة عنها المنعقد في القاهرة، ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٠.

٤ - المجلات والقوانين:

- ١- مجلة المحامون السورية العدد (٢٠١) لعام ٢٠٠٦.
- ٢- مجلة مجلس الدولة السوري للبحوث القانونية، العدد الأول، ٢٠١٨.
- ٣- المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري، المكتب الفني في مجلس الدولة، دمشق، ٢٠١٦.
- ٤- المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة السوري "محاكم القضاء الإداري، المحاكم الإدارية، المحاكم المسلكية"، المكتب الفني في مجلس الدولة، دمشق، ٢٠١٧.
- ٥- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصر، ١٨ مارس ١٩٦٣، رقم (٤٨٢)، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً.
- ٦- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الغرفة المدنية في محكمة النقض السورية للأعوام ١٩٥٩، ١٩٦٣، ١٩٨٠ - ١٩٩٠.
- ٧- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري السوري للأعوام ١٩٥٩ - ١٩٦٤، ١٩٦٧، ١٩٧٠ - ١٩٧١، ٢٠٠٨.
- ٨- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥٠ عاماً.
- ٩- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٥٩-١٩٦٤، ١٩٧١، ١٩٧٤، ١٩٧٥، ١٩٨٤، ١٩٨٦، ١٩٨٨، ١٩٩٠، ١٩٩٣، ٢٠٠٠، ٢٠٠١ - ٢٠٠٤.
- ١٠- قانون العقود الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.
- ١١- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (١) لعام ٢٠١٦.
- ١٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (٧٧) لعام ١٩٤٩.
- ١٣- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٤٩.
- ١٤- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

- ١٥- قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧.
- ١٦- القانون المصري رقم (٦١) لعام ١٩٥٨.
- ١٧- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.
- ١٨- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠.
- ١٩- قانون الكهرباء الفرنسي الصادر في ١٠/٢/٢٠٠٠.
- ٢٠- قانون التشاورية السوري رقم (٥) لعام ٢٠١٦.
- ٢١- قانون سابان الفرنسي "Loi Sapin" رقم (١٢٢-٩٣) لعام ١٩٩٣.
- ٢٢- قانون مورسيف الفرنسي "Murcef" رقم (١١٦٨) لعام ٢٠٠١.
- ٢٣- قانون المشتريات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (٩٧٥) لعام ٢٠٠٦.
- ٢٤- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- J. F. Auby, les services publics locaux, PUF, 1982.
- 2- J. B. Auby; Ch. Maugue, Les délégation de service ET Le juge administratif, AJDA, 1996.
- 3- P. Bunnard, précis de droit administruliers 4emeed, 1945.
- 4- P. Delvolvé, Le droit administratif Dollaz collection connaissance du droit, 1994.
- 5- P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publique; thèse, L.G.D.J, Paris, 1969.

- 6- L. Duguit, De La situation des particuliers a l'égard des services publics, R.D.P, 1907.
- 7- M. Hauriou, ote sous C.E 14 Fevrier, 1902, B lanleuil et vernaudo.
- 8- Gilles j. Guglielmi Introduction au droit des services publics, LG, D J, Paris, 1994.
- 9- J. Moreau, droit administratif, PUF, collection droit fondamental, 1 ère édition, Paris, 1991.
- 10- H. Polack, Les sanctions pouvant atteindre Le\ concessionnaire de service public en cas de manquemenets a'ses obligation's, the'se, paris, 1908.
- 11- René Chapus, Droit administratif general, edition montchrestien, Paris, 1996.
- 12- Laurent Richer, Droit Des Contrats administratif, °9 editio, Paris, 2014.
- 13- UNCITRAL: The United Nations Commmissio on International Trade Law: Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations, New York, 2001.

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة:	١
الباب الأول: الجانب التأصيلي لعقود تفويض المرفق العام	٧
الفصل الأول: التأصيل التكويني لعقود تفويض المرفق العام	١١
المبحث الأول: تأصيل عقود تفويض المرفق العام	١٣
المطلب الأول: مفهوم تأصيل عقود تفويض المرفق العام	١٣
المطلب الثاني: أهم المجالات التشريعية ذات الصلة بخلق بيئة استثمارية ملائمة	٢٦
المبحث الثاني: العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام	٤٨
المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام	٤٩
المطلب الثاني: التمييز بين تفويض المرفق العام والمفاهيم وأساليب إدارة المرفق العام المشابهة له	٧٧
المبحث الثالث: المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام	٩٨
المطلب الأول: وجود مرفق عام قابل للتفويض	٩٩
الفرع الأول: وجود المرفق العام وطبيعته القانونية	٩٩
الفرع الثاني: مجال المرفق العام القابل للتفويض	١٠٧
المطلب الثاني: استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال	١٢٥
الفصل الثاني: إبرام عقود تفويض المرفق العام	١٤١
المبحث الأول: الإجراءات التمهيدية لإبرام عقود تفويض المرفق العام	١٤٣

المطلب الأول: الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام..	١٤٤
المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها إبرام عقود تفويض المرفق العام	١٥٨
المطلب الثالث: المبادئ التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام...	١٧٦
المبحث الثاني: أهم عقود تفويض المرفق العام.....	٢٠٩
المطلب الأول: عقود تفويض المرفق العام التقليدية.....	٢٠٩
المطلب الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام الأخرى.....	٢٢٢
الباب الثاني: الآثار التي تترتب على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام	٢٤٥
الفصل الأول: الإشكالات التي تواجه المفوض إليه والمنفعين.....	٢٤٧
المبحث الأول: حقوق والتزامات المفوض إليه.....	٢٤٩
المطلب الأول: تنفيذ حقوق المفوض إليه.....	٢٥٠
الفرع الأول: حق المفوض إليه في الحصول على المقابل المالي.....	٢٥٠
الفرع الثاني: الامتيازات التي تقدمها السلطة الإدارية مانحة التفويض...	٢٧٤
المطلب الثاني: تنفيذ الالتزامات المفروضة على المفوض إليه.....	٢٩٠
الفرع الأول: التزام المفوض إليه باستغلال المرفق على مسؤوليته....	٢٩٠
الفرع الثاني: التزام المفوض إليه بتكاليف الأشغال الأساسية.....	٣٠٦
المبحث الثاني: الإشكالات التي تواجه المنفعين.....	٣٠٩
المطلب الأول: إشكالية حقوق المنفعين في مواجهة المفوض إليه.....	٣١٠
المطلب الثاني: إشكالية حقوق المنفعين في مواجهة الإدارة مانحة التفويض.....	٣٣٦
الفصل الثاني: الإشكالات التي تواجه الإدارة مانحة التفويض.....	٣٤٥
المبحث الأول: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بالرقابة.....	٣٤٧
المطلب الأول: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه.....	٣٤٧
المطلب الثاني: أنواع الرقابة.....	٣٥٨
المبحث الثاني: إشكالية سلطة الإدارة مانحة التفويض بتوقيع الجزاءات.....	٣٧٠

المطلب الأول: الغرامات المالية والتنفيذ العيني على حساب المفوض	
إليه.....	٣٧٢
الفرع الأول: الغرامات المالية.....	٣٧٢
الفرع الثاني: التنفيذ العيني على حساب المفوض إليه.....	٣٧٩
المطلب الثاني: الإسقاط أو الفسخ.....	٣٨٥
المبحث الثالث: إشكالية إنهاء عقد تفويض المرفق العام.....	٣٩٩
المطلب الأول: استرداد المرفق العام.....	٤٠٠
المطلب الثاني: أحكام التصفية المالية لعقد تفويض المرفق العام.....	٤١٤
خاتمة:	٤٣٦