

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون عام

إشراف الأستاذ:

د/جليط شعيب

إعداد الطالبين:

- حنانس الأمد

- بوبلوطة شعيب

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل	أستاذ محاضر "ب"	د. لرقم رشيد
مشرفا ومقررا	جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل	أستاذ محاضر "ب"	د. جليط شعيب
ممتحنا	جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل	أستاذ مساعد قسم "أ"	أ. بوجريو ياسمينية

السنة الجامعية: 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّاتِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّاتِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّاتِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّاتِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿وَقَالَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ وَيَلَكُمْ ثَوَابُ اللَّهِ خَيْرٌ لِّمَنْ آمَنَ

وَعَمِلَ صَالِحًا وَلَا يُلَاقَاهَا إِلَّا الصَّابِرُونَ﴾

سورة القصص الآية 80

شكر وعرهان

نشكر الله عز وجل الذي تم بفضلله هذا العمل ونسأله أن ينفعلنا بما عملنا ويزيدنا علما.

ونقدم بالشكر الخالص للأستاذ جليط شعيب على قبوله الإشراف على هذا العمل ، الذي لم يبخل علينا بتقديم التوجيهات والنصائح القيمة فجزاه الله عنا خير الجزاء.

كما نقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة قسم الحقوق الذين تدرسنا على أيديهم طيلة فترة الدراسة.

ونقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقراءة ومناقشة المذكرة، فذلك لن يزيد إلا الوضوح والإثراء والإنارة

إهداء

إلى... الغالي

أبي.

إلى... من سهرت الليالي وتحملت مشاق الحياة فأحرقحت أعصابها

وبذلت ما في وسعها ابتغاء راحتي وسعادتي

أمي.

إلى... من دعما في روح الخير والثقة بالله عز وجل والمصابرة والجرأة في الحق وحب العلم الشرعي
والدنيوي والإخوة والأخوات.

إلى... رفيقة دربي التي تحملت عني عناء دراستي وخلوتي بنفسي وصبرها في ذلك

زوجتي.

إلى... أزهار حياتي

أبنائي.

إلى... كل من يفرح لسعادتي ويهتم بنجاحي

أصدقائي وأحبابي.

إلى... كل طالب سلك طريق العلم ابتغاء مرضاة الله ورضوانه.

الأمجد

قائمة بأهم المختصرات:

أولاً/ باللغة العربية

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج.ر.م.م : جريدة رسمية المملكة المغربية.

ج: الجزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.ط: دون طبعة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- AJDA : Actualité Juridique Du Droit Administratif.
- Art : Article.
- BJCP : Bulletin Juridique des Contrats Publics.
- C.C : Conseil Constitutionnelle.
- C.E : conseil d'Etat.
- CAA : Cour Administrative d'Appel.
- CAES : Comité d'Action et d'Entraide Sociales.
- D.C : Décision Constitutionnelle.
- E.P.A : Etablissements publics administratif.
- E.P.E : Entreprises publiques Economiques.
- EDCE : Etude et Documents du Conseil d'Etat.
- Ibid. : Ibidem.
- JCP : Jurisclasseur périodique (la Semaine juridique).
- JORF : Journal Officiel de la République Française.
- Loi n° : Loi numéro.
- MURCEF : Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier.
- n° : numéro.
- op.cit : ouvrage précédemment cité.
- P : Page.
- PP : de la page à la page.
- PUF : Presse Universitaire de France.
- R.A.S.J : Revue Algérienne Des Sciences Juridique.
- RCDSP: Revue Critique de Droit et Science Politique.
- Rec. : Recueil.
- Req. : Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation).
- RFDA : Revue Française du Droit Administratif.
- RUF : Revue Universitaire de France.
- SMITOM : Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais.
- T : Tome.
- VAR: Un département français de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

المقدمة

لاشك أن مؤسسات الدولة وخاصة المرافق العامة، تتأثر بالتحويلات السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، وأمام تحديات التنمية المحلية وتطور وزيادة حاجيات الأفراد، فقد عمدت معظم الدول إلى تبني تقنية تفويض المرافق العامة، من خلال إشراك القطاع الخاص والاستفادة منه، وضمان فعالية أكثر في تسيير المرافق العامة وتحسين نوعية الخدمة العمومية، وخلق مصادر تمويل جديدة بعيدا عن الخزينة العمومية التي أصبحت عاجزة عن تغطية نفقات الجماعات الإقليمية، أمام تراجع الموارد المالية لهذه الأخيرة، والذي تقابله الحاجة المتزايدة لتوفير المرافق العامة ومشروعات البنى التحتية، وبهذا تصبح مسألة تنظيم المرافق العامة من أولويات الجماعات المحلية .

لم يُعرّف المشرع الجزائري تفويض المرافق العامة على الرغم من تكريسه في وقت سابق في قانون البلدية لسنة 2011، واكتفى بموجبه أن يكون في شكل صفقة برنامج أو صفقة طلبات، دون وجود لنص خاص به في قانون الولاية، وفي سنة 2015 صدر المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ودمج تنظيم الصفقات العمومية مع تفويضات المرفق العام، مبرزا أشكال تفويض المرفق العام والمبادئ الواجب مراعاتها فيه.

جاءت أحكام النص عامة، ولم يفصل المشرع فيها، خاصة في الإجراءات المتبعة لاختيار المفوض له، وأمام هذا الفراغ القانوني، ولكون عقود تفويض المرفق العام ذات طبيعة خاصة، لارتباطها بالمال العام والمصلحة العامة، فقد أصبح من الضروري وضع نظام قانوني خاص بعقود تفويض المرفق العام، أي تأطير تقنية تفويض المرفق العام، وهذا ما اتجهت إليه السلطة التنفيذية من خلال إصدارها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، حيث تضمنت أحكامه شروط وكيفيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها والمنازعات الناشئة في كافة مراحلها.

شكل صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199، إقرارا من جانب التنظيم ومحاولة منه لتوحيد جميع تفويضات المرافق العامة في نص تنظيمي موحد يظهر بمثابة إطار عام للعلاقات التعاقدية التي تربط بين جهة الإدارة العامة المفوضة و المفوض إليها تسيير المرفق العام.

هذا النص يؤكد على ضرورة تحقيق التنمية على المستوى المحلي، وخلق جو تنافسي ومستدام تحكمه المبادئ والأسس التي جاء بها التنظيم، وبالتالي إعادة النظر في الأساليب القديمة المعتمدة لتجسيد التنمية المحلية، من خلال اعتماد أساليب جديدة للتسيير من شأنها خلق الثروة، وإعادة الاعتبار للمرافق العامة.

للموضوع أهمية من الناحية النظرية تتمثل في تسليط الضوء على الأساليب الحديثة في إدارة واستغلال المرافق العامة بما يتلاءم ويتماشى مع الأوضاع الجديد في الجزائر كونها تبنت فكرة الانسحاب من الحقل الاقتصادي وفسح المجال أمام الطرق الحديثة والخاصة في إدارة المشاريع العامة ومن بينها تقنية التفويض.

كما ترجع إلى محاولة حصر وضبط تقنية تفويض المرفق العام، بشكل عام، ثم بشكل خاص باعتبار تفويض المرفق العام خلية أساسية على المستوى المحلي هذا كمفهوم جديد ومستحدث وهذا في إطار التحولات والاختيارات الإيديولوجية الجديدة للدولة، وتغير نظرة الدولة من جهة وكذلك زيادة الوعي المدني ليس فقط في تقديم الخدمات وإنما في تحسين هذه الخدمات وتقديم مرد ودية تسمح باستمرارية وتطوير المرفق العام، كما تتضح أهمية تفويض المرفق العام من خلال مزايا عديدة أهمها:

التخفيف من تحمل ميزانية الدولة و الجماعات المحلية لأعباء ناجمة عن إنشاء وإدارة المرافق العامة إذ أصبح دور الدولة يقتصر على الإشراف و المراقبة، بالإضافة إلى تطوير المرافق العامة وتحسين جودة الخدمات وتسهيل الإجراءات(الكفاءة والقدرة الفنية العالية) من خلال إظهار الدور الذي يمكن أن تلعبه الجماعات المحلية في إطار عملية التفويض

وإحداث قفزة نوعية تسمو بالمرافق العامة والخدمات المقدمة ذات نوعية و تـثمين المرافق العامة المحلية خاصة من خلال البحث عن وسائل وعوامل تفعيلها.

تهدف هذه الدراسة إلى مجموعة من الأهداف نحاول الإحاطة بها وذلك من خلال النقاط التالية:

تسليط الضوء على تقنية تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر خاصة في هذه الفترة التي شهدت تحولات جديدة في سياسة الدولة من اعترافها بضرورة إشراك القطاع في تسيير المرافق العامة المحلية من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199، كذلك المساهمة في البحث والوصول إلى نتائج من شأنها العمل على تطوير أساليب وطرق تفويض المرافق العامة في إطار نظام قانوني خاص بهذه الأخيرة، والإمام بالجانب التشريعي والتطبيقي من خلال مناقشة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بتفويض المرفق العام ومعرفة الإيجابيات والسلبيات في إطار العلاقة المركبة لعملية التفويض، وإعادة الاعتبار للمرافق العامة والنهوض بها وتحقيق التنمية على المستوى المحلي.

تعود أسباب الدراسة إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

أما الأسباب الذاتية فتتمثل في الرغبة في دراسة موضوع تفويض المرفق العام وإثرائه كتقنية جديدة، وكذلك من ناحية نظامه القانوني المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199، كذلك باعتبارنا طلبة ماستر تخصص القانون العام والذي يتناسب مع الميول وكذلك التخصص

موضوع المرفق العام مازال يحتاج إلى دراسات وبحوث وهذا لحدائته في الجزائر، حيث تعتبر هذه البحوث والدراسات دافع أساسي في النهوض بالمرفق العام وتطوير تقنيات وآليات التفويض.

أما الأسباب الموضوعية تتمثل في القيمة العلمية لموضوع الدراسة باعتبار تفويض لمرافق العمومية من المواضيع المتجددة والمتغيرة بتغير سياسة الدولة وتطورها خاصة في المجال الاقتصادي والتنموي، وتوفر موضوع الدراسة على الوثائق العلمية والمراجع مما

يسمح لنا ببناء بحث علمي متكامل من خلال استغلال وفحص ونقد وتحليل كافة المراجع والوثائق المتعلقة بموضوع البحث.

ولهذا ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية تقنية تفويض المرفق العام كآلية للجماعات المحلية للنهوض بالتنمية المحلية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع بحثنا إلى فصلين الفصل الأول نتناول فيه الإطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام والفصل الثاني نتناول فيه اتفاقية تفويض المرفق العام.

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الوصفي وذلك من خلال تقديم المفاهيم العامة حول تفويض المرافق العمومية والأسس التي يركز عليها وكذلك مختلف أساليبها وتبيان أهم مبررات اللجوء إليها والمبادئ التي تحكمها، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي لتحليل مختلف النصوص القانونية المؤطرة لعقود تفويض المرفق العام.

وأهم الصعوبات التي واجهناها:

عدم صدور دفتر الشروط المتعلق بكيفية تطبيق تفويض المرفق العام على مستوى الجماعات المحلية ونقص المراجع في المكتبات العمومية، عامل الوقت وصعوبة التوفيق بين إعداد المذكرة والارتباطات الأخرى.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي

لتفويض المرفق العام

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام

إن فكرة تفويض المرفق العام ليست بحديثة العهد وإنما تعود إلى بداية القرن التاسع عشر عندما لجأت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وأقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه في العديد من أحكامه⁽¹⁾، من بينها حكمه الذي أصدره في قضية " la compagnie générale Française de Tramways " وإذا كانت فرنسا مهد لفكرة تفويض المرفق العام، حيث كانت عبارة عن عقود متفرقة دون أن يسعى المشرع الفرنسي إلى وضع نظام قانوني خاص بالمرفق العام وهذا ما جعل مفهوم المرفق العام غامض، ولم تتضح معالمه في إطار قانوني منظم، إلى غاية صدور قانون الإدارة الإقليمية "Loi Joxe"⁽²⁾ وقانون "Sapin"⁽³⁾ ثم قانون "Murcef"⁽⁴⁾، الذي دخل حيز التنفيذ في ديسمبر 2001، يقدم العديد من الميزات الجديدة في العلاقة بين البنوك والعملاء، فتح حسابات، بطاقات الائتمان، رسوم مصرفية... إلخ، يتم تبسيط العديد من الإجراءات للحصول على الشفافية وتوجيه المستهلك.

(1)- CE, 11 mars 1910, "Compagnie générale française des tramways ", Rec. des arrêts .C.E, Collection Macarel et Lebon, P 218.

(2)- Le terme **loi Joxe** fait référence à cinq lois dont [Pierre Joxe](#), ministre de l'Intérieur puis ministre de la Défense du président [François Mitterrand](#), fut le promoteur actif :

- Loi Joxe du 8 juillet 1983 sur le statut des objecteurs de conscience ;
- Loi Joxe du 2 août 1989 sur l'abrogation partielle de la « loi Pasqua » du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;
- Loi Joxe du 13 mai 1991 sur le statut de la collectivité territoriale de Corse ;
- Loi Joxe du 4 janvier 1992 portant le service militaire à 10 mois ;
- Loi Joxe du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

(3) -Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (1), JORF n°25 du 30 janvier 1993, Modifiée et Complétée

(4)- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF 1), JORF n°288, de 12 Décembre 2001.

وسنتناول ماهية عقود تفويض المرفق العام (المبحث الأول) و أشكال تفويض المرفق العام و المبادئ التي تحكمه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية عقود تفويض المرفق العام

نظرا لعجز الأساليب التقليدية لإدارة وتسيير المرافق العامة، وعدم قدرتها على مسايرة التطورات الحاصلة في شتى المجالات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية، و زيادة الوعي المدني لدى الأفراد بالإضافة إلى عدم قدرتها على تلبية الحاجيات العامة وإشباع متطلبات الأفراد مما أدى بالدولة إلى البحث عن أساليب جديدة لتسيير هذه المرافق بغية تحقيق فعالية وجدية من أجل الوصول إلى الهدف الذي أنشئت من أجله هذه المرافق، ولا يتأتى هذا إلا من خلال إشراك القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام في التسيير وهذا ما يعرف بالتفويض.

لإعطاء صورة واضحة عن مفهوم تفويض للمرافق العامة نتناول مدلول عقد تفويض المرفق العام (المطلب الأول) وكذا أطراف هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عقد تفويض المرفق العام

من أجل تقديم مدلول واضح لتفويض المرفق العام وتبيان مضمونه، تناولنا مختلف التعاريف الفقهية والتشريعية (الفرع الأول)، كما تطرقنا إلى الأسس والعناصر التي يقوم عليها تفويض المرفق العام، بالإضافة إلى تحديد الطبيعة القانونية لتفويض المرافق العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف عقد تفويض المرفق العام

نظرا لأهمية تعريف المرافق العامة وضرورة ضبط وإعطاء تعريف دقيق لهذه التقنية تطرقنا إلى العديد من المحاولات الفقهية لتفويض المرفق العام (أولا) وكذلك إلى التعريفات التي سلكها المشرع حيث حاول الاستقرار على تعريف جامع لتفويض المرفق العام (ثانيا).

أولا/ التعريف الفقهي لعقد تفويض المرفق العام:

بالاطلاع على بعض التعاريف المتعلقة بموضوع تفويض المرفق العام، يظهر جليا في أغلبها الغموض الذي لا يزال يشوب مفهوم المرفق العام بحد ذاته وطبيعته المتغيرة، التي أدت إلى غياب تعريف دقيق و واضح لتقنية التفويض⁽¹⁾، مما دفع بمجموعة من أساتذة القانون الإداري إلى البحث عن إيجاد تعريف لها.

1/ تعريف الفقه الفرنسي للتفويض:

يتفق الفقه الفرنسي على أن أسلوب تفويض المرفق العام قد ظهر بداية في الواقع العملي للإدارة⁽²⁾، إلا أن مصطلح التفويض ظهر لأول مرة سنة 1982 على يد الأستاذ Jean-François-Auby ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية⁽³⁾، بعدها لقي هذا المصطلح اهتمام كثير من الدراسات الفقهية في فرنسا خاصة بعد تكريسه من قبل المشرع الفرنسي.

(1)-NKOULOU ZOO, Détermination de la rentabilité financière des contrats de délégation de service public, une évaluation par le coup du capital et le taux de rentabilité interne, thèse pour le doctorat en science de gestion, Université, Montesquieu, Bordeaux, 2010, p. 39.

(2)-VEDEL GEORGE, DELVOLVE PIERRE, Droit Administratif, Tome 2, PUF, Paris, 1993, p.792.

(3)-Jean-François-Auby, La délégation de service public, Guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.44.

حيث عرفه الأستاذ S.BRACONNIER بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه"⁽¹⁾.

كما عرف الأستاذ R.DUCOS-Ader تفويض المرفق العام بالاعتماد على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام، وهو يأخذ عدة أشكال من صنع الاجتهاد القضائي هي الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة و التسيير.

وعرّف الفقيه P.DELVOLVE فكرة تفويض المرفق العام التي تستوعب عقود الامتياز والالتزام والإدارة غير المباشرة و الإدارة الحرة، منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتم الاتفاق عليها وتكون مختلفة عن الثمن⁽²⁾.

كما عرّف الأستاذ DROBENKO تفويض المرفق العام بأنه "العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق للمفوض إليه، يمكن أن يكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق"⁽³⁾. حيث يلاحظ على هذا التعريف أنه يبرز أهمية دفع الإتاوات كعنصر مكرس لتقنية التفويض، وهذا ما ذهبت إليه الأستاذة C.BOITEAU، حيث عرّفت عقد التفويض كما يلي: "هو عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض ويدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق"⁽⁴⁾.

يلاحظ بأن الفقه الفرنسي أجمع على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق التسيير التي بواسطتها تعهد جماعة عمومية إدارة أحد المرافق العمومية إلى أحد أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص.

(1)- BRACONNIER Stefan, Droit de service public, RUF, Paris, 2004, p.413.

(2)- DELVOLVE Pierre, Droit public de l'économie.3, Edition Dalloz, Paris, 1998, p.39

(3)- DROBENKO Bernard, Droit de l'eau, Edition galion, Paris, 2008, p.222.

(4)- BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, 2007, p.92.

ورغم التعريفات العديدة التي أطلقها الفقه فأنها لم تصل إلى تحديد ووضع معالم تقنية تفويض واضحة لا من حيث المضمون أو من حيث المدى، هذا الأمر دفع بالمشرع الفرنسي مدعوماً بآراء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية إلى تعريف هذه التقنية (1).

2/ تعريف التفويض وفق الفقه العربي:

بالنسبة للفقه المغربي، نجد أن الأستاذ "أحمد بوعشيق" عرف عقد التفويض بأنه: عقد إداري تحدد السلطة العامة المفوض له داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض باستغلاله وتدييره للمرفق العام الصناعي والتجاري المحلي لمدة محددة تنتهي بانقضاء مدة العقد (2).

كما اعتبره الأستاذ "عبد الله حداد" طريقة جديدة من الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة تتشابه مع عقد الامتياز وتختلف عنه لأن مدة الامتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين، بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم (3). وهذا الموقف تبناه الأستاذ عبد السلام بقال الذي اعتبر أن التدبير المفوض يجد أصوله في أسلوب الامتياز لكن يختلف عن هذا الأخير، وإن كان بمثابة إصلاح ضمني له (4).

أما بالنسبة للفقه المصري، فإن اصطلاح "التفويض" بالمعنى الذي أوردناه سابقاً لم يظهر في مؤلفات القانون الإداري، ومع ذلك فإن الاصطلاح ظهر مؤخراً في المؤلفات

(1) - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص 63.

(2) - بوعشيق أحمد، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الرباط، ط7، 2002، ص 181.

(3) - حداد عبد الله، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، الرباط، 2001، ص 151.

(4) - BEKKALI Abdeslam, La pratique de la gestion déléguée au Maroc, réflexion sur la porte de la convention conclu entre la communauté urbain de Casablanca et lyonnaise des eaux, Renald, série thème actuel, n°30, 2001, p.5.

غير القانونية التي اهتمت بدراسة ظاهرة" خصخصة المشروعات العامة"، إذ ينظر إلى التفويض أنه قيام الدولة بتوكيل القطاع الخاص في القيام بالنشاط نيابة عنه⁽¹⁾.

3/ تعريف تفويض المرفق العام وفق الفقه الجزائري:

إن الدراسة الفقهية لتقنية التفويض في الجزائر قليلة، ويعود السبب في ذلك إلى حداثة هذه الآلية في حد ذاتها في المنظومة التشريعية الجزائرية، إلا أن ذلك لم يمنع بعض أساتذة القانون من محاولة تحديد مدلول التفويض منهم الأستاذ زوايمية رشيد الذي يرى بأن أسلوب التفويض له مدلولين⁽²⁾:

- أ. **المدلول الأول:** وفقا لهذا المدلول فإن تفويض المرفق العام يُعد بمثابة عمل قانوني يسمح أو يُخوّل للهيئات العمومية بنقل مهمة تسيير المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص.
- ب. **المدلول الثاني:** يعتبر أسلوب تفويض المرفق العام طريقة من طرق تسيير المرفق العام، يتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكرًا على الهيئات العمومية.

أما الأساتذة ضريفي نادية حاولت هي الأخرى إعطاء تعريف جامع ومانع لتقنية التفويض معتمدة على ما وصل إليه الفقه الفرنسي قائلة: "تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لها)، تسيير واستغلال مرفق عام بكل مسؤولية وما يتحمله من خسائر وأرباح.

وحسب ضريفي نادية فتفويضات المرفق العام يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي الذي يجب أن يكون مرتبطًا بنتائج

(1)- بلحناش تركية و عوقة أسامة، الاتجاهات الحديثة في تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام داخلي، جامعة محمد الصديق بن يحيى، بجبل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017/2016، ص 22.

(2)- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Edition Belkeis, Alger, 2012, P.04.

الاستغلال، ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة قد تشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية، ويتم اختيار المفوض وفق إجراءات واضحة وبكل شفافية، بهدف تقديم وضمان خدمة عمومية محلية أجود وأحسن تجاه المرتفقين⁽¹⁾.

ثانيا/ التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام:

لم يُستعمل مصطلح تفويض المرفق العام في القانون إلا بعد سنوات من استعماله من قبل الفقه الفرنسي، وكانت البداية من خلال النص التنظيمي بموجب التعليم الوزاري الصادر عن وزير الداخلية الفرنسي في 07 أوت 1987 المتعلقة بتسيير الجماعات المحلية لمرافقها العامة المحلية مجال التطبيق وشروط ممارسة التسيير المفوض لهذه المرافق⁽²⁾، ثم من خلال القانون رقم 92_125⁽³⁾. المؤرخ في 05 جانفي 1992، والمتعلق بالإدارة المحلية للجمهورية.

تأكد هذا المصطلح من خلال القانون رقم 93_122⁽⁴⁾ المؤرخ في 29 جانفي 1993، المتعلق بالوقاية من الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة.

1/ في التشريع الفرنسي:

طرحت عدة تعريفات أثناء مرحلة الإعداد لتشريع «Sapin» سنة 1993 عدة تعريفات تخص تقنية التفويض من جانب نواب و وزراء وهيئات نذكر منها تعريف مقرر الجمعية الوطنية حول مشروع قانون «Sapin» حيث اعتبر أن مفهوم تفويض المرفق العام يشمل كل

(1)-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص141.

(2)-Circulaire du ministre de l'intérieur française du 07 Aout 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leur services publics locaux : Champ d'application et condition d'exercice la gestion déléguée de ces services, JORF du 20 décembre 1987, p.14863.

(3)-Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (rectificatif), JORF n°0110 du 12 mai, 1992, p. 6448.

(4)-Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, op.cit.

الحالات التي يكون فيها تنفيذ المرفق العام معهود إلى الغير مهما كان النظام الذي يخضع له أو شكل تحقيقه للعائدات⁽¹⁾.

"La délégation de service public englobe tous les cas où l'exécution du service public est confiée à un tiers quelque soit son statut est son mode de rémunération".

فقد عرف المشرع الفرنسي التفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة في المادة الثانية من القانون رقم 1168-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001⁽²⁾، وذلك بالطريقة التي تتسجم مع المبادئ التي أتى بها قانون «Sapin» بأنها "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض) وسواء كان عاما أو خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق، وهذا يتطابق مع تعريف الأستاذ: JEAN-David Dreyfus⁽³⁾

2/_ في التشريع الجزائري

لقد تجاوب المشرع الجزائري مع التطور الحاصل في مجال مفهوم تفويض المرفق العام وذلك من خلال إفراده بنص تنظيمي يطبق على الجماعات المحلية فقط، لكن يمكن القول أن هذا النص غير كافي لوحده بتأطير عملية التفويض.

وردت عدة تعريفات المتعلقة بتقنية التفويض في التشريع الجزائري وذلك من خلال عدة نصوص قانونية. وأول قانون أشار إلى مصطلح "التفويض" هو القانون رقم 05-12⁽⁴⁾ المتعلق بالمياه وذلك بصفة وجيزة جدا حيث نصت المادة 02/101 منه على: "[...] يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام، على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكن تفويض كل

(1)- وليد حيدر جابر، مرجع سبق ذكره، ص 63.

(2)- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, op.cit.

(3)- JEAN-David Dreyfus, La définition légale des délégations de service public, AJDA, 2002, p38.

(4)- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 2005/60.

أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية".

يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري نص على تقنية التفويض كوسيلة لتسيير مرفق المياه، في وقت لم يكن هناك مفهوم واضح بالنسبة لتفويض المرفق العام، وإنما كان في شكل عقود الامتياز الذي كان سائدا آنذاك، باعتباره أسلوبا من أساليب التسيير لجأت إليه الدولة لعدة أسباب.

ثم جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾، في الباب الثاني منه بعنوان "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام"، حيث خصص المشرع الجزائري 4 مواد من 207 إلى 210 نص فيها على الأشكال التي يمكن أن يأخذها تفويض المرفق العام وهذا حسب مستوى الخطر ورقابة السلطة المفوضة، وأهم المبادئ التي يجب احترامها⁽²⁾.

ونصت المادة 207 من هذا المرسوم على ما يلي: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.

تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية، و بهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

(1) - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 2015/50.

(2) - حسب الفقرة الثانية من المادة 210 يمكن أن يأخذ التفويض أشكال أخرى غير تلك المنصوص عليها في هذه المادة والتي تحيلنا إلى التنظيم، كي نبين لنا الحالات الأخرى التي يمكن أن يأخذها شكل التفويض، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجده حصر التفويض في أربعة أشكال دون أي إضافة، وهذا يتنافى مع ما ورد في المواد: 01، 207، 210، من التنظيم.

بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽¹⁾، يكون المشروع قد قفز قفزة نوعية في مجال تفويض المرافق العامة من خلال التعريف الصريح لتفويض المرفق العام وهذا ما جاء في المادة الثانية من هذا المرسوم، التي نصت على ما يلي: "يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة الرابعة 04 أدناه بهدف الصالح العام.

كما تطرق إلى مختلف الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام، وإعطاء مفهوم واضح لتقنية التفويض وبهذا يكون المشروع الجزائري قد كرس تقنية تفويض المرفق العام بصورة واضحة وجلية، يهدف من خلالها إلى تجسيد الجدية والفعالية بالنهوض بالمرافق العامة وذلك بإشراك القطاع الخاص مع القطاع العام في تسيير المرافق العامة وتطويرها.

الفرع الثاني:

أسس قيام تفويض المرفق العام

يقوم تفويض المرفق العام على مجموعة من الأسس والعناصر، ولعل تحديد هذه العناصر الدالة في تكوين تقنية التفويض هي من المهام الصعبة والمعقدة، على أساس أنه ليس كل عملية متعلقة بتنفيذ مرفق عام هي عبارة عن تفويض مرفق عام، فهذا الأخير له خصائص تجعله كفئة قانونية مستقلة تحتوي على عناصر تختلف عن باقي الطرق المستخدمة في تنفيذ المرافق العامة⁽²⁾.

لذلك فالشروط التي تحقق موضوع التفويض يجب أن تنصب على وجود مرفق عام الذي يشكل العنصر الجوهرية في عملية التفويض (أولاً) وأن يكون هذا المرفق قابلاً للتفويض (ثانياً) مع وجود علاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له (ثالثاً) وأن تتضمن عملية

(1) -مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر. عدد 2018/48.

(2) -وليد حيدر جابر، مرجع سبق ذكره، ص 97.

التفويض استغلال المرفق العام (رابعا) وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض له بنتائج الاستغلال (خامسا).

أولا/ وجود مرفق عام:

حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب يكون النشاط الذي تم تفويضه مرفقا عاما، ومن المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة أو يمكن أن تعهد للغير بتحقيقها ليست كلها مرافق عامة.

ويُعرّف المرفق العام، اعتمادا على المعيارين العضوي والموضوعي بأنه: "كل مشروع تتولاه الهيئات العامة مباشرة أو تعهد به إلى آخرين ولكن تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة التي تقتضيها المصلحة العامة".

في هذا الصدد فإنه حيث يوجد نص في التشريع أو النظام المتعلق بالمشروع يحدد صفته أو طبيعته بأنه مرفق عام، فإن غالبية الفقهاء يرون أن هذا النص يزيل كل صعوبة ويوفر جهد البحث عن معيار لتحديد طبيعة النشاط الذي يمارسه المشروع⁽¹⁾.

أما خارج الإطار التشريعي فإن جل الفقه والقضاء يذهب إلى أن العبرة في تحديد المرفق العام تكون بالرجوع إلى نية السلطة العامة، حيث يتعرف القضاء على هذه النية بالاستناد إلى مختلف القرائن والظروف المختلفة وأهمها: إنشاء مشروع، وخضوعه لهيمنة سلطة عامة، مع استخدامه لأساليب القانون العام كالتمتع بامتيازات السلطة العامة، وتحمل بعض الأعباء الاستثنائية، واستهداف النفع العام⁽²⁾.

ولقد استطاع القضاء الفرنسي عن طريق استخلاص نية السلطة العامة إضافة صفة المرفق العام على عدد من النشاطات كانت محل الجدل ومن هذه التطبيقات⁽³⁾.

(1)- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 85.

(2)- المرجع نفسه، ص 86.

(3)- ولا يكتفي القضاء الفرنسي بعنصر من هذه العناصر، وإنما يستخلص نية السلطة العامة من مجموعها.

نشاط المسارح الوطنية التي تعد مرفقا عاما لأنها تساهم في ازدهار الفن في فرنسا وهي تدخل في وظيفة الدولة عن طريق نشر المدنية.

نشاط استغلال الكازينوهات حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم معزول سنة 1881 إلى إعطاء صفة المرفق العام لنشاطات الكازينوهات إذ وصف عقد استثمار كازينو داخل مؤسسة استحمام بمياه معدنية بأنه مرفق عام، لكنه تراجع عن حكمه هذا بشكل ثابت منذ سنة 1922، ثم حدث تطور في موقف مجلس الدولة وشهد الصعوبات المتصلة بالاعتراف بالنشاط المرفقي. ففي قراره في قضية مدينة روان وآخرون، عاد مجلس الدولة إلى اجتهاده الأولي⁽¹⁾.

نشاط شبكة الكابلات، إذ رأى مجلس الدولة أن استغلال شبكة الكابلات يشكل مرفقا عاما، إذا كان المتعاقد الذي عهد إليه بهذا الاستغلال، يتمتع بعدم المنافسة على الأقاليم التي تغطي الشبكة، وإذا كان للأفراد المقيمين فيها حق المساواة في الحصول على الخدمة، وأن تعهد هذه العقود إلى المتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق وتصبح عقود تفويض مرفق عام⁽²⁾. كذلك ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في رأيه بتاريخ 28 نوفمبر 1995، و أن امتيازات الطاقة الهيدروليكية Concession énergie hydraulique تعهد دائما للملتزم بإدارة مرفق عام، يعود ذلك لعدة اعتبارات أهمها ضمان أفضل استخدام للطاقة الطبيعية وإشباع حاجات الجماعة بالإضافة إلى عدد من الالتزامات فيما يتعلق بتوريد التيار والحد الأقصى للتعريف، واحتياطي الطاقة الذي يجب وضعه بتعريف تفضيلية⁽³⁾.

ثانيا/ قابلية المرفق العام للتفويض:

لا نكون بصدد تفويض صحيح للمرفق العام إلا إذا كان هذا الأخير قابلا للتفويض، حيث لا يكفي وجود المرفق العام فقط، بل يجب توفر أيضا صفة قابلية التفويض لهذا

(1)- C.E, 25 mars, 1966, [Ville de Royan et SA de Royan et sieur Couzinet], Rec. 237.1692.

(2)-C.E, 25juillet, 1995, section de l'intérieur, rapport,47,prée, cité, p.422.

(3) أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 98.

المرفق العام⁽¹⁾. إن خاصية المرفق العام وقابليته للتفويض لا يعتبر معياراً لتمييز المرفق العام، فتفويض المرفق العام عن طريق عقد غير مشروع يرتب آثار غير مشروعة لعقد التفويض، بمعنى قابلية المرفق العام للتفويض هي شرط صحة التفويض لكنها ليس معياراً له⁽²⁾.

1/ المرافق العامة القابلة للتفويض:

يقصد بالمرافق العامة القابلة للتفويض، المرافق التي يمكن أن تطبق أسلوب التفويض في إدارتها وعلى هذا الأساس فهي جميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات أو منافع عامة للأفراد ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضها، ومن المرافق العامة التي يمكن أن تكون محلاً للإدارة والاستغلال من طرف أشخاص القطاع الخاص عن طريق تقنية التفويض نجد مرفق المياه، البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، الموانئ، المطارات، مرفق النقل والسياحة⁽³⁾.

يرى البعض أن المرافق الصناعية والتجارية تقبل بأن تكون موضعاً للتفويض بحكم القانون المختلط المطبق عليها، مما يشجع الخواص على تسييرها بسبب الربح الذي تسعى إلى تحقيقه، على عكس المرافق العامة الإدارية⁽⁴⁾.

كما ذهب البعض الآخر في فرنسا إلى استبعاد تطبيق قانون "Sapin" على المرافق العامة الإدارية بالرغم من أن هذا القانون لم يتضمن نصاً يستبعد منها دائرة التفويض خاصة في المادة 23 منه، وهذا ما تؤكدته التعليمية الوزارية الصادرة عن الوزير الأول بتاريخ

(1) بلحناش تركية و عوقة أسامة، الاتجاهات الحديثة في تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام داخلي، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2016/2017، ص 32.

(2) محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 45.

(3) بلحناش تركية و عوقة أسامة، مرجع سبق ذكره، ص 32.

(4) MARCOU Goun, La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA, 1994, p.698.

1993/11/25 حيث لم تحمل في طياتها ما يستبعد المرافق العامة الإدارية من دائرة التفويض.

2/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض:

يجب أن نفرق بين نوعين من المرافق العامة في هذه الصورة، فهناك مرافق عامة غير قابلة للتفويض بطبيعتها، ومرافق عامة غير قابلة للتفويض بإرادة المشرع⁽¹⁾.

أ/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض بطبيعتها:

يتعلق الأمر بالمرافق السيادية كما تسمى في فرنسا المرافق الدستورية هذا المفهوم الذي برز بشكله الاصطلاحي لأول مرة من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 207 لسنة 1986 الذي عد هذه المرافق هي التي تستمد وجودها وقيمتها من المبادئ و القواعد الدستورية.

المرافق العامة الدستورية هي المرافق العامة ذات الطابع القومي الشامل التي تقوم بسد الحاجات الضرورية بشكل مستمر. وهي المرافق العامة التي ترتبط ارتباطا عضويا بكيان وشخصية الدولة، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره رقم 380 لعام 1996⁽²⁾ أن مفهوم المرفق العام الدستوري أضيق من مفهوم المرفق العام الوطني، فمرفق الاتصالات مرفق عام وطني ولكنه ليس مرفق عاما دستوريا⁽³⁾.

ويتم التفرقة بين مستويين من المرافق غير قابلة للتفويض بطبيعتها، المستوى الأول تمثله المرافق السيادية، أما المستوى الثاني فتمثله المرافق العامة غير السيادية.

فالمرافق السيادية هي تلك المرافق التي تتعلق بالوظائف المرتبطة بسيادة الدولة مثل الدفاع والقضاء والشرطة والتمثيل الدبلوماسي، كما يعد مرفق القضاء من المرافق العامة

(1) - بلحناش تركية وعوقة أسامة، مرجع سابق، ص 33.

(2) - C.C,D.C n°96-380, du 23 juillet 1996,(Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom)www.consiel-constitutionnel.fr

(3) - إبراهيم يوسف هرموش، "القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد 2، 2013، ص 373، 374.

الدستورية السيادية في الدولة والذي نصت عليه معظم دساتير الدول وضمنت استقلاليتها عن باقي سلطات الدولة وأجهزتها.

أما المرافق الدستورية غير السيادية، والتي تعرف أيضا بالمرافق الخدماتية، فهي تلك المرافق المرتبطة مباشرة بالمواطنين، وتعتبر المجال المفضل لتفويض المرافق العامة وهذا كقاعدة عامة، ولكن الاجتهاد القضائي رأى بأن البعض منها غير قابلة للتفويض بطبيعتها، كما في المجال الصحي... إلخ.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 16 جوان 1994، أنه لا يجوز للمؤسسات العلاجية أن تعهد إلى مشروعات خاصة مهمة القيام بإيواء المرضى الذين تتطلب حالتهم الحجز بالمستشفى، حيث أن الإقامة بالمستشفى تشكل أحد العناصر الأساسية غير القابلة للانفصال عن مهمة المرفق العام الذي تقوم به المؤسسات العلاجية، وبالتالي لا يجوز تفويضها⁽¹⁾.

ب/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض بإرادة المشرع:

قد يرجع عدم جواز تفويض المرفق العام إلى إرادة المشرع، الذي يعود له الفضل الأكبر في تحديد مجال تطبيق قوانين تفويض المرفق العام بالأخص القانون الفرنسي قانون «Sapin» السالف الذكر، والذي استطاع أن يستثني الكثير من القطاعات والمرافق التي لا يراها المشرع مناسبة لأن تكون ملكا للدولة وذلك بنص القانون⁽²⁾.

وقد رأى الاجتهاد القضائي في فرنسا، أنه لا يمكن للسلطات المحلية أن تفوض تنظيم الحالة المدنية أو مكاتب الإحصاء والانتخابات أو حتى مسح الأراضي إلى مؤسسة خاصة، لأن هذه النشاطات من صميم اختصاصات الجماعات المحلية دون غيرها من الهيئات⁽³⁾.

(1) - حوادي عصام، تفويض المرفق العام : مذكرة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم، اختصاص قانون، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 15.

(2) - حوادي عصام، مرجع سبق ذكره، ص 53.

(3) - المرجع نفسه، ص 53.

ثالثا/ إبرام اتفاقية التفويض بين السلطة المفوضة والمفوض له:

يعبر إبرام اتفاقية التفويض عن علاقة تعاقدية بين السلطة العامة مانحة التفويض والمفوض له سواء كان شخصا عاما أو خاصا، وهذا وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي ينص على البنود التنظيمية والتعاقدية، لذا فإن الأسلوب الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بأسلوب الترخيص لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نظمه المشرع الجزائري وكذلك الفرنسي⁽¹⁾.

رابعا/ استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال:

لا يكفي لقيام تفويض المرفق العام أن يوجد مرفق عام وأن تكون العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية، وإنما يلزم لوجود تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام من جهة، وأن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج الاستغلال من جهة أخرى، وبغير هذين الشرطين سوف لا نكون أمام عقد تفويض مرفق عام، ونستعرض هذين الشرطين⁽²⁾ على التوالي:

1/ ضرورة استغلال المرفق العام:

يشترط لقيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام وأن يقوم المفوض إليه بتشغيل المرفق العام واستغلاله محتملا المخاطر المترتبة على ذلك، ومن ثم إذا اقتصر دور هذا الأخير على إدارة المرفق العام دون تحمل مخاطر تشغيله وإدارته بصورة كلية أو جزئية فلا نكون بصدد تفويض مرفق عام، كما لو قام المفوض له بإدارة المرفق العام لقاء بدل (أجر) محدد من دون أن يقع على عاتقه أي مخاطر وإنما تتحملها الجهة مانحة التفويض كالعقود مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام معينة لقاء أجر محدد لتشغيل

(1)- أبو بكر عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 89.

(2)- المرجع نفسه، ص 93.

معامل الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في المرفق، فهذا كله لا يعد من قبيل عقود تفويض مرفق عام⁽¹⁾.

إن شرط استغلال المرفق العام الذي قرره المشرع الفرنسي وأيده القضاء الإداري وجد له تطبيق في التشريع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 207⁽²⁾ وكذلك بموجب المرسوم التنفيذي⁽³⁾ المتعلق بتفويض المرفق العام لسنة 2018، وكذلك في التشريع المغربي بموجب قانون التدبير المفوض⁽⁴⁾ للمرافق العامة لسنة 2006 إذ نصت المادة 24 منه تحت عنوان: "المسؤولية والمخاطر" على أنه يدبر المفوض إليه المرفق العام على مسؤوليته ومخاطره.

2/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال:

لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق منه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال، وهذا الشرط هو الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى ولاسيما عقود الأشغال العامة وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعروفة في القانون الفرنسي، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل "ثمن محدد" ويتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفه الأعمال المنفذة وهذا

(1) - مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة-تفويض المرفق العام) منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 449.

(2) - تنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

(3) - أنظر المواد 53-56، من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(4) - قانون رقم 05-54، المؤرخ في 14 فبراير 2005 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج.ر.م. عدد

بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفه الأعمال التي يتطلبها المرفق⁽¹⁾.

الفرع الثالث

أطراف عقد تفويض المرفق العام

يبرم عقد تفويض المرفق العام بين جهتين هما: السلطة مانحة التفويض (أولا)، والشخص المفوض له (ثانيا) الذي يتولى إدارة واستغلال المرفق العام موضوع عقد التفويض. **أولا/ السلطة مانحة التفويض:**

تتمثل السلطة مانحة التفويض، في الدولة والجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي. وتمارس الدولة جميع الأنشطة التي تتوافق مع وظائفها الأساسية ولها السلطة على كامل إقليم الجمهورية، وهذا ما يخولها صلاحية تفويض المؤسسات الوطنية أو المرافق.

1/ الجماعات المحلية:

تكتسي الجماعات المحلية أهمية بالغة نظرا لأهميتها بالنسبة لكيان الدولة وقوامها؛ فهي مبنية على أساس دستوري المادتين 15 و 16 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016⁽²⁾، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حاجة المواطن لهذا الأسلوب في التنظيم الإداري لغرض تقريب الإدارة من المواطن وكذا تميز المصالح المحلية عن المصالح الوطنية.

عرف المرفق العام المحلي في الجزائر التفويض كآلية للتسيير غير المباشر منذ التسعينات تحت مسمى اتفاقية الامتياز أشهر صور التفويض، إلا أن أول استخدام صريح لمصطلح التفويض في التشريع المتعلق والمنظم للإدارة المحلية في الجزائر، يعود إلى

(1) - محي الدين محمد القطب، مرجع سبق ذكره، ص 186.

(2) - قانون رقم 01-16، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. عدد 2016/14.

قانون البلدية الساري المفعول رقم 10-11⁽¹⁾ الذي أسس لإعمال التفويض وذلك بالإحالة إلى التشريع والتنظيم المعمول به آنذاك وهو تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽²⁾ (الملغى).

نظم المشرع الجزائري الجماعات المحلية في عدة نصوص قانونية سواء البلدية منها أو الولاية حيث نظم البلدية من خلال القانون 08-90 الملغى والقانون 10-11 الساري المفعول وقانون الولاية 09-90 الملغى و القانون 07-12؛ فقد حددا هذين القانونين إستراتيجية عمل الإدارة المحلية من أجل ضمان فعالية تقديم الخدمات للمواطن؛ لذلك حظي المرفق العام المحلي بمعالجة قانونية مستقلة عن المرفق العام الوطني من خلال قانوني البلدية والولاية.

تكمن أهمية المرفق العام المحلي في قربه أكثر من المواطن فهو في احتكاك مباشر معه، فالمرفق العام المحلي لا يقل أهمية عن المرافق العامة الوطنية. إذا كان تفويض المرفق العام في قوانين البلدية والولاية والذي لم يكن سوى طريقة استثنائية يلجأ إليه في حالة عجز التسيير المباشر خاصة في المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية)، حيث عجز التسيير المباشر السيطرة عليها نظرا لتسييرها المعقد الذي يتطلب الفعالية والنجاعة .

2/ المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الإداري:

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام، التي تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من الأمر 03-06⁽³⁾ المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية كما يلي: "[...] يقصد

(1)- قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 2011/37.

(2)- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد 2010/58.

(3)- أمر رقم 03-06، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 2006/46.

بالمؤسسات العمومية والإدارية المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني [...]".

بموجب القانون 10-11 فإنه يمكن للبلدية إنشاء مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وهذا من أجل تسيير مصالحها⁽¹⁾، هذه المؤسسات في الغالب هي عبارة عن مؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري⁽²⁾. ويمكن لهذه المؤسسات العمومية أن تفوض تسييرها إلى أشخاص القانون الخاص وجهات أخرى كالجمعيات أو الشركات ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تخضع للقانون العام والقانون الخاص⁽³⁾.

ومن أمثلة المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، المدارس، الجامعات، المعاهد، مراكز التعليم المبكر...ممثل بما هو قائم في الجزائر .

ثانيا/ المفوض له:

المفوض له هو صاحب التفويض الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف المرجو، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به، فيمكن أن يكون المفوض له شخصا معنويا عاما أو خاصا، أو مؤسسة أو هيئة عمومية، أو جمعية من القانون الخاص، فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية.

(1)- أنظر المادة 153 من القانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية.

(2)- أنظر المادة 154 من القانون رقم 10-11 يتعلق بالبلدية.

(3)- حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، السنة الجامعية 2015-2016، ص 15.

وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة الرابعة (04) من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أن يكون المفوض له خاضعا للقانون الجزائري، كما استثني صفة الشخص الطبيعي بأن يكون مفوضا له. لكن في مفهوم القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، نجد أن صاحب الامتياز⁽¹⁾ أو الملتزم قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للقانون العام أو الخاص".

1/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي مؤسسات عامة تخضع لنظام قانوني مختلط، فهي كشخص من أشخاص القانون العام تخضع لأحكام القانون العام ويختص بذلك القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإغائها، في حين تخضع لأحكام القانون الخاص فيما يتعلق بنشاطها و علاقاتها التجارية مع الأفراد.

يختص القضاء العادي بالفصل في منازعاتها ويمكن لهذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن تكون مفوض له، تقوم بإدارة واستغلال مرفق عام⁽²⁾.

2/ الشركات التجارية و شركات الاقتصاد المختلط:

الشركات التجارية سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال يمكنها أن تكون كمفوض له، وبالتالي يمكنها استغلال وتسيير مرفق عام، وهي تختلف عن المؤسسات التجارية والصناعية العامة في أن الأولى تنشأ من طرف الخواص، أما الثانية فتنشأ من طرف الدولة أو الجماعات المحلية.

أما الشركات الاقتصاد المختلط فتتكون من رأسمال مشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص، أي أنها مملوكة للدولة، مع مشاركة ومساهمة الخواص، وتعتبر هذه المشاركة بين هذين القطاعين المعيار والفاصل المميز لها عن الشركات الأخرى وتستعمل شركات

(1) - "صاحب الامتياز هو كل متعامل عمومي أو خاص له مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية" [....]،

- راجع: إملول ريمة، المركز القانوني لسلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 12 وما بعدها.

(2) - حاشمي سامي، مرجع سبق ذكره، ص 15 .

الاقتصاد المختلط كأسلوب من أساليب تفويض خدمات وتسيير المرفق العام، كما تستعمل كأداة لتحقيق مهمة ذات نفع عام أو مختلف عقود الأشغال العامة وغيرها من العقود⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تميز تفويض المرفق العام عن بعض المفاهيم

قد يختلط مفهوم تقنية تفويض المرفق العام باعتبارها من فئة العقود الإدارية مع غيرها من العقود الإدارية، التي تعتمد الدولة والإدارات العمومية كوسيلة للقيام بمختلف نشاطاتها المتعلقة بتجهيز المرافق العام كالصفقة العمومية (الفرع الأول) والوكالة في القانون الإداري (الفرع الثاني) والخصوصية (الفرع الثالث) وامتياز الأملاك العامة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تميز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية

عرّف المشرع الجزائري الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاقدين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"⁽²⁾.

كما تطرق المشرع في نفس المرسوم إلى معنى تفويض المرفق العام في المادة 207⁽³⁾ منه ثم عرّف تفويض المرفق العام من خلال المادة الثانية من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام حيث جاء فيها: "يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا

(1) -بولكور عبد الغاني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010/2009، ص 26.

(2) - تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

(3) - أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه بهدف الصالح العام⁽¹⁾.

من خلال هذه التعاريف يمكن لنا أن نميز بين الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك من خلال بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف
أولاً/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية:

كل من الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام من العقود الإدارية بين السلطات العامة أو الجماعات العامة وشخص آخر لتنفيذ خدمات عمومية.

يهدف تفويض المرفق العام إلى الصالح العام، كذلك الصفقات العمومية تبرم من أجل تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة هذه الأخيرة هدفها كذلك هو الصالح العام. خضوع تقنية التفويض للمرفق العام لنظام الصفقات العمومية لاسيما القواعد المتعلقة بعملية المنافسة شفافية والمساواة، ولقد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي فكرة تداخل الصفقة العمومية وتقنية التفويض⁽²⁾.

ثانياً/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية:

يمكن تبيان أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية وفق معايير مختلفة هي كالتالي:

1/ من حيث موضوع العقد:

استند جانب من الفقه على معايير مختلفة لتمييز الصفقة العمومية عن تقنية التفويض كمعيار الاستثمار بحيث اعتبر أن عنصر الاستثمار أو الاستغلال حسب الحالة يمثل المعيار الحاسم في تكوين تقنية تفويض المرفق العام والتي لا تقوم إلا به، وأن عائدات

(1)- أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2)- CROS Nicolas, BOISSY Xavier, Les litiges des marches publics ,Berger-Levrault, Paris, 2010, p.156.

المستثمر ترتبط وبصورة أساسية بالاستغلال بالإضافة إلى تحمل الملتزم لمخاطر وأعباء مخاطر الاستغلال وهذا ما لا نجده في الصفقة العمومية (1).

قد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراراته أن العقد يعد صفقة عمومية لكون أن عائدات المستثمر غير متصلة بنتائج الاستغلال وأن المتعاقد لم يتحمل أي مخاطر (2).

2/ من حيث كيفية دفع المقابل المالي:

يتم دفع المقابل المالي في الصفقة العمومية عن طريق سعر تحدده الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين، ويكون هذا السعر محددًا في العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، تدفعه الإدارة دون اشتراط ارتباطه بنتائج استغلال المرفق العام، عكس ما هو معمول به في عقود تفويض المرفق العام، إذ يشترط ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام (3).

ولكن إذا نظرنا إلى عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير نجد أن المقابل المالي يحدد مسبقًا من طرف السلطة المفوضة، حيث أن الأجر الذي يتقاضاه المفوض له لا يتعلق بنتائج الاستغلال ومع ذلك فهو يعتبر من قبيل عقود تفويض المرفق العام (4).

3/ مدة العقد:

مدة عقد الصفقة العمومية متعلقة أساسًا بمدة الانجاز وهي تكون محددة من طرف المصلحة المتعاقدة، حيث يعمل المتعاقد على إنهاء موضوع الخدمة التي ألزم بها وهذا لصالح المصلحة المتعاقدة. بينما مدة عقد تفويض المرفق العام يمكن أن تمتد لسنوات طويلة كما هو الحال في عقد الامتياز، فإن مدة العقد في تفويض المرفق العام تخضع للتفاوض بين الطرفين وليس للجهة أو السلطة المفوضة أن تحددها. كما أن المدة في تفويض المرفق

(1)- DREYFUS David,op.cit,p.40.

(2)- BERGEAL CATHRINE,conclusion sur C.E 30juin 1999,commune de Guilherand,Reg n°156008, AJDA, 2002, p.517.

(3)- أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 88.

(4) المرجع نفسه، ص 88.

العام يمكن أن تمتد لضرورة الصالح العام، أما في عقد الصفقة العمومية فتعرض صاحبها لغرامات وجزاءات.

من خلال ما تقدم يتجلى لنا أن الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال العامة بمعناها الواسع، هي وسيلة تلجأ إليها الإدارة من أجل تغطية حاجياتها وحاجات المرفق العام فلا يمكن أن تكون طريقه وأسلوب لتنفيذ و استغلال المرفق العام وإدارته كالتفويض.

الفرع الثاني

تميز تفويض المرفق العام عن الوكالة في القانون الإداري

رأى بعض الفقهاء كالأستاذ B.LEROUSSÉQU و R.CHAPUS أن التفويض في إدارة واستغلال المرفق العام ما هو إلا وكالة ممنوحة من الجماعة العامة إلى الغير لتنفيذ المرفق لعام باسمها ولحسابها، وقد بنى هؤلاء رأيهم على اعتبارات ودوافع ترتبط بوجود المرفق العام والسلطة المختصة في تنظيمه⁽¹⁾.

لكن هناك رأي آخر، يؤمن باستقلاليه الوكالة عن تفويض المرفق العام، وذلك للاختلاف الجوهرى بينهما ولمعرفه هذا الاختلاف نعرض أوجه التشابه وأوجه الاختلاف :

أولاً/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام الوكالة في القانون الإداري:

تتحقق الوكالة في العقد الإداري عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام، وهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضي على العقد الطابع الإداري⁽²⁾.

ثانياً/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الوكالة في القانون الإداري:

تختلف الوكالة في القانون الإداري عن تفويض المرفق العام من أن موضوع الوكالة ليس محصوراً بإدارة واستغلال المرفق العام، بل يتعداه إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، في

(1) - نقلا عن: وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 389.

(2) - المرجع نفسه، ص 398.

حين يقصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة واستغلال المرفق العام، أما الوكالة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض كمرفق الشرطة والتعليم والصحة⁽¹⁾.

كما أن في الوكالة يتحمل الشخص المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل وكذا جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه، أما في تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام، واستغلاله على نفقته ومسؤوليته. كذلك يمكن للشخص العام في عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً وفقاً لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾. أما في تفويض المرفق العام فلا يحق لمناح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقاً للمصلحة العامة أو ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم، وفي حالة إنهاء عقد التفويض يكون هناك تعويض للمفوض له حسب الشروط المتفق عليها في بنود اتفاقه التفويض.

يتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورته ثمن محدد يدفعه إليه الشخص العام الذي وكله، أما في ظل تقنية التفويض فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق.

الفرع الثالث

تمييز تفويض المرفق العام عن الخصخصة

إذا أردنا تعريف الخصخصة، بالمفهوم الواسع فإنها تعني تحويل الملك العام للقطاع الخاص، لذلك هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين الخصخصة وتفويض المرفق العام.

(1) - مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 494.

(2) - أنظر المادة 571 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر، ج.ر. عدد 1975/71 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05_07 مؤرخ في 13 مايو، ج.ر. عدد 2007/31 والمتضمن القانون المدني.

أولاً/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام و الخصخصة:

أن الخصخصة أو تفويض المرفق العام هو استئجار القطاع العام بالقطاع الخاص وإشراكه ربما بالحجم الأكبر في عملية إدارة واستثمار مختلف المرافق وخاصة الصناعية والتجارية منها.

كلاهما يشكلان أدوات أساسية للإصلاح الاقتصادي في الدولة.

الهدف من الخصخصة وتفويض المرفق العام هو تخفيف العبء على الدولة خاصة بالقطاع العام وتحسين الخدمات من خلال النوعية والجودة⁽¹⁾.

ثانياً/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الخصخصة:

يتم تفويض المرفق العام من خلال عدة عقود كعقد الامتياز وعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد التسيير، والتي لا يكون فيها لا نقل ولا خصخصة للملكية فموضوعها خصخصة للتسيير بينما الخصخصة تتم عن طريق البيع أو الإيجار وهي بمثابة نقل للملكية.

يهدف تفويض المرفق العام إلى تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة بينما الخصخصة تهدف إلى تحقيق الربح باعتبارها نشاط تجاري.

تؤدي الخصخصة إلى سلب امتيازات السلطة العامة من أصحابها بينما تبقى هذه الامتيازات أو جزء منها في تفويض المرفق العام ويستفيد منها المفوض له طيلة مدة التفويض.

الفرع الرابع**تميز تفويض المرفق العام عن امتياز الأملاك العامة**

ترتبط تقنيه التفويض ارتباطاً وثيقاً بالأملاك العامة التابعة للدولة على أساس أن معظم عمليات إدارة واستغلال المرفق العام تقوم على شغل للأملاك العامة للدولة، وذلك أن امتياز الأملاك العامة يعد أول أسلوب طبق في مجال الامتيازات ليتطور بعدها ويتحول إلى

(1) - المرجع نفسه، ص 465.

امتياز الأشغال العامة والذي تطور بدوره خاصة بعد ظهور مفهوم المرفق العام إلي ما يعرف الآن بامتياز المرفق العام⁽¹⁾.

وقد عرف المشرع الجزائري امتياز الأملاك العامة من خلال نص المادة 19 من القانون رقم 08-14 المعدل والمتمم للقانون 90-30 التي أضافت المادة 64 مكرر إلى القانون رقم 90-30 المتضمن الأملاك الوطنية⁽²⁾.

من خلال المادة 19 أعلاه يتبين مدى التقارب بين الأملاك العامة و تقنيه تفويض المرفق العام وفي بعض الأحيان يكون هناك تداخل بينهما كما يلي:

أولا/ من حيث الأطراف:

الأطراف من ناحية امتياز الأملاك العامة، تبقى السلطة مانحة الامتياز سواء كانت الدولة والجماعات المحلية صاحبة الملك، أما صاحب الامتياز فإنه غالبا ما يكون شخص خاص سواء شخص معنوي أو طبيعي أما صاحب الامتياز في تقنية التفويض فيكون شخص معنوي عام أو خاص.

(1) - يحيوي عمر، مساهمة في دراسة المالية: النظرية العامة وفقا للتطورات الراهنة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 178.

(2) -أنظر المادة 19 من القانون رقم 08-14: " يشكل منح امتياز استعمال الأملاك العمومية الوطنية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم به الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهاية المنشأة أو التجهيز، محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز يحدد دفتر الشروط المتعلقة بمنح الامتياز الشروط الخاصة التي يجب أن تتوفر لأخذ متطلبات الخدمة العمومية بعين الاعتبار.

في حاله استغلال منشأة عمومية لغرض خدمه عمومية، يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية تكاليف الاستثمار و التسيير و كسب أجرته على إتاوات يدفعها مستعملو المنشأة والخدمة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر الشروط منح الامتياز".

ثانيا/ من حيث موضوع العقد:

يتمثل موضوع امتياز الأملاك العمومية في استغلال الملك العمومي الطبيعي، أما موضوع الامتياز في تقنية التفويض هو تسيير مرفق عام واستغلاله وبناء المنشآت ضرورية لتسييره وكذا التجهيزات اللازمة لاستغلاله، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لصاحب امتياز الأملاك العامة وهذا ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 19 من قانون الأملاك الوطنية.

ثالثا/ من حيث المقابل المالي:

فيما يتعلق بالمقابل المالي لصاحب الامتياز فإنه يتقاضى إتاوات يدفعها مستعملو المنشأة العمومية والخدمة وفق تعريفات أو أسعار قصوى تبين في دفتر الشروط تسمى "منح الامتياز" وهذا في حالة ما إذا قام صاحب الامتياز باستغلال منشأة لغرض خدمة عمومية من أجل تغطية تكاليف الاستثمار و تسيير كما يلتزم من أجل تغطية تكاليف الاستثمار التي يحتاجها صاحب الامتياز بدفع إتاوة سنوية على أساس القيمة الإيجارية أو نتائج استغلال الملحق تحصل لفائدة الجماعات العمومية المالكة⁽¹⁾.

أما صاحب الامتياز في تقنية التفويض فإنه يتقاضى مقابلا ماليا يرتبط مباشرة بنتائج الاستغلال، كما أنه لا يتقاضى ثمنا من الشخص العام مانح الامتياز، فهو يتقاضى إتاوات من المنتفعين، وبالمقابل يتحمل صاحب الامتياز كل أعباء بناء وتجهيز واستغلال و تسيير المرفق العام.

لم يكتفِ الاجتهاد القضائي في فرنسا بالقول بوجود علاقة وثيقة بين الأملاك العامة والمرفق العام، بل تعدى ذلك إلى القول بأن الأملاك العامة تعد دليلا على وجود المرفق العام.

"Qu'une telle conventionsi elle port autorisation d'occupation du domaine public et présente le caractère d'une concession domaniale la convention charge également le concessionnaire d'une mission de service public"⁽²⁾.

(1) - أنظر المادة 64 مكرر 1 من القانون رقم 04-14 يتعلق بالأملاك الوطنية، مرجع سابق.

(2) - C.E 20 Décembre 2000, chambre de commerce et d'industrie du VAR, RCDSP, 2001, p.07

رابعا/المعيار المعتمد للتمييز بين امتياز الأملاك العامة و تقنية التفويض:

يشكل عنصر المصلحة العامة و طبيعة النشاط المعياري المعتمد عليهما للتمييز بين امتياز الأملاك العامة وتقنية التفويض⁽¹⁾.

1/معيار المصلحة العامة:

لقد استقر الفقه والاجتهاد القضائي في فرنسا على أنه لا وجود لمرفق عام دون مصلحة عامة والمصلحة العامة كمفهوم يتأثر بعوامل عديدة منها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية

كما اعتبر أن مفهوم المصلحة العامة ليس عاما ومطلقا، فالمصلحة العامة تشكل وحدود المرفق العام، التي يعود للسلطة العامة تقديرها بما لها من سلطه استثنائية، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار مهمة تنظيم سباق الخيل بالمرفق العام لغياب المصلحة العامة وفي تقرير له نشره سنة 1999 جاء فيه⁽²⁾:

"En quelque sorte sans mission d'intérêt général pas de service public "

في حين ذهب إلى اعتبار مهمة تأمين واجبات إطعام الموظفين وعمال الإدارة مرفقا عاما لكونها تحقق مصلحة عامة⁽³⁾.

2/معيار النشاط:

يعد معيار النشاط من المعايير الثابتة للقول بوجود المرفق العام و يجب أن يستهدف هذا النشاط تحقيق المصلحة العامة، لذلك يجب أن يكون هذان المعيارين مجتمعين وإذ تخلف احدهما يؤدي إلى استبعاد وجود المرفق العام وبالتالي تقنية التفويض.

في الجزائر و حسب القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية أنه يمكن تكيف امتياز الأملاك العامة في حالة تمويل وبناء استعمال المنشأة في إطار تقديم خدمة عمومية

(1) -ROUQUETTE Remi, La passation des conventions domaniales, édition juris Classeur, 2003, p.06.

(2)-C.E, Rapport public, d'intérêt général, EDCE, n°50, 1999, p, 239.

(3) -CAA de paris 28 Mai 2002, Association des usagers du restaurant CAES du CNRS de GIF- sur, Yvette, AJDA, 2002, P 850.

وتحقيق المصلحة العامة بعقد تفويض المرفق العام، وهذا حسب المادة 19 من القانون رقم 08-14⁽¹⁾ التي أضافت المادة 64 مكرر و64 مكرر 1 في القانون رقم 90-30 المتضمن الأملاك الوطنية.

المبحث الثاني

أشكال ومبادئ تفويض المرفق العام

لجأت معظم التشريعات من بينها المشرع الجزائري لتقنية تفويض المرافق العامة، من أجل خلق مصدر تمويل جديد من جهة وفي نفس الوقت من أجل النهوض بهذه المرافق و تحسين الخدمات التي تقدمها، ولكي تكون هذه التقنية فعالة وتمكن من تحقيق الأهداف المسطرة، فقد حدد التنظيم قوالب تجسيد هذه التقنية، والمبادئ التي يجب أن تخضع لها هذه التقنية وسنتناول أشكال تفويض المرفق العام (المطلب الأول) وكذا مبادئه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أشكال تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا نص المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أربعة أشكال أساسية، تظهر في عقد الامتياز (الفرع الأول) وعقد الإيجار (الفرع الثاني) والوكالة المحفزة (الفرع الثالث) وعقد التسيير (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تفويض عقد الامتياز

يعد عقد الامتياز من الطرق القديمة لإدارة المرافق العامة، كما يعتبر أهم أشكال تفويض المرفق العام، ولقد طرأ على عقد الامتياز عدة تطورات ولاسيما في طريقة اختيار

(1) - المادتين 64 مكرر و64 مكرر 1 من قانون رقم 90-30، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52/1990، معدل ومتمم بقانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 يوليو 2008، ج. ر. عدد 44/2008.

صاحب الامتياز، وتجدر الإشارة أن عقد الامتياز لم يعد خاضعا للنظام القانوني التقليدي، وإنما تحكمه قواعد القانونية للنظام القانوني لعقود التفويض⁽¹⁾.

أولا/تعريف عقد الامتياز:

أعطيت لعقد الامتياز عدت تعريفات، سواء من طرف الفقه أو التشريع وسوف نتطرق لأهم هذه التعريفات.

1/ التعريف الفقهي لعقد الامتياز :

حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف لعقد الامتياز، للإحاطة بعناصره الجوهرية، وقد جاءت هذه التعاريف الفقهية متوافقة ومتقاربة، وأجمع الفقه الفرنسي على أن عقد الامتياز هو أهم شكل من أشكال تفويض المرافق العامة، و عرفه الأستاذ BRACONNIER أنه: "العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره و أرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"⁽²⁾.

وقد عرفه الأستاذ محمد سليمان الطماوي أنه عقد إداري يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرفق العام فضلا عن الشروط التي نظمتها إدارة عقد الامتياز"⁽³⁾.

كما عرفه الدكتور وليد حيدر جابر: "امتياز المرفق العام هو العقد الذي بموجبه تكلف جماعة عامه شخص حقيقي أو معنوي هو في الغالب من أشخاص القانون الخاص بإدارة واستثمار مرفق عام على حسابه ومسؤولياته بواسطة عماله وأمواله تحت رقابة الإدارة لمدة

(1)- مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص453.

(2)- نقلا عن: فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص245.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص106.

محدودة وطويلة نسبيا لقاء أجر يتمثل بجعالات يتقاضاها من منتفعي المرفق العام أو النتائج المالية للاستثمار⁽¹⁾.

ما نلاحظه من خلال هذه التعريفات أن عقد الامتياز قد يمنح لشخص عام أو خاص، كما أن هذه التعريفات قد أحاطت بالعناصر الأساسية لعقد الامتياز والمتمثلة في استغلال المرفق العام من طرف صاحب الامتياز على حسابه ونفقته، بالإضافة المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير من الإتاوات التي يدفعها المنتفعون من هذا المرفق، وهذا خلال مدة زمنية تكون طويلة نسبيا، بالرغم أن هذه التعاريف وان كانت تحمل أهم عناصر عقد الامتياز إلا أنها لم تتطرق لأهم نقطة وهي التمييز بين عقد الامتياز وعقد الإيجار، نظرا للتشابه الكبير بينهما.

2/ تعريف المشرع الجزائري لعقد الامتياز:

لقد اعتمدت الجزائر بعد الاستقلال عقد الامتياز كطريقة للتعاقد، غير انه تم التراجع عن هذه الفكرة في بداية السبعينات، ومن اجل تغيير طريقة تسيير المرفق بما يتماشى مع الانفتاح الاقتصادي، ونطبق مع النهج الذي اعتمده الجزائر، فقد صدرت عدة نصوص قانونية منظمة لعقد الامتياز في قطاعات مختلفة، لقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في هذه النصوص على عدة مراحل وسوف نتطرق لهذه التعريفات على النحو الآتي:

أ/ تعريف عقد الامتياز في ظل قانون المياه:

نصت المادة 101 منه القانون رقم 05-12 سالف الذكر على: "يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم".

نلاحظ عدم وجود تعريف لعقد الامتياز من خلال نص هذه المادة التي تطرقت إلى منح الخدمات العمومية دون تعريف عقد الامتياز لكن بالرجوع إلى 76 من نفس القانون

(1) - وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص 15.

نجدها عرفت عقد الامتياز كما يلي: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام أو القانون [...]".

ب/ تعريف عقد الامتياز في تنظيم الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى المرسوم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنه قد اعتمد عقد الامتياز كشكل من أشكال التفويض كما يلي: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له، إما إنجاز منشأة اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام واستغلاله، أو تعهد له فقط استغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدم المرفق العام. يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"⁽¹⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الامتياز أحد أشكال تفويض المرفق العام على العكس في قانون المياه فقد استبعد عقد الامتياز من طائفة عقود التفويض، كذلك نستخلص أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الامتياز وإنما اكتفى بإظهار عناصره والتي يمكن من خلالها تمييز عقد الامتياز كعقد إداري خاضع للنظام القانوني التقليدي للعقود الإدارية عن عقد الامتياز في صورته الحديثة باعتباره شكل أساسي من أشكال تفويض المرفق العام.

ج/ تعريف عقد الامتياز في تنظيم تفويض المرفق العام :

بالرجوع إلى المرسوم 18-199 يعرف عقد الامتياز بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له، إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام ويستغل صاحب التفويض المرفق لحسابه وعلى مسؤوليته تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة، ويتحمل صاحب التفويض نفقات الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، مقابل أتاوى يحصلها من مستعملي المرفق العام، ولا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة، يمكن تمديد هذه

(1) - أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معمل لانجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شرط أن لا تتعدى مدة التمديد أربع (4) سنوات، كحد أقصى⁽¹⁾.

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن تنظيم تفويضات المرفق العام قد انتقل نقلة نوعية، وذلك من خلال إخضاع عقد الامتياز للنظام القانوني لتفويض المرافق العامة، واعتبره أحد الأشكال الأساسية لتفويض المرافق العامة، كما أحاط بالعناصر الأساسية لعقد الامتياز .

3/التعريف القضائي:

عرفه مجلس الدولة الفرنسي في قرار له أنه: "العقد التي يتم بموجبه تكليف شخص خاص أو شركة بمهمة تنفيذ مشروع عام أو ضمان تسيير مرفق عمومي بتكاليفه بمساعدات أو بدونها، وبضمانات فوائد أو بدونها، يأخذ مقابله عن طريق تلقي الأتاوى من المنتفعين منه خدمات المرفق العمومي"⁽²⁾.

كما عرفته محكمة القضاء الإداري بمصر في حكمها الصادر في مارس 1956: "امتياز المرافق العامة ليس إلا عقد إداريا يتعهد احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقاته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، لأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له استغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الإرباح، فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوم يحصلها من المنتفعين"⁽³⁾.

(1) - أنظر المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2) -نقلا عن: جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، مجلة القانون، عدد 02، أوت 2014، ص 114.

(3) -نقلا عن: ضريفي نادية، مرجع سبق ذكره، ص 163.

كما عرفه مجلس الدولة الجزائري في قرار له⁽¹⁾ صادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي: "أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز المستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للتراجع فيه".

من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز وهذا ما يخول الإدارة سلطات استثنائية تستعملها في مواجهة المتعاقد معها.

ثانيا/ الطبيعة القانونية لعقد الامتياز:

يكيف عقد الامتياز المرافق العامة بأنه ذو طبيعة مزدوجة فيها جانب عقدي وجانب تنظيمي فهذا العقد يتضمن نوعين من الشروط تنظيمية وتعاقدية⁽²⁾.

1/ الشروط التنظيمية:

الشروط التنظيمية لعقد الامتياز هي الشروط المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام حيث يمكن تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة عن طريق قرارات، و يمكن الطعن في هذه القرارات عند تجاوز السلطة من طرف المستفيدين من خدمات المرفق العام على خلاف البنود التعاقدية التي لا يمكن الطعن فيها تجاوز الحد في السلطة، مثال عدم احترام مبادئ المساواة والشفافية أو التحيز في اتخاذ القرارات⁽³⁾.

(1) - قرار مجلس الدولة، رقم 11950 المؤرخ في 09 مارس 2004، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران باختصاصه بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الامتياز، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص ص 212، 213.

(2) - حمدي قبيلات، القانون الإداري، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، وائل للنشر، الأردن، 2008، ص 324.

(3) - مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 92.

2/ الشروط التعاقدية:

الشروط التعاقدية هي تلك الشروط التي يتم الاتفاق من خلالها بين السلطة المفوضة والمفوض له بناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". وهي لا تهم المرتفقين مباشرة، ومثالها تلك المتعلقة بمدة العقد والأعباء المالية المتبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له⁽¹⁾.

يمكن القول أن عقد الامتياز له طابع مختلط، وهذا الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، و بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نص صراحة على الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز وهذا من خلال نص المادة 13 منه التي تنص على " يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية و البنود التعاقدية التي يجب ان توضح كيفية إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام وتنفيذه.

ثالثا/ خصائص عقد الامتياز:

من خلال التعاريف التي قدمناها سابقا سواء التشريعية منها أو الفقهية، وعلى الرغم من اختلافها في بعض النقاط إلا أن هناك خصائص لعقد الامتياز هي موضوع اتفاق بين أصحاب هذه التعاريف. وسوف نقوم بتحديد هذه الخصائص بالاعتماد على المرسوم التنفيذي رقم 18-99 المتعلق بتفويض المرفق العام وخاصة المادة 53 منه التي تعرف عقد الامتياز وتظهر العناصر الأساسية له المتمثلة في :

- 1- عقد الامتياز هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة وهذا ما نصت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 واعتبر المشرع الجزائري امتياز المرفق العام أحد أشكال تفويض المرافق العامة اتفاقية تفويض المرفق العام للتشريع و التنظيم المعمول بهما.
- 2- موضوع عقد الامتياز هو انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية تسيير المرفق العام واستغلاله كما يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له استغلال المرفق العام فقط.

(1)- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة، BOT ، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الكتاب الحديث، مصر،

- 3- مدة عقد الامتياز هي 30 سنة كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة وذلك بموجب تقرير معلل لانجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في عقد الامتياز حيث لا تتعدى مدة التمديد أربع سنوات كحد أقصى.
- 4- يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته ويتحمل المفوض له كل المخاطر المالية لنشاط المرفق العام.
- 5- يخضع المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز إلى رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة.
- 6- المقابل المالي يحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي عن طريق الإتاوات والرسوم التي يدفعها المنتفعون من المرفق وليس مبلغا ماليا من الإدارة مباشرة للمفوض.

الفرع الثاني

عقد إيجار المرفق العام

يختلف أسلوب تسيير المرفق العام باختلاف طبيعة المرفق العام محل التفويض، و الأهداف التي تريد السلطة المفوضة تحقيقها، ولعل أن عقد الإيجار يختلف عن بقية أشكال التفويض، وهذا من خلال العناصر المكونة له، هذه العناصر تم استخلاصها من التعريفات المقدمة سواء من طرف الفقه أو التشريع وسوف نعرض مختلف هذه التعريفات.

أولا/ التعريف الفقهي لعقد الإيجار:

يعتبر عقد إيجار المرفق العام احد الأشكال الأساسية لتفويض المرافق العامة، وتجدر الإشارة أنه بقي ولمدة طويلة مرتبط بالامتياز و العنصر الأساسي الذي يميزه هو عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء والاستثمارات المتعلقة لإقامة المرفق العام، ويعرفه الأستاذ C.BOITEAU: "هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال المرفق، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"⁽¹⁾.

(1)-ذكرته ضريفي نادية:مرجع سبق ذكره، ص 156 .

كما يعرفه الأستاذ مروان محي الدين القطب: "يشكل عقد إيجارة المرفق العام تفويض إدارة المرفق العام من قبل احد أشخاص القانون العام إلى احد الأشخاص سواء كان شخصا عاما أو خاصا، ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، مقابل حصوله على المقابل المالي من المستفيدين من خدمات المرفق"⁽¹⁾.

ما يمكن استخلاصه من هذه التعريفات أن المفوض له في عقد إيجار المرفق العام، لا يتحمل مسؤولية إنشاء المباني والمنشآت بل تسلمها السلطة المفوضة له، ويقوم المستأجر بتسيير وصيانة المرفق لحسابه وتحت رقابة السلطة المفوضة، وهذا مقابل إتاوات يحصلها من مستعملي المرفق العام .

يمكن اعتبار إيجار المرفق العام بديلا عن عقد الامتياز وهذا عندما تكون المباني والمنشآت جاهزة من قبل، فتعهد السلطة المفوضة للمستأجر تسيير وصيانة المرفق العام⁽²⁾.

ثانيا/التعريف التشريعي لعقد إيجار المرفق العام:

لقد تبني المشرع الجزائري عقد إيجار المرفق العام كأحد الطرق التي تلجأ إليها الإدارة للتعاقد مع المتعاملين، إن الإيجار يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى تحقيق الربح أكثر من عقد الامتياز، وسوف نتطرق لتعريف عقد الإيجار في النصوص التي جاء بها المشرع الجزائري.

1/ تعريف عقد الإيجار في المرسوم الرئاسي 15-247:

لقد اعتبر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الإيجار الشكل الذي تقوم الإدارة من خلاله تفويض مرفق عام للمفوض له، حيث تتحمل السلطة المفوضة مسؤولية التمويل، ويقوم المستأجر بتسيير المرفق لحسابه وعلى مسؤوليته وذلك مقابل حصوله على الإتاوات التي قدمها المرتفقون جراء استفادتهم من خدمات المرفق"⁽³⁾.

(1) - مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 454.

(2) - بولكور عبد الغاني، مرجع سابق، ص 167.

(3) - أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

نلاحظ من خلال هذا نص أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف الإيجار، و اكتفى بإظهار العناصر الأساسية التي تميزه عن باقي أشكال تفويض المرفق العام، وتتمثل هذه العناصر في :

- تتحمل السلطة المفوضة نفقات إنشاء المباني والمنشآت.
- يتولى المفوض له مسؤولية تسيير وصيانة المرفق العام.
- يلتزم المفوض له بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة مقابل استغلاله للمرفق ، من خلال الإتاوات التي يحصلها من مستعملي المرفق العام.

2/ تعريف عقد الإيجار في المرسوم التنفيذي 18-199:

إيجار المرفق العام وفق المرسوم 18-199 هو أحد الصور الأساسية لتفويض المرفق العام، تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض تسيير وصيانة المرفق العام لحسابه ومسؤوليته، وهذا تحت رقابة جزئية للسلطة المفوضة، تتمثل في مدى احترام المفوض له للمبادئ التي تحكم تفويض المرفق العام، ومدى تنفيذه لبنود العقد، كما يتحمل المفوض له كل المخاطر التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد، وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق، ويقوم المفوض له بدفع إتاوة سنوية للسلطة المفوضة من الإتاوات التي يحصلها من مستخدمي المرفق العام⁽¹⁾.

نلاحظ من خلال هذا التعريف تفصيل المشرع في تعريف عقد إيجار المرفق العام، وذلك من خلال إظهار العناصر الأساسية لعقد إيجار المرفق، وتبيان أثر هذا العقد والتمثلة في التزامات وحقوق السلطة المفوضة والمفوض له، والتمثلة في نسبة الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة، والمخاطر التي يتحملها المفوض له وكيفية تحصيل المقابل المالي كذلك مدة إيجار المرفق كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى التنفيذ الجيد لعقد إيجار المرفق العام.

(1)- انظر المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ثانيا/ خصائص عقد إيجار المرفق العام:

من خلال التعاريف السابقة وخاصة تعريف المشرع الجزائري لعقد إيجار المرفق العام يمكن أن نستخلص خصائص التي تميز عقد الإيجار عن باقي عقود تفويض المرفق العام والتي يمكن تحديدها في النقاط التالية.

1/ تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية:

تتولى السلطة مانحة التفويض تحمل نفقات إقامة المرفق العام وإقامة المنشآت الأساسية العائدة لها، حيث يسلم المفوض له المرفق العام جاهزا حيث يتولى هذا الأخير إدارته واستغلاله لكن يجدر الذكر أن المفوض له يمكن أن يقوم ببعض المنشآت الثانوية الضرورية لتشغيل المرفق العام، وتكون النفقات على عاتق المؤجر، كما يمكن النص على توزيع هذه النفقات بين طرق العقد وفقا لآليات يحددها دفتر الشروط⁽¹⁾.

2/ مدة إيجار المرفق العام :

نصت المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أن مدة عقد الإيجار 15 سنة كحد أقصى ويمكن للسلطة المفوضة أن تمدد هذه المدة لمدة 03 سنوات كحد أقصى، كما يمكن تمديدها لمدة سنة في كافة أشكال التفويض طبقا للمادة 57 من نفس المرسوم⁽²⁾.

3/ تأدية جزء من المقابل المالي:

القاعدة العامة في عقود الامتياز تقتضي أن يحصل صاحب الامتياز على كل الإتاوات التي يتقاضاها من المنتفعين من خدمات المرفق العام، غير أنه في عقد إيجار مرفق عام فإن صاحب التفويض ملزم بتأدية مبلغ محدد إلى الشخص العام مانح الامتياز مقابل استغلاله للمرفق العام، وهي ضرورة حتمية مادام الشخص العام المانح الامتياز هو الذي تحمل أعباء النفقات⁽³⁾.

(1)-فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص 256.

(2)-أنظر المادتين 54 و 57 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

(3)-مروان محي الدين قطب، مرجع سبق ذكره، ص 356.

4/ تحمل المفوض له كل مخاطر تسيير المرفق العام :

في عقد الإيجار يتحمل المفوض له كل المخاطر التي تواجهه بمناسبة تسيير المرفق العام وتقع كل الخسائر على مسؤوليته وتحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة⁽¹⁾.

ثالثا/ تمييز عقد الإيجار عن عقد الامتياز:

إن عقد إيجار المرفق العام يشبه إلى حد كبير عقد امتياز المرفق العام وهناك من اعتبره جزء منه، فكلاهما يقوم المفوض له بتسيير المرفق العام واستغلاله، وفي كلا الحالتين يتحصل على مقابل مالي من الإتاوات التي يقدمها المرتفقون مقابل الخدمات المقدمة لهم، غير أنه يمكن أن يميز عقد الإيجار عن عقد الامتياز من خلال النقاط التالية:

1/ في عقد الإيجار يقوم المفوض له باستغلال المرفق وتسييره فقط، فهو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية وتجهيز المرفق على العكس في عقد الامتياز فالمفوض له يقوم ببناء المنشآت التي يقوم باستغلالها، كما يقوم باقتناء التجهيزات الضرورية لسير المرفق⁽²⁾.

إن هذا الاختلاف لا يظهر في كل الحالات لأن بعض عقود الامتياز لا تلزم المفوض له بإقامة المرفق العام وإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية، فقد تعهد له السلطة المفوضة لاستغلال المرفق فقط وهذا ما نصت عليه المادة 1/53 من المرسوم التنفيذي 199-18.

إن مجلس الدولة الفرنسي ميز في قرارات حديثة له بين عقد الإيجار وعقد الامتياز يرتكز على عدم تكليف المستأجر بتنفيذ إنشاءات تقتضي استثمارات مهمة من جانب المتعاقد، غير أن مجلس الدولة لم يضع معيارا واضحا يعتبر من استثمارات المهمة⁽³⁾.

2/ يختلف عقد الإيجار عن عقد الامتياز في المدة، حيث مدة الامتياز 30 سنة قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 04 سنوات كأقصى حد وهذا حسب نص المادة 53 من المرسوم

(1) - أنظر المادة 54 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

(2) - ضريفي نادية، مرجع سبق ذكره، ص 172.

(3) - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 113.

التفيزذي 18-199، أما في عقد الإيجار فهي 15 سنة قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 03 سنوات طبقا لنص المادة 54 من نفس المرسوم، غير أنه يمكن تمديد مدة تفويض المرفق العام في كل الأشكال مدة سنة وهذا بموجب ملحق بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معل ذلك لحاجات استمرارية المرفق العام وهذا طبقا لنص المادة 57 من نفس المرسوم.

الفرع الثالث

عقد الوكالة المحفزة

تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية لعقد الوكالة المحفزة وفق ما سماها المشرع الجزائري، أو كما يسميها فقهاء القانون العرب بعقد مشاطرة الاستغلال ويعتبر أسلوب الوكالة المحفزة كأسلوب وسط بين الإدارة المباشرة و أسلوب الامتياز، وهذا بالنظر إلى الخصائص التي يتميز به أسلوب الوكالة المحفزة عنهما⁽¹⁾.

أولا/ تعريف الوكالة المحفزة:

نتناول التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي

1/ التعريف الفقهي:

تعددت التعريفات الفقهية حول أسلوب الوكالة المحفزة حيث عرفه الدكتور سليمان المطاوي على أنه: "عقد يبرم بين الدولة وفرد أو شركة حيث يتعهد هذا الأخير بإدارة المرفق العام لحساب الدولة مقابل حصوله على عوض من قبل الدولة لا من الأفراد أو المنتفعين"⁽²⁾. أما الأستاذ حسن محمد علي حسن البنان أشار أنه: "عقد بموجبه يعهد

(1) - محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة للتفسير والتطوير، دراسة مقارنة، ج2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 199.

(2) محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 199.

شخص عام إلى شخص خاص نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقا لحسن سير الاستغلال على أن تتحمل الإدارة المخاطر المالية للمشروع"⁽¹⁾.

أما الفقيه الفرنسي S.BRACONNIER فقد عرّف عقد الوكالة المحفزة على أنه: "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"⁽²⁾.

2_ التعريف التشريعي لعقد الوكالة المحفزة :

عرف المشرع الوكالة المحفزة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽³⁾، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وذلك في المادة 210 منه على أنه شكل من أشكال تفويض المرفق العام، وفي الفقرات 8 و 9 و 10 عرف الوكالة المحفزة على أنها العقد الذي تعهد السلطة المفوضة بموجبه للمفوض بتسيير وصيانة المرفق العام أو تعهد له أو تسييره فقط، وعلى عكس عقد الامتياز و الإيجار يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويحصل المفوض له على أجر مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء، يتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام بالشراكة بين السلطة المفوضة والمفوض له، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية⁽⁴⁾.

(1) - حسن محمد علي البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتفسير والتطوير، دراسة مقارنة، المركز القانوني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص230.

(2) -S.BRACONNIER, Droit des services publics, op.cit,p.440.

(3) - أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

(4) - أنظر المادة 210 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كما عرف المشرع الجزائري الوكالة المحفزة أيضا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في مادته 55⁽¹⁾ وهو نفس التعريف المذكور في المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

ما يلاحظ على هذه التعاريف للمشرع الجزائري أنها متطابقة مع تعريف الأستاذ S.Braconnier السابق ذكره، وهذا ما يؤكد أن عقد الوكالة المحفزة هو نفسه عقد مشاطرة الاستغلال.

ويعتبر عقد الوكالة المحفزة أسلوب في التسيير يحتل مركز الوسط بين الاستغلال المباشر من جهة وبين الامتياز من جهة أخرى، فهذا الأسلوب يقترب من الاستغلال المباشر في أن السلطة العامة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، وتتحمل مسؤولية المرفق بنفساته، ويختلف عنه في أن الهيئة الإدارية لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، بل يقوم بذلك شخص أو شركة خاصة، ويقترب هذا الأسلوب من عقد الامتياز، بحيث تكون الإدارة في حال الامتياز تمارس رقابة على الشركة، ولكن رقابتها أقوى في عقد مشاطرة الاستغلال، نظرا لأن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر المشروع.

عقد الوكالة المحفزة يشجع المفوض (المسير) على بدل كل المجهودات للنهوض بالمرفق العام والزيادة من فعاليته، عن طريق حسن التسيير التي تزيد من مرد ودية المرفق العام.

ثانيا/ خصائص عقد الوكالة المحفزة:

من خلال التعاريف السابقة الذكر لعقد الوكالة المحفزة يظهر لنا أن هذا العقد يتميز بجملة من الخصائص تفرقه عن باقي عقود تفويضات المرفق، حيث تتعلق هذه الخصائص باستغلال المرفق وكيفية إدارته من قبل المفوض له وحصوله على المقابل المالي وأيضا المدة المحددة لقيامه بتسيير هذا المرفق.

(1)-تنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على:"الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته".

أولا/استغلال المرفق يكون لحساب السلطة المفوضة:

السلطة المفوضة أو الشخص العام التابعة له هي التي تتولى إنشاء وتجهيز المرفق العام حيث تقوم بتمويل المرفق وتحمل مخاطر المشروع ماليا ماعدا المخاطر التجارية التي تعترض المفوض له مثل المخاطر التجارية التي تتعلق بإيرادات الاستغلال وكذا المخاطر الصناعية التي تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام. وهذا حسب المادة 55⁽¹⁾فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وتتحمل السلطة المفوضة نتائج استغلال المرفق العام لأنه يدار في الواقع لحسابها وعلى مسؤوليتها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة (03) في المادة 55 من نفس المرسوم حيث جاء فيها: "يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية"⁽²⁾.

فالرسوم التي تفرض على المنتفعين لا تكون حقا للمفوض له وإنما تحصل لحساب السلطة المفوضة وهذا حسب المادة 210 فقرة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽³⁾ وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 5/55 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

ففي الوكالة المحفزة يقتصر دور المفوض له على تسيير وصيانة المرفق العام بما فيها تقديم الخدمات اللازمة للمنتفعين وجمع الإتاوات لحساب السلطة المفوضة. وهذا بإشرافها ورقابتها على المرفق وهذا ما نصت عليه المادة 55 فقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

(1) - أنظر المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تنص على: "وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام".

(2) - أنظر الفقرة 3 من المادة 55 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(3) - المادة 210 فقرة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تنص على: "تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

ثانيا/ تمويل المرفق العام من السلطة المفوضة التي تحتفظ بإدارته:

إن تفويض المرفق العام من طرف السلطة المفوضة لا يعني أبدا تخلي أو فقدان المفوض لسلطته، بل يظل محتفظا بها كاملة وله حق استرداد المرفق، فالدولة هي التي تقدر اعتبار نشاط ما مرفقا عاما أم لا، وإنشائه يكون بناءا على قانون معين ذلك أنه من العناصر الأساسية التي تميز المرفق العام بمستويات معينة⁽¹⁾. فالسلطة المفوضة تحتفظ بإدارة المرفق العام، وتمارس من السلطات عليه سواء من حيث تنظيمه وهيكلته أو نشاطه، كما تقوم بوضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتمارس الرقابة على نشاطه وعلى الأشخاص العاملين فيه⁽²⁾.

ثالثا/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال:

يقوم عقد الوكالة المحفزة على فكرة التشجيع الاستثماري والبحث عن المردودية، ويقوم على الدافع الشخصي لدى المفوض له، المتمثل في الحصول على المقابل المالي، فهذا الأخير له علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق العام، ويكون مصدر المقابل المالي هي الإتاوات التي يدفعها المنتفعون نتيجة الاستفادة من خدمات المرفق كما يقول الأستاذ CLOUDIE BOITEAU: "ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق العام لا غيره، وفي أغلب الأحيان هي إتاوات مقدمة من أغلب المرتفقين مقابل خدمة"⁽³⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 207 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث جاء فيها: "[...] ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام".

(1) - بروري هدى و ساولي هدى، الطبيعة القانونية، لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2018/2017، ص 38.

(2) - المرجع نفسه.

(3) - CLAUDIE BOITEAU, op.cit, p.92.

كما نصت المادة 55 فقرة 04 على: "ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة بنسبة مئوية من رقم الأعمال. تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء حصة من الأرباح".

فالمقابل المالي المتعلق بنتائج الاستغلال الذي تقدمه السلطة المفوضة للمفوض له يتكون من عنصرين: عنصر ثابت "مضمون" وهو مبلغ من المال وهو مبلغ من المال يتقاضاه المفوض له من السلطة المفوضة سواء كان المرفق ناجحاً في نشاطه أم لا، وهذا كنتيجة لتحمل السلطة المفوضة للمخاطر المالية.

العنصر الثاني عنصر متغير، وهو عبارة عن مبلغ آخر متحرك يتمثل في مكافأة إضافية يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام وتحقيقه للأرباح وتكون في شكل منحة إنتاجية و حصة من الأرباح التي تقدر على أساس الربح الصافي للمشروع أو على أساس الدخل الإجمالي له وهذا لتشجيع المفوض له لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها وزيادة من فعالية المرفق والذي بدون شك سيزيد من مقابله المالي وعلاوته⁽¹⁾.

وقد كان الفقه في فرنسا يقر بأن عقد الوكالة المحفزة لا يدخل ضمن عقود تفويض المرفق العام بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي، على عكس الاجتهاد القضائي الذي كيّف هذا النوع من العقود على أنها عقود تفويض المرفق العام، وذلك لارتباط المقابل المالي المحصل من طرف المفوض له بنتائج الاستغلال وهذا بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 جوان 1999 في قضية "SMITOM"⁽²⁾.

(1) - فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص 260 .

(2) - تتلخص وقائع قضية " SMITOM " بقيام إحدى النقابات بالتعاقد مع شركة خاصة لجمع النفايات ومعالجتها وحدد مقابله المالي بجزء ثابت يشكل سبعين بالمائة (70%) كأجر يدفع من النقابة وجزء آخر متغير يشكل ثلاثين بالمائة (30%) من المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن الجزء المتغير من المقابل المالي الذي يدفع من المنتفعين هو الجزء الأقل، وانتهى المجلس بناء على هذا التحليل إلى أن العقد هو عقد من عقود تفويض المرفق العام.

Conseil d'Etat, 30 juin 1999, n° 198147, للمزيد راجع: قرار مجلس الدولة الفرنسي السالف الذكر Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM)

رابعاً/ إرتباط عقد الوكالة المحفزة بمدة زمنية:

يجب أن تكون اتفاقية تفويض المرفق العام مقترنة بمدة زمنية معينة ومحددة لأن عملية التفويض ليست مؤبدة وليس تنازلاً عن المرفق العام، ومدة التفويض تختلف باختلاف شكل التفويض وهذا وفقاً لطبيعة النشاط والاستثمار المطلوب تنفيذها.

ولقد تم استخدام أسلوب الوكالة المحفزة في عديد المرافق في فرنسا كمرفق النقل العمومي الذي اختار العمل به Chambéry métropole لمدة 06 سنوات وهذا إلى غاية 2017⁽¹⁾، وأيضاً تنفيذ عقد الوكالة المحفزة لإدارة سينما CINIMAGRAULHET لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 2-01114-L من قانون الجماعات الإقليمية⁽²⁾.

أما في الجزائر فقد حدد المشرع الجزائري مدة تفويض عقد الوكالة المحفزة بعشر 10 سنوات كحد أقصى. مع إمكانية تمديدتها بموجب ملحق، على أن لا تتعدى مدة التمديد سنتين لا أكثر⁽³⁾.

(1)-territoires conseils, Chambéry métropole choisit la régie intéressée pour ses transport public, voir : [http://www.caisse des dépôts des territoires.fr](http://www.caisse-des-depots-des-territoires.fr).

(2)l'art L.O1114-2 de code général des collectivités territoriales : "Au sens de l'article 72-2 de la Constitution, les ressources propres des collectivités territoriales sont constituées du produit des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif, ou dont elle détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, des redevances pour services rendus, des produits du domaine, des participations d'urbanisme, des produits financiers et des dons et legs.

Pour la catégorie des communes, les ressources propres sont augmentées du montant de celles qui, mentionnées au premier alinéa, bénéficient aux établissements publics de coopération intercommunale ".

(3)- أنظر المادة 55 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي 18-199 تنص على: "تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة، بعشر (10) سنوات كحد أقصى".

الفرع الرابع

تفويض عقد التسيير

يعد أسلوب التسيير في إدارة واستغلال المرفق العام من الطرق القانونية للتفويض الإتفاقي، رغم أن أسلوب تفويض عقد التسيير لم يحض باهتمام الفقهاء في فرنسا الذين ذهبوا في الكثير من الدراسات إلى استبعاده من طائفة عقود التفويض، كما أنه لم يحض باهتمام قانوني في الجزائر حتى سنة 2015، بالرغم من تطبيقه في الواقع العملي من قبل السلطات العامة، خاصة في مجال تسيير الخدمة العمومية للمياه (1).

وتقتضي دراسة تفويض عقد التسيير التطرق إلى تعريفه (أولا) وتحديد خصائصه (ثانيا) ثم تمييزه عما يشابهه، حيث نخص عقد الوكالة المحفزة (ثالثا).

أولا/ تعريف تفويض عقد التسيير المرفق العام:

سنتطرق للتعريف الفقهي (1) لعقد تسيير المرفق العام ثم التعريف التشريعي (2)

1/ التعريف الفقهي لعقد التسيير:

إن الدراسة الفقهية المتعلقة بعقد التسيير الإداري جد ضئيلة، ويعود السبب إلى حداثة هذا العقد والدراسات المتحصل عليها، لذلك نجد أهمها تلك التي قام بها الفقه الفرنسي، حيث عرّف الأستاذ F.CHENAUD، عقد التسيير أنه: "عقد يفوض بموجبه شخص القانون العام للغير (شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا) تسيير مرفق عام لحساب الجماعة بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره" (2).

كذلك ذهب الأستاذ C.BOITEAU إلى القول بأن عقد التسيير ليس تفويض للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير على أساس أنه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق، ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير ونفس الموقف اتخذته

(1)- بلحناش تركية و عوقة أسامة، مرجع سبق ذكره، ص 82.

(2)- فوناسوهيلة، مرجع سابق، ص 261.

الأستاذ S.BRACONNIER الذي لم يدرج عقد التسيير في عقود تفويض المرفق العام في كتابه Droit des services عندما تعرض لعقود تفويض المرفق العام.

2/ التعريف التشريعي لعقد التسيير:

عرّف المشرع الجزائري عقد التسيير من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر وذلك من بنص المادة 210 منه فقرة: 10 و 11 و 12 حيث جاءت كما يلي: (1)
كما عرّف المشرع عقد التسيير من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وذلك في المادة 56 فقرة 01(2).

ولعل التعريف الوارد في المادة 56 من المرسوم السالف الذكر كان أشمل وأدق وذلك أن المشرع ربط تفويض المرفق العام في أسلوب التسيير بالمخاطر على عكس ذلك لم يشر إلى المخاطر في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يختلف بذلك عقد التسيير في مجال تفويض المرفق العام عن عقد التسيير في القانون الخاص الذي نظمته المشرع بموجب القانون رقم 89-01 في المادة الأولى كما يلي: "عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".

لذلك فإن عقد التسيير الوارد في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفي القانون المتعلق بتفويض المرفق العام ليس هو عقد التسيير الوارد في القانون

(1)-تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته".

(2)-المادة 56 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحملة المفوض له".

رقم 89-01. وأن هذا الأخير يدخل في طائفة عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم واستغلال الفنادق، وبالتالي فهو لا يدخل في طائفة عقود التفويض.

ورغم عدم تقنين عقد تسيير المرفق العام وعدم وجود نظام قانوني له، إلا أنه تم اعتماده في قطاع المياه وفي إطار تفويض الخدمة العمومية للمياه حيث قامت مؤسسة "الجزائرية للمياه" بتفويض تسيير خدمات التزويد بالمياه في مدينة الجزائر العاصمة لصالح المتعامل الفرنسي "Suez-environnement" لمدة خمس سنوات ونصف ابتداء من مارس 2006 وهي المدة القانونية التي تستغرقها عقود التسيير، وقد تم تحديد هذا العقد لمدة خمس سنوات أخرى تنتهي مدته سنة 2016⁽¹⁾.

ثانيا/ تمييز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة:

من خلال ما سبق يتضح التشابه الكبير بين عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة، بحيث يصعب التفرقة بينهما من الناحية النظرية وكذلك العملية، ففي كلا الحالتين يتولى المفوض له استغلال المرفق وكذا تحصيل التعريفات من المستفيدين لحساب الشخص العام أو السلطة المفوضة، مقابل أجر يحدد في العقد يدفع من طرف السلطة المفوضة التي تتولى إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، حيث يقتصر دور صاحب التفويض على القيام بتسيير المرفق العام والاختلاف الجوهرى هو تحصل المسير في الوكالة المحفزة على نسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء وهذا حسب المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199.

(1) - حققت هذه المؤسسة نتائج جد مرضية وذلك حسب سكان مدينة الجزائر العاصمة ومدير شركة سيال Jean- Marc Jahn حيث كانت حصيلة نشاط الشركة خلال العقد الأول كما يلي:

_ارتفاع نسبة التزويد بالمياه الصالحة للشرب من 8% في سنة 2006 إلى نسبة 100%.

_إيصال ما نسبته 53% من سكان مدينة الجزائر العاصمة بشبكة التطهير مقابل نسبة 6% سنة 2006 عند إبرام العقد.

ثالثاً/ خصائص عقد التسيير:

تسيير المرفق العام من قبل المسير لحساب السلطة المفوضة، والذي يضمن السير العادي للمرفق، وتتحمل الهيئة العمومية من خلال عقد التسيير مخاطر التسيير المالية والتقنية أما المسير فلا يتحمل أي مخاطر أو خسائر تتعلق بالمرفق العام، مع ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير بل هو مقابل مالي جزافي محدد مسبقاً.

إن لتقنية تفويض المرافق العامة دور كبير للنهوض بهذه الأخيرة، ويمكن القول أن هذه الأشكال التي اعتمدها المشرع الجزائري في المرسوم 18-199 جديرة بتحقيق تنمية متوازنة على المستوى المحلي، كما تهدف لتحقيق الفعالية والجدية للمرافق العامة.

إن المشرع ترك حرية الإدارة في اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد مع المفوض له وهذا حسب الأهداف التي تريد الإدارة تحقيقها، ويتحدد شكل التفويض بمدى مساهمة المفوض له في تمويل المرفق العام وبالتالي مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له، ففي عقد الامتياز يقوم المفوض له بتحمل كافة النفقات المتعلقة بإنشاء و بناء المرفق العام كما يتحمل كافة المخاطر التي يواجهها، وهذا من شأنه أن يخلق مصدر للتمويل أمام تراجع عائدات الجماعات المحلية وعجز الخزينة العمومية في تحمل نفقات إنشاء وتسيير هذه المرافق، كما يمكن أن تساهم بقية الأشكال في تحسين مرودية المرافق ونوعية وجودة الخدمات المقدمة من طرف هذه الأخيرة، وهذا من خلال الاستفادة من خبرة القطاع الخاص والإمكانيات البشرية التي يمكن أن تفتقرها الجماعات المحلية.

المطلب الثاني**المبادئ التي تحكم تفويض المرافق العامة**

إن لجوء الدولة لاعتماد تقنية تفويض المرافق العامة له هدفه وهو تحقيق المصلحة العامة وهذا من خلال تجسيد حقيقي وفعلي لدور هذه المرافق وتحسين الخدمات، إن تفويض تسيير المرافق العامة للأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة، يقوم على مجموعة من المبادئ ولقد كان للفقهاء والقضاء دور كبير في إرساء هذه المبادئ، كما تبنتها مختلف

التشريعات فقد تبنى المشرع الجزائري تقنية تفويض المرافق العامة وفق هذه المبادئ وهذا من خلال نصوص قانونية، وهذا من أجل تحسين دور هذه الأخيرة، وسوف نعالجها في العناصر التالية، المبادئ التقليدية (الفرع الأول) المبادئ الحديثة (الفرع الثاني)

الفرع الأول

المبادئ التقليدية التي تحكم تفويض المرافق العامة

يتفق اغلب الفقهاء على مبادئ أساسية تحكم سير المرافق العامة والتي استقر عليها القضاء ولقد تم ضبط هذه المبادئ بصفة متجانسة ومتكاملة إلى ثلاثة مبادئ أساسية، وهي مبدأ استمرارية المرافق العامة، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، مبدأ التكيف الدائم⁽¹⁾. إن تقنية تفويض المرافق العامة لا بد أن تخضع لهذه المبادئ، فهي عبارة عن قيود يجب على السلطة المفوضة والمفوض له احترامها وسوف نتطرق لهذه المبادئ كما يلي:

أولا/ مبدأ استمرارية المرافق العامة:

يقصد بمبدأ استمرارية المرافق العامة، السير المنتظم والمطرد للمرفق العام، أي تقديم الخدمة دون انقطاع أو توقف، فالمفوض له الذي يتولى إدارة واستثمار المرفق العام، يقع عليه احترام مبدأ الاستمرارية وهذا بموجب النصوص القانونية و التنظيمية و التعاقدية من جهة، ورقابة القاضي الإداري من جهة أخرى، فالنشاط المرفقي يجب أن يستمر بصورة مطردة دون أي توقف طالما المصلحة العامة لا تبرره سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، ونظرا لأهمية هذا المبدأ فيجب على المفوض له أن يتخذ كل التدابير الكفيلة بمواجهة أي طارئ قد يعيق استمرارية نشاط المرفق⁽²⁾.

1/ مبررات الفقه لمبدأ استمرارية المرافق العامة:

لقد اتفق كل الفقهاء على أهمية مبدأ استمرارية عمل المرافق العامة وجعلوه أول المبادئ التي يقوم عليها سير المرافق العامة ولقد برر الفقهاء أمثال Auby et Ducos مبدأ

(1) - ظريفي نادية، تسيير المرافق العامة و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 30.

(2) - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص 81.

الاستمرارية أنه عندما ينصب نشاط ما كمرفق عام، فلأنه يلبي حاجة ملحة ذات منفعة عامة ، للحياة الوطنية والحياة المحلية. وأن تبرير استمرارية المرفق العام يرتكز على مبدأ دستوري وسياسي ثباتا للدولة وعلى هدف اجتماعي، ضرورة تقادي الفوضى⁽¹⁾.

يقول العميد الأستاذ محمد بوسماح أن مبدأ استمرارية المرافق العامة ينبع من تصور يجعل عمل الدولة والأجهزة التابعة لها، يقوم على الدوام والانتظام لا على الانقطاع والتوقف، وبالتالي نشاط المرفق العمومي ضروري لحياة المجموعة الوطنية ولا ينبغي أن ينقطع لان توقفه قد ينجر عليه عواقب وخيمة في حياة الجماعة، وهذا ما جاء في العبارة المكرسة للاستمرارية روح المرفق العام⁽²⁾.

2/ موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نص المشرع الجزائري على مبدأ الاستمرارية، كما أكدته من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، كما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية و التكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية"⁽³⁾.

المشرع الجزائري نص على احترام مبدأ استمرارية المرفق العام بصفة صريحة، ولا بد أن تتم اتفاقية تفويض المرفق العام في إطار احترام هذا المبدأ، حيث يقع على عاتق المفوض له اتخاذ كل التدابير التي من شأنها أن تجعل عمل المرفق العام بصفة مستمرة

(1)- هيام مروة، القانون الإداري الخاص: المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها-لاستملاك-الأشغال العامة للتنظيم المدني، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص50.

(2)-Mouhamed boussoumah , « essai sur la notion juridique de service publique », R.A.S.J, n°03, 1992, p.467.

(3)- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

وبدون انقطاع، وهذا من أجل تحقيق المصلحة العامة، وتحسين دور المرفق العام، فعلى المفوض له أن يؤمن استمرارية سير المرفق العام فلا يمكن أن نتصور توقف المرفق العام عن تقديم الخدمات للأفراد لأن هذه الخدمات ضرورية للحياة ولا يمكن الاستغناء عنها.

3/ النتائج المترتبة عن مبدأ الاستمرارية:

يترتب على مبدأ الاستمرارية مجموعة من النتائج، تتمثل في تحريم إضراب الموظفين العموميين، وتنظيم استقالتهم وتطبيق نظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة، وسوف نتطرق إلى هذه العناصر كما يلي :

1/ تقييد ممارسة حق الإضراب:

حق الإضراب معترف به في أغلب الدساتير ويدخل في الحريات العامة، ويقصد به توقف أعوان عموميين العاملين في المرافق العامة، عن أداء واجباتهم الوظيفية بصورة مؤقتة بهدف الضغط على الإدارة من أجل تحقيق مطالب خاصة بهم ترتبط بأوضاعهم المهنية، وتجدر الإشارة أن الإضراب هو من أخطر الوسائل التي لجأ إليها الموظفون والعمال وذلك لتعارضه مع مبدأ الاستمرارية⁽¹⁾.

لقد نظم المشرع الجزائري ممارسة حق الإضراب، من خلال قانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، في المرافق و المقاولات العمومية، ومن بين الإجراءات التي نص عليها هذا القانون القيود المنصوص عليها في المادة 43 منه والتي تنص:

"يمنع اللجوء للإضراب في الميادين والأنشطة الرئيسية التي قد يعرض حياة أو أمن أو صحة المواطنين أو الاقتصاد الوطني للخطر⁽²⁾.

(1)-مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت 2012، ص 334.

(2)- قانون رقم 90-02 مؤرخ في 06 فيفري 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ج ر عدد 90/6.

كما نص نفس القانون على تأمين الحد الأدنى من الخدمات، حيث جاء فيها "إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام، استمرار المرافق العمومية الأساسية أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية، أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأموال الموجودة، فيتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباري، أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود كما نصت على ذلك المدتان 38 و 39 أدناه⁽¹⁾. والهدف من تقييد الإضراب وضمن الحد الأدنى من الخدمة، هو احترام مبدأ استمرار المرفق العام.

2/ تنظيم الاستقالة:

الاستقالة طلب يقدمه الموظف إلى السلطة الإدارية المختصة، يلتزم فيه إنهاء علاقته بالوظيفة، وبالرجوع إلى المواد 217 إلى 220 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية الأمر رقم 06-03⁽²⁾ نجد أن المشرع يعترف بحق الموظف في الاستقالة، غير انه قيدها بشروط، ولعل أهمها تقديم طلب صريح من الموظف المعني بشأنها، يعلن فيه عن إرادته الصريحة عن قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية.

على الموظف أن يرسل طلبه إلى السلطة التي لها صلاحية التعيين، يتعين عليه الاستمرار في ممارسة عمله إلى غاية صدور القرار من الجهة المختصة، وعلى الجهة المختصة إصدار القرار خلال مدة شهرين من تاريخ تقديم الطلب، كما يمكن لها تمديد هذه المدة لشهرين آخرين من تاريخ انقضاء الأجل الأول وبانقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية، لا ترتب الاستقالة أي اثر إلا بعد قبولها الصريح، إن قبول الاستقالة يجعلها غير قابلة للرجوع فيها، إن تنظيم الاستقالة له أهمية كبيرة في تكريس مبدأ استمرارية المرفق العام.

(1) - المرجع نفسه.

(2) - المواد 217 - 220، أمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46، المؤرخ 16 جويلية 2006.

3/ نظرية الموظف الفعلي:

يعرف الموظف الفعلي أنه الشخص الذي يعترف القضاء بصحة تصرفاته في بعض الحالات، رغم انه لم يعين تعيينا صحيحا في الوظيفة أو لم يصدر قرار بتعيينه فيها على الإطلاق، وقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى هذه النظرية من أجل ضمان سير المرافق العامة. فالأصل يقتضي بطلان الأعمال أو التصرفات الصادرة عن هذا الموظف الذي تم توظيفه بطريقة غير شرعية، ويبرر اجتهاد القاضي الإداري صحة هذه التصرفات وسلامتها على نظرية الظاهر في الظروف العادية، ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد في الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

4/ نظرية الظروف الطارئة :

طبقت نظرية الظروف الطارئة لأول مرة من طرف مجلس الدولة الفرنسي، على عقود امتياز المرافق العامة في حكمه الشهير في غاز بوردو، ومضمون هذه النظرية انه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية طارئة، لم يكن بالإمكان توقعها أثناء إبرام العقد لسبب خارج عن إرادة أطراف العقد، هذه الظروف أدت إلى اختلال اقتصاديات العقد وجعلت تنفيذ العقد مرهق للطرفين، فان السلطة الإدارية المتعاقدة تكون ملزمة بتعويض المتعاقد جزئيا عن الأضرار الناجمة عن هذه الظروف الطارئة⁽²⁾.

ثانيا/ مبدأ المساواة أمام المرافق العامة:

يعتبر مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية التي كرسها قانون حقوق الإنسان والمواطن، التي صدرت بعد الثورة الفرنسية سنة 1789، ولقد تم اعتماد هذا المبدأ وتجسيده في مختلف الدساتير والقوانين، ويقصد بهذا المبدأ عدم التمييز بين المستفيدين من المرافق العامة خاصة إذا وجدوا في وضع مماثل في المراكز القانونية، ومبدأ المساواة ليس مبدأ

(1)-عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري - المرافق العامة: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 155.

(2)- مصلح ممدوح الصرارية، المرجع السابق، ص 340.

مطلقا حيث يمكن التمييز بين الأفراد إذا كان هذا التمييز ناشئا عن الدستور أو عن القانون أو إذا وجد المواطنون في أوضاع قانونية مختلفة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (1). هكذا يتجلى مبدأ المساواة في قاعدتين أساسيتين و هما المساواة في الحقوق والمساواة في الأعباء، وسوف نشرح مضمون كلا القاعدتين كما يلي:

1/ المساواة في الحقوق :

تضم هذه القاعدة مظهرين أساسيين لتجسيد مبدأ المساواة أول مظهر وهو أن يقدم المرفق العام نفس الخدمات للمواطنين دون تمييز، إن تطبيق هذه القاعدة ليس مطلقا، بل لا بد من توفر بعض الشروط ولعل من أهمها، أن يكون المرتفقون في مراكز قانونية وظروف متماثلة، لذلك فلا يجب التمييز بينهم لأي سبب كان، إن المظهر الثاني هو المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية وهو حق دستوري (2)، ولقد نصت عليه المادة 1/63 من دستور 2016 والتي تنص: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون "

2/ المساواة في الأعباء العامة:

مضمون هذه القاعدة، أن كل المواطنين الذين تتماثل مراكزهم القانونية والظروف المحيطة بهم، يتحملون نفس الأعباء، مثلا المساواة أمام الضرائب والرسوم، وهذه القاعدة غير مطلقة، حيث يمكن للإدارة خاصة المرافق العامة الصناعية والتجارية أن تميز بين المستفيدين، وتخفف التعريف لبعض المشتركين، وذلك بسبب الأخطاء التي ترتكبها الإدارة فيحق للأشخاص الذين أصابهم الضرر جراء هذه الأعمال المطالبة بالتعويض (3).

نظرا لأهمية مبدأ المساواة أمام المرافق العامة وكونه مبدأ دستوري، ونظرا لاعتماد المشرع الجزائري تقنية تفويض المرافق العامة، بسبب عجز الأساليب التقليدية في تسييرها، فقد

(1)-هيام مروة، مرجع سبق ذكره، ص 55.

(2)- ضريفي نادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 36،37.

(3)-هيام مروة، المرجع السابق، ص 56 .

حرص المشرع الجزائري على تجسيد مبدأ المساواة وهذا من خلال المادتين 5 و 209 من المرسوم الرئاسي رقم 18-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة ، كما أكد المشرع الجزائري على ان تقنية تفويض المرافق العامة تتم في إطار احترام مبدأ المساواة إلى جانب المبادئ الأخرى التي التي تحكم سير المرفق العام، وهذا من خلال استقراء نص المادة الثالثة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام ، إن مبدأ المساواة يعتبر من القيود التي يجب على السلطة المفوضة والمفوض له الالتزام بها، والعمل على احترامها بشتى الوسائل المتاحة قانونا .

ثالثا/ مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير في أي وقت :

مضمون هذا المبدأ وهو قدرة المرفق العام من تحقيق المنفعة العامة التي انشأ من اجلها، وذلك من خلال مواجهة الظروف المتغيرة التي تحيط بنشاطه، وأمام التطورات الحاصلة في شتى المجالات سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي والسياسي، وتطور حاجيات الأفراد، تملك الإدارة سلطة تقديرية في تحسين أو تغيير طريقة تسيير المرفق العام، إن إبقاء الإدارة على تنظيم المرفق العام بطريقة أبدية دون إحداث أي تغيير، فسوف يؤدي إلى جمود نشاط المرفق العام وعجزه عن تحقيق المصلحة العامة وبالتالي انصراف المنتفعين عنه⁽¹⁾.

إن مبدأ تكيف المرفق العام له أهميته لا تقل عن أهمية مبدأ الاستمرارية و المساواة، وذلك جعل من المرفق العام يحقق الغرض الذي انشأ من اجله وهو تحسين وتوفير الخدمات للأفراد، إن المشرع الجزائري وسعيا منه لتحسين دور المرفق العام عن طريق اسلوب التفويض، ألزم السلطة المفوضة و الشخص الذي يقوم بتسيير وإدارة هذا الأخير، على اتخاذ كافة التدابير التي من شأنها أن تجعل المرفق العام يسير ويتكيف مع التطورات المحيطة

(1) - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة، د.ط، دار الجامعة الجديدة

للنشر، مصر، ص 223.

بنشاطه، لقد أكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ وجعل تفويض المرفق العام يتم في ظل احترام هذا المبدأ، وهذا ما أكدته المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

الفرع الثاني

المبادئ الحديثة التي تحكم تفويض المرافق العامة

إضافة إلى المبادئ التقليدية التي تحكم سير المرافق العامة ولتحسين دور هذه الأخيرة واعطاء جدية وفعالية في تقديم الخدمات للأفراد، ظهرت مبادئ حديثة، تبنيتها عدت تشريعات، من أجل نجاعة تقنية تفويض المرافق العامة فقد أوجب المشرع الجزائري على السلطة المفوضة والمفوض له احترام هذه المبادئ، وباستقراء نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة الثالثة 3 من المرسوم رقم 18-199، نجد أن هذه المبادئ حددها المشرع الجزائري في ثلاث وهي: مبدأ الشفافية ومبدأ الجودة ومبدأ النجاعة.

أولا / مبدأ الشفافية :

يطبق مبدأ الشفافية في تفويض المرافق العامة على مستويين، مستوى الإجراءات والأصول اللازمة للوصول إلى تقنية التفويض، والمستوى الثاني هو اعتبار مبدأ الشفافية كقيد يرد على الشخص المكلف بتسيير المرفق العام، ولقد أعطيت عدة تعريفات لمبدأ الشفافية، لقد عرفها الأستاذ Michel Bazex بأنها وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين أو المستهلكين قد روعيت فعلا من طرف الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام⁽¹⁾.

كما يمكن إعطاء لمبدأ الشفافية معنى أخلاقي، وهذا الأخير يكون من خلال فرض الرقابة على نشاط المرفق محل التفويض، ولقد تضمنت القوانين الخاصة بالمياه والكهرباء و الغاز و البريد والمواصلات، إلزام الشخص المكلف بإدارة المرفق العام، بالإبلاغ وبالتفصيل

(1)-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص 91.

عن بالمعلومات المتعلقة بالتعريفه وبأسعار الخدمات التي تقدم للجمهور والمنتفعين من هذه المرافق(1).

ثانيا/ مبدأ الجودة:

يشكل مبدأ الجودة أو النوعية في الخدمة المقدمة، من بين المبادئ الجديدة التي تحكم سير المرفق العام، وهذا من اجل ضمان القدر الممكن من الخدمة ذات نوعية جيدة، وإشباع حاجيات المنتفعين، والاستجابة للأهداف المسطرة في السياسة العامة، وهو ما يفتح باب المنافسة أمام المتعاملين الاقتصاديين، قصد جلب عدد كبير من المستهلكين(2).
 لقد جعل المشرع الجزائري تقنية تفويض المرفق العام تتم في ظل احترام مبدأ الجودة، ويعتبر هذا المبدأ من الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض له. ولعل هذا المبدأ من العوامل التي تؤدي إلى استمرارية نشاط المرافق العامة، وإلا سوف تصبح عاجزة عن تلبية حاجيات الجمهور، مما يؤدي إلى العزوف عنها في نهاية المطاف.

ثالثا/ مبدأ النجاعة :

تقوم المرافق العامة بطبيعتها على مقومات اقتصادية واجتماعية، هذه المقومات هي الأساس الذي يعبر من خلالها عن فعالية المرافق العامة، فنجاح نشاط المرفق مرتبط بهذه المقومات، ويقصد بالنجاعة أو الفعالية الاقتصادية القدرات المادية للشخص المكلف بتسيير المرفق العام، فهي تشكل الدلالة على وجود رابط بين تقنية تفويض المرفق العام وفكرة تجسيد المنافسة الفعلية بين المتعاملين الاقتصاديين، وهذا من اجل انتقاء الشخص الذي يمكنه تحقيق النجاعة في تقديم الخدمة العمومية،

(1)- بولكور عبد الغاني، مرجع سبق ذكره، ص 21.

(2)-فوناسسوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 236.

أما الفعالية الاجتماعية فتكمن في تقديم الخدمات للأفراد في صورة متساوية، وبالتالي هي الضمانة المؤمنة لكل شخص في الاستفادة من المرافق العامة وفقا للقواعد التي تحكم سيره⁽¹⁾.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سبق ذكره، ص ص، 95، 96.

الفصل الثاني

النظام القانوني لعقود

تفويض المرفق العام

الفصل الثاني

اتفاقية تفويض المرفق العام

لقد حمل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في طياته مجموعة من القواعد الإجرائية، التي يجب على الإدارة إتباعها من أجل إبرام وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وتعتبر هذه الإجراءات قيودا على حرية الإدارة، بغرض تحقيق التوازن بين مصلحة الأفراد و المصلحة العامة من خلال وضوح وشفافية الإجراءات واحترام المبادئ التي تقوم عليها تقنية تفويض المرفق العام هذا من شأنه تشجيع المسيرين على المستوى المحلي القيام باختيار نمط التسيير الأنسب والتفاوض مع الشريك حول الشروط المثلى لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في أحسن الظروف وسنعالج صيغ وإجراءات الإبرام (المبحث الأول) وأحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام المحلي وتسوية نزاعاته وانتهائه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

لم ينص المشرع الجزائري على صيغ الإبرام والإجراءات المتبعة في عقود تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تطرق هذا المرسوم إلى الأحكام العامة لتفويض المرفق العام، ومن أجل سد الفراغ القانوني وتأطير عقود تفويض المرفق العام فقد قام المشرع الجزائري بتحديد صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام كما حدد الإجراءات المتبعة في الإبرام والتنفيذ، وهذا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. وسنتطرق في هذا المبحث إلى صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (المطلب الأول) وكذا إجراءات إبرامها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

لم يتدخل المشرع الجزائري قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 لتحديد كيفية إبرام عقود تفويض المرفق العام، ونظرا لأهميتها كونها ترتبط بالمال العام والمصلحة العامة، وكون مخاطرها لا يتحملها إلا من كان كفؤ لها أي تتوفر فيه كل المؤهلات سواء المادية أو المهنية أو التقنية.

بالرجوع إلى القوانين الخاصة ببعض القطاعات نجد إن المشرع الجزائري قد حدد إجراءات منح عقد الامتياز، هذا بصفة استثنائية أما كأصل فيمكن القول إن المشرع ترك كيفية إبرام عقود تفويض المرافق العامة للسلطة التقديرية للإدارة⁽¹⁾، أي أن الإدارة تختار المتعاقد معها على أساس الاعتبار الشخصي، حيث يشكل المفوض له محل الاعتبار، حيث يتم اختياره على أساس اعتبارات مالية ومهنية وتقنية وهذا دون اللجوء إلى إجراء المنافسة⁽²⁾.

إن ترك الحرية للسلطة المفوضة لاختيار المفوض له دون تأطيرها لها عيوبها، ونظرا لأهمية هذا النوع من العقود، حيث تعتبر احد أهم الآليات التي تساهم في زيادة مردودية المرافق العامة، وتحسين الخدمات المقدمة، وكذلك تحقيق التنمية المحلية وخلق مصادر للتمويل، كل هذه العوامل دفعت بالمشرع الجزائري إلى تأطير وتنظيم منح عقود تفويض المرفق العام.

(1) - رقراقي محمد زكريا، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق في الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية العدد الثامن، جامع الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 63.

(2) - مخلوف باهية، تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الموسوم بـ: التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - يومي 27 و 28 أبريل 2011، ص 3.

بصدور المرسوم رقم 18-199 كونه المشرع قد سد الثغرات والفراغات القانونية الموجودة في مجال تفويض المرافق العامة، كما حدد المشرع بموجب هذا المرسوم صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وتتمثل في الطلب على المنافسة كقاعدة عامة (فرع أول) والتراخي كاستثناء (فرع ثاني).

الفرع الأول

تفويض المرفق العام من خلال الطلب على المنافسة

الطلب على المنافسة مصطلح جديد لم ينص عليه المشرع الجزائري في النصوص القانونية السابقة، رغم أنه القاعدة العامة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وسوف نحاول من خلال هذا الفرع إعطاء تعريف المشرع الجزائري للطلب على المنافسة وتبيان مراحلها وفق المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة، كما سوف نتطرق إلى الدعوة إلى المنافسة والتي تبناها المشرع المغربي واعتبرها إحدى صيغ إبرام عقود تفويض المرافق العامة وهذا من خلال قانون رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة⁽¹⁾.

أولا/ تعريف الطلب على المنافسة:

نص المشرع الجزائري على إجراء الطلب على المنافسة كصيغة للتعاقد مع المفوض له لإبرام عقود تفويض المرفق العام في المادة 1/08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة.

ووفق هذا النص عرف المشرع الطلب على المنافسة أنه: "إجراء يهدف إلى الحصول على أحسن عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك

(1) - قانون 05-54، مؤرخ في 14 فبراير 2006، يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج.ر.م.م. عدد 5404 الصادر في 16 مارس 2006.

الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط والمنصوص عليه في المادة 13 أدناه⁽¹⁾.

لقد اعتبر المشرع الجزائري الطلب على المنافسة القاعدة العامة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، كما قام بتضييق مجال المنافسة وجعلها وطنية فقط، واشترط أن يكون المفوض له شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري.

يهدف المشرع من خلال إجراء الطلب على المنافسة، إلى الحصول على أفضل عرض بين عدة متعاملين بشكل متساوي، حيث تكون اتفاقية التفويض لصالح المتعامل الذي يقدم أحسن عرض، وحسنا فعلا المشرع الجزائري بفصله عقود تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية وإخضاعها لنظام قانوني مستقل، نظرا لخصوصية عقود تفويض المرفق العام⁽²⁾.

بالمقابل، كان للمشرع المغربي الأسبقية على المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني مستقل لتأطير عقود تفويض المرافق العامة، وهذا من خلال القانون رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة، حيث اعتبر هذا الأخير الدعوة إلى المنافسة صيغة لتعاقد الإدارة مع المفوض له، كما اعتبرها القاعدة في إبرام عقود التفويض، أما الاستثناء فهو التفاوض المباشر.

لقد قيد المشرع المغربي حرية الإدارة في اختيار المفوض له و ألزمها بالقيام بإجراء الدعوة إلى المنافسة، إذ جاء في المادة 05 من القانون المذكور: "لاختيار المفوض إليه، يجب على المفوض ماعدا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 6 بعد

(1) - أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2) - بولقواس سناء، عن التسيير المفوض للمرافق العامة المحلية في الجزائر: دراسة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مداخلة مقدمة في أشغال الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018، غير منشورة.

القيام بالدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المرشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية الإجراءات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات".

ما يمكن أن نستخلصه من مقارنة نص المادة 5 من القانون المغربي رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة، ونص المادة 11 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام، أن كلا النصين وضع صيغتين للتعاقد، غير أن الاختلاف يكمن في التسمية، فالمشعر المغربي اعتبر الدعوة إلى المنافسة هي القاعدة العامة للتعاقد، أما المشعر الجزائري فقد اعتبر القاعدة العامة هي الطلب على المنافسة.

من خلال التمعن في كلا النصين نجد أن الطلب على المنافسة والدعوة إلى المنافسة هما إجراءان متشابهان، ولعل الغاية من كلا الإجراءان هو ضمان المساواة بين المتعاملين، وكذا احترام مبدأ الموضوعية والشفافية في انتقاء المتعاملين وحمايتهم من تحيز الإدارة في اتخاذ القرارات.

لقد اعتبر المشعر الجزائري الطلب على المنافسة إجراء يهدف من خلاله إلى الحصول على أحسن عرض، وذلك من خلال خلق جو تنافسي بين المترشحين، وبالتالي تجسيد مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات، كما يلاحظ أن المشعر ألزم الإدارة باحترام مجموعة من المبادئ التي تعتبر بمثابة قيود على حريتها في اختيار المفوض له، يهدف من خلالها إلى حماية المتعاملين، هذا من جهة، ومن أخرى إلى حماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة.

هذه القيود، يمكن استخلاصها في المساواة بين المترشحين وعدم التمييز بينهم، ومنحهم فرص متكافئة وهذا من شأنه تنمية روح المبادرة لديهم، وبالتالي تقديم أحسن عرض. كما يجب على الإدارة اعتماد معايير موضوعية عند انتقاء العرض الحسن والذي قدم صاحبه أحسن ضمانات مهنية وتقنية ومالية، وهذا من شأنه أن يعيد الاعتبار للمرافق العامة ويساهم في إعطاء مردودية وتحقيق الفعالية، كما يجسد نوعية وجودة الخدمات المقدمة، كما يجب أن يخضع إجراء الطلب على المنافسة لمبدأ الشفافية والعناية، وهذا ما

يحتم على الإدارة الإفصاح عن إرادتها والإعلان عن رغبتها في التعاقد والكشف عن نشاطها وفق الوسائل التي حددها القانون، ولضمان عدم تعسف السلطة المفوضة من خلال القرارات التي تصدرها، فقد ألزمتها المشرع بعدم التحيز في اتخاذ القرارات ويجب أن تراعي مصلحة المتعاقدين والمصلحة العامة.

إن المشرع الجزائري حسن ما فعل بتقييده حرية الإدارة من خلال إلزامها احترام هذه المبادئ، وهذا سعياً منه لتعزيز المنافسة وجعلها تتم وفق إجراءات واضحة وغير غامضة حماية للمتعاقدین وضمان لحماية المال العام وتحقيق الصالح العام، وذلك من خلال التصدي لكافة أشكال الفساد الإداري، وغلق كل المنافذ أمام الإدارة لإبرام عقود تفويض المرفق العام بطريقة غير شرعية والتي من شأنها أن تؤثر على السير الحسن للمرفق العام.

ثانياً/ مراحل الطلب على المنافسة:

فصل المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في إجراء الطلب على المنافسة، وجعلها تتم على مرحلتين شأنها شأن الطلب على العروض في إبرام الصفقات العمومية.

تتمثل المرحلة الأولى في الاختيار الأولي للمتشحين على أساس ملفات الترشح، حيث تظهر الوثائق المكونة لملفات الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، الذي عنوانه "ملف الترشح" في لوح الإعلان عن العروض، أما المرحلة الثانية فتخص دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط⁽¹⁾.

في حالة ما تم الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية وفق الأشكال نفسها، وفي حالة عدم الجدوى للمرة الثانية تلجأ السلطة

(1) - أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

المفوضة إلى إجراء استثنائي وهو التراضي البسيط، التي نصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽¹⁾.

يتم الإعلان على عدم جدوى الطلب على المنافسة في حالة تقديم الطلب للمرة الأولى دون استلام أي عرض أو استلام عرض واحد أو عدم مطابقته لدفتر الشروط، أو تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية عدم استلام أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، غير أنه عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية ويتبين انه عرض مطابق لدفتر الشروط فانه يقبل لمتابعة الإجراءات المنصوص عليها لإبرام عقود تفويض المرافق العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تفويض المرفق العام بالجوء إلى التراضي

التراضي ليس صيغة جديدة للتعاقد، فقد اعتمده التنظيم كطريقة استثنائية على صيغة الطلب على العروض في إبرام الصفقات العمومية، تلجأ إليه الإدارة في حالات محددة، وبنفس المنوال اعتمد التنظيم صيغة التراضي كاستثناء على الأصل الذي هو الطلب على المنافسة لإبرام عقود تفويض المرافق العامة. ويمكن أن يأخذ التراضي وفق هذا المرسوم 18-199 أحد الشكلين: التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

أولاً/ تعريف التراضي :

يعتبر التراضي إجراء استثنائي لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام على القاعدة العامة والمتمثلة في الطلب على المنافسة، تلجأ إليه الإدارة في حالة الضرورة، كون إجراءاته

(1) - أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تنص: " عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية ووفق الأشكال نفسها.

وفي حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي.

(2) - شريط فوضيل، تقنيات تفويض المرفق العام وضماناتها، مداخلة مقدمة في أشغال المنتدى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقاً للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018، غير منشورة.

تتسم بالسرعة والمرونة ويمكن أن يأخذ التراضي شكلين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة

1/ تعريف التراضي البسيط:

من خلال المرسوم 18-199، اعتبر التنظيم التراضي البسيط صيغة استثنائية لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وأنه إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، وذلك بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية⁽¹⁾. على شاكلة اعتباره إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

هذا الإجراء الاستثنائي الذي قاعدته التراضي البسيط، استثناءه عنها التراضي بعد الاستشارة⁽²⁾.

تجدر الإشارة أن التنظيم اعتبر التراضي البسيط هو القاعدة في الاستثناء (الإجراء الاستثنائي) والتراضي بعد الاستشارة هو الاستثناء على الاستثناء لإبرام عقود تفويض المرافق العامة. وهنا نلاحظ التقارب بين التراضي كطريقة لإبرام الصفقات العمومية والتراضي كصيغة لإبرام عقود تفويض المرافق العامة، والاختلاف في حالات اللجوء إليه. كما تجدر الإشارة إلى أن التنظيم حدد حالات اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي البسيط حصرا سواء عند إبرام الصفقات العمومية أو إبرام عقود تفويض المرافق العامة، أين تلجأ الإدارة إلى التراضي البسيط عند الضرورة، لسرعة واختصار إجراءاته.

(1) - أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2) - عطوي حفيظة، طلب العروض والتراضي في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مداخلة مقدمة في أشغال المنتدى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 11 و12 ديسمبر 2018، ص 33

2/ حالات اللجوء إلى التراضي البسيط:

حدد التنظيم من خلال نص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية، وإما في الحالات الاستعجالية، كما حدد هذا المرسوم⁽¹⁾ الحالات الإستعجالية، كما يلي:

- عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.
- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

وفي جميع الحالات، يتعين على السلطة المفوضة اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني .

نلاحظ من خلال نص هاتين المادتين إن المشرع حدد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط على سبيل الحصر، وهذا ما يعتبر قيد على حرية الإدارة في اختيار طريقة التعاقد مع المفوض له، والجدير بالذكر أن المشرع يهدف من خلال إجراء التراضي البسيط ضمان حماية المصلحة العامة والمال العام وكذا ضمان استمرارية المرفق العام حتى في الظروف الاستثنائية، إن إجراء التراضي لا يتعارض مع مبدأ المنافسة لأنه يتم انتقاء المفوض له وفق معايير موضوعية ومحددة مسبقا في التنظيم وتتمثل في القدرات المالية والمهنية والتقنية.

ثانيا/ التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل، ولقد حددت حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، كما يمكن للإدارة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة تفويض

(1)- أنظر المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

بعض المرافق العامة التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجامعات المحلية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة اسمية تعدها السلطة المفوضة مسبقاً بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية التي تسمح له بتسيير المرفق العام على أحسن وجه⁽¹⁾.

الفرع الثالث

صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام كآلية لتحقيق المردودية

إن طريقة اختيار المفوض له لها أهمية كبيرة لتحقيق الأهداف التي يسعى إليها المشرع وسوف نحاول تقييم صيغ تعاقد السلطة المفوضة مع المفوض له التي اعتمدها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والمتمثلة في الطلب على المنافسة كقاعدة عامة والتراخي كاستثناء.

أولاً /الطلب على المنافسة كإجراء لتحسين مردودية المرفق العام:

إن تحسين خدمات ومردودية المرفق العام مرتبط بإمكانيات المفوض له سواء كانت مادية أو مهنية أو تقنية، أي أن تجسيد فعالية والنهوض بالمرافق العامة مرتبط إلى حد كبير بقدرات المفوض له، فيجب على الإدارة اختيار المتعامل الأفضل والأحسن وفق المعايير المحددة قانوناً، غير أنه لكي تكون هناك ضمانات قانونية حقيقية، وضمن للشفافية والمساواة وعدم تحيز الإدارة، يجب إتباع الطرق المحددة قانوناً للاختيار المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض⁽²⁾.

لعل أن المتمعن في القيود والضوابط المقيدة لحرية الإدارة في اختيار المتعامل معها، ظهر أنها تستهدف تطبيق مبادئ العلنية والمنافسة وبالتالي تجسيد الشفافية، وذلك بغية منع الفساد وقيام عقود يعترها خلل اقتصادي على حساب الجماعات المحلية، وبالتالي تحقيق رقابة فعالة وتوسيع رقابة القاضي الإداري، إذن فالإدارة ملزمة

(1) - شريط فوضيل، مرجع سبق ذكره، ص 11.

(2) - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، جزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، 2012/2011، ص 246.

بالاحترام مبدأ المساواة وعدم إساءة استعمال السلطة وتحرص على عدم ارتكاب خطأ واضح في التقدير أو في القانون⁽¹⁾.

إن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة لاختيار المفوض له وهذا من خلال اعتماده لإجراء الطلب على المنافسة كقاعدة عامة واعتبره ضمنا لتجسيد مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية ومبدأ الموضوعية في انتقاء المفوض له وفق معايير محددة مسبقا، وهذا ما يؤدي حتما للنهوض بالمرفق العام وزيادة المردودية وتحسين الخدمات المقدمة من طرف هذا المرفق، كما يهدف المشرع من خلال الطلب على المنافسة فرض رقابة على القرارات التي تصدرها ومنع التحيز في اتخاذها.

حيث تتم عملية اختيار المتعاقد معها بعيدا عن المحاباة والمحسوبية ومنع إبرام عقود تفويض المرفق العام خارج الإطار القانوني المسطر لها وبالتالي محاربة الفساد وحماية المال العام وتحقيق الصالح العام، إن احترام الإدارة للمبادئ التي وضعها المشرع لها من شأنه أن ينمي روح المبادرة لدى المتعاملين ويجعلهم في جو تنافسي بالتالي تقديم أحسن العروض.

ثانيا/التراضي وتحقيق المردودية:

يعتبر إجراء التراضي أكثر الأساليب عرضة للفساد نظرا لتضاعل قواعد المنافسة فيه، فإن المشرع عمل على تأطير هذا الإجراء من حين إلى آخر وتعديل النظام القانوني لهذا الأسلوب لاسيما في المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 حاملا هو الآخر العديد من المستجدات سواء من حيث حالات اللجوء إليه فيما يخص التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، أو من حيث تدعيم هذا الأسلوب بقيود إجرائية أخرى لإضفاء المزيد من الشفافية في ذلك. وباعتبار أن التنظيم الجديد للصفقات العمومية جاء تماشيا لنهج الدولة نحو تشجيع الاستثمار والتخفيف من كثرة الإجراءات، فإنه يجعلنا نتفحص مستجدات هذا المرسوم من زاوية حماية المال العام، أي بين رغبة الدولة في مواجهة المصاعب

(1)- وليد حيدر جابر، استثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص ص 261، 263.

الاقتصادية للبلاد من خلال إصلاح نظام التعاقد الحكومي وتسهيل الإجراءات أمام المتعاملين الاقتصاديين وبين هاجس الفساد⁽¹⁾.

وبنفس المنوال فقد اعتمد المشرع إجراء التراضي كاستثناء على الطلب على المنافسة للإبرام عقود تفويض المرافق العامة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وتصدر الإشارة أن التراضي بشكليه لا يعتبر إخلالا بمبدأ المنافسة، كون أن المشرع وضع إجراءات تضمن احترام مبادئ المساواة والشفافية، وأن الإدارة لا تلجأ إلى التعاقد عن طريق التراضي إلا في الحالات التي حددها المشرع.

لا يتم اختيار المفوض له إلا وفق معايير محددة مسبقا، وهذا ما يضمن اختيار المتعاقد الكفاء، وهذا يمكنه من التسيير الجيد للمرفق العام وبالتالي تحسين الخدمات والرفع من المردودية، إن التراضي يسمح بضمان استمرارية المرفق العام، إن تأطير إجراء التراضي وجعله يتم وفق المبادئ المسطرة من طرف المشرع من شأنه تحقيق التنمية على المستوى المحلي وتجسيد الأهداف الاقتصادية كما يمنع انتشار الفساد .

المطلب الثاني

إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام عن طريق الطلب على المنافسة والتراضي، غير انه يجب على الإدارة إتباع قواعد إجرائية حددها المشرع، وهذا انطلاقا من احترام إجراء الإشهار والإعلان المسبق للمنافسة، إلى غاية اختيار المترشح الذي يقدم أحسن عرض، وهذا وفق معايير موضوعية ووفق دفتر شروط، إن إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يجب

(1) - العلواني ندير، أسلوب التراضي وحماية المال العام في الصفقات العمومية، مداخلة القيت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم ب: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 11 و12 ديسمبر 2018، ص1.

أن يخضع لمبادئ العلنية وحرية الوصول للطلبات العمومية، ويجب أن تتم في إطار احترام مبدأ المساواة والشفافية⁽¹⁾.

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام قواعد إجرائية للإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

الفرع الأول

الإعلان عن المنافسة وإعداد قائمة المترشحين المؤهلين

لقد ألزم المشرع السلطة المفوضة بضرورة الالتزام بإجراء الإعلان على المنافسة، كما يجب عليها إعداد قائمة المترشحين المؤهلين، وهذا من شأنه ضمان شفافية الإجراءات، وبالتالي اختيار المتعاقد الذي قدم أحسن عرض وفق المعايير المحددة قانوناً، من أجل السير الحسن للمرفق العام، لذلك نتطرق لشرح المرحلتين وفق الآتي:

أولاً/ الإعلان المسبق عن الطلب على المنافسة :

للوصول إلى الطلبات العمومية لابد أن تقوم السلطة المفوضة بإجراء الإشهار وذلك عن طريق نشر إعلان مسبق للأجل ضمان منافسة حرة ونزيهة بين المترشحين، ولكي يتم انتقاء واختيار أحسن المتعاقدين وأحسن عرض وفق معايير موضوعية⁽²⁾.

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي فقد نص على وجوب إتباع الإدارة مجموعة قواعد إجرائية لاختيار المتعاقد معها، ولعل من أهم هذه الإجراءات الإعلان المسبق للمنافسة والإشهار، إن الهدف من الإعلان المسبق هو دعوة العارضين المؤهلين وتحقيق المنافسة

(1) - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المر دودية: حالة عقود الامتياز، مرجع سبق ذكره، ص ص 112، 216.

(2) - زوية سميرة، اتفاقية تجسيد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 10، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2018، ص 283.

بين أكثر من مترشح، ودراسة عروضهم بصفة فعالة وهذا الإعلان يجب إن يتضمن كيفية تقديم العروض وتحديد شكل وخصائص العقد المراد إبرامه⁽¹⁾.

لقد نص المشرع الجزائري على إجبارية الإعلان والنشر لطلب العروض من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على هذا النحو " يحرر طلب العروض باللغة العربية وباللغة الأجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني " ⁽²⁾.

لقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 إجراء الإعلان المسبق و إشهار الطلب على المنافسة، واعتبره وسيلة لتحقيق الشفافية في الإجراءات، حيث ألزم الإدارة بهذا الإجراء من خلال النص "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره، على الأقل، في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية⁽³⁾. غير انه وبالرجوع إلى المادة 26 من نفس المرسوم نستنتج أن المشرع قد استثنى بعض المرافق العمومية، نظرا لحجمها ونطاق نشاطها، من إجبارية الإشهار في الجرائد، غير انه اشترط ضمان النشر بكل وسيلة أخرى كما ألزم الإدارة تعليل اللجوء لهذا الإجراء. إن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، فيمكننا القول انه حدا حذو المشرع الفرنسي، الذي اخضع اتفاقية تفويض المرفق العام للإجراءات تشبه إلى حد كبير تلك الإجراءات المطبقة على الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

إن واجب احترام إجراء الإعلان المسبق على الطلب على المنافسة وإشهارها، لا تلتزم به السلطة المفوضة فقط، بل يلتزم به كذلك المترشحون، وذلك من اجل الحصول

(1)- مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 477.

(2)- أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247.

(3)- أنظر المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

(4)- نوال بوهالي، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 12، جامعة البلدة، ص 339.

على أحسن العروض، فهم مجبرون ومطالبون بالاطلاع ومعرفة المرفق العام الذين يرغبون في الظفر به⁽¹⁾.

ولا يمكن للهيئة المفوضة أن تمنع أي مترشح من تقديم عرضه، كما يجب على السلطة المفوضة أن تحترم الشروط التي يتضمنها الإعلان، ومثال على ذلك نوع الخدمات التي يقدمها المفوض له، الشروط المالية والتقنية، وأي إخلال يترتب عليه البطلان، لكن ليس كل الشكليات يترتب عليها البطلان، بل يجب أن نميز بين الشكليات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان والشكليات الثانوية التي لا يترتب عليها البطلان⁽²⁾.

إن إجراء الإعلان المسبق للطلب على المنافسة له أهمية كبيرة فلا يمكن تصور منافسة شريفة في سرية الإجراءات، إذ كيف يتسنى للمترشحين بتقديم عروضهم، إذا لم يتم الإفصاح من جانب الإدارة عن موضوع التفويض، والعرض محل المنافسة، مما يسمح بإعطاء روح المبادرة للمتعاملين كما يسمح بتقديم أكبر عدد من العارضين، وأي إخلال بقواعد الإشهار والمنافسة النزيفة بمسؤولية الإدارة الجزائية مقننة بوجود المادة 09⁽³⁾ من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

(1) - جليل منية، احترام الجماعات الإقليمية في تفويض المرفق العام لمبادئ الشفافية والمنافسة ضمان للجودة والخدمة العمومية، مداخلة أُلقيت بمناسبة الملتقى الوطني ضمن أشغال: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوم 11 و12 ديسمبر 2018، ص5.

(2) - فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص217

(3) أنظر المادة 09 من قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. عدد 2006/14.

ثانيا/إعداد قائمة المترشحين المقبولين:

بعد قيام السلطة المفوضة بالإعلان عن نيتها في تفويض المرفق العام، وتحدد شروط ومعايير التفويض المالية والتقنية والمهنية، وكذا دفتر الشروط المتعلقة بالمرفق العام، تأتي مرحلة اختيار المفوض له⁽¹⁾.

ففي فرنسا تقوم بإجراءات اختيار المفوض له، هيئة خاصة يطلق عليها اسم هيئة تفويض المرفق العام، حيث تقوم هذه الهيئة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين للمشاركة في تقديم العروض، وهذا بعد التأكد من القدرات المالية والمهنية والتقنية لهم، كما تقوم من التحقق من كل الضمانات التي تؤمن استمرارية تشغيل المرفق العام على أحسن وجه، كما تقوم بالتحقق من مدى احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات هذا المرفق، كما يجب على هذه الهيئة قبول كل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية، كما تخضع أعمالها لرقابة المشروعية التي يقوم بها القاضي الإداري، وبالتالي يمكن الطعن في قرار عدم قبول احد المترشحين وذلك لتجاوز حد السلطة⁽²⁾.

أما في الجزائر وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فقد أوكل المشرع صلاحية إعداد قائمة المترشحين المقبولين، إلى لجنة تسمى لجنة اختيار وانتقاء العروض، تنشئها السلطة المفوضة وهذا في إطار الرقابة الداخلية، هذه اللجنة تتكون من 6 موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة ويتم اختيار أعضائها نظرا لكفاءتهم لمدة ثلاثة 03سنوات قابلة للتجديد⁽³⁾.

(1)- ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المر دودية: حالة عقود الامتياز، مرجع سبق ذكره، ص 258.

(2)- مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 484.

(3)- انظر المادة 75 من المرسوم 18-199 .

بالرجوع إلى نص المادتين 31 و32 من المرسوم 18-199 تختص لجنة اختيار وانتقاء العروض، بفتح الاظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف المترشحين وهذا في مرحلة أولى وفي جلسة علنية، ثم تقوم في مرحلة ثانية لكن هذه المرة في جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الاظرفة، وفي نهاية هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين الذين يستوفون شروط التأهيل وفقا لدفتر الشروط والمعايير الموضوعية المحددة مسبقا بعدها تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم، حيث تقوم اللجنة بدراسة العروض وتقييمها وهذا حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط حيث تقوم بعد ذلك بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها

أما في حالة التراضي بعد الاستشارة، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل، ويجب أن يكون هؤلاء المترشحون قد شاركوا في الطلب على المنافسة، وهذا من اجل تقديم عروضهم التي تكون مطابقة لدفتر الشروط، كما تلتزم الإدارة مانحة التفويض باعتماد نفس دفتر الشروط في حالة التراضي بعد الاستشارة، أو بعد عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وتجدر الإشارة أن في حالة التراضي البسيط،تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض، بدعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه⁽¹⁾.

إن لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض، المنصوص عليها المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و المنشأة في إطار الرقابة الداخلية لمنح الصفقات العمومية، تختلف عن لجنة اختيار وانتقاء العروض المتعلقة بتفويض المرفق العام، وتكمن نقاط الاختلاف في كون لجنة تقييم العروض في الصفقات العمومية لم يحدد المشرع عدد أعضائها كما لم يحدد مدة العضوية، بل ترك الحرية لمسؤول السلطة المفوضة في اختيار

(1)- انظر المادة 31 و32 من المرسوم 18-199.

عدد الأعضاء، على العكس فإن المشرع قد حدد عدد أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض ومدة عضويتهم في المرسوم التنفيذي رقم 18-199، وحسن ما فعل المشرع لان هذا من شأنه أن يحسن من مهام هذه اللجنة، لكن ما يعاب على هذه اللجنة هو طريقة تعيين أعضائها فهي خاضعة للإرادة شخص واحد وهو مسؤول السلطة المفوضة، وهذا من شأنه أن يؤثر على استقلالية هذه الهيئة، كما ان المشرع اشترط شرط التأهيل فقط واغفل التنوع في اختصاصات أعضاء هذه اللجنة مما قد يؤثر سلبا على عملها .

الفرع الثاني

مرحلة المفاوضات واختيار المفوض له

تعتبر مرحلتي التفاوض واختيار المفوض له، من أهم مراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، حيث يتوقف عليهما اختيار المتعامل المؤهل لتسيير المرفق العام، وهذا بعد فتح نقاش بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث يمنح التفاوض السليم للأطراف حق وضع بنود تعاقدية تتناسب مع مصالحهم.

فمن جهة تهدف السلطة المفوضة من تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على مصالحها، ومن جهة أخرى يقدم المتعامل شروط تضمن له الحماية القانونية وفق القوانين و التنظيمات الوطنية، حتى تكون مرحلة المفاوضات ومرحلة اختيار المفوض له.

أولا /مرحلة المفاوضات:

التفاوض في مجال العقود الإدارية بصفة عامة هو ذلك الحوار الذي يتم بين السلطة المفوضة و المتعامل الاقتصادي من اجل تضمين العقد شروط جديدة قد تتسم بالاستثنائية إن الهدف من وجود هذه المرحلة في عقد إداري هو الوصول إلى اتفاق يرضي كلا الطرفين⁽¹⁾.

(1) - دوفان ليدية، التفاوض في الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، " إرساء مبدأ سلطان الإرادة"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوم 12/11 ديسمبر 2018.

وأكد القضاء الإداري الفرنسي على أن مضمون المفاوضات لإبرام عقود تفويض المرفق العام، يتمثل في الإحاطة بكل أوجه العقد، سواء منها الكمية والنوعية والمالية، وبالتالي تعديل التعريف الواردة في العرض أثناء المفاوضات لا يتعارض مبدأ المساواة بين العارضين (1).

كما لا يوجد هناك تعارض بين إجراء المفاوضة والمنافسة، إذ أن المفاوضات هي جزء من الإجراءات تلجأ إليها السلطة المفوضة لاستكمال هذه الإجراءات، وانتقاء أحسن عرض وبالتالي تحسين الخدمات المقدمة أما معايير التفويض فهي محددة مسبقاً من طرف الإدارة، وسرية العروض يجب أن تكون محفوظة، إذن فالمفاوضات لا يجوز إعطاء لها العنان وتخرج عن الإطار القانوني المحدد لها، وإلا سوف تخل بمعطيات وشروط المنافسة وقد تؤدي إلى تشويهها، وتجدر الإشارة أن المفاوضات تتم وفق برنامج مهني مدون في دفتر الشروط والذي يتضمن متطلبات السلطة المفوضة (2).

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض بالتفاوض مع المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الفنية و المالية و المهنية و اللذين قدموا عروضهم، وذلك من خلال دعوة كل مترشح كتابيا وعلى حدا لحضور جلسة مفاوضة. تهدف المفاوضة إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة جيدة للمرفق العام وتتعلق المفاوضات مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء. كما تتضمن التعريفات والأتاوى التي

(1) - محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص 486.

(2) - شرمطي محمد، إجراءات التفاوض مع منافسة مسبقة في عقود تفويض المرافق العامة: دراسة مقارنة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم ب: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقاً للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل يومي 12/13 ديسمبر 2018، ص 4.

يدفعها المترفقون للمفوض له أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له، كما يمكن أن تشمل المفاوضات الاقتراحات المتعلقة بتحسين سير المرفق⁽¹⁾.

ثانيا/اختيار المفوض له:

بعد استكمال مرحلة المفاوضات يتم اختيار المفوض له لتفويض المرفق العام حيث يقوم المسؤول عن السلطة المفوضة باتخاذ قرار المنح المؤقت للتفويض ووفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ويتم إشهاره بنفس الكيفية المذكورة في المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

تجدر الإشارة أن المشرع قد منح السلطة المفوضة إلغاء المنح المؤقت بداعي المصلحة العامة، بحيث مكن الطعن في قرار المنح المؤقت و ذلك في أجل 20 يوما من تاريخ نشر قرار المنح المؤقت. و بعد انتهاء أجل الطعون تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول و تسلم نسخة من الاتفاقية له.⁽²⁾

يجب أن ينص مشروع اتفاقية التفويض، على جميع البنود المتعلقة بتفويض المرفق العام، وكذا الأحكام التعاقدية المتضمنة جميع الجوانب المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽³⁾.

(1) - رجال موسى، ماهية تفويض المرفق العام، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم ب: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوم 12/11 ديسمبر، 2018، ص 17.

(2) - موسى رجال، المرجع نفسه، ص 17.

(3) - انظر المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

المبحث الثاني

أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام المحلي وتسوية نزاعاته وانتهائه

ينشأ عن عقد تفويض المرفق العام المحلي مجموعة من الآثار التي تتعلق بحقوق والتزامات الأطراف المشتركة فيه، وهكذا فإن الجهة العامة مانحة التفويض تتمتع بمجموعة من السلطات التي تتمكن من خلالها ممارسة اختصاصها في الإشراف و الهيمنة على المرفق العام، وفي مقابل هذه السلطات فإن المفوض له يحوز مجموعة من الحقوق التي تساعده على تحقيق الغايات التي ابتغاها من عملية استغلال المرفق العام، وأنه بالمقابل يلتزم بتنفيذ مجموعة من الالتزامات الضرورية لمصلحة المرفق العام.

المطلب الأول

الآثار القانونية لتنفيذ عقد تفويض مرفق عام محلي

نتناول في هذا المطلب سلطات السلطة المفوضة اتجاه المفوض له (الفرع الأول) حقوق والتزامات المفوض له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

سلطات السلطة المفوضة اتجاه المفوض له

تتميز عقود تفويض المرفق العام المحلي بوصفها من العقود الإدارية بخضوعها لنظام قانوني متميز عن النظام الذي يحكم عقود القانون الخاص، لذلك تتمتع الإدارة في نطاق عقود تفويض المرفق العام مع غيرها من العقود الإدارية، فإنها تختلف عنها في بعض النواحي المتأتية من الارتباط الوثيق لعقود التفويض بتسيير وانتظام المرفق العام. وعموما يمكن تحديد سلطات الإدارة في مجال عقود تفويض المرفق العام في ثلاث نواحي، وهي سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل و سلطة توقيع الجزاءات. وسنستعرض في هذا الفرع سلطات السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقد التفويض (أولا) وسلطات السلطة المفوضة في مجال توقيع وفرض الجزاءات (ثانيا).

أولا/ سلطات السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقد تفويض:

الأصل أن الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم وإدارة المرافق العامة وعن ضمان انتظام سيرها، فإذا عهدت بهذه المهمة إلى شخص آخر من أشخاص القانون الخاص تبقى مسؤولية عن إدارة المرفق العام وكفيلة بحسن سيره وانتظامه ووسيلتها في ذلك رقابة المفوض له في أثناء تنفيذه للمرفق موضوع التفويض في عقد التفويض والتحقق من أنه ينفذ العقد وفق ما تم النص عليه في عقد التفويض⁽¹⁾.

وتلبيبة لهذه الاعتبارات فإن سلطة الإدارة سواء كانت السلطة المفوضة أو الشخص المعنوي العام الخاضعة له تتوسع في مضمونها وتتعدد في صورها وأنواعها وعلى ذلك سنناقش سلطة الرقابة والتوجيه وكذلك سلطة التعديل ومختلف صور الرقابة ثم نستعرض التطبيقات التشريعية للرقابة في عقود تفويض المرفق العام المحلي.

1/ سلطة الرقابة والإشراف:

تعتبر هذه السلطة من بين أهم الآثار المترتبة على اتفاقية التفويض بحيث تشرف السلطة المفوضة على تنفيذ العقد بغية التحقق من أن التنفيذ يتم وفق الشروط المحددة في العقد وفقا لمقتضيات الصالح العام.

لكن هذه الرقابة لها حدود تتمثل في عدم المساس باستقلالية التنفيذ والتسيير التي يتمتع بها المفوض له ولا يمكن للسلطة المفوضة المشاركة في التسيير، حيث يقتصر دورها في التحقق من أن المرفق يسير وفق النصوص التشريعية والتنظيمية وكذلك البنود الاتفاقية⁽²⁾.

(1) - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 198.

(2) - إدير نوال و بشرى لويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الاعمال، تخصص: القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، 2016/2015، ص 53.

دون أن ننسى أن السلطة المفوضة مسؤولة عن عدم استخدام سلطتها في المراقبة و/أو العقوبة. حيث يمكن للمرتفقين و مستعملي المرفق السؤال عن هذه المسؤولية أمام القضاء الإداري (المحاكم الإدارية) لعدم استخدام هذه الصلاحيات أو الامتيازات الموجودة⁽¹⁾.

لذلك فمفهوم الرقابة والإشراف ينصرف إلى معنيين: المعنى الأول ضيق وفيه تبدو الإدارة كأبي طرف في علاقة تعاقدية له الحق في مراقبة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المنصوص عليها في العقد، مثل الرقابة في تنفيذ البنود التعاقدية المتفق عليها، أما المعنى الثاني فهو أوسع تظهر الإدارة فيه بمظهر السلطة المميزة لعلاقات القانون العام فتقوم بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد أو المفوض له في تنفيذ التزاماته على نحو معين.

والسائد في الفقه والقضاء أن سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التفويض هي سلطة لائحية (تنظيمية) توجد بذاتها من دون حاجة للنص عليها في العقد أو دفا تر الشروط بل أنها توجد ولو نص في العقد على استبعادها، وإذا نص عليها عقد التفويض فإنها لا تستمد وجودها منه لأنه في هذه الحالة يكشف عنها ولا ينشئها⁽²⁾.

2/ التطبيقات التشريعية للرقابة في عقود تفويض المرفق العام:

نظرا للأهمية التي تشكلها الرقابة في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، حرصت الدول على سن التشريعات التي تنظم عملية الرقابة وعلى غرار هذه الدول نجد الجزائر قد نصت على هذه الرقابة. وعليه نستعرض هذه الأخيرة في كل من فرنسا و الجزائر.

⁽¹⁾-CHRISTOPH Mondau, Les Conventions de délégation de services publics des Collectivités Local, Edition Papyrus, Paris, 2006, p.129.

⁽²⁾- أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص، 199.

أ/ الرقابة في التشريع الجزائري:

على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في مجال الرقابة على عقود تفويض المرفق العام، قام المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بفرض رقابة واسعة سواء من طرف السلطة المفوضة أثناء مراحل إبرام عقد تفويض مرفق عام وهي رقابة قبلية أو أثناء تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام.

أ-1/ الرقابة القبلية:

نص المشرع الجزائري من خلال المرسوم رقم 18-199 في الفصل الرابع منه تحت عنوان رقابة تفويضات المرفق العام، التي تنص المادة 74 منه على: " تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية وبعديّة، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ⁽¹⁾". كما نصت الفقرة الثانية 02 من المادة 74 من نفس المرسوم على: " وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة⁽²⁾".

وما يفهم من المادة 74 من المرسوم المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري في إطار الرقابة القبلية جعل رقابة داخلية التي تتمثل في لجنة اختيار وانتقاء العروض تنشئها السلطة المفوضة، ورقابة خارجية تنشئها السلطة المفوضة في شكل لجنة تفويضات المرفق العام التي تختلف في تشكيلاتها وتمثيلها عن الرقابة الداخلية.

● الرقابة الداخلية:

تقوم السلطة المفوضة على مستوى الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسئولة عن مرفق عام بإنشاء لجنة لاختيار وانتقاء

(1) المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

(2)-الفقرة الثانية 02 من المادة 74 من نفس المرسوم، مرجع سبق ذكره

العروض، تعمل وفق أحكام المادة 77⁽¹⁾ من هذا المرسوم، حيث تقوم في الأخير باقتراح مترشح تم انتقاؤه لتسيير المرفق العام.

حيث تتكون هذه اللجنة من ستة 06 موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من طرف هذا الأخير.

ويمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه، بحكم كفاءته، أن ينيروها في أشغالها و هذا حسب الفقرة 03 من المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وتنص المادة 76 من نفس المرسوم على أنه يتم اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض حسب كفاءة الأعضاء، ولمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

حيث تتمثل الرقابة الداخلية⁽²⁾ في أربعة مواضع حسب ما جاء في المادة 77 كما يأتي:

_ عند فتح العروض

_ عند فحص ملفات التعهد

_ عند فحص العروض

_ عند المفاوضات

❖ عند فتح العروض:

تكلف لجنة اختيار وانتقاء العروض بما يأتي :

_ التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص

_ القيام بفتح الأظرفة

_ إعداد القائمة الاسمية للمتشحين أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم حسب الحالة ،

وتاريخ وصول الأظرفة

_ إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد، وكل عرض،

(1)-راجع المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

(2)- تكون الرقابة الداخلية قبل إبرام عقد التفويض المرفق العام وقبل المنح المؤقت للصفحة.

- _ تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- _ تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- _ تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة

❖ عند فحص ملفات التعهد:

- _ دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط،
- _ إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط
- _ إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة
- _ تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة
- _ تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- _ تشغيل أشغالها المرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه مسبقا من مسؤول السلطة المفوضة.

❖ عند فحص العروض:

- _ دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا،
- _ إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضليا،
- _ تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- _ تشغيل أشغالها المرتبطة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة.
- _ دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم، كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم، عند الاقتضاء.

❖ عند المفاوضات:

_ دعوة المترشح أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم، المعنيين بالمفاوضات، عن طريق مسؤول السلطة المفوضة

_ التفاوض مع كل مترشح معني بالمفاوضات، كل على حدا، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48⁽¹⁾ أعلاه والتي تنص على بيانات اتفاقية تفويض مرفق عام التي يجب أن يشار إليها في كل اتفاقية.

_ إعداد محضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض،

_ تحرير محضر قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفاضليا،

_ اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض

● الرقابة الخارجية:

تقوم السلطة المفوضة بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام في إطار الرقابة الخارجية التي تختلف في تمثيلها وعملها عن الرقابة الداخلية.

تنص المادة 78⁽²⁾ من قانون تفويضات المرفق العام على: " تنشئ السلطة المفوضة، في إطار الرقابة الخارجية، لجنة تفويضات المرفق العام، ويحدد النظام الداخلي للجنة تفويضات المرفق العام وتشكيلتها بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة، ويتمثل عمل لجنة تفويضات المرفق العام حسب المادة 81 من نفس المرسوم بما يأتي:

_ الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام

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

_ الموافقة على مشاريع ملاحق الاتفاقيات تفويض المرفق العام،

_ منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة،

(1) - راجع في ذلك البنود الواردة في هذه المادة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

(2) المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

_ دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.
 أما من حيث تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام كرقابة خارجية على المستوى المحلي فتتشكل حسب نص المادة 79 من المرسوم 18-199 كما يلي:
بعنوان الولاية:

_ ممثل عن الوالي مختص إقليميا، رئيسا

ممثلين عن السلطة المفوضة

_ ممثل عن المجلس الشعبي الولائي

_ ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية

_ ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية

بعنوان البلدية:

_ ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا

_ ممثلين عن السلطة المفوضة

_ ممثل عن المجلس الشعبي البلدي

_ ممثل عن المصالح غير ممرضة للأماك الوطنية

_ ممثل عن المصالح غير الممرضة للميزانية

لقد أحسن المشرع فعلا عندما أورد ممثلا عن كل جهة خاصة ممثلين عن الميزانية وكذلك الأماك الوطنية، وهذا ما يسهل عملية التفويض على المستوى المحلي، وكان من الأجدر على المشرع ان يضيف ممثل عن الضرائب والمالية وإدخالها ضمن إطار الرقابة الخارجية التي هي رقابة قبلية.

وما نلاحظه أن مفهوم السلطة المفوضة على مستوى الجماعات المحلية أو المصالح غير ممرضة محصورة في السلطات التنفيذية (ممثل عن الوالي رئيسا، أو ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي) الذي تخضع مداواته للمصادقة عليها من طرف الوالي.

وتتدرج اتفاقيات تفويض المرفق العام التي تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاص لجنة تفويض المرفق العام المنشأة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عليها، وهذا حسب المادة 79 فقرة أخيرة.

أ-2/ الرقابة البعدية:

تملك السلطة المفوضة عدة آليات للرقابة أثناء تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، حيث تقوم بالمراقبة الميدانية للمرفق العام المفوض كما يمكنها الإطلاع على كل الوثائق ذات صلة، سواء كانت وثائق إدارية أو مالية أو متعلقة بنتائج الاستغلال، وعلى المفوض له أن يكون متعاوناً ويقدم كل وثيقة طلبت منه.

وعلى ذلك فإن الرقابة البعدية للسلطة المفوضة حسب المشرع الجزائري هي سلطة الرقابة العامة التي تكون طويلة مدة تنفيذ المرفق العام، وكذا التقارير الدورية والسادسية التي يعدها المفوض له، بالإضافة إلى قيام السلطة المفوضة بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (03) أشهر⁽¹⁾ مع المفوض له.

• إعداد التقارير من طرف المفوض له:

ألزم المشرع الجزائري المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية (02) من المادة 82 التي جاء فيها: "ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل احترام الكيفيات والآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام".

وإذا كانت المادة 48 من المرسوم 18-199 تنص على البيانات التي يجب أن تتضمنها اتفاقية تفويض المرفق العام، منها شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا آليات تحيينه ومراجعته وكذلك لحقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له.

(1)-أنظر المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "يجب أن تقوم السلطة المفوضة، في إطار الرقابة المذكورة أعلاه، بعقد اجتماع واحد على الأقل، كل ثلاثة أشهر مع المفوض له، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام"، مرجع سبق ذكره.

وكان من الأجدر على المشرع أن يحدد بالتدقيق خاصة فيما يتعلق بالرقابة على نوعية الخدمة وكذلك التقارير الدورية المتعلقة بنتائج الاستغلال، ونفس الشيء بالنسبة لمختلف الحسابات المالية والاقتصادية، والأموال والعقارات الضرورية لتشغيل المرفق العام المفوض⁽¹⁾.

• عقد الاجتماعات:

كما ألزم المشرع المفوض له بإعداد التقارير ألزم السلطة المفوضة بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاث (03) أشهر مع المفوض له، وهذا من أجل متابعة وتقييم نجاعة التسيير والتأكد من نوعية خدمة المرفق العام، وكذلك مدى احترام المفوض له للمبادئ التي يقوم عليها المرفق العام، وهذا يطبق على جميع أشكال وصور تفويض المرفق العام التي أتى بها المشرع الجزائري سواء في شكل عقد تفويض امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة أو تسيير. وهذا ما نصت عليه المادة 83 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

واعتمادا على الاجتماع المنعقد بين السلطة المفوضة والمفوض له تقوم السلطة المفوضة بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية (02) من نفس المادة أعلاه: "وتقوم السلطة المفوضة على إثر هذا الاجتماع، بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء"⁽²⁾.

أ-3/ سلطة التعديل:

يستمد حق التعديل الإفرادي من مبدأ التحولية أو القابلية للتكيف، وذلك لتغيير مقتضيات المصلحة العامة بحسب الظروف المحيطة، فالسلطة المفوضة تملك حق التعديل في البنود التنظيمية لعقود تفويض المرفق العام، كلما اقتضت ظروف تنفيذ المرفق العام ذلك، كون الإدارة هي التي تقوم لوحدها بإعدادها وتستأثر بحق تعديلها

(1)-CHRISTOPHE Moundou,op.cit, p, 130

(2)-أنظرالفرقة الثانية 02 المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مرجع سبق ذكره

كونها تتعلق بمصلحة المرفق وما تستهدفه من مصلحة عامة، هذا فقط بالنسبة للنصوص التنظيمية والبنود الواردة في دفتر الشروط وكذلك الامتيازات المتعلقة بتسيير المرفق العام⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمزايا المالية التي يتمتع بها هذا الأخير فلا يمكن للسلطة المفوضة تعديلها أو تغييرها بإرادتها المنفردة فهي تدخل في نطاق البنود التعاقدية، كذلك مدة عقود تفويض المرفق العام فهي تخضع للتفاوض بين السلطة المفوضة والمفوض له ولا يمكن للسلطة المفوضة تعديلها بإرادتها المنفردة وهذا ما نصت عليه المادة 40 فقرة 02 من المرسوم 18-199 : " تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما على ما يأتي: مدة تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء⁽²⁾ ".

كذلك لا يمكن للسلطة المفوضة التعديل بإرادتها المنفردة في التعريفات والأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له، وهذا ما نصت عليه الفقرة (03) من نفس المادة أعلاه، كما أن جانب المفاوضات غير محدد وغير محصور فيمكن التفاوض بكل ما يتعلق بتسيير وتنفيذ المرفق العام باستثناء معايير التقييم والبنود الموجودة في دفتر الشروط.

هذا ما نصت عليه المادة 40 فقرة 03: " التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو لمرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض.

(1)-فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في الجزائري مرجع سبق ذكره، ص 243 .

(2)- راجع الفقرة الثانية 02 المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مرجع سبق ذكره .

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط. ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلى موضوع التفويض⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا مست التعديلات الأحكام التنظيمية فيحق للمفوض له الحصول على تعويض أو مقابل مالي ناتج عن هذه التعديلات، أما عن الأحكام الاتفاقية التعاقدية فلا يمكن للسلطة المفوضة المساس بها، فهي تخضع لرضا الطرفين، فلا يمكن تعديلها إلا بموافقة المفوض له⁽²⁾.

ثانيا/ سلطة السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاءات:

تخضع عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية. ففي حالة إخلال المفوض له بأحد التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ عقد التفويض أو يكون التنفيذ مخالفا للشروط والمواصفات المطلوبة أو المتفق عليها، أو التأخير في التنفيذ... إلخ

وتشترك الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المفوض له بمجموعة من الخصائص مع العقود الإدارية الأخرى، ولكنها بعد ذلك تستقل بصور معينة من الجزاءات التي تتناسب مع طبيعة عقد تفويض المرفق العام وسنستعرض أولا الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية ثم نبين صور الجزاءات في عقود تفويض المرفق العام⁽²⁾.

(1)-أنظر المادة 40 فقرتين 03 و04 من المرسوم التنفيذي 18-199، مرجع سبق ذكره.

(2)-فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في الجزائري مرجع سبق ذكره، ص 243.

1/ الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية:

تتميز الجزاءات التي بإمكان الإدارة أو السلطة المفوضة فرضها على المفوض بسميات خاصة تميزها عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص ويمكن إجمال هذه الخصائص بما يأتي:

أ/ حق السلطة المفوضة في توقيع الجزاءات بنفسها:

إذ تتمتع السلطة المفوضة بصفتها كإدارة في هذا الصدد بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ومن تم سيكون بإمكانها أن توقع الجزاء بنفسها من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً. ويغطي هذا الحكم صور الجزاءات كلها التي توقعها الإدارة باستثناء ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بخصوص عقوبة إسقاط الالتزام من وجوب صدورها من القضاء⁽¹⁾.

ب/ حق السلطة المفوضة توقيع الجزاء حتى لو لم ينص عليه في العقد:

وعلى هذا استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فسلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، توجد حتى ولو لم ينص عليها في عقد التفويض، وإذا نص عقد التفويض على بعضها فذلك لا يعني تقييد حرية المتعاقدين فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع أن توقع على المفوض له أنواع الجزاءات جميعها المقررة تحت رقابة القضاء⁽²⁾.

ج/ أن توقيع الجزاء لا يحتاج إلى إثبات السلطة المفوضة لوقوع ضرر معين:

فالضرر في هذه الحالة مفترض نتيجة لإخلال المفوض له بالتزاماته ومن ناحية أخرى فالهدف المرجو من توقيع الجزاءات على المفوض له هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وليس الهدف من ذلك هو مجازاة أو تعويض الإدارة عم أصابها من ضرر.

(1)-أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 213

(2)-المرجع نفسه.

د/السلطة المفوضة لا تملك توقيع عقوبات جزائية:

فمثل هذا الحق لا يملكه إلا القضاء لذا فليس للإدارة أن تمارس مثل هذا النوع من الجزاءات.

هـ / خضوع السلطة المفوضة لرقابة القضاء:

إذ يراقب القضاء الإداري استعمال السلطة المفوضة لحق توقيع الجزاءات من حيث توفر شروط توقيعه، وأنها قامت بتوزيع الجزاءات التي تتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع من جانب المفوض له من دون تجاوز.

2/ صور الجزاءات في عقود تفويض المرفق العام:

تتحدد الجزاءات التي توقع على المفوض له في تفويض المرفق العام بالغرامات ووضع المرفق تحت الحراسة، والإسقاط أو الفسخ.

أ/ الغرامات:

هي مبلغ مالي تقدره الإدارة و تنص عليه في العقد حيث يخضع توقيع الغرامة للقواعد التالية:

لما كان مصدر الغرامات هي نصوص العقد، فمنه يترتب على ذلك أنها يجب أن تحدد مقدما في العقد، وتلتزم بها الإدارة فلا يمكنها زيادتها حتى لو نتج عن التأخير ضرر يزيد عن مبلغ الغرامة المحدد في عقد التفويض، وبالمقابل ليس للمفوض له الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن السلطة المفوضة لم يصبها ضرر. أو لا يتناسب مع الغرامة

ب/ وضع المرفق تحت الحراسة:

وضع المرفق تحت الحراسة يعني حلول السلطة المفوضة محل المفوض له بصورة مؤقتة لضمان تسيير المرفق العام من دون توقف أو انقطاع على حساب المفوض له ونفقته. ووضع المرفق تحت الحراسة يدخل ضمن الجزاءات الضاغطة، لذا فهو لا يؤدي

إلى فسخ عقد التفويض للمرفق العام ، أو إلى إسقاط حقوق المفوض له وإنهاء الرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة مانحة التفويض، ولكنه يؤدي إلى رفع يد المفوض له مؤقتاً عن إدارة المرفق العام.

والأصل أن وضع المرفق تحت الحراسة يفرض جزاءاً لتقصير المفوض إليه، إلا أن هذا الإجراء قد يتخذ خارج هذا الفرض إذا كان هناك ما يهدد المرفق بالتوقف ولو من دون خطأ المفوض له.

ج/ الإسقاط والفسخ:

اصطلاح الإسقاط استعمله مجلس الدولة الفرنسي وخص به عقد امتياز المرافق العامة من دون سائد العقود الإدارية الأخرى، حيث يستعمل مصطلح الفسخ بالنسبة لهذه الأخيرة وقد جرت العادة أن تتضمن عقود تفويض المرفق العام وتحديد عقود الامتياز شروطاً يبين فيها حق الإدارة في فسخ العقد بوصفه جزاءً، لكن المسلم به أن الإدارة تملك هذا الحق حتى ولو لم يكن منصوص عليه في العقد استناداً لسلطتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة المختلفة.

ج-1/ سلطة فسخ العقد:

بالإضافة إلى الجزاءات القهرية نجد الجزاءات الفاسخة التي تهدف إلى فسخ العقد أي إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، لذلك يجب أن يقترن توقيعه بخطأ جسيم يرتكبه المفوض له عند تنفيذ التزاماته، وبذلك يتميز عن حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وبدون خطأ من المفوض له⁽¹⁾.

(1) -أنظر فيما يخص الفسخ بإرادة من الإدارة في مجال عقد الامتياز وعلى سبيل المثال: المرسوم الرئاسي رقم 03-403 المؤرخ في 15-11-2003 يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال المرفق العمومي للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " الخليفة للطيران"، وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج، ر، عدد 68، ص، 5.

وذلك إما بقرار فردي أو تنظيمي حق استرداد المرفق العام. كما أن النص في دفتر الشروط عن بعض حالات الفسخ لا يعني عدم وجوبه لحالات الخطأ الأخرى. وما يمكن قوله بشأن سلطة توقيع الجزاءات من طرف الهيئة المفوضة أنها عقوبات تقتصر على الغرامات المالية والعقوبات المقيدة لبعض الحقوق، وهو ما دفع بالفقه في فرنسا على تسميتها بعقوبات الجيل الثاني لتمييزها عن العقوبات الجزائية، التي يحتفظ فيها القاضي الجزائي بحق تقريرها، وبما أن العقوبات الإدارية من الناحية الشكلية تعد قرارات إدارية فلا يوجد أي داع لوضعها في حضانة اتجاه الرقابة القضائية، كما أن المؤسس الدستوري الجزائري يضع مبدأ دستوري مفاده خضوع الأعمال الإدارية لرقابة القضاء⁽¹⁾.

ب/ الرقابة في التشريع الفرنسي:

حرص المشرع الفرنسي على تنظيم الرقابة في عقود تفويض المرفق العام منذ مرحلة إبرامها حتى انتهاء مدة التفويض وإعادة المرفق إلى الجهة المانحة، وقد بين المشرع أساليب الرقابة والجهات التي تمارسها، وأخذ بصورة الرقابة الإدارية والفنية والمالية وبيّن كيفية ممارستها⁽²⁾.

إن المشرع الفرنسي وهو ينظم الرقابة في نطاق عقود تفويض المرفق العام لم يلتزم أسلوباً أو صورة واحدة وإنما فرض عدة أنواع من الرقابة بعضها يمارس من سلطة التفويض ذاتها والبعض الآخر يمارس من جهات أخرى وذلك وفق الآتي:

ب-1/ الرقابة بواسطة السلطة المفوضة ذاتها:

وفقاً للقانون رقم 1995/02/08⁽³⁾، الفرنسي فإن المفوض له يقدم وبصفة دائمة كل سنة وقبل الأول من جوان (حزيران) تقريراً إلى السلطة المفوضة يتضمن بشكل خاص الحسابات

⁽¹⁾ -فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص 249.

⁽²⁾ -مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص، 201.

⁽³⁾ -Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

التي تبين العمليات المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام جميعها وتحليلا لجودة الخدمة، ويرفق بهذا التقرير ملحق يمكن من خلاله للسلطة مانحة التفويض أن تقوم بعملية الرقابة وتقييم أداء المشروع.

تضمن المشروع أيضا نظاما خاصا للرقابة المالية، إذ أعطى الدوائر الإقليمية للمحاسبات سلطة تدقيق وفحص حسابات المفوض له، وتتم هذه الرقابة بصفة دورية، ولا تؤثر هذه الصورة من الرقابة بالطبع على حق السلطة مانحة التفويض من ممارسة سلطتها في الرقابة الفنية والإدارية والمالية المخولة من خلال الشروط التعاقدية التي تحويها دفاتر الشروط الملحقة بعقود التفويض في فرنسا

ب-2/ الرقابة بواسطة لجنة تحقيق وزارية:

وفق القانون الفرنسي فإن عقود تفويض المرفق العام تخضع للرقابة الإدارية بواسطة اللجنة الوزارية للتحقيق وتفويض المرفق، أي الرقابة بواسطة لجنة تحقيق، إذ أنشئت هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-03 في 03/01/1991 الذي يحدد إجراءات تشغيل صندوق تطوير الأفلام والفنون والتكنولوجيا وتحديد شروط تخصيص القروض والإعانات التي يخصصها الصندوق، والإجراءات الواجب الالتزام بها عند إبرام عقود تفويض المرفق العام وهذه اللجنة تشكل من بين القضاة والموظفين من الفئة (أ) ويصدر بتشكيلها قرار موقع من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾.

تقوم اللجنة عند مباشرتها مهمتها بالتحقق والإطلاع على المستندات والوثائق وتفتيش أماكن العمل، ولكن على الرغم من ذلك فإن مهمتها محددة في التثبت من الإجراءات القانونية كافة، الواجب الالتزام بها عند إبرام العقد، وإجراء التحقيقات الواجبة، وينتهي دور

(1)- Décret exécutif n° 91-03 du 19 janvier 1991 fixant les modalités de fonctionnement des fonds de développement de l'art, de la technique et de l'industrie cinématographiques et précisant les conditions d'attribution des prêts et subventions alloués par le fonds, p. 56.

اللجنة بإجراء التحقق وتسليمها إلى الجهة الإدارية دون أن يكون لها الحق في توقيع الجزاء بحق المخالف⁽¹⁾.

ب-3/ الرقابة بواسطة الجهاز المركزي لمكافحة الفساد:

هذا الجهاز أنشئ بموجب قانون sapin لسنة 1993 وهو تابع لوزير العدل، ومن صلاحياته جمع وتنسيق المعلومات حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرافق العامة موضوع التفويض العائد للجماعات المحلية، والتأكد من انطباق عقود التفويض مع القوانين والأنظمة، وفي حالة وجود مخالفة لها طابع جنائي، ففي هذه الحالة يحال التقرير إلى النيابة العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني

حقوق والتزامات المفوض له

كما ذكرنا سابقا أنه يترتب على تنفيذ تفويض المرفق العام آثار قانونية من بينها التزامات المفوض له اتجاه السلطة المفوضة (أولا)، كما يترتب للمفوض له مجموعة من الحقوق على السلطة المفوضة (ثانيا).

أولا/ التزامات المفوض له:

تحدد الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق المفوض له في عقد تفويض المرفق العام إلى ثلاث موضوعات هي: الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام والالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام وأخيرا الالتزام بدفع الإتاوات وتحصيلها للسلطة المفوضة.

(1)- Jean-Bernard Auby et Christine- Mangue, Les Contrats de délégation de services publics, JCP, 1994, p, 225.

(2)وليد حيد جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص 248

1/ التزام المفوض له بتسيير واستغلال المرفق العام:

يتمثل الالتزام الأساسي للمفوض له في قيامه باستغلال المرفق العام محل التفويض بنفسه، ويقتضي تحقيق هذا الالتزام من المفوض له أن يتحمل مسؤولية استغلال المرفق العام من جهة، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته باستغلال المرفق العام بصورة شخصية، لذا فإن دراسة التزام المفوض له باستغلال المرفق العام يتطلب البحث في مضمون التزام المفوض له باستغلال المرفق العام على مسؤوليته، ثم البحث في التنفيذ الشخصي لالتزام المفوض له باستغلال المرفق العام⁽¹⁾.

فمضمون التزام المفوض له باستغلال المرفق العام يرتبط بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المتعلقة بالنتائج الاقتصادية والمالية للاستغلال وموئدى ذلك أن يقوم المفوض باستغلال المرفق موضوع التفويض بنفسه وعلى مسؤوليته متحملا المخاطر التي تترتب على هذا الاستغلال وهو من تم سيكون مسؤولا عن الخسائر التي يحققها المرفق مثلما هو المستفيد من الأرباح في حالة تحققها، وهذا الالتزام هو جوهر فكرة تفويض المرفق العام، إلا أن هذه الفكرة ليست مطلقة وموحدة في أساليب وأشكال التفويض.

أما التنفيذ الشخصي للمرفق العام فيجد أساسه في الاعتبار الشخصي ذلك أ، عقد التفويض الذي أبرمه المفوض له مع السلطة المفوضة يعتبر التزام شخصي، وهذا ما نصت عليه المادة 22 فقرتين 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حيث جاء فيها: "لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين.

ويجب على السلطة المفوضة أثناء انتقاء المترشحين التأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل المناسبة".

(1) - أبو بكر عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 183

لذلك فعلى المفوض له أن يعمل شخصا على تنفيذ ما تعهد به وفي حالة إخلاله بالتزاماته تقع عليه المسؤولية الكاملة، والتنفيذ الشخصي يخص كلا المتعاقدين وليس المفوض له فقط لكن السلطة المفوضة تتمتع بامتيازات في مسائل التنفيذ.

"l'exécution de la convention doit être personnelle, et cela concerne les deux cocontractants ,et pas seulement le délégataire, cette exécution doit être correctement réalisée par les parties, mais le délégant bénéficie d'un privilège en matière d'exécution" ⁽¹⁾.

2_ الالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام:

نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام " دون الإخلال بأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية"⁽²⁾.

فمن الالتزامات التي تقع على المفوض له عند تنفيذ اتفاقية تفويض مرفق عام مراعاته لهذه المبادئ الأساسية، فيعد مبدأ الاستمرارية بمثابة السير والعمل المنتظم للدولة والأجهزة التابعة لها والتي لا تقوم على التقطع والتوقف وذلك بغية ضمان خدمة عامة لحياة المجتمع، كما أن مبدأ المساواة هو امتداد للمبدأ العام الذي يؤكد على مساواة الأفراد وأمام القانون، والذي بات اليوم حقا من حقوق الإنسان، وحقا دستوريا أعلنت عنه مختلف الدساتير الجزائرية منها التعديل الدستوري لسنة 2016⁽³⁾ في مواده: 31، 32، 34، 38، 158، 212 ويترتب عن مبدأ المساواة نتائج تتمثل في مبادئ فرعية وهي مساواة المنتفعين

⁽¹⁾-CHRISTOPHE Mondou, op-cit, p.121.

⁽²⁾-المادة 03 من من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مرجع سبق ذكره

⁽³⁾ -القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 07 مارس 2016

من خدمات المرفق حيث يكون انتفاعهم منها بصورة متساوية ومتشابهة ومطلقة، ودون تمييز، فلا يمكن المساس بهذا المبدأ الدستوري⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى مبادئ المساواة والاستمرارية والتكثيف، أضاف المشرع في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام، معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.

3_ التزام المفوض له بدفع إتاوات وتحصيلها للجهة المفوضة:

المفوض له ملزم بدفع الإتاوات لصالح السلطة المفوضة ويجب أن تكون هذه الإتاوات نتيجة استغلال وتسيير المرفق العام من قبل المفوض له، ويتحقق دفع الإتاوات للسلطة المفوضة بوجه خاص في عقد إيجار المرفق العام، غير أن الالتزام بدفع الإتاوة لا يستبعد تماما في عقود امتياز المرافق العامة، فقد ينص العقد على ذلك، كعقد التزام إنشاء واستغلال مطار " مرسى علم " بمصر الذي نص على أن يلتزم المفوض له⁽²⁾. بدفع نسبة من عائد جميع استثمارات المطار للسلطة المفوضة (الدولة).

فالإتاوة توجد بالضرورة دائما في عقود الإيجار وتوجد أحيانا في عقود الالتزام أو الامتياز، خاصة إذا تم استغلال المرفق العام في فترة وجيزة ولا يتطلب تكاليف باهظة لإنشائه، فيمكن النص على دفع الإتاوات للسلطة المفوضة بمجرد دخول المرفق العام حيز الخدمة للمنتفعين به⁽³⁾.

فالإتاوة توجد بالضرورة في عقود الإيجار ، وهذا ما نصت عليه المادة 54⁽⁴⁾فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حيث نصت على : " تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام "

(1) - للمزيد راجع المطلب الثاني من الفصل الأول

(2) - فوناسسوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص، 238.

(3) - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص، 178-179

(4) - المادة 54 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره

وكذلك نفس الشيء في الوكالة المحفزة حيث نصت المادة 55⁽¹⁾ فقرة 05 من نفس المرسوم على : " تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية "

ثانيا/ حقوق المفوض له:

يهدف المفوض له المتعاقد مع السلطة المفوضة، بطبيعة الحال إلى تحقيق كسب مادي معين خاصة إذا كان شخصا من أشخاص القانون الخاص، فهو بذلك يتمتع بمجموعة من الحقوق شأنه شأن الإدارة مانحة التفويض، فهي معترف بها دون حاجة إلى النص عليها صراحة في العقد، ولكن من الأحسن يجب النص عليها وتحديد قيمة المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له وكيفية تحصيله.

وتتمثل حقوق المفوض له في عقود تفويض المرفق العام في حقه في الحصول على المقابل المالي والحق في ضمان التوازن المالي والحق في التعويض.

1/ حق المفوض في الحصول على المقابل المالي:

يرتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال و تتعدد صورته وأشكاله بتعدد أشكال التفويض، وهذا ما نصت عليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث جاء فيها: "[...] ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام"⁽²⁾.

ولكن يختلف المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له فيمكن أن يتخذ شكل الإتاوات يدفعها مستعملي المرفق أو شكل أجرة تدفعها السلطة المفوضة حيث يكون كما يلي:

إذا كان استغلال وتسيير المرفق العام لصالح السلطة المفوضة كعقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير ففي هذه الحالة يتلقى المفوض له المقابل المالي من السلطة

(1) -المادة 55 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره

(2) - المادة 207 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سبق ذكره، ص 16

المفوضة التي هي عبارة عن أجر يكون في شكل منحة محددة بنسبة مئوية من رقم الأعمال. تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء.

وهذا ما نصت عليه المادة 55 فقرة 04 بقولها: "ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء، حصّة من الأرباح" (1).

وكذلك ما نصت عليه المادة 56 من نفس المرسوم فيما يتعلق بعقد التسيير حيث نصت الفقرتين 3 و 4 على ما يلي: "ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية، ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح.

وفي حالة العجز تعوّض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المعنية" (2).

أما إذا كان استغلال المرفق وتسييره يتم تحت مسؤولية المفوض له ومتحملا كافة المخاطر كما في حالة عقد الامتياز وعقد الإيجار، فللمفوض له الحق في الحصول على المقابل المالي على شكل إتاوات يدفعها المرتفقين والمنفعين من خدمات المرفق العام.

وهذا ما نصت عليه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حيث نصت المادة 53 فقرة 02 على: "يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، ويمول المفوض له بنفسه الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى منة مستعملي المرفق العام".

(1) -المادة 55 فقرة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

(2) -المادة 56 فقرة 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سبق ذكره.

كما نصت المادة 54 فقرة 03 من نفس المرسوم المتعلقة بالإيجار على: "تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام".

2/ الحق في إعادة التوازن المالي:

يلتزم المفوض له بتوظيف أمواله في استغلال وتسيير المرفق العام مقابل سعيه لتحقيق هامش ربح، ولا يسقط حقه في الحصول على الأرباح إلا إذا كان نتيجة لخطأه، أما إذا لحق المفوض له ضرر مادي جسيم ناشئ عن فعل السلطة المفوضة نتيجة لتدخلها في بعض التعديلات أو المقتضيات والشروط التنظيمية للعقد بإرادتها المنفردة (الجانب التنظيمي اللائحي)، أو بسبب إجراء اتخذته، مما جعل تنفيذ العقد صعب ومرهق ماليا بالنسبة للمفوض له (فعل الأمير)، أو بسبب ظروف طبيعية أو أي ظرف آخر خارج عن إرادة المفوض له ، ولم يكن متوقعا وقت إبرام العقد(الظروف الطارئة)، فإن الأمر يستلزم تدخل السلطة المفوضة لتدعيم المفوض له ماليا من أجل استمرارية المرفق العام والحفاظ على التوازن المالي للمشروع، حيث أن الحفاظ على التوازن المالي للعقد يستند إلى نظريتين هما(1):

أ/ التوازن المالي حسب نظرية فعل الأمير:

يعني فعل الأمير، كل إجراء تتخذه السلطة المفوضة وتؤدي نتيجته إلى جعل التنفيذ بالنسبة للمفوض له أكثر كلفة. هذا الإجراء يجعل " وضع إداري غير متوقع " أي تدخل أعباء إضافية يمكن أن تكون ذات طابع عام أو ذات طابع خاص. ومن الأمثلة عن الإجراءات ذات الطابع العام زيادة الضرائب، زيادة رسوم الجمارك التي تنعكس على أسعار السوق...إلخ. ومن الأمثلة عن الإجراءات ذات

(1) -فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 240-241.

الطابع الخاص غلق طريق للسير مما يجبر سيارات المتعاقد مع السلطة المفوضة قطع مسافة أطول بالتالي الزيادة في التكلفة...إلخ.

إن كل هذه الإجراءات ينتج عنها أنها تنقل كاهل المفوض له، وفي بعض الأحيان نكون هذه الشروط بصفة خطيرة في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

ب/ التوازن حسب نظرية الظروف الطارئة:

إذا كان فعل الأمير ينتج عن إرادة السلطة المفوضة، فإن الظروف الطارئة⁽²⁾، تعتبر مستقلة عن أطراف عقد التفويض، بحيث يحصل أن تحدث خلال تنفيذ عقد تفويض مرفق عام ظروف اقتصادية غير متوقعة تفرض على المفوض له أعباء باهظة، فيحدث اضطراب في الشروط المالية المتعلقة بتنفيذ عقد تفويض المرفق العام، وهذا ما يحدث مثلا في فترة ارتفاع شديد للأسعار أو تخفيض العملة . وهذا ما أدى إلى التحدث عن ما يسمى " بالوضع الاقتصادي غير المتوقع مقارنة بالوضع الإداري غير المتوقع، مع ملاحظة أنه من الصعب أو المستحيل التمييز بين الوضع غير المتوقع الإداري والوضع غير المتوقع الاقتصادي .

إن المفهومين، يمكن أن يمتزجا عندما يكون تغيير العقد بصورة جذرية ناتجا عن إجراء اتخذته سلطة عمومية غير السلطة المفوضة، وعلى هذا الأساس يستطيع المتعاقد (المفوض له) مع الإدارة (السلطة المفوضة) على تعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة بالتالي فإنه لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة وإنما تشاركه السلطة المفوضة في تحملها جزء من تلك الأعباء، حتى يتمكن المفوض له من الاستمرار في تنفيذ عقود تفويض المرفق العام⁽³⁾.

(1) -ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد، سطيف، 2010، ص، 297.

(2) - راجع فيما يخص نظرية الظروف الطارئة في الجزائر:

NOUR-EDDINE TERKI: L'imprévision et le contra international dans le code civil Algérien, r.a.s.j. n° 3, 1982, p.479.

(3) -ناصر لباد، مرجع سبق ذكره، ص، 299

وتجدر الإشارة أن نظرية الظروف الطارئة قد أنشأها مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية شركة غاز بوردو⁽¹⁾.

والحل الذي اعتمده هذا القرار، استند إلى ضرورات المرفق العمومي الذي يجب أن يسير بصفة طبيعية، وبدون انقطاع، وفقا لمبدأ استمرارية المرفق العام.

غير أن نظرية الظروف الطارئة أصبحت نظرية تقليدية، بحيث قامت بتكريسها النصوص القانونية ولاسيما العقود الإدارية التي أصبحت تتضمن بنود تمكن من إعادة النظر في الأسعار تبعا للتغيرات الاقتصادية التي يمكنها تجنب الظروف غير المتوقعة بالتالي تجنب اللجوء لنظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في المادة 48: " يجب أن تشير كل اتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص، البيانات الآتية⁽³⁾:

_ حالات دفع التعويضات وآليات حسابها

_ كفاءات تنفيذ حالات القوة القاهرة

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حالة التوازن المالي خاصة في عقود تفويض المرفق العام الذي يتحمل فيه المفوض له كل المخاطر أو جزء منها، المتعلقة بالتغيرات الاقتصادية. واكتفى المشرع بالنص على القوة القاهرة وكفاءات تنفيذها

3/ توفير الحماية من المنافسة:

يحق للمفوض له أن يحصل على بعض المزايا التي تساعد في استغلال المرفق العام، لأن طبيعة تفويض المرفق العام تقتضي منح المفوض له مجموعة من المزايا مقابل

⁽¹⁾ -C.E, 30MARS 1916, Compagnie générale d'éclairage de bordeaux.

⁽²⁾ -ناصر لباد، مرجع سبق ذكره، ص، 299.

⁽³⁾ -أنظر المادة 48 من المرسوم رقم 18-199، مرجع سبق ذكره

ما يقوم به من جهود وما يبذله من عناية في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وتتمثل هذه المزايا في حماية المفوض له من المنافسة ومنحه بعض التسهيلات المالية⁽¹⁾.
تتمثل الحماية من المنافسة في تمتع المفوض له باحتكار قانوني كأن تتعهد السلطة المفوضة بعدم منح تراخيص لشغل الملك العام للشركات الخاصة، التي تمارس نفس النشاط وهو الأمر الذي يضمن للمفوض له عدم المنافسة دون وجوب صدور قانون يمنح الاحتكار، كما يمكن أن يتضمن عقد التفويض شرطاً خاصاً بضمان عدم المنافسة من القطاع الخاص، أو من المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية التابعة للهيئة المفوضة، إلا أن قانون المنافسة لا يهتم بالأشخاص بل بالوضعية داخل السوق فينطوي على نموذج العقد وفي هذه الحالة يُنظر إلى البنود التي يحتويها العقد ومن هنا يظهر الصراع الموجود بين قانون العقد وقانون المنافسة، ونشير في هذا الشأن بأن عقود تفويض المرفق العام لا تخضع لرقابة مجلس المنافسة على عكس الصفقات العمومية، وذلك وفقاً للمادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾.

المطلب الثاني

نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام وتسوية نزاعاته

إن عقود تفويض المرفق العام تُعد من العقود الزمنية، أي مرتبطة بمدة زمنية محددة في العقد، وبعد ذلك تعود ملكية هذه المرافق إلى السلطة المفوضة، حيث يمكن أن تكون نهاية عقد تفويض المرفق العام بانتهاء مدة التنفيذ وهذا كنهاية طبيعية، أو يمكن أن تكون نهاية غير طبيعية ناتجة عن إخلال المفوض بالتزاماته التعاقدية في تنفيذ المرفق العام أو مصلحة السلطة المفوضة باسترداد المرفق العام لضرورة المصلحة العامة. لذلك سنتناول نهاية عقد تفويض المرفق العام (الفرع الأول)

(1) -فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 241-242

(2) الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية، 2003، يتعلق بمنافسة، المعدل والمُتمم، ج، ر، عدد، 43، ص، 25.

الفرع الأول

طرق انتهاء عقود تفويض المرفق العام

تتحقق نهاية عقود تفويض مرفق عام بطريقة طبيعية وذلك بتنفيذ عقد التفويض و نهاية مدته المحددة له (أولاً) كما يمكن أن ينتهي بطريقة غير عادية وذلك حسب الحالة فإما بقوة القانون أو عن طريق الفسخ الاتفاقي(ثانياً).

أولاً/ النهاية الطبيعية لعقد تفويض المرفق العام:

تكون النهاية العادية لعقد تفويض المرفق العام عن طريق تنفيذ الالتزامات التي تقع على الطرفين وذلك في المدة الزمنية المحددة في العقد، حيث تتكون مجموعة من الأملاك العقارية المنقولة المتصلة بالمرفق العام. وعليه يمكن تقسيم الأموال التي ترتبط بعملية تفويض المرفق العام، ومصيرها أن تكون ملكاً للدولة⁽¹⁾، والأملاك التي تبقى ملكاً للمفوض له والأملاك التي يمكن للسلطة المفوضة شرائها.

1/ الأملاك التي تعود للسلطة المفوضة مجاناً:

تتمثل هذه الأملاك في المنقولات والعقارات المتصلة بالمرفق العام والضرورية لاستغلاله طيلة مدة العقد، حيث يلتزم المفوض له بنقل المشروع بكل منشآته إلى السلطة المفوضة حيث يجب أن يكون هذا النقل في حالة جيدة وصالحة للاستعمال حيث تصبح هذه الأخيرة ملكاً للدولة في نهاية العقد⁽²⁾.

⁽¹⁾-POUPEAU DIANE, « le régime de biens de retour » AJ.D.A.,n°= 1, 2013, p.7.

⁽²⁾- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public ou profit de personnes privées, op-cit, p.99.

2/ الأملاك التي تبقى ملكا للمفوض له

هي ما يطلق عليها بالأموال الخاصة، حيث تمثل مجموع الأموال المملوكة من قبل المفوض له والتي تعود إليه بعد استنفاد مدة العقد، هذه الأموال لا ينص عليها دفتر الشروط، وبالتالي تعود إلى صاحبها عند نهاية عقد تفويض المرفق العام⁽¹⁾.

3/ الأملاك التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل:

تعتبر الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل مملوكة للمفوض له أثناء مدة التفويض، حيث يمكن للهيئة المفوضة شراء هذه الأملاك إذا اقتضت الضرورة أو التعويض بمقابل باتفاق الطرفين، وتعد هذه الأملاك خاصة بالمفوض له لأنمها تكون مستقلة عن استغلال المرفق العام ومنفصلة عنه، حيث تتمثل في الأموال الشخصية⁽²⁾.
مثل المكاتب والسيارات التي لا يمكن شرائها ما لم يوافق المفوض على ذلك.

ثانيا/ النهاية غير الطبيعية لاتفاقية تفويض المرفق العام:

تعد نهاية اتفاقية عقود تفويض المرفق العام قبل نهاية المدة المحددة في العقد أو إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، وتتخذ النهاية غير العادية لعقود تفويض المرفق العام صورتين تتمثلان في استرداد السلطة المفوضة للمرفق العام⁽¹⁾ أو عن طريق الإسقاط و
الفسخ⁽²⁾.

1/ استرداد الجماعة المحلية للمرفق العام:

للإدارة مانحة التفويض إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، وان تسترد المرفق وتحل محل المفوض له في متعلقاته كافة عن طريق شرائه وتعويض المفوض له عما يصيبه من ضرر نتيجة لذلك، أن عقد التفويض يمكن إنجائه

(1)-Ibid, p.100.

(2)- SESTIER Jean François, « retour la Question Des Biens De Retour »,BJCP, 2003, p.349.

من جانب واحد استثناء من القواعد العامة في العقود ولو لم يخل المفوض له بأي من التزاماته⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح لمفوض له طبقاً لبنود اتفاقية التفويض"⁽²⁾.

كما يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، وفي أي مرحلة كانت سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 145 فقرة واحد(01) من نفس المرسوم⁽³⁾.

ويتحقق استرداد المرفق العام من خلال ثلاث صور:

أ / الاسترداد التعاقدية:

ويتحقق هذا الشكل من الاسترداد عندما تنص اتفاقية التفويض على حق الإداري في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الأجل المحدد لعقد التفويض⁽⁴⁾.

وتقرير الاسترداد التعاقدية قد يكون أمراً وحبوباً يفرض المشرع تنظيمه وقد يتقرر ذلك من دون وجود نص قانوني يقره وينظم كيفية ممارسته وذلك بأن ينص الأطراف في العقد على الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته وطرق تعويض المفوض له نتيجة الاسترداد المرفق العام المفوض.

(1)- أبو بكر عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 220.

(2)- المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18_199.

(3)- المادة 45/ من المرسوم التنفيذي رقم 18-194: "يمكن السلطة المفوضة إلغاء إجراء التفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض.

(4)- سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 723.

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي لممارسة حق الاسترداد الإتفاقي عددا من الشروط

يمكن إجمالها في ما يأتي (1):

- يجب أن يكون حق الاسترداد منصوص عليه في العقد.
 - يجب على الإدارة قبل تقرير الاسترداد إعداد المتعاقد معها حتى لا يفاجئ بقرار الإسترداد إلا إذا تضمن العقد أنه يجوز ممارسة الاسترداد وخلال مدة معينة فيجب احترام هذا الشرط
 - إذا تضمن العقد تحديد أسباب استرداد المرفق، فلا يجوز ممارسة الاسترداد التعاقدية إلا في تحقق الأسباب المنصوص عليها ، أو الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق
 - يجب أن يستوفي قرار الاسترداد الشروط الشكلية المنصوص عليها في العقد.
- ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد والتعاقد ي انتهاء العقد وقيام وقيام حق المتعاقد في الحصول على التعويض ويمتاز في هذه الحالة بكونه اتفاقيا ومن ثم فإن القاضي يطبق النصوص الخاصة به في ضوء الأصل العام، ويكون التعويض إما بدفع مبلغ إجمالي للمفوض له أو بطريقة دفع أقساط سنوية لمد محددة ، وكثيرا ما يتم الجمع بين الطريقتين (2).

ب/ الاسترداد غير التعاقدية:

وهو استرداد الذي تقرره السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره وذلك بداعي المصلحة العامة، ويتحمل المفوض له في هذه الحالة على تعويض كامل يشمل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب ، وبالنظر إلى ضخامة المبالغ التي يتكبدها المفوض له في انشاء المرفق وتشغيله والتي يستحقها في حالة استرداد المرفق العام كتعويض يكلف السلطة المفوضة ثمنا باهضا لذا فإن هذه الأخيرة غالبا ما تتردد في القيام بهذا الإجراء (3).

(1) أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره ، ص ص 222، 223 .

(2) محمد سعيد حسين أمين العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 134.

(3) أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص، 223.

ج/ الاسترداد التشريعي:

ويتحقق هذا نوع من الاسترداد من خلال صدور تشريع بمعناه الواسع أو الضيق يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين سواء كان مرفق محلي أو وطني ن مثل إنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية (1).

2 / الإسقاط والفسخ:

بالنسبة للإسقاط كطريقة غير عادية لإنهاء عقد تفويض المرفق العام فقد بينها في معرض الكلام عن الجزاءات التي تعرضها الإدارة على المفوض له نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

أما بالنسبة لفسخ عقد التفويض فقد ينتهي عقد التفويض قبل انتهاء مدته من خلال فسخ العقد الذي يتخذ عدة صور:

أ/ الفسخ الإتفاقي :

وهو الفسخ الذي يتم بإرادة الطرفين وفق الشروط والكيفيات المتفق عليها في اتفاقية التفويض المرفق العام، وهذا قبل انتهاء مدة العقد وهذا ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم التنفيذي (2) رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حيث جاء فيها: " يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام".

وقد يختلط مفهوم الفسخ الاتفاقي مع مفهوم الاسترداد الاتفاقي الذي يعد حق متأصل للسلطة المفوضة سواء تمّ النص عليه في العقد أم لا، وتمارسه السلطة المفوضة بموجب قرار إنفرادي صادر عنها بإرادتها المنفردة، أما الفسخ الاتفاقي فيتم عن تراضي تام بين السلطة المفوضة والمفوض له وبموجب اتفاق ودي بينهما (3).

(1) - محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص. 136.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

(3) - مروان محي الدين القطب، مرجع سبق ذكره، ص، 176.

ب/الفسخ غير الإتفاقي:

يتحقق الفسخ الو جوبي نتيجة للإخلال بالالتزامات العقدية سواء من جهة الإدارة أو بطلب من المتعاقد معها.

ب-1/ الفسخ بطلب من المفوض له:

ويحدث هذا الفسخ في حالتين:

_ إخلال الإدارة المفوضة في تنفيذ التزاماتها اتجاه المفوض له تطبيقاً للقاعدة العامة في العقود فيجوز للطرف المتضرر فسخ العقد.

_ وجود أضرار تؤثر على التوازن المالي للعقد، خاصة عند تعديل العقد من طرف السلة المفوضة، وإن تحققت إحدى الحالتين يمكن للمفوض له طلب فسخ عقد التفويض من القاضي الإداري⁽¹⁾.

ب-2/ الفسخ من طرف الإدارة المتعاقدة:

وهي الحالة التي تقوم فيها السلطة المفوضة بفسخ العقد التفويض بإرادتها المنفردة دون إعلام أو تبليغ المتعاقد معها وهذا لعدة عوامل وأسباب منها عامل المصلحة العامة.

ج/ الفسخ بقوة القانون:

يتحقق الفسخ بحكم القانون إما بسبب القوة القاهرة أو بسبب وفاة المفوض له

ج-1/الفسخ بسبب القوة القاهرة:

تتمثل القوة القاهرة في الحادث الخارجي المفاجئ غير المتوقع والذي لا يمكن التصدي له أو مقاومته ولا التغلب عليه،كالزلازل والحرائق والفيضانات التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ عقد التفويض، وبذلك يزول الهدف من إبرامه وتنتهي آثاره بالنسبة للطرفين المتعاقدين سواء السلطة المفوضة أو المفوض له، ويعفى المفوض له من كل المسؤولية تعاقدية تجاه

(1) - فوناس سوهيلة، مرجع سبق ذكره، ص 261 .

السلطة المفوضة لزوال موضوع التفويض، كما يحق للسلطة المفوضة في حالة القوة القاهرة فسخ اتفاقية التفويض من جانبها فقط ودون تعويض للمفوض له⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية (02) من المادة 64 من نفس القانون: " كما يمكن للسلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة، وبدون أي تعويض للمفوض له".

وقد نص المشرع في المادة 48 من نفس القانون إلى ضرورة أن تشير كل إتفاقية تفويض المرفق العام، إلى كيفية تنفيذ حالات القوة القاهرة [...].

2/ حالة وفاة المفوض له:

تتصرف وفقا لنص المادة 108⁽²⁾ من القانون المدني ، آثار العقد إلى المتعاقدين، الخلف والورثة، بالتالي فإن وفاة أحد المتعاقدين لا يعني انتهاء آثار العقد بل تمتد آثاره إلى الورثة، خلافا لعقود تفويض المرفق العام التي تقوم على قاعدة الاعتبار الشخصي وتطبيقا لهذه القاعدة فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء عقد التفويض وبالتالي نهاية عقد تفويض المرفق العام.

3/الفسخ القضائي:

قد يلجأ المفوض له على المستوى المحلي اللجوء إلى القضاء الإداري (المحاكم الإدارية) طالبا إنهاء العقد قبل انتهاء مدته في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها إخلالا يخل بالتوازن المالي للعقد بما يفوق الإمكانيات الاقتصادية أو الفنية للمفوض له⁽³⁾.

(1) - المرجع نفسه، ص 259

(2) _ المادة 108 من القانون رقم 07-05: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ".

(3) - محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 142.

الفرع الثاني

تسوية المنازعات الناشئة عن تفويض المرفق العام

يعتبر عقد تفويض المرفق العام عقد إداري ملزم للطرفين المتعاقدين السلطة المفوضة والمفوض له مما يرتب على هذا التفويض منح حقوق لكليهما وترتيب التزامات على عاتقهما، كما أن الهدف من هذا التفويض هو إشباع الحاجات العامة لكافة المنتفعين مما يجعل هذا الأخير يدخل في العلاقة العقدية كطرف ثالث من خلال الانتفاع بالمرفق العام، وهذا ما يمهد لنشوب نزاعات وخلافات بين أكثر من الطرفين المتعاقدين سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ⁽¹⁾.

والجديد في تفويض المرفق العام في الجزائر أن المشرع أعطى الأولوية للتسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام (أولا) ثم في حالة عدم نجاح التسوية الودية يمكن اللجوء إلى التسوية القضائية سواء أمام القاضي الإداري أو القاضي العادي (ثانيا).

أولا/ أولوية التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام:

تعتبر التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام بآلياتها المختلفة من أنجع الوسائل في معالجة الخلافات المتعلقة بإبرام وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وهذا نظرا لخصائصها المنفردة، فهي تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة والحصول على تسوية نهائية أسرع، وبأقل تكلفة بصيغة ودية رضائية، وهذا يوفر على الطرفين المتعاقدين الوقت والجهد والمال على عكس الطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف وطول الإجراءات وتعطيل المصالح في أروقة العدالة⁽²⁾.

(1) - بلحناش تركية، عوقة أسامة، مرجع سبق ذكره، ص 162.

(2) - سليمان السعيد، آليات تسوية منازعات تفويض المرفق العام، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018، غير منشورة.

1/ استحداث لجنة تفويض المرفق العام:

تقوم السلطة المفوضة بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام في إطار الرقابة الخارجية التي تختلف في تمثيلها وعملها عن الرقابة الداخلية، حيث تعمل هذه اللجنة وفق وفق مقرر يضعه رئيس السلطة المفوضة، ولها مهام محددة قانوناً⁽¹⁾.

2/ تسوية منازعات عقد تفويض المرفق العام في مرحلة الإبرام:

على اعتبار تفويض المرفق العام عقداً إدارياً فإن السلطة المقوضة تتخذ العديد من القرارات ابتداءً من تحديد الحاجيات، واختيار طريق التفويض وإعداد دفتر الشروط، ثم الإعلان عن الدعوة للمنافسة باعتبارها القاعدة العامة أو اللجوء إلى التراضي كاستثناء. في كل مرحلة من هذه المراحل فإن السلطة المفوضة باعتبارها تتصرف دائماً لتحقيق المصلحة العامة، فإنها ملزمة باحترام كل الإجراءات والشكليات المنصوص عليها قانوناً سواء في النصوص التشريعية أو التنظيمية أهمها مراعاة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات. من بين أهم المنازعات التي تثور في مرحلة الإبرام تتعلق بقرارين هامين تتخذهما السلطة المفوضة؛ قرار المنح المؤقت وقرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام.

أ/ الطعن في قرار المنح المؤقت:

بعد انتهاء لجنة انتقاء واختيار العروض من التفاوض مع المترشحين المقبولين المعنيين، تقوم بتحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض وإعداد قائمة العروض المدروسة والمرتببة ترتيباً تفضلياً، حيث تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة، المترشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض⁽²⁾.

بناءً على ذلك يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض طبقاً لنص المادة 41 من نفس المرسوم أعلاه، وكذا وفقاً لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-

(1) - راجع في ذلك الرقابة في التشريع الجزائري: الرقابة الخارجية، ص 109.

(2) - المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

247، مع مراعاة إشهار هذا القرار وفق نفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والتي تتمثل في النشر بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة وكذلك الإشهار في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.

ففي حالة عدم احترام السلطة المفوضة (لجنة اختيار وانتقاء العروض، لجنة تفويضات المرفق العام، لجنة تسوية المنازعات) الإجراءات الشكلية أو الأحكام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أو المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلقة بمرحلة الإبرام من الإعلان على الطلب على المنافسة وحرية الوصول إلى الطلبات واحترام المبادئ المتعلقة بالنشر والإشهار، وعدم تحيز الإدارة الذي يضمنه الدستور لأي مترشح وحيادها⁽¹⁾، وتعليل إجراءاتها من إعفاء بعض المرافق العمومية من إجبارية الإشهار.

ففي حالة منح التفويض لمترشح بطريقة مخالفة للنصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول، فإن التنظيم المتعلق بتفويض المرفق العام منح بموجب المادة 42 منه لكل مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي بعد الاستشارة أن يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض، وذلك أمام لجنة تفويضات المرفق العام، وذلك في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرون 20 يوما من تاريخ استلامها الطعن، وتبلغ اللجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن⁽²⁾.

بعد انقضاء آجال الطعن ودراسة الطعون، تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض وتبرمها مع المترشح المقبول وهذا ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽¹⁾.

(1) - المادة 25 من دستور 2016.

(2) - المادة 2/42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

لكن إذا تعلق الأمر بالصالح العام وأعلنت السلطة المفوضة إلغاء قرار المنح المؤقت للتفويض فلا يمكن الطعن فيه بأي شكل من الأشكال، وهذا حسب نص المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ب/ الطعن في قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام:

منح المشرع الحق للسلطة المفوضة اللجوء إلى إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، في أي مرحلة من مراحل التفويض وذلك بموجب المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مع إلزامها وإخضاعها إلى إشهار الدعوة للمنافسة المنصوص عليها في هذا المرسوم، وتبليغه للجنة تفويضات المرفق العام⁽²⁾، وهذا في إطار الرقابة الخارجية وهذا حسب المادة 78 من نفس المرسوم.

كما أجاز التنظيم لكل مترشح الاحتجاج على قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، بأن يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ إشهار قرار الإلغاء، غير أن السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الصدد إذا كان هناك تعسف من طرف الإدارة في استعمال حق إلغاء إجراء التفويض، أو كان التذرع بالمصلحة العامة، هل يمكن استئناف إجراءات التفويض إذا كان الطعن في إلغاء إجراء التفويض لصالح المترشح.

وبمفهوم المخالفة وحسب نص المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن صاحب الطعن يمكنه طلب التعويض فقط.

(1) - تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على: "بعد انقضاء آجال الطعون المذكورة في المادة 42 أعلاه، تُعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض. وتسلم نسخة من الاتفاقية للمرشح المقبول".

2 - المادة 3/45 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

3/ التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام في مرحلة التنفيذ:

نص تنظيم المرفق العام صراحة على وجوب سلوك طريق التسوية الودية في حالة وجود خلاف بين السلطة المفوضة والمفوض له والبحث دائماً عن حلول ودية باللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات⁽¹⁾.

وقد سبق لتنظيم الصفقات العمومية التأكيد على تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار حل ودي كلما سمح هذا الحل بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين والتوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة وكذلك تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة⁽²⁾.

أ/ نطاق التسوية الودية:

نظراً لما يتميز به هذا الأسلوب لاسيما في السرعة في الوصول إلى حل ودي للنزاع بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة لجأ المشرع لتعميمها لتشمل تفويضات المرفق العام، ومن هنا يجب على السلطة المفوضة النص على إلزامية اللجوء إلى التسوية الودية قبل عرض النزاع على القضاء وهذا ما نصت عليه المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فيما يتعلق ببيانات اتفاقية تفويض المرفق العام، حيث جاء فيها: "يجب أن تشير كل اتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما، وكذا هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص ، البيانات الآتية: [...] - كيفيات حلّ النزاعات [...]".

من بين المنازعات التي تنظر فيها لجنة التسوية الودية، الطعن في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة من طرف السلطة المفوضة، فإذا لجأت السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية التفويض بسبب عدم وفاء المفوض له بالتزاماته المنصوص عليه في الاتفاقية، فإنه يبقى للمفوض له

(1)- المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2)- المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أن يحتج على قرار الفسخ أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات، وذلك في أجل عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية الذي تم تبليغه إياه⁽¹⁾.

كما نصت المادة 48 من نفس المرسوم على ضرورة النص على حالات الفسخ.

وبالمقارنة مع التسوية الودية في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أن تكون أولاً فيما بين المتعاقدين، فإذا لم يكن هناك حل للنزاع أو اتفاق بين الطرفين يعرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة.

ب/ استحداث لجنة التسوية الودية للنزاعات:

نص التنظيم على استحداث لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى السلطة المفوضة، بهدف دراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها⁽²⁾، وتغيير تشكيلة هذه اللجنة بين الولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، كما يلي:

- بعنوان الولاية:

_ ممثل عن الوالي المختص إقليمياً، رئيساً.

_ ممثل عن السلطة المفوضة.

_ ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.

_ ممثل عن المديرية الولائية للأموال الوطنية.

- بعنوان البلدية:

_ ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي ، رئيساً.

_ ممثل عن السلطة المفوضة .

_ ممثل عن المصالح غير ممرضة للأموال الوطنية.

(1) - المادة 63 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام.

(2) تنص المادة 1/71 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على: "تشأ لدى كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها في المادة 4 من هذا المرسوم، لجنة للتسوية الودية للنزاعات".

- ممثل عن المصالح غير ممرکز للميزانية.

- **بعنوان المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:**

تندرج دراسة النزاعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية التفويض المبرمة مع مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاصات اللجنة الودية للنزاعات التي تنشأ لدى السلطات التي تمارس الوصاية عليها⁽¹⁾.

بموجب نص المادة 72 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات من بين الموظفين غير المعنيين بإجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ اتفاقيات المرفق العام، ويعين أعضاء اللجنة لكفاءاتهم بموجب مقرر من مسؤول السلطة المعنية.

يمكن للجنة أن تستعين على سبيل الاستشارة، بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن ينيها في أشغالها ويعين رئيس اللجنة مُقرراً من ضمن أعضاء اللجنة

ج/ إجراءات التسوية الودية أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات:

منح التنظيم مُكناً الإخطار لكل من السلطة المفوضة والمفوض له، حيث يرسل الشاكي تقريراً مفصلاً إلى اللجنة ويرفقه بكل وثيقة ثبوتية، وذلك عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام⁽²⁾.

أما عن سير اللجنة فيحدد في نظامها الداخلي الذي يعده مسؤول السلطة المخولة. وهذا ما جاء في المادة 73 من نفس المرسوم.

ثانياً/ التسوية القضائية لمنازعات تفويضات المرفق العام:

إن منازعات عقود تفويض المرافق العامة متنوعة ومختلفة تختلف باختلاف الأطراف التي لها علاقة بعقد تفويض المرفق العام كالنزاعات بين السلطة المفوضة والمفوض له

(1) - الفقرة الأخيرة من المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2) - المادة 1/73 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

والتي تكون من اختصاص القضاء الإداري وهو مجال درستنا لذلك نقتصر في هذه الدراسة على المنازعات الإدارية فقط.

1/ منازعات تفويضات المرفق العام المعنية بالتسوية القضائية:

وبناء على ما تم التطرق إليه فإن كل النزاعات التي تنشأ بين السلطة المفوضة كجماعة إقليمية والمفوض له تكون من اختصاص القاضي الإداري، سواء في المنازعات الناشئة قبل المنح النهائي للتفويض (انعقاد اتفاقية التفويض) بين السلطة المفوضة والمفوض له، أو بعده.

أ/ المنازعات الناشئة قبل انعقاد اتفاقية التفويض:

تعتبر عملية تفويض المرافق العامة عملية قانونية مركبة، إذ تمر بمجموعة من المراحل تسبق مرحلة إبرام العقد بين الإدارة المفوضة والمفوض له، وخلال هذه المرحلة تتخذ العديد من التصرفات القانونية هذا ما دفع بالفقه والقضاء للتساؤل حول ما إذا كانت هذه التصرفات القانونية المتخذة طوال هذه المرحلة قابلة للطعن أمام القضاء من عدمه.

فالققرارات التي تتخذها الإدارة لممارسة وظيفتها الإدارية تنقسم من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة وقرارات مركبة أو ما يعرف بنظرية القرارات المنفصلة⁽¹⁾.

فالققرارات التي تتخذها السلطة المفوضة أثناء مرحلة الإعداد لإبرام عقد تفويض المرفق العام قرارات إدارية يمكن الطعن فيها إدارياً أمام الجهات الإدارية، وفي حالة عدم جدوى الحل الإداري يمكن الطعن قضائياً أمام الجهة القضائية للمطالبة بإلغائه⁽²⁾.

(1) - حول القرارات المنفصلة، راجع : بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان 2011، ص ص 16-24.

(2) - سليمان السعيد، مرجع سبق ذكره، ص 12.

غير أن الطعن بإلغاء هذه القرارات مقيد بالميعاد القانوني الذي يحدده المشرع ولعل السبب في ذلك هو الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية المصلحة العامة، باعتبار أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تهدف إلى إلغاء تصرفات مخالفة للقانون⁽¹⁾.

تدخل القرارات التي تصدرها السلطة المفوضة مانحة التفويض، استناداً إلى أحد بنود عقد التفويض المنصوص عليها في دفتر الشروط وحتى وإن لم يكن منصوص عليها في دفتر الشروط فهي تتخذ هذه القرارات بناء على السلطة التي تتمتع بها، كتعديل بعض البنود التنظيمية في دفتر الشروط أو اللجوء إلى فسخ العقد في حالة إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية. ففي هذه الحالة لا يمكن للمفوض له رفع دعوى الإلغاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الملحق به ويدخل مجال القضاء الكامل منازعة إدارية محلها عقد إداري سواء اتصلت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو انقضاءه⁽²⁾، وكل ما يدخل في نطاق العلاقة التعاقدية⁽³⁾.

ب/ المنازعات الناشئة بعد انعقاد اتفاقية التفويض:

بمجرد إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام تنشأ علاقة تعاقدية بين المتعاقدين وهما السلطة المفوضة والمفوض له، فتنشأ منازعات عن هذه العلاقة والتي تخضع لاختصاص القضاء الكامل التي تأخذ دعاواها عدة صور والتي نتناولها كالاتي:

(1) - المرجع نفسه، ص 12.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة الأسس العامة لتنفيذ العقود الإدارية، الإبرام- التنفيذ - المنازعات، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص 303

(3) - حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية والدولية : العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة) منشأ المعارف القاهرة، 1998 .

ب-1/ دعوى بطلان التفويض:

تعتبر اتفاقية تفويض مرفق عام عقدا إداريا، يجب أن تتوفر فيه كل الأركان المطلوبة لانعقاده صحيحا وسليما، وبالتالي يمكن أن يرتب آثاره القانونية. إذ يمكن لأحد الأطراف القانونية أن يقيم دعوى البطلان، على عقد التفويض حتى يتمكن من إبطاله لتخلف أحد أركانه أو شرط صحته، سواء تعلق الأمر بركن الرضا أو المحل أو السبب.

فلقيام عقد تفويض المرفق العام يجب توافق إرادتي السلطة المفوضة والمفوض له وأن يكون هذا التراضي صحيحا صادرا عن ذي أهلية وخاليا من العيوب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وإلا كان للمتعاقد الذي عيب رضائه حق التمسك بإبطال العقد، وإن كان في عقود تفويض المرفق العام نادرة الحدوث، خاصة وأن المفوض له يكون محل اعتبار شخصي.

ويترتب على بطلان عقد التفويض بصفة عامة زواله وإلغاء الآثار القانونية المترتبة عليه، ولكن يمكن أن ينشئ لأحد طرفي العقد حقا في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

ب-2/ الدعوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاؤه:

تتمثل منازعات تنفيذ عقد تفويض المرفق العام والتي تخضع لاختصاص القضاء الكامل في الدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية كتعويض للمفوض له من السلطة المفوضة، بسبب الأضرار التي تلحق به سواء من جراء تمادي الإدارة في استعمال سلطتها مثل سلطة الرقابة أو ما تتعهد به للمفوض له من مزايا مالية⁽¹⁾

(1) - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ديسمبر 2013، ص ص 165 - 166.

إضافة إلى ذلك هناك دعاوى إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية، بمعنى أن المفوض له الحق في رفع دعوى على السلطة المفوضة في حال إخلالها بشرط من الشروط التعاقدية الخاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتحتفظ دعواه بصفتها، من حيث انتمائها للقضاء الكامل حتى ولو اقتصر على طلب إلغاء قرار أصدرته السلطة المفوضة بصفتها طرف متعاقد (2).

2/ اختصاص القاضي الإداري بمنازعات تفويضات المرفق العام:

طبقا للمعيار العضوي الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (3) فإن الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها يعقد للمحاكم الإدارية المختصة نوعيا وإقليميا، والتي تكون أحكامها قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة.

يعتبر عقد تفويض المرفق العام عقدا إداريا وهذا حسب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حيث جاء فيها: "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم".

وتندرج منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاصات المحكمة الإدارية حسب مقتضيات نص المادتين 800 و 801 من القانون 08-09.

تنص المادة 800 على: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

(1) - سعدي محمد، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص 41.

(2) - آكلي نعيمة، مرجع سبق ذكره، ص ص 166 167.

(3) - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 2008/21.

وتنص المادة 801 على: تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1_ دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات

الصادرة عن:

_الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة عاى مستوى الولاية

_ البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية

_ المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية

2_ دعاوى القضاء الكامل.

3_ القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

الخاتمة

الخاتمة

نظرا للتحويلات التي عرفتها الجزائر وانتهاجها لنظام لبرالي، أصبح من الضرورة التخلي عن الطرق التقليدية لتسيير المرافق العامة، ولعل أن تفويض المرفق العام هو الأسلوب الذي يتلاءم مع هذا النظام الجديد، إن تقنية تفويض المرفق العام تفتح المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في تسيير بعض هذه المرافق، وبالمقابل وفي إطار تقنية التفويض كذلك لا تستطيع الدولة التخلي عن بعض المرافق التي تعتبر حساسة، وتدخل في صميم المجتمع فهي لا تستطيع تفويضها لذلك تسييرها بواسطة المؤسسات العمومية.

لقد أصبح تفويض المرافق العامة حاجة ملحة تفرض نفسها على طرق تسيير الدولة للمرافق العامة، وهذا ما نلاحظه في اهتمام الدولة الجزائرية وإدراجه لأول مرة بقانون موحد، كونه يرتبط بالخزينة العامة ويعتبر آلية لتقويم اقتصاد الدولة إلى جانب الصفقات العمومية، فكلما كانت الإجراءات القانونية الضابطة لتفويض المرفق العام صارمة، و في ظل احترام المبادئ العامة التي حددها التنظيم، تؤدي لا محال إلى تحقيق الصالح العام، وضمن حقوق المستثمرين والمترشحين الخواص والعموميين.

أمام عجز الجماعات الإقليمية على تحقيق التنمية المحلية، وإشباع حاجيات الأفراد بسبب الظروف التي تتخبط فيها، فهي لن تجد غايتها إلا من خلال تقنية التفويض في ظل وجود قانون ينظم أحكامها.

ولقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 18-199 من اجل تخفيف الضغط على الجماعات الإقليمية وتحقيق الأهداف التي تسعى إليها، فهو يهدف إلى التوجه نحو الفعالية وإرساء قواعد جديدة غايتها تحسين دور المرفق العام وجدية أدائه وبالتالي الزيادة في مرد ودية هذا الأخير مع تشجيع روح المبادرة للمتعاملين الاقتصاديين وتوفير الحماية اللازمة من تعسف الإدارة وعصرنة طرق التسيير، وجعله يتماشى مع تطور حاجيات الأفراد والعمل على تقليص دور الجماعات الإقليمية في التسيير المباشر للمرافق العامة المحلية، من خلال إشراك الخواص في تسيير هذه الأخيرة وتوزيع الثروة بين القطاعين العام والخاص.

فالجماعات الإقليمية يمكنها اللجوء إلى أسلوب التفويض في مجالات التي حددها لها
المشروع بموجب قانون البلدية وهذا ما يسمح بتسيير أفضل للجماعات الإقليمية عن طريق
خلق الثروة من خلال تثمين وتسيير المرافق العامة المحلية المنتجة وخلق ديناميكية تستمد
قوتها من الاهتمام بالمبادرات الناجحة، وتصحيح كل الاختلالات التي تعيق الأداء الفعال
للمرافق العمومية.

كما يجب تفعيل دور الجماعات الإقليمية في الاستثمار على المستوى المحلي، لا سيما في
مجال التنمية المحلية من خلال توجيه المرافق العامة المحلية نحو منطق النجاعة
الاقتصادية وترقية التسيير، إضافةً إلى ذلك يجب تعزيز متابعة المستثمرين ومرافقتهم من
قبل الجماعات الإقليمية، وإعادة النظر في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق
العمومية بغية الوصول إلى الأهداف المسطرة.

ويمكن القول إن المشروع الجزائري يولي أهمية لتحسين دور المرافق العامة، كما يهدف
إلى إشباع حاجيات الأفراد من خلال جودة و نوعية الخدمات التي يحظى بها المواطن على
المستوى المحلي، من خلال التوجه لإشراك القطاع الخاص في تشغيل المرافق العامة
المحلية عن طريق عقود تفويض المرافق العامة، وذلك من خلال تنظيم الأحكام المتعلقة
بتفويض المرفق العام وهذا من خلال المرسوم التنفيذي المتضمن تفويض المرفق العام لسنة
2018 والذي أتى بمجموعة من القواعد الإجرائية التي من شأنها أن تضمن النقاط التالية :
- إعادة الاعتبار للمرافق العامة المحلية المنجزة، وتلبية احتياجات المواطنين المحليين
وتحقيق التنمية المحلية.

- تعزيز وتحسين وضمان جودة ونوعية الخدمات المقدمة من طرف المرفق العام
- ضمان جذب استثمارات القطاع الخاص، والاستفادة من قدراته التكنولوجية وتمويله
لعمليات تنفيذ المشاريع التنموية.

- توسيع مجال الرقابة على الإدارة مانحة التفويض.

- حماية المال العام والحد من جرائم الفساد والتي أصبحت هاجس يورق الدولة.

- وضع ضمانات قانونية لحماية المتعاملين الاقتصاديين.
- إعطاء دور فعال للجماعات الإقليمية باعتبارها القاعدة الإقليمية للدولة في المساهمة في تجسيد برامج الدولة في شتى المجالات.
- إن المشرع الجزائري حسن فعلا بإصدار المرسوم التنفيذي المتضمن تفويض المرفق العام بما يضمن تكريس تفويض المرفق العام وتنظيم مختلف جوانبه بما يحقق التنمية المحلية ويضمن مشاركة فعالة للقطاع الخاص في تدبير الشأن المحلي، بما يضمن تحسين الخدمات المقدمة محليا.
- بالرغم من أن صدور تنظيم يتعلق بتفويض المرفق العام يعد نقطة ايجابية تحسب لصالح المشرع، غير انه هذه الخطوة جاءت متأخرة كون تقنية تفويض المرفق العام ظهرت في القرن 19، وهذا ما اثر سلبا على المرفق العام وكذلك تحقيق التنمية.
- كذلك توجد مجموعة من النقائص التي يجب تداركها من طرف المشرع والمتمثلة في:
- حصر المشرع الجزائري تقنية تفويض المرفق العام وجعلها وطنية، وهذا من شأنه تفويت الفرصة من الاستفادة من الخبرات والتكنولوجية، وكذلك تفويت فرص تمويل أجنبية.
- عدم استقلالية لجنة اختيار وانتقاء العروض وذلك راجع لطريقة تعيين أعضائها من طرف مسؤول السلطة المفوضة.
- حصر لجنة تسوية الودية للنزاعات في جهة واحدة تابعة للسلطة المفوضة.
- كذلك استبعاد المرافق العامة الوطنية من تقنية تفويض والتي تعد العمود الفقري للنهوض بالتنمية في شتى المجالات.
- التناقض الموجود بين قانون البلدية 10-11 والمرسوم رقم 18-199، حيث نص الأول على تقنية التفويض في شكل عقد برنامج وصفقة طلبية، غير انه بالرجوع إلى الثاني نجده قد حدد أشكال التفويض في عقود مسماة وهي الامتياز الإيجار والوكالة المحفزة والتسيير.

- كان من الأجدر عدم التسرع في إصدار التنظيم المتعلق بتفويض المرفق العام، وحصره في الجماعات الإقليمية فقط، وعدم إشراك مختلف القطاعات الأخرى مما يعرقل التنمية الاقتصادية.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع نقدم مجموعة من الاقتراحات والمتمثلة فيما يلي:

- توحيد النصوص القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام وذلك لنزع التناقض الموجود بينها.

- بناء وتشديد مرافق عامة بمعايير دولية، وهذا من شأنه تحسين نوعية وجودة الخدمات المقدمة.

- ضرورة إعادة النظر في المستثمر الأجنبي وجعل تقنية تفويض دولية بشروط تتلاءم مع خصوصية كل إقليم محلي.

- توسيع مجالات تقنية التفويض إلى نشاطات أخرى.

- جعل التحكيم طريقة لتسوية المنازعات الناشئة في إطار تقنية تفويض المرفق العام، شأنه شأن الصفقة العمومية.

- ضرورة توعية الأفراد بكيفية الانتفاع من المرفق العام خاصة إذا كان يحوز على إمكانيات متطورة.

- ضمان استقلال اللجان التي تشرف على إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وذلك بإسناد صلاحية تعيين أعضائها إلى جهة مستقلة عنها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية:

أ/ الكتب:

1. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة BOT، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، مصر، 2011.
2. أحمد رشيد، التنمية المحلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
3. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجديدة، مصر، 2015.
4. بوعشيق أحمد، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة ، دار النشر المغربية، الرباط، ط7، 2002.
5. حداد عبد الله، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، الرباط، 2001.
6. حسن محمد علي البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتفسير والتطوير، دراسة مقارنة، المركز القانوني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014 .
7. حمدي قبيلات، القانون الإداري، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الجزء الأول، ط1، وائل للنشر، الأردن، 2008.
8. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية: العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة) منشأة المعارف، القاهرة، 1998.
9. رقرقي محمد زكريا، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق في الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية العدد الثامن، جامع الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.
10. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، د.ط ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

11. _____، مبادئ القانون الإداري: نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة للتفسير والتطوير، دراسة مقارنة، ج2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
12. ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة لتنفيذ العقود الإدارية، الإبرام- التنفيذ - المنازعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
14. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري - المرافق العامة (دراسة مقارنة)، ط2، منشأة المعارف، القاهرة، 2004.
15. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
16. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
17. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.س.ن،
18. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
19. محمد حسن الدخيل، إشكالية التنمية الاقتصادية المتوازنة، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، ط1، 2009.
20. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة - تفويض المرفق العام) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
21. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، مبادئ القانون الراداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت 2012.
22. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجدد، سطيف، 2010.

23. هيام مروة، القانون الإداري الخاص: المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها- الاستهلاك -الأشغال العامة للتنظيم المدني، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
24. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي، لبنان، 2009.
25. يحيى أعمري، مساهمة في دراسة المالية: النظرية العامة وفقا للتطورات الراهنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2004.

ب/ الأطروحات والمذكرات الجامعية:

ب-1/ أطروحات الدكتوراه:

1. حوادي عصام، تفويض المرفق العام: أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، اختصاص قانون، جامعة الإخوة متتوري، قسنطينة، 2012 .
2. ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المر دودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012.
3. علو وداد، إشكالية تمويل الجماعات الإقليمية ومقتضيات الحكم الراشد في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الجماعات الإقليمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2016 .
4. فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.

ب-2/ مذكرات الماجستير:

1. أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.
2. إملول ريمة، المركز القانوني لسلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
3. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011.
4. بولكور عبد الغاني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010.

ب-3/ مذكرات الماستر:

1. إدير نوال و بشرى لويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص: القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، 2016/2015.
2. بروري هدى و ساولي هدى، الطبيعة القانونية، لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2018/2017.

3. بلحناش تركية و عوقة أسامة، الاتجاهات الحديثة في تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام داخلي، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2017.
4. حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، السنة الجامعية 2015-2016.
5. سعدي محمد، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، 2015.

ج/ المقالات والمدخلات العلمية:

ج-1/ المقالات العلمية:

1. إبراهيم يوسف هرموش، "القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد 2، 2013.
2. بن شعيب نصر الدين وشريف مصطفى، "الجماعات الإقليمية ومفارقات التنمية المحلية في الجزائر"، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة قاصدي مباح ورقلة، العدد 10، 2010.
3. جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، مجلة القانون، العدد 02، أوت 2014.
4. زوية سميرة، اتفاقية تجسيد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 10، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2018.

5. سهيلة بوخميس وحسون محمد علي، "اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية: دراسة تحليلية للمرسوم 18-199" جامعة الحاج الخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019.
6. نوال بوهالي، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 12، جامعة البليدة 2، 2015.
7. حساين سامية، "قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 15/247 والمرسوم التنفيذي 18/199"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة- بومرداس- المجلد 04، العدد 02، 2019.

ج-2/ المداخلات العلمية:

1. بولقواس سناء، عن التسيير المفوض للمرافق العامة المحلية في الجزائر: دراسة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مداخلة مقدمة في أشغال الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018 (غير منشورة)
2. سليمان السعيد، آليات تسوية منازعات تفويض المرفق العام، مداخلة أقيمت الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل-، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018.
3. شريط فوضيل، تقنيات تفويض المرفق العام وضماناتها، مداخلة مقدمة في أشغال الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي

4. ي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل، يومي 12 و13 ديسمبر 2018.
5. عطوي حفيظة، طلب العروض والتراضي في ظل المرسوم 15-247، مداخلة مقدمة في أشغال الملتقى الوطني حول الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل، يومي 12 و13 ديسمبر 2018.
6. العلواني ندير، أسلوب التراضي وحماية المال العام في الصفقات العمومية، مداخلة أقيت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 11 و12 ديسمبر 2018.
7. شرمطي محمد، إجراءات التفاوض مع منافسة مسبقة في عقود تفويض المرافق العامة - دراسة مقارنة، مداخلة أقيت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ، يومي 12 و13 ديسمبر 2018.
8. مخلوف باهية، تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام، مداخلة أقيت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ: التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، يومي 27 و28 أبريل 2011.
9. موسى رحال، ماهية تفويض المرفق العام، مداخلة أقيت بمناسبة الملتقى الوطني: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوم 11-12 ديسمبر 2018.
10. دوفان ليدية، التفاوض في الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، " إرساء مبدأ سلطان الإرادة"، مداخلة أقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول: الجوانب العلمية

لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم رقم 15-247 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل 2018.

11. جليل منية، احترام الجماعات الإقليمية في تفويض المرفق العام لمبادئ الشفافية والمنافسة ضمان للجودة والخدمة العمومية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم ب: الجوانب العلمية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل-، يومي 12 و 13 ديسمبر 2018.

د/النصوص القانونية:

د-1/ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

- مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 1996/76، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 2002/25، وبالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 2008/63، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 2006/14.

د-2/ النصوص التشريعية:

-النصوص التشريعية الجزائرية:

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

1. قانون رقم 90-02، مؤرخ في 06 فيفري 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج. ر عدد 90/06.

2. قانون رقم 90-30، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 1990/52 معدل ومتمم.
3. قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 2005/60.
4. قانون 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 2006/14.
5. أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 2006/46.
6. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 2008/21.
7. قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 2011/37.
8. قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتضمن قانون الولاية، ج.ر عدد 2012/12.
9. الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية، 2003، يتعلق بمنافسة، المعدل والمُتمم، ج،ر، عدد، 2003/43.

د-3/ النصوص التشريعية الأجنبية:

1. قانون رقم 05-54، مؤرخ في 14 فبراير 2005 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج.ر.م.م عدد 2016/5404. الصادر في 16 مارس 2006.

- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر. عدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم (ملغى).

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

3. مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 2018/48.

- التعليمات الوزارية:

1. تعليمة وزير الداخلية رقم 842/94.03، مؤرخة في 07 ديسمبر 1994، تتعلق بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية (غير منشورة).

- القرارات القضائية (الاجتهاد القضائي):

1. قرار مجلس الدولة، قرار رقم 11950 المؤرخ في 09 مارس 2004، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران باختصاصه بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الامتياز، مجلة مجلس الدولة، العدد 2004/5.

ثانيا/ المراجع باللغة الفرنسية:

A- Ouvrages :

1. BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, 2007.
2. CHRISTOPH Mondau, Les Conventions de délégation de services publics des Collectivités Local, Edition Papyrus, France, 2006.
3. CROS Nicolas, BOISSY Xavier, Les litiges des marches publics, Berger-Levrault, Paris, 2010.
4. DELVOLVE Pierre, Droit public de l'économie, T.3, Edition DALLOZ, Paris, 1998.
5. DROBENKO Bernard, Droit de l'eau, Edition galion, Paris 2008, p.222.
6. Jean-François-Auby La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, paris, 1997.
7. Jean-Marie-Auby et DUCOS-Ader-Robert, Grand services publics et entreprises nationales, T.1 et 2, PUF, Paris, 1969.
8. ROUQUETTE Remi, La passation des conventions domaniales, édition juris Classeur, 2003.
9. VEDEL GEORGE, DELVOLVE PIERRE, Droit Administratif, Tome 2, PUF, Paris, 1993.

10. ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Maison d'édition Belkeis, Alger, 2012.

B- Thèses :

1. NKOULOU ZOO , Détermination de la rentabilité financière des contrats de délégation de service public, une évaluation par le coup du capital et le taux de rentabilité interne, thèse pour le doctorat en science de gestion, université Montesquieu, Bordeaux, 2010.

C- Article.

1. BEKKALI Abdeslam, La pratique de la gestion déléguée au Maroc, réflexion sur la porte de la convention conclu entre la communauté urbain de Casablanca et lyonnaise des eaux, Renald, série thème actuel, n°30, 2001.
2. BERGEAL CATHRINE, conclusion sur CE 30juin 1999, commune de Guilherand, Reg n°156008,AJDA, 2002.
3. BRACONNIER Stefan,« Droit de service public », RUF, Paris, 2004.
4. CAA de paris 28 Mai 2002, Association des usagers du restaurant CAES du CNRS de GIF- sur, Yvette, AJDA, 2002.
5. Jean-Bernard Auby et Christine- Mangué, Les Contrats de délégation de services publics, JCP, 1994.
6. JEAN-David Dreyfus, La définition légale des délégations de service public, AJDA, 2002, p38.
7. MARCOU Goun, La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA, 1994.
8. _ Mohamed Boussmah , « essai sur la notion juridique de service publique », RASJ n°03 , 1992.
9. noureddine TERKI: L'imprévision et le contra international dans le code civil Algérien, r.a.s.j. n° 3, 1982.
10. POUPEAU DIANE, « le régime de biens de retour »AJDA, n°= 01, 2013.
11. SESTIER Jean François, « retour la Question Des Biens De Retour » ,BJCP ,2003.

D- Textes juridiques

D-1/ Textes législatifs:

1_ Loi Joxe du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

2_ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (1), JORF n°25 du 30 janvier 1993, Modifiée et Complétée.

3_ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF 1), JORF n° 288, de 12 Décembre 2001.

D-2/ Circulaires

1/ Circulaire du ministre de l'intérieur du 07 Aout 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leur services publics locaux : **champ D'application et conditions d'exercice la gestion déléguée de ces services**, JORF du 20 décembre 1987.

D-3/- Jurisprudence :

1. C.E 30MARS 1916, Compagnie générale d'éclairage de bordeaux.
2. C.E Rapport public, d'intérêt général, EDCE, n°50, 1999.
3. C.E 20 Décembre 2000 , chambre de commerce et d'industrie du VAR, RCDSP, 2001.
4. C.E 25 mars 1966 [Ville de Royan et SA de Royan et sieur Couzinet], *Rec.* 237.1692.
5. C.E 25juillet, 1995, section de l'intérieur, rapport,47, 1995.
6. C.C DC n°96-380, du 23 juillet 1996,(Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom) www.consiel-constitutionnel.fr.

الفهرس

فهرس الموضوعات

ص	الموضوع
	الفصل الأول
11	الإطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام
12	المبحث الأول : ماهية عقود تفويض المرفق العام
12	المطلب الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام
13	الفرع الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام
13	أولاً/ التعريف الفقهي لعقد تفويض المرفق العام
13	1/ تعريف الفقه الفرنسي للتفويض
15	2/ تعريف التفويض وفق الفقه العربي
16	3/ تعريف تفويض المرفق العام وفق الفقه الجزائري
17	ثانياً/ التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام
18	1/ في التشريع الجزائري
20	الفرع الثاني: أسس قيام تفويض المرفق العام
21	أولاً/ وجود مرفق عام
22	ثانياً/ قابلية المرفق العام للتفويض
23	1/ المرافق العامة القابلة للتفويض
24	2/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض
24	أ/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض بطبيعتها
25	ب/ المرافق العامة غير قابلة للتفويض بإرادة المشرع
26	ثالثاً/ إبرام اتفاقية التفويض بين السلطة المفوضة والمفوض له
26	رابعاً/ استغلال المرفق العام والإرتباط بين المقابل المالي ونتائج الإستغلال
26	1/ ضرورة إستغلال المرفق العام

27	2/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال
28	الفرع الثالث : أطراف عقد تفويض المرفق العام
28	أولا/ السلطة مانحة التفويض
28	1/ الجماعات المحلية
29	2/ المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الإداري
30	ثانيا/ المفوض له
31	1/: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
31	2/ الشركات التجارية و شركات الاقتصاد المختلط
32	المطلب الثاني تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم الأخرى
32	الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية
33	أولا/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية
33	ثانيا/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية
33	1/ من حيث موضوع العقد
34	2/ من حيث كيفية دفع المقابل المالي
34	3/ مدة العقد
35	الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن الوكالة في القانون الإداري
35	أولا/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام الوكالة في القانون الإداري
35	ثانيا/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري
36	الفرع الثالث: تمييز تفويض المرفق العام عن الخصصة
37	أولا/ أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام و الخصصة
37	ثانيا/ أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الخصصة
37	الفرع الرابع: تمييز تفويض المرفق العام عن امتياز الأملاك العامة
38	أولا/ من حيث الأطراف
39	ثانيا/ من حيث موضوع العقد
39	ثالثا/ من حيث المقابل المالي

40	رابعاً: المعيار المعتمد للتمييز بين امتياز الأملاك العامة و تقنية التفويض
41	المبحث الثاني أشكال تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمه
41	المطلب الأول: أشكال تفويض المرفق العام
41	الفرع الأول: تفويض عقد الامتياز
42	أولاً/ تعريف عقد الامتياز
42	1/ التعريف الفقهي لعقد الامتياز
43	2/ تعريف المشرع الجزائري لعقد الامتياز
43	أ/ تعريف عقد الامتياز في ظل القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه
44	ب/ تعريف عقد الامتياز في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247
45	3/ التعريف القضائي
46	ثانياً/ الطبيعة القانونية لعقد الامتياز
46	1/ الشروط التنظيمية
47	2/ الشروط التعاقدية
47	ثالثاً/ خصائص عقد الامتياز
48	الفرع الثاني عقد: إيجار المرفق العام
48	أولاً/ التعريف الفقهي لعقد الإيجار
49	ثانياً/ التعريف التشريعي لعقد إيجار المرفق العام
49	1/ تعريف عقد الإيجار في المرسوم الرئاسي 15-247
50	2/ تعريف عقد الإيجار ضمن المرسوم التنفيذي 18-199
51	ثانياً/ خصائص عقد إيجار المرفق العام
51	1/ تحمل الشخص العام نفقات اقامة المنشآت الأساسية
51	2/ مدة ايجار المرفق العام
51	3/ تأدية جزء من المقابل المالي
52	4/ تحمل المفوض له كل مخاطر تسيير المرفق العام
52	ثالثاً/ تمييز عقد الإيجار على عقد الامتياز

53	الفرع الثالث: عقد الوكالة المحفزة
53	أولاً/ تعريف الوكالة المحفزة
53	1/ التعريف الفقهي
54	2_ التعريف التشريعي لعقد الوكالة المحفزة
55	ثانياً/ خصائص عقد الوكالة المحفزة
56	1/ استغلال المرفق يكون لحساب السلطة المفوضة
57	2/ تمويل المرفق العام من السلطة المفوضة التي تحتفظ بإدارته
57	3/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال
59	4/ إرتباط عقد الوكالة المحفزة بمدة زمنية
60	الفرع الرابع: تفويض عقد التسيير
60	أولاً/ تعريف تفويض عقد التسيير المرفق العام
60	1/ التعريف الفقهي لعقد التسيير
61	2/ التعريف التشريعي لعقد التسيير
62	ثانياً/ تمييز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة
63	ثالثاً/ خصائص عقد التسيير
63	المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم تفويض المرافق العامة
64	الفرع الأول: المبادئ التقليدية التي تحكم تفويض المرافق العامة
64	أولاً/ مبدأ استمرارية المرافق العامة
64	1/ مبررات الفقه لمبدأ استمرارية المرافق العامة
65	2/ موقف المشرع الجزائري
66	3/ النتائج المترتبة عن مبدأ الاستمرارية
66	1/ تقييد ممارسة حق الإضراب
67	2/ تنظيم الاستقالة
68	3/ نظرية الموظف الفعلي
68	4/ نظرية الظروف الطارئة

68	ثانيا/ مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.....
69	أولا / المساواة في الحقوق
69	ثانيا/ المساواة في الأعباء العامة.....
70	ثالثا/ مبدأ قابلية المرافق العامة للتغير في أي وقت
71	الفرع الثاني: المبادئ الحديثة التي تحكم تفويض المرافق العامة
71	أولا / مبدأ الشفافية
72	ثانيا/ مبدأ الجودة
72	ثالثا/ مبدأ النجاعة
75	الفصل الثاني النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام
75	المبحث الأول: صيغ وإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
76	المطلب الأول: صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
77	الفرع الأول: الطلب على المنافسة
77	أولا/ تعريف الطلب على المنافسة
80	ثانيا/ مراحل الطلب على المنافسة
81	الفرع الثاني: اللجوء إلى التراضي
81	أولا/ تعريف التراضي
82	1/ تعريف التراضي البسيط
82	2/ حالات اللجوء إلى التراضي البسيط
83	ثانيا : التراضي بعد الاستشارة
84	الفرع الثالث: صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام كآلية لتحقيق المر دودية
84	أولا : الطلب على المنافسة كإجراء لتحسين مرد ودية المرفق العام
85	ثانيا :التراضي وتحقيق المر دودية
86	المطلب الثاني: إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
87	الفرع الأول: الإعلان عن المنافسة وإعداد قائمة المترشحين المؤهلين

87	أولا : الإعلان المسبق عن الطلب على المنافسة
90	ثانيا : إعداد قائمة المترشحين المقبولين
92	الفرع الثاني: مرحلة المفاوضات واختيار المفوض له
92	أولا : مرحلة المفاوضات
94	ثانيا: اختيار المفوض له
95	المبحث الثاني: أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام المحلي وتسوية نزاعاته وانتهائه
95	المطلب الأول: الآثار القانونية لتنفيذ عقد تفويض مرفق عام محلي
95	الفرع الأول:سلطات السلطة المفوضة اتجاه المفوض له
96	أولا: سلطات السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقد تفويض
96	1_ سلطة الرقابة والإشراف
97	2_ التطبيقات التشريعية للرقابة في عقود تفويض المرفق العام
98	الرقابة في التشريع الجزائري.....
98	أ-1/ الرقابة القبلية.....
98	أ-2/ الرقابة الداخلية
101	أ-3/ الرقابة الخارجية.....
103	ب/ الرقابة البعدية
104	ب-1/ سلطة التعديل
106	ثانيا: سلطة السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاءات
107	1/ الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية
107	أ/حق السلطة المفوضة في توقيع الجزاءات بنفسها
107	ب/ حق السلطة المفوضة توقيع الجزاء حتى لو لم ينص عليه في العقد
107	ج/ أن توقع الجزاء لا يحتاج إلى إثبات السلطة المفوضة لوقوع ضرر معين
108	د/السلطة المفوضة لا تملك توقيع عقوبات جزائية
108	هـ / خضوع السلطة المفوضة لرقابة القضاء
108	2/ صور الجزاءات في عقود تفويض المرفق العام

108	أ/الغرامات
108	ب/ وضع المرفق تحت الحراسة
109	ج/ الإسقاط والفسخ
109	ج-1/ سلطة فسخ العقد
110	ب/ الرقابة في التشريع الفرنسي.....
112	الفرع الثاني: حقوق والتزامات المفوض له
112	أولاً : التزامات المفوض له
113	1/ التزام المفوض له بتسيير واستغلال المرفق العام
114	2_ الالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام
115	3_ التزام المفوض له بدفع إتاوات وتحصيلها للجهة المفوضة
116	ثانياً: حقوق المفوض له
116	1/ حق المفوض في الحصول على المقابل المالي
118	2/ الحق في إعادة التوازن المالي
118	أ/ التوازن المالي حسب نظرية فعل الأمير
119	ب/التوازن حسب نظرية الظروف الطارئة
120	3/توفير الحماية من المنافسة
121	المطلب الثاني: نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام وتسوية نزاعاته.....
122	الفرع الأول: طرق انتهاء عقود تفويض المرفق العام.....
122	أولاً:النهاية الطبيعية لعقد تفويض المرفق العام.....
122	1/ الأملاك التي تعود للسلطة المفوضة مجاناً
123	2/ الأملاك التي تبقى ملكاً للمفوض له
123	3/ الأملاك التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل
123	ثانياً : النهاية غير الطبيعية لاتفاقية تفويض المرفق العام.....
123	1/ استرداد الجماعة المحلية للمرفق العام
124	أ / الاسترداد التعاقدى
125	ب/ الاسترداد غير التعاقدى:

126	ج/ الاسترداد التشريعي:.....
126	2 / الإسقاط والفسخ:.....
126	أ/ الفسخ الإتفاقي.....
127	ب/الفسخ غير الإتفاقي.....
127	ب-1/ الفسخ بطلب من المفوض له.....
127	ب-2/ الفسخ من طرف الادارة المتعاقدة.....
127	ج/ الفسخ بقوة القانون
127	ج-1/الفسخ بسبب القوة القاهرة
128	2/ حالة وفاة المفوض له
128	3 الفسخ القضائي
129	الفرع الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن تفويض المرفق العام
129	أولا/ أولوية التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام:
130	1/ استحداث لجنة تفويض المرفق العام:
130	2/ تسوية منازعات عقد تفويض المرفق العام في مرحلة الإبرام:.....
130	أ/ الطعن في قرار المنح المؤقت:.....
132	ب/ الطعن في قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام.....
133	3/ التسوية الودية لمنازعات تفويض المرفق العام في مرحلة التنفيذ.....
133	أ/ نطاق التسوية الودية:.....
134	ب/ استحداث لجنة التسوية الودية للنزاعات:.....
135	ج/ إجراءات التسوية الودية أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات:.....
135	ثانيا/ التسوية القضائية لمنازعات تفويضات المرفق العام.....
136	1/ منازعات تفويضات المرفق العام المعنية بالتسوية القضائية.....
136	أ/ المنازعات الناشئة قبل انعقاد اتفاقية التفويض
137	ب/ المنازعات الناشئة بعد انعقاد اتفاقية التفويض.....
138	ب-1/ دعوى بطلان التفويض.....

138	ب-2/ الدعوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاؤه:
139	2/ اختصاص القاضي الإداري بمنازعات تفويضات المرفق العام:.....
140	الخاتمة.....
145	قائمة المراجع.....
158	فهرس الموضوعات.....

المخلص

نظرا لعجز الجماعات المحلية عن تسيير مرافقها العامة المحلية بالطرق التقليدية، لعدم وجود كفاءات في الموارد البشرية والمالية، واتكاليها على الدولة من خلال تمويل ريعي، والأوضاع التي آلت إليها المرافق العامة المحلية، صار من اللازم وكضرورة حتمية على التنظيم مسايرة الإصلاحات، والأوضاع الاقتصادية ومنح آلية تفويض المرافق العامة المحلية دورها كقوة قانونية مستقلة، في النهوض بالمرافق العامة المحلية وتفعيلها، تجسيديا لتنمية محلية، قائمة على الشراكة والتعاون بين الجماعات المحلية والقطاع الخاص المحلي.

Résumé :

En dépit de l'incapacité des collectivités locales à gérer leurs infrastructures selon des méthodes traditionnelles en raison de manque de compétences en ressources humaines et financières, et malgré leurs dépendance de l'état pour leur financement et de l'état dans lequel se trouvent les infrastructures publiques locales ; la réglementation devait impérativement suivre la cadence de la conjoncture économique et accorde au mécanismes de mandatement des services locaux son rôle d'autorité indépendante pour la relance des infrastructures locales et leurs activations. Ceci dans le but de réaliser le développement local sur la base d'un partenariat et d'une coopération entre les collectivités locaux et le secteur privé local.