

جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة

الإجاءات الحديثة في تفويض المرفق العام

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام

تخصص: قانون عام داخلي

إشراف:

أ/ ناصري نبيل

إعداد:

الطالبة: بلحناش تركية

الطالب: عوقة أسامة

لجنة المناقشة:

الاسم والقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
- سليمان السعيد	أ. محاضر ب.	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	رئيسا
- ناصري نبيل	أ. مساعد أ.	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	مشرفا ومقررا
- مزهود حنان	أ. مساعد أ.	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يرفع الله الذين آمنوا منكم

والذين أوتوا العلم درجات)

المجادلة: 11

تشكرات

الشكر لله عز وجل الذي يسّر لنا إنجاز هذه المذكرة

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذ ناصري نبيل، لقبوله الإشراف على هذا العمل، وتعمّده بالتصويب، ولنصائحه البيداتوجية والمنهجية وشدة حرصه في تقديم الإرشادات والتوجيهات، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

الشكر موصول لكل الأساتذة الذين أناروا لنا دروب العلم والمعرفة.

وأخيرا، الشكر لكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل.

إهداء

نهدي ثمرة جهدنا إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله

إلى جميع الإخوة والأخوات

وإلى كل الأصدقاء والزملاء

إلى كل من مدّ لنا يد العون لإعداد هذا العمل.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج: الجزء .

ج: جريدة رسمية .

د.ج.ج.د.ش: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

د.د.ن: دون دار النشر .

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية .

د.س.ن: دون سنة النشر .

ط: الطبعة .

ص: الصفحة .

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة .

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية .

ثانياً: باللغة الأجنبية

AJDA: Actualité Juridique de Droit Administratif.

AEC: Algeria Energy Company.

Art: Article.

BLT: Build, Lease, Transfer.

BOOT: Build, Owership, Operate, Transfer.

BTO: Build, Transfer, Operate.

B.O.T: Build, Operate, Transfer.

C.E. : Conseil d'Etat.

C.C. : Conseil Constitutionnel.

قائمة المختصرات

CSCEC: China State Construction Engineering Corporation.

DBOOT: Desing, Build, Operate, own, Transfer.

D.C. : Décision Constitutionnelle.

Ed: édition.

EPA: Etablissements publics Administratif.

EPE: Entreprises Publiques Economiques.

EPIC: Etablissement public à Caractère Industriel et Commercial.

Ibid: Ibidem.

JORF: Journal Officiel de la République Française.

METP: Marché d'Enterprise de Travaux Publics.

MOOT: Modernize, Own, Operate, Transfer.

MURCEF: Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier.

N°= Numéro.

LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

LROT: Leaze, Renwal, Operate, Transfer.

Op.Cit: Ouvrage précédemment cité.

P: Page.

PFI: Project Finance Initiative.

PP: de la Page à la Page.

PPP: Partenariat Public_Privé.

PUF: Presse Universitaire de France.

T: Tome.

UNICITRAL: United Nations Commission on International Trade Law.

UNIDO: United Nations Industrial Development Organization.

مقدمة

تعدّ فكرة المرفق العام محور القانون الإداري بالرغم من كل الانتقادات التي وجهت لها والأزمات التي مرّت بها¹، لأن الدولة في الأخير هي مجموعة من المرافق العامة، هدفها تقديم خدمات عامة للمجتمع الذي ترعاه، ومن هنا فإنشاء وتسيير المرافق العامة هي صلاحية مخولة للدولة بحيث ترتبط بها وجودا وعدما، لكن هذه الفكرة وإن كانت مقبولة كلاسيكيا، فإنها اليوم لم تعد صالحة في ظل التحولات والاختيارات الإيديولوجية الجديدة للدولة في عالم أصبحت تحكمه مبادئ وقيم جديدة كالفعلالية والمردودية التي أصبحت حتى المرافق العمومية مدعوة لأن تواكبها².

إنّ تنوع حاجات المواطنين واختلافها فرض بالضرورة تنوع المرافق العمومية وتعدّدها، والذي فرض بدوره تنوع أساليب تسييرها، فكل نوع طريقة تسيير تناسبه، فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة كمرفق الدفاع والقضاء والأمن، وهناك مرافق أخرى قابلة للتخلي عنها كمرفق المياه والاتصالات السلوكية واللاسلكية وغيرها، فتتوجّه بذلك الدولة إلى إشراك القطاع الخاص في النهوض بها في إطار التسيير غير المباشر³.

إن التسيير غير المباشر للمرافق العامة لم يعد ذلك المفهوم المقتصر على التنظيم

¹ - راجع في ذلك: CHEVALLIER Jacques, « Essai sur la notion juridique de service public », Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

- LEMERCIER Clair, « La construction d'un modèle Français de service public avant 1914 », Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

- MORARD Serge, « Et le service pub fut... », Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

- ROUBAN Luc, « La crise du service public en France : l'Europe comme catalyseur », cultures et conflits, n° 28, 1997, p.p. 1,18.

² - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2012، ص 4.

³ - لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص أ.

القطاعي لكل مرفق على حدة، بل بات يخضع لتأطير قانوني عام وشامل ينطوي تحت تعبير قديم التطبيق، حديث المظهر وهو ما يعرف بتفويض المرفق العام، بمعنى أن تفويض المرفق العام ما هو إلا مفهوم يعبر عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة، أي الاحتكار الأحادي للدولة في تسييرها لمرافقها، إلى طرق الإدارة غير المباشرة لتسيير المرفق العام ويرجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، والذي تجسّد قديماً في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة، وحالياً في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضمّ العديد من الصور، منها عقد الامتياز¹.

هذه النظرة المستحدثة لعقود تسيير المرفق العام كانت نتيجة لاجتهادات فقهية وقضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا (قانون Sapin)² وانتقلت إلى باقي دول العالم الأخرى كالمملكة المغربية³، وتونس⁴ وغيرها.

وبالنسبة للجزائر، فقد عرفت قبل التسعينات أسلوبين لتسيير المرافق العامة، سواء الوطنية أو المحلية، وهما أسلوب التسيير المباشر⁵ وأسلوب المؤسسة

¹ - بركبية حسام الدين، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، 2017، ص 558.

² - Loi n° 93-122, du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique est des procédures publiques, JORF n° 25, du 30 janvier 1993, Modifiée et Complétée.

³ - ظهير شريف رقم 1.06.15، مؤرخ في 14 فيفري 200، بتنفيذ القانون رقم 05-54، المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر عدد 5396، مؤرخة في 16 فيفري 2006.

⁴ - قانون عدد 23 لسنة 2008، مؤرخ في 1 أفريل 2008، يتعلق بنظام اللزمات، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية عدد 28، مؤرخ في 4 أفريل 2008.

⁵ - نصّت المادة 212 من قانون البلدية لسنة 1967 على مايلي: "يمكن للبلديات والنقابات البلدية أن تستغل مباشرة مصالح عمومية في شكل الاستغلال المباشر". أمر رقم 67-24، مؤرخ في 17 جانفي 1967، يتضمن القانون البلدي

العمومية¹، هذين الأسلوبين وإن حققا مبتغاهما في قطاعات معينة، إلا أنهما شكلا عبئا على الخزينة العمومية الأمر الذي ساعد على ظهور فكرة جديدة مفادها أن التنمية الشاملة لا تتحقق إلا بفسح المجال للاشتراك والتعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص، وذلك بتكريس طرق أكثر فعالية في التسيير والتي من شأنها الحفاظ على طبيعة المرفق العام وتوفير الخدمة العمومية وتحسينها من جهة وتخفيف العبء المالي على الخزينة العمومية من جهة ثانية².

استجابة للتحويلات الاقتصادية وسياسة الانفتاح الاقتصادي التي عرفتها الجزائر منذ 1989، والتي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي الذي يعتمد على الأساليب التقليدية في التسيير إلى النظام الرأسمالي الذي يسمح للخواص بالمشاركة في النهوض بالمرفق العام انتهجت الجزائر سياسة إصلاح شاملة لمؤسساتها، ومرافقها العمومية وقامت بتحرير بعض القطاعات وتفويض تسييرها للخواص كقطاع المياه، المحروقات، النقل الجوي، الاتصالات

= ج ر عدد 8، مؤرخة في 18 جانفي 1967، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 81-09، مؤرخ في 4 جويلية 1981، ج ر عدد 8، مؤرخة في 7 جويلية 1981، (ملغى).

كما نصّت المادة 134 من قانون البلدية لسنة 1990 على أنه: "يمكن البلدية أن تستغل مباشرة مصالح عمومية في شكل استغلال مباشر...". قانون رقم 90-08، مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر 15، مؤرخة في 11 أفريل 1990، (ملغى).

ونصّت المادة 122 من قانون الولاية لسنة 1990 أيضا على أنه: "يمكن الولاية أن تستغل مصالحها العمومية في شكل الاستغلال المباشر". قانون رقم 90-09، مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر 15، مؤرخة في 11 أفريل 1990، (ملغى).

¹ - نصّت المادة 219 من قانون البلدية لسنة 1967 السالف الذكر على أنه: "يمكن للبلديات، من أجل تسيير مصالحها العمومية، أن تحدث المؤسسات العمومية ذات الشخصية المعنوية والاستقلال المالي...". نفس الأمر كرّسه المشرع بالنسبة لقانون الجماعات المحلية لسنة 1990.

² - آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، نطاق تطبيق تفويض تسيير المرافق العامة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون الأعمال، تخصص القانون العقاري، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 2.

السلكية واللاسلكية، الطرق السريعة ... إلخ، وأصدرت لأجل ذلك ترسانة من النصوص القانونية نذكر منها قانون المياه 12-05¹ وقانون المحروقات 05-07² وقانون البلدية 11-10³ وقانون الولاية 12-07⁴ وغيرها من القوانين، في اتجاه نحو تفعيل دور القطاع الخاص وتطوير المرفق العام وتحديثه بما يتماشى والنهج الجديد الذي اتبعته الدولة الجزائرية.

وقد ظهر مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة في المنظومة القانونية الجزائرية بموجب قانون المياه 05-12⁵ السالف الذكر، ثم قانون البلدية 11-10⁶ لكن كأسلوب ثانوي في تسيير المرفق العام إلى جانب أسلوب الامتياز الإداري، ويكون بذلك قد خالف المفهوم الفرنسي لتفويض المرفق العام الذي تمّ تكريسه بموجب قانون "Sapin"، إلى أن صدر المرسوم الرئاسي 15-247⁷ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

1 - قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005، معدّل ومنتّم.

2 - قانون رقم 05-07، مؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، مؤرخة في 19 جويلية 2005 معدّل ومنتّم.

3 - قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، مؤرخة في 03 جويلية 2011.

4 - قانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، مؤرخة في 29 فيفري 2012.

5 - تنص المادة 101 من القانون رقم 05-12 السالف الذكر على ما يلي: "... كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية".

6 - كما تنص المادة 156 من قانون البلدية لسنة 2011 على أنه: "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها". ويلاحظ من خلال هذه المادة أن هناك خلط في المصطلحات، وعدم التمييز بين تفويض المرفق العام بالمفهوم الفرنسي وبين الصفقات العمومية.

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

العام، حيث يعتبر هذا المرسوم مولد نظام قانوني جديد يُطر طائفة من العقود كرسّت قديما وتمّ تحديثها (عقد الامتياز، الإيجار، مشاطرة الاستغلال، التسيير) ، وموازي لعقود الصفقات العمومية ويختلف عنها في العديد من الجوانب¹.

ويعتبر الامتياز الإداري النموذج الأساسي لتفويض المرفق العام، والذي انتشر في كافة دول العالم خاصة في فرنسا التي تعتبر مهذا له، هذا الأسلوب الذي استعمل في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا لكن بنسب متفاوتة بين مختلف المراحل التي مرّ بها النظام القانوني الجزائري والذي تأثر بمختلف الأنظمة التي مرّت بها الجزائر، وتعتبر سنة 1994 سنة مهمّة في إعادة الاعتبار لعقد الامتياز الإداري من خلال عدة نصوص قانونية² أعطت الأولوية والأفضلية لهذا الأسلوب التعاقدية.

ومع توسّع دائرة العمل وتشعب الحياة الاقتصادية وعجز الدولة عن توفير الأموال اللازمة لتمويل المشروعات الاقتصادية العملاقة خاصة بعد انهيار أسعار البترول، ظهرت صيغة تعاقدية جديدة لتمويل إنشاء وإدارة المرافق العامة الاستراتيجية ذات الأهمية الكبيرة كالطرق السريعة ومحطات تحلية مياه البحر... إلخ، وهذه الصيغة التعاقدية التمويلية هي عقود البوت التي تعتبر الصورة الحديثة لعقد الامتياز الإداري، والتي عرفت انتشارا وتطبيقا واسعا على المستوى الدولي كأحد الحلول للنهوض بالتنمية الاقتصادية وتطوير المرافق

¹ - بركيبة حسام الدين، المرجع السابق، ص 558.

² - من بين هذه النصوص القانونية نذكر على سبيل المثال: قانون المياه 05-12، المعدّل والمتمّم، وقانون المحروقات 05-07، المعدّل والمتمّم، السالف ذكرهما،

- مرسوم تنفيذي رقم 94-320، مؤرخ في 29 جانفي 1994، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7، مؤرخة في 6 فيفري 1994.

- التعلّية الوزارية رقم 94-842/3، المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها، مؤرخة في 7 جويلية 1994، (غير منشورة).

العمومية وتحسين الخدمة العمومية.

وتكمن أهمية دراسة الموضوع في القيمة العلمية والعملية التي يتمتع بها المرفق العام من جهة، وتقنية تفويض المرفق العام من جهة أخرى، ذلك أن تفويض المرفق العام أصبح يحتل مكانة هامة في المنظومة القانونية الجزائرية والدولية، وكذا الاهتمام المتزايد بمردودية المرافق العامة عن طريق إشراك القطاع الخاص في إنجاز وتسيير واستغلال المرافق العمومية ومشروعات البنية التحتية، لمواجهة التحولات الكبرى وضعف التمويل العمومي.

ولأن هذه الفكرة في مظهرها الجديد تقدّم حلولاً فعالة في هيكلية المرافق العامة سواء من الناحية الاقتصادية أو من ناحية التسيير، لذلك ترتبط أهمية الدراسة بضبط مفهوم تفويض المرفق العام وإبراز الأساليب الحديثة التي تتدرج في إطاره، ومختلف قواعد وإجراءات إبرامها، لا سيما وأن المشرع الجزائري لم يضع إطار قانوني إجرائي واضح ودقيق لإبرام مثل هذه الاتفاقيات على عكس نظيره الفرنسي.

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على تقنية تفويض المرفق العام خاصة بعد التحولات الجديدة وتبني سياسة الانفتاح على قواعد المنافسة، والاضطلاع على المنظومة القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام وأوجه التحديث بالنسبة لهذه التقنية ومدى تجسيدها واقعياً، والوقوف على مواطن النجاح والفعالية ومواطن النقص التي يجب معالجتها، كما تهدف هذه الدراسة إلى إبراز الدور الذي يمكن أن يلعبه أشخاص القانون الخاص من خلال التفويض، في تطوير وتحديث المرفق العام وتحسين الخدمة العمومية.

وترجع أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى:

- أسباب ذاتية والمتمثلة في الرغبة في دراسة تفويض المرفق العام كفكرة مستحدثة يكتنفها

الغموض في جوانب عدّة، ولأنّه موضوع حيوي ويطرح عدة إشكالات قانونية تستوجب البحث،

- وأسباب موضوعية تتمثل في كون هذا الموضوع لم يحض بالدراسة الكافية مما يجعله ذو فائدة علمية لكل الباحثين في هذا المجال، بالإضافة إلى محاولة توضيح كافة الإجراءات والقواعد المنظّمة لهذه التقنية في تسيير المرافق العامة وبعض الأنظمة القانونية التي كرست تفويض المرفق العام، وهذا ما يمكننا من الاضطلاع على الكثير من النصوص القانونية بمختلف درجاتها والمتعلّقة بموضوع الدراسة، ومعرفة موقع هذا الوجه من أوجه الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في القانون الجزائري.

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع، المنهج الوصفي من خلال تقديم المفاهيم العامة حول تفويض المرفق العام وأساليبه، كما اعتمدنا المنهج التحليلي لتحليل مختلف النصوص القانونية، المؤطرة لعقود تفويض المرفق العام، والمواقف، وانتقادات النظريات التي قيلت في هذا الموضوع.

والإشكالية التي سنحاول معالجتها من خلال هذا البحث هي:

ما مدى فعالية تقنية التفويض كأسلوب حديث لتسيير المرافق العامة في ظل

التحولات الجديدة؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة وإثرائها تمّ تقسيم موضوع البحث إلى فصلين عالجا في الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة.

وتناولنا في الفصل الثاني عقود الامتياز والبوت: نحو تفعيل تقنية تفويض المرفق

العام.

الفصل الأول

تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

بالرغم من أن مصطلح تفويض المرفق العام مصطلح قانوني جديد في لغة التشريع والاجتهاد القضائي وكذلك في كتابات الفقه*، إلا أن هذه الفكرة ليست بالحديثة لأن جذورها تمتد إلى منتصف القرن التاسع عشر عندما لجأت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري¹. إن التشريع وخاصة في فرنسا، باعتبارها مهد فكرة تفويض المرفق العام، دأب على إظهار هذه الطائفة من العقود دون أن يسعى إلى وضع نظام قانوني متكامل وموحد لها، واقتصر على وضع قواعد إجرائية تنظم عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما يعدّ من أهم الصعوبات التي تواجه الباحثين في هذا المجال².

إنّ تغيير الصورة التقليدية المألوفة للمرافق العامة، وذلك بظهور المرافق الاقتصادية، أدّى إلى تعدّد وظائف الدولة وتتوّعها نتيجة انتهاج سياسة التدخل في جميع

* يتفق الفقه على أن اصطلاح تفويض المرفق العام ظهر بداية في الواقع العملي للإدارة، فقد استخدمه المنشور الوزاري في 7 أوت 1987 الخاص بتفويض المرافق العامة المحلية، وقد أشار هذا المنشور إلى رأي صادر عن مجلس الدولة في 7 أكتوبر 1986 بشأن نطاق تطبيق "الإدارة المفوضة" فيما يتعلق بما إذا كان جائزا لسلطة محلية أن تقوض إدارة مرفق عام إداري محلي إلى مشروع خاص، كما أصدر مجلس الدولة أيضا رأي في 7 أبريل 1987 رأى فيه ضرورة تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي على جميع العقود التي يكون موضوعها أن يعهد بإدارة مرفق عام إلى متعاقد.

وبالنسبة للفقه فلم يستخدم مصطلح تفويض المرفق العام إلا نادرا، وأول من استخدمه الأستاذ Jean-François AUBY في كتابه الصغير بعنوان "المرافق العمومية المحلية" عام 1982. للمزيد من التفاصيل راجع: محمد عبد اللطيف تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص ص 16، 17.

- سليمان حاج عزام سليمان، "تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية والتطبيق"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 18 و19 أكتوبر 2016 ص ص 1، 18.

¹- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام : دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014-2015، ص 7.

²- حوادي عصام، تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، اختصاص قانون عام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 15.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

الميادين الاقتصادية والمهنية، ممّ أضحى من أهم نتائج هذه التحوّلات اعتماد أساليب حديثة في إدارة المرافق العامة واستغلالها لضمان المستوى المطلوب من الخدمة العمومية مع تحقيق المردودية، والحدّ من العجز الذي تعرفه بعض المرافق العامة نتيجة التسيير الكلاسيكي لها.

ونظرا لحدائثة مصطلح تفويض المرفق العام وخصوصيته والذي لازالت العديد من جوانبه قيد الدراسة والتنظيم، كأحد أوجه تسيير المرفق العام في ظل التحوّلات الجديدة والذي تبنته غالبية الدول لأسباب أملت فيها ضرورات المصلحة العامة، الأمر الذي يستوجب تحديد مفهوم تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، كما أن تكريس إطار قانوني عام وشامل لعقود تفويض المرفق (المطلب الثاني) يتطلّب دراسة هذا النظام القانوني والإحاطة بجوانبه.

المبحث الأول

تحديد مفهوم تفويض المرفق العام

ارتبط التفويض في القانون الإداري باختصاصات السلطة الإدارية*، إلا أنه انتقل حديثاً إلى مجال إدارة المرافق العامة، فظهرت طائفة من العقود الإدارية يعهد بموجبها لشخص من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص بممارسة الصلاحيات والمهام الضرورية لإدارة واستغلال المرافق العامة¹، وذلك بغرض تمويل المشاريع بما يضمن تخفيف العبء على الخزينة العمومية من جهة، وإشباع الحاجات العامة من جهة أخرى.

وقد أثار ظهور تفويض المرفق العام كأحد أوجه الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص العديد من التساؤلات والتي تركّزت حول مضمون هذه الفكرة ومداهها، كما أن تبني هذه الفكرة القديمة المستجدة له أسبابه، لذا تظهر ضرورة تحديد مدلول تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، وتمييزه عن بعض المفاهيم الأخرى (المطلب الثاني) ومبررات تبني هذه التقنية (المطلب الثالث).

* فَوْض لغة، بمعنى سلّمَ أمراً لشخص ووكله به وجعل له حرية التصرف فيه، وهو لا يختلف عن المعنى الاصطلاحي. راجع في ذلك: المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، لبنان، 2000، ص 114. وتفويض اختصاصات السلطة الإدارية يقصد به أن تعهد هذه السلطة للمؤسسين لها أو المساعدين لها ممارسة بعض اختصاصاتها. للمزيد من التفاصيل راجع: محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 13، 16.

- خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان 2008، ص 13، 23.

¹ - فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010، ص 15.

المطلب الأول

تحديد مدلول تفويض المرفق العام

من أجل الإحاطة بمدلول تفويض المرفق العام وتبسيط مضمونه هناك مجموعة من التعاريف الفقهية والتشريعية (الفرع الأول)، التي تناولت هذا الأسلوب من أساليب تسيير المرفق العام، والذي لا يمكن اعتماده إلا بتوافر جملة من الشروط أو المرتكزات الأساسية له، والتي من دونها لا يمكن الحديث عن تقنية التفويض في إدارة واستغلال المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف تفويض المرفق العام

تعتبر مسألة تعريف تفويض المرفق العام من الأمور الهامة والضرورية لتكوين مفهوم قانوني عنه¹.

وهناك العديد من المحاولات التي تمحورت أساسا حول تعريف تفويض المرفق العام، حيث اهتمّ الفقه بتناول تقنية التفويض وقدم في هذا المنحى عدّة تعريفات (أولا) كما تدخلّ المشرّع أيضا ووضع تعريفا له (ثانيا).

أولا: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام

تعدّدت التعاريف الفقهية التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام والتي نحاول تقديم البعض منها، ونتناول أولا تعريف الفقه الغربي ثم تعريف الفقه العربي.

1. تعريف الفقه الفرنسي

من التعاريف التي أوردها الفقه الفرنسي، تعريف الأستاذ R.Ducos-Ader الذي

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص 41.

عرّف تفويض المرفق العام بأنّه: "عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص، يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام، وهو من ثمّ يأخذ عدّة أشكال هي من صنع الاجتهاد القضائي: الامتياز، الإيجار، مشاطرة الاستغلال، التسيير"¹.

أما الأستاذ "J.M.Auby" فقد عرّف تفويض المرفق العام بأنّه: "العقد الذي يعهد فيه إلى شخص آخر يسمى "صاحب التفويض" تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن أن يتضمن إقامة منشأة عامة، وأن يتحمّل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدّى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محدّدة، وتقيّد صاحب التفويض بالمدة المحدّدة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها"².

وعدّ الفقيه P.Dévolvé فكرة تفويض المرفق العام التي تستوعب عقود الامتياز والالتزام والإدارة غير المباشرة والإدارة الحرة، منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتمّ الاتفاق عليها ومختلفة عن الثمن³.

أيضا الفقيهان O.Rousset و D.Laurent عرّفا هذه التقنية بأنّها: "كعقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجماعة العامة المحلية بنقل لشخص قانوني مستقل إدارة نشاط ذو منفعة عامة محلية يدخل ضمن صلاحياتها ويقع عليها مهمة تحقيقه"⁴.

بدوره الأستاذ R.Chapus رأى في تقنية التفويض ما يلي: "عقود تفويض المرفق

¹ - "La délégation de service public est un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée. Choisi intuitu personae en vue de l'exécution d'un service public, elle peut revêtir des formes diverses qui sont des créations jurisprudentielles: la concession, l'affermage, la régie intéressée, la gérance". Voir : AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, Grands services publics et entreprises nationales, T I et II, PUF, Paris, 1969, p.p. 343,370.

² - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 80.

³ - DELVOLVÉ Pierre, Droit public de l'économie, T. 3, Editions DALLOZ, Paris, 1998, p. 39.

⁴ - LAURENT Dominique, ROUSSET Olivier, "Convention de délégation de service public et loi Sapin : La transparence dans le brouillard", Petites Affiches, Paris, 11 Mars 1994, p.p. 4.

العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة، مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أم استثماري بصورة جزئية أو كلية¹.

كما عرّف J.C.Douence تفويض المرفق العام بأنه: "مجموعة من وسائل التسيير تعهد الجماعة العامة من خلالها تسيير أحد مرافقها إلى هيئة تتمتع بالشخصية القانونية ومنفصلة عنها"².

« L'ensemble des modes de gestion par lesquels une collectivité publique confie la gestion d'un de ses services à un organe doté d'une personnalité juridique distincte de la sienne ».

بالرغم من اتفاق هذه التعاريف التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام، على وجوب وجود عناصر يقوم عليها تفويض المرفق العام والمتمثلة في:

- وجود مرفق عام دون التمييز بين أن يكون استثماريا أو إداريا،
- تنفيذ مباشر للنشاط المرفقي لا مجرد مساهمة أو مشاركة،
- إسناد تحقيق النشاط المرفقي إلى شخص آخر غير الجماعة العامة أو الهيئات العامة مانحة التفويض ودون التمييز بين شخص خاص أو شخص عام.

إلا أنّها لم تتفق على معنى جامع وشامل لتقنية التفويض والذي يمكن من تمييزه عن غيره من المفاهيم الأخرى أو العقود التي تتضمن اشتراك الغير في تنفيذ المرفق العام.

إن هذا الغموض الذي أحاط بفكرة تفويض المرفق العام دفع بعض الفقهاء إلى التشكيك باستقلالية هذه الفكرة وأنها ليست إلا تطبيقا لامتياز المرفق العام، لكن هذا الرأي لاقى معارضة شديدة من غالبية الفقه الفرنسي، هذا الأخير الذي أكد على أنّ فكرة

¹- CHAPUS René, Droit administratif général, T 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001, p.516.

²- RAYMUNDIE Olivier, Gestion déléguée des services publics : en France et en Europe, Editions le moniteur, Paris, 1995, p.15.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

تفويض المرفق العام لا تختصر بامتياز المرفق العام، بل تضم صيغ عقدية أخرى من ضمنها عقد الامتياز*.

* يرى الفقه أن استخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام" كمصطلح دال على طائفة العقود التي يعهد بها تسيير المرفق العام من شخص اعتباري عام لشخص خاص أو عام هو استخدام غير موقَّع لسببين وهما:

- السبب الأول، يتمثل في كون استخدام هذا الاصطلاح من شأنه أن يخلق حالة من الخلط أو الالتباس مع نظام متميز تماما وهو تفويض السلطة الذي يتعلق بالقرارات الإدارية وليس العقود، والذي ينظم كيفية توزيع الاختصاصات بين مختلف الجهات الإدارية لشخص عام واحد.

- أما السبب الثاني، فيتمثل في كون هذا الاصطلاح غير دقيق، لأن التفويض لا يرد على المرفق ذاته وإنما على إدارة المرفق ذاتها، لأنه يتعلق بإدارة المرفق من جانب شخص متميز ومستقل عن الإدارة المسؤولة عن المرفق. وأمام هذا النقد الموجه لاستخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام"، لجأ بعض الفقه إلى اصطلاح آخر هو انتقال المرفق العام "La dévolution de service public"، إلا أن هذا الاصطلاح لقي هو الآخر انتقادات شديدة كما يراها الأستاذ P.Dévolvé في كتابه المنشور بعنوان "تناقضات تفويض المرفق العام"، والتي أثار من خلالها إشكالات استخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام"، فمن ناحية لا يوجد ما يسمى "انتقال" وذلك لاعتبارين وهما:

- الاعتبار الأول: أن الشخص العام حينما يعهد إلى شخص آخر بمهمة استغلال مرفق عام، إنما يمارس بنفسه اختصاصه وفي إطار ممارسته لهذا الاختصاص الذي يستمدّه من القانون، فإنه يقوم بتنظيم المرفق ويعهد بإدارته إلى شخص آخر.

- والاعتبار الثاني: أن الشخص العام لا يفقد اختصاصه في مواجهة المرفق العام الذي تم تفويضه إلى الغير من خلال رقابته الصارمة على تنفيذ التزامات المفوض إليه، بل وأكثر من ذلك، كون الجانب التنظيمي لعقود التفويض يعطي الحق للجهة مانحة التفويض في تعديل شروط تنفيذ المرفق أو حتى نقضه إن اقتضى الأمر.

ومن ناحية أخرى فإن فكرة نقل الاختصاص ذاتها غير صحيحة، لأنه لا يجوز لشخص عام التنازل عن هذا الاختصاص للغير، وهذا الرأي ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى بأنه لا يجوز لأحد المجالس العمومية أن يتخلى تماما عن اختصاصاته في المجال الزراعي لمصلحة شخص خاص، ولا أن يمارس هذه الاختصاصات وفقا لنظام القانون الخاص، وهذا يعني بحسب رأي مجلس الدولة الفرنسي عدم إمكانية تنازل القطاع العام كلية عن صلاحياته لجهة خاصة «Impossibilité des délégations intégrales des conséquences».

وتجدر الإشارة بأن مجلس الدولة الفرنسي استخدم في غالب الأحيان اصطلاح "تفويض المرفق العام"، غير أنه استخدم اصطلاح "تفويض إدارة المرفق العام" وذلك في رأيه الخاص بالنقابة لما بين البلديات للنقل العام لمقاطعة دوي "Douai". للمزيد من التفاصيل راجع: محمد محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 79 وما بعدها.

- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 18-21.

- CE, 15 Juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai, n° 136734, Tables du Recueil p. 1033.

2. تعريف الفقه العربي

بالنسبة للفقه المصري، فإن اصطلاح "التفويض" بالمعنى الذي أوردناه سابقا لم يظهر في مؤلفات القانون الإداري، ومع ذلك فإن الاصطلاح ظهر مؤخرًا في المؤلفات غير القانونية التي اهتمت بدراسة ظاهرة "خصخصة المشروعات العامة"، إذ ينظر إلى التفويض أنه قيام الدولة بتوكيل (تفويض) القطاع الخاص في القيام بالنشاط نيابة عنه¹.

أمّا في المملكة المغربية فإنّ الفقه المغربي انقسم بصدد تعريف اصطلاح التدبير المفوض، الذي ظهر في التشريع المغربي، إلى ثلاثة اتجاهات، حيث ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى المساواة بين تدبير المرفق العام وأسلوب الامتياز، فهم لا يفرّقون بينهما، فتدبير المرفق يجد أصوله في أسلوب الامتياز لكنّه يختلف عن هذا الأخير وإن كان بمثابة الإصلاح الضمني له بخصوصية معينة².

أمّا الاتجاه الثاني فيعتبر التدبير المفوض للمرفق العام أسلوبًا جديدًا في تسيير المرافق العامة فضلًا عن الأساليب الأخرى، حيث ذهب الدكتور أحمد بوعشيق إلى تصنيف التدبير المفوض إلى جانب الخصخصة والامتياز بوصفهما من أساليب وطرق تسيير المرافق العامة³.

أمّا الاتجاه الثالث فتبنّى أصحابه المفهوم الفرنسي لتفويض المرفق العام فعرفوا التدبير المفوض تعريفًا واسعًا بحيث يشمل أساليب إدارة واستغلال المرافق العامة كافة من

= DELACOUR Eric, La notion de convention de délégation de service public : Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1997.

- DELVOLVE Pierre, Les contradictions de la délégation de service public, AJDA, Paris, 1996, p. 678.

- SYMCHOWICZ Nil, "La notion de délégation de service public : Critique des fondements de la jurisprudence « Préfet bouches – du – Rhône », AJDA, 20 mars 1998, p.p. 195, 213.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 28، 29.

² - أبويكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 82.

³ - المرجع نفسه.

جانب المفوض له¹.

ثانيا: التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام

اعتمد مصطلح تفويض المرفق العام في منشور وزاري لوزارة الداخلية الفرنسية في 7 أوت 1987²، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، غير أنه استعمل في لغة المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 92_125 المؤرخ في 5 جانفي 1992، والمتعلق بالإدارة المحلية للجمهورية "LOI Joxe"، وتؤكد هذا المصطلح من خلال القانون رقم 93_122 المؤرخ في 29 جانفي 1993، المتعلق بالوقاية من الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة³، والمعروف بقانون "Sapin"^{*}، كما أقره قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 4 فيفري 1995. وقد طرحت أثناء مرحلة الإعداد

¹ - أوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 82.

² - Circulaire du 7 Août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux : champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JORF du 20 Décembre 1987.

³ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، " عقود تفويض المرفق العام: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 10، العدد 2 2014، ص 243.

* تم التكريس التشريعي لمصطلح "تفويض المرفق العام" من خلال جملة من القوانين المتعلقة بالحياة الاقتصادية وهذه القوانين هي:

- Loi d'orientation n° 92-125, du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république, JORF n° 33, du 8 Février 1992, Modifiée et Complétée.

- Loi n° 94-112, du 09 février 1994, portant diverse disposition en matière d'urbanisme et de construction JORF n° 34, du 10 février 1994.

- Loi n° 94-679 du 08 Aout 1994, portant diverse disposition d'ordre économique et financier, JORF n° 84 du 10 Aout 1994.

- Loi n° 95-101, du 02 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF n° 29, du 03 Février 1995.

- Loin° 95-115, du 04 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire JORF n° 31, du 05 Février 1995.

- Loin°95-127, relative aux marchés publics, JORF n° 34, du 09 Février 1995, Modifiée et Complétée.

ويعتبر قانون "Sapin" أهمها على الإطلاق والمرجعية الأولى لقواعد عقود تفويض المرفق العام، وأخذ هذه التسمية نسبة إلى وزير الاقتصاد آنذاك "Michel SAPIN".

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

لهذا القانون العديد من التعريفات لتقنية تفويض المرفق العام من جانب نواب ووزراء وهيئات، ومن هذه التعاريف ندرج تعريف مقرر الجمعية الوطنية حول مشروع قانون "Sapin"، حيث اعتبر أن: "تفويض المرفق العام يشمل كل الحالات التي يكون فيها تنفيذ المرفق العام معهودا إلى الغير مهما كان النظام الذي يخضع له أو شكل تحقيقه للعائدات"¹.

إلا أن هذه التعريفات لم تصل إلى حد وضع تعريف دقيق لمصطلح تفويض المرفق العام، وهذا ما دفع المشرع الفرنسي مدعوما بآراء واجتهادات المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، من جهة، وأفكار الفقه من جهة أخرى إلى تعريف تقنية التفويض من خلال نص المادة 3 من القانون رقم 1168-2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 والمتعلق بالإجراءات المستعجلة الخاصة بالتعديلات ذات الطابع الاقتصادي والمالي وهو ما يعرف بقانون "MURCEF". وقد نصت المادة 3 منه على ما يلي: "تفويض المرفق العام عقد بموجبه يعهد شخص اعتباري من أشخاص القانون العام تسيير المرفق العام تحت مسؤولية شخص مفوض له من أشخاص القانون العام أو الخاص، بحيث يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، ويمكن أن يعهد للمفوض له ببناء المنشآت أو تملك ممتلكات خاصة بالمرفق العام"².

لقد انتقد البعض أمثال "FRANCK Moderne" و "LUCIEN Rapp" التعريف

¹ - بولكور عبد الغني، تفويض تسيير المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2010، ص 12.

² - «Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service». Art. 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 Décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), JORF n° 288 du 12 Décembre 2001.

التشريعي لتقنية التفويض، لأنه من الخطأ وضع تحديد قانوني لمفهوم مرن ومطاط لأن في ذلك تقييد لدور الاجتهاد في ابتكار قواعد جديدة فيما يتعلق بهذه التقنية¹، وحتى لا يكون ذلك التّحديد القانوني عرضة للانتقادات نتيجة وجود الثغرات والنقائص.

وعلى خلاف التعريف الفرنسي يبدو أن المشرع المغربي قد وُفق إلى حدّ كبير في تعريف "التدبير المفوض"، وذلك بموجب المادة الثانية من القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، حيث جاء فيها، "يعتبر التدبير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" لمدة محددة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه" يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا. يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض"².

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد تبنى تقنية تفويض المرفق العام لأول مرة بموجب القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، وذلك بموجب نص المادة 101 منه حيث جاء فيها: "... يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية..."³.

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية

¹-وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص64.

²- أنظر المادة 2 من ظهير شريف رقم 15.06.1، مؤرخ في 14 فيفري 2006، بتنفيذ القانون رقم 05-54، المرجع السالف الذكر.

³- أنظر المادة 101 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

وتفويضات المرفق العام، خصّ المشرع الجزائري "تفويض المرفق العام" بنظام قانوني موحد ومستقل جاءت أحكامه في الباب الثاني من هذا المرسوم الرئاسي، ونصّت المادة 207 منه على ما يلي: "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.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام، بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام...¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري استعمل مصطلح الاتفاقية بدل مصطلح العقد في كيفية تفويض تسيير المرفق العام، وهذا ما جاء في الفقرة 02 من المادة أعلاه وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي في كل من قانون 6 فيفري 1992 وقانون 29 جانفي 1993 السابق ذكرهما، حيث استخدم اصطلاح "اتفاق تفويض مرفق عام" convention de "délégation de service public" بدلا من استخدام مصطلح "عقد" "contrat" مما يطرح التساؤل حول هذا التمييز هل له دلالة أم لا؟².

يرى بعض الفقهاء أن هذا التمييز إنّما يعود لتأثير عقد الامتياز على عقود تفويض المرفق العام، خاصة وأنه العقد الأكثر انتشارا واستعمالا إذ يرى هؤلاء أن عقد امتياز المرافق العامة ليس عقدا وإنما هو اتفاق له آثار لائحية ولا يمكن وصفه أنه عقد³

¹ - أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 24.

³ - راجع المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة.

لأن العقود يجب أن تقتصر على الاتفاقات المنشئة لمراكز قانونية شخصية¹. والرأي الرَّاجح أنه من المستبعد أن يكون المشرع قد قصد تأييد هذه الفكرة أو أن يخرج تفويض المرفق العام من دائرة العقود، وبالتالي فالقول بأنه هناك اختلاف في المصطلحات أمر لا أساس له من الصحة خاصة وأن المشرع الجزائري فصل في هذه المسألة حيث ذكر مصطلح "... عند نهاية عقد تفويض المرفق العام ..." في المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر²، وهذا ما فعله نظيره الفرنسي من خلال نص المادة 3 من القانون رقم 1168-2001 المتعلق بالإجراءات المستعجلة الخاصة بالتعديلات ذات الطابع الاقتصادي والمالي والذي سبقت الإشارة إليه، حيث أكدت هذه المادة صراحة في تعريفها لتفويض المرفق العام بأنه "عقد" "contrat"، إضافة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أكد أن قانون Sapin (قانون 29 جانفي 1993) لا ينطبق إلا على انتقال إدارة المرفق إلى الغير عن طريق التعاقد³. وبالتالي فمصطلح "اتفاقية" مرادف لمصطلح "عقد" في مجال تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني

شروط قيام تفويض المرفق العام

إن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا بتوافر مجموعة من الشروط، حيث يتعلق الشرط الأول بموضوع التفويض، إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام بمعنى أنه يشترط وجود مرفق عام وقابليته للتفويض (أولا)، أما الشرط الثاني فيوجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين الجهة العامة صاحبة التفويض وبين المفوض له

¹ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص 31.

² - أنظر المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

³ - للمزيد من التفاصيل راجع: محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

أي وجود علاقة تعاقدية (ثانياً)، ويلزم الشرط الثالث أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام (الثالثاً)، وأخيراً يشترط أن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال (رابعاً).

أولاً: وجود مرفق عام وقابليته للتفويض

حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقاً عاماً¹، فإذا كان موضوع العقد لا ينصب على مرفق عام لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام²، غير أن مفهوم المرفق العام* لحقه الكثير من التطور فلم يعد قاصراً على مجالات الأنشطة التقليدية، بل أصبح يتعداه إلى أنشطة أخرى كانت لا تدخل ضمن

1- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 84.

2- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 442.

*يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم غموضاً وتطوراً في القانون الإداري، ولا يوجد تعريف تشريعي أو اجتهادي للمرفق العام باعتبار فكرة المرفق العام فكرة مطاطة تختلف وتتغير بتغير الزمان والمكان وتتأثر بالأفكار السائدة في المجتمع. للمزيد من التفاصيل راجع: بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، جسر للنشر والتوزيع الجزائر، 2007، ص 306 وما بعدها.

- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري: التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص 204 وما بعدها.

- حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول: نظرية المرافق العامة، د م ج، الجزائر، 1984.

- حمدي قبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول: ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري، ط 2، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 270 وما بعدها.

- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 263 وما بعدها.

- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 179 وما بعدها.

- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري: تنظيم الإدارة - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، د. س. ن، ص 167 وما بعدها.

- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 0996، ص 309 وما بعدها.

مفهوم المرفق العام، هذا التطور ساهم بشكل كبير في اللجوء إلى تفويض تلك المجالات الجديدة المعقدة، لذا فإنه يلزم ابتداء تحديد ما إذا كان النشاط الذي يتم تفويضه يشكل مرفقا عاما، ويجب أن يكون المرفق قابلا للتفويض.

1. وجود مرفق عام

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا إذا انصبّ التفويض على مرفق عام، أي أن يكون النشاط موضوع التفويض هو مرفق عام، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية SMITOM¹.

ويعرّف المرفق العام، اعتمادا على المعيارين العضوي والموضوعي، بأنه كل مشروع تتولاه الهيئات العامة مباشرة أو تعهد به إلى آخرين ولكن تحت إشرافها لإشباع حاجات عامة تقتضيها المصلحة العامة².

إن إضفاء صفة المرفق العام على نشاط ما ليس بالأمر السهل، فإذا كانت بعض النشاطات لا تثير إشكالا في هذا الخصوص كمرفق الدفاع والأمن والقضاء... إلخ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للبعض الآخر من النشاطات، لذلك فإنه وخارج التحديد التشريعي لصفة أو طبيعة المرفق والذي يوفر الجهد ويزيل صعوبة البحث عن معيار لتحديد طبيعة النشاط الذي يمارسه المشروع، يذهب غالبية الفقه والقضاء إلى أن العبرة في تحديد المرفق العام يكون بالرجوع إلى نية السلطة العامة، ويستعين القضاء للتعرف على هذه النية بالاستناد إلى القرائن المختلفة والظروف المحيطة بإنشاء المرفق والقواعد المتعلقة بتنظيمه وسيره وتتفاوت أحكام القضاء الإداري الفرنسي في تقدير هذه القرائن

¹ - CE, 30 Juin 1999, Syndicat mixte du ménagères centre ouest Seine – et – Marnais (SMITOM), n° 198147 AJDA, 1999, p. 714.

² - MORAND – DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, 14^{ème} édition, LGDJ, 2015, Paris, p.485.

والظروف المختلفة وأهمها¹:

- خضوع المشروع لهيئة السلطة العليا،
- استخدام المرفق لأساليب القانون العام كالتمتع بامتيازات السلطة العامة كفرض رسم معين،
- استهداف النفع العامة،
- تحمل بعض الأعباء الاستثنائية.

وقد استطاع القضاء الفرنسي عن طريق استخلاص نية السلطة العامة إضفاء صفة المرفق العام على عدد من النشاطات كانت محل الجدل، ومن هذه التطبيقات نذكر استغلال شبكة الكابلات، إذ رأى مجلس الدولة الفرنسي أن استغلالها يشكل مرفقا عاما إذا كان المتعاقد الذي عهد إليه بهذا الاستغلال يتمتع بعدم المنافسة على الأقاليم التي تغطيه الشبكة وإذا كان للأفراد المقيمين فيه حق المساواة في الحصول على الخدمة، وأن تعهد هذه العقود إلى المتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق وتعد من ثم عقود تفويض مرفق عام².

كما أقرّ مجلس الدولة الفرنسي أيضا في رأي بتاريخ 28 سبتمبر 1995، أن امتيازات الطاقة الهيدروليكية "concession d'énergie hydraulique" تعهد دائما للملتزم بإدارة مرفق عام، واستند المجلس في هذا الرأي إلى عدّة اعتبارات منها تعلق النشاط بالمصلحة العامة، كذلك ارتباط الاشغال التي يجب تنفيذها بهذا الهدف ... إلخ، كما يعهد القانون أيضا للملتزم بعدد من الامتيازات فيما يخص مدة تنفيذ الأشغال، وفيما يخص أيضا إمكانية مساهمة الدولة في إنشاء المرفق مع عودة المنشآت في الأخير للدولة مانحة الامتياز وكل هذه العناصر اعتبرها مجلس الدولة في رأيه هذا أنها تشكل نظاما قانونيا

¹ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 85، 86.

² - CE, 25 Juillet 1995, Section de l'intérieur, n° 357781 (Article 34 de la loi du 30 Septembre 1986) www.csa.fr/Juridical-ar.

لمرفق عام¹.

يتبين مما سبق ذكره صعوبة تحديد وجود مرفق عام بناء على معايير ثابتة ومحددة مسبقاً، إذ توجد حالات لا تتوافر فيها فكرة المرفق العام* بناء على اعتبارات وقرائن متعددة، كغياب المصلحة العامة، وعدم الارتباط بين الشخص العام والشخص الخاص والتي يصعب حصرها بشكل دقيق.

¹- CE, 28 Septembre 1995, Assemblée générale, Section des travaux publics, n° 357262 et 357263 www.conseil-etat.fr.

* اشترط قانون "Sapin" السالف ذكره مجموعة من الشروط لتكييف عقد على أنه من عقود تفويض المرفق العام، ولهذا توجد بعض الحالات لا تتوفر فيها فكرة المرفق العام، وأهم هذه الحالات:

- إدارة الدومين الخاص للدولة: إذ يعتبر العقد الرامي لإدارة الدومين الخاص للدولة ليس من عقود تفويض المرفق العام إذ اعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا العمل من أعمال القانون الخاص، وتطبيقاً لذلك فقد قرر مجلس الدولة أن قرارات المجلس البلدي المتعلقة بإدارة الدومين الخاص هي من أعمال القانون الخاص التي تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري، والعبرة في ذلك بموضوع النزاع وليس بالقرار الصادر عن الجهة الإدارية.

- كذلك إذا كان موضوع العقد هو الانتفاع بالمال العام فإنه لا يعتبر من عقود تفويض المرفق العام، إلا أن التفرقة بين الانتفاع بالمال العام وعقد تفويض المرفق العام ليست بالأمر البسيط، فمثلاً إدارة العقارات التي لا تتعلق بمرفق عام طالما أنها لا تتجاوز مجرد الارتباطات المالية، فإن هذا النشاط لا يمثل عقداً من عقود تفويض المرفق العام، في الوقت الذي يعتبر عقد امتياز ركن ووقوف السيارات الممنوع للخواص "concession de parcs de stationnement" يمثل في آن واحد عقد امتياز مرفق عام والتزام بشغل مال عام.

- وبالنسبة للحالة الثالثة وهي إيجار الحكر الإداري "le bail emphytéotique administratif"، والذي تأسس بقانون 88-13 المؤرخ في 5 جانفي 1988، والمتعلق بتحسين اللامركزية والمسمى قانون "LAD" والموجه بالقانون العام للجماعات المحلية، والذي يقصد به أن يعهد للمستأجر القيام بإنشاءات عامة يقوم بإعادة تأجيرها إلى الشخص العام دونما أن يكون له دور في تسيير هذا المرفق، فهو بذلك غير مكلف بمهمة تتعلق بالمرفق العام ومن ثم لا يعدّ من عقود تفويض المرفق العام. غير أنه إذا عهد إلى المستأجر بعملية تتعلق بالمصلحة العامة فإنه يعتبر من عقود تفويض المرفق العام. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن إيجار الحكر الإداري لا يشكل بذاته لا عقد أشغال عامة، ولا على الأقل، عقد تفويض مرفق عام. في حالة قيام المستأجر بمهمة محدودة وبالتالي فإنه لا يخضع لإجراءات العلانية والمنافسة، المنصوص عليها في المادة 38 من قانون "Sapin"، ولا تطبق هذه النصوص إلا إذا كان الإيجار مقترناً بمهمة حقيقية بتفويض المرفق العام. راجع في ذلك: محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق ص ص 35، 37. وكذلك: حوادق عصام، المرجع السابق، ص ص 42، 43.

2. قابلية المرفق العام للتفويض

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

إنّ هذا العنصر ليس معياراً لتمييز المرفق العام، فالعقد الذي يفوض مرفقاً عاماً غير قابل للتفويض يكون عقداً غير مشروع، لكنه مع ذلك يبقى عقداً من عقود تفويض المرفق العام ولكن بآثار غير شرعية "Un contrat illégal"¹، بمعنى أنّ قابلية المرفق العام للتفويض هي شرط لصحة التفويض لكنّها ليست معياراً له².

وبالرجوع إلى المرافق العامة، نجد مرافق عامة قابلة للتفويض، ومرافق عامة غير قابلة للتفويض أي مستثناة من ذلك.

أ- المرافق العامة القابلة للتفويض

يقصد بالمرافق العامة القابلة للتفويض، جميع المرافق العامة الاقتصادية والمالية أو ما يعرف بالمرافق الاستثمارية 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 والمطارات كذلك مرافق النقل والسياحة... إلخ. وفيما يتعلق بالمرافق الإدارية فإنه لا يوجد ما يمنع تفويض هذا النوع من المرافق، فقانون "Sapin" السالف الذكر مثلاً، لم يتضمن نصاً يستبعد المرافق ذات الطبيعة الإدارية من

¹ - AUBY Jean-Bernard, "Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public" Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, organisé par l'Institut Français des Sciences Administratives, Editions SIREY, Paris, 1997, p. 5.

² - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 44.

دائرة التفويض، وما أكد على ذلك الأعمال التحضيرية لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 1995، بحيث أجاب أحد الوزراء عن سؤال بهذا الخصوص بالقول بأنه لا توجد إشارة مضادة في القانون لمبدأ جواز تفويض المرافق العامة الإدارية حتى ولو كان تفويض المرافق العامة الصناعية والتجارية هو الأكثر شيوعاً، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجّه مع اشتراط أن لا يكون هذا المرفق من المرافق غير القابلة للتفويض سواء بطبيعتها أو بإرادة المشرع¹، كما سنبين ذلك.

ب- المرافق العامة غير القابلة للتفويض

نميّز بين نوعين من المرافق العامة، فهناك مرافق عامة غير قابلة للتفويض بطبيعتها، ومرافق عامة غير قابلة للتفويض بإرادة المشرع.

ب-1- المرافق العامة غير القابلة للتفويض بطبيعتها

ويتعلّق الأمر بالمرافق السيادية كما تسمى في فرنسا المرافق الدستورية "Les services publics constitutionnels"، هذا المفهوم الذي برز بشكله الاصطلاحي لأول مرة من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 207 لسنة 1986 الذي عدّ هذه المرافق هي التي "تستمد وجودها وقيمتها من المبادئ والقواعد الدستورية"². والمرافق العامة الدستورية* هي المرافق العامة ذات الطابع القومي الشامل التي تقوم بسد الحاجات الضرورية والعامة بشكل مستمر، وهي أيضاً المرافق العامة التي ترتبط ارتباطاً

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 41، 42.

² - C.C, DC n° : 86-207, du 26 Juin 1986, (Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social), www.conseil-constitutionnel.fr.

* للمرفق العام الدستوري مميزات وهي: أنه مرفق لا يقوم على فكرة الاستثمار كأحد العناصر الضرورية لقيام التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام، ولا يستهدف تحقيق أرباح، كما أنه يرتبط بنشاطات لا يمكن للمبادرة الفردية أن تتولاها نظراً لكونها المعبرة عن وجود الدولة. للمزيد من التفاصيل راجع: وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 242.

- DE BELLESCIZE Ramu, les services publics constitutionnels, LGDJ, n° 244, Paris, 2005.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

عضويا بكيان الدولة وبشخصيتها القانونية، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 380 لعام 1996¹ أنّ مفهوم المرفق العام الدستوري أضيق من مفهوم المرفق العام الوطني، لذلك فمرفق الاتصالات هو مرفق عام وطني ولكنه ليس مرفقا عاما دستوريا².

ويتم التفرقة بين مستويين من المرافق العامة غير القابلة للتفويض بطبيعتها فالمستوى الأول تمثله المرافق السيادية، والمستوى الثاني تمثله المرافق غير السيادية. فالمرافق السيادية هي تلك المرافق التي تتعلق بالوظائف المرتبطة بسيادة الدولة مثل الدفاع والقضاء والشرطة والتمثيل الدبلوماسي والضرائب، هذه القطاعات تعتبر أوضح تطبيق لامتيازات السلطة العامة، فمرفق القضاء يعدّ من المرافق العامة الدستورية السيادية في الدولة والذي نصت عليه معظم دساتير الدول وضمنت استقلاليتها عن باقي سلطات الدولة وأجهزتها. فمرفق القضاء هو من صميم اختصاص السلطة العامة، نظرا لارتباطه العضوي بشخصية الدولة القانونية. لذا فالقاعدة العامة* تقضي بعدم إمكانية تفويض إدارة واستغلال المرافق العامة الدستورية السيادية.

¹ - C.C, DC n° 96-380, du 23 Juillet 1996, (Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom) www.conseil-constitutionnel.fr.

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

* إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن المرافق العامة الدستورية السيادية لا يمكن تفويض إدارتها للغير فإن الاتجاهات الحديثة للفقهاء والقضاء تقضي بأنه يمكن تفويض بعض النشاطات المنفصلة عن مرافق عامة سيادية إنما بشرط بقاء الجماعة العامة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن عملية التفويض. فمرفق السجون مثلا وفقا للنظرة الحديثة لا يمكن إلحاقه بالشرطة وأنه يجب التمييز بين العقوبة وهي وظيفة ترتبط بسيادة الدولة ولا يجوز التفويض فيها، وبين تنفيذ العقوبة وهي وظيفة لا ترتبط بسيادة الدولة ويجوز التفويض فيها. فقانون 12 جوان 1987 الفرنسي أجاز تفويض إدارة السجون إلى أشخاص القانون العام أو الخاص فيما عدا وظائف القيادة والرقابة والإدارة، وذلك وفقا لنظام التصريح.

راجع في ذلك: محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 45، 48.

أما المرافق العامة الدستورية غير السيادية، والتي تعرف أيضا بالمرافق الخدماتية وهي تلك المرافق المرتبطة مباشرة بالمواطنين، تعتبر المجال المختار لتفويض المرفق العام كقاعدة عامة، ولكن الاجتهاد القضائي رأى بأن البعض منها غي قابلة للتفويض بطبيعتها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 16 جوان 1994¹، أنه لا يجوز للمؤسسات العلاجية أن تعهد إلى مشروعات خاصة مهمة القيام بإيواء المرضى L'hébergement hospitalier الذين تتطلب حالتهم الحجز بالمستشفى ويستند هذا الرأي إلى أن الإقامة بالمستشفى تشكل أحد العناصر الأساسية غير القابلة للانفصال عن مهمة المرفق العام الذي تقوم به المؤسسات العلاجية، وبالتالي لا يجوز تفويضها وعلى العكس من ذلك فإن مجلس الدولة رأى إمكانية تفويض مرفق إقامة وإيواء الأشخاص المرافقين للمرضى².

كذلك من تطبيقات هذه الصورة من صور عدم قابلية المرافق الخدماتية للتفويض، التعليمية الصادرة عن وزير التعليم الفرنسي التي تأمر الجماعات المحلية بعدم جواز أن يعهد لأشخاص القانون الخاص بإدارة المطاعم المدرسية وكذلك بعدم التخلي لهم عن مهام تابعة لمرفق التعليم العام وخصوصا مراقبة التلاميذ³.

ب-2-المرافق العامة غير القابلة للتفويض بإرادة المشرع

قد يرجع عدم جواز التفويض إلى إرادة المشرع، ولهذا الأخير الفضل الأكبر في تحديد مجال تطبيق قوانين تفويض المرفق العام وبالأخص القانون الفرنسي قانون "Sapin" السالف ذكره⁴، والذي استطاع أن يستثني الكثير من القطاعات والمرافق

¹ - C.E, 16 Juin 1996, Assemblée générale, Section Sociale, n° 356101, www.conseil-etat.fr.

² - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 52.

³ - المرجع نفسه، ص ص 52، 53.

⁴ - Voir arts. n° 38 et 40 de la loi n° 93-122, du 29 janvier 1993, Op.cit.

التي لا يراها المشرع مناسبة لأن يكون محلا للتفويض، بسبب أنها تمثل صميم صلاحيات الإدارة العامة وتمارس امتيازات لا يمكن أن تكون إلا ملكا للدولة بنص القانون¹.

وقد رأى الاجتهاد القضائي في فرنسا، مثلا، أنه لا يمكن للسلطات المحلية أن تفوض تنظيم الحالة المدنية أو مكاتب الإحصاء والانتخابات أو حتى مسح الأراضي إلى مؤسسات خاصة، لأن هذه النشاطات من صميم اختصاصات الجماعات المحلية دون غيرها من الهيئات².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 لم يحدد نطاق تطبيق تفويض المرفق العام، فمهما كانت طبيعة المرفق العام إداري أو صناعي فهو قابل للتفويض، لكنّه وضع شرط واقف وهو عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 207 من المرسوم الرئاسي أعلاه³، وهذا لا يعني أن القوانين الأخرى لم تتولى هذه المسألة فقانون البلدية رقم 11-10 نص في المادة 149 منه على المرافق التي من الممكن تفويضها وذلك عن طريق أسلوب الامتياز كما جاء في نص المادة 155 من ذات القانون. كما أن قانون الولاية رقم 12-07 نص في المادة 149 منه على إمكانية إدارة واستغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 141 من القانون نفسه، عن طريق أسلوب الامتياز⁴، والذي يعدّ أحد أشكال

¹ - حوادق عصام، المرجع السابق، ص ص 53، 54.

² - المرجع نفسه، ص 54.

³ - أنظر المادة 01/207، المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادتان 149 و155 من القانون رقم 11-10، والمادتان 141، 149 من القانون رقم 12-07، المرجعان السالف ذكرهما.

تفويض المرفق العام وفقا لما جاء في نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر.

ثانيا: وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له

إن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا من خلال علاقة تعاقدية بين السلطة العامة مانحة التفويض، والشخص العام أو الخاص الممنوح له التفويض. وللإحاطة بهذا الشرط نتناول أولا أطراف هذا العقد، ثم نفصل في مسألة السمة العقدية لهذه التقنية.

1- أطراف عقد تفويض المرفق العام

يبرم عقد تفويض المرفق العام بين جهتين وهما: السلطة مانحة التفويض والشخص المفوض له والذي يتولى إدارة واستغلال المرفق العام موضوع عقد التفويض.

أ- السلطة مانحة التفويض

تتمثل السلطة مانحة التفويض في الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية، ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي.

أ-1- الدولة

تمارس الدولة جميع الأنشطة التي تتوافق مع وظائفها الأساسية ولها سلطة على كامل إقليم الجمهورية، وهذا ما يخولها صلاحية تفويض المؤسسات الوطنية أو المرافق العامة ذات الطابع الوطني باستثناء المرافق غير القابلة للتفويض¹ كما سبق وأن بينا ذلك. ففي حالة إبرام اتفاقية باسم الدولة فإن السلطة المختصة بالإبرام تكون الوزارة الوصية عن القطاع مثل مجال النقل البحري فإن اتفاقية التفويض تكون مبرمة من طرف الوزير المكلف بالنقل البحري وصاحب الامتياز، نفس الأمر في مجال الطيران أين الدولة

¹- بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 22.

كانت ممثلة بالوزير المكلف بالطيران، وتتم المصادقة على هذه الاتفاقية بموجب مرسوم من طرف مجلس الحكومة¹.

أ-2- الجماعات المحلية

بإمكان الولاية والبلدية اللجوء إلى إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، فالمشرع لم يجعل هذه المسألة إلزامية بالنسبة للبلدية والولاية فالأمر اختياري يخضع للسلطة التقديرية لهما، وهذا ما يستخلص من أحكام المادتين 155 من قانون البلدية و149 من قانون الولاية السابق ذكرهما، فعبارة "يمكن" تفيد الاختيار وليس الإلزام².

أ-3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA

هي تلك المؤسسات التي أضفى عليها المشرع الصبغة الإدارية، وهي أكثر المؤسسات العمومية استعمالا إذ تمثل 90% من مجموع المؤسسات العمومية³، وهذه المؤسسات تتكفل ببعض المرافق العامة وبإمكانها تفويضها إلى جهات أخرى كالجمعيات أو الشركات ذات الطابع الصناعي والتجاري⁴.

ومن أمثلة المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري المدارس، الجامعات، المعاهد، الديوان الوطني للخدمات الجامعية... إلخ.

¹- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public : au profit de personnes privées, Edition BELKEISE Alger, 2012, p. 78.

²- نصت المادة 155 من قانون البلدية 10-11 السالف الذكر على ما يلي: "يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول...".

كما نصت المادة 149 من قانون الولاية رقم 07-12 على أنه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به...".

³- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 83.

⁴- بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 22.

أ-4- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي EPE

المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام، وفي الكثير من الأحيان تأخذ هذه المؤسسات صيغة المفوض له، وفي أحيان أخرى تكون كجهة مفوضة تقوم بتفويض الخدمة العامة إلى مؤسسات أو أشخاص خاضعة للقانون الخاص وكمثال على ذلك مرفق الكهرباء والغاز ومرفق المياه¹.

ب- المفوض له

يعتبر المفوض له أو صاحب التفويض الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، وهو الذي يعهد إليه إدارة واستغلال المرفق العام موضوع عقد التفويض. وقد يكون صاحب التفويض شخصا طبيعيا أو معنويا أو من الأشخاص العامة أو الخاصة كذلك الشركات التجارية وشركات الاقتصاد المختلط والجمعيات².

ب-1- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي مؤسسات تخضع لنظام قانوني مختلط، إذ تخضع لأحكام القانون العام ويختص بذلك القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإغائها واستخدامها لأساليب القانون العام، في حين تخضع لأحكام القانون الخاص فيما يتعلق بنشاطها³، ويمكن أن تكون

¹ - بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 22.

² - LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULAIT, Hélène, Droit des services publics, 3^{eme} édition, ARMAND Colin, Paris, 2004, p. 247.

³ - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر

د س ن، ص 34.

هذه المؤسسات مفوض له تقوم بإدارة واستغلال مرافق عام بحيث تنشأ لهذا الغرض.

ب-2- شركات الاقتصاد المختلط

تتكوّن شركات الاقتصاد المختلط من رأسمال مشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص، أي أنها مملوكة للدولة بمشاركة ومساهمة الخواص، وتعتبر المشاركة بين هذين القطاعين المعيار الفاصل المميز لها عن بقية الشركات الأخرى¹. وأصبحت شركات الاقتصاد المختلط في الكثير من الأحيان تستعمل كأسلوب من أساليب تفويض المرافق العام من أجل اجتناب الطرق الكلاسيكية في تسيير المرافق العامة.

وتشكّل شركات الاقتصاد المختلط المحلية في فرنسا جزءا من القطاع العام لأن الأشخاص العامة المحلية لها بالضرورة أغلبية رأس المال فيها، أما شركات الاقتصاد المختلط التابعة للدولة فإنها ليست بالضرورة مشروعات عامة، لأن الدولة ليست دائما صاحبة الأغلبية فيها. ونتساءل إذا، مادام الشخص العام مساهم رئيسي في هذه الشركات فما الجدوى إذا من تفويض المرافق إلى هذه الشركات؟. فالسلطة المفوضة تنشئ الشخص المفوض له مسبقا².

ب-3- الشركات التجارية

وهي بمختلف أنواعها سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال والتي تتميز عن المؤسسات التجارية والصناعية العامة في كون الأولى تعود ملكيتها للخواص بينما الثانية تنشئها الدولة أو الجماعات المحلية، ويمكن أن يعهد إلى الشركات التجارية إدارة

¹ بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 24. للمزيد من التفاصيل حول موضوع شركات الاقتصاد المختلط راجع: خيدر ريم، الشراكة في ظل اقتصاد السوق، مذكرة بحث مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون التنظيم الاقتصادي، جامعة الإخوة منتوري، 2015.

² محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرافق العام، المرجع السابق، ص ص 11، 12.

واستغلال المرافق العامة¹.

ب-4- الجمعيات

إن الجمعيات لا تسعى إلى تحقيق الربح، غير أنّ ذلك لا يعني إبعادها عن النشاط الاقتصادي ويجوز لها ممارسة هذا الأخير، وفي هذا الشأن قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له صادر في 25 جويلية 1984 بأن: "المبدأ الدستوري بشأن حرية الجمعيات لا يمنعها من أن تحصل على الإيرادات الضرورية لتحقيق أهدافها، والتي ليست اقتسام الربح بين أعضائها، بواسطة ممارسة أنشطة ربحية"². وهكذا دخلت الجمعيات عالم المشروعات، وتوجد العديد من الجمعيات في فرنسا تتولى إدارة مرافق عامة، غير أن هذه الجمعيات تنشئها غالبا السلطة العامة (الشخص العام) للقيام بمهمة محددة، لذلك نتساءل، في هذه الحالة أيضا، عن جدوى تفويض المرفق العام إليها، ومدى احترام القواعد الخاصة بالعلانية والمنافسة³؟

2- السمة العقدية لتفويض المرفق العام

طبقا لقانون "Sapin" السابق الذكر، فإن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا من خلال علاقة تعاقدية بين الشخص العام (السلطة المفوضة)، والجهة المفوض لها (شخص عام أو خاص)، لذا فالأسلوب الأحادي الذي يعرف بالترخيص لا يدخل في مفهوم تفويض المرفق العام، وأكد هذا التوجّه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته، ففي قراره الصادر في 9 مارس 1995 (عقد تفويض المرفق العام للمسافرين بمقاطعة جزيرة فرنسا ile de France)، أكد أن أحكام المادتين 38 و40 من قانون

¹ - بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 23.

² - C.C, DC n°84-176, du 25 Juillet 1984, (Loi modifiant la loi du 29 Juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation), www.conseil-constitutionnel.fr.

³ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 109، 110.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

"Sapin" لا تطبق إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض موضوع عقد، واستبعد التفويض الناجم عن قرار أحادي الجانب من طرف الجهة المسؤولة عن تنظيم المرفق¹. إن شرط السمة العقدية وبالرغم من وضوحه إلا أنه أثار صعوبة في التحقيق من توفّره، كالحالات التي يتطلّب فيها عقد الاتفاقات الحصول على ترخيص مسبق من الهيئة مانحة التفويض، وهذا ما حصل في الاتفاقات التي تبرمها المقاطعات بشأن تركيب واستغلال شبكات الكابل، بحيث كيّف مجلس الدولة الفرنسي هذه الاتفاقات بأنها من عقود تفويض المرفق العام مؤسساً حكمه هذا استناداً إلى نص المادة 34 من قانون 30 سبتمبر 1986 المتعلق بحرية الاتصالات التي وضعت نظاماً مزدوجاً يميز بين إقامة شبكة الكابلات من جهة واستغلالها من جهة أخرى، وأن يتم الاستغلال من خلال اتفاق بين المقاطعات وبين المستغل بواسطة دفتر شروط يحدّد حقوق والتزامات الأطراف، ومنه تعتبر هذه الاتفاقيات من عقود تفويض المرفق العام، ولكن هذا الرأي لمجلس الدولة الفرنسي تعرض للانتقادات من جانب الفقه، لأن قانون حرية الاتصالات لا يجيز استغلال شبكة الكابل والجهة المختصة بالتصريح هي المجلس الأعلى للاتصالات المسموعة والمرئية بناء على اقتراح من المقاطعات².

وتتمثّل مجمل الانتقادات الموجهة من قبل الفقه فيما يلي³:

- إن قانون "Sapin" لا يطبق إلا على التفويض التعاقدى للمرفق العام، وليس على الحالات التي تتطلب الحصول على ترخيص يصدر بقرار انفرادي للإدارة،
- إن المقاطعات ليس لها الحق قانوناً في استغلال شبكات الكابل بنفسها، فكيف لها أن

¹- C.E, 9 Mars 1995, Assemblée générale, Section des travaux publics, n° 356931, www.conseil-etat.fr.

²- حوادق عصام، المرجع السابق، ص ص 31، 32.

³- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 27، 28.

تفويض اختصاصا لا تملكه؟

- إن تكييف مجلس الدولة الفرنسي يثير مشكلة تتعلق بتحديد العلاقة بين التصريح والاتفاق بشأن استغلال شبكة الكابل، وقد انتهى رأي مجلس الدولة إلى أن هذه الأعمال مستقلة، وبالتالي يمكن أن يظل أحدهما قائما بالرغم من اختفاء الآخر، فإذا ما تقرر فسخ الاتفاق يبقى التصريح قائما، كما أنه في حالة إلغاء التصريح من جانب المجلس الأعلى فإن الاتفاق يبقى، وكان من الممكن تجنب هذه النتائج لو أن رأي مجلس الدولة كان مخالفا لما أقرّه.

وحسب رأينا فإنه مادام المشرع أقرّ بأن عقود تفويض المرفق العام تكون بموجب اتفاقية، وهذا ما نصّ عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بموجب نص المادة 02/207 منه، فلا اجتهاد مع صراحة النص، فيجب أن يرتبط المشروع الخاص برابطة عقدية مع الشخص العام بشأن إدارة واستغلال مرفق عام لتكييف العلاقة بأنها عقد تفويض مرفق عام.

ثالثا: استغلال المرفق العام

لا يكفي لقيام تفويض المرفق العام أن يوجد مرفق عام قابل للتفويض، وأن تكون العلاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له، بل يلزم أن يكون موضوع العقد هو استغلال مرفق عام وإدارته، فلا يقتصر بذلك دور المفوض له على المساهمة في تسيير المرفق العام*، مثل عقود التوريد والأشغال، واستغلال المرفق لا يعد بذلك شرطا لصحة التفويض وإنما هو معيار لتمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

* لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في مرات عديدة على ضرورة التمييز بين الإدارة الفعلية للمرفق العام وبين المساهمة والتعاون في مهمة مرفق عام، حيث أقرّ أنه إذا كانت الجمعية تتعاون في مهمة مرفق عام فإنها لا تكون مكلفة بإدارة مرفق عام. وقد ذهب الاجتهاد القضائي في هذا المنحى، ففي حكم لمحكمة الاستئناف الإدارية بمدينة "Lyon" في 22

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

إنّ المفوض له في عقد تفويض المرفق العام يتولّى تشغيل المرفق العام واستغلاله متحملاً المخاطر المترتبة على ذلك بصورة كلية أو جزئية، إذ يتحمل المفوض له الجزء الأكبر من هذه المخاطر كما في عقدي الامتياز والإيجار، في حين تقل نسبة المخاطر التي يتحملها في عقود أخرى كعقد التسيير¹.

ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام مجموعة من النتائج أهمها²:

- يقتضي أن تعطي اتفاقية تفويض المرفق العام صاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام،
- يجب على صاحب التفويض استخدام الأجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالأشغال، ويترتب على ذلك قيام علاقة تعاقدية تخضع لقواعد القانون الخاص،
- كما يترتب على إدارة واستغلال المرفق العام قيام علاقة تعاقدية بين المفوض له والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى*، وتخضع أيضا لقواعد القانون الخاص،

= ماي 1997 ألغت المحكمة مداولة المجلس العام لمقاطعة "Saône-et-Loire" التي أقرت في 01 جوان 1995 جواز قيام رئيس المجلس بعقد اتفاقية من اتفاقيات تفويض المرفق العام مع أحد أشخاص القانون الخاص يكون موضوعها إذابة الثلوج على الطرق التابعة للمقاطعة وذلك لأن صيانة هذه الإنشاءات العامة لا يمثل استغلالا من شأنه منح المتعاقدين مع المقاطعة مقابلا يتوقف على نتائج هذا الاستغلال، وأن هذه العقود تؤدي إلى مساهمة هذه المشروعات في تنفيذ أشغال عامة، وبالتالي فإن المحكمة خلصت إلى أن صيانة الطرق تمثل عقود أشغال عامة وتكون موضوعا لصفقات عمومية وليس عقود تفويض مرفق عام. منقول عن: حوادق عصام، المرجع السابق، ص 57.

¹ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 448.

² - لشلق رزيقة، المرجع السابق، ص 32.

* المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام يكون في علاقة مباشرة مع مستخدمي المرفق وهو ما يجعل الأداء يحقق مصلحة المنتفعين من المرفق العام مباشرة وليست المصلحة المباشرة للسلطة المفوضة فالأفراد هم المستفيدين من مرفق

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

- يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد،
- يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن تنفيذ المرفق العام.

رابعاً: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض له إدارة واستغلال المرفق العام محل التفويض، وإنما يجب أن يتحقق معه 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، ولا سيما عقد الأشغال العامة، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل ثمن محدد والذي يتم تحديده في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة¹، وهذا خلافاً لعقود تفويض المرفق العام الذي يكون المقابل المالي فيها له علاقة بنتيجة الاستغلال وله علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق العام، كما يقول الأستاذ C.Boiteau: "ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصّل عليه باستغلال المرفق لا غير" في أغلب الأحيان هي إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة².

وتعود فكرة ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال في عقود تفويض المرفق العام إلى الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بعقود الامتياز والعقود المشابهة له، والذي كان يربط في بداية الأمر بين حصول المتعاقد على التعريف

= المياه أو الغاز ويرى الأستاذ "D'Laurent" أنّ وجود مثل هذه العلاقة المباشرة بين المفوض له ومستخدمي المرفق تجعل العلاقة أقوى داخل المرفق المحلي بينهما. راجع في ذلك: حوادق عصام، المرجع السابق، ص 58.

¹ - أبويكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 95.

² - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 137.

وبين وجود عقد امتياز مرفق عام، ففي حكمه الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1963¹ أقرّ بأن المقابل المالي في الامتياز لا تؤمّنه الإدارة المتعاقدة وإلا لن نكون بصدد امتياز مرفق عام²، إلا أن هذا التصوّر لم يدم طويلا بفعل تطور طرق تسيير المرفق العام واستغلاله، حيث ذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى القول بأنّ المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال هي عملية واسعة، ويمكن للمفوض له الحصول عليه من الإدارة المفوضة³. وقد يأتي المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من مصدر آخر غير المنتفعين أو الإدارة مانحة التفويض، كحالة استغلال المتعاقد للمرفق مقابل حقه في الحصول على العائدات التي تأتي من الإعلانات المترتبة عن استغلال هذا المرفق⁴. لأنّ التطور الذي عرفه المرفق العام أضفى صفاً جديدة للمستفيدين من خدمة المرفق العام وهي صفة "زبون"، ولهذا فالمرافق الحالية تسعى لإشباع خدمات الزبائن مما ينتج عنه تغيير في مفهوم الخدمة الكلاسيكي، فالخدمة أصبحت منتجة ومشخصة، وحسب هذا المنطق الجديد وجب المرافق العامة استعمال تقنيات السوق كالإشهار والتسويق فأصبحت إيرادات الإعلانات واللوحات الإشهارية تشكل جزءاً جوهرياً في المقابل المالي للمشروع⁵. إن اشتراط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال لا يعني أن يرتبط بشكل كلي بنتائج الاستغلال، وإنما يمكن أن يشمل المقابل للمتعاقد على أكثر من مصدر بعضها يرتبط بنتائج الاستغلال والبعض الآخر يكون بصورة ثمن يحصل عليه من الإدارة أو من

¹ - C.E, 11 Décembre 1963, Ville de Colombes, req 55972, Rec. Leb.p. 612, pour l'enlèvement des ordures ménagères en contrepartie d'une rémunération versée par la commune, rjc.fr.eu.org.

² - جورج قويدل وبيار دلفولفييه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ج 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 574.

³ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 98.

⁵ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص 68.

مصادر أخرى، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وأيده في ذلك المشرع في قانون "MURCEF" السالف الذكر، إذ يشترط أن يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال وهو ما يعني إمكانية حصول المتعاقد على مقابل تكميلي كحصوله على إعانات من الإدارة مثلا أو الدعم في حالة وجود خسارة نتيجة الاستغلال أو ضمان حد أدنى من الحصيلة وغيرها، وهذه المسألة لا تغير من طبيعة العقد ولا تخرجه من دائرة عقود تفويض المرفق العام¹.

وتجدر الإشارة إلى أن ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام كمعيار مميّز لعقود تفويض المرفق العام كرّسه المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر في نص المادة 01/207 منه، بالقول: "... ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام"، كما تضمّنت المادة 210 من ذات المرسوم صور ارتباط المقابل المالي باستغلال المرفق والتي تختلف باختلاف أشكال عقود تفويض المرفق العام².

المطلب الثاني

تمييز تفويض المرفق العام عن غيره من المفاهيم الأخرى

لعلّ ما تتميز به تقنية تفويض المرفق العام من خصائص وما تشترطه من عناصر لقيامها إنما يدل على تميّزها عن طرق أخرى تلجأ إليها السلطة العامة في تنفيذ مرافقها العامة، فليس كل طريقة تتبع في ذلك تعدّ تفويضا لإدارة المرفق العام واستثماره³. لأجل ذلك ينبغي التطرّق إلى تمييز هذه التقنية عن بعض المفاهيم الأخرى

¹ - أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 98، 99.

² - أنظر المادتان 207 و 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السالف الذكر.

³ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 373.

كالوكالة في القانون الإداري (الفرع الأول)، بالإضافة إلى الصفة العمومية (الفرع الثاني) وأخيرا الخصوصية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تميز تفويض المرفق العام عن الوكالة في القانون الإداري

رأى البعض من الفقهاء كالأستاذ B.Lerousseau و R.Chapus أن التفويض في إدارة واستغلال المرفق العام ما هو إلا وكالة ممنوحة من الجماعة العامة إلى الغير لتنفيذ المرفق العام باسمها ولحسابها، وقد بنى هؤلاء رأيهم استنادا إلى اعتبارات ودوافع ترتبط بوجود المرفق العام والسلطة المختصة في تنظيمه¹.

لكن في موازاة قبول هذا التصور ظهر رأي آخر رافضا له، عارضا لتصور مناقض يتمثل في القول باستقلالية الوكالة عن تفويض المرفق العام، نظرا لمظاهر الاختلاف الجوهرية بينهما، لكون الاعتبارات التي ساقها مؤيدو التصور الأول غير صحيحة²، ومن بين الفقهاء المؤيدين لاستقلالية تقنية تفويض المرفق العام عن عقد الوكالة في القانون الإداري نذكر الأساتذة "Délvolvé"، "Dounce" و "Rouquette".*

وللتمييز بين تفويض المرفق العام وعقد الوكالة في القانون الإداري ينبغي عرض

¹ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 389.

² - المرجع نفسه، ص 391، 392.

* يرى الأستاذ Délvolvé باستقلالية الوكالة عن تقنية تفويض المرفق العام، وفي هذا المجال يقول:

"Le délégataire de service public ne peut être un mandataire de la collectivité délégante parce qu'il remplit une fonction qui lui est propre".

كما يقول الأستاذ "Douence" في هذا الخصوص: "Si la délégation implique transfert de la gestion du service public car le mandataire agit au nom et pour le compte de la collectivité de manière transparente".

ويعتبر الأستاذ "Rouquette" أن الوكيل يمثل الموكل (الجماعة العامة) دون أن يدخل في علاقات مع المنتفعين، وبالتالي فهو في مواجهة المنتفعين لا يعمل إلا لحسابه الخاص وهذا ما لا نراه في تقنية التفويض. للمزيد من التفاصيل راجع المرجع نفسه، ص 373، 413.

أوجه التشابه ثم أوجه الاختلاف بينهما.

أولاً: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري

يتمثل وجه الشبه بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري في طبيعة العقد، فعندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام فهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضي على العقد الطابع الإداري¹.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري

تختلف الوكالة في القانون الإداري عن تفويض المرفق العام من حيث أن:

- موضوع الوكالة ليس محصوراً بإدارة واستغلال المرفق العام، بل يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، في حين يحصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة واستغلال المرفق العام، فالاختلاف هنا من حيث الموضوع، كما أن تفويض المرفق العام يتوقف على قابلية المرفق للتفويض من عدم قابليته على النحو الذي تم بيانه سابقاً، بينما الوكالة فيجوز أن تتعلق بمرافق سادية (غير قابلة للتفويض) كمرفق الشرطة مثلاً أو التعليم أو الصحة ... إلخ²،

- يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً ودون أية شروط أو تعويضات، أما في عقد تفويض المرفق العام فلا يحق لمانح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو ارتكب المفوض له خطأ جسيماً، فإهاء عقد تفويض المرفق العام يكون وفقاً لأصول وشروط معينة، ومقابل تعويض لصاحب التفويض عند توفر شروطه³،

¹ - آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، المرجع السابق، ص 25.

² - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 394، 395.

³ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 496.

- يتقاضى الوكيل في عقد الوكالة المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه إليه الشخص العام (الموكل)، بينما في ظل عقد تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له يكون مرتبطاً بنتائج الاستغلال بصورة جوهرية، كما سبق بيانه¹،

- في حالة الوكالة، تبقى الجماعة العامة مسؤولة عن كل أعمال وتصرفات الوكيل تجاه الغير والمنتهجين، كما أنها تقوم بتغطية كل النفقات اللازمة، ماعدا في حالة ارتكاب الوكيل خطأ أثناء تنفيذ الوكالة، بينما في عقد تفويض المرفق العام يبقى المفوض له مسؤولاً عن كل أعماله ونتائجها تجاه الغير والمنتهجين وكذلك تجاه الجماعة، ويتحمل جميع نفقات إدارة واستغلال المرفق العام محل التفويض، إضافة إلى مسؤوليته عما قد ينتج من مخاطر عن الاستغلال باستثناء حالة إفسار المفوض له أين تكون الجماعة العامة مسؤولة كضامن، فمسؤوليتها محصورة في حدود معينة فقط².

الفرع الثاني

تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية

تعرف الصفقات العمومية بأنها "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 والوظائف والخدمات والدراسات"³.

من خلال هذا التعريف يمكن لنا تمييز الصفقات العمومية عن تقنية تفويض المرفق العام، هذه الأخيرة التي أطرها المشرع الجزائري بالمرسوم الرئاسي 15-247

¹-وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 396.

²-المرجع نفسه، ص 396.

³-أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عكس ما كان معمول به من قبل (تناثر أحكام تفويض المرفق العام في نصوص قانونية متعددة)، وندناول أولاً أوجه التشابه بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام ثم نعرض أوجه الاختلاف بينهما.

أولاً: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والصفقة العمومية

- تعتبر كل من الصفقة العمومية وعقد تفويض المرفق العام عقود إدارية، تبرم بين الجماعة العامة وشخص آخر لتنفيذ خدمات عمومية،
- كلاهما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة،
- كلاهما وارد في نص قانوني واحد وهو المرسوم الرئاسي 15-247 هذا طبعاً في الجزائر، لكن في دول أخرى كالمملكة المغربية، فقد تم تنظيم التدبير المفوض بقانون مستقل وهو القانون رقم 05-54.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والصفقة العمومية

نعرض أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والصفقة العمومية وفق المعايير

التالية:

1. موضوع العقد

يرى الباحثين في هذا المجال أن المعيار الفاصل بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام هو موضوع كل منهما "Critère de l'objet"¹ والمتمثل في استغلال المرفق العام، فالصفقة العمومية تهدف إلى تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام دون أن يتدخل شريك الإدارة في استغلال المرفق العام وسيره²، بالرغم من أن صفقات الأشغال العمومية يكون موضوعها "بناء واستغلال" وبذلك يتوفر عنصر الاستغلال في الصفقة العمومية

¹ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 507.

² - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, 1999 P.90.

لكنه ليس المهمة الرئيسية في الصفقة بل يعتبر كمهمة ثانوية، فاستغلال المرفق بطريقة مباشرة من طرف المفوض له واستعمال الوسائل الموفرة من طرف شريك الإدارة والعلاقة المباشرة مع المرتفقين، هي التي تميز تفويض المرفق العام¹.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في عدة قضايا أن المعيار المميز لتفويض المرفق العام هو استغلال المرفق، وفي عدة قضايا كيفت عدة عقود على أنها صفقات عمومية لانتهاء عنصر الاستغلال والتسيير².

2. 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 محدد 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، كما تم توضيح ذلك سابقا³، ونتساءل في هذا الخصوص عن مدى اعتبار كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير من عقود تفويض المرفق العام باعتبار أن المقابل المالي محدد مسبقا جزافيا من طرف السلطة المفوضة وليس له علاقة باستغلال المرفق العام؟⁴ لأن القاضي الإداري في فرنسا استبعد في عدة حالات عقد التسيير "La gérance" من عقود تفويض المرفق العام لعدم ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2008، ص 95.

² - C.E, 11 Décembre 1963 et C.E, 15 Juin 1994, Avis précités.

³ - ضريفي نادية، تسيير تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير...، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - راجع المبحث الثاني من هذه المذكرة.

3. مدة العقد

مدة عقد الصفقة العمومية قصيرة تنتهي بانتهاء موضوع الخدمة العمومية التي يلزم بها المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ولحسابها، بينما مدة عقد تفويض المرفق العام تمتد لسنوات طويلة قد تصل إلى 99 سنة حسب نوع العقد.

من خلال ما تقدّم يتبيّن لنا أن الصفقة العمومية تعتبر أداة أو وسيلة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة بغية تأمين حاجات المرفق العام واستمراره في إطار عملية تنفيذه فهي بذلك لا يمكن أن تكون وسيلة للمشاركة في تنفيذ المرفق العام (إدارته واستغلاله)¹.

الفرع الرابع

تمييز تفويض المرفق العام عن الخصخصة

يعود الفضل في استعمال مصطلح الخصخصة أو الخصخصة "Privatisation" إلى الكاتب الأمريكي "بيتر دراكر" في كتاباته المتعلقة "بالخدمات البلدية"، أمّا أول من طبّقها عملياً فهي رئيسة الوزراء البريطانية مارغريت تاتشر في نهاية عام 1979 حين أعلنت التزامها بتحويل المشروعات المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص².

والخصخصة بمعناها الواسع، كما يراها الدكتور وليد حيدر جابر هي: "مجموعة من السياسات المتكاملة التي ترمي إلى الاعتماد الأكبر على آليات السوق وإفراح المجال أمام القطاع الخاص ليؤدي دوره الطبيعي في إطار من المنافسة من أجل تحقيق الكفاءة".

ووفقاً للمعنى الضيق، فالخصخصة تعني: "تحويل المشروع العام كلياً أو جزئياً

¹-وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 508، 509.

²- _____ ، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص 103.

أو تحويل إدارته كلياً أو جزئياً بإحدى الطرق القانونية إلى القطاع الخاص لإقامة وإدارة مشاريع اقتصادية لمدة معينة¹.

والجزائر لم تعش في معزل عن موجة التحرر الاقتصادي العالمي فبادرت بإصلاحات لمواجهة التحولات الجديدة، ومن بينها تكريس الخصوصية من خلال القانون رقم 22-95 والقانون 25-95، هذه النصوص التي تم إلغاؤها بصدور قانون جديد سنة 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها كإطار عام لخصوصية المؤسسات العامة الاقتصادية².

من خلال ما تقدم يتّضح أن هناك أوجه تشابه بين تفويض المرفق العام والخصوصية كما أنهما يختلفان في أوجه أخرى نعرضها كآتي:

أولاً: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والخصوصية

- كلا من الخصوصية وتفويض المرفق العام يؤديان إلى إشراك القطاع الخاص في عمليات إدارة واستثمار المرفق العام³،

¹ - وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، المرجع السابق، ص 104.

² - عبدلي حميدة، "عراقيل الخصوصية في التجربة الجزائرية ... ببطء في المسار أم فشل البرنامج"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 10، العدد 2، 2014، ص 297.

للمزيد من التفاصيل في موضوع الخصوصية راجع: آيت منصور كمال، خصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي عن طريق بورصة القيم المنقولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.

- شهاب حمد شبحان، "إشكالية الخصخصة وانعكاساتها في رفع كفاءة الأداء الاقتصادية، دراسة تحليلية تطبيقية" مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والاقتصاد، العراق، العدد 12، 2008، ص 16-20.

- أمر رقم 04-01، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، متمم بموجب الأمر رقم 01-08 مؤرخ في 28 فيفري 2008، ج ر عدد 11، مؤرخة في 2 مارس 2008.

³ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 465، 466.

- كلاهما يشكلان أدوات أساسية للإصلاح الاقتصادي والاجتماعي في الدولة،
- أهدافهما واحدة تتمثل في التخفيف من أعباء القطاع العام وتحسين مالية الدولة وجماعاتها العامة.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والخصوصية

- تفويض المرفق العام يتم من خلال عدّة عقود هي عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير، والتي لا يكون فيها لا نقل ولا خصوصية للملكية فموضوعها خصوصية للتسيير، بينما الخصوصية تتم عن طريق البيع أو الإيجار وهي بمثابة نقل للملكية¹، ويترتب على ذلك اختلاف دور سلطة الجماعة العامة (السلطة العامة)، ففي تفويض المرفق العام تبقى الجماعة العامة صاحبة الإشراف والرقابة والتنظيم على المرفق العام، بينما في الخصوصية لا يعود لها هذه السلطات²،
- تؤدي الخصوصية إلى تجريد المشروع العام من امتيازات السلطة العامة لأن بقائها لا ينسجم مع موقعها لاحقا في القطاع الخاص، بينما في تفويض المرفق العام تبقى هذه الامتيازات ويستفيد منها المفوض له نظرا لبقاء المرفق العام في ملكية الجماعة العامة³،
- المستثمر في تفويض المرفق العام إما أن يكون شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، بينما في الخصوصية فالمستثمر لا يمكن أن يكون إلا شخصا من أشخاص القانون الخاص،
- مجال تطبيق الخصوصية أوسع في النشاطات السوقية مثل الأعمال المصرفية أو الصناعية وقطاع التأمين، بينما تظهر أكثر في تفويض المرفق العام النشاطات

¹- بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 16.

²- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 467.

³- المرجع نفسه، ص 468.

الاقتصادية ذات النفع العام المرتبطة مباشرة بالحاجات الأساسية للجمهور¹.

- يهدف تفويض المرفق العام إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما الخوصصة تهدف إلى تحقيق الربح أي تحقيق المصلحة الخاصة.

المطلب الثالث

مبررات تبني تقنية تفويض المرفق العام

إن مبررات تبني تقنية تفويض المرفق العام، كوجه من أوجه الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، هي مبررات بنيوية ترتبط بالنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي المطبق في الدولة من جهة، وفي الأهداف المراد تحقيقها من جهة أخرى وتتمثل أهم مبررات تبني الدول ومن بينها الجزائر لهذه التقنية في ظل النظام الجديد المنتهج بموجب دستور 1989 (اقتصاد السوق) ، في محاولة لتحسين الخدمة العمومية المقدمة للمرتفقين والزيادة من فعالية ومردودية المرافق العامة، في قصور الطرق التقليدية في تسيير المرفق العام (الفرع الأول)، حتمية الإصلاح الإداري للمرفق العام (الفرع الثاني) بالإضافة إلى مبررات أخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول

قصور الطرق التقليدية في تسيير المرفق العام

لم تعد الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة قادرة على مواكبة التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على العالم في أواخر القرن العشرين وفي ظل انتشار ظاهرة العولمة²، هذه التغيرات التي جعلت من القطاع العام مسيرا فاشلا

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 467.

² - محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT- عقد الانشاء والإدارة والتسليم، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009، ص 82.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

للمرافق العامة نظرا لاختلافات أسلوب التسيير المباشر للمرفق العام (أولا)، ورغم التخلي عن هذا الأخير لصالح المؤسسات العمومية في إطار سياسة الإصلاح، إلا أن ذلك لم يحقق الأهداف المرجوة نظرا للاختلافات التي عرفها تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية (ثانيا).

أولا: اختلافات التسيير المباشر للمرفق العام

إنّ التسيير المباشر للمرفق العام* هو نتيجة حتمية لاحتكار الدولة لبعض المجالات، وكنتيجة طبيعية لأنها هي المنشئة للمرافق العامة والمخولة بتحقيق المصلحة العامة، لكن التسيير المباشر عجز عن تلبية حاجات المواطنين نظرا للاختلافات التي شهدتها، والعجز في السيطرة على متطلبات المواطنين في ظل التزايد المستمر لها خاصة في ظل الانفتاح على اقتصاد السوق، بالإضافة إلى ظاهرة العولمة التي زادت في نمو الوعي لدى المواطنين.

وتتمثل أهم اختلافات التسيير المباشر للمرفق العام فيما يلي:

* يعرف التسيير المباشر للمرفق العام (La régie directe) بأنه: "قيام الدولة أو الجماعات المحلية بإدارة المرفق العام مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها ومستخدمتها في ذلك وسائل القانون العام". راجع في ذلك سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ص 325، 326.

- ويعرفه الأستاذ أحمد محيو بأنه: "يعني التسيير المباشر عندما يؤمن تسيير المرفق العام مباشرة من قبل المجموعة العامة (دولة، جماعات محلية) والتي تتولى مسؤوليته، فالإدارة تتصرف بواسطة وكلائها ووسائلها المادية مستعملة أدوات القانون العام (امتيازات السلطة العامة)". راجع في ذلك محيو أحمد، (ترجمة محمد عرب صاصيلا) محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط 3، د. م. ج، الجزائر، 1985، ص ص 439، 440.

والتسيير المباشر هو أقدم طرق إدارة المرافق العامة وأكثرها تقليدية، وهو في الوقت نفسه أقوى تعبير عن سلطة الدولة ووظيفتها في تحقيق حد ضروري لحياة المواطنين، وتتناسب هذه الطريقة تماما مع المرافق ذات الصيغة العسكرية والمرافق العامة الإدارية أو الخدماتية كالمدافع والأمن والقضاء.... راجع في ذلك: محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 67، 69.

1. العبء المالي للتسيير المباشر للمرفق العام

يعاني التسيير المباشر من مشاكل عديدة أهمها على الاطلاق العبء المالي فإنشاء هذه المرافق هو في حد ذاته يشكل عبء مالي ضخم لأنها في الغالب مكلفة جدا وتحتاج هياكل قاعدية ضخمة، كما يحتاج تسييرها كذلك إلى أموال كبيرة مما يولد ضغطا على ميزانية الدولة والجماعات المحلية¹.

كما أن تنوع المرافق العامة وتزايد عددها، نظرا للتطورات الجديدة، أدى إلى زيادة العبء المالي على الميزانية العامة للدولة، باعتبار أن المرافق العامة للدولة أداة لتنفيذ سياستها، وليس هذا فقط بل أن حجم المرافق العامة المسيّرة من قبل الدولة مباشرة مثل الوزارات وضخامة المصالح التابعة لها يؤدي إلى صعوبة السيطرة عليها والتحكم الفعال في كل الخدمات والنشاطات التي تؤديها²، والزيادة من حجم النفقات العامة خاصة المرتبطة منها بالأجور.

بالإضافة إلى ما تقدّم فإن المرافق المسيّرة مباشرة من طرف الدولة والجماعات المحلية تخضع للإجراءات المالية الحكومية في الانفاق، وهي تتسم عادة بالتعقيد وشدة الرقابة وكثرة مراحلها، مما يحول بين هذه المرافق وبين التطور والتقدم³.

2. اختلالات ذات طابع تنظيمي

تتلخص الاختلالات التنظيمية للتسيير المباشر للمرفق العام فيما يلي:

- المركزية الشديدة، فبالرغم من أن الجزائر كرست نظام اللامركزية الإدارية إلى جانب المركزية، ولكن الواقع العملي أثبت سيطرة الجهاز المركزي واحتكاره عملية صنع القرارات

¹ - قليل حسناء، المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 41.

² - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير...، المرجع السابق، ص 32.

³ - حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 315.

البسيطة منها والاستراتيجية، مما أدى إلى تهميش الإدارة المحلية¹،
- تضخم الجهاز الإداري، ويتجسد في وجود توسع أفقي على مستوى التنظيم بمعنى وجود تعدد في مستويات بناء التنظيم من خلال التزايد المستمر لعدد الوزارات، ويترتب عن ذلك صعوبة في توصيل البيانات بين هذه المستويات وبطء وصول الأوامر والقرارات من القمة إلى القاعدة وهذا ما يؤدي إلى عرقلة عملية تنفيذ البرامج والخطط. كما يترتب عن تضخم الجهاز الإداري كثرة أجهزة الرقابة وبالتالي تناقض محتوى التقارير التقييمية وزيادة طول مدة الاتصالات وتعقيد الإجراءات بطريقة تنتهي إلى التقليل من الفعالية التنظيمية بشكل عام²،

3- الاختلالات المتعلقة بالجانب التسييري

وتتمثل الاختلالات المتعلقة بالجانب التسييري في الإدارة المباشرة للمرفق العام فيما يلي:

- مشكل التشريع هو أحد الاختلالات المتعلقة بالجانب التسييري، وتعاني الجزائر كغيرها من الدول النامية من الاختلالات المرتبطة بالتشريع والتي تظهر في عملية وضعه ثم كيفية تطبيقه وممارسته³، فمعظم النصوص القانونية في الجزائر مقتبسة من القانون الفرنسي دون الأخذ بعين الاعتبار مدى ملاءمتها مع المجتمع الجزائري، وهذا مناقض للقاعدة العامة التي تقضي بأن القانون وليد البيئة الاجتماعية، ونجاعته تتحقق بارتباطه بالواقع حيث يزداد احترامه كلما كان أكثر تعبيراً عن الواقع.
- غياب أساليب حديثة للتسيير، والذي يعدّ من أهم الاختلالات التي تعاني منها المرافق

¹-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير...، المرجع السابق، ص 33.

²- المرجع نفسه، ص 49.

³-المرجع نفسه، ص ص 50، 51.

العامة والمتمثل في نقص استعمال التكنولوجيا الحديثة التي تساعد على التطور المعلوماتي والاتصالي، خاصة وأن الاتصال داخل المرفق يعد بمثابة المحرك الأساسي لسير عملها ويضمن لها فعالية أكبر¹،

- عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة، فيلاحظ الارتفاع النسبي في تكلفة الخدمة مما يترتب عنه رفع أسعارها مقارنة بمنفعتيها للمستهلك²،
- احتكار المسؤولين للمعلومات والوثائق الرسمية التي توضح أهداف المرفق العام وطرق سيره لإحكام السيطرة على الموظفين³.

3. الاختلالات المتعلقة بالموارد البشرية

لا تقتصر عدم فعالية المرافق العمومية المسيّرة مباشرة من طرف الدولة والجماعات المحلية على الأسباب التنظيمية والتسييرية بل تتعدّها إلى الجانب البشري أي الموظف الذي يساهم في الخلل من خلال غياب الكفاءة بحيث يتم توظيف أشخاص لا يتمتعون بالكفاءة اللازمة وعدم إمامهم بكيفية التصرف في حال وقوع إشكال يتعلق بمهامهم وهذا بالرغم من توفرهم على الشهادات العليا⁴.

- كذلك تضخم عدد الموظفين على مستوى المرافق العمومية* المسيرة مباشرة من قبل

¹- قليل حسان، المرجع السابق، ص 42.

²- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس...، المرجع السابق، ص 52.

³- المرجع نفسه، ص 54

⁴- المرجع نفسه.

* إن التضخم الملاحظ على تعداد موظفي المرافق العمومية يؤدي إلى جملة من الانحرافات الجوهرية منها الانحرافات التنظيمية والمتمثلة في عدم احترام أوقات العمل، والتراخي بسبب عدم وجود حوافز مالية، والسلبية واللامبالاة وعدم إبداء الرأي والاكتفاء بتلقي المعلومات وفقدان روح المبادرة وغيرها. بالإضافة إلى الانحرافات السلوكية والمتمثلة أساسا في سوء استعمال السلطة أي تحريف الأهداف عن المصلحة العامة للمرفق، وكذا المحسوبية والمحاباة، وأيضا الوساطة.

الدولة والجماعات المحلية، وتتجسد أهم المظاهر السلبية في العدد الهائل للموظفين الذين يفتقدون إلى مهام واضحة ودقيقة،

- أيضا ما يساهم في الخلل غياب التحفيز، كتحديد الأجور مسبقا، واعتماد معيار الأقدمية في الترقية، وغياب سياسات تكوين واضحة وعدم مسايرة التطور والاحتياجات الحقيقية للمرفق العام... إلخ¹.

إزاء هذه الانتقادات التي وجهت للتسيير المباشر للمرافق العامة من طرف الدولة والجماعات المحلية، تم تبني أسلوب آخر يختلف عن الأول وهو أسلوب المؤسسة العمومية*، ورغم إيجابيات هذه الطريقة في تسيير المرفق العام والتي ساهمت في تخفيف

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس...، المرجع السابق، ص 55.

* يعرف الأستاذ علي خطار شطناوي المؤسسة العمومية بأنها: "عبارة عن أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، وذلك حينما يمنح مرفق متخصص بمزاولة نشاط معين ومحدد الشخصية المعنوية بغية تحقيق استقلاله ماليا وإداريا". كما يعرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها: "منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي والإداري وترتبط بالسلطات المركزية المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة الإدارية والوصائية وهي تدار وتسير بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها القانوني".

- ومن خلال تعريف المؤسسة العمومية نستخلص أهم الخصائص المميزة لها والمتمثلة في كون المؤسسة العمومية تتمتع بالشخصية المعنوية العامة، وهذا ليحقق للمرفق العام قدرا من الاستقلال وما يترتب على ذلك من نتائج كحق التقاضي والتعاقد...، وموظفي المؤسسة العمومية موظفين عموميين ويجوز أن توضع لهم أنظمة خاصة بهم.

- الخاصة الثانية للمؤسسة العمومية أنها تقوم على مبدأ التخصص أي أنها أنشئت لإدارة مرفق عام وتسييره، معين بالذات فليس لها أن تخرج عليه.

- كذلك المؤسسة العمومية تخضع لنظام الوصاية، فمن حق السلطة المركزية ممارسة الرقابة على المؤسسات العمومية في حدود القوانين ضمانا للمصلحة العامة.

- وبالنسبة لأنواع المؤسسات العمومية، لدينا المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الثقافي والمهني. للمزيد من التفاصيل في ذلك راجع كل من: محيو أحمد، المرجع السابق، ص 443، 448.

- عوابدي عمار، القانون الإداري، النظام الإداري، ج 1، ط 5، د. م. ج، الجزائر، 2008، ص 305، 320.

- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ج 2: النشاط الإداري، مطبعة SARP، الجزائر، 2004، ص 213،

العبء على الدولة والجماعات المحلية، وتحسين نوعية الخدمة العمومية، إلا أن هذه الطريقة أيضا عرفت اختلالات ونقائص بسبب تعدد نشاطات الدولة وضعف التسيير العمومي بصفة عامة.

ثانيا: اختلالات تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية

تتمثل أهم نقائص واختلالات هذا النوع من تسيير المرافق العامة فيما يلي:

1-العبء المالي على ميزانية الدولة

من المفروض أن يكون للمؤسسات العمومية خاصة منها التجارية والصناعية ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة الدولة، لكن في الواقع وبتفحص الميزانية العامة للدولة نجد أن المؤسسات العمومية خاصة الإدارية منها، تتلقى إعانات مالية، وفي أغلب الأحيان تكون هذه الإعانات المورد الوحيد لها وتعتمد عليها بصفة أساسية، لذلك فهي زادت العبء المالي على الدولة ولم تنقصه¹.

2- عدم وجود نظام قانوني موحد لكل المؤسسات العمومية

بالرغم من تعدد أنواع وأصناف المؤسسات العمومية ورغم تزايدها المستمر إلا أنه لا يوجد إطار قانوني إجمالي منسجم يحدد قواعد إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات العمومية، وهذا ما يؤدي إلى عدم تماشي أهداف ونشاط المؤسسات العمومية مع حاجيات المواطنين².

3- عدم فعالية الهيئات المسيّرة للمؤسسات العمومية

تتوفر كل المؤسسات العمومية على مجلس الإدارة وهو هيئة المداولة وهو

= علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص ص 269، 270.

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل ماجستير...، المرجع السابق، ص 62.

² -المرجع نفسه، ص 65.

صاحب القرار في المؤسسة، وهيئة التنفيذ، في أغلب الأحيان هو المدير. هذه الهيئات في الغالب لا تقوم بدورها وتبقى المهام المسندة لها نظرية فقط، فمجلس الإدارة عادة، لا يقوم بمهامه إما بسبب أن تشكيلته ثقيلة تشمل عدة هيئات ووزارات وغالبا ما يكون هؤلاء الأعضاء مسؤولون لذلك يتعذر عليهم الحضور، بالإضافة إلى كون نفس المسؤول عضوا في أكثر من هيئة، كما أنه لا يتقاضى أجرا ماليا يشكل له تحفيزا، كذلك مشكل ازدواجية التمثيل ففي أغلب الأحيان يكون هؤلاء أعضاء مداولين على مستوى الهيئة، وكذا على مستوى سلطة الوصاية كهيئة رقابة، لذلك فهذه المداولات لا تملك سلطة حقيقية في اتخاذ القرارات¹.

أما عن هيئة التنفيذ، فالمدير باعتباره الأمر بالصرف والمكلف بتسيير المؤسسة يمارس سلطة سلمية على موظفي المؤسسة العمومية، وتخضع هيئة التنفيذ للسلطة الوصية في إطار نظام الوصاية الإدارية وهذا من شأنه التأثير على الاستقلالية الحقيقية للهيئة التنفيذية (المدير)²، وهذا بدوره يؤثر على نوعية وجودة الخدمة العمومية.

4- قصور في قواعد التسيير

من النقائص أيضا، غياب قواعد تسيير تبحث عن الفعالية، وغياب دراسات تنظيمية للمؤسسات العمومية وتطابقها مع حاجيات المواطنين، ومدى تحسينها لنوعية الخدمة العمومية، وأن هدف وجودها هو التخصص الذي يفضي إلى نوع من الفعالية وبأقل تكلفة³.

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مذكرة لنيل ماجستير...، المرجع السابق، ص 65، 66.

² - المرجع نفسه، ص 62.

³ - المرجع نفسه، ص 63.

5- غياب استقلالية حقيقية

استقلالية المؤسسة العمومية هي استقلالية نظرية فقط، ونميز في هذه المسألة بين الاستقلالية العضوية والوظيفية والمالية.

أ- غياب الاستقلالية العضوية

أعضاء مجلس المداولة من المفروض أنهم منتخبون وليسوا معينون ولكن العكس هو الصحيح ففي أغلب الأحيان يعين أعضاء المداولة من السلطة الوصائية¹ وهذا ما يجعلهم في مركز تبعية وضعيف. وفي بعض الأحيان نجد هؤلاء الأعضاء نصفهم معينون ونصفهم منتخبون من طرف المستخدمين، ولكن نلاحظ دائما سيطرة واضحة للفئة المعنية. كذلك الأمر بالنسبة للجهاز التنفيذي، وهذا ما يؤثر على استقلالية المؤسسة العمومية من الجانب العضوي.

ب- غياب الاستقلالية الوظيفية

التبعية العضوية التي سبق وأن أشرنا إليها تؤثر على الاستقلالية الوظيفية للمؤسسات العمومية، فمن له سلطة التعيين له سلطة إنهاء المهام، وهذا من شأنه التأثير على أجهزة المؤسسة العمومية (جهاز المداولة ومدير المؤسسة كجهاز تنفيذي)، لذلك يتطلب إعادة النظر في هذه المسائل لتفادي ضغط سلطة الوصاية على المؤسسة العمومية.

ج- غياب الاستقلالية المالية

تتجسد الاستقلالية المالية للمؤسسة العمومية من خلال ميزانية مستقلة تماما عن ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعة المحلية، لكن عمليا لا نلاحظ ذلك في المؤسسات العمومية فميزانياتها مرتبطة دائما بميزانية هذه الأخيرة حسب الحالة.

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة ماجستير...، المرجع السابق، ص ص 66، 67.

كذلك خضوع ميزانية المؤسسات العمومية للمصادقة المسبقة (في إطار الرقابة السابقة)، وخضوعها لقواعد المحاسبة العمومية وقيودها، كل ذلك من شأنه التأثير على استقلالية المؤسسات العمومية. والذي يكون أكثر حدّة بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية، لكن الأمر مختلف بالنسبة للفئة الأخرى من المؤسسات العمومية رغم ارتباطها بإعانة الدولة¹.

الفرع الثاني

حتمية الإصلاح الإداري للمرفق العام

تجنّباً للآثار السلبية للتسيير العمومي للمرفق العام خاصة المرافق ذات الطابع التجاري والصناعي، توجّهت أغلب الدول، بحثاً عن مردودية القطاع الخاص، لعقود تفويض المرفق العام كأحد أساليب تسيير المرافق العامة في إطار سياسة الإصلاح الإداري للمرافق العامة، وذلك بهدف تفعيلها مع مراعاة مقتضيات المصلحة العامة وتلبية حاجات الجمهور وتنمية إمكانياتها وتوجيهها نحو الإنتاجية والمردودية وتحسين طرق الإدارة². فما المقصود بالإصلاح الإداري للمرفق العام؟ وما هو مضمونه؟ وما هي متطلباته؟

أولاً: المقصود بالإصلاح الإداري للمرفق العام

يمكن تعريف الإصلاح الإداري بأنّه: "عبارة عن خطة أو برنامج تتضمن مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تستهدف معالجة كافة أوجه القصور والخلل في طرائق وأساليب وأدوات وتقنيات ومهارات النظام الإداري المتشكلة عبر السنين والتي تتبدى في عدم مقدرته على ممارسة النشاطات الإدارية المختلفة بكفاءة عالية من أجل

¹-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مذكرة ماجستير...، المرجع السابق، ص 65.

²-المرجع نفسه، ص ص 77، 88.

إعداد وتنفيذ الخطط والبرامج التي تخص عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية بشكل شمولي¹.

ومن المسلّم به أن دور الدولة المعاصرة وحضارتها يقاسان بقدرتها على الوفاء بحاجات المجتمع والارتقاء بأفراده إلى مستوى أفضل وذلك من خلال إشباع حاجاتهم ومتطلباتهم المتزايدة والمتباينة، وتأسيسا على ذلك فإن الأجهزة العامة التي امتد نشاطها التقليدي ليشمل تنظيم وممارسة مختلف الوظائف الاجتماعية والاقتصادية قد توسعت اختصاصاتها وتزايدت السلطات الممنوحة لها يوما بعد يوم مما استوجب تظافر وتواصل الجهود المبذولة لتحسين مستويات أدائها وزيادة كفاءتها، وهذا ما دفع الدول إلى وضع أسس الإصلاح الإداري².

ثانيا: مضمون الإصلاح الإداري للمرفق العام

يرجع البعض اختلالات الإدارة الجزائرية والمرافق العامة بصفة عامة إلى عجز الهياكل والمهام والتسيير في الجانب الأول، وإلى العجز في سياسة الموارد البشرية في الجانب الثاني، لذلك ركزت سياسة الإصلاح الإداري على هذين الجانبين³.
ويتلخص مضمون الإصلاح الإداري في نقاط أساسية وهي⁴:

- إعادة تكييف مهام المرافق العامة وذلك بإعادة النظر في توزيع المهام بين الإدارة المركزية والإدارة الإقليمية كأول خطوة،
- فيما يتعلّق بالهياكل، والتي تميزت بالتضخم الذي من شأنه عرقلة عملية الانفتاح

¹ - محمد أحمد سيد أحمد الحاج، الإصلاح الإداري: بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الإدارة العامة، معهد دراسات الإدارة العامة والحكم الاتحادي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، 2006، ص 27.

² - المرجع نفسه، ص 35.

³ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس...، ص 107.

⁴ - المرجع نفسه، ص 108، 111.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

الاقتصادي والسياسي، فقد استوجب تركيز الإصلاح على التوزيع الدقيق للمهام وتحديد الصلاحيات والذي يتم على ضوئه تحديد الهياكل، كما يركز الإصلاح أيضا على إعادة صياغة مفهوم اللامركزية وتدعيمه بالاستقلال المالي باعتماد طرق تسيير جديدة وتحديث وسائل الإدارة ومناهج عملها عن طريق إنشاء شبكات معلوماتية داخلية وخارجية لتسهيل سبل الاتصال والحوار وفتح المجال أمام المرتفقين للمشاركة في تسيير شؤونهم لتكريس الشفافية على مستوى كل أعمال المرفق العام،

- كما يركز الإصلاح أيضا على تفعيل دور أعوان المرافق العامة في عملية الإصلاح وذلك بالبحث عن الموظف الفعال، وضرورة تفعيل دوره بتوفير الظروف الملائمة،
- وأخيرا، يجب الأخذ بعين الاعتبار الجانب التسييري عند إصلاح المرافق العامة وذلك بتوسيع دائرة الفاعلين وفق شراكة حقيقية قائمة على التنسيق والانسجام وتستمد مصداقيتها من فكرة الشفافية.

مما تقدم يتبين بأن الإصلاح الإداري للمرفق العام، أو كما يصطلح عليه التحديث الإداري، يهتم بتبني المناهج والأساليب والوسائل التي اعتمدها الدول المتقدمة وإدخالها في الأنظمة الإدارية السائدة مما يؤدي بنا إلى القول بأن اعتماد تقنية التفويض كأسلوب حديث لتسيير المرفق العام تندرج ضمن سياسة الإصلاح الإداري للمرافق العامة وذلك للبحث عن متطلبات الفعالية والمردودية والانفتاح على قواعد المنافسة*.

ثالثا: متطلبات الإصلاح الإداري للمرفق العام

تعتبر المردودية، إلى جانب الفعالية والنجاعة وحسن الأداء والقدرة على التنافس

* ركز المشرع الجزائري على مجموعة من المبادئ الواجب احترامها ومراعاتها لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في إطار قواعد المنافسة، وذلك ضمانا للشفافية والنزاهة في إبرامها، وهذا ما جاء في نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، وللمزيد من التفاصيل راجع المبحث الثاني من هذا الفصل.

متطلبات تحديث المرفق العام أي الإصلاح الإداري له، والذي يتم وفق استراتيجية واضحة وشاملة من خلال تحديد الاختلالات السابق ذكرها، واقتراح الحلول التي تتناسب مع الدور الجديد للدولة وسياسة الانفتاح الاقتصادي المنتهجة، والوصول لفعالية المرفق العام.

1- المردودية

المردودية هي مصطلح اقتصادي بحت، ويعني الفرق بين الوسائل المستعملة والنتائج المحققة، وإذا كانت في العلوم الاقتصادية والمالية تحسب عددياً، ففي العلوم الاجتماعية والخدمات المرفقية تعني مدى الوصول لنتائج مالية أو اجتماعية مقارنة بالوسائل المرصودة لذلك¹.

2- النجاعة والفعالية

يقصد بالنجاعة تحقيق أكبر النتائج بأقل التكاليف، ونجاعة المرفق العام أو المشاريع الخاصة هي قدرة المشروع على تحقيق أكبر النتائج والأرباح بأقل التكاليف الممكنة، وهي معيار مهم لتقييم المرفق العام وبالتالي اتخاذ القرارات المناسبة² خصوصاً فيما يتعلق بكيفية إدارة واستغلال المرفق العام.

أما الفعالية فهي مستوى تحقيق الأهداف والنشاطات المخطط لها مسبقاً، فهي لا تدرس التكاليف بل تدرس مدى تحقيق الأهداف، وهي بذلك تعني إمكانية تحقيق الهدف والوصول إلى النتائج المحددة مسبقاً³.

¹ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه ...، المرجع السابق، ص ص 77، 88.

² - المرجع نفسه، ص ص 88، 89.

³ - المرجع نفسه.

3- حسن الأداء

حسن الأداء يقصد به مدى تحقيق الأهداف التنظيمية ليس فقط مقارنة بالنتائج المنتظرة، لكن بمقارنة الوسائل المستعملة لتحقيق هذه النتائج بكل أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والتجارية... لذلك فهي أوسع من المصطلحات السابق ذكرها¹.

الفرع الثالث

مبررات أخرى لتبني تقنية تفويض المرفق العام

بالإضافة إلى المبررات السابق ذكرها، هناك دوافع أخرى لتقرير أهمية اللجوء إلى تقنية تفويض المرفق العام والمتمثلة في الدوافع المالية (أولاً)، السهولة في حركة الأموال (ثانياً)، مرونة القطاع الخاص (ثالثاً) والاهتمام بتقنيات القطاع الخاص (رابعاً).

أولاً: الدوافع المالية

تشكل القدرة المالية للدولة وجماعاتها العامة عاملاً أساسياً في تقرير أهمية اللجوء إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير مرافقها عن طريق تقنية التفويض، فتسيير المرافق العامة يتطلب عناصر مالية وبشرية ضخمة وكافية قد لا تقوى الدولة وجماعاتها العامة على الاستمرار في تحملها، فعدم الاستقرار الاقتصادي والمالي وما يرتبط به من صعوبة في استمرارية تأمين موارد مالية أدى إلى وقوع الدول في عجز مالي انعكس سلباً على آلية العمل في المرافق العامة².

والتفتيش عن موارد مالية ليس بالأمر السهل، فالمجتمعات قد لا تقوى على تحمل الزيادة في الضرائب أو اللجوء إلى الاقتراض خاصة في حالة الإساءة في استخدام

¹ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه... المرجع السابق، ص ص 77، 88.

² - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، ص ص 302، 303.

عائداتها مما ينعكس سلبا على مالية الدول، لذلك كان الحل في اللجوء إلى تفويض إدارة واستغلال المرافق العامة تحت دوافع مالية للتخفيف على الأقل من العبء المالي¹. والدوافع المالية لا تؤدي إلى اقتصاد في النفقات بالنسبة للدولة وجماعاتها العامة فقط، بل بالنسبة للجمهور أيضا، فتقنية تفويض المرفق العام تستند في جانب منها على فكرة العدالة، لأن الفرد لا يلتزم بأي عبء مالي إلا عند انتفاعه مباشرة وبصورة فعالية من خدمات المرفق العام موضوع التفويض، عكس في حالة التسيير المباشر للدولة والجماعات العامة للمرفق العام والذي يتطلب موارد مالية يقع على عاتق الأفراد تأمينها من خلال الضرائب والرسوم المفروضة عليهم سواء انتفعوا من خدمة هذه المرافق أم لم ينتفعوا².

ثانيا: السهولة في حركة الأموال

إن التمويل العام يبقى في ظل العجز المالي أقل وفرا ومثقلا بالأعباء والالتزامات، إذا ما قابلناه بالتمويل الخاص في المشاريع الخاصة، فالقطاع الخاص وبالنظر إلى الوسائل التي يمتلكها والتي تمكنه من اللجوء إلى مصادر تمويل عديدة وإنشاء علاقات مالية مع مصارف مؤسسات مالية داخلية وخارجية تعجز عن تحقيقها الجماعات العامة³.

ثالثا: مرونة القطاع الخاص

مرونة القطاع الخاص، تعني قدرة هذا الأخير على القيام بإجراءات يصعب على الدولة والجماعات العامة اتخاذها، كتخفيض أو زيادة رواتب العمال وتقليص عدد العمال

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص ص 302، 303.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه، ص 304.

عند الحاجة، وزيادة ساعات العمل، وخلق حوافز، وفرض عقوبات، وصرف العمال بسرعة وسهولة... إلخ. هذه المرونة تؤمن تحقيق أفضل للمصلحة العامة تتمثل بكلفة أقل للخدمة وبجودة أعلى¹، وهذا ما يصعب على القطاع العام تحقيقه في ظل التحولات الجديدة.

رابعاً: تقنيات القطاع الخاص

بفعل التطور التكنولوجي وكبر حجم المجال الذي تشمله المرافق العمومية (مرافق اجتماعية، اقتصادية، ثقافية...)، باتت المرافق العامة² تتطلب تقنيات وخبرات للقيام بمهامها، كما هي الحال في مرافق الاتصالات والطاقة والنقل، وهذه التقنيات في حال توفرها يتطلب الاستمرار في تأمينها مبالغ ضخمة قد يصعب على القطاع العام تأمينها خاصة في حالة العجز المالي، لذا يبقى اللجوء إلى تقنية التفويض الحل الأنسب لضمان استمرارية المرفق العام باعتبار أن العامل التقني يشكل المرتكز الأساسي في تقديم الخدمة. والتفويض في هذه الحالة لا يستهدف تحقيق المرفق العام وفقاً للتقنيات المطلوبة إنما اكتساب هذه الأخيرة واستخدامها من طرف القطاع العام في حالة استرداد المرفق العام وتسييره مباشرة³.

وتجدر الإشارة إلى أنه ورغم وجاهة هذه الأسباب والدوافع لتبني القطاع العام لتقنية تفويض المرفق العام، فإن بعض الفقهاء قد عارض هذه السياسة، وقد بنى المعارضون رأيهم على ما يلي⁴:

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع نفسه، ص 305.

² - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بليسي...، المرجع السابق، ص 140.

³ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق.

⁴ - إسماعيل صعصاع البديري، "فكرة التخصصية في المرافق العامة"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق المجلد 14، العدد 6، 2007، ص 179.

- أن بعض الخدمات العامة ترتبط بحياة الأفراد، ومن ثم فلا بد من أن تبقى بيد الدولة،
 - إن قيام القطاع الخاص بإدارة واستغلال المرافق العامة، عادة ما يكون وفقا لمعايير الربح والخسارة دون أي اعتبار اجتماعي أو وطني،
 - إن تفويض المرفق العام قد يؤدي إلى احتكار الأفراد واستغلالهم.
- بالرغم من هذا الرأي فالكفاءة رجّحت لصالح تطبيق هذه السياسة الجديدة من حيث المصطلح، القديمة من حيث التطبيقات، بحيث دفعت المبررات السالفة الذكر بعدد كبير من الدول إلى تغيير أدائها الاقتصادي لكي يتماشى مع المبادئ الاقتصادية الحديثة السائدة*، ولذلك نلاحظ أن معظم تلك الدول هي في إطار تكوين مفهوم جديد لدور الدولة ينسجم مع تلك المبادئ.

المبحث الثاني

النظام القانوني لتفويض المرفق العام

استدرك المشرع الجزائري تأخره في مجال تنظيم تفويض المرفق العام ووضع إطار قانوني عام لهذه التقنية، وذلك بإصداره في سبتمبر 2015 المرسوم الرئاسي 15-

* تتمثل أهم هذه المبادئ الاقتصادية، وهي مستخلصة من المشروعات الفردية التي يديرها القطاع الخاص، فيما يلي:

- الزبائنية: أي جذب الزبائن بواسطة الحفاظ على حقوق المواطن اتجاه الدولة والشركات الخاصة أو العامة وتتجسد هذه الحقوق في الجودة والأمان والنوعية في كافة مجالات الخدمات والمنتجات،
- الحد من القيود القانونية، ويعني ذلك تخفيف الإجراءات الروتينية في العمل بحيث لا يقتصر هذا على المرافق الاقتصادية بل امتد إلى المرافق الإدارية والتي لا تتصل بالسياسة العليا للدولة، مما يتيح المنافسة للمشروعات الفردية من أجل أن تؤدي دورا أكبر في إيصال الخدمات للمواطنين بشكل أفضل وبأسعار أقل كلفة، وقد طبق هذا المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في مرافق الاتصالات والطيران والمصارف وكذلك في اليابان وفرنسا وغيرها من الدول،
- العالمية: وهي الظاهرة التي تعمل على تحويل اقتصاد العالم إلى سوق دولي واحد تنتقل فيه رؤوس الأموال بلا قيود، ومن ثم إيجاد مناطق حرة تتداول فيها أدوات الإنتاج وتوزيع البضائع، وإيجاد خدمات حرة على نحو يبعدها عن أية قيود.

راجع في ذلك: إسماعيل صعصاع البديري، المرجع السابق، ص 179.

247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر، ليساير بذلك التشريعات المقارنة وخاصة القانون الفرنسي مهد فكرة تفويض المرفق العام. وبالرغم من المواد المقتضبة التي جاء بها هذا المرسوم إلا أن هذه الخطوة تعدّ إيجابية نحو التأطير القانوني لتقنية التفويض بأحكام مجتمعة بعدما كانت متناثرة في نصوص مختلفة¹. فقد حدّد هذا المرسوم أشكال تفويض المرفق العام (المطلب الأول) ولكنه لم يحدّد بدقة إجراءات إبرام هذه الطائفة من العقود الإدارية (المطلب الثاني) وأحكام تنفيذها وانتهائها (المطلب الثالث)، واكتفى بإحالة هذه المسألة إلى التنظيم بحيث أشار في نص المادة 207 فقرة أخيرة² إلى صدور مرسوم تنفيذي لإثراء الباب الثاني من المرسوم الرئاسي، وفي انتظار ذلك يستوجب منا الأمر الاستعانة بما هو مكرّس في التشريعات المقارنة.

المطلب الأول

أشكال تفويض المرفق العام

تصنّف أشكال تفويض المرفق العام بحسب مدى مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق واستغلاله، ومدى حجم المخاطر التي يتحملها المفوض له، بالإضافة إلى مدى الرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المفوض له³ إلى أربع أصناف وهي: عقد امتياز المرفق العام، والذي نتناوله بالدراسة بشكل مفصل في الفصل الثاني من هذه المذكرة، وعقد إيجار المرفق العام (الفرع الأول)، عقد الوكالة المحفزة (الفرع الثاني) وأخيرا عقد تسيير المرفق العام (الفرع الثالث).

1- مخلوف باهية، "آثار عقد التفويض بالنسبة للمفوض إليه: الحقوق والمزايا"، ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 112.

2- أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

3- سليمان حاج عزام سليمان، المرجع السابق، ص 5.

الفرع الأول

عقد إيجار المرفق العام L'affermage

يعتبر عقد إيجار المرفق العام طريقة من طرق إدارة المرافق العامة وقد حضي هذا الأسلوب من أساليب تفويض المرفق العام باهتمام الفقه لتحديد تعريفه له، كما أن المشرع الجزائري لم يغفل مسألة تعريف هذا العقد وذلك من خلال المرسوم الرئاسي السالف الذكر (أولا)، وهذا ما يمكّننا من تحديد خصائصه (ثانيا).

أولاً: تعريف عقد إيجار المرفق العام

نتناول في البداية التعريف الفقهي لعقد إيجار المرفق العام، ثم نعرض التعريف التشريعي له.

1. التعريف الفقهي لعقد إيجار المرفق العام

يشكّل عقد إيجار المرفق العام¹ ذلك العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص معنوي عام يسمى المؤجر بتفويض شخص آخر يسمى المستأجر تسيير مرفق عام على أن يقدم له التجهيزات الضرورية ويتلقى المستأجر مقابل مالي من المؤجر ويكون المقابل المالي مرتبطاً بالإتاوة التي يدفعها المنتفعين من خدمات المرفق².

ويعرّفه الأستاذ J.F.Auby بأنه: "أسلوب للتسيير من خلاله تعهد السلطة العامة لشخص آخر يسمى المستأجر استغلال تحت مسؤوليته تجهيزات ومنشآت قائمة ويتقاضى مقابلاً مباشراً من المنتفعين من خدمات المرفق العام"³.

كما يعرّفه الأستاذ C.Boiteau بأنه: "عقد بمقتضاه تفويض هيئة عمومية لشخص

¹ - أنظر نموذج عن عقد الإيجار، الملحق رقم 1.

² - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص 254.

³ - AUBY Jean-François, La délégation de service public : Guide pratique, Ed. DALLOZ, Paris, 1997, p.p. 61,62.

آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون وهي متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"¹.

2. التعريف التشريعي لعقد إيجار المرفق العام

لم يحض عقد إيجار المرفق العام باهتمام المشرع قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر، إذ يتضح من خلال الاطلاع على النصوص التشريعية والتنظيمية غياب أي تأطير لعقد إيجار المرفق العام ماعدا ما جاءت به التعليمات الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية سنة 1994²، التي عرفت عقد الإيجار من خلال تمييزه عن عقد الامتياز وتطبيق نفس الإجراءات التي يخضع إليها هذا الأخير كضرورة احترام قواعد الإشهار، الشفافية وأحكام دفتر الشروط. والغريب في الأمر أن هذا الأسلوب لم يعتمده المشرع الجزائري في قانون البلدية الجديد وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن مصير التعليمات السالفة الذكر باعتبارها النص القانوني الوحيد الذي أعطى أولوية لعقد إيجار المرفق العام كأسلوب لإشراك القطاع الخاص في عملية التنمية المحلية والذي أثبت نجاعته في بلدان أخرى كفرنسا مثلا³.

وبصدور المرسوم الرئاسي 15-247 تم النص على أسلوب الإيجار بموجب أحكام المادة 210 منه بحيث نصّت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته.

¹ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص 255.

² - أنظر الصفحتين 11 و 12 من الملحق رقم 2.

³ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص ص 255، 256.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام. ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام¹.

ثانياً: خصائص عقد إيجار المرفق العام

من خلال التعاريف السابقة يمكن استخلاص الخصائص التي تميّز عقد إيجار المرفق العام عن باقي عقود التفويض المرفق العام الأخرى، وتتمثل أهم هذه الخصائص فيما يلي:

1. تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية

تتولى السلطة مانحة التفويض تحمل نفقات إقامة المرفق العام أو إقامة المنشآت الأساسية العائدة له، حيث يستلم المستأجر المرفق العام جاهزاً للاستغلال ليتولى هذا الأخير إدارته واستغلاله². وهذا لا يعني أن المستأجر لا يقوم بأي أشغال وإنما تقع على عاتقه أعمال الصيانة وتدخّل ضمنها أعمال التجديد "Les Travaux de renouvellement" وتكون مناصفة بينه وبين الشخص العام (المؤجر)، أما نفقات توسيع المرفق فتعود على المؤجر، ومع ذلك يمكن أن ينص العقد على أن توزع النفقات بين طرفي العقد وفقاً لآليات يحددها دفتر الشروط³.

2. مسؤولية المستأجر

تقع على عاتق المستأجر مسؤولية تحمل المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلاله للمرفق العام مقابل ذلك يتحصل على المقابل المالي من المرتفقين (المستفيدين

¹-أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السالف الذكر.

²-فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق.

³- AUBY Jean-François, La délégation de service public : Guide pratique, Op.cit, p.62.

من خدمات المرفق العام)¹.

3. تأدية المستأجر جزء من المقابل المالي

حيث جاء في الفقرة 6 من المادة 210 السالفة الذكر: "... مقابل إتاقوة سنوية يدفعها لها..."، ففي عقد إيجار المرفق العام، فإن المستأجر ملزم بتأدية مبلغ محدد إلى الشخص العام المؤجر مقابل استغلاله للمنشآت العائدة للمرفق العام والتي تكبد الشخص العام نفقات إقامتها. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدى من المستأجر إلى السلطة العامة ليس له الطابع الضريبي بل يشكل عنصر مكون للثمن الذي تكبّته الإدارة والمتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق العام².

4. مدة العقد في عقد إيجار المرفق العام

لما كانت الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة ومقتصرة على نفقات التشغيل والصيانة دون تحمل نفقات إقامة المرفق، كانت مدة العقد قصيرة حددتها التعليمة 842/94.3 السالفة الذكر بالقول: "... وتجدر الإشارة إلى أن مدة تأجير استغلال المرافق العامة المحلية تختلف عن مدة الامتياز بحيث لا يمكن أن تتجاوز 12 سنة"³.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد إيجار المرفق العام يعرف تطبيقات مختلفة وبالخصوص من طرف البلديات كإدارة حضائر توقف السيارات، أو حقوق التوقف في الأسواق الأسبوعية، كما يستخدم أيضا في استغلال الخدمات العامة للمياه وكذا في شبكة

¹ - فروج نوال وعمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 57.

² - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص ص 256، 257.

³ - التعليمة الوزارية 842/94.3، المؤرخة في 7 سبتمبر 1994، المتعلقة بمنح امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مؤرخة في 7 جويلية 1994، (غير منشورة).

النقل الحضري¹.

الفرع الثاني

عقد الوكالة المحفزة *La régie intéressée*

تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية لعقد الوكالة المحفزة (أولاً)، مثلما يسميها المشرع الجزائري، أو كما يسميها فقهاء القانون العرب بعقد مشاطرة الاستغلال، والتي نحاول عرض البعض منها في هذا الفرع، كما أن هذا الأسلوب من أساليب تفويض المرفق العام² يمثل مركز وسط بين الإدارة المباشرة وأسلوب الامتياز بالنظر إلى الخصائص التي تميزه عنهما (ثانياً)³.

أولاً: تعريف عقد الوكالة المحفزة

نتناول أولاً التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي لهذا لعقد الوكالة المحفزة.

1- التعريف الفقهي لعقد الوكالة المحفزة

تعددت التعريفات التي ساقها الفقهاء لعقد الوكالة المحفزة أو عقد مشاطرة الاستغلال ولعل أبرزها تعريف الفقيه الفرنسي S.Braconnier الذي يعرفه بأنه: "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 العلاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"⁴.

¹ - عيساوي عزالدين، "عقد إيجار المرفق العام (L'affermage)"، ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 19.

² - سليمان حاج عزام سليمان، المرجع السابق، ص 6.

³ - فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص 59.

⁴ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص ص 259، 260.

2- التعريف التشريعي لعقد الوكالة المحفزة

بالرجوع إلى الفقرات 8، 9 و 10 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر يمكن لنا تعريف عقد الوكالة المحفزة بأنه: "العقد الذي تعهد بموجبه السلطة المفوضة لشخص يسمى المفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. هذا الأخير الذي يقوم باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تتولى بنفسها تمويل إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء. كما يتولى كل من السلطة المفوضة والمفوض له تحديد التعريفات التي يدفعها المرتفقين، والتي يحصلها المفوض له لحساب السلطة المفوضة"¹.

وما يلاحظ على هذا التعريف للمشرع الجزائري هو تطابقه مع تعريف الأستاذ S.Braconnier السابق ذكره، وهذا ما يؤكد بأن عقد الوكالة المحفزة هو نفسه عقد مشاطرة الاستغلال.

أن هذا العقد يشجع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها والزيادة من فعالية المرفق، فكلما زادت حرية التسيير اقتربت من طريقة الامتياز والإيجار. والملاحظ أن هذه الطريقة لم تستعمل في الجزائر إلا نادرا كما هو الحال في مصر كذلك على عكس فرنسا، على أساس أن هذا الأسلوب يجسد خصخصة التسيير دون تحمل المسير لعبء البناء والتجهيز وحصوله على مقابل مالي نتيجة تسييره والذي يكون مرتبط برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية².

¹ - أنظر المواد 8، 9 و 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص 260.

وبالعودة إلى التشريع الفرنسي نجد أنه ليس هناك نص تشريعي أو تنظيمي موحد لأسلوب مشاطرة الاستغلال كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز، إلا أن تعريف عقد مشاطرة الاستغلال ورد مثلا في التعلية الوزارية الصادرة سنة 1975 وقد جاء فيها: "يتمثل أسلوب الإدارة غير المباشر بقيام الجماعة العامة بتمويل منشآت المرفق التي تعهد مهمة استغلاله وصيانته إلى شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص لحسابها مقابل عائدات محققة من قبل المنتفعين بل تتمثل في علاوة تتحدد بنسبة مئوية من حجم الأعمال يضاف إليها علاوة تحدد وفقا للإنتاجية وبصورة احتمالية سندا لجزء من الأرباح"¹.

ثانيا: خصائص عقد الوكالة المحفزة

من التعاريف السابقة الذكر يمكن استنتاج أهم خصائص عقد الوكالة المحفزة والمتمثلة في:

- عقد الوكالة المحفزة هو عقد تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام،
- في هذا العقد تتحمل السلطة المفوضة مصاريف إنشاء المرفق العام وإدارته، فالمستغل "Le régisseur" يأخذ المرفق العام جاهزا في حالة نشاط وما عليه إلا أن يضمن استمرارية أداء الخدمات للمنتفعين بهذا المرفق،
- يتلق المفوض له أجرته مباشرة من الجهة المفوضة عن طريق منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح. ومنه نستنتج أن المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة الذي تقدمه الإدارة للمتعاقد معها يتكوّن من عنصرين: عنصر ثابت "مضمون"، وهو مبلغ من المال يتقاضاه المتعاقد من السلطة العامة سواء كان المرفق ناجحا في نشاطه أم خاسرا كنتيجة لتحمل

¹ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، المرجع السابق، ص 260.

الإدارة للمخاطر المالية.

وعنصر متغير، وهو عبارة عن مكافأة إضافية يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام وتحقيقه لأرباح، وتقدر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي¹، مما جعل جانب من 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 كيف هذا النوع من العقود على أنها من عقود تفويض المرفق العام وذلك لأن المقابل المالي المحصل من طرف المفوض له (المسير) مرتبط بنتيجة الاستغلال، وهذا بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 جوان 1999 في قضية "SMITOM"² حيث أكد بأن عقد مشاطرة الاستغلال هو تفويض للمرفق العام بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي وارتباطه باستغلال المرفق*.

- في عقد الوكالة المحفزة يتولى المتعاقدان تحديد مبلغ التعريفات التي يدفعها المستفيدون من المرفق العام والتي يتولى تحصيلها المستغل لحساب السلطة المفوضة³،

- الجماعة العامة هي من تحدد الشروط التقنية، الاقتصادية والمالية لاستغلال المرفق موضوع التفويض في هذا النوع من عقود تفويض المرفق العام⁴.

1- BOITEAU Claudie, Op.cit, p. 100.

2- C.E, 30 Juin 1999, Op.cit.

* تتلخص وقائع هذه القضية (قضية SMITOM) بقيام إحدى النقابات بالتعاقد مع شركة خاصة لجمع النفايات ومعالجتها وحدد المقابل المالي بجزء ثابت يشكل سبعين بالمائة كأجر يدفع من النقابة وجزء آخر متغير يشكل ثلاثين بالمائة من المقابل المالي يدفع من المستفيدين بالاستناد إلى نتائج معالجة النفايات، بحيث أكد مجلس الدولة ارتباط 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 تفويض المرفق العام.

راجع في ذلك: قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 جوان 1999 السالف الذكر.

3- BERRI Noureddine, "La régie Intéressée", projet de recherche intitulé : La délégation de service public en Algérie : Bilan et Perspective, Université Abderrahmane MIRA, Bejaia, 2015, p.27.

4- Ibid.

الفرع الثالث

عقد تسيير المرفق العام La Gérance

يعدّ أسلوب التسيير في إدارة واستغلال المرفق العام طريقة من الطرق القانونية للتفويض الاتفاقي الذي يأخذ شكل عقد يتنازل فيه شخص من أشخاص القانون العام لشخص آخر سواء من القانون العام أو القانون الخاص عن سلطة تسيير المرفق العام. وتقتضي دراسة هذا العقد التطرق إلى تعريفه (أولاً)، وتحديد خصائصه (ثانياً)، وتمييزه عن عقد الوكالة المحفزة (ثالثاً)، لكون كلا العقدين لم يتفق بشأنهما، هل يمكن اعتبارهما من عقود تفويض المرفق العام، وكذا وجود عناصر متشابهة بينهما.

أولاً: تعريف عقد تسيير المرفق العام

نحاول التطرق للتعريف الفقهي لعقد تسيير المرفق العام ثم التعريف التشريعي له.

1. التعريف الفقهي لعقد تسيير المرفق العام

يعرّف الأستاذ F.Chenaud عقد التسيير بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير (شخصاً طبيعياً أو معنوياً من الخواص) تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العامة بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره"، لذا ذهب بعض الفقهاء أمثال الأستاذ S.Braconnier في كتابه "Droit des services publics" إلى استبعاد هذا العقد من دائرة عقود تفويض المرفق العام على أساس أن المقابل المالي مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق، ولا يتحمل المسيّر خسائر وأرباح التسيير¹. وقد تم التطرق إلى هذه المسألة سابقاً.

¹ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، "الطرق القانونية للتفويض الاتفاقي: التسيير "La gérance"، ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 31.

2. التعريف التشريعي لعقد تسيير المرفق العام

قبل صدور المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر، نظم المشرع الجزائري عقد التسيير في القانون الخاص وذلك بموجب القانون رقم 89-01 في المادة الأولى منه*، وهذا العقد المشار إليه في هذه المادة يدخل في طائفة عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم واستغلال الفنادق وبالتالي لا يدخل في طائفة عقود تفويض المرفق العام¹. وبصدور المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر تم اعتماد عقد التسيير كطريقة قانونية للتفويض الاتفاقي بموجب نص المادة 210 فقرات 11، 12، 13 والتي من خلالها يمكن استخلاص تعريف لعقد تسيير المرفق العام على أنه: "عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير تسيير أو تسيير وصيانة مرفق عام بحيث يشغل المفوض له المرفق لحساب السلطة المفوضة على أن تدفع هذه الأخيرة مقابل مالي (أجرا) بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية، حيث تحدد السلطة المفوضة وحدها التعريفات التي يدفعها المرتفقين من المرفق العام والتي يقوم بتحصيلها المفوض له لحساب السلطة المفوضة، تحتفظ هذه الأخيرة بالأرباح. وفي حالة العجز (الخسارة) يتولى المفوض تقديم تعويض للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا"².

أما المشرع الفرنسي فقد أشار إلى أسلوب التسيير في إدارة واستغلال المرفق

* نصت المادة 1 من القانون رقم 89-01 على ما يلي: "عقد التسيير هو العقد الذي يلزم 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 علامة حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع". راجع المادة 1 من القانون رقم 89-01، مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتّم الأمر 75-58، مؤرخ في 6 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، معدّل ومتّم، ج ر عدد 6، مؤرخة في 8 فيفري 1989.

¹ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، "الطرق القانونية للتفويض الاتفاقي: التسيير La gérance"، المرجع السابق.

² - راجع المادة 210 فقرات 11، 12، 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

العام في تعليمية وزير الداخلية رقم 643-75 المتعلقة بتفويض المرفق العام المحلي الصناعي والتجاري كما يلي¹:

"Fondé sur les même bases le contrat de régie intéressée, le contrat de gérance s'en distingue dans la mesure où la collectivité décide seule de la fixation des tarifs. La collectivité conserve les bénéfices ou en cas de déficit rembourse celui-ci au gérant qui reçoit une rémunération forfaitaire (prime fixe annuelle majorée d'une prime proportionnelle au produit livrés).

Dans ce système, le gérant, ne prend aucun risque puisque sa rémunération est toujours entièrement portée en dépenses au compte d'exploitation. C'est cette notion de risque qui fait la différence profonde entre la gérance et l'affermage".

ثانيا: خصائص عقد تسيير المرفق العام

من خلال التعاريف السابق ذكرها يمكن أن نستنتج الخصائص التي يتميز بها

عقد تسيير المرفق العام، والمتمثلة فيما يلي²:

- يعتبر عقد التسيير من عقود تفويض المرفق العام بالنظر إلى هدفه والذي يرمي إلى تقديم خدمة عمومية،
- في عقد التسيير يقوم المفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام لحساب المفوض حتى يضمن استمرارية المرفق العام،
- تتحمل السلطة المفوضة في عقد تسيير المرفق العام مخاطر التسيير، فلا يتحمل المسير أية مسؤولية في حالة عجز المرفق العام،
- في عقد التسيير المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له هو مبلغ جزافي محدد مسبقا في العقد،
- وتحتفظ السلطة المفوضة في عقد التسيير بإدارة المرفق العام وتموله بنفسها، وهي من

¹- فوناس سوهيلة زوجة خباش، "الطرق القانونية..."، المرجع السابق، ص 32.

²- خنتاش عبد المؤمن، تفويض المرافق العامة: عقد الامتياز نموذجا، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون عام داخلي، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص 39.

تتولى تحديد التعريفات التي يدفعها المستفيدون من المرفق وما على المسير سوى تحصيلها لصالح السلطة المفوضة.

ثالثا: تمييز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة

من خلال ما تقدّم، يتبيّن لنا أن طريقة تسيير المرفق العام تشبه كثيرا طريقة الوكالة المحفزة بحيث يصعب التفرقة بينهما من الناحيتين النظرية والعملية، ومع ذلك يتميز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة في كون المتعاقد مع السلطة المفوضة في إطار عقد التسيير يتحصل في مقابل تسيير المرفق العام على مبلغ مالي جزافي محدد مسبقا في العقد كأجر لتسيير المرفق العام ولا يتحمل المسير الخسائر بل تتحملها الهيئة مانحة التفويض، بينما في عقد الوكالة المحفزة يتحصل المتعاقد على نسبة مئوية من الأرباح، عند الاقتضاء¹ وهذا ما نصّت عليه المادة 210 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

تبقى هذه أساليب تفويض المرفق العام التي جاء بها المشرع سواء في الجزائر أو في فرنسا (مهد تقنية تفويض المرفق العام)، وهذا لا ينفي إمكانية اعتماد أساليب أخرى وهذا ما نصت عليه المادة 210 في فقرتها الثانية بالقول: "...كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم..."².

المطلب الثاني

إبرام عقد تفويض المرفق العام

تقوم عقود تفويض المرفق العام في ظل النظام التقليدي على فكرة أساسية وهي

¹ - خنتاش عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 39.

² - راجع في ذلك المادة 210 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247، المرجع السالف الذكر.

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

حرية اختيار المتعاقد* وبالتالي فإن هذه العقود لم تكن خاضعة لأي قيود في إبرامها وبذلك تتمتع السلطة المفوضة بصلاحيات واسعة في اختيار الشخص المفوض له، إلا أن المشرع سواء في فرنسا أو في غيرها من الدول التي أخذت بتطبيقات تفويض المرفق العام فرض في الآونة الأخيرة على مبدأ حرية اختيار الإدارة للشخص المفوض له بعض

* يقوم الاتجاه التقليدي لإبرام عقود تفويض المرفق العام على مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد مع الإدارة فلم تكن تخضع لأية إجراءات في ذلك، وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي فكرة الاعتبار الشخصي كأساس لاختيار المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام أمثال الفقيه "جيز" "فيدال" و"دلفولفيه"، كما استقرّ مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ إذ أكد على عدم التزام الإدارة بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الصفقات العمومية، عندما تبرم عقود امتياز المرافق العامة لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد من جهة، ولعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي يجبر الإدارة على اتباع إجراء محدد عند إبرامها لهذا النمط من العقود من جهة أخرى. ومبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام لم يقتصر تطبيقه على فرنسا وإنما أخذت به غالبية الدول التي عرفت هذه التقنية بصورها المختلفة، فقد اتّبعه المشرع المصري في القانون رقم 47-129 بشأن التزامات المرافق العامة، فلم يحدد أية إجراءات يجب مراعاتها واتباعها لاختيار الملتزم وقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا الموقف في أحد أحكامها بالقول: "...ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح التزامات المرافق العامة في مناقصة عامة قبل منحها والأمر في ذلك متروك للسلطة التقديرية تتصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة العامة". كما أيد الفقه المصري هذا الاتجاه لسببين: السبب الأول، أنّ عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور المنتفع من خدمة المرفق العام محل التفويض الذي يقوم بتقديم خدمة عامة ومن ثم فإن شخصية المتعاقد تكون محللاً للاعتبار من جانب المفوض والتي يجب عليها التركيز على شخصيته حتى لا يؤثر ذلك سلباً على إدارة المرفق محل الامتياز والذي يؤدي إلى نفور الجمهور من المتعاقد لسوء معاملته وكل ذلك يؤثر على سمعة الإدارة.

- والسبب الثاني يكمن في كون الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته وإنما وسيلة تتمكن بها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق العام.

وبقي الأمر كذلك إلى غاية العقد الأخير من القرن الماضي، والذي شهد ظهور اتجاهات تنادي بضرورة التوفيق بين مبدأ الاعتبار الشخصي ومقتضيات الإدارة الحديثة، وبموجب ذلك تم إخضاع عملية اختيار الشخص المفوض له لمجموعة من الإجراءات المتعلقة بالشفافية والمنافسة وقد ساعدت عوامل عديدة على هذا التحول من أهمها التشريعات الأوروبية التي صدرت بشأن إبرام عقود الصفقات العمومية التي يمكن أن تبرمها الإدارة في دول الاتحاد الأوروبي والتي تستند إلى فكرة المنافسة حيث توسع المشروع الأوروبي في تعريف عقود الأشغال العامة التي تخضع لهذه التشريعات لتشمل عقود التزام الأشغال العامة، وكذلك سياسة مكافحة الفساد التي نشطت في فرنسا منذ أواخر الثمانينات من القرن الماضي. وللمزيد من التفاصيل راجع: أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 120، 129.

- فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص ص 69، 72.

القيود التي تفرض على عملية الاختيار وإلزام الإدارة بمراعاة الضوابط القانونية لعقود تفويض المرفق العام¹ وهذا ما كرّسه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره.

وتستلزم عملية إبرام عقد تفويض المرفق العام القيام بمجموعة من الخطوات، إذ يتعيّن على السلطة المفوضة تحديد طريقة تفويض المرفق العام المناسبة (الفرع الأول) وأن تحترم جملة من الإجراءات لإبرام عقد تفويض المرفق العام (الفرع الثاني)، تضمن من خلالها الشفافية والمساواة بين المتنافسين وذلك بهدف اختيار المفوض له المناسب مع مراعاة القيود الخاصة بمضمون عقد تفويض المرفق العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اختيار طريقة تفويض المرفق العام

كما بيّنّا سابقاً لا يتحدد تحقيق تفويض المرفق العام بطريقة محدّدة وإنّما توجد عدة أشكال لإدارة واستغلال المرفق العام كالامتياز وإيجار المرفق العام والوكالة المحفزة والتسيير، مع إمكانية اعتماد طرق أخرى وفق الشروط اللازمة لقيام تفويض المرفق العام ويتعيّن على السلطة المختصة بتفويض المرفق العام اختيار الأسلوب المناسب للتفويض على ضوء مجموعة من الاعتبارات على النحو الآتي:

أولاً: إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام

إذا كان تنفيذ أو تحقيق المرفق العام يتطلب بناء منشآت عامة فإن الإدارة المفوضة تلجأ إلى اختيار طريقة الامتياز، أما إذا كانت مهمة المفوض إليه ل تتضمن إقامة المنشآت والأبنية اللازمة للمرفق فإن الإدارة يمكنها أن تختار طريقة إيجار المرفق

¹- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 119.

العام أو الوكالة المحفزة (مشاطرة الاستغلال)¹.

ثانياً: تغطية تكاليف الاستغلال

الاعتبار الثاني الذي تأخذه الإدارة المفوضة في الحساب لاختيار طريقة تفويض المرفق العام يتعلق بإيرادات استغلال المرفق، فإذا كانت هذه الإيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن الإدارة تلجأ إلى أسلوب امتياز المرفق العام، بينما إذا كانت الإيرادات غير كافية لتغطية التكاليف فيختار الشخص المفوض طريقة الوكالة المحفزة أو عقد التسيير، إذ يحصل المفوض له مقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، فضلاً عن علاوات تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة الخدمة. أما إذا كانت إيرادات المرفق العام تكفي لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة أسلوب إيجار المرفق العام².

ثالثاً: نطاق رقابة الشخص العام

إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية فيختار أسلوب امتياز المرفق العام، أما إذا أراد ممارسة رقابة محدودة فيختار في هذه الحالة طريقة الوكالة المحفزة أو طريقة التسيير³.

رابعاً: نطاق مسؤولية الشخص المفوض له وتحمله المخاطر

في الحالات التي ترغب فيها السلطة مانحة التفويض تحميل المفوض له القسم الأكبر من المسؤولية والمخاطر الناتجة عن استغلال المرفق العام وإدارته فإنها تختار

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 255.

² - أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق ص 130، 131.

³ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام، المرجع السابق، ص 255.

طريقة امتياز المرفق العام، أما إذا أرادت تقاسم مسؤولية المرفق العام ومخاطره مع المفوض له ففي هذه الحالة يكون الأسلوب الأنسب هو أسلوب الوكالة المحفزة أو أسلوب التسيير¹.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 210 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السلف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري منح الإدارة المفوضة حرية اختيار الأسلوب المناسب لتفويض المرفق العام مع الأخذ بعين الاعتبار مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة² وهي نفسها الاعتبارات السابقة الذكر.

الفرع الثاني

إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام

زيادة على خضوع المرفق العام محل التفويض عند تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف*، تخضع اتفاقيات تفويض المرفق

¹ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 482.

² - راجع المادة 210 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

* نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، على وجوب مراعاة المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة عند تفويض إدارة واستغلال المرفق العام للغير وهذه المبادئ هي:

مبدأ استمرارية المرفق العام، والذي يقصد به دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلا أن عدم النص عليه في دفتر الشروط لا يحول دون تطبيقه لارتباطه بالنظام العام الذي يحكم سير المرافق العامة، وحفاظا على مبدأ الاستمرارية فقد قيد المشرع الموظفين في ممارسة حقهم في الإضراب وكذا حقهم في الاستقالة.

- مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام مبدأ دستوري، يقصد به انتفاع جميع المرتفعين بخدمات المرفق العام موضوع التفويض دون تمييز وفقا للشروط القانونية، واحترام تطبيق القانون بالمساواة على جميع المواطنين خاصة فيما يتعلق بالرسوم المطبقة على المنتفعين.

- مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف، ويقصد بهذا المبدأ قدرة المرفق العام على التكيف مع القرارات الاجتماعية والاقتصادية والتقنية والقانونية التي تدخل في البيئة التي يوجد فيها هذا المرفق، فالمفوض له ملزم باتخاذ جميع التدابير

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر*، فالهيئة المفوضة ملزمة باحترام جملة من الإجراءات التي تضمن

= اللازمة بغية تكييف المرفق العام محل التفويض مع التطورات الحاصلة وهذا في إطار المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة. وللمزيد من التفاصيل راجع:

- FIALAIREJ Jacques, Le droit des services public locaux, LGDJ, Paris 1998, p.p.8, 25.

* تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

- ويقصد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، إعطاء الحق لكل شخص تتوفر فيه الشروط القانونية للتعاقد مع الإدارة المفوضة، أن يقدم بتعهداته قصد التقاعد دون تمييز، وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين مما يجرمهم من منافع المنافسة ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كفاءات الإبرام أو من حيث إجراءات الإبرام.

ويقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين ألا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي بالتالي فهو يعد ضماناً للمنافسة الحرة، وهذا ما يمنع الإدارة المفوضة من ممارسة أي تصرف أو فعل يؤدي إلى التمييز بين المتقدمين للتعاقد معها، وتلتزم بذلك بوضع معايير موضوعية بالنسبة لشفافية الإجراءات فإن هذا المبدأ يكرس من خلال اللجوء إلى الإشهار الصحفي وفق الشروط القانونية.

- وبالرجوع إلى القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته نجد أن هذا الأخير قد أكد على المبادئ ذاتها في المادة 9 منه والتي تقضي: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية...". راجع المادة 9 من القانون رقم 06-01، مؤرخ في 7 مارس 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، مؤرخة في 8 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 9 أكتوبر 2011، ج ر عدد 44، مؤرخة في 10 أكتوبر 2011. للمزيد من التفاصيل راجع: زمال صالح، "امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 1، 12.

- تياب نادية، "تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 1، 21.

من خلالها الشفافية والمساواة بين المتنافسين بحكم أن عقود تفويض المرفق العام هي من فئة العقود الإدارية فمن الطبيعي أن تخضع لما تخضع له هذه العقود.

وتتمثل إجراءات تفويض المرفق العام في الإعلان المسبق تحقيقا لمبدأ حرية المنافسة والشفافية (أولا)، واحترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأفضل (ثانيا).

أولا: الإعلان المسبق تحقيقا لمبدأ حرية المنافسة والشفافية

يعتبر الإعلان إجراء ضروري لتكريس مبدأ الشفافية ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة، وقد كرّس المشرع الجزائري هذا الإجراء في مجال الخدمات العمومية للمياه والتطهير وذلك في نص المادة 105 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه والتي تنص على أن: "يتم تفويض الخدمة العمومية للمياه عن طريق عرضها على المنافسة..."¹، كما يقضي المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بوجوب اللجوء إلى الإشهار الصحفي وينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعتين على المستوى الوطني وأن يحتوي الإعلان على مجموعة من البيانات الإلزامية².

ولا يعدّ إجراء النشر إجراء شكليا فقط بل يسمح بتقديم عدة عروض وترشيحات الشيء الذي يسمح بخلق مناخ تنافسي بين المؤسسات مما يؤثر إيجابا على اختيار العرض اللائق لإدارة واستغلال المرفق العام. فالإدارة المفوضة ملزمة باحترام قواعد المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض له مما يؤدي إلى منح إدارة واستغلال المرفق العام للمتعامل الاقتصادي الذي تتوفر فيه المؤهلات التقنية، والذي قدم بدوره ضمانات مالية

¹ - آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، المرجع السابق، ص 43.

² - أنظر المادتان 61 و65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

كافية¹، وهذا ما يؤدي بدوره إلى تحقيق النجاعة والفعالية للمرفق العام محل التفويض ونوعية الخدمة*.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي بموجب قانون "Sapin"، السابق الذكر أخضع إبرام عقود تفويض المرفق العام لقواعد العلانية حيث نصت المادة 38 منه على أنه: "تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام، وبواسطة السلطة المفوضة، لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عدة عروض منافسة، وفقاً للشروط الواردة في مرسوم مجلس الدولة"².

ثانياً: احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأفضل

بعد إجراء الإعلان المسبق والدعوة للمنافسة وتلقي الترشيحات، تقوم الإدارة المفوضة بإعداد قائمة المترشحين، وذلك بفحص الضمانات المهنية والمالية وقدرتهم على إدارة المرفق العام وفق الشروط التي يملها القانون ودون تمييز بين المترشحين، وفي الأخير تقوم الإدارة المفوضة باختيار العرض الأمثل³.

ولا يفوتنا التنويه أنه في حالة عدم استيفاء العروض للشروط القانونية المطلوبة أو عدم وجود عروض فبإمكان السلطة المفوضة الدخول في مفاوضات مباشرة مع

¹ - آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، المرجع السابق، ص 44.

* نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام تعني قدرة الخدمة المقدمة من المرفق العام على تلبية متطلبات المنتفعين وإشباع حاجاتهم على وفق المعايير والمواصفات المعيارية للخدمة التي يقدمها المرفق. وجود خدمة المرفق العام هو المبدأ الرابع الجديد من المبادئ التي تحكم المرافق العامة والذي ظهر نتيجة للتحويلات الجديدة في أواخر القرن العشرين ومطلع القرن الواحد والعشرين والتي أدت إلى تطور المرفق العام. وللمزيد من التفاصيل راجع: ماهر صالح علاوي الحبور، "نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام: المبدأ الرابع الجديد من المبادئ التي تحكم المرافق العامة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 17، العدد 3، 2015، ص ص 373، 374.

² - فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص 77.

³ - آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، المرجع السابق.

مشروع معين، وهنا لا يوجد ما يبرر إجراء المنافسة¹.

بالرغم من اتجاه التشريعات إلى تقرير إجراءات العلانية والمنافسة السابقة لاختيار أفضل العروض دون تمييز في مجال عقود تفويض المرفق العام، إلا أنها قد أوردت بعض الاستثناءات التي تتحلل الإدارة فيها من الالتزام الذي الزمها به القانون بمعنى أنه يجوز للإدارة المفوضة اللجوء إلى التفاوض المباشر مع الشخص الذي ترى توفر عناصر الاعتبار الشخصي فيه من دون أن تلتزم بمراعاة واجب المنافسة والعلانية وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي بموجب المادة 41 من قانون "Sapin"، والمشرع المغربي بموجب المادة 6 من قانون التدبير المفوض 05-54 كذلك، إذ تم تحديد حالات على سبيل الحصر، يجيز فيها للإدارة اللجوء إلى التفاوض المباشر²، وفي الجزائر لم تتضح هذه المسائل بعد نظرا لعد صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدّد إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام والمشار إليه في المادة 207 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يعدّ الإطار القانوني العام لتفويض المرافق العامة، وهذا الإشكال عادة ما يطرح في الجزائر إذ تصدر النصوص القانونية لكنها لا تدخل حيز النفاذ بالمعنى الصحيح نتيجة عدم صدور النصوص التطبيقية لها وهذا ميثرك مسائل كثيرة معلقة.

الفرع الثالث

القيود الخاصة بمضمون عقد تفويض المرفق العام

من المنتظر أيضا أن ينظم المرسوم التنفيذي المحدّد لإجراءات إبرام تفويض

¹ - أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - راجع في ذلك: المادة 41 من القانون رقم 93-122 (Loi Sapin)، والمادة 6 من القانون رقم 05-54، المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة السالف ذكرهما.

المرفق العام مسألة القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام خاصة تلك المتعلقة بمدة العقد (أولاً)، والتي تمت الإشارة إليها في التعليمات الوزارية السالفة الذكر والشروط المالية (ثانياً)، كما هو مكرس في التشريعات المقرنة كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري وكذا التشريع المغربي.

أولاً: القيود الخاصة بمدة عقود تفويض المرفق العام

نتطرق أولاً إلى الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام، ثم التنظيم التشريعي لمدة هذه العقود.

1. الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام

وفقاً للفكرة التقليدية فإن عقود تفويض المرفق العام يجب أن تبرم لمدة طويلة وأهم هذه العقود هو عقد الامتياز، ومبرر ذلك هو تمكين الملتزم من استهلاك قيمة الإنشاءات التي قام بتنفيذها، وأن الامتياز يتضمن تنفيذ أشغال عقارية مهمة تتطلب توظيف أموال ضخمة من أجلها كان الملتزم يلجأ إلى الاقتراض، ويقوم بسداد القروض لمدة طويلة، وهذا ما يحتم أن تكون مدة العقد طويلة كي يتمكن المتعاقد من سداد القروض وتحقيق العائد المالي من استغلال المرفق العام. وإن كانت هذه المبررات صحيحة إلا أن التطبيق العلمي أظهر مبالغة في تحديد مدة عقد التفويض، إذ كانت عقود امتياز الغاز في فرنسا تبرم لمدة ستين أو خمس وسبعين سنة، وفي مجال السكك الحديدية تصل إلى تسع وتسعين سنة، ونفس المدة بالنسبة لمدة عقد امتياز قناة السويس بمصر. والملاحظ أن الإدارة كانت تتمتع بحرية كاملة في تحديد مدة عقد تفويض المرفق العام¹.

¹ - حواشق عصام، المرجع السابق، ص ص 119، 120.

2. التنظيم التشريعي لمدة عقد تفويض المرفق العام

تدخل المشرع في وضع ضوابط تحكم مسألة مدة عقد تفويض المرفق العام وكان التغيير في هذا الاتجاه يستجيب للتطور في الحياة الاقتصادية، وقد تمثل ذلك في وجود مؤسسات مالية بين الملتزم والسلطة مانحة الامتياز، بالإضافة إلى المساعدات المالية المختلفة التي تقدمها الدولة للملتزم، الأمر الذي أبعد الملتزم عن وطأة الاستدانة والقروض لمدة طويلة كما كان من قبل، وبالتالي كان الاتجاه نحو تقصير مدة عقد التفويض¹.

ولم يفرض قانون "Sapin" الفرنسي حداً أقصى لعقود تفويض المرفق العام وإنما أوجب أن يتم تحديد المدة في العقد في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه ووفقاً لطبيعة الاستثمارات المطلوب تنفيذها على ألا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه².

وعليه فمدة عقد تفويض المرفق العام مرتبطة بموضوع العقد ومضمونه أي بنسبة الاستثمارات والأهداف التي يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيقها.

غير أنه إذا كان قانون "Sapin" لم يحدد حداً أقصى لعقود التفويض، فإن قانون 2 فيفري 1995، والذي تتعلق نصوصه بحماية البيئة، تضمن حكماً خاصاً بعقود التفويض الخاصة بمياه الشرب والتطهير والنفايات المنزلية وغيرها من النفايات بحيث نصت المادة 70³ منه على تحديد مدة عقد التفويض بعشرين سنة على الأكثر أي كان نوع العقد، وفي حال أراد طرفا العقد تجاوز هذه المدة يعرض الموضوع على المسؤول عن الخزنة العامة مسبقاً بناء على طلب من السلطة المفوضة⁴. وبالنسبة للمشرع

¹ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص 120.

² - حوادي عصام، المرجع السابق، ص 121.

³ - Voir art.70 de la Loi n° 95-101, Op.cit.

⁴ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص 121، 122.

المغربي فقد سائر نظيره الفرنسي، بموجب قانون التدبير المفوض عكس ما كان عليه الوضع من قبل حيث كانت مدة عقود تفويض المرفق العام لا تتعدى ثلاثين سنة ولا تقل عن خمس سنوات انطلاقاً من التطبيقات التي عرفها المغرب ابتداء من سنة 1997¹.

وفي مصر كان القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرفق العام يحدد مدة الالتزام بثلاثين سنة كحد أقصى، غير أن المشرع المصري الذي قرّر هذا الموقف، تراجع عنه ليقرّر بموجب القوانين الخاصة بإنشاء وإدارة واستغلال المطارات (قانون 1997/3)، والطرق (قانون 1996/229) ومحطات الكهرباء (قانون 1996/100)، على ألا تزيد مدة الالتزام عن تسع وتسعين سنة².

أما في الجزائر فقد حدّدت التعلّمة الوزارية 842/3.94، السالفة الذكر، مدة عقد الامتياز ما بين ثلاثين وخمسين سنة، وتبدو هذه المدة كافية يسترد الملتزم خلالها ما أنقده في إنشاء المرفق العام، كما حدّدت مدة عقد الإيجار ب 12 سنة³، وهذا التحديد هدفه الاحتفاظ بصفة المرفق العام، لأن الهدف من تفويض المرفق العام ليس التنازل عن المرفق وإنما هو طريقة لتسييره فقط. ونتساءل عما إذا كان عقد تفويض المرفق العام قابل للتمديد أو التجديد؟

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أجاز تمديد عقد تفويض المرفق العام في حالتين على أن يصدر به قرار من سلطة التقرير، وهاتان الحالتان هما:

- الحالة الأولى: يجوز التمديد لمدة سنة واحدة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وهذا ما نصّت عليه المادة 02/40 من قانون "Sapin"، وتقدير تلك الأسباب يخضع للسلطة

1- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 141.

2- حوادق عصام، المرجع السابق، ص 123.

3- أنظر الصفحة 12 من الملحق رقم 2.

التقديرية للإدارة المفوضة تحت رقابة القضاء¹.

- والحالة الثانية يجوز التمديد إذا كان المفوض إليه مضطرا من أجل حسن تنفيذ المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي، وبناء على طلب المفوض لتنفيذ استثمارات مادية غير واردة في العقد الأصلي، وأن يكون من شأنها تعديل الاقتصاد العام للعقد مع عدم إمكانية استهلاكها في أثناء المدة الباقية للعقد، إلا مقابل ارتفاع فاحش في الأسعار².

وبالنسبة لتجديد عقد تفويض المرفق العام فلا يكون إلا بإبرام عقد جديد وبإجراءات جديدة لأن قانون "Sapin" لم ينص على ذلك.

وعن موقف المشرع الجزائري من تمديد وتجديد عقد تفويض المرفق العام فلم يحدد الحلول الواجبة الإلتباع في هذا الشأن، سواء في التعلية الوزارية 842/3.94 السابق ذكرها، أو في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

ثانيا: القيود الخاصة بالشروط المالية في عقود تفويض المرفق العام

تتميز عقود تفويض المرفق العام بتطبيق مبدأ حرية التعاقد بشكل واسع سواء في إبرامها أو تحديد شروطها، وهذا ما يؤدي إلى حدوث تجاوزات كثيرة خصوصا ما يتعلق بالشروط المالية للعقد، وهذا ما جعل المشرع يوظف الشروط المالية لمواجهة ظاهرة الفساد والرشوة، لأن الأمر يتعلق بالمال العام.

ومن المسائل المالية التي خضعت للتنظيم التشريعي، مقابل التعاقد في

فرنسا⁴.

¹- Voir art. 40/02 de la Loi n° 93-122, Op.cit.

²- Ibid.

³- حوادق عصام، المرجع السابق، ص 125.

⁴- المرجع نفسه، ص ص 126، 127.

فما المقصود بمقابل التعاقد؟ وكيف نميزه عن المبالغ التي يتحملها المفوض له؟ وكيف نظمّ المشرع هذه المسألة؟

1. المقصود بمقابل التعاقد

مقابل التعاقد أو الدخول "Droit d'entrée" هو عبارة عن مبالغ يقوم مشروع خاص بدفعها أو أشغال يقوم بتنفيذها أو خدمات يقوم بأدائها، من أجل إقناع الوحدات المحلية أن تبرم معه عقد تفويض مرفق عام، ثم يقوم بعكس قيمة هذه المبالغ أو الأشغال أو الخدمات على السعر الذي يدفعه المستفيدون من المرفق¹.

وقد أصبح هذا المقابل من الأمور العادية في هذا النوع من العقود نظرا للصعوبات التي تواجهها الوحدات المحلية من أجل القيام بالتجهيزات في وقت سريع.

2. التمييز بين مقابل التعاقد والمبالغ الأخرى التي يتحملها المفوض له

لا يعتبر من مقابل التعاقد المبالغ التالية²:

- المبالغ التي يدفعها المتعاقد مقابل الانتفاع بالأموال العامة "les redevances"،
- مقابل الانتفاع بالتركيبات القائمة وهي تشكل جزءا من الأموال العامة أيضا، مثل الشبكات الموجودة في باطن الأرض، هذه المبالغ التي تتقاضاها الجهة المتعاقدة مشروعة ويجوز لها أن تأخذ الشروط الخاصة بشغل المال العام في الاعتبار لتحديد التعريف العامة،
- المبالغ التي يدفعها المتعاقد كبديل استغلال المرفق في عقود إيجار المرفق العام،
- المبالغ التي يكون موضوعها تمكين الوحدة المحلية من استداد الدعم الذي سبق أن تم منحه لمرفق تجاري أو صناعي بقصد مواجهة الارتفاعات الباهظة والمفاجئة في الأسعار.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 145.

² - Voir art. 40 de la Loi n° 93-122, Op.cit.

3. موقف المشرع من مقابل التعاقد

نظّم المشرع الفرنسي هذه المسألة بموجب قانون "Sapin" حيث نصّت المادة 40 منه على أنّه: "لا يجوز أن تتضمن عقود تفويض المرفق العام شروطا بمقتضاها يتحمل المفوض إليه تنفيذ خدمات أو دفع مبالغ لا تتعلق بموضوع التفويض"، ومن ناحية أخرى أوجبت هذه المادة: "أن تضمن هذه العقود تبرير قيمة وطريقة حساب مقابل التعاقد والإتاوات التي يدفعها المفوض إليه للسلطة المفوضة" وأخيرا فإن قانون 2 فيفري 1995 المتعلق بحماية البيئة، تضمّن حظرا لدفع مقابل التعاقد إذا كان التفويض يتعلق بمياه الشرب والتطهير والنفايات المنزلية وغير من النفايات¹.

وما يلاحظ على هذه النصوص أنّه يجوز دفع أية مبالغ أو خدمات أو أشغال تتصل بموضوع التفويض وهي القاعدة العامة، والاستثناء أنّه لا يجوز دفع مقابل التعاقد في مواضيع محددة على سبيل الحصر كما جاء في قانون 2 فيفري 1995.

المطلب الثالث

أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام وانتهائه

ينشأ عن عقد تفويض المرفق العام مجموعة من الآثار القانونية التي تتعلق بحقوق والتزامات الأطراف المشتركة فيه، فتنترتب على المفوض له مجموعة من الالتزامات لمصلحة المرفق العام، كما يحوز مجموعة من الحقوق التي تساعده على تحقيق غاياته من التعاقد، في مقابل ذلك تتمتع السلطة المفوضة بمجموعة من السلطات تمكّنها من ممارسة اختصاصها في الإشراف والرقابة على المرفق العام محل التفويض حماية للمصلحة العامة (الفرع الأول).

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 147.

وبما أن عقود تفويض المرفق العام تعدّ من العقود الزمنية فلا بدّ من أجل معين تنتهي به، وهذا الأجل قد يتحقق بصورة طبيعية بحلول الموعد المحدّد في العقد أو قد يتحقق بصور وطرق أخرى¹ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام

نتناول في هذا الفرع التزامات وحقوق المفوض له (أولاً)، ثم نعرض سلطات المفوض المخولة له قانوناً طوال فترة تنفيذ عقد تفويض المرفق العام (ثانياً).

أولاً: التزامات وحقوق المفوض له

تترتب مجموعة من الالتزامات على المفوض له، كما يتمتّع بمجموعة من الحقوق نتيجة قيامه بإدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض والتي نعرضها تباعاً.

1. التزامات المفوض له

تتحد الالتزامات الأساسية للمتعاقد في عقود تفويض المرفق العام في نواحي ثلاث وهي: التزامه بتسيير واستغلال المرفق العام، على مسؤوليته واحترامه للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، وأخيراً التزامه بدفع إتاوات للجهة المفوضة².

أ- التزام المفوض له بتسيير واستغلال المرفق العام على مسؤوليته

يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام موضوع التفويض بنفسه وعلى مسؤوليته متحملاً المخاطر التي تترتب على هذا الاستغلال، ومن ثمّ يكون مسؤولاً 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 موحدة ومطلقة في أساليب

¹ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 145.

² - المرجع نفسه.

التفويض، ففي عقود الامتياز وإيجار المرفق العام يتجسد التزام المفوض له في استغلال المرفق العام بأبهى صورته، لأن المفوض له يؤمن تكاليف الاستغلال للمرفق والأرباح التي ابتغى تحقيقها من المقابل المالي الذي يحصل عليه مباشرة من المنتفعين من خدمات المرفق العام، وبذلك يتحمل بصورة أساسية نتائج الاستغلال وتبقى هذه المسؤولية قائمة حتى في الأحوال التي يقرّر القانون أو بنود الاتفاقية بعض الضمانات لتوفير التوازن المالي للعقد، وحتى في حالة إعمال نظرية الظروف الطارئة، فلا يعفى المفوض له والسلطة مانحة التفويض.

أما في عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير فإن نسبة المخاطر تتخفف، وأي خسارة ستنتج عن استغلال المرفق العام سيشارك المفوض له الجهة العامة مانحة التفويض ويدخل في الجزء المتغير من المقابل المالي¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التزامات المفوض له مع الإدارة تعدّ التزامات شخصية ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له التنازل عنها أو أن يتعاقد من الباطن* إلا بعض الحصول على موافقة السلطة مانحة التفويض وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء وأقرته التشريعات، فمثلا نصت المادة 11 من قانون التدبير المفوض المغربي على أنه: "... لا يجوز تفويت عقد التدبير المفوض إلى الغير، بصفة كلية أو جزئية، إلا بعد موافقة

¹ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 184، 186.

* التعاقد من الباطن (التنازل الجزئي) هو تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير لتنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد ويفترض بطبيعة الحال أن يكون محل العقد قابل للتجزئة ويتحقق هذا الشرط دائما في مجال العقود الإدارية المختلفة ولا سيما عقود تفويض المرفق العام لطول مدتها، ونظرا للتقدم الفني والتقني المتواصل وما يتبعه من التخصص وتقسيم العمل الذي يؤدي بالضرورة إلى إسهام أكثر من شخص في تنفيذ موضوع العقد.

- ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، لأنه في التنازل عن العقد يحل شخص جديد حلولا كلياً محل المتعاقد الأصلي في حقوقه والتزاماته العقدية كافة، في حين يقوم المتعاقد في التعاقد من الباطن بتنفيذ جزء من العقد مع بقاء العلاقة التعاقدية قائمة بين المتعاقد الأصلي والإدارة. راجع في ذلك المرجع نفسه.

المفوض على ذلك كتابة ووفق الشروط المحددة في عقد التدبير المفوض، وإذا تم الإذن بالتفويت، يتعين على المفوض إليه تحمل كامل الالتزامات التي تعاقده بشأنها المفوض¹. ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي والتونسي.

ب- احترام المفوض له المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

نصت المادة 209 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن: "...يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف"²، فمن الالتزامات التي تقع على المفوض له عند تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام مراعاته لهذه المبادئ الأساسية، فالمرفق العام موضوع التفويض يجب أن يستمر سيره مهما كانت الظروف حيث أنّ هناك من المرافق العامة ممن تتطلب الدوام في خدماتها ماعدا حالات القوة القاهرة مثلا. كما أن المرفق العام يجب أن يساير التطورات ويتكيف بفعالية مع المستجدات دون توقف، وهذا ما يقع على عاتق المفوض له، بالإضافة إلى ذلك يلزم المفوض له بمعاملة المنتفعين من المرفق العام موضوع التفويض على قدم المساواة ودون تمييز³، فلا يقبل أي سلوك يمس هذا المبدأ الدستوري (مبدأ المساواة).

ج- التزام المفوض له بدفع إتاوات للجهة المفوضة

يمكن أن يلتزم المفوض إليه بدفع إتاوة للسلطة مانحة التفويض، ويتحقق ذلك 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

¹- أنظر المادة 11 من القانون رقم 05-54، المتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العام، المرجع السالف الذكر.

²- أنظر المادة 209 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

³- سليمان حاج عزام سليمان، المرجع السابق، ص 7.

مرسى علم بمصر الذي نصّ على أن يلتزم المفوض له بدفع نسبة من عائد جميع استثمارات المطار للمالك (الدولة). فالإتاوة توجد بالضرورة دائما في عقود الإيجار وتوجد أحيانا في عقود الالتزام أو الامتياز، فهي فكرة أساسية في الطائفة الأولى من عقود تفويض المرفق العام، وثانوية في الطائفة الثانية من هذه العقود. والتزام المستأجر بدفع الإتاوة للمؤجر يعود إلى كون المستأجر لا يتحمل تكاليف الإنشاءات الأساسية أو الأولية¹.

وتطلق دفاتر الشروط في عقود الإيجار في فرنسا على الإتاوة مصطلح Surtaxe وهو المصطلح المعتمد في الجزائر².

2. حقوق المفوض له

تتحدّد حقوق المفوض له في عقود تفويض المرفق العام في حقه في الحصول على المقابل المالي، وفي الحصول على الامتيازات التي يحتاجها في مجال تنفيذ العقد وأخيرا حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

أ- حق المفوض له في الحصول على المقابل المالي

إنّ المقابل المالي كما ذكرنا سابقا يشترط فيه أن يرتبط بنتائج الاستغلال وتتعدّد صورته وأشكاله بتعدّد أشكال وطرق تفويض المرفق العام. ففي حالة عقود الوكالة المحفّزة وعقود التسيير يتلقّى المفوض له المقابل المالي من الإدارة المفوضة، أما في حالة عقود الإيجار وعقود الامتياز، وبما أن استغلال المرفق العام وتسييره تحت مسؤولية المفوض له مع تحمّله كافة المخاطر، فإنّ المقابل المالي يتحصّل عليه من المنتفعين من خدمات

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 178، 179.

² - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 172.

المرفق العام¹.

وللإشارة فإنّه في عقد التسيير وفي حالة لم يحقّق المفوض له الربح أو في حالة عجزه على تحقيق ذلك تلتزم الإدارة بالتعويض وهذا ما نصت عليه المادة 210 في فقرتها 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره².

ب- الامتيازات الممنوحة للمفوض له من السلطة المفوضة

غالباً ما تقرّر السلطة المفوضة بعض الامتيازات للمفوض له، والتي تساعد على القيام بالمرفق العام موضوع التفويض ومن أهم هذه الامتيازات نذكر:

ب-1- توفير الحماية من المنافسة

من أبرز الامتيازات التي تمنح للمفوض له في عقود تفويض المرفق العام ميزة عدم المنافسة من خلال منحه الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع التفويض والاحتكار قد يكون قانونياً (إقرار المشرع له)، ويمكن أن يتحقق من خلال وسائل أخرى كالإذن من الإدارة مانحة التفويض لاستعمال الأموال العامة كاستخدام الأرصفة والشوارع العامة لتوصيل خطوط الطاقة الكهربائية والتعهد بعدم منح تراخيص بشغل الدومين العام للمشروعات الخاصة المماثلة له في النشاط وهذا من شأنه تحقيق الحماية له من المنافسة من دون الحاجة إلى وجوب تصريح قانوني خاص بمنح الاحتكار. ويجب أن ينص في عقد التفويض على منح هذا الحق للمفوض له³.

ونتساءل عن مدى حق المفوض له بالمطالبة بهذا الامتياز في حالة عدم النص عليه في العقد أو في دفتر الشروط؟ ومدى إمكانية تحلّل الإدارة من هذا الشرط في حالة

¹- آيت موسات ليندة وغانم لياقوت، المرجع السابق، ص 46.

²- أنظر المادة 210 فقرة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

³- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 156.

تغيير الظروف وتطلب المصلحة العامة ذلك؟

فبالنسبة للحالة الأولى أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في البداية رفض التعويض عن الخسائر التي لحقت بإحدى الشركات صاحبة الامتياز لموقف السيارات معللاً قراره بأنّ العقد لم ينص على التزام الإدارة بضمان الحماية من المنافسة. إلا أن المجلس عاد وتبنّى في مرحلة لاحقة موقفا مغايرا في قضية "Tramways de Cherbourg" إذ عدّ فيها أن حماية المفوض له من المنافسة يشكل التزاما على الإدارة حتى لو لم ينص على ذلك صراحة دفتر الشروط¹.

وبالنسبة لخروج الإدارة على شرط توفير المنافسة المنصوص عليه في عقد التفويض فالمسألة أثّرت في فرنسا بخصوص اتفاقية امتياز إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة أولى أن الإدارة ملزمة باحترام هذه الأحكام بصورة كاملة وتامة. وفي مرحلة لاحقة تراجع عن هذا الرأي المتشدّد وأقرّ أنّه يجب على الإدارة المتعاقدة أن تتنبّه المفوض له بضرورة تطوير ظروف استغلال المرفق العام استجابة للتقدم التقني، فإذا ما رفض الاستجابة لهذا الطلب فلها أن تبرم عقدا جديدا مع ملتزم آخر أو أن تمنح ترخيص لأحد الأشخاص لممارسة النشاط ذاته في منطقة الامتياز².

ب-2- تمتع المفوض له ببعض التسهيلات المالية

نظرا للالتزامات التي تقع على عاتق المفوض له جراء إدارته واستغلاله للمرفق العام فإن السلطة المفوضة تقدم له بعض التسهيلات المالية ومثال ذلك تقديم القروض

¹- C.E, 9 Décembre 1932, La compagnie des Tramways de Cherbourg, n° 896550100001001, Req. Leb www.legifrance.gouv.fr.

²- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 157، 158.

على أن يسدّها على دفعات أو منحة أو إعانات مالية، وقد تقوم الإدارة مانحة التفويض بتوفير الأراضي اللازمة لإقامة المرفق العام، كذلك إعفائه من بعض أنواع الضرائب أو التخفيض من قيمتها¹.

ب-3- امتيازات المفوض له بالنسبة للأماك العامة والأماك الخاصة

بالنسبة للأماك العامة يحق للمفوض له استغلال هذه الأماك لإيجار نشاط المرفق العام، لذلك فالأشغال الضرورية لغرض استغلال المرفق تعد أشغالا عامة يتمتع بموجبها بالامتيازات كافة التي تترتب على هذه الصفة. وهذا طبعا في الأماك العامة المخصصة أصلا لنشاط المرفق العام

أما بالنسبة للأماك العامة المخصصة للجمهور، فإن إنجاز نشاط المرفق العام غالبا ما يتقرر حق المفوض له استعمال هذه الأماك كأرصفة والشوارع، فإمدادات المياه مثلا تتطلب حتما المرور من خلال أماك عامة مخصصة للاستعمال الجماهيري².

ولا تقتصر امتيازات المفوض له على الأماك العامة بل تتجاوزها إلى الأماك الخاصة للأفراد، فيخول للمفوض له حق نزع الملكية الخاصة للأفراد وهذا يعتبر من امتيازات السلطة العامة، ومنح المفوض له هذه السلطة لا يكون لحسابه بل لحساب الإدارة مانحة التفويض، وهذه الامتيازات يحددها القانون ويضع لها شروطا خاصة³.

ج- حق المفوض له في ضمان التوازن المالي للعقد

تقوم فكرة عقود تفويض المرفق العام على قاعدة مؤداها نقل المخاطر المرتبطة

¹- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص158.

²- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 159، 160.

³- المرجع نفسه، ص 161.

بالمرفق إلى المفوض له إلا أن تطبيق هذه القاعدة لا يعني تخلي السلطة مانحة التفويض عن المشاركة في تحمّل جانب من المخاطر التي قد تطرأ على عملية استغلال المرفق العام محل التفويض لذلك استقر الفقه والقضاء على التزام الإدارة المفوضة بالمحافظة على التوازن المالي لعقد التفويض بما يتفق ونية الأطراف عند إبرام العقد¹.

ومرت فكرة التوازن المالي في نطاق عقود تفويض المرفق العام بمراحل زمنية متعاقبة تطورت فيها من حيث مضمونها ونطاق تطبيقها، فالفكرة التقليدية لعقود تفويض المرفق العام قامت ابتداءً على تحمل المفوض له الجزء الأكبر من المخاطر لكن الوضع تغير لاحقاً مع بداية القرن العشرين فقد أدت ظروف الحرب العالمية الأولى وما تلاها من اضطرابات اقتصادية إلى ضرورة تدخل الدولة لمعاونة المفوض له لمواجهة المخاطر التي أدت إلى عرقلة سير المرفق العام أو توقّفه وهو ما دفع القاضي الإداري إلى ابتداء النظريات الكبرى التي عرفت بنظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري*.

وقد أدّى هذا التطور الذي لحق فكرة المخاطر في عقود تفويض المرفق العام إلى

1- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 162.

* ابتدع مجلس الدولة الفرنسي حلاً لمواجهة المخاطر الاستثنائية التي ترافق تنفيذ العقد الإداري وقد اختلفت الحلول التي أوجدها مجلس الدولة باختلاف مصدر المخاطر التي تطرأ أثناء عملية التنفيذ وهكذا صنفت هذه الحلول التي حدّدت تحت تسمية نظريات إعادة التوازن المالي للعقد إلى ثلاث نظريات وهي: نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

- وتعرف نظرية فعل الأمير بأنها: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد". ويشترط لتطبيق هذه النظرية وجود عقد إداري، وأن يكون الفعل الضار صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ويلزم أن يلحق ضرر خاص بالمتعاقد يسيراً كان أو جسيماً، وألا يشكل عمل الأمير خطأً من جانب الإدارة المتعاقدة بمعنى أن يدخل في نطاق السلطات التي تتمتع بها، ويجب أن يكون العمل الصادر غير متوقع ويتمثل أثر هذه النظرية في تعويض المتعاقد كل الأضرار التي لحقت به جراء هذا العمل بما يعيد التوازن المالي للعقد.

- أما نظرية الظروف الطارئة فبمقتضاها إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده وأدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وأكثر كلفة، جاز =

الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية مستقلة في إدارة واستغلال المرافق العامة

تضمنين الإدارة لهذه العقود نصوصا تجيز إعادة النظر في الجوانب المالية للعقد في حالة حدوث تغيرات أو ظروف معينة سواء في الحالة العادية أو في الحالة الاستثنائية كما أصبح المشرع في غالب الأحيان يلجأ إلى التدخل في مجال إعادة التوازن المالي لعقود التفويض، إما بإلزام الأطراف بإعادة النظر في التوازن المالي للعقد بصفة دورية وفق ضوابط محددة، أو يتدخل مباشرة ويضع هذه الضوابط مسبقا. وهكذا أصبح تحقيق التوازن المالي لعقود تفويض المرفق العام في الوقت الحاضر يتم في حالة الظروف والمتغيرات الاقتصادية العادية من خلال أساليب وطرق عديدة كإقرار صيغ محددة لإعادة

= للمتعاقدين (المفوض له) مطالبة الإدارة المفوضة الإسهام معه لتحمل النتائج المترتبة لتلك الظروف الطارئة، والمجال الخصب لتطبيق هذه النظرية هي عقود الامتياز. وتتمثل شروط تطبيق هذه النظرية في حدود ظرف طارئ أثناء تنفيذ العقد والذي يؤدي إلى اختلال واضطراب في الشروط المتفق عليها في العقد، ويشترط في الظرف الطارئ أن يكون غير عادي، وغير متوقع، ومستقل عن المتعاقد، وأن يكون وقت الظرف الطارئ وقت تنفيذ العقد. أما الشرط الثاني فيتمثل في إخلال هذا الظرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد (قلب اقتصاديات العقد). وأهم الاعتبارات التي أسست عليها هذه النظرية هي استمرار سير المرفق العام بشكل منتظم ومطرد. ويترتب على أعمال هذه النظرية استحقاق المتعاقد للتفويض في شكل معاونة تقدمها الإدارة المفوضة للمفوض له، فالخسارة في ظل هذه النظرية توزع بين طرفي العقد.

- وبالنسبة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فتتلخص في أنه إذا صادف المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية غير عادية أدت إلى إرهاقه كان من حقه المطالبة بالتفويض الكامل عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات. والمجال الخصب لهذه النظرية هو عقود الأشغال العامة، مما جعل جانب من الفقه الفرنسي يقول بعدم تطبيقها في غير هذا المجال، وهو الرأي الذي أيده مجلس الدولة الفرنسي. وتتمثل شروط تطبيق هذه النظرية في وجوب أن تكون الصعوبات من طبيعة مادية (ظواهر طبيعية مثل طبيعة الأراضي أو يكون مصدرها فعل بعض الناس كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعد العقد كذا لا تعد كل صعوبة تصادف المتعاقد مادية)، وأن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة طرفي العقد، وغير متوقعة عند إبرام العقد، وأن تكون ذات طابع استثنائي بحت، وأن تؤدي إلى إرهاب المتعاقد ماليا. ويترتب على تطبيق هذه النظرية التفويض الكامل للمتعاقد يشمل ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب ويشترط لاستحقاق التفويض أن يستمد المتعاقد في تنفيذ العقد رغم تلك الصعوبات. للمزيد من التفاصيل راجع: بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2005.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1984.

النظر بتوازن العقد الاقتصادي خلال فترة زمنية محددة أو في حالة تحقيق حالات معينة ويتم إقرار ذلك بواسطة العقد نفسه أو من خلال النصوص القانونية، وقد يتحقق ذلك أيضا بصورة مساعدات أو إعانات تقدم من الدولة إلى المفوض له.

كما يتم تحقيق التوازن المالي كذلك في الظروف والمتغيرات الاقتصادية غير العادية (الاستثنائية) على أساس النظريات السالفة الذكر¹.

ثانيا: سلطات الإدارة المفوضة

تتمتع الإدارة في نطاق عقود تفويض المرفق العام، بمجموعة من السلطات والتي يمكن تحديدها في ثلاثة نواحي وهي سلطة الرقابة، وسلطة التعديل الانفرادي للعقد وسلطة توقيع الجزاءات.

1- سلطة الرقابة الإدارية

نتطرق أولا إلى مضمون الرقابة الإدارية ثم نتناول صورها وحدودها.

أ- مضمون الرقابة الإدارية

تمارس الإدارة المفوضة سلطة الرقابة على المفوض إليه بالنظر إلى دفتر الشروط، وهنا الرقابة تأخذ شكل الرقابة على تنفيذ البنود التعاقدية المتفق عليها، وهذا هو المعنى الضيق لفكرة الرقابة².

لكن في عقود التفويض تتمتع الإدارة بسلطات أوسع، فبالإضافة إلى مراقبة مدى تنفيذ المفوض له للبنود التعاقدية_ وهنا عمل الإدارة هو تكريس البنود التعاقدية_ فإن رقابة الإدارة تتعدى هذا الالتزام إلى الرقابة على ما لم يتم الاتفاق عليه تحت غطاء تحقيق المصلحة العامة، إذ أن الإدارة العامة تبقى دائما المسؤولة عن المرفق العام. وهنا تظهر

¹- أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 165، 171.

²- حوادي عصام، المرجع السابق، ص 131.

أهمية الرقابة فمن جهة تظهر كحق للسلطة المفوضة، ومن جهة أخرى تظهر كالالتزام يقع على عاتقها، هذه الفكرة الأخيرة توضح بصفة كبيرة في عقود الامتياز، حيث بإمكان المستفيدين من خدمات المرفق العام دعوة وإلزام مانح الالتزام (الامتياز) بممارسة الرقابة الإدارية، بل وحتى تحريك مسؤوليته في حالة الإخلال بالالتزامات الرقابية¹.

ب- صور الرقابة الإدارية

تمارس الرقابة الإدارية وفق أساليب متعددة، فإما تمارس بواسطة السلطة المفوضة نفسها وهنا تتم وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام، بحيث تفرض النصوص الخاصة المتعلقة بهذا المجال التزام على المفوض له المرفق العام، مؤداه ضرورة تقديم تقرير سنوي* أو دوري**، يتضمن مختلف الحسابات التي تبين عمليات تنفيذ المرفق العام ونوعية الخدمة مع ملحق يسمح للإدارة بتقييم تنفيذ تفويض المرفق العام.

ويفرض القانون في مجال المياه² والطيران¹ على المفوض إليه تقديم الوثائق التقنية والمالية والمحاسبية وكل المعلومات والإحصائيات الضرورية للقيام بعملية التقييم.

¹ - عيساوي عز الدين، "سلطة الرقابة Le pouvoir de contrôle"، ضمن مشروع بحث حول: تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص ص 9، 10.

* تنص المادة 109 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه، السابق الذكر، على أنه: "يجب على صاحب الامتياز تقديم تقرير سنوي للسلطة المانحة للامتياز يسمح بمراقبة شروط تنفيذ تفويض الخدمة العمومية وتقييمها...".

** كما نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 على أنه: "يجب على صاحب الامتياز أن يزود دوريا مدير الولاية المكلف بالنقل المختص إقليميا بالمعلومات الإحصائية المتعلقة بتنقلات المركبات، وتدفق المسافرين وانتظام استغلال الخدمات والمواقيت لدى الناقلين المرخص لهم قانونا، وبالمستخدمين العاملين والعوارض والحوادث المسجلة وكذلك التسعيرات المطبقة"، مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها، ج ر عدد 82 مؤرخة في 23 ديسمبر 2004.

² - أنظر المادة 110 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

وإما أن تمارس هذه الرقابة الإدارية بواسطة لجان التحقيق والرقابة في عين المكان، حيث تسمح النصوص القانونية للأعوان القيام بالفحص والرقابة والاطلاع على الوثائق في الأمكنة، إذ تنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 السابق الذكر على ما يلي: "...ويتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها فجائيا وبانتظام، الأعوان التابعون للسلطة المانحة الامتياز أو الأعوان الذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختصة. ويتعين عليه بهذه الصفة، تزويدهم بكل المعلومات أو الوثائق الضرورية من أجل تأدية مهامهم ومساعدتهم على ذلك"².

يعهد التحقيق فيفرنسا إلى: "اللجنة الوزارية للتحقيق في العقود وتفويض المرفق العام" والتي أنشأت بقانون 3 جانفي 1991 بشأن الوضوح وسلامة الإجراءات التعاقدية وتم تعديل نظام الرقابة التي تمارسها هذه اللجنة بقانون "Sapin"، واختصاص هذه اللجنة بالتحقيق يتجاوز عقود تفويض المرفق العام، لأنه يغطي أيضا العقود الأخرى. واختصاص هذه اللجنة محدود من الناحية الشخصية، لأنها لا تختص إلا بالتحقيق مع عقود فئة من الأشخاص بصفتهم مفوض إليهم فقط (الأشخاص الإقليمية والمؤسسات العامة وشركات الاقتصاد المختلط ذات المصلحة القومية وشركات الاقتصاد المختلط المحلية)، كما أن اختصاصها محدود من الناحية الموضوعية لأن دورها يقتصر على إجراء تحقيق بشأن سلامة ونزاهة إبرام هذه العقود، وتظل أهمية هذا التحقيق محدودة، لأن اللجنة لا تملك توقيع أي جزاء إنما مهمتها تقتصر على كشف وجه المخالفة، وتقوم بإبلاغها إلى السلطات الإدارية، وبإمكان أن ينتهي الأمر إلى رفع دعوى قضائية في حال

¹ - أنظر المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43، مؤرخ في 26 فيفري 2000، يحدد شروط وكيفيات استغلال الخدمات الجوية، معدّل ومتّم، ج ر عدد 8، مؤرخة في 1 مارس 2000.

² - أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المرجع السالف الذكر.

ارتكاب جرائم متعلقة بالمجال. وللإشارة فإنّ رفع الأمر إلى لجنة التحقيق يتم بطلب من الوزير الأول أو الوزير المختص أو محكمة الحسابات¹.

ج- حدود سلطة الرقابة الإدارية

تمارس الرقابة الإدارية وفق حدود معينة، ويتعلق الحد الأول بطبيعة عقد التفويض إذ لا يمكن للرقابة أن تمتد إلى حد أن تمس بطبيعة عقد التفويض وتمسخه، فلا يجوز للسلطة المفوضة تغيير عقد الامتياز ليتحول إلى عقد الاستغلال المباشر في إطار ممارستها للرقابة، إذ لا يمكن لها تجريد صاحب الامتياز من سلطة المبادرة حتى لا يكون مجرد منفذ لها².

أما الحد الثاني من حدود الرقابة فيتعلق بمحتواها، إذ تقتصر الرقابة على النشاط الذي يشكل تسيير المرفق نفسه أما اختيار الوسائل التي بمقتضاها يكفل الملتزم سير المرفق مثل شراء أدوات أو اختيار عمال فإن المفوض له هو المسؤول عنها، فالرقابة تقتصر على نشاط الاستغلال وليس على وسائل الاستغلال³.

وتجدر الإشارة إل أن الإدارة المفوضة بالإضافة إلى تمتعها بسلطة الرقابة الإدارية بإمكانها أيضا ممارسة الرقابة المالية على المفوض إليه، غير أن النصوص القانونية تمنح هذه الصلاحيات لهيئات مختصة. فالقانون يمنح لمجلس المحاسبة والمجالس المهنية للمحاسبة سلطات قضائية في مجال الرقابة المالية على الأموال العامة. وتعتبر الرقابة المالية على المفوض له أمرا جديدا، لأنه حتى صدور التشريعات الخاصة بعقود تفويض المرفق العام فإن القضاء المالي لم يكن له أي اختصاص في مجال الرقابة

¹ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص ص 133، 134.

² - عيساوي عز الدين، "سلطة الرقابة Le pouvoir de contrôle"، المرجع السابق، ص 11.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

على المفوض له، فرقابته تشمل الإدارات العمومية المركزية والإقليمية، لكن تحت غطاء مكافحة الرشوة والمحسوبية وإضفاء الشفافية على عقود تفويض المرفق العام، تم تمديد اختصاص القضاء المالي ليشمل المفوض له¹.

بالإضافة إلى الرقابة الإدارية والرقابة المالية على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام هناك أيضا رقابة المشروعية، وفي الحقيقة فإن مصطلح رقابة المشروعية يحيلنا إلى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة غير أن النموذج الجزائري في الرقابة على أعمال الهيئات الإقليمية يبقى نموذجا تقليديا حيث يمنح سلطة الوصاية ممارسة صلاحيات عديدة في مجال الرقابة إذ يعاد استنساخ نموذج "الإدارة القاضية" في هذا المجال، فالعقود التي تبرمها الهيئات الإقليمية والمتعلقة بتفويض المرفق العام تخضع لموافقة السلطة الوصية وإذا قدرت هذه الجهة عدم مشروعية العقد تخضعها لرقابة المشروعية (تحيلها إلى الجهة القضائية الإدارية المختصة)². إذن فالرقابة التي تمارسها الهيئات الإدارية في إطار المشروعية لا تشمل الرقابة على تنفيذ تفويض المرفق العام لكنها تمتد لتشمل مطابقة العقد للنصوص القانونية (مدى احترام العقد للقانون)³.

2- سلطة التعديل الانفرادي للعقد

تمارس الإدارة مانحة التفويض سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وتستمد الإدارة هذا الحق من مبدأ قابلية المرفق للتكيف والتطور وذلك لتغير مقتضيات المصلحة العامة حسب الظروف المحيطة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يرد عليها مجموعة

¹ - عيساوي عز الدين، "سلطة الرقابة Le pouvoir de contrôle"، المرجع السابق، ص 11.

² - المرجع نفسه، ص ص 12، 13.

³ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، 190.

- من القيود الواجب مراعاتها من طرف الإدارة المفوضة وتتمثل هذه القيود فيما يلي¹:
- أن يقع تغيير في الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها إعمالاً لمبدأ قابلية المرفق للتكيف،
 - أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق العام، وليس على الشروط الخاصة بالمزايا الممنوحة للمفوض له ولا سيما المزايا المالية فلا يمكن للإدارة مانحة التفويض أن تقوم بتعديلها بإرادتها المنفردة، وبالنسبة لعقد الامتياز يقتصر تطبيق سلطة التعديل على الشروط اللاتحوية من دون الشروط التعاقدية، فمثلاً يمكن للإدارة تعديل الشروط الخاصة بتحديد سعر التعريفية وفق مقتضيات المصلحة العامة، ولا يمكنها تعديل الشروط المتعلقة بتحديد مدة العقد لأن المدة تشكل ضماناً مهمة للمفوض له تجاه الجهة الإدارية مانحة التفويض،
 - عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد حتى لا يصل الأمر إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب،
 - احترام قواعد المشروعية، والمقصود بهذا الشرط أن يصدر قرار الإدارة بتعديل العقد مستوفياً لأركانه مراعيًا للقواعد التي يقتضيها مبدأ المشروعية تحت طائلة البطلان.

3- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

- تخضع عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية في حالة إخلال المفوض له بأحد التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد، أو التنفيذ المخالف للشروط والمواصفات المطلوبة والمتفق عليها أو التأخير في التنفيذ أو التنازل للغير عن العقد من دون موافقة الإدارة².

¹- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 207، 212.

²- المرجع نفسه، ص ص 212، 213.

وتشترك الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المفوض له بمجموعة من الخصائص مع العقود الإدارية الأخرى، كما تستقل بصورة معينة من الجزاءات والتي تتناسب مع طبيعة عقد تفويض المرفق العام.

3-أ- الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية

يمكن إجمال الخصائص التي تتميز بها الجزاءات التي بإمكان فرضها على المفوض له من طرف الإدارة المفوضة فيما يلي:

- حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء ما عدا عقوبة إسقاط الالتزام إذ يجب صدورها من القضاء وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي¹،

- حق الإدارة في توقيع الجزاء حتى لو لم ينص عليه في العقد²،

- توقيع الجزاء لا يحتاج إلى إثبات الإدارة لوقوع ضرر معين، فالضرر في هذه الحالة مفترض نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، ولأن الغاية من هذه الجزاءات هو تأمين السير الحسن للمرفق العام وليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه³،

- لا تملك الإدارة المفوضة سلطة توقيع عقوبات جزائية، فلا يملك هذا الحق إلا القضاء⁴،

- خضوع الإدارة لرقابة القضاء، فهو يراقبها في استعمالها لهذه السلطة من حيث توفر شروط توقيع تلك الجزاءات، ومدى تناسبها مع حجم الخطأ المرتكب، وهذه تعدّ

¹- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 353.

²- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 214.

³- المرجع نفسه.

⁴- المرجع نفسه.

بمثابة ضمانات من الضمانات الممنوحة للمفوض له¹.

3-ب- صور الجزاءات في عقود تفويض المرفق العام

تتمثل الجزاءات التي توقع على المفوض له في عقود تفويض المرفق العام في الغرامات ووضع المرفق العام تحت الحراسة والإسقاط أو الفسخ.

3-ب-1- الغرامات

الغرامات هي مبلغ مالي تقدّره الإدارة وتنص عليه في العقد وتستحقه عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، وتكون هذه الغرامات محدّدة ولا يمكن للإدارة الزيادة فيها، وليس للمتعاقد الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم يصبها ضرر أو أن الضرر لا يتناسب مع الغرامة، ولا يقع عبء إثبات الضرر على الإدارة المفوضة وقبل توقيع الغرامة يجب على هذه الأخيرة إعدار المفوض له، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة فيمكن أن توقع من دون إعدار، كما يجوز للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من دفع الغرامات التي فرضتها عليه كلها أو بعضها في حالات محددة منها حالة القوة القاهرة، أو عدم التزام الإدارة بتعهداتها في مواجهة المفوض له أو إذا قدّرت الإدارة أنه لم يلحق ضرر بالمصلحة العامة².

3-ب-2- وضع المرفق تحت الحراسة

وضع المرفق تحت الحراسة يقصد به حلول الإدارة المفوضة محلّ المفوض له بصورة مؤقتة لضمان تسيير المرفق العام من دون توقف أو انقطاع على حساب ونفقة المفوض له، وهذا الجزء يؤدي إلى رفع يد المفوض إليه مؤقتاً عن إدارة واستغلال المرفق العام، وليس إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، وتلتزم الإدارة المفوضة بإدارة واستغلال المرفق

¹- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 214، 215.

²- المرجع نفسه، ص 216.

العام محل الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط¹.

3-ب-3- الإسقاط والفسخ

اصطلاح الإسقاط استعمله مجلس الدولة الفرنسي وخصّ به عقد الامتياز دون سائر العقود الأخرى، حيث يستعمل مصطلح الفسخ بالنسبة لعقود الإدارة الأخرى، وتملك السلطة المفوضة هذا الحق حتى ولو لم ينص عليه العقد استنادا لسلطتها في تنظيم وتسيير المرفق العام، ولا بدّ من توافر شروط لإعمال هذا الحق والتمثلة في²:

- يجب أن يرتكب المفوض له خطأ بالغ الجسامة، ويقرر القاضي الإداري مدى تناسب الخطأ مع هذا الجزاء، ومن الأخطاء التي تستوجب الإسقاط في نظر مجلس الدولة الفرنسي التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة مانحة التفويض ووقف استغلال المرفق لفترات متلاحقة مثلا.

- إغذار المفوض له قبل توقيع الجزاء سواء تم النص على هذا الشرط في العقد أم لم يتم النص عليه إلا في حالات استثنائية كحالة إعلان المتعاقد عن عجزه التام عن إدارة المرفق، فيجب أن يكون المبرر صحيحا ومقبولا.

- أن يصدر حكما قضائيا بالفسخ، وهذه الخاصية ينفرد بها عقد امتياز المرفق العام على خلاف القاعدة العامة والتي تقضي بانفراد الإدارة العامة بتوقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة من دون حاجة للالتجاء إلى القضاء.

الفرع الثاني

نهاية عقد تفويض المرفق العام

يعتبر عقد تفويض المرفق العام من العقود الزمنية، لذلك قد ينتهي نهاية عادية

¹- حوادق عصام، المرجع السابق، ص ص 143، 145.

²- المرجع نفسه، ص ص 145، 147.

أي بانتهاء مدته المتفق عليها بين المفوض والمفوض له عند إبرام اتفاقية التفويض، وقد ينتهي نهاية غير عادية أي قبل انقضاء مدته لأسباب متعددة مثل الاسترداد أو إنهاء العقد للصالح العام (أولاً)، الإسقاط والفسخ الجزائي.

وتثير نهاية عقود تفويضات المرفق العام مشكلات قانونية متميزة عن تلك التي تثيرها نهاية العقود الإدارية الأخرى، وتتمثل المشكلة الأولى بمدى التزام سلطة التفويض بعقود العمل التي أبرمها المفوض له أثناء قيامه بإدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وأيضا التعهدات الأخرى غير عقود العمل وهذه المشكلة تثير فكرة الحل بصفة عامة (حلول الإدارة محل المفوض له)، أما المشكلة الثانية فهي تصفية عقد التفويض (ثانياً).

أولاً: طرق انتهاء عقود تفويض المرفق العام

ينتهي عقد تفويض المرفق العام بإحدى الطريقتين: إما نهاية عادية وإما نهاية غير عادية.

1- النهاية العادية لعقود تفويض المرفق العام

تنتهي عقود تفويض المرفق العام كما سبق وأن ذكرنا نهاية طبيعية أو عادية باعتبارها من العقود الزمنية، وتتفاوت مواقف التشريعات من تحديد مدة عقود التفويض فبعضها يذهب إلى الاكتفاء بالنص على أن يضمن عقد التفويض تحديد مدة العقد، وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي، في حين أن بعض التشريعات تتولى بنفسها تحديد المدة القصوى للعقد، وهذا ما تم تكريسه في التعليمات الوزارية 842/3.94 السابق ذكرها بالنسبة لعقود الامتياز وإيجار المرفق العام في الجزائر¹.

¹ - أنظر الملحق رقم 2.

2- النهاية غير العادية لعقود تفويض المرفق العام

والطريقة الثانية لنهاية عقود تفويض المرفق العام هي النهاية غير العادية أي نهاية العقد قبل المدة المحددة في الاتفاقية، ويكون ذلك وفق صورتين وهما الاسترداد والإسقاط والفسخ.

أ- استرداد المرفق

للإدارة مانحة التفويض حق استرداد المرفق العام محل التفويض من المفوض له إذا قررت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك وتحل محل المفوض له في كل متعلقاته وتعوض المفوض له عما يصيبه من ضرر نتيجة ذلك، ويتم الاسترداد بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد بندا يمنح للإدارة هذا الحق، فمثل هذا البند كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد¹، وعادة ما يستلزم المشرع ضرورة أن ينظم عقد تفويض المرفق العام حق السلطة المفوضة استرداد المرفق للتوفيق بين مصالح الطرفين (المصلحة العامة التي تمثلها الدولة والمصلحة المالية للمفوض له). ويمكن أن يتحقق استرداد المرفق العام من خلال ثلاث صور وهي²:

أ-1- الاسترداد التعاقدى

وتتحقق هذه الصورة من الاسترداد عندما ينص في العقد على حق الإدارة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الأجل المحدد للعقد، وتقرير الاسترداد التعاقدى قد يكون أمرا وجوبيا يفرض المشرع تنظيمه، وقد يتقرر ذلك من دون وجود نص قانوني يقره وينظم كيفية ممارسته وذلك بأن ينص الأطراف في العقد على هذا الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته، ويعوّض المفوض له نتيجة استرداد الإدارة للمرفق العام.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 726.

² - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 221، 223.

أ-2- الاسترداد غير التعاقدى

الاسترداد غير التعاقدى وهو الاسترداد الذي تقرره الجهة الإدارية مانحة التفويض بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره وذلك بداعي المصلحة العامة، ويتحصل المفوض له في هذه الحالة على تعويض كامل يشمل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، لذا غالبا ما تتردد الإدارة في اتخاذ مثل هذا الإجراء¹.

أ-3- الاسترداد التشريعي

يتحقق الاسترداد التشريعي من خلال صدور قانون خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين، وطبقت هذه الصورة في فرنسا عدة مرات حيث تم استرداد بعض المرافق المهمة مثل إنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة التزام سنة 1913، واسترداد مرافق الامتياز المحلية سنة 1947، وفي مصر لجأ المشرع إلى هذا الأسلوب في إنهاء امتياز شركة قناة السويس بموجب القانون رقم 56-285 لسنة 1956².

ب- الاسقاط والفسخ

الاسقاط كطريقة غير عادية لإنهاء عقد تفويض المرفق العام قد تمّ الحديث عنها سابقا في صور الجزاءات التي تفرضها الإدارة المفوضة على المفوض له، أما الفسخ فيتخذ ثلاث صور وهي:

ب-1- الفسخ الاتفاقي

الفسخ الاتفاقي هو الفسخ الذي يتم بين الإدارة المفوضة والمفوض له قبل نهاية مدة العقد، وقد يختلط من حيث الواقع بطريقة الاسترداد التعاقدى، ولكن الطريقتان

¹- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 223.

²- المرجع نفسه، ص 223، 224.

مختلفتان، لأن حق الإدارة في الاسترداد حق أصيل سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه، أما الفسخ الاتفاقي فهو ثمرة لتراض كامل بين الإدارة والمتعاقد معها¹.

ب-2- الفسخ بقوة القانون

الفسخ بقوة القانون هو الفسخ الذي يتحقق إذا استنفذ محل عقد التفويض، أي حالة عدم وجود محل العقد، كحالة وفاة المفوض له مالم يكن هناك نص على قيام الورثة بتنفيذ المرفق العام بعد وفاة المفوض له²، وحالة القوة القاهرة أيضا والتي معها لا يمكن تنفيذ العقد.

ب-3- الفسخ القضائي

قد يلجأ المفوض إليه إلى القضاء طالبا إنهاء العلاقة التعاقدية قبل المدة المحددة لانتهاء العقد، في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية والتي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وكذا في حالة التعديل الانفرادي للإدارة لبنود العقد مما يؤثر سلبا يؤثر سلبا على الإمكانيات الاقتصادية أو الفنية للمفوض له³.

ثانيا: المشكلات القانونية التي تثيرها نهاية عقود تفويض المرفق العام

تثور عادة بعد انتهاء مدة عقد تفويض المرفق العام مشكلات تتعلق إحداها بمدى حلول السلطة المفوضة محل المفوض له لمختلف التعهدات التي ارتبط بها هذا الأخير أثناء قيامه بإدارة واستغلال المرفق العام، والثانية تتعلق بتصنيف عقد التفويض.

1. حلول السلطة المفوضة محل المفوض له

تباينت الحلول المطبقة في التشريعات المقارنة (كفرنسا ومصر) بشأن مدى التزام

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 723، 724.

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 518.

³ آيت موسات ليندة وغانم الياقوت، المرجع السابق، ص 49.

سلطة التفويض بعقود العمل التي أبرمها المفوض إليه مع عماله أثناء قيامه باستغلال المرفق العام، وكذا الالتزامات الأخرى التي ارتبط بها، فالقاعدة في فرنسا هي التزام السلطة مانحة التفويض بعقود العمل التي أبرمها الملتزم وذلك تطبيقاً لقانون العمل ولقد تضاربت الأحكام القضائية في هذا الشأن إلى أن قضت محكمة النقض الفرنسية عام 1990 باستمرار عقود العمل في مواجهة السلطة مانحة الالتزام والملتزم الجديد، وذلك بهدف كفالة الاستقرار للعمال في وظائفهم. وبالنسبة للالتزامات الأخرى فإن الحل لا يرد إلا على التعهدات التي تكون لازمة لسير المرفق العام (موضوعها المباشر تنفيذ الأشغال في عقود الأشغال، أو الاستغلال أي عقود العمل أو عقد استعمال المال العام) وليس التعهدات التي يكون موضوعها القروض حتى وإن خصص مبلغ هذا القرض لإنجاز الأشغال والاستغلال¹.

أما القضاء المصري فقد أقر عدم حلول السلطة المفوضة محل الملتزم لأنها لا تعتبر خلفاً له، وبناء على ذلك أقر مجلس الدولة عدم التزام مؤسسة النقل العام بأداء المبالغ المستحقة عن الملتزمين السابقين مثل الإتاوات والغرامات، وعدم مسؤولية المؤسسة عن الضرائب المستحقة على العقارات المبنية المملوكة للملتزمين السابقين والتي آلت إلى المؤسسة... إلخ².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في التعليم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها قد أشارت في الصفحة 9 منها إلى أن الإدارة مانحة الامتياز تحل محل المفوض إليه (الملتزم) لتصفية كل النتائج المالية المتعلقة في ذمته³.

¹ - حوادي عصام، المرجع السابق، ص ص 180، 182.

² - المرجع نفسه، ص ص 183.

³ - أنظر الملحق رقم 2.

2. تصفية عقود تفويض المرفق العام

إن تصفية عقود تفويض المرفق العام تثير مسألتين وهما: تحديد مصير أموال المرفق محل التفويض، وتسوية العلاقات المالية بين المفوض والمفوض له.

أ- تحديد مصير أموال المرفق

من أهم القواعد التي تطبق على عقود الامتياز أنّ أموال المرفق بعد نهاية عقد تفويض المرفق العام تعود للسلطة المفوضة، وتعتبر بذلك جزءاً من الأموال العامة. لكن يثور تساؤل هل يمكن أن تسري هذه القاعدة على كافة عقود تفويض المرفق العام؟

بالنسبة لعقد إيجار المرفق العام فإن المستأجر يستخدم منشآت ليس هو مالكاها وإنما المؤجر هو من أنشأها أصلاً، لكن ذلك لا يمنع أن يقوم المستأجر بتنفيذ إنشاءات عكس الوضع في عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير حيث يتولى المفوض له تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام لحساب السلطة المفوضة مالكة المنشآت، فالأموال أموال المفوض أصلاً.

إن الأموال التي ترتبط بعملية التفويض متنوعة من حيث طبيعتها (عقارية أو منقولة)، ومن حيث مصدرها (البعض منها عهدت به سلطة التفويض للمفوض له للمساهمة في تسيير المرفق العام مثل أجزاء الدومين العام في بعض عقود الامتياز كالسكك الحديدية، أما البعض الآخر فإن المفوض له اكتسبها نتيجة استغلاله للمرفق محل التفويض).

أ-1- أموال تؤول إلى الدولة وجوباً ومجاناً

الأموال التي تؤول إلى الدولة وجوباً ومجاناً يمكن أن تكون مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية، ويمكن أن يكون المفوض له هو من اكتسبها أثناء تنفيذ اتفاقية

تفويض المرفق العام، وهذه الأموال (عقارية أو منقولة) تشكل جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال وبسبب أيلولة هذه الأموال هو ضرورة استمرار سير المرفق العام¹.

والمشرع الجزائري ساير هذا الاتجاه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 96-308 والمتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، إذ نص صراحة في المادة 29 منه على أنه عند انقضاء مدة الامتياز فإن الإدارة المفوضة تحل محل المفوض له وتتسلم على الفور التجهيزات والأجهزة وملحقاتها². فالأموال الضرورية لاستغلال المرفق العام تؤول إلى الدولة وجوبا أي بقوة القانون لأنه لا يتصور وجود مرفق بدونها.

لكن نتساءل في حالة ما إذا كانت هذه الأموال غير مملوكة منذ البداية للمفوض فكيف تؤول له من دون مقابل؟

لإعمال هذه القاعدة يجب أن يكون هناك نص تشريعي يقضي بذلك، أو يضمن عقد التفويض بندا يتعلق بهذه المسألة، ويجب أن يتسنى للمفوض له الوقت الكافي لاستهلاك هذه الأموال من حصيلة الاستغلال عند انتهاء عقد التفويض، وفي الحالة العكسية لا يمكن تطبيق هذه القاعدة³.

أ-2- أموال تؤول إلى الدولة بمقابل

تعتبر الأموال التي تؤول إلى الدولة بمقابل مملوكة للملتزم أو المستأجر أثناء مدة التفويض، وهذا خلافاً للأموال التي تؤول مجاناً إلى الدولة إذ تعتبر مملوكة لها منذ البداية، وتحدد دفاتر الشروط هذه الأموال وكيفية أيلولتها للدولة، وكذا أسس المقابل أي تقدير الأموال ما إذا كان يتم لحظة الاسترداد أي عند نهاية عقد التفويض مباشرة وفقاً

¹ - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 186.

² - أنظر المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، مؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55، مؤرخة في 25 سبتمبر 1996.

³ - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 187، 188.

للقيمة السوقية للأموال، أو يتم تقدير قيمة هذه الأموال وفقاً لقيمة الاستثمارات الأولى مخصوماً منها الاستهلاكات التي تحققت¹.

أ-3- أموال تبقى ملكاً للمفوض له

تعتبر هذه الأموال ملكاً للملتزم أو المستأجر منذ البداية، وهي لا تشكل جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال، فهي إما أن تكون مستقلة عن المرفق، وإما أن تكون مخصصة للمرفق لكنها لا تعتبر كلاً لا يتجزأ عن المشروع، وقد تؤول هذه الأموال بمقابل للدولة بعد انتهاء عقد التفويض² حسب ما تقتضيه المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام بانتظام.

ب- تصفية الحسابات بين المفوض والمفوض له

بالرغم من المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له طوال فترة تنفيذه للمرفق العام إلا أن ذلك لا يمنع من وجود علاقات مالية بينه وبين السلطة المفوضة والتي يجب تسويتها عند نهاية عقد التفويض، وغالباً ما تنص دفاتر الشروط على هذه المسألة وإجراء التسوية المالية يأخذ بعين الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية المرتكبة من الطرفين، من ذلك إهمال المفوض له صيانة المنشآت.

وتخضع التسوية المالية بين السلطة المفوضة والمفوض له لعدة مبادئ أساسية والمتمثلة في³:

- المبدأ الأول، مؤداه أنّ التسوية المالية تخضع للشروط الواردة في العقد، وهذه الشروط ذات طبيعة عقدية، ولا تتعلق بتنظيم المرفق العام، وبالتالي لا يجوز للإدارة تعديلها من جانب واحد،

¹ - محمد محمد عبد لطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 239، 240.

² - المرجع نفسه، ص 241.

³ - محمد محمد عبد لطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 241، 243.

- أما المبدأ الثاني، فمؤداه أنّ التسوية المالية تتمّ وفقاً للنية المشتركة لأطراف العقد،
- وأما المبدأ الثالث، فمؤداه أنّ التسوية المالية تتطلب من المفوض له تقديم الحسابات
مثل حسابات الاستثمارات الأولى وحساب الاستغلال، وهذه المسألة إلزامية حتى ولو لم
ينص العقد على ذلك.

ويتضمّن عقد التفويض (الامتياز أو الإيجار) توزيع الأجزاء الباقية لمختلف
الأموال التي تناولها العقد مثل أموال الاحتياطي وأموال الأشغال وأموال الطوارئ ويحدّد
العقد كيفية توزيع هذه الأموال، وللمفوض له الحق في استعادة الكفالة أو الباقي منها
حسب الحالة، ويجوز للسلطة المفوضة أن تستقطع من الكفالة نفقات صيانة المنشآت
وإسقاط الامتياز أو الإيجار يمكن أن يقترن بفقد المفوض له للكفالة¹.

إضافة إلى ما تقدّم حول مصير الأموال المستعملة أثناء مرحلة تنفيذ عقد
تفويض المرفق العام، فإن المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر حسم الجدل الفقهي
ونصّ في مادته 208 على أيلولة كل الاستثمارات إلى السلطة المفوضة عند نهاية عقد
التفويض، لكن دون تفصيل في هذه المسألة في انتظار صدور النصوص التنظيمية التي
تتولى ذلك وتثري بذلك أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي أعلاه².

¹- حوادي عصام، المرجع السابق، ص 193.

²- أنظر المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

الفصل الثاني

عقد الامتياز والبيت: نحو تفصيل تفويض المرفق العام

بحثاً عن المردودية ولتفعيل فكرة الخدمة العمومية وتطويرها والوصول بالمرفق العام للفعالية، أتجهت الدول ومن بينها الجزائر إلى التركيز على تبني طرق قديمة مستحدثة في تفويض مرافقها العامة للخواص في إطار الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص PPP* وأبرز هذه الطرق عقد الامتياز الإداري.

وأسلوب الامتياز ليس فقط طريقة لتفعيل المرفق العام بل أبعد من ذلك، فهو وسيلة لمواكبة اقتصاد السوق وما يمليه من رهانات الشفافية والمنافسة والمردودية والفعالية¹، لذا

* يعرف الأستاذ "أحمد بوعشيق" الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بأنها: "عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة أو أحد هيئاتها إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المحتمل إنجازها، كما أن لها مهمة شاملة تتضمن التمويل والبناء والاستغلال وفي بعض الأحيان تدبير المرفق العام"، وعليه:

- من الناحية المادية: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص تتميز بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد المتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال إضافة إلى التصميم أي التحضير الأولي للمشروع مع اقتسام المخاطر بين الطرفين المتعاقدين،

- من الناحية المالية: المتعاقد مع الشخص العمومي يتقاضى مقابلًا يتغير حسب الأهداف والنتائج المرجوة، فالتمويل والأداء العمومي يمتد طوال مدة العقد.

- كما يرى الأستاذ "حمادة عبد الرزاق حمادة" بأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص: "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أطراف القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأموال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد في ضوء طبيعة الاستثمار، أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية".

- كما يرى البعض الآخر من الفقه أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمثابة علاقة طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدول والقطاع الخاص تهدف إلى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها وذلك دون الإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات والمشروعات العامة والإشراف عليها، ولكن فقط من خلال نظام جديد للتعاقد وتقديم الخدمة. للمزيد من التفاصيل راجع: بوعشيق أحمد، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب"، مداخلة لمقابلة ضمن فعالية المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية: نحو أداء مميز في القطاع الحكومي، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، أيام 1-4، نوفمبر 2009 ص ص 1، 27.

- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 19 وما بعدها.

¹ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه ... المرجع السابق، ص 10.

أصبح هذا الأسلوب الوسيلة المفضّلة لتفويض المرفق العام (المطلب الأول)، فهو يحتلّ مكانة هامة واهتمام متزايد سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

تعتبر موجة التحرر الاقتصادي التي عرفها العالم في العشرية الأخيرة من القرن الماضي الأرضية الخصبة لدعم التوجه نحو تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية لتظهر بذلك عقود البوت كصورة حديثة لعقد الامتياز الإداري (المطلب الثاني)، والتي يتم اللجوء إليها للتخفيف من الأعباء المالية التي تتحمّلها ميزانية الدولة¹، نظرا لما توفّره شركات القطاع الخاص من قدرات مالية ضخمة وتكنولوجيات عالية في تمويل إقامة مشروعات المرافق العامة وخاصة ما تعلق منها بمرافق البنية التحتية* والتي تعتبر الهيكل الأساسي الذي تتبني عليه كل عملية تنمية².

¹ - حصايم سميرة، عقود البوت: B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 6.

* البنية التحتية مصطلح تم استخدامه لأول مرة في فرنسا سنة 1927 وذلك للإشارة إلى الطرقات والجسور وخطوط السكك الحديدية وغيرها، فمن المعروف أن البنية التحتية تعد أحد المقومات الرئيسية في النجاح الاقتصادي لأيّة دولة.

والبنية التحتية حسب المفهوم الواسع هي: "مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها والمنشآت التي تتولى تشييدها وتشغيلها، إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة كجمع النفايات، وتقديم خدمات النقل العامة، وتشكل البنية التحتية من الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وشبكتها، ومحطات توليد الكهرباء وشبكتها، وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والاتصالات ومرافقها بالإضافة إلى الخدمات الصحية".

ويعتبر هذا المفهوم أكثر مفاهيم البنية التحتية انتشارا في الوقت الحالي، حيث أنه يشمل البنية الأساسية، تكنولوجيا المعلومات، قنوات الاتصال الرسمية وغير الرسمية وبرامج التنمية والشبكات الأساسية والاجتماعية، والمعتقدات المشتركة التي يعتقدونها أعضاء من مجموعات خاصة. وبذلك فالبنية التحتية نوعان صلبة تشمل المنشآت الأساسية من مباني وطرقات... إلخ، وبنية تحتية مرنة تشمل الخدمة والأنظمة الأساسية والقوانين والأنظمة... إلخ. للمزيد من التفاصيل راجع:

- صلاح محمد، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية: حالة بعض اقتصاديات الدول العربية، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود وبنوك، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2015، ص ص 5، 35.

² - صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، القانون وتسيير الإقليم، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2013، ص 1.

المبحث الأول

عقد الامتياز الإداري: الوسيلة المفضلة لتفويض المرفق العام

يشكّل عقد الامتياز الإداري* إحدى الصور الأساسية والأكثر شيوعاً في تفويض المرفق العام في كافة الدول خاصة فرنسا التي تعتبر مهداً له**، واعتبار عقد الامتياز الإداري من العقود المهمة في الآونة الأخيرة يعود لارتباطه وجوداً وعدماً بالمرفق العامة التي تتسم بالتطور المستمر والسريع مستهدفة في ذلك المنفعة العامة¹.

تبنت الجزائر نظام الامتياز بعد الاستقلال كطريقة استثنائية للتسيير العمومي

* عقد الامتياز الإداري لتمييزه عن عقد الامتياز التجاري "Le Franchise" هذا الأخير الذي عرّفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "عقد بموجبه يضع المانح تحت تصرف الممنوح له اسمه التجاري، بالإضافة إلى الأحرف الأولى والعلامة التجارية والمعرفة الفنية ومجموعة من السلع أو الخدمات يتم إنتاجها بطرق أصلية ومحددة ويجري استغلال هذه العناصر باتباع طرق فنية وتجارية موحدة سبق تجربتها، ويجري اختبارها وضبطها باستمرار، وذلك بمعرفة المانح وتحت إشرافه". للمزيد من التفاصيل راجع: دعاء طارق بكر الشناوي، عقد الفرانشيز وآثاره، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

- عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، جامعة سطيف 2، 2015.

** استعمل مصطلح الامتياز في فرنسا منذ القرن 12، وفي السنوات التي تلت الثورة الفرنسية في سنة 1789 تم إعادة بناء أسس نظام الامتياز على مبادئ ليبرالية كما تم تحديد نظام قانوني للأمالك العامة عن طريق عقود الامتياز، وفي القرن التاسع عشر تم التخلي تماماً عن نظام المزارع الملكية المالية (فكرة إيجار المزرعة) كما تم تحديد نظام دفاتر الشروط وتقسيم بنودها إلى نوعين من البنود (تنظيمية وتعاقدية)، لذا تم في هذه المرحلة التمييز بين نوعين من الامتياز وهما الامتياز المباشر وهو الذي لا يعتمد على التفاوض، والامتياز غير المباشر والذي يقوم على مبدأ التفاوض. ويعتبر القرن التاسع عشر العصر الذهبي للامتياز في فرنسا والتي اعتمده في تسيير مرافقها العمومية كمرفق المياه، الغاز، الكهرباء السكك الحديدية والطرق. غير أن هذا الأسلوب تقلص دوره أثناء وبعد الحرب العالمية الثانية، وأصبح أسلوباً ثانوياً وذلك بظهور مجموعة من المؤسسات العمومية في مجالات مختلفة إضافة إلى حركة التأميمات التي عرفتها فرنسا سنة 1946 خاصة في مجال الغاز والكهرباء. للمزيد من التفاصيل راجع: حوادق عصام، المرجع السابق، ص 16، 23.

- BOITEAU Claudie, droit des services publics, 3^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2004, p.p. 274, 278.

¹ - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 10.

بموجب قانون البلدية لسنة 1967¹ وقانون الولاية لسنة 1969²، فظهر في البداية كسياسة انتهجتها الإدارة تحقيقا لرضا الشعب من خلال إشباع الحاجات العامة للجمهور، إلا أنه عرف تقهقرا بسبب ظهور المؤسسات الاشتراكية، ليعود ويكرس من جديد كوسيلة ليبرالية لتسيير المرافق العامة في قانون المياه لسنة 1983³ وتتسع النصوص القانونية المنظمة له في عدة مجالات منذ 1989 وتأخذ طابعا آخر تماشيا مع النهج الذي سارت عليه الجزائر وسياسة الانفتاح الاقتصادي المتبعة⁴ بموجب دستور 1989، وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، لينظم بشكل عام نظام الامتياز كأحد طرق تفويض المرافق العامة.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مفهوم عقد الامتياز الإداري (المطلب الأول) ثم آليات تكوينه وتسوية منازعاته (المطلب الثاني)، وأخيرا اتساع مجال تطبيقه كوسيلة مفضلة لتسيير المرفق العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم عقد الامتياز الإداري

يعدّ عقد امتياز المرفق العام أو عقد التزام المرفق العام، كما يسمّيه البعض، من

¹ - أنظر المادة 220 من الأمر رقم 67-24، مؤرخ في 17 جانفي 1967، يتضمن القانون البلدي، ج ر عدد 8، مؤرخة في 18 جانفي 1967، معدّل ومتمّ بالقانون رقم 81-09، مؤرخ في 4 جويلية 1981، ج ر عدد 8، مؤرخة في 7 جويلية 1981، (ملغى).

² - أنظر المادة 136 من الأمر 69-38، مؤرخ في 23 ماي 1969، يتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 44، مؤرخة في 23 ماي 1969، (ملغى).

³ - أنظر المادتين 20 و 21 من القانون رقم 83-17 مؤرخ في 16 جويلية 1983، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30 مؤرخة في 18 جويلية 1983، (ملغى).

⁴ - بن شعلال الحميد، "عقد الامتياز كآلية لخصوصية تسيير المرفق العام في الجزائر"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 63.

أهم عقود تفويض المرفق العام خاصة في ظل التطور الحديث للنظام الاقتصادي العالمي بحيث أصبح يشكّل بدوره أهم هذه العقود لارتباطه بالمرافق الصناعية والتجارية، والتي تعدّ العمود الفقري لاقتصاد أي دولة¹، ولأجل تسليط الضوء على مفهوم عقد الامتياز الإداري ينبغي التطرق إلى مختلف التعاريف لهذا العقد (الفرع الأول)، ونستعرض بعدها إشكالية الطبيعة القانونية له (الفرع الثاني)، ثم نميز عقد الامتياز عن بعض العقود المشابهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف عقد الامتياز الإداري

نظرا للأهمية العملية لعقد الامتياز الإداري وخصوصيته، حاول الفقهاء الوصول إلى وضع تعريف جامع له فوردت عدة تعريفات فقهية سواء في الفقه العربي أو الفرنسي (أولا) وأفرد له المشرع نصوصا معرّفاً أيّاه (ثانياً)، كما اهتم القضاء بوضع تعريفاً له (ثالثاً) ونتناول كل من التعريف الفقهي والتشريعي والقضائي كما يلي:

أولاً: التعريف الفقهي لعقد الامتياز الإداري

عرّف الأستاذ "ناصر لباد" عقد الامتياز الإداري بأنّه: "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية، بموجبه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً من القانون العمومي (بلدية) أو من القانون الخاص (شركة مثلاً) يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدماً عماله وأمواله ومتحملاً المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد، " الضوابط العامة لعقد الامتياز الإداري: دراسة مقارنة بين مصر والجزائر"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 18 و19 أكتوبر 2016، ص 4.

الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق"¹. والملاحظ على هذا التعريف أنه تعرّض لجميع العناصر التي يتعيّن توفرها في عقد الامتياز الإداري لاعتباره كذلك.

وعرّف الأستاذ "أحمد محيو" عقد الامتياز الإداري بأنه: "أسلوب تسيير يتولى من خلاله شخص (شخص خاص بصورة عامة) يسمى صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات، ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"². وهذا التعريف للأستاذ "أحمد محيو" يهمل الطابع التعاقدى للامتياز ولا يركّز على طبيعة مهام الملتزم فيما يتعلق بالاستغلال والبناء والتجهيز... إلخ.

كما يعرف الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" هذا النوع من عقود تفويض المرفق العام بالقول: "الامتياز أن تعهد الإدارة (الدولة، الجماعات المحلية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة وذلك عن طريق أموال وعمال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته، في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام"³.

حصر هذا التعريف محل عقد الامتياز الإداري في المرافق العامة الاقتصادية فقط مستبعدا بذلك المرافق العامة الإدارية، كما أنه يمنح لأشخاص القانون الخاص دون أشخاص القانون العام، وهذا ما يتناقض مع التوجه الجديد في امتياز المرافق العامة، إذ يمنح الامتياز لأشخاص القانون العام أيضا، كما أن المرافق العامة الإدارية بإمكانها أن تكون محل عقد الامتياز.

¹ - لباد ناصر، الأساس في القانون الإداري، ط 2، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 164، 165.

² - محيو أحمد، المرجع السابق، ص 440.

³ - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 340.

وعرّف الأستاذ "عمار بوضياف" عقد الامتياز الإداري بأنه: "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي"¹.

وعرّف الأستاذ "زوايمية رشيد" عقد الامتياز بأنه: "عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام دفتر الشروط مع تحميل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء التسيير بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل إتاحة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"².

وعرّفه الأستاذ "ألان سيرج مشرياكوف" بالقول: "امتياز المرافق العامة طريقة من طرق التسيير التي من خلالها يتعهد الشخص المعنوي عن طريق عقد تسيير المرفق العام لشخص آخر والذي يتحمل مخاطره وفوائده مقابل استثماره المرفق العام"³.

وإن تباينت هذه التعاريف حسب وجهة نظر كل فقيه إلا أنها تشترك في فكرة مفادها أن عقد الامتياز الإداري هو اتفاق بين الإدارة العامة والملتزم على إدارة واستغلال مرفق عام، مع تحمل هذا الأخير لأعباء التسيير ربحا أم خسارة، نفقة أم دخلا.

¹ - بوضياف عمار، "عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، جويلية 2014، ص 8.

² - ZOUAIMIA Rachid, Op.cit., p.p. 74, 75.

³ - MESCHERIAKOFF Alain-Serge, Droit des services publics, PUF, Paris, 1991, p. 343.

ثانيا: التعريف القضائي لعقد الامتياز الإداري

عرّف مجلس الدولة الجزائري عقد الامتياز في قرار صادر عنه في 9 مارس 2004¹ وجاء فيه: "... وحيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه".

يتّضح من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة الجزائري أقر صراحة الطابع الإداري لعقد امتياز، بما يخوله من سلطات استثنائية للملتزم في مواجهة الإدارة مانحة الامتياز خاصة فيما يتعلق بمسألة حق الرجوع.

كما عرّفت محكمة القضاء المصرية عقد الامتياز الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 بالقول: "امتياز المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نقته، وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له استغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلاءه على الأرباح.

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين..."².

ويظهر من التعاريف القضائية لعقد الامتياز الإداري أن هذا الأخير ينصرف مفهومه إلى حالة تفويض الغير إدارة مرفق عام قائم أصلا ولا يشمل من ثمّ الحالات التي

¹ - قرار رقم 11950، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، 2004، (قضية بين شركة نقل المسافرين سريع جنوب ورئيس بلدية وهران)، أنظر الملحق رقم 3.

² - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 104.

يتولّى فيها المفوض إليه مهمة إنشاء المرفق العام بالرغم من أن القانون أقر ذلك كما سنوضح لاحقاً.

ثالثاً: التعريف القانوني لعقد الامتياز الإداري

رغم نص القوانين المتعلقة بالبلدية والولاية صراحة على أسلوب الامتياز كطريقة استثنائية للتسيير العمومي إلاّ أنّها أغفلت تقديم تعريف له، وبما أن مجالات تطبيق عقد الامتياز الإداري كثيرة ومختلفة، حيث أعتمد كأحد أساليب التسيير في عدة قطاعات لذا تعدّدت النصوص القانونية التي تطرقت إليه وعرّفته ولكن بطرق متفرقة كل بحسب موضوعها¹، إلى أن أقرّ المرسوم الرئاسي 15-247 المفهوم العام لعقد امتياز المرفق العام ومنتاول بعض التعاريف القانونية منها لأنّه لا يسعنا التطرق إلى كل تلك التعاريف.

1- تعريف عقد الامتياز الإداري في القوانين المتعلقة بالمياه

تناول القانون 83-17 تعريف عقد امتياز المرفق العام، وكان ذلك بمثابة ردّ الاعتبار للامتياز كطريقة لتسيير الخدمة العمومية، فعرفته المادة 21 منه بالقول: "يقصد بالامتياز بمفهوم هذا القانون:

- عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية.
- عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه².

¹ منور فريدة، عقود الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 13.

² قانون رقم 83-17، يتضمن قانون المياه، المرجع السالف الذكر.

يلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع ميّز بين نوعين من الامتياز، امتياز الخدمة العمومية والتي تطّلع بها الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية وامتياز استعمال الملكية العامة للمياه، والذي يبرم بين شخص طبيعي أو اعتباري، خاضع للقانون العام أو القانون الخاص.

وصدر النصّ التطبيقي لما ورد في المادة 21 أعلاه وهو المرسوم رقم 85-266* المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، وركز في المادة الأولى منه على مفهوم عقد الامتياز الإداري الوارد في القانون 83-17 المتعلق بالمياه وجعل منحه مخوّل للمقاولات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية، ويتم هذا العقد بقرار من الوزير الوصي، كما نصت المادة 4 منه على أن يلحق بعقد الامتياز دفتر شروط¹.

وبعد صدور الأمر 96-13 المتعلق بالمياه، المعدّل للقانون 83-17، تمّ توسيع الجهة الممنوح لها عقد الامتياز وهذا ما نصت عليه المادة 4 من هذا الأمر².

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 97-253، والمتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، منحت البلدية إمكانية منح امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه من خلال نص المادة 4، بعدما كان ذلك حكرا على الدولة³.

* يعتبر هذا النص بمثابة الأساس القانوني الذي تم بموجبه منح الامتياز لصالح 24 ولاية سنة 1987، وولایتين سنة 1988، وتسع مؤسسات جهوية سنة 1992. للمزيد من التفاصيل راجع: أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، الجزائر، 2010.

¹ - أنظر المادتان 1 و4 من المرسوم رقم 85-266، مؤرخ في 29 أكتوبر 1985، يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر عدد 45، مؤرخة في 30 أكتوبر 1985، (ملغى).

² - أنظر المادة 4 من الأمر رقم 96-13، مؤرخ في 15 جوان 1996، يعدّل ويتم القانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 37، مؤرخة في 16 جوان 1996، (ملغى).

³ - أنظر المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 97-253، مؤرخ في 8 جويلية 1997، يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر عدد 46، مؤرخ في 9 جويلية 1997، (ألغى هذا المرسوم التنفيذي أحكام المرسوم رقم 85-266 السابق ذكره).

أما القانون رقم 05-12 المتضمن قانون المياه، فيعرّف عقد الامتياز في المادة 76 منه بأنّه: "... الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"¹.

هذا فيما يتعلق باستعمال الموارد المائية إذ تم تكريس الامتياز بحيز أكبر بعدما كان مخولا للأشخاص المعنوية فقط. لكن بالرجوع إلى نص المادة 101² من هذا القانون نجد أنّ المشرع كرّس تفويض مرفق المياه كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل عقد الامتياز، فاستبعد بذلك هذا الأخير من دائرة عقود تفويض المرفق العام وهذا على عكس ما استقرّ عليه التشريع والقضاء الفرنسي وهو نفس النهج الذي اتّبعه المشرع الجزائري أخيرا بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره. فقانون المياه 05-12 لم يعرّف عقد الامتياز تعريفا جامعا مانعا كفيلا بتحديد طبيعته ومحتواه.

2- تعريف عقد الامتياز الإداري في المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة

طبقا لنص المادتين الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 فإنّ إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها يخضع لمنح الامتياز لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص وفق شروط محددة مسبقا في

¹ - أنظر المادة 76 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

² - تنص المادة 101 من القانون رقم 05-12 على ما يلي: "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات، يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية. ويمكن البلدية... أو عن طريق منح امتياز تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام"، المرجع نفسه.

دفتّر الشروط النموذجي ويكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الجهة الوصية والملتزم¹، وتتم المصادقة على هذه الاتفاقية بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين بالداخلية والمالية والطرق السريعة²، وبهذا يكون هذا المرسوم وسّع من مجال إبرام عقد الامتياز الإداري ليشمل الأشخاص المعنوية الأجنبية وهو ما يعزّز فرص إبرامه ونسب الاقبال عليه.

3- تعريف عقد الامتياز الإداري في القانون رقم 10-03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة للدولة

طبقا لنص المادة 4 من القانون رقم 10-03 فإنّ الامتياز الإداري يقصد به ذلك العقد الإداري الذي تمنح بموجبه الدولة لشخص طبيعي جزائري يسمى "المستثمر صاحب الامتياز" حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة وكذا الأملاك السطحية المتّصلة بها، سيما المباني والأغراس ومنشآت الري، بناء على دفتّر شروط، لمدة أقصاها أربعون سنة قابلة للتجديد مقابل دفع أتاوى سنوية³.

والملاحظ على هذا التعريف أنّه حصر الملتزم في الشخص الطبيعي فقط مستبعدا بذلك الأشخاص الاعتبارية لأن تكون طرفا في عقد الامتياز الإداري في هذا المجال، كما حدّد هذا القانون الملتزم في الشخص الجزائري الجنسية فقط مستبعدا بذلك الطرف الأجنبي.

¹ - أنظر المادتان 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

³ - قبائلي طيب، "تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز في مجال استغلال العقار الفلاحي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 8، العدد 2، 2013، ص 46.

4- تعريف عقد الامتياز الإداري في التعليم الوزاري رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها

تناولت التعليم الوزاري رقم 842/3.94* موضوع الامتياز بالتفصيل وعرفته بأنه: "... عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتمز" على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق..."¹.

يلاحظ على هذا التعريف للتعليم الوزاري، استبعاد الأشخاص العامة كمفوض لها في عقود الامتياز، كما أن الأموال اللازمة لإنجاز المشروع يتحملها الملتزم وحده دون مشاركة من الهيئة مانحة الالتزام.

5- تعريف عقد الامتياز الإداري في المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

وفقا لنص المادة 03/210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإننا نكون أمام عقد امتياز المرفق العام عندما: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

* تعد التعليم عملا داخليا للإدارة ليس لها أية قيمة قانونية ولا تنظيمية، لكن مع مرور الوقت أصبحت الإدارة تلجأ لهذا النوع من الأعمال لتضع قواعد قانونية جديدة قد تعدل نصوصا قانونية تشريعية ولهذا قسم القضاء الفرنسي التعليمات إلى تفسيرية وتنظيمية، وهذه الأخيرة تخضع لنفس النظام القانوني للتصرفات القانونية الإدارية. وبسبب طول إجراءات صدور النص التشريعي أدى بالإدارة إلى التوجه إلى وسيلة أسرع من خلال إصدار التعليم التي لا تتطلب إجراءات طويلة ومعقدة كما لا تتعرض دائما لرقابة القضاء الذي لم يستقر بعد على إلغاء جميع التعليمات التنظيمية. للمزيد من التفاصيل راجع: بن مبارك راضية، التعليق على التعليم الوزاري رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها مذكورة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، جامعة الجزائر، 2002، ص 3.

¹ - أنظر الصفحة 3 من الملحق رقم 2.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يموّل المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه¹.

يعتبر هذا التعريف نقلة نوعية بالنسبة لمفهوم الامتياز في القانون الجزائري لأن المشرع حدّد بشكل واضح ما يعدّ امتياز للمرفق العام والذي يندرج في إطار عقود تفويض المرفق العام، فالامتياز الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام يجب أن ينصبّ على استغلال المرفق العام كشرط ضروري، سواء كان بإنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام مع الاستغلال، وإما تعهد للملتزم استغلال المرفق العام فقط، كما أن المقابل المالي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال. فالامتياز الذي ينصب على بناء منشأة فقط لا يعد عقد امتياز مرفق عام في مفهوم هذا المرسوم.

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف مدى تطور عقد الامتياز الإداري الذي امتد ليشمل أي عملية تهدف إلى تحقيق مرفق عام سواء شملت الأشغال العامة أم لا، وأصبح للامتياز ثلاثة أوجه²:

- امتياز المرفق العام دون أشغال عامة، وهذا عندما لا يتطلب استغلال مرفق عام بناء منشأة عامة،

- امتياز الأشغال العامة دون مرفق عام، وهذا الامتياز له هدف تنفيذ أشغال عامة ولا يتضمن تشغيل أو استغلال منشآت عامة،

- امتياز مرفق عام وأشغال عامة وهو ما يسمّى بالامتياز المختلط ويتمثل بتنفيذ لأشغال عامة في إطار تحقيق مرفق عام، بحيث أن الأشغال العامة تكون ضرورية لوجود المرفق

¹- أنظر المادة 03/210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السالف الذكر.

²- بركبية حسام الدين، المرجع السابق، ص ص 563، 564.

العام، ويعتبر الامتياز المختلط هو الأكثر تطبيقاً من الامتيازات الأخرى. وبالرغم من اختلاف التعاريف التي تمّ عرضها، بخصوص عقد الامتياز الإداري في بعض الجوانب، إلا أنّ هناك ثمة خصائص لهذا العقد والمتمثلة فيما يلي¹:

- عقد امتياز المرفق العام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، كون أحد أطرافه على الأقل شخصاً عاماً (جهة إدارية)، واتّصاله بنشاط مرفق عام مستهدفاً تحقيق المنفعة العامة واحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص حماية لفئة المنتفعين وضمناً لاستمرار السير الحسن للمرفق العام،
- موضوع عقد الامتياز إدارة واستغلال مرفق عام يكون في الغالب ذا طبيعة اقتصادية والتي تكون خدماتها نظير رسم، الأمر الذي يشجّع الأفراد والشركات الخاصة على الالتزام بإدارتها واستغلالها،
- عقد الامتياز عقد محدّد المدّة وطويلة نسبياً، حتى يتمكن الملتزم خلالها من استعادة التكاليف التي تحمّلها وتحقيق ربح معقول يتناسب مع المبالغ التي تكبّدها، وغالباً ما يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم في صورة إتاوات يدفعها المنتفعين نظير الانتفاع من خدمات المرفق العام محل الامتياز،

وتحديد المدّة في عقود الامتياز ضروري لمصلحة المرفق العام والدولة نظراً لخطورة إبرام عقد الامتياز لفترة طويلة، كما حدث في امتياز قناة السويس المصرية لمدّة تسع وتسعين سنة، وكان سبباً مباشراً في الاحتلال الإنجليزي لمصر²، وعليه لا يجوز أن يكون هذا العقد أدياً أو لمدّة طويلة جداً، ممّا يسمح للسلطة الإدارية تغيير أسلوب إدارة مرافقها العامة بما يتماشى والتطورات التي تحدث.

¹- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 108، 109.

²- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 56.

- يتحمل الملتزم الجزء الأعظم من المخاطر المالية لنشاط المرفق محل الامتياز،
- يخضع المرفق الذي يسيّر بطريقة الامتياز للقواعد العامة التي تحكم سير المرافق العامة كما تحتفظ الإدارة مانحة الامتياز بسلطة الرقابة على تنفيذ المرفق العام.

الفرع الثاني

إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري كون الإدارة طرفا فيه وكون محل العقد هو إدارة واستغلال مرفق عام، وأن الطرف المتعاقد مع الإدارة غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص. فهل يعني ذلك أن عقد الامتياز هو وسيلة تنظيمية في يد الشخص العمومي وبالتالي له طابع تنظيمي؟ أم أن المتعاقد مع الإدارة له الحرية في التعبير عن إرادته (حرية التفاوض) وبالتالي يكون للعقد طابع تنظيمي؟ أم أنه يتميز بطبيعة مزدوجة؟ وهل جميع الأحكام والتدابير التي يعتمد عليها الامتياز ذات طبيعة قانونية واحدة؟ إن البحث عن الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام، إشكال طرح منذ زمن لذلك اختلف الفقه في تحديد التكييف القانوني لهذا العقد وظهرت لذلك عدة نظريات نحاول أن نستعرضها بصورة موجزة.

أولا: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز الإداري

يرى بعض الفقهاء أن عقد الامتياز ليس عقدا بمعنى الكلمة، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة، بالرغم من إمكانية تعارض مصالح الأطراف المتعاقدة فيما بينها، وتقدم الإدارة على هذا التنظيم تسهيلا لسير

المرفق العامة¹.

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة عامة، ويخضع له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الامتياز وأن هذه البنود الملزمة الصادرة بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة تتعلق أساسا بتنظيم علاقة صاحب الامتياز مع المنتفعين مثل: التعريف وكيفية تشغيل المرفق العام... إلخ، كي يلبي المرفق الحاجات العامة على أكمل وجه لذلك لا يسمى عقد بل امتياز، وقد سادت هذه النظرية في الفقه الألماني، وأخذ بها إلى حد ما الفقه الإيطالي في أواخر القرن التاسع عشر².

غير أنه يردّ على هذه الآراء، والتي تتكر الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز الإداري أن الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها هذا الأخير إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وصاحب الامتياز هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الرأي الثاني يغالي في إغفال نصيب صاحب الامتياز في إبرام العقد، وقد يؤدّي ذلك إلى تهرب الخواص من إبرام مثل هذه العقود لأنّها غير ناجمة عن إرادتهم ولا تعبر عن مصالحهم³.

ثانيا: الطبيعة العقدية للامتياز الإداري

ذهب الفقه الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى اعتبار امتياز المرفق العام عقد مدني، إذ اعتبر أنصار هذا الرأي أن العلاقة القانونية التي تربط

¹ - تغريبت رزيقة، "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرفق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 و 28 أبريل 2011، ص 25.

² - المرجع نفسه.

³ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ...، المرجع السابق، ص ص 120، 129.

طرفي الامتياز هي علاقة تعاقدية من علاقات القانون الخاص القائمة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن تعديله أو فسخه إلا بإرادة طرفي العقد، واعتبر عقد الامتياز طبقاً لهذه النظرية أنه اشتراط لمصلحة الغير إلا أن هذه النظرية هجرت لسببين وهما¹:

- الاشتراط لمصلحة الغير يشترط فيه أن يكون المشتراط لأجله معيناً شخصياً، لكن في الامتياز لا يمكن أن يكون هناك تحديد شخصي للمنتفعين من خدمات المرفق وبالتالي لا يمكن أن يكون اشتراط لمصلحة الغير،

- تجاهل النظرية التعاقدية اعتبارات المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام ذاته، إذ أن الإدارة صاحبة المرفق وهي المسؤولة عن تسييره ولهذا فإن قواعد وشروط إدارته من اختصاصها ولا يمكن أن تكون محل تعاقد فهي تكتسي الطابع التنظيمي، وبذلك فالطابع التعاقدية لا يمثل إلا جزءاً ضئيلاً من الامتياز، والفكرة التعاقدية للامتياز فكرة مرفوضة فقهاً وقضاء*، وهذا ما مهد لظهور نظرية العمل المزدوج.

ثالثاً: الطبيعة المزدوجة للامتياز الإداري

بعد الانتقادات الموجّهة للنظريتين السابقتين ظهرت نظرية ثالثة مفادها أن عقد الامتياز الإداري هو عمل مزدوج له شقان، شق تنظيمي، وشق تعاقدية، ففي مواجهة المنتفعين تصرف الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه أحكام تنظيمية، لكنّه يعتبر عقداً

¹- تغريب رزيقة، المرجع السابق، ص 26.

* أوضح الأستاذ "A.De Laubadère" دقة هذه الأسباب على النحو التالي: "من جهة أخرى، إن اتفاق إرادتين في العلاقات بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز لا يمكن اعتباره ذا طبيعة تعاقدية بسبب الموضوع الذي يتضمنه هذا الاتفاق. إن هذا الموضوع تنظيم وسير مرفق عمومي الذي يجب على الإدارة دوماً المحافظة والتحكم فيه وكذلك وضع القواعد التي تحكمه وهو ما يسمى "بقانون المرفق العمومي". إن مثل هذا الموضوع لا يخضع للمجال التعاقدية وذلك طبقاً للمبدأ الأساسي الذي يعتبر أن تنظيم المرافق العمومية هو من اختصاص السلطات العمومية فقط وبصفة انفرادية".

راجع في ذلك: ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير...، المرجع السابق ص 120.

في العلاقة بين صاحب الامتياز والملتزم، وهذا يعني أن عقد الامتياز الإداري له طبيعة تنظيمية تجاه المنتفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز والملتزم، وهذا يعني أن عقد الامتياز الإداري له طبيعة تنظيمية تجاه المنتفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز¹.

لم تلق هذه النظرية الإجماع وانتقدت هي الأخرى بسبب استحالة تصور تغيير الطبيعة القانونية للتصرف بتغيير أطرافه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن اعتبار العلاقة بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم علاقة عقدية بحته يعرقل إمكانية تدخل الإدارة لتعديل البنود المتعلقة بتنظيم المرفق العام محل الامتياز بإرادتها المنفردة، مما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام² وتكييفه مع التطورات وهي من الضوابط القانونية التي يجب مراعاتها عند تنفيذ عقد الامتياز.

ومن الفقهاء الذين انتقدوا هذه النظرية الفقيه "Madiot" في أطروحته حيث قال: "أنه هناك تعارض قانوني بين المفاهيم التعاقدية والتنظيمية، وبالتالي العمل الواحد لا يمكن أن يكون تعاقديا وتنظيميا في نفس الوقت"³.

ونظرا لكل تلك الانتقادات ظهرت نظرية جديدة وهي نظرية العمل المختلط.

رابعا: الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري

يرى أنصار هذه النظرية أمثال "هوريو" و"دوجي" أن عقد الامتياز هو عمل مختلط حيث تضمنت هذه النظرية في فحواها أن الامتياز حتى وإن لم يكن عقدا لا يعني أنه ليس كذلك في كل شروطه، فالطبيعة المختلطة للامتياز تتمثل في كون بعض شروطه تكتسي

¹ - بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص 47.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 75.

³ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه... المرجع السابق، ص 182.

الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدي¹، والسبب في ذلك هو كون عقد الامتياز يحقق مصلحتين متناقضتين، وهما المصلحة العامة والتي يتعين على الإدارة حمايتها بوضع القواعد والضوابط اللازمة لسير المرفق العام، والمصلحة الخاصة وهي مصلحة الملتزم من التعاقد مع الإدارة وهي مصلحة مالية تستوجب الحماية.

وتجدر الإشارة إلى أنه من خلال القراءة السطحية للطبيعة المزدوجة والطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري يتبادر في الذهن أن للطبعتين نفس التصرفات القانونية للامتياز لكن عند التفصيل في محتوى كل طبيعة على حدة يظهر الاختلاف، إذ أن طبيعة العمل المختلط تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتواه، فالأحكام التنظيمية تواجه كل من الملتزم والمنتفعين على حد سواء في تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام وإطراد، فيما يخص الجانب التعاقدي بالعلاقة بين الإدارة التي تتنازل عن بعض امتيازاتها للملتزم مقابل إدارته للمرفق العام، وهذه الشروط تكون محل مفاوضات بين طرفي العقد ولا تعني المنتفعين بأي شكل، نفس طريقة التعاقد في القانون الخاص. فحسب رأي بعض الفقه فإن العمل المختلط لعقد الامتياز الإداري يجمع بين مبادئ القانون الإداري والقانون الخاص².

ونظرية العمل المختلط أبرزت أنه يمكن الجمع بين العمل التنظيمي والعمل التعاقدي في إطار مختلط، في حين كان كل منهما منفصل ومستقل تماما وحتى متناقض في أهدافه لكن هذه النظرية استطاعت معالجة الامتياز كتصرف قانوني ذو مفاعيل ومحركات تعاقدية نابعة عن المسار الجديد للدولة في تسيير مرافقها العامة بغية تفعيلها

¹ - بن شعلال الحميد، المرجع السابق، ص 69.

² - سعيدي محمد، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص ص 11، 12.

لتحقيق المردودية، وكذلك مفاعيل ومحركات تنظيمية نابعة أساسا من مهمة المرفق العام وخصوصيته وخصوصية الخدمات التي يقدمها¹. لذا تعتبر هذه النظرية الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وأخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا، الجزائر ومصر².

ولا يفوتنا التنويه أن الفقه في الجزائر لم يتعرض لهذه المسألة إلا بعض الكتابات (المقالات)³ التي أعادت نقل النظرية الفرنسية في عقد الامتياز، وسار القضاء على نفس المسار ولم يتطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد الامتياز⁴.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية في الجزائر والمتعلقة بعقد الامتياز الإداري نجدها حذت حذو الفقه والقضاء الفرنسي كون الامتياز كعمل مختلط يتكون من أحكام تنظيمية وأخرى تعاقدية*.

1- الأحكام التنظيمية

وهي كل الأحكام المتعلقة بإنشاء وتنظيم وسير المرفق العام في حد ذاته وهي غير خاضعة للتفاوض بل تخضع لإرادة الإدارة وحدها. وتتمثل أهم الأحكام التنظيمية فيما يلي⁵:

- شروط تسيير واستغلال المرفق العام، وهي معرفة بدقة في دفتر الشروط، وتضمن هذه

¹ - ضريفي نادية، المرفق العام بين المرفق العام وبين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز أطروحة دكتوراه...، المرجع السابق، ص 185.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 77.

³ - بن علي حميد، "إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز: دراسة التجربة الجزائرية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 3، 2009، ص ص 115، 151.

⁴ - بن شعلال الحميد، المرجع السابق، ص 69.

* جاء في الصفحة 4 من التعلية الوزارية 842/3.94 السابق ذكرها أن عقد الامتياز يتميز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط: شروط تعاقدية وشروط تنظيمية. راجع في ذلك الصفحة 4 من الملحق رقم 2.

⁵ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير...، المرجع السابق، ص ص 123 124.

الشروط صيانة المرفق العام والقيام بالتحسينات اللازمة،

- التسعيرة، وهي المقابل المالي الذي يدفعه المنتفعون من المرفق العام مقابل الخدمات المقدمة لهم، وقد صنّفت التسعيرة من الأحكام التنظيمية لأنها تدخل ضمن قواعد تنظيم المرفق العام، وبذلك لا يمكن للملتمز الزيادة من قيمة التسعيرة مهما كانت الصعوبات المالية التي تعترضه، وهذا حماية للمصلحة العامة.

ويلاحظ على النصوص القانونية المتعلقة بالامتياز في الجزائر، أنها أقرت وبطريقة غير مباشرة أنّ التسعيرة هي ضمن الأحكام التنظيمية، فمثلا نصّ دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز تسيير المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 04-417 في المادة 24 منه على أنه: "يجب أن يكون تحديد تسعيرة الدخول إلى المنشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين عبر الطرقات والمرخص لهم قانونا موضوع مشاور مع الناقلين والسلطة المانحة للامتياز..."¹،

- العمال (المستخدمين)، فرغم أن علاقاتهم مع صاحب الامتياز خاضعة للقانون الخاص إلا أنه يجوز لمنح الامتياز وضع شروط خاصة لهم إذا استدعت الضرورة ذلك، وتدخل ضمن الأحكام التنظيمية.

2- الأحكام التعاقدية

يعرّف الفقيه "دوجي" الأحكام التعاقدية بأنها: "تلك الأحكام التي لا نجدها عندما تسيّر السلطة العمومية بنفسها المرفق العام (الاستغلال المباشر)". فهي تلك الأحكام التي لها طابع تعاقدية متغيرة من عقد إلى آخر، وهي من صنع ورضا الطرفين وتطبق عليها نظرية العقود ولا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرفين².

¹ - أنظر المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المرجع السالف الذكر.

² - بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص 49.

تتمثل أهم الأحكام التي تكتسي الطابع التعاقدية فيما يلي:

- مدة العقد والتي تكون محددة في عقود الامتياز، وهي قابلة للتفاوض حسب الأعباء الناتجة عن تسيير واستغلال المرفق العام، مع تحقيق الربح الذي يبحث عنه الخواص¹،
 - الامتيازات الممنوحة لصاحب الامتياز، وهي قابلة للتفاوض أيضا مثل الامتيازات المالية والضمانات للقروض التي يلجأ إليها صاحب الامتياز... إلخ²،
 - شرط التوازن المالي، والذي قد يكون صريحا أو ضمنيا في العقد³.
- وبعدما تعرضنا لمختلف الآراء التي تناولت الطبيعة القانونية لعقد الامتياز وبالتالي تكييفه قانونيا، تسهل مهمة تمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

الفرع الثالث

تمييز عقد الامتياز الإداري عن بعض العقود المشابهة له

يعدّ عقد الامتياز الإداري، كما ذكرنا سابقا، أحد أساليب تسيير المرفق العام وشكل من أشكال تقنية التفويض، ونظرا للتشابه أو الخط الذي يمكن أن يقع بينه وبين بعض العقود المشابهة له تظهر ضرورة إبراز نقاط التشابه والاختلاف بينهما، ونجد من أهم هذه العقود عقد إيجار المرفق العام (أولا)، وعقد الوكالة المحفزة (ثانيا)، وعقد التسيير (ثالثا) وعقد امتياز الأشغال العامة (رابعا).

أولا: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد إيجار المرفق العام

يعتبر عقد إيجار المرفق العام أحد أساليب تفويض المرفق العام، والذي تعهد بموجبه الإدارة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاة سنوية يدفعها

¹- تغريبت رزيقة، المرجع السابق، ص 27.

²- المرجع نفسه.

³- المرجع نفسه.

لها، ويتصرف حينها المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته¹، وتكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد. ورغم أن عقد الإيجار بقي ولمدة طويلة مرتبطا بالامتياز وجزء منه، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال منشور وزاري مؤرخ في 13 ديسمبر 1975 حاول فيه تعريف عقد الامتياز واعتبره نوع من الامتياز*، ومع ذلك فإن عقد الامتياز يختلف عن عقد الإيجار فلا يعتبر الثاني مجرد تطبيق للأول، والتمييز بينهما لم يتم إلا حديثا وفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Commune d'Elancourt" في 29 أبريل 1987، وأساس التمييز بينهما أن عقد الإيجار ليس موضوعه إلزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ إنشاءات تتطلب استثمارات هامة²، ووفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي فإن عقد إيجار المرفق العام يختلف عن عقد امتياز المرفق العام وفقا لمعيارين هما³:

1- المعيار المالي

يلتزم المستأجر بدفع مقابل مالي للإدارة من حصيلته ما يتقاضاه من المنتفعين وذلك حتى يمكن له استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قام بتنفيذها، حيث أن هذا المقابل الذي يدفعه المستأجر يعتبر أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار، لكن ليس هناك ما يستبعد

¹ - أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

* وفقا للمنشور الوزاري رقم 75634 المؤرخ في 13 ديسمبر 1975 فإن عقد إيجار المرفق العام هو نوع من الامتياز تكون فيه مصاريف التأسيس الأولي للمرفق مدفوعة من طرف الشخص المعنوي العام المانح للامتياز، في حين يتلقى المستأجر منشأة جاهزة للاستعمال ولا يدفع أو يؤمن إلا أموال التسيير للمستثمر، ويجب عليه أن يحافظ على المرفق الذي = يستغله على نفقاته ومسؤوليته وذلك عن طريق الرسوم التي يتقاضاها من المستعملين. ويضيف المنشور أن الشخص المعنوي العام لا يساهم في النتائج المالية للاستغلال ولكن بإمكانه أن يفرض رسما على هذا الاستغلال بموجب الاتفاقية. للمزيد من التفاصيل راجع: فوناس سوهيلة زوجة خباش، "عقود تفويض المرفق العام: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 257.

² - C.E, 29 Avril 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022, www.cace.fr.

³ - فوناس سوهيلة زوجة خباش، "عقود تفويض المرفق العام: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص ص 257، 258.

أحيانا أن يقوم صاحب الامتياز بدفع مقابل للسلطة المانحة للامتياز، وهذا ما أدى إلى ظهور معيار آخر وهو المعيار المادي.

2- المعيار المادي

أكد مجلس الدولة الفرنسي، كما سبق القول، أن التمييز بين عقد الإيجار وعقد امتياز المرفق العام يستند إلى عدم تكليف المستأجر بإنشاء واستغلال منشآت تتطلب استثمارات مهمة، وهذا ما ذهبت إليه التعلية الوزارية السالفة الذكر، لذلك فمدة عقد الامتياز تكون أطول من مدة عقد إيجار المرفق العام.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، ومن خلال النص القانوني المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فقد بين وفقاً لأحكام المادة 210 منه موضوع الامتياز والذي يتمثل في إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام واستغلاله، وإما يكون موضوعه استغلال المرفق العام فقط. أما إيجار المرفق العام فيكون موضوعه هو تسيير وصيانة مرفق عام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هناك اختلاف واضح يتعلق بالجانب المالي، حيث أن عقد الامتياز يموله المفوض له بنفسه بينما عقد إيجار المرفق العام فالتمول يكون من طرف الجهة المفوضة (الإدارة مانحة الامتياز)¹.

ثانياً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد الوكالة المحفزة

بالرغم من كون عقد الامتياز الإداري وعقد الوكالة المحفزة أسلوبين لتفويض المرفق العام لكن هناك أوجه اختلاف بين هذين العقدين²:

¹ - أنظر المادة 210 / 3-7 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المادة 210 / 3-5 و 8-10، المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه.

1- من حيث الموضوع

موضوع عقد الوكالة المحفزة طبقا لما جاء في نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 هو إمّا تسيير المرفق العام أو تسيير وصيانة المرفق العام، بينما عقد امتياز المرفق العام يكون موضوعه إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء مواد وممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام، وإمّا استغلال المرفق العام فقط.

2- من حيث التمويل

تقوم السلطة المفوضة، في عقد الوكالة المحفزة، بتمويل إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، بينما التمويل في عقد الامتياز يكون من طرف المفوض له.

3- من حيث الاستغلال

يقوم المفوض له في عقد الوكالة المحفزة باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة، بينما يقوم المفوض له في عقد الامتياز باستغلال المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته.

4- من حيث الأجر

يتقاضى المفوض له في عقد الوكالة المحفزة أجره مباشرة من طرف السلطة المفوضة، بينما يتقاضى المفوض له في عقد الامتياز إتاوات تدفع له من طرف مستخدمي المرفق العام.

ثالثا: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد التسيير

باستقراء نص المادة 210 فقرات 11، 12 و 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر نجد أنّ عقد التسيير يختلف عن عقد الامتياز الإداري في عدّة جوانب

والمتمثلة فيما يلي¹:

1. من حيث الموضوع

يتمثل موضوع عقد الامتياز الإداري في إنشاء أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو يكون موضوعه استغلال المرفق العام فقط، بينما موضوع عقد التسيير سيكون تسيير مرفق عام أو تسيير وصيانة المرفق العام.

2. من حيث التمويل

التمويل في عقد الامتياز الإداري يكون من المفوض له نفسه بينما في عقد التسيير يكون التمويل من طرف الجهة مانحة التفويض.

3. من حيث الاستغلال

يقوم المفوض له في عقد التسيير باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة بينما يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته في عقد الامتياز الإداري.

4. من حيث الأجر

يتقاضى المفوض له في عقد الامتياز الإداري أجره من الأتاوى التي يدفعها المنتفعين من خدمات المرفق العام محل الامتياز، بينما أجر المفوض له في عقد التسيير يتقاضاه من السلطة المفوضة مباشرة وفق ما حددته الفقرة 12 من المادة 210 السالف الذكر، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تتولى تقديم تعويض للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا.

رابعاً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو

¹- ZOUAIMIA Rachid, "Les modalités juridiques de la délégation conventionnelle", projet de recherche intitulé : La délégation de service public en Algérie : Bilan et Perspectives, Université Abderrahmane MIRA Bejaïa, p.p.15.

ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي، بقصد تحقيق منفعة عامة، نظير المقابل المالي المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد¹.

ويختلف عقد الأشغال العامة عن عقد الامتياز الإداري في الأوجه التالية:

- إن عقد الامتياز الإداري يختلف عن الأشغال العامة في مسألة جوهرية، كون العقد الأول عقداً زمنياً، يلتزم صاحب المشروع فيه بتقديم خدمات للجمهور، وهذه الخاصية تجعل من عقد الامتياز يستمر بعد إنشائه للمشروع، وذلك عن طريق اتفاق تشغيل المرفق في العقد ذاته لمدة من الزمن، يقدم فيها الملتزم خدمات للجمهور، أما عقد الأشغال العامة فينتهي بمجرد تمام المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتفق معها دون أن يكون له حق تشغيله².

- كما يختلف عقد الامتياز الإداري عن عقد الأشغال العامة في طريقة تقاضي المقابل المالي النقدي، ففي عقد الأشغال العامة يتقاضى المقاول مبلغاً إجمالياً كمقابل للخدمة المؤداة، أما صاحب الامتياز الإداري فإنه يتقاضى المقابل عن طريق إدارته واستغلاله للمرفق العام، وذلك بحصوله على رسوم يدفعها المرتفقون لقاء الخدمات المؤداة طيلة الالتزام³.

- عقد الامتياز الإداري يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام مانح الامتياز وشخص آخر من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص ويسمى الملتزم ويكون موضوعه إدارة واستغلال المرفق العام، بينما عقد الأشغال العامة فيبرم بين الشخص العام (السلطة المتعاقدة) وشخص من أشخاص القانون الخاص (المتعامل المتعاقد) بقصد إنجاز الأشغال أو ترميم أو صيانة منشأة قائمة.

¹- تغريبت رزيقة، المرجع السابق، ص 24.

²- المرجع نفسه.

³- المرجع نفسه.

المطلب الثاني

آليات تكوين عقد الامتياز الإداري والتسوية القضائية لمنازعاته

إذا كان عقد الامتياز الإداري لا يختلف عن العقود الخاصة من حيث ضرورة توافر أركان العقد* وشروط صحة انعقاده، فإنه يختلف عنها في كيفية التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية¹ مانحة الامتياز، نظرا لارتباط هذا العقد بإدارة واستغلال المرفق العام، وما

* ينشأ عقد الامتياز الإداري من توافق إرادتي السلطة المانحة للامتياز والملتزم من خلال تبادل الإيجاب والقبول، وهو ما يعرف بركن الرضا، حيث أن المتعاقد مع الإدارة يملك سلطة القبول، والتي يفهم منها مشاركته في تحديد شروط العقد وذلك من خلال تفاعله الخاص مع الشروط التي حددتها الإدارة والمبادرة الرئيسية في هذا التكوين تتجسد في حاجات المرفق العام وضروراته التي هي القوة الدافعة والحقيقية لتحريك العملية التعاقدية، وهذا فيما يخص الشروط التعاقدية دون أن يمتد ذلك إلى الشروط التنظيمية التي تضعها الإدارة المانحة للامتياز بإرادتها المنفردة.

- وينص عقد الامتياز الإداري على إدارة واستغلال مرفق عام قابل للتفويض لمدة محددة، وعادة ما يكون محل عقد الامتياز الإداري مرفقا اقتصاديا لأن صاحب الامتياز شخص يسعى إلى تحقيق الربح بالدرجة الأولى.

- بالإضافة إلى الرضا والمحل لا بدّ وأن يكون لعقد الامتياز الإداري سبب يدفع أطرافه للتعاقد، فسبب التزام الإدارة المانحة للامتياز تبرره اعتبارات المصلحة العامة والنفع العام من خلال توفير وتقديم وإشباع الحاجات العامة التي تتباين تبعا للمرافق المسيرة عن طريق الامتياز.

- وكمبدأ عام وأصيل فإن الرضائية كافية لتكوين العقود، لكن عقد الامتياز الإداري ينحرف عن هذه القاعدة نظرا لما يتطلبه من وثائق وإجراءات لعملية إبرامه، فيستلزم بذلك توافر ركن آخر وهو الشكل إذ يتم عقد الامتياز الإداري بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد وضمن أداء الخدمة التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة ويجب على الملتزم التقيد بها إذا رضي بالتعاقد. والشكل الكتابي لا يعد شرطا لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الامتياز الإداري، إنما شرط لقيامه وصحته.

- وحسب القضاء الفرنسي يترتب على الشكل الكتابي للعقود الإدارية منها عقد الامتياز نتائج ذات أهمية بالغة أهمها: أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ وأنه لا يمكن إنكار ما تشمل عليه هذه العقود إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

للمزيد من التفاصيل راجع: أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص ص 43، 48.

- بوضياف عمار، "عقد الامتياز في التشريع..."، المرجع السابق، ص 9.

- بن محياوي سارة، المرجع السابق، ص ص 14، 20.

- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

¹- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 59.

يحققه من منفعة عامة، لذا يتعين على الإدارة مانحة الامتياز مراعاة بعض الاعتبارات* باعتبارها شخص قانوني عام يتعاقد باسم المصلحة العامة لاختيار صاحب الامتياز واتباع مجموعة من الإجراءات للوصول إلى شكله النهائي¹ (الفرع الأول)، وكون عقد الامتياز الإداري يتميز بسمات جعلت منه عقد ذو طبيعة خاصة، ويعتبر تصرفاً ثنائياً الجانب ملزم لطرفيه يكسبهما حقوقاً ويحملهما التزامات، ما قد يجعل من أحدهما أو كليهما مقصراً في الوفاء بها وهو ما يمهد لنشوب نزاع بينهما والذي يملى على الطرف المتضرر حق التسوية من خلال رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة² (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آليات تكوين عقد الامتياز الإداري

هناك مجموعة من القواعد تحكم وتميز عقد الامتياز الإداري وتطبق على جميع مراحل إنشائه بداية من اختيار صاحب الامتياز (أولاً)، مروراً بإبرام عقد الامتياز (ثانياً) وصولاً إلى وثائق الامتياز (ثالثاً).

أولاً: اختيار صاحب الامتياز

تعتبر مرحلة اختيار صاحب الامتياز أهم مرحلة في عقد الامتياز الإداري حيث أن

* من بين الاعتبارات الجوهرية التي تعتمدها الإدارة المانحة للامتياز في اختيار الملتزم هناك:

- اعتبارات المصلحة العامة: من خلال المحافظة على المالية العامة للدولة الذي يتحقق باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط بالنسبة للخزينة العامة للدولة،

- اعتبارات المصلحة الفنية: على اعتبار أن الإدارة تلتزم مع الأقدار والأكفاً فنياً على تحقيق أغراض العقد بغض النظر عن المصلحة المالية للخزينة العامة ما يؤدي إلى منح الإدارة قدراً من الحرية في نطاق اختيار المتعاقد معها،

- اعتبارات العدالة القانونية: التي تقوم على أساس ضرورة كفالة حماية حقوق الأفراد وحياتهم بتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تهديد من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة وإساءة استعمال حريتها المطلقة في الاختيار المطلق للمتعاقد معها. للمزيد من التفاصيل راجع: عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 202.

¹ - قليل حسناء، المرجع السابق، ص 91.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص ص 159، 10.

نجاح سير المرفق العام عن طريق الامتياز مرتبط بحسن اختيار الملتزم¹، إذ ترتبط مدى فعالية المرفق العام ومردديته إلى حدّ كبير بمدى إمكانية صاحب الامتياز لتسيير المرفق محل الامتياز، أي مدى امتلاكه للمؤهلات التقنية والمادية والبشرية لضمان تسيير فعّال ومن ثم فرض ذلك ضرورة اختيار أحسن المتعاقدين مع الإدارة وفق معايير محددة مسبقا (محددة بنص قانوني أو في دفتر الشروط)².

ولم ينظّم المشرّع سابقا، سواء في فرنسا، مهد عقود الامتياز الإداري، أو في الجزائر طريقة اختيار الملتزم وترك الأمر للسلطة التقديرية للإدارة مانحة الامتياز والتي تعتمد في اختيارها على شخصية الملتزم بمنحة الامتياز، لكن هذه الفكرة تغيرت بعد صدور قانون "Sapin" في فرنسا السالف الذكر، وتم التوجّه نحو اعتماد إجراءات جديدة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري وأساسية في عقود الصفقات العمومية وهي طرق المزايدات واستدراج العروض والتي تضمن منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة مسبقا³. ولقد أخذت الجزائر بهذا التوجّه من خلال التعليمات الوزارية 4842/3.94 السابقة الذكر، كما تم تكريس ذلك بموجب النصوص المنظمة للامتياز حسب كل قطاع فمثلا المادة 15 من القانون رقم 11-11 التي عدلت الفقرة الأولى من المادة 3 من الأمر رقم 04-08 نصت على أنّه: "يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، وذلك

¹ - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 213.

² - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان ...، أطروحة دكتوراه ...، المرجع السابق، ص 246.

³ - حوادق عصام، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - أنظر الملحق رقم 2.

لاحتياجات مشاريع استثمارية، ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها¹.

ونلاحظ أن المشرع تراجع بموجب قانون المالية التكميلي رقم 11-11 عن تبني طريق المزاد العلني في منح الامتياز إلى جانب طريق التراضي والذي كرسه بموجب المادة 3 من الأمر 04-08 أعلاه قبل التعديل، إذ نصّت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: "يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية وبشرط احترام قواعد التعمير المعمول بها"².

وقد أكد المشرع الجزائري على الأسلوب التنافسي في إبرام عقد الامتياز الإداري على غرار باقي عقود تفويض المرفق العام، من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 والذي يعتبر الإطار القانوني العام لهذه الطائفة من العقود الإدارية كما تمّ توضيحه سابقا في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه المذكرة.

ثانيا: إبرام عقد الامتياز الإداري

تمرّ عملية إبرام عقد الامتياز الإداري بإجراءات ومراحل بدءا بصدور القرار بالتعاقد ثم تحريره وصولا إلى المصادقة عليه من قبل السلطة المختصة بذلك.

1- صدور القرار بالتعاقد

بما أنّ المرسوم التنفيذي المشار إليه في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم يصدر بعد كما بينا ذلك سابقا، وبما أن عقد الامتياز الإداري لم يحض بنظام

¹ - أنظر المادة 15 من القانون رقم 11-11، مؤرخ في 18 جويلية 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ج ر عدد 40، مؤرخة في 20 جويلية 2011.

² - أمر رقم 04-08، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، مؤرخة في 3 سبتمبر 2008.

قانوني موحد من طرف المشرع فإن دراسة أية مسألة من هذا العقد تستدعي البحث في النصوص المتفرقة المنظمة لامتياز المرفق العام، فضلا عن تعليمة وزير الداخلية السابق الإشارة إليها، هذه الأخيرة التي نصت في الفقرة الثالثة الواردة تحت عنوان "إجراءات منح امتياز المرافق العامة" على ضرورة صدور قرار يقضي بمنح امتياز المرافق العامة المحلية من قبل المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية البلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية أما المرافق التابعة للولاية فإن قرار المنح يصدر من المجلس الشعبي الولائي أو المندوبية الولائية¹.

بعد اختيار الإدارة للملتزم وصدور قرار منح الامتياز* من الجهة المختصة حسب نوعية المرفق الذي يتم التعاقد عليه، تأتي مرحلة انعقاد العقد.

2- انعقاد العقد

يتم تحرير عقد الامتياز الإداري الذي مرّ بمراحل متتابعة، ثم التوقيع والمصادقة المسبقة² عليه من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع، فنجد المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة نصت على أنه: "يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية والمالية والطرق السريعة³."

¹ - أنظر الصفحة 5 من الملحق رقم 2.

* صدور قرار عقد الامتياز لا يعني أن العقد نشأ، كونه لا يزال يستلزم إجراءات مكملة، كما أنه بإمكان المجلس الذي أصدره التراجع عنه وإلغائه كونه لا يتعدى أن يكون ترخيصا باستعمال الامتياز. راجع في ذلك أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 64.

² - AUBY Jean-Marie, ROBERT Ducos-Ader, Grands services publics et entreprises nationales, PUF, Paris, 1969 p.242.

³ - أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

ويمثّل إجراء التّصديق على الاتّفاق المتضمن عقد الامتياز الإداري شكلا من أشكال الرقابة الإدارية.

بعدما تتوصّل الإدارة المعنية إلى إبرام عقد الامتياز، يتعين توفير مجموعة من الوثائق لاستكمال عملية تكوينه.

ثالثا: وثائق عقد الامتياز الإداري

يتوصل الأطراف (الإدارة مانحة الامتياز والملتزم) إلى الصياغة النهائية لعقد الامتياز الإداري¹ بعد الإجراءات التي مرّ بها، والتي تحدد وجوده القانوني، والذي يتكون من وثيقتين تكوّنان شكله النهائي والمتمثلة في عقد الامتياز (اتفاقية الالتزام) ودفتر الشروط الملحق به².

1- عقد الامتياز

عقد الامتياز³ هو الجزء الأقصر في وثائق الالتزام، حيث يقتصر على تحديد الأطراف المتعاقدة (السلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز) بصفة دقيقة، وضبط مضمون الاتّفاق والمتمثّل في التزام الإدارة بمنح المرفق العام للملتزم لإدارته واستغلاله عن طريق الامتياز، والتزام صاحب الامتياز باستغلال المرفق وفقا للقواعد أو البنود الواردة في دفتر الشروط⁴. فعقد الامتياز (اتفاقية الالتزام) هو الإطار العقدي بين مانح الامتياز والملتزم معه⁵.

¹ أنظر نموذج عن عقد الامتياز، الملحق رقم 4.

² LINOTTE, Didier, ROMI Raphaël, Service public et droit public économique, éditions du Juris-Classeur Paris, 2003, p.328.

³ أنظر نموذج عقد الامتياز، الملحق رقم 4.

⁴ أنظر الملحق نفسه.

⁵ بن شعلال الحميد، المرجع السابق، ص 73.

2- دفتر الشروط

دفتر الشروط هو الوثيقة التي تتضمن جميع الشروط التنظيمية التي تتعلق بسير المرفق العام مباشرة، والشروط التعاقدية التي تهم طرفي العقد، وبذلك يعتبر دفتر الشروط أساس التعاقد وهو جزء لا يتجزأ من عقد الامتياز، وكما يقول الأستاذ "أندري دي لوبادير" أن دفتر الشروط هو دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، وإن كانت معالم الإيجاب وشروطه تتحدد بناء على الشروط التي قررتها الإدارة في دفتر الشروط الذي تعدّه بإرادتها المنفردة¹.

وكما قلنا سابقاً فإن دفتر الشروط يحتوي على نوعين من الشروط²:

- الشروط التنظيمية

وهي التي تتعلق بسير المرفق العام وتتمثل في مجموع القواعد التقنية لتسيير المرفق توضع من طرف الإدارة مانحة الامتياز بإرادتها المنفردة، وعلى الملتمزم قبولها دون مناقشة.

- والشروط التعاقدية

وهي الشروط المتعلقة بتلك العلاقة بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة للامتياز، ومن أهمها: مدة الامتياز، الضمانات، الامتيازات، شروط نهاية الامتياز... إلخ. بعد تعرضنا لآليات تكوين عقد الامتياز الإداري نتناول التسوية القضائية لمنازعاته دون الحديث عن آثار هذا العقد ونهايته لأننا تناولنا هذه المسألة في المبحث الثاني من الفصل الأول فلا جدوى من تكرارها.

الفرع الثاني

تسوية منازعات عقد الامتياز الإداري

يعتبر عقد الامتياز الإداري تصرف ثنائي ملزم للطرفين المتعاقدين مما يترتب

¹- بن شعلال الحميد، المرجع السابق، ص 74.

²- بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص 64.

عليه منح حقوق لكليهما وترتيب التزامات على عاتقهما، كما يدخل في هذه العلاقة العقدية طرفا ثالث وهو المنتفع من خدمات المرفق العام محل الامتياز، وهذا ما يمهد لنشوب خلافات بين أكثر من جانبين.

فالمنازعات الناتجة عن عقد الامتياز الإداري هي منازعات ناتجة عن العقد في حد ذاته، وهي تلك الواقعة بين مانح الامتياز والملتزم (أولا)، وأخرى ناتجة عن استعمال المرفق العام محل الامتياز والمتمثلة في المنازعات بين الملتمزم والمرتفقين (ثانيا)، والمنازعات بين مانح الامتياز والمرتفقين (ثالثا)¹.

أولا: المنازعات الناشئة بين مانح الامتياز والملتمزم

لتحديد نوع المنازعات القائمة بين الإدارة مانحة الامتياز والملتمزم يجب أولا معرفة الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها، وكذا تحديد نوع الدعاوي الناشئة عن عقد الامتياز الإداري.

1- تحديد الجهة القضائية المختصة

طبقا للمعيار العضوي المعتمد في الجزائر بموجب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² 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. وفي ذات المعنى اعترف هذا الأخير في قراره الصادر بتاريخ 9 مارس 2004 عن الغرفة الثالثة، الملف رقم 11950، في قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران

¹ - بن محياوي سارة، المرجع السابق، ص 42.

² - أنظر المادة 800 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

باختصاص القضاء الإداري بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الامتياز¹. وبالرجوع إلى التعليمات الوزارية 842/3.94 السابق ذكرها نجدها قد فصلت في الاختصاص القضائي، حيث جعلت المنازعات الناشئة بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم من اختصاص الغرف الإدارية (المحاكم الإدارية حالياً) وذلك لكونها تتعلق بعقد إداري². وإذا كان القضاء الإداري هو المختص بالنظر في الدعاوى الناشئة بين مانح الامتياز والملتزم، فما نوع هذه الدعاوى؟

2- تحديد نوع الدعاوى في عقد الامتياز الإداري

تقضي القاعدة العامة بأن قضاء العقود الإدارية ومنها عقد امتياز المرفق العام باعتباره عقداً إدارياً، ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يختص قضاء الإلغاء ببعض النواحي في إطار ما يعرف بالقرارات المنفصلة*.

أ- اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقد الامتياز الإداري

يؤول الاختصاص للقضاء الكامل فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية التي يكون محلها

¹ - بن محياوي سارة، المرجع السابق، ص 42..

² - أنظر الصفحة رقم 9 من الملحق رقم 2.

* تعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال تطبيق من تطبيقات فكرة التمييز بين القرارات الإدارية البسيطة "Les actes simples" والقرارات الإدارية المركبة أو المختلطة "Les actes complexes"، حيث أن القرارات البسيطة هي تلك القرارات المستقلة والقائمة بذاتها إذ تصدر وهي منفصلة عن العقد الإداري، أما القرارات المركبة فهي فئة القرارات الصادرة في حالة الارتباط بعملية عقدية وهي غير مستقلة بحيث تصح جزءاً لا يتجزأ من العقد.

- ويعرّف القرار المنفصل بأنه قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل ويختلف عنه في طبيعته، فهو قرار يسبق عملية الإبرام نظراً لأنه يمهد لها، فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلاً عن العقد. للمزيد من التفاصيل راجع: بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 ص ص 16، 24.

الفصل الثاني: عقود الامتياز والبوت: نحو تفعيل تقنية تفويض المرفق العام

عقد إداري سواء اتصلت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه¹، كما تدخل القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية مانحة الامتياز استنادا إلى أحد نصوص العقد في هذا النطاق* كقرارها بسحب العمل ممن تعاقدت معه تطبيقا لأحكام المادة 801 من ق.إ.م.إ.².

ويتمتع القاضي عند نظره في منازعات عقد الامتياز الإداري بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، إذ يقوم بتقدير المركز القانوني لرافع الدعوى، إذ لا يقتصر الأمر على مجرد إلغاء القرار الإداري المطعون فيه فحسب إذا خالف مبدأ المشروعية كما هو الشأن في دعوى الإلغاء بل يجاوز ذلك إلى تعديله أو الحكم بتعويض مالي.

ويرجع سبب استبعاد منازعات العقود الإدارية من اختصاص قاضي الإلغاء حسب اعتقاد الأستاذ "عبد العزيز عبد المنعم خليفة" إلى افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو القرار الإداري كما أن دعوى الإلغاء جعلت حماية لمبدأ المشروعية بصفة عامة³.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية: الإبرام، التنفيذ، المنازعات، دار الفكر العربي مصر، 2007، ص 303.

* وذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم 1180 جلسة 18 نوفمبر 1956: "لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقتصرًا على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية التعاقدية ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي تنشأ عنها، وأصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصا مطلقا وشاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما قد يكون صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توفرت فيه حقيقة التعاقد الإداري". للمزيد من التفاصيل راجع: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية: العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، القاهرة، 1998.

² - أنظر المادة 801 من ق.إ.م.إ.، المرجع السالف الذكر.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 305.

وتتعدّد المنازعات التي يثيرها أطراف عقد الامتياز بحسب ما تستهدفه وما تسعى إليه.

أ-1- صور منازعات عقد الامتياز الإداري الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل

نظرا لطبيعة عقد امتياز المرفق العام (عقد إداري)، وطول مدّته، وإجراءات انعقاده والتدخل المستمر للإدارة مانحة الامتياز من بداية نشأته إلى غاية انتهائه فإن المنازعات التي تنشأ عنه والتي تخضع لاختصاص القضاء الكامل تأخذ عدة صور والتي نتناولها كالآتي:

أ-1-أ- دعوى بطلان عقد الامتياز الإداري

تقوم هذه الدعوى بناء على طلب من أحد طرفي العقد بإبطال العقد لتخلف أحد أركانه أو شروط صحته سواء تعلق الأمر بركن الرضا أو المحلّ أو السبب. فلقيام عقد الامتياز الإداري ينبغي أن يكون التراضي صحيحا صادرا عن ذي أهلية وخاليا من العيوب من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، كما يبطل أيضا متى كان محل الالتزام مستحيلا أو غير مشروعاً أو تخلف ركن السبب فيه (غير موجود أو غير مشروع). ويترتب على بطلان العقد الإداري بصفة عامة زواله وإلغاء الآثار القانونية المترتبة عليه، كما قد ينشئ لأحد طرفي العقد حقا في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب¹.

أ-1-ب- الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاءه

تتمثّل منازعات تنفيذ عقد الامتياز الإداري والتي تخضع لاختصاص القضاء الكامل في الدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية كتعويض للملتزم مع الإدارة مانحة الامتياز بسبب الأضرار التي تلحق به سواء من جراء فعلها كتمادي الإدارة في استعمال سلطاتها

¹ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص ص 165، 166.

(سلطة الرقابة مثلاً)، أو من فعل الغير، إضافة إلى ما تتعهد به للملتزم من مزايا مالية وعليه كل دعوى يقيمها الملتزم أساسها الحصول على المبالغ المالية المستحقة له تخضع لولاية القضاء الكامل¹.

إضافة إلى الدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية، هناك دعاوى إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية، بمعنى أن للملتزم الحق في رفع دعوى على الإدارة مانحة الامتياز في حال إخلالها بشرط من الشروط التعاقدية الخاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وتحفظ دعواه بصفتها من حيث انتمائها للقضاء الكامل حتى ولو اقتضت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة².

إلى جانب دعاوى الحصول على مبالغ مالية وإبطال بعض التصرفات المخالفة للالتزامات التعاقدية الصادرة عن الإدارة، هناك دعوى أخرى تخضع للقضاء الكامل والمتمثلة في منازعة المتعاقد مع الإدارة مانحة الامتياز حول قرارها بفسخ العقد³.

أ-2- أثر إخضاع منازعات عقد الامتياز الإداري لولاية القضاء الكامل

يترتب على اختصاص القضاء الكامل بالنظر في المنازعات الإدارية نتائج هامة والمتمثلة فيما يلي⁴:

- تمتع القاضي في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، حيث يقوم بتقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى، ثم يحدد حقوق المدعي وعليه لا يقتصر دوره على إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بل يتعدى ذلك إلى تعديل هذا القرار أو الحكم بتعويض مالي،

¹ - سعيدي محمد، المرجع السابق، ص 41.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص ص 166، 167.

³ - سعيدي محمد، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - المرجع نفسه.

- تحلّل دعوى القضاء الكامل من شروط دعوى الإلغاء، إذ تختلف دعوى القضاء الكامل عن دعوى الإلغاء من نواحي عدّة، ففي حين يشترط في دعوى الإلغاء أن يكون محلها قرارا إداريا نهائيا صادرا عن سلطة إدارية مختصة فإن نطاق دعوى القضاء الكامل يتسع ليشمل العقود الإدارية والقرارات المتصلة بها بصورة لا يمكن فصلها عنها، كما يشمل هذا الاختصاص أعمال الإدارة المادية إذا اتصفت بسمات المنازعة الإدارية، ضف إلى ذلك فإن دعوى القضاء الكامل تشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة، أو حق مهدّد بالاعتداء عليه من قبلها، عكس دعوى الإلغاء والتي يكفي لرفعها أن يكون له مجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق. كما أن دعوى القضاء الكامل لا تتقيد بموعد معين مالم يسقط الحق موضوع المطالبة بالتقادم طبقا للقانون المعمول به¹.

أ-3- حدود اختصاص القضاء الكامل بنظر الطعن على القرارات الإدارية

يخضع الطعن على القرار الإداري لاختصاص قضاء الإلغاء كقاعدة عامة، إلا أنه واستثناء على هذه القاعدة يخضع لاختصاص القضاء الكامل إذا ما اتصل القرار بعقد إداري انعقادا أو تنفيذا أو انقضاء، وأن يكون هذا القرار صادر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة وترتبا على ذلك يخرج من ولاية القضاء الكامل القرارات التمهيديّة لانعقاد العقد أو تلك التي تصدر عن الإدارة تنفيذا للعقد لكن في مواجهة الغير².

ولا يكفي اتصال القرار الإداري المطعون فيه بالعقد الإداري لينعقد الاختصاص للقضاء الكامل، بل يجب أن تستمد الإدارة سلطة إصدار هذا القرار من نصوص العقد ذاته وأن تصدره في مواجهة المتعاقد الآخر بوصفها طرفا في العقد، لذلك يخرج عن اختصاص القضاء الكامل ما تصدره الإدارة من قرارات بوصفها سلطة عامة مستمّدة صلاحياتها تلك

¹- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص ص 168، 169.

²- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 332.

من القوانين واللوائح، فمثل هذه القرارات تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء¹.

ب- اختصاص قضاء الإلغاء بمنازعات عقد الامتياز الإداري

يؤول الاختصاص للقضاء الكامل في مجال المنازعات المتعلقة بعقد الامتياز الإداري باعتبارها من المنازعات الحقوقية، إلا أنه واستثناء يختص قضاء الإلغاء في مجال العقد الإداري منها عقد الامتياز في حالة القرارات المنفصلة عن هذا العقد، ويكون القرار الإداري منفصل عن العقد إذا كان سابقا على انعقاد الرابطة التعاقدية وممهّدا لها. ولا تقبل دعوى الإلغاء إلا بتوافر مجموعة من الشروط وهي²:

- أن يكون القرار نهائيا،

- إقامة دعوى الإلغاء في الميعاد المحدد قانونا³.

وينتج عن إلغاء القرار الإداري المنفصل أو القابل للانفصال، عن العقد الإداري (عقد الامتياز الإداري)، أن العقد يبقى صحيحا ولا يمتد أثر الإلغاء إليه بل ينصب على القرار محل الإلغاء فقط، وأساس ذلك أن القرارات المنفصلة وإن كانت تدخل في تكوين العقد وتمهّد لإبرامه إلا أنها تمثل عملا مستقلا منفصلا عن العملية التعاقدية. وقد واجه هذا المبدأ انتقادا من جانب الفقه الذي يرى بأن القرار الإداري المنفصل أو القابل للانفصال عن العقد وإن كان كذلك، فهو يعدّ مرحلة من مراحل العملية المركّبة وتتوقف عليه سلامة العملية بأكملها⁴.

ج- منازعات القضايا المستعجلة لعقد الامتياز الإداري

الدعاوى الإدارية المستعجلة هي طلبات يرفعها صاحب الشأن في حالة الاستعجال

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 332.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 171.

³ - أنظر المادة 829 من ق. إ. م. إ، المرجع السالف الذكر.

⁴ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 172.

للمطالبة بالحصول على حكم ذو طبيعة وقتية، لدرء خطر داهم يهدّد وجود الحق ذاته، أو الإقامة أو حفظ الدليل المثبت للحق إذا كان يخشى عليه من التغيير أو الزوال بمرور الوقت¹.

والارتباط الموجود بين الدعاوى الإدارية وقضاء الاستعجال يعود إلى كون الإدارة تملك وسائل تجعلها متفوّقة على الأشخاص العاديين، هذا التفوق في المركز القانوني ينعكس في نشاطها الذي يمس بمصالح هؤلاء الأشخاص أحيانا ويشكّل بذلك حالة من الاستعجال (يشكّل خطرا على الحقوق والحريات المكتسبة)، وقد وجد قضاء الاستعجال للموازنة بين سلطات الإدارة ومركز الأفراد، وحتى لا تكون الإدارة متعسّفة في أعمالها². بالإضافة إلى ما تقدم فإن أعمال الإدارة تتمتع بقرينة الصحة والتي بموجبها يفترض في القرار الإداري أنّه صدر صحيحا مطابقا للقانون وبالتالي يضلّ نافذا مرتّبًا لآثاره القانونية، إلى أن يقضي بإلغائه أو سحبه أو تعديله³. وإذا توافرت في الاستعجال أسبابه* خضع الفصل في الطلب لولاية القضاء الكامل، ذلك أن منازعات الأمور المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية هي بطبيعتها منازعات متفرعة عن العقد الإداري، ولما كانت المنازعات

¹ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 167.

² - ساسي محمد فيصل، "الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ومدى كفايتهما كشرط لتأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية (حالة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري)"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 9 و10 مارس 2011، ص 4.

³ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 167.

* الدعوى الاستعجالية لا تقوم إلا بوجود حالة من حالات الضرورة التي لا تحتمل الانتظار، وتتخذ طابعا احتياطيا لاجتناب ما لا يمكن تداركه ولا تمس بأصل الحق لأن ذلك من اختصاص دعوى الموضوع ويترك المشرع للقاضي الاستعجالي عادة سلطة تقديرية في تقرير حالة الاستعجال من عدمها بينما حدّدت المادة 946 من ق. إ. م. إ الحالات التي ترد في إطارها الدعوى الاستعجالية وهي حينما يشوب عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة. للمزيد من التفاصيل راجع: بودريوة عبد الكريم، "إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات = =

العادية لهذا العقد تخضع لاختصاص القضاء الكامل، فإن منازعاته المستعجلة تخضع بالتبعية لولاية هذا القضاء، حيث أن ما يختص به الأصل ينسحب اختصاصه إلى الفرع¹.

ثانيا: المنازعات الناشئة بين الملتزم والمرتفقين

تعدّ المنازعات الناشئة بين الملتزم والمرتفقين من اختصاص القضاء العادي، لأنّ العقود التي تبرم بين الطرفين تنتمي إلى القانون الخاص² وهذا في حالة ما إذا كان الملتزم شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا وذلك لانعدام المعيار العضوي المكرّس بموجب المادة 800 من ق. إ. م. إ السابق الذكر، وإذا كان الملتزم شخصا عاما ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة بينه وبين المرتفقين.

ويمكن للمرتفقين تأسيس طعن لتجاوز السلطة في حالة عدم مراعاة الملتزم لالتزاماته الواردة في دفتر الشروط، ولهم مطالبة تدخل الإدارة لإجباره على ذلك، وفي حالة رفضها أو سكوتها يمكن لهم أيضا رفع طعن لتجاوز السلطة³.

ثالثا: المنازعات الناشئة بين مانح الامتياز والمرتفقين

يحقّ للمرتفقين بالتوازي للدعوى التي يقومون برفعها ضد الملتزم، تأسيس دعوى إدارية ضد الإدارة مباشرة أمام المحاكم الإدارية المختصة، وذلك إزاء كل إخلال بالتزاماتها التعاقدية، أو أي خرق من جانبها لما تمليه القواعد العامة في تنفيذ العقود أو ما يفرضه السير الحسن للمرفق العام⁴، ونفس الأمر أقرته التعليمات الوزارية 842/94.3 السالفة

= العمومية"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي يومي 9 و10 مارس 2011، ص 4.

1- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 168.

2- سعدي محمد، المرجع السابق، ص 44.

3- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 174.

4- المرجع نفسه، ص 173.

الذكر*.

وفضلا عن الدعوى التي تمثل الإدارة المانحة للامتياز طرفا فيها مع الملتزم أو المرتفقين، يمكن لها أن تكون طرفا أصليا في دعوى طرفها الآخر الغير في حالة تضررهم من الإجراءات الإدارية الصادرة تنفيذا لأحكام اتفاقية الامتياز الإداري، إذ يحق للغير مخاصمة القرارات غير المشروعة أمام القضاء الإداري¹.

المطلب الثالث

اتساع مجال تطبيق عقد الامتياز الإداري

اتّسع مجال تطبيق عقد الامتياز الإداري كوسيلة ليبرالية لتسيير المرفق العمومي ابتداء من سنة 1989، بتبني الجزائر لسياسة الانفتاح الاقتصادي، وذلك بهدف النهوض بالمرفق العام وتفعيله سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الوطني، وصدرت لأجل ذلك ترسانة من النصوص القانونية نظّمت هذا العقد بما يتماشى والتحويلات الجديدة. ونحاول في هذا المطلب التطرق لبعض المرافق القطاعية الطبيعية منها (الفرع الأول) والاصطناعية (الفرع الثاني)، المعدة أساسا لتحقيق المنافع العامة للجمهور والتي تكون محل عقد الامتياز الإداري.

الفرع الأول

تطبيقات عقد الامتياز الإداري في مجال الموارد الطبيعية

عرف عقد الامتياز الإداري، كأسلوب لتفويض المرفق العام، تطبيقات واسعة في مجال الموارد الطبيعية، وطالما أن هذا المجال واسع جدًا فإنه يتعدّر علينا التطرق لكافة

* نصت التعلية الوزارية رقم 842/3.94 على ما يلي: "أما بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين المنتفعين والإدارة مانحة الامتياز بخصوص استعمال هذه الأخيرة للسلطات المخولة لها لإجبار الملتزم على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام موضوع الامتياز تكون من اختصاص الغرف الإدارية هي الأخرى". أنظر الصفحة 10 من الملحق رقم 2.

¹ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 173.

المجالات الطبيعية لذا نتناول بالدراسة أهم هذه المجالات والمتمثلة في مجال المياه (أولا) ومجال المحروقات (ثانيا)، وأخيرا مجال استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة (ثالثا).

أولا: عقد الامتياز الإداري في مجال المياه

يعتبر مرفق المياه من المرافق الاستراتيجية لذا أولته الدولة الجزائرية عناية كبيرة منذ الاستقلال وإلى غاية يومنا هذا، وقد عرفت خدمات المياه والتطهير تطورات متدرّجة وذلك تماشيا مع المستجدات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها البلاد¹. وقد تغيّر النظام القانوني للامتياز الإداري في قطاع المياه منذ الإقرار الأول له من خلال القانون 17-83 إلى تعديل 1996 وأخيرا إلى نظام قانوني كامل للمياه بصدور القانون 05-12 المعدّل والمتمّم.

إذا كان قانون 17-83 فتح مجال الامتياز كطريقة لتسيير مرفق المياه في الجزائر لكنه أعطاه طابع يمكن أن نسميه اشتراكي من خلال منحه الامتياز للأشخاص العامة فقط وحتى تعديل 1996* أبدى تخوفا من دخول القطاع الخاص لهذا المجال فوضع شروط تتعلق فقط بمنح الامتياز للخواص وهو شرط وجود المؤهلات الضرورية التي تسمح

¹ - خلاف فاتح، "عقد التسيير المفوض لخدمات المياه والتطهير في ضوء التجربة الجزائرية"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة يومي 18 و19 أكتوبر 2016، ص 1.

* نصت المادة 4 من الأمر رقم 96-13 المعدلة للمادة 21 من القانون 83-17 المتضمن قانون المياه السابق ذكره على ما يلي: "... عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية. وفي هذا الصدد، يمكن أن تمنح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والجمعيات المحلية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص. يجب أن تتوفر في هؤلاء الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص المؤهلات الضرورية ... يمكن أن يشمل هذا الامتياز إنجاز هياكل أساسية للري قصد استغلالها من طرف صاحب الامتياز...".

بالتسيير¹. ومع ذلك فقد وسَّع المشرع بموجب هذا التعديل من نطاق الامتياز ليشمل عمليات إنجاز الهياكل الأساسية للري بغرض استغلالها من طرف الملتزم، فإن قانون 05-12 أزال تلك القيود ووضع المنافسة كمعيار محدد لمنح الامتيازات، وتم من خلال إدراج القانون التجاري، ومنه فتح المجال في بعض المعاملات لهذا القانون، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الاستثمار وبذلك أصبح مجال المياه من مجالات الاستثمار ومحور من محاوره*.

وبالنسبة للعمليات التي تخضع لامتياز استعمال الموارد المائية فقد حدّتها المادة

77 من القانون 05-12 المعدل والمتمم السابق الذكر وهي كالآتي²:

- إنجاز الحفر من أجل استخراج المياه الجوفية أو السطحية عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية،
- إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة،
- إنجاز المنشآت الموجهة لاستعمال المياه القذرة المصفاة من أجل الاستعمالات الفلاحية الفردية أو الجماعية أو الاستعمالات الصناعية،
- تهيئة التنقيب عن المياه المعدنية الطبيعية ومياه المنبع أو المياه المسماة "مياه المائدة"

¹ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه... المرجع السابق، ص 130.

* نصت المادة 81 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه على ما يلي: "يمكن بموجب هذا القانون، منح امتياز إنجاز واستغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، طبقاً لأحكام الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1425 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار".

- المرسوم التنفيذي 08-54، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، تطبيقاً للمادة 101 من قانون المياه 05-12، السابقة الذكر.

² - أنظر المادة 77 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

الجوفية الأصل التي كانت موضوع إجراء اعتراف بالنعوية من أجل الاستغلال التجاري قصد الاستهلاك،

- تهيئة التنقيب أو الحفر عن مياه الحمامات التي كانت موضوع إجراء اعتراف بخصوصياتها العلاجية لاستغلالها لأغراض علاجية استشفائية،

- إقامة هياكل وتنفيذ العمليات الخاصة على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير تربية المائيات والصيد القاري فيها أو النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية،

- إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية.

وتضيف المادة الأولى من الأمر رقم 09-02 المعدلة للمادة 14 من القانون 05-

12 المتعلق بالمياه، أنه يمكن أن يرخص خارج مناطق المنع باستخراج مواد الطمي بصيغة الامتياز المحدد المدة، المرفق بدفتر شروط مع مراعاة دراسة التأثير على البيئة المعدّة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما¹.

يتوقّف منح امتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة وصاحب الامتياز لدفتر شروط خاص، ويمكن في أي وقت تعديله أو إلغائه استجابة لمتطلبات المنفعة العامة، مع منح تعويض لصاحب الامتياز إذا ما تعرض لضرر مباشر².

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المياه 05-12 المعدل والمتمم أعطى مفهوماً جديداً لتفويض المرفق العام، حيث اعتبره أسلوباً آخر إلى جانب الامتياز في تسيير خدمات المياه والتطهير وأعطى الأسبقية للامتياز، في حين أنّ المرسوم الرئاسي 15-247 اعتبر هذا

¹ - أنظر المادة 1 من الأمر رقم 09-02، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يعدل ويتم القانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 أوت 2005، والمتعلق بالمياه، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26 جويلية 2009.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 30.

الأخير من عقود التفويض وليس أسلوبا مستقلا عنه.

ثانيا: عقد الامتياز الإداري في مجال المحروقات

منح المشرع الجزائري إمكانية ممارسة نشاطات نقل المحروقات بواسطة الأنابيب عن طريق أسلوب الامتياز الإداري للمؤسسة الوطنية سوناطراك أو أحد فروعها، وذلك بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمحروقات، وهذا ما قضت به المادة 68 من قانون المحروقات بعد تعديلها سنة 2013 بموجب القانون 01-13. فقبل هذا التعديل لم يحصر المشرع بموجب القانون 05-07 المتعلق بالمحروقات، صاحب الامتياز في هذه الشركة فقط، بل أفسح المجال واسعا أمام أي شخص لممارسة هذا النوع من النشاطات، في حين نجد تعديل سنة 2006 حصر الملتزم في المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم أو كل شركة أخرى تخضع للقانون الجزائري وتتكون من كل شخص والمؤسسة الوطنية سوناطراك التي يجب عليها أن تساهم في الشركة المذكورة بنسبة لا تقل عن 51%، بمعنى أغلبية رأسمال الشركة جزائري¹.

واختيار الملتزم في مجال المحروقات تم تقييده بحالات حدّتها المادة 69 من القانون 05-07، المعدّل والمتمّم، في الفقرتين الثالثة والرابعة كالاتي²:

- في الحالة التي تخص طلبات الامتياز الأخرى (خارج عمليتي نقل المحروقات بواسطة الأنابيب أو نقل الإنتاج من المحروقات)، تتولى سلطة ضبط المحروقات صياغة توصية توجّه إلى الوزير المكلف بالمحروقات الذي يقرر إما منح الامتياز للشخص الذي طلبه، وإما

¹ - أنظر المادة 68 من القانون رقم 05-07، السالف الذكر، المعدّلة والمتمّمة بالمادة 2 من القانون 06-10، مؤرخ في 29 جويلية 2006، ج ر عدد 48 مؤرخة في 30 جويلية 2006، المعدّلة والمتمّمة بالمادة 2 من القانون رقم 01-13 مؤرخ في 20 فيفري 2013، ج ر عدد 11، مؤرخة في 24 فيفري 2013.

² - أنظر المادة 3/69 و4 من القانون 05-07، المعدّل والمتمّم، المرجع نفسه.

ل طرح الطلب على المنافسة لمنح هذا الامتياز*،

- تقترح سلطة ضبط المحروقات على الوزير المكلف بالمحروقات اللجوء إلى مناقصة لمنح أي امتياز لم يكن موضوع طلب في إطار المخطط الوطني لتنمية هياكل النقل بواسطة الأنابيب. ويكون في هذه الحالة المعيار الوحيد للاختيار تعريفه النقل بواسطة الأنابيب على أساس عودة الاستثمار المعقولة المطلوبة من قبل سلطة ضبط المحروقات مع مراعاة احترام النصوص التقنية لدفتر الشروط¹.

ويتم طرح المناقصة على مرحلتين²:

المرحلة الأولى وتسمى بالمرحلة التقنية، موجهة لتحديد العرض التقني المرجعي من ضمن العروض المقدمة من طرف المتعهدين الذي يتخذ قاعدة لإعداد العرض الاقتصادي، والذي يجب أن يستجيب لدفتر الشروط الخاص بالمنشأة المقررة فيما تعلق بـ:

- قدرات منشآت النقل بواسطة الأنابيب،

- آجال إنجاز الاستثمارات الضرورية،

* تطلبت سياسة الانفتاح الاقتصادي وانتقال الجزائر من الاقتصاد المسير نحو الاقتصاد الحر وضع مجموعة من القواعد والهيئات في اطار شامل ومنسجم لتحويل والذي يضمن الاستقرار ويتقاضي الأزمات، لذلك فقد رافقت عملية الانفتاح على المنافسة إنشاء هيئات مميّزة مكلفة بضمان الانتقال السليم للمرافق العمومية وحماية الاقتصاد الوطني وتقييم العملية التنافسية وتثبيت بعض المصالح، وتمثلت هذه الهيئات في "سلطات الضبط المستقلة"، وقد لجأ المشرع الجزائري إلى إنشاء هيئات ضابطة في كل قطاع على حدة كقطاع المحروقات "سلطة ضبط المحروقات"، بالإضافة إلى سلطة ضبط ذات اختصاص عام وهو مجلس المنافسة. للمزيد من التفاصيل راجع: بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2007.

- شيبوتي راضية، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، عدد 35، 2011، ص ص 183، 192.

- شعوة لمياء، سلطات الضبط لقطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 1، 2013.

1- أنظر المادة 01/70 من الأمر رقم 06-10، المعدل والمتمم لقانون المحروقات رقم 05-07، المرجع السالف الذكر.

2- أنظر المادة 02/70 من الأمر رقم 06-10، المرجع نفسه.

- استثمار الخدمة،

- استهلاك الغاز كوقود.

بينما المرحلة الثانية، وتسمى اقتصادية، موجهة لانتقاء أحد المتعهدين ويكون معيار الاختيار المقبول هو مبلغ الاستثمارات الذي يستند إلى تكاليف قصوى تبلغها سلطة ضبط المحروقات أو عند الاقتضاء، إلى التكاليف الموحدة في السوق التي توافق عليها سلطة ضبط المحروقات.

وتجدر الإشارة إلى أنّ فتح الأظرفة الخاصة بالمرحلتين السابق ذكرهما يتم في جلسات علنية من قبل لجننتين الأولى خاصة بالمرحلة التقنية، والثانية خاصة بالمرحلة الاقتصادية، ويتم منح الإنجاز لصاحب أحسن عرض¹.

وبالنسبة لمدة الامتياز فتقدّر بثلاثين سنة كأقصى حد وفقا للتعديل الأخير لسنة 2013، بدلا من خمسين سنة التي كانت مقررة في قانون المحروقات 05-07 (قبل تعديله). وعند انقضاء هذه المدة تتحول ملكية جميع الهياكل والمنشآت التي تسمح بممارسة العمليات، إلى الدولة مجانا وبدون أعباء، والتي يتعين أن تكون في حالة استغلال جيدة وتتولى سلطة ضبط المحروقات إعداد قائمة الهياكل والمنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها خلال مدة ثلاث سنوات على الأقل قبل نهاية عقد الامتياز².

¹- أنظر المادة 02/70 من الأمر رقم 10-06، المرجع السالف الذكر.

²- أنظر المادتان 71 و81 من القانون رقم 05-07، المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.

ثالثا: عقد الامتياز الإداري في مجال استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة

بعد قانون التسيير الذاتي في الفلاحة¹ وقانون الثورة الزراعية² اللذان أثبتا عدم النجاعة والمردودية في الميدان الفلاحي، أصدر المشرع الجزائري أهم نص قانوني ينظم استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة وهو قانون 87-19، المعروف بقانون المستثمرات الفلاحية، والذي أرادت الدولة من خلاله إعادة تنظيم كيفية استغلال العقار الفلاحي عن طريق خوصصة الإنتاج والحفاظ على ملكية الأراضي محل الاستغلال حيث منح هذا القانون للمنتجين الفلاحيين حق انتفاع دائم على الأراضي الفلاحية*، بموجب عقد إداري مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية، مقابل ذلك يدفع هؤلاء أتاوى سنوية للانتفاع يحدّد وعأؤها وكيفية تحصيلها قوانين المالية. فضلا عن ذلك فإن الحق العيني العقاري (حق الانتفاع الدائم) يمتاز بأنه حق قابل للنقل (الانتقال إلى الورثة الذكور والإناث)، وقابل للتنازل عنه لصالح الغير وكذلك قابليته للحجز عليه³.

وبعد أكثر من عشرين سنة من سريان هذا النص القانوني، ثبت أنه لم يحقّق

¹ - الأمر رقم 68-653، مؤرخ في 30 ديسمبر 1968، يتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، ج ر عدد 15، مؤرخة في 15 فيفري 1969 (ملغى).

² - الأمر رقم 71-73، مؤرخ في 8 نوفمبر 1971، المتضمن قانون الثورة الزراعية، ج ر عدد 97، مؤرخة في 30 نوفمبر 1971 (ملغى).

* بموجب حق الانتفاع الدائم، تتجزأ ملكية العقار بين الدولة (مالكة الرقبة) والمنتج الفلاحي الذي له حق الاستعمال والاستغلال (مالك الانتفاع)، علما أن هذا الحق يختلف عن حق الانتفاع المنصوص عليه في القانون المدني من عدة نواحي أهمها: من حيث المال الذي يقع عليه، أسباب نشأته وانقضاءه وكذا من حيث العوض. راجع في ذلك المادة 851 وما بعدها من الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم.

³ - قانون رقم 87-19، مؤرخ في 8 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 50، مؤرخة في 9 ديسمبر 1987 (ملغى).

الاستغلال الأمثل للأراضي الفلاحية بسبب الخروقات المرتكبة كإهمال الأراضي وتحويلها عن طابعها الفلاحي، بالإضافة إلى التنازل عن حق الانتفاع لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة، والاستعمال العشوائي لهذه الأراضي، بالإضافة إلى غياب المتابعة والرقابة من جانب الإدارة¹.

بناء على هذا، تم إصدار القانون 10-03²، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة للدولة، بموجبه تم إعادة النظر في نمط استغلال العقار الفلاحي التابع للأمولاك الوطنية الخاصة للدولة، بتحويل حق الانتفاع الدائم إلى الاستغلال المؤقت عن طريق الامتياز ونظمت مسألة هذا التحويل التعلية الوزارية المشتركة رقم 654 الصادرة عن كل من وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وزارة المالية ووزارة الفلاحة والتنمية الريفية³.

وحسب المادة 5 من القانون 10-03 فإن منح الامتياز مقتصر على أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية أو الفردية أو ورثتهم في حالة الوفاة، الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 87-19، والحائزين على عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية أو قرار من الوالي يثبت حقهم العيني العقاري، ويجب أن يكونوا قد وفوا بالتزاماتهم طبقاً لأحكام القانون 87-19 السالف الذكر⁴.

في المقابل، أقصى المشرع بموجب المادة 7 من القانون 10-03 طائفة من الأشخاص من الاستفادة من إجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز وهم

¹ قبائلي طيب، المرجع السابق، ص ص 45، 46.

² قانون رقم 10-03، مؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010.

³ أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 26.

⁴ أنظر المادة 5 من القانون 10-03، المرجع السابق الذكر.

الأشخاص الذين اكتسبوا حقوق الانتفاع و/ أو أملاك سطحية خرقا للقانون أو الذين أسقط حقهم في الانتفاع بالطريق القضائي، وكذا الأشخاص الذين تمّ إلغاء قرارات استفادتهم من طرف الولاية¹.

ويتم إيداع ملف طلب التحويل لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في الآجال المحددة في المادة 01/30 من القانون 03-10 السالف الذكر²، ويجب أن يشمل الملف على جميع الوثائق والمستندات المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326 والمتعلقة أساسا بوثائق الحالة المدنية، السند المثبت لحق الانتفاع الدائم، استمارة تحويل الانتفاع إلى امتياز، تصريح شرفي بجرد مجمل الأملاك السطحية الموجودة فوق المستثمرة، ومخطط تحديد ورسم حدود المستثمرة الفلاحية أو مستخرج من مخطط مسح الأراضي في حالة وجوده³.

وبعد إيداع الملف كاملا، يتولى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية دراسته واتخاذ الإجراءات اللازمة أمام الهيئة المعنية* لتمكينها من إعداد عقد الامتياز⁴. وتجدر الإشارة إلى أن عدم تقديم صاحب حق الانتفاع الدائم طلب التحويل في الاجل المحدد يلغى حقه في الانتفاع الدائم بعد إعداره مرتين متباعدتين بشهر، بقرار من

1- أنظر المادة 7 من القانون 03-10، المرجع السالف الذكر.

2- نصت المادة 01/30 من القانون 03-10 على ما يلي: "يمنح المستثمرون الفلاحيون المذكورون في المادة 5 أعلاه، أجلا مدته ثمانية عشر (18) شهرا، ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية لإيداع طلباتهم لتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ..."

3- أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326، مؤرخ في 23 ديسمبر 2010، يحدد كفاءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 79، مؤرخة في 29 ديسمبر 2010.

* الهيئة المعنية هي إدارة أملاك الدولة حيث يقوم ممثلها القانوني (المدير الولائي) بإبرام عقد الامتياز مع المستفيد.

4- أنظر نموذج عن عقد امتياز على قطع أرض فلاحية تابعة للأملاك الخاصة للدولة كانت موضوع حق انتفاع دائم الملحق رقم 5.

الوالي يشهر في المحافظة العقارية¹.

ولا يقتصر منح الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة فقط على تحويل حق الانتفاع الدائم الناتج عن قانون 87-19 إلى حق امتياز، بل يمكن الحصول على هذا الامتياز عن طريق الترشح، إذ تمنح إدارة أملاك الدولة الأراضي الفلاحية وكذا الأملاك السطحية المتوفرة، بعد ترخيص من الوالي، عن طريق إعلان الترشح الذي يباشره الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عملاً بالمادتين 17 من القانون 10-203² و25 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 10-326³، وقد فضّل القرار الصادر عن وزير الفلاح بتاريخ 11 نوفمبر 2012 إجراءات إعلان الترشح وكيفية⁴.

وفي حالة إخلال المستثمر بالتزاماته التعاقدية في إطار الامتياز الممنوح له كتحويل الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأملاك السطحية، وكذا عدم استغلال العقار موضوع الامتياز لمدة سنة، أو التاجير من الباطن لهذا العقار، يفسخ عقد الامتياز بالطرق الإدارية طبقاً للقوانين المعمول بها، ويكون قرار الفسخ قابل للطعن القضائي في أجل شهرين من تاريخ تبليغه للمعني من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية استناداً إلى نص المادة 28 من

¹ - أنظر المادة 05/30 من القانون رقم 10-03، المرجع السالف الذكر.

² - تنص المادة 17 من القانون رقم 10-03 السالف الذكر على ما يلي: "تمنح إدارة الأملاك الوطنية، بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة وكذا على الأملاك السطحية المتوفرة بأية صفة كانت بعد ترخيص من الوالي، عن طريق إعلان الترشح مع احترام أحكام المادة 15 أعلاه..."

³ - تنص المادة 01/25 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326 السالف الذكر على ما يلي: "تطبيقاً لأحكام المادة 16 من القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010 والمذكور أعلاه تمنح إدارة أملاك الدولة الأراضي الفلاحية وكذا الأملاك السطحية المتوفرة بعد ترخيص من الوالي عن طريق إعلان الترشح الذي يباشر به الديوان الوطني للأراضي الفلاحية"

⁴ - قرار وزارة الفلاحة والتنمية الريفية رقم 1344، مؤرخ في 11 نوفمبر 2012، يحدد كيفية إعلان الترشح واختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة، ج ر عدد 44، مؤرخة في 15 سبتمبر 2013.

القانون 10-03 السابق الذكر¹.

ولا يفوتنا التنويه بأن وتيرة إتمام عملية تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز عرفت عدة إشكالات قانونية أثارها ملفات التحويل الخاصة ببعض المستثمرين الفلاحيين كإشهار عقد الامتياز الخاص بمستثمرة متواجدة على إقليم ولايتين أو أكثر علما أنه لا يمكن لأي مستثمر فلاحى الحصول على أكثر من حق امتياز واحد على كامل التراب الوطني إعمال لنص المادة 01/16 من القانون 10-03، وبالتالي لا يمكن تجزئة مساحة الأرض الفلاحية إلى أوعية عقارية بحسب عدد الولايات التي تقع فيها وتخصّص لكل منها عقد امتياز في كل ولاية. ومن أجل معالجة هذا الاشكال، أكدّت المديرية العامة للأموال الوطنية على أن يتم إعداد عقد امتياز واحد على مجمل مساحة المستثمرة المعنية من طرف المدير الولائي لأموال الدولة الذي أودع ملف التحويل لديه. وارسال عقد الامتياز إلى جميع مدراء أملاك الدولة في الولايات المعنية قصد الإمضاء عليه ثم إحالته على جميع المحافظات العقارية بمكان تواجد الأرض الفلاحية من أجل القيام بعملية الإشهار العقاري لعقد الامتياز².

هناك إشكال آخر أيضا متمثل في حالة إقامة مباني غير شرعية في المستثمرة والذي يعدّ إخلالا من طرف المستفيدين من حق الانتفاع الدائم بواجباتهم، وقد عالجت التعليمات الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2012 السالف الذكر هذا الاشكال بالنص على قبول ملفات التحويل في حالة عدم إضرار تلك المباني المشيدة على المستثمرات الفلاحية باستمرارية نشاط هذه الأخيرة وهو الأمر الواجب التأكّد منه ميدانيا، وفي الحالة العكسية

¹ - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 27.

² - قبائلي طيب، المرجع السابق، ص ص 55، 56.

يرفض ملف التحويل فضلا عن إسقاط حق المخالف أو المخالفين ومتابعتهم قضائيا¹.

الفرع الثاني

تطبيقات عقد الامتياز الإداري في مجال الموارد الاصطناعية

لم يكن عقد الامتياز الإداري حكرا على المرافق العامة الطبيعية فقط، بل عرف تطبيقا واسعا أيضا في مجال الموارد الاصطناعية، ونظرا لتعددنا نتناول بالدراسة البعض منها فقط، فنستعرض عقد امتياز الطرق السريعة (أولا)، ثم عقد امتياز استغلال خدمات النقل الجوي (ثانيا)، وأخيرا عقد الامتياز الإداري في مجال الغاز والكهرباء (ثالثا).

أولا: عقد امتياز الطرق السريعة

نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 بمنح امتيازات الطرق السريعة على أن إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها و/ أو توسيعها يخضع إلى منح الامتياز طبقا لأحكام هذا المرسوم².

ويكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز (شخص معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص) الذي يقوم طلبا بذلك وفق شروط وتعليمات دفتر الأعباء النموذجي الملحق بالمرسوم أعلاه، كما نص لمرسوم كذلك على أن تلحق به الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح الامتياز³.

وتلتزم الشركة صاحبة الامتياز على نفقتها ومسئوليتها بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بالامتياز وأن تخضع لشروط دفتر الأعباء

¹ - قبائلي طيب، المرجع السابق، ص 52، 53.

² - أنظر المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع نفسه.

والوثائق الملحقة به، وفي المقابل تسلم الدولة لصاحب الامتياز الأراضي المكتسبة سابقا والمنشآت الكبرى التي أنجزها، كما تلتزم الشركة صاحبة الامتياز، على الخصوص بضمان تمويل جميع العمليات المنصوص عليها في اتفاقية الامتياز ودفتر الأعباء. ويرخص للشركة بتحصيل رسوم المرور بالطريق السريع وأتاوى عن التجهيزات الملحقة ضمن الشروط المحددة مسبقا في دفتر الشروط وحسب الأشكال المنصوص عليها في التنظيم المعمول به¹. ويعود التصديق على اتفاقية الالتزام لمجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية والمالية والطرق السريعة، وتتم المصادقة بموجب مرسوم، وتنتشر اتفاقية منح الامتياز ودفتر الأعباء المتعلق بها في الجريدة الرسمية². لذلك فإن إبرام عقد امتياز الطرق السريعة، أي إقرار شروطه والتوقيع عليه لا يجعله نهائيا، فالإدارة تعتبر ملزمة إلا بعد التصديق على العقد³.

وللإشارة فإنه في حالة إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته التعاقدية تسقط حقوقه بعد إعداره من طرف مانح الامتياز ومنحه مدة شهر من تبليغ الإعدار أو أي تغيير لصاحب الامتياز لتقديم ملاحظاته. كما أن التنازل عن الامتياز، بصفة كلية أو الامتياز⁴.

ثانيا: عقد امتياز استغلال خدمات النقل الجوي

النقل الجوي عبارة عن مرفق عام يستهدف تحقيق المنفعة العامة، وهو أيضا نشاط اقتصادي وتجاري ذو أهمية واستراتيجية، وقد تكفلت شركة الخطوط الجوية الجزائرية خلال

1- أنظر الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع، الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

2- أنظر المادتان 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع نفسه.

3- دفاقر فاطمة الزهراء، امتياز الطرق السريعة في الجزائر، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص 13.

4- أنظر المادتان 30 و32 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

سنوات عديدة، بصفة احتكارية النقل الجوي الداخلي العمومي، أما الخدمات الجوية الدولية فكانت مستغلة من طرف الخطوط الجوية إلى جانب شركات دولية في رحلاتها للجزائر وفقا للاتفاقيات الدولية. ونظرا للمشاكل التي عانى منها قطاع النقل الجوي (العجز المالي الذي عانت منه مؤسسة تسيير مطارات الجزائر مثلا)، وتماشيا مع التحولات الجديدة وضرورة الانفتاح، صدر القانون رقم 06-98 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني والذي وضع حدا لاحتكار شركة الخطوط الجوية الجزائرية ومؤسسة تسيير المصالح المطارية لنشاط النقل الجوي وتسيير المطارات. ومن خلال هذا القانون صنفت النشاطات في هذا المجال إلى ثلاثة أصناف وهي¹:

- البناء الطيران والرقابة التقنية وصيانة الطائرات، وهذا المجال تحتكره الدولة،
- المطارات والمحطات الجوية ومحطات الطوافات،
- الخدمات الجوية.

وبموجب المادة 8 من القانون 06-98 المذكور أعلاه تم النص على إمكانية منح الامتياز لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري لإنجاز المطارات وتشغيلها².

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس...، ص ص 224، 226.

² - نصت المادة 8 من القانون رقم 06-98، قبل تعديلها سنة 2000 على ما يلي: "تقوم الدولة بإنجاز المطارات وتشغيلها ويمكن أن تكون محل امتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري، وذلك وفقا للشروط التي يحددها هذا القانون". قانون رقم 06-98، مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، مؤرخة في 28 جوان 1998.

- وبعد تعديل هذه المادة بموجب المادة 2 من القانون 05-2000 نصت على ما يلي: "تقوم الدولة بإنشاء المحطات الجوية وإنجازها وتشغيلها واستغلالها. ويمكن أن يكون إنجازها و/أو استغلالها محل امتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري وذلك وفقا للشروط التي يحددها هذا القانون".

- وتضيف المادة 3 المعدلة للمادة 43 من القانون 06-98: "فيما عدا الدولة فإن الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الجزائري وحدهم يستطيعون إنجاز و/أو استغلال محطة جوية أو

وبعد تعديل هذه المادة بموجب القانون 2000-105¹ تم النص على إمكانية أن يكون إنجاز واستغلال المحطات الجوية محل امتياز ممنوح لنفس الفئة من الأشخاص المذكورة في نفس المادة قبل التعديل وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري استبعد الطرف الأجنبي من استغلال خدمات النقل الجوي الداخلي وهو ما يتعارض مع مبادئ قوانين الاستثمار التي تركز فكرة المساواة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب.

وتطبيقاً لهذه النصوص القانونية تمّ الإعلان سنة 2002 عن مناقصة دولية لتجديد وتوسيع وتسيير وصيانة مطار الجزائر واستئناف أشغال المطار الجديد "هوارى بومدين" حيث قرّرت الدولة منح امتياز لبناء واستغلال وتسيير هذا المطار لمجموعة من المستثمرين لهم القدرة على إتمام بناء المحطة الجديدة بكل توابعها وتسيير المطار وفقاً للمعايير الدولية لكن عملية فتح الأظرفة لهذه المناقصة لم تسفر عن اختيار أي شركة من الشركات المتقدمة بعروضها بسبب عدم استيفاء الشروط الواردة في دفتر الأعباء، وتم منح المشرع لشركة صينية "CSCEC" عن طريق التراضي لإنجاز المشروع بتمويل من الخزينة العمومية وبقيت بذلك مؤسسة تسيير المصالح المطارية المسيرة لهذا المطار وباقي المطارات الوطنية

= مطار أو طوافات مفتوحة للملاحة الجوية العمومية". قانون رقم 2000-05، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، يعدل ويتّم القانون 98-06، المؤرخ في 27 جوان 1998، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 75 2000.

- ويقصد بالمحطة الجوية: "مساحة محدّدة على سطح الأرض أو على سطح الماء تشمل مساحات التحرك المتكونة من المدرج، وطرق المرور، وحظائر الطائرات، الموجهة للاستعمال الكلي أو الجزئي لوصول الطائرات ورحيلها وتحركها على السطح".

- ويقصد بمحطة الطوافات: "محطة جوية أو مساحة محدّدة على بناية موجهة للاستعمال الكلي أو الجزئي لوصول الطوافات ورحيلها وتحركها على السطح".

- كما يقصد بالملاحة الجوية: "مجمّل الطائرات المحلقة في الجو أو على الأرض الموجودة في مساحة التحرك بالمحطة الجوية وفقاً للقواعد المحدّدة". راجع المادة 2 من القانون رقم 98-06، المرجع السالف الذكر.

¹ - أمر رقم 03-01، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001.

وبالتالي عدم وجود أي استثمار يخص المحطات الجوية المفتوحة للملاحة الجوية العمومية¹. وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 2000-43² المحدد لشروط استغلال الخدمات الجوية فتح المجال للاستثمار في هذا القطاع وبدأت عدة شركات في استغلال الخدمات الجوية بمنحها الامتياز ومن بين هذه الشركات: "الخليفة للطيران"³، شركة "أنتينا للطيران"⁴ "إيكو إير الدولية"⁵... إلخ.

إن اختيار صاحب الامتياز من قبل السلطة الإدارية المانحة للامتياز يخضع لسلطتها التقديرية (حرية الاختيار) وليس لمبادئ المناقصات⁶ وهذا ما يتناقض والتوجهات الحديثة في تكريس مبادئ المنافسة عند إبرام مثل هذه العقود الإدارية. وحددت مدة الامتياز بعشر سنوات قابلة للتجديد بموجب طلب يقدم خلال مدة أقصاها سنتان قبل انقضاء آجال الامتياز⁷، وتعتبر هذه المدة قصيرة نوعا ما لتحقيق الأرباح واسترداد تكاليف الاستغلال والتسيير من طرف الملتزم.

ويشترط أن يوافق مجلس الحكومة على منح الامتياز للمستثمر وتتم الموافقة على

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس...، المرجع السابق، ص ص 226، 227.
² - مرسوم تنفيذي رقم 2000-43، مؤرخ في 26 فيفري 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، ج ر عدد 8، مؤرخة في 1 مارس 2000.
³ - مرسوم تنفيذي رقم 02-40، مؤرخ في 14 جانفي 2000، يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط الملحق بها، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 02-41، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة "أنتينا للطيران"، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 02-42، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال الخدمات الممنوحة لشركة "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
⁶ - أنظر المواد 4-9 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43، المرجع السالف الذكر.
⁷ - أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43، المرجع نفسه.

اتفاقية الامتياز ودفتر الشروط المرافق لها بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء ينشران في الجريدة الرسمية¹. وكل تعديل أو إضافة تطراً على الامتياز يجب أن تدرج بملحق يصادق عليه بنفس الأشكال التي سمحت بالحصول عليه عملاً بنص المادة التاسعة من نفس القانون².

ثالثاً: عقد الامتياز الإداري في مجال الكهرباء والغاز

نظم المشرع الجزائري النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه بواسطة القنوات، بموجب القانون رقم 02-01، والذي اعتبر بموجب المادة 3 منه توزيع الكهرباء والغاز نشاطاً مرفقياً.

ويقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون: "الحق الذي تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها في إقليم محدد، ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات"، ويقوم بهذه النشاطات أشخاص طبيعيين أو معنويون خاضعون للقانون العام أو الخاص ويمارسونها في إطار المرفق العام³.

ووفقاً للمادة 72 من نفس القانون فإنّ الدولة تمنح الامتياز بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي لجنة ضبط الكهرباء والغاز⁴ والملاحظ أن رأي هذه اللجنة استثماري فقط بحيث لم ينص المشرع على الحالة التي ترفض فيها هذه الأخيرة منح الامتياز للمتعامل. ومنح الامتياز غير قابل للتنازل عنه، وفي حالة استبدال صاحب الامتياز يتولى دفتر الشروط تحديد تعويض مناسب لتكاليف الاستثمارات

¹ - أنظر المادة 117 من القانون 98-06، المرجع السالف الذكر.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 38.

³ - أنظر المادتان 1 و2 من القانون رقم 02-01، مؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 8، مؤرخة في 6 فيفري 2002.

⁴ - أنظر المادة 72 من القانون رقم 02-01، المرجع نفسه.

التي أنجزها صاحب الامتياز الأسبق¹.

والملاحظ أيضا أن هناك تطور في هذا النص من حيث طريقة منح الامتياز حيث تكون محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز بعد دراسة تقنية ومالية للعرض، وكذا طلب ضمان بنكي من طرف صاحب الامتياز، وكفالة حسن التنفيذ².

وتقع على المستفيد من امتياز شبكة التوزيع جملة من الالتزامات حدّتها المادة 78

من القانون 01-02 السالف الذكر والمتمثلة فيما يلي³:

- استغلال وصيانة الشبكة في المنطقة الممونة الخاصة به،
- تطوير الشبكة على نحو يمكن ربط الزبائن والمنتجين الذين يطلبون ذلك،
- فعالية وأمن الشبكات،
- التوازن بين العرض والطلب،
- جودة الخدمة،
- احترام القواعد التقنية وقواعد النظافة والأمن وحماية البيئة.

كما نصّت المادة 80 من نفس القانون على تحديد التعريفات المتعلقة باستخدام

شبكات التوزيع على أسس منهجية ومقاييس محددة عن طريق التنظيم، ويجب أن تكون هذه التعريفات شفافة وغير تمييزية ومعدة طبقا للقانون، وتتكفل بهذه العملية لجنة الضبط⁴.

¹ أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 39

² أنظر المواد 6-11 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بصاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20، مؤرخة في 13 أفريل 2008.

³ أنظر المادة 78 من القانون رقم 01-02، المرجع السالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 80 من القانون رقم 01-02، المرجع نفسه.

المبحث الثاني

عقد البوت BOT: الصورة الحديثة لعقد الامتياز الإداري

تماشيا مع التطورات الاقتصادية الجديدة التي شهدتها دول العالم، ومن أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية وتمويل الاحتياجات المتزايدة لإنشاء المشروعات الاقتصادية والتنمية، فضلا عن تجديد وتحديث أعمال البنية الأساسية القائمة، لجأت الدولة إلى تبني نوع جديد من عقود امتياز المرافق العامة والذي يعرف بعقد البوت BOT * كأسلوب تمويلي

* إن اصطلاح BOT هو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث هي: Build-Operate-Transfer وهو ليس اصطلاحا قانونيا وإنما هو اصطلاح أفرزه واقع عملي نجم عن تطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى وتتنوع أنماط التنمية الاقتصادية.

- وكان أول من استخدم هذا المصطلح هو رئيس الوزراء التركي "تورغوت أوزال" في أوائل الثمانينات من القرن العشرين حال اجتماعه برجال الأعمال المستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات البرلمانية، حيث شرح استراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي، وذلك بإسناد المشروعات الجديدة في مجال البنية الأساسية إلى القطاع الخاص على أساس نظام الـ BOT. وتعدّ تركيا من أوائل الدول التي وضعت قانونا خاصا لعقود الـ BOT وذلك سنة 1993 والذي تمّ تعديله سنة 2008.

- ولا يمكن اعتبار نظام الـ BOT نظاما مبتكرا في كليته، حيث ترجع جذوره حسب البعض إلى ما يعرف بعقود الامتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين في فرنسا (مهد عقد الامتياز) وغيرها من الدول، وقد اختفى هذا الأسلوب في ثلاثينيات القرن العشرين وخاصة بالنسبة إلى مشاريع البنية الأساسية واقتصر تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية وخاصة البترول وفي منتصف الثمانينات (1984) حصل تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام زهما: توقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا (الاتفاق تم بين حكومتي البلدين وشركة Euro tunnel)، وكذا دعوة رئيس الوزراء التركي "تورغوت أوزال" لاستخدام هذا الأسلوب مثلما ذكرنا سابقا.

وتجدر الإشارة إلى أن البعض يرى بأن أول مشروع نفذ بنظام الـ BOT في العام هو مشروع قناة السويس بين الحكومة المصرية من جهة والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي يرأسها "فرديناند ديليبس" بنحو ثلاثة عشر سنة (عام 1956) في إطار سياسة التأميمات.

- ولا يقدّم نظام الـ BOT جديدا فيما يتعلق بتنفيذ مشروع التشييد من الناحية الفنية والتقنية وإنما يقدّم إطارا وهيكلًا تعاقديا جديدا لتنفيذ مشروع التشييد من الناحية التنظيمية والإدارية، بحيث يتم وفقه تحميل المستثمر مسؤولية التصميم والتشييد التي كانت تتحملها جهتان مختلفتان في النظم التقليدية لعقود التشييد وكذلك تحميل المستثمر مسؤولية التمويل التي كانت تتحملها الحكومة في السابق.

تعاقدى لإنشاء وتشغيل مشروعات البنية التحتية والتي تحتاج إلى استثمارات كبيرة القيمة تعجز ميزانيات الدول في التكفل بها.

ويعدّ نظام التعاقد عن طريق أسلوب البوت (BOT) من النماذج التي لاقت تطبيقاً واسعاً على المستوى الدولي والمحلي في الآونة الأخيرة، الأمر الذي يفرض علينا دراسة جانبه المفاهيمي (المطلب الأول)، ونظراً لتميّزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى في بعض جوانبه التطبيقية، نتناول مختلف مراحل إبرامه والطرق البديلة لتسوية منازعاته (المطلب الثاني)، ونتعرّف في الأخير على موقع عقد البوت في القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم عقد البوت BOT

يعتبر التعاقد وفق أسلوب البوت BOT من بين المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين

= ويرى الدكتور "محمد أديب الحسيني" مأخذ على الترجمة العربية لمصطلح الـ BOT، يتجلى المأخذ الأول في قصور المعنى اللغوي لكلمة "البناء" (Build)، فالدور الذي تلعبه شركة المشروع في هذه المرحلة من العقد لا يقتصر على البناء فقط بل يمتد إلى الأعمال التي تسبق هذه العملية من خلال الدراسات التي تقوم بها فيما يتعلق بالجوانب الاقتصادية ودراسة المخاطر ودراسة بيئة المشروع وتخطيط الموقع وتجهيزه والقيام بالتصميمات الهندسية اللازمة، ولهذا فكلما "إنشاء" تعتبر أكثر دقة ودلالة واتفاقاً مع دور شركة المشروع.

وكذلك الأمر بالنسبة لكلمة التشغيل (Operate)، فدور الشركة لا يقتصر على تشغيل المرفق بل تقوم إضافة إلى ذلك باستثماره والحصول على المقابل من المنتفعين بخدمات المرفق، فالكلمة الأدق هي "إدارة" وليس تشغيل.

أما عبارة "نقل الملكية" (Transfer)، فإضافة إلى الإشكالية القانونية التي تطرحها لكونها تحمل معنى قانوني لا وجود له في العلاقة القائمة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع، فملكية المشروع تبقى للجهة الإدارية المتعاقدة طيلة مراحل عقد البوت، ويكون لشركة المشروع حق الانتفاع بالمشروع أو المرفق بما يخولها حق تشغيله وإدارته لقاء الحصول على المقابل المالي من المرتفعين، لذلك ففي نهاية العقد تقوم شركة المشروع بتسليم المشروع ونقل حيازته إلى الدولة. لذلك وتعبيراً عن حقيقة عقد الـ BOT واقعا قانونيا يؤثر ترجمة هذا الاصطلاح بعبارة "الإنشاء والإدارة والتسليم". للمزيد من التفاصيل راجع: - الياس ناصيف، العقود الدولية: عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011 ص ص 92، 106.

- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 95، 105.

القطاع العام والقطاع الخاص، خاصة في مجال تمويل إقامة المرافق العامة الحيوية والتي تتصل أساسا بالبنية الأساسية، هذه الأخيرة تعدّ العمود الفقري لأي عملية تنموية وهو ما يضيف على هذه العقود أهمية، خاصة في مجال البحث عن حلول اقتصادية ناجعة من الناحية الاقتصادية والمالية والاجتماعية¹، مما يقتضي لإحاطة بالجانب النظري لهذه الصيغة التعاقدية والذي يتضح بتحديد تعريفها وأهم خصائصها (الفرع الأول) دون إغفال مختلف الصور أو الأشكال التي تشتق منها (الفرع الثاني)، وكذا تمييز هذا العقد عن بعض العقود الشبيهة (الفرع الثالث). ونظرا لوجود الدولة كطرف في هذه العلاقة التعاقدية، وهي شخص ذو سيادة يتمتع بامتيازات السلطة العامة في المجال الداخلي، وشخص من أشخاص القانون الدولي من جهة ومن جهة أخرى وجود طرف خاص غالبا ما يكون أجنبي يملك قوة اقتصادية قد تفوق قوة الدولة المضيفة أحيانا، وعليه فإن العلاقة بين الطرفين تتميز بتفاوت قانوني واقتصادي²، وهو ما يفرض الوقوف عند طبيعتها القانونية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف وخصائص عقد البوت

تعددت التعريفات وتنوّعت بين ما قال به فقهاء القانون العام وما ذهب إليه فقهاء القانون الخاص وأهل الاقتصاد، وما اتجهت إليه بعض الهيئات والمنظمات الدولية (أولا) فلا يوجد تعريف جامع مانع لعقد البوت إذ تميزت هذه المحاولات بالتنوع تبعا لوجهة نظر كل فريق. كما أن عقد البوت يتميز بمجموعة من الخصائص (ثانيا) التي تميزه عن غيره من العقود والتي يمكن استخلاصها من هذه التعاريف المتنوعة.

¹ - صبوح صهيب، المرجع السابق، ص 3.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 6.

أولاً: تعريف عقد البوت

نتناول تعريف بعض فقهاء القانون العام والقانون الخاص لعقد البوت وأيضاً تعريف أهل الاقتصاد، وأخيراً تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية.

1- تعريف فقهاء القانون العام

عرّف الأستاذ "جابر جاد نصّار" مشروعات البوت بأنها: "تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية"¹.

كما عرّف الأستاذ "مهند نوح" عقد البوت بأنه: "علاقة عقدية تبرم بين الإدارة وجهة من جهات القطاع الخاص تسمى راعي المشروع يكون محلّها تشييد مشروع -بنية أساسية غالباً- وإدارته لفترة محدّدة، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقاته، ودون أن تتكبّد الحكومة أية نفقات مقابل الحصول على عائدات هذا المشروع طوال مدة العقد وبما يمكنه من استعادة التكاليف التي أنفقها من رأسمال الخاص وسداد القروض وتوزيع الأرباح على المساهمين وعلى أن يقوم راعي المشروع ذاته في نهاية مدة العقد بتسليم المشروع للحكومة بحال جيدة وصالحة للتسيير بدون مقابل"².

ويتميز هذا التعريف بتوضيح مهمّة راعي المشروع والمتمثلة في تشييد المشروع وإدارته وتسليمه للحكومة صالحاً للتسيير في نهاية مدّة العقد، وهو ما يتفق مع الاتجاه الفقهي المعارض لعبارة "نقل الملكية" كما سبق بيان ذلك.

¹ جابر جاد نصّار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 38.

² مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، دار الفكر المعاصر، سوريا، 2007، ص 19.

2- تعريف فقهاء القانون الخاص وأهل الاقتصاد

يعرّف بعض الفقهاء عقد البوت بأنه: "أسلوب لتمويل مشاريع البنية التحتية يتولى فيه الطرف المتقدم للعطاء بإعداد تصميم المشروع وتوفير التمويل اللازم للبناء والتشييد والإدارة والتشغيل والصيانة مقابل ضمان من الحكومة بشراء السلعة أو الخدمة المنتجة من المشروع خلال فترة زمنية كافية لتغطية تكاليف القرض وتكاليف التشغيل وتوفير العائد لرؤوس الأموال المساهمة في المشروع وفي النهاية تحوّل ملكية المشروع إلى الحكومة وهو في حالة تشغيلية جيدة دون أية تكاليف وخاليا من أية التزامات"¹.

ويعرّفه البعض الآخر من الفقه بأنه: "المشروع الذي تعهد به الحكومة أو إحدى الوزارات أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة بإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمواصلات والمطارات والكهرباء والموانئ والاتصالات، وذلك على حساب الشركة وبنفقات من عندها، ثم تتولى هذه الشركة إدارته وتشغيله وتؤدى الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة، وبشروط محدّدة وذلك تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها، ثم تنقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة"².

ومن جهة نظر الاقتصاديين، يرى البعض أن نظام الـ BOT يعني: "أن تقوم الدولة بمنح مستثمر من القطاع الخاص الترخيص اللازم لإقامة أحد مرافق البنية الأساسية ليقوم بتمويله على نفقته الخاصة وتشغيل المرفق وصيانته وتحصيل مقابل تقديم الخدمة

1- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 115.

2- كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 28.

لسداد أعباء تمويله وتحقيق هامش ربح معقول وأن يتحمل المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية طوال مدة الترخيص. وفي نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل أصول المشروع إلى الدولة أو إلى أي من أجهزتها المعنية وفقا للشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وعلى ذلك يتولى القطاع الخاص في ظل هذا الأسلوب عبء تمويل وتصميم وإقامة وتشغيل وصيانة المرفق مع تحمل كافة استثماراته ومخاطر تشغيله¹.

كما يعرفه البعض بأنه: "نوع من الاستثمار يتولى فيه القطاع الخاص إقامة وتشغيل مشروع بنية تحتية كان من المعتاد أن يتولى بنائه وإدارته القطاع العام أو الحكومة على أن يتم تحويله مرة أخرى للحكومة بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأسمال المستثمر وتحقيق معدل عائد معقول"².

ومن الواضح أن تعريفات فقهاء القانون الخاص والاقتصاديين تركّز على الجانب

التمويلي لنظام الـ BOT.

3- تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية

عرّفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "UNIDO" * عقد البوت بأنه: "اتفاق تعاقدى تقوم بموجبه جهة من القطاع الخاص بإنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محدّدة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تتجاوز ما هو منصوص عليه في دفتر الشروط أو العقد المبرم، وذلك لتمكين جهة القطاع الخاص من

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 116، 117.

² - المرجع نفسه، ص 117.

* UNIDO تعني : "United Nations Industrial Development Organization" وهي منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية أنشأت بغيينا النمساوية عام 1966 تنشط في مجال التنمية الصناعية.

استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب وفي نهاية العقد تقوم جهة القطاع الخاص بنقل ملكية المنشأة إلى الدولة أو إلى جهة خاصة جديدة مختارة من خلال طرح عطاء جديد¹.

هذا التعريف فصل نوعا ما في المراحل التي يمرّ بها التعاقد وفق نظام الـ BOT فلم يقصّر المرحلة الأولى على الإنشاء بل زاد عملية التصميم والتمويل، ولم يقصّر كذلك دور شركة المشروع في تشغيل المرفق العام محل العقد بل جعل هذا الدور يمتدّ كذلك إلى الصيانة.

عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "UNCITRAL"^{**} عقد الـ BOT بأنه: "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخالصة، ويدعى "شركة المشروع" امتيازاً لصياغة مشروع بعينه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهما ضمن هذا العقد، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تمّ الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض"².

تعرّض هذا التعريف للنقد كونه عرّف هذا العقد بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات، وهذا التعريف اقتصادي أكثر منه قانوني، ورغم أن الدافع التمويلي يشكل حافزاً

¹ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 83.

^{**} UNCITRAL تعني: "United Nations Commission on International Trade Law"، وهي الهيئة القانونية الرئيسية لمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي.

² - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 38.

للجوء إلى هذه الصيغة التعاقدية إلا أنه لا يشكل الحافز الوحيد، فهناك دوافع أخرى كالسعي لجلب التكنولوجيا والتي تكون في الغالب محتكرة من قبل الشركات الأجنبية الضخمة¹. بعد استعراضنا لمجموعة التعريفات التي تناولت عقد البوت يمكن لنا استخلاص الخصائص الجوهرية التي يتسم بها هذا العقد.

ثانياً: خصائص عقد البوت

يتميز عقد البوت بمجموعة من الخصائص نذكر أهمها:

1- عقد البوت يبرم بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وإحدى جهات القطاع الخاص
يبرم عقد الـ BOT بين طرفين أساسيين وهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، والتي تعتبر المالكة الحقيقية للمشروع وهي من تحدّد المشروعات التي يمكن تنفيذها بنظام الـ BOT، وهي المخولة بمنح الامتياز للطرف المتعاقد معها².
أما الطرف الثاني في عقد الـ BOT فهو شخص معنوي خاص في الغالب أي شركة أو مجموعة من الشركات وطنية كانت أو أجنبية³ نظراً لضخامة هذه المشروعات والذي يتطلب إقامتها وتشغيلها أموالاً كبيرة يعجز الشخص الطبيعي توفيرها.

2- الهدف من عقد البوت هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام

تهدف الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى من وراء التعاقد بنظام الـ BOT إلى إنشاء مرافق عامة اقتصادية، وذلك لتقديم خدمات عامة تتسم بالأهمية يحتاجها الجمهور، كمرافق الطرق وتحلية مياه البحر، والكهرباء والمطارات والموانئ والاتصالات

¹ وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود الـ BOT وما يماثلها (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 21.

² زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة: عقد البوت نموذجاً، مذكرة مكمّلة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 51.

³ صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 15.

وغيرها، والتي كانت في وقت مضى حكرا على الدولة تتولى إنشاؤها وإدارتها¹.

3- التمويل الخاص للمشروع هو أحد أهم العناصر في عقد البوت

يشكّل التمويل العنصر المهم في عقد الـ BOT فهو السبب الرئيسي والدافع الأهم لإبرام مثل هذه العقود مع القطاع الخاص لإنشاء المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية، وهذا ما يحقق عدم تحمل ميزانية الدولة أية تكاليف لتمويل المشروع وسداد الديون².

4- إشراف ورقابة الإدارة المتعاقدة طيلة مدة العقد

تقوم الجهة الإدارة المتعاقدة بمتابعة أعمال شركة المشروع والتأكد من جديتها والتزامها بالتنفيذ وفق شروط العقد، كما تقوم بمتابعة عمليات الإنشاء والتأكد من جودة التنفيذ ومطابقة المواد المستخدمة للمواصفات القياسية، وعدم وجود أي تلاعب أو قصور، وكذا مراقبة حسن إدارة المشروع وسيره إلى أن يتم استلامه في نهاية مدة العقد، لأن عقد الـ BOT يتعلّق بمرفق عام وبخدمة عامة مقدمة لجمهور المنتفعين³.

5- تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محددة

يتمّ تنفيذ عقد الـ BOT في شكل امتياز يمنح لمدة محدّدة وغالبا ما تكون طويلة نسبيا، وذلك لتمكين شركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق العام محل العقد، أو صيانتته أو تجديده، إضافة إلى الحصول على إيرادات مالية وأرباح كنتيجة لاستغلال المرفق، ويتم ذلك، كما سبق القول، في شكل رسوم تتقاضاه شركة المشروع من

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 125.

² - المرجع نفسه، ص 126.

³ - المرجع نفسه، ص 128.

المنتفعين من خدمات المرفق العام، بما يتيح لها تحقيق هامش معقول من الربح¹.

6- إعادة المشرع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة

يلتزم المستثمر في نهاية مدّة عقد البوت بإعادة المرفق العام محل العقد إلى الإدارة المتعاقدة بصورة مجانية وبحالة جاهزة للتشغيل وقد يتم إعادته قبل نهاية مدّة العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وبدفع تعويض عادل لشركة المشروع، كما يمكن أن تجدد الجهة المتعاقدة الامتياز لمدّة جديدة سواء لمصلحة الشركة المنقّذة أو لطرف آخر أو بيع المشروع في إطار عملية الخوصصة².

وتجدر الإشارة إلى أن الملكية في عقد الـ BOT تكون ثابتة للدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبار أن المشروع يبني لحسابها وإن كان تمويله يتم من القطاع الخاص، وإن ما يتم نقله للإدارة المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد هو حيازة المشروع وليس ملكيته³.

الفرع الثاني

أشكال عقد البوت

أظهر التطبيق العملي لعقد الـ BOT وجود صور عديدة اشتقت من هذه الصيغة ولكنها تختلف عنها في بعض الجوانب، تبرز أساسا في كم الحقوق والسلطات التي تتمتع بها شركة المشروع خلال فترة الامتياز، ومن هذه الصور:

أولاً: البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT

تقوم شركة المشروع في هذا الشكل ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طول مدّة

¹ - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 18.

² - المرجع نفسه.

³ - دوار جميلة، "دور أسلوب B.O.T في تسيير الطريق السيار شرق - غرب"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 و28 أبريل 2011، ص 12.

العقد، وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ BOT في أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدّة العقد ليتم نقلها إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بعد انتهاء مدّة العقد.

ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين (BOT وBOOT)، بينما يميّز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ففي حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد الـ BOOT والتي تنقلها إلى الإدارة المتعاقدة بعد انتهاء مدة الامتياز، فإنها تكون للجهة الإدارية في عقد الـ BOT¹.

ثانياً: البناء والإيجار ونقل الملكية BLT

يتمثل مضمون عقد الـ BLT في قيام شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه ثم توجّره إلى الجهة الحكومية المختصة خلال فترة زمنية معينة وهذه الأخيرة تقوم بتشغيله إما بنفسها أو عن طريق الآخرين².

ثالثاً: الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية LROT

تقوم شركة المشروع في هذه الصورة من عقود الـ BOT باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية ثم تجددّه وتحددّه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرّة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل³.

رابعاً: البناء ونقل الملكية والتشغيل BTO

في هذه الصورة، تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص، وهي صورة من صور إدارة المشروعات العامة وأهم مجالاتها الفنادق

¹ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 46.

² - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 122.

³ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 47.

والمشروعات السياحية¹.

خامسا: التحديث والتملك والتشغيل والتحويل MOOT

تتعهد الشركة الخاصة في هذا النوع من العقود بتحديث المشروع وتطويره تكنولوجيا وفقا للمستويات العالمية، وتتولى تشغيله لفترة معينة ثم تعيده في نهاية الفترة التعاقدية إلى المالك دون مقابل².

وقد استعمل المشرع الجزائري هذه الصيغة في نص المادة 102 من قانون المياه رقم 05-12 حيث نص على أن: "يكلّف صاحب امتياز الخدمة العمومية للماء والتطهير في إطار الحدود الإقليمية للامتياز، باستغلال المنشآت والهيكل التابعة للأمالك العمومية الاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها..."³، واستعملها أيضا بصدد تعريفه للامتياز في القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز السابق ذكره⁴. والملاحظ على هذه الصور لعقد الـ BOT، أن ثمة هدفا مشتركا لجميع هذه العقود وهو قيام القطاع الخاص بتولي مهام تمويل واستثمار أملاك الدولة ذات الطبيعة الاقتصادية ويعدّ عقد الـ BOT الأكثر شيوعا بين هذه العقود من الناحية العملية⁵.

وحقيقة الأمر أن هذا التنوع في أشكال عقود الـ BOT يعطي للإدارة المتعاقدة حرية الاختيار للنوع الذي يحقق مصالحها وأهدافها بشكل يتفق مع متطلبات كل مشروع على حدة.

¹ - الياس ناصيف، المرجع السابق.

² - فيصل عليان الياس الشديقات، المرجع السابق، ص 115.

³ - أنظر المادة 102، من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 10/2 من القانون رقم 02-01، المرجع السالف الذكر.

⁵ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 125.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لعقد البوت

ثار خلاف فقهي واسع بشأن التكييف القانوني لعقود الـ BOT فقد ذهب البعض إلى اعتبار هذه العقود تنظيم وليس عقد (أولاً)، وهناك من يعتبرها من العقود الإدارية لما تتمتع به الدولة من سلطات عامة (ثانياً)، بينما اتجه البعض الآخر إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص بالنظر إلى المكانة التي تحظى بها الشركات الأجنبية (ثالثاً)، وبين هذا الرأي وذاك ذهب فريق آخر إلى اعتبار عقود الـ BOT ذات طبيعة خاصة (رابعاً).

أولاً: اعتبار عقد البوت تنظيم وليس عقد

مؤدى هذا الاتجاه أن عقد الـ BOT ليس في حقيقته عقداً أو اتفاقاً بين ملتزم وإدارة عامة، وإنما هو مجرد تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتعددة والمتشابهة بين أطراف مختلفة، وتتميز مصالح الأطراف المتداخلة في هذا التنظيم الاقتصادي بالتعارض فيما بينها، والهدف من وراء لجوء الإدارة العامة لهذا الأسلوب هو ضمان سيرورة المرفق العام¹.

انتقد هذا الرأي لكون الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها هذا التنظيم إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وشركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم لتنفيذ هذا العقد والتي قد تكون عقود التزام أو عقود أشغال عامة أو عقود توريد أو عقود تمويل أو عقود مدنية أو إدارية بحسب الأحوال فلا تؤثر على طبيعة عقد الـ BOT، ولذلك لا يمكن القبول بهذه النظرية².

¹ - فيصل عليان الياس الشديفات، المرجع السابق، ص 115.

² - المرجع نفسه، ص 116.

ثانياً: اعتبار عقد البوت من العقود إدارية

اتجه أغلبية فقه القانون العام إلى اعتبار عقد الـ BOT من العقود الإدارية*، وهو في الأساس مجرد مظهر حديث لعقود التزام أو امتياز المرافق العامة، ويسوق أصحاب هذا الرأي الذي ينادي بالطبيعة الإدارية لعقد الـ BOT الحجج الآتية لدعم رأيهم¹:

- عقود الـ BOT هي عقود ذات جذور قديمة، فهي تعد صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه،

- خضوع هذه العقود لمعايير وشروط العقد الإداري، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن كافة المعايير والشروط التي تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص متوافرة وظاهرة بشكل جلي في عقد الـ BOT،

- موضوع وأهداف هذه العقود يخضع لأحكام القانون العام، فطالما أن موضوع وأهداف عقد الـ BOT هو إنشاء وتجديد مرافق عامة وتسييرها، فلا يتصور أن يخضع لأحكام القانون الخاص والذي قد يؤدي إلى نوع من المساواة في المراكز القانونية لأطرافه، وبالتالي المساواة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

كما ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد البوت وصوره ليست فقط من العقود الإدارية بل تنتمي بصفة محددة لعقود الامتياز، ولذلك فهي تتأثر بالنظام القانوني لهذا الأخير.

- التوسع النسبي في البنود التعاقدية في عقد الـ BOT، والتي تكون مبنية على التراضي بين إرادتي طرفيه والتخفيف من الشروط اللائحية لا ينفي عن هذا العقد الطبيعة الإدارية، ذلك أنّ الهدف من وراء التوسع في البنود التعاقدية هو تشجيع الشركات الدولية على الاستثمار

* يعرّف العقد الإداري الذي ظهر وتطور في رحاب قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه: "كل اتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، بقصد إدارة أو تسيير أحد المرافق العامة، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد".

¹ - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 50، 52.

في الدول المضيفة باللجوء إلى التعاقد وفق هذا الأسلوب، وتهيئة المناخ القانوني للاستثمار.

ثالثاً: اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد الـ BOT يدخل في إطار عقود القانون الخاص وتنتفي بذلك امتيازات السلطة العامة المخولة للجهة الإدارية المتعاقدة ويسوق أنصار هذا المذهب الحجج التالية لدعم توجّههم¹:

- يتجه أنصار هذا الرأي إلى أن عقد الـ BOT يختلف عن عقد امتياز المرفق العام الذي عرفته فرنسا قديماً، وحبّتهم في ذلك أن هناك اختلافاً جوهرياً بين هذين الأسلوب، وأساس هذا الاختلاف يكمن في كون عقد الامتياز عقداً إدارياً بطبيعته، في حين أن عقد الـ BOT ليس عقداً إدارياً وإنما هو من عقود القانون الخاص، يخضع للقانون المدني أو القانون التجاري وبالتالي فإن الاختصاص بشأنه ينعقد للقضاء العادي. وأن الشروط التي يعتدّ بها في العقد الإداري لا تتوافر مجتمعة أو منفردة في عقد الـ BOT، وخاصة فيما يتعلق بهيمنة السلطة العامة فليس لها دور في عملية التسيير والإشراف أو التدخل في تسعير الخدمة إلا في الحدود المنصوص عليها في العقد،

- كما يرى أصحاب هذا الرأي بأن عقد الـ BOT يقوم على مبدأ أساسي في القانون المدني وهو "العقد شريعة المتعاقدين"، أي أن التعاقد وفق هذا الأسلوب يحكمه مبدأ سلطان الإدارة وهو ما يكفي لاعتباره من عقود القانون الخاص،

- بالرجوع إلى أصل نشأة عقد الـ BOT يلاحظ أن هذا النظام التعاقدية قد نشأ في النظام الأنجلوسكسوني الذي لا يعترف بوجود عقود إدارية متميزة عن العقود العادية، ولا يعترف أصلاً بوجود امتيازات خاصة واستثنائية لفائدة الإدارة المتعاقدة،

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص ص 102

- وجود الإدارة كطرف في العقد لا يكفي وحده لإضفاء الصيغة الإدارية على هذه الطائفة من العقود بل يجب توافر شرطين آخرين وهما اتصاله بالمرفق العام واتباع أساليب القانون العام وهو ما ينتقي وجوده في عقد الـ BOT وذلك راجع لأسباب عديدة أهمها أن التعاقد وفق هذا الأسلوب لا يتصل في جميع الأحوال بمرفق عام وإنما بمشروعات استثمارية لا تهدف إلى تحقيق الصالح العام، كما أن فكرة المرفق العام تواجه انتقاداً شديداً نظراً للتطورات التي عرفتتها (تنوع المرافق العامة وتطور أساليب إدارتها)، وبذلك لم يعد المرفق العام المعيار المميز لتطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

- القول بالطبيعة الإدارية لهذه العقود يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار نظراً للشروط اللائحية التي تميز العقود الإدارية والتي تؤدي إلى إحجام المستثمرين عن استثمار أموالهم¹

- القول بالطبيعة الإدارية لعقد الـ BOT يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق، إذ أن هذه الأخيرة للمرفق تعدّ ملكية خالصة ونهائية وهو ما لا يتوافر في عقد امتياز المرفق العام أو الأشغال العامة والتي تكون فيه الدولة مالكة للمشروع²،

- تتمتع هذه الطائفة من العقود بالصفة الاقتصادية، والتي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة، ومن ثمّ عدم سريان أحكام عقد امتياز المرفق العام على عقد الـ BOT³.

رابعاً: اعتبار عقد البوت من عقود التجارة الدولية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أعمال المشروعات الاستثمارية والإنشائية ومنها المشروعات المنفّذة وفق أسلوب الـ BOT هي من قبيل الأعمال التي تتم بطريق المقولة

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 200، 201.

² - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 55.

³ - المرجع نفسه.

والاحتراف* وهي بذلك تعدّ أعمالا تجارية (استغلال مشروع تجاري)، وبالنظر إلى أطراف العقد فإنه غالبا ما تكون هذه العقود مبرمة بين الدولة من جهة، وطرف أجنبي من جهة ثانية، وهو ما يضيفي الصفة الدولية على هذه الصيغة التعاقدية. فحسب ما يراه أصحاب هذا الاتجاه فإن فلسفة عقد الـ BOT قائمة في جوهرها على جذب الأموال والاستثمارات والتكنولوجيا الحديثة والتي غالبا ما تتوفر لدى أطراف أجنبية لتنفيذ مشروعات داخل الدولة المضيفة، لذلك تعتبر هذه العقود من عقود التجارة الدولية¹.

وقد وقع خلاف فقهي وقضائي حول المعايير المعتمدة للقول بالصفة الدولية لعقد الـ BOT، فهناك من تبنى المعيار القانوني ومؤداه أنه متى اتصلت عناصر هذا العقد بأكثر من نظام قانوني (جنسية الأطراف، مجال إقامتهم، مكان إبرام العقد...) عدّ عقدا دوليا². وهناك من تبنى المعيار الاقتصادي والذي بموجبه يعد العقد دوليا إذا تضمن انتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة لأخرى، أو إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية أي إذا انطوى على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة ما**.

* وفقا لهذا الرأي تعدّ عقود البوت من قبيل الأعمال التي تتم بطريقة المقاول والاحتراف، ذلك أنها تباشر في شكل مشروع منظم ينطوي على عنصر المضاربة على المعدات والأيدي العاملة، ويباشر المستثمر القيام بهذا المشروع على أساس السعي للحصول على الربح الذي يتضمن أكبر قدر من العائد. راجع في ذلك: عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص ص 124، 125.

¹ - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص ص 55، 56.

² - المرجع نفسه، ص 56.

** يطلق على هذا المعيار معيار حركة رؤوس الأموال وهو المعروف بمعيار "MATTER" نسبة إلى المحامي الذي توصل إلى أن العقد الدولي هو كل عقد يترتب عليه تحركات رؤوس الأموال عبر الحدود أكثر من مرة ذهابا وأيابا، ويرتبط ظهور هذا المعيار بقضية "Pélissier du Besset" في 17 ماي 1927.

- مبدأ اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا معناه إذا تضمن العقد حركة للأموال والخدمات أو المدفوعات عبر الحدود، ولو كانت في اتجاه واحد، وقد ارتبط هذا المعيار بمسألة التحكيم في العقود الدولية. للمزيد من التفاصيل راجع: حصايم سميرة، المرجع السابق، ص ص 38، 39.

تعرّض كلا المعيارين السابق ذكرهما لانتقادات شديدة، بالقول بأن المعيار القانوني يتّسم بالجمود، كما أن المعيار الاقتصادي معيار غامض وغير حاسم، لذلك ظهر معيار آخر جمع بين المعيارين السابقين وهو من ابتكار القضاء الفرنسي، ويعتبر عقد الـ BOT في نظر المنادين بهذه الفكرة من عقود التجارة الدولية على أساس أن المقاولين المجتمعين في إطار شركة المشروع، والذين يكونون في الكثير من الأحيان من الأجانب، يسعون لإقامة المشروع في إطار يتيح انتقالاً لرؤوس الأموال عبر الحدود¹.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من معيار دولية عقد الـ BOT فقد أخذ بالمعيار الاقتصادي في إضافته للصفة الدولية على هذا العقد، وذلك من خلال المعيار الذي تبناه في تحديده لدولية التحكيم التجاري، ويتضح ذلك خصوصاً من خلال نص المادة 1039 من ق. إ. م. إ. السابق ذكره، والتي نصّت على أنه: "يعدّ التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخصّ النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"².

فالقانون الجزائري بموجب هذه المادة اكتفى بالمعيار الاقتصادي واستغنى عن المعيار القانوني ويكون بذلك تراجع عن المعيار المزدوج الذي كرسه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09، حيث نصّت المادة 458 مكرر منه بالقول: "يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخصّ النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج"³.

خامساً: اعتبار عقد البوت عقد ذو طبيعة خاصة

ظهر رأي فقهي خالف سابقه، حيث اعتبر عقد الـ BOT عقد ذو طبيعة خاصة

¹ - صبوح صهيب، المرجع السابق، ص ص 57، 58.

² - أنظر المادة 1039 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - المرسوم التشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتمّ الأمر 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1965، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، مؤرخة في 27 أبريل 1993، (ملغى).

تميزه عمّا عداه من العقود¹ كونه يبرم من خلال آليات متعدّدة ولكل عقد ظروفه الخاصة حيث يتم إبرام عقد الـ BOT بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأصبحت مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات وذلك عن طريق الاتحادات المالية المشتركة والتي يطلق عليها شركة المشروع، لذلك يصعب وضع تكييف قانوني محدّد وثابت لهذه العقود فلكل عقد شروطه وبنوده التي يتم الاتفاق عليها وهي تختلف من مشروع لآخر ومن بلد لآخر مما يستلزم مراجعة كل عقد على حدة، وعمّا إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه أم لا، فإذا توافرت عدّ هذا العقد عقدا إداريا وإلا كان مدنيا².

وبعد التطرق لمختلف الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـ BOT يتبين لنا أن الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لهذا العقد يعد رأيا وجيها كون عقد الـ BOT يعتبر تطبيقا متطورا لعقد امتياز المرافق العامة، كما أن هذه الطائفة من العقود تشتمل على كافة العناصر الأساسية التي تميز العقود الإدارية (وجود الإدارة كطرف في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، وتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص).

الفرع الرابع

تمييز عقد البوت عن بعض العقود الشبيهة

نظرا للتشابه الموجود بين عقد الـ BOT وبعض أنواع العقود التي تعكس مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية من جهة، والاختلاف الذي ظهر حول مصدرها والاستناد إلى التطابق الموجود بينها وبين هذه الأنواع، لمحاولة جعلها صورة منها من جهة

¹ ناصر خليل جلال، "عقود البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات (بحث مقارنة)" مداخلة أقيمت ضمن فعالية المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثامن عشر حول عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 9-21 أبريل 2010، ص 32.

² أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003، ص 83.

أخرى، فإن التمييز بينهما أمر ضروري لتبيان نقاط التطابق والفروق الموجودة بين هذا العقد محل الدراسة وعقد امتياز المرفق العام (أولاً)، وعقد الأشغال العامة (ثانياً)، وكذا عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص (ثالثاً).

أولاً: عقد البوت وعقد امتياز المرفق العام

تتوافق عقود البوت مع عقود امتياز المرافق العامة في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص ليتحمل بذلك الملتزم عبء ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدتين، كما بينا ذلك سابقاً.

كما تتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال، وهذا لا يمنع من أن تتقاضى شركة المشروع حقوقها المالية من جهة الإدارة في عقود الـ BOT إذ تنص بعض العقود أو القوانين على التزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع بالأخص في المجالات الحيوية¹.

ورغم اتفاق غالبية الفقه أن عقود الـ BOT تجد أساسها في عقود الامتياز التي ظهرت في فرنسا، كما أن الفقه الفرنسي يعتبرها من عقود تفويض المرفق العام التي تطورت مع تطور القانون الإداري الفرنسي، ومع ذلك فإن عقود الـ BOT تختلف عن عقود امتياز المرافق العامة في نقاط جوهرية تتمثل في²:

- قيام شركة المشروع في عقود البوت بتصميم المشروع وتحمل تكاليف البناء والتشييد بالكامل، وشراء المعدات والآلات التي يتطلبها المشروع،

- العبء المالي الملقى على عاتق شركة المشروع يكون معتبراً إذا ما قورن بذلك الذي على عاتق الملتزم في عقد امتياز المرفق العام، لذلك فعقود الـ BOT هي عقود تمويل بينما عقود

¹ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 45.

² - المرجع نفسه، ص ص 46، 47.

الامتياز الإداري هي عقود إدارة،

- تحمّل المخاطر في عقود الـ BOT تتوزع بين الأطراف المشاركة في المشروع من مقاولين ومشغّلين وموردين، على عكس ذلك يتحمل الملتزم في عقود امتياز المرافق العامة كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة والاستغلال،

- بالإضافة إلى ما تقدم قوله، فإن الرسوم التي يتقاضاها الملتزم مباشرة من جمهور المنتفعين لتغطية نفقات التشغيل تكون رمزية إذا ما قورنت بتلك التي تتقاضاها شركة المشروع، لتغطي بذلك نفقات البناء والتشييد وأعباء التشغيل بالإضافة إلى الأرباح المعتبرة التي تتحصّل عليها.

ثانياً: عقد البوت وعقد الأشغال العامة

يعرّف عقد الأشغال العامة بأنه: "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات، بقصد القيام ببناء، أو ترميم، أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام تحقيقاً للمصلحة العامة نظير ثمن متفق عليه تلتزم به الإدارة". وقد تأخذ عقود الأشغال العامة بعداً دولياً إذا ما تمّ إبرامها مع مقاول أجنبي¹.

ورغم اتّفاق عقود الـ BOT مع عقود الأشغال العامة من حيث الأطراف والأهداف (إنشاء المرافق العامة والبنية الأساسية لإشباع الحاجات العامة وتحقيقاً للصالح العام) فالعقدان يختلفان في أوجه عدّة تتمثل في²:

- مهمّة المقاول في عقد الأشغال العامة تنتهي بإنشاء المشروع وتسليمه لجهة الإدارة، دون أن يكون له الحق في إدارة المشروع وتشغيله عكس عقود الـ BOT التي تكون الإدارة والتشغيل إلى جانب الإنشاء من التزامات شركة المشروع طوال الفترة التعاقدية، لتتمكن من

¹- فيصل عليان الياس الشديفات، المرجع السابق، ص 121.

²- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 48.

تحصيل ما تكبّدته من نفقات. وعلى ذلك تكون المدّة التعاقدية في عقود الأشغال العامة قصيرة مقارنة مع ما نجده في عقود الـ BOT،

- يتحصّل المقاول في عقود الأشغال العامة على ثمن لقاء الأعمال المنفّذة، أما في عقود الـ BOT فتتحوّل شركة المشروع على المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال، سواء من جمهور المنتفعين أو من جهة الإدارة في حالة شراء الخدمة من الجهة الحكومية، كما أشرنا سابقاً،

- التزامات المتعاقد في عقود الأشغال العامة يتم تحديدها عادة لحظة توقيع العقد (الأسعار محل العقد...)، في حين يصعب تحديد التزامات المتعاقد بدقّة في عقود الـ BOT الطويلة المدّة والتي تتأثّر بالمعطيات الاقتصادية والمالية والفنية من جهة، وارتباط حقوق المتعاقد المالية بنتائج الاستغلال من جهة أخرى،

ثالثاً: عقد البوت وعقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

يعرّف عقد الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص "PPP"، بأنّه: "عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بتمويل الاستثمار المتعلّق بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمرفق عام، وإدارتها وتشغيلها وصيانتها خلال مدّة العقد المحدّدة، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية"¹.

وظهرت عقود الـ PPP ابتداء من عام 1990 في المملكة المتّحدة تحت مسمّى "PFI"، على أن التطبيق الفعلي لها كان عام 1992، وكانت في البداية عبارة عن برنامج حكومة يستهدف رفع القدرة التمويلية للمشاريع العامة وبالتالي تخفيض النفقات العمومية

¹ - إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010، ص 176، 177.

وتحسين نوعية الخدمة، ثم بعدها ظهرت كصيغة تعاقدية وتمويلية، فظهرها في المملكة المتحدة يرجع لأسباب اقتصادية وسياسية، بينما نشأتها وظهرها في فرنسا يرجع لأسباب قانونية كنتيجة حتمية لإخراج عقد مقاولات الأشغال العامة "METP" من دائرة عقود تفويض المرفق العام، ومن قانون الأشغال العامة الفرنسي لسنة 2001 (الملغى بموجب القانون الصادر في أوت 2006) باعتبار نظامها المالي يقوم على دفع الإدارة لحقوق المتعاقد بصورة مجزئة طوال مدة العقد وهو الأسلوب الذي أقرّ القضاء الإداري عدم مشروعيته في نطاق عقود الأشغال العامة. وقد نظمّ المشرع الفرنسي عقود ال PPP بموجب القانون رقم 735-2008 المؤرخ في 28 جويلية 2008¹.

وعلى الرغم من أوجه التشابه بين عقد ال BOT وعقود ال PPP من ناحية الأطراف والعمليات والمهام وطول المدّة التعاقدية، ورغم اعتبار البعض أن عقد ال BOT هو نموذج من نماذج عقود الشراكة، إلا أن العقدين يختلفان في كون المقابل المالي المستحق للمتعاقد في عقود الشراكة يتحدّد في شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفة دورية (شهرية أو نصف سنوية) طوال مدّة العقد، ولا تنشأ أي علاقة بينه وبين المنتفعين بخدمات الإنشاءات والتجهيزات محل العقد، بمعنى أن المقابل المالي لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال كما هو الحال في عقد ال BOT إنما يرتبط بتكلفة الاستثمار والاستغلال².

أضف إلى ذلك، فإن عقود ال PPP تنص على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح التي تتحدّد قواعدها في نصوص العقد كميّز أساسي لهذه العقود، خلافا لعقود ال BOT التي يقع على عاتق شركة المشروع تحمل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة³.

¹ - حصابم سميرة، المرجع السابق، ص ص 50، 51.

² - المرجع نفسه، ص 52.

³ - المرجع نفسه.

رابعاً: عقد البوت وعقد تسليم المفتاح في اليد

تعددت الآراء حول تعريف عقد المفتاح في اليد، ومن بين هذه الآراء من يذهب إلى تعريف هذا العقد بأنه: "العقد الذي يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة مصنع وتسليمه جاهزاً للتشغيل للطرف الثاني، بما يستتبع انتقال المعارف الفنية إلى الملتقى من خلال الإداريين القائمين على إنشاء المصنع بما يقدمونه من معارف فنية كاملة ورسوم هندسية وخطط تفضيلية إضافة إلى تدريبهم لعمال الملتقى على تشغيل المصنع وصيانته".

ولجأت الجزائر إلى هذا النوع من العقود في بداية السبعينات في إطار سياسة التصنيع القائمة أساساً على الاستفادة من التكنولوجيا المتطورة في شكل بناء مركبات صناعية كبرى بهدف توطين الإنتاج حيث يقوم الطرف المتعاقد ببناء المصنع أو المركب كما يقوم بتدريب اليد العاملة الوطنية سواء في المجال التقني أو في مجال التسيير من أجل التحكم الجيد في المشروع، ويتحمل الطرف المتعاقد كافة المخاطر في سبيل إنجاح المشروع. وكان الهدف من التعاقد بهذه الصيغة في تلك المرحلة هو حل مشكلة التصنيع والتحكم في الموارد الطبيعية.¹

ويتسم عقد تسليم المفتاح في اليد مع عقد الـ BOT في الأوجه التالية:²

- يتعهد المتعاقد في عقد تسليم المفتاح في اليد من جهة، وشركة المشروع في عقد الـ BOT من جهة أخرى، بإنجاز مشروع معين مقابل أجر متفق عليه،
- يتم إبرام التزامات من الباطن في كلا العقدتين، مثل الهندسة والكهرباء ودراسة، ودراسة الجدوى وسواها، بسبب ضخامة المشروع والصعوبة في تنفيذ الأعمال المادية والفنية التي تواجه المقاول وشركة المشروع أثناء تنفيذ العقد،

¹ - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص ص 33، 34.

² - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 132، 133.

- يتشابه العقدان في مسؤولية المتعهد عن تنفيذ أعمال المشروع تجاه الطرف الآخر سواء تمت بواسطته أو بواسطة المتعهدين الثانويين الذين يقومون بتنفيذ أجزاء المشروع،
- الالتزام بنقل التكنولوجيا أي نقل المعلومات الفنية التي تستعمل في التطبيق وتقديم الخدمات.

ورغم أوجه التشابه هذه، إلا أن هناك مظاهر اختلاف بين العقدين والمتمثلة فيما يلي¹:

- في عقد الـ BOT غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع جهة إدارية، بينما في عقد تسليم المفتاح في اليد غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع من القطاع الخاص،

- في عقد الـ BOT غالبا ما يكون المشروع موضوع الالتزام مرفقا من المرافق العامة، بينما في عقد تسليم المفتاح في اليد فغالبا ما يدور مشروع الالتزام في نطاق الأعمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص، ومع ذلك قد يكون موضوع الالتزام في عقد المفتاح في اليد مرفقا عاما،

- عقد الـ BOT يمر بثلاث مراحل وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية، بينما عقد تسليم المفتاح في اليد يمر بمراحل مختلفة وهي التصميم والتشييد والتجهيز والتسليم، بحيث تنتقل إدارة المشروع فور إنجازه إلى المستثمر وإن كان المتعهد يلتزم بعد إنجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من استيعاب التكنولوجيا وتشغيلها وتدريب العمال وتأهيلهم.

¹- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 134، 135.

المطلب الثاني

مراحل إبرام عقد البوت والطرق البديلة لتسوية منازعاته

نظرا لضخامة عقد الـ BOT وارتباطه الحتمي بشبكة من العقود والاتفاقات بالإضافة إلى الدور الكبير الذي أصبح يلعبه على الساحة الدولية في مجال تمويل إنشاء وتشغيل المرافق العامة ذات الأهمية البالغة في الدولة، كل ذلك يستوجب إجراءات خاصة وتقنية معينة لإبرام هذا العقد¹ والتي تتم على مراحل مختلفة تشكل مساره التعاقدية (الفرع الأول) فضلا على ذلك، فإن النظم القضائية التقليدية لحل المنازعات الناشئة عنه تعدّ عوامل غير مشجّعة للمستثمرين للتعاقد وفق هذا الأسلوب، مما أدّى إلى تكريس طرق بديلة لتسوية منازعاته (الفرع الثاني).

بالفرع الأول

مراحل إبرام عقد البوت

بالرغم من اختلاف تنفيذ المشاريع بنظام البوت من مشروع لآخر، إلا أنها تكاد تتطابق من حيث المراحل المختلفة لإبرامها نتيجة لانتشار هذا النظام على الصعيد العالمي مما أدى إلى قيام المنظمات الدولية المتممة بعملية التنمية عامة والمشاريع بنظام البوت خاصة، والمتمثلة أساسا في منظمة "UNIDO" بوضع سياسات ومراحل معينة لتنفيذ المشروع انطلاقا من الإعداد الفني القانوني له (أولا)، مرورا بطرح المشروع للتعاقد (ثانيا)، وصولا إلى الدخول في المفاوضات بين طرفيه وتوقيع اتفاقية المشروع وملحقاتها (ثالثا)².

أولا: الإعداد الفني والقانوني للمشروع

تتمثل نقطة البداية والانطلاق لإقامة مشاريع البنية التحتية بنظام الـ BOT في تحديد

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 229.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 61.

جهة الإدارة للمشروع المراد تنفيذه وفق هذا النظام، تليه مرحلة دراسة جدوى المشروع من مختلف جوانبه، ثم إعداد ملف المشروع.

1- تحديد جهة الإدارة للمشروع المراد تنفيذه وفق نظام البوت

يتمثل تحديد المشروع أهمية كبيرة، لأنه يتماشى مع خطة الدولة الاقتصادية وأهدافها وتطلعاتها، وقدرتها علة إنشاء المرفق العام، وأهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع وأولوياته¹.

تتم هذه الخطوة بتقدير الطلب على خدمات مشاريع البنية التحتية خلال الفترة المقبلة، ثم تحديد نسبة العجز المتوقعة في خدمات كل مشروع من هذه المشاريع وتحديد الأولويات بالنسبة للحاجة إليها، فالاختيار يتم بناء على دراسات وأسس علمية واقتصادية وفنية، ولأجل ذلك تستعين الإدارة المتعاقدة بكافة الخبرات المتاحة لديها، كما يمكن لها أن تستعين بجهات أكثر تخصصاً داخل الدولة، إذ لا بدّ من التفكير بجديّة في اعتماد هذا الأسلوب التعاقدية كوسيلة فعّالة للتوسع في متطلبات البنية التحتية*، مع ضرورة الرجوع إلى التشريع الساري المفعول في الدولة سواء المتعلق بعقد الـ BOT أو إلى القوانين المتعلقة بمنح الامتيازات (في حالة عدم وجود قانون مستقل لهذا العقد)، إذا كانت تسمح باستخدام هذه الصيغة في التعاقد².

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنّ الجهة الحكومية هي

¹ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 177.

* تجدر الإشارة إلى أن الجزائر، بعد اقتراح صيغة الـ BOT كآلية تمويلية لمشروع الطريق السيار شرق غرب في جميع أجزائه، تم التراجع عن ذلك بعد التفكير الجدي في انعكاساتها على الاقتصاد الوطني في ضوء الخطة العامة للدولة، رغم إبداء المستثمرين الأجانب لاهتمامهم ورغبتهم في تنفيذ المشروع في إطار نظام الـ BOT، ليتم بعدها اتخاذ القرار بتمويل المشروع من الخزينة العامة للدولة. منقول عن: حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 63.

² - المرجع نفسه.

المخولة بتحديد المشروع المراد وإنشائه وإدارته واستغلاله بأسلوب الـ BOT، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام الشركات المعنية بهذه المشروعات بالمبادرة بتقديم اقتراح إلى الجهات الحكومية المعنية لإنشاء مثل هذه المشروعات وتمويلها وفقا لنظام الـ BOT¹.

2- دراسة جدوى المشروع

من الخطوات الأولى التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة بصدد اختيار البنية الأساسية المنفذة بصيغة الـ BOT، إجراء دراسة أولية لجدواه* من الناحية الاقتصادية والمالية فيتم

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 238.

* تعرف دراسة الجدوى بأنها: "مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في جميع البيانات ودراساتها أو تحليلها بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية المشروعات المزمع تنفيذها من عدة جوانب قانونية، وبيئية، وتسويقية، وتقنية، وهندسية، وتنظيمية، ومالية". وتتمثل الوجوه المختلفة لدراسة الجدوى فيما يلي:

- دراسة الجدوى الاقتصادية: وهي أسلوب علمي لتقدير احتمالات نجاح فكرة استثمارية قبل التنفيذ الفعلي للمشروع، وذلك لاستشراف المخاطر وتقادي تحميل الاستثمار الخسائر، فتساهم بذلك في توجيه اتخاذ القرارات الاستثمارية، كما أنها تسبق عملية التشغيل،

- دراسة الجدوى القانونية: والهدف منها هو دراسة البيئة القانونية للدولة المضيفة، ومدى تأثيرها على الجوانب القانونية للمشروع، كالتدفقات النقدية وتحويل الأموال والنظام المصرفي، إضافة إلى حجم الإعفاءات والامتيازات الضريبية التي تنطوي عليها قوانين الاستثمار في الدولة المضيفة،

- دراسة الجدوى البيئية: وتهدف إلى الحصول على المعلومات والمعطيات المتعلقة بالتأثير البيئي للمشروع موضوع عقد الـ BOT، من خلال معرفة تكاليف أضرار التلوث المتوقع، والتكاليف اللازمة لمعالجته والتخفيف من آثاره الضارة المختلفة وتشجيع الآثار البيئية الإيجابية لهذا المشروع،

- دراسة الجدوى التسويقية: وتهدف هذه الدراسة إلى وضع سياسات تسويقية ناجحة لهذه المنتجات والخدمات، وتعدّ من أهم جوانب دراسة الجدوى نظرا لدورها في تحديد حجم الطلب الفعال على منتجات أو خدمات المشروع،

دراسة الجدوى المالية: تهتم دراسة الجدوى المالية بمعرفة التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات وغيرها، إضافة إلى قياس مدى الربحية المتوقعة لهذا المشروع بالنسبة للشركة المنفذة، لما له من تأثير على رغبة المستثمرين في التعاقد وفقا لهذا النمط (عقد الـ BOT)،

- دراسة الجدوى الفنية والهندسية: وتتم عن طريق تقدير كافة العناصر التقنية والهندسية الداخلة في إنجاز المشروع كاختيار المباني المناسبة للموقع وطبيعة الإنتاج وحجمه ونوع التكنولوجيا المستعملة والآلات والمعدات والخدمات اللازمة =

دراسة المزايا الاقتصادية المتوقعة من المشروع والتكاليف المقدّرة والدخل الذي ينتظر أن يدره تشغيل المرفق العام محل عقد الـ BOT، وسيكون من المهم أيضا تقدير الجدوى التقنية للمشروع وتأثيره البيئي¹. وقد تكون دراسة الجدوى دراسة مبدئية، تعرض على الجهة الإدارية للموافقة عليها بصورة أولية، وبعد ذلك تتم دراسة الجدوى النهائية التي تكون أكثر دقة وتفصيلا خاصة فيما يتعلق بالمدة والتكاليف وتحديد الرسوم².

لا يفوتنا التّويه بأنّ هناك قوانين تلزم المشاركين في المناقصة بإرفاق طلبهم بتقرير عن دراسة جدوى المشروع، يتضمن مسح شامل للمشروع ووصف النواحي الهندسية والفنية والتكنولوجية المستخدمة، يضاف إلى ذلك تحليل مالي للمشروع يشمل تكاليف الاستثمار والتشغيل وهيكل التمويل³.

3- إعداد ملف المشروع

تتطلب الطبيعة المركّبة لعقد الـ BOT إعداد وثائق ومستندات أساسية للعقد، تؤدّي إلى تغطية كافة الجوانب الفنية للمشروع، بما في ذلك المخطّط الأولي للتعاقد ووثائق الاختيار الأولي وتقديم الاقتراحات وكافة التعليمات بشأن إعدادها، كما تتضمن المستندات

= للعنصر البشري والمستلزمات التي يحتاجها المشروع، وكيفية تصريف المنتجات الضارة بالبيئة، إضافة إلى هندسة الصيانة والهندسة المدنية المتعلقة بتصميم المباني والطرق... إلخ، وتقدير تكاليفها، دراسة الجدوى الاجتماعية: وتهتم هذه الدراسة بتقدير تنفيذ المشروع على المجتمع ككل، وذلك عن طريق معرفة العلاقات المتبادلة بين مشروعات الـ BOT والمجتمع. للمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة)، د.د.ن، مصر، ص 153 وما بعدها.

- الياس اصيف، المرجع السابق، ص ص 178، 180.

- صبوع صهيب، المرجع السابق، ص ص 80، 83.

¹- أبو بكر أحمد عثمان، "عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 10، العدد 38، 2008، ص 375.

²- صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 83.

³- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 65.

كافة الاتفاقات الرئيسية بما فيها الصيغة المبدئية لاتفاقية الـ BOT أو مسودة اتفاق المشروع والمعايير التي على أساسها يتم تنظيم العلاقة بين طرفي المشروع المزمع تنفيذه، وهو ما يضمن كفاءة إجراءات الاختيار وشفافيتها، ولا بدّ أن تصاغ هذه الوثائق وفقا للمعايير الدولية وتتسم بالدقة، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح المستثمر¹.

ثانيا: طرح المشروع للتعاقد

تقوم الإدارة المتعاقدة بعد الاعداد الفني والقانوني للمشروع بما يلزم لطرح المشروع للتعاقد في إطار القانون المنظم لهذه الصيغة من التعاقد (BOT) وإذا لم يوجد هذا القانون تلجأ حينئذ إلى اعتماد الإجراءات التي تكرر مبادئ المنافسة². وبالرجوع إلى القوانين الجزائرية المنظمة لمنح الامتيازات بشأن إنشاء وتشغيل المرافق العامة الضخمة، نجدها تتطلب اختيار المستثمر في إطار المنافسة كما سبقت الإشارة إلى ذلك في بعض القوانين القطاعية، ولكن دون إلزام الإدارة المتعاقدة باتباع الكيفيات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية وهو ما يعني إمكانية تعاقد الإدارة وفقا لقواعد تحددها خارج نطاق هذا القانون³، ومع ذلك يتم التعاقد غالبا وفق إجراء طلب العروض* كقاعدة عامة أو وفق إجراء التراضي كاستثناء**، وغالبا ما يتم الاعتماد على

1- حصابم سميرة، المرجع السابق، ص ص 66، 67.

2- المرجع نفسه، ص 68.

3- المرجع نفسه.

* عرفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، طلب العروض بأنه: "الإجراء الذي يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء". ومصطلح طلب العروض مستحدث بموجب هذا المرسوم، لأن في السابق كان يطلق عليه مصطلح المناقصة.

** كما تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، أيضا على أن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

الإعلان كإجراء أساسي لتكريس مبدأ حرية المنافسة، ومبدأ المساواة لإفساح المجال أمام المستثمرين المؤهلين الذين تتوفر فيهم الشروط والمواصفات الفنية اللازمة لإبرام العقد للمشاركة وتقديم عروضهم، كما يسمح هذا الإجراء باطّلاع المعنيين بهذا النمط من المشاريع على دفاتر الشروط الخاصة بطلب العروض، والتي تتضمّن الإطار الشامل للتعاقد وفق أسلوب الـ BOT، واتخاذ القرار بالمشاركة في المنافسة من عدمها¹.

وقبل تقديم المتنافسين لعروضهم للجهة الإدارية المختصة يستوجب منهم الأمر تقديم مستندات ووثائق تثبت خبراتهم وأعمالهم السابقة**، وتنطوي الدعوة إلى تقديم هذه الوثائق والمستندات، على فائدة كبيرة سواء بالنسبة إلى الإدارة أو الشركة، وتتمثل هذه الفائدة بالنسبة للإدارة في سرعة تقييم مؤهلات الملتزمين، أما بالنسبة للملتزمين فإن التكلفة التي يتحمّلونها في الإجابة على ما هو مطلوب منهم من مؤهلات هي أقل من الكلفة التي يتحملونها فيما لو أرفقوا بلك المستندات المثبتة للمؤهلات مع العرض².

يتولّى كل مستثمر راغب في المشاركة في طلب العروض، وقبل إعداد العطاء العمل على التأكّد جدّيًا من الجدوى الاقتصادية للمشروع ومدى قدرته على تحقيق أرباح مستقبلية مقبولة، ويتمّ ذلك من خلال دراسة جدوى للمشروع وخاصة مستوى الربحية، ليتم بعدها إعداد العطاء، والذي يشترط أن يتضمّن تحديد مصادر تمويل المشروع عن طريق

= ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي ضمن حالات محدّدة على سبيل الحصر بموجب المادتين 49 و 51 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

¹ - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 84، 86.

** اعتمد المشرع الجزائري في حالة العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة (وهي الصفة التي تميز عقد الـ BOT) هذا الاتجاه بالدعوة إلى اعتماد أسلوب الاستشارة الانتقائية أو ما أسماها بطلب العروض المحدود حيث يتم الانتقاء الأولي للمتشرّحين، مع تحديد عدد أقصى للذين ستم دعوتهم لتقديم تعهداتهم. راجع المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 87.

خطة تمويلية محكمة، والضمانات التي تكفل تنفيذها مع بيان الرسومات الخاصة بالمشروع وخطة تنفيذه والمدة الزمنية اللازمة لذلك¹. وقد نص المشرع الجزائري على مشتملات ملف الترشيح والعرض المالي والتقني بموجب نص المادة 67 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر².

بعد تقديم العطاءات للجهة الإدارية المعنية، تتولى لجنة مختصة متكوّنة من خبراء واستشاريين مختصين في مشاريع الـ BOT، دراسة الاقتراحات وتقييمها لاختيار أفضلها وفقا لقواعد وأسس تمّ الإعلان عنها في طلب العروض، وتعكف اللجنة على تقييم العروض من حيث التكلفة ونوعية التكنولوجيا المنقولة، ووفرة الصرف الأجنبي والعمالة المستخدمة وشروط التمويل ومصادره وغيرها من المعايير الأخرى³. وقد تبنت المشرع الجزائري هذا الاتجاه بحيث رشّح معيار أحسن عرض اقتصادي وذلك بموجب نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة المتعاقدة لا تتقيد بهذه الإجراءات الطويلة والمعقدة في حالة اتباع أسلوب التراضي، والذي يخولها إمكانية التفاوض مباشرة مع المستثمرين، ورغم تميّز هذا الأسلوب بدرجة عالية من المرونة وملاءمته للمشروعات التي يغلب عليها طابع السرية في إبرامها، إلاّ أنّه قد ينطوي على عدّة مساوئ كونه لا يكفل مستوى الشفافية والموضوعية التي يمكن تحقيقها بأساليب تنافسية⁵، لذلك قيّد المشرع اللجوء إلى هذا الطريق

¹ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 72.

² - أنظر المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

³ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

⁵ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص ص 76، 77.

في التعاقد بحالات محدّدة على سبيل الحصر¹، حتى لا تتعسّف الإدارة وتحدد عن الهدف الأساسي من التعاقد وهو تحقيق المصلحة العامة.

ثالثاً: إعداد مشروع عقد البوت

تمرّ عملية إعداد مشروع عقد الـ BOT بثلاث مراحل أساسية وهي: مرحلة المفاوضات، ومرحلة الصياغة، ومرحلة إبرام العقد وذلك على النحو التالي:

1- مرحلة المفاوضات

بعد البث في العطاء واختيار شركة المشروع، تبدأ عملية التفاوض بين الطرفين المتعاقدين (الأجهزة الفنية التي تحددها الدولة لهذا الغرض من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى)، وتهدف المفاوضات إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين وذلك بتبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية وغيرها ليكون كلاً منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصالحه وتعرّفه على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات².

وإذا كانت القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية تحظر المفاوضات في حالة اتباع أسلوب طلب العروض³، فإن الوضع يختلف في حالة إرساء مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، نظراً لتعقدها وطول مدّتها والتي تستوجب الدخول في مفاوضات وإدخال تعديلات بما يتلاءم مع مصالح الطرفين والأهداف المرجوة من التعاقد بكل موضوعية⁴.

¹ - أنظر المادتان 49 و 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 78.

³ - تنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر على: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدّة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدّم أحسن عرض...".

⁴ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص ص 78، 79.

وغالبا ما تبدأ المفاوضات بالجانب التقني وبخطة التشغيل والصيانة في ضوء احتياجات كل طرف، ومدى قدرته على الاستجابة لطلبات الطرف الآخر، بعدها تبدأ المفاوضات القانونية لصياغة الاتفاقات التقنية في نصوص ومواد وبنود تصبح اتفاقات تمهيدية لتحديد شروط التعاقد وبنوده وملحقاته في شكل التزامات على الطرفين (مدة العقد ومواعيد تنفيذه، ومراحله، وصيانة، المعدّات والآلات، وسائر الضمانات القانونية، وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع والقانون الواجب التطبيق وغيرها)، الأمر الذي يتطلب وجود فريق من القانونيين المتخصّصين من أجل صياغة العقد صياغة قانونية سليمة¹.

2- صياغة مشروع عقد البوت

صياغة عقد الـ BOT مسألة جوهرية وذات أهمية بالغة تعدّ لخصوصية هذا العقد وتميّزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى (مدته الطويلة والمبالغ المالية الكبيرة التي يتطلبها والأخطار المحتمل ظهورها أثناء التنفيذ)، فإفراغ الصياغة وفقا للقواعد القانونية وتضمّنها استعمال المصطلحات القانونية في معناها الحقيقي المعبر عن إرادة طرفي العقد، يؤدي إلى الوضوح والشفافية وتجنب العقد سلوك طريق النزاع².

وقد أدى تزايد مشاريع الـ BOT إلى اعتماد صياغة قانونية تعتمد دوليا، وإن لم تكن موحّدة فهي متقاربة فيما بينها، وتشكل مرجعا ويمكن اعتمادها عند صياغة أي عقد جديد فثمّة بعض المبادئ العامة التي يمكن تكريسها، بصورة عامة، وهناك من المبادئ ما هو قابل للتطوير بحسب المعطيات السائدة في كل بلد يبرم فيه هذا النوع من العقود³.

3- مرحلة دخول العقد حيز التنفيذ

بعد انتهاء المفاوضات، والاتفاق المبدئي بين المتعاقدين، يتم الانتقال إلى مرحلة

¹ - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 92.

² - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 205.

³ - المرجع نفسه، ص 207.

دخول العقد حيّز التنفيذ*، وقد يرى الطرفان توقيع عقد ابتدائي قبل إبرام العقد النهائي، وفي كلتا الحالتين يتضمن العقد الأقسام التالية: المقدمة، التعاريف، موضوع العقد ولغة العقد¹.

إنّ تفعيل بنود عقد البوت على أرض الواقع يولّد آثار قانونية، من شأنها العمل على تجسيد الأهداف المبتغاة من وراء التعاقد، بالإضافة إلى حماية مصالح أطرافه طوال فترة التعاقد، ونظرا لكون هذه الآثار لا تختلف إلى حدّ ما مع الآثار التي سبق وأن تطرقنا لها في عقود تفويض المرفق العام في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه المذكرة فلا يتطلب الأمر إعادتها تجنّبا للتكرار. ونتناول بذلك الطرق البديلة لتسوية منازعات عقد البوت.

* قصد الدخول في مرحلة تنفيذ المشروع تتولى شركة المشروع بعد التوقيع على العقد مساهمات الأعضاء والقروض اللازمة وصولا للإقفال المالي قصد الدخول في مرحلة تنفيذ المشروع، ونظرا للتعقيد الشديد الذي تتميز به عقود البوت فإنه من الضروري الدخول في ترتيبات تعاقدية مرتبطة في جوهرها باتفاقية المشروع وتبرم تنفيذها لعقد الـ BOT، وتتمثّل هذه العقود في:

- عقد التمويل والذي تبرمه شركة المشروع مع البنوك قصد الحصول على التمويل الباقي اللازم لتنفيذ المشروع، ولا تقدم هذه البنوك على إبرام مثل هذا الاتفاق إلا بعد دراسة المشروع دراسة كافية لضمان مصالحها،
- عقود المقاول، وهي من أبرز العقود التي تبرمها شركة المشروع من أجل إقامة مشروع البنية التحتية، أي ضمان مرحلة الإنشاء في عقد الـ BOT، والتي تتميز بقصر مدّتها مقارنة بمدّة تنفيذ هذا العقد،
- عقود الأشغال والصيانة، وتعهد شركة المشروع بموجب هذا العقد إلى شركة متخصصة في التشغيل والصيانة، مسؤولية تشغيل المشروع أثناء فترة معينة من الامتياز أو طيلة مدّة الامتياز، وتنتقل بذلك مسؤولية المخاطر إلى الشركة التي تتولّى العملية في حدود التزاماتها التعاقدية،
- عقود التوريد والتي تبرمها شركة المشروع من أجل شراء الطاقة اللازمة على المدى الطويل لتشغيل المشروع، فمشاريع محطات توليد الكهرباء تحتاج إلى الوقود كالبترول أو الفحم مثلا،
- عقد شراء الخدمة، بموجب هذا العقد تلتزم الجهة الإدارية بدفع مبالغ دورية ثابتة لفترة محدّدة لقاء الخدمة المنتجة، وهو ما يمكنها من توفير التمويل اللازم لسداد التزاماتها، مما يؤدي إلى تخلص شركة المشروع من مخاطر تغيير سعر العملة لتحتلها بذلك السلطة المتعاقدة، ما عدا في حالة النص في الاتفاقية على بيع شركة المشروع الخدمة للجمهور مباشرة،
- عقود التأمين والتي تبرمها شركة المشروع مع شركات التأمين التجارية كوكالات ضمان الاستثمار، للتأمين ضد المخاطر المختلفة التي قد تواجهها. للمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: حصابم سميرة، المرجع السابق، ص ص 82، 87.

¹ للمزيد من التفاصيل راجع: حصابم سميرة، المرجع السابق، ص ص 208، 213.

الفرع الثاني

الطرق البديلة لتسوية منازعات عقد البوت

بالرغم من أن مقتضيات السيادة تفرض على الدول خصوصاً النامية منها التمسك باختصاص قضائها الداخلي لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) ذات العنصر الأجنبي، إلا أن حاجتها للاستثمارات في ظل عجزها عن إقامة مشروعات البنية الأساسية، إضافة إلى ضعف ثقة المستثمرين عامة والأجانب خاصة بحياد القضاء الوطني في مثل هذه المنازعات، جعلها تتنازل عن اختصاص قضائها الداخلي لترحب بفكرة الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الـ BOT¹، سواء بطرق ودية بسيطة (أولاً) أو عن طريق التحكيم (ثانياً).

أولاً: تسوية منازعات عقد البوت بالطرق الودية البسيطة

منذ ظهور مشروعات الـ BOT أصبحت الدول توفر النصوص القانونية التشريعية منها والتنظيمية لتضمن للمستثمرين سهولة إبرام هذا النوع من العقود وضمان حقوقها وتوفير التسهيلات اللازمة، بما يكفل لها الحصول على عوائد عملها ضمن شكل المشروع المتفق عليه².

وتتبنى الدولة المضيفة وشركة المشروع الاتفاق على طرق بديلة تراها مناسبة لحل النزاعات الناشئة بصفة ودية تأخذ صور عديدة أبرزها³:

1- التفاوض Négociation

يعرّف التفاوض على أنّه: "حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معيّن، بهدف

¹ - حصابم سميرة، المرجع السابق، ص 131.

² - نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 18.

³ - المرجع نفسه.

الوصول إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف والوصول إلى اتفاق، ويتم ذلك غالبا بتنازل كل طرف عن جزء من مطالبه، والتسليم للطرف الآخر ببعض ما يثبته من حقوق¹.

وبذلك فأسلوب التفاوض يستهدف المصالحة بين أطراف العقد، ويمكن أن يكون مباشرة بين أعوان الجهات المتعاقدة كما يمكنه أن يتم بمساعدة الغير الذي يجري الاتفاق عليه، وطالما أن طبيعة الخلافات متعدّدة ومتنوّعة (قانونية، هندسية، مالية، ...)، فمن الضروري أن يكون المساعد في المفاوضات خبيرا في المجال المختلف بشأنه، وفي طرق تسوية الاختلافات والإشكالات².

2- التوفيق والوساطة Conciliation et Médiation

تستعمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذين المصطلحين كمترادفين وطبقا للمادة 1 فقرة 3 من القانون النموذجي لهذه اللجنة يقصد بالتوفيق: "أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتها في سعيها إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعها الناشء عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية فرض حل للنزاع على الطرفين"³.

تبدأ عملية التوفيق بين أطراف النزاع بمجرد إبداء أي طرف لرغبته في تسوية النزاع

¹ - حصابم سميرة، المرجع السابق، ص 132.

² - نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 19.

³ - أنظر المادة 03/1 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله لسنة 2002 الأمم المتحدة، نيويورك، 2004، على الموقع:

https://WWW.uncitral.org/uncitral/ar/unictral_texts/arbitration/2002model_conciliation.html.

وفقا لهذه الآلية¹، والمسألة اختيارية بلجوء أطراف العقد إلى هذه الآلية، ويسعى الموفق إلى التقريب بين وجهات النظر وتقديم الاقتراحات التي يراها مناسبة لفض النزاع بالتراضي² في إطار مبادئ الحياد والعدل والإنصاف، ودون أن تكون لهذه المقترحات الطابع الإلزامي في مواجهة الأطراف. ويتفق الأطراف على اختيار طريقة إجراء التوفيق، وفي الحالة العكسية يختار الموفق الطريقة التي يراها مناسبة³.

يتم توقيع اتفاق بين الأطراف المتنازعة، في حال قبولهم مقترحات الموفق، ليصبح هذا الاتفاق ملزم لهم منذ لحظة القبول، ونهاية عملية التوفيق لا تتم فقط في حالة التوقيع على الاتفاق وإنما تنقضي أيضا بفشل العملية لعدم الوصول إلى نتيجة مرضية أو بانسحاب أحد الأطراف أو باتفاق الطرفين على إنهاء إجراءات التوفيق⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن الفرق الوحيد بين الوساطة والتوفيق، يتمثل في كون الوسيط في سعيه لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة يتصل بكل طرف على حدة قبل الاجتماع بينهما ليتوصل إلى الحل الوسط، على عكس الموفق الذي يقوم بمناقشة موضوع النزاع مع الطرفين لاقتراح الحل الذي يراه مناسباً، لذي يرى البعض أن الوسيط عبارة عن موقِّ ودوره أكثر فعالية⁵.

عملياً يوجد عدد من المراكز والمؤسسات العمومية والخاصة تعرض خدمات التوفيق حيث تحترم هذه الجهات خصوصيات عملية التوفيق التي تتسم بالسرية وبساطة إجراءاتها

¹ - أنظر المادة 4 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المادة 4/6 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، المرجع نفسه.

³ - حصايم سميرة، المرجع لسابق، ص 134.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - حصايم سميرة، المرجع لسابق، ص 135.

وسرعة نفاذها دون تكاليف باهضة قياسا باللجوء إلى إجراءات التقاضي¹.

فيما يتعلّق بالجزائر نصّ ق. إ. م. إ (08-09) على طريق الصلح كوسيلة بديلة لحل الخلافات القائمة بين الأطراف وذلك في المواد 990 و2993، حيث يمكن اللجوء إلى المصالحة سواء قبل اللجوء إلى التقاضي أو خلاله.

من جهة أخرى أورد المشرع الجزائري طريقا بديلا يدعى الوساطة، حيث يتم اللجوء إليه لحل النزاعات قبل مواصلة التقاضي، وهذا ما قضت به المواد من 994 إلى 1005³ من ق. إ. م. إ السالف الذكر.

وفي هذا الإطار نصّت المادة 58 من قانون المحروقات 05-07 المعدّل والمتمّم على أنّه: "يسوّى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتأمين مواد المحروقات (النفط) والمتعاقد ينجم عن تفسير و/ أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/ أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد..."⁴.

3- الخبرة الفنية Expertise Technique

تعتبر الخبرة الفنية، في الوقت الراهن، من الطّرق الودّية البديلة لحل النزاعات خصوصا المتعلقة بالمشاريع الاقتصادية ومن بينها مشروعات عقود ال BOT، حيث يتولّى الخبير أو الخبراء، المتفق عليهم من قبل الأطراف المتعاقدة، بإبداء الرأي الفّني حول مسألة مختلف بشأنها سواء من الناحية القانونية أو الفنية أو المالية، وكذا تقدير التكاليف المترتبة عن حالة اللجوء إلى مرحلة لاحقة لحل النزاع مثل مرحلة التحكيم الدولي أو مرحلة التقاضي ويمكن لأطراف العقد الأخذ بما خلصت إليه الخبرة الفنية من مقترحات أو تركها، وفي هذه

¹- نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 20.

²- أنظر المواد 990-993 من القانون رقم 08-09، المرجع السالف الذكر.

³- أنظر المواد من 994 إلى 1005 من القانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴- أنظر المادة 58 من القانون 05-07 المعدّل والمتمّم، المرجع السالف الذكر.

الحالة الأخيرة يمكنهم اللجوء إلى طريقة بديلة أخرى لحل خلافاتهم¹.

4- المحاكمة المصغرة Mini-Essai

تعود عبارة المحاكمات المصغرة إلى التطبيق الإجرائي الأمريكي لحل النزاعات التجارية، وتأخذ المحاكمة المصغرة موقعا وسطا بين الوساطة والتحكيم، بحيث تتم إجراءاتها على مرحلتين اثنتين وهما²:

- المرحلة الأولى، يعرض الخلاف على محكمين وديين يبدون رأيهم الأولي في الخصام دون أن يكون ملزما للأطراف،

- المرحلة الثانية، تقدم فيها الوثائق والمستندات، وهنا يبدي أعضاء المحاكمة المصغرة رأيهم النهائي بشأن حل النزاع المعروض عليهم، وفي حالة عدم قبول الأطراف هذا الحل الودي يمكنهم اللجوء إلى التحكيم أو إلى الجهة القضائية المختصة.

تتم المحاكمة المصغرة بطرح النزاع على هيئة ثلاثية على الأقل يرأسها شخص محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحدا منهما من بين كبار موظفيه في مستويات الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس من بين الأعضاء الممثلين لأطراف العقد، وذلك بالاتفاق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق عليه

يعين من قبل جهة محايدة عن أطراف النزاع، مثل غرف التجارة ومراكز التحكيم³.

للإشارة فإن هذا الأسلوب الودي لحل المنازعات عرف نجاحا في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يقوم محامو الأطراف بتقديم مقترحات عن الحلول التي يتوصلون إليها إلى

¹- نوري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 21.

²- المرجع نفسه، ص ص 21، 22.

³- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 136.

المدرء التنفيذيين لأطراف العقد، إذ يتمتع هؤلاء بصلاحيات حسم النزاع وفق هذه المقترحات دون اللجوء إلى مرحلة أخرى أكثر تعقيدا¹.

أحيانا لا تؤدي الطرق الودية البسيطة المذكورة سابقا إلى حل النزاع القائم بين أطراف عقد البوت، لذلك يتم اللجوء إلى طريق آخر له خصوصيته وتكاليفه، وهو ما يعرف بالتحكيم الدولي.

ثانيا: تسوية منازعات عقد البوت عن طريق التحكيم الدولي

يسعى المستثمر، محليا كان أو أجنبيا، إلى تضمين عقد الـ BOT شرط التحكيم* لفض المنازعات التي تنشأ بينه وبين الإدارة المتعاقدة بدلا من القضاء تجنباً للإجراءات الطويلة والمعقدة. فما هو المقصود بالتحكيم الدولي؟ وماهي مبرراته؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الطريق البديل لحل منازعات عقود الـ BOT؟ وما هي آثار تبني هذا الأسلوب؟

1- تعريف التحكيم الدولي

عرّفه الأستاذ الدكتور "وجدي راغب فهمي التحكيم" بأنه: "الطريق الإجرائي

الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلا عن الطريق القضائي العام"².

¹- نوري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 22.

* التحكيم في اللغة: مصدر حَكَم وأصلها حكم: حكما: تولى السلطة وإدارة شؤون الدولة وحكم نزاعا بمعنى قضى وبتّ أبدى رأيه.

- وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية هي من فعل حكم Arbitrer وهي من الأصل اللاتينية من كلمة Arbitrare وتعني التدخل والحكم بصفته حكم، والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه. فالتحكيم في اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو الذين قرّر الأطراف، باتفاق مشترك بينهم، أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يقبلوه. للمزيد من التفاصيل راجع: المنجد في اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص 311.

- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي: في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، مصر، 2002، ص 81.

²- المرجع نفسه، ص ص 84، 85.

كما عرّفه الأستاذ الدكتور "إبراهيم أحمد إبراهيم" بأنّه: "طريق إلزامي بالنسبة لمن بداه، وتكون البداية هي اتفاق التحكيم، ولا يلزم في هذا الشأن إبرام عقد تحكيم بل يمكن أن يأخذ الاتفاق صورة شرط تحكيم يتضمنه أي عقد من العقود، ويطلق على الصورة الأولى عقد تحكيم بينما يطلق على الصورة الثانية شرط تحكيم ولا فرق بين الصورتين من حيث التزام من ارتبط وفقا لأيهما بالمضي في طريق التحكيم عند إثارة النزاع"¹.

وفي ذات الإطار تصدّرت أحكام القضاء لتعريف التحكيم، ونقتصر على عرض تعريف مجلس الدولة الفرنسي الذي ذهب إلى القول بأنّ: "التحكيم يتمثل في سلطة القرار الذي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكّم"².

ينصرف التحكيم في عقود الـ BOT، إلى اتفاق طرفي العقد على فضّ المنازعات الناشئة بينهم عن طريق التحكيم، سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين يتفق طرفا عقد الـ BOT على اختيارهم لاحقا، أو تجسيدهم عند إبرام العقد لإصدار قرار ملزم في شأن المنازعة المطروحة³.

مما سبق يتبيّن أن التحكيم تعبيراً عن رفض الأطراف عرض النزاع على القضاء الداخلي، واتفاقهم على إقامة محكمة خاصة تتشكل من محكّمين مؤهلين يختارونهم بأنفسهم ويعملون وفقاً للإجراءات التي تمّ الاتفاق عليها لهذا الغرض، وهو ما يسمى بالتحكيم الحر أو باللجوء إلى هيئات أو مؤسسات أو مراكز متخصصة على المستوى الوطني أو الجهوي أو الدولي، والتي تعمل طبقاً لقواعد إجرائية وموضوعية تتضمنها لوائحها، وهو ما يسمّى

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص ص 85، 86.

² - المرجع نفسه، ص 86.

³ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 138.

بالتحكيم المؤسساتي¹، ومن أهم هذه المؤسسات نجد هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار².

يتضح أنّ للتحكيم وجهين: الوجه الأول هو الطابع الاتفاقي لأن أساس التحكيم في هذه الحالة هو سلطان الإرادة، والوجه الثاني هو الطابع القضائي، بالنظر إلى إلزامية القرار الصادر عن المحكم، أو من خلال استبدال القاضي العادي المختص أصلاً بنظر المنازعة بالقاضي المحكم الذي يختاره الأطراف بمحض إرادتهم ليصبح قاضياً للخصومة³. وتجدر الإشارة إلى أنّ الإطار القانوني العام للتحكيم التجاري الدولي وضع لأول مرة سنة 1985 من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهو بمثابة قانون نموذجي لهذه الآلية⁴.

2- مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في عقود البوت

ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، وقد اتسع نظام الأخذ به. ويرجع ذبوع هذا الأسلوب في فض نزاعات العقود الدولية ومنها عقد الـ BOT إلى عدة أسباب تتعلق أساساً بالمزايا التي يتمتع بها والتي يمكن تلخيصها فيما يلي⁵:

- بساطة إجراءات التحكيم وسرعتها مقارنة بإجراءات التقاضي أمام المحاكم،

¹ - للمزيد من التفاصيل راجع: بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: التحكيم نموذجاً، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011، ص ص 28، 29.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 138.

³ - للمزيد من التفاصيل راجع: خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص ص 110، 115.

- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص ص 8، 23.

⁴ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 139.

⁵ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 345، 348.

- طابع السرية الذي يتميز به أسلوب التحكيم، وتعتبر السرية في العقود التجارية الدولية مسألة مهمة جداً، لأن الأمر يتعلق بالأسرار المهنية والاقتصادية، والتي يترتب على علانيتها الإضرار بمراكز أطراف العلاقة،
- ميزة التخصص التي يتميز بها المحكم أو المحكّمين، باعتبار أنّهم من ذوي الاختصاص في المجال محل النزاع،
- الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل التحكيم، كاختيار نوع التّحكيم والمحكّم أو المحكّمين والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاده وزمانه،
- الإفلات من قضاء الدولة المضيفة، بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها أجنبي،
- فضلاً عن ذلك يعدّ التحكيم ضماناً إجرائية لكونه إحدى وسائل جذب الاستثمار الأجنبي، وأكثر من ذلك فقد أصبح التحكيم شرط يقف عليه إتمام العقد، وكمثال على ذلك رفض الولايات المتحدة الأمريكية إتمام إبرام عقد Euro Disney Land مع فرنسا إلاّ بعد قبولها بشرط التحكيم في العقد، ولمّا كان مجلس الدولة الفرنسي يقرّ بعدم صحة البند التحكيمي في العقود الإدارية، فقد أصدرت فرنسا قانون Euro Disney Land، والذي أقرّ جواز اعتماد التحكيم من طرف الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة، في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية بعد موافقة مجلس الوزراء¹.

غير أن مزايا التحكيم الدولي في حسم منازعات عقود الـ BOT لا تجعله طريقاً يخلو من بعض العيوب والمساويء، ويأتي في مقدّمتها نفوذ الدول الصناعية للتّحكم في قرارات مراكز التحكيم، وارتفاع تكاليف خدمات هذه المراكز، يضاف إلى ذلك الضغوط التي تمارسها الشركات الدولية العملاقة على الطرف الضعيف والمتمثّل في الدول النامية، لتصدر

¹ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 142.

القرارات التحكيمية لصالح الطرف القوي¹.

من سلبيات طريق التحكيم أيضا، عدم تمتع هيئات التحكيم بصلاحيه إلزام الشهود بالحضور أمامها أو ردهم بعقوبة في حالة امتناعهم عن تأدية الشهادة المطلوبة منهم، وهذا الأمر من شأنه عرقلة حسن أداء تلك الهيئات التحكيمية لمهامها في سبيل تحقيق العدالة الواقعية بين أطراف العقد محل التحكيم².

يضاف إلى ما تقدّم، وجود مجال للطعن بالبطلان في أحكام المحكّمين أمام الجهات القضائية، وهو ما يفقد التحكيم ميزة السرعة التي يتّسم بها والذي ينعكس سلبا على تنفيذ مشروعات البنية التحتية ومنها مشاريع عقود ال BOT³.

3- موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي

اتّسمت نظرة الجزائر للتحكيم بانعدام الثقة غداة الاستقلال، وحتى بالعدائية بعد صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966، حيث تمّ منع الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم⁴.

وعلى الرغم من هذا الرّفص القانوني للتحكيم، فإن الجزائر لجأت إليه في منازعاتها مع الشركات الأجنبية (الشركات الفرنسية) بموجب التزاماتها الناتجة عن اتفاقيات ايفيان والمتعلقة بإخضاع النزاع البترولي لإجراءات التحكيم الدولي وقد تمّ التوصل إلى اتفاق بين الطرفين في 14 سبتمبر 1963 لضبط نظام للتحكيم الذي يتم تنفيذه، بعدها عوّض هذا الاتفاق باتفاقات 29 جويلية 1965 التي أعادت ضبط نظام المحروقات وشروط تدخّل

¹ - نوري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 23.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - أنظر المادة 03/442 من الأمر رقم 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 9 جوان 1966، (ملغى).

الشركات الفرنسية وكذلك نظام تسوية المنازعات في إطار التحكيم، وهو ما أدى إلى شلّ صلاحيات الدولة مثل تلك المتعلقة بتحصيل الضرائب. وبعد تأميم المحروقات سنة 1971 تمّ وضع حدّ لنظام التحكيم، حيث أصبحت المنازعات تحال على الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا للفصل في القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها، لتتراجع الجزائر عن موقفها العدائي للتحكيم من خلال توقيع اتفاقات ثنائية مع بعض الدول النامية في مجال الشراكة الاقتصادية والتقنية، وبعدها تمّ قبول البروتوكول المتعلّق بالجهاز القضائي لمنظمة الدول العربية المصدّرة للنفط سنة 1978¹.

أقرّت الجزائر التحكيم التجاري الدولي لأول مرّة بموجب المرسوم التشريعي 93-09 المتضمن ق.إ.م. المعدّل والمتمّم للأمر 66-154، وذلك بإدراج فصل رابع بعنوان الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، واشترط المشرع الجزائري بموجب نص المادة 458 مكرر، أن يخصّ النزاع مصالح التجارة الدولية واشترط بأن يكون مقرّ أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج للقول بقبالية خضوع النزاع للتحكيم، وهذا من شأنه طرح مشاكل قانونية في مجال العقود بنظام البوت لأن شركة المشروع يتم إنشاؤها في الدولة المضيفة وفقا لقوانينها، وهو ما يجعل العقود التي تبرمها الشركة مع المتعاملين الوطنيين لا يخضع للتحكيم التجاري الدولي وفقا لهذا القانون لوجود الشرط الثاني في المادة².

استدرك المشرع الجزائري الموقف بعد صدور ق.إ.م.إ الجديد (08-09)، عندما تبنى معيارا جديدا لتحديد دولية التحكيم لا يعتمد مقر أو موطن الأطراف، وإنما يكون كذلك متى كان محلّه نزاعا يتعلّق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل وهو ما جاء في نصّ

¹ - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 150، 152.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 143.

المادة 1039 من هذا القانون.¹

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري أكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لمسايرة متطلبات التجارة الدولية فقد جاء في نص المادة 04/1040 من ق.إ.م.إ.أته: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي، وهو الأمر ذاته الذي نصّت عليه المادة 458 مكرر 04/1 من المرسوم التشريعي 09-93 (الملغى)".²

المطلب الثالث

عقد البوت في القانون الجزائري

تتطلب دراسة واقع عقد البوت في القانون الجزائري البحث في الأسس القانونية التي تمّ الاستناد إليها لتطبيق هذه الصيغة التعاقدية (الفرع الأول)، إضافة إلى البحث في تكييفه لمعرفة منظور القانون الجزائري لهذا العقد (الفرع الثاني)، وأخيرا إلقاء الضوء على أهم التطبيقات العملية لهذا العقد في الجزائر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الأساس القانوني لعقد البوت في القانون الجزائري

عرفت الجزائر إصلاحات اقتصادية منذ سنة 1986 عندما شرعت في التخلي عن التنظيم الاقتصادي الموجه وتبني أساليب النظام الاقتصادي المتحرر من هيمنة القطاع العام، وذلك بتحرير المؤسسات العمومية الاقتصادية من التسيير البيروقراطي للدولة وإخضاعها لقواعد القانون التجاري³، وأكدّ دستور 1996 تبني الجزائر للنهج الليبرالي من

¹ - حصابم سميرة، المرجع السابق، ص 144.

² - المرجع نفسه.

³ - نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 27.

خلال تشجيع الاستثمارات الخاصة (الوطنية والأجنبية) في أغلب القطاعات حيث نصّت المادة 37 منه على أنّ: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"¹ وفي هذا الإطار كرّست الجزائر محتوى النظام الجديد لعقود الـ BOT من خلال المادتين 166 و 167 من قانون المالية لسنة 1996² بالنص على امتياز إنجاز الطرق السريعة بعدها صدرت نصوص تشريعية قطاعية عديدة تؤكد اتباع أسلوب الـ BOT في كل من قطاع المياه، الكهرباء وتوزيع الغاز والمطارات والموانئ والفلاحة... إلخ.

ومصطلح الـ BOT لم يعرف في القانون الجزائري، ولم يصدر نص قانوني خاص بتنظيم هذا الأسلوب في التعاقد بشكل مستقل، ورغم ذلك لم يتم إغفال هذه الطائفة من العقود، بل تمّت الإشارة إليها ولو ضمناً في قوانين متعلقة بمجالات مختلفة.

والملاحظ أن مفهوم عقد الـ BOT في القانون الجزائري يندرج متضمناً ومتشابكاً مع مفهوم عقد الامتياز³، وعلى سبيل المثال فقد أشار قانون المياه 05-12 السالف ذكره إلى هذا العقد من خلال المادة 17 منه بالقول: "تخضع كذلك للأحكام العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكاً يرجع إلى الدولة بدون مقابل بعد نفاذ الامتياز

¹ - أنظر المادة 37 من د ج ج د ش لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتضمن نشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدّل ومتمّم.

² - نصّت المادة 166 من قانون المالية لسنة 1996 على أنّه: "يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها، واستغلالها، وصيانتها وكذا أعمال تهيئتها و/ أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو الخاص...".

- كما نصّت المادة 167 من نفس القانون على ما يلي: "يترتب على الامتيازات المذكورة في المادة 166 السابقة تحصيل رسم المرور لصالح الامتياز، وفق الشروط المحددة في اتفاقيات وفي دفاتر الشروط المرتبطة بها". راجع الأمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، مؤرخة في 31 ديسمبر 1995.

³ - صبوع صهيبي، المرجع السابق، ص 64.

أو التفويض للإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص"¹.

والقراءة المتأنية لهذه المادة تؤكد تضمّنها لكافة مراحل عقد الـ BOT بداية من الإنجاز ثم الاستغلال وأخيرا نقل الملكية للدولة، كما أن نص المادة فصل في مسألة ملكية الدولة للمشروع.

كما نجد النص على أسلوب الـ BOT في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، والذي نصّ في المادة 2 فقرة 9 على أنّ: "الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدّد ولمدّة محدّدة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز المورّع بواسطة القنوات"، كما نصّت المادة 7 من نفس القانون على أنّه: "ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلّها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام حائز رخصة استغلال"².

وكمثال آخر عن النصوص القانونية التي تطرقت إلى عقد الـ BOT، المرسوم التنفيذي 96-308 المتعلّق بمنح امتيازات الطرق السريعة، والذي سبقته الإشارة إليه، من خلال نص المادتين الأولى والثانية منه³.

كما نصّت المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع الواردة في الملحق الأوّل للمرسوم التنفيذي 96-308 أعلاه، على أنّه: "تخوّل الدولة بمقتضى هذه الاتفاقية، للشركة صاحبة الامتياز، التي تقبل القيام بالبناء والاستغلال

¹ - أنظر المادة 17 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المادتان 09/2 و7 من القانون رقم 02-01، المرجع السالف الذكر.

³ - أنظر المادتان 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المرجع السالف الذكر.

والصيانة (حسب الحالة) للطريق السريع أو مقاطع الطريق السريع¹.

كذلك قد تمت الإشارة إلى هذا العقد في المادتين الثانية والثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 97-475، المتعلق بمنح امتياز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط²، وأخيرا المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب نص المادة 210 فقرة 3 منه والسابق ذكرها³.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد البوت في القانون الجزائري

لقد سبقت الإشارة إلى أن التكييف القانوني لعقد الـ BOT عرف جدلا واسعا على مستوى الفقه القانوني، فهناك من يعتبره تنظيم وليس عقد، وهناك من رأى بأنه من العقود الإدارية، واتجاه آخر يعتبره من عقود القانون الخاص، كما اتجه البعض إلى اعتباره من عقود التجارة الدولية وفريق آخر اعتبره عقد ذو طبيعة خاصة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، ومن خلال النصوص القانونية السابقة الذكر والتي أشارت ضمنا لهذا الأسلوب التعاقدية، يتبين لنا أنه ينظر إلى هذه العقود على أنه امتداد لعقود الامتياز المعروفة منذ القرن التاسع عشر، وهو ما يؤدي بنا إلى القول أنه أخذ بالرأي

¹ - أنظر المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع، مرسوم تنفيذي رقم 96-308، المرجع السلف الذكر.

² - نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-475، على أنه: "يمكن أن تمنح المؤسسات والمقاولات العمومية وكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، وتتوفر فيه المؤهلات المهنية امتياز تسيير واستغلال وصيانة المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط".

- كما نصت المادة الثالثة من نفس المرسوم على أنه: "يمكن أن تمنح المؤسسات والمقاولات العمومية وكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص وتتوفر فيه المؤهلات المهنية امتياز إنجاز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط بغية استغلالها". المرسوم التنفيذي رقم 97-475، مؤرخ في 8 ديسمبر 1997، يتعلق بمنح امتياز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، ج ر عدد 82، مؤرخة في 14 ديسمبر 1997.

³ - أنظر المادة 03/210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السلف الذكر.

القائل بالطبيعة الإدارية لعقد الـ BOT وما يؤكّد هذا الرأي ما نصّت عليه المادة 10 من الأمر رقم 04-08، المحدّد لشروط وكيفيات منح امتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجّهة لإنجاز مشاريع استثمارية بالقول: "يكرّس الامتياز المذكور في المادة 4 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدّد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز"¹.

كما جاء في نص المادة 76 من قانون المياه لسنة 2005 أنّه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية، الذي يعدّ عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدّم طلبا بذلك طبقا للشروط المحدّدة في هذا القانون والكيفيات التي تحدّد عن طريق التنظيم". وقد حدّدت المادة 77 من نفس القانون العمليات التي تدخل ضمن الامتياز الممنوح في نص المادة 76 السالفة الذكر والتي من بينها إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة².

يتّضح ممّا تقدّم ذكره أن عقد الـ BOT وخاصة ما تعلق بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة تبرم وفق قواعد القانون العام. إضافة إلى النصوص السابقة تضمّنت نصوص تنظيمية أخرى أحكاما تترجم ميل المشرع الجزائري إلى اعتبار العقود المبرمة وفق أسلوب الامتياز في صورته الحديثة (الـ BOT) عقودا إدارية من خلال الخصائص والمميزات التي تتّسم بها هذه العقود والمنصوص عليها بموجب هذه الأحكام، وكمثال على ذلك ما نصّت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، الذي يحدّد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال

¹ - أنظر المادة 10 من الأمر رقم 04-08، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المادتان 76 و77 من القانون 05-12، المرجع السالف الذكر.

ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها بالقول: "يمنح الامتياز، موضوع هذا المرسوم عن طريق المزايدة"¹، وهو ما يدل على اللجوء إلى الأساليب المتبعة في إبرام عقود القانون العام.

كما نصّت المادة 9 من نفس المرسوم على أنّه: "يمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها بموجب اتفاقية امتياز يوقعها، حسب الحالة، رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختص إقليميا والرّاسي عليه المزداد". ونصّت كذلك المادة 15 فقرة 2 من ذات المرسوم على أنّه: "إذا لم يمثل صاحب الامتياز لأوامر السلطة المانحة الامتياز بعد انقضاء هذا الأجل، تقرر هذه الأخيرة إلغاء الامتياز". ونصّت المادة 20 من المرسوم ذاته على أنّه: "يتعين على صاحب الامتياز الخضوع لأوامر السلطة المانحة للامتياز، ومدير النقل في الولاية المختص إقليميا. ويتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها فجائيا وبانتظام الأعوان التابعون للسلطة المانحة للامتياز أو الأعوان الذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختص إقليميا"².

تبيّن النصوص المذكورة أعلاه بوضوح امتيازات السلطة العامة التي يخولها عقد ال BOT للإدارة المتعاقدة، وهو ما يؤكّد الطبيعة الإدارية لهذا العقد. ومن بين المواد التي تحيل إلى الشروط اللائحية فيما يتعلق بعقد ال BOT نذكر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11-220 والتي تنصّ على أنّه: "يمكن إلغاء الامتياز

¹ - أنظر المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المرجع السالف الذكر.

² - أنظر المواد 9 و 02/15 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المرجع نفسه.

دون أي تعويض وبعد الإعدار، في حالة عدم احترام دفتر الشروط¹.

وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم التعاقد وفق أسلوب الـ BOT في القانون الجزائري لا يقتصر فقط على قواعد القانون العام، بل أن المشرع الجزائري فتح المجال لإبرام هذه العقود على أسس عقود الاستثمار الدولي، حيث نصّت المادة 81 من القانون 05-12 السالف الذكر أنه: "يمكن بموجب هذا القانون، منح امتياز انجاز واستغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، طبقاً لأحكام الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1425 الموافق 20 غشت والمتعلق بتطوير الاستثمار"².

والاحتكام إلى قواعد الاستثمار في إبرام مثل هذه العقود في هذه المجالات يؤكّد اتجاه الدولة إلى إحاطة هذه المشروعات بالكثير من الضمانات والتحفيزات* المستمدة أساساً من قواعد قانون تطوير الاستثمار لجلب رؤوس الأموال خاصة الأجنبية منها والاستفادة من الخبرة والتكنولوجيا قصد تطوير البنية التحتية.

الفرع الثالث

أهم التطبيقات العملية لعقد البوت في القانون الجزائري

استعملت الجزائر هذه الصيغة التعاقدية (عقد الـ BOT)، وبشكل خاص، في مشاريع

¹ - أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 111-220، مؤرخ في 12 جوان 2011، يحدد كفاءات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عدد 34، مؤرخة في 19 جوان 2011.

² - أنظر المادة 81 من القانون رقم 05-12، المرجع السالف الذكر.

* تتمثل أهم الضمانات والتحفيزات في الإعفاءات من دفع حقوق الملكية والإعفاء من الرسم العقاري والإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات والإعفاء من الضريبة على الدخل الإجمالي والإعفاء من الرسم على النشاط المهني. راجع المادة 11 من الأمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001.

تحلية مياه البحر، والتي تمت في إطار القانون المتعلق بتطوير الاستثمار وتم التعاقد فيها بين الدولة الجزائرية ممثلة في الشركة الجزائرية للطاقة "AEC" من جهة، وبين مجموعة من الشركات العالمية ذات الخبرة في مجال إنجاز وتسيير منشآت تحلية مياه البحر** وذلك للاستفادة من قدرات القطاع الخاص في مجال التمويل والتسيير عن طريق أسلوب BOT¹.

والملاحظ أن شركات المشروع في المشاريع المنفذة في القانون الجزائري هي عبارة عن تحالف بين مجموعة من الشركات في شكل كونسورتيوم "Consortium" يجمع بين شركاء وطنيين وأجانب، تختلف فيه نسبة مشاركة الشركاء بحسب المشروع، فعملية التمويل تتم بصفة نسبية عن طريق الدولة الجزائرية (اشتراك الشركة الجزائرية للطاقة كطرف مساهم في الكونسورتيوم في مجال تحلية مياه البحر)، وهو ما يعتبر بنظر البعض تطبيقاً خاطئاً لعقد ال BOT، لأن هذا الأسلوب التعاقدية يقوم على عنصر جوهري وهو تمويل القطاع الخاص للمشروع، مما يجعل هذه الصيغ التعاقدية التي تبرمها الجزائر بهذا الشكل تقترب من عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص².

* تم إنشاء الشركة الجزائرية للطاقة "Algerian Energy Company" في ماي 2001، وهي بالأساس شركة لتطوير المشاريع في مجال الطاقة، وهي مملوكة مناصفة بين شركتي سوناطراك وسونلغاز المملوكتين للدولة، ويتمثل دورها في إنشاء شركات مشروع في مجال الطاقة بالشراكة مع شركات ومجمعات أخرى، وتأخذ هذه الشركة طابع المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية. راجع في ذلك: صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 73.

** عقد إنشاء وحدات تحلية مياه البحر المبرم بين الشركة الجزائرية للطاقة "AEC" من جهة، ومجمع "Consortium Geida" الذي يضم أربع شركات اسبانية تدعى CODESA و BESESA و SADYT و COBRA من جهة أخرى، حيث أبرم العقد من أجل إنتاج مياه البحر الخالية من الأملاح في ولايات بحرية كسكيكدة مثلاً. نفس الاتفاق حصل مع المجمع الاسباني المسمى "ENIMA AQUILIA" لإنجاز واستغلال وصيانة مصنع تحلية مياه البحر في ولاية مستغانم، وفي نفس الاتجاه وقّعت شركة مياه ولاية تيبازة عقداً مع كل من الشركة الكندية "SNC Laxalian" والشركة الاسبانية "ACCINA AGUA" من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل وتملك ونقل الملكية (DBOOT). راجع في ذلك: نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 28.

¹ - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 73.

² - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 13.

ونذكر من بين مشاريع إنجاز وتسيير هياكل تحلية مياه البحر مشروع حامة واطر ديسالينايشن "Hamma Water Dessalination" لتحلية مياه البحر والمقام بالحامة بالجزائر العاصمة¹، وتقوم بموجبه شركة المشروع المكونة من تحالف بين شركة "AEC" بنسبة مشاركة تقدر ب 30% وشركة "GEAHH" وهي شركة خاضعة للقانون الإيرلندي بنسبة مشاركة تقدر ب 70% من رأسمال شركة المشروع المسماة "HWD SPA"، بإنجاز محطة لتحلية مياه البحر بالحامة، وتمت الموافقة على اتفاقية الاستثمار بشأن هذا المشروع من قبل المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 17 جانفي 2005، وحددت مدة الامتياز الممنوح لشركة المشروع وفق هذه الاتفاقية ب 30 سنة، ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ وهو ما نصت عليه المادة 2 فقرة 2 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الطرفين².

وبعد انتهاء مدة الامتياز تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العمومية وكذا أراضي الوعاء المخصصة لها، دون مقابل طبقا للتشريع المعمول به، وهو ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم 11-220 السابق الذكر³.

¹ - أنظر نموذج اتفاقية الاستثمار، الملحق رقم 6.

² - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 75.

³ - المرجع نفسه، ص 77.

الأختام

أدت التحوّلات التي عرّفتها الجزائر وانتهاجها للنظام الليبرالي إلى تبني طرق جديدة مكّمة للطرق التقليدية لتسيير المرفق العام تتلاءم مع هذا النظام الجديد وهو تقنية تفويض المرفق العام.

وتوصّلنا في هذه الدراسة إلى اعتبار أن كل عملية تشتمل على عنصري الإدارة والاستثمار وتقع على مرفق عام، تدخل في تقنية التفويض، كمصطلح حديث بات يستخدم في إطار سياسة تحديث المرافق العامة، ونظرا للعناصر المشروطة لقيام تقنية التفويض من ناحية، بالإضافة إلى القواعد والمبادئ التي تخضع لها من ناحية أخرى، فقد باتت تشكّل فئة قانونية مستقلة لها نظامها القانوني الخاص التي تتميز فيه عن العديد من المفاهيم والنظريات الأخرى لاسيما النظرية العامة للعقود الإدارية.

كما اتّضح أيضا اختلاف تفويض المرفق العام عن غيره من الوسائل التي تستهدف تحقيق المرفق العام، باعتباره لا يقوم إلا بتوافر عناصر محدّدة، وأنّ تبني الدولة والجماعات المحلية لهذه الطريقة لا يعدّ تنازلا منها عن مرافقها العمومية بل تبقى تلك الهيئات العامة قيّمة على المرفق العام طوال فترة تفويضه للغير، من خلال سلطة الرقابة المخوّلة لها حفاظا على المصلحة العامة.

تعتبر تقنية تفويض المرفق العام إحدى أدوات تطبيق سياسة تحديث المرافق العامة في جميع الدول، المتقدّمة منها والنّامية وهي تودّي إلى نقل أعباء ومخاطر إدارة واستغلال المرفق العام من عاتق الجماعة العامة إلى عاتق المستثمر أو المفوض له، وهو ما يؤدي إلى انصراف الجماعة العامة إلى وظائفها الأخرى (الاجتماعية، الأمنية، الإدارية...).

إن إنجاز عملية إدارة واستغلال المرفق العام، وبغض النّظر عن الجهة المتولّية لها (شخص عام أو خاص)، تكمن في الضوابط المفروضة على المستثمر والمتمثلة في النظام القانوني المؤطر لعملية منح التفويض من جهة، وبرقابة فاعلة تمارسها السلطة المفوّضة من

جهة أخرى، وبالتالي فنجاح مشاركة القطاع الخاص في إدارة واستغلال المرافق العامة، يبقى مرهونا بوجود ضوابط تفرض على المستثمر وليس فقط بالإمكانيات المادية والمهنية والتقنية للقطاع الخاص.

وعن موقع تقنية تفويض المرفق العام في التجربة الجزائرية، يتضح من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية أنّ المشرع الجزائري اعتمد ومنذ الاستقلال على الامتياز لتسيير المرافق العمومية ولكن كطريق استثنائي، دون تأطيره وتنظيم مختلف جوانبه فالأصل هو أسلوب التسيير المباشر ثم أسلوب المؤسسة العمومية.

ونظرا لقصور هذه الطرق التقليدية في التسيير لجأت الجزائر إلى اتباع سياسة الإصلاح الإداري للمرافق العامة، والذي اعترضه عوائق كثيرة منها ما هو مرتبط بالهيئات الإدارية التي تقاوم الإصلاح، ومنها ما هو مرتبط بالمجتمع المدني، هذه العوائق نتج عنها عدم فعالية تلك الإصلاحات، والسبب الرئيسي لعدم الفعالية هذه يعود إلى ضعف الإرادة السياسية، وغياب استراتيجية واضحة وشاملة.

وبعد صدور دستور 1989 وتبني سياسة الانفتاح الاقتصادي والتحرر من الأفكار الاشتراكية، أصدر المشرع الجزائري جملة من النصوص القانونية أعطت لأسلوب الامتياز مكانته التي يستحقها حيث تمّ تأطيره ولأول مرة بموجب التعليمات الوزارية الصادرة سنة 1994 عن وزارة الداخلية، وتبنت القوانين القطاعية هذا الأسلوب في التسيير واتّسع مجال الامتياز الإداري ليشمل قطاعات عديدة وأصبح الوسيلة المفضّلة لتسيير النشاطات العمومية، وأقرّ المشرع الجزائري الشفافية والمنافسة في أغلب عقود الامتياز، وهذا يدلّ على التطور الكبير والوعي الأكبر بأهمية المنافسة واختيار أحسن المتعاقدين لتسيير المرفق العام، كعامل لتفعيل هذا الأخير والنهوض به ولنجاح عقود الامتياز، وهذا بالرغم من وجود بعض النصوص

القطاعية التي لم تقيّد الإدارة في اختيارها للمتعاقد معها، وتكريس المنافسة يعدّ ضماناً للمستثمرين.

إضافة إلى ما تقدّم، فإنّ المشرّع الجزائري لم يعر الاهتمام بالأساليب الأخرى للتسيير التي عرفت تطبيقاً واسعاً في التشريعات المقارنة، كأسلوب الإيجار، سواء في قوانين الجماعات المحلية أو في القوانين القطاعية، باستثناء التعليمات الوزارية لسنة 1994 السابقة الذكر والتي أولته مكانة إلى جانب عقد الامتياز.

وبصدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أطر المشرّع الجزائري ولأوّل مرة منذ الاستقلال، تقنية تفويض المرفق العام وفقاً للمفهوم الفرنسي، كآلية لمواجهة العجز الذي تعاني منه الخزينة العمومية نتيجة تراجع أسعار النفط الذي يعدّ مرتكز الاقتصاد الجزائري، وبحثاً عن مصادر تمويل غير عمومية من خلال إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة وحتى إنشائها.

وما يعاب على هذا النص القانوني أنّ أحكامه المتعلقة بتفويض المرفق العام جاءت مقتضبة، واقتصر النصّ على الجانب المفاهيمي لهذه التقنية دون الجانب الإجرائي، بحيث أحال المشرّع هذه المسألة على التنظيم بموجب المادة 207 من ذات المرسوم، ولكن ولغاية اليوم لم يصدر هذا النصّ التطبيقي الذي بإمكانه إثراء الباب الثاني من المرسوم الرئاسي أعلاه ودخوله حيز النفاذ، من خلال تحديد المرافق القابلة للتفويض، وأطراف عقود التفويض، وإجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، بالإضافة إلى الآثار المترتبة على تنفيذ هذه العقود، ونهايتها، وتنظيم مسألة الرقابة والجهات المختصة بها.

من أجل ضمان مشاركة أوسع للاستثمار الأجنبي الذي يخفّف العبء على كاهل الدولة للنهوض بمشاريع البنية التحتية، ولمواجهة تراجع الموارد المالية بالعملية الصعبة نتيجة انهيار أسعار النفط، قرّرت الحكومة الجزائرية اللجوء إلى صيغة تعاقدية تمويلية تعرف بعقود

البوت وهي الصورة المتطورة لعقود الامتياز الإداري، هذا الأسلوب ورغم انتشاره الواسع في مختلف دول العالم نظرا لمزايا وفوائد استخدامه إلا أنه يحمل في طياته بعض المساوئ لعلّ أخطرها تراجع سيطرة الحكومة على إنشاء المشروع وإدارته وبالتالي عدم التأكد من مطابقة المشروع للمعايير المتفق عليها، بالإضافة إلى خضوع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم التجاري الدولي والذي من شأنه المساس بسيادة الدولة المضيفة، لذلك يوصى بضبط عملية اللجوء إلى مثل هذه العقود بوضع قواعد تنظّمه، وإخضاع إبرامه لضوابط محدّدة ودقيقة بالإضافة إلى تجنّب النص في عقد البوت على الشروط المقيدة لسيادة الدولة كشرط الثبات التشريعي والثبات المطلق للعقد وشرط خضوع العقد للقانون الخاص.

في النّهاية، يمكننا القول أنّ الاتّجاه نحو تفويض المرفق العام لا يجب أن يكون بشكل عشوائي ودون دراسة ميدانية مسبقة، حتى لا نستبدل احتكار باحتكار، أي احتكار السلطة العامة باحتكار الخواص مما سيؤثر على نوعية الخدمة المقدمة وسير المرفق العام وأن يكون الأصل هو خدمة المواطن والسّهر على راحته والهدف الأسمى لأي إدارة سواء على المستوى المحلي أو الوطني.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً: الكتب

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام : دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014-2015.
- 2- الياس ناصيف، العقود الدولية: عقد ال B.O.T في القانون المقارن، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 3- أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003.
- 4- إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 5- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دار الكتاب الحديث، مصر، د.س.ن.
- 6- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
- 7- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري: التنظيم الإداري- النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 8- _____ ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 9- جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 10- جورج قوديل وبيار دلفولفيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، ج 2 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

- 11- وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود الـ BOT وما يماثلها (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
- 12- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 13- _____، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 14- حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول: نظرية المرافق العامة، دم ج الجزائر، 1984.
- 15- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، دار الجامعة الجديدة، مصر 2014.
- 16- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية: العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، القاهرة، 1998.
- 17- حمدي قبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول: ماهية القانون الإداري-التنظيم الإداري-النشاط الإداري، ط 2، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 18- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2006.
- 19- كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 20- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ج 2: النشاط الإداري، مطبعة SARP الجزائر، 2004.
- 21- _____، الأساسي في القانون الإداري، ط 2، دار المجدد للنشر والتوزيع الجزائر، 2011.

- 22- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 23- مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، دار الفكر المعاصر، سوريا 2007.
- 24- محيو أحمد، (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط 3، د. م. ج، الجزائر، 1985.
- 25- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 26- محمد محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية مصر، 1990.
- 27- _____ ، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 28- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري: تنظيم الإدارة -نشاط الإدارة- وسائل الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د. س. ن.
- 29- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 30- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر 1984.
- 31- _____ ، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي مصر، 1996.
- 32- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية: الإبرام التنفيذ - المنازعات، دار الفكر العربي، مصر، 2007.

- 33- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية مصر، 2008.
- 34- عوابدي عمار، القانون الإداري، النظام الإداري، ج 1، ط 5، د. م. ج، الجزائر 2008.
- 35- علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2003.
- 36- _____، موسوعة القانون الإداري، ج 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2004.
- 37- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي: في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، مصر 2002.
- 38- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية
- أ- الرسائل الجامعية
- 1- حوادي عصام، تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، اختصاص قانون عام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.
- 2- محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT- عقد الانشاء والإدارة والتسليم، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة دمشق، 2009.
- 3- فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010.

4- صلاح محمد، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية: حالة بعض اقتصاديات الدول العربية، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية تخصص نقود وبنوك، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2015.

5- ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية: حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 1، 2012.

ب- المذكرات الجامعية

1- مذكرات الماجستير

1- أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2010.

2- آيت منصور كمال، خصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2001.

3- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

4- بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2007.

5- بولكور عبد الغني، تفويض تسيير المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2010.

- 6- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: التحكيم نموذجاً، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
- 7- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011.
- 8- بن مبارك راضية، التعليق على التعليم الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، جامعة الجزائر، 2002.
- 9- دعاء طارق بكر الشتاوي، عقد الفرانشيز وآثاره، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- 10- حصايم سميرة، عقود البوت: B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.
- 11- محمد أحمد سيد أحمد الحاج، الإصلاح الإداري: بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الإدارة العامة، معهد دراسات الإدارة العامة والحكم الاتحادي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، 2006.
- 12- منور فريدة، عقود الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2012.

- 13- عروسي ساسية، الطبعة القانونية لعقد الفرانثيز، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، جامعة سطيف 2، 2015.
- 14- صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة القانون وتسيير الإقليم، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2013.
- 15- شعوة لمياء، سلطات الضبط لقطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 1، 2013.
- 16- خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2008.
- 17- خيدر ريم، الشراكة في ظل اقتصاد السوق، مذكرة بحث مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون التنظيم الاقتصادي، جامعة الإخوة منتوري 2015.
- 18- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
- 2- مذكرات الماستر**
- 1- آيتموسات ليندة وغانم لياقوت، نطاق تطبيق تفويض تسيير المرافق العامة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون الأعمال، تخصص القانون العقاري جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.
- 2- بن محياوي سارة، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.

- 3- دفاقره فاطمة الزهراء، امتياز الطرق السريعه في الجزائر، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة 2015.
- 4- زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة: عقد البوت نموذجاً، مذكرة مكمله من متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- 5- لبعل رشيد، الرقابة القضائية على نشاط المرافق العامة، مذكرة مكمله لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- 6- لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة مكمله من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- 7- سعيدي محمد، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2015.
- 8- فروج نوال وعمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة مذكرة مكمله لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 9- قليل حسناء، المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، مذكرة مكمله لمتطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015.
- 10- خنتاش عبد المؤمن، تفويض المرافق العامة: عقد الامتياز نموذجاً، مذكرة مكمله لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام داخلي، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016.

ثالثا: المقالات

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، "عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 10، العدد 38، 2008، ص ص 351، 394.
- 2- إبراهيم يوسف هرموش، "القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد 2، 2013، ص ص 373، 374.
- 3- إسماعيل صعصاع البديري، "فكرة التخصصية في المرافق العامة"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 14، العدد 6، 2007، ص ص 167، 191.
- 4- بودريوة عبد الكريم، "إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية" مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 9 و 10 مارس 2011، ص ص 1، 13.
- 5- بوعشيق أحمد، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب"، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، أيام 1-4 نوفمبر 2009 ص ص 1، 27.
- 6- بوضياف عمار، "عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، جويلية 2014، ص ص 18، 6.
- 7- بن عليّة حميد، "إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز: دراسة التجربة الجزائرية" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 3، 2009 ص ص 115، 151.
- 8- بن شعلال الحميد، "عقد الامتياز كآلية لخصوصية تسيير المرفق العام في الجزائر" مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة

- القانونية الوطنية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص ص 62
81.
- 9- بركبية حسام الدين، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"
مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، 2017، ص ص 563، 564.
- 10- دوار جميلة، "دور أسلوب B.O.T في تسيير الطريق السيار شرق - غرب"، مداخلة
أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف
أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 و 28
أفريل 2011 صص 8، 18.
- 11- هشام عبد السيد الصافي محمد، " الضوابط العامة لعقد الامتياز الإداري: دراسة
مقارنة بين مصر والجزائر"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول
الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات
المقارنة المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة
يومي 18 و 19 أكتوبر 2016، ص ص 1، 51.
- 12- زمال صالح، "امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية"، مداخلة أقيمت ضمن
فعالية الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص ص
1، 12.
- 13- ماهر صالح علاوي الجبوري، "نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام: المبدأ
الرابع الجديد من المبادئ التي تحكم المرافق العامة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين
العراق، المجلد 17، العدد 3، 2015، ص ص 372، 389.

- 14- مخلوف باهية، "آثار عقد التفويض بالنسبة للمفوض إليه: الحقوق والمزايا"، ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص ص 112، 217.
- 15- ناصر خليل جلال، "عقود البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات (بحث مقارنة)"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثامن عشر حول عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 9-21 أبريل 2010، ص ص 15-62.
- 16- نويري عبد العزيز، "عقود التزامات المرافق العامة (B.O.T): أنواعها وطرق الاستفادة منها"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية المنعقد ببيروت في إطار برنامج المركز العربي للبحوث القانونية والقضايا العامة 2016، أيام 30 ماي إلى 1 جوان 2016، ص ص 1، 37.
- 17- ساسي محمد فيصل، "الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ومدى كفايتهما كشرط لتأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية (حالة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري)"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي يومي 9 و10 مارس 2011، ص ص 1، 14.
- 18- سليمان حاج عزام سليمان، "تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية والتطبيق"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 18 و19 أكتوبر 2016 ص ص 1، 18.

- 19- عبدلي حميدة، "عراقيل الخصوصية في التجربة الجزائرية ... ببطء في المسار أم فشل البرنامج"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 10 العدد 2، 2014، ص 296، 324.
- 20- عيساوي عزالدين، "عقد إيجار المرفق العام (L'affermage)"، ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2015، ص ص 16، 19.
- 21- _____، "سلطة الرقابة Le pouvoir de contrôle"، ضمن مشروع بحث حول: تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2016، ص ص 9، 13.
- 22- فوناس سوهيلة زوجة خباش، "عقود تفويض المرفق العام: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 10، العدد 2، 2014، ص ص 242، 269.
- 23- _____، "الطرق القانونية للتفويض الاتفاقي: التسيير "La gérance" ضمن مشروع بحث حول تفويض المرافق العامة في الجزائر: حصيلة وآفاق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 ص ص 29، 43.
- 24- قبايلي طيب، "تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز في مجال استغلال العقار الفلاحي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 8 العدد 2، 2013، ص ص 45، 65.
- 25- شهاب حمد شيحان، "إشكالية الخصخصة وانعكاساتها في رفع كفاءة الأداء الاقتصادي (دراسة تحليلية تطبيقية)"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والاقتصاد، العراق، العدد 12، 2008، ص ص 1، 21.

- 26- شيبوتي راضية، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، عدد 35، 2011، ص ص 183، 192.
- 27- تياب نادية، "تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة يوم 20 ماي 2013، ص ص 1، 21.
- 28- تغريت رزيقة، "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 و 28 أفريل 2011، ص ص 28، 18.
- 29- خلاف فاتح، "عقد التسيير المفوض لخدمات المياه والتطهير في ضوء التجربة الجزائرية"، مداخلة أقيمت ضمن فعالية الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة يومي 18 و 19 أكتوبر 2016 ص ص 1، 16.

رابعاً: النصوص القانونية

1- النصوص القانونية الجزائرية

أ- الدستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتضمن نشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ج ر عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد 25، مؤرخة

في 14 أبريل 2002 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008
جر عدد 63، مؤرخة في 16 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ
في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

ب- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية
المعدل والمتمم، ج ر عدد 47، مؤرخة في 9 جوان 1966، (ملغى).

2- أمر رقم 67-24، مؤرخ في 17 جانفي 1967، يتضمن القانون البلدي، ج ر، عدد
8 مؤرخة في 18 جانفي 1967، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 81-09، مؤرخ في 4 جويلية
1981، ج ر عدد 8، مؤرخة في 7 جويلية 1981، (ملغى).

3- أمر رقم 68-653، مؤرخ في 30 ديسمبر 1968، يتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة
ج ر عدد 15، مؤرخة في 15 فيفري 1969 (ملغى).

4- أمر 69-38، مؤرخ في 23 ماي 1969، يتضمن قانون الولاية، ج ر، عدد 44
مؤرخة في 23 ماي 1969، (ملغى).

5- أمر رقم 71-73، مؤرخ في 8 نوفمبر 1971، المتضمن قانون الثورة الزراعية، ج ر
عدد 97، مؤرخة في 30 نوفمبر 1971 (ملغى).

6- أمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد
78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.

7- قانون رقم 83-17 مؤرخ في 16 جويلية 1983، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30
مؤرخة في 18 جويلية 1983، (ملغى).

- 8- قانون رقم 87-19، مؤرخ في 8 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 50، مؤرخة في 9 ديسمبر 1987 (ملغى).
- 9- قانون رقم 90-08، مؤرخ في 7 أبريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 15، مؤرخة في 11 أبريل 1990، (ملغى).
- 10- قانون رقم 90-09، مؤرخ في 7 أبريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 15 مؤرخة في 11 أبريل 1990، (ملغى).
- 11- مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتم الأمر 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1965، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 مؤرخة في 27 أبريل 1993، (ملغى).
- 12- أمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، مؤرخة في 31 ديسمبر 1995.
- 13- أمر رقم 96-13، مؤرخ في 15 جوان 1996، يعدل ويتم القانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 37، مؤرخة في 16 جوان 1996، (ملغى).
- 14- قانون رقم 98-06، مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، مؤرخة في 28 جوان 1998، معدّل ومتمّم.
- 15- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، معدّل ومتمّم.
- 16- أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، متمّم

- بموجب الأمر رقم 01-08، مؤرخ في 28 فيفري 2008، ج ر عدد 11، مؤرخة في 2 مارس 2008.
- 17- قانون رقم 01-02، مؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 8، مؤرخة في 6 فيفري 2002.
- 18- قانون رقم 07-05، مؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50 مؤرخة في 19 جويلية 2005، معدّل ومنتّم.
- 19- قانون رقم 12-05، مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005، معدّل ومنتّم.
- 20- قانون رقم 01-06، مؤرخ في 7 مارس 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر عدد 14، مؤرخة في 8 مارس 2006، معدّل ومنتّم.
- 21- قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.
- 22- أمر رقم 04-08، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ج ر عدد 49، مؤرخة في 3 سبتمبر 2008.
- 23- قانون رقم 03-10، مؤرخ في 15 أوت 2010، يحدّد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010.
- 24- قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 مؤرخة في 03 جويلية 2011.

25- قانون رقم 11-11، مؤرخ في 18 جويلية 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، مؤرخة في 20 جويلية 2011.

26- قانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12 مؤرخة في 29 فيفري 2012.

ج - النصوص التنظيمية

ج-1- المراسيم الرئاسية

1- مرسوم رقم 85-266، مؤرخ في 29 أكتوبر 1985، يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر عدد 45، مؤرخة في 30 أكتوبر 1985.

2- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

ج-2- المراسيم التنفيذية

1- مرسوم رقم 85-266، مؤرخ في 29 أكتوبر 1985، يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر عدد 45، مؤرخة في 30 أكتوبر 1985 (ملغى).

2- مرسوم تنفيذي رقم 94-41، مؤرخ في 29 جانفي 1994، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7، مؤرخة في 6 فيفري 1994.

3- مرسوم تنفيذي رقم 96-308، مؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55، مؤرخة في 25 سبتمبر 1996.

4- مرسوم تنفيذي رقم 97-253، مؤرخ في 8 جويلية 1997، يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر عدد 46، مؤرخ في 9 جويلية 1997.

- 5- مرسوم تنفيذي رقم 97-475، مؤرخ في 8 ديسمبر 1997، يتعلق بمنح امتياز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، ج ر عدد 82، مؤرخة في 14 ديسمبر 1997.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 2000-43، مؤرخ في 26 فيفري 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، ج ر عدد 8، مؤرخة في 1 مارس 2000.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 02-40، مؤرخ في 14 جانفي 2000، يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط الملحق بها، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 02-41، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة "أنتينيا للطيران"، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 02-42، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال الخدمات الممنوحة لشركة "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 4، مؤرخة في 16 جانفي 2002.
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها ج ر عدد 82، مؤرخة في 23 ديسمبر 2004.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 08-53، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 8، مؤرخة في 23 فيفري 2008.

12- مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بصاحب الامتياز وواجباته ج ر عدد 20، مؤرخة في 13 أفريل 2008.

13- مرسوم تنفيذي رقم 10-326، مؤرخ في 23 ديسمبر 2010، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 79 مؤرخة في 29 ديسمبر 2010.

14- مرسوم تنفيذي رقم 11-220، مؤرخ في 12 جوان 2011، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عدد 34، مؤرخة في 19 جوان 2011.

ج-3- القرارات الوزارية

- قرار وزارة الفلاحة والتنمية الريفية رقم 1344، مؤرخ في 11 نوفمبر 2012، يحدد كيفيات إعلان الترشح واختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأمولاك السطحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة المتوفرة، ج ر عدد 44، مؤرخة في 15 سبتمبر 2013.

ج-4- التعليمات الوزارية

- التعليمات الوزارية رقم 94-842/3، المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها، مؤرخة في 7 جويلية 1994، (غير منشورة).

2- النصوص القانونية الأجنبية

- 1- ظهير شريف رقم 1.06.15، مؤرخ في 14 فيفري 200، بتنفيذ القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر عدد 5396، مؤرخة في 16 فيفري 2006.
- 2- قانون عدد 23 لسنة 2008، مؤرخ في 1 أفريل 2008، يتعلق بنظام اللزومات، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 28، مؤرخ في 4 أفريل 2008.

خامسا: الاجتهاد القضائي الجزائري

- قرار رقم 11950، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة 2004، (قضية بين شركة نقل المسافرين سريع جنوب ورئيس بلدية وهران).

سادسا: المواقع الإلكترونية

- قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله لسنة 2002، الأمم المتحدة، نيويورك 2004، علالموقع:
https://www.uncitral.org/uncitral/ar/unictral_texts/arbitration/2002model_conciliation.html

سابعا: المعاجم

- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، لبنان، 2000.

باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

- 1- AUBY Jean-François, La délégation de service public : Guide pratique, Editions DALLOZ, Paris, 1997.
- 2- AUBY Jean-Marie, DUCOS-ADER ROBERT, Grands services publics et entreprises nationales, PUF, Paris, 1969.
- 3- BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie National Paris, 1999.
- 4- BOITEAU Claudie, Droit des services publics, 3^{eme} édition, DALLOZ, Paris, 2004.
- 5- CHAPUS René, Droit administratif général, T 1, 15^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 2001.
- 6- DE BELLESCIZE Ramu, les services publics constitutionnels, LGDJ, n° 244, Paris, 2005.
- 7- DELVOLVE Pierre, Droit public de l'économie (T03), Editions DALLOZ, Paris, 1998.
- 8- FIALAIREJ Jacques, Le droit des services publics locaux, Editions LGDJ, Paris, 1998.
- 9- LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULAIT, Hélène, Droit des services publics, 3^{eme} édition, ARMAND Colin, Paris, 2004.

10- LINOTTE, Didier, ROMI Raphaël, Service public et droit public économique, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003.

11- MESCHERIAKOFF Alain-Serge, Droit des services publics, PUF, Paris, 1991, p. 343.

12- MORAND – DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, 14^{ème} édition, LGDJ Paris, 2015.

13- RAYMUNDIE Olivier, Gestion déléguée des services publics : en France et en Europe Editions le moniteur, Paris, 1995.

14- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public : au profit de personnes privées Editions BELKEISE, Alger, 2012.

II. Thèses

1- DELACOUR Eric, La notion de convention de délégation de service public : Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1997.

III. Articles

1- AUBY Jean-Bernard, "Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public", Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, organisé par l'Institut Français des Sciences Administratives, Editions SIREY, Paris, 1997, p.p. 5, 12.

2- BERRI Noureddine, "La régie Intéressée", projet de recherche intitulé : La délégation de service public en Algérie : Bilan et Perspective, Université Abderrahmane MIRA, Bejaïa 2015, p.p. 20, 28.

3- SYMCHOWICZ Nil, "La notion de délégation de service public : Critique des fondements de la jurisprudence « Préfet bouches – du – Rhône »", AJDA, 20 mars 1998, p.p. 195, 213.

4- DELVOLVE Pierre, "Les contradictions de la délégation de service public", AJDA, 1996, p.p.1, 19.

5- LAURENT Dominique, ROUSSET Olivier, "Convention de délégation de service public et loi Sapin : La transparence dans le brouillard", Petites Affiches, Paris, 11 Mars 1994, p.p. 4 8.

6- ROUBAN Luc, "La crise du service public en France : l'Europe comme catalyseur" cultures et conflits, n° 28, 1997, p.p. 1,18.

7- ZOUAIMIA Rachid, "Les modalités juridiques de la délégation conventionnelle", projet de recherche intitulé : La délégation de service public en Algérie : Bilan et Perspectives, Université Abderrahmane MIRA, Bejaïa, p.p.3, 15.

IV. Textes Juridiques

A- Textes Législatifs

- 1- Loi d'orientation n° 92-125, du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république, JORF n° 33, du 8 Février 1992, Modifiée et Complétée.
- 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, JORF n° 25, du 30 janvier 1993, Modifiée et Complétée.
- 3- Loi n° 94-112, du 9 février 1994, portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, JORF n° 34, du 10 février 1994.
- 4- Loi n° 94-679, du 8 Aout 1994, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JORF n° 84, du 10 Aout 1994.
- 5- Loi n° 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF n°29, du 3 Février 1995.
- 6- Loin° 95-115, du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 31, du 05 Février 1995.
- 7- Loi n°95-127, relative aux marchés publics, JORF n° 34, du 9 Février 1995, Modifiée et Complétée.
- 8- Loi n° 2001-1168, du 11 Décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), JORF n° 288, du 12 Décembre 2001.

B- Circulaires

- 1- Circulaire du 7 Août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux : champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JORF du 20 Décembre 1987.

V. Jurisprudence Française

A- Conseil Constitutionnel

- 1- C.C, DC n°84-176, du 25 Juillet 1984, (Loi modifiant la loi du 29 Juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation), www.conseil-constitutionnel.fr.
- 2- C.C, DC n° 86-207, du 26 Juin 1986, (Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social), www.conseil-constitutionnel.fr.

3- C.C, DC n° 96-380, du 23 Juillet 1996, (Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom), www.conseil-constitutionnel.fr.

B- Conseil d'Etat

1- C.E, 9 Décembre 1932, La compagnie des Tramways de Cherbourg, n° 896550100001001 Req. Leb, www.legifrance.gouv.fr.

2- C.E, 11 Décembre 1963, Ville de Colombes, req 55972, Rec. Leb. p. 612, pour l'enlèvement des ordures ménagères en contrepartie d'une rémunération versée par la commune, rjc.fr.eu.org.

3- C.E, 29 Avril 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022, www.cace.fr.

4- C.E, 9 Mars 1995, Assemblée générale, Section des travaux publics, n° 356931 www.conseil-etat.fr.

5- C.E, 15 Juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai n° 136734, Tables du Recueil p. 1033.

6- C.E, 16 Juin 1996, Assemblée générale, Section Sociale, n° 356101, www.conseil-etat.fr.

7- C.E, 25 Juillet 1995, Section de l'intérieur, n° 357781 (Article 34 de la loi du 30 Septembre 1986), www.csa.fr/Juridical-ar.

8- C.E, 28 Septembre 1995, Assemblée générale, Section des travaux publics, n° 357262 et 357263, www.conseil-etat.fr.

9- C.E, 30 Juin 1999, Syndicat mixte du ménagères centre ouest Seine – et – Marnais (SMITOM), n° 198147, AJDA 1999, p. 714.

VI. Sites Internet

1- CHEVALLIER Jacques, "Essai sur la notion juridique de service public", Article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

2- LEMERCIER Clair, "La construction d'un modèle Français de service public avant 1914" Article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

3- MORARD Serge, "Et le service pub fut...", Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info>, 17 Juin 2017, 23,00 h.

قائمة الملاحق

فهرس المحتويات

07 مقدمة
15	الفصل الأول: تقنية التفويض: كفاءة قانونية في إدارة واستغلال المرافق العامة
17المبحث الأول: تحديد مفهوم تفويض المرفق العام
18المطلب الأول: تحديد مدلول تفويض المرفق العام
18الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام
18أولاً: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام
181- تعريف الفقه الفرنسي
222- تعريف الفقه العربي
23ثانياً: التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام
27الفرع الثاني: شروط قيام تفويض المرفق العام
28أولاً: وجود مرفق عام وقابليته للتفويض
291. وجود مرفق عام
322. قابلية المرفق العام للتفويض
32أ- المرافق العامة القابلة للتفويض
33ب- المرافق العامة غير القابلة للتفويض
33ب-1- المرافق العامة غير القابلة للتفويض بطبيعتها
35ب-2- المرافق العامة غير القابلة للتفويض بإرادة المشرع
37ثانياً: وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له
371- أطراف عقد تفويض المرفق العام
37أ- السلطة مانحة التفويض
37أ-1- الدولة
38أ-2- الجماعة المحلية
38أ-3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA
39أ-4- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي EPE
39ب- المفوض له
39ب-1- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC
40ب-2- شركات الاقتصاد المختلط
40ب-3- الشركات التجارية

41		ب-4- الجمعيات.....	41
41		2- السمة العقدية لتفويض المرفق العام.....	43
43		ثالثا: استغلال المرفق العام.....	45
45		رابعا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.....	47
47		المطلب الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن غيره من المفاهيم الأخرى.....	48
48		الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن الوكالة في القانون الإداري.....	49
49		أولا: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري.....	49
49		ثانيا: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والوكالة في القانون الإداري.....	50
50		الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية.....	51
51		أولا: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والصفقة العمومية.....	51
51		ثانيا: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والصفقة العمومية.....	51
51		1- موضوع العقد.....	52
52		2- كيفية دفع المقابل المالي.....	53
53		3- مدة العقد.....	53
53		الفرع الثالث: تمييز تفويض المرفق العام عن الخصصة.....	54
54		أولا: أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والخصصة.....	55
55		ثانيا: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والخصصة.....	56
56		المطلب الثالث: مبررات تبني تقنية تفويض المرفق العام.....	56
56		الفرع الأول: قصور الطرق التقليدية في تسيير المرفق العام.....	57
57		أولا: اختلالات التسيير المباشر للمرفق العام.....	58
58		1- العبء المالي للتسيير المباشر للمرفق العام.....	58
58		2- اختلالات ذات طابع تنظيمي.....	59
59		3- الاختلالات المتعلقة بالجانب التسييري.....	60
60		4- الاختلالات المتعلقة بالموارد البشرية.....	62
62		ثانيا: اختلالات تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية.....	62
62		1- العبء المالي على ميزانية الدولة.....	62
62		2- عدم وجود نظام قانوني موحد لكل المؤسسات العمومية.....	62
62		3- عدم فعالية الهيئات المسيرة للمؤسسات العمومية.....	63
63		4- قصور في قواعد التسيير.....	

64 5- غياب استقلالية حقيقية
64 أ- غياب الاستقلالية العضوية
64 ب- غياب الاستقلالية الوظيفية
64 ج- غياب الاستقلالية المالية
65 الفرع الثاني: حتمية الإصلاح الإداري للمرفق العام
65 أولاً: المقصود بالإصلاح الإداري للمرفق العام
66 ثانياً: مضمون الإصلاح الإداري للمرفق العام
67 ثالثاً: متطلبات الإصلاح الإداري للمرفق العام
68 1- المردودية
68 2- النجاعة والفعالية
69 3- حسن الأداء
69 الفرع الثالث: مبررات أخرى لتبني تقنية تفويض المرفق العام
69 أولاً: الدوافع المالية
70 ثانياً: السهولة في حركة الأموال
70 ثالثاً: مرونة القطاع الخاص
71 رابعاً: تقنيات القطاع الخاص
72 المبحث الثاني: النظام القانوني لتفويض المرفق العام
73 المطلب الأول: أشكال تفويض المرفق العام
74 الفرع الأول: عقد إيجار المرفق العام L'affermage
74 أولاً: تعريف عقد إيجار المرفق العام
74 1. التعريف الفقهي لعقد إيجار المرفق العام
75 2. التعريف التشريعي لعقد إيجار المرفق العام
76 ثانياً: خصائص عقد إيجار المرفق العام
76 1. تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية
76 2. مسؤولية المستأجر
77 3. تأدية المستأجر جزء من المقابل المالي
77 4. مدة العقد في عقد إيجار المرفق العام
78 الفرع الثاني: عقد الوكالة المحفزة La régie intéressée
78 أولاً: تعريف عقد الوكالة المحفزة

78	1. التعريف الفقهي لعقد الوكالة المحفزة.....
79	2. التعريف التشريعي لعقد الوكالة المحفزة.....
80	ثانيا: خصائص عقد الوكالة المحفزة.....
82	الفرع الثالث: عقد تسيير المرفق العام La gérance.....
82	أولا: تعريف عقد تسيير المرفق العام.....
82	1. التعريف الفقهي لعقد تسيير المرفق العام.....
83	2. التعريف التشريعي لعقد تسيير المرفق العام.....
84	ثانيا: خصائص عقد تسيير المرفق العام.....
85	ثالثا: تمييز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة.....
85	المطلب الثاني: إبرام عقد تفويض المرفق العام.....
87	الفرع الأول: اختيار طريقة تفويض المرفق العام.....
87	أولا: إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام.....
88	ثانيا: تغطية تكاليف الاستغلال.....
88	ثالثا: نطاق رقابة الشخص العام.....
88	رابعا: نطاق مسؤولية الشخص المفوض له وتحمله المخاطر.....
89	الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام.....
91	أولا: الإعلان المسبق تحقيقا لمبدأ حرية المنافسة والشفافية.....
92	ثانيا: احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأفضل.....
93	الفرع الثالث: القيود الخاصة بمضمون عقد تفويض المرفق العام.....
94	أولا: القيود الخاصة بمدة عقود تفويض المرفق العام.....
94	1. الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام.....
95	2. التنظيم التشريعي لمدة عقد تفويض المرفق العام.....
97	ثانيا: القيود الخاصة بالشروط المالية في عقود تفويض المرفق العام.....
98	1. المقصود بمقابل التعاقد.....
98	2. التمييز بين مقابل التعاقد والمبالغ الأخرى التي يتحملها المفوض له.....
99	3. موقف المشرع من مقابل التعاقد.....
99	المطلب الثالث: أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام وانتهائه.....
99	الفرع الأول: أحكام تنفيذ عقد تفويض المرفق العام.....
99	أولا: التزامات وحقوق المفوض له.....

99		1. التزامات المفوض له.....	99
99		أ- التزامات المفوض له بتسيير واستغلال المرفق العام على مسؤوليته.....	102
102		ب- احترام المفوض له المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.....	102
102		ج- التزام المفوض له بدفع إتاوات للجهة المفوضة.....	103
103		2. حقوق المفوض له.....	103
103		أ- حق المفوض له في الحصول على المقابل المالي.....	104
104		ب- الامتيازات الممنوحة للمفوض له من السلطة المفوضة.....	104
104		ب-1- توفير الحماية من المنافسة.....	105
105		ب-2- تمتع المفوض له ببعض التسهيلات المالية.....	106
106		ب-3- امتيازات المفوض له بالنسبة للأملاك العامة والأملاك الخاصة.....	106
106		ج- حق المفوض له في ضمان التوازن المالي للعقد.....	109
109		ثانيا: سلطات الإدارة المفوضة.....	109
109		1. سلطة الرقابة الإدارية.....	109
109		أ- مضمون الرقابة الإدارية.....	110
110		ب- صور الرقابة الإدارية.....	112
112		ج- حدود سلطة الرقابة الإدارية.....	113
113		2. سلطة التعديل الانفرادي للعقد.....	114
114		3. سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....	115
115		3-أ- الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية.....	116
116		3-ب- صورالجزاءات في عقود تفويض المرفق العام.....	116
116		3-ب-1- الغرامات.....	116
116		3-ب-2- وضع المرفق تحت الحراسة.....	117
117		3-ب-3- الإسقاط والفسخ.....	117
117		الفرع الثاني: نهاية عقد تفويض المرفق العام.....	118
118		أولاً: طرق انتهاء عقود تفويض المرفق العام.....	118
118		1. النهاية العادية لعقود تفويض المرفق العام.....	119
119		2. النهاية غير العادية لعقود تفويض المرفق العام.....	119
119		أ- استرداد المرفق.....	119
119		أ-1- الاسترداد التعاقدي.....	

120	أ-2- الاسترداد غير التعاقدى.....	
120	أ-3- الاسترداد التشريعي.....	
120	ب- الإسقاط والفسخ.....	
120	ب-1- الفسخ الاتفاقي.....	
121	ب-2- الفسخ بقوة القانون	
121	ب-3- الفسخ القضائي.....	
121	ثانيا: المشكلات القانونية التي تثيرها نهاية عقود تفويض المرفق العام.....	
121	1. حلول السلطة المفوضة محل المفوض له.....	
123	2. تصفية عقود تفويض المرفق العام.....	
123	أ- تحديد مصير أموال المرفق.....	
123	أ-1- أموال تؤول إلى الدولة وجوبا ومجانا.....	
124	أ-2- أموال تؤول إلى الدولة بمقابل.....	
125	أ-3- أموال تبقى ملكا للمفوض له.....	
125	ب- تصفية الحسابات بين المفوض والمفوض له.....	
128	الفصل الثاني: عقود الامتياز والبوت: نحو تفعيل تقنية تفويض المرفق العام	
130	المبحث الأول: عقد الامتياز الإداري: الوسيلة المفضلة لتفويض المرفق العام.....	
131	المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز الإداري.....	
132	الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز الإداري.....	
132	أولا: التعريف الفقهي لعقد الامتياز الإداري.....	
135	ثانيا: التعريف القضائي لعقد الامتياز الإداري.....	
136	ثالثا: التعريف القانوني لعقد الامتياز الإداري.....	
136	1. تعريف عقد الامتياز الإداري في القوانين المتعلقة بالمياه.....	
138	2. تعريف عقد الامتياز الإداري في المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة.....	
139	3. تعريف عقد الامتياز في القانون رقم 10-03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة	
140	4. تعريف عقد الامتياز الإداري في التعليم الوزاري رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.....	

140	5. تعريف عقد الامتياز الإداري في المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.....
143	الفرع الثاني: إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري.....
143	أولاً: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز الإداري.....
144	ثانياً: الطبيعة العقدية لعقد الامتياز الإداري.....
145	ثالثاً: الطبيعة المزدوجة للامتياز الإداري.....
146	رابعاً: الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري.....
148	1. الأحكام التنظيمية.....
149	2. الأحكام التعاقدية.....
150	الفرع الثالث: تمييز عقد الامتياز الإداري عن بعض العقود المشابهة.....
150	أولاً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد إيجار المرفق العام.....
151	1. المعيار المالي.....
152	2. المعيار المادي.....
152	ثانياً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد الوكالة المحفزة.....
153	1. من حيث الموضوع.....
153	2. من حيث التمويل.....
153	3. من حيث الاستغلال.....
153	4. من حيث الأجر.....
153	ثالثاً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد التسيير.....
154	1. من حيث الموضوع.....
154	2. من حيث التمويل.....
154	3. من حيث الاستغلال.....
154	4. من حيث الأجر.....
154	رابعاً: تمييز عقد الامتياز الإداري عن عقد الأشغال العامة.....
156	المطلب الثاني: آليات تكوين عقد الامتياز الإداري وتسوية منازعاته.....
157	الفرع الأول: آليات تكوين عقد الامتياز الإداري.....
157	أولاً: اختيار صاحب الامتياز.....
159	ثانياً: إبرام عقد الامتياز الإداري.....
159	1. صدور القرار بالتعاقد.....

160	2. انعقاد العقد.....
161	ثالثا: وثائق عقد الامتياز الإداري.....
161	1. عقد الامتياز.....
162	2. دفتر الشروط.....
162	الفرع الثاني: تسوية منازعات عقد الامتياز الإداري.....
163	أولا: المنازعات الناشئة بين مانح الامتياز والملتزم.....
163	1. تحديد الجهة القضائية المختصة.....
164	2. تحديد نوع الدعاوي في عقد الامتياز الإداري.....
164	أ- اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقد الامتياز الإداري.....
166	أ-1- صور منازعات عقد الامتياز الإداري الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل.....
166	أ-1-أ- دعوى بطلان عقد الامتياز الإداري.....
166	أ-1-ب- الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاءه.....
167	أ-2- أثر إخضاع منازعات عقد الامتياز الإداري لولاية القضاء الكامل.....
168	أ-3- حدود اختصاص القضاء الكامل بنظر الطعن على القرارات الإدارية.....
169	ب- اختصاص قضاء الإلغاء بمنازعات عقد الامتياز الإداري.....
169	ج- منازعات القضايا المستعجلة لعقد الامتياز الإداري.....
171	ثانيا: المنازعات الناشئة بين الملتمزم والمرتفقين.....
171	ثالثا: المنازعات الناشئة بين مانح الامتياز والمرتفقين.....
172	المطلب الثالث: اتساع مجال تطبيق عقد الامتياز الإداري.....
172	الفرع الأول: تطبيقات عقد الامتياز الإداري في مجال الموارد الطبيعية.....
173	أولا: عقد الامتياز الإداري في مجال المياه.....
176	ثانيا: عقد الامتياز الإداري في مجال المحروقات.....
179	ثالثا: عقد الامتياز الإداري في مجال استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.....
184	الفرع الثاني: تطبيقات عقد الامتياز الإداري في مجال الموارد الاصطناعية.....
184	أولا: عقد الامتياز الإداري في مجال الطرق السريعة.....
185	ثانيا: عقد امتياز استغلال خدمات النقل الجوي.....
189	ثالثا: عقد الامتياز الإداري في مجال الكهرباء والغاز.....
191	المبحث الثاني: عقد البوت BOT: الصورة الحديثة لعقد الامتياز الإداري.....

192	المطلب الأول: مفهوم عقد ال BOT.....
193	الفرع الأول: تعريف وخصائص عقد البوت.....
194	أولاً: تعريف عقد البوت.....
194	1. تعريف فقهاء القانون العام.....
195	2. تعريف فقهاء القانون الخاص وأهل الاقتصاد.....
196	3. تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية.....
198	ثانياً: خصائص عقد البوت.....
198	1. عقد البوت يبرم بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وإحدى جهات القطاع الخاص.....
198	2. الهدف من عقد البوت هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام.....
199	3. التمويل الخاص للمشروع هو أحد أهم العناصر في عقد البوت.....
199	4. إشراف ورقابة الإدارة المتعاقدة طيلة مدة العقد.....
199	5. تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محددة.....
200	6. إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة.....
200	الفرع الثاني: أشكال عقد البوت.....
200	أولاً: البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT.....
201	ثانياً: البناء والإيجار ونقل الملكية BLT.....
201	ثالثاً: الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية LROT.....
201	رابعاً: البناء ونقل الملكية والتشغيل BOT.....
202	خامساً: التحديث والتملك والتشغيل والحويل MOOT.....
203	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد البوت.....
203	أولاً: اعتبار عقد البوت تنظيم وليس عقد.....
204	ثانياً: اعتبار عقد البوت من العقود الإدارية.....
205	ثالثاً: اعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص.....
206	رابعاً: اعتبار عقد البوت من عقود التجارة الدولية.....
208	خامساً: اعتبار عقد البوت عقد ذو طبيعة خاصة.....
209	الفرع الرابع: تمييز عقد البوت عن بعض العقود الشبيهة.....
210	أولاً: عقد البوت وعقد امتياز المرفق العام.....

211 ثانيا: عقد البوت وعقد الأشغال العامة.
212 ثالثا: عقد البوت وعقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.
214 رابعا: عقد البوت وعقد تسليم المفتاح في اليد.
216 المطلب الثاني: مراحل إبرام عقد البوت والطرق البديلة لتسوية منازعاته.
216 الفرع الأول: مراحل إبرام عقد البوت.
216 أولا: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.
217 1. تحديد جهة الإدارة للمشروع المراد تنفيذه وفق نظام البوت.
218 2. دراسة جدوى المشروع.
219 3. إعداد ملف المشروع.
220 ثانيا: طرح المشروع للتعاقد.
223 ثالثا: إعداد مشروع عقد البوت.
223 1. مرحلة المفاوضات
224 2. صياغة مشروع عقد البوت.
224 3. مرحلة دخول العقد حيز التنفيذ.
226 الفرع الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات عقد البوت.
226 أولا: تسوية منازعات عقد البوت بالطرق الودية البسيطة.
226 1. التفاوض Négociation
227 2. التوفيق والوساطة Conciliation et Médiation
229 3. الخبرة الفنية Expertise Technique
230 4. المحاكمة المصغرة Mini-Essai
231 ثانيا: تسوية منازعات عقد البوت عن طريق التحكيم الدولي.
231 1. تعريف التحكيم الدولي.
233 2. مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في عقود البوت.
135 3. موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي.
237 المطلب الثالث: عقد البوت في القانون الجزائري.
137 الفرع الأول: الأساس القانوني لعقد البوت في القانون الجزائري.
240 الفرع الثاني: التكيف القانوني لعقد البوت في القانون الجزائري
243 الفرع الثالث: أهم التطبيقات العملية لعقد البوت في القانون الجزائري

فهرس المحتويات

247الخاتمة
252قائمة المراجع
275قائمة الملاحق
281فهرس المحتويات

ملخص

في ظل التحوّلات الاقتصادية الكبرى، وسياسة الانفتاح الاقتصادي المنتهجة في نهاية الثمانينات من القرن الماضي، وبغرض النهوض بالمرافق العامة وتفعيلها، اتّجهت الجزائر على غرار باقي دول العالم في إطار الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، إلى اعتماد أسلوب تفويض المرفق العام في مظهره الجديد كوسيلة ليبرالية لتسيير مرافقها العمومية تحقيقا للمردودية، وتلبية للحاجات العامة المتزايدة، وتخفيفا لعبء التمويل العمومي.

وقد أخذت هذه التقنية مكانتها كقناة قانونية مستقلة تضمّ مجموعة من العقود تبرم في إطار تنافسي، أهمها عقد الامتياز الإداري الذي عرف تطبيقا واسعا في مختلف القطاعات ليظهر في ثوب جديد كوسيلة متطورة لإنشاء وإدارة المرافق العامة ثم تحويلها، وهو ما يعرف بعقد الـ BOT.

Abstract:

In light of the major economic transformations and the policy of economic openness, adopted at the end of the eighties of the last century, in order to promote the public services, Algeria, like the rest of the world, has moved towards a partnership between the public and the private sectors to adopt the public services delegation methods in its new appearance as a liberal means of running its public services in order to achieve profitability, to subsist the growing public needs, and to reduce the burden of public funding.

This technique has taken its place as an independent legal competence involving a set of contracts concluded in a competitive framework, the most important of which is the administrative privilege contract which has been wide application in various sectors, and appears in a new light as an advanced means of creating and managing public services and then transforming them, which is known as the BOT contract.