

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة قسنطينة 1
كلية الحقوق

الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام
فرع الإدارة العامة. القانون وتسيير الإقليم

تحت إشراف:
ا/د زغداوي محمد

من إعداد:
- مبخوتي يوسف

لجنة المناقشة :

- ا/د موسى زهية - أستاذة التعليم العالي - جامعة قسنطينة 1.....رئيسا.
ا/د زغداوي محمد- أستاذ التعليم العالي - جامعة قسنطينة 1.....مشرفا.
د/ صائغي مبارك- أستاذ محاضر - جامعة قسنطينة 1.....عضوا.

شكر وعرافان

أقدم بـخالص الشكر والعرافان للأستاذ الدكتور محمد زغداوي على قبوله الإشراف على هذا العمل و تقديمه لنا يدالعون على انجازه و الشكر موصول لجميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة قسنطينة و كل من ساعد في إتمام هذا العمل.

إهداء

إلى روح والدي...
الذي رحل عنا أثناء انجاز هذا العمل.

مقدمة

يفسح القانون للأفراد هوامش من الحرية ضمن علاقاتهم التعاقدية تتجلى من خلال ممارستهم لحرية التعاقد أو الامتناع ، حرية اختيار المتعاقدين وحرية تحديد مضمون العقد، وتعرف هاته الحرية باسم "الحرية التعاقدية" والتي تتشكل من عدة عناصر شديدة الارتباط ويعتبر مظهرها الأولي و الأساسي حرية التعاقد أو الامتناع ، ثم تأتي العناصر الداخلية لهاته الحرية وهي حرية اختيار المتعاقدين و حرية تحديد مضمون العقد.

و رغم ما لحق مفهوم العقد من تطورات بفعل التحولات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية¹، إلا أنه ظل الأداة المثلى المجسدة لحرية الأفراد في الميدان القانوني، فالعقد قوامه الحرية والحرية ملازمة للتقنية التعاقدية²، فالعقد نتاج للإرادة الفردية الحرة التي لا يشوبها عيب من العيوب، أما الأعمال التي لا تُعمَل من خلالها الإرادة الحرة فهي تعبر عن حالة من حالات الخضوع³، و لا يمكن أن تعتبر أعمالا تعاقدية بأي حال من الأحوال. إن اللجوء للتصرفات التعاقدية ليس حكرا على الأفراد، فالأشخاص العامة بإمكانها هي الأخرى اللجوء إلى التعاقد، وشانها شأن الأفراد، فهي موجودة في محيط مدني قائم على خاصيتي التبادل و التخصص و لا يمكنها أن تنعزل عنه، وهي لا تستطيع تامين كل ما تحتاج إليه بنفسها بل تحتاج دائما لتامين معاونين لإشباع الحاجات التي تسعى لتحقيقها.

ولما كان العقد يقوم على الحرية فان لجوء الأشخاص العامة للتصرفات التعاقدية يتيح لها هي أيضا ممارسة هوامش من الحرية ضمن العقود التي تبرمها ، إلا أن تفسير هاته الحرية على أنها معطيات لحرية تعاقدية حقيقية كتلك التي يعترف بها للأفراد، أمر لا يمكن التسليم به ببساطة، فالبحث عن معالم الحرية التعاقدية لدى الأشخاص العامة يثير

¹ فلقد تعرض مفهوم العقد لأزمة حقيقية أدت ببعض لتوقع زواله، نظرا لفقدان مفهوم العقد كثيرا من تماسكه المنطقي نتيجة المساس بالحرية التعاقدية و ازدهار فكرة النظام العام و انتشار العقود الإجبارية و عقود الإذعان و غيرها. انظر في هذا الخصوص: أمين إبراهيم العشراوي ، مفهوم العقد و تطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، الصفحة 7 و 8.

² BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, AJDA, 1998, Page 644.

³ MOULENES.B, *Ibid*, Page 644.

العديد الصعوبات و نقاط الغموض، هذا ما يستدعي البحث أولا عن حقيقة هاته الحرية من حيث مصدرها ،أي فيما إذا كانت هاته الحرية وليدة التقنية التعاقدية أم أنها وليدة الحرية المرتبطة بالإنسان ،لأنه في الحالة التي تكون فيها الحرية التعاقدية نابعة من الحرية اللصيقة بالإنسان يصبح من غير المجدي البحث عنها لدى الأشخاص العامة التي وجودها و غاياتها مرتبطة بالمصلحة العامة ، لذلك ينبغي البحث عن الحرية التعاقدية انطلاقا من فكرة العقد في حد ذاتها التي قد تشكل مصدرا لهذه الحرية و تسمح بوجودها لدى الأشخاص العامة، ثم العمل على ملاءمة هاته الحرية مع الطبيعة الخاصة للأشخاص العامة التي تختلف عن طبيعة الأفراد.

سوف نتعرض من خلال هذا البحث لفكرة "الحرية التعاقدية" و نقصد بها تلك الحرية التي يعترف بها للأشخاص القانونية ضمن علاقاتهم التعاقدية،أي الحرية التعاقدية كمصطلح يفيد الاعتراف للأشخاص القانونية بمكنة التعاقد أو عدم التعاقد و مكنة اختيار المتعاقدين و تحديد مضمون العقد بحرية، فالأمر لا يقتصر فقط على إبراز المفهوم الوظيفي للحرية التعاقدية أي ممارسة الحرية في المجال التعاقدية ، فهاته الحرية يمكن أن تضمن أيضا عن طريق ممارسة السلطة التقديرية في المجال التعاقدية والتي ستحقق المرونة التي تقتضيها التصرفات التعاقدية ذاتها التي تحققها الحرية التعاقدية ، لكن الأمر يتعلق بإثبات وجود الحرية التعاقدية كحق يعترف به للبلدية في التصرفات التعاقدية مترتب عن كونها شخص قانوني.

سوف نقتر في هذا البحث على دراسة فكرة الحرية لدى البلدية فقط دون سائر الأشخاص العامة الأخرى ومرد ذلك الطبيعة المتغيرة للحرية التعاقدية¹، فنحن إذا ما سلّمنا بوجود الحرية التعاقدية لدى الأشخاص العامة فإنها من دون شك ستكون متغيرة بحسب طبيعة هاته الأشخاص ، فالحرية التعاقدية للدولة صاحبة الاختصاص العام على جميع الشؤون الوطنية ستختلف عن الحرية التعاقدية للجماعات الإقليمية ، و الحرية التعاقدية لهاته الأخيرة ستختلف أيضا عن الحرية التعاقدية للمؤسسات العامة المحكومة بمبدأ

¹ Voir: CHERSTINE MAUGUE, *les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs*, AJDA,1998,Page 694.

التخصص، كما أن أي حرية ما تقاس بعلاقتها مع القواعد القانونية، هذا ما يجعل نطاق الحرية التعاقدية للبلدية يتحدد أساسا عن طريق القواعد و المبادئ التي تحكم البلدية دون سواها.

و من المهم أن نشير في هذا المقام إلى أن الاقتصار على البلدية لا يجب أن يفهم منه عدم إمكانية استخلاص بعض القواعد المشتركة التي توحد فكرة الحرية التعاقدية من حيث وجودها و ممارستها لدى جميع الأشخاص العامة.

إن أهمية هذا البحث تكمن في تسليطه الضوء على فكرة الحرية التعاقدية لدى جماعة محلية تعنى بإشباع حاجات محلية خاصة و متميزة، ومن هذه الزاوية فان الحرية التعاقدية ستلعب دورا أساسيا في سد نقص النصوص مقارنة مع الواقع المحلي الذي يفرز الحالات الوليدة و اللامتناهية و التي يستحيل على المشرع تنظيمها وتاطيرها بالقوانين، كما تكمن أيضا في منحها للبلدية القدرة على التفاوض و النقاش مع المتعاقدين المحتملين لملاءمة وتكييف العقود التي تبرمها مع الحاجات المحلية، و ما سيزيد أيضا من أهمية الحرية التعاقدية لدى البلدية أننا بصدد جماعة لامركزية، وهذا يعني أن وجودها يمثل تحديا بالنسبة للبلدية في العلاقات التي تربطها بالدولة، وعليه فان إبراز معالم الحرية التعاقدية لدى البلدية يسعى أيضا لتحديد درجة الاستقلالية التي تتمتع بها هاته الجماعة اللامركزية عن الدولة.

إن هذا البحث يهدف إلى إظهار الوجه الأخر للشخصية القانونية للبلدية ، أي البلدية كموضوع للحق، فغالبا ما يُنظر إلى البلدية على أنها مجرد تقنية للتنظيم الإداري و يُمعن في التركيز على طابعها التبعية للدولة مع تجاهل صفتها كشخص قانوني له القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والاستفادة من جميع النتائج المترتبة على الشخصية القانونية و التي من أهمها أهلية القيام بالتصرفات التعاقدية .

و قد كان الدافع لاختيار هذا الموضوع النقص الملحوظ للدراسات التي تتناول عقود الجماعات المحلية بشكل عام و عقود البلديات على وجه التحديد في الجزائر ، و أيضا محاولة معرفة الأسباب الكامنة وراء ضعف الكثافة العقدية للبلديات في الجزائر ، و

يكفي لإدراك هذا الضعف ملاحظة ندرة الأحكام القضائية التي تتناول عقود البلديات و أيضا ندرة النماذج العقدية المختلفة في الممارسات العملية للبلديات.

و لقد واجهتنا بعض الصعوبات في انجاز هذا العمل أبرزها قلة المراجع العلمية المتخصصة التي تتناول فكرة الحرية التعاقدية لدى الأشخاص العامة و شح الأحكام و القرارات القضائية التي تتعلق بعناصر هذا الموضوع، هذا ما حتم علينا الاعتماد في تحليل العديد من نقاط هذا البحث على المعطيات الفقهية المقارنة ، وكان هذا بدوره مصدرا لصعوبة أخرى تمثلت في العمل على ترجمة المصطلحات و المفاهيم القانونية من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، هذا بالإضافة إلى أن المرحلة المخصصة لإعداد هذا البحث شهدت تعديلات عديدة شملت بعض القوانين المرتبطة بعناصر هذا الموضوع، هذا ما استدعى منا بذل جهود إضافية للعمل على تحيين الدراسة وفق ما استجد من قوانين و تعديلات .

و للخوض في موضوع الحرية التعاقدية لدى البلدية في الجزائر طرحنا الإشكالية الرئيسية التالية:

إلى أي مدى تتمتع البلدية في الجزائر بالحرية التعاقدية كذلك التي يتمتع بها الأفراد في معرض تصرفاتهم التعاقدية؟.

و يتفرع عن هاته الإشكالية الرئيسية الأسئلة التالية :

- ما هي الصعوبات التي تعترض وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية؟.
- كيف يمكن تجاوز هذه الصعوبات و تبرير وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية؟.
- ما هي المعوقات و القيود التي تحد من ممارسة البلدية للحرية التعاقدية ؟.

وقد تم الاعتماد في هذا البحث بشكل أساسي على المنهج التحليلي و ذلك بغية تحليل النصوص القانونية و استنتاج المواقف و الاتجاهات القانونية التي ترتبط بعناصر هذا البحث، بالإضافة إلى المنهج المقارن و ذلك من اجل مقارنة وضع البلدية في الجزائر مع وضع البلدية في الأنظمة القانونية المقارنة، و نقصد أساسا نظام البلدية في فرنسا و ذلك على خلفية الروابط التاريخية بين النظامين، فنظام البلدية في الجزائر

مستوحى بشكل أساسي من النموذج الفرنسي، مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات التاريخية و السياسية لكل نظام عند عقد المقارنات.

كما قد اعتمدنا للإجابة على إشكالية البحث على خطة مقسمة إلى فصلين، تعرضنا في الأول إلى إثبات وجود الحرية التعاقدية للبلدية، و ذلك من خلال استعراض مختلف الصعوبات التي تقف أمام وجود هذه الحرية لدى البلدية في مبحث أول، ثم حاولنا تجاوز هذه الصعوبات وإيجاد المبررات التي تدعم وجود هذه الحرية لدى البلدية في مبحث ثان. و تعرضنا في الثاني إلى ممارسة البلدية للحرية التعاقدية، أين أفردنا إلى ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد المبحث الأول، ثم خصصنا لممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين و حرية تحديد مضمون العقد مبحثا ثانيا، و مرد تقسيم الفصل الثاني على هذا النحو يرجع لكون حرية التعاقد أو عدم التعاقد هي الحرية الرئيسية والجوهرية للحرية التعاقدية و التي في حال غيابها يصبح من غير المجدي إثارة المظاهر الأخرى للحرية التعاقدية، لذلك حاولنا الاستفاضة بعض الشيء في التعرض لهذا العنصر من عناصر الحرية التعاقدية مع عدم إهمال العناصر الأخرى طبعاً.

الفصل الأول

إثبات وجود الحرية التعاقدية للبلدية

الفصل الأول

إثبات وجود الحرية التعاقدية للبلدية

إن كون الحرية التعاقدية فكرة مرتبطة أساساً بالأفراد و بالقانون الخاص، فإن استقبالها في نطاق القانون العام وضمن العقود التي تبرمها البلدية يثير العديد من الصعوبات ، هذه الصعوبات تنجم عن الطبيعة الخاصة للبلدية من جهة ، كما تنجم عن طبيعة العقود التي تبرمها من جهة أخرى، وعليه فإن تجاوز هذه الصعوبات يقتضي البحث عن المبررات التي تدعم وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية، ثم تطويع هذه الفكرة بما يتلاءم مع طبيعة البلدية التي هي في مركز مغاير للأفراد ، مع إبراز الذاتية الخاصة و المتميزة لهذه الفكرة، و عليه سوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى صعوبات وجود الحرية التعاقدية للبلدية (مبحث أول) ثم نتعرض لمختلف المبررات التي تؤيد وجود الحرية التعاقدية للبلدية (مبحث ثاني).

المبحث الأول

صعوبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية

إن وجود حرية تعاقدية لدى البلدية يصطدم بعقبات عديدة ، و لعل ارتباط الحرية التعاقدية بمبدأ سلطان الإرادة (مطلب أول) يعتبر العقبة الأكبر التي تواجه وجود هذه الحرية لدى البلدية ، فالبلدية لا تملك إرادة مستقلة وذات سلطان لوجود الحرية التعاقدية لديها، على اعتبار أن الحرية التعاقدية للأفراد ما هي إلا نتيجة للسلطان المعترف به لإرادتهم ، ومن هذا المنطلق فإن غياب سلطان الإرادة يؤدي بالضرورة إلى غياب الحرية التعاقدية، كما أن اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد (مطلب ثاني) ، عقبة أخرى أمام وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية ، فكيف يمكن تقرير وجود حرية تعاقدية للبلدية، في حين أن ليس لها مكنة التمتع بالحقوق و الحريات كتلك التي يتمتع بها الأفراد.

المطلب الأول

صعوبة ناجمة عن ارتباط الحرية التعاقدية بسلطان الإرادة

لا يمكن التسليم بوجود الحرية التعاقدية لدى البلدية دون النظر إلى إرادتها إن كانت إرادة مستقلة وذات سلطان ، فوجود الحرية التعاقدية لدى الأفراد هو نتيجة منطقية للاعتراف لإرادتهم بالسلطان والاستقلال ، وإذا كان وجود الحرية التعاقدية متوقف على كون الإرادة مستقلة، فإن غياب الإرادة المستقلة لدى البلدية يعني كذلك غياب الحرية التعاقدية لديها، وعليه فإن الارتباط بين مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية (فرع 1) يُغَيِّب الحرية التعاقدية للبلدية (فرع 2) .

الفرع الأول

ارتباط الحرية التعاقدية بسلطان الإرادة

يعتقد فقهاء القانون الخاص أن الحرية التعاقدية المعترف بها للأفراد ترتبط بشكل أساسي بمبدأ سلطان الإرادة¹، فالاعتراف للإرادة الفردية بالاستقلالية والسلطان يرتب وجود الحرية التعاقدية لدى الأفراد، فالارتباط بين المبدئين يعد شديدا إلى درجة أن العديد

¹ فأغلب مؤلفات النظرية العامة للعقود تبرز هذه العلاقة، وتعتبر الحرية التعاقدية من أهم النتائج التي يربتها سلطان الإرادة .

من الكتاب يعتبرهما مترادفين¹ ، سنتطرق في ما يلي إلى مضمون مبدأ سلطان الإرادة (أولاً) ثم نوضح علاقته بالحرية التعاقدية ، حيث اعتبر مبدأ سلطان الإرادة أساساً لها (ثانياً).

أولاً: مضمون مبدأ سلطان الإرادة

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على اعتبار الإرادة الفردية الحرة مصدراً لجميع الالتزامات وان الفرد لا يلتزم إلا بمحض إرادته الحرة وفي حدودها ، وعليه فان كل التزام يستند على الإرادة الفردية الحرة هو بالضرورة التزام عادل و بالمقابل فكل التزام لا يستند على الإرادة الحرة هو بالضرورة التزام جائر.

لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق في القرنين الثامن والتاسع عشر²، وساعد على هيمنته انتشار النظريات الفلسفية والاقتصادية التي كانت تنادي آنذاك بحرية الأفراد وضرورة تغليبها على جميع الاعتبارات الجماعية الأخرى³، فالفلسفة الفردية انطلقت من مسلمة أولية وهي أسبقية الفرد في الوجود على الجماعة، وهذه الأسبقية تعطي للفرد سمواً على أي تنظيم اجتماعي بما فيه الدولة، وعليه تسخر الجماعة لخدمة الفرد فتصبح الغاية الأساسية والوحيدة للدولة هي حماية حرية الأفراد والعمل على انسجامها مع حرية الآخرين ، والامتناع أيضاً عن كل ما قد يطمس أو يكبل هذه الحرية⁴.

أما مبادئ الاقتصاد الحر فنادت هي الأخرى بضرورة ترك الاقتصاد للمبادرات الفردية، وان إرادة الأفراد هي من يجب أن تسود في المجال الاقتصادي، فمن أجل تطور الاقتصاد وتشجيع التبادلات لابد من إزالة جميع القيود والعقبات⁵، ولا يجب على الدولة التدخل في الاقتصاد بدعوى تنظيمه ، فالاقتصاد ينتظم لوحده عن طريق قوى

¹ فكثيراً ما يستعمل فقهاء القانون الخاص مصطلح الحرية التعاقدية للدلالة على سلطان الإرادة أو العكس .

² « فهذا المبدأ [سلطان الإرادة] لم يعرفه القانون الروماني كاملاً في أي عصر من عصوره...أما الشريعة الإسلامية فقد عرفت هذا المبدأ كاملاً من بدء وجودها. و يرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في هذه الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن و الحديث...» عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، الصفحة 42.

³ أنظر: أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، الصفحة 13 و 14.

⁴ MOHAMED MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 41.

⁵ أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره ، مرجع سابق ، الصفحة 19 و 20.

العرض والطلب وقوانين المنافسة، لذلك فإن كل إجبار من الدولة لن يؤدي إلا إلى نتائج سلبية، أما إذا ما ترك الأفراد أحراراً كل يعمل حسب إرادته الشخصية، فهذا من شأنه تحقيق أقصى إنتاج ممكن، وي طرح أفضل الأسعار ما يحقق في النهاية السعادة لغالبية أفراد المجتمع¹.

ففي ظل هذه النظريات الفلسفية والمبادئ الاقتصادية المشبعة بالمذهب الفردي، ازدهر مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ فلسفي وقانوني يفسر أساس الالتزامات، بل يفسر كل النظم القانونية، حيث اعتبرت الملكية مبنية على حرية الإرادة، والعقوبة الجنائية مبنية على إرادة مفترضة للمجرم، وحتى النظام الاجتماعي اعتبر مبنياً على إرادة الأفراد ضمن العقد الاجتماعي².

ولقد اعتبر العقد حسب نظرية سلطان الإرادة الميدان المثالي لإعمال إرادة الأفراد الحرة، على اعتبار أن العقد هو تلاقي لإرادات حرة في سبيل ترتيب الحقوق والالتزامات، فالإرادة الحرة هي مصدر العقد وأساس قوته الإلزامية وليس القانون، وهذا ما يميز بين الالتزام والإلزام، "فالالتزام" يعني حرية إرادة الفرد في إلزام نفسه، أما "الإلزام" فيعني تقييد حرية الفرد وإجباره بقوة خارجية عن إرادته³، لذا لا يجوز للمشروع التدخل في العقد، والعمل على توجيهه بدعوى تحقيق العدالة والمساواة العقدية، بل يبقى العقد مجالاً لإعمال الإرادة الفردية الحرة، لأن "العقد بطبيعته يحقق العدالة"⁴.

ولقد تأثرت الثورة الفرنسية بهذه الأفكار⁵، وكان السعي الحثيث وراء تفعيل الحريات الفردية أن تم الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي، وذلك من خلال تبني عدة قواعد ومبادئ تجد أساسها في نظرية سلطان الإرادة، فقد جاءت

¹ نفس المرجع، الصفحة 22.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2000، الصفحة 157.

³ MOHAMED MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, op.cit, Page 12.

⁴ انظر: أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، مرجع سابق، الصفحة 23

⁵ خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، الصفحة 17.

المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مؤكدة لذلك ،حيث نصت على أن «الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها» وتم تبني الرضائية في تكوين العقد كأصل عام، وغيرها من المبادئ التي تجعل من الإرادة ذات سلطان ذاتي في توليد الالتزامات.

أما في القانون المدني الجزائري فتبدو مظاهر سلطان الإرادة واضحة من خلال تبني النتائج المترتبة على هذا المبدأ - والنص على النتيجة إقرار بالمبدأ- و مرد ذلك تأثر واضعو القانون المدني الجزائري بالقانون المدني المصري ، الذي كان بدوره متأثرا بدرجة كبيرة بالقانون المدني الفرنسي، ما جعل القواعد والمبادئ والمصطلحات الفنية في القانون المدني المصري والجزائري هي نفسها التي تراها في القانون المدني الفرنسي.

وعليه فقد جاء في عرض أسباب القانون المدني الجزائري أن العقد يبقى عملا إراديا ويكون شريعة المتعاقدين¹ ، وقد نصت المادة 59 من القانون المدني على مبدأ الرضائية « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما »، و الرضائية مبدأ أساسي من المبادئ التي يرتبها سلطان الإرادة مفاده أن العقد يظهر إلى حيز الوجود القانوني بمجرد تبادل الرضا بين أطراف العقد ، وبمعزل عن أي عوامل خارجة عن إرادة الأطراف² ، كما نصت المادة 106 من نفس القانون على أن « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضا الطرفين... » ، وهذا المبدأ نتيجة أخرى يرتبها مبدأ سلطان الإرادة ، ويتضمن تشبيه العقد بالقانون فيما يتعلق بقوته الإلزامية ، بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد بإرادته المنفردة ، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيا كان نوعها وأهميتها ، فهو من وضع المتعاقدين عن طريق الاتفاق ، فلا يمكن إذا تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا ، ولا يمكن أن يستقل احدهما بذلك ويسري هذا التحريم على القاضي أيضا ، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد ، ولو بدا له أن شروطه غير عادلة³.

¹ علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر، الجزائر، 2001 ، الصفحة 13 .

² محمد مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، الصفحة 12.

³ علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، مرجع سابق، الصفحة 150 .

ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة أساس الحرية التعاقدية للأفراد

غالباً ما يترك القانون للأفراد مساحة من الحرية في معرض روابطهم التعاقدية ، والتي تتجلى من خلال حرية اللجوء إلى التعاقد أو الامتناع، وحرية تحديد مضمون العقد وحرية اختيار من يتعاقدون معه ، فمبدئياً ليس هناك حظر قانوني على التعاقد وليس هناك إلزام قانوني بالتعاقد، كما لا يوجد أيضاً تحديد جبري لمضمون العقد ، ولا فرض للمتعاقد معه ، وهذه الحدود التي يمتنع المشرع عن تجاوزها ، تفسح المجال لإعمال حرية الأفراد في العلاقات التعاقدية، ويصطلح على مساحات الحرية في المجال التعاقدية بـ "الحرية التعاقدية"، فالحرية التعاقدية « تسعى لتحديد هوامش الحرية المعترف بها للأشخاص القانونية عند لجوءهم للتعاقد»¹، ومفادها « ترك تكوين العقد لأطرافه بشكل كامل بحيث تظهر في جميع مراحل هذا التكوين ، حرية التعاقد أو عدم التعاقد ، حرية اختيار المتعاقد وحرية تحديد مضمون العقد ، وحرية التفاوض مع المتعاقد المحتمل»².

فالأشخاص القانونية تتمتع بالحرية التعاقدية ولا يلزمهم المشرع بالدخول في روابط عقدية لا يريدونها مع الآخرين ، ولا يحظر عليهم أيضاً الدخول في علاقات عقدية والاتفاق على مضمون العقد بكل حرية طالما هو غير مخالف للنظام العام، وبالتالي فالفرد يتعاقد متى شاء ومع من يشاء و حول ما يشاء ، حتى وإن كانت القوانين تحوي العديد من القواعد المنظمة للعقود، فهذه القواعد أغلبها مكملة للإرادة المتعاقدين ،يستطيع الأفراد مخالفتها³، فالمشرع لا يقدم من خلالها سوى نماذج عقدية يستطيع الأفراد الاقتداء بها أو تركها كلياً أو جزئياً، بل إنهم يستطيعون إبرام عقود مستحدثة وبشروط جديدة بما يتلاءم مع حاجتهم الخاصة.

ولقد اجمع فقهاء القانون الخاص على أن الحرية التعاقدية للأفراد تجد أساسها في

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 25.

² BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, AJDA , Page 446.

³ أيمن إبراهيم العشراوي ، مفهوم العقد وتطوره ، مرجع سابق ، الصفحة 30.

مبدأ سلطان الإرادة ، فالاعتراف للإرادة بالسلطان في إنشاء الالتزامات العقدية ، وفي تفسير القوة الملزمة للعقود ، يتجسد على المستوى القانوني بجملة من الحريات يمارسها الأفراد في المجال التعاقدية ، و التي تشكل في مجموعها ما يعرف بالحرية التعاقدية ، فكون الفرد لا يخضع إلا للقواعد الصادرة عن إرادته الحرة ، فهو يملك الحرية في التعاقد و في عدم التعاقد أيضا ، وكون الإرادة الحرة أساس القوة الإلزامية للعقد ، فالفرد يستطيع تحديد مضمون العقد بكل حرية، ولا يجوز للمشرع أن يفرض عليه شروطا لم يرتضيها بكل حرية في العقد.

ومن خلال هذا الارتباط الشديد بين الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، تبرز علاقة التلازم بينهما» فالاعتراف للإرادة الفردية بالسلطان يعني حتما وجود الحرية التعاقدية لدى الأفراد»¹، لذلك اعتبرت الحرية التعاقدية نتيجة منطقية لسلطان الإرادة، بل هي من النتائج الجوهرية لهذا المبدأ، ولعل هذا ما جعل الكثير من الكتاب يعتبرون سلطان الإرادة مرادفا للحرية التعاقدية².

الفرع الثاني

الارتباط بين المبدأين يغيب الحرية التعاقدية للبلدية

لقد رأينا أن الحرية التعاقدية ترتبط بشكل كبير بسلطان الإرادة الذي اعتبره فقهاء القانون الخاص أساسا لها ، واعتبروا أن وجود الحرية التعاقدية يتوقف على مدى اعتبار إرادة الشخص مستقلة وذات سلطان ، لذلك كانت الحرية التعاقدية المقررة للأفراد نتيجة منطقية للاعتراف لإرادتهم بالقدره على إنشاء الالتزام وتحديد آثاره ، وعليه فإنه من الضروري أن توصف إرادة البلدية بأنها إرادة مستقلة وذات سلطان للقول بوجود الحرية التعاقدية لديها ، أي أن وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية متوقف عما إذا كانت إرادتها إرادة مستقلة وهذا يقتضي البحث عن معالم سلطان الإرادة لدى البلدية (أولا) لاستخلاص - بشكل مبدئي - وجود الحرية التعاقدية لديها ، إلا أن العديد من الاعتبارات تبرز تعارضا

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, *Op.cit*, Page 30.

² MAHOUACH.M, *Ibid* .Page.,39

شديدا بين سلطان الإرادة وطبيعة البلدية (ثانيا) وهذا التعارض سيفضي إلى غياب هذه الحرية لدى البلدية .

أولاً: معالم سلطان الإرادة لدى البلدية

رغم كون سلطان الإرادة مبدأ القانون الخاص¹، فإن بعض الفقه حاول استقباله ضمن نطاق القانون العام واعتبروا أن ما يقف وراء حجب هذا المبدأ لدى الأشخاص العامة ليس سوى اختلافات سطحية وفي بعض الأحيان اختلافات مصطلحية فقط²، واعتبروا أن سلطان الإرادة موجود لدى الأشخاص العامة ضمن ممارستها للسلطة التقديرية، فسلطان الإرادة لديه ما يقابله عند الأشخاص العامة وهي "السلطة التقديرية"، والتي تعتبر سلطانا للإرادة بما يوافق طبيعة الأشخاص العامة³، فمن المسلم به أن القوانين لا يمكنها تقييد حرية الشخص العام بشكل كامل، بل تترك له مساحات من الحرية يُعمل من خلالها قدرته على الاختيار بين القيام بالتصرف أو الامتناع، وهو إذا ما اختار القيام بالتصرف، فله القدرة كذلك على اختيار الوسائل التي يقدر أنها الأكثر ملاءمة، وهنا يتضح أن الشخص العام من خلال السلطة التقديرية يمارس الحرية، وبذلك نحن نقرب من مفهوم سلطان الإرادة، وفي هذا الصدد يرى PONCE أنه من خلال مقابلة سلطان الإرادة مع السلطة التقديرية يستخلص أن هناك تطابق بين المبدئين، على اعتبار أن كلاهما يعبر عن حرية خلق العمل القانوني .

كما يرى PIERRE.PY أنه «إذا كانت السلطة التقديرية تعني الإمكانيات الممنوحة للسلطة الإدارية في اتخاذ الأعمال القانونية، وحرية إنتاج الحقوق والالتزامات وحرية اتخاذ القرارات التي تحدث آثار قانونية، فهذا مظهر لسلطان إرادة الشخص العام»⁴، واعتبر أن الشخص العام عندما يمارس سلطة مقيدة فهو أمام "إلزام إرادي" فإرادة

¹ LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 4^e édition, LGDJ, Paris, 2004, Page 18.

² MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, *Op.cit*, Page 63.

³ NIL SYMCHOWICZ, *Droit des montages contractuels complexes*, Imprimerie nationale, Paris, 2003, Page 89 .

⁴ SYMCHOWICZ.N, *Ibid*. Page 90.

الشخص العام في هذه الحالة لا تلعب إلا دورا شكليا، لذا لا وجود لسلطان الإرادة، أما إذا مارس الشخص العام سلطة تقديرية فهو أمام ما سماه " بالسلطة الإرادية " وفي هذه الحالة إرادة الشخص العام مستقلة وذات سلطان.

كما اعتبر PONCE أن دور الإرادة في العقود الإدارية هو نفسه الذي في العقود التي يبرمها الأفراد ، فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقضي بأن الشخص لا يخضع إلا للقواعد الصادرة منه، فإن ذلك موجود في العقود الإدارية، ويكفي للكشف عن سلطان إرادة الشخص العام البحث عن الحالات التي لا تقيّد فيها القوانين إرادته¹ ، فالعقود الإدارية ليست كلها منظمة بشكل كلي عن طريق القوانين ، فهناك عقود إدارية يستفيد من خلالها الشخص العام من كامل الحرية في تكوينها وتحديد آثارها، وهنا تكمن الإرادة المستقلة وذات السلطان لدى الشخص العام².

إن إبراز معالم سلطان الإرادة لدى الأشخاص العامة و لدى البلدية تحديدا- وهو ما يعنينا أساسا - يعني إمكانية وجود حرية تعاقدية للبلدية انطلاقا من مظاهر سلطان الإرادة التي حاول أبرزها بعض الكتاب لدى الأشخاص العامة، لكن ذلك يبدو غير كاف لتقرير وجود سلطان الإرادة لدى البلدية، خاصة إذا علمنا أن هذه الآراء حاولت التقريب بين سلطان الإرادة والسلطة التقديرية انطلاقا من فكرة الحرية التي يتضمنها كلا المبدئين ، إلا أن الحرية التي تتضمنها السلطة التقديرية، ما هي إلا حرية إدارية، يجيزها المشرع لحسن سير الإدارة³، فلكي تلائم الإدارة أعمالها مع الواقع الذي يفرز الحالات اللامتناهية ، يترك المشرع مساحات من الحرية للشخص العام لتقرير ما يراه ملائما اتجاه هذا الأوضاع بموجب منحه سلطة غير مقيدة، إلا أن ضرورة الحفاظ على حرية الأفراد من جهة ، و المال العام من جهة ثانية، تؤدي غالبا إلى تقييد سلطات الشخص العام ، وهذا ما تتجه إليه القوانين الحديثة، التي أصبحت تبحث عن التقييد المستمر لسلطات الإدارة ،

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, *Op.cit*, Page64.

² MAHOUACHI.M, *Ibid*. Page 64.

³ CANSTANTINE YANNAPOULOS, *L'apport de la protection de la libre concurrence a la théorie du contrat administratif*, revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger, LGDJ, 2008, Page 430.

لما قد يتم من تجاوزات على حقوق الأفراد وحررياتهم و على المال العام تحت ستار السلطة التقديرية¹، وبمعنى آخر، السلطة التقديرية تتيح حرية إدارية يستطيع المشرع منحها أو التراجع عنها في أي لحظة، على خلفية الحفاظ على حرية الأفراد أو الحفاظ على المال العام، وهذا يختلف جوهريا عن مفهوم سلطان الإرادة، الذي هو مبدأ يقضي برفض التدخل التشريعي المكثف في الأعمال القانونية، أي أن المشرع ملزم بترك المجال واسعا لإرادة الأفراد في الأعمال القانونية، وأن لا يعمل على تقييدها.

وعليه فإنه من الصعب التقريب بين سلطان الإرادة و السلطة التقديرية و اعتبار إرادة البلدية إرادة مستقلة و ذات سلطان، خاصة إذا علمنا أن العديد من الفقهاء يرون أن هذا المبدأ يتعارض بشكل كبير مع طبيعة الأشخاص العامة، وبشكل أكبر مع طبيعة البلدية.

ثانيا: تعارض سلطان الإرادة مع طبيعة البلدية

مما لا شك فيه أن البلدية تمتلك إرادة، و هاته الإرادة تظهر تارة في الأعمال الانفرادية وتارة أخرى في الأعمال التعاقدية، على اعتبار أن القرار الإداري الذي تتخذه البلدية ما هو إلا إفصاح عن الإرادة لإحداث آثار قانونية²، كما أن العقود التي تبرمها تفترض وجود إرادة البلدية في مقابل إرادة من يتعاقد معها، ولكن هذه الإرادة لا يمكن أن تعتبر بأي حال من الأحوال إرادة مستقلة وذات سلطان، لأن استقلال إرادة البلدية يتعارض مع طبيعتها، ومرد هذا التعارض يكمن في أن البلدية جماعة إقليمية مرفقة بالدولة، و طابعها التبعية للدولة، يحول دون أن تكون لديها إرادة مستقلة وذات سلطان، لما فيه من تهديد لوحدة الدولة³، فالدولة الموحدة وإن كانت تعترف ببعض الاستقلال للوحدات الإدارية بداخلها بموجب الاعتراف لها بالشخصية القانونية⁴، إلا

¹ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1979، الصفحة 181.

² نفس المرجع، الصفحة 90.

³ MOHAMED MAHOUCI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, *Op.cit*, Page 50.

⁴ LANDRY NGONO, *l'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales décentralisées*, Thèse de doctorat, Paris, 2010, Page 97.

أن ذلك لا يعني أبداً أن إرادة هذه الوحدات مستقلة ، فالقول أن للبلدية إرادة مستقلة، يعني أن بإمكانها اتخاذ أعمال قانونية تخرج عن رقابة الدولة ،وتخرج أيضا عن النظام القانوني الموضوع لهذه الأعمال¹، وهذا يتعارض مع المبادئ التي تحكم الدولة الموحدة .

كما أن اعتبار أن للبلدية إرادة مستقلة يعني بأنها تستطيع وضع قواعد تنظيمها بنفسها و هذا أمر لا يمكن قبوله في إطار الدولة الموحدة²، فالدولة الموحدة ومهما كانت درجة الاستقلال الذي تمنحه لجماعاتها الإقليمية ، لا يمكن أن يصل إلى درجة أن تقوم هذه الجماعات بتحديد قواعد تنظيمها بنفسها ،وإلا فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى خلق جماعات تنافس الدولة ،ما يعني انفجار الدولة وتفككها ، فالدولة هي من تُحدث بإرادتها هذه الجماعات ،وهي من تحدد صلاحياتها ومهامها ، كما أن الدولة وللحفاظ على وحدتها ،تبسط رقابة على أعمال هذه الجماعات لمنعها من التحول إلى دول متعددة بداخلها ،والحيلولة دون التفكك والانقسام .

وفي هذا السياق يرى MICHOUUD وهو بصدد الحديث عن البلدية في فرنسا أن «البلديات لا تتمتع بأي حق مانع اتجاه الدولة التي تضمها فالدولة هي من تقرر مقدار السلطة التي تتخلى عنها لصالح البلديات»³ ، أي أن البلدية لا تستطيع أن تملك إرادة مستقلة اتجاه الدولة التي هي من يحدد صلاحياتها، كما ذهب M.WALINE إلى أن «البلدية عندما تتلقى في إطار الدولة الموحدة سلطة التسيير بنفسها لمجالات معينة ، لا يجب أن يفهم من ذلك أن سلطة البلدية مستقلة لأنه بالنظر إلى القواعد المقررة لاختصاصاتها ،هي تمارس سلطة ممنوحة وليس لسلطة صادرة منها»⁴.

كما أن التعارض بين سلطان الإرادة وطبيعة البلدية يمكن تبريره أيضا بالطبيعة الغائية لأعمال البلدية ، فنشاط البلدية يجب أن يستهدف في جميع أحواله غاية محددة، هي المصلحة المحلية ، و التي لا يجب أن تحيد عنها وإلا اعتبر عملها غير شرعي، و عليه فإن كون البلدية محكومة باستهداف المصلحة المحلية يتعارض بشكل مطلق مع أي إرادة

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 51.

² MAHOUACHI.M Ibid ,Page51.

³ MAHOUACHI.M Ibid ,Page51.

⁴ MAHOUACHI.M Ibid , Page52.

مستقلة يمكن أن تتمتع بها، فهي في مركز مغاير للأفراد، الذين يملكون إرادة مستقلة لأنهم غير محكومين بأهداف وغايات محددة قانوناً، ففي هذا السياق أوضح VEDEL.G أن: « القانون الإداري يختلف عن القانون المدني، أين يملك الأفراد حرية التصرف، على أساس أي وضعية وحول أي غاية، فالدوافع الذاتية للأفراد كافية لتبرير التصرف، طالما كان شرعياً وغير مخالف للنظام العام، وبالمقابل ففي القانون الإداري يغيب سلطان الإرادة، فالإدارة لا تتصرف إلا بوجود أسباب مادية أو قانونية محددة موضوعياً»¹.

كما أن RICHER.L يرى بأن « سلطان الإرادة الذي هو مبدأ مدني أساساً لا يتلاءم مع العقود التي تبرمها الدولة، فالقانون العام تهيمن عليه فكرة الوظائف والأهداف التي تقضي أن تكون للسلطات المختصة إرادة مستقلة، وبالمقابل فإن فهم العقد الإداري من خلال الغايات المستهدفة وبعض العناصر الأخرى الخارجة عن أطراف العقد، يبدو أكثر تناغماً مع روح القانون العام الذي يركز على المفهوم الغائي للمصلحة العامة»².

ويتضح من كل ما سبق صعوبة وجود الإرادة المستقلة لدى البلدية أو استحالتها، بالنظر إلى تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع مبدأ وحدة الدولة، و تعارضه أيضاً مع الطبيعة الغائية لأعمال البلدية التي تستهدف دائماً تحقيق المصلحة المحلية، وهذه الاستحالة تفرز نتيجة هامة على صعيد بحثنا عن الحرية التعاقدية للبلدية، وهي غياب هذه الحرية لدى البلدية مبدئياً، على اعتبار أن وجودها يرتبط أساساً بسلطان الإرادة، والذي رأينا أنه مبدأ مقرر فقط للأفراد ويستحيل وجوده لدى البلدية.

المطلب الثاني

صعوبة ناجمة عن اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد

لا يعتبر غياب الإرادة المستقلة العقبة الوحيدة التي تقف أمام وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية، إن إنكار الحقوق والحريات على البلدية يعد عقبة أخرى أمام وجود الحرية التعاقدية لديها، فكيف توجد لدى البلدية حرية تعاقدية في حين أن طبيعتها

¹ MAHOUACHI.M, Ibid , Page53.

² LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Op.cit,Page 20.

تتعارض أصلا مع التمتع بالحقوق و الحريات التي هي مقصورة فقط على شخص الإنسان؟ و عليه فإن اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد (فرع أول) يجعل من غير الممكن أن توجد لدى البلدية حرية تعاقدية ، و نتيجة لذلك يصبح تفسير هوامش الحرية التي تتمتع بها البلدية في التصرفات التعاقدية مجرد ممارسة لاختصاص تعاقدية (فرع ثاني) أي لسلطة تقديرية في التعاقد ، و ليس ممارسة لحرية تعاقدية حقيقية كذلك التي يتمتع بها الأفراد.

الفرع الأول

اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد

إن الحقوق والحريات تحكمها نظرة فردانية (أولا) تجعل الإنسان لوحده موضوعا لهذه الحقوق والحريات، ما يعني رفض إسنادها إلى كيانات أخرى لا تحمل نفس طبيعة الإنسان، فعلى أساس هذه النظرة لا يمكن أن تسند الحقوق والحريات إلى البلدية (ثانيا) التي تعتبر شخصا معنويا عاما، و ليس لها نفس طبيعة الإنسان.

أولا: النظرة الفردانية للحقوق والحريات

تسند الأنظمة القانونية الحقوق والحريات إلى الإنسان، الذي يعتبر لوحده صاحبا لهذه الحقوق والحريات والتي لا يمكن إسنادها بأي شكل إلى كيانات أخرى غيره، فهذه الحقوق والحريات لم توجد إلا لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم في علاقاتهم مع السلطة ، على خلفية الصراع الدائم بين السلطة وحرية الأفراد¹.

إن ارتباط الحقوق والحريات بالأفراد يرجع إلى النظرة التاريخية للحقوق والحريات التي قامت على الفردانية و التي تعتبر ان الفرد أسمى من الجماعة، وأن له حقوق طبيعية سابقة على المجتمع ،ومن ثمة يتعين المحافظة على هذه الحقوق والعمل على عدم تقييدها ، و عليه فإن مشكلة الصراع بين السلطة وحرية الأفراد يجب أن يحسم دائما لصالح الحرية².

¹ مصطفى ابوزيد فهمي ، مبادئ الأنظمة السياسية ، دار الجامعة الجديدة ، 2003، الصفحة 297.

² نفس المرجع ، الصفحة 138.

ولقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان متضمنا لهذه النظرة الفردانية للحقوق والحريات، ولا أدل على ذلك من أن نصوصه تحمل عبارات (الإنسان ، المواطن ، الفرد ، الشخص الإنساني ، الكيان الإنساني ...) فالأمر يتعلق دائما بالإنسان وليس بكيان آخر . فحسب النظرة الفردانية، الاعتراف بالحقوق والحريات للأشخاص العامة أمر غير واقعي على اعتبار أن الأشخاص العامة مزودة بأساليب السلطة، فالحقوق والحريات لم تثبت للأفراد إلا حماية لهم من هذه السلطة، وعليه فإن إسنادها إلى الأشخاص العامة يفقد تماما مبرره ، فكيف تتمتع هذه الأشخاص بالحقوق و الحريات في حين أنها هي من يجب أن تقيدها سلطتها في مواجهة حقوق الأفراد و حرياتهم؟.

كما أن الأشخاص العامة وبحسب النظرية التقليدية للشخصية المعنوية ليست سوى افتراض قانوني¹، ولا يمكن تشبيهها بالإنسان الذي يعد لوحده محورا للحياة القانونية، فوجود الأشخاص المعنوية لم يكن إلا كتبرير لوجود مصالح جماعية²، ويترتب عن ذلك أن وجودها مرتبط بإرادة الدولة، التي تحدد مضمون شخصيتها القانونية وحدودها، وما يمكن أن يترتب على ذلك³، وبالتالي فإن إسناد الحقوق والحريات إلى أشخاص القانون العام أمر غير منطقي، فهذه الأشخاص تجد مبرر وجودها في فكرة "المصلحة العامة" ، وليست كالإنسان الذي يعد كائنا في حد ذاته تثبت له الشخصية القانونية آليا بمجرد ميلاده. و غير بعيد عن هذا السياق يرى DUGUIT الذي يعتبر رجل قانوني وضعي، بعدما أنكر وجود الشخص المعنوي من جهة ووجود فكرة الحق من جهة أخرى ، أن الأمر لن يزداد إلا صعوبة لما نتكلم عن حقوق الجماعات ، فد DUGUIT يقر فقط بالإرادات الفردية، ويرى انه: « إذا كان للجماعات حقوقا فهذا يعني أنها تمتلك إرادة مستقلة عن إرادة الأفراد المكونين لها ، لكن لا نستطيع أن نؤكد وجود هذه الإرادات الجماعية لأن ما

¹ تعتبر نظرية الافتراض القانوني من أول النظريات التي حاولت تفسير طبيعة الشخص المعنوي ويعتبر "سافيني" هو من عرضها بالشكل الأكثر تماسكا وهي نظرية تقوم على الفردانية القانونية .

² انظر: احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، الصفحة 96.

³ انظر: حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2006 ، الصفحة 16.

نراه وما نقره هو إظهار لإرادات فردية»¹.

كما أن المناقشات التي أثيرت بين أعضاء المجلس التأسيسي للدستور الفرنسي سنة 1946، تبين رفض فكرة إسناد الحقوق والحريات للأشخاص المعنوية، بعدما كان قد اقترحها أحد الأعضاء، ورأى بضرورة تضمين الإعلان حقوقاً تسند إلى تجمعات طبيعية سابقة عن الدولة، فطرح فكرة الحقوق الجماعية، إلا أن هذا الاقتراح لم يؤخذ به في الإعلان، واعتبر أن التجمعات لما تنشأ تصبح مؤسسات فتمارس وظائف، وتضمين هذه الجماعات في الإعلان يعني الإقرار بوجود كيانات جماعية متميزة عن الأفراد المكونين لها، في حين أنه لا توجد كيانات أخرى غير الإنسان، لذلك يجب ألا يتضمن الإعلان سوى حقوق الأفراد.²

ونخلص للقول أن الأشخاص العامة التي تعتبر في مجملها أشخاصاً معنوية تجد مبرر وجودها في فكرة المصلحة العامة³، ولا يمكن سحب فكرة الحقوق والحريات عليها لمجرد الاعتراف لها بالشخصية القانونية، فلا يمكن لها أن تتمتع بالحقوق، في حين أنها مزودة بأساليب السلطة، ولا يمكن لها أيضاً أن تمارس الحريات في حين أنها مجرد تقنيات للتنظيم الإداري⁴، كما أنها في مواجهة من يمكن أن تسند لها الحقوق والحريات؟ أفي مواجهة الدولة التي تشكل جسداً واحداً معها؟، وبالتالي فإن فكرة الحقوق والحريات محكومة بنظرة فردانية تعتقد أن الإنسان لوحده هو صاحب هذه الحقوق والحريات، ولا يمكن إسنادها بأي شكل من الأشكال لكيانات أخرى غير الإنسان.

ثانياً: البلدية لا تتمتع بالحقوق والحريات

لقد رأينا أن الحقوق والحريات مقررة لصالح الأفراد كحماية لهم في العلاقات التي ما بينهم من جهة و في علاقاتهم مع الدولة من جهة أخرى، ومن ثمة فإن إسناد الحقوق

¹ انظر: منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة، القاهرة، 2009، الصفحة 308.

² MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 46.

³ فثلاً تمنح الشخصية القانونية للجماعات المحلية لوجود مصالح محلية خاصة و متميزة عن المصلحة العامة الوطنية وتعتبر الشخصية القانونية معيار استقلالها من الناحية القانونية.

⁴ ترى MOULENES أن اعتبار الأشخاص العامة مجرد تقنيات للتنظيم الإداري هو ما يخفي دائماً صفتها كموضوع للحق أنظر: *La liberté contractuelle des personnes publiques*, AJDA, Dalloz, 1986, Page 460.

والحريات للبلدية يفقد أصلا مبرره على اعتبار أن البلدية شخص معنوي عام وليست كائننا حيا كالإنسان الذي يخشى أن يتم الاعتداء على حقوقه وحرياته ، فالبلدية ليست في نفس مركز الأفراد في علاقاتها مع الدولة، أو في علاقاتها مع الجماعة الإقليمية الأخرى، ولا يمكن أن تقبل الدولة باحترام مجموعة من الحقوق والحريات لفائدة البلدية وتتعهد بعدم الاعتداء عليها، كما هو عليه الوضع بالنسبة للأفراد¹، فوجود البلدية يرتبط أساسا بإرادة الدولة وفكرة تمتعها بالحقوق والحريات قد يهدد وحدتها « أي جهاز غريب عن الدولة يتمتع بحقوق مميزة وله القدرة على التملك وعلى التنمية اللامتناهية لذمته المالية يعتبر خطرا معتبرا²»، فالبلدية تشكل جسدا مع الدولة ومن غير المبرر أن تسند لها الحقوق والحريات في مواجهتها، وإلا فإن ذلك يعني أن تقبل الدولة بالاستقلال التام للبلدية، وهذا يتعارض بشدة مع المبادئ التي تحكم الدولة الموحدة.

ورغم المبررات السابقة، ذهب البعض لتبرير وجود الحقوق والحريات لدى الجماعات الإقليمية إلى التقريب بين الجماعات الإقليمية والأفراد فيما يتعلق بالحرية، واعتبروا أن الجماعات الإقليمية تدافع هي الأخرى عن حريتها في مواجهة السلطة المركزية، و أن تاريخ الجماعات المحلية في الأنظمة المختلفة يكشف عن وجود صراع دائم بين هذه الجماعات التي تبحث عن المزيد من الحريات و الدولة التي تبحث بدورها عن تركيز سلطتها، وان الرقابة الوصائية في تقييدها لحرية هذه الجماعات تلعب نفس دور الضبط الإداري في تقييدها لحرية الأفراد³، لذلك يتعين على الدولة أن تعترف بالحرية لهذه الجماعات وأن لا تبسط رقابة شديدة عليها تحد من حريتها.

لكن في الحقيقة نجد أن مفهوم الرقابة الوصائية مختلف عن مفهوم الضبط الإداري، على اعتبار أن الوصاية الإدارية تتدخل في جوهر نشاط الجماعات الإقليمية في سبيل مصلحة هذه الجماعات والمصلحة العامة عموما ، أما الضبط الإداري فهو يراقب

¹ MOHAMED MAHOUCI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 46.

² MAHOUCI.M, *Ibid*, Page 46.

³ انظر: محمد مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، الصفحة 36.

فقط الشروط الخارجية للعمل محل التقيد دون شروطه الداخلية¹، وعلى هذا الأساس فإن محاولة التقريب بين الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية والضبط الإداري ، للاستدلال بوجود الحرية لدى الجماعات الإقليمية تبدو خاطئة أصلا، ولا تصلح كدليل على وجود الحريات لدى الجماعات الإقليمية .

كما أن الدولة الموحدة وإن كانت تعترف ببعض الاستقلال للجماعات الإقليمية إلا أن هذا الاستقلال لا يذهب لمفهوم الحرية، فالجماعات الإقليمية تشكل جسدا واحدا مع الدولة، واستقلالها يعني فقط أن لها شؤون خاصة و متميزة عن شؤون الدولة ، ولا يحول ذلك دون أن تبسط الدولة رقابتها على هذه الجماعات لحملها على احترام القوانين، والمحافظة على وحدة الدولة ، وبالتالي فإن استقلال هذه الجماعات بعيد عن مفهوم الحرية الذي تعترف بها الدولة للأفراد، والذي يلزم الدولة بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحد من حرية الأفراد، فالقول بأن الاستقلال المحلي يذهب لمفهوم الحرية ، يعني أن هذه الجماعات ستمتع باستقلال مطلق عن الدولة ، وهذا يعني التفكك والانقسام².

إن استحالة إسناد الحقوق والحريات للبلدية، يحول بالنتيجة دون الاعتراف لها بممارسة الحرية التعاقدية، فكيف يمكن الحديث عن حرية تعاقدية للبلدية في حين انه ينكر عليها التمتع أصلا بالحقوق والحريات؟، ولكن من جهة أخرى إذا سلمنا بان البلدية لا تتمتع بالحرية التعاقدية فكيف يمكن تفسير لجوء البلدية إلى التصرفات التعاقدية؟.

الفرع الثاني

البلدية تمارس اختصاصات تعاقدية

إن التسليم بأن البلدية لا يمكنها التمتع بالحقوق والحريات ، يقودنا إلى نتيجة هامة في هذا البحث ، وهي أن البلدية عند لجوءها إلى التصرف التعاقدية لا تمارس "حرية تعاقدية" ، بل مجرد "اختصاص تعاقدية"، أي لسلطة تقديرية في التعاقد ، فالنص القانوني هو الذي يمنح للبلدية صلاحية اتخاذ الأعمال التعاقدية ، هذا ما

¹ نفس المرجع، الصفحة 37.

² MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, page57.

يوضح الفرق بين كون البلدية متمتعة بحرية تعاقدية أو باختصاص تعاقدية، فالحرية التعاقدية تمارس من الشخص طالما ليس هناك نص قانوني يحظر عليه ذلك ، أي أن حرية الشخص في العمل التعاقدية هي "الأصل" ، والنص القانوني الذي يمنع التعاقد هو الاستثناء ، وذلك استنادا إلى قاعدة أن "أي حرية ما تعني القيام بأي عمل طالما لا يضر بالغير"¹، أما الاختصاص التعاقدية، فهو يعني أن الشخص العام لا يتعاقد إلا بوجود نص صريح يسمح له بذلك ، و في الحدود التي يقرها² ، وعليه فإن البلدية بممارستها لاختصاص تعاقدية، فإن لجوءها إلى التعاقد غير وارد ، إلا عند وجود نص صريح يقضي بذلك.

لقد دعم جانب من الفقه فكرة تمتع الأشخاص العامة باختصاصات تعاقدية ، وأنكروا عليها أي ممارسة للحرية التعاقدية ويعتبر E.PICARD من أشد المعارضين لفكرة وجود الحرية التعاقدية لدى الأشخاص العامة ويقر فقط بممارستها لاختصاصات تعاقدية « تمنح لها [الأشخاص العامة] مهام أو وظائف ، صلاحيات أو اختصاصات أو سلطات، ولكن ليس حقوق أساسية »³، و يضيف أيضا أن: « الأشخاص العامة لا تتمتع بحق أساسي للحرية التعاقدية ولكن تتمتع فقط بسلطات متفاوتة في التقدير لاستعمال الإجراء التعاقدية »⁴، ويتضح من قول PICARD أن الأشخاص العامة عند لجوئها إلى التعاقد تمارس اختصاصا تعاقدية من خلال استعمال السلطة التقديرية في التعاقد ، وبالتالي فالحرية المعطاة للأشخاص العامة عند تعاقدها ليست حرية تعاقدية بل هي مجرد حرية إدارية في التعاقد وفي اختيار المتعاقد وفي تحديد شروط العقد ، وهذه الإمكانيات لا تتجسد إلا على أساس من السلطة التقديرية ولا يمكن أن ينظر إليها على أنها

¹ «la liberté consiste a pouvoir faire tout se qui ne nuit pas a autruit ». Art.4 de la déclaration de droit de l'homme et du citoyen du 26 aout1789.HENRI OBERDORFF, libertés fondamentales et droits de l'homme (textes français et internationaux),8^e édition, Montchrestien,2009,Page7.

² MAHOUACHI.M, Ibid, Page 48.

³ ETTIENE PICARD, *La liberté contractuelle des personnes publique constitue t'elle un droit fondamental* ,Op.cit, Page 654.

⁴ PICARD.E, Ibid, Page 655.

معطيات لحرية تعاقدية حقيقية ، وإن كان هامش التقدير والملائمة في هذه الحالة واسعا¹ ، ويتضح ذلك بصورة أفضل إذا ما قارنا الحرية الإدارية المبنية على السلطة التقديرية للشخص العام مع الحرية التعاقدية التي يتمتع بها الأفراد ، فالحرية الإدارية هي حرية غائية " Finaliste " ، كما أنها حرية موضوعية " Objectif " ، و هذا على خلاف الحرية التعاقدية الحقيقية التي لا تتحدد فيها غاياتها، كما أنها ذات طابع ذاتي " Subjectif".²

ولم يكن E.PICARD أول من جاء بهذا الطرح ، فقد سبقه إليه G.PIQUINIOT سنة 1945، الذي اعتبر أن للحرية التعاقدية المعترف بها للأفراد ما يقابلها في القانون الإداري و هي السلطة التقديرية³.

كما أن N.SYMCHOWICZ لاحظ بان رقابة القاضي الإداري على حرية الشخص العام في التعاقد أو عدم التعاقد وحرية في تحديد شروط العقد وفي اختيار المتعاقد هي رقابة ضيقة ، و اعتبرها دليلا على ممارسة الشخص العام للسلطة التقديرية⁴، أي أن عناصر الحرية التعاقدية عندما يمارسها الشخص العام تفسر على أنها ممارسة للسلطة التقديرية ، على أساس أن رقابة القاضي الإداري للسلطة التقديرية للأشخاص العامة هي دائما رقابة ضيقة.

اما C.YANNACOPOULOS فيرى بان ضرورات المرونة هي من جعلت بعض الفقه يعتقد بوجود حرية تعاقدية لدى الأشخاص العامة ، إلا أن مجرد قدرتها على إبرام العقود لا يعني بأنها تمارس حرية تعاقدية ، فالأشخاص العامة تبرم العقود لأن لديها اختصاصات تعاقدية موضوعية ومحددة سلفا عن طريق مبدأ التخصص الذي يحكمها⁵، وهذه النظرة تضمن الشرعية في المجال التعاقدية ، وضرورات المرونة في

¹ محمد مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2005، الصفحة 37.

² ETTIENE PICARD, *La liberté contractuelle des personnes publique constitue t'elle un droit fondamental*, Op.cit, Page 656.

³ NIL SYMCOWICZ, *Droit des montages contractuels complexes*, Op.cit, Page 88.

⁴ SYMCOWICZ.N, Ibid., Page 90.

⁵ CONSTANTINE YANNACOPOULOS, *L'apport de la protection de la libre concurrence a la théorie du contrat administratif*, revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger, L.G.D.J 2008, Page 437.

عقود الأشخاص العامة تضمن عن طريق "السلطة التقديرية" ، ولا يمكن أن تكون حرية تعاقدية كما هو عليه الوضع عند الأفراد¹.

إن هذه الآراء الفقهية تفسر هوامش الحرية في العقود التي تبرمها الأشخاص العامة على أنها معطيات لسلطة تقديرية ، ولعل ذلك راجع - كما أشار MOULENES.B- إلى تماشي فكرة السلطة التقديرية أكثر مع روح القانون العام بدلا من فكرة الحرية التعاقدية²، كما أننا نعتقد أن رفض فكرة الحرية التعاقدية للأشخاص العامة قد يرجع أيضا إلى اعتبارات تتعلق بحماية حقوق الأفراد ، فالخشية على المساس بحقوق الأفراد، يساهم في إدخال فكرة الحرية التعاقدية ضمن فكرة الاختصاص ، بغية إخضاعها لقواعد الشرعية و منه الحيلولة دون تخفي الأشخاص العامة وراء ستار الحرية التعاقدية للإفلات من الرقابة على شرعية أعمالها التعاقدية ومدى مطابقتها للقانون.

و استنادا على ما سبق نستطيع القول بشكل مبدئي أن لجوء البلدية للتعاقد وممارستها لهوامش من الحرية ضمن العقد ليس ممارسة لحرية تعاقدية حقيقية ، ولكنه مجرد ممارسة لاختصاص تعاقدية، أي لسلطة تقديرية في التعاقد أو الامتناع ، و في اختيار المتعاقدين وتحرير شروط العقد، وبذلك فإن قدرة البلدية على التعاقد تحكمها النصوص القانونية، فلا يمكن لها التعاقد إلا بوجود نص صريح يقضي بذلك وفي الحدود التي يقررها.

¹ YANNAKOPOULOS.C, Ibid, Page 438.

² BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publique*, Op.Cit, Page 647.

المبحث الثاني

مبررات وجود الحرية التعاقدية للبلدية

على الرغم من وجود عقبات عديدة تواجه وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية ، فإن هناك بالمقابل مبررات قوية تؤيد وجودها، فمن المسلم به أن "العقد يتنفس الحرية"¹، وبإمكان هذه الحرية أن تنعكس على الأشخاص الذين يلجؤون إلى التقنية التعاقدية ، فيتاح لهم ممارسة حرية مستمدة من العقد ذاته و ليس من سلطان الإرادة الذي عرف ضربات عديدة أدت إلى تراجعها و تقهقره²، وهذا الوضع من شأنه أن يفتح الباب أمام البلدية لممارسة الحرية التعاقدية المستمدة من هذا النظام التعاقدية ، كما أن صفة البلدية كجماعة إقليمية و كشخص عام إن كانت مصدرا لأغلب العقبات التي واجهت وجود الحرية التعاقدية لديها ، فإن صفة البلدية كشخص قانوني وموضوع للحق ، من شأنها أن تميط الستار عن معالم وجود الحرية التعاقدية لديها ، و عليه فإننا سوف نتطرق في هذا الجزء من البحث إلى الفصل بين سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية (مطلب أول) ، ثم نبين كيف أن الحرية التعاقدية هي احد نتائج الشخصية القانونية (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

الفصل بين سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية

إن الفصل بين سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية ليس فصلا منهجيا ، و لكنه فصل قائم على التراجع الذي عرفه سلطان الإرادة في القرن العشرين ، حيث اعتبر مسلمة خاطئة و أصبح العديد من الفقهاء يتساءلون عن مدى وجوده اليوم، ان تقهقر سلطان الإرادة لا يعني نهاية الحرية التعاقدية ، على الرغم من التقييدات العديدة التي أصبحت تعرفها اليوم أكثر من أي وقت مضى ، فوجود الحرية التعاقدية لازم في العقد، لان العقد لا بد وأن يقوم على ممارسة الحرية ، و عليه فإن النظام التعاقدية يعتبر أساسا صلبا للحرية التعاقدية ، هذا ما يسمح بوجودها لدى البلدية ، سنتعرض في ما يلي إلى

¹ NIL SYMCHWICZ, *Droit des montages contractuels complexes op.cit*, Page 84.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص 200.

تراجع سلطان الإرادة و أثره على الحرية التعاقدية (فرع أول) ،ثم إلى النظام التعاقدى كأساس للحرية التعاقدية (فرع ثاني).

الفرع الأول

تراجع سلطان الإرادة و أثره على الحرية التعاقدية

مما لاشك فيه أن فكرة الحرية التعاقدية لن تكون بمنأى عن الضربات العديدة التي تلقاها سلطان الإرادة خلال القرن العشرين ، فتراجع سلطان الإرادة أدى إلى تقييد الحرية التعاقدية بشكل اكبر مما كانت عليه في القرن التاسع عشر¹، و عليه سوف نتعرض إلى تراجع سلطان الإدارة (أولاً) ، ثم إلى آثار هذا التراجع على الحرية التعاقدية (ثانياً).

أولاً: تراجع مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان القرن التاسع عشر حقبة لازدهار مبدأ سلطان الإرادة وهيمنة الفردانية القانونية ، فإن القرن العشرين شهد تطورات عديدة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي أدت إلى مراجعة أفكار الفردانية القانونية وانتهت بتراجع مبدأ سلطان الإرادة، ما جعل البعض يشكك في بقاء هذا المبدأ أصلاً².

فالفردانية القانونية اعتبرت الفرد أسمى من الجماعة ، وجعلت غاية القانون الوحيدة هي تكريس حقوق الأفراد وحررياتهم، على أساس أسبقية الفرد في الوجود على الجماعة ،وحصرت دور الدولة في المحافظة على الحريات الفردية ، إلا أن الأفكار الاشتراكية التي برزت في القرن العشرين نتيجة للأزمات الاقتصادية والاجتماعية ، أكدت ما هو عكس ذلك ، فرجحت الجماعة على الفرد ، واعتبرت أن الفرد ليس له أي حقوق إلا ضمن المجتمع ، وانه لا يجب أن يضحى بالمصالح الجماعية لفائدة مصالح فردية أنانية³ ، فالمجتمع هو الذي يجب أن يهيمن على الفرد من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية اللازمة لبقاء المجتمعات ، فأصحاب الفردانية القانونية نسوا حقيقة أساسية ،

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit,Page 50.

² MAHOUHACHI.M,Page54.

³ MAHOUHACHI.M,Page56.

وهي أن الفرد يعيش في كنف المجتمع ولا يمكنه عن طريق الاتفاق أن يخلق قانونا بمعزل عن المجتمع الذي يعيش فيه¹.

وقد كان لتراجع الفردانية القانونية الأثر البالغ في تقهقر مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يفسر بشكل أساسي القوة الإلزامية للعقد ، ورأى بأنها تكمن في الإرادة الفردية الحرة ، وهذا أمر غير صحيح، فإرادة الأفراد ليست هي مصدر الالتزامات التعاقدية ، وقراءة النصوص الوضعية تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن القانون هو مصدر الالتزامات وليس الإرادة الفردية ، كما أن فكرة "العقد يحقق العدالة بطبيعته" كذبها الواقع ، فالتحولات الاقتصادية والاجتماعية أثبتت بشكل قاطع أن العدالة لا توجد بشكل طبيعي ضمن العقد ، فالأفراد غير أحراراً وغير متساوين في حالات كثيرة ، والالتزامات التعاقدية لا تصنع غالباً من إرادات حرة وعادلة ، بل هي مفروضة من الأقوياء على الضعفاء ، وفي هذا الصدد يقول IHRING: «القول بأن اتفاق الإرادة يجر العدالة بالضرورة يعني تسليم حفنة صيد لحفنة من القراصنة وقطاع الطرق ليقبضوا على كل ما يقع في شراكتهم»²، فالأفراد غالباً غير متساوين إما في الذكاء أو في الإرادة أو في القوة الاقتصادية أو في المركز الاجتماعي ، والذي يحدث على المستوى العملي ليس إلا استغلالاً من الطرف الأكثر فطنة وبراعة أو الأكثر قوة للطرف الأضعف بفرض إرادته وشروطه عليه³ ، وبالتالي فإن فكرة أن الفرد هو أحسن من يعبر عن مصالحه يكذبها الواقع العملي ، فالإنسان لا يملك دائماً بُعد نظر وتبصر ، وإذا كانت الفردانية القانونية تعتقد أن القانون يُعنى بحماية عديمي الأهلية وناقصيها في العقود - للتخفيف من الاعتداد المطلق بالإرادة - إلا أن ذلك غير كاف دائماً لحماية الفرد من التعهدات أو الالتزامات التي تتم دون روية أو تبصر منه⁴.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة تعرض إلى عدة انتقادات مست المبادئ الفنية التي قام عليها ، حيث أخذ على هذا المبدأ عجزه على تحليل العقد بدقة من حيث تصوره للإرادة ،

¹ MAHOUHACHI.M,Page57.

² انظر: محمد مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 12.

³ أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد و تطوره، مرجع سابق، الصفحة 55.

⁴ أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع،الصفحة 59.

والتي يمكن التشكيك في استقلالها في إنشاء العقد¹، فالعقد ملزم ليس لأن الإرادة حرة ومستقلة بل لأن القانون قرر ذلك ، وهذا ما يعني أن الإرادة تستمد قوتها من القانون وليس من ذاتها ، فمبدأ سلطان الإرادة قد بالغ في دور الإرادة وقوتها ، وينكر أن الحياة داخل المجتمع لها متطلبات وضرورات لا يمكن الاستغناء عنها ، كما أن القوة الملزمة للعقد لا توجد إذا لم يعترف بها القانون ويحميها بما تملكه الدولة من سلطان إجبار المواطنين على تنفيذ التزاماتهم² ، ومن ناحية أخرى ، كيف يمكن التسليم بأن الإرادة التي ليست إلا فعل نفسي مصدر للقواعد ، فإذا كانت الإرادة تلعب دورا في إنشاء التصرفات القانونية فإن ذلك لا يعني بأنها تستقل بإنشاء الالتزامات ، فدور الإرادة أكثر تواضعا من ذلك، فهي لا تستطيع إنشاء الالتزامات إلا في الحدود التي يسمح بها القانون³ .

وعلى اثر هذه التحولات و الانتقادات التي مست مبدأ سلطان الإرادة ، اتجهت القوانين الحديثة إلى الحد من سلطان هذا المبدأ ، ولم تصبح الإرادة غاية في حد ذاتها ولكنها وسيلة لخير الجماعة وأصبحت تنقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الاقتصادي، فالقانون الجزائري حتى وإن كان قد أعطى للإرادة دورها اللازم لقيام العقد وتنفيذه ، إلا أنه أورد على ذلك من القيود ما يجعل هذا الدور محدودا ، فالإرادة التي كان لها من القوة والسلطان ما يحظر على القانون التدخل فيما تقرر ، أصبحت تتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن تجاوزها ، وهكذا فإن المشرع الجزائري إن كان نص على مبدأ الرضائية في العقود بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري فإنه أورد على ذلك قيود موضوعية وشكلية يجب على المتعاقدين مراعاتها ، والتي تحد من دور الإرادة في إنشاء العقد، وإذا كان قد أقر بمبدأ القوة الإلزامية للعقد بموجب المادة 106 من القانون المدني التي نصت على مبدأ «¹ العقد شريعة المتعاقدين» والتي توحى أنه قد أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود، فإنه أعطى للقاضي سلطة لتعديل العقد إذا كان

¹ أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع،الصفحة 64.

² أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع،الصفحة 65.

³ أيمن إبراهيم العشماوي ، نفس المرجع،الصفحة 66 و67.

يتضمن غبنا أو استغلالا ، أو عند وجود شروط تعسفية في عقود الإذعان¹، وأيضا عندما تطرأ حوادث استثنائية تجعل من تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين .

ثانيا: آثار تراجع سلطان الإرادة على الحرية التعاقدية

إن تراجع سلطان الإرادة وتقهره يرتد منطقيا على مبدأ الحرية التعاقدية على اعتبار أن الحرية التعاقدية ارتبطت بشدة بهذا المبدأ ، فالانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ لم تسلم منها "الحرية التعاقدية"، لذلك عرفت الحرية التعاقدية تقييدات عديدة في القوانين الحديثة، و مردها تراجع مبدأ سلطان الإرادة .

فأصبح الأفراد لا يمارسون حرية واسعة في التعاقد أو عدم التعاقد، فهذه الحرية عرفت قيودا عديدة بفعل التوسع في مفهوم النظام العام ، فلقد أصبح الفرد في حالات عديدة مجبر على التعاقد، فقد ظهرت العقود المفروضة أو الإجبارية كعقود التأمين الجبري على السيارات ، وعقود إيجار الأماكن السكنية ، كما أن القانون أصبح يلزم في بعض الحالات الفرد بالتعاقد عند بيع سلعة أو تقديم خدمة مع كل من يطلب هذه السلعة أو تلك الخدمة²، كما أن حرية اختيار المتعاقد عرفت هي الأخرى بعض القيود ، و مثال ذلك في القانون الفرنسي، إعطاء الحق للمستأجر في شراء الأراضي الزراعية التي يستأجرها بالأفضلية على غيره ، وفي القانون الجزائري حق الشفعة الذي يعتبر قيودا على حرية اختيار المتعاقد ، على أساس أنها تعتبر رخصة للطلول محل المشتري في بيع العقار³، كما أن تزايد القواعد الآمرة التي هي من النظام العام من جهة ، والتوسع في فكرة النظام العام من جهة أخرى، أدى إلى تقليص حرية الأفراد في تحديد الشروط التعاقدية .

ورغم التأثير الكبير الذي ارتد على الحرية التعاقدية من جراء تقلص سلطان الإرادة ، إلا أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن الحرية التعاقدية تلقى ما لقيه سلطان الإرادة

¹ علي فيلاي الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر ، الجزائر 2001، الصفحة 201.

² محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى ، الصفحة 48.

³ المادة 749 من القانون رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26/09/1975 (الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30/09/1975).

من أفول¹ ، إن هذا التأثير يجب أن يفهم منه أن الحرية التعاقدية صارت ذات نطاق أضيق بالمقارنة عما كانت عليه عند هيمنة سلطان الإرادة و الفردانية القانونية ، أي أن الحرية التعاقدية كانت حرية واسعة عند قيامها على سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر ، والقرن العشرين عرف تقلصها بفعل تراجع هذا المبدأ² ، وعليه فإن ارتباطها بمبدأ سلطان الإرادة لن يزيدها إلا انتقادات جديدة ، و سيزيد في إضعافها ، لذلك وللمحد من التأثيرات السلبية لسلطان الإرادة على الحرية التعاقدية يجب النظر إلى الحرية التعاقدية بصورة مستقلة دون ربطها بسلطان الإرادة ، واعتبارها حرية يمنحها المشرع للأفراد ضمن روابطهم التعاقدية³ ، وبذلك تنفصل الحرية التعاقدية عن مبدأ سلطان الإرادة ، وهذا الانفصال سيعطي نتائج هامة على صعيد تقرير وجود الحرية التعاقدية للبلدية ، حيث أنه بالإمكان الحديث عن وجود حرية تعاقدية للبلدية طالما أن غياب سلطان الإرادة لن يصبح عائقاً أمام وجودها.

الفرع الثاني

النظام التعاقدية أساس الحرية التعاقدية

يقول P.EINSENMAN «إن العقد بطبيعته يتنفس الحرية»⁴ ، فالعقد هو الأداة القانونية التي تسمح للأفراد بممارسة الحرية في علاقاتهم الاقتصادية والاجتماعية ، وغياب الحرية عن العقد من شأنه أن ينزع عنه صفته التعاقدية ، فالحرية ملازمة للعقود (أولاً) ، هذا ما يجعل الحرية التعاقدية للبلدية تستمد من النظام التعاقدية⁵ ، أي من العقد الذي يقوم على الحرية ، ولكن إذا كانت البلدية تستمد حريتها التعاقدية من العقد فان ذلك يفترض أن جميع العقود التي تبرمها تقوم على الحرية ، فالبلدية من منطلق كونها شخصاً عاماً تبرم نوعين من العقود، منها ما هو عقد القانون الخاص و منها ما هو عقد إداري ، فإذا سلمنا بصحة أن البلدية تستمد حريتها التعاقدية من العقد ، فهل يقتصر ذلك على عقد

¹ MOHAMED MAHOUCI, *la liberté contractuelles des territoriales*, Op.cit,Page60.

² MAHOUCI.M,Ibid,Page60.

³ MAHOUCI.M,Ibid,Page64.

⁴ Cité par: NIL SYMCHOWICZ, *Droit des montages contractuels complexes*,Op.cit,Page84.

⁵ BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, AJDA,1998, Page 446.

القانون الخاص، أم انه يشمل أيضا العقد الإداري؟ إن هذا التساؤل يقوم على خلفية الذاتية المستقلة للعقود الإدارية عن العقود المدنية والتي من الممكن أن تجعل العقود الإدارية لا تقوم على الحرية مثل نظيرتها المدنية، لذا يجب البحث عن وضع العقود الإدارية (ثانيا) بالنسبة للحرية و نرى إن كانت هذه العقود تقوم هي الأخرى على الحرية كي نستخلص في الأخير أن البلدية تستمد حريتها التعاقدية من أي عقد تلجأ إليه مدنيا كان أم إداري .

أولاً: الحرية التعاقدية ملازمة للعقود

إن لجوء الأشخاص القانونية إلى التصرفات التعاقدية يفترض ممارستها للحرية التعاقدية ، فالعقد قوامه الحرية ، وهو الأداة المجسدة لحرية الأفراد عند دخولهم في روابط تعاقدية ، والحرية ملازمة للعقد ولا يمكن تصور عقد بدون حرية « فإنشاء الحقوق والالتزامات الشخصية يجب أن يستند إلى الإرادة الحرة ، أما إذا ما استندت هذه الحقوق والالتزامات الشخصية إلى إرادات غير حرة فنصبح أمام حالة من حالات الخضوع وليس أمام تصرفات تعاقدية »¹، فالعمل الذي تقيده حرية الأفراد في التعاقد وفي تحديد مضمون العقد لا يعتبر مطلقا تصرفا تعاقديا²، فالعقد يقوم على الحرية ويجسدها في نفس الوقت ، ولعل الرغبة في ضخ المزيد من الحريات في العلاقات المختلفة للدولة ، هو ما أدى إلى اكتساح العقد للمزيد من المجالات والتي كانت معقودة أصلا للقرارات الانفرادية ، فأصبحت الدولة تتعاقد مع جماعاتها المحلية، و الحكومة مع أرباب العمل ، وذلك لما يجسده العقد من حرية تفاوض ونقاش بدلا من الطرق التحكمية و السلطوية .

هذا ما يجعل الحرية التعاقدية حرية "أصيلة"³ لأنها مستمدة مع النظام التعاقدية في حد ذاته، وعليه فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر أساسا للحرية التعاقدية، لم يكن إلا مبدأ داعيا لكسب المزيد من الحرية في المجال التعاقدية لصالح الأفراد، لذلك فإن تراجع ضيق من نطاقها و لم تصبح الحرية التعاقدية حرية مطلقة بل أصبحت حرية محفوفة بالعديد من القيود، ورغم ذلك بقيت الحرية التعاقدية ملازمة للعقود ، لأن التراجع الكلي

¹ BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques, op.cit*, P 446.

² MOULENES.B, *Ibid*, Page 447.

³ MOULENES.B, *Ibid*, Page 449

عن الحرية التعاقدية ضمن العقود يعني فقدان العمل لصبغته التعاقدية و يعني أيضا القضاء على مفهوم العقد في حد ذاته .

ولعل النقاش الفقهي الذي أثير بسبب غياب الحرية في عقود الإذعان يبرز بوضوح مكانة الحرية في العقود ، فالغياب الجزئي للحرية في عقود الإذعان ، أدى بالعديد من الفقهاء إلى إنكار الصبغة التعاقدية على هذا العمل ، وحتى الآراء الفقهية التي أضفت على عقد الإذعان الصبغة التعاقدية ارتكزت بشكل أساسي على وجود الحرية ضمن هذه العقود.

فعقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يتحدد محتواه التعاقدى كلياً أو جزئياً في فترة ما قبل التعاقد¹ ، و فكرة الإذعان تتجلى في أن أحد أطراف العقد يحدد لوحده مضمون العقد ويسمى "بالمشترط" الذي يكون في مركز متفوق على الطرف الآخر والذي يسمى "المذعن" ودونية هذا الأخير تكمن في غياب حريته في تحديد مضمون العقد الذي يستقل المشترط بتحديد²، مع بقاء حرية المذعن في إبرام العقد أو الامتناع .

فلقد أنكر بعض الفقهاء وعلى رأسهم Duguit على عقد الإذعان صبغته التعاقدية على اعتبار أن العمل التعاقدى يقوم على توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما في الإذعان فإن الطرف "المذعن" لا يعمل إرادته الحرة³، فالتحرير الانفرادي لمحتوى العمل القانوني من جانب واحد مع إذعان الطرف الآخر لا يمكن أن يعتبر عملية تعاقدية و يجب أن يكيف في هذه الحالة على أنه تصرف انفرادي أو على أنه مركز قانوني منظم كما يرى Dimog ولا يعبر بهذه الصفة عن تصرف تعاقدى⁴.

إلا أن غالبية الفقه أيد الصبغة التعاقدية لعقد الإذعان على الرغم من الغياب الجزئي للحرية ضمن هذا العمل، و ذلك على أساس أن الحرية ليست غائبة بشكل كلي في عقد الإذعان و التي تتجلى من خلال حرية الطرف المذعن في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد، حيث يرى LARROUMET أن: « عقد الإذعان لا ينال من الحرية في شيء حتى

¹ محمد مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، الصفحة 85.

² محمد مختار نوح ، نفس المرجع ، الصفحة 87.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، الصفحة 247

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، الصفحة 247.

ولو أن حرية التفاوض غائبة، إلا أن الحرية موجودة لكنها مختزلة في قبول أو رفض التعاقد كلية إذا ما كانت الشروط المفروضة غير ملائمة»¹.

إن هذا النقاش الفقهي يبرز الأهمية البالغة للحرية التعاقدية في تكوين العقود فمجرد غياب حرية التفاوض حول المحتوى التعاقدية في الإذعان، جعلت هذا التصرف محل الشك حول صبغته التعاقدية، وهذا يبرز التلازم القوي بين الحرية التعاقدية والتصرفات التعاقدية.

و استنادا على ما سبق نستطيع أن نستخلص نتيجة هامة مفادها أن جميع الأشخاص القانونية طبيعية كانت أم معنوية، هي تمارس حرية تعاقدية كلما لجأت إلى التقنية التعاقدية، وهذه الحرية مستمدة من النظام التعاقدية الذي يقوم على ممارسة الحرية، وعليه فإن البلدية تمارس هي الأخرى حرية تعاقدية كلما لجأت للتقنية التعاقدية، وبذلك فإن الفصل بين الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة من جهة، والتلازم بين الحرية التعاقدية والعقد من جهة أخرى، يميظ الستار عن معالم الحرية التعاقدية للبلدية ويذلل الصعوبة الناجمة عن ارتباط الحرية التعاقدية بسلطان الإرادة.

ثانيا: وضع العقود الإدارية

إن النظرية العامة للعقود الإدارية لم تتشكل كنظيرتها المدنية، ففي حين انصب اهتمام فقهاء القانون الخاص على فكرة الحرية التعاقدية حيث جعلوها قاعدة عامة بنيت عليها النظرية العامة للعقد²، انشغل فقهاء القانون العام بقواعد الاختصاص القضائي، ولم تتشكل نظرية العقد الإداري إلا بعد تطور نظرية المرفق العام، ما أدى بالفقهاء إلى الاهتمام بفكرة المرفق العام ضمن العقود الإدارية أكثر من اهتمامهم بالحرية التعاقدية³، كما أن الفقه ركز في عقود الأشخاص العامة على العقود الإدارية أساسا، وفي العقود الإدارية يتم التركيز على سلطات الإدارة فقط، وبالتالي فإن العقد الإداري قد تم تنمية

¹ Cité par: MOHAMED MAHOUACHI, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit,Page60.

² BRECHON MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, op.cit, Page 447.

³ MOULENES.B ,Ibid, Page 447.

طبيعته الإدارية على حساب طبيعته التعاقدية¹، و لعل هذا ما جعل الحرية التعاقدية ضمن العقود الإدارية غامضة المعالم.

و يضاف إلى أسباب غموض معالم الحرية التعاقدية في العقود الإدارية ، التردد في الطبيعة العقدية لهذه العقود ،حيث أن العديد من الفقهاء شككوا في الطبيعة العقدية للعقود الإدارية على خلفية سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، ويرى في هذا الصدد PIQUINIOT أن تكييف العقد الإداري وقابليته للتغيير يضعه موضع الشك² ، فاتصال العقد الإداري بالمرفق العام يسمح للإدارة بتعديل شروطه تماشياً مع التغيير المستمر للمرفق العام، وهذا يتعارض مع القواعد العامة المقررة للعقود التي تتسم بالثبات ، كما أن LHUILIER رأى بأن الإقرار بسلطة التعديل الانفرادي في العقود الإدارية، يضرب مفهوم "العقد شريعة المتعاقدين" ما يشكك في الطبيعة الإلزامية للعقود الإدارية³، كما ذهب الأستاذ BENOIT إلى أنه من أحد أكبر الأخطاء التي وقع فيها فقهاء القانون العام خلال القرن العشرين، إقرارهم لسلطة التعديل الانفرادي في العقد الإداري دون نص تعاقدي أو تشريعي، ويرى أنه حتى بداية القرن العشرين لم تحم أبدا الشكوك في كون العقد الإداري مثل العقد المدني ، فكيف يمكن أن يعترف للإدارة بهذه السلطة دون أن يضرب مفهوم العقد في ذاته⁴ ؟، فحسب BENOIT اتفاق الإرادات الذي هو أساس العقد يتناقض بشدة مع سلطة التعديل الانفرادي .

و إذا كان وجود سلطة التعديل الانفرادي أدى ببعض الفقهاء إلى التشكيك في الطبيعة العقدية للعقود الإدارية ، إلا أن هذه السلطة كرسها القضاء الفرنسي في مناسبات عديدة، وأيدها العديد من الفقهاء⁵ ، ورأوا بأنها لا تحول دون إضفاء الطابع العقدي على العقد الإداري ، فالأستاذ RICHER.L وبعدما استعرض الآراء الفقهية المشككة في الطبيعة العقدية للعقود الإدارية ، رأى انه :« رغم كون الحقوق والالتزامات لا تستمد في

¹ MOULENES.B, Ibid , Page 447.

² Cité par: LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratif*, Op.cit,Page36.

³ Cite par: LAURENT RICHER,Ibid,Page36.

⁴ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 121 و122.

⁵ لمزيد من الاطلاع على موقف الفقه و القضاء الفرنسيين من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي راجع: محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، الصفحة 119 الى 125.

مجملة من إرادة الأطراف في العقد الإداري ، إلا أن للإرادة دورا أساسيا مهما بلغت أهمية فكرة المرفق العام و المصلحة العامة ، فنية الأطراف هي التي تشكل مرجعا للقاضي عند تحديد الالتزامات التعاقدية¹، وأوضح RICHER.L أيضا « أن أطراف العقد الإداري على المستوى العملي يعلمون جيدا أنهم أمام عقد يلزمهم مثل عقود القانون الخاص²».

كما أن العديد من الفقهاء يرون في إعادة التوازن المالي للعقد، تعويضا عن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، فالطرف الآخر في العقد يحصل على تعويض مقابل زيادة أعبائه المالية، ورغم أن ذلك يعطي للعقد الإداري بعض الخصوصية فإنه يبقى عقدا مثل سائر العقود.

وعليه فإن العقد الإداري عقد مثل سائر العقود تحكمه القواعد العامة المقررة للعقود من حيث كونه اتفاقا إراديا حرا، و يرى JEZ في هذا الصدد أن: «العقد الإداري ليس إلا اتفاق إرادتين في سبيل تكوين مراكز قانونية شخصية» ، أما الأستاذ WALINE.M فهو يجزم أن التراضي هو العنصر الأساسي في العقد الإداري و بأنه لا وجود لعنصر آخر يمكن أن يقوم مقامه، وأنه المصدر المباشر للالتزامات الأطراف ، كما ذهب DEBASH إلى أن التقنية التعاقدية في القانون العام هي كمنظيرتها في القانون الخاص فهي تستند على اتفاق إرادتي بين شخصين أو أكثر في سبيل إنتاج آثار قانونية ، وأن العقد هو شريعة للمتعاقدين وهو يفرض نفسه عليهم، ولا يطبق إلا بينهم .

و استنادا على ما سبق نستخلص أن هناك وحدة لمفهوم العقد³، تجعل من الحرية التعاقدية ملازمة لجميع العقود ، مدنية كانت أم إدارية ، هذا ما يجعلنا نقول أن لجوء البلدية

¹ LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ ,4^e édition ,2004 ,Page 36

² RICHER.L,Ibid,Page37.

³ "لا ينال من الطبيعة العقدية للعقد الإداري أن تكون شروطه مفروضة على المتعاقد دون مناقشة...فان للطرف الآخر الحرية في رفض ما هو معروض عليه أو قبوله التعاقد على أساسه، موازنا بين ما يحقق له من مزايا و ما يتحملة من التزامات...و لا ينال من وصف العقد أن تتدخل القوانين و اللوائح بتنظيم بعض جوانب العلاقة و قد يتزايد هذا الجانب التنظيمي بحيث يقتصر أو يكاد يقتصر دور الإرادة على إخضاع المتعاقد للمركز النظامي الذي تحدده القوانين و اللوائح...و العقد الإداري باعتباره عقدا يتم كسائر العقود، بتوافق إرادتين على إحداث اثر قانوني معين،فانه يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص من أحكام لا تتعارض مع طبيعته الإدارية".محمود عاطف البناء،العقود الإدارية،دار الفكر العربي،الطبعة الأولى،القاهرة،الصفحة 209،210،211.

إلى التقنية التعاقدية يسمح لها بممارسة الحرية التعاقدية التي تستمد - كما رأينا سابقا - من النظام التعاقدية.

المطلب الثاني

الحرية التعاقدية للبلدية أحد نتائج شخصيتها القانونية

لقد تعرضنا في موضع سابق من هذا البحث للآراء الفقهية التي تنكر على جميع الأشخاص المعنوية مكنة التمتع بالحقوق و الحريات¹، وذلك على خلفية كونها من جهة، أشخاص معنوية و أن الأفراد لوحدهم من تثبت لهم الحقوق والحريات، وكونها من جهة أخرى مزودة بامتيازات السلطة العامة التي لا يمكن أن تعتبر حقوقا أو حريات، ورأينا أن هذه الآراء الفقهية رتبت على ذلك نتيجة أساسية مفادها أن الأشخاص العامة تمارس عند لجوئها إلى التقنية التعاقدية اختصاصا تعاقديا و ليس حرية تعاقدية.

ومما لا شك فيه أن هذه الآراء الفقهية اعتمدت عند إنكارها للحقوق و الحريات للأشخاص العامة على نظرية الافتراض القانوني، هذه النظرية التي تعتبر الشخصية المعنوية مجرد حيلة قانونية و هي من صنع المشرع فقط، لذلك فإن استعادة النقاش الفقهي الذي كان قائما حول طبيعة هاته الأشخاص من الأهمية بمكان و ذلك لتفسير قدرة الأشخاص العامة على التمتع بالحقوق و الحريات، و بذلك فإن قدرة البلدية على التمتع بالحقوق و الحريات هي متوقفة أساسا على النظرة لطبيعة الأشخاص المعنوية (فرع أول)، أما فيما يخص امتيازات السلطة العامة التي لا يمكن أن تفسر على أنها حقوق أو حريات، فليس من شأنه ذلك أن يكون عائقا في حد ذاته يمنع وجود الحقوق و الحريات لدى البلدية ومنه ممارستها لحرية تعاقدية حقيقية و ليس لاختصاص تعاقدية (فرع ثاني).

الفرع الأول

طبيعة الأشخاص المعنوية

إن طبيعة الأشخاص المعنوية كانت محل نقاش فقهي محتدم بين نظرية الافتراض القانوني ونظرية الحقيقة لهذه الأشخاص، وإن إبراز هذه الطبيعة هو من يحدد مدى قدرة هذه الأشخاص على التمتع بالحقوق والحريات كسائر الأفراد الطبيعية، كما أن هذه

¹ راجع الصفحة 19 و ما بعدها.

الطبيعة تختلف في القوانين الوضعية المقارنة لذلك سوف نبحت طبيعة الأشخاص المعنوية بين الافتراض والحقيقة (أولا) ثم نستعرض موقف التشريعات المختلفة من هذه الطبيعة (ثانيا).

أولا: الشخص المعنوي بين الافتراض والحقيقة

تجذب فكرة الشخصية المعنوية نظريتين أساسيتين تحاول كل منها تفسير طبيعة الشخص المعنوي بشكل مختلف، أقدم هذه النظريات نظرية الافتراض القانوني أو النظرية التقليدية للشخصية المعنوية، هذه النظرية قامت على النظرة الفردية للشخصية القانونية¹، وانطلقت من فكرة أن الإنسان هو الغرض الأول من القانون الذي لم يوجد إلا لتنظيم حياته²، وعلى ذلك فإن الشخصية القانونية التي تعني "صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات" لا تثبت إلا للإنسان بمفرده، لأنه الكيان الوحيد الذي يملك إرادة، وعليه فإن الحقوق التي تعتبر سلطة إرادية لا تثبت إلا للإنسان، فالحقوق مرتبطة بالإرادة وجودا و عدما³، فالشخصية المعنوية حسب هذه النظرية هي ليست سوى افتراض قانوني، خلقها المشرع على خلفية وجود بعض المصالح المشتركة الجديرة بالحماية القانونية، لذلك لا يمكن للشخص المعنوي أن يكتسب الحقوق لانعدام الإرادة لديه، فهو ليس كائنا ماديا ومحسوسا، وبذلك فإن شخصيته القانونية محكومة بإرادة الدولة وفي الحدود التي ترسمها لها⁴.

و يلاحظ على هذه النظرية أنها تعكس بصورة صارمة النظرة الفر دانية للقانون التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر⁵، والتي تعتبر أن الفرد هو الغاية الوحيدة للقانون

¹ Voir: LANDRY NGONO, *l'autonomie administrative et financière des collectivités décentralisées*, Op.cit ,Page110.

و انظر أيضا: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2006، الصفحة 17.

و أيضا: عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، دار هومة، 2010، الجزائر، الصفحة 154.

و علي فيلاي، نظرية الحق، مؤم للنشر، الجزائر، 2011، الصفحة 313.

² علي فيلاي، نظرية الحق، مؤم للنشر، الجزائر، 2011، الصفحة 311.

³ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحة 16.

⁴ عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، مرجع سابق، 2010، الصفحة 154.

⁵ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحة 17.

وأن له حقوقاً طبيعية سابقة على وجود الجماعة ، لذلك تقصر هذه النظرية الشخصية القانونية على الأفراد، الذين تعتبرهم محور الحياة القانونية، وعلى ذلك فإن الأشخاص الاعتبارية حسب هذه النظرية لا تكتسب الحقوق والحريات مثل الأفراد لأنها كيانات من صنع الدولة وليست حقيقية، كما أن هذه النظرية تؤدي بدون شك إلى بسط رقابة الدولة على الأشخاص المعنوية¹، فما دامت الأشخاص المعنوية مجرد افتراض قانوني أو حيلة يلجأ إليها المشرع لحماية بعض المصالح المشتركة ، فإنه يرجع إلى إرادة الدولة منحها أو خلعها الشخصية المعنوية، كما أنها- أي الدولة- إن قررت منح الشخصية المعنوية أن تخضع ذلك لشروط معينة تحددها بإرادتها² ، وأن تقيد أهلية الشخص المعنوي كما تراه لازماً في التصرفات القانونية ، وأن تخضعه لرقابة شديدة من قبلها³، و حسب هذه النظرية أيضاً فإن الشخصية المعنوية مادمت مجرد افتراض من المشرع بغرض تحقيق بعض المصالح المشتركة فهي استثناء عن الأصل، ما يعني تفسير اختصاصات الشخص المعنوي في أضيق الحدود و التي تتحدد بالقدر اللازم لتحقيق المصالح التي أنشأ من أجلها⁴، وعلى العموم فهذه النظرية ترفض فكرة إسناد الحقوق والحريات وجميع النتائج التي تترتب على الشخصية القانونية للأشخاص العامة إلا في الحدود التي ترسمها الدولة ، لأنه ليس لهذه الأشخاص وجود مادي ومحسوس مثل الإنسان ،فالدولة هي من ينشأ هذه الأشخاص وهي من يحدد النتائج التي تترتب على الاعتراف لها بالشخصية القانونية .

وعلى الرغم من هيمنة نظرية الافتراض القانوني لفترة طويلة من الزمن، إلا أن التطورات التي حصلت في القرن العشرين على المستوى الاجتماعي والاقتصادي أضعفت مبادئ هذه النظرية، فالانتقادات الموجهة إلى الفردانية القانونية من المؤكد أنها

¹ انظر: علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 313، و أيضاً: عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، مرجع سابق، 2010، الصفحة 154.

² حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحة 16

³ حسين عثمان محمد عثمان، نفس المرجع و الصفحة.

⁴ حسين عثمان محمد عثمان، نفس المرجع و الصفحة.

تطلبها هي الأخرى¹ ، فليس الفرد هو الوحيد في الحياة القانونية ، فهناك تنظيمات اجتماعية واقتصادية فرضت نفسها في الحياة القانونية أيضا ، والتي يكتفي المشرع بملاحظتها فقط ولا يقوم بإنشائها² ، فأصحاب نظرية الافتراض القانوني يعزرون للدولة إنشاء الأشخاص المعنوية ، ولكنهم لم يجيبوا عن من أنشأ الشخصية المعنوية للدولة ؟ فهل قامت الدولة بإنشائها ؟ وان كان كذلك ، فهل كان للدولة إرادة³ ؟ ، كل هذه الأسئلة تعكس بوضوح عجز هذه النظرية عن تفسير طبيعة الأشخاص المعنوية بشكل مقنع .

و بالمقابل هناك نظرية الحقيقة التي تفسر هي الأخرى طبيعة الشخصية الاعتبارية و ترى بوجودها الحقيقي والفعلي و لا تعتبرها مجرد حيلة قانونية ، فحسب هذه النظرية يتمتع الشخص المعنوي بإرادة ذاتية ومستقلة عن إرادة الأفراد المكونين له ، و هذه الأشخاص تتساوى تماما مع الأشخاص الطبيعية ، وتثبت لها الشخصية القانونية والقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات⁴ ، فهذه النظرية تعتقد بان الشخص المعنوي هو من الحقائق المعنوية المجردة ، و انه ليس من الضروري أن تتجسد الحقائق القانونية في هياكل مادية⁵ ، فالمجموعات لما تستهدف تحقيق أهداف مشتركة فإنه يتكون شعور وإرادة جماعية مستقلة عن إرادة الأفراد المكونين لهذه الجماعة⁶ ، فالدولة ، المدينة والجمعية والمؤسسات كائنات اجتماعية موجودة في الواقع ، وقادرة أن تريد وأن تعمل ، وبالتالي يكون لها حقوق على غرار الأفراد⁷ ، والمشرع لما ينص على هذه الأشخاص المعنوية فهو لا يخلق كيانا مصطنعا بل يعترف به فقط ، أي أن المشرع يقوم فقط بإقرار ما هو موجود حقيقة .

ومما لا شك فيه أن هذه النظرية تعطي استقلالية أكبر للأشخاص المعنوية ، كما أنها تؤيد إسناد الحقوق والحريات إليها مثلما تسند إلى الأفراد ، فالشخص المعنوي يستفيد

¹ علي فيلالي ، نظرية الحق ، مرجع سابق ، 2011 ، الصفحة 313.

² عبد المجيد الزعلاني ، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق) ، مرجع سابق ، الصفحة 156.

³ انظر: فريجة حسين ، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009 ، الصفحة 98.

⁴ حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، نفس المرجع ، الصفحة 17.

⁵ فريجة حسين ، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، الصفحة 95.

⁶ فريجة حسين ، نفس المرجع ، الصفحة 96.

⁷ فريجة حسين ، نفس المرجع و الصفحة .

من خلال هذه النظرية من جميع النتائج التي تترتب على الاعتراف بالشخصية القانونية، فهذه النظرية ورغم الانتقادات العديدة التي طالتها، إلا أنها فسرت طبيعة الشخص المعنوي بصورة أكثر إقناعاً من نظرية الافتراض القانوني، ولعل انتقادها بأنها تركت مجال العلم وراحت تفسر الشخص الاعتباري تفسيراً خيالياً بأن جعلته مطابقاً تماماً للشخص الطبيعي¹، ساهم في بروز نظرية أخرى هي نظرية "الحقيقة التقنية" التي يتزعمها GINI و MICHOU و التي ترى بأن الشخص المعنوي ليس حقيقة اجتماعية ولكنها حقيقة تقنية، ورغم أنها تدعم الوجود الحقيقي لهذه الأشخاص ولكنها ترى أنه ليس وجوداً عضوياً و جسدياً، بل وجوداً يفترض الاعتراف للجماعات بأن تكون موضوعاً للحق، وترى بأن الشخص المعنوي ليس وهماً ولكنه حقيقة نابعة من العالم والتقنية القانونية².

وبناءً على ما سبق يتضح أن النظرة إلى طبيعة الأشخاص المعنوية هي من يحدد في الأخير قدرتها على الاستفادة من نتائج الشخصية القانونية، ومنه قدرتها على التمتع بالحقوق والحريات مثل الأشخاص الطبيعية، ومن دون شك أن نظرة القانون لطبيعة هاته الأشخاص هي من تحدد بشكل حاسم ما يمكن أن يمنح لها من حقوق أو حريات في الحياة الاجتماعية، لذلك يجب الوقوف على نظرة المشرع لهذه الأشخاص، وهذه النظرة من الأكد أنها ستتفاوت وتختلف بحسب التطور القانوني والسياسي والاجتماعي لكل نظام قانوني³.

ثانياً: إسناد الحقوق والحريات للأشخاص العامة في القوانين المختلفة

لقد كان لتراجع الفردانية القانونية الأثر البالغ في ظهور الحقوق الجماعية، فلم تعد الحقوق والحريات مقصورة فقط على الأفراد، فمع ظهور الوضعية القانونية في أواسط القرن العشرين بدأت القوانين وخاصة في أوروبا تتوسع في فكرة الحقوق

¹ انظر: احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، الصفحة 95.

² احمد محيو، نفس المرجع، الصفحة 95.

³ «لقد أثارت نظرية الشخص الاعتباري جدلاً فقهيًا، ربما لم تثره أية نظرية أخرى في القانون، كما أن موقف القانون الوضعي منها متردد في مختلف القوانين». عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، مرجع سابق، الصفحة 153.

والحريات، وأصبحت تسندها للأشخاص المعنوية والأشخاص العامة تحديداً، فالدستور الألماني نص في مادته العاشرة على أن الحقوق الأساسية تطبق على الأشخاص العامة الوطنية لما لا تتعارض هذه الحقوق مع طبيعة هذه الأشخاص¹، كما أن الدستور البرتغالي نص على أن الأشخاص المعنوية تتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي تتوافق مع طبيعتها².

وفي فرنسا وبغية تمكين الجماعات الإقليمية من الدفاع على بعض المبادئ التي اكتسبتها تاريخياً، كمبدأ البند العام للاختصاص الذي أعطاه اختصاصات واسعة على جميع شؤون إقليمها، ومبدأ أولوية اختصاصها على الشؤون التي على مستواها، اعترف لهذه الجماعات بحقوق محمية دستورياً كمبدأ "حرية الإدارة" للجماعات الإقليمية المنصوص عليه في المادة 72 من الدستور الفرنسي لسنة 1958³، هذا المبدأ كرسه القضاء الدستوري والإداري الفرنسي في مناسبات عديدة، كما أن مبدأ الحرية التعاقدية للجماعات الإقليمية في فرنسا استفاد من حماية دستورية غير مباشرة من خلال مبدأ "حرية الإدارة" المقرر للجماعات الإقليمية، حيث اعتبر الاعتداء على الحرية التعاقدية اعتداءً على مبدأ "حرية الإدارة" المقرر دستورياً في فرنسا⁴.

أما الدستور الجزائري فلم تتضمن أيًا من أحكامه حقوقاً أو حريات يسندها للأشخاص المعنوية⁵، فجميع الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور الجزائري هي في مجملها حقوق فردية⁶، أو حقوق جماعية والتي تثبت للفرد فقط من حيث كونه

¹ Cité par: MOHAMED MAHOUCHE, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales* Op.cit,Page 70.

² Cité par: MOHAMED MAHOUCHE, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales* Op.cit,Page 70.

³ Art 72 de la constitution française de 1958 «dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dispose d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».HENRI OBERDORF,JACQUES ROBERT, *Libertés fondamentales et droit de l'homme* (texte français et internationaux), 8^e édition, Montchrestien,2009,Page28.

⁴ MOHAMED MAHOUCHE, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page203.

⁵ لم تسند الدساتير الجزائرية المتعاقبة أية حقوق أو حريات للأشخاص المعنوية .

⁶ جاء النص على الحقوق والحريات الفردية في الباب الرابع من الدستور الجزائري لسنة 1996.

عضوا في الجماعة¹ ، وعلى العموم لم يسند الدستور الجزائري أية حقوق أو حريات للأشخاص المعنوية، إلا أن أحكام القانون المدني الجزائري أشارت من خلال المادة 50 لإمكانية تمتع الأشخاص المعنوية بالحقوق فقد نصت على: «... يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان ، وذلك في الحدود التي يقررها القانون ويكون لها خصوصا:

- ذمة مالية .
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
- الشركات التي يكون مقر مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر.
- نائب يعبر عن إرادتها.
- حق التقاضي . « فهذه المادة تشير و بوضوح إلى إمكانية تمتع الأشخاص المعنوية بجميع الحقوق إلا تلك التي يستحيل تصور ممارستها من الأشخاص المعنوية ، وهي الحقوق اللصيقة بالإنسان، كحق الزواج ، الحق في التنقل والحق في السلامة البدنية ... ، أما باقي الحقوق الأخرى فهي تثبت للأشخاص المعنوية، و قد نص المشرع في نفس المادة على أمثلة لهذه الحقوق ، كحق الأهلية وهي صلاحية الشخص المعنوي لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وممارستها، بمعنى أن الشخص المعنوي يتمتع بحق التصرف القانوني و الحق في التعاقد و ذلك في الحدود التي يقررها القانون ، كما نص المشرع أيضا على حق الشخص المعنوي في الذمة المالية، والحق في وجود نائب يعبر عن إرادته.

ونعتقد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 50 من القانون المدني قد تبني نظرية الحقيقة في تفسير طبيعة الأشخاص المعنوية²، و يبرز هذا المسعى من خلال

¹ نصت المادة 72 من دستور 1996 على الحقوق الجماعية و الحق في الدفاع.

² « ... كما أن موقف القانون الوضعي منها [الأشخاص الاعتبارية] متردد في مختلف القوانين و إن كان مسار الاتجاه العام، الاعتراف الصريح بالشخص الاعتباري كصاحب حق مواز للشخص الطبيعي له نفس الخصائص و المميزات ، إلا ما كان من طبيعة هذا الأخير و ذلك هو موقف المشرع الجزائري « . عبد المجيد الزعلائي، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، مرجع سابق، الصفحة، 153.

اعتراف المشرع لهذه الأشخاص بجميع الحقوق إلا الملازمة لصفة الإنسان، و أيضا اعترافه بالإرادة المستقلة لهذه الأشخاص عن الأعضاء المكونين لها ، وذلك بالنص على وجود نائب يعبر عن إرادة الشخص الاعتباري، وهذا يوضح أن المشرع لا يتدخل بخلق كيان مصطنع ولا ينشئه ، وإنما يكون تدخله بمثابة اعتراف بكيان حقيقي و موجود.

ودعما لحقيقة الشخص الاعتباري في القانون الجزائري نستطيع أن نذكر أيضا اعتراف المشرع الجزائري بالمسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية من خلال المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹، والتي رغم أنها تشمل الأشخاص المعنوية الخاصة فقط إلا أنها في طريق التعميم على سائر الأشخاص المعنوية².

ونخلص في النهاية أن التشريعات المقارنة أخذت تتوسع في فكرة إسناد الحقوق والحريات للأشخاص المعنوية ، حيث أصبح لهذه الأشخاص حقوقا أساسية محمية دستوريا كترجمة لتمتع هذه الأشخاص بالحقوق والحريات والتي ينبغي حمايتها من سلطة الدولة و شأنها في ذلك شأن حقوق الأفراد و حرياتهم ، كما أن القانون الجزائري اعترف هو الآخر بالحقوق لصالح هاته الأشخاص، هذا ما يفسح المجال لإمكانية تمتع البلدية بالحرية التعاقدية.

الفرع الثاني

البلدية تمارس حرية تعاقدية وليس اختصاص تعاقدية

لقد أسلفنا بأن الحرية التعاقدية لازمة في العقود مدنية كانت أم إدارية ، وان الأشخاص القانونية تمارس حرية تعاقدية مستمدة من العقد ذاته الذي يفترض ممارسة الحرية التعاقدية ، وفي مقابل ذلك رأينا معارضة بعض الفقه لتفسير هوامش الحرية التي تمارسها الأشخاص العامة ضمن العقود على أنها معطيات لحرية تعاقدية حقيقية ، و اعتبروها مجرد ممارسة لاختصاص تعاقدية، واستندوا في تبريرهم على أن للأشخاص

¹ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006).

² نصت المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على " يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

العامة امتيازات السلطة العامة التي لا يمكن اعتبارها بأي حال من الأحوال حقوقا ذاتية أو حريات، فأصحاب هذا الاتجاه يعتقدون بتناقض الطرح المؤيد لوجود الحرية التعاقدية لدى الأشخاص العامة و يتساءلون عن ما هو الداعي لتفسير ممارسة الشخص العام للحرية في القرارات الإدارية على أنها "سلطة تقديرية" وفي نفس الوقت تفسر على أنها "حرية تعاقدية" لما يتعلق الأمر بالعقد¹، وبمعنى آخر: الشخص العام يقوم بالأعمال القانونية بناء على اختصاصات تحدد له مجالات تدخله وتزوده بالوسائل القانونية اللازمة لذلك والتي تتمثل في القرار والعقد، فلماذا نقر بأنه مجرد اختصاص تقديري لما يتعلق الأمر بتفسير هوامش الحرية ضمن القرارات الإدارية، ولكن نذهب لمفهوم الحرية التعاقدية لما يتعلق الأمر بهوامش الحرية ضمن العقود؟

للإجابة عن هذا التساؤل وسعيا لإثبات الحرية التعاقدية لدى البلدية ينبغي الانطلاق من فكرة أن الاختصاص الذي يعني صلاحية اتخاذ الأعمال القانونية ليس مانعا من أن تكون للبلدية أهلية، أي أن الاختصاص لا يلغي أهلية البلدية المترتبة عن صفتها كشخص قانوني²، فهذه الصفة تجعل البلدية تتمتع بأهلية قانونية، أي "صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والقيام بالتصرفات القانونية"، فإذا كانت البلدية تتخذ القرارات الإدارية انطلاقا من فكرة الاختصاص فهذا لا يمنع من أن تتخذ البلدية التصرفات التعاقدية انطلاقا من فكرة الأهلية التي تخرج هذه التصرفات من دائرة الاختصاص، هذا ما يجعل تفسير هوامش الحرية في القرارات الانفرادية يبنى على فكرة الاختصاص التقديري أو السلطة التقديرية لأنه لا يمكن أن تفسر في هذه الحالة على أنها حقوق أو حريات، وبالمقابل تفسر الحرية في إطار التصرفات التعاقدية على أنها معطيات لحرية تعاقدية حقيقية، وذلك لأنها لا تستند على فكرة الاختصاص بل تستند على فكرة الأهلية القانونية التي تثبت للبلدية، و التي تستمد من صفتها كشخص قانوني و موضوع للحق.

¹ MOHAMED MAHOUACHI, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit,Page220.

² «si les collectivités territoriales ont une habilitation a émettre des actes juridiques qu'elles tiennent de leurs compétences, elle ont également une capacité juridique qu'elles tiennent directement de la reconnaissance de la personnalité juridique». MAHOUACHI.M, Ibid, Page220.

وإذا سلمنا أيضا بان امتيازات السلطة العامة مقرونة بالدولة، فيصبح من الصحيح اعتبار أن البلدية عند اتخاذها للقرارات الإدارية تمارس سلطة تقديرية لأنها في هذه الحالة تمارس تفويضا لهاته الامتيازات ، إلا انه في الحالة التي تلجا فيها البلدية إلى التصرف التعاقدية فهي لن تمارس تفويضا من الدولة لامتيازات السلطة العامة ، وذلك على اعتبار أن العقد يفترض إرادة البلدية وإرادة المتعاقد لتكوينه، و لن تحتاج البلدية في هذا التصرف إلى ممارسة الامتيازات المفوضة، و هذا يبرر لماذا تفسر حرية البلدية عند اتخاذها للقرار الإداري على أنها مجرد اختصاصات، في حين تفسر على أنها حرية تعاقدية لما يتعلق الأمر بتصرف تعاقدية ، ذلك أن امتيازات السلطة العامة لا يمكن أن تعتبر حقوقا ذاتية أو حريات لمن ينهضون بها، فالبلدية تتصرف في هذه الحالة كممثلة للدولة ، لكن البلدية عند لجوئها إلى التصرفات التعاقدية فهي تمثل مصالح السكان القاطنين في الإقليم الذي تضمه ، هذا يعني ان الحرية التي تمارسها البلدية ضمن العقود هي معطيات لحرية تعاقدية حقيقية، و عليه فإن حجة ممارسة البلدية لامتيازات السلطة العامة لا تحول دون أن يكون للبلدية حقوق وحريات، وخاصة حرية تعاقدية مستمدة من شخصيتها القانونية .

واستنادا على ما سبق فإن البلدية عند لجوءها إلى التعاقد ، هي تمارس حرية تعاقدية مستمدة من النظام التعاقدية ، ومستمدة أيضا من شخصيتها القانونية التي تمنح لها أهلية قانونية للقيام بالتصرفات التعاقدية ، وبذلك تمارس البلدية معطيات لحرية تعاقدية حقيقية وليس مجرد اختصاصات تعاقدية.

الفصل الثاني

ممارسة البلدية للحرية التعاقدية

الفصل الثاني

ممارسة البلدية للحرية التعاقدية

إن إثبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية يبقى إثباتا نظريا فقط إذا لم يترجم بممارسة فعلية و حقيقية لهاته الحرية، فممارسة البلدية للحرية التعاقدية تقتضي أن يسمح النظام القانوني للبلدية بإعمال إرادتها الحرة لإنشاء التصرفات التعاقدية و أن لا يعمل على الحد منها بشكل يؤدي إلى التغييب الكلي للحرية في المجال التعاقدية.

إن ممارسة الحرية التعاقدية تعني تحديد النطاق الذي تفعل من خلاله هاته الحرية والذي يتحدد عن طريق البحث عن جميع القواعد التي من شأنها أن تحد من إعمال البلدية لحريتها التعاقدية، ذلك أن أي حرية ما تقاس بالقيود الواردة عليها، لذلك سوف نعتمد على تقسيم فكرة الحرية التعاقدية إلى عدة عناصر ثم نستعرض مختلف القيود و المعوقات التي تحد من ممارسة البلدية لكل عنصر من هذه العناصر على حدى، و عليه سوف نتناول من خلال هذا الفصل ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد في (مبحث أول) ثم نتناول ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين و تحديد مضمون العقد في (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد

إن تحديد نطاق ممارسة الأفراد لحرية التعاقد أو عدم التعاقد يقتضي البحث عن المجال التعاقدية الذي يسمح بتحريك الإرادة الفردية لإنشاء التصرفات التعاقدية، و يتحدد هذا المجال بدراسة ركن المحل ، فمحل العقد يجب أن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة¹، كما يجب أن ينصب على أشياء يجوز التعامل فيها² ، ورغم أن المجال التعاقدية للبلدية يتحدد أيضا عن طريق هذه القواعد إلا أن هناك قواعد أخرى يخضع لها محل العقد الذي تبرمه البلدية و الذي يجعل المجال التعاقدية للبلدية اقل اتساعا مقارنة مع المجال التعاقدية للأفراد.

إن القواعد التي تحكم محل العقد الذي تبرمه البلدية ليست المصدر الوحيد للقيود الواردة على ممارسة البلدية لحرية التعاقد ، فخضوع البلدية للرقابة الوصائية و بعض القواعد الأخرى، يحد بشكل بالغ من حريتها في التعاقد أو عدم التعاقد، و من دون شك أن هذه القيود سوف تنعكس على فعالية جميع عناصر الحرية التعاقدية الأخرى ، و ذلك على اعتبار أن حرية التعاقد أو الامتناع هي العنصر الجوهرية و الرئيسي للحرية التعاقدية ، و يكفي أن تعوق هذه الحرية كي تعد جميع عناصرها الأخرى ، فما جدوى البحث عن حرية البلدية في تحديد مضمون العقد أو في اختيار المتعاقدين إذا كانت حريتها في التعاقد أصلا غائبة؟، سنتناول من خلال هذا المبحث المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية في (مطلب أول) ثم نتعرض لمعوقات ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد في (مطلب ثاني).

¹ نصت المادة 92 من القانون المدني 10/05 على: « إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ».

² ذلك انه هناك أشياء غير قابلة للتعامل فلا يصلح أن تكون محلا للعقد. راجع في هذا الخصوص: علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2001، الصفحة 186 إلى 183.

المطلب الأول

المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية

هناك عدة مواد تخرج عن دائرة تعاقد البلدية و التي لا يمكن للبلدية أن تجعلها محلا للعقود التي تبرمها،و أساس خروج هذه المواد عن دائرة التعاقد يرجع في بعض الحالات إلى ضرورة تحديد البلدية للمراكز القانونية بطريق إنفرادي والتي ليست مجالا للمفاوضة أو النقاش التي يقتضيها العقد¹، كما يرجع في حالات أخرى إلى ضرورة احتفاظ البلدية بسلطة تعديل أو إنهاء هذه المراكز بدون أن تكون محكومة بأي حقوق مكتسبة التي من الممكن أن تنشأ إذا ما تم اللجوء إلى الطريق التعاقدي²، و نتيجة لذلك تخرج بعض المواد عن دائرة تعاقد البلدية بحكم طبيعتها (فرع أول) و تخرج مواد أخرى عن دائرة تعاقد البلدية بحكم القانون (فرع ثاني).

الفرع الأول

المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية بحكم طبيعتها

هناك بعض المواد لديها "حساسية تعاقدية"³، أي أنها لا تصلح أن تكون محلا للعقد الذي تبرمه البلدية، وذلك بحكم طبيعتها دون وجود نصوص صريحة تمنع ذلك، وخروج هذه المواد عن دائرة التعاقد يعتبر قيذا على حرية البلدية في التعاقد أو الامتناع، و هذا يجعل مجال ممارستها لحرية التعاقد يتحدد- مبدئيا - بالمواد التي لها قابلية تعاقدية .

¹Voir en ce sens:ANDRE DELAUBADERE, FRANCK MODERNE,PIERRE DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Tome1, LGDJ,1983, page 46.

²«حيث أن هناك مواد في القانون الإداري لا يمكن أن تأخذ طابعا تعاقديا فتخرج بالتالي من موضوع العقد الإداري في حد ذاته، و أساس هذا التحليل هو أن الإدارة كسلطة عمومية تتمتع بامتيازاتها فيمكنها أن تضع و أن تحدد و تنظم وضعيات قانونية، أي انها تنشأ نظام قانوني بإرادة منفردة لا يتمكن معها الطرف المتعاقد من أن يتفاوض». بن علية حميد، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001،الصفحة 30.

³ لفظ مقتبس من:

DELAUBADERE et autres, *traité des contrats administratif*, op.cit , page 45.

أولاً: تنظيم المرافق العامة

من المسلم به أن تنظيم المرافق العامة يعود إلى السلطة العامة¹، وعليه لا يمكن للبلدية أن تتخلى عن تنظيم المصالح العمومية البلدية بطريق تعاقدى، فتنظيم المصالح العمومية يخرج بطبيعته عن المجال الذي يمكن أن تتعاقد حوله البلدية، لذلك يجب أن تتولى بنفسها تنظيم وإدارة هذه المصالح، لذلك تسند القوانين للبلدية تنظيم المرافق المحلية "مع مراعاة الأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال، تضمن البلدية سير المصالح العمومية البلدية والتي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها وإدارة أملاكها، وبهذه الصفة فهي تحدث إضافة إلى مصالح الإدارة العامة، مصالح عمومية تقنية..."²، فالمرافق العامة المحلية هي واجهة البلدية، وتنظيمها وإدارتها من صميم عملها³، ويقع تحت مسؤوليتها تأمين الخدمات على وجه المساواة لجميع المنتفعين، ولا يجوز لها التخلي عن ذلك وإلا فقدت أصلاً مبرر وجودها.

إنّ كون تنظيم المرافق العامة خارج عن دائرة التعاقد لا يعني بأن البلدية لا تستطيع إبرام العقود التي تتضمن تسيير هذه المرافق، فقانون البلدية نصّ في المادة 159 على إمكانية إبرام عقود الامتياز أو تفويض المصالح العمومية لتسيير بعض المرافق العمومية و يتعلق الأمر على سبيل المثال بالتزويد بالمياه الصالحة للشرب، النفايات المنزلية، صيانة الطرقات، الأسواق المغطاة... فمحل هذه العقود لا يتعلق بتنظيم المرافق العامة بل بتسييرها واستغلالها فقط، وما يبرر عدم تخلي البلدية عن تنظيم المرافق العمومية من خلال هذه العقود هو وجود البنود التنظيمية التي يتضمنها دفتر شروط عقد الامتياز أو أي عقد يتضمن تسيير المرافق العامة، فدفتر شروط عقد الامتياز يحوي نوعين من الشروط، شروط تعاقدية، وهي التي تتفق إرادة البلدية وإرادة صاحب الامتياز عليها بكل حرية، وتتعلق بالأعباء المالية لصاحب الامتياز ومدة العقد، وشروط تنظيمية

¹ DELAUBADAIRE.A et autre, Ibid, Page, 46.

² المادة 149 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية (الجريدة الرسمية العدد 37 المؤرخة في 03 يونيو 2011).

³ « تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بهيئة تامة على إعداد المرفق العام و تشغيله ». تعليمة وزير الداخلية و الجماعات المحلية. انظر : الملحق رقم 01.

وهي تلك التي تحدد قواعد المرفق، والتي لا يمكن أن تعتبر عقدا ولو تم النص عليها في العقد، ذلك أنّ هذه الشروط تتضمن قواعد تنظيم المرفق الذي لا يمكن للبلدية أن تتخلى عنه بطريق تعاقدية، وليس لوجودها ضمن العقد أي تحصين تعاقدية أو ثبات أمام القوانين، أو أمام سلطة البلدية في تعديل أو تغيير هذه الشروط، وفي هذا الصدد نصت تعليمة وزير الداخلية الموجهة للولاة¹ على أن الشروط التنظيمية التي يحويها عقد الامتياز «... هي الشروط التي تملك الجهة الإدارية تعديلها في أي وقت وكلما دعت حاجة المرفق العام موضوع الامتياز إلى ذلك...»، فمن المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المرافق العامة هي قابليتها للتغيير المستمر والتكيف، وعليه لا يمكن للبلدية أن تعهد بتنظيم المرفق لأي طرف آخر، بل تتولى هي بنفسها تنظيمه، ولو كان هذا المرفق محلا للتسيير من طرف آخر، لذلك لا تعتبر العقود التي تتضمن تسيير المرافق العمومية تخليا عن المرفق العام، فقد نصت تعليمة وزير الداخلية أيضا على أن: «...امتياز المرافق العامة لا يعتبر تنازلا من قبل الجهة الإدارية المختصة، بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته واستغلاله اتجاه الجمهور، وللقيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة لذلك...»².

ثانيا: ممارسة الاختصاصات الإدارية

إن الاختصاص ليس حقا شخصيا، هذا ما يجعله خارجا عن دائرة التعاقد، وعليه لا يمكن للبلدية أن تتعاقد حول اختصاصها، كأن يبرم رئيس المجلس الشعبي البلدي عقدا مع أحد الأفراد يكون موضوعه تعهدا من رئيس المجلس باتخاذ قرار ما، فهذا يعتبر تخليا عن الاختصاص بطريق تعاقدية، فممارسة الاختصاص لا تصلح لأن تكون محلا للعقود، ولكن يجب التفريق بين التخلي عن الاختصاص بموجب العقد، وتفويض الاختصاص، فتفويض الاختصاص هو إجراء يسمح لسلطة ما، أن تعهد بعض اختصاصاتها إلى وكيل محدد، ويتم ذلك بناءً على نص قانوني يجيز ذلك³، فلا يعتبر ذلك تخليا عن الاختصاص،

¹ أنظر: الملحق رقم 01.

² أنظر: نفس الملحق .

³ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، الصفحة 80.

على عكس التخلي عن الاختصاص بموجب العقد.

ثالثا: الضبط الإداري

وهذا المجال يعتبر من دون شك أحد أبرز المجالات التي تخرج عن نطاق حرية تعاقد أو عدم تعاقد البلدية، فالضبط الإداري يعتبر من عمليات السلطة العامة، تلك العمليات التي تتنافى طبيعتها من أن تكون محلا للعقود¹، لذلك يمارسها رئيس المجلس الشعبي البلدي ليس بصفته ممثلا للبلدية بل كممثل للدولة²، فطبيعة الضبط الإداري وطابعه السيادي يحول دون طلب التعاون من الأفراد لتحقيقه بموجب التقنيات التعاقدية، لذلك يعد مجالا لإعمال القرارات الانفرادية، ولا يمكن أن يعهد للأفراد القيام بالضابطة الإدارية.

ففي فرنسا، موقف مجلس الدولة مستقر وحازم من هذه القضية، فقد أبطل عدة عقود كان موضوعها ممارسة الضبط الإداري ففي قضية D'OSTRICOUT في 1997/12/29، قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان عقد بين بلدية وإحدى الشركات الخاصة، لأن موضوع العقد لم يقتصر على حراسة العقارات والمنقولات العائدة لهذه البلدية فحسب، بل عهد إلى هذه الشركة مهمة السهر على ضبط الطرق العامة لكل إقليم البلدية³، ورغم استقرار القضاء الفرنسي على هذه القاعدة، فقد ظهرت عقود تسمى "بالعقود المحلية للأمن" وهذه العقود تبرم بين الجماعات المحلية والدولة وتتضمن سلطات للضبط من أجل تحسين الأداء الأمني المحلي، لذلك ثار التساؤل حول مدى شرعية هذه العقود الذي تتضمن موادا تخرج بطبيعتها عن دائرة التعاقد، إلا أن الفقه الفرنسي المعاصر رأى أن هذه العقود لا تتضمن تفويضا لسلطة الضبط بالمعنى القانوني

¹ « إن الضابطة الإدارية تعتبر من الأعمال الإدارية الانفرادية التي تقوم بها الإدارة من أجل الحفاظ على النظام العام، لان نشاط الإدارة خاصيته الأساسية هو العمل الانفرادي حيث لا يملك الفرد مناقشته إنما هو مجبر على الامتثال و التنفيذ». بلعباس بلعباس، دور و صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003، الصفحة 86.

² انظر صلاحيات رئيس البلدية بصفته ممثلا للدولة في المواد من 85 إلى 95 من قانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

³ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 25.

الدقيق، فهي مجرد تعاون بين الدولة والجماعات المحلية لتطوير الأمن على المستوى المحلي .

الفرع الثاني

المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية بحكم القانون

هناك بعض المواد تخرج عن دائرة التعاقد لا بالنظر إلى طبيعتها، و لكن بالنظر إلى القوانين التي تحظر على البلدية التعاقد في مادة معينة، و تلزمها بعدم إتباع الطريق التعاقدية¹، و هذا يتم إما بوجود نص صريح يقضي بعدم تعاقدها، أو بطريق ضمني حيث يفهم من صياغة النص أن القانون قد قيد حرية البلدية في اللجوء للتعاقد.

أولاً: الحظر الصريح للتعاقد

هناك نصوص صريحة تحظر على البلدية التعاقد في مجال محدد، و يكون ذلك عادة في المراكز التنظيمية التي تحدد بالقوانين و التنظيمات، و لعل المثال النموذجي لذلك هو علاقة الإدارة بالموظف التي تعتبر علاقة ذات طبيعة تنظيمية²، حيث ينتج عن الاعتراف بالعلاقة التنظيمية بين الموظف و الإدارة أنّ مركز الموظف ينتج من قواعد عامة و مجردة وليس من عقد مبرم بين الإدارة و الموظف وبذلك فإنّ ترسيم الموظف لا يعتبر عنصراً من اتفاق تعاقدية بل يعد قراراً إدارياً، و أيضاً أنّ مركز الموظف هو موحد لكل الموظفين الذين يكونون في نفس الرتبة، ما يؤدي إلى عدم شرعية العقود التي تبرم بين الإدارة و الموظف، كما ينتج عن الطبيعة التنظيمية قابلية القانون المتعلق بالوظيفة العمومية للتعديل دون الاحتجاج بوجود حقوق مكتسبة للموظفين.

و عليه فإن القانون يحظر على البلدية أن تلجأ إلى الطريق التعاقدية في العلاقة مع الموظف العام، فهذه العلاقة تحكمها القوانين و الأنظمة القابلة للتعديل في أي وقت و التي توحد مركز الموظف، أمّا الطريق التعاقدية فهو يولد الحقوق الشخصية المكتسبة التي تجعل المتعاقد يتحصل على مزايا متفاوتة بحسب الاتفاق و هذا يتنافى مع الطبيعة النظامية

¹ انظر في نفس المعنى: محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، صفحة 62.

² تنص المادة السابعة من قانون الوظيفة العمومية 03/06 " يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية".

لمركز الموظف¹.

وإذا كان هذا الحظر يتعلق أساسا بالموظفين فإنه بإمكان البلدية أن تلجأ إلى التعاقد من أجل الاستعانة بخبراء أو مستشارين كما نصّت عليه المادة 132 من قانون البلدية²، أو التعاقد مع بعض الأفراد خارج نطاق القانون الأساسي للوظيفة العامة، كالتعاقد مع السائقين والحجاب والعمّال المهنيين.

وبناءً عليه فإنّ حرية البلدية في التعاقد تظل محددة في نطاق الوظيفة العامة ولا يجوز لها قانوناً أن تلجأ إلى الطريق التعاقدية في هذا المجال.

ثانياً: الحظر الضمني للتعاقد

إن خروج هذه المواد عن دائرة التعاقد يستشف من صياغة النصوص دون أن يكون هناك حظر قانوني صريح للتعاقد، كحظر التعاقد عن طريق اشتراط القانون تدخل البلدية بالطريق الانفرادي ما يعني استبعاد الطريق التعاقدية بصورة ضمنية، فالمادة 96 من قانون البلدية 10/11 نصت على: "يتخذ رئيس البلدية في إطار صلاحياته قرارات قصد: الأمر باتخاذ تدابير عملية خاصة بالمسائل الموضوعة تحت إشرافه وسلطته..." ويفهم من هذه المادة أنّ جميع المسائل التي هي تحت إشراف سلطة رئيس البلدية تتوجب اتخاذ قرارات إدارية انفرادية ما يقصي بصورة ضمنية لجوء رئيس البلدية للتصرفات التعاقدية في هذه المسائل.

كما قد يحظر التعاقد ضمناً من خلال فرض المشرّع تسيير المصالح العمومية البلدية عن طريق التسيير المباشر ما يقصي بالنتيجة التسيير التعاقدية لهذه المصالح، أو كأن ينص المشرع أيضاً على قائمة محددة للمصالح التي يمكن تسييرها بطريق تعاقدية ما يعني أيضاً إقصاء التسيير التعاقدية للمصالح العمومية الأخرى، ونجد ذلك في قانون البلدية 10/11 من خلال تحديده للمصالح العمومية البلدية التي يمكن تسييرها عن طريق تعاقدية (ويتعلق الأمر تحديداً بعقد الامتياز أو عقد البرنامج أو صفقة طلبية) وهذا التحديد

¹ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، صفحة 65.

² القانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011 بتعلق بالبلدية (الجريدة الرسمية عدد 37 الصادرة بتاريخ 03 يوليو 2011).

يقصي بطريقة ضمنية التسيير التعاقدى للمصالح العمومية البلدية الأخرى¹، فالمادة 149 من قانون البلدية²، وبعدها حددت بعض المصالح العمومية البلدية، جاءت المادة 155 و156 ونصت على إمكانية تسيير هذه المصالح عن طريق الامتياز أو عن طريق عقد البرنامج أو صفقة طلبية، ويفهم من ذلك أنّ التسيير التعاقدى وارد فقط في المصالح العمومية المحددة في المادة 149، ما يعني حظر التسيير التعاقدى للمصالح البلدية الأخرى، و تجدر الإشارة إلى أنّ قانون البلدية 08/90 و رغم انه لم يحصر المصالح التي بإمكان البلدية إنشاءها و بالتالي إمكانية تسييرها عن طريق الامتياز، إلا انه قد أورد شرطا على اللجوء لعقد الامتياز، مفاده عدم إمكانية اللجوء للامتياز إلا في الحالة التي يحدث فيها التسيير المباشر لضرر، فقد نصت المادة 138 على انه "إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشراً دون أن ينجم عن ذلك ضرر، جاز للبلدية منح هذا الامتياز"، وهذا يعني إقصاء التسيير التعاقدى للمصالح البلدية في كل الحالات التي لا يحدث فيها التسيير المباشر لضرر.

المطلب الثاني

معوقات ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد

إن مظهر الحرية التعاقدية لدى الأفراد يتجلى من خلال تمتعهم بأهلية عامة للتعاقد ولا يحدهم في ذلك إلا القواعد المتعلقة بأهليتهم « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون »³، إلا أن الأمر يختلف لما نكون بصدد الحرية التعاقدية لدى البلدية، فالبلدية محكومة بمبدأ التخصص الذي تخضع

¹ إن قوانين البلدية المتعاقبة فرضت على البلدية التسيير المباشر لأغلب مرافقها، و فرض التسيير المباشر يعني فتح المجال أمام إبرام نوع واحد العقود، و هي الصفقات العمومية، و تفضيل اللجوء إلى الصفقات العمومية عن باقي الأنواع العقدية الأخرى يرجع إلى اعتبارات ترتبط بالأوضاع الاقتصادية و السياسية للدولة، راجع في هذا الخصوص:

BENNADJI CHÉRIF, marchés publics et corruption en Algérie, NAQD, N°25, Page 145.

² نصت المادة 149 من قانون البلدية 10/11 على المصالح التي تحدتها البلدية و هي: التزويد بالمياه الصالحة للشرب و صرف المياه المستعملة، النفايات المنزلية و الفضلات الأخرى، صيانة الطرقات و إشارات المرور، الإنارة العمومية، الأسواق المغطاة و الأسواق الموازين العامة، الحظائر و مساحات التوقف، النقل الجماعي، المذابح البلدية، الخدمات الجنائزية و تهيئة المقابر و صيانتها بما فيه مقابر الشهداء، الفضاءات الثقافية التابعة لأماكن البلدية، فضاء الرياضة و التسلية التابعة لأماكن البلدية، المساحات الخضراء.

³ المادة 78 من القانون رقم 05 / 10 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 2005/06/26).

له سائر الأشخاص العامة¹، ومهما كانت اختصاصات البلدية واسعة فهي محددة بموجب هذا المبدأ فلا يمكن لها التدخل في جميع المجالات ، وعليه فإن حريتها التعاقدية ستمارس في حدود تخصصها، وهي بذلك تختلف عن الحرية التعاقدية للأفراد التي تتسم بالإطلاق والذاتية، ورغم ذلك فإن تفعيل ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد يتوقف على النظام المتبنى في تحديد اختصاص البلدية، لأن هذا النظام هو من يحدد قدرة البلدية على تفعيل حريتها في التعاقد، كما أن للتدخلات الوصائية أيضا الأثر البالغ على ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد فعقود البلدية ليست بمنأى عن الرقابة التي تمارسها السلطة الوصية على أعمال البلدية ، فالوصاية المشددة تعوق أي فعالية لممارسة الحرية التعاقدية من البلدية، لذا سوف نتعرض فيما يلي إلى نظام اختصاصات البلدية كمعوق لحريتها في التعاقد(فرع أول) ثم إلى آثار الوصاية على ممارسة البلدية لحرية التعاقد (فرع ثاني).

الفرع الأول

نظام اختصاصات البلدية كمعوق لحريتها في التعاقد

يحدد مبدأ التخصص دائرة الأهداف التي يتعين على البلدية استهدافها و عدم تجاوزها، فالبلدية لا تتدخل إلا في المجالات المحددة لها وفي حدود الأهداف التي أنشأت من أجلها ، هذا ما يجعل البلدية في مركز مغاير الأفراد الذين يسعون لتحقيق أهداف ذاتية و لامتناهية، و تبعا لذلك فإن الحرية التعاقدية للبلدية تختلف عن تلك التي يتمتع بها الأفراد من حيث نطاقها ومجالاتها، ورغم ذلك فإن نطاق ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد يختلف بحسب النظام المعتمد لتحديد اختصاصاتها، على اعتبار أن هناك عدة أنظمة لتحديد الاختصاصات و التي يختلف مدى تأثيرها على فعالية ممارسة البلدية لحرية التعاقد، سنتعرض في ما يلي إلى مختلف أنظمة تحديد الاختصاص (أولا) ثم

² من غير الصحيح الاعتقاد أن المؤسسات العامة لوحدها من تخضع لمبدأ التخصص ، فجميع الأشخاص العامة تخضع لهذا المبدأ بما فيها الجماعات المحلية، لكن الاختصاصات الواسعة لهذه الأخيرة تجعل من هذا المبدأ أقل وضوحا بالمقارنة مع المؤسسات العامة. راجع مثلا:

نتعرض إلى النظام المعتمد في تحديد اختصاصات البلدية و أثره على حريتها في التعاقد (ثانيا).

أولا: أنظمة تحديد الاختصاص

إن مبدأ التخصص يختلف في تأطيره للحرية التعاقدية للبلدية بحسب النظام المتبنى في تحديد اختصاصاتها على اعتبار أن هناك نظامين لتحديد الاختصاصات، النظام الأول هو نظام البند العام للاختصاص أو نظام الاختصاص المطلق، والنظام الثاني هو نظام الإسناد القانوني للاختصاص¹، و تبني أيا من هذين النظامين ينعكس بصورة مباشرة على فعالية حرية البلدية في التعاقد .

فنظام البند العام للاختصاص يعتمد على معيار الشؤون المحلية في تحديده لاختصاصات البلدية، ومن خلال هذا النظام يمكن للبلدية التدخل في جميع الشؤون التي توصف بأنها محلية، ومما لا شك فيه أن نظاما كهذا يعطي للبلدية اختصاصات واسعة فلا يحد من اختصاصاتها سوى القيدتين التاليين :

- التدخل خارج الحدود الإقليمية.

- التدخل في الشؤون الوطنية أو في شؤون الجماعات الإقليمية الأخرى .

ورغم ما يثيره هذا النظام من صعوبات، وذلك لعدم تحديده للاختصاصات بدقة وغموض معيار الشؤون المحلية²، إلا أن إعطائه لاختصاصات واسعة للبلدية ينعكس بصورة مباشرة على حرية البلدية في التعاقد ، فهو يمكّن البلدية من اللجوء للتعاقد بصورة واسعة فلا يصبح يحد من حريتها التعاقدية إلا ما قد يحد من اختصاصها بموجب مبدأ التخصص.

¹ يتناول بعض الكتاب "نظام البند العام للاختصاص" تحت تسمية النظام الفرنسي للاختصاص، أما "نظام الإسناد القانوني للاختصاص" فتحت تسمية النظام الإنجليزي للاختصاص. انظر على سبيل المثال: إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، الصفحة 207 و أيضا: شهبوب مسعود، اللامركزية الإقليمية في الجزائر ، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1983، الصفحة 127، 128.

² فمعيار التمييز بين الشؤون الوطنية والشؤون المحلية معيار صعب للغاية ويثير الكثير من الغموض رغم الدراسات الفقهية و الاجتهادات القضائية العديدة التي تناولته ، فما قد يعتبر شأن محلي قد يعتبر في نفس الوقت شأن وطني والعكس أيضا.

أما نظام الإسناد القانوني للاختصاص فهو نظام يقوم على تدخل المشرع لتحديد اختصاصات البلدية بدقة ، فينص على الحالات التي تتدخل فيها البلدية ويعمل على حصرها، أي أن المشرع هو من يقوم بتفصيل المهام المنوطة بالبلدية وهو من يحدد طرق تدخلها ، ما يعني أن هذا النظام يطابق بين الاختصاص والتخصص ، فما ينص عليه القانون على أنه اختصاص للبلدية ، هو نفسه تخصصها ، ومما لا شك فيه أن نظام كهذا وإن كان يتسم بالوضوح والدقة¹ ، فإنه يقيد حرية تعاقد البلدية بشكل بالغ، على أساس أن البلدية و من خلال هذا النظام ،لا يمكنها اللجوء إلى الطريق التعاقدى إلا بناء على نص صريح يسمح لها بالتعاقد في مجال معين²، وإذا سمح لها النص القانوني بالتعاقد، فإن هذا النص هو من يحدد لها عادة نوع العقد الذي يتعين عليها إبرامه، ما سيؤدي إلى تقييد شبه مطلق للمظهر الأساسي والجوهري للحرية التعاقدية للبلدية و هو حريتها في التعاقد أو عدم التعاقد.

ثانيا: نظام اختصاصات البلدية و أثره على حريتها في التعاقد

قبل التعرض إلى النظام المعتمد في الجزائر لتحديد اختصاصات البلدية، نرى انه من الملائم إعطاء نبذة موجزة عن النظام المعتمد في فرنسا لتحديد اختصاصات بلدياتها، فقد أجمع الفقه الفرنسي قبل سنة 1982 على أن النظام المعتمد لتحديد اختصاصات البلدية هو نظام البند العام للاختصاص ، و استشف الفقه ذلك من صياغة المادة 2/1411 من التقنين العام للجماعات الإقليمية ، و لكن بعد سنة 1982 حامت الشكوك حول النظام المعتمد حقيقة و ذلك على خلفية صدور قانون 07 جانفي 1982 المتعلق "بإصلاحات توزيع الاختصاص بين البلديات، المحافظات، الأقاليم والدولة" أين رأى جانب من الفقه أن هذا القانون قد ألغى نظام الاختصاص العام القديم و استبدله بنظام الإسناد القانوني للاختصاص و ذلك من خلال استحداث هذا القانون لقائمة من الاختصاصات التي تعهد للبلديات ، وهذا النظام يعني أن البلدية تملك حق وحيد و

¹ يعتبر نظام الإسناد القانوني للاختصاص أكثر دقة في تحديد الاختصاصات و يحول دون تداخلها بين الدولة والجماعات الإقليمية وبين هذه الأخيرة والمؤسسات العامة أو مصالح عدم التركيز .

² MOHAMED MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page 48.

حصري حول الشؤون الموكولة إليها، كما يعني أيضا أن البلدية لا تستطيع التدخل إلا في الشؤون المحددة لها على قائمة المهام المنوطة بها.

إلا أن غالبية الفقه اعتبر أنه لم يتم التخلي عن النظام القديم و أن قانون 1982 لم يلغي نظام البند العام للاختصاص البلديات¹، و قد اعتمدوا على الأعمال التحضيرية لهذا القانون لكي يبرزوا أنه لم يكن يهدف إلى إعادة النظر في نظام اختصاصات الجماعات الإقليمية بقدر ما كان يهدف إلى ملاءمة الاختصاص مع الجماعة التي من شأنها أن تحل محل الدولة بالنسبة لاختصاص معين²، و اعتبروا أن نظام البند العام للاختصاص لا يزال قائما و أن قانون 1983 لم يرقم بالغائه رغم انه قام بتفصيل الاختصاصات و لكن كان ذلك في إطار نظام البند العام للاختصاص³، و بذلك فان كلا النظامين متواجدين⁴، و بمعنى آخر فإن تدخل البلدية يجب أن يكون في الإطار العام لاختصاصاتها، و في نفس الوقت يجب ألا يمنعها نص قانوني من التدخل في مجال معين، أي أن نظام البند العام للاختصاص هو الأصل و نظام الإسناد القانوني للاختصاص هو الاستثناء⁵.

و مما لا شك فيه أن اعتماد نظام البند العام للاختصاص في فرنسا يطلق اختصاصات البلدية فيجعلها اختصاصات واسعة تتيح لها التدخل في جميع المجالات المتعلقة بالشؤون المحلية⁶، كما انه في نفس الوقت يوسع من مجال حريتها التعاقدية و يعمل على تحريك حريتها الجوهرية في التعاقد أو عدم التعاقد دون أن يتوقف ذلك على النص القانوني الذي يسمح بالتعاقد.

¹ MOHAMED MAHOUCI, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit,P42.

² MAHOUCI.M, Ibid, Page76.

³ MARIE CHRESTINE ROUAULT, *droit administratif*, Gualino éditeur, Paris, 2005, Page 96.

⁴ «la personnalité juridique implique une vocation a gérer les affaires locales, qui correspondent a un ensemble d'intérêts distincts des intérêts nationaux.ces affaires constituent ce que l'on appelle la "clause générale de compétence". il semble que depuis la loi n° 83/08 du 7 janvier 1983, le département et la commune, cette clause coexiste avec des compétences plus spécialisées ».MARIE LUCE PAVIA, *la décentralisation: principe d'organisation territoriale de la république française*, revue de conseil d'Etat, numéro 3, 2003,Page 91.

⁵ MOHAMED MAHOUCI, *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Op.cit, Page77.

⁶ MARTINE LOMBARD, *droit administratif*, 2^e édition, Dalloz, 1998, Page 89.

أما في الجزائر وإذا انطلقنا من المواثيق الوطنية المتعاقبة فنجدها قد بينت نية النظام القائم في إعطاء صلاحيات واسعة للبلديات، وأن تجعلها قادرة على حل المشاكل المحلية بنفسها، فأول ميثاق بلدي لسنة 1965 نص على: «نظرا لمشاركتها في العمل الثوري الذي هو كل لا يتجزأ فإن البلدية لها جميع الاختصاصات في جميع الميادين بدون استثناء»¹، كما أن ميثاق 1976 سار في نفس الاتجاه و اعتبر انه من الواجب أن تعهد اللامركزية للبلديات الاختصاص الكامل حول كل المشاكل ذات الأهمية المحلية²، و أن اللامركزية ليست مجرد تحويل للمشاكل من الدولة إلى الجماعات المحلية و يجب أن يرافق الاختصاصات الممنوح لها الوسائل الكافية لتنفيذه ، و أن اللامركزية تفقد معناها إذا كانت الجماعات المحلية حرة في اتخاذ القرار و بالمقابل لا تملك الوسائل لتجسيد إرادتها، كما أن ميثاق 1986 سار في نفس الاتجاه هو الآخر و كرس أيضا نفس المبادئ و رأى بضرورة منح البلديات اختصاصا عاما حول جميع الشؤون المحلية .

أما على مستوى القوانين فقد جاء في بيان أسباب أول قانون للبلدية الصادر بالأمر 24/67 «...لكي يكون اختصاص البلدية المطلق في جميع الميادين أكثر فعالية يجب أن تحوز البلدية كامل السلطة الضرورية...»، و تأكيدا لذلك نصت المادة 100 من الامر 24/67 على: «يفصل المجلس الشعبي البلدي في قضايا البلدية بالقرارات التي يتخذها بعد المداولة» فهذه المادة إعادة صياغة لنص المادة 40 من قانون البلدية الفرنسي³، و أعطت اختصاصا عاما للبلدية حول جميع شؤونها، أي أن البلدية بإمكانها التدخل في جميع الشؤون التي تعتبر محلية، و على هذا الأساس و تطبيقا لقاعدة الاختصاص العام ، استعرض القانون البلدي أمثلة فقط عن اختصاصات البلدية في عدة مجالات⁴، ما يعني أنها تستطيع توسيع مجال تدخلها بموجب إطلاق اختصاصها عن طريق نظام البند العام للاختصاص.

¹ راجع : شهبوب مسعود، اللامركزية الإقليمية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1983 الصفحة 131 و 132.

² ميثاق 1976 الصفحة 59.

³ أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة أحمد عرب صاصيلا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، الصفحة 191.

⁴ شهبوب مسعود، اللامركزية الإقليمية في الجزائر ، مرجع سابق، 1983 الصفحة 132.

إلا أن قانون البلدية 08/90 و من خلال المادة 85 التي نصت على: «يعالج المجلس الشعبي البلدي ومن خلال مداولاته الشؤون الناجمة عن الصلاحيات المسندة للبلدية»، نجده قد تخلى عن مبدأ الاختصاص العام لصالح نظام الإسناد القانوني للاختصاص، فالمجلس الشعبي البلدي يعالج الشؤون المسندة إليه من القوانين فقط حسب هذه المادة، أي أن البلدية لا تتدخل وفق معيار الشؤون المحلية بل تتدخل بناء على النص القانوني الذي يسمح لها بذلك وإلا عُد عملها خارجا عن الاختصاصات المسندة إليها.

أما القانون الحالي للبلدية 11/10 فنجد أن المادة الثالثة منه نصت على: «تتمارس البلدية صلاحياتها في كل مجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون...»، و الذي يظهر أن هذه المادة كرست أيضا التخلي عن مبدأ الاختصاص العام للبلدية الذي كان مقررا في قانون البلدية 24/67، وأكدت تبني نظام إسناد اختصاصات، ومن دون شك - وكما رأينا سابقا- فإن نظام إسناد الاختصاصات يضيق بشدة من مجالات تدخل البلدية وهذا ينعكس بصورة مباشرة على فعالية حريتها التعاقدية، ما يجعلنا ننتهي إلى أن البلدية في الجزائر لا يمكنها التعاقد إلا بناء على نص قانوني صريح يسمح لها بالتعاقد، وهذا الوضع يؤدي إلى تغييب المظهر الأولي والأساسي للحرية التعاقدية و هو حرية البلدية في التعاقد أو عدم التعاقد، و غياب هذا المظهر يؤدي بدوره إلى تغييب جميع عناصر الحرية التعاقدية الأخرى، وعلى هذا الأساس فإنه من غير الممكن إبراز المظاهر الأخرى للحرية التعاقدية للبلدية إلا في الحالة التي يسمح فيها نص قانوني صريح للبلدية باللجوء إلى التعاقد .

الفرع الثاني

آثار الوصاية على ممارسة البلدية لحرية التعاقد

إن كون البلدية جماعة لامركزية مستقلة لا يعني بأنها تتمتع باستقلال مطلق عن الدولة، فالدولة تحتفظ بحق الرقابة على البلدية عن طريق آلية الوصاية الإدارية¹،

¹ « يقصد بالوصاية الإدارية مجموع السلطات المقررة قانونا و التي تمارسها السلطات المركزية تجاه الأشخاص اللامركزية بقصد المحافظة على وحدة العمل الإداري و حماية المصالح القومية التي تمثلها السلطة المركزية». إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحة 219.

فالقانون أعطى للسلطة الوصية أدوات عديدة و مختلفة تمكنها من بسط رقابتها على جميع الأعمال التي تتخذها البلدية، وعليه فإن العقود التي تبرمها البلدية لن تكون بمنأى عن هذه الرقابة التي تمس بشكل مباشر المداورات المقررة للتعاقد والعقود بعد إبرامها، إلا أن تشديد الرقابة الوصائية على أعمال البلدية يقربها من مفهوم الرقابة الرئاسية، وبالقدر الذي ستحد به هذه الرقابة من استقلالية البلدية، فإنها ستحد أيضا من حريتها في التعاقد، لذلك يعتبر استقلال البلدية خطوة أولية و لازمة لتفعيل الحرية التعاقدية للبلدية، لذا سوف نتعرض فيما يلي لمختلف الأدوات الوصائية على عقود البلدية (أولا) ثم إلى الوصاية كمعوق لممارسة البلدية لحرية التعاقد (ثانيا).

أولا: أدوات الوصاية على عقود البلدية

أعطى قانون البلدية لسلطة الوصاية أدوات عديدة تمكنها من بسط رقابتها على عقود البلدية، وذلك من خلال الرقابة على المداورات المقررة للتعاقد التي يتخذها المجلس الشعبي البلدي وأيضا العقود بعد إبرامها، فالجهة الوصية تملك سلطة تقرير بطلان المداورات بقوة القانون و سلطة إبطالها، وأيضا سلطة المصادقة على المداورات و على العقود، و سلطة الحل محل رئيس المجلس الشعبي البلدي في إبرام العقد، بالإضافة إلى الوصاية التقنية من خلال الإعداد المركزي للشروط التعاقدية.

أ/ بطلان المداورات المقررة للتعاقد: إن اشتراط القانون أن تكون جميع المداورات التي يتخذها المجلس الشعبي البلدي محل إيداع أمام الوالي في أجل ثمانية أيام¹، يجعل جميع المداورات التي يتخذها المجلس بما فيها التي تتضمن تقرير التعاقد - وهو العمل الذي يسبق دائما إبرام العقد ذاته - تخضع لرقابة الإبطال من الوالي.

ولقد ميز قانون البلدية بين البطلان بقوة القانون للمداورات، والذي تخضع له المداورات المقررة للتعاقد إذا ما اتخذت خرقا للدستور أو غير المطابقة للقوانين والأنظمة

¹ المادة 55 من القانون 11/10 المتضمن قانون البلدية.

والمداولات التي لا تحرر بالعربية، فهذه المداولات باطلة بقوة القانون¹، أين يعاين الوالي هذا البطلان بموجب قرار غير معطل، كما أنه مُحصن من أي رقابة إدارية أو قضائية، فليس بإمكان رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتظلم إداريا ضد هذا القرار أو أن يرفع دعوى لإلغائه أمام القضاء الإداري، وبين إبطال المداولات المقررة للتعاقد، وذلك في الحالة التي يحضر فيها رئيس المجلس أو أحد أعضائه لمداولة، يكون فيها في حالة تعارض مصالح مع البلدية بأسمائهم الشخصية أو بأزواجهم أو بأقاربهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء، ففي هذه الحالة يثبت الوالي بطلان المداولة بموجب قرار معطل، وبإمكان رئيس المجلس الشعبي البلدي الطعن في هذا القرار إداريا أو عن طريق دعوى قضائية².

ب/ المصادقة على المداولات وعلى العقود : على غرار رقابة إبطال المداولات المقررة

لتعاقد البلدية، فإن المداولات المقررة للتعاقد تخضع أيضا لرقابة المصادقة، فقانون البلدية وفي المادة 57 أعطى للوالي صلاحية المصادقة على بعض المداولات التي تمس المداولات المقررة للتعاقد، و تتمثل في المداولات التي تتضمن قبول الهبات الأجنبية والمداولات المتعلقة باتفاقيات التوأمة، وتجدر الإشارة أن مداولات قبول الهبات الأجنبية تتعرض لمصادقة مزدوجة، الأولى من الوالي كما أسلفنا والثانية من الوزير المكلف بالداخلية³، كما أن المصادقة تشمل أيضا المداولات المتعلقة بالصفقات العمومية حيث أن المادة 194 من قانون البلدية ألزمت المجلس الشعبي البلدي بإرسال المداولة المتعلقة

¹ نصت المادة 59 من قانون البلدية 11/10 على « تبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي المتخذة خرقا للدستور وغير المطابقة للقوانين و التنظيمات.

- التي تمس برموز الدولة.

- غير المحررة باللغة العربية .

يعاين الوالي بطلان المداولة بقرار.»

² نصت المادة 61 من القانون 11/10 المتضمن قانون البلدية على :«يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال المنصوص عليها قانونا أن يرفع إما تظلما إداريا أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على المداولة .»

³ نصت المادة 171 من القانون 10/11 المتضمن قانون البلدية على: « يخضع قبول الهبات و الوصايا الأجنبية للموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية و يتم جردها و إدراجها في الميزانية.»

بالصفقات العمومية إلى الوالي » يرسل محضر المناقصة والصفقة إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما»، ورغم أن هذه المادة لم توضح نوع الرقابة التي يمارسها الوالي على هذه المداولة إلا أننا نعتقد أنها رقابة مصادقة، والذي يؤكد ذلك هو المادة 127 من قانون الصفقات العمومية 236/10 التي نصت على: «تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية في مفهوم هذا المرسوم في التحقق من مدى مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الاقتصاد ، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرنامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع»، فمن خلال هذه المادة يبدو أن إرسال المداولة المتعلقة بالصفقة لن يكون إلا للتحقق من مدى مطابقتها لأهداف الفعالية والاقتصاد ، وأنها داخلة في أولويات القطاع¹، وهذا النوع من الرقابة يستهدف ملائمة العمل لا شرعيته فقط²، وعليه فإن نوع الرقابة المنصوص عليها في المادة 194 من قانون البلدية هو رقابة مصادقة ، وهذا ينسجم مع ما جاء به المرسوم التنفيذي 94/ 215 الذي حدد أجهزة الإدارة العامة وهيكلها ،حيث أن المادة العاشرة من هذا المرسوم أعطت لرئيس الدائرة وبتفويض من الوالي صلاحية المصادقة على المداولات التي يتخذها المجلس الشعبي في عدة مجالات، و التي من بينها المداولات المتضمنة للمناقصات والصفقات العمومية³.

¹ انظر: لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007، الصفحة 87.

² مزيد من التفصيل راجع: فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007، الصفحة 46، 47، 48 و 49.

³ جاء في قرار مجلس الدولة: « حيث أن المرسوم رقم 94 / 215 المؤرخ في 23/07/1994 المحدد لأجهزة الإدارة العامة في الولاية و هيكلها حدد اختصاصات رئيس الدائرة و المادة 10 الفقرة 03 تسمح لرئيس الدائرة بالمصادقة على مداولات المجالس الشعبية البلدية حسب الشروط التي يحددها القانون و التي يكون موضوعها ما يأتي:

- الميزانيات و الحسابات الخاصة بالبلدية و الهيئات البلدية المشتركة في البلديات التابعة للدائرة نفسها.

- تعريفات حقوق مصلحة الطرق و توقف السيارات و الكراء لفائدة البلديات.

- شروط الإيجار التي لا تتعدى مدتها (09) سنوات.

- تغيير تخصيص الملكية البلدية المخصصة للخدمات العمومية.

- المناقصات و الصفقات العمومية و المحاضر و الإجراءات.

- الهبات و الوصايا «، القرار رقم 008105، المؤرخ في: 24/06/2002، الغرفة الثانية، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، الصفحة 137.

إن المصادقة لا تقتصر فقط على المداولات المقررة للتعاقد ، بل تمتد أيضا إلى العقد بعد إبرامه ، فالمصادقة ترتب آثار قانونية مختلفة بحسب ما إذا كانت تنصب على المداولة المقررة للتعاقد أو على العقد بعد إبرامه ، فإذا ما انصبت على المداولة المقررة للتعاقد وكان أن تم رفض المصادقة من الوالي ، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم إتمام العقد ، و ذلك يمنع رئيس المجلس الشعبي البلدي من إبرام العقد أصلا ، أما إذا ما انصبت المصادقة على العقد بعد إبرامه و كان أن تم رفض المصادقة ، فإن العقد سيظل موجودا ولا يمكن إبطاله ، فالوصاية هي إجراء خارجي عن العقد ، وهذا عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقود ، إلا أن أثر رفض المصادقة يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد .

إن المصادقة على عقود البلدية تظهر من خلال المادة 194 السالفة الذكر والتي لم تلزم المجلس الشعبي البلدي بإرسال المداولة المقررة للتعاقد فقط ، بل ألزمته أيضا بإرسال الصفقة في حد ذاتها ، أي أن الصفقة بعد إبرامها من رئيس المجلس تخضع هي الأخرى للمصادقة ، كما أن المادة 106 من قانون البلدية أخضعت اتفاقيات التوأمة التي تبرمها البلدية إلى موافقة الوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي وزير الشؤون الخارجية¹ . وتجدر الإشارة إلى أن القانون البلدي الحالي قد تخطى عن المصادقة على عقود الامتياز ، بعدما كانت هذه العقود تخضع في ظل قانون البلدية 08/90 لمصادقة الوالي بعد إبرامها ، فالمادة 138 من هذا القانون نصت على : « يصادق الوالي على هذه الاتفاقيات [عقود الامتياز] التي حررت لهذا الغرض... » ، أما القانون الحالي للبلدية فلم تشترط أحكامه المصادقة على عقود الامتياز .

ج / حلول الوالي لإبرام عقود البلدية : يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي السلطة

المختصة قانونا بإبرام عقود البلدية ، فقد نصت المادة 82 من قانون البلدية على : « يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة لممتلكات البلدية وإدارتها ... » وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة أن رئيس المجلس هو المختص بـ : « ... إبرام

¹ نصت المادة 106 من قانون البلدية على « تخضع توأمة بلدية ما مع بلدية أخرى أو أي جماعة إقليمية أخرى إلى الموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية مع أخذ رأي وزير الشؤون الخارجية » .

عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات و الإيجارات وقبول الهبات والوصايا...» لكن في الحالة التي تتعارض فيها مصالح البلدية مع مصالح رئيس المجلس فإنه بإمكان المجلس تعيين أحد أعضائه لإبرام العقود بدلا عن رئيس المجلس كما نصت عليه المادة 84 من قانون البلدية¹ ، وعلى العموم في الحالة التي يكون فيها رئيس البلدية هو من يبرم العقود باسم البلدية ، فإن الوالي يمكنه بموجب سلطة الحلول أن يحل محله في إبرام العقود ، فالمادة 101 من قانون البلدية نصت على : «عندما يمتنع رئيس المجلس الشعبي البلدي عن اتخاذ القرارات الموكلة له بمقتضى القوانين والتنظيمات ، يمكن للوالي بعد اعذراه أن يقوم تلقائيا بهذا العمل مباشرة بعد انقضاء الآجال المحددة بموجب الاعذار» ، وهذا يفيد بأنه في حالة امتناع رئيس المجلس الشعبي البلدي عن إبرام العقود فإن الوالي بإمكانه بعد أن يأمره بذلك ويوجه له اعذارا أن يحل محله في إبرام العقود .

د/ الإعداد المركزي للشروط التعاقدية : إن الإعداد المركزي للشروط التعاقدية يعد شكلا

من أشكال الوصاية على البلدية ، ويعتبرها البعض وصاية تقنية وهي «تصرفات وأعمال تملي الدولة بموجبها على المجموعات المحلية السلوك الواجب الإلتباع في التسيير حتى قبل اتخاذ القرار»² ، و لان هذه الأداة لا تعمل على الحد من حرية البلدية في التعاقد بل تحد من حريتها في تحديد مضمون العقد سنعرض لها باقتضاب فقط على أن نأتي على تفصيل ذلك في موضع مناسب من هذا البحث.

فالسلطة المركزية تملك سلطة فرض الشروط التعاقدية التي تشكل مضمون العقد الذي تبرمه البلدية ، كدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد مضمون عقد الامتياز حيث نصت المادة 155 من قانون البلدية في فقرتها الثانية على: «يخضع عقد الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم» ، وأيضا دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد

¹ نصت المادة 84 من قانون البلدية على : «عندما تتعارض مصالح رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية ، باسمه الشخصي أو باسم زوجه أو أصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة أو بصفته وكيلا ، يعين المجلس الشعبي البلدي المجتمع تحت رئاسة منتخب آخر غير رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أحد أعضائه لتمثيل البلدية سواء أمام القضاء أو عند إبرام العقود...»

² شيهوب مسعود ، اللامركزية الإقليمية في الجزائر ، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة ، 1983 ، الصفحة 208 .

شروط امتياز استغلال المياه الصالحة للشرب¹ ، ودفتر شروط البنود الإدارية العامة الذي يحدد شروط الصفقات العمومية البلدية² ، فكل هذه الشروط هي معدة من طرف الوزارات و التي تملي من خلالها على البلدية مضمون العقد الذي يتعين عليها إبرامه .

ثانيا: الوصاية تعوق ممارسة البلدية لحرية التعاقد

إن اختلاف أدوات الرقابة الوصائية من حيث المضمون، يجعلها تختلف أيضا من حيث مدى تقييدها لحرية البلدية في التعاقد، فسلطة تقرير بطلان أو إبطال المداورات المقررة للتعاقد هي سلطة تستهدف مطابقة العمل للقوانين والأنظمة ، ومن ثمة فهي رقابة تستند على شرعية المداولة وقانونيتها وطالما أنه "لا وصاية بدون بنص"، فإن على الوالي ألا يستند إلا على عناصر الشرعية لإبطال المداولة ، ولا يجوز له التوسع فيها ، هذا ما يجعل مداولة البلدية صحيحة طالما لم تخالف القوانين والتنظيمات ، وعليه فإن هذه الأداة الوصائية لا تحد مبدئيا من حرية البلدية في التعاقد بشكل واضح، إلا أن إسنادها للوالي من جهة وتحسين قراره المعايين للبطلان من جهة أخرى قد يعمل على تقييد هذه الحرية.

أما المصادقة على المداورات والعقود فهي من دون شك تعتبر اخطر أداة وصائية تقيد من حرية البلدية في التعاقد ، إذا لم نقل أنها تعدم أية فعالية لحرية البلدية في اللجوء للتعاقد، و ذلك على أساس أن هذه الأداة لا تستند على عناصر الشرعية في المداولة أو في العقد لإبطاله، بل هي تستند على عناصر الملائمة في رفض التصديق ، أي أنه وعلى رغم قانونية المداولة أو العقد ومطابقتها للقانون ، فالوالي صلاحية رفض المصادقة لأسباب لا تتعلق بشرعية المداولة أو العقد ، فالقانون أعطى للوالي سلطة تقديرية لقبول أو رفض العمل الصادر عن البلدية، ورغم أن قرار الوالي الذي يقضي برفض المصادقة يجوز التظلم ضده إداريا وإلغاءه أمام القضاء حسب المادة 61 من قانون

¹ انظر الملحق رقم 03.

² انظر الملحق رقم 02.

البلدية¹، إلا أن قيامه على السلطة التقديرية للوالي يجعل إمكانية إلغاء قضائيا صعبة جدا².

أما بخصوص سلطة حلل الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي في إبرام العقد فمن دون شك أن هذه السلطة تؤدي إلى إقصاء البلدية بشكل تام من التعاقد ، فتحل على اثر ذلك السلطة الوصائية محل البلدية في إبرام العقد.

و من دون شك أن جميع هذه الأدوات الوصائية تحد بشكل بالغ من فعالية الحرية الأولية للحرية التعاقدية للبلدية و هي حرية التعاقد، و تعوقها بصورة شبه مطلقة، فعلى غرار أن الوصاية المشددة تحد من استقلالية البلدية³، فهي تحد أيضا من حريتها في التعاقد ، فاستقلالية البلدية شرط أساسي للحديث عن الحرية التعاقدية للبلدية ، هذه الحرية التي تسمح للبلدية بتأمين معاونين لها لأداء المهام المرتبطة بالمصلحة المحلية والتي تسمح لها أيضا بالتفاوض والنقاش مع المتعاقدين المحتملين لملائمة العقود وتكييفها مع كل ما يطرحه الشأن المحلي من حاجات خاصة و متميزة ، والتي يفترض في البلدية أنها الأقرب لتحديد هذه الحاجات ، ومنه العمل على إشباعها دون التدخل الشديد للسلطة المركزية، التي يقضي تدخلها على روح المبادرة والإبداع وإعمال "المخيلة التعاقدية"⁴ للبلدية ، كما يقضي على إنتاج الأنماط العقدية الجديدة والشروط المستحدثة التي تتلاءم بصورة أكبر مع الحاجات المحلية ، كما أن تدخل السلطات المركزية يجعل البلدية مجرد مطبقة لعقود نموذجية قد لا تمت للحاجات المحلية بصلة، مع كل ما يمكن أن يترتب على

¹ نصت المادة 61 من قانون البلدية 10/11 على : « يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط و الأشكال المنصوص عليها قانونا، أن يرفع اما تظلما إداريا ، أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على مداولة ».

² لا يمكن للقاضي الإداري أن يراقب الأعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدارة إلا في حدود ضيقة جدا و مرد ذلك اعتبارات تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات.

³ « le contrôle lourd et permanent exercé par la tutelle sur les collectivités communales est devenue la règle, la liberté d'action dont bénéficient officiellement les communes revêt de plus en plus un caractère illusoire ».DJALEL MEHERZI, *les finances locales en Algérie(caractéristiques et problèmes)*,ITCIS, Alger,2013,page 36.

⁴ مصطلح "المخيلة التعاقدية" "L'imagination contractuelle" مستعار من مقال : «BRECHON MOULENES, *la Liberté contractuelle des personnes publiques*, AJDA,1998 » .

ذلك من إهدار للمال العام وسوء إدارة لشؤون الإقليم.

إن هذه الوضعية شبيهة بحال الجماعات المحلية في فرنسا قبل صدور قانون اللامركزية في 03 مارس 1982، أين كان المحافظ "Le préfet" يقوم بالرقابة على عقود الجماعات المحلية عن طريق إلغاء المداولات والمصادقة عليها بالإضافة إلى المصادقة على العقد بعد إبرامه¹، لكن تحرير الجماعات المحلية وإعطائها الاستقلالية أدى إلى التراجع عن الوصاية بمفهومها التقليدي على الجماعات المحلية وتم استبدالها بنظام "التحويل إلى المحافظ"، حيث تم إقرار الطابع التنفيذي لجميع المداولات المتخذة من الجماعات المحلية شريطة إعلام المحافظ بها، وهذا الأخير لا يملك سوى تحويلها إلى القضاء إن رأى فيها وجها لعدم المشروعية، هذا ما أدى إلى تحرير الجماعات المحلية من جميع أدوات الرقابة الوصائية الممارسة على عقودها وأدى بالمقابل إلى تفعيل الحرية التعاقدية لدى هذه الجماعات، وسمح بإبرام العديد من العقود المسماة و غير المسماة و العقود الجديدة التي لم يكن في استطاعة هذه الجماعات إبرامها بوجود الوصاية. وعليه فبوجود الوصاية الإدارية المشددة على عقود البلدية في الجزائر، فإنه لا يمكن الحديث عن حرية تعاقدية فاعلة للبلدية طالما أن الحرية الجوهرية للحرية التعاقدية وهي " حرية التعاقد أو الامتناع"، هي حرية مقيدة لأبعد الحدود عن طريق وصاية إدارية مشددة.

¹ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 350.

المبحث الثاني

ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين وتحرير شروط العقد

إن تحديد نطاق ممارسة البلدية للحرية التعاقدية يقتضي بالإضافة إلى إبراز نطاق ممارستها لحرية التعاقد أو عدم التعاقد، إبراز نطاق ممارستها للعناصر الأخرى للحرية التعاقدية و يتعلق الأمر بحرية البلدية في اختيار المتعاقدين و حريتها في تحديد مضمون التزاماتها التعاقدية، لذا ينبغي البحث عن جميع القواعد التي تحد من ممارسة هاتين الحريتين، سنتناول فيما يلي ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين في (مطلب أول) ثم ممارستها لحرية تحديد مضمون العقد في (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين

إذا كان مبدأ المنافسة يعمل على تقييد الحرية التعاقدية للأفراد فإن هذا التقييد ينصب أساسا على حرية الأفراد في تحديد مضمون العقد فيحظر عليهم الاتفاق حول كل ما من شأنه أن يقيد من المنافسة في السوق، إلا أن مبدأ المنافسة و عندما يتعلق الأمر بالبلدية - وسائر الأشخاص العامة- فإن تقييده لحريتها التعاقدية ينصب أساسا على حريتها في اختيار المتعاقدين ، فالأفراد بإمكانهم التعاقد مع الشخص الذي يختارونه بكل حرية، أما البلدية فيجب عليها أن تلتزم عند اختيار من يتعاقد معها بخلق جو تنافسي فلا يمكنها غالبا التفاوض بكل حرية وإبرام العقد بصورة مباشرة¹، بل هي ملزمة بإتباع طرق إجرائية قائمة على المنافسة الحرة وهذه الطرق الإجرائية تحد بشكل بالغ من حريتها في اختيار المتعاقدين ، إلا أنه وبالمقابل و نظرا لاعتبارات عديدة قد يستبعد المنطق التنافسي من عملية اختيار المتعاقدين و بإمكان البلدية اختيار المتعاقد معها بكل حرية و تتحرر بذلك من إتباع الطرق الإجرائية التي تقيد حريتها في اختيار المتعاقدين ، سنتعرض فيما يلي إلى المنافسة كقيد على حرية البلدية في اختيار المتعاقدين(الفرع الأول) ثم إلى الحالات التي تستبعد فيها المنافسة (الفرع الثاني).

¹Voir en ce sens: CANSTANTINE YANNAKOPOULOS, *l'apport de la protection de la libre concurrence a la théorie du contrat administratif*, Op.cit, Page 429.

الفرع الأول

المنافسة قيد على حرية البلدية في اختيار المتعاقدين

الأصل هو أن تختار البلدية المتعاقد معها بكل حرية إعمالاً لحريتها التعاقدية، إلا أن القوانين تعمل على الحد من هذه الحرية في اغلب الأحوال و تلزم البلدية بالتعاقد مع الشخص الذي تسفر عنه نتيجة المنافسة، إن دوافع إلزام البلدية بإعمال المنافسة عند اختيار المتعاقدين يكمن في تحقيق هذا المبدأ لغايات و مبادئ عديدة و بالغة في الأهمية. إن إعمال البلدية لمبدأ المنافسة عند اختيار المتعاقدين يتم عن طريق إتباعها لطرق إجرائية محددة تضع مبدأ المنافسة موضع التطبيق، و هذه الطرق الإجرائية و إن كانت في مجملها تقوم على المنافسة التي تقيد من حرية البلدية في اختيار المتعاقد إلا أنها تتفاوت رغم ذلك في درجة هذا التقييد، سنتعرض فيما يلي إلى مبدأ المنافسة و حمايته القانونية (أولاً) ثم إلى الطرق الإجرائية التي تقوم على المنافسة (ثانياً).

أولاً: مبدأ المنافسة و حمايته القانونية

1/ مضمون المبدأ:

تعني المنافسة فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يريد التعاقد مع الشخص العام و أن يعامل جميع المتقدمين للتعاقد على قدم المساواة، فلا يجوز التفضيل بين الأفراد و التعاقد مع شخص دون آخر¹.

إن إعمال مبدأ المنافسة لاختيار المتعاقدين مع الأشخاص العامة يعمل على تحقيق غايات عديدة، فالمنافسة تحقق مبدأ المساواة أمام القانون، فالقانون يعامل كل المراكز المتساوية على وجه التطابق فلا يجوز الاختلاف في التعامل إلا إذا وجد اختلاف في المراكز أو للأسباب المتعلقة بالمصلحة العامة، و عليه فإن المنافسة الحرة تحقق هذه الغاية وتجعل العارضين على قدم المساواة في تعاملهم مع الإدارة²، و المنافسة تحقق أيضاً مبدأ المحافظة على المال العام، فالعقود هي مواضيع لنفقات عمومية هائلة، ولما

¹ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 496.

² محمد مختار نوح، نفس المرجع، الصفحة 499.

كان استقطاب أكبر عدد من المتنافسين يحقق أقل الأسعار ، اعتبرت المنافسة مبدأ يجب تفعيله للحصول على الخدمات بأقل سعر ممكن¹، كما أن مبدأ المنافسة يستدرج أيضا أفضل الخدمات من الناحية التقنية فالمنافسة تجعل العارضين يقدمون أفضل الخدمات من حيث النوعية وذلك لتعزيز فرصهم للظفر بالعقد، وإعمال المنافسة من شأنه كذلك أن يحافظ على النزاهة عند عملية اختيار المتعاقدين، ويمنع شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها ، فقد أثبتت التجارب العملية أن تمتع الإدارة بكامل الحرية عند اختيار المتعاقد قد يؤدي إلى كثير من الفساد وتبديد المال العام².

و لما كان مبدأ المنافسة يحقق كل هذه المبادئ والغايات ، فإن القوانين قد ألزمت البلدية بأن تختار المتعاقدين معها بمنطق تنافسي وذلك من خلال إتباع طرق إجرائية تمهد لعملية إبرام العقد تجسد المنافسة و تضعها موضع التطبيق، أين تلتزم البلدية بالاختيار من بين احد المتنافسين والذي يكون قد قدم أفضل عرض سواء من الناحية السعرية أو من الناحية التقنية بحسب الأحوال.

ب/الحماية القانونية لمبدأ المنافسة

تلتزم البلدية عن اختيارها للمتعاقدين بقواعد المنافسة و لا يجوز لها الإخلال بها، و حماية لهذا المبدأ وضع القانون الجزائري عدة آليات تعمل على الحد من كل ما قد يخل بمبدأ المنافسة الحرة، فقد استحدثت دعوى جديدة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³، تستهدف الحد من الإخلال بقواعد المنافسة التي قد تتخلل عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات كما أن القانون الجزائري صار يجرم الأفعال التي تخرق قواعد المنافسة و المساواة بين المتعاقدين في العقود التي تبرمها الأشخاص العامة ، بالإضافة إلى أن اختصاص مجلس المنافسة صار يشمل بعد تعديل قانون المنافسة⁴، عملية إبرام

¹ محمد مختار نوح ، نفس المرجع ،الصفحة 500.

² محمد مختار نوح ،نفس المرجع ،الصفحة 501.

³ القانون رقم 09/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،(ج ر العدد21 المؤرخة في 2008/04/23).

⁴ الأمر رقم 03/03 يتضمن قانون المنافسة (ج ر العدد43 المؤرخة في 2003/07/20) ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 12/08 (ج ر العدد36 المؤرخة في 2008/06/02).

الصفقات العمومية، ما أعطى لهذا المجلس صلاحية النظر في الأفعال المقيدة للمنافسة التي تتخلل عملية إبرام الصفقات العمومية.

1- الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات: لقد كان المتضرر من جراء

خرق قواعد المنافسة عند إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية لا يملك إلا طريق رفع دعوى الإلغاء ضد قرار إبرام العقد (العمل المنفصل)، ولكن نقص فعالية هذه الدعوى أدى إلى استحداث دعوى جديدة تتلاءم مع ظروف إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وما يستلزمها من سرعة للفصل فيها ، كما أعطيت للقاضي من خلال هذه الدعوى سلطات عديدة و غير مألوفة جعلت هذه الدعوى أكثر فعالية من دعوى الإلغاء قرار الإبرام .

ترفع الدعوى الاستعجالية في مادة العقود و الصفقات من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من إخلال الشخص العام بقواعد الإشهار أو المنافسة¹، ولا يشترط القانون وجود ضرر لرفع هذه الدعوى بل يكفي أن يثبت رافع الدعوى القابلية للضرر وانه كان يملك فرصة للظفر بالعقد أو الصفقة فيما لو التزمت الإدارة بإجراءات الإشهار أو المنافسة²، كما قد ترفع هذه الدعوى أيضا من ممثل الدولة إذا ارتكب الإخلال من الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المحلية في نطاق اختصاصه³.

وترفع الدعوى الاستعجالية في مادة العقود و الصفقات العمومية في مرحلة ما قبل إبرام العقد و ما بعد إبرامه أيضا، فلا ترفع فقط قبل إبرام العقد كما هو عليه حال "الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية" التي في القانون الفرنسي، فهذه الدعوى الأخيرة

¹ نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية...».

² نصت الفقرة الثانية من المادة 946 على: «يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال».

³ نصت الفقرة الثانية من المادة 946 على: «و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا إبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية».

يشترط أن يتم رفعها في مرحلة ما قبل إبرام العقد فقط¹ ، ذلك أن الغاية من استحداثها في القانون الفرنسي هو تلافي عيوب دعوى إلغاء قرار الإبرام (العمل المنفصل) التي أثبتت عدم فعاليتها إذا ما أصرت الإدارة على إبرام العقد و تمسك به الطرفان عملاً بمبدأ نسبية آثار العقد² ، فجاءت هذه الدعوى للتصدي لمحاولة الإسراع في إبرام العقد و التمسك به ، لذلك يشترط أن ترفع هذه الدعوى فقط في المرحلة التي تسبق إبرام العقد ، إلا أن الدعوى الاستعجالية في مادة العقود و الصفقات في الجزائر يمكن رفعها قبل و بعد إبرام العقد على الرغم من أن المشرع نص فقط على سلطات القاضي في حال رفعت الدعوى قبل إبرام العقد وسكت عن سلطاته بعد إبرام العقد هذا ما يثير بعض الغموض حول إمكانية رفعها بعد إبرام العقد.

و بموجب هذه الدعوى يملك القاضي سلطات جديدة و غير مألوفة في الدعوى العادية هذا ما يجعلها دعوى فعالة للحد من الإخلال بقواعد المنافسة و الإشهار ، فسلطات القاضي تتمثل في سلطة الأمر L' injonction «... يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال...» ، أي أن القاضي بإمكانه من خلال هذه الدعوى أن يأمر الإدارة بالامتنال لقواعد الإشهار و المنافسة، وكذلك سلطة الوقف La suspension «... ويمكن لها بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد...» ، فالقاضي يستطيع أيضاً توقيف إمضاء العقد، كما يمكنه أيضاً تسليط غرامة تهديدية على الإدارة لحملها على الالتزام بقواعد الإشهار و المنافسة، و كل هذه السلطات هي سلطات غير مألوفة، فهذه السلطات لا يملكها القاضي عادة و هو بصدد الفصل في دعوى عادية ، و مرد ذلك هو جعل هذه الدعوى أكثر فعالية في التصدي لكل ما قد يخل بقواعد المنافسة و الإشهار التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

ومن خلال السلطات الممنوحة للقاضي نجد أن هذه الدعوى تمس بموضوع الحق رغم طابعها الاستعجالي و ذلك خلافاً للدعوى الاستعجالية العادية التي لا تمس بموضوع

¹ LAURENT RICHER, *droit des contrats administratifs*, Op.cit,Page166.

² محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 844.

الحق، هذا ما يجعل هذه الدعوى تحمل خصائص الدعوى الاستعجالية و خصائص الدعوى الموضوعية في نفس الوقت.

2- تجريم مخالفة قواعد المنافسة: لحماية قواعد المنافسة و المساواة بين المتعاقدين في

عقود الأشخاص العامة، جرم القانون الجزائري كل فعل من شأنه أن يخلق وضعاً تفضيلياً لأحد الأفراد خلافاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة لإبرام العقود¹، و يتعلق الأمر بجريمة الامتيازات غير المبررة التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 01/06 في المادة 26 و التي نصت على: « يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير...»، فحسب هذه المادة تقوم جريمة منح الامتيازات غير المبررة إذا صدر الفعل الإجرامي من موظف عمومي، و على الرغم من أن الأشخاص الذين ينهضون بعملية إبرام عقود البلدية هم في أغلبهم منتخبون و ليسوا موظفين عموميين بالنظر لتعريف الموظف العام في قانون الوظيفة العامة 03/06²، إلا أن هذه الجريمة قد تحيق بهؤلاء أيضاً، فـ قانون مكافحة الفساد قد وسع من مفهوم الموظف العام و جعله يشمل حتى المنتخبين³، هذا ما

¹ نصت المادة التاسعة من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 01/06 على: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية...".

² نصت المادة 02 من الامر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة على: « يطبق هذا القانون على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات و الإدارات العمومية. يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، و الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي...».

³ عرفت المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في فقرتها الثانية الموظف العام على انه: «- كل شخص يشغل منصبا تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في احد المجالس الشعبية المحلية، سواء أكان معيناً أو منتخبا، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو اقدميته، - كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بدون اجر، و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، - كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بها ».

يعني أن جريمة منح الامتيازات غير المبررة قد تحيق برئيس المجلس الشعبي البلدي و كل من يبرم العقود باسم البلدية كما قد تحيق أيضا بأعضاء المجلس الشعبي.

و تقوم جريمة منح الامتيازات غير المبررة على ركن مادي يتمثل في منح الغير امتيازات غير مبررة خلافا لما تقضي به الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بضمان المنافسة الحرة و المتساوية بين العارضين عند إبرام و تنفيذ العقود، و لا يشترط القانون أن يكون هذا الفعل المجرم قد تم بمقابل وإلا عد هذا الفعل جريمة رشوة، بل يكفي أن يكون هذا الفعل قد تم لمجرد المجاملة أو الإهمال، و ركن معنوي يتمثل في كون الفاعل قد تصرف عن كامل اختياره و علمه، ولكن لا يشترط تحقق القصد المباشر في هذه الجريمة بل يكفي تحقق القصد غير المباشر للقول بقيام الركن المعنوي، كان يقوم الفاعل بإبرام العقد وفقا لإجراء التراضي بدلا عن إجراء المناقصة فيؤدي ذلك لتفضيل احد المتنافسين، و لا يشترط لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة أن الفاعل قد منح الامتياز غير المبرر للغير بغرض الحصول على مصلحة شخصية بل يكفي أن الفاعل يعلم أن ذلك الفعل يشكل خرقا لقواعد المنافسة و المساواة بين العارضين التي نص عليها القانون بغض النظر عن الباعث الذي دفعه إلى ارتكاب الفعل، و هذا ما يميز هذه الجريمة عن جريمة الرشوة التي تفترض أن يكون للفاعل باعث شخصي يتمثل في المصلحة الشخصية التي توخاها عند الإقدام على الفعل.

و يعاقب على جريمة منح الامتيازات الغير مبررة بسنتين إلى عشرة سنوات حبسا و غرامة تتراوح ما بين من مئتي ألف دينار جزائري إلى مليون دينار جزائري و تشدد العقوبة إذا كان من قام بهذه الجريمة رئيس المجلس الشعبي البلدي من عشرة سنوات إلى عشرين سنة، فقد نصت المادة 48 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على تشديد العقوبة إذا كان مرتكب جريمة منح الامتيازات الغير مبررة ضابطا للشرطة القضائية¹،

¹ « إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة، أو ضابطا أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة.»

و رئيس المجلس الشعبي البلدي يعتبر ضباط الشرطة القضائية¹.

و رغم أن القضاء الإداري هو المختص في إبطال العقود التي تبرمها الأشخاص العامة²، إلا أن قانون الوقاية من الفساد وفي المادة 55 أعطى للقاضي الجنائي الذي ينظر في دعوى منح الامتيازات الغير مبررة صلاحية إبطال و إعدام آثار كل عقد أو صفقة متحصل عليه من هذه الجريمة.

3- رقابة مجلس المنافسة : مجلس المنافسة هو سلطة إدارية مستقلة³، يتمتع بالشخصية

القانونية و الاستقلال المالي و هو موضوع لدى الوزير المكلف بالتجارة، ينظر هذا المجلس في الأفعال المقيدة للمنافسة التي تتخلل نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات في السوق و يتخذ التدابير التحفظية و القطعية التي ترمي إلى الحد من الأفعال المقيدة للمنافسة التي يعاينها كما أن بإمكانه فرض عقوبات مالية، و تعتبر قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء العاصمة الفاصل في المواد التجارية.

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية المعدلة من قانون المنافسة⁴، على أن هذا القانون يشمل تطبيقه عملية إبرام الصفقات العمومية، هذا ما يعطي لمجلس المنافسة اختصاصا بالنظر في الأفعال المقيدة للمنافسة التي قد تتخلل عملية إبرام الصفقات العمومية البلدية، إلا أن ذلك يحمل تعارضا مع ما جاءت به الفقرة الأولى من نفس المادة التي نصت على أن قانون المنافسة يطبق فقط على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات⁵، فالأشخاص العامة و البلدية على وجه التحديد عندما تبرم الصفقات العمومية هي لا تقوم بنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات بل هي تقوم بطلب عمومي و تعتبر في هذه الحالة شاريا عاما "Achteur Public"، لذلك لا يمكن لمجلس المنافسة أن يراقب

¹ يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي ضابطا للشرطة القضائية فقد نصت المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية 155/66 على: « يتمتع بصفة ضابط للشرطة القضائية رؤساء المجالس الشعبية البلدية... ».

² تعود منازعات العقود الإدارية و الصفقات العمومية إلى اختصاص القاضي الإداري حسب المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

³ المادة 23 من القانون 12/08 المتعلق بالمنافسة .

⁴ المادة الثانية من القانون رقم 12/08 يعدل و يتم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁵ « تطبق أحكام هذا الأمر على: نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها الاستيراد و تلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون العموميون و الجمعيات و الاتحاديات المهنية، أيا كان قانونها الأساسي و شكلها و موضوعها ».

أعمال هذه الأشخاص و يبقى القاضي الإداري الوحيد الذي له صلاحية النظر في شرعية أعمالها ، هذا ما يجعل اختصاص مجلس المنافسة لن يشمل إلا الأفعال المقيدة للمنافسة التي تصدر من المؤسسات المشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، هذه الأفعال التي قد تأخذ عدة مظاهر تقييد المنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية¹، كقيام أحد المشاركين بتقديم عرض مبالغ فيه في الارتفاع أو الانخفاض بقصد السماح بالتعاقد مع شخص آخر ، أو قيام أحد العارضين بتقديم عرض وهمي بغرض كسب سمعة لدى الإدارة، أو الاتفاق بين العارضين على تقاسم الصفقات وذلك بالامتناع عن تقديم العروض أو بتقديم عروض غير مناسبة لكي ترفض عروضهم قصد منحها لآخرين ، و أيضا قيام العارضين بتبادل المعلومات حول العروض بغية إعطاء الدور لكل واحد منهم ، فكل هذه الأفعال تعتبر مقيدة للمنافسة و يعود لمجلس المنافسة صلاحية النظر فيها، و بالتالي فان البلدية عند إخلالها بقواعد المنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية لا تخضع إلى رقابة مجلس المنافسة و بالمقابل فان لهذا المجلس صلاحية حماية المنافسة في صفقات البلدية و جميع الأشخاص العامة إذا صدرت الأفعال المقيدة للمنافسة من المؤسسات المشاركة في إجراءات الإبرام.

ثانيا: الطرق الإجرائية القائمة على المنافسة

إن جميع الطرق الإجرائية التي تقوم على المنافسة تعمل على الحد من حرية البلدية في اختيار المتعاقد ، و رغم ذلك فإنها تتفاوت في درجة تقييدها للحرية التعاقدية للبلدية ، ولعل الإجراء الذي يحد من حرية البلدية في اختيار المتعاقدين بدرجة كبيرة هو المناقصة، أما طلب العروض فهو يحد من حرية البلدية بدرجة أقل نسبيا، و قبل أن نستعرض هذين الطريقتين الإجرائيين يجدر بنا أن نورد ملاحظة مفادها أن قانون الصفقات العمومية الجزائري الحالي نص على إجراء المناقصة فقط ولم ينص على

¹ « ... غير انه بالنسبة للممارسات المعرفلة للمنافسة المتعلقة بمجال الصفقات العمومية بموجب الاتفاق أو التفاهم أو التواطؤ بين المشاركين المتنافسين لنيل الصفقة ، فانه يدخل ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة و الاختصاص يعود لمجلس المنافسة .» سحنون سومية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013، الصفحة 24.

إجراء طلب العروض¹، لكن بالرجوع إلى مختلف مواد قانون الصفقات العمومية 236/10 ، نجد الإجراءين معا²، و ذلك على اعتبار أن طلب العروض هو إجراء يتفق مع المناقصة في جميع المراحل سوى في المعايير التي يتم وفقها إرساء الصفقة ، فالمناقصة تقوم على آلية الإرساء على العرض الأقل سعرا، اما طلب العروض فيقوم على الإرساء على عدد غير محدود من المعايير التي تختارها المصلحة المتعاقدة ، و الإرساء على تعدد المعايير منصوص عليه في قانون الصفقات العمومية و ذلك من خلال المادة 125 منه و التي نصت على إمكانية إرساء الصفقة على العرض الأقل سعرا في حال كانت الخدمات من النمط العادي وعلى إرسائها على أحسن عرض اقتصادي إذا كانت الخدمات معقدة تقنيا، و الإرساء على أحسن عرض اقتصادي يعني أن المصلحة المتعاقدة غير مقيدة بمعيار السعر فقط لإرساء الصفقة بل هي حرة في وضع عدة معايير لإرساء الصفقة، و هذا هو إجراء طلب العروض، وهذا يعني أن قانون الصفقات العمومية قد اخذ أيضا بإجراء طلب العروض إلى جانب المناقصة، إلا انه جعلهما تحت تسمية واحدة "المناقصة"، و عليه سوف نتعرض لكلتا الطريقتين بصورة مستقلة.

1/ المناقصة: المناقصة طريق إجرائي يقوم على المنافسة بين عدة عارضين مع إرساء الصفقة على صاحب أقل سعر، وقد اعتبرت المادة 25 من قانون الصفقات العمومية أن المناقصة هي القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة ... " (ويشمل ذلك طلب العروض أيضا).

والمناقصة قد تكون مفتوحة أين يتمكن أي مترشح من الدخول إلى المنافسة وتقديم عرض أو قد تكون محدودة فلا يسمح بالدخول إلى المنافسة إلا المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة بكامل الحرية ، كما قد تأخذ المناقصة شكل الاستشارة الانتقائية التي لا يستدعى إليها سوى للمترشحين الذين سبق انتقاؤهم من

¹ « ... أهل المشرع و تمادى في تجاهل الكيفية الثالثة للإبرام، و هي كيفية طلب العروض رغم أهميتها و ضرورتها في بعض أنواع الصفقات العمومية...». قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، الصفحة 147.

² المادة 125 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل لقانون الصفقات العمومية 236/10 .

المصلحة المتعاقدة، وقد تأخذ شكل المسابقة لما تتعلق الأمر بخدمات ذات طابع تقني أو فني أو جمالي أين يوضع رجال الفن في منافسة، و قد تأخذ أخيرا شكل المزايدة و ذلك في الحالة التي تريد فيها المصلحة المتعاقدة بيع أو تأجير ممتلكاتها و هي تشمل المتعاملين الوطنيين دون الأجانب¹.

و على الرغم من أن أشكال المناقصة قد تتفاوت في إعمالها للمنافسة و بالتالي تقييدها لحرية البلدية في اختيار المتعاقدين، إلا أنها في مجملها تقوم على منطلق فتح باب المنافسة أمام عديد العارضين، كما أنها تقوم في مجملها أيضا على فكرة الإسناد الآلي للصفقة على صاحب أفضل عرض من النواحي السعرية، و مما لا شك فيه أن قيام المناقصة على المنطق التنافسي من جهة و على آلية الإرساء من جهة أخرى لا يسمح عموما للبلدية بإعمال حريتها في اختيار من يتعاقد معها و يلزمها بالتعاقد مع العارض الذي يقدم السعر الأقل.

ب- طلب العروض : لقد كان الدافع الوحيد للجوء إلى تقنية المناقصة هو محاولة

الأشخاص العامة الحصول على الخدمات بأقل سعر ممكن ، ولكن التجارب العملية أثبتت أن هذه التقنية لا تتلاءم مع المصالح التقنية للأشخاص العامة، فكثيرا ما تسفر المناقصة على عروض هزيلة من النواحي الفنية نظرا لاعتمادها على آلية الإرساء على العرض الأقل سعرا، لذلك كان من الضروري الاعتراف بالاعتبارات الشخصية عند التعاقد و أن تترك هوامش من الحرية للشخص العام لاختيار المتعاقد معه بغية الحصول على أفضل الخدمات من النواحي التقنية²، كما أن قيام المناقصة على المعيار السعري فقط قد يؤدي إلى أسعار مبالغ في تخفيضها مما ينعكس في النهاية سلبا على جودة الخدمات المطلوبة وجدواها الاقتصادية ، لأن فوارق التخفيض سوف تعوض إما من خلال تخفيض مستوى الشروط الإنسانية للعمال أو من خلال رداءة المواد المستعملة في تنفيذ الصفقة، كما قد

¹ وفي الحقيقة أن المزايدة لا تعد من طرق إبرام الصفقات العمومية كما هي محددة في القانون الجزائري ، فالجوء إلى المزايدة يكون بغرض بيع أو تأجير الأملاك والذي سيفضي إلى تحقيق مداخل للإدارة، اما الصفقات العمومية فهي دائما موضوع لصفقات عمومية لذلك فمن الأنسب أن تأتي أحكامها في قانون الأملاك الوطنية.

² محمد مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 812 .

ثبت أيضا أن المناقصة إجراء جامد لأن آلية الإرساء من شأنها أن تؤدي في النهاية إلى فقدان روح المبادرة لدى القائمين على إبرام الصفقات ، كما أن هذه الآلية التي تقوم على منطبق مطابقة العروض مع دفاتر الشروط وكون السعر معيارا وحيدا للإرساء سوف تؤدي إلى تطابق العروض وعدم اختلافها إلا من النواحي السعرية فقط ، وهذا يختزل دور العارض في تحديد السعر فقط للخدمات المطلوبة وفقا للشروط المحددة من جانب الإدارة ، دون أن يترك له أي مبادرة في تحديد أي من الجوانب التقنية للصفقة .

و تلافيا لهذه العيوب ظهرت تقنية طلب العروض التي تعتمد عند الإرساء على عدد غير محدود من المعايير و هو متروك لحرية الإدارة المتعاقدة وضعها ، فطلب العروض هو إجراء لاختيار المتعاقدين يستند على العلانية والمنافسة ويعطي للإدارة مساحة واسعة من الحرية ، لأن إرساء الصفقة في هذا الإجراء يتم بناء على عدة معايير ، و هو على خلاف أسلوب المناقصة الذي يعتمد على المعيار السعري كمعيار وحيد لإسناد الصفقة .

واستعمال طريقة طلب العروض يهدف إلى التعاقد مع العارض الذي يقدم العرض الأحسن اقتصاديا ، مما يؤدي إلى الانفتاح على مجالات جديدة للتكنولوجيا والمنتجات وإلى ضبط العروض ، فالسعر هو أحد المعايير المطلوبة ويبقى ذو اعتبار وأهمية في إسناد الصفقة ، إلا أنه ليس المعيار الوحيد الذي يتم على أساسه الاختيار كما في المناقصة.

وقد رأينا أن قانون الصفقات العمومية الجزائري يأخذ بهذا الإجراء في حالات عديدة ولكن تحت تسمية مناقصة ، و يظهر هذا المسعى من خلال تحديد قانون الصفقات العمومية في المادة 125 للمنهجية التي تعتمدها لجنة تقييم العروض عند تقييمها للعروض، فهذه اللجنة ألزمتها القانون بانتقاء العرض الأقل من الناحية السعرية إذا ما كانت الخدمات المطلوبة من النمط العادي، أما إذا ما كانت الخدمات المطلوبة تقوم على جوانب تقنية فان اللجنة تلتزم بانتقاء العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية¹، و هذا يوضح أن

¹ نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية على: " تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة لتقييم العروض...تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم

إرساء الصفقات في القانون الجزائري لا تقوم على المعيار السعري فقط بل قد تتم بناء على معايير عديدة ، و أعمال هذه المنهجية يعني أن قانون الصفقات العمومية يأخذ بتقنية طلب العروض في إبرام الصفقات إلى جانب تقنية المناقصة¹.

الفرع الثاني

حالات استبعاد المنافسة

ليست كل العقود التي تبرمها البلدية تقوم على منطق التنافس في اختيار المتعاقد، فهناك بعض العقود تستبعد فيها المنافسة بشكل جزئي أو بشكل كلي فتستفيد البلدية من خلالها بحرية أكبر في اختيار من يتعاقدون معها ، و أساس استبعاد المنافسة في إبرام هذه العقود يرجع إلى اعتبارات عديدة و التي قد تتعلق بوجود ظروف استعجالية أو استثنائية تقتضي السرعة في إبرام العقد فتصبح المنافسة لا تتلاءم مع هذه الأوضاع ، أو قد تتعلق بمبلغ العقد فهناك بعض العقود زهيدة القيمة و المنطق يستدعي استبعاد المنافسة في إبرامها ، و قد تتعلق أخيرا بنوع العقد التي ستبرمه البلدية، فهناك بعض العقود يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار فلا يمكن أن يتم اختياره بناء المنافسة، و عليه سوف نتعرض لاستبعاد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية (أولا) ثم إلى استبعاد المنافسة في إبرام عقود الامتياز (ثانيا).

أولا : استبعاد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية

هناك حالات عديدة أين يتم استبعاد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية و ذلك من خلال استبعاد تقنية المناقصة التي تقوم أساسا على المنافسة لصالح طرق إجرائية أخرى لا تقوم على المنافسة و تفسح مجالا واسعا للبلدية لإعمال حريتها في اختيار المتعاقدين.

تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط. وتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم، للقيام، طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء اما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، و اما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات...".

¹ «... ترتب عن تجاهل [قانون الصفقات العمومية] كقضية طلب العروض خلطا بين الأنواع المختلفة لكل كقضية». قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، الصفحة 147.

١- استبعاد المنافسة عند وجود ظروف استثنائية أو خاصة: يعتبر التراضي طريقاً

إجرائياً لإبرام الصفقات العمومية يتم اللجوء إليه عند وجود ظروف استعجالية أو خاصة يتعذر معها أعمال المنافسة¹، إلا أن اللجوء إلى التراضي ليس إلا طريقاً استثنائياً فالأصل هو اللجوء إلى طريقة المناقصة التي تقوم على المنافسة الحرة، و نتيجة لذلك حدد قانون الصفقات العمومية على سبيل الحصر الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى التراضي، كما ميز بين الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط أو اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة.

إن اللجوء إلى التراضي البسيط لا يتم إلا في حالات الاستعجال في تنفيذ الخدمات والتي لا تتلاءم طبيعتها مع أجال إبرام الصفقات، و أيضاً في الحالة التي تكون فيها الخدمات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة لا يمكن تأديتها إلا من شخص وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي تريدها المصلحة المتعاقدة، أو أن تكون الخدمات المطلوبة تقوم على اعتبارات ثقافية أو فنية، و في حالة الاستعجال الذي يهدد ملك أو استثمار، أو في حالة التموينات المستعجلة و توفير الحاجات الأساسية للسكان، إن اللجوء إلى التراضي البسيط في هذه الحالات هو نتيجة لوجود ظروف مستعجلة أو استثنائية تقتضي سرعة التدخل فالمناقصة إجراء يتسم بالبطئ ولا يمكن أن يتلاءم مع هذه الحالات، إلا أن اللجوء إلى التراضي البسيط قد يبرر في بعض الحالات بخيارات سياسية واقتصادية عامة لذلك يمكن اللجوء إلى التراضي البسيط في الصفقات التي تتضمن مشاريع ذات أولوية أو بدافع ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج².

أما التراضي بعد الاستشارة فلا يتم اللجوء إليه إلا في الحالة التي يتضح من خلالها أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، وذلك في الحالة التي أجريت فيها المناقصة ولكن استلم عرض واحد فقط أو لم يستلم أي عرض، أو أنه تم التأهيل التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم التأهيل التقني لأي عرض، في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات

¹ نصت المادة 27 من قانون الصفقات العمومية 236/10 على: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة...".

² المادة 43 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل و المتمم لقانون الصفقات العمومية 36/10.

الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة ، في حالة صفقات الدراسات والوظائف والخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع إجراء المناقصة ، في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة وفي حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية و تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات¹.

و على العموم فإن إجراء التراضي هو إجراء يستبعد المنافسة للاعتبارات المذكورة سابقا والتي تجعل المنافسة غير متلائمة مع هذه الظروف وبذلك يترك المجال واسعا لحرية البلدية في اختيار المتعاقدين، إلا أن إجراء التراضي هو طريق استثنائي فقط فالأصل أن يتم إبرام الصفقات عن طريق المناقصة التي تقوم على إعمال مبدأ المنافسة.

ب/ استبعاد المنافسة في إبرام العقود التي لا تتجاوز المبلغ المحدد للصفقات: لقد رأينا أن

إعمال المنافسة في إبرام عقود البلدية يسعى أساسا لتحقيق مبدأ المحافظة على المال العام في العقود التي تلزم البلدية بنفقات ضخمة، إلا أن هناك عقودا أخرى لا تلزم البلدية إلا بنفقات زهيدة فتستبعد المنافسة في إبرامها و هذا من شأنه أن يعطي للبلدية حرية واسعة في اختيار من يتعاقدون معها.

فإذا كان قانون البلدية قد أحال إبرام العقود التي تتضمن اللوازم و الأشغال و الخدمات إلى قانون الصفقات العمومية²، إلا أن هذه الإحالة تتعلق فقط بالعقود التي يتجاوز مبلغها السقف المحدد للصفقات العمومية ، أما العقود التي لا تتجاوز هذا السقف فلا تعتبر صفقات عمومية و ذلك بنص المادة السادسة من قانون الصفقات العمومية³. و هذا يعني استبعاد الطرق الإجرائية التي تبرم وفقها الصفقات العمومية و القائمة على

¹ المادة 44 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل و المتمم لقانون الصفقات العمومية 36/10.

² نصت المادة 89 من قانون البلدية 10/11 على « يتم إبرام صفقات اللوازم و الأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية... طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية ».

³ نصت المادة السادسة من قانون الصفقات العمومية 236/10 المعدل و المتمم بالرسوم الرئاسي 23/12 على « كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و أربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي و جوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم ».

المنافسة و على آلية الإرساء على العرض الأقل سعرا¹، و هذا من دون شك يعطي للبلدية حرية واسعة في اختيار من يتعاقدون معها في هذه العقود.

ثانيا: استبعاد المنافسة في إبرام عقود الامتياز

إن عقد الامتياز الذي تبرمه البلدية هو عقد يتضمن استغلال المتعاقد للمرفق العام مقابل الحصول على رسوم من المنتفعين و لا يلزم البلدية بأي نفقة، و هذه الخاصية تجعل شخصية المتعاقد محل اعتبار في هذه العقود، فاختيار متعاقد من هذا النوع لا يمكن أن يتم وفق إجراء المنافسة، فطبيعة هذا العقد تفرض على البلدية أن تنتقي شخصا قادرا على الاضطلاع بإدارة المرفق العام وهذا يقتضي مراعاة مبدأ الاعتبار الشخصي في هذه العقود والذي يسمح للبلدية باختيار صاحب الامتياز بكامل الحرية².

فمفهوم الاعتبار الشخصي قد تبلور من خلال امتلاك الأشخاص العامة لحرية تعاقدية واسعة في اختيار من يمنح له تسيير المرفق العام و عدم خضوعها لأي التزام يفرض عليها إجراء منافسة في إبرام هذا النوع من العقود، والأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقود الامتياز ، حيث أن منح تسيير مرفق عام لشخص خاص يعتبر من قبيل تنظيم المرافق العامة ، والحرية التي تملكها الأشخاص العامة في اختيار المتعاقد في عقود الامتياز تبرر من خلال الالتزام الذي يقع على عاتقها في إشباع حاجات المصلحة العامة عن طريق تحقيق أفضل

¹ من المنطقي أن عدم بلوغ عقود التوريد و الأشغال و الخدمات السقف المحدد في قانون الصفقات العمومية يستدعي استبعاد الطرق الإجرائية المقررة لإبرام الصفقات العمومية، إلا أن ذلك يؤدي في القانون الجزائري إلى أكثر من ذلك فيؤدي إلى استبعاد تطبيق قانون الصفقات العمومية بشكل كامل على هذه العقود ، إن هذا منحي لا يستساغ، فكيف لمبلغ العقد أن ينال من وصف الصفقة العمومية لهذه العقود، فمنطقيا مبلغ العقد لن يؤدي إلا إلى استبعاد طرق الإبرام المقررة للصفقات العمومية على اعتبار أنها عقود زهيدة القيمة و لا يستدعي إبرامها أعمال المنافسة التي تهدف للمحافظة على المال العام، اما الأحكام الأخرى التي يتضمنها قانون الصفقات العمومية كالتى تتعلق بتنفيذ الصفقات فلا نجد مبررا لاستبعادها.

² "en matière de concessions et conventions voisines la liberté de choix et de négociation était totale. a l'appui de ce principe[l'intuitu personae], trois principaux arguments étaient avancés: ces contrats sont conclus intuitu personae, ce qui exclut les procédures formalistes; ils sont complexes, ce qui rend la concurrence impraticable; l'argent public n'est pas en jeu, ce qui permet plus de souplesse" Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Page 513.

إدارة وتنظيم للمرفق العام¹ ، لذلك فإن الاعتبار الشخصي وسلطة تنظيم المرفق محل التفويض يرتبطان ارتباطا وثيقا ، فالتنظيم الأفضل للمرفق هو أساس الاعتبار الشخصي في جميع العقود التي يكون محلها تسيير المرافق العامة، ذلك أنه عندما تمنح الأشخاص العامة تسيير مرفق عام عن طريق التعاقد فإن الهدف الذي يجب أن تسعى لتحقيقه هو إشباع الحاجات العامة عن طريق المرفق الممنوح ، وهذا يقتضي أعمال حرية الشخص العام في اختيار أفضل من يستطيع القيام بهذه المهمة دون أن تعقيه إجراءات محددة قائمة على المنافسة، كما يبرر أيضا الاعتبار الشخصي بالالتزامات الاستثنائية التي تقع على صاحب الامتياز في هذا النوع من العقود ، فصاحب الامتياز يلتزم شخصيا بالتنفيذ الجيد للمرفق محل عقد الامتياز و لا يمكنه التوقف عن تنفيذ المرفق الذي يسيره حتى لو اخل مانح لامتياز بالتزاماته، فهذا لا يعفى صاحب الامتياز من احترامه لالتزاماته²، وبالتالي فإن متعاقد كهذا الذي تقع عليه التزامات بهذه الصرامة ، يجب أن لا يتم اختياره وفق قواعد المنافسة التي تقيم وزنا للأسعار فقط أو المناقصة التي تقوم على آلية الإرساء ، بل لابد وأن تكون للشخص عام حرية كاملة في اختيار المتعاقد من هذا النوع .

وعلى هذا الأساس فإن البلدية تملك عند اختيار صاحب الامتياز حرية واسعة و هذه الحرية هي نابعة من مفهوم الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه هذا النوع من العقود» غير أن أهمية موضوع الامتياز تجعل منه عقدا يغلب عليه الطابع الشخصي وأن الملتزم يخضع للسلطة التقديرية للإدارة³ ، إلا أن هاته الحرية أصبحت تشهد تزايدا في القيود و أصبح من اللازم حتى في عقود الامتياز أن يتم اختيار المتعاقد وفق مبادئ الشفافية العلانية، وفي بعض الأحيان يتم التراجع كليا عن هاته الحرية و يتم يفرض المتعاقد من القوانين، فقد نصت تعليمة وزير الداخلية المتعلقة بإجراءات منح المرافق المحلية عن طريق الامتياز على: « غير أن هذا الاختيار [صاحب الامتياز] يجب أن يتم وفق معايير موضوعية، تحدد على أساسها مواصفات ومقومات دقيقة وأن تتم الإجراءات على

¹ محمد مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، الصفحة 811.

² نفس المرجع ، الصفحة 812.

³ تعليمة وزير الداخلية، انظر الملحق رقم 01.

علنية وشفافية تامة في جميع المراحل والمزايدات وذلك بعد ضمان المناقشة المشروعة والإعراض الجدي في أوقات معروفة»¹، فرغم الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد امتياز المرفق العام فان تعليمة وزير الداخلية ألزمت البلدية بضرورة اختيار صاحب الامتياز وفق إجراءات العلنية و الشفافية، هذا بالإضافة إلى أن القوانين قد تعدم في بعض الحالات أي حرية للبلدية في اختيار صاحب الامتياز وتفرض المتعاقد معه رغم فكرة الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه هذا النوع من العقود، ففي عقود امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه الذي يعد من اختصاص البلدية²، ألزم قانون المياه 12/05³ البلدية أن لا تمنح تسيير هاته الخدمات إلا لشخص معنوي خاضع للقانون العام، رغم أن نفس المادة أعطت للدولة الحرية في منح تسيير هاته الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص⁴، إن هذه القيود الواردة على اختيار صاحب الامتياز توضح أن حرية البلدية مقيدة حتى في عقود الامتياز التي تقوم على فكرة الاعتبار الشخصي والتي يفترض أنها تسمح للبلدية باختيار المتعاقد معها بكامل الحرية.

المطلب الثاني

ممارسة البلدية لحرية تحديد شروط العقد

يتمتع الأفراد بحرية واسعة في تحديد الشروط التعاقدية ، وقد كان لممارسة هذه الحرية الأثر البالغ في إنتاج العقود الجديدة والشروط المستحدثة ، فاغلب القواعد التي تنظم العقود المدنية هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين ، يستطيع الأفراد مخالفتها بكل حرية ، و رغم التراجع الذي عرفته الحرية التعاقدية بفعل ظهور العقود المفروضة و النموذجية ، إلا أن حرية الأفراد لا تزال واسعة في تحديد مضمون العقد، فالنماذج العقدية

¹ انظر الملحق رقم 01.

² نصت المادة 101 من قانون المياه 12/05 على: « تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة و البلديات ».

³ انظر الملحق رقم 03 .

⁴ «... يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط و نظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم... و يمكن للبلدية، حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، استغلال الخدمات العمومية للمياه عن طريق الاستغلال المباشر الذي يتمتع بالاستقلالية المالية أو عن طريق منح امتياز تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام ». المادة 101 من القانون 12/05 المتضمن قانون المياه المؤرخ في 2005/08/04) الجريدة الرسمية العدد 60 المؤرخة في 2005/09/04).

التي تقدمها القوانين هي غير ملزمة في اغلبها للأطراف الذين بإمكانهم مخالفة هذه الشروط أو حتى إبرام عقود جديدة لا يعرفها القانون ، وكل ذلك كان تحت تأثير الحرية التعاقدية للأفراد، إلا أننا نجد أن ممارسة البلدية لحرية تحديد مضمون العقد محكومة بكم هائل من القواعد الأمرة التي لا تستطيع البلدية مخالفتها، كما أنها محكومة أيضا بالشروط المفروضة و العقود النموذجية التي تلزمها القوانين بالإحالة عليها و مطابقتها، سوف نتعرض فيما يلي إلى الشروط التعاقدية المحظورة في عقود البلدية (فرع أول)، ثم إلى الشروط التعاقدية المفروضة (فرع ثاني).

الفرع الأول

الشروط التعاقدية المحظورة

يحظر القانون على البلدية تضمين بعض الشروط في عقودها، ولعل ابرز شرط محظور في عقود البلدية هو الشرط التحكيمي، فالبلدية لا يجوز لها أن تطلب التحكيم في علاقاتها التعاقدية، والشرط التحكيمي عرفته المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " ... الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة... لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" إذن فالشرط التحكيمي هو ذلك الشرط الذي ينفق عليه المتعاقدين ضمن العقد و مقتضاه إحالة النزاعات التي تطرأ بمناسبة العلاقة التعاقدية إلى شخص يختارونه ليفصل فيها بقرار ملزم للأطراف¹، و لما كانت البلدية احد الأشخاص العامة فإنها يجب أن تكون مثالا يحتذى للثقة بعدالة القضاء، كما أنها لا يجب أن تعرض المصلحة العامة التي تسعى لتحقيقها إلى مخاطر التحكيم لذلك لا يجوز للبلدية أن تطلب التحكيم بتضمين العقد شرطا تحكيميا، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على «... لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم...»، إلا أن حظر التحكيم لا يشمل جميع العقود التي تبرمها البلدية فقد أورد المشرع في نفس المادة بعض الاستثناءات و سمح بالتحكيم في إطار الصفقات

¹ لما يكون التحكيم في شكل بند في العقد مضمونه حل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة العلاقة التعاقدية يسمى هذا بالشرط التحكيمي، اما إذا ما اتفق أطراف العلاقة القانونية على حل النزاع الذي قد نشأ فعلا عن طريق التحكيم فيسمى بمشارطة التحكيم. انظر في هذا الخصوص: محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سابق، الصفحة 345.

العمومية و في العلاقات الاقتصادية الدولية للأشخاص العامة « لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية و في إطار الصفقات العمومية».

و من الشروط المحظورة أيضا في عقود البلدية، الشروط التي تتضمن تنازلا من قبل البلدية عن سلطاتها ضمن العقود الإدارية، كالتنازل عن سلطة التعديل الانفرادي للعقد أو سلطة الفسخ الانفرادي أو سلطة الرقابة و التوجيه أو سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، فهذه السلطات لا يمكن التنازل عنها عن طريق إدراج شروط عقدية تتضمن ذلك، و مرد هذا الحظر هو ارتباط هذه السلطات بتنظيم المرافق العامة الذي يعد من صميم أهداف البلدية التي تسعى لتحقيقها، و لما كان العقد الإداري متصلا بالمرفق العام¹، تثبت هاته السلطات للبلدية ولو لم تدرج كشروط في العقد، و لا يمكن للعلاقة التعاقدية أن تحول دون ممارستها من البلدية، لذا لا يجوز للبلدية أيضا أن تتفق مع المتعاقد معها على شروط في العقد تتضمن استبعاد هذه السلطات.

الفرع الثاني

الشروط التعاقدية المفروضة

يفرض القانون على البلدية تضمين بعض الشروط في عقودها، فأحكام قانون الصفقات العمومية تلزم البلدية بإدراج بعض البنود في كل الصفقات التي تبرمها²، و هذه البنود قد تكون إلزامية، كالبند الذي يشير إلى التشريع والتنظيم المعمول به و إلى مرسوم الصفقات العمومية، البند الذي يُعرّف بدقة الأطراف المتعاقدة و هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم، البند الذي يحدد موضوع الصفقة، بند المبلغ و بند آجال التنفيذ و الفسخ، كما قد تكون هذه البنود تكميلية و لكنها إلزامية هي الأخرى، كالبند الذي يشير إلى طريقة الإبرام، البند الذي يحيل إلى دفتر البنود الإدارية العامة و دفتر التعليمات المشتركة، البند الذي يحدد شروط عمل المتعاملين الثانويين، بند مراجعة الأسعار، بند الرهن

¹ إن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام هو ما يعطي للعقد الإداري ذاتيته المستقلة عن العقود المدنية، فتكيف المرفق العام هو مبرر سلطة الإدارة في تعديل و فسخ العقد بطريق انفرادي.

² انظر: شايبي نوال، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012، الصفحة 101.

الحيازي إن كان مطلوباً ، البند الذي يحدد نسب العقوبات المالية و كفاءات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ، بند يحدد كفاءات تطبيق حالات القوة القاهرة، بند شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ، النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل ، بند قائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم، شروط استلام الصفقة ، بند القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات، بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل ، البنود المتعلقة بحماية البيئة ، البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية¹.

وبالإضافة إلى هذه الشروط التي تلتزم البلدية بتضمينها في الصفقات التي تبرمها ألزم القانون البلدية أيضاً بأن تحدد مضمون عقودها بناء على الإحالة إلى بعض الدفاتر التي تعدها السلطة المركزية أو بناء على مطابقة العقد المبرم لعقود نموذجية معدة هي الأخرى من السلطة المركزية ، هذا ما يجعل أغلب الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود البلدية شروط مفروضة، والتي تحد من حريتها في تحرير شروط العقد.

إن فكرة وضع دفاتر للشروط ظهرت في القرن التاسع عشر و ذلك بغية إيجاد تقنين خاص يحكم عملية إبرام العقود الإدارية و تنفيذها ، حيث انه لم تكن قد ظهرت بعد قوانين تنظم هذه العملية ، لذلك تم التوسع في تحرير دفاتر الشروط لتحديد إجراءات إبرام العقود الإدارية والعمل على حل المشاكل التي تطرأ عند تنفيذ هذه العقود، لذلك اعتبر الفقهاء في هاته المرحلة أن مجرد الإحالة إلى دفتر الشروط كاف لان يضيف على العقد الطبيعة الإدارية، إلا أن وظيفة دفتر الشروط قد تغيرت في القوانين الحديثة و أصبحت تتضمن فقط الشروط الإدارية و التقنية التي تنفذ على أساسها العقود².

¹ للاطلاع على البنود الإلزامية و التكميلية في الصفقات العمومية راجع: المادة 62 من قانون الصفقات العمومية 236/10.
² يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المعمول به في الجزائر أحكاماً تتعلق بإبرام الصفقات العمومية ويتجاوز ما يمكن أن يكون عليه دفتر الشروط ، حتى أن العديد من أحكامه تتعارض مع أحكام قانون الصفقات العمومية، انظر في هذا الخصوص: لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007، الصفحة 22. و أيضاً:

Sabri Mouloud, *le droit des marchés publics en Algérie*, revue de conseil d'Etat, N= 02, 2005, Page 07. "En réalité le CCAG de 1964 constitue déjà une tentative prématurée d'algérieniser le droit des marchés publics dans la mesure où son contenu dépasse le cadre normale d'un CCAG..."

دفاتر الشروط هي مجموعة من الوثائق التي تحال إليها من جانب الإدارة وتحتوي على الالتزامات الإدارية والتقنية لأطراف العقد ، ويعتبر دفتر الشروط الإدارية العامة أهم أنواع دفاتر الشروط وهو مجموعة من الوثائق التي تصدر عن السلطة المركزية وتقبل التطبيق على عدد غير محدود من العقود¹، وتلعب دورا كبيرا في تحديد مضمون العقود الإدارية، و يفترض في دفتر الشروط الإدارية العامة انه حصيلة الخبرة الإدارية في هذا المجال من خلال العمل على حل المشاكل التي تعترض تنفيذ العقود الإدارية، لذلك تعدل أحكام دفاتر الشروط بصورة دورية ، فقد نصت المادة 10 من قانون الصفقات العمومية على : «توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات ...»²، ويُعتمد دفتر الشروط الإدارية العامة بموجب مرسوم تنفيذي «... دفاتر البنود الإدارية العامة والموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي...»، وهذه الدفاتر تطبق على جميع إدارات الدولة والمؤسسات العامة والجماعات المحلية ومؤسساتها.

كما أن هناك دفتر آخر يعمل على تحديد الشروط التقنية العامة للصفقات العمومية نصت عليه 10 من قانون الصفقات العمومية و هو دفتر التعليمات المشتركة، و هو مجموعة من الوثائق تحتوي على الأحكام التقنية للصفقات التي هي من طبيعة واحدة، و يُعتمد هذا الدفتر بقرار صادر عن الوزير المعني حسب كل قطاع.

و بالإضافة إلى دفتر الشروط الإدارية و التقنية العامة التي تحدد بشكل كبير مضمون الصفقات العمومية التي تبرمها البلدية هناك دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد مضمون عقود الامتياز ، و هذا الدفتر معد من السلطة المركزية و تلتزم البلدية بمطابقة عقد الامتياز الذي تبرمه مع هذا الدفتر.

إن دفتر الشروط الإدارية العامة و دفتر التعليمات المشتركة و دفتر الشروط

¹ « ...des 1964, le ministère de le reconstruction des travaux publics et des transports , avait mis au point un C.C.A.G applicable aux marchés de travaux passés par ses services. cependant l'évolution ultérieur tendra a battre en brèche cette option dans la mesure ou ce C.C.A.G sera utilisé par l'ensemble des ministères, des collectivités locales, ainsi que par certaines entreprises publiques.» BENNADJI CHÉRIF, *l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie*, thèse de doctorat, université d'Alger, 1991, Page 510.

² دفتر الشروط الإدارية العامة المعمول به في الجزائر صدر بموجب قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، و يلاحظ أن هذا الدفتر لم يتم تحيينه إلى غاية اليوم كما انه مطبق على جميع أنواع الصفقات العمومية. انظر الملحق رقم 02.

النموذجي الخاص بعقود الامتياز هي دفاتر تحدد بشكل كبير مضمون العقود التي تبرمها البلدية فهذه الوثائق محررة من قبل الوزارات و لا يتم إشراك البلدية في إعدادها كما أنها ذات طبيعة إلزامية ، فقد نص قانون الصفقات العمومية من خلال المادة 62 على إلزامية الإحالة في الصفقة إلى دفتر البنود الإدارية العامة و دفتر التعليمات المشتركة ، و اعتبرهما جزءا لا يتجزأ من الصفقة ذاتها ، اما بخصوص دفتر الشروط النموذجي لعقد الامتياز فان طبيعته الإلزامية تظهر من خلال نص المادة 138 من قانون البلدية التي نصت على: « يخضع عقد الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم »، و تجدر الإشارة إلى قانون البلدية 24/67 جعل المصادقة على عقود الامتياز التي تبرمها البلدية من عامل العمالة (الوالي) تتوقف على مطابقة عقد الامتياز لدفتر الشروط النموذجي المقرر بمرسوم ، اما في الحالة التي لا يتطابق فيها عقد الامتياز مع دفتر الشروط النموذجي اشترط قانون البلدية مصادقة وزير الداخلية¹ ، اما في قانون البلدية 08/90 فالبلدية ملزمة بمطابقة عقد الامتياز لدفتر الشروط النموذجي في جميع الأحوال، و ذلك تحت طائلة عدم تصديق الوالي على عقد الامتياز ، ما يعني عدم نفاذ عقد الامتياز المخالف لأحكام دفتر الشروط النموذجي².

و على الرغم من أن هذه الدفاتر تحدد بشكل واسع الشروط التعاقدية في عقود البلدية إلا أنها لا يمكن أن تحدد جميع الشروط التي قد يتضمنها العقد، ذلك أن هناك شروطا خاصة بكل عقد يترك للبلدية مهمة تحديدها ، فالدفاتر العامة لا يمكنها تحديد مضمون العقد بشكل كلي و الإحاطة بجميع الحاجات الخاصة التي تسعى البلدية لتأمينها ، ففي الصفقات العمومية يعود للبلدية تحرير دفتر التعليمات الخاصة الذي يتضمن الشروط الإدارية و التقنية الخاصة بكل صفقة، و في عقود الامتياز يعود للبلدية أيضا الاتفاق مع صاحب الامتياز حول بعض الشروط التعاقدية خاصة فيما يتعلق بالشروط المالية و تحديد مدة عقد الامتياز ، و في هذا الصدد قد يثار التساؤل حول مدى إمكانية البلدية مخالفة أحكام الدفاتر العامة عند تحريرها

¹ نصت المادة 220 من قانون البلدية 24/67 على « إذا أمكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا، دون أن ينجم عن ذلك ضرر فيؤذن للبلديات منح هذا الامتياز. و يصادق على هذه الاتفاقات التي تجري لهذا الغرض بموجب قرار عمالي إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقات المقررة بمرسوم، و يصادق عليها بقرار من وزير الداخلية في حالة العكس... ».

² نصت المادة 138 من قانون البلدية 08/90 على « إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلديات منح هذا الامتياز. يصادق الوالي على هذه الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات المعمول بها حسب قواعد الإجراءات السارية المفعول. ».

للشروط الخاصة بكل عقد ؟ أي هل يجوز أن تخالف دفاتر الشروط الخاصة التي تعدها البلدية دفاتر الشروط العامة ؟، إن الرجوع إلى أحكام دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964 نجد أن المادة الثالثة منه نصت على: «عندما يتضمن دفتر الشروط الخصوصية مخالفات استثنائية لدفتر الشروط الإدارية العامة، يجرى إدراج قائمة بالمواد التي وقعت عليها المخالفة في المادة الأخيرة من دفتر الشروط الخصوصية»، وهذا يعني أن هناك إمكانية للبلدية أن تخالف بصورة استثنائية أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة عند تحريرها لدفتر التعليمات الخاصة بالصفقة، وهذا يسمح للبلدية بان تمارس حرية أكبر في تحديد الشروط التعاقدية، اما بخصوص عقد الامتياز فقد رأينا أن قانون البلدية لسنة 1964 كان يسمح للبلدية بان تخالف أحكام دفتر الشروط النموذجي لعقد الامتياز على أن يخضع لمصادقة وزير الداخلية بدلا من الوالي، اما قوانين البلدية اللاحقة فنعتقد أنها ألزمت البلدية بإتباع النموذج العقدي المعد لهذه العقود و مطابقته.

و في الأخير نخلص إلى أن اغلب الشروط التعاقدية في عقود البلدية هي شروط مفروضة و ان البلدية لا تملك من خلال تصرفاتها التعاقدية مكنة الاتفاق بكل حرية حول كل الالتزامات المتبادلة بينها و بين المتعاقد معها، هذا ما يجعل حرية البلدية في تحديد الشروط التعاقدية حرية ماطرة بشكل كبير من القوانين.

خاتمة

إن إثبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية ليس بالأمر اليسير طالما أن فكرة الحرية التعاقدية هي أساسا فكرة القانون الخاص ، لذلك فإن استقبالها ضمن نطاق العام و ضمن عقود البلدية يثير العديد من الصعوبات، هذه الصعوبات ناجمة عن طبيعة البلدية أساسا، ثم عن طبيعة العقود التي تبرمها ، فالبلدية هي احد الأشخاص العامة ويستبعد أن تكون لديها إرادة مستقلة ، فإرادة الأشخاص العامة هي مقيدة من حيث الأصل باستهداف المصلحة العامة ، ومن ثمة فإن هذه الإرادة لا يمكن أن تكون مستقلة وذات سلطان ذاتي ، وهذا الوضع لن يسمح بوجود الحرية التعاقدية لدى البلدية ، فالحرية التعاقدية هي مبدأ نابع عن الإرادة الحرة و المستقلة و ذات السلطان و هذا ما لا يمكن تصوره لدى البلدية.

كما أن طبيعة البلدية تتعارض مع التمتع بالحقوق و الحريات ، فالحقوق و الحريات مقصورة على الإنسان لوحده ، فكيف يمكن للبلدية أن تتمتع بالحرية التعاقدية في حين أنها لا تتمتع أصلا بالحقوق و الحريات، إن هذا الوضع أيضا يجعل من المستحيل أن توجد لدى البلدية حرية تعاقدية.

أما طبيعة العقود التي تبرمها البلدية ، فهي في اغلبها عقود إدارية ، فحضور البلدية كطرف في العقد الذي يتضمن بندا غير مألوف أو يتصل بالمرفق العام من شأنه أن يجعله عقدا إداريا، و الطبيعة الإدارية تجعل العقد ماطرا بشكل بالغ من القوانين و التنظيمات ، كما تمنح للأشخاص العامة سلطات غير مألوفة في مواجهة المتعاقد معها، و هذا الوضع يجعل فكرة الحرية التعاقدية ضمن هذه العقود أمر من الصعب قبوله.

إلا أننا حاولنا من خلال هذا البحث تجاوز كل هذه الصعوبات و إثبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية و ذلك انطلاقا من فكرة انفصال الحرية التعاقدية عن سلطان الإرادة، فهذا الانفصال اماط الستار عن معالم الحرية التعاقدية للبلدية طالما أنها لم تعد بذلك الارتباط الشديد مع سلطان الإرادة، فحقيقة الحرية التعاقدية أنها لا ترتبط بسلطان الإرادة بقدر ما هي مرتبطة بالتقنية التعاقدية ذاتها، فالنظام التعاقدية يقوم على ممارسة الحرية التعاقدية ، و بالتالي يمكن للبلدية ممارسة هذه الحرية المستمدة من العقد مدنيا كان أو إداريا، هذا على الرغم من أن بعض الفقه اعتبر تلك الهوامش من الحرية هي مجرد سلطات تقديرية

للشخص العام و لا تعبر عن ممارسة حرية تعاقدية بأي حال من الأحوال ، إلا أننا استطعنا إثبات أن البلدية تمارس ضمن عقودها حرية تعاقدية حقيقية و التي تستمدتها أيضا من شخصيتها القانونية و ليس من فكرة الاختصاص ، كما أننا أثبتنا أن الحقوق و الحريات لم تعد مقصورة على الأفراد و بإمكان الأشخاص العامة و البلدية على وجه التحديد أن تكون موضوعا لهذه الحقوق و الحريات، وان القوانين الحديثة أصبحت تتوسع في إسناد الحقوق و الحريات الأساسية للأشخاص العامة و خاصة الجماعات الإقليمية .

و لكن إثبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية غير كاف إذا بالمقابل لم يسمح النظام القانوني ببناء هذه الحرية ، أي أن يسمح بالممارسة الفعلية لهاته الحرية، فحقيقة ممارسة البلدية للحرية التعاقدية أثبتت لنا وجود العديد من القيود و المعوقات التي تحد من هذه الممارسة و التي جعلت من الحرية التعاقدية للبلدية تختلف عن تلك التي يمارسها الأفراد في معرض تصرفاتهم التعاقدية ، فالمجال التعاقدى للبلدية اقل اتساعا من المجال التعاقدى للأفراد، فهناك عدة مواد تخرج المجال التعاقدى للبلدية و ذلك بحكم طبيعتها أو بحكم القانون الذي يحظر على البلدية أن تتعاقد حول مادة معينة، و هذا المجال يزداد تقلصا بفعل خضوع البلدية لمبدأ التخصص، هذا المبدأ الذي يحد بشكل كبير من نطاق ممارسة البلدية لحرية التعاقد، خاصة باعتماد نظام الإسناد القانوني للاختصاص في تحديد اختصاصات البلدية الذي يجعل البلدية تمارس اختصاصاتها بناء على النصوص القانونية التي تسمح لها بالتدخل في مجال معين، فلا يمكن لها التدخل في كل الشؤون التي توصف بأنها محلية ، و هذا الوضع يجعل لجوء البلدية إلى التصرفات التعاقدية يتوقف على النص القانوني الذي يمنح للبلدية اختصاصا بالتعاقد و هذا ينعكس مباشرة على تفعيل حرية البلدية في التعاقد و يجعل المظهر الأولي و الأساسي للحرية التعاقدية للبلدية مقيدا بصورة شبه كاملة.

و إذا كانت نظرية المواد الخارجة عن دائرة التعاقد و مبدأ التخصص تقلصان من المجال التعاقدى للبلدية ما ينعكس على ممارستها لحرية التعاقد، فان خضوع البلدية للوصاية الإدارية يقيد بشكل مباشر ممارسة هاته الحرية، فعقود البلدية ليست بمنأى عن رقابة الوصاية التي تمارس على جميع أعمال البلدية، والوصاية قد تمنع تعاقد البلدية ليس لعدم قانونيتها ، ولكن لأسباب تتعلق بتقدير السلطة الوصية من خلال رقابة المصادقة على

المداولات التي يتخذها المجلس الشعبي البلدي و المصادقة على العقود بعد إبرامها، وهذه التدخلات الوصائية تجمد أي محاولة لإعمال البلدية لحريتها في التعاقد وفي إبرام العقود التي ترى أنها الأكثر ملائمة لسد الحاجات الخاصة بها .

أما ممارسة البلدية للمظاهر الأخرى للحرية التعاقدية فنجدها ماطرة بشكل بالغ من القوانين، فممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين محكومة بقواعد المنافسة وبطرق إجرائية محددة، كما أن فرض التسيير المباشر لمرافق البلدية يدفع في نفس الاتجاه و يكرس إبرام نوع واحد من العقود وهي الصفقات العمومية، هذه العقود التي لا تترك أي مجال للبلدية لإعمال حريتها في اختيار المتعاقدين و ذلك نظرا للإعتبارات المتعلقة بالحفاظ على المال العام و مكافحة جميع مظاهر الفساد و المحاباة في إبرام هذه العقود، اما بخصوص ممارسة البلدية لحرية تحديد الشروط التعاقدية، فقد وجدنا أن هذه الحرية ماطرة هي الأخرى بشدة من القوانين، فالقانون يفرض في حالات كثيرة مضمون العقد الذي يتعين على البلدية إبرامه، بالإضافة إلى الشروط المفروضة عن طريق إلزامية الإحالة إلى دفاتر الشروط كما في حالة إبرام الصفقات العمومية، أو عن طرق إلزامية المطابقة مع دفتر الشروط النموذجي كما في حالة إبرام عقود امتياز المرافق العامة، فكل هذه الدفاتر لا تشارك البلدية في إعدادها و تلتزم بتضمينها في عقودها وهذا من دون شك يحد من حريتها في تحرير الشروط التعاقدية.

وبعد أن انتهينا من استعراض النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث نستطيع القول أننا قد توصلنا إلى بعض المقترحات و التي سنجملها فيما يلي :

- الاعتراف القانوني بوجود الحرية التعاقدية لدى البلدية كأحد النتائج المترتبة عن منحها الشخصية القانونية .

- منح البلدية اختصاصات واسعة تشمل جميع شؤونها المحلية وإلغاء نظام الإسناد القانوني للاختصاص الذي يقيد من حرية البلدية في التدخل في الشؤون المحلية و العودة لنظام الاختصاص العام للبلديات الذي كان مقررا في قانون البلدية 1967.

- التخفيف من قيود الوصاية الإدارية المشددة على أعمال البلدية أو الاستعاضة عنها كليا برقابة قضائية على قانونية أعمالها.

- منح البلدية حرية أكبر في تحديد طرق تسيير مرافقها العمومية.

- منح البلدية الحرية في اختيار نوع العقد الذي ستبرمه.

- التراجع عن إلزامية دفاتر الشروط العامة و العقود النموذجية ، و جعلها ذات طابع اختياري وإعطاء البلدية حرية واسعة في تحديد الشروط التعاقدية بما يتلاءم مع واقعها المحلي.

و على العموم يجب العمل على تفعيل اللامركزية الإدارية لأنها من دون شك الخطوة الأساسية لوجود حرية تعاقدية فعلية لدى البلدية، فالمشرع لا يستطيع حصر كل الحالات الوليدة التي يفرزها الواقع المحلي للبلديات، لذلك تساهم الحرية التعاقدية في جسر الهوة بين النصوص والواقع وتعمل على إضفاء المرونة على أعمال البلدية، كما أنها تعمل على تكييف العقود مع الواقع الاجتماعي والاقتصادي المحلي ، وعليه يجب أن يترك للبلدية هامش من الحرية لتقدير ما هو الأنسب والملائم للظروف المحلية ، فهي و بحكم موقعها الأقرب للمواطن والأقدر على فهم الواقع المحلي ، أما التدخلات المركزية فهي تفرض الأنماط العقدية الموحدة التي تغفل الخصوصيات المحلية و هذا ليس من شأنه أن يخدم الواقع المحلي في شيء.

و رغم المقترحات التي ذكرناها و التي ترمي إلى تفعيل الحرية التعاقدية للبلدية ، فإنه لا يجب إغفال أن هناك العديد من الاعتبارات التي تدفع نحو اتجاه مناقض لذلك و تعمل على تقييد الحرية التعاقدية للبلدية ، فرصد التطور التشريعي و التنظيمي المتعلق بعقود البلدية و جميع الأشخاص العامة في الجزائر يبرز بما لا يدع مجالا للشك تزايدا في تقييد الحرية التعاقدية لهاته الأشخاص، فالمحافظة على المال العام أصبح "الهاجس الأول" للمشرع في الجزائر ، فالقوانين المتعاقبة أصبحت تسارع في سد أي ثغرة قد تشكل منبعا للحرية في المجال التعاقدية على حساب ضخ المزيد من الحريات ، و في الحقيقة أن هذا الهاجس لا يعكس بالضرورة "خوفا" من فكرة الحرية التعاقدية في حد ذاتها بقدر ما يعكس خوفا من اختفاء الأشخاص القائمين على إبرام العقود باسم الأشخاص العامة وراء ستار الحرية التعاقدية لتمير مآربهم الشخصية البعيدة كليا عن تحقيق المصلحة العامة ، هذا ما يجعل الحرية التعاقدية تفقد وظيفتها الأساسية في وضع إدارة جيدة للإقليم تعمل على المفاوضة و النقاش لتأمين أفضل المعاونين لها و أفضل الخدمات الممكنة لإشباع الحاجات العامة لسكان الإقليم .

الملاحق

الملحق الأول

تعليمية وزير الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الإصلاح الإداري رقم: 842/3894
المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية والجماعات المحلية
والبيئة والإصلاح الإداري.
المديرية العامة للحريات الفردية
والشؤون القانونية.
مديرية التقنين العام والمنازعات
المديرية الفرعية للمنازعات
842/ 3894

إلى السادة الولاة
بالاتصال مع السادة:
رؤساء الدوائر
رؤساء المجالس الشعبية البلدية
رؤساء المندوبيات التنفيذية

الموضوع : امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها

إن تحقيق الأهداف المنشودة خاصة فيما يتعلق بتحسين سير الإدارات العامة ، يتطلب إلى جانب الإدارة المركزية وجود إدارة محلية فعالة وعالية الأداء ، تعمل على السعي دوما إلى إشباع الحاجيات العامة لسكان الإقليم بانتظام و اضطراد والعمل على كل ما من شأنه تحقيق سعادتهم أي كانت نتيجة النشاط المحقق لهذه السعادة من تقديم خدمة إلى إنتاج سلعة مع الاحترام الصارم لقواعد المساواة والإنصاف والعدل في توزيع هذه الخدمات .

وعلى هذا الأساس و طبقا لتعليمات السيد رئيس الحكومة فإنه يجب أن تأخذ في الحسبان سرعة تكييفها مع الإصلاحات الجارية واكتسابها لميكانيزمات جديدة تمكنها من تقديم خدمات ذات نوعية عالية وذلك عن طريق مساهمتها الفعالة في رد الاعتبار للمرفق العام الذي يسمح لا محالة باستعادة مصداقية الدولة، واسترجاع فعاليتها وانسجامها .

بالفعل فإن التجربة التي مر بها سير المرافق العامة المحلية تبرز بوضوح عجز هذه الأخيرة عن تحقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة الخدمات ونوعيتها ، وسبب ذلك يعود إلى عجز الجماعات المحلية عن توليها تسيير المرافق العامة مباشرة ، وذلك لقلة الكفاءات ونقص الموارد البشرية والمالية الضرورية. وعليه فقد بات من الضروري إعادة النظر في سياسة إدارة المرافق العامة المحلية والتوجه نحو إيجاد الطرق لتسييرها ، بهدف ترشيد الخدمات العامة وتمييزها ، حتى تكون بمثابة انطلاقة جديدة لتثبيت مصداقية الدولة ، واكتساب ثقة المواطن والقضاء على الممارسات السلبية وقطع الصلة بالعادات القديمة المبنية أساسا على تدخل الدولة في جميع النشاطات والميادين ، وفرض أنماط موحدة في التنظيم على جميع المرافق العامة المحلية .

وبالتالي فإن إسناد بعض المرافق العامة المحلية إلى المتعاملين الخواص ، يمكن أن يؤدي إلى تحقيق جملة من النتائج المرضية يمكن حصرها في النقاط التالية :

1- تمكين الجماعات المحلية من القضاء على عمليات الاستنزاف المالية الذي أثقل كاهلها، وتخلصها من القيود التي كبلتها .

2- الحد من تقوقع الجماعات المحلية في حيز مهام التسيير من يوم إلى يوم ، والتدخل في بعض الأحيان في مجالات ليست صلاحيتها ، ولاسيما على مستوى المؤسسات الاقتصادية، والذي كان يتم على حساب التلخيص والتحليل والدراسات التقنية والاجتماعية اللازمة لإعداد برامج وسياسات تعرض على الحكومة.

3- تمكن الجماعات المحلية من القدرة على أداء مهمتها في إطار الاستراتيجيات السياسية و الاقتصادية البعيدة المدى التي تضمن الاستقرار و الديمومة للهياكل المكلفة بتنفيذ هذه الاستراتيجيات الكبرى .

4- الحد من مسؤولية الجماعات المحلية ، والتي تترتب في ذمتها من جراء احتكار لكل النشاطات المختلفة الصناعية والتجارية والثقافية .

5- الحد من المنازعات والقضايا التي ترفع أمام العدالة ضد الدولة والجماعات المحلية نتيجة تدخلها في جميع الميادين وعلى جميع المسؤوليات .

للوصول إلى هذه الأهداف فإنه بإمكان الجماعات المحلية اللجوء إلى أساليب مغايرة لتلك المعتمدة إلى حد الآن في تسيير مرافقها العمومية ، تكون أكثر فعالية، كأسلوب امتياز المرافق العامة أو تأجيرها وذلك حسب ما تنص عليه المواد 33 و 38 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالولاية.

أولا : امتياز المرافق العامة :

طبقا لما نصت عليه كل من المادة 138 من القانون المتعلق بالولاية فإنه بإمكان الجماعات المحلية أن تعهد تسيير مرافقها العامة إلى المتعاملين الخواص سواء كانوا أفرادا أم شركات عن طريق الامتياز إذا عجزت عن تسييرها من طريق الاستغلال المباشر أو بواسطة مؤسسات عمومية محلية (بلدية وولائية) .

بالفعل فقد نصت المادة 138 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالبلدية على أنه إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية للبلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلديات منح هذا الامتياز.

يصادق الوالي على الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات حسب قواعد الإجراءات السارية المفعول .

كما نصت المادة 130 من القانون رقم 09 /90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالولاية على أنه إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات ويمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز.

يصادق على العقود المبرمة في هذا الصدد بموجب قرار من الوالي وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها .

وهكذا فإن أسلوب الامتياز يعتبر الطريق الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العمومية وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عمومي واستغلاله لمدة معينة من الزمن

بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب الامتياز الملتزم على مسؤوليته ، مقابل رسوم يدفعها المتبعون لخدماته ، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق .

فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقاته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة ، الولاية ، البلدية) طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجماهير مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة .

يختلف أسلوب امتياز المرافق العامة عن أسلوب الاستغلال المباشر أو بواسطة المؤسسات العمومية في أن الإدارة تتولى بنفسها استغلال المرفق العام ، بل تتخلى عن إدارته إلى المتعاملين الخواص من أفراد أو مؤسسات كما أنها لا تقدم الأموال اللازمة لانجاز المشروع بل يتحملها الملتزم وان المشرفين على المشروع ليسوا موظفين عموميين وإنما عمال وأجراء يخضعون في علاقاتهم مع الملتزم إلى أحكام القانون الخاص . وأخيرا فإن المرفق العام في هذه الحالة لا يقدم خدماته بالجان ، بل لا بد أن يؤدي المنتفعون عوضا مقابل ما يتحمله الملتزم من نفقات مخصصة لإنشاء وإدارة المرفق .

1- طبيعة وموضوع عقد الامتياز :

1.1- طبيعة عقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوي على نوعية من الشروط :

أ/ شروط تعاقدية : تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهي شروط لا تهم المنتفعين مباشرة كتلك المتعلقة بالأعباء المالية المتبادلة بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز وبين الملتزم من جهة أخرى ومدة الامتياز ...

ب/ شروط تنظيمية : وهي الشروط التي تملك الجهة الإدارية من تعديلها في أي وقت وكلما دعت حاجة المرفق العام موضوع الامتياز إلى ذلك، كتلك التي لا تقتصر آثارها على العلاقات و الملتزم بل تمتد آثارها

إلى المنتفعين كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال وسيرها، وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها، وبيان كيفية إدارة الخدمة للمنتفعين وشروطها والإجراءات الكفيلة بسلامته وهي ليست عقدا بالرغم أنها تتم باتفاق الطرفين .
ومرد ذلك أن امتياز المرافق العامة لا يعتبر تنازل من قبل الجهة الإدارية المختصة بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته واستغلاله اتجاه الجمهور، وللقيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة لذلك .

أما بالنسبة للوثائق التي تحدد شروط الامتياز فإنها تشكل مجموعة متكاملة تتكون من :

- عقد الامتياز: وهو عبارة عن اتفاق يبرم بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط.

- دفتر الشروط : وهو يشكل المنبع الأساسي لشروط امتياز مرفق عام محدد بذاته وهو يتضمن دائما شروط تعاقدية وأخرى تنظيمية كما أسلفنا، ويخضع للتصديق المسبق دائما وتقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز قبل إجراء العملية، ويستوجب على الملتزم احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة
مضمون عقد الامتياز :

طبقا لأحكام المادة 132 من القانون المتعلق بالبلدية، فإن عقد امتياز المرافق العامة المحلية التابعة للبلدية
يمكن أن يتعلق بالمرافق التالية :

- مرفق المياه الصالحة للشرب والتنظيف والمياه القذرة .

- القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات .

- الأسواق المغطاة ، الأسواق ، الأوزان والمكاييل .

- التوقف مقابل دفع الرسم .

- النقل العمومي .

- المقابر والمصالح الجنائزية .

- الطرق البلدية .

أما بالنسبة للمرافق العامة للولاية، فإن الامتياز يمكن أن ينصب على المرافق العامة التالية :

- الطرق والشبكات المختلفة .

- مساعدة الأشخاص المسنين ورعايتهم .

- النقل العمومي داخل الولاية .

حفظ الصحة ومراقبة النوعية .

وذلك طبقاً لأحكام المادة 119 من القانون المتعلق بالولاية

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية ترجع للجماعات المحلية في تقدير أهمية المرافق العامة الواجب إنشاؤها وطرق تسييرها مع مراعاة المصلحة العامة ، وتلبية الاحتياجات الضرورية للمواطنين.

إجراءات منح المرافق العامة:

ليس هناك نص خاص ينظم كيفية منح امتياز المرافق العامة المحلية وتحديد الشروط المعتمد عليها في اختيار المتعاملين الخواص ، غير أن أهمية موضوع الامتياز تجعل منه عقدا يغلب عليه الطابع الشخصي ، وأن اختيار الملتزم يخضع للسلطة التقديرية للهيئة الإدارية . غير أن هذا الاختيار يجب أن يتم وفق معايير موضوعية ، تحدد على أساسها مواصفات ومقومات دقيقة وأن تتم هذه الإجراءات في علانية وشفافية تامة في جميع المراحل والمزايدات وذلك بعد ضمان المنافسة المشروعة والاعتراض الجدي في أوقات معروفة .

و يجب أن يقرر منح امتياز المرافق العامة المجلس البلدي أو المندوبية التنفيذية للبلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية، لا ينعقد الامتياز إلا إذا صادق الوالي المختص إقليمياً على العقد المبرم بين البلدية المعنية والملتزم، بموجب قرار، بعد التحقق من سلامة الإجراءات ومطابقتها لدفتر الشروط النموذجي المعد حسب القواعد السارية المفعول ، وذلك طبقاً لأحكام المادة 02/138 من قانون البلدية التي تنص : يصادق الوالي على الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة للإجراءات السارية المفعول .

أما بالنسبة لمنح المرافق العامة التابعة للولاية ، فإنه يقرر من طرف المجلس الشعبي الولائي أو المندوبية التنفيذية للولاية حسب الأحوال .

ولأن العقود المبرمة لهذا الغرض يجب أن تكون مطابقة هي الأخرى لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها .

3- مدة الامتياز:

لم يحدد قانون الولاية والبلدية مدة الامتياز للمرافق العامة المحلية غير أن امتياز هذه المرافق لا يكون مؤبدا بل يكون لمدة معينة تحدد في عقد الامتياز.

و هنا تجدر الإشارة إلى أن مدة امتياز المرافق العامة تمتد ما بين 30 إلى 50 سنة حسب الأحوال و هذه المدة تعتبر مقبولة جدا وكافية لان يغطي صاحب الامتياز ما أنفقه من مصاريف في إنشاء المرفق العام وتجهيزه وما يمكن أن يحققه من نسبة معقولة من الأرباح .

4- آثار الامتياز : بما أن امتياز المرافق العامة يعتبر عملا قانونيا مركبا يتضمن شروطا تعاقدية وأخرى تنظيمية ومرد ذلك إلى أن صاحب الامتياز وإن كان الأصل في أنه متعامل خاص يسعى إلى تحقيق الربح ، إلا أنه يسير مرفقا عاما يقدم خدمات أساسية للجمهور، وعلى هذا الأساس فإن له آثار قانونية هامة بين أطراف ثلاثة :

- السلطة الإدارية مانحة الامتياز (الولاية أو البلدية)

- صاحب الامتياز

- المنتفعون

1/4- بالنسبة للسلطة الإدارية مانحة الامتياز :

تتمتع السلطة الإدارية مانحة الامتياز (الولاية أو البلدية) بحقوق في مواجهة صاحب حق الامتياز يمكن حصرها في أمور ثلاثة :

ا/ حق الرقابة على إنشاء وإعداد المرفق العام وسيره :

وهو حق مستمد من طبيعة المرفق العام نفسه ، ولا يجوز للهيئة الإدارية المختصة أن تتنازل عنها كلها أو عن جزء منها ، ويحدد دفتر الشروط تنظيم الرقابة ، وأن الأحكام التي يحتويها بهذا الخصوص تعتبر تنظيمية، ومقتضى ذلك أن حق الرقابة ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليها العقد .

كما أنه يحق للجماعات المحلية أن توقع على الملتزم الإجراءات المناسبة سواء بنفسها أو بما لها من سلطات التنفيذ المباشر إذا توفرت الشروط أو بواسطة استصدار حكم قضائي لذلك .

ب/ حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون توقف على إدارة الملتزم:

هذا الحق مستمد هو الآخر من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائماً ليؤدي خدماته على أحسن وجه وهذا المبدأ معمول به في جل الدول ، وتنص عليه دفا تر الشروط غير أنه إذا أصاب الملتزم ضرر بسبب هذه التعديلات كالاخلاق بالتوازن المالي للعقد يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ .

ج/ حق استرداد المرفق نهاية المدة:

من المتفق عليه أن السلطة الإدارية مانحة الامتياز لها أن تسترد المرفق موضوع الامتياز إذا ما تبين لها أن طريقة الامتياز لم تعد تجدي نفعاً أو أنها لم تعد تتماشى و المصلحة العامة التي أنشأ من اجلها هذا المرفق . وتجدر الإشارة إلى أن شروط و أوضاع استرداد المرفق العام محل الالتزام قبل نهاية المدة يجب أن تحدد في وثيقة الالتزام.

2-4 بالنسبة للملتزم :

يسيطر على آثار الامتياز بالنسبة للملتزم تفكير مفاده أن هذا الأخير ، فردا كان أم مؤسسة، يسعى إلى تحقيق الربح فقط، و عليه فان حقوقه تنحصر في الأمور التالية:

ا/ قبض المقابل المتفق عليه من المنتفعين:

من حق الملتزم أن يتقاضى مقابلًا يحقق له قدرًا معقولًا من الربح مقابل ما يقدمه من خدمات تحدد قيمة و كيفية تحصيله في وثائق الامتياز غير أن الشروط التي تحدد هذا المقابل هي من قبل الشروط التنظيمية، وعلى هذا الأساس فإن المنتفعين يمكنهم التمسك ببطان كل ما يخالفها وطلبك حماية لحقوقهم كما أن للإدارة أن تتدخل في أي وقت و متى اقتضت المصلحة العامة ذلك لتعدل هذا المقابل بالزيادة أو النقصان دون التدخل من الملتزم، و هذا التدخل من الإدارة مانحة الامتياز لتحديد الأرباح له ما يبرره، و ذلك لكون الملتزم يتمتع بمركز ممتاز مستمد من صفة المصلحة العامة التي ينبنى عليها المرفق العام بما لا يسمح للملتزم أن يجني أرباحًا من استغلالها ينصب ضررها على المنتفعين.

ويجب على الإدارة مانحة الامتياز أن تراقب الملتزم باستمرار حتى لا تزداد أرباحه عن القدر المعقول، كما على المنتفعين أن يراقب الإدارة إذا ما قصرت في ممارسة تلك الرقابة و ذلك عن طريق الطعون الإدارية و القضائية.

ب/ الحصول على المزايا المالية المتفق عليها من الإدارة:

يمكن للجهة الإدارية مانحة الامتياز بان تحقق للملتزم بعض المزايا و ذلك حسب إمكانياتها، كان تقدم له بعض القروض أو تتعهد بان لا تسمح لشخص آخر أن يمارس نفس النشاط و نفس المنطقة. ومن المسلم به أن مثل هذه الشروط من قبيل الشروط التعاقدية و لا تملك الإدارة مانحة الامتياز المساس بها بإرادتها المنفردة.

ج/ التوازن المالي للمشروع:

لما كان للإدارة مانحة الامتيازات تتدخل كم سبقت الإشارة إليه، و تعدل قوائم الأسعار، و قواعد التشغيل، و تسيير المرفق العام محل الامتياز، فإنه ليس من العدل، في حالة حدوث أضرار مالية، أن يقوم الملتزم بتحملها، فإن كإخلال من طرف الإدارة مانحة الامتياز بالتوازن المالي للعقد يجب عليها أن تتحمله.

غير أن حقوق الملتزم في هذه الحالة مرتبطة بضمان سير المرفق العام موضوع الامتياز بانتظام و اضطراد، بحيث من واجبه أن يستمر في أداء الخدمات، وإشباع الحاجيات العامة للمنتفعين دون توقف، و لا يعفيه من هذا إلا القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

ومن جهة أخرى فإنه من واجب الملتزم أن يدير المرفق العام موضوع الامتياز بنفسه، فلا يستطيع أن يتنازل لغيره عن الامتياز دون إذن من الإدارة مانحة الامتياز.

3-4 بالنسبة للمنتفعين:

تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بهيمنة تامة على إعداد المرفق العام و تشغيله، غير أن هذه السلطات ليست حقوقا مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها و إن شاءت عدلت عنها، و لكنها حقوق مقررة لصالح المنتفعين الذين تربطهم بالملتزم روابط مباشرة ، ومن ثم فمن حقهم أن يطلبوا من الإدارة مانحة الامتياز أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الامتياز و تحقيق قاعدة المساواة في المعاملة بين المنتفعين.

فإذا أهملت الإدارة مانحة الامتياز أداء هذا الواجب، أو سمحت للملتزم أن يتخذ إجراء لا يتفق و شروط العقد فإنه بإمكان المنتفعين أن يلجؤوا إلى القضاء طبقا للقواعد و الإجراءات القانونية المقررة.

ب/ بين المنتفعين و الملتزم:

قد يكون بين الملتزم و المنتفع عقد يقدم بموجبه الأول للثاني خدمات عامة مقابل رسم يقبضه، و في هذه الحالة يجب على الطرفين الالتزام بالخضوع لشروط هذا العقد.

فان لم يكن هناك عقد، فإنه يجوز لكل من تتوفر فيه شروط الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق محل الامتياز أن يطالب بتنفيذ الشروط المحددة في وثائق الامتياز لصالح المنتفعين.

وعليه يجب على الملتزم أن يحقق المساواة بين المنتفعين سواء في الخدمات أو في الأجر الذي يقبضه.

5- نهاية عقد الامتياز:

من المعلوم أن امتياز المرافق العامة ينتهي بالمدة المحددة له في وثائق الامتياز، غير انه قد يحدث طارئ يحول دون استمراره، كالقوة القاهرة التي يستحيل معها على الملتزم تنفيذ التزاماته تجاه الإدارة مانحة الامتياز و المنتفعين.

كما يحدث أن تقوم الإدارة مانحة الامتياز بإنهاء المدة قبل الأوان من جانب واحد، اما كعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط و أحكام الامتياز، و اما لعدم الحاجة إليه، و في هذه الحالة تقوم الإدارة مانحة الامتياز باسترداد المرفق العام عن طريق الشراء، و حينئذ تصفى نتأجه المالية حسب الشوط المتفق عليها. وتجدر الإشارة أخيرا إلى انه في غالب الأحيان يؤول المشروع بالمجان إلى الإدارة مانحة الامتياز في نهاية المدة المحددة.

6- منازعات امتياز المرافق العامة:

لقد اشرنا إلى أن وثائق الامتياز تولد آثارا مركبة فيما بين الإدارة مانحة الامتياز و الملتزم من جهة، و فيما بين هذا الأخير و المنتفعين من جهة أخرى و فيما بين المنتفعين و الإدارة من جهة ثالثة، و بالتالي فان المنازعات المتعلقة بالوضعيات القانونية الناتجة عن الامتياز ترتبط ارتباطا وثيقا بهذا التركيب.

فبالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة مانحة الامتياز و الملتزم فإنها من اختصاص الغرفة الإدارية طبقا للأحكام و الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية، و ذلك لكونها تتعلق بعقد إداري.

وبالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين الملتزم و المنتفعين فإنها تدخل في اختصاص القضاء العادي.

اما بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين المنتفعين و الإدارة مانحة الامتياز بخصوص استعمال هذه الأخيرة للسلطات المخولة لها لإجبار الملتزم على احترام شروط و قواعد تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز تكون من اختصاص الغرفة الإدارية هي الأخرى.

ثانيا - تأجير استغلال المرافق العامة المحلية:

إن استغلال المرافق العامة المحلية عن طريق التأجير يختلف عن استغلالها عن طريق الامتياز، و يتمثل هذا الاختلاف في كون الملتزم في الامتياز يتعهد بتسيير المرفق فحسب، بل يلتزم مسبقا بالقيام بنفسه بانجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله لوحده مصاريف إقامة و انجاز هذه المنشآت، في حين أن مستأجر المرفق العام لا يتحمل مصاريف إقامته و انجازه وذلك لكون هذه المصاريف قد تحملتها الجماعات المحلية المؤجرة.

وعلى هذا الأساس فقد يحدث أن تكون منشآت المرفق العام الضرورية لاستغلاله قائمة أثناء إبرام العقد (الذابح، المسالخ البلدية، أسواق المواسم، الملاعب...) و التي تكون قد أقيمت من طرف ملتزم سابق لم يحدد عقد امتيازه أو فسخ، أو أنها أقيمت من طرف الجماعة المحلية نفسها.

وفي هذا الإطار فان استغلال المرفق العام لا يكون محل امتياز، وإنما يكون محل تأجير.

و مقتضى هذا الأسلوب في استغلال المرافق العامة عن طريق التأجير هو أن يكلف احد الأفراد أو إحدى المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة.

اما بالنسبة للإجراءات: شروط و كفاءات تأجير استغلال المرافق العامة المحلية فإنها نفس الإجراءات المذكورة أعلاه و المتعلقة بالامتياز.

وعليه فانه يستوجب احترام: قواعد الإشهار، الشفافية، أحكام دفتر الشروط.

و تجدر الإشارة إلى أن مدة تأجير استغلال المرافق العامة المحلية تختلف عن مدة الامتياز، بحيث لا يمكن أن تتجاوز 12 سنة.

تلكم هو موضوع هذه التعلية المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها و استغلالها، و التي اطلب منكم توزيعها و تنفيذها من طرف المصالح المحلية، كما اطلب منكم أيضا السهر على تطبيقها و إحاطتي علما بكل الصعوبات التي تواجهكم في ذلك.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- المؤلفات

- 1- البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 2- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة) ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2008.
- 3- السنهوري احمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول، (نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام) ، منشورات حلي الحقوقية ، بيروت ، 2000.
- 4- الشاوي منذر، فلسفة القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2009 .
- 5- العشماوي أيمن إبراهيم، مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 6- الصده عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974.
- 7- الطماوي سليمان محمد ، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة ، الكتاب الثالث ، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها)، دار الفكر العربي ، 1979 .
- 8- شيحا إبراهيم عبد العزيز، الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 9 - حمامة قدوج ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008.
- 10- زعلاني عبد المجيد ، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق) ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 .

- 11- عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت، 2006 .
- 12- عوابدي عمار ، القانون الإداري (النشاط الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008.
- 13- فريجة حسين ، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009.
- 14- فهمي مصطفى أبو زيد ، مبادئ الأنظمة السياسية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2003.
- 15- فيلالي علي ، نظرية الحق ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2011.
- 16- فيلالي علي ، الالتزامات (النظرية العامة للحق) موفم للنشر ، الجزائر ، 2001.
- 17- لباد ناصر، القانون الإداري (التنظيم الإداري) ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، لباد ، 2005.
- 18- محيو احمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا) ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 2006.
- 19- مختار نوح مهند ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006.

ب - الرسائل و المذكرات

- 1- بلعباس بلعباس، دور و صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر، 2003.
- 2- بن عليية حميد ، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.
- 3- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

- 4- سحنون سومية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013.
- 5- شايبي نوال، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012.
- 6- شيهوب مسعود، اللامركزية الإقليمية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1983.
- 7- فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007.
- 8- لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 02-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007.

٢- المجلات

- 1- مجلة مجلس الدولة، العدد 02، السنة 2002.
- 2- مجلة مجلس الدولة، العدد 07، السنة 2005.

ب- النصوص القانونية

- ميثاق 1976.
- ميثاق 1986.
- دستور 1996.
- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
(الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 10/06/1966).
- الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18/01/1967 المتضمن قانون البلدية.
(الجريدة الرسمية العدد 06 الصادرة بتاريخ 18/01/1967).
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 28/09/1975 المتضمن القانون المدني.
(الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30/09/1975).
- القانون رقم 09/81 المؤرخ في 04/05/1981 المعدل و المتمم للأمر 24/67 المتضمن قانون البلدية.
(الجريدة الرسمية العدد 27 الصادرة بتاريخ 07/07/1981).
- القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07/04/1990 المتضمن قانون البلدية.
(الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 11/04/1990).
- القانون رقم 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتضمن قانون المنافسة،
(الجريدة الرسمية العدد 43 الصادرة في 20/07/2003).
- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني. (الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26/06/2005).
- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04/08/2005 المتضمن قانون المياه، (الجريدة الرسمية العدد 60 الصادرة في 04/09/2005).
- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته. (الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 08/03/2006).
- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن قانون الوظيفة العامة.
(الجريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 16/07/2006).

- القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25/06/2008 المعدل و المتمم للقانون 03/03 المتضمن قانون المنافسة. (الجريدة الرسمية العدد 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008).
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. (الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23/04/2008).
- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22/06/2011 المتضمن قانون البلدية. (الجريدة الرسمية العدد 37 الصادرة بتاريخ 03/07/2011).
- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية. (الجريدة الرسمية العدد 58 الصادرة بتاريخ 07/10/2010).
- المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18/01/2012 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية. (الجريدة الرسمية العدد 04 الصادرة بتاريخ 26/01/2012).
- المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13/01/2013 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية. (الجريدة الرسمية العدد 02 الصادرة بتاريخ 13/01/2013).
- المرسوم التنفيذي رقم 215/94 المؤرخ في 23/07/1994 يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية و هيكلها. (الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 27/07/1994).
- قرار مؤرخ في 21/11/1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل. (الجريدة الرسمية العدد - بدون عدد- الصادرة بتاريخ 17 رمضان 1384).

ثانيا : باللغة الفرنسية

A- Ouvrages

- 1) DELAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris, 1983.
- 2) DELAUBADERE André , VENEZIA Jean Claude , GAUDEMET Yves , *Droit administratif*, tome 1, Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris,1992.
- 3) MEHERZI Djalal , *les finances locales en Algérie (caractéristiques et problèmes)* ,ITCIS, Alger,2013,page 36.
- 4) LAJOY Christophe , *Droit des marchés publics*, Bertie Edition, Alger, 2007.
- 5) MAHOUACHI Mohamed , *la liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Pésse universitaire D' Aix Marseille, 2002.
- 6) MARTINE lombarde , *Droit administratif* ,Dalloz ,1998.
- 7) OBERDORF Henri ,Jacques ROBERT ,*libertés fondamentales et droits de l'homme*,8^e édition , Montchrestien, Paris,2009.
- 8) RICHERL Laurent, *Droit des contrats administratifs* ,Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence ,Paris, 2004.
- 9) SYMCHWICZ Nil , *Droit public des montages contractuelle complexes*, Imprimerie nationale, Paris, 2003.

B-Thèses

- 1) BENNADJI Chérif, *l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie*, thèse de doctorat, université d'Alger,1991.
- 2) LANDRY Ngonu, *l'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales décentralisées*, thèse de doctorat, paris,2010.

C-Articles

- 1)BENNADJI Chérif, *marchés publics et corruption en Algérie*, Naqp ,N⁰25.
- 2) MOULENES Bréchon , *la liberté contractuelles des personnes publiques*, A.J.D.A,1998.
- 3)MAUGUE Christine, *les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs*, A.J.D.A,1998.
- 4) PICARD Etienne , *la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamentale*, A.J.D.A, 1998, Page651.
- 5) PAVIA Marie-Luce, *la décentralisation: principe d'organisation territoriale de la république française*, revue du conseil d'Etat, numéro 03,2003.
- 6) SABRI Mouloud ,*le droit des marchés publics en Algérie (réalités et perspectives)*, revue du conseil d'Etat, Numéro 07,2005.
- 7) YANNACOPOULOS Constantine, *l'apport de la protection de la libre concurrence a la théorie du contrats administratif* ,RDP, N⁰2, L.G.D.J, Paris,2008.

D- Revues

- 1- Actualité Juridique de Droit Administratif.
- 2- Revue de Droit Public.
- 3- Revue du conseil d'Etat Algérien.

ملخص

إن غياب سلطان الإرادة لدى البلدية من جهة و عدم ثبوت الحقوق و الحريات لها من جهة أخرى يجعل من الصعب قبول فكرة تمتعها بالحرية التعاقدية ، فالحرية التعاقدية لطالما اعتبرت من النتائج الجوهرية التي يرتبها سلطان الإرادة ، كما انه لا يمكن أن تثبت الحرية التعاقدية للبلدية إذا كانت الحقوق و الحريات لا تثبت لها اصلا، و رغم هذه الصعوبات فان هناك من المبررات ما يؤيد و جود الحرية التعاقدية للبلدية ، فالحرية التعاقدية لم تعد بذلك الارتباط و التلازم مع سلطان الإرادة، بل أصبح نظام العقود هو الأساس الحقيقي للحرية التعاقدية، و بالتالي فان و جود الحرية التعاقدية لدى البلدية يرتبط أساسا بمكنة لجوئها للتصرفات التعاقدية، كما أن القوانين أصبحت تتوسع في فكرة إسناد الحقوق و الحريات إلى الأشخاص العامة و ليس هناك أي مانع قانوني يحول دون تمتع البلدية بالحقوق و منه التمتع بحرية تعاقدية حقيقية كذلك التي يتمتع بها الأفراد.

و على صعيد ممارسة البلدية للحرية التعاقدية فان هناك العديد من القيود و المعوقات التي تحول دون ممارسة واسعة و فعالة للحرية التعاقدية، فالحرية التعاقدية للبلدية تمارس في حدود نطاق تعاقدية ضيق للغاية و ذلك بفعل خروج العديد من المواد من النطاق التعاقدية للبلدية، و اعتماد نظام الإسناد القانوني للاختصاص في تحديد اختصاصات البلدية ، كما أن الوصاية على عقود البلدية تعتبر من أهم الأدوات التي تحد بشكل كبير من ممارسة البلدية للحرية التعاقدية و خاصة بإخضاع المداورات و العقود التي تتخذها البلدية إلى رقابة المصادقة، هذا بالإضافة إلى أن ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين هي حرية ماطرة بشكل كبير من القوانين و ذلك على أساس أن البلدية تبرم في اغلب الأحيان نوعا واحدا من العقود و هي الصفقات العمومية ، هذه العقود التي لا تترك للبلدية مجالا واسعا لاختيار المتعاقدين و تلزمها بإبرام الصفقة وفق منطق تنافسي مع الإرساء الآلي للصفقة في اغلب الحالات على المتعاقد الذي يقدم اقل الأسعار، كما أن فرض شروط العقد من خلال دفاتر الشروط و العقود النموذجية يعمل هو الآخر على الحد من ممارسة البلدية لحرية تحرير الشروط التعاقدية.

RESUME

L'existence d'une liberté contractuelle au profit de la commune Algérienne est loin d'être admis par la force de l'évidence. Ils est sources de nombreuses difficultés tant sur le plan théoriques que sur le plan de son exercices.

La liberté contractuelle a toujours été considéré par la doctrine comme l'un des résultats fondamentaux du principe de l'autonomie de la volonté, alors que le caractère secondaire de la commune et l'aspect finalistes des ses actes s'opposent a toute volonté autonome. Il s'ajoute a cette difficulté la nature particulière de la commune qui s'opposent a la jouissance des droits et des libertés et a *fortiori* d'une liberté contractuelle.

Mais on a essayé de surmonté toutes ses difficultés en justifiant l'existence de la liberté contractuelle au profit de la commune par le fait que cette liberté a cessé d'être un attribut de l'autonomie de la volonté a partir du 20^e siècle, et que ce constat va permettre son existence. et aussi par le fait que , le système des contrats est lié a l'exercices de la liberté contractuelle, et que cette liberté est une conséquence logique de la personnalité juridique de la commune .

Sur le plan de l'exercice de la liberté contractuelle on a pu constaté qu'il ya de nombreux obstacles dirimant a un exercice effectif de la liberté contractuelle. D'une part ,cette liberté s'exerce dans un cadre contractuelle très étroit du a l'existence de plusieurs matières qui échappent aux contrats communale. Et d'autre part, la commune est soumise, comme toutes personnes publiques au principe de spécialité et le système de compétences retenu en Algérie ne permet pas d'agir par voix contractuelle sauf dans la mesure ou un texte le prévoie expressément. A cela s'ajoute la soumission de la commune a un contrôle de tutelle très large ou le système d'approbation préalable handicape considérablement sa manœuvre contractuelle et un encadrement juridique très intense en terme de choix des cocontractants. Car la plupart des contrats de la commune permis par la loi sont des marchés publics où leur passation obéit a un formalisme et a un automatisme (ex: l'adjudication) qui réduit leur facultés de choix. La liberté de rédaction Les clauses contractuelles trouve aussi des limites en raison de l'exclusion de la commune de l'élaboration de ses engagement contractuelle au profit du pouvoir centrale qui prescrit d'une façon autonomes toutes les condition administratives et techniques générales en rédigeant des cahiers de charges et des contrats types imposés aux communes.

الفهرس

01.....	المقدمة:
07	الفصل الأول : إثبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية
08.....	المبحث الأول: صعوبات وجود الحرية التعاقدية لدى البلدية
08.....	المطلب الأول: صعوبة ناجمة عن ارتباط الحرية التعاقدية بسلطان الإرادة
08.....	الفرع الأول : ارتباط الحرية التعاقدية بسلطان الإرادة
09.....	أولا : مضمون مبدأ سلطان الإرادة
12.....	ثانيا : مبدأ سلطان الإرادة أساس الحرية التعاقدية للأفراد
13.....	الفرع الثاني : الارتباط بين المبدئين يغيب الحرية التعاقدية للبلدية
14.....	أولا : معالم سلطان الإرادة لدى البلدية
16.....	ثانيا : تعارض سلطان الإرادة مع طبيعة البلدية
18.....	المطلب الثاني: صعوبة ناجمة عن اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد
19.....	الفرع الأول : اقتصار الحقوق والحريات على الأفراد
19.....	أولا : النظرة الفردانية للحقوق والحريات
21.....	ثانيا : البلدية لا تتمتع بالحقوق والحريات
23.....	الفرع الثاني: البلدية تمارس اختصاصات تعاقدية
27.....	المبحث الثاني: مبررات وجود الحرية التعاقدية للبلدية
27.....	المطلب الأول: الفصل بين سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية
28.....	الفرع الأول : تراجع سلطان الإرادة و أثره على الحرية التعاقدية
28.....	أولا : تراجع مبدأ سلطان الإرادة
31.....	ثانيا: آثار تراجع سلطان الإرادة على الحرية التعاقدية

- الفرع الثاني: النظام التعاقدى أساس الحرية التعاقدية.....32
- أولاً: الحرية التعاقدية ملازمة للعقود.....33
- ثانياً: وضع العقود الإدارية.....35
- المطلب الثاني : الحرية التعاقدية للبلدية أحد نتائج شخصيتها القانونية.....38
- الفرع الأول : طبيعة الأشخاص المعنوية.....38
- أولاً: الشخص المعنوي بين الافتراض والحقيقة.....39
- ثانياً: إسناد الحقوق والحريات للأشخاص العامة في القوانين المختلفة.....42
- الفرع الثاني: البلدية تمارس حرية تعاقدية وليس اختصاص تعاقدى.....45
- الفصل الثاني: ممارسة البلدية للحرية التعاقدية.....49
- المبحث الأول: ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد.....50
- المطلب الأول: المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية.....51
- الفرع الأول: المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية بحكم طبيعتها.....51
- أولاً : تنظيم المرافق العامة.....52
- ثانياً: ممارسة الاختصاصات الإدارية.....53
- ثالثاً: الضبط الإداري.....54
- الفرع الثاني : المواد الخارجة عن دائرة تعاقد البلدية بحكم القانون.....55
- أولاً: الحظر الصريح للتعاقد.....55
- ثانياً: الحظر الضمني للتعاقد.....56
- المطلب الثاني : معوقات ممارسة البلدية لحرية التعاقد أو عدم التعاقد.....57
- الفرع الأول : نظام اختصاصات البلدية كمعوق لحريتها في التعاقد.....58
- أولاً : أنظمة تحديد الاختصاص.....59
- ثانياً : نظام اختصاصات البلدية و أثره على حريتها في التعاقد.....60
- الفرع الثاني : آثار الوصاية الإدارية على ممارسة البلدية لحرية التعاقد.....63
- أولاً : أدوات الوصاية على عقود البلدية.....64
- أ - بطلان المداولات المقررة للتعاقد.....64
- ب- المصادقة على المداولات وعلى العقود.....65

67.....	حلول الوالي لإبرام عقود البلدية	ج-
68.....	الإعداد المركزي للشروط التعاقدية	د -
69.....	الوصاية تعوق ممارسة البلدية لحرية التعاقد	ثانياً:
72.....	ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين وتحديد شروط العقد	المبحث الثاني :
72.....	ممارسة البلدية لحرية اختيار المتعاقدين	المطلب الأول :
73.....	المنافسة قيد على حرية البلدية في اختيار المتعاقدين	الفرع الأول :
73.....	مبدأ المنافسة و حمايته القانونية	أولاً :
73.....	مضمون المبدأ	أ-
74.....	الحماية القانونية لمبدأ المنافسة	ب-
75.....	الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود و الصفقات	1-
77.....	تجريم مخالفة قواعد المنافسة	2-
79.....	رقابة مجلس المنافسة	3-
80.....	الطرق الإجرائية القائمة على المنافسة	ثانياً:
81.....	المنافسة	أ-
82.....	طلب العروض	ب-
84.....	حالات استبعاد المنافسة	الفرع الثاني :
84.....	استبعاد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية	أولاً:
85.....	استبعاد المنافسة عند وجود ظروف استثنائية أو خاصة	أ-
86.....	استبعاد المنافسة في إبرام العقود التي لا تتجاوز المبلغ المحدد للصفقات	ب-
87.....	استبعاد المنافسة في إبرام عقود الامتياز	ثانياً:
89.....	ممارسة البلدية لحرية تحديد شروط العقد	المطلب الثاني:
90.....	الشروط التعاقدية المحظورة	الفرع الأول :
91.....	الشروط التعاقدية المفروضة	الفرع الثاني :
96.....	خاتمة	
100.....	الملاحق	
127.....	قائمة المراجع	