

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Université Abou Bekr Belkaid
Tlemcen Algérie



جامعة أبي بكر بلقايد

كلية الحقوق والعلوم السياسية



رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام

تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر

تحت إشراف:
أ.د بن طيفور نصر الدين

إعداد الطالب:
بركبية حسام الدين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	د عزاوي عبد الرحمان
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	د بن طيفور نصر الدين
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة (أ)	د ميمونة سعاد
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر (أ)	د محمد علي

السنة الجامعية

2019-2018

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى :

- من قال فيهما الله سبحانه وتعالى (وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) (الآية 24 من سورة الإسراء). الوالدين الكريمين حفظها الله وأطال في عمرهما وأمدهما بالصحة والعافية، اللذين خفق قلباهما انشراحا وانقباضا لكل خطوة خطوتها وغرسا في قلبي حب التعلم وقدسيتها التعلم.

- إلى زوجتي التي وقفت إلى جانبي وكانت سندا لي وشجعنتي على مواصلة هذا العمل.

- إلى قرّة عيني ابني محمد وسيم حفظه الله.

- إلى كل أفراد عائلتي و أساتذتي و زملائي في الدفاع أصحاب الجبة السوداء.

شكر وتقدير

أشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل.

وأقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الدكتور بن طيفور نصر الدين الذي تفضل بالإشراف

على هذه الرسالة، كما أشكره أيضا على نصائحه وإرشاداته التي كانت مصباحا يضيء

لي الطريق، كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر لجنة المناقشة على وقتهم الثمين

لقراءة ومناقشة هذه الدراسة.

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

ص: الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

دص: دون صفحة

ثانيا: باللغة الفرنسية

AJDA: Actualité juridique du droit administratif.

BOAMP: le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics

CE: Conseil d'Etat.

CAA: Cour administrative d'appel.

CC : Conseil Constitutionnel.

CEE: La Communauté économique européenne

E.N.A: Ecole Nationale d'Administration

JCA.Fasc : Juris-classeur administrative – Fascicule.

JORF: Journal Officiel de la République Française

JOUE: Journal Officiel de l'Union européenne.

LG.D.J: Librairie Générale de droit de la Jurisprudence.

N: Numéro

Op. Cit : Référence précédemment

OJEU: le Journal Officiel de l'Union Européenne

P: Page

PUF: Presses universitaires de France

RCDSP: Revue de concession et de délégation de service public.

RDP: Revue de droit public.

Rec.Leb: Recueil Lebon

Tc : Tribunal des conflits.

R.F.D.A : Revue française de droit administratif.

RDP: Revue du droit public

مقدمة

تُعتبر فكرة المرفق العام من أبرز المفاهيم الشائكة والغامضة في القانون الإداري ، رغم أهميتها كمعيار للنظام الإداري ، وذلك لارتباطها بالمعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة بالدولة ، لهذا فإنه من الضروري معرفة مدى تأثير أيّ تحول سياسي أو اقتصادي على تسييره ، ومدى مطابقتها طريقة تسييره للحياة العامة والحاجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين ، وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية.

وفي إطار التحوّلات السياسية والاقتصادية التي عشتها الجزائر منذ سنة 1989 ، والتي انعكست على الدولة ومؤسساتها وعلاقتها بالمواطن في ظل تزايد الحاجات العامة وضرورة تليبيتها بفعالية ، أضحى من أهم نتائج التحوّلات السعي وراء الحد من العجز الذي تعرفه المرافق العامة ، بالموازاة مع ضمان المستوى المطلوب من الخدمة العمومية ، وإزالة الاحتكارات ، وظهور التعاون ما بين القطاع العام والخاص ، وبالتالي الانتقال من القرارات التنظيمية ذات العلاقة المزدوجة "الإدارة-المواطن" إلى طريقة أكثر تعقيدا وهي طريقة ثلاثية "إدارة ، خواص ، مواطن".

إن التحوّلات الجديدة للمرافق العامة فرضت اعتماد خيارات جديدة للتنمية تتجلى في المردودية التي تُتيح لكل المرافق تنمية إمكانياتها وتوجهها نحو الإنتاجية والمردودية و تحسين طرق الإدارة وضبط الموارد ، لأن المرفق العام اليوم لم يعد مطالباً فقط بتحقيق المصلحة العامة ، بل أصبح أيضا كالمؤسسات الخاصة مطالباً بتحقيق مردودية مالية تسمح باستمراره.

فدراسة المردودية هي دراسة قانونية بالنظر لأنها تدرس الآليات القانونية المستعملة لتفعيل المرافق العامة ، والتي تزيد من مردوديتها سواء كانت مرافق اقتصادية أو إدارية أو كانت مسيرة من الدولة أو الجماعات المحلية أو مسيرة من الشخص الخاص، فالهدف هو البحث عن السبل والطرق وكيفية تأطير هذه المردودية التي تحمل خصوصية المصلحة العامة.

إنّ تسيير المرافق العمومية بطريقة مباشرة أثبت عدم فعاليته نتيجة بحثه عن المردودية الاجتماعية على حساب المردودية الاقتصادية، لذلك مع التطور لجأت الدولة إلى نوع جديد في تسيير مرافقها وهو التسيير عن طريق المؤسسة العمومية في إطار التخصص والاستقلالية، وذلك لمُنحها نوعاً من المرونة من خلال أنظمتها القانونية بهدف تحسين نوعية الخدمة العمومية ، ولكن حتى هذه الأخيرة وإن أثبتت نجاحها في عدة مجالات وفي فترات معينة، إلا أنها عرفت العديد من الاختلالات والتي قللت من فعاليتها وبلا شك على نوعية الخدمة التي تقدمها.

وبسبب الاختلالات الكبيرة التي عرفها التسيير المباشر والتسيير عن طريق المؤسسة العمومية، وجب إيجاد طريقة أكثر مرونة وفعالية خاصة مع التحوّلات الجديدة التي عرفت الجزائر والتي أدخلتها

مرحلة أكثر انفتاحا فرضت عليها فتح مجالاتها للمنافسة، والبحث عن مردودية وفعالية أكثر في تسيير مرافقها العمومية، التي فرضها زيادة الوعي المدني لدى المواطنين خاصة في إطار الانفتاح على العالم وزيادة المنظمات الداعية إلى حقوق المواطنين، وضرورة الرقي بالخدمة العمومية.

وتماشياً مع الاختيارات الأيديولوجية الجديدة للدولة انتهجت سياسة الخصوصية بحثاً عن المردودية في القطاع الخاص، وبالأخص خصوصية التسيير التي تعتبر الطريقة الوسطية بين التسيير المباشر للمرفق العام والتنازل عنه للخواص، بحيث تبقى الدولة صاحبة السلطة والرقابة والتنظيم على المرفق العام، لأن بمنحها للغير إدارة واستثمار المرفق العام فهي لا تتخلى عنه ككيان في القطاع العام، إنما هي تعهد إلى الغير فقط وظيفة تسييره، لهذا تبقى السلطة العامة مسؤولة عن نشاط المرفق العام في حالات معينة والمالكة للمنشآت العامة، ويبقى الممنوح له يستفيد من امتيازات السلطة العامة لأنّ المرفق العام هو ملك للدولة أو للجماعة العامة والمُعَيَّر عنها سابقاً بعقود الامتياز وعقود تفويض المرفق العام حالياً.

وقد كان عقد الامتياز هو أكثر العقود استعمالاً في مجال تسيير المرفق العام عن طريق الخواص . لكن عقود الامتياز وإن عرفت انتعاشاً عند تغيير الأيديولوجية بقت في بعض المجالات حبيسة نصوص قانونية لم ينجح تطبيقها نظراً للتخوف الكبير من هذه الطريقة والذهنية الجزائرية حول المنفعة العامة والخدمة العمومية، وتخوف السلطات العمومية من تحرير بعض القطاعات لصالح الشركات الأجنبية، وكذا عدم وضع إطار قانوني موحد ومحفز للاستثمار في المرفق العام.

وفي ظل الرهانات التي أصبحت الجزائر تواجهها اليوم من أجل تحديث مرافقها العامة والبحث عن مردوديتها، تبنت النظام القانوني لتفويض المرفق العام.

إنّ الحديث عن ظهور فكرة تفويض المرفق العام، يعني الحديث عن التطبيقات الفرنسية في هذا المجال، لكون فرنسا المبتكر الأول لهذا الأسلوب في التسيير¹، وإن كان كمصطلح جديد لم يظهر إلا في سنة 1993 إلا أن هناك عدة تطورات تاريخية ساهمت في بلورت مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا، وانتقل إلى الجزائر كمصطلح في عدة نصوص قانونية منها قانون المياه وقانون البلدية، لكنه كنظام قانوني عام وشامل يؤطر مجموعة من العقود، لم يظهر إلا في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق

¹ Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992 et 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.

بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، حيث أصبح المشرع الفرعي ينظر إلى هذا الأسلوب كإطار قانوني يضم مجموعة من العقود تتوفر فيها أسس معينة تميزها عن العقود الإدارية الأخرى.

في حقيقة الأمر كانت لسياسة تحديث المرافق العامة وما نتج عنها من تعدد واسع في وسائل تحقيقها والمشاركة الفعالة للقطاع الخاص بحيث أضحت أضحى القطاع الخاص شريكاً للقطاع العام، دورها في عدم جعل طبيعة المرفق العام معياراً لتحديد أو رسم ميدان تطبيق تقنية التفويض، أو بمعنى آخر أنه أصبح هناك تكريس لاستقلالية قانونية بين طبيعة المرفق العام من جهة وطريقة إدارته واستثماره من جهة أخرى.

إن أهمية تفويض المرفق العام تبرز في إعادة تثمين المرافق العمومية من خلال البحث عن وسائل وعوامل تفعيلها، لكن دون المساس بهدف إنشائها، وكذا محاولة خلق مجال جديد للاستثمار. فهذا الموضوع مرتركز على واقع قانوني حالي ورهانات مستقبلية من خلال إعادة تفعيل عقود الامتياز باعتبارها الوجه القديم لتفويض المرفق العام في الجزائر، فالمشرع الفرعي ومن خلال تبنيه لهذا الأسلوب اتخذ العديد من التغييرات التي من شأنها توسيع مجال تدخل الغير في تسيير المرفق العام مثلما هو معمول به في فرنسا، والتي منها تعدد مجالات التدخل (المرافق القابلة للتفويض)، وتعدد صور التدخل (عقود تفويض المرفق العام)، والذي من شأنه تحقيق العديد من النتائج التنظيمية والبنوية.

فقد جاء تفويض المرافق العامة في الجزائر في فترة انحصار ونقص في الموارد المالية للخزينة العمومية نتيجة انخفاض أسعار البترول، هذا الوضع دفع بالمشرع الفرعي إلى البحث عن سبل تحقيق المرفق العام بنقل مسؤولية تسييره للغير بأسلوب جديد وواضح يهدف إلى جلب الاستثمار في المرافق العمومية، فالتفتيش عن موارد مالية ليس دائماً بالأمر السهل فالمجتمعات قد لا تقوى على تحمل زيادة الضرائب أو اللجوء إلى الاستدانة، لأن هذه الموارد إذا تم الإساءة في استخدامها ستعكس بنتائج سلبية على مالية الدولة، لذلك كان الحل في اللجوء إلى تفويض المرفق العام تحت دوافع مالية كوسيلة للتخلص أو التخفيف من العجز المالي.

وتكمن الأهمية الدولية للموضوع في أنه محور اهتمام الدول والمنظمات الدولية وكذلك المؤسسات المالية الدولية، فالبنك الدولي في سياساته الحديثة والتي شملت الدول الصناعية والنامية، تبنى مفهوم الشراكة العامة –الخاصة، حين اعتبر أن تفويض المرفق العام هو اكتشاف جديد في وسائله و قديم في

¹ المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50 الصادرة في 21 ديسمبر 2015.

تطبيقاته، كذلك منظمة الأمم المتحدة، والتي توصلت بواسطة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL. أيضا بواسطة مؤسسة خاصة أنشئت لهذا الغرض سميت بمنظمة الأمم المتحدة للتطوير الصناعي UNIDO إلى تبني نظام التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، والذي تم التعبير عنه بأسلوب الامتياز ونظام ال BOT ومتفرعاته.

لكن إلى أي مدى يمكن لأسلوب تفويض المرفق العام أن يؤدي دوراً في تحسين المرافق العامة ويصل بها للمردودية والنجاعة المرجوة، مقارنة مع طرق التسيير التقليدية ؟

تتحدد أسباب دراسة موضوع عقود تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، من حيث الذاتية في الاهتمام بمجال القانون الإداري عامة والمرفق العام خاصة والرغبة في دراسة أهم التطورات الحديثة التي تدخل في صميم القانون الإداري، ومن حيث الموضوعية في حداثة الموضوع وكذلك في قلة الدراسات والبحوث حوله خاصة على المستوى الوطني، وأيضا في القيمة العلمية والعملية إذ يعتبر من الموضوعات الحيوية والهامة وذلك لارتباطه بالمرفق العام.

تهدف دراسة الموضوع من جهة إلى تأصيل عقد التفويض وتحديد موقعه في القانون الإداري، وذلك من خلال تحديد أهم الركائز القانونية التي تأطره وتجعل منه نظام قانوني مستقلا له مفهوم مختلف عن المفاهيم المتعددة والمتقاربة في الحقل الإداري، وأيضا باعتباره أسلوباً متميزاً عن الطرق المعتمدة في تسيير المرافق العامة، ومن جهة أخرى تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على التجربة الجزائرية في مجال تسيير مرافقها عن طريق التفويض بالمقارنة مع التجربة الفرنسية.

كما تهدف الدراسة إلى تقييم عقد تفويض المرفق العام كأسلوب جديدة في تسيير المرافق العامة، وذلك من خلال تحديد إيجابياته وسلبياته والتحديات التي تواجه تحديث المرافق العامة عن طريق هذا الأسلوب، لأن نجاحه مرهون بتذليل العديد من الصعوبات العملية والتحديات القانونية، أهمها توفير آليات قانونية متكاملة تضمن حسن اختيار المفوض له ضمن مبادئ المنافسة و الشفافية ، سواء من حيث الأساليب المستعملة أو المعايير التقييمية التي تمكن السلطة المفوضة من اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، و أيضا دقة تحديد حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له أثناء تنفيذ العقد، فنجاح عقد التفويض يتمثل أساساً بتحقيق أفضل للمصلحة العامة، التي قد يضاف إليها تبعاً لتحقيق عائدات مالية بشكل ربح، أما بالنسبة للمستثمر فإن نجاحها هو في تحقيق أكبر قدر من الأرباح، وهذا النجاح لا يمكن تحقيقه إلا بوجود توازن وتحديد واضح في واجبات وحقوق كل من أطراف التفويض.

كما تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على خصوصية المرفق العام الجزائري التي تفرض طبيعته تأطير مجموعة من الآليات التكميلية تتعلق بتكوين وتأطير الموظفين القائمين على المرافق العمومية

القابلة للتفويض، وأيضاً خلق آليات قانونية تحارب الفساد في منح هذا النوع من العقود، بالإضافة إلى تعزيز الطرق الودية في حل النزاعات الناشئة بين أطراف العقد.

ومن أبرز الصعوبات التي اعترضت الدراسة هي تزامن فترة إعداد البحث مع التعديلات القانونية، سواء في فرنسا أو الجزائر، ما جعل الدارسة تخضع لكثير من التعديلات، خاصة وأن البحث تم الشروع فيه قبل تقنين المشرع الفرعي الجزائري لعقود تفويض المرفق العام سنة 2015 واصدار النصوص التنظيمية له سنة 2018، وكذا قبل إلغاء المشرع الفرنسي النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام سنة 2016، واستبداله بالنظام القانوني لعقود امتياز. هذا ما انعكس بدوره على نقص مراجع البحث سواء في فرنسا أو الجزائر.

كما أن قلة الاجتهادات القضائية الجزائرية المتصلة بذات الموضوع تعتبر أيضاً أحد صعوبات إنجاز هذه الدراسة، ودافعا للبحث في الاجتهادات القضائية الفرنسية بالنظر لكونها الأقرب تطبيقاً على النظام القانوني الجزائري.

يقوم البحث على دراسة عقود تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، لذلك كان الاعتماد على **المنهج التحليلي الاستنتاجي** للأسس النظرية والنصوص القانونية الجزائرية دون اغفال التشريعات الفرنسية والاجتهادات الفقهية والقضائية الصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي، خصوصاً أن النظام القانوني الجزائري متأثر بالنظام القانوني الفرنسي ويعتمد المبادئ والأسس القانونية ذاتها، وإدراج الأحكام القانونية الفرنسية **بمنهج مقارنة** لمعرفة ما هو قائم في الجزائر بما هو معمول به في فرنسا يساعد في تطور الفكر القانوني الجزائري بصورة تسمح للمشرع بأن يعتمد في المستقبل على آليات حديثة ومتطورة تضمن نجاح التفويض والنهوض بالمرفق العام الجزائري.

للإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات التي يحملها موضوع تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر ارتأينا أن نقسمه إلى **بابين**:

الباب الأول : تأطير عقود تفويض المرفق العام وفق مرتكزات قانونية

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام

الباب الأول

تأطير عقود تفويض المرفق العام وفق مرتكزات قانونية

إنّ تسيير المرافق العمومية بطريقة غير مباشرة لم يعد ذلك المفهوم المقتصر على التنظيم القطاعي لكل مرفق على حداء، بل بات يخضع لتأطير قانوني عام وشامل ينضوي تحت تعبير قديم التطبيق وحديث المظهر وهو تفويض المرفق العام، بمعنى أن تفويض المرفق العام ما هو إلا مفهوم يعبر عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق الإدارة غير المباشرة في تسيير المرافق العامة، ويكمن السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، والذي تجسد قديماً في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة، وحالياً في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم العديد من الصور منها عقد الامتياز.

هذه النظرة المستحدثة لتسيير المرفق العام عن طريق تفويض المرفق العام كمفهوم جديد ومستقل كانت نتيجة لاجتهادات فقهية و قضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا، وانتقلت إلى العديد من الدول منها الجزائر. لكن، و مما لا شك فيه أن كل دولة تختلف في بنيانها الاجتماعي والمؤسسي عن الدولة الأخرى، وبالتالي فإن نجاح هذه التقنية في دولة ما قد لا يعني نجاحها في دولة أخرى، لذا يجب أن تكون هذه التقنية وفق شروط ودوافع تنسجم مع طبيعة المرافق العامة لكل دولة. وأيضاً يجب أن تكون واضحة بالقدر الكافي لتحديد مكانتها في القانون الإداري (الفصل الأول).

إن تأطير هذا المفهوم في نظام قانوني مستقل يقتضي تحديد أهم المعايير التي يجب على الإدارة أن تستند إليها في تكيف عقود التفويض، والمتمثلة في المرتكزات القانونية التي تستند عليها (الفصل الثاني).

أما الفصل الثالث فيعالج مدى فعالية ومردودية تقنية تفويض المرفق العام، وذلك من خلال تقييم التجربة الفرنسية في هذا المجال ومقارنتها مع التجربة الجزائرية والتي تواجه العديد من التحديات لإنجاح هذا الأسلوب في التسيير.

الفصل الأول

تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل

إنَّ أغلب الدراسات الفقهية التي انصبّت على نظرية العقود الإدارية اتفقت على أن هناك مجموعة من العقود المسماة: وهي التي نظمها المشرع وأطرها بنظام قانوني مستقل تتوفر على معايير قانونية تستند عليها، وعقود غير مسماة: وهي التي لم تحظ بتأطير من المشرع.

أما حالياً، وباستحداث عقود تفويض المرفق العام أصبح هذا المفهوم الجديد يشكل فئة قانونية تضم مجموعة من العقود المسماة وغير المسماة تخضع لنظام قانوني مستقل، وذلك باستبعاد عقود أخرى مستخدمة في تحقيق المرفق العام، هذا التوجه الجديد من قبل المشرع من شأنه أن يؤدي إلى الخلط بين الأساليب المعتمدة في تسيير المرفق العام.

من هذا فإن الاعتراف بأن تفويض المرفق العام هو مفهوم جديد ومستقل يضم مجموعة من العقود المسماة وغير المسماة، يجب أن يكون وفق مفهوم واضح يقوم على مجموعة من العناصر (المبحث الأول)، وذلك لتحديد مكانته بالنسبة للمفاهيم وطرق التسيير الأخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم تفويض المرفق العام

إن مسألة تحديد مفهوم تفويض المرفق العام هي من الأمور الهامة والضرورية، وذلك باعتبار أن تكوين أي نظام قانوني إنما يرتبط بوجود إشكالية تتمثل أساساً في تحديد مفهوم هذا النظام، وذلك لمعرفة العناصر التي يقوم عليها من جهة و تميزه عن المفاهيم المشابهة من جهة أخرى.

وتفويض المرفق العام يعتبر مفهوماً قديماً - مستجداً تكون و ظهرَ بفعل الاجتهاد القضائي والفقهني اللذان ألبساه ثوباً حديثاً تبنأه المشرع لاحقاً.

لذا فإنّه من الضروري لتحديد مفهوم تفويض المرفق العام أن نتطرق إلى أسباب ظهور هذه الفكرة وتحديد أهم المساهمات الفقهية والقضائية التي بلورتها (المطلب الأول)، وأيضاً تحديد تعريف وخصائصها (المطلب الثاني)، وصُولاً إلى تحديد دوافع اللجوء إليه كأسلوب جديد سواء بالنسبة للمشرع أو للسلطة المفوضة أو للمفوض له (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ظهور فكرة تفويض المرفق العام

إنّ الحديث عن ظهور فكرة تفويض المرفق العام يعني الحديث عن التطبيقات الفرنسية في هذا المجال، لكون فرنسا المبتكر الأول لهذا الأسلوب في التسيير. وإن كان كمصطلح جديد لم يظهر إلا في التسعينات، إلا أن هناك عدة تطورات تاريخية ساهمت في ظهور مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا (الفرع الأول)،

وانتقل إلى الجزائر كمصطلح في عدة نصوص قانونية منها قانون المياه وقانون البلدية لكنه كنظام قانوني عام وشامل يؤطر مجموعة من العقود لم يظهر إلا في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصناعات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فرنسا أصل نشأة أسلوب تفويض المرفق العام

ظهر تعبير " تفويض المرفق العام " في التطبيق العملي للإدارة عندما ورد في التعليم الصادر في 1987/8/7 عن وزير الداخلية الخاصة بتفويض الإدارة المحلية، إذ أقرت هذه التعليم مجموعة من الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام من حيث شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة¹. هذه التعليم صدرت بعد صدور رأي مجلس الدولة في قضية Cantines scolaires التي اعتبرها القضاء من المرافق العامة الإدارية الجائز تفويض إدارتها و استثمارها إلى أشخاص القانون الخاص².

لكنه في اللغة القانونية لم يستعمل إلى من خلال القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية³ « loi joxe » إذ نص على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام المتمثلة في الإعلان المسبق عن نية التعاقد تطبيقاً للتوجهات الأوروبية⁴، وهذا القانون استعمل مصطلح التفويض لكن لم يعط معنى دقيقاً حيث استعمل:

-اتفاقية تفويض المرفق العام convention de délégation de service public

¹ Jean-françois Auby , le service public, édition du Moniteur, Paris, 2003, p409.

² وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص43

³ Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992.

⁴ Gilles J.Guglielmi, Introduction au droit des services public , LG.D.J. Paris 1994, P114

-اتفاقية التسيير المفوض la convention de gestion déléguée

-عقد المرفق العام le contrat de service public

هذا القانون اقتصر على تنظيم عقود التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة التابعة للجماعات المحلية فقط.

القانون رقم 93-122 الصادر في 29 جانفي 1993 المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، وهو يشكل الإطار القانوني العام لعقود التفويض حيث اشتمل على قواعد نظمت آلية تنفيذ المرفق العام، وقد اتجه هذا القانون في ثلاثة اتجاهات¹:

- بوضع قواعد وإجراءات لإبرام عقود تفويض المرفق العام؛

- تدعيم و ترسيخ قواعد فرض الرقابة؛

- وفرض قيود على مضمون عقود التفويض.

ويشكل هذا القانون مع التعديلات التي خضع لها الإطار العام لتفويض المرفق العام في فرنسا.

القانون رقم 2001-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001 والمتعلق بالتدابير الاستعجالية للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي، حيث اهتم هذا القانون بتنظيم الصفقات العامة و التفويض في إدارة واستغلال المرفق العام، فلهذا القانون أهمية خاصة لأنه وضع ولأول مرة تعريفاً موحداً لصور تفويض المرفق العام كافة².

وبعد هذه القوانين أصبح تعبير تفويض المرفق العام متداولاً، وصدرت مجموعة من القوانين تتولى تنظيم النواحي المختلفة لهذا النوع من العقود، التي منها القانون الصادر في 9 فيفري 1994 بشأن بعض

¹ 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.

² Loi n° 1168-2001 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001. modifiée et complétée. La loi 93-122.

الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء، والقانون الصادر في 2 ماي 1995 بشأن حماية البيئة¹.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فإنه كرس مفهوم تفويض المرفق العام بموجب قرار مجلس الدولة الصادر سنة 1994 في قضية Syndical intercommunal des transports publics de la région de Douai، إذ استخدم لأول مرة المصطلح الحقيقي له، بقوله " الوسائل المعبرة لوجود تفويض في إدارة المرفق العام"².

لكن هذا لا يقلل من أهمية دور القضاء الفرنسي الذي ساهم بشكل كبير في وضع القواعد والأصول لصور العقود المختلفة، التي أصبحت تنضوي في الوقت الحاضر تحت مفهوم عقود تفويض المرفق العام، بمعنى أن تقنية تفويض المرفق العام جديدة في لغة التشريع والاجتهاد إلا أنها قديمة في تطبيقاتها، مما يجعلها نتيجة حتمية ساهمت فيها العديد من التطورات التاريخية، والتي منها:

أولاً: التحرر الاقتصادي و بروز المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

كان ذلك بصدور عدد من القرارات القضائية تضمنت عدولا عن فكرة المرفق العام التقليدي أهمها قرار Bac d'eloka³ الصادر في 22 جانفي من العام 1921، الذي أكد على وجود نوع جديد من المرافق العامة التي تمارس نشاطا له طابع صناعي أو تجاري⁴.

إن تطور المرفق العام ساهم بشكل كبير في بروز فكرة التفويض، لأن المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل الحقل الأساسي لها، حيث يقول العميد Hauriou أن هناك بعض المرافق العامة التي لا يمكنها أن تتحقق إلا عن طريق الامتياز (التفويض)⁵.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 77

² CE 15 juin 1994, Rec. Leb, p 1033. " Modalités d'exploitation caractérisant l'existence d'une délégation de gestion d'un service public"

³ TC du 22 janvier 1921, Rec.Leb, p 91.

⁴ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2015، ص 23

⁵ Hauriou : " Par suite d'une sorte de politique administrative, il y a toute une serie de services publics qui ne peuvent etre exécutés que par le système de la concession. Ce sont les services publics que l'on considère comme des entreprises économiques" Not sous CE 14 fevrier 1902- Blanleuil et Vernaudeau- Cité par René Chapus, droit administrative générale, Edition Montchrestien 1998, p 174

هذا التوجه أيده الفقه الحديث لاسيما الأستاذ Dufau الذي رأى أن المرافق العامة الاقتصادية تشكل امتيازاً في تقنية التفويض¹.

وأيضاً الأستاذ Auby اعتبر أن قطاع المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل المجال المفضل في تقنية التفويض².

ويمكن القول أن المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ساهمت في ظهور فكرة تفويض المرفق العام، لأن ممارسة هذه المرافق لنشاطات مشابهة لنشاطات الخواص يعطي إمكانية تفويض إدارتها للخواص.

ثانياً: فصل امتياز المرفق العام عن امتياز الأشغال العامة

يُعتبر عقد الامتياز المكون الأساسي لأسلوب التسيير المفوض للمرفق العام أو بمعنى آخر أن التسيير المفوض للمرفق العام هو نتيجة لتطور عقد الامتياز، تاريخياً ووفق للمفهوم التقليدي لعبارة الامتياز، شكلت الأشغال العامة العنصر الأساسي في نظام الامتيازات وتحديدًا خلال القسم الأكبر من القرن التاسع عشر، حيث ازدهرت امتيازات السدود والقنوات وسكك الحديد والطرق وشبكات المياه³.

لكن هذا الوضع ما لبث أن تبدل في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وذلك بعد ظهور وتطور فكرة المرفق العام كنشاط الهدف منه تحقيق تأميناً لاحتياجات الجمهور، ففي هذه المرحلة بات ينظر إلى الأشغال العامة كعنصر تابع وثنائي بالنسبة للمرفق العام.

ولقد كرس الاجتهاد القضائي هذا الفصل في العديد من القرارات أبرزها:

- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 4 مارس 1910 في قضية Thérond⁴، إذ ربط بين معيار العقد الإداري بهدف المرفق وأعلن عن اختصاصه للنظر في النزاع المتعلق بتنفيذ نشاط مرفقي من قبل

¹ Jean.Dufau. les concessions de service public, Edition juris-Classeur administratif 1997, p41

²Jean-françois Auby, la délégation de service public, Guide pratique, Edition Dalloz, Paris 1997. p 10.

³René.chapus, Droit Administratif général, Op Cit , p : 563 .

⁴ CE 4 mars 1910, N° 29373, Rec, Leb , p 193

الغير¹. فهذا القرار هو أول من تكلم عن الاستقلالية بين امتياز المرفق العام، وامتياز الأشغال العامة.

- وفي 30 مارس 1916 - قضية الشركة العامة للإنارة في بورديو Compagnie general d'éclairage de Bordeaux²، قد حدد مجلس الدولة مسبقاً معالم تقنية التفويض، لاسيما ما جاء في تقرير مفوض الحكومة (Le commissaire du gvernement Chardenet)، حين عرف امتياز المرفق العام بأنه "العقد الذي يكلف شخصاً خاصاً أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام، على نفقته مع أو بدون إعانة مالية أو ضمانات، مع إعطاء الحق لهذا الشخص بتقاضي جعل (الرسوم) من المنفعين من هذه المنشآت العامة أو المستفيدين من المرفق العام"³.

وهو أيضاً ما كرسه مفوض الحكومة Josse في قضية Epoux de Sigalas عندما أقر أن تنظيم وتسيير المرفق العام لا يشترط بالضرورة ومسبقاً وجود أشغال عامة⁴.

فانطلاقاً من تعريف عقد امتياز الأشغال العامة "هو عقد إداري يلزم بموجبه شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز تجاه أحد أشخاص القانون العام يسمى مانح الامتياز، بناء منشأة عامة مقابل الحصول على إتاوات نتيجة استغلال هذه المنشأة"⁵. يتبين أن مهمة صاحب الامتياز في امتياز الأشغال العامة، تقتصر على بناء منشآت عامة ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محددة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية، وبمقارنته مع تعريف الذي أتى به مفوض الحكومة " Le commissaire du gvernement Chardenet لامتياز المرفق العام، يتبين مدى تطور عقد الامتياز الذي امتد ليشمل أي عملية تهدف إلى تحقيق مرفق عام سواء شملت الأشغال العامة أم لا، وبهذا أصبح لمعنى الامتياز ثلاث

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 51

² CE 30 mas 1916 , N° 59928, Rec.Leb, p 125 : Le commissaire du gvernement Chardenet défini la concession de service public : « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais avec ou sans subvention avec ou sans garantie d'intérêts et que l'on remuneré en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrages public ou sur ceux qui bénéficient du service public » .

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 51

⁴ CE 22 juin 1928, N° 89767, Rec.Leb, p 785

⁵ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 87

أوجه¹:

– امتياز المرفق العام دون الأشغال عامة، وذلك عندما يكون استغلال المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة.

– امتياز الأشغال العامة دون مرفق العام، وهذا الامتياز له هدف تنفيذ أشغال عامة و لا يتضمن تشغيل أو استغلال منشآت عامة².

– امتياز مرفق عام وأشغال عامة وهو ما يسمى بالامتياز المختلط ويتمثل بتنفيذ لأشغال عامة في إطار تحقيق مرفق عام، بحيث أن الأشغال العامة تكون ضرورية لوجود المرفق العام، و يعتبر الامتياز المختلط هو الأكثر تطبيقاً من الامتيازات الأخرى³.

ولكن كيف ساهمت فكرة فصل امتياز الأشغال العامة عن امتياز المرفق العام في ظهور مفهوم تفويض المرفق العام؟

إن هذا الفصل بين امتياز المرفق العام وامتياز الأشغال العامة هو الذي حدد المعالم الأولى لتقنية تفويض المرفق العام، لأنه أصبح هناك حديث عن نقل وتفويض الخدمة العمومية من أجل تحقيق نشاط مرفقي، والذي يقصد به نقل لصلاحيات أو لوظائف تتعلق بإدارة واستثمار المرفق العام، بمعنى أن امتياز الأشغال العامة ولكونه لا يرتبط ارتباطاً جوهرياً بتنفيذ مرفق عام لا يدخل في تقنية تفويض المرفق العام وهو لا يندرج في نطاق الأخيرة إلى إذا أتى مع امتياز مرفق عام بصورة مختلطة⁴.

وهو أيضاً ما عبر عنه الأستاذ Auby بقوله إذا كانت تقنية تفويض المرفق العام جديدة في لغة التشريع والاجتهاد القضائي وكذلك في الكتابات الفقيه، إلا أنها قديمة في تطبيقاتها التي تمثلت أولاً في

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 517-520

² تقتصر مهمة صاحب امتياز الأشغال العامة على بناء منشآت عامة ومن ثم إدارتها وصيانتها لمدة محددة دون أي ارتباط جوهري بمهمة المرفق، ومثال على ذلك امتياز خط أنابيب نقل النفط concession de pipeline و امتياز السدود concession d'endigage و امتياز مساقط المياه لاستخراج الطاقة concession d'energie hydraulique.

³ هناك العديد من الأمثلة على امتياز الأشغال العامة والمرفق العام أبرزها: امتياز الطرقات السريعة و امتياز الجسور، امتياز الأنفاق وخطوط سكك الحديد، امتياز بناء واستثمار ملعب رياضي. امتياز تشغيل محطة تعقيم المياه.

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 520

امتنياز الأشغال العامة، ثم لاحقاً في امتياز المرفق العام أو امتياز المرفق العام والأشغال العامة معاً¹.

ثالثاً: تحقق تحرير الإدارة اللامركزية

بإعطاء الأشخاص القانونية المحلية حرية التعاقد وفقاً للقانون الصادر عام 1982، والذي أسفر عن إلغاء نظام الوصاية ودفاتر الشروط النموذجية، وحصر الرقابة برقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري، وأصبح للجماعات الإقليمية حرية اختيار الجهة المشغلة، وأيضاً حرية إدارة المرفق العام سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وحرية تحديد مضمون العقد².

ويقول الأستاذ Auby أن هذا القانون يتميز بتطور هام في الأساليب القانونية المستخدمة، حيث أصبح هناك تحلى عن طريق المواصفات القياسية المؤدية إلى المجتمعات المحلية وشركائها في البحث عن الأساليب التعاقدية المناسبة في الحالات التي لا تندرج بالضرورة في الأطر القانونية القائمة³.

ويمكن اعتبار هذا القانون محطة انطلاق للأفكار المتعلقة بمفهوم تفويض المرافق العامة مع التعليمات المؤرخة في 7 أبريل 1987. هذا الأخير قد عمل على توضيح نطاق الإدارة المفوضة للخدمات العامة المحلية عن طريق قائمة غير حصرية من العمليات الإدارية مثل (عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد الإدارة بالشراكة، عقد التسيير، وعند الاقتضاء صيغة أخرى)⁴.

رابعاً: مساهمة التشريعات الأوروبية

إن تقنية التفويض وإن استندت في جانب كبير إلى القواعد التي وضعها الاجتهاد القضائي، إلى أنه كان للنصوص والقواعد الأوروبية دوراً بارزاً في دفع الدول الأعضاء إلى إصدار نصوص تشريعية تتوافق مع اتجاه المجموعة الأوروبية الهادفة إلى مكافحة الفساد وحماية المال العام، وإعادة تطوير وتحديث القطاع العام من خلال وضع القواعد الكفيلة بتنظيمه وتحسين إدارته، لاسيما قواعد الشفافية

¹ Jean- François Auby, la délégation de service public, Op Cit, P9

² Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

³ Jean-françois Auby , le service public, Op cit, p409.

⁴ Ibid, P 410

والعلانية والمنافسة في عقود الامتياز والصفقات العامة¹.

شكلت التشريعات الأوروبية إلزاما على المشرع الفرنسي لتحديث نظامه القانوني ليس فقط بالنسبة للصفقات العامة وإنما كذلك في مجال إدارة واستغلال المرفق العام، وذلك بإصدار القانون رقم 91-03 المتعلق بالشفافية وتنظيم إجراءات الصفقات و إخضاع منح العقود لقواعد العلانية والشفافية² ، وما أسفر عنه من منشآت عامة بحيث باتت تخضع للإعلان والمنافسة، وتوحيد النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام وإخضاعها لشروط المنافسة.

كل هذه التطورات ساهمت في بروز وتكريس فكرة تفويض المرفق العام من قبل المشرع الفرنسي عن طريق عدة قوانين.

الفرع الثاني : انتقال فكرة تفويض المرفق العام إلى الجزائر

في الجزائر ظهر مصطلح تفويض المرفق العام في العديد من النصوص القانونية، أبرزها القانون رقم 05-12 الصادر في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه³، والذي أعطى مفهوما مختلفا لتفويض المرفق العام حيث يعتبر مرحلة ثانية بعد منح الامتياز لأشخاص القانون العام أو الخاص، والذي وجد تطبيقه في المرسوم التنفيذي رقم 10-275 الصادر في 4 نوفمبر 2010 الذي يحدد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير⁴. وأيضا على المستوى المحلي فقد حمل القانون 11-10 الصادر في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية⁵، مصطلح التفويض وأعتبره كطرق لتسيير المرفق العام ولكن بمفهوم مختلف عن ما تناوله المشرع الفرنسي كما سنرى لاحقاً.

ولكن بصور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتعلق بالصفقات العمومية وبتفويضات المرفق

¹ directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

² Loi n° 91-03 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF n°4 du 5 janvier 1991 page 236

³ القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، الصادر في 4 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 يحدد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه، ج ر عدد 68، الصادرة في 10 نوفمبر 2010.

⁵ القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، والمتضمن قانون البلدية، ج ر، عدد 37 الصادر في 03 جويلية 2011.

العام¹، أقر مفهوم لتقنية تفويض المرفق العام مشابه للمفهوم الفرنسي، هذا ما يجعل الحديث عن ظهور فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر يأخذ اتجاهين: الاتجاه الأول قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247-247، والاتجاه الثاني بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247.

أولاً: قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247

ارتبطت فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر بفكرة امتياز المرفق العام، بمعنى أنه لا مجال للحديث عن تفويض المرفق العام خارج عقد الامتياز، واستمر هذا الفكر إلى غاية صدور القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه والذي حمل مصطلح " تفويض المرفق العام " ولكن بمفهوم مختلف عن المفهوم المعمول به في التشريع الفرنسي.

حيث يعتبر التفويض في مجال الخدمة العمومية للمياه أسلوباً مستقلاً بذاته لا يشمل الامتياز وإنما يختلف عنه. ولم يتضمن قانون المياه القدر الكافي من النصوص الكفيلة بتحديد العناصر المكونة للنظام القانوني لتفويض الخدمة العمومية، و إن كان قد ذكر بعضها مثل مضمون التفويض وأطرافه وأشكاله والإجراءات المتبعة في منحه، إلا أنه لم يرق بتفصيلها مما جعل أسلوب تفويض الخدمة العمومية للمياه على قدر كبير من الغموض، وهو ما جعل أغلب الفقه الجزائري يدرس هذا الأسلوب من منظور المشرع الفرنسي².

ويرجع السبب في تبني هذه التقنية على مستوى قطاع المياه، هو عجز المؤسسات العمومية الوطنية على التحكم في تسيير قطاع المياه مما خلق أزمة حادة في إمداد المواطنين الجزائريين بالمياه خاصة في المدن الكبرى. و من أجل إصلاح طرق التسيير ورفع الكفاءة الإدارية لمؤسسات المياه واستقطاب الدعم المالي من خلال المستثمرين، قامت وزارة الموارد المائية منذ سنة 2005 بالاستعانة بخبرة القطاع الخاص الأجنبي في مجال تسيير وتوزيع المياه بأكثر مدن الجزائر³، من أجل بلوغ الأهداف المسطرة

¹ المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة، سنة 2012-2013، ص 125

Rachid Zouaimia, la délégation de service public au profit de personnes privées, Edition Belkeise, Alger, 2013

³ اتفاقيات التسيير المفوض للمرفق العام في مجال المياه بالنسبة للمدن الكبرى:

والتي تتمثل في¹:

– رفع الكفاءة الإدارية لمؤسسات المياه ؛

– احتواء مشكل اضطراب توزيع المياه ؛

– تكوين ورسكلة إطارات الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير للتدريب على التقنيات الحديثة التي تم استحداثها في مجال المراقبة والتدخل خلال حدوث التسربات بغرض تحضير العمال و المسيرين لمواصلة العمل بهذه التقنيات مستقبلا.

أما على المستوى المحلي فإن تعديل قانون المياه لسنة 2008 أعطى للبلدية إمكانية تفويض الخدمة العمومية للمياه، على مستوى إقليمها، باستثناء البلديات التي تدخل تحت نطاق الشركات الوطنية المفوضة بالمدن الكبرى (الجزائر العاصمة، وهران، عنابة والطارف، قسنطينة)².

إن كان قانون البلدية الجديد رقم 10-11 قد نص في المادة 156 على تفويض المصالح العمومية للبلدية كطريقة لتسيير المرفق العام³، إلا أنه ترك غموضاً بالنسبة لمفهوم التسيير المفوض عند المشرع الجزائري، فهذا التعديل أعطى تصور بعيد كل البعد عن مفهوم التفويض سواء بالنسبة لقانون المياه أو عند المشرع الفرنسي، حيث جعل الصفقة وعقد البرنامج طرقاً للتسيير المفوض .

– اتفاقية التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير للجزائر (SEAAL) والشركة الفرنسية (Suez- environnement)، لمدة خمس سنوات تمتد من 2006 إلى غاية 2011 و قد تم تجديد العقد إلى غاية 2016.

– اتفاقية التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير وهران (SEOR) والشركة الإسبانية (Agbar) وهو فرع اسباني لشركة (Suez)، لمدة خمس سنوات من 2008 إلى 2013 وتم تجديد العقد لينتهي بحلول 2018

– اتفاقية التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير عنابة والطارف (SEATA) والشركة الألمانية (GELSEN (Wasset)، لمدة خمس سنوات ونصف من 2007 إلى غاية 2012، لكنه تم فسخ العقد لعدم الالتزام من الشريك الألماني في 2010.

– اتفاقية التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير قسنطينة (SEACO) والشركة الفرنسية (Eaux de Marseille) لمدة خمس سنوات من 2009 إلى غاية 2014 و قد تم تمديد العقد لمدة 3 أشهر، ولم يجدد واحيل التسيير للشركة الوطنية SEACO.

¹ فراح رشيد، سياسة إدارة الموارد المائية في الجزائر ومدى تطبيق الخصخصة في قطاع المياه في المناطق الحضرية، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير فرع التخطيط، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 03، 2010، ص 277

² القانون رقم 03-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، ج ر عدد 04 الصادرة في 27 جانفي 2008.

³ المادة 156 من قانون رقم 10-11 التي تنص على انه " يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

ثانياً: بعد صدور المرسوم 247-15

بصدور المرسوم الرئاسي 247-15 والمتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كرس المشرع الفرعي الجزائري نظامه القانوني لتفويض المرفق العام، حيث شمل هذا المرسوم على تفصيل لتقنية التفويض من حيث مفهومها و صورها و الأشخاص المخولة لإبرام هذه العقود.

يعتبر النظام القانوني لتفويض الخدمة العمومية في الجزائر شبيه إلى حد ما بالنظام القانوني الفرنسي، فالمشرع الفرعي أصبح ينظر إلى هذا الأسلوب كإطار قانوني يضم مجموعة من العقود تتوفر فيها أسس معينة تميزها عن العقود الأخرى خاصة عقود الصفقات العمومية، وهذا التوجه في المرسوم الرئاسي الجديد مخالف في أحكامه لما سبق تناوله في قانون المياه وقانون البلدية من حيث:

– أصبح عقد الامتياز صورة من صور تفويض المرفق العام على عكس ما هو معمول به في قانون المياه الذي اعتبر الامتياز أسلوباً مختلفاً عن التفويض¹؛

– أصبح التفويض عقداً موازياً لعقود الصفقات العمومية وليس من أنواعها، كما تناوله المشرع في قانون البلدية²؛

– أيضاً يعتبر نظام تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي، نظاماً يشمل جميع المرافق العمومية وليس مقتصرأ على قطاعات محددة كما هو معمول به في قانون البلدية وقانون المياه.

ويرجع سبب تعميم تقنية تفويض المرفق العام في اعتقادي إلى الظروف السياسية والاقتصادية التي تمر بها الجزائر جراء أزمة انخفاض أسعار البترول وعدم قدرة الميزانية على تمويل المشاريع الوطنية، وذلك في إطار البحث عن تمويل خارج الميزانية.

المطلب الثاني: تحديد تعريف و خصائص تقنية تفويض المرفق العام

أثار ظهور فكرة التفويض غموضاً حول مضمون هذه الفكرة ومداهها، فقد أثيرت تساؤلات حول هل أن أي نقل لمهمة تنفيذ مرفق عام يدخل في مضمون فكرة التفويض التي جاء بها المشرع الفرنسي؟ أم أنه يتحدد مضمون هذه الفكرة بأنواع معينة من العقود تتوفر فيها عناصر محددة، خاصةً أمام تعدد معاني

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² المادة 156 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

التفويض في الحق العام (الفرع الأول).

استنادا لما تقدم تبينت و تعددت التعاريف الفقهية لتقنية تفويض المرفق العام، إلى أن حسم المشرع الأمر في نهاية المطاف بإيراده تعريفاً لتفويض المرفق العام (الفرع الثاني) و بتحديد خصائص تميزه عن المفاهيم المشابهة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: معنى التفويض في المرفق العام

إن عبارة تفويض المرفق العام حلت تدريجياً في قاموس القانون الإداري، مكان عبارة إدارة المرافق العامة بطريقة غير مباشرة la gestion indirecte وذلك كتعبير يجمع عدة وسائل لإدارة المرفق العام¹.

وهذا التعبير يختلط ويشترك لفظياً مع مؤسسة قانونية أخرى لها جذورها التاريخية ومكانتها في القانون العام سواء في القانون الإداري أم في القانون الدستوري، وهي التفويض القائم في إطار العلاقة بين المؤسسات الدستورية أو على مستوى المؤسسة الواحدة².

إن التفويض القائم بين المؤسسات الدستورية هو تفويض لوظائف وليس لسلطات، وهو بذلك يشكل ضرورة وظيفية للجماعة العامة، وهو أيضا بمثابة تعديل في تنظيمها، من خلال نقل الأخير لصلاحيات أو لاها إياها الدستور كسلطة لها اختصاصات في نظام دستوري معين³.

يرتبط التفويض مبدئياً بفكرة السيادة التي تجد أساسها في تفويض الشعب كصاحب السيادة إلى الحاكم بممارسة وظائف ومظاهر السيادة.

أما المعنى الثاني للتفويض يكمن في العمل و العلاقة بين المؤسسات الدستورية و التعاون القائم بينها لاسيما بين السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية، وذلك في التفويض الذي تمنحه السلطة التشريعية للحكومة في مواضيع تدخل أصلاً في اختصاصها، والذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 38 من الدستور حين اعتبر أن الحكومة يمكنها " أن تتقدم إلى البرلمان بمشروع قانون تطلب فيه تفويضها حق اتخاذ تدابير تدخل في نطاق اختصاص السلطة التشريعية وذلك بموجب أوامر من أجل تنفيذ

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 26.

² Jean claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A , 1997, p 937

³ P.DELVOLVE. L'acte administratif, Sirey collection droit public. Paris 1983. P145

برنامجها...¹.

أما المعنى الثالث الذي يحمله التفويض فيتمثل في تنظيمه العمل داخل إدارات و أجهزة الدولة كشخص معنوي عام، كالتفويض الممنوح من الرئيس للمرؤوس والمتمثل في تفويض الاختصاص أو التوقيع.

أما المعنى الرابع للتفويض فإنه يظهر في كونه وسيلة لتنظيم وظائف السلطة التنفيذية على الصعيد اللامركزية وكذلك على صعيد اللامركزية المرفقية (عدم التركيز) المعبر عنها بالمؤسسة العامة، ففي هذا المجال قضى الاجتهاد بأن التفويض هو إحدى الدعامات القانونية في النظام اللامركزي².

لكن التفويض لا يقتصر على هذه المعاني التي تدخل في إطار تنظيم العمل بين السلطات الدستورية أو في تنظيم العمل المؤسساتي داخل السلطة الواحدة من جهة أخرى، بل يمتد ليشمل بمعناه أيضا الأداة لتنفيذ المرافق العامة عبر إدارتها واستثمارها من قبل شخص آخر غير الجماعة العامة المكلفة بمهمة تنفيذها.

إن تعريف تقنية تفويض المرفق العام له أهمية كبيرة في توضيحها ، لأن ظهور هذا المفهوم الجديد أدى إلى تداخل العديد من المفاهيم القانونية من حيث مضمون هذا الأسلوب أو من حيث الوسيلة القانونية التي تسمح بنقل تسيير المرفق العام، من هذا المنطلق تعددت التعاريف الفقهية إلى أن حسم المشرع الأمر في النهاية بإيراده تعريفاً لتفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: التعاريف الفقهية والقانونية لتفويض المرفق العام

إن أغلب التعريفات الفقهية لتقنية تفويض المرفق العام ، تتفق على أنه أسلوب جديد يهدف إلى تنظيم الطرق غير المباشرة في تسيير المرفق العام، لكنها لم تتفق في الوسيلة المعتمدة في نقل التسيير للغير، فهناك من الفقهاء من وسع في المفهوم ليشمل كل نقل يهدف من خلاله إلى تفويض إدارة وتسيير المرفق العام سواء كان عمل انفرادي أو اتفاقي، وهناك من اقتصره على الأسلوب الاتفاقي والمتمثل في إبرام العقود الإدارية فقط (أولا)، ولكن المشرع حسم موقفه بناء على مجموعة من المبررات (ثانيا).

¹ Constitution du 4 octobre 1958, l' Art 01/38: " Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi...".

² وليد حيدر جابر ، مرجع سابق، ص 23

أولاً: التعاريف الفقهية

تعددت التعاريف الفقهية لتقنية تفويض المرفق العام في ظل غياب نص قانوني يعرفها، إلى تعاريف واسعة شملت أي نقل يهدف من خلاله إلى تفويض المرفق العام (1)، وتعاريف ضيقة اقتصر على النقل الذي يكون وفق مجموعة من العقود ويتضمن عناصر محددة (2).

1- التعريف الواسع: وهو التعريف الذي يشمل الوسيلة القانونية لتفويض المرفق العام سواء كان عمل انفرادي الصادر عن السلطة العامة المعروف بالتفويض الانفرادي *la délégation unilatérale* ، أو التفويض الاتفاقي *la délégation conventionnelle* ، والذي يكون بناء على عقود إدارية تتوفر فيها معايير محددة لتكون تقنية التفويض، ومن أهم التعاريف :

- تعريف الأستاذ T.Dalfarra فقد قدم تعريفاً شاملاً للتفويض التعاقدية و بصورة انفرادية ويعرفه بأنه " كل وسيلة تعهد من خلالها الجماعة العامة تحقيق المرفق العام إلى شخص قانوني آخر، وهو يتم تعاقدياً أو بصورة منفردة " ¹.

- تعريف الأستاذ وليد حيدر جابر هو " كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها ومسؤولياتها لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء لمنشآت عامة ولمدة محددة وتحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقاً للنتائج المالية للاستثمار وللقواعد التي ترعى التفويض" ².

- تعرف الأستاذة Amel Aouij Mrad تفويض المرفق العام هو " العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير مرفق عام واستغلاله لأشخاص من القانون الخاص" ³.

¹ T. Dalfarra " la délégation de service public designe tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public à un organisme qui'en est juridiquement distinct. Elle peut etre contractuelle ou unilaterale" Cité par, Jean Bouirot, comment assurer l'égal accès à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de sou renouvellement, RFDA, 1997, p 41.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 65

³ Amel Aouij Mrad, droit des services public, E.N.A centre de recherche et l'études administratives tunis, 1998, p 129: نقلاً عن:

2- التعريف الضيق: وهو الذي يحصر تقنية التفويض في التفويض الاتفاقي بمعنى أن تفويض المرفق العام يستند إلى اتفاقية تتضمن مجموعة من العقود ليست على سبيل الحصر.

- الأستاذ Stéphane Braconnier عرف تفويض المرفق العام بأنه "العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤوليته، وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق"¹.

- وعرفه الأستاذ G.Drou بأنه " تفويض المرفق العام هو عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص ، يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام ، وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد: الامتياز، الإيجار، الإدارة غير المباشرة و إدارة المرفق العام"².

- كما عرفه الأستاذان O.Rousset و D.Laurent بأنه " عقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجماعات الإقليمية بنقل لشخص مستقل قانونا إدارة نشاط ذي منفعة عامة يدخل ضمن صلاحياتها ويقع عليه مهمة تحقيقه"³.

- الأستاذ M.Marcou " تفويض المرفق العام، عقد تعهد من خلاله الجماعة العامة للغير بتنفيذ مرفق عام، هي قيمة عليه، بطريقة تؤدي لإنشاء علاقات عقدية من قبل المفوض له مع المنتفعين مهما

نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 129

¹ Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004, p 413

نقلا عن: نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 109

² Gérard.Drou , Négociier-Gérer et contrôler une délégation de service public , Institut de la gestion déléguée, la documentation française, Paris, 1999, P 43 "la délégation de service public est un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée. Choisie 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"

³ Dominique Laurent et Olivier Rousset , convention de délégation de service public local et loi sapin, la transparence dans le brouillard, petites affiches 11 Mars 1994 : " comme un contrat nommé ou inommé par lequel une collectivité locale transfère à une personne juridiquement indépendante la gestion d'une activité d'intérêt public local qui relève de sa compétence et qu'elle a entendu assumer"

كان شكل العائدات"¹.

ومن خلال التعاريف الفقهية نجدها تتفق جميعها على أن تفويض المرفق العام يقوم على العناصر التالية:

- وجود مرفق عام، دون التمييز بين المرافق الإدارية أو الاقتصادية؛
 - تنفيذ مباشر للمرفق العام لا مجرد المساهمة أو المشاركة في تسييره؛
 - نقل تسيير المرفق العام إلى شخص آخر غير الشخص العام المسؤول عنه، دون تمييز بين الشخص العام أو الخاص.
- فالاختلاف بين تعريف وآخر لا يشمل معنى هذه التقنية والذي هو واحد لدى الجميع، إنما يتمثل في تغليب عنصر على آخر أو التوسيع منها لتصل إلى كل نقل للمرفق العام سواء كان بواسطة عقد أو عمل منفرد كالتفويض عن طريق قرار أو نص تشريعي كما سنرى لاحقا .

ثانيا: موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من تعريف تقنية تفويض المرفق العام

في خضم التجادل الفقهي تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 1168-2001 المتعلق بالتدابير الاستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي، إذ أقر في المادة الثالثة منه تعريفاً لعقد تفويض المرفق العام حيث نص على أنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) وسواء كان عاماً أم خاصاً تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق. والمفوض له قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب ممتلكات لازمة للمرفق"².

أما في الجزائر فقد عرف التنظيم تفويض المرفق العام من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي

¹ Alexandre carpentier, le contrat de régie intéressé, Un labyrinthe juridique, petites affiches 29septembre, 1997, p 09

نقلا عن: وليد حيدر جابر مرجع سابق، ص 60

²Voir l' Art , 3 de la loi n° 1168-2001 et Art 38 de la loi n° 93-122 et Art L1411-1 de la loi (CGCT). « 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" .

رقم 15-247 بأنه " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

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.

يتفق كل من النصين الفرنسي والجزائري على أن هناك مجموعة من المرتكزات القانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام، بمعنى أن هذه المرتكزات تعتبر معيارا لتحديد ما إن كانت العقود التي تبرمها الإدارة عقود تفويض أم عقود إدارية أخرى، ويختلفان من حيث الدقة في تحديد هذه المرتكزات. وهو الأمر الذي نعالجه في الفرع الثالث خصائص تقنية تفويض المرفق العام من الدراسة.

وحقيقة الأمر أن هذا التوجه بالنسبة للمشرعين الفرنسي والجزائري ليس بالجديد، لأن هذه المرتكزات معمول بها في عدة عقود مثل عقد الامتياز وعقد الإيجار، لكن هدف المشرعين هو الوصول لفكرة وضع إطار قانوني عام وشامل ينظم عقود تسيير المرفق العام، بهدف تحقيق الوضوح والشفافية في الحياة الاقتصادية.

أما عن الاعتبارات التي تجعل من الصيغ العقدية هي الغالبة في تقنية تفويض المرفق العام هي²:

- ارتباط تقنية تفويض المرفق العام بكثير من الالتزامات والحقوق لصالح وعلى عاتق أطرافها الأمر الذي يتطلب الكثير من التوضيح والتفصيل الذي يعجز عن تحقيقه العمل الإداري.

- إن العمل القانوني المنفرد يعبر عن مظاهر امتيازات السلطة العامة، لذا فهو يأتي معبراً عن إرادة الجماعة العامة وما تمليه من شروط والتزامات، دون أن يكون للشخص الملتزم معها أي دور.

- إن مبدأ الشفافية وحرية المنافسة، كقيود ترتكز عليها تقنية تفويض المرفق العام، لا يمكن

¹ المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، مرجع سابق.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 71

تصورها أو أعمالها خارج الإطار التعاقدية.

– إن العقد يشكل الأسلوب الأمثل للتكيف والمواجهة مع التطورات الاقتصادية و السياسية والاجتماعية.

ولعل هذه الميزات للصيغة العقدية، هي التي دفعت المشرع في فرنسا والجزائر عند رسمه للإطار العام لتقنية التفويض. إلى حصرها بالعقد دون الأعمال القانونية المنفردة ، هذا الاتجاه عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي حين أقر أن الضوابط القانونية التي وضعها المشرع في مجال تقنية تفويض المرفق العام لا تنطبق إلا على عمليات إدارة و استثمار المرفق العام التي تتم وفق الصيغة التعاقدية¹.

الفرع الثالث: خصائص تقنية تفويض المرفق العام

من الضروري الوقوف على خصائص تقنية تفويض المرفق العام التي حددها الفقه والاجتهاد القضائي وذلك لتمييز عقد التفويض عن الأساليب وطرق التسيير الأخرى.

ومن أهم الخصائص التي تميز عقد تفويض المرفق العام عن غيره هي:

– وجود مرفق عام قابل للتفويض:

فالمرفق العام مهما كانت طبيعته إداري أو اقتصادي فهو قابل للتفويض، والمشرع الفرنسي حدد بالتفصيل المرافق العمومية القابلة وغير القابلة للتفويض. عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بوضع شرطاً وافقاً والمتمثل في عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، فهو يقر بمجموعة من الموانع تحول دون تفويض المرفق العام².

– الطابع التعاقدية:

فالتفويض لا يتحقق إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بالتفويض الانفرادي لا يدخل

¹ Claudie Boiteau, les convention de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999 ,P 87

² المادة 3/207 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق، إذ نص المشرع على أن تحديد المرافق القابلة وغير قابلة لتفويض يكون وفق مرسوم تنفيذي قيد الاعداد.

في مفهوم التفويض الذي نضمه المشرعين الجزائري و الفرنسي، و الذي يكون في صيغ عقدية متعددة وليست على سبيل الحصر، ولكن المشرع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي أقر مجموعة من العقود التي تكون صور للتفويض وهي على التوالي عقد الامتياز، عقد الإيجار، الوكالة المحفزة و عقد التسيير¹، أما المشرع الفرنسي فلم يحدد صور التفويض بل ترك مهمة التكيف للقضاء في اعتبار العقد الذي تبرمه الإدارة عقد من عقود التفويض أم لا².

- **عدم اشتراط شكل قانوني خاص بالمفوض له فيمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو شخصاً خاصاً.**

- **خضوع تسيير المرفق المفوض للالتزامات المرفق العام:** فيجب أن يضمن المفوض له المساواة بين كل المرتفقين، وضرورة تكيف هذا المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية و ضمان استمرارية المرفق وديمومته³، وغالبا ما يتم إدراجها في عقد التفويض.

- **استغلال المرفق العام:** يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق واستغلاله، و يقتضي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل، وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل المخاطر، فلا نكون بصدد عقد تفويض⁴، وبهذه الصفة فإن صاحب التفويض يستعمل سلطته الكاملة في تسيير المرفق⁵.

ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق: لقد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي على ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج استغلال المرفق، وبمعنى أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن تسييره للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته⁶.

وهذا لا يعني أن مصدر المقابل المالي هو من المستفيدين من خدمات المرفق محل التفويض فقط، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² Claudie Boiteau, Op Cit, P 90

³ نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 132

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 448

⁵ Claudie Boiteau, Op Cit, P 90

⁶ CE, 30 juin 1999 SMITOM, Rec Lbe, p 229

المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق¹.

يشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية، وفي حال شكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض².

– تقييد عقود تفويض المرفق العام بمدة معينة تختلف بحسب العقد المبرم مع المفوض والمفوض له، فمدة عقد الامتياز تكون أطول مدى، لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تلزم مدة طويلة لاسترجاع خسائره وتحقيق الأرباح، عكس عقد الإيجار الذي يكون في أغلب الأحيان قصيرا أو متوسط المدى³، وهو نفس الأمر بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة (عقد الاستغلال والمشاطرة) و عقد التسيير والذي تكون فيه مدة العقد قصيرة لا تتجاوز خمس (05) أو ست (06) سنوات⁴.

المطلب الثالث: دوافع اللجوء إلى أسلوب التسيير المفوض للمرفق العام

إن اللجوء إلى التسيير المفوض للمرفق العام ما هو إلا انتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق الإدارة غير مباشرة لتسيير المرفق العام، ويرجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، والذي تجسد قديما في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة، وحاليا في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم العديد من الصور منها عقد الامتياز.

ومن هذا المنطلق فإن دوافع اللجوء إلى تفويض المرفق العام تُطرح من عدة زوايا، أولها دوافع توحيد عقود التسيير غير المباشر للمرفق العام من قبل المشرع (الفرع الأول)، وأيضا دوافع اختيار طريقة التسيير المفوض من قبل الشخص العام المسؤول عن المرفق العام (الفرع الثاني)، وأخيرا دوافع لجوء الغير للاستثمار في المرفق العام (الفرع الثالث).

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 450

² المرجع نفسه، ص 450

³ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 134

⁴ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 462

الفرع الأول: دوافع توحيد النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام

تتنوع أساليب الدول في تنظيم مشاركة الغير في تنفيذ المرافق العامة تبعاً للظروف الاقتصادية والسياسية و الاجتماعية. فبعض الدول يوجد لديها عرف راسخ في مجال إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة بموجب تشريعات عامة تخول الحكومة صلاحية إسناد المشاريع التي ينهض بها القطاع العام لكيانات من القطاع الخاص، وتتجه بعض الدول ولاسيما التي تحتكر فيها الدولة إدارة المرافق العامة إلى تبني مناهج مختلفة في تنظيم مشاركة القطاع الخاص، حيث عالجت هذه المشاركة من خلال قوانين الاستثمار العامة التي تنظم الاستثمار الخاص في أوجه النشاط الاقتصادي المختلفة من دون أن يخص المرافق العامة بإطار تشريعي خاص¹.

واتجهت دول أخرى منها الجزائر وفرنسا إلى اعتماد أسلوب التنظيم القطاعي، من خلال إصدار قوانين تنظم مشاركة الغير في قطاعات معينة من المرافق العامة، وذلك بإصدار قوانين تنظم مشاركة الأشخاص الخاصة والعامة في إدارة وتسيير مرافق العامة ومنها قطاع الكهرباء والغاز، وأيضاً في مجال المياه وغيرها من القطاعات الأخرى.

وإزاء ما تقدم وجد المشرع الفرنسي نفسه ملزماً بالتدخل وإصلاح الأساليب التقليدية لمشاركة الغير في تسيير المرفق العام تحت مسمى واحد أطلق عليه تفويض المرفق العام وإخضاعها لقواعد موحدة تراعي الأفكار المستحدثة (أولاً)، و انتقل هذا الفكر إلى العديد من الدول منها الجزائر (ثانياً).

أولاً: دوافع توحيد النظام القانوني لعقد التفويض في فرنسا

إن القانون الفرنسي المنظم لعقود تفويض المرفق العام، أكد على ضرورة الوقاية من الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية، فمن هذا المنطلق فإن المشرع الفرنسي وضع دوافعه لتوحيد عقود تفويض المرفق العام وذلك بتكريس الشفافية تطبيقاً للتشريعات الأوروبية، ومحاربة الفساد.

1- التشريعات الأوروبية: إن سياسة التشريعات الأوروبية التي صدرت بصدد إبرام عقود الصفقات العمومية وامتياز الأشغال العامة والتي تستند إلى قواعد الشفافية والعلانية و المنافسة²، شكلت امتداداً

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 42

² Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989. et Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 et directive 93/37/CEE du

لقواعد إبرام عقود تفويض المرفق العام بالنسبة للمشرع الفرنسي¹.

فالتشريعات الأوروبية لم تشكل فقط دافعا بالنسبة للمشرع الفرنسي إنما أيضا التزاما يقع عليه ويتمثل بإدخال هذه النصوص والقواعد في النظام القانوني الفرنسي، هذا الالتزام وكأي التزام آخر، يفترض وجود رقابة تمارس عليه للتحقق من التقيد به. لقد كان للقاضي الإداري دوره البارز في هذه الرقابة التي تمثلت بإبطاله للإجراءات والأعمال المتعلقة بالتفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المخالفة للنصوص والقواعد الأوروبية².

فقبل هذا القانون لم تكن عقود تفويض المرفق العام تخضع لأي إجراء المنافسة أو العلانية بل اختيار صاحب التفويض كان يخضع للاعتبار الشخصي للإدارة باعتبارها تتمتع بالحرية الكاملة في الاختيار دون أي قيود.

2- سياسة مكافحة الفساد: إن سياسة مكافحة الفساد التي نشطت في فرنسا منذ أواخر الثمانينات من القرن الماضي، دفعت المشرع الفرنسي إلى التفكير جديا في وضع إجراءات محددة لإبرام عقود تفويض المرفق العام ضمن إطار الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية للبلاد، التي تشكل عقود تفويض المرفق العام عنصراً أساسياً فيها³.

وكان نتاج ذلك أن اقترحت لجنة مكافحة الفساد المشكلة لدى الوزير الأول إخضاع إبرام عقود تفويض المرفق العام إلى تقنية طلب العروض في إبرامها، ووفق النصوص التي تضمنها قانون عقود الصفقات العمومية، وحين طرح أمام الجمعية العامة مشروع قانون مكافحة الفساد وتحقيق الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية، أثارت المناقشات البرلمانية إمكانية تبني نظام إجرائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام مماثلة لعقود الصفقات العمومية، ولكن تم العدول عن هذه الأفكار لأسباب تتعلق بالأهمية الاقتصادية لعقود التفويض وتنفيذها من جهة، وما تستلزمه من ضرورة التعاقد مع شخص يستطيع أن

Conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 44

² CE 6 février 1998, Tete et Association de sauvegarde de l'ouest lyonnais. Rec Leb .P30 Cite Par : 43
وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 43

³ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 125

ينهض بأعباء المرفق لمدة طويلة من جهة أخرى¹.

ومن هذه الدوافع تم إصدار قانون Sapin رقم 93-122 المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة الذي تضمن لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام، فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتم في إطار إجرائي حدده القانون ولا يجوز للإدارة تجاوزه، وإلا أصبح تصرفها مشوبا بالبطلان.

ثانيا: دوافع توحيد النظام القانوني لعقد التفويض في الجزائر

في الجزائر يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام هو الإطار العام لأسلوب التسيير المفوض. و التنظيم الجزائري بالرغم من أنه أخذ بنفس فكرة مفهوم تفويض المرفق العام المعمول بها عند المشرع الفرنسي كما سبق وأشرنا، إلا أن له دوافع ومبررات تختلف على نظيره الفرنسي في تبني هذا النظام القانوني الموحد لعقود تفويض المرفق العام.

استناد إلى بيان مجلس الوزراء الصادر في 2015/07/22 والذي صادق على المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات الخدمات العمومية²، تعتبر الفترة التي تم فيها تكريس عقود تفويض المرفق العام في الجزائر فترة انحسار ونقص في الموارد المالية للخزينة العمومية نتيجة انخفاض أسعار البترول، هذا الوضع دفع بالمشرع إلى البحث عن سبل تحقيق المرفق العام بنقل مسؤولية تسييره للغير بأسلوب جديد وواضح يهدف إلى جلب الاستثمار في مجال المرافق العمومية.

والتفتيش عن موارد مالية ليس دائما بالأمر السهل، فالمجتمعات قد لا تقوى على تحمل زيادة الضرائب أو في اللجوء إلى الاستدانة، لأن هذه الموارد وإذا تم الإساءة في استخدامها، ستنعكس بنتائج سلبية على مالية الدولة³.

لذلك كان الحل في اللجوء إلى تفويض المرفق العام تحت دوافع مالية كوسيلة للتخلص أو التخفيف

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 125-126

² بيان مجلس الوزراء الصادر في 2015/07/22 والذي صادق على المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات الخدمات العمومية.

³ <http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/communiques/recherche.htm>. الاطلاع بتاريخ 2015/07/28

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 398

من العجز المالي.

الفرع الثاني: دوافع اختيار أسلوب تفويض المرفق العام من طرف الشخص المعنوي

العام

إن طرق تسيير المرافق العمومية عديدة ومتنوع بتنوع المرافق العمومية، لهذا فإن المشرع يعطي الحرية للشخص المعنوي المسؤول عن المرفق العام في اختيار الطريقة الملائمة لإدارة وتسيير المرفق العام (أولا) ، ويتم اللجوء إلى تفويض المرفق عام نتيجة لعدة مزايا وإيجابيات لهذا الأسلوب (ثانيا).

أولا: حرية الشخص العام في اختيار طريقة تسيير المرفق العام

يتمتع الشخص المعنوي العام بالقدرة على إنشاء المرافق العامة وتنظيمها ومن ثم تحديد طرق ووسائل إدارتها واستثمارها، فهو يستند إلى سلطته الاستثنائية في الاختيار بين أسلوب الإدارة المباشرة أو أسلوب الإدارة غير المباشرة والمتمثلة في التفويض باعتبار أن الاختيار يشكل مسألة الملاءمة يعود تقديرها للشخص العام المسؤول عن المرفق العام وفقا لحاجياته وقدراته¹.

ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة 150 من قانون البلدية الجزائري " يمكن تسيير المصالح العمومية للبلدية إما في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية أو عن طريق الامتياز أو التفويض" فالمشرع يحدد طرق تسيير المرفق العام ويترك الحرية للإدارة في اختيار الطريقة الملائمة، فالمسألة هي مسألة ملاءمة بحيث لا يكون للرقابة القضائية أي دور².

لعل اختيار الشخص العام بين أسلوب الإدارة المباشرة أو غير المباشرة، إنما يستند إلى اعتبارات إيديولوجية ترتبط بالظروف السياسية والاقتصادية والمالية والاجتماعية السائدة في الدولة. فليس هناك طريقة مثالية أو مفضلة عن غيرها، فالأمر يرتبط بهذه الاعتبارات التي يضاف إليها عناصر تتصل بطبيعة المرفق العام ومدى قابليته للتفويض³، لأن هناك بعض المرافق العامة لا يمكن تفويضها وذلك لعدة اعتبارات ترتبط بطبيعة المرفق العام، كالمرافق السيادية في الدولة وغيرها من المرافق التي تتطلب إدارة مباشرة من الدولة.

¹ Pierre Délvolvé, les contradictions de délégation de service public, AJDA, 1996, p33

² RenéChapus, Droit Administratif général , Op cit. P 673

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 255

ثانياً: دوافع اختيار أسلوب تفويض المرفق العام

تم الإشارة سابقاً إلى أنه ليس هناك معايير محددة لاختيار طريقة تسيير عن أخرى، بل هي سلطة تقديرية للإدارة، ولكن يمكننا إجمال بعض الدوافع التي تجعل من تقنية تفويض المرفق عام محل اختيار.

1- دوافع مالية: تعتبر القدرة المالية للشخص المعنوي عاملاً أساسياً في تقرير أهمية اللجوء إلى تقنية التفويض. فتسيير المرافق العامة يتطلب عناصر مالية وبشرية ضخمة، قد لا يقوى الشخص العام على تحملها، فعدم الاستقرار الاقتصادي والمالي وما ترتبط به من صعوبة في استمرارية تأمين الموارد المالية، أدى إلى وقوع الدول في عجز مالي انعكس سلباً على آلية العمل في المرافق العامة¹.

فاللجوء إلى تفويض المرفق العام، يعني نقل المسؤولية المالية على عاتق المستثمر للمرفق العام الذي يتحمل دون سواه مبدئياً أعباء ومخاطر استثماره².

2- قيود الإدارة المباشرة: إن القانون العام لم يوضع لتحقيق إدارة تتشابه بتلك المتبعة في القطاع الخاص، هذه الحالة أدت إلى اعتبار طريقة الإدارة المباشرة غير متلائمة مع طرق الإدارة والاستثمار المعمول بها في المشاريع الخاصة. كالقواعد المالية والمحاسبية المتبعة في القطاع العام، التي تعيق حرية التقرير والعمل ولا تشجع الاستمرار في تحقيق النشاط لمدة طويلة³.

3. تقنيات القطاع الخاص: لقد أصبحت معظم المرافق العامة تتطلب تقنيات وخبرات، للقيام بمهامها كما هو الحال في مرافق الاتصالات والكهرباء والطاقة والنقل، وهذه التقنيات في حال توفرها يتطلب الاستمرار في تأمينها بمبالغ ضخمة، قد يصعب على الشخص المعنوي العام تأمينها خاصة إذا كان يعاني من عجز مالي⁴، لذا يبقى اللجوء إلى التفويض الحل الأنسب لبقاء استمرارية المرفق العام، باعتبار أن العامل التقني يشكل المرتكز الأساسي في تقديم الخدمة، أيضاً بالنسبة للعمال داخل المرفق العام فهم يكتسبون الخبرة اللازمة للتعامل مع هذه التقنيات للاستمرار في تسيير المرفق العام، بعد انتهاء مدة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 302

² Auby et Ducos , Grands services publics et entreprises nationales , PUF, Paris P 19

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 304

⁴ المرجع نفسه، ص 305

التفويض.

4- عامل الإنتاج وتحقيق الربح: نظرا للأهداف التي يصبو المستثمر لتحقيقها جراء دخوله في عملية إدارة المرفق العام وفي مقدمتها تحقيق أكبر قدر من الربح، فهذا ينعكس على زيادة في الإنتاج الأمر الذي سيؤدي إلى انخفاض في سعر الخدمة المقدمة للمنتفعين.

الفرع الثالث: دوافع لجوء المستثمر لتقنية تفويض المرفق العام

إن لجوء الغير إلى هذه التقنية يبرره عامل واحد ألا وهو تحقيق الربح، و الحديث عن تحقيق الربح يعني الحديث عن الإنتاجية أو المردودية، وهي قدرة المستثمر ليس فقط على تغطية نفقات استثماره من خلال العائدات المحصلة من المنتفعين وإنما أيضا تحقيق وفر مالي¹.

بمعنى أنه إذا كانت غاية المستثمر في اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام هي تحقيق أكبر قدر من الربح، فإن الشخص العام أيضا يهدف إلى تحقيق عدة منافع كتحقيق الأرباح إذا كانت النتائج المالية لاستثمار المرفق العام تبرر ذلك، أيضا أن الشخص العام سيستعيد مرفقاً عاماً منتجا ومعدا لتقديم أفضل الخدمات وبدون أية تكلفة عند نهاية مدة التفويض.

لهذا فإن تقنية تفويض المرفق العام هي تعبير عن مصالح مزدوجة للشخص العام من جهة وللمستثمر من جهة أخرى، لذا فإن الحديث عن المردودية هو دليل على نجاح تقنية التفويض، والنجاح المقصود هو نجاح الشخص العام و المستثمر على حد سواء².

ومن هذا فإن نجاح تقنية تفويض المرفق العام تتطلب تحديد واضح ومتوازن لحقوق وموجبات أطراف العلاقة (المفوض والمفوض له)، وأيضا احترام مبدأ التوازن المالي، ووجود رقابة فعالة³.

¹ Pascal Quiry et Yann Le Fur, Pierre Vernimmen, Finance d'Entreprise, Dalloz, 2010, P 295

² نادية طريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 276

³ المرجع نفسه، ص 276

المبحث الثاني

تمييز عقد التفويض عن المفاهيم وطرق التسيير المشابهة

إن ظهور تفويض المرفق العام كأسلوب جديد في تسيير المرافق العامة أدت إليه دوافع عديدة سواء مالية أو سياسية أو قانونية يجعله يأخذ مكانته كفئة قانونية مستقلة في القانون الإداري، له مفهوم مختلف عن المفاهيم الأخرى في الحقل الإداري، وأيضاً باعتباره أسلوباً متميزاً عن طرق التسيير الأخرى، ومن هذا المنطلق يجب تمييز أسلوب تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة (المطلب الأول)، وأيضاً تمييزه عن طرق التسيير الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة

إن تفويض المرفق العام يحمل في مفهومه صيغة النقل Transfer، بمعنى نقل تسيير المرفق العام من الشخص العام إلى شخص آخر، وقد يختلط هذا المعنى في القانون الإداري مع مفهوم التفويض في الاختصاصات، و الخوصصة، والوكالة في الحقل الإداري، لهذا تتقضي الدراسة تحديد أوجه الشبه والاختلاف لكل من هذه المفاهيم.

الفرع الأول: تفويض المرفق العام وتفويض الاختصاصات الإدارية

لقد حلت عبارة تفويض المرفق العام في قاموس القانون الإداري، وهذا التعبير يختلط ويشترك لفظياً مع عبارة التفويض في نظام القرارات الإدارية من خلال التفويض في الصلاحية وكذلك التوقيع. ولهذا سنتطرق أولاً إلى المقصود بالتفويض في نظام القرارات الإدارية (أولاً) وإلى أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين تفويض المرفق العام (ثانياً).

أولاً: المقصود بالتفويض في نظام القرارات الإدارية

يعد موضوع التفويض في القرارات الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري بوجه عام والإدارة العامة بوجه خاص، باعتباره أسلوباً من أساليب التنظيم الإداري، الذي يرمي إلى إنجاز الأعمال الإدارية بسرعة وكفاءة عالية و فعالية عالية في نطاق الدستور والقانون، ويتم بموجبه تخفيف أعباء

المفوض من خلال تفويض مرؤوسيه بعض اختصاصاته¹.

ويمكن تعريف تفويض الاختصاص بأنه: تصرف قانوني، يقوم بموجبه صاحب الاختصاص الأصيل فردا كان أو هيئة، بتحويل فردٍ أو هيئة أخرى، بممارسة بعض اختصاصاته الممنوحة له بموجب القوانين والأنظمة النافذة، بصفة مؤقتة، وبموضوع محدد أو أكثر، وذلك بناء على نص قانوني يجيز له ذلك وعلى مسؤوليته في إطار المصلحة العامة²، ومن هذا التعريف فإن تفويض الاختصاص يكون وفق شروط محددة³:

- لا يجوز أن يكون التفويض شاملاً لكل اختصاصات المفوض مهما تعدد المفوض إليهم؛
 - أن يكون التفويض معلنا بقرار يتم نشره حتى يصل إلى علم الغير ما تم تفويضه من صلاحيات؛
 - لا يجوز تفويض الاختصاصات المفوضة إلا إذا أباح ذلك نص صريح؛
 - يجب أن يكون التفويض صريحا لأنه لا يفترض أن يكون التفويض ضمنيا، ويجب أن يأخذ الشكل الذي حدده القانون؛
 - يجب أن لا يكون التفويض في اختصاص معين تم حظره صراحة أو ضمنا بواسطة نص دستوري أو تشريعي.
- أما تفويض التوقيع فهو العمل الصادر عن سلطة ذات صلاحية بالإجازة إلى موظف، غالبا ما يكون تحت أمرتها أو معاون لها، في أن يوقع باسمها وعنهما وتحت إشرافها ومسؤوليتها بعض القرارات⁴.
- ومن الملاحظ أن تفويض الاختصاص يشترك مع تفويض المرفق العام في نقل اختصاص وليس سلطة من جهة إلى أخرى، إلا أنه يختلف عنه في عدة نقاط.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 30

² عيد قريطم، التفويض في الاختصاصات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 33

³ المرجع نفسه، ص 256

⁴ جوزيف زين الشدياق، تفويض السلطة وتفويض التوقيع في الحق الاداري، المقالات الحقوقية، 1969، ص 3

ثانياً: الاختلاف بين تفويض المرفق العام و تفويض الاختصاص

يختلف تفويض الاختصاص عن تفويض المرفق العام في عدة مسائل أهمها:

- التفويض في الاختصاص لا يكون إلا جزئياً بحيث لا يشمل كل اختصاصات المفوض، فلا يكون صحيحاً إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط ، أما تفويض المرفق العام فإنه يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها إدارة و استغلال المرفق العام ، فهو ليس محصوراً بمهمة أو عمل دون غيره.

- لا يجوز في تفويض الاختصاص تفويض المسؤولية ، لأن التفويض يقتصر على الاختصاص فقط دون المسؤولية¹، أي أن الرئيس الإداري يقوم بتفويض جزء من اختصاصاته بصفة مؤقتة مع بقاء مسؤوليته الكاملة عن هذه الاختصاصات ، أما في ظل تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يتولى استغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته وليس على مسؤولية مانح التفويض ، إلا أنه يبقى لشخص العام الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة و تشغيل المرفق العام من قبل صاحب التفويض.

- لا يجوز في تفويض الاختصاص تفويض الاختصاصات المفوضة ، فلا يجوز للمرؤوس المفوض إليه أن يقوم بتفويض السلطات التي انتقلت إليه من رئيسه إلى من هم أدنى منه في السلم الوظيفي، أما في تفويض المرفق العام فإن التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد جائز شرط موافقة صاحب التفويض وضمن الشروط و الضوابط المحددة في الأنظمة والقوانين النافذة ولبنود العقد².

- يجوز في تفويض الاختصاص تعديل الاختصاصات المفوضة أو استردادها ، فيحق للرئيس الذي فوض الصلاحيات أن يقوم بتعديل نطاق التفويض، كما يحق له إلغائه ، أما في تفويض المرفق العام فإن تعديل عقد التفويض ممكن أيضاً إلا أنه يقتضي أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة، ودون أن يؤدي إلى تغيير جوهري في موضوع العقد أو طبيعته ، ودون أن يحدث اختلالاً كبيراً في موضوع العقد . كما أن إلغاء تفويض المرفق العام من قبل السلطة المانحة لا يكون إلا بناء لخطأ جسيم من قبل صاحب التفويض أو بناء على دافع تحقيق المصلحة العامة³.

¹ عيد قريطم ، مرجع سابق، ص 33

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 468

³ المرجع نفسه، ص 469

الفرع الثاني: تفويض المرفق العام والوكالة

عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة من خلال المادة 571 من القانون المدني بأنها (عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه)¹. وعرفها أيضاً المشرع الفرنسي من خلال أحكام المادة 1984 بنفس التعريف².

إن مفهوم الوكالة يجد أساسه في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لتنظيم العلاقة بين أشخاص القانون الخاص، و لكن هل يمكن لعقد الوكالة أن يحمل طبيعة العقد الإداري و تحديداً في إطار تنفيذ المرفق العام؟ وفي حال الافتراض بوجودها ما هي أهم معايير تحديدها وتميزها عن الوكالة في القانون الخاص؟

أولاً: المقصود بالوكالة في الحق الإداري

إن القضاء الإداري كان سابقاً لتكريس نظرية الوكالة الضمنية في الحقل الإداري وذلك في القرار النوعي والشهير لمحكمة التنازع الفرنسية في قضية Société entreprise Peyrot والتي قضت فيها باعتبار العقد المبرم بين شركة اقتصاد مختلط مكلفة بإنشاء واستثمار طريق سريع للسيارات، وأحد المتعهدين لمعاونتها في تنفيذ الأشغال العامة ، بأنه عقد إداري ، يدخل في اختصاص القضاء الإداري، رغم أن الشركة صاحبة الامتياز هي من الشركات الخاصة، وذلك على أساس أن الأخيرة لا تتصرف في هذه الحالة إلا لحساب الدولة³.

لقد أثار هذا القرار جدلاً بين الفقهاء وانقسموا بين مؤيد ومعارض لفكرة الوكالة كعقد إداري:

رفض بعض من الفقهاء إسناد قرار Peyrot إلى فكرة الوكالة، معتبرين أن محكمة التنازع قد تبنت معياراً جديداً تمثل بموضوع العقد وهو الأشغال العامة ، والذي يحل محل المعيار العضوي المتمثل بوجود شخص معنوي عام، وأيضاً يعتبرون أن المحكمة قد قصدت في هذا القرار عدم الارتكاز على

¹ المادة 571 من الأمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم

² Jean-françois Auby , le service public, Op cit, p.442 : L'Art 1984 « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »

³ T.C 18 juillet 1963 n° 01804. Rec Leb.P 787 Cite par , 381 ص مرجع سابق، وليد حيدر جابر،

فكرة الوكالة، ولو كان الأمر كذلك لاستخدمت عبارة (Mandataire) بدل من عبارة (pour le compte)¹.

لكن هذا الرفض لفكرة الوكالة قابله توجه فقهي آخر مؤيداً لفكرة الوكالة في القضية نفسها، حيث يعتبرون أن محكمة التنازع استندت على فكرة نظرية الوكالة الإدارية لإسناد الاختصاص.²

ويؤكد الأستاذ وليد حيدر جابر في تحليله لقرار Peyrot على أن المحكمة في وصفها للعقد الموقع بين صاحب الامتياز والمتعهد، تكون قد استندت دون أدنى شك إلى نظرية الوكالة الضمنية و ذلك للاعتبارات التالية³:

- إن العقد لا يوصف بأنه إداري إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً أو ممثلاً بواسطة شخص خاص، ماعداً بعض الحالات الاستثنائية التي تصبغ على العقد الوصف الإداري إما لتناوله أملاً عاماً أو لوجود نص قانوني بذلك ، ووفقاً لظروف قرار Peyrot فإن الوصف الإداري لا يمكن أن يتم إلا سناً لفكرة الوكالة ؛

- إن المنشآت العامة كنتيجة للأشغال العامة، لا يمكن أن تتم مبدئياً إلا للمنفعة العامة، وهي في حال تشييدها على ملك عام وهو الغالب، فإنها تندمج فيه لتصبح من ممتلكات الجماعة العامة أثناء التفويض أو بعده، إذا فمن الطبيعي القول أن هذه الأشغال تدخل بطبيعتها في صلب مهام الدولة الأساسية. وهذا ما يفسر طبيعة الوكالة في حال تنفيذها من أشخاص آخرين، والتي عبرت عنها محكمة التنازع بتعبير العمل لحساب الدولة والذي يشير إلى المعيار العضوي.

ولكن ما هو المعيار الحاسم الذي اعتمده محكمة التنازع في إسناد الاختصاص للقضاء الإداري؟

¹ René. Chapus , droit administratif général. Tom 2 , Edition Montchrestien. Paris 2000 .P 585. " Il ne faut pas comprendre que l'organisme de droit privé a contracté comme représentant, mandataire d'une personne publique, mais comme un intermédiaire de la personne publique ". et B. Touret , le régime juridique des concessions d'autoroutes. AJDA 1972, P 379: " La notion de substitution a prévalu sur celle de mandat; la personne privée accomplit des actes juridiques dans l'interet de la personne publique sans qu'il y ait entre les deux un lien de représentation"

² Marguerite Canedo, le mandat administratif. LGDJ, Paris 2001,P 103: " nous rapprochons singulièrement de la situation du mandataire qui prete son nom et ses services pour jouer le role de maitre de l'ouvrage"

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 387

لعل الإجابة على هذا التساؤل تكمن في المؤشرات Faiseau d'indices التي استحدثها الاجتهاد في قضية Commune d'Agde et S.E.R.M للدلالة على التعبير الضمني لنظرية الوكالة في العقود التي يوقعها أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة المرفق العام ، وهنا اعتبرت محكمة التنازع أن العقد الموقع بين الشركة صاحبة الامتياز وأحد المتعهدين، هو صفقة أشغال عامة ، باعتبار أنه يجب النظر إلى الشركة كوكيل يعمل لحساب الجماعة العامة مانحة الامتياز¹.

ومن المؤشرات التي استندت إليها محكمة التنازع في قضية Commune d'Agde et S.E.R.M، هي²:

- أن الشركة صاحبة الامتياز قد أنشئت بمرسوم؛

- إن العمال المستخدمين في الشركة يخضعون لنفس النظام المعمول به لدى الجماعة المحلية مانحة الامتياز؛

- أن الجماعة المحلية تمتلك 51% من رأسمال الشركة؛

- أن دفتر الشروط يتضمن بندا يعفي المستثمر من تحمل جزء كبير من المسؤولية المالية. من خلال هذه المؤشرات القضائية نستشف أن معيار تحديد العقد الإداري أخذ منحى بعيدا عن معيار موضوع العقد و المعيار العضوي، فالقاضي الإداري الفرنسي أصبح يستند لمعيار الجمع بين مجموعة من المؤشرات للدلالة على العقد الإداري.

ومن خلال هذا السرد يمكن القول أن الوكالة تتحقق في العقد الإداري عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام، وهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضي على العقد الطابع الإداري بناء على عدة مؤشرات، حتى وإن تم إبرامه بين شخصين من أشخاص القانون الخاص.

تعتبر التجربة الفرنسية في موضوع الوكالة في القانون الإداري على مستوى الاجتهاد القضائي غنية إذا ما أردنا مقارنتها بالواقع الجزائري، وذلك راجع لتمسك المشرع الجزائري بالمعيار العضوي

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 287

² المرجع نفسه، ص 388

الحاسم في تحديد العمل الإداري.

ثانياً: مدى التقارب بين الوكالة و تفويض المرفق العام

رغم سعي بعض الفقهاء إلى ربط فكرة تفويض المرفق العام بفكرة الوكالة في الحقل الإداري، بحجة أنه لا يمكن وصف مهمة شخص بأنها تنفيذ لمرفق عام ، إلا إذا كان الأخير يعمل كوكيل عن الشخص العام، ومن بينهم الأستاذ victor haim الذي يقول أن تفويض المرفق العام ما هو إلا وكالة ممنوحة من السلطة المانحة إلى الغير لتنفيذ المرفق العام باسمها ولحسابها¹.

وأيضاً الأستاذ Auby الذي يعتبر أن هناك قاسم مشترك بين الوكالة والتفويض، في كونهما يقومان على فكرة التمثيل، باعتبار أن الجماعة تعهد إلى الغير القيام بجزء من صلاحياتها².

أما الأستاذ chapus فقد استند إلى أن الغير المكلف بتنفيذ المرفق العام إنما يقوم بمهمة هي أصلاً من صلاحيات ومهام السلطة المانحة ، لأن إنشاء وتنظيم مرفق عام يدخل في اختصاصها، لذلك فمن باب أولى أن يعود أمر تنفيذه إليها، وبالتالي فإن الغير لن يقتصر دوره سوى على تنفيذ مهمة هي أصلاً من صلاحيات السلطة العامة³. أي عدم استقلالية الشخص الخاص عن الشخص العام في مجال تنفيذ المرفق العام سواء في مجال الوكالة أو التفويض.

لقد ربط هؤلاء الفقهاء تقنية التفويض بالوكالة، للوصول إلى فكرة أنه لا يمكن وصف مهمة شخص خاص بأنها تنفيذ لمرفق عام، إلا إذا كان الأخير يعمل كوكيل عن السلطة المانحة.

ولكن بالمقابل برز رأي آخر رافضاً له، عارضاً لتصور آخر يتمثل في استقلالية الوكالة عن تقنية التفويض. وذلك بالاستناد على العديد من أوجه الاختلاف.

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين الوكالة و تفويض المرفق العام

يبرز أوجه الاختلاف بين الوكالة و تفويض المرفق العام في العديد من النقاط الأساسية على النحو التالي:

¹ Victor haim, Une délégation de service public est-elle assimilable à un marché public. RCDSP.2000 P.13

² Jean-françois Auby , le service public, Op cit, p442

³ René.Chapus. Droit administratif général. Tom 2 , Op.cit P 570

1- الاختلاف في الموضوع:

إن موضوع الوكالة ليس محصوراً بإدارة واستغلال المرفق العام ، وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، في حين يقتصر عقد تفويض المرفق العام على إدارة واستغلال المرفق العام، كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض¹.
أما الوكالة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض كمرفق الشرطة أو التعليم أو الصحة.

2- الاختلاف في المسؤولية:

يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه، أما في تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام واستغلاله على نفقته ومسؤوليته، يقول الأستاذ Douence إذا كان التفويض يعني نقل تسيير المرفق العام إلى مفوض، فيمكن القول أن عقود الوكالة لا توجد في فكرة تفويض المرفق العام لأن الوكيل يعمل باسم ولحساب الجماعة العامة بطريقة واضحة².

3- من حيث نهاية العقد:

يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً، أما في تفويض المرفق العام فلا يحق لمناخ التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقاً للمصلحة العامة أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم أو في حال حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية³.

4- من حيث المقابل المالي:

يكون المقابل المالي في الوكالة في صورة ثمن محدد يدفعه الشخص العام الذي وكله، أما في تقنية تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 468

² Jean-Claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A, 1993.P 949

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 469

5- من حيث الاستقلالية:

يتمتع المفوض له في تقنية التفويض بالاستقلالية في الاستثمار تجاه الشخص العام والمنتفعين على حد سواء، وإذا كان هناك بعض الضوابط على استقلالية المستثمر من جانب الشخص العام أو النصوص، فإن ذلك يبقى في إطار الحفاظ على نجاح تقنية التفويض، أما عقد الوكالة فإن الوكيل يكون خاضع للموكل في كل أعماله ، لأن الوكيل يمثل الموكل دون أن يدخل في علاقات مع المنتفعين ، وبالتالي فهو في مواجهة المنتفعين لا يعمل إلا لحسابه الخاص، وهذا ما لا نراه في تقنية التفويض¹.

الفرع الثالث: تفويض المرفق العام و الخصصة

قرر المشرع الفرنسي من خلال المادة 34 من دستور 1958 أن نقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص هو من اختصاص القانون، ولقد فسر المجلس الدستوري المادة 34 بقوله: " أن هذا النص لا يفرض تدخل المشرع مباشرة في عملية تتضمن نقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص وإنما يعني أنه يجوز للمشرع في ما يتعلق بهذه العمليات أن يضع القواعد التي يقع أمر تطبيقها على السلطات والهيئات التي يحددها"².

وهكذا جاءت قوانين الخصصة في فرنسا منسجمة مع اجتهاد المجلس الدستوري بحيث بات هناك قوانين تنظم الخصصة وأبرزها القانون 86-912 و الأمر 93-923، حيث حددت إجراءات الخصصة لاسيما تلك المتعلقة بعمليات تحويل ملكية المؤسسات العامة إلى القطاع الخاص، ودور الهيئة الخاصة بالخصصة، وطرق مشاركة العاملين في رأسمال المؤسسات المخصصة³.

ويتولى تخطيط وتنفيذ برامج وعمليات الخصصة في فرنسا مجلس خاص يطلق عليه Commission de privatisation والهدف من إنشاء هذا المجلس هو جعل إجراءات الخصصة شفافة⁴، والذي يتكون من سبعة أعضاء من بينهم رئيساً، ويجري اختيارهم بموجب مرسوم لمدة خمسة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 395

² CC. 16 janvier 1982. Jean Paul buffelan lanore, privatisations JCA 1998. Fascicule 156 P 09 , Cite par : Armand.Laferrère, Finance Publique , La documentation française, Paris 2000 ,p 51

³ Armand.Laferrère, Op cit, P 59

⁴ Ibid ,p 12

سنوات، وذلك بالاستناد إلى اختصاصهم و خبرتهم في المجال الاقتصادي والمالي والقانوني¹.

أما في الجزائر فإن المؤسس الدستوري لم يتطرق للخصوصية كمفهوم إلا أنه بالمقابل كرس وعرف الملكية العمومية وحماها بعدة وسائل قانونية، فهي شيء مقدس بالنسبة للدستور الجزائري، لذي يجب أن يكون أي مساس بها بموجب نص قانوني صريح وهو ما حدث في الجزائر من خلال الأمر 22/95² و الأمر 04/01³، الذي وضع الإطار القانوني للخصوصية وحدد المجالات المعنية بالخصوصية والتي لا يجوز الخروج عنها.

ووفق لأمر 22/95 فإن الخصوصية لها مفهومين الخصوصية بنقل الملكية و الخصوصية بنقل التسيير⁴.

الخصوصية بنقل الملكية ويقصد بها تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها أو كل رأسمالها أو جزء لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص.

الخصوصية بنقل التسيير وهذا بتحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين تابعين للقانون الخاص وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كليات تحويل التسيير وممارسته وشروطه.

أما الأمر 04/01 فقد أعطى معنى ضيقاً للخصوصية، حيث تراجع عن المفهوم الواسع لها وحصرها في المعنى الضيق "نقل الملكية" حسب ما نصت عليه المادة 13 من الأمر ومنه استبعاد خصوصية التسيير⁵، وبهذا أصبح معنى الخصوصية هو نقل الملكية فقط دون دمج عقود التسيير فيها.

يتضح من خلال هذا السرد البسيط للخصوصية في التشريعين الفرنسي والجزائري أن تقنية تفويض المرفق العام هي بحد ذاتها خصوصية لكن ليس بالمعنى الواسع، بل فقط في الشق الذي ينصب على إدارة

¹ S. Manni, La commission de la privatisation ,AJDA ,1997.P 551

² الأمر رقم 22-95/ المؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج ر العدد 48 الصادرة في 3 سبتمبر 1995

³ الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خصوصيتها، ج ر العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001

⁴ المادة 1 /ف 2 و3 من الأمر 22-95، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، مرجع سابق

⁵ المادة 13 من الأمر 04/01 على أنه (يقصد بالخصوصية كل صفة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية).

واستثمار مرفق عام من قبل أشخاص القانون الخاص، لكن هذا التعارض بين التفويض و الخصخصة في معناها نقل للملكية، يبقى محل دراسة مقارنة لإبراز أوجه الشبه والاختلاف.

أولاً: أوجه الشبه بين التفويض و الخصخصة بنقل الملكية:

- كل من الخصخصة و التفويض يؤديان إلى نقل عامل الاستثمار إلى شخص خاص وفق مجموعة من القواعد و الإجراءات التي تحكم آليات اختيار المستثمر¹.

- لا تعفي الخصخصة و التفويض حق السلطة العامة في الرقابة على النشاط الذي أصبح بيد القطاع الخاص، ففي الخصخصة هناك فكرة السهم النوعي الذي يسمح بتدخل الدولة في حال وجود مصالح وطنية عامة تستوجب الحماية².

- كل من الخصخصة و التفويض يؤديان إلى احتكار القطاع الخاص والذي ينجم عنه صغر حجم القطاع العام، وهنا ننتقل من احتكار القطاع العام إلى الاحتكار الخاص.

- إن عائدات الخصخصة و التفويض تشكل عنصراً يدخل في السياسات المالية العامة للدولة و السلطة العامة، فالدولة عندما تنتهج سياسة الخصخصة أو التفويض فهي تهدف إلى حل مالي لخلق عائدات تستخدمها في سد عجزها، و من ناحية أخرى في الحد من النفقات التي تتكبدها الدولة أو الجماعة العامة في مشروع عام لا يحقق ربحاً³.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الخصخصة و التفويض:

تختلف الخصخصة عن التفويض في العديد من النقاط الأساسية أهمها:

1- من حيث امتيازات السلطة العامة:

في التفويض تبقى السلطة العامة صاحبة السلطة و الرقابة و التنظيم على المرفق العام، لأن بتفويضها للغير إدارة و استثمار المرفق العام فهي لا تتخلى عنه ككيان في القطاع العام، إنما هي تعهد إلى

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482

² المادة 19 من الأمر 04-01، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسيرها و خصصتها، مرجع سابق

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482

الغير فقط وظيفة تسييره، لهذا تبقى السلطة العامة مسؤولة عن نشاط المرفق العام¹.

بينما في الخوصصة ترفع السلطة العامة يدها عن المرفق محل الخوصصة ويختفي دورها في التنظيم، وتؤدي إلى تجريد المرفق محل الخوصصة من امتيازات السلطة العامة، لأن بقائها لا ينسجم مع دوره لاحقاً في القطاع الخاص.

2- من حيث طبيعة المستثمر:

المستثمر في التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، بينما في الخوصصة فإن المستثمر لا يمكن أن يكون إلا من أشخاص القانون الخاص².

3- من حيث المصلحة العامة:

تشكل الخوصصة حسب عدد كبير من الفقهاء تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، لأن الدولة تسعى إلى الخوصصة بأعلى الأسعار تأميناً لمصلحة الخزينة وتجنباً للاتهامات المستقبلية في إهدار المال العام. أما المستهلك فمصالحته تكمن في دفع أقل الأثمان عند الاستهلاك، ويكمن التعارض هو أن في حالة الخوصصة يرتفع ثمن الخدمة عن الثمن الذي كان يدفعه المستهلك قبل الخوصصة، بينما في التفويض تتدخل السلطة المفوضة في العلاقة بين المستثمر وتفرض في أغلب الأحيان تسعيرة الخدمة³.

المطلب الثاني: تميز التفويض عن طرق التسيير الأخرى

يعتبر التفويض أسلوباً من أساليب إدارة المرفق العام يلجأ إليه الشخص العام نظراً لعدة اعتبارات سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية، شأنه شأن الطرق المعتمدة في تسيير المرفق العام التي تختلف باختلاف المرافق العامة.

ولكن من الضروري تحديد هذه الطرق وتميزها عن تفويض المرفق العام ، لأن كثرة الطرق المعتمد في التسيير قد تؤدي إلى الخلط بين المفاهيم خاصة وأن مفهوم تفويض المرفق العام يوطر مجموعة العقود كفئة جديدة ومستقلة عن الطرق الأخرى.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 462

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482

³ Christian Bettinger , la gestion déléguée des services publics dans le monde, Concession ou BOT. Berger-Levrault.Paris 1997. P 106

من خلال النظام القانوني الفرنسي و الجزائري يمكن إجمال طرق تسيير المرفق العام في طريقتين أساسيتين، الأولى تتمثل في التسيير من طرف الشخص العام نفسه (الفرع الأول)، والثانية تتمثل في نقل التسيير إلى شخص آخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق التسيير من طرف الشخص العام وتفويض المرفق العام

يقصد بها أن تقوم الإدارة مباشرة بتسيير المرفق العام عن طريق الاستغلال المباشر أو عن طريق إنشاء مؤسسة عامة.

أولاً: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة

ويقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام أن تقوم الدولة أو الجماعة العامة بإدارة المرفق مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام¹.

ويعرف كذلك بأنه التسيير المضمون من طرف الجماعة العمومية بنفسها وبوسائلها الخاصة، لا يملك المرفق العام استقلالية مالية، وليس له جهاز تسيير خاص به، ولا يملك شخصية معنوية مستقلة، وفي حالة نزاع مع الآخرين فإن مسؤولية الجماعة العامة هي التي تثار².

يعني التسيير المباشر عندما يتم تأمين تسيير المرفق العام مباشرة من قبل المجموعة العامة والتي تتولى مسؤوليته، فالإدارة تتصرف بواسطة وكلائها ووسائلها المادية مستعملة أدوات القانون العام³.

ويمكن أن يتخذ أسلوب الإدارة المباشر شكلين أساسيين:

الاستغلال المباشر: وهو الشكل العادي لتسيير المرافق العمومية، فالإدارة نفسها هي التي تقوم بتشغيله بواسطة أعوانها وأموالها، وتخضع في هذا للقواعد المقررة في الميزانية العمومية ومستعملة في ذلك أساليب القانون العام، ويتبع هذا الأسلوب عادة في إدارة المرافق العمومية التقليدية أي الإدارية، ويدخل في هذا التنظيم، الإدارة المركزية للوزارات والإدارات المحلية للولاية والبلدية ومختلف المصالح

¹ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري : نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، 1979، ص 60

² François Meyer. Préparation aux concours, les modes de gestion des S.A, paris 2004, p 01

³ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، (ترجمة محمد صاصيلا)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 439-440

الأخرى التابعة للدولة والتي تسمى المصالح الخارجية الموجودة على المستوى الجهوي أو الولائي أو الدوائر¹.

لكن هذا لا يمنع من استخدام أسلوب الإدارة المباشرة في المرافق العمومية الصناعية والتجارية سواء كانت تابعة للدولة أو للجماعات المحلية، فعلى سبيل المثال في أحكام المادة 150 من قانون البلدية التي ذكرت المصالح العمومية للبلدية وهي في أغلبها مرافق ذات طابع تجاري وصناعي، فهذه المصالح وعلى حسب أحكام المادة 152 من قانون البلدية تتيح للبلدية إمكانية تسييرها بطريقة مباشرة.

الإدارة المباشرة بتسيير مشخص: وهو يتمثل في تسيير مرفق عمومي، بحيث إن المجموعة الإقليمية التي أنشأته، هي التي تقوم بتعيين عون عمومي يقوم بتسيير هذا المرفق، دون أن تمنح له الاستقلالية المالية، ولكن تكون له محاسبة مشخصة حتى يتمكن من الاطلاع على محتوى المداخل والمصاريف².

وتتشارك تقنية تفويض المرفق العام مع الإدارة المباشرة في أن موضوعها يكمن في إدارة واستغلال مرفق العام، وتختلفان في النقاط التالية:

– يتولى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق، أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخص آخر غير الشخص العام المرتبط به المرفق، قد يكون شخصاً خاصاً أو عاماً.

– يستطيع الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به بدون قيود تتعلق بنوعية المرفق، فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة مباشرة شرط التقيد بالقواعد الدستورية والقوانين والأنظمة، أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيوجد مجموعة من المرفق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام³.

– يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة المرتبطة به وفقاً لقواعد القانون العام، ويمكن أن تعطي الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام الاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 211

² المرجع نفسه، ص 211

³ المرجع نفسه، ص 212

الإداري بالشخص العام، أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق العام باستقلال عن الشخص العام من الناحية الإدارية ومن الناحية المالية.

ثانياً: تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة

تعرف المؤسسة العمومية بأنها طريقة وسطى لتسيير المرفق العام بين التسيير المباشر والتفويض¹. وتتميز بمجموعة من امتيازات السلطة العامة لكنها بالمقابل تخضع لقيود مرتبطة بالقانون العام مثل الرقابة، المحاسبة الصفقات العمومية... الخ².

ويعرفها الأستاذ أحمد محيو: بأنها "هي شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو البلدية أو لشخص آخر"³.

يكن الهدف من إنشاء هذه المؤسسات العمومية هو محاولة التخفيف من مهام ووظائف الإدارات المركزية والجماعات الإقليمية، وذلك بإعفائها من التسيير المباشر لبعض المرافق التقنية والتي أثبتت التجربة فشل الدولة كمسير جيد، خاصة وأنها غير متخصصة لذلك سميت باللامركزية التقنية أو المرفقية.

لكن هذا المفهوم التقليدي للمؤسسة تفقر وذلك ببروز مجموعة من المؤسسات العمومية التي تعرف ازدواجية في نظامها القانوني (مزج بين القانون العام والخاص)، مما خلق نوعاً من الثورة على المفهوم القديم للمؤسسة العمومية⁴، فاعتراف بهذه المؤسسات العمومية يشكل فجوة بالنسبة لمفهوم المؤسسة العمومية التقليدي⁵.

قد يختلط مفهوم المؤسسة العامة بمفهوم التفويض، على اعتبار أن الدولة وفي طريقة التسيير بمؤسسة العامة تنشئ شخصاً عاماً مستقلاً يعهد إليه مهمة إدارة المرفق العام، إلا أن المؤسسة العامة تتميز عن تقنية التفويض في عدة مسائل، أهمها:

– إن العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام في تفويض المرفق العام هي علاقة تعاقدية، في

¹ Stéphane Braconnier, Op cit, p 383

² Jean -De Soto, grands services publics, Monchrestien, Paris, 1971, p 78

³ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، (ترجمة محمد صاصيلا)، مرجع سابق، ص 443

⁴ Gilles J, Guglielmi, Op cit. P 34

⁵ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، (ترجمة محمد صاصيلا)، مرجع سابق، ص 447

حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة ذات الصلة.

– يرتبط المقابل المالي في تقنية التفويض بالمرفق العام بنتائج استغلال المرفق العام، بينما في التسيير بالمؤسسة العمومية يمكن للدولة أن تمول المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي¹.

– يخضع صاحب التفويض لرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التفويض، في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على أعمال المؤسسة العامة بحيث لا تصبح نافذة إلا بعد المصادقة عليها من قبل سلطة الوصاية².

– يخضع تفويض المرفق العام للنظام القانوني المحدد له و لبنود العقد، بينما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف يحدده المشرع سواء كان نص قانوني أو تنظيمي، وهو الذي يحدد صلاحياتها و اختصاصاتها و هيكلها الأساسية.

– يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما أو خاصا، ولكن المؤسسة العامة في علاقتها مع الشخص العام لا يمكن أن تكون إلا شخصا عاماً، ومع الملاحظة أنه يمكن للمؤسسة العامة أن تكون صاحبة تفويض بالنسبة لأسلوب تفويض المرفق العام³.

الفرع الثاني: طرق تسيير المرفق العام من طرف الغير و تفويض المرفق العام

يشكل أسلوب تفويض المرفق العام إلى جانب أسلوب التأهيل الانفرادي، وأسلوب الشركات ذات الاقتصاد المختلط وأيضا عقود BOT ، طرق تسيير المرفق العام من طرف الغير، لهذا وجب تحديد أوجه الشبه والاختلاف بينهما .

أولاً: تفويض المرفق العام والتأهيل الانفرادي (التفويض الانفرادي)

يتداخل أسلوب تفويض المرفق العام مع التأهيل الانفرادي أو ما يعرف بالتفويض الانفرادي في العديد من النقاط المشتركة، ولكن هذا لا يعني أنه ليس هناك أوجه الاختلاف التي يقتضي تحديدها بعد

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 483

² المرجع نفسه، ص 283

³ المرجع نفسه، ص 484

الوقوف على مفهوم التفويض الانفرادي.

1- المقصود بالتأهيل الانفرادي:

لا يشكل العقد الوسيلة الوحيدة لتفويض المرفق العام إلى شخص آخر. فيمكن للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام أن تعهد بإرادتها المنفردة إلى أحد الأشخاص سواء من الأشخاص العامة أو الخاصة إدارة المرفق العام. ويطلق على هذا التفويض تسمية: التأهيل *Habilitation unilatérale* ويعرف التأهيل الانفرادي بأنه "الإمكانية المعطاة لجهاز أو لسلطة في الدولة، أو لكل شخص آخر يساهم على الأقل ومباشرة في عمل الدولة للقيام بعمل معين"¹.

ويعرف الأستاذ Gilles التأهيل الانفرادي بأنه تفويض تسيير مرفق عام أو جزء منه إلى شخص خاص من جهة واحدة وبصفة انفرادية، ويكون بأساليب كلاسيكية معروفة، كثيرة ومختلفة، واستعماله بصفة دائمة يجعل البعض تارة يتجاهل فيها صفة التسيير المفوض.² ويمكن تقسيم وسائل التأهيل إلا قسمين، التأهيل التشريعي (نص قانوني أو نص تنظيمي) و التأهيل عن طريق القرار الإداري الانفرادي.

أ — **التأهيل التشريعي** *l'habilitation législative*: في الأصل يتم التأهيل التشريعي لصالح المؤسسات العامة التي تناط بها مهمة تقديم الخدمة العامة، ويكون ذلك إما بنص قانوني أو نص تنظيمي، ومن الأمثلة على ذلك تأهيل المؤسسات العامة للتعليم العالي وأيضا الجامعات الاستشفائية³، وكذلك بالنسبة للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري كتأهيل ديوان الترقية و التسيير العقاري *OPGI*⁴، وكذلك المؤسسة العامة للنقل الحضري وشبه الحضري⁵.

ولكن فكرة التأهيل التشريعي تطورت لتصل إلي حد إمكانية تأهيل الأشخاص الخاصة التابعة لقانون الخاص، لتسيير المرافق العمومية، ومثال على ذلك:

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 21.

² Guglielmi Gilles-J et Koubi Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000, p227

³ Rachid Zouaimia, Op cit, P 08

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991 يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها. ج ر ، العدد 25 الصادرة في 29 ماي 1991

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 10-92 المؤرخ في 14 مارس 2010، يتضمن إنشاء مؤسسات عمومية للنقل الحضري و شبه الحضري، ج ر ، العدد 18 الصادرة في 17 مارس 2010

الاتحادية الرياضية الوطنية¹، وهي جمعية ذات صبغة وطنية تخضع لقانون الجمعيات، وهي تشارك في تنفيذ مهمة خدمة عمومية بمساهماتها من خلال أنشطتها وبرامجها في تربية الشباب وترقية الروح الرياضية وحماية أخلاقيات الرياضة، وتمارس هذه الاتحادية نشاطاتها عن طريق التفويض عندما يعترف لها الوزير المكلف بالرياضة بالمنفعة العمومية والصالح العام.

وأيضاً التعاضديات الاجتماعية وهي جمعية ذات غرض غير مريح²، وتنشأ وفقاً للقانون المتعلق بالجمعيات³، وتضم أعضاء من نفس المهن، هدفها تقديم خدمات اجتماعية لأعضائها، كتأمين على المرض والزيادة في معاشات العجز المرتبطة بالتأمينات الاجتماعية... الخ من الخدمات المحددة في قانون رقم 90-33 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية.

كما يمكن إضافة المنظمات المهنية التي تتولى إدارة شؤون طائفة مهنية معينة، حيث تتمتع هيئات التسيير في هذه المنظمات ببعض امتيازات السلطة العامة، وتخضع هذه المرافق المهنية لمزيج من قواعد القانون العام والخاص، وتهدف هذه المنظمات إلى التنظيم الداخلي لبعض المهن عن طريق أبناء المهنة أنفسهم، ومنها: (منظمة المحامين، والأطباء، الصيادلة، وخبراء المحاسبين، المهندسين المعماريين،... الخ).

ب - التأهيل عن طريق القرار الإداري l'habilitation individuelle :

يمكن القول ان التحولات التي عرفتها معظم دول العالم أفرزت ضرورة التخلي عن بعض المرافق العامة ونزع قُدسيتها ليستطيع الأفراد ممارسة هذه النشاطات بكل حرية وبمساواة بينهم، ويرجع السبب في ذلك لتخفيف الأعباء الحكومية و البحث عن المردودية والرقي بهذه القطاعات، ويكون ذلك بإسناد مهمة الخدمة العامة لأشخاص من القانون الخاص، عن طريق الإجراءات الإدارية التي تتخذ شكل اعتماد أو ترخيص بوجه عام، ومن الأمثلة عن القطاعات التي شهدت هذا التحرر هي:

قطاع الصحة: لقد تضمن القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الكثير من الأحكام المتعلقة بإدارة الخدمة العامة عن طريق المؤسسات العامة التابعة للدولة، ومع ذلك تم تعديل هذا القانون في العديد من المناسبات في اتجاه تحرير هذا القطاع وذلك بتأهيل الأشخاص الخاصة إلى جانب

¹ القانون رقم 04-10 المؤرخ 14 أوت 2004، يتعلق بالتربية الرياضية، ج ر، العدد 52 الصادرة في 18 أوت 2004

² القانون رقم 90-33 المؤرخ في 25 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية، ج ر، العدد 56 الصادرة في 26 ديسمبر 1990

³ القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، ج ر، العدد 02 الصادرة في 15 جانفي 2012

المؤسسات العامة للنهوض والرقي بقطاع الصحة، ويكون التأهيل في هذا القطاع عن طريق إنشاء عيادات خاصة¹ أو إنشاء مؤسسات استشفائية خاصة².

والتأهيل الأول للأشخاص الخاصة في قطاع الصحة، كان بإعطاء ترخيص للخوادم في فتح عيادات خاصة تشرف على مهنة الطبيب، تحت رقابة وإشراف تقنية وصحية من طرف الجهة مانحة الترخيص. ويمنح ترخيص فتح العيادات سابقا من قبل وزير الصحة العمومية بالاستناد إلى ملف يؤشر عليه الوالي، لكن في التعديل الحالي أصبح الترخيص يمنح من طرف الوالي بناء على ملف تؤشر عليه المصالح اللامركزية المعنية.

أما التأهيل الثاني والمتمثل في فتح مؤسسات استشفائية خاصة، فإن الترخيص يمنح من طرف الوزير المكلف بالصحة على أساس ملف إداري وتقني يودع لدى مديرية الولاية المكلفة بالصحة، ويتم استغلال هذه المؤسسات الاستشفائية من قبل: (المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات المساهمة، التعاضديات و الجمعيات)³.

قطاع التربية والتعليم: صدر الأمر 07-05 الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسات التربية والتعليم الخاصة⁴. وتعتبر مؤسسة خاصة للتربية والتعليم كل مؤسسة ينشئها شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص وتقدم تعليما بمقابل، وهذا عكس المؤسسات التعليمية العمومية التي تقدم تعليما مجانيا، و يخضع إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة لرخصة مسبقة من قبل الوزير المكلف بالتربية والتعليم ولمجموعة من الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 05-432⁵.

¹ المرسوم رقم 204-88 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 الذي يحدد شروط إنشاء العيادات الخاصة، ج ر، رقم 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-380 المؤرخ في 13 أكتوبر 1992، ج ر، العدد 75 الصادرة في 18 أكتوبر 1992

² المرسوم التنفيذي رقم 07-371 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 الذي يحدد شروط إنشاء المؤسسات الاستشفائية الخاصة، ج ر، العدد 67 الصادرة في 24 أكتوبر 2007

³ المادة 208 و 208 مكرر من القانون رقم 07-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المعدل لأحكام القانون 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، العدد 47 الصادرة في 19 جويلية 2006

⁴ الأمر 07-05 المؤرخ في 23 أوت 2005، الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، العدد 59 الصادرة في 28 أوت 2005

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 05-432 المؤرخ في 08 نوفمبر 2005، الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، العدد 74 الصادرة في 13 نوفمبر 2005

2- أوجه الاختلاف بين التأهيل وتفويض المرفق العام

يشترك التأهيل مع التفويض في أنهما يشكلان وسيلة لإدارة المرافق العامة غالباً ما يكون الشخص الذي يعهد إليه إدارة المرفق العام هو من أشخاص القانون الخاص، إلا أنهما مختلفان في عدة نقاط أهمها:

- يتسم تفويض المرفق العام بالطابع التعاقدية، حيث تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض، ويخضع الطرفان إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض، أما في ظل التأهيل فإن العلاقة بين الشخص العام و الشخص الذي يتولى إدارة المرفق هي علاقة نظامية.

- يخضع التفويض للنظام القانوني المحدد من قبل المشرع، أما التأهيل فإنه لا يخضع للنظام القانوني المتعلق بتفويض المرفق العام، ولكي لا يلجأ الأشخاص العامة إلى تأهيل بهدف عدم تطبيق النظام القانوني للتفويض، أكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري له على أنه لا يجوز اعتماد تقنية التأهيل إلا في حال وجد النص القانوني الذي يجيزه بصورة صريحة¹.

ثانياً: تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط

تعني شركة الاقتصاد المختلط، مشاركة أشخاص القانون العام مع أشخاص من القانون الخاص في رأسمال شركة بهدف إدارة مرفق عام، يتسم في غالب الأحيان بالطابع الاقتصادي، وتعد شركة الاقتصاد المختلط شركة تجارية مساهمة، تمتلك الدولة أو احد أشخاص القانون العام أغلبية أسهمها، في حين يمتلك الباقي أشخاص القانون الخاص.

ويختلف هدف الشخص العام من المشاركة في رأسمال الشركة المختلطة عن هدف الشخص الخاص، الأول يسعى إلى تأمين إدارة المرفق العام الاقتصادي على أفضل وجه، والثاني يسعى إلى ازدهار الشركة من أجل تحقيق أكبر قدر من الأرباح².

وازدهرت شركات الاقتصاد المختلط في فرنسا على المستوى الوطني والمحلي، فالشركة الوطنية للسكة الحديد SNCF، أخذت شكل الشركة المختلطة إلى عام 1982 حيث حولت إلى مؤسسة عامة ذات

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص CE, Avis, 09 mars 1995. n°356931, Rec Leb. Cite par 471

² Jean-Paul Buffelan - Lanore : Entreprise Publiques. JCA.Fascule 1998.P 12

طابع صناعي وتجاري، كما أخذت شركة طيران فرنسا Air France والشركة الفرنسية للبترول شكل الشركة المختلطة، وفي الوقت الراهن يوجد عدد كبير من الشركات المختلطة التي تستثمر رؤوس أموال كبيرة ، ويبلغ رقم أعمالها مليارات اليورو، وتستخدم آلاف العاملين¹.

أما في الجزائر فقد اعتمدت نظام الشركات ذات الاقتصاد المختلط أو ما يعرف بأشكال الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار الاقتصاد المختلط بموجب المادة 23 من قانون 63-277² والمادة 3 من الأمر 66-284³. لكن خلال فترة الثمانينات عدل المشرع من قانون الاستثمار وفصل بين الاستثمارات الأجنبية والاستثمارات الوطنية، حيث خص لكل منها نصا تشريعيًا خاصا ومستقلا عن الآخر، فأصبحت الاستثمارات الأجنبية منظمة بالقانون رقم 82-13 والمتعلقة بالشركات مختلطة الاقتصاد⁴، أما الاستثمارات الوطنية فتخضع للقانون رقم 82-11 والمتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني⁵، وبهذا تكون الجزائر في تلك الفترة قد رفضت الاستثمار الأجنبي الكلي، وفضلت الاستثمار عن طريق الشركات المختلطة الاقتصاد التي تخضع لهيمنة المؤسسات الوطنية، وذلك بموجب نص المادة 22 من قانون 82-13 " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقل نسبة مساهمة المؤسسة أو المؤسسات الاشتراكية عن 51%". والملاحظ من هذا القانون أنه استبعد من مجال تطبيقه ثلاث أنواع من الشركات المختلطة وهي:

- الشركات المختلطة الاقتصاد التي أنشئت بموجب اتفاقيات دولية ؛

- الشركات المختلطة الاقتصاد التي يوجد مقرها خارج التراب الوطني ؛

- الشركات المختلطة بالمحاصة التي تعمل في مجال التنقيب واستغلال المحروقات السائلة ؛

وباستثناء هذه الحالات فإن هذا القانون يطبق على جميع الاستثمارات الأجنبية ويخص جميع

¹ Paul Lignières , Partenariats publics privés. Lites.Paris 2000 ,P 75

² القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ، عدد 53، الصادرة سنة 1963

³ الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر، عدد 80، الصادرة سنة 1966

⁴ القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر، عدد 35، الصادرة سنة 1982 المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986، ج ر ، عدد 35 الصادرة سنة 1986

⁵ القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، ج ر عدد 34 الصادرة سنة 1982

القطاعات إلا إذا استبعدت الدولة القطاعات الاستراتيجية من نظام الشركات المختلطة، وبالتالي فإن هذا القانون يترجم إرادة المشرع في فرض رقابته على الاستثمارات الأجنبية مع الاعتراف بأهميتها في التنمية الاقتصادية ودورها الفعال في نقل التكنولوجيا.

يخضع تأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد لأحكام القانون التجاري¹، كما يخضع استثناء للقانون 82-13 تطبيقاً لمبدأ الخاص يقيد العام.

وطبقاً لذلك فإن إنشاء هذه الشركات يشترط أساساً إبرام بروتوكول اتفاق مشترك بين المؤسسة العمومية والمستثمر الأجنبي قبل إعداد القوانين الأساسية للشركة، ويهدف هذا البروتوكول إلى تنظيم تأسيس وسير الشركة.

وما يمكن قوله أن شركات الاقتصاد المختلطة سواء في فرنسا أو الجزائر تشكل الأسلوب الثالث لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، الذي يأتي كحل وسط بين التدخل المباشر لأشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وبين تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص.

وتتشارك شركات الاقتصاد المختلط مع تقنية التفويض في أنهما من طرق إدارة المرافق العامة، وتختلفان في المسائل الآتية:

- العلاقة بين شركة الاقتصاد المختلط وبين الشخص العام هي علاقة نظامية، بينما العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام هي علاقة تعاقدية².

- تعد الشركات المختلطة من أشخاص القانون الخاص وتخضع للأنظمة والقوانين الصادرة عن المشرع لاسيما لكيفية الإنشاء والنظام الداخلي الذي يحكمها، أما في تقنية تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص ويخضع في علاقته مع الشخص العام لبند العقد والنظام القانوني الخاص بالتفويض³.

¹ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر، عدد 22 المعدل والمتمم .

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 484

³ المرجع نفسه، ص 485

ثالثاً: تفويض المرفق العام وعقد البناء والتشغيل والتحويل BOT

يعتبر نظام الـ BOT كغيره من الوسائل المستخدمة في تحقيق المرافق العامة، لا يرتبط بتعريف موحد، وهذا أمر طبيعي لأن مهمة تحقيق المرافق العامة تختلف بحسب الظروف السائدة في الدولة¹. ويعتبر أيضاً عقد الـ "BOT Buld-Operate-Transfer" من أهم الوسائل التي تمكن الدولة من إنشاء مرافق عامة وتشغيلها دون أن تتحمل أية أعباء مالية، لأن المتعاقد معها سيتحمل أعباء البناء والتشغيل وعند انتهاء مدة العقد يتحول المرفق العام إلى الدولة. فهو بهذه العناصر يتشابه إلى حد كبير مع العناصر التي تقوم عليها تقنية تفويض المرفق العام، وهو ما يقتضي منا تحديد مفهومه وموقف المشرع الجزائري منه وأيضاً إبراز أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين عقد تفويض المرفق العام.

1- معنى عقد الـ BOT

عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية عقد الـ BOT بأنه " اتفاق تعاقدي تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء إحدى المرافق العامة الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل، والقيام بأعمال التشغيل والصيانة، وتتولى الهيئة الخاصة إدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة"².

ويعرفه Bettinger بأنه " اتفاق يتولى بموجبه المتعاقد مع الإدارة تشغيل المشروع وإعادة المنشآت إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد التي لا تتجاوز عادة الثلاثين عاماً، ويتضمن العقد البنية التحتية من قبل شركة خاصة أو مجموعة من الشركات التي تستخدم أموالها الخاصة لإقامة المشروع، وتقوم بتشغيله طوال مدة العقد. وتحصل على إيرادات التشغيل مقابل الخدمات التي تقدمها. ويقتضي أن تكون الإيرادات كافية لتغطية نفقات التشغيل والديون المترتبة نتيجة إقامة المشروع"³.

وأيضاً عرفه الأستاذ قاضي إلياس بأنه " عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها"⁴.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 473

² مروان محي الدين، UNIDO BOT Guidelines, UNIDO publication. Austria 1996. P 288 , Cite par القطب، مرجع سابق، ص 295

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 295. Cite par Christian Bettinger ,Op cit. P 98.

⁴ القاضي إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 81

ومن خلال هذه التعاريف يمكن إجمال بعض الخصائص التي يتميز بها عقد الـ BOT:

- انحصار تنفيذ مشاريع الـ BOT بالقطاع الخاص، لأن الهدف من هذه العقود هو وجود شخص خاص قادر على تمويل الاستثمارات الضخمة للمرفق العام بعيدا عن ميزانية الدولة، والذي يكون في غالب الأمر شركة مشروع مؤسسة من المستثمرين الذين يملكون رؤوس الأموال ويرغبون في توظيفها بالشكل الذي يحقق لهم قدرا معقولا من الربح¹.

- إن الغاية من عقد BOT هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية لها أهمية خاصة يعهد إليها بإشباع حاجات وأداء خدمات ذات نفع عام لمواطني الدولة المضيفة².

- ملكية المرفق العام ثابتة للدولة حيث لا يجوز القول بتملك شركة المشروع للمرفق، فرغم كون شركة المشروع تتمتع بصلاحيات واسعة مقارنة مع الجهة الإدارية في تشييد وتشغيل المرفق، لكن هي مطالبة بعد انتهاء مدة العقد من تحويل صلاحيات التشغيل للجهة الإدارية، وليس بنقل الملكية لأنها في الأصل ملك للجهة الإدارية من البداية³.

2 - موقف المشرع الجزائري من نظام الـ BOT:

إذا كانت الجزائر لم تعرف في قوانينها تسمية الـ BOT، فإنه بالرجوع إلى القوانين نستشف صيغة من صيغ هذا العقد، وهو ما نصت عليه المادة 17 من القانون المتعلق بالمياه⁴، التي جاء فيها تحديدا لمكونات الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، على أنه " تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض، لإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص".

الملاحظ من هذه المادة أنها تتوفر على جميع العمليات والمراحل المتضمنة في تنفيذ عقود الـ BOT وهي : الانجاز أو البناء و الاستغلال، وبعدها رجوع المنشآت إلى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 295

² المرجع نفسه، ص 296

³ Christian Bettinger ,Op cit. P 98.

⁴ القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، سالف الذكر.

وقد استعملت هذه الصيغة بالأخص في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة، حيث وقعت شركة المياه الجزائرية ADE، لولاية تيبازة عقدا مع الشركة الكندية SNC Lavalin والاسبانية ACCIONA AGUA بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 عاما¹.

يحمل مصطلح الامتياز المنصوص عليه في القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات نفس المعنى²، إذ جاء في نص المادة 2 أنه " ... الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات" وأضافت المادة 07 أنه " ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، حائز رخصة للاستغلال " .

يستشف من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري أورد المراحل المتضمنة في عقود الـ BOT وهي الانجاز والاستغلال، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء والغاز نشاطا للمرفق العام، وقد أبرمت في هذا الميدان شركة كهرباء سكيكدة، التابعة لشركات عمومية وهي سوناطراك و سونلغاز والوكالة الجزائرية للطاقة، عقدا مع مجموعة SNC Lavalin، بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة³.

3 - موقع عقد الـ BOT من عقود تفويض المرفق العام

تعتبر مسألة تحديد موقع عقد الـ BOT من تقنية تفويض المرفق العام، من المسائل الشائكة التي تحتمل العديد من الآراء المتباينة، والتي تختلف بين دولة وأخرى، وذلك حسب نظرة الدولة إلى القطاع العام من جهة و للطرق المعتمدة في تحقيقه من جهة أخرى.

فبالنسبة للاجتهاد القضائي الفرنسي لم يصل إلى حسم الجدل حول الوصف القانوني لنظام الـ BOT وما إذا كان يدخل في تقنية التفويض. أما الفقه فقد رأى أن عقد الـ BOT يدخل في أسلوب الامتياز لكن دون تحديد أي نوع منها، وفي هذا الخصوص يقول الأستاذ Bettinger " الـ BOT هو من

¹ فراح رشيد، مرجع سابق، ص 278

² القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، عدد 08 الصادر في 06 فيفري 2002.

³ فراح رشيد، مرجع سابق، ص 279

الامتيازات التي تتطلب عمليات التصميم في الاستثمارات الجديدة"¹.

ويقول الأستاذ وليد حيدر جابر أن نظام الـ BOT لا يمكن تكيفه إلا في إطار صورتين²:

- امتياز الأشغال العامة وهي الصورة المبدئية له قبل التطرق إلى مدى ارتباط الأشغال المنفذة بوجود مرفق عام؛

- امتياز الشغل والمرفق العام وهي الصورة التي تستخلص لاحقاً بعد التثبيت من أن تنفيذ الأشغال العامة جاء في إطار إدارة واستثمار لمرفق العام، وهنا في هذه الحالة يدخل نظام الـ BOT في تقنية التفويض.

وخلاصة القول أن نظام الـ BOT في فرنسا لا يمكن إدراجه في تقنية التفويض، إلا إذا أخذ وصف امتياز الشغل والمرفق العام، أما في الجزائر فإنه من المبكر الجزم بذلك حتى نتطرق إلى عقود تفويض المرفق العام و بالأخص عند دراسة عقد امتياز المرفق العام في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

المرتكزات القانونية لتفويض المرفق العام

لقد كان للمشرع³ دوره في إبراز وتكريس المرتكزات القانونية الدالة على تقنية تفويض المرفق العام لاسيما من خلال التعريف القانوني لها، والذي حددها في ثلاث مرتكزات قانونية متمثلة في ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض، ونعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض، تلك التي تشكل ميداناً لتطبيق تقنية تفويض المرفق العام، إذ ليست كل المرافق العامة قابلة للتفويض، (المبحث الأول).

كما يقتضي أن تقوم بين السلطة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية تتخذ شكل عقد من أنواع عقود التفويض. فالتفويض لا يكون على درجة واحدة فهو يختلف بمدى مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحملها، ونطاق السيطرة والرقابة التي تمارسها الجهة مانحة

¹ Christian Bettinger , op cit. p 97: "les Bot sont bien des concessions conçues pour des operations qui necessitent de nouveaux investissement"

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 496

³ نقصد (بالمشرع) الفرنسي والجزائري على حد سواء: لأن التعريف القانوني لتقنية تفويض المرفق العام الذي أدرجه المشرع الجزائري يحمل نفس العناصر التي كرسها المشرع الفرنسي.

التفويض على المرفق العام محل التفويض (المبحث الثاني).

كما أن تفويض المرفق العام لا يعني فقط إدارة المرفق العام إنما أيضاً استثماره (الاستغلال وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال)، والذي يعني الدخول في مشروع قصد تحقيق عائدات بشكل أرباح لحساب الشخص المكلف بتحقيقه، والقول بوجود أرباح يعني وجود لمنتفعين، وبالتالي لمسؤولية مالية ومخاطر يتحملها الشخص المكلف بتحقيق المشروع (المبحث الثالث).

في هذا السياق طرحت العديد من التساؤلات منها هل هذه المرتكزات كافية لتحديد إطار تفويض المرفق العام كقوة قانونية مستقلة؟ وهل أن المشرع أصاب عندما أتى على تحديد هذه المرتكزات في تعريفه لتقنية التفويض؟ لعل الأجوبة على ذلك تكمن في تبيان هذه المرتكزات وموقعها في الدلالة على التفويض.

المبحث الأول

ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض

يشكل المرفق العام المرتكز القانوني لتقنية التفويض، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام.

من المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة أو يمكن أن تعهد للغير بتحقيقها ليست كلها مرافق عامة، لذا فإنه يلزم ابتداءً تحديد ما إذا كان النشاط الذي يتم تفويضه يشكل مرفقاً عاماً (المطلب الأول)، و أيضاً تحديد المرافق العامة التي تكون قابلةاً للتفويض (المطلب الثاني) والموانع التي تحول دون تفويضها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تحديد المرفق العام

يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم غموضاً وتطوراً في القانون الإداري. وقد مر هذا المفهوم بمراحل عديدة امتدت من الازدهار، مروراً بالأزمة، وصولاً إلى إعادة التقييم والبناء. ولا يزال يطرح

تعريف المرفق العام مشكلا في ظل غياب أي تعريف تشريعي أو تعريف قضائي¹. ولعل الباحث الذي وجد التعبير اللاتقة لوصف مدى صعوبة تعريف المرفق العام هو الفقيه "Waline" الذي يقول: " قد يسهل جمع الزئبق السائل من المحرار القديم المكسر في حين يصعب إعطاء تعريف واضح ودقيق لمفهوم المرفق العام" أما الفقيه "Truchet" الذي يلاحظ أن: "غياب تعريف دقيق لمفهوم ما يكون عادة بمثابة دليل على أنه محل تطور مستمر"².

ولكن هذا الفراغ التشريعي والقضائي قابله محاولات من جانب الفقه لتعريف المرفق العام، وذلك بربط وجود المرفق العام بعنصرين أساسيين هما المصلحة العامة من جهة والشخص العام المسؤول عن تأمين المرفق العام من جهة أخرى، ولكن ما لبث أن تغيرت النظرة إلى المرفق العام والتي أدت بدورها إلى نتائج ساهمت في تحديثه. فقد أضحى بالإمكان تكليف أشخاص القانون الخاص بمهمة ذات نفع عام في إطار المرفق العام، مما جعل الفقه يغلب معيار المصلحة العامة على المعيار العضوي المتمثل في ارتباط تعريف المرفق العام بالشخص العام(الفرع الأول).

وقد يتدخل المشرع لتحديد صفة النشاط على أنه مرفق عام، ففي الكثير من النصوص القانونية أقر المشرع صفة المرفق العام للعديد من النشاطات(الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير تحديد المرفق العام

عرف الأستاذ Chapus المرفق العام بأنه نشاط يقوم به أو يؤمنه شخص عام لتحقيق مصلحة عامة³.

كما عرف الأستاذ Chevallier المرفق العام بأنه إتمام الوظيفة وتحقيق لمهمة. بالنتيجة هو نشاط

¹ أحسن عمروش، ماهية المرفق العام، أعمال الملتقى الدولي حول المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جلاي بونعامة خميس مليانة، يومي 22 و 23 أبريل 2015، ص 124

² المرجع نفسه، ص 124

³ René Chapus, le service public et la puissance publique, RDP, 1968,p 237: " Le service public est l'activité assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public".

لملموس يعود لبعض الأعضاء تحقيقه¹.

وقد عرفه الأستاذ Duguit بأنه كل نشاط تعود مهمة تحقيقه وتنظيمه والإشراف عليه إلى الحاكم، لأن تأمينه هو لازم لتحقيق وتطوير التعاقد الاجتماعي، وهو بفضل هذه الطبيعة لا يمكن تأمينه بالكامل إلا بتدخل من السلطة الحاكمة².

هذه التعاريف حاولت ربط المرفق العام بعنصرين أساسيين هما المصلحة العامة من جهة والشخص العام المسؤول عن تأمين هذه المصلحة من جهة أخرى.

إلا أن هذه الفكرة تطورت وتطور معها تعريف المرفق العام حيث أصبح المرفق مرتبط بالمصلحة العامة ولكن يمكن تأمينها من طرف الشخص العام أو الشخص الخاص.

فقد عرفه Boiteau-Pauliat-Lachaum المرفق العام بأنه نشاط ذو نفع عام محقق بواسطة شخص عام أو تحت رقابته بواسطة شخص خاص مع خضوعه وفقاً للأحوال لنظام خارق للقانون الخاص³.

وهناك تعاريف أخرى ربطت المرفق العام بالمصلحة العامة، لكن يستدل على وجوده ببعض المؤشرات، بسبب عدم تعريف وتحديد مفهوم دقيق للمرفق العام على الصعيدين التشريعي والقضائي من ناحية، وانتماء المرفق لبنية هي عرضة دائماً للتطور والتبدل من الناحية أخرى، وهو ما دفع البعض لاسيما الأستاذ Truchet إلى وصف المرفق العام كعلامة توضع لنشاط ذي نفع عام، باعتبار أن الغموض الذي يكتنف المرفق العام لا يخوله أن يرتقي إلى مستوى المفهوم القانوني، فيعرفه " المرفق

¹ Jacques Chevallier, le service public, P.U.F Collection, que sais –je, Paris, 1997,p 33." Le service public est une fonction à remplir puis une mission à assumer. En conséquence c'est aussi une activitéconcrète que certains organes prennent en charge".

² Léon.Duguit, Droit constitutionnel, 3 ème édition, 1928, Tome 2, p 55. " Le service public est toute activité dont l'accomplissement doit etre assuré, réglé et controlepar les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'intérdépendance social et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut etre réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante"

³ Jean-Francois Lachaum, Claudie Boiteau, Méléne Pauliat, Grands services publics , édition Armand Colin , 2ème édition , Paris 2000, p 12." Le service public est une activité d'intérêt général assumée par une personne publique ou sous son contrôle par une personne privée et qui est soumise à des degrés variables suivant les cas à un régime exorbitant du droit privé".

العام هو نشاط يستهدف تحقيق مصلحة عامة يستدل عليه من خلال بعض المؤشرات والعلامات¹.

إن المتفق عليه من خلال التعاريف السابقة أن المرفق العام هو نشاط يحقق المصلحة العامة، مرتبط بشخص عام، ويخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي المطبق على الأفراد، وهذه التعاريف تدل على أن للمرفق العام ثلاث عناصر أساسية، العنصر الوظيفي ويكمن في ممارسة نشاط يحقق المصلحة العامة (أولاً)، والعنصر العضوي ويتجلى في الارتباط بشخص عام (ثانياً)، والعنصر المادي ويتعلق بالخضوع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي (ثالثاً).

أولاً: ارتباط مفهوم المرفق العام بالمصلحة العامة (المعيار الوظيفي)

المصلحة العامة هي أساس وجود المرفق العام وسبب إنشائه، فلا يمكن أن يقوم هذا الأخير إلا إذا كانت هناك مصلحة عامة ينبغي تأمينها للأفراد، فهي إذا الهدف والغرض الأساسي والذي من أجله وجد وأنشأ المرفق العام²، حيث يقصد بالمرفق العام كل نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة، بمعنى أنه كل نشاط يتعلق بالمرفق العام هو نشاط مصلحة عامة وليس كل نشاط يحقق المصلحة العامة هو نشاط مرفق عام، حيث تجسد المصلحة العامة المعيار المادي لتعريف المرفق العام، ومن هنا يمكن التمييز بين نشاطين:

– نشاط خاص هدفه تحقيق الربح.

– نشاط عام الذي تحركه المصلحة العامة كهدف أساسي له.

ومن هنا فالمحدد لوجود المرفق العام هو المصلحة العامة من حيث الوجود والمدى، وسنحاول الإحاطة بوجود المصلحة العامة من خلال معالجة تعريفها و مرونتها التي انعكست على مفهوم المرفق العام.

تشكل المصلحة العامة كمفهوم ما يزال من الصعب تعريفه التعبير القانوني لحاجات الجمهور الأساسية، التي تضطلع الجماعة العامة بتحقيقها، وهي كأي مفهوم تخضع للتطور تأثيراً بالبيئة الاقتصادية

¹ Didier Trichet, label de service public et statut de service public, AJDA, 1982, p 426 Cite par: 126 أحسن عمروش، مرجع سابق، ص

² عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، الرباط، المغرب، سنة 2001، ص33

والسياسية والاجتماعية وكذلك الثقافية التي تنضوي فيها¹.

فتحديد ما يعتبر من قبيل المصلحة أمر يصعب إدراكه، لأنه يختلف باختلاف النظام السياسي والاقتصادي المعتمد في الدولة².

فالمصلحة العامة مفهوم مرن ومطاط يقترب من مصطلحات أخرى كالمنفعة العامة التي هي بالدرجة الأولى مصطلح اقتصادي وتعني الرضا جراء تغطية حاجة عامة وهذه الأخيرة التي تعني حاجة قدرت السلطة العامة في الدولة تلبيتها سواء مباشرة أو عن طريق أشخاص آخرين تختلف عن المصلحة الخاصة من حيث الشخص المنشأ والمنظم لها، ومن حيث طبيعتها وكيفية تلبيتها³.

ويقول الأستاذ محمد الأمين بوسماح، يعكس المرفق العام التصورات الفلسفية السائدة في فترة ما وفي بلد ما فهو يتغير بتغير المكان والزمان وهذا ينطبق على الجزائر⁴.

ولقد حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف للمصلحة العامة ومحاولة تحديدها، فالأستاذ " ثورت بدوي" ينطلق في تعريف المصلحة العامة من فكرة الحاجة العامة " هناك حاجات أساسية تلزم الجماعة جميعاً، أو تهم غالبيتهم لكن يعجز عن القيام بها النشاط الفردي مثل الحاجة للأمن والحماية، وهي لا تحقق ربحاً وبذلك لا تستهوي الأفراد فهي بذلك المجال الطبيعي لنشاط الدولة والجماعات المحلية، فهي حاجات يعتبر تحقيقها إشباعاً للمصلحة العامة"⁵. ويعرفها أيضاً من حيث الكيف بأن " المصلحة العامة هي مصلحة تكون قيمتها المعنوية أعلى مرتبة وأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة"، ومن حيث الكم بأنها " المصلحة التي تحقق نفعاً أكبر عدد من الأفراد"⁶.

ويعرفها الأستاذ سليمان الطماوي " المصلحة العامة هي الخدمة التي تكون على قدر من الأهمية،

¹ نادية طريقي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 34

² عبد الله حداد، المرجع سابق، ص 33.

³ نادية طريقي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 34

⁴ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، (ترجمة رحال بن عمر و رحال مولاي إدريس)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 03 .

⁵ ثورت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 16. نقلا عن : حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الأول: نظرية المرافق العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 140/139.

⁶ المرجع نفسه، ص 140.

وإلا تركت للأفراد"¹.

فالمصلحة العامة أو كما يسميها الأستاذ ناصر لباد الصالح العام هي " سد حاجات عمومية أو تقديم خدمات للمواطنين وقد تكون هذه الأخيرة مادية كتوريد الماء والكهرباء، وتوفير وسائل المواصلات وتقديم المساعدات الاجتماعية، وقد تكون خدمات أو حاجات معنوية تحقق النفع للمواطنين بطريقة غير مباشرة كما هو الشأن بالنسبة للمصلحة العامة التي يحققها مرفق الأمن والدفاع"².

لقد استقر العلم والاجتهاد على القول أنه لا وجود لمرفق عام دون مصلحة عامة. فالأستاذ Truchet يرى أن المرفق العام هو أولاً نشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة³، أما الأستاذ Rivero فقد أعطى للمصلحة العامة معنى واسعاً تخطى المرفق العام ليصل إلى القانون نفسه عندما اعتبر أن المصلحة العامة ليست في القانون فقط بل تمتد إلى جميع فروع القانون⁴.

أما الاجتهاد الفرنسي فقد استخدم مفهوم المصلحة العامة، كتعبير أو كأساس لوجود المرفق العام في عدة قرارات أبرزها قرار مجلس الدولة الصادر في قضية Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie⁵، والذي اعتبر فيه أن مفهوم المصلحة العامة يتفوق على مفهوم المرفق العام ويستوعبه.

ثانياً: ارتباط المرفق العام بالشخص المعنوي العام (المعيار العضوي)

إن ارتباط المرفق العام بالشخص المعنوي ما هو إلى تعبير عن المعيار العضوي لمفهوم المرفق العام الذي بدونه يصبح النشاط ذا طبيعة خاصة، فالمعنى العضوي ما تزال له مكانته في بناء مفهوم المرفق العام، وهو لم يعد يقصد به الطابع العام (الهيئة أو الإدارة عامة)، إنما وجود ارتباط مباشر أو غير مباشر مع الشخص المعنوي العام⁶.

- الارتباط المباشر: يتحقق الارتباط المباشر عندما يدير أحد أشخاص القانون العام المرفق مباشرة

¹ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري: نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 23

² ناصر لباد، القانون الإداري (الجزء الثاني: النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، مطبعة SARP، 2004، ص 117

³ Didier Trichet, Op.Cit. P 431

⁴ Jean Rivero, Existe til un critere du droit administratif, RDP, 1953. P 284.

⁵ CE 12 juin 1959, AJDA 1960, P 86

⁶ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 208

عن طريق استخدام وسائله الخاصة، ففي الإدارة المباشرة تبلغ قوة الارتباط بين الشخص العام والمرفق العام حدها الأقصى فعلى الشخص العام بالإضافة إلى إنشاء وتنظيم المرفق العام، أن يتولى تأمين الإدارة اليومية للمرفق¹.

- **الارتباط غير المباشر:** والمتمثل بقيام أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة المرفق العام بوسائله الخاصة، وذلك بتبني الطرق الجديدة في تسيير المرفق العام (تفويض التسيير للخواص) حيث يكون الارتباط من حيث الإنشاء والتنظيم والرقابة التي تفرض على المفوض له².

ولكن هنا أثير إشكال حول ما إذا كانت المؤسسة العمومية تشكل ارتباطا مباشرا أم غير مباشر مع المرفق العام؟ وإذا كانت تشكل ارتباطا مباشرا هل لها الأهلية في منح تفويض المرفق العام؟

تعتبر المؤسسة العمومية شخص معنوي عام، الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل للمرافق العمومية التابعة للدولة أو الجماعات المحلية. وتجسد الارتباط المباشر مع المرفق العام لأنها تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة، وبالاستقلال المالي والإداري، دون أن يكون هذا الاستقلال مطلقا لأن الشخص العام يخضع لرقابة وإشراف السلطة المنشأة مما يفترض وجود علاقة قوية تربطهما تعكس على المرفق العام.

إذ إن المؤسسة العمومية لا تعدو أن تكون مجرد جهاز وجد أصلا من أجل تحقيق مهمة مرفقية. وتأمينا لذلك منح الشخصية المعنوية التي لا ترتقي بمفاعيلها إلى تلك الممنوحة إلى الدولة والجماعات المحلية، فهي تشكل صيغة توافقية بين أسلوب الإدارة المباشرة من جهة والشخصية المعنوية من جهة أخرى، إذا وفقا لهذا، فهي لا يمكن أن تفوض إلى الغير إدارة واستثمار مرفق العام، عهد أصلا إليها بتحقيقه من قبل الدولة أو الجماعة المحلية.

وتأكيدا على هذه الفكرة أقر المشرع الفرنسي من خلال قانون Sapin على أنه لا يجوز تفويض النشاط الممارس من قبل مؤسسة عامة إلا إذا نص القانون الأساسي للمؤسسة على ذلك³. وهنا المشرع الفرنسي يوازي بين تقنية تفويض المرفق العام و المؤسسة العمومية كطرق لتسيير المرفق العام دون

¹ Stéphane Braconnier, Op cit, p 383

² Ibid, P 384

³ Voir l'Art 41 de la 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, modifiée et complétée

التداخل بينهما.

أما في الجزائر ومن خلال استقراء النصوص القانونية التي تنظم عقد الامتياز و تفويض المرفق العام و المؤسسة العمومية نجد التداخل بينهما.

إن المشرع في تعريفه لتفويض المرفق العام أكد على ضرورة الارتباط بين الشخص العام و المرفق العام، وذلك بقوله "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام و المسؤول عن المرفق العام، أن يقوم بتفويض تسييره للمفوض له..." فالمشرع يكرس المعيار العضوي للاستدلال على المرفق العام من جهة. ومن جهة أخرى يفصل بين الشخص المعنوي العام المسؤول عن المرفق العام والسلطة المفوضة. وذلك بقوله "...وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية..." فما المقصود بالسلطة المفوضة هنا؟

يمكن القول أن المشرع يعطي الحق للشخص المعنوي العام والمتمثل في الدولة أو الجماعة المحلية بتفويض المرفق العام، بالإضافة إلى المؤسسات العمومية التي يمكنها أيضا أن تتصرف لحساب الشخص المعنوي العام. و بالعودة إلى أحكام المادة 101 من قانون المياه نجدها تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: "...يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه...كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية...". وتنص الفقرة الثانية من المادة 104 من نفس القانون على ما يلي " ...كما يمكن لصاحب الامتياز أن يفوض كل أو جزء من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشأة لهذا الغرض". الملاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للمؤسسة العمومية التي هي طريقة من طرق التسيير. الحق في أن تكون صاحبة الامتياز من جهة ومن جهة أخرى لها الحق في تفويض المرفق العام الخدمة العمومية للمياه.

ثالثا: خضوع المرفق العام لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي

تخضع جميع المرافق العامة، سواء كانت ذات طابع إداري أو اقتصادي، سواء كانت تدار من الشخص العام أو الخاص، لمجموعة من القواعد غير المألوفة في القانون العادي. وهذه القواعد تتعلق بالمبادئ العامة المتصلة بعمل المرفق العام والمستوحاة من ضرورة تأمين المصلحة العامة وإشباع حاجات الجمهور، كضرورة دوام عمل المرافق العامة بانتظام واضطراب، والمساواة بين المستفيدين من

المرفق العامة¹.

ولقد اعتبر العديد من الفقهاء أن معيار امتيازات السلطة العامة (الخضوع لنظام قانوني غير مألوف) هو أساس لوجود المرفق العام. فالأستاذ Chevallier رأى في امتيازات السلطة العامة أساساً لوجود المرفق العام²، وأيضاً الأستاذ Truchet رأى أن وجود امتيازات السلطة العامة هو اليوم ضروري ومؤشر لوجود علامة المرفق العام³.

ولكن تم العدول عن هذا المعيار عندما قلل الاجتهاد القضائي من أهميته وذلك في قرارات عديدة حيث أقر وجود المرفق العام مع غياب امتيازات السلطة العامة من ناحية، وتمتع أشخاص القانون الخاص بامتيازات السلطة العامة للقيام بمهام لا ترتبط بمرفق عام من جهة أخرى⁴.

فالاتجاه القضائي في قضيتي Ville de Melun⁵ و Texton Société⁶، وصف النشاط المحقق من جانب المتعاقدين مع الأشخاص العامة بالمرفق العام، على الرغم من انتفاء امتيازات السلطة العامة، وقد استند إلى وجود رقابة من جانب الأشخاص العامة على المتعاقدين معها، إلى جانب توفير المعايير الأساسية⁷.

لقد تم استبعاد هذا المعيار من دائرة المعايير المحددة لوجود المرفق العام ليصبح مجرد مؤشر على وجود المرفق العام.

الفرع الثاني: المرفق العام صفة يضيفها القانون على بعض النشاطات

كان الأساس في تحديد ما إذا كان النشاط يشكل مرفقاً عاماً أم لا، هو طبيعة النشاط نفسه بحيث يكون محققاً لمصلحة عامة، إلا أنه يمكن لكل من النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية أن تعطي

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 30

² Jacques Chevallier, Fondements idéologiques du droit administratif Français, Tome 2. édition PUF. Paris 1979. P 03

³ Didier Trichet, Op.Cit. P 431

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 219- 220

⁵ CE 20 juillet 1990 Ville de Melun, AJDA, P 82

⁶ CE 17 février 1992. Société Textron, AJDA, P450

⁷ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 220

هذه الصفة لبعض الأنشطة.

المشرع الفرنسي ومن خلال أحكام المادة الأولى من القانون رقم 93-23 المؤرخ في 08 جانفي 1993 المتعلق بتنظيم الجنائز¹، اعترف لها بصفة المرفق العام. كما أعطى أيضا صفة المرفق العام للنشاط المتعلق ببقايا الحيوانات ونفايات المسالخ بموجب المادة 01 من القانون رقم 96-1136 المؤرخ في 26 ديسمبر 1996 المتعلق بجمع الجثث الحيوانية وبقايا المسالخ².

وفي الجزائر اعترف القانون بصفة المرفق لعدة أنشطة من ذلك:

- القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 والمتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز بواسطة القنوات³، فقد أضفت أحكام المادة الأولى منه صفة المرفق العام على كل النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء والغاز ونقلهما وتوزيعهما.

- القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 أضفى المشرع صفة الخدمة العمومية، على مرفق البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁴. من خلال المادة الأولى وكذا ربطها بضرورة ضمان المصلحة العامة.

- القانون 07-05 المتعلق بالمحروقات لم يضيف عليه صفة المرفق العام لكنه بالمقابل أطر كيفية استغلال هذه النشاطات وحررها عن طريق تبني عقود الامتياز بسبب ارتباط هذه النشاطات بملكية

¹ Voir l'Art 01 de la loi n° 93-23 du 28 janvier 1993 modifiant le titre VI du livre III du code des communes et relative à la législation dans le domaine funéraire , JORF n°7 du 9 janvier 1993. " Le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public comprenant..."

² Voir l'Art 01 Loi n° 96-1139 du 26 décembre 1996 relative à la collecte et à l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs et modifiant le code rural, JORF n° 49 du 29 décembre 1996.

³ المادة 01 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات. مرجع سابق. " يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على نشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات...ويمارسونها في إطار المرفق العام".

⁴ قانون رقم 03-2000، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر عدد 48 ، لسنة 2000 " يهدف هذا القانون إلى تطوير وتقديم خدمات البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ذات نوعية في ظروف موضوعية وشفافة وبدون تمييز في مناخ تنافسي مع ضمان المصلحة العامة".

الجماعة الوطنية المجسدة في الدولة¹. ونفس الأمر بالنسبة لقطاع المناجم. حيث نصت المادة 02 منه بأنه تعد ملكية عمومية وملكا للمجموعة الوطنية، المواد المعدنية أو المتحجرة المتواجدة في المجال السطحي أو الباطني أو في المجال البحري التابع لسيادة الدولة².

فالمرفق العام أصبح صفة يضيفها القانون على بعض النشاطات التي يراها ضرورية لحياة الجماعة العامة، غير أن هناك بعض النشاطات رغم أهميتها للمجتمع إلا أن القانون لم يضيف عليها صفة المرفق العام. فهي خارجة عن النطاق المرفق العام، لكن المشرع قيدها وقننها، كنشاط المراقبة التقنية للسيارات والفنادق التي لا تعتبر مرفق عامة رغم أهميتها وارتباطها بالمصلحة العامة.

ويستطيع أيضا القضاء الإداري باعتباره المراقب لنشاط الأشخاص العامة، تحديد صفة المرافق العامة لأنشطة المعروضة عليه، وفي أحكام حديثة لمجلس الدولة الفرنسي اعتبر أن نشاط تنظيم مهرجان للرسوم التعبيرية³ ونشاط تنظيم عرض لموسيقي الجاز⁴ يشكلان نشاطاً للمرفق العام⁵.

المطلب الثاني: المرافق العامة القابلة للتفويض

نعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض، تلك التي تشكل ميدانا لتطبيق تقنية تفويض المرفق العام. والمرافق العامة تقسم إلى مرافق عامة اقتصادية ومرافق عامة إدارية، وهنا نتساءل هل جميع المرافق العامة وبغض النظر عن طبيعتها هي قابلة للتفويض أم أنها محصورة بنوع معين من المرافق العامة؟

هذا النوع من الأسئلة لم يكن يطرح في ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز، بمعنى أن كل المرافق العامة غير قابلة للتفويض ما عدا تلك التي صدر نص قانوني صريح بإباحة الامتياز وتقريره، فإذا لم يصدر نص فهي غير قابلة للتفويض، أما حالياً فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك.

في حقيقة الأمر لقد كانت لسياسة تحديث المرافق العامة، وما نتج عنها من تعدد واسع في وسائل

¹ أنظر المادة 03 من قانون 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات. ج ر عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005

² نادية طريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 44

³ CE 25 mars 1988 Commune d Hyères. Rec. P 668

⁴ CE 2 juin 1995 Ville de Nice. Rec. P 1050

⁵ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص: 444

تحقيقها ومشاركة فعالة للقطاع الخاص، بحيث أضحى القطاع الخاص شريكاً للقطاع العام، دورها في عدم جعل طبيعة المرفق العام معياراً لتحديد أو رسم ميدان تطبيق تقنية التفويض¹، بمعنى أنه أصبح هناك تكريس لاستقلالية قانونية بين طبيعة المرفق العام من جهة وطريقة إدارته واستثماره من جهة أخرى. إلا أنه في الحقيقة يبقى هذا التطبيق نسبياً، فمن الناحية الواقعية نجد أن المرافق العامة الاقتصادية هي الأكثر ملاءمة نظراً لقابليتها للاستثمار (الفرع الأول)، ولكن هذا لا ينفي التقارب مع المرافق العامة الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموافقة بين المرافق العامة الاقتصادية وتقنية التفويض

اعتبر الأستاذ Auby أن المرافق العامة الاقتصادية تشكل المجال المفضل في تقنية التفويض²، أي هناك توافق بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وتقنية تفويض المرفق العام وتمثل الصورة الأكثر تطبيقاً وهذا بسبب قابلية هذا الأخير للاستثمار والاستغلال لأنه بطبيعته يقترب من المؤسسات الخاصة من حيث النشاط الممارس، وفي نفس السياق يقول الأستاذ وليد حيدر جابر إن الملاءمة بين المرافق العامة الاقتصادية وتقنية تفويض المرفق العام تجد أساسها في العوامل التالية³:

– فكرة الاستثمار وما يرتبط بها من نتائج مالية؛

– الأعباء والمخاطر التي يتحملها المستثمر بحيث يصبح مسؤولاً مبدئياً عن كل الخسائر وبمعنى آخر عن نتائج الاستثمار؛

– العلاقة بين المستثمر والمنتفعين الذين يساهمون مباشرة في تمويل استثمارات المستثمر من خلال الثمن الذي يدفعونه مقابل الخدمة المؤداة.

هذه العوامل تجعل المرافق العامة الاقتصادية متشابهة مع المشاريع الخاصة مما يسهل بالتالي تطبيق تقنية التفويض عليها.

ونفس الأمر بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية فالمنتفع للنصوص القانونية التي تتيح إمكانية منح امتياز المرفق العام (باعتباره الوجه الأقدم لتقنية تفويض المرفق العام) يجد أن غالبية المرافق هي مرافق

¹ وليد حيدر جابر. مرجع سابق، ص 222

² J.F . Auby , la délégation de service public, op.cit, p :10

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 230.

ذات طبيعة اقتصادية، بالرغم من أنه لا يوجد نص صريح يحضّر الامتياز في المرافق الإدارية، إلا أن طبيعتها وعدم ربحيتها فرض واقع يقر بعدم إمكانية الاستثمار فيها.

ولكن بالرغم من كون المرافق الاقتصادية هي الأكثر ملاءمة لتقنية التفويض، إلا أن هذا لا يؤدي بالضرورة إلى نجاحها، بل نجاح هذه التقنية مرهون بمجموعة من المعطيات متعلقة بصاحب التفويض من جهة و السلطة المفوضة من جهة أخرى.

الفرع الثاني: التقارب بين تقنية تفويض والمرافق العامة الإدارية

إن الفكرة الأساسية التي تجعل من المرافق الاقتصادية هي الأكثر ملاءمة للتفويض كونها منتجة كالمشاريع الخاصة، بحيث أن المفوض له يتحمل أعباء مخاطر المشروع، وأيضاً في كونه له علاقة مباشرة مع المنتفعين يتحصل على بدل مقابل الخدمة المؤداة¹، الأمر الذي لم يكن موجوداً في المرافق العامة الإدارية.

لكن هذا التصور تغير لتحل فكرة أن المرافق العامة الإدارية قابلة للتفويض وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

– الميزة الإنتاجية لم تعد محصورة في المرافق الاقتصادية بل أصبحت ميزة لكثير من المرافق الإدارية، بمعنى أن تقنية تفويض المرفق العام تقوم على فكرة الاستثمار والنتائج المالية المرتبطة بها وبالتالي لم يعد من الضروري أن تكون عائدات المستثمر محصلة مباشرة من المنتفعين، بل يكفي أن تكون هناك علاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له²، كما هو الحال في عقود التسيير (Gérances) وعقود الوكالة المحفزة (Régie intéressée) والتي يكون المقابل المالي فيها نتيجة استغلال المرافق العام الذي تمنحه السلطة المفوضة، هذه الميزة تجعل من المرافق الإدارية قابلة للتفويض.

ومن الأمثلة على النشاطات المرفقية التي لا تكون فيها عائدات المفوض له محصلة مباشرة من المنتفعين، كأعمال جمع النفايات المنزلية ومعالجتها والتي اعتبرها الاجتهاد الفرنسي من المرافق العامة الإدارية³.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 331

² المرجع نفسه، ص 331

³ CE 30 octobre 1963 SARL SONETRA. Rec.Leb.P 520

– من الاعتبارات التي تجعل من المرافق العامة الإدارية قابلة للتفويض هو زوال فكرة ارتباط المرافق الإدارية فقط بمهام الدولة، فهذه الفكرة لم تعد قائمة أو على الأقل ليست مطلقة، باعتبار أن هناك مجموعة من المرافق الاقتصادية يرتبط وجودها أيضا بالمهام الأساسية للدولة، كمرافق الكهرباء والغاز، و مرافق المياه¹.

لقد اعترف الفقه والاجتهاد القضائي بقابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض، ففي فرنسا كرس الاجتهاد ومنذ فترة طويلة هذه القابلية من خلال العديد من القرارات، أولها القرار الصادر في قضية Terrier حين وصف القضاء مهمة التعاقد مع البلدية من أجل التخلص من الأفاعي القاتلة بأنها امتياز لمرفق عام إداري². فمجلس الدولة الفرنسي أعلنها بصورة صريحة ومباشرة قابلية المرافق العامة الصناعية التجارية والإدارية للتفويض دون تمييز أو مفاضلة³، وذلك بقوله " أن الطابع الإداري لمرفق عام لا يمنع الجماعة الإقليمية من اسناد تنفيذه لأشخاص خاصة"⁴.

هذا الرأي لمجلس الدولة الفرنسي تم تكريسه وتفسيره في التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية الفرنسي بتاريخ 7 أبريل 1987 حيث جاء فيها " أن الجماعات المحلية وخصوصا البلديات يمكنها اللجوء إلى الإدارة المفوضة ليس فقط بالنسبة لمرافقها العامة الصناعية و التجارية، وإنما أيضا بالنسبة لبعض مرافقها العامة الإدارية ، لكن هذه الإمكانية ليس من شأنها أن تؤدي إلى جعل كل مرفق عام إداري قابل للتفويض بالضرورة إلى شخص خاص"⁵.

إن القضاء الإداري ووفقاً لهذه الآراء دحض بعض آراء الفقهاء التي كانت تربط بين نوع الوسيلة في إدارة المرافق العامة وطبيعته من جهة أخرى، وذلك على حد قولها بأنه ليس هناك ملائمة بين تقنية

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 331

² P. Delvolvé, les contradictions de délégation de service public. AJDA. 1996. P 675

³ S.Braconnier, op cit, p 320

⁴ Christian Bettinger. Op. Cit. P 46 " **le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale d'en confier l'exécution à des personnes privées**".

⁵ Ibid, P47. " Les collectivités locales, et en particulier les communes, peuvent ainsi recourir à la gestion déléguée non seulement pour leurs services publics industriels et commerciaux mais également pour certains de leurs services publics administratif. Cette faculté n'implique pas évidemment que la gestion de tout service public administratif susceptible d'etre déléguée à une personne privée doive l'etre necessairement".

تفويض المرفق العام من جهة والمرافق العامة الإدارية من جهة أخرى، باعتبار أن المرافق العامة الاقتصادية هي المثال الأبرز والوحيد لتطبيقات تقنية التفويض¹.

الفقه أيضا كان له موقفه المؤيد للاجتهاد في قابلية المرافق الإدارية للتفويض، فالأستاذ Delvolvé اعتبر أنه إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية بطبيعتها أكثر ملاءمة للتفويض، فإن للمرافق العامة الإدارية أيضا مكانتها في تقنية التفويض².

أما في الجزائر فإن القانون لم يمنع أو يفرق بين المرافق العامة القابلة وغير القابلة للتفويض ولم يحدد مجال التطبيق، هذا ما يجعل جميع المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت إدارية، ثقافية أو اجتماعية، ما لم يكون هناك مانع قانوني من قبل المشرع صراحة.

المطلب الثالث: المرافق العامة غير القابلة للتفويض

إذا كان المبدأ العام هو أن جميع المرافق العامة قابلة للتفويض فإن الاستثناء هو عدم قابلية بعض المرافق العامة للتفويض نظرا لطبيعتها أو أن المشرع يمنع ذلك بنص قانوني، خاصة إذا تعلق الأمر بالمرافق العامة الإدارية، فهي أكثر المرافق إثارة للجدل³.

وقد أجمع المشرع والقضاء والفقه على أن هناك بعض المرافق التي تكون غير قابلة للتفويض سواء لطبيعتها (الفرع الأول) أو بنص قانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرافق غير القابلة للتفويض بحسب طبيعتها

تنقسم المرافق العامة التي تكون غير قابلة للتفويض بحسب طبيعتها إلى مرافق عامة ترتبط بسيادة الدولة مثل مرفق الدفاع، القضاء، الشرطة و الضرائب، ومرافق عامة لا ترتبط بسيادة الدولة مثل مرفق التعليم، الصحة، وذلك لعدم توافرها على عناصر تقنية تفويض المرفق العام.

أولاً: المرافق العامة التي ترتبط بسيادة الدولة

وهي المرافق التي تضطلع بوظائف مرتبطة بسيادة الدولة، والقاعدة العامة بالنسبة لهذه المرافق

¹ G.Marcou ,op.cit, p 698

²P. Delvolvé, Op Cit, P 675

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 444

أنها غير قابلة للتفويض حتى ولو كان هذا التفويض يرد على الإدارة فقط، لأنه يتعلق بجوهر السلطة العامة.

ويأتي في مقدمة هذا النوع من المرافق، مرفق الجيش والذي يتولى وظيفة سيادية للدولة وتحرص دساتير معظم الدول على تأكيد احتكار السلطة العامة لوحدها إنشاء القوات المسلحة، ويعد مرفق القضاء كذلك من المرافق السيادية التي تختص بها الدولة حصراً، وأيضاً مرفق الشرطة الذي يعد من المرافق السيادية للدولة وغيرها من المرافق العامة. فإذا أمعنا النظر في طبيعة هذه المرافق العامة، نرى أنها تدخل في صميم المهام التنظيمية للدولة، وتدخل في امتيازات السلطة العامة التي لا يمكن تفويض تسيرها من قبل الغير¹.

إلا أن الفقه والاجتهاد اعتبر لاحقاً أنه يمكن تفويض بعض النشاطات المرفقية التي يمكن فصلها عن المرافق العامة السيادية لكونها لا تشكل أعمالاً أساسية بل تابعة.

فبعض الدول عهدت للقطاع الخاص القيام ببعض المهام التي يتولاها مرفق الشرطة من خلال شركات خاصة، إذ أجازت ولاية فرانسيسكو لأفراد بأن يستفيدوا من خدمات الشرطة مقابل مبلغ من المال². وقد بدأ اشتراك القطاع الخاص في مهام تتعلق بحفظ الأمن، وذلك ببروز شركات متخصصة بالأمن، ويشهد الأمن الخاص نمواً استثنائياً خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية يصل إلى حد الخروج عن الإطار الضيق للأمن العام فيشارك في المهام العسكرية، إذ لم يتردد البنتاغون في العمل على إشراك شركات خاصة في الأعمال العسكرية فعهد إليها مهام استخباراتية وحراسة مواقع حساسة وحماية القوات التي تقوم بعمليات خارجية، واحتلت هذه الشركات مكاناً بارزاً في الحرب الأمريكية على العراق إذ تم استخدام أكثر من عشرين ألف عنصر أمني خاص³.

وفيما يتعلق بمرفق السجون فإنه أصبح في الآونة الأخيرة قابلاً للتفويض للقطاع الخاص فبعض الدول بداعي أنه يجب التمييز بين الحكم بالعقوبة وهي وظيفة ترتبط بسيادة الدولة وبين تنفيذ العقوبة وهي لا ترتبط بسيادة الدولة ومن ثم يجوز أن يعهد بهذه المهمة للقطاع الخاص، وهو ما أخذ به قانون السجون الفرنسي إذ نص على إمكانية أن يعهد بإدارة السجون إلى أشخاص القانون العام والخاص فيما عدا

¹ أبو بكر أحمد عثمان ، مرجع سابق ، ص 38

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 250

³ أبو بكر أحمد عثمان ، مرجع سابق، ص 39

وظائف القيادة والرقابة والإدارة¹.

ثانياً: المرافق غير السيادية

يقصد بالمرافق العامة غير السيادية مجموعة من المرافق التي لا يمكن تفويضها كاستثناء على مبدأ قابلية المرافق العامة للتفويض وذلك نتيجة لعدم توفرها على العناصر التي تقوم عليها تقنية تفويض المرفق العام، لاسيما فكرة الاستثمار وارتباط العائدات المالية المحققة بصورة جوهرية وفقاً لنتائج الاستثمار، ومثال على ذلك مرافق التعليم والصحة والثقافة والضمان الاجتماعي. وتختلف هذه المرافق عن المرافق السيادية في كونها لا تمثل سيادة الدولة وإنما يتصل دورها بإشباع حقوق اجتماعية وثقافية مكفولة دستورياً للمواطنين.

وعلى الرغم من كون هذه المرافق ذات أهمية إلى أنها تقبل وجود القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام، فمرفق التعليم مثلاً نجد أن الدستور نص على أن الحق في التعليم مضمون وهو مجاني وإجباري². ومؤدى هذا النص هو ضرورة وجود مرافق للتعليم بالمعنى العضوي والوظيفي، إلى أن ذلك لا يعني وجود احتكار للدولة³.

فبالرجوع إلى الأمر 07-05 الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسات التربية والتعليم الخاصة، نجد أنه أجاز للشخص المعنوي أو الطبيعي الخاضع للقانون الخاص أن ينشأ مؤسسة تقدم تعليماً بمقابل⁴، وهذا عكس المؤسسات التعليمية العمومية التي تقدم تعليماً مجاناً. حيث أخضع إنشاء هذه المؤسسة الخاصة لرخصة مسبقة من قبل الوزير المكلف بالتربية والتعليم ولمجموعة من الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 05-432⁵.

ولكن هذا التفويض في مرفق التعليم لا يعتبر تفويضاً للمرفق العام بالمعنى المقصود في المرسوم

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 39

² المادة 65 من الدستور 1996 المعدل والمتمم

³ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 92

⁴ المادة 02 من الأمر 07-05 المؤرخ في 23 أوت 2005، الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، العدد 59 الصادرة في 28 أوت 2005. " تعتبر مؤسسة خاصة للتربية والتعليم كل مؤسسة للتربية والتعليم ينشئها شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص وتقدم تعليماً بمقابل".

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 05-432 المؤرخ في 08 نوفمبر 2005، الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، العدد 74 الصادرة في 13 نوفمبر 2005

الرئاسي 15-247 وذلك لأن تفويض المرفق العام يتسم بالطابع التعاقدية، حيث تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض، ويخضع الطرفان إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض، أما في ظل هذا التفويض أو ما يصطلح عليه بالتأهيل الانفرادي فإن العلاقة بين الشخص العام و الشخص الذي يتولى إدارة المرفق هي علاقة نظامية فقط.

إن فكرة وجود مرافق عامة قابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض هي فكرة مرنة تتغير حسب الزمان والمكان، فما هو غير قابل للتفويض في فرنسا يمكن أن يكون قابل للتفويض في دولة أخرى وكذلك ما هو مرفوض اليوم قد يجيزه نص إذا تغيرت الأوضاع سواء السياسية أو الاقتصادية. خاصة وأنه لا يوجد معيار محدد ودقيق للتمييز بين هذين النوعين من المرافق، وفي ظل غياب قائمة محددة للمرافق غير القابلة للتفويض تبقى السلطة تقديرية ومرنة، فما هو غير قابل للتفويض اليوم قد يجيزه نص قانوني غدا.

الفرع الثاني: المرافق العامة غير القابلة للتفويض بواسطة نص قانوني

نعني بالمنع بواسطة القانون، هو أن يكون نص قانوني صريح يمنع تفويض المرفق العام ويصطلح عليه بالمنع المباشر للتفويض (أولاً)، وقد يكون المنع بطريقة غير مباشرة وذلك عندما ينص القانون على احتكار قطاع محدد مهمة تنفيذ مرفق عام أو أن يحصر تسيير المرفق العام في طريقة محددة ما يمنع تطبيق تقنية تفويض المرفق العام (ثانياً).

أولاً: المنع المباشر للتفويض

يقصد بالمنع المباشر للتفويض، صدور نص قانوني يمنع تطبيق تقنية تفويض المرفق العام على مرفق محدد وغالباً ما تكون هذه المرافق تشكل أهمية خاصة بالنسبة للدولة لتعلقها بأمنها واستقلالها السياسي والاقتصادي، إذ أن تقرير مشاركة القطاع الخاص من شأنه أن يمس باستقلال وأمن الدولة السياسي والاقتصادي، وغالباً ما تتعلق هذه المرافق بالموارد الطبيعية للدولة أو ببعض المشاريع الاستراتيجية¹.

في فرنسا توصل المشرع إلى قائمة تحدد المرافق العامة القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض. ولكن بعد تجربة طويلة مع عقود تفويض المرفق العام .

¹ أبو بكر أحمد عثمان ، مرجع سابق، ص 45

في بداية صدور قانون Sapin رقم 93-122 لم يستثن المشرع أي مرفق عام من التفويض ، فالقاعدة أن جميع المرافق قابلة للتفويض مهما كانت طبيعتها. ولكن من خلال أحكام المادة 2 من القانون رقم 2010-599 المعدلة للمادة 41 من القانون 93-122 والتي نص المشرع فيها على أنه لا تسري أحكام تفويض المرفق العام¹:

– إذا نص القانون على احتكار أشخاص القانون العام إدارة واستغلال المرفق العام؛

- لا يجوز تفويض النشاط الممارس من قبل مؤسسة عامة أو شركة مساهمة إلا إذا نص القانون الأساسي للمؤسسة أو الشركة على ذلك؛

فالمشرع هنا أكد على ضرورة منع تطبيق تقنية التفويض على بعض الأنشطة وذلك وفق نص قانوني استنادا إلى قاعدة أن جميع المرافق قابلة للتفويض إذ لم ينص القانون على غير ذلك.

ولكن بصدور الأمر رقم 65 – 2016 المتعلق بعقود الامتياز²، والذي ألغى أحكام القانون رقم 93-122، وضع المشرع الفرنسي قائمة تحدد بالدقة المرافق العامة القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض، وذلك استنادا لمجموعة من المعايير. فالمشرع أصبح اليوم يكرس قاعدة أنه لا يمكن تفويض المرفق العام إلا بصدور نص قانوني صريح يجيز ذلك. وهو الأمر الذي ستعالجه الدراسة في الفصل الثالث.

في الجزائر لا توجد قائمة تحدد المرافق العامة القابلة للتفويض، لكن المشرع الجزائري وضع في تعريفه لعقد تفويض المرفق العام شرط واقف وهو عدم وجود حكم تشريعي يمنع ذلك، أي أن المنع يكون وفق نص قانوني صريح. وهو ما أكدته من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الصادر بتاريخ 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام³، بموجب أحكام المادة 2 منه التي نصت على أن " يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية. لمدة محددة. إلى المفوض له...". فالمشرع هنا أكد على أن المهام السيادية التابعة للسلطات العمومية غير

¹ Art 41 de la 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

² Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016

³ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48، الصادر بتاريخ 05 أوت 2018

قابلة للتفويض.

ومن المهام السيادية التابعة للسلطات العمومية والتي لا يمكن تفويضها، الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط، والمهام الأساسية التي يقتضي على الدولة والأشخاص العامة القيام بها كالانتخابات¹. وأيضا تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي². وغيرها من الأنشطة السيادية.

ثانيا: المنع غير المباشر للتفويض

يكون المنع غير المباشر عن طريق منح الاحتكار أو فرض طريقة محددة للتسيير:

- منح الاحتكار إلى القطاع العام لتحقيق مهمة مرفقية:

يتحقق المنع هنا من خلال منح القانون للقطاع العام وحده مهمة تحقيق مرفق عام كما هو الحال بالنسبة لمرفقي توزيع الغاز والكهرباء في فرنسا، إذ يحظر القانون تفويض مرفقي الغاز والكهرباء اللذين تحتكرا مهمة إدارتهما واستغلالهما الدولة وأحد أشخاص القانون العام³.

- تحديد طرق معينة لتسيير المرفق العام: ويتحقق المنع هنا عندما يحدد المشرع طرق معينة لإدارة بعض المرافق، وبالتالي لا يجوز إدارة هذه المرافق إلا وفق هذه الطريقة، كاعتماد طريقة الشركات المختلطة أو المؤسسة العامة لإدارة مرفق معين⁴.

المبحث الثاني

ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة و المفوض له

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بأسلوب التأهيل الانفرادي *Habilitation unilatérale* لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نضمه المشرع الفرنسي وفقا

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 445

² J-françois Auby, la délégation de service public, Op Cit. 1997. P 33

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 43

⁴ المرجع نفسه، ص 44

لقانون (Sapin) لسنة 1993، والمشرع الجزائري وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يشكل عقد تفويض المرفق العام عقداً ذا طبيعة إدارية ، لأن أحد أطرافه شخص عام هو مانح التفويض، وموضوعه تنفيذ مرفق عام، ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الشخص العام في السلطة التنظيمية للمرفق العام لتحقيق المصلحة العامة (المطلب الأول).

ويتخذ عقد التفويض مجموعة من الصور تكون وفق مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحملها، ونطاق السيطرة والرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المرفق، لذا فإن فكرة تفويض المرفق العام لا تكون بدرجة واحدة بالنسبة لأنواع عقود تفويض المرفق العام جميعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انسحاب نظريات الطبيعة القانونية لعقد الامتياز إلى عقد التفويض

يشكل عقد الامتياز إحدى صور عقد تفويض المرفق العام، ومن الطبيعي أن تنسحب النظريات والحلول التي تم التوصل إليها في عقد الامتياز إلى تقنية التفويض، ولعل أهمها الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، والتي تثير عدة تساؤلات تنعكس بدورها على عقد تفويض المرفق العام، وهي هل لتقنية التفويض طابع تعاقدى بالكامل؟ أم أن للبنود التنظيمية الواردة في العقد تأثير في وصفها كعمل مختلط؟ هل أن الطابع التنظيمي هو الغالب بحيث تصبح تقنية التفويض عبارة عن عقد ذا آثار تنظيمية؟

لقد تمحورت الإجابة على هذه التساؤلات في عدة نظريات ارتبطت كل منها بمرحلة كان لها ظروفها الخاصة، ولعل ابرز هذه النظريات التي أخذ بها هي نظرية العمل المختلط والتي تبنى على فكرة المزج بين البنود التعاقدية والتنظيمية وذلك بهدف الحفاظ على توازن المصلحتين.

الفرع الأول : نظريات الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

أثار تكييف عقد الامتياز جدل الفقه، حيث تباينت واختلقت آراءهم، كلٌ حسب وجهة نظره وقناعته وأدلته، بين معتبر عقد الامتياز تنظيمياً وبين مناصري الطبيعة التعاقدية الخالصة له، في حين هناك جانب آخر من الفقه ينادي بالطبيعة المزدوجة له، بينما كيفه البعض الآخر على أنه عمل مختلط يقوم على أساس مركب من عناصر تنظيمية وأخرى تعاقدية.

أولاً: النظرية التعاقدية

طغت الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز منذ بداية القرن 20 لأن الاتفاق المتبادل بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة لا يمكن إلا أن يكون عقداً، فهو يشكل عقد تفويض من خلاله تمنح السلطة المفوضة إلى المفوض له تسيير المرفق العام لقاء حصول هذا الأخير على مقابل مالي¹. كما أن عقد الامتياز يتضمن خصوصية تتعلق بالمستفيدين من خدمات المرفق العام والتي تضمن حقوقهم في الحاضر والمستقبل فالامتياز عقد يتضمن بنوداً لمصلحتهم، وإذا كان الامتياز عقد فهل هو عقد من عقود القانون الخاص أو عقد إداري ذو طبيعة ومميزات خاصة.

1- عقد الامتياز من عقود القانون الخاص:

إن أقدم النظريات على الإطلاق تلك النظرية التي تصنف عقد الامتياز كعقد كامل، بل أنه عقد من عقود القانون المدني، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد.

لكن تبين خطأ في هذا الرأي، لأن الأخذ به على إطلاقه يحول دون تخلي الإدارة في تعديل شروط الالتزام بمجرد إقرارها²، وهذا فيه تعطيل للسير العادي للمرفق العام، خاصة ضرورة التعديل الدائم للعقد لأداء الخدمات بأكبر كفاءة، كما يتمتع صاحب الامتياز بامتيازات لا توجد في القانون العادي مثل: شغل الملك العمومي، ولهذا استبعدت هذه النظرية³.

2- الطابع الإداري:

يقول الأستاذ André.De Laubadère أن عقد امتياز المرفق العام هو في طبيعته القانونية عقد إداري مماثل للصفحة العامة. وأن ميزات العقد الإداري حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي وجود بنود غير مألوفة في العقد وهذا ما تتضمنه عقد الامتياز وذلك لارتباطه بالمصلحة العامة⁴.

ويستند الأستاذ André.De Laubadère في رأيه إلى الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي

¹ مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 91 .

² André. De Laubadère, traité de droit administratif, tome 1, 8éd, LGDJ, 1980, P 20

³ Ibid ,P 21

⁴ André.De Laubadère , F.Moderne, P.Dévolvé, traité des contrats administratifs, LGDA, tome 1, 2emè édition , Paris , 1983, p 416.

تحكم سير المرفق العام في أن اللائحة المعدة من أجل تنظيم المرفق العام من قبل الإدارة، قد استغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته من تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضاء الملتزم بما ورد فيه، في حين قام باستعارة فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تفسيراً لمسألة تنظيم المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبليين، على أساس أن الإدارة في إبرامها لعقد الامتياز اشترطت تقديم الخدمة لصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه يكون دور الملتزم بمثابة دور الواعد¹.

ثانياً: نظرية العمل المزدوج Acte double

أسس لهذه النظرية الأستاذ هوريو والذي اعتبر أن عقد امتياز المرفق العام يتضمن التعاون بين صاحب الامتياز والسلطة الإدارية المانحة وينتج عن ذلك وضعية قانونية معقدة لأنه يتطلب التوفيق بين مقتضيات المرفق العام ومصالح صاحب الامتياز الذي يسير المرفق العام² ويجسد هذا التوافق بين المصلحتين في عنصرين:

1- وضعية تنظيمية: متعلقة بتنظيم المرفق وتسييره وهي ناتجة عن التفويض المؤقت وليس النهائي للمرفق لصالح صاحب الامتياز وينتج عنها بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة حدود (تنظيم الإدارة للمرفق ومراقبة الاستغلال) وكذلك امتيازات السلطة العامة التي من الممكن أن تمنح الامتياز.

2- وضعية تعاقدية: وتتجسد أساساً في العقد المبرم بين الإدارة المانحة وصاحب الامتياز وفق دفتر شروط يحدد فيه سعر الخدمة، شروط مالية، امتيازات... الخ.

ومن هذا المنطق فعقد الامتياز كعمل قانوني مزدوج يتضمن طبيعة تنظيمية وتعاقدية فهو تعاقدي إذا تعلق الأمر بالعلاقة بين صاحب الامتياز والإدارة المانحة للامتياز وهو تنظيمي إذا تعلق الأمر بالعلاقة بين السلطة المانحة والمرتفقين.

ولكن هذه النظرية انتقدت من منطلق أنه كيف يكون العمل القانوني واحد وطبيعة قانونية مزدوجة (تنظيمية و تعاقدية) حسب اختلاف الأشخاص الموجه لهم (المتعاقدين والمنتفعين). وهو ما عبر عنه الفقيه Madiot حيث قال أنه هناك تعارض بين المفاهيم التعاقدية والتنظيمية، وبالتالي العمل الواحد لا يمكن أن

¹ André. De Laubadère, traité de droit administratif, Op cit ,P 22, Cite par المرجع جابر، وليد حيدر جابر، السابق، ص 130

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 9

يكون تعاقديا وتنظيميا في نفس الوقت¹، وهذه الانتقادات هي التي مهدت لظهور نظرية العمل المختلط.

ثالثا نظرية العمل المختلط Acte Mixte

من أنصار هذه النظرية الفقيهان دوجي وهوريو اللذان قالوا بأن عقد الامتياز هو عمل مختلط. وفحوى هذه النظرية أن الامتياز حتى وإن لم يكن عقداً، فهذا لا يعني أنه ليس كذلك في شروطه، وتتمثل الطبيعة المختلطة للامتياز في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدية، ويرجع ذلك إلى أن الامتياز يحقق مصلحتين متناقضتين وهما المصلحة العامة والتي يجب على الإدارة حمايتها ويتم ذلك بوضع قواعد سير المرفق العام، ومصلحة خاصة وهي مصلحة الملتزم، وإذ أن هذا الأخير لن يلجأ إلى الامتياز باتفاق مع الإدارة إلا إذا كانت مصلحته المالية محفوظة ومحمية فهي محور نشاط الخواص والهدف الأساسي له، وإلا لما لجأ الخواص إلى التعاقد مع السلطات العمومية.²

تعتبر نظرية العمل المختلط عكس نظرية العمل المزدوج، لأنها تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتوى عقد الامتياز، باعتبار الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة كل من الملتزم والمنفعين على حد سواء، أما الشروط المتعلقة بالأفضليات والمميزات التي تمنحها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق تتمتع بالطبيعة التعاقدية، قابلة للتفاوض وتطبق عليها نظرية العقد شريعة المتعاقدين.

أما في الجزائر ومن خلال النصوص القانونية المتعلقة بالامتياز نجدها حذت حذو الفقه والقضاء الفرنسي، كون الامتياز كعمل مختلط يتكون من أحكام تنظيمية وأخرى تعاقدية. ورغم أنه يجب التمييز بين نوعين من الأحكام تنظيمية وتعاقدية إلا أنها استنتاجات ولا تأتي مباشرة في عقد الامتياز.³

ويتفاوت كل عقد بالنسبة للآخر من حيث طغيان البنود من مجال لآخر حسب حيوية كل مجال إلا أن الغالب في الجزائر هو طغيان البنود التنظيمية.

¹ Y.Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administrative unilatéral, recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français, thèse, Paris, 1971, p 243

² B. Rahal, la concession de service public en droit algérien, Revue IDARA, n°01, 1994, P 14.

³ المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق، (يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها...).

الفرع الثاني: عقد التفويض بين التنظيم والتعاقدية

إن عقد تفويض المرفق العام مبني على فكرتين متناقضتين يشكل توازنهما الغاية التي تهدف لها الطبيعة المختلطة لهذا العقد، وهما فكرة تحقيق المصلحة العامة، وتحقيق مصلحة المتعاقد وهي مصلحة خاصة.

لهذا فكلما تم الموازنة بين هاتين المصلحتين المشروعتين كلما نجح واستقر المرفق العام ووصل للمردودية المرجوة من إبرام عقد تفويض المرفق العام¹.

وترجع هذه الفكرة إلى الأستاذ Madiot الذي صنف عقد الامتياز كتصرف مختلط وهذا التصور يعتبر كصنف جديد في التصرفات القانونية².

أن هذه النظرية وإن كانت على الأقل مقبولة من الناحية النظرية إلا أنه من الناحية العملية تختلف حسب كل قطاع وأهميته، وكذلك حسب قوة الدولة والإدارة التنفيذية لها وكذا حسب أهمية المؤسسة صاحبة الامتياز وقوتها فهذا الاختلاف الموصوف به عقد الامتياز يتفاوت في تغليب طرفي العقد حسب كل حالة خاصة عندما تكون صاحبة الامتياز شركات عالمية كبرى³.

و لكن هل الطبيعة القانونية لعقد تفويض المرفق العام تتشابه مع عقد الامتياز؟

باعتبار أن عقد تفويض المرفق العام كمفهوم جديد ومستقل يؤطر مجموعة من العقود وفق مرتكزات قانونية. له من المبررات ما تجعل طبيعته مختلطة بين الأحكام التنظيمية والأحكام التعاقدية وأهمها:

- إن عقد تفويض يشكل وسيلة قانونية هدفها تنظيم المرفق العام والذي بدوره يقوم على قواعد تشريعية وتنظيمية، سواء من ناحية وجوده أو تنظيمه، ما يجعل هدفه تحقيق سياسة الدولة، وبهذا فإن نجاح تقنية تفويض المرفق العام يمثل نجاح سياسة الدولة.

- إن عملية تسيير المرفق العام من طرف الغير والمتمثلة في عقود تفويض المرفق العام، تنشأ في

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 186

² Y.Madiot , Op Cit , P 247

³ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 186

الغالب علاقة غير متساوية لمصلحة السلطة المفوضة.

– بالإضافة إلى ضرورة التقيد بالمبادئ العامة للمرفق العام.

ومن خلال هذه الاعتبارات يمكن القول أن تقنية تفويض المرفق العام، هي أغلبها ذات طبيعة تنظيمية دون تغييب الطابع التعاقدية.

المطلب الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام

نادرا هي العقود التي يصفها المشرع الفرنسي بأنها عقود تفويض المرفق العام، أو على العكس يستبعدتها من هذه الفكرة، لذا فإن القاضي هو الذي يلعب دور كبير في تحديد ما إذا كانت هذه العقود عقود تفويض أم لا. لأن المشرع أقر أسساً وتبقى مهمة التكيف للإدارة و للقضاء، لكن المشرع الجزائري حدد العقود التي كيفت في الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنها عقود تفويض مرفق عام وهي على التوالي (عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة، عقد التسيير). ونشير إلا أن هذه العقود ليست على سبيل الحصر¹. فالتفويض يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى، غير العقود التي تم الإشارة إليها، إذ يمكن أن يوجد عقود إدارية غير مسماة تتضمن تفويض مرفق عام من قبل السلطة المفوضة إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 210 والتي نصت على أنه " ... يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى، غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".

وهذا تماثياً مع التوجه الفرنسي المتمثل في رأي استشاري الصادر عن مجلس الدولة الذي أكد على أنه يعهد مهمة مرفق عام بموجب عقود مسماة وأخرى غير مسماة لا تشكل صفقات عامة ولا تخضع للنظام القانوني للصفقات العامة².

وبالتالي فإن عقود تفويض المرفق العام لا يمكن حصرها بمجموعة من العقود المسماة، وإنما كل عقد تتحقق فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام هو عقد من عقود التفويض.

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. " يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير..."

² CE, Avis 16 juin 1994. N° 356101. Rec Leb.

ولكن يجب تحديد العناصر التي يقوم عليها كل عقد من عقود تفويض المرفق العام، وتفرقتها عن العقود الإدارية الأخرى. فالمشرع الجزائري مقارنة مع المشرع الفرنسي، وضع نفسه في تحدٍ ربما لم يتجرأ عليه المشرع الفرنسي فتحديد عقود معينة بالتعريف على أنها من عقود تفويض المرفق العام يقلل باب الاجتهاد القضائي للتكيف. خاصة وأن هناك العديد من العقود تتقارب مع الصور المتعددة لعقود تفويض المرفق العام، لو أخذ على سبيل المثال عقد الامتياز والذي بدوره له العديد من الأوجه سوف نكون أمام إشكالية أي امتياز يمكن تحديده كعقد من عقود تفويض المرفق العام.

الفرع الأول: عقد امتياز المرفق العام La concession de service public

يعتبر عقد الامتياز من أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام. فالمشرع الجزائري وخلافا للفرنسي أقر له تعريفاً عاماً يشمل جميع عقود الامتياز المنظمة في المرافق العمومية المتعددة، وذلك من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. حيث حصره في مجموعة من العناصر ما إن توفرت نكون أمام عقد امتياز الذي يشكل صورة من صور عقود تفويض المرفق العام، والتي من خلالها يمكن تمييزه عن العقود الأخرى.

أولاً: تعريف عقد امتياز المرفق العام

لقد وضع المشرع لأول مرة تعريفاً عاماً وشاملاً لعقد امتياز المرفق العام فمن خلال المادة 210 نص على أن " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"¹.

يعتبر هذا التعريف نقلة نوعية بالنسبة لمفهوم الامتياز في القانون الجزائري، وذلك لأن المشرع أصبح له مفهوم عام لعقد امتياز المرفق العام. ولكن هل هذا التعريف ومن خلال العناصر التي يقوم عليها ينطبق مع جميع عقود الامتياز المنظمة في النصوص القانونية المتفرقة؟

¹ المادة 2/210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالعودة إلى القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، نجد أن المشرع عرف عقد الامتياز من خلال المادة 76 منه كما يلي: "...يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم" ولقد صدرت العديد من المراسيم التنفيذية التي تحدد تعريفا لعقد الامتياز أهمها:

- المرسوم التنفيذي رقم 08-53 الصادر بتاريخ 09 فيفري 2008 الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلقة به¹، حيث تنص المادة 02 من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم التنفيذي على ما يلي: " يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتطهير في ضمان جمع المياه القذرة المنزلية وكذا تصفيتها أو تفريغها ومعالجة أحوال التصفية لغرض إزالتها نهائيا".

- المرسوم التنفيذي رقم 08-54 الصادر بتاريخ 09 فيفري 2008 الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به². ولقد ورد تعريف لعقد الامتياز تسيير الخدمة العمومية للتزود بمياه الشرب في المادة الثانية من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم والتي تنص " يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع الماء الشروب".

ويشمل امتياز الخدمة العمومية للتزود بالماء الشروب عمليات الفوترة وتحصيل الثمن من قبل المستعملين وفقا لنظام الفوترة المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما و تسعيرات الخدمة العمومية للتزود بالماء الشروب.

- المرسوم التنفيذي رقم 10-318 الصادر في 21 ديسمبر 2010 والذي يحدد منح امتياز استعمال الموارد المائية في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد. وقد حددت المادة الثانية من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم تعريف لعقد الامتياز " يتمثل امتياز الموارد في الأنظمة المائية الجوفية

¹ المرسوم التنفيذي رقم 58-53 المؤرخ في 09 فيفري 2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلقة به، ج ر ، عدد 08 الصادرة في 13 فيفري 2008.

² المرسوم التنفيذي رقم 58-53 المؤرخ في 09 فيفري 2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج ر ، عدد 08 الصادرة في 13 فيفري 2008.

المتحجرة أو بطيئة التجدد على إنجاز واستغلال الحفر أو الحفريات المنشأة¹.

وحددت المادة 02 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 11-220² تعريفا لعقد الامتياز من خلال تحديد نطاقه وهدفه.

- يتضمن الامتياز إقامة هياكل تحلية المياه أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة

- بناء المنشآت وبناء واستغلال كل المنشآت الأخرى التي تسمح بمعالجة أو صرف المياه القذرة.

في مجال الكهرباء والغاز: حسب القانون رقم 02-01 نصت المادة 02 منه على أن " الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات".

في مجال الطرق السريعة: صدر المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة³، ومن خلال مواده من 01 إلى 04 نص على أنه " يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها لمنح الامتياز".

في مجال نقل المسافرين: من خلال المرسوم التنفيذي 417/04 نصت المادة 05 منه على أنه " يمكن أن يكون إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق أو تسييرها محل امتياز يمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع لقانون الجزائري".

المرفق المحلي: لقد أعطت التعليمات رقم 842/94.3 بتاريخ 07 ديسمبر 1994، الصادرة عن وزير الداخلية، تعريفا دقيقا للامتياز: هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب الامتياز وعلى مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وفي ظل إطار النظام القانوني الذي يخضع له

¹ المرسوم التنفيذي رقم 10-318 المؤرخ في 21 ديسمبر 2010، المتعلق يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية في الأنظمة الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد وكذا دفتر الشروط المتعلقة به. ج ر ، عدد 77. الصادرة في 22 ديسمبر 2010.

² المرسوم التنفيذي رقم 11-220 المؤرخ 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 الصادرة 19 جوان 2011.

³ المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر عدد 55 الصادرة في 25 سبتمبر 1996.

هذا المرفق¹.

الملاحظ من أغلب التعريفات التي تناولها المشرع عن عقد الامتياز أنها تتفق مع التعريف الشامل وفي عناصر محددة وهي :

- أن عقد الامتياز هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة ؛

- إن موضوع عقد الامتياز ينصب على إدارة واستغلال المرفق العام في صورتين إما انجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله أو استغلال المرفق العام فقط ؛

- تحمل صاحب الامتياز الجزء الأكبر من المخاطر المالية لنشاط المرفق.

ثانيا: العناصر التي يقوم عليها عقد امتياز المرفق العام كأحد أنواع عقود التفويض

إن الامتياز الذي يكون عقداً من عقود تفويض المرفق العام، يجب أن ينصب على استغلال المرفق العام كشرط ضروري حتى يكيف العقد بأنه امتياز مرفق عام، سواء كان بإنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام مع الاستغلال، وإما تعهد له فقط مهمة استغلال المرفق العام، وأيضا بالنسبة للمقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز الذي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال، ويكون هذا العقد لمدة محددة في أغلب الأحيان حتى يسترجع صاحب الامتياز قيمة الاستثمارات التي قام بها.

1- انجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية مع الاستغلال أو الاستغلال فقط: إن محور عقد الامتياز هو

استغلال المرفق العام بمعنى إدارته وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه تحت إشراف ورقابة السلطة المانحة فهدف صاحب الامتياز هو استثمار أمواله في استغلال وتشغيل المرفق من أجل تحقيق الربح الذي يهدف له مع تحمل المخاطر التي تنجم عن هذا الاستثمار، ويلقى على عاتق صاحب الامتياز القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث يتولى صاحب الامتياز القيام بجميع الأعمال الضرورية

¹ بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، 2001-2002 ص 10.

التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام¹.

ويأخذ استغلال المرفق العام في عقد الامتياز وجهين وهما :

- استغلال المرفق العام مع ضرورة انجاز المنشآت أو اقتناء التجهيزات الضرورية: ومثال ذلك في عقد امتياز استعمال الموارد المائية في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد، حيث حدد دفتر الشروط النموذجي موضوع امتياز الموارد في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد على إنجاز واستغلال الحفر أو الحفريات المنشأة².

وكذلك بالنسبة لمحطات نقل المسافرين الذي يعتبر موضوع عقد الامتياز هو إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق أو تسيرها³.

فالامتياز الذي ينصب على بناء المنشآت فقط دون استغلالها، لا يدخل في مفهوم الامتياز الذي يشكل عقد من عقود تفويض المرفق العام، لأن مهمة صاحب الامتياز في امتياز الأشغال العامة تقتصر على بناء منشآت عامة، ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محدودة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية.

- استغلال المرفق العام دون انجاز أو اقتناء تجهيزات: وهنا يقوم صاحب الامتياز باستغلال مرفق عام قائم من دون أن يتضمن القيام بإنجازه إذ تقع هذه المهمة على الجهة مانحة الامتياز، ومثال على ذلك الامتياز الذي تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات، فالشبكة تعتبر مجموعة من المنشآت المتكونة من الخطوط الهوائية والأرضية والمحولات والمحطات وكذا الملحقات والمنشآت الفرعية، هدفها توزيع الكهرباء أو الغاز والتي يعهد بها إلى صاحب الامتياز من أجل استغلالها وتطويرها.

2- المقابل المالي: يتحصل صاحب الامتياز على مقابل مالي عن طريق الإتاوات والرسوم التي يدفعها المرتفقين مقابل الخدمة التي قدمت لهم، جراء تسيير، واستغلاله للمرفق فالإدارة لا تدفع مقابل التسيير مبلغا ماليا مباشرة، بل عن طريق السماح لصاحب الامتياز باستغلال الأرباح التي يدرها المرفق

¹ Chenuand.Frazier, la notion de delegation e service public.RDP, 1995.p 183.

² المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 10-318 المؤرخ في 21 ديسمبر 2010، المتعلق يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية في الأنظمة الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد وكذا دفتر الشروط المتعلقة به، مرجع سابق.

³ المادة 05 من المرسوم التنفيذي 417/04 المتعلق بمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق أو تسيرها، سالف الذكر.

لحسابه.

ثالثاً: الفرق بين عقد امتياز المرفق العام والعقود المتشابهة

إن عبارة الامتياز لا تنحصر بموضوع أو هدف معين بل تتناول أعمالاً ومهام تتصل مع بعضها البعض في الغالب إلى حد التداخل، وقيام المشرع بإعطاء تعريف عام وشامل للامتياز تحت مفهوم تفويض المرفق العام، من شأنه أن يؤدي إلى التداخل بين المفاهيم المتعددة لعقود الامتياز، كما امتياز الأملاك العمومية وامتياز الأشغال العمومية، وعقد الأشغال العامة.

1- امتياز الملك العام وامتياز المرفق العام: إن امتياز الأملاك العمومية¹ هو عقد إداري بموجبه يسمح الشخص العام لشخص طبيعي أو معنوي إشغالا حصرياً ومؤقتاً لجزء من الأملاك العامة لتحقيق هدف محدد، مقابل دفع بدل معين².

وقد عرفه المشرع من خلال المادة 64 مكرر من القانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية بأنه (يشكل منح امتياز الأملاك الوطنية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة بالسلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص آخر معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز، استغلال ملحق الملك العمومي)³.

وما يفهم من مضمون هذه المادة أن امتياز الأملاك العامة الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لا يشكل دائماً عقد امتياز مرفق عام، ويختلف عنه من حيث المعيار الموضوعي و معيار المقابل المالي.

من حيث الموضوع: إن موضوع امتياز المرفق العام هو إدارة وتشغيل مرفق عام لمدة محددة، أي محوره مرفق عام، أما امتياز الأملاك العمومية فموضوعه إشغال جزء من الأملاك العامة لفترة معينة.

من حيث المقابل المالي: ففي امتياز المرفق العام يتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي من المرتفقين مقابل الخدمة المؤداة، أما امتياز الأملاك العمومية فإن المقابل المالي يدفعه صاحب الامتياز إلى

¹ مراد بالكعبيات، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012.

² P.Orianne, la loi et le contrat dans les concessions de service public, Maison Ferdinand larcier.S.A. Bruxelles, 1961, p : 48.

³ القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالأملاك الوطنية، معدل ومتمم بموجب القانون 14/08 مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008.

الشخص العام لقاء شغله للملك العام.

2- امتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام:

يرجع سبب هذا الفصل إلى قانون المجموعة الأوروبية الذي عمل على الاهتمام بالأشغال العامة سواء في إطار الصفقات العمومية أو الامتيازات لكن دون التطرق إلى مفهوم المرفق العام وبالتالي إلى تقنية التفويض. وهذا الاهتمام الأوروبي بمفهوم الأشغال العامة أدى إلى تعريف عقد امتياز الأشغال العامة بأنه "عقد يعهد به للمتعاقدين بناء واستغلال وليس إدارة أو تحقيق مرفق عام"¹.

إذ يتبين من خلال هذا التعريف أن القانون الأوروبي قد فصل مفهوم المرفق العام عن مفهوم الأشغال العمومية، ولكن هل هذه الاستقلالية تعني الفصل المطلق بين المفهومين أم هيمنة فكرة الأشغال العامة على المرفق العام؟

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي لاسيما في الأمر رقم 846-2009 الصادر في 2009/07/16 والذي عرف امتياز الأشغال العامة في المادة الأولى منه². يتبين أن عقد امتياز الأشغال العمومية، يتميز بأنه وسيلة تمويلية لبناء واستغلال المنشآت العامة، وأن عائدات صاحب الامتياز قد تركز على الإتاوات يتم تحصيلها من المنتفعين، أو على ثمن يتقاضاه مباشرة من السلطة مانحة الامتياز، وذلك بحسب ما إذا كان تحقيق المنشآت العامة يأخذ صورة الاستثمار الفعلي أم مجرد إدارة وصيانة.

ومن هذا فإن امتياز الأشغال العمومية يتميز عن امتياز المرفق العام من حيث موضوع امتياز الأشغال العمومية المتعلق ببناء منشأة عامة ومن ثم إدارتها وصيانتها لمدة محددة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية، بمعنى أن تنفيذ الأشغال العمومية ليس بالضرورة من أجل تحقيق مرفق عام.

ورغم هذا الاختلاف بين العقدين إلا أنه في الوقت الراهن تقريبا كل الامتيازات هي امتيازات مرافق عامة، وحتى عند تناول عقود تفويض المرفق العام لم يكن امتياز الأشغال جزء من هذه العقود

¹ DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE. N° L 134/114, 30.4.2004.

² Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, JORF n°0162 du 16 juillet 2009. L'Art 01: ' Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix'

عكس امتياز المرفق العام الذي يعتبر أهم أنواع عقود تفويض المرفق العام.

ولكن فكرة هذه الاستقلالية تجد وجودها في ما يسمى بالامتياز المختلط ويتمثل بتنفيذ لأشغال عامة في إطار تحقيق مرفق عام، بحيث أن الأشغال العامة تكون ضرورية لوجود المرفق العام¹.

3- عقد الأشغال العامة وعقد امتياز المرفق العام: يعتبر عقد الأشغال العامة² عقداً من عقود الصفقات العمومية وقد عرف في المرسوم الرئاسي من حيث الهدف منه: " فهو عقد يستهدف إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"³.

يختلف عقد الأشغال العامة عن عقد امتياز المرفق العام :

من حيث الموضوع: موضوع عقد الأشغال العامة هو بناء المنشآت أو القيام بأشغال ذات أهمية تتعلق بصيانة أو إعادة تأهيل مرفق معين. بينما موضوع عقد امتياز المرفق العام هو بناء المنشآت مع ضرورة استغلالها أو استغلال المرفق فقط.

من حيث المقابل المالي: عقد الأشغال العامة عبارة عن صفقة عامة التي يكون المقابل المالي فيه ثمن يتقاضاه من المصلحة المتعاقدة نتيجة الخدمة المؤداة، بينما عقد امتياز المرفق العام يركز المقابل المالي فيه على إتاوات يتم تحصيلها من المنتفعين، نتيجة للخدمات المقدمة من طرف صاحب الامتياز.

4- عقد BOT وعقد امتياز المرفق العام: يعرف عقد BOT (البناء-التشغيل-التحويل) على أنه اتفاق تعاقدي تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء إحدى المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة وتتولى الهيئة الخاصة إدارة وتشغيل المرفق خلال

¹ Jean Dufau. les concessions de service public, Op Cit , 1997. P 05

² لمزيد من الاطلاع، راجع علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012.

³ المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

فترة زمنية محددة¹.

من خلال هذا التعريف لعقد Bot يتبين أن له نفس العناصر المتجسدة في عقد الامتياز من حيث بناء المنشآت العامة واستغلالها لمدة معينة قبل أن تسترجع السلطة المانحة المرفق العام.

الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام

نكون أما عقد إيجار حسب ما جاء في المادة 210 ف02 من المرسوم الرئاسي عندما: (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانتها، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له، حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام و يدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام)².

من خلال هذا التعريف نقف عند عناصر عقد الإيجار وهي:

- يتحمل المفوض له في عقد الإيجار مسؤولية تسيير وصيانة المرفق العام دون إقامة المنشآت.

- تتحمل السلطة المفوضة مهمة إنشاء المباني والإنشاءات التي تمكن المفوض له من القيام بمهمة التسيير والصيانة.

- يلتزم المفوض له بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة نتيجة استغلال المرفق العام، وذلك من خلال الأتاوى التي يتم تحصيلها من مستعملي المرفق العام.

ومن هذه العناصر يمكن تمييز عقد الإيجار عن امتياز المرفق العام:

من حيث الموضوع: إن موضوع عقد الإيجار لا يتضمن بناء منشآت عامة وإنما يتضمن فقط إدارة هذه المنشآت عكس عقد الامتياز الذي يتضمن إقامة منشآت وتجهيزات، لذلك تكون مدة التأجير أقل من مدة عقود الامتياز التي غالبا ما تكون طويلة لاسترجاع قيمة الاستثمارات.

من حيث المقابل المالي: يتحصل صاحب الإيجار على إتاوات من المستفيدين ويدفع منها للشخص

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 295

² المادة 2/210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

العام أو يدفع المبلغ مسبقاً، عكس عقود الامتياز أين يتحصل صاحب الامتياز على كل الإتاوات من طرف المستفيدين في بعض الأحيان يمكن أن يتحصل على إعانات من الشخص العام.

الفرع الثالث : الوكالة المحفزة Régie intéressée

نكون أمام عقد الوكالة المحفزة حسب ما جاء في المادة 210 ف03 من المرسوم الرئاسي عندما:¹
(تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ 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.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية).

يستشف من هذا التعريف أن عقد الوكالة المحفزة يقوم على معيارين: المالي ، العضوي.

المعيار المالي: إن المفوض له لا يعمل على نفقته ومسؤوليته القانونية والمالية، وهو بالتالي لا يتحمل أي مخاطر، بمعنى آخر إن عائدات المفوض له لا ترتبط بالنتيجة بالأرباح المحققة كما هي الحالة في عقد الامتياز وعقد الإيجار.

فالمفوض له يتقاضى مباشرة من السلطة المفوضة عائدات غالباً ما تقوم على عنصرين:

عنصر ثابت: يتمثل بمبلغ من المال يدفع بصورة مقطوعة كمقابل لإدارة المرفق العام، لا يتغير من سنة إلى أخرى، ويشكل الحد الأدنى من الضمانة للمفوض له، لقاء جهوده المبذولة في إدارته للمرفق العام.

وعنصر غير مستقر: يرتبط بالنتائج الاستثمارية المحققة، ويتبدل بغيرها، ويعتبر بمثابة تشجيع استثماري للمفوض له لبذل أقصى جهوده في تحقيق أفضل لمهمته.

أما المعيار العضوي: والمتجسد في إدارة المرفق العام لحساب الشخص العام بمعنى أن المفوض له

¹ المادة 03/210 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يعمل باسم ولحساب السلطة المفوضة وهو لا يظهر سوى كعميل مباشر عن الأخيرة، لأن السلطة المفوضة تبقى صاحبة المسؤولية المالية عن كل النشاطات ونتائج المرفق العام، وكذلك المسؤولة عن تنظيمه.

والملاحظ أن هذا العقد يجرّد المفوض له من أي مسؤولية تجاه السلطة المفوضة، لأنها هي من تحدد وترسم الوسائل المستخدمة في إدارة المرفق العام، وتبقى دون سواها صاحبة السلطة والسيطرة على المنشآت العامة العائدة للمرفق العام وكذلك على الوسائل المادية والإنسانية المستخدمة.

لقد اختلف الفقه حول مدى اعتبار عقد الوكالة المحفزة (الاستغلال والمشاطرة) عقدا من عقود تفويض المرفق العام خاصة وأن هذا العقد يقوم على عنصر المقابل المالي الذي يتم تحصيله من السلطة المفوضة كثمن للخدمة المؤداة. فالأستاذ J.C dounce¹ اعتبر أن المفوض له في عقد الاستغلال والمشاطرة، يعمل بمثابة وكيل عن السلطة المفوضة، وليس مستثمر للمرفق العام، لأن السلطة المفوضة هي التي تبقى المستثمر.

أما الأستاذ Dévolvé رأى أن عقد الاستغلال والمشاطرة تتشابه مع تقنية التفويض في إدارة المرافق العامة لأنه وإن كان المتعاقد مع الإدارة يتقاضى عائداته مباشرة من الأخيرة، إلا أن هذه العائدات تحسب وفقا لاقتصاديات المشروع ونتائجه الاستثمارية².

وفي المجال نفسه رأى الأستاذ Claudie Boiteau أنه عقد تفويض مرفق عام، وهو يجسد شراكة الخواص في تسيير المرفق العام دون تحمل صاحب التفويض لعبء البناء والتجهيز، وحصوله على مقابل مالي نتيجة تسييره وربطه برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية وهذا لتشجيع المسير لبذل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية³.

أما الأستاذ Braconnier والذي اعتبر أن هذا العقد لا يشكل عقد تفويض إلا عندما تكون طريقة تمويل المرفق العام مرتبطة بنتائج استغلاله، بحيث يتحمل صاحب التفويض مخاطر فعلية في استغلال

¹ Jean-claude douence in repertoire Dalloz . Collectivités locales- cité ADJA 1997.p 495.

² P.Delvolvé. les contradictions de délégation de service public , OP.Cit .P 683

³ Claudie Boiteau, op.cit p 102.

المرفق.¹

وأكد القضاء الإداري الفرنسي في قضية SAMITOM المشار إليها سابقا، على أن عقد الاستغلال والمشاطرة عقد من أنواع عقود تفويض المرفق العام، وذلك لأن المقابل المالي المتحصل عليه من طرف المسير مرتبط بنتيجة الاستغلال أي بالاستثمار كون المستثمر يتحمل جزء من المخاطر.

وما يمكن قوله هو أن عقد الوكالة المحفزة (الاستغلال والمشاطرة) في الواقع يشكل مركز وسط بين عقود الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام.

فهو يقترب من عقود الصفقات العمومية وبالأخص عقد تقديم الخدمات، في كون السلطة المفوضة في عقد الوكالة المحفزة هي من تتحمل مخاطر ونفقات المشروع وأيضا تنظيمه، إضافة إلى أن أرباحه تعود كليا إلى السلطة المفوضة.

ويقترب من عقود تفويض المرفق العام، في كون المفوض له يقوم بدلا من السلطة المفوضة بمهمة إدارة المرفق مقابل تمتعه وبصورة محدودة باستقلالية، وأيضا تحمله لجانب من المسؤولية المالية التي هي مقابل لسوء إدارته المحتملة.

الفرع الرابع: عقد التسيير *la gérance*

نكون أمام عقد تسيير مرفق عام حسب ما جاء في المادة 210 ف02 من المرسوم الرئاسي عندما: (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحفظ بالأرباح. وفي حالة العجز. فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية².

¹ Braconnier, OP.Cit. P442.

² المادة 04/210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تكلف السلطة المفوضة بموجب هذا العقد المفوض له باستغلال مرفق عام ، ولكنها تحتفظ بتحديد مسؤولية التمويل والاستثمار، وحساب التوازن المالي للمشروع محل الاستغلال ، والمفوض له يتقاضى مقابلًا ماليًا جزافيًا ، وقد يقترن أحيانًا بحوافز تتعلق بنتائج الاستغلال ، لذا يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة إلى أخرى.

ويشترك عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة في أن المفوض له يستغل المرفق لحساب السلطة المفوضة فهو يمثل صورة وكيل، ويتميز عنه في المقابل المالي الذي يتحدد في العقد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة تدفع من قبل الشخص العام إلى السلطة المفوضة ترتبط بنتائج الاستغلال.

ويقوم المفوض له في هذا العقد بتحصيل التعريفات وإيداعها للسلطة المفوضة التي تقوم بدفع الأجرة المحددة في العقد، كما أنها تحتفظ بالتعريفات إن زادت عن المبلغ المحدد في العقد (الأرباح المحققة)، وتحمل الفرق في حالة عجز التعريفات عن تسديد أجر المفوض له.

وتهدف السلطة المفوضة من تبني عقود التسيير إلى رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانته بالاستفادة من الخبرة و الكفاءة الفنية للقطاع الخاص¹. كما تلجأ الإدارة إلى تطبيق عقود التشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب فيها اللجوء إلى عقود امتياز المرفق العام وعقود الإيجار لانخفاض أسعار تقديم الخدمة، وصعوبة زيادتها لأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق على نحو يتعذر معه اللجوء إلى هاذين الأسلوبين².

أما بالنسبة لطبيعة عقد التسيير فإن مجلس الدولة الفرنسي على عكس المشرع الجزائري غير ثابت في كون هذا العقد من عقود تفويض المرفق العام، فقد ذهب في بعض أحكامه إلى أن عقد التسيير يعد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام³، في حين ذهب في أحكام أخرى إلى تصنيفه بأنه عقد من عقود تفويض المرفق العام⁴، لكن يبقى معيار التحديد هو استغلال المرفق العام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال⁵.

¹ أبو بكر أحمد عثمان ، مرجع سابق، ص 118.

² المرجع نفسه، ص 118.

³ Jean claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A , 1997.P 615

⁴ J-françois Auby , le service public, Op Cit, p447

⁵ Le Conseil d'Etat a précisé que la délégation de service public se caractérisait :

المبحث الثالث

ضرورة الاستثمار في المرفق العام

يعتبر عنصر الاستثمار من أهم المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام، وهو المرتكز الحاسم في تكييف وتحديد صور عقود تفويض المرفق العام.

فتقنية تفويض المرفق العام لا تعني فقط إدارة المرفق العام إنما أيضا استثماره، والذي يعني الدخول في مشروع قصد تحقيق عائدات بشكل أرباح لحساب الشخص المكلف بتحقيقه، والقول بوجود أرباح يعني وجود لمنفعين، وبالتالي لمسؤولية مالية ومخاطر يتحملها الشخص المكلف بتحقيق المشروع (المطلب الأول).

ولكن فكرة الاستثمار في المرافق العامة وبحثها عن المردودية لا يجب أن تحيد عن مراعاة المصلحة العامة، إذا يجب أن تكون هناك حدود لهذا الاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاستثمار في المرافق العامة

إن الحديث عن تفويض المرفق العام إنما هو الحديث عن دخول أشخاص (سواء من القانون العام أو الخاص) في مغامرة لتسيير المرفق العام أي لاستثمار أموالهم في حقل المرفق العام وهذا ما يطرح عدة إشكالات حول مدى اعتبار تفويض المرفق العام محورا من محاور الاستثمار؟

هناك مجموعة من المؤشرات يمكن من خلالها تقييم مدى اعتبار التفويض استثماراً في المرفق العام كالمقابل المالي (التعريفات و الإتاوات)، والمخاطر والأعباء الاستثمارية، وكذلك الاستقلالية، والعلاقة مع المنفعين.

- par son objet, portant sur l'exécution du service public, et par le mode de rémunération du cocontractant de l'administration (Conseil d'Etat, 22 mars 2000, Epoux Lasaulce),

- cette rémunération devant être **substantiellement** assurée par le résultat de l'exploitation du service (Conseil d'Etat, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, SMITOM).

- Ceci suppose que le délégataire assume une part du risque d'exploitation (Conseil d'Etat, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI).

الفرع الأول: العائدات أو المقابل المالي

تعتبر العائدات المالية المحرك الأساسي لصاحب التفويض، فهي المحفز له للاستمرار في تسيير المرفق العام واسترجاع قيمة الأموال التي استثمرها و تحقيق الربح، فصاحب التفويض يتولى استغلال المرفق العام لمدة محددة مقابل حصوله على تعريفات أو إتاوات من المستفيدين من خدمات المرفق العام أو أجر يتقاضاه من الشخص العام مانح التفويض¹.

فالمقابل المالي أو العائدات يمكن أن تكون في شكل إتاوات أو ثمن²:

الإتاوات Redevances: وهي المبالغ التي يتقاضاه الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام من المنتفعين كرسوم يدفعونه مقابل الخدمة التي يتحصلون عليها.

الثمن Prix: وهو المبلغ الذي تدفعه السلطة المفوضة للشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام، كمقابل للخدمة المؤداة، والذي يحسب من رقم الأعمال اللازمة لتأديتها، كما هو محدد في عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير.

من هذا فإن الحديث عن المقابل المالي، يعني الحديث عن مرحلتين: الأولى كلاسيكية تقليدية يشكل امتياز المرفق العام عنوانها، أما الثانية تتمثل في تقنية التفويض كعنوان لفئة معينة من وسائل إدارة واستثمار المرفق العام.

أولاً: التصور التقليدي للمقابل المالي

لقد ربط العلم والاجتهاد قديماً ولفترة طويلة وجود امتياز المرفق العام (النموذج الأكثر تطبيقاً لعقود تفويض المرفق العام)، بإتاوات يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين، ولقد شكلت الإتاوات المحصلة من جانب المنتفعين المعيار الذي ميز به الاجتهاد امتياز المرفق العام عن سائر العقود الإدارية التي تستهدف تحقيق نشاطات مرفقية³.

كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي اعتبر تقاضي المتعاقد المكلف بعقد الامتياز لإتاوات من

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 100

² المرجع نفسه، ص 100

³ CE 16 Juillet 1941, Société Orléanaise des aux, Rec.Leb, p : 138.

المنتفعين هو مؤشر على وجود عقد امتياز لمرفق عام وليس لصفقة أشغال عمومية¹.

كما أن لفقته دوره في ربط امتياز المرفق العام بوجود إتاوات يدفعها المنتفعون، فالأستاذ -Liet veaux رأى أن الإتاوات معياراً للتعرف على امتياز المرفق العام². كذلك الفقيه André.de laubadère الذي عرف عقد امتياز المرفق العام وفقاً لإتاوات يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين كمصدر وحيد دون أن تختلط به عائدات من مصادر أخرى³.

هذه الفكرة التقليدية "حصرت العائدات في إتاوات المنتفعين"، لكن التطور أفرز إمكانية أن لا تنحصر العائدات المالية على الإتاوات التي يدفعها المنتفعون، وقد تضاف إليها عائدات تدفعها السلطة المانحة، ليصبح المعيار المعرف ليس الإتاوات من طرف المنتفعون بل ارتباط العائدات المالية بنتائج استثمار المرفق العام وهو ما سنعالجه في التصور الحديث للمقابل المالي.

ثانياً : التصور الحديثة للمقابل المالي

لقد أدى تطور وتنوع طرق إدارة المرفق العام إلى تطور فكرة المقابل المالي ومدى ارتباطه بالإتاوات المحصلة من المنتفعين، فالاجتهاد والعلم وسع في المقابل المالي على اعتبار أنه إذا كانت الأتاوى التي تشكل الميزة الأساسية في عقد امتياز المرفق العام، فإن ذلك لا يجب أن ينسحب إلى تقنية تقويض المرفق العام، والتي تضم كفة قانونية مستقلة أساليب وطرق عدة من بينها امتياز المرفق العام، فهذه التقنية يجب أن لا يتم ربطها بنوع معين من العائدات لاسيما الإتاوات، بل على العكس إن هذه التقنية قد تتصل بوجودها بعائدات ذات مصادر مختلفة، إنما بشرط أن تكون جميعها متصلة بالنتائج المالية والاقتصادية للاستثمار. (والمعبر عنها بارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال)⁴.

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في عدة اجتهادات قضائية كما هو الحال في قضية SAMITOM حيث أكد فيها ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال رغم أن الجزء الذي يدفعه

¹ CE 8 Novembre 1963, Compagnie des entrepôts magasins généraux de Paris, Rec.Leb,p :534.

² G Liet – Veaux. Identification de la concession de service public. Revue administratif 1968. 716: Cite par 101 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص

³ André.de laubadère. Traité théorique et pratique des contrats administratif. Tome 1. Paris 1956. P 11. Cite par 101 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 102

المستفيدون هو الجزء الأقل.

تتلخص وقائع القضية أن إحدى النقابات عهدت لشركة خاصة جمع النفايات ومعالجتها، وحدد العقد المقابل المالي بجزء ثابت يشكل 70% يدفع من قبل النقابة، وجزء متغير يشكل 30% يدفع من قبل المستفيدين من خدمات المرفق بالاستناد إلى نتائج معالجة النفايات بالرغم من أن الجزء الأصغر من المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال، إلا أن مجلس الدولة أكد على أن العقد هو تفويض مرفق عام وليس صفقة عامة¹.

وما يفهم من هذا القرار أن العائدات ليست إلا نتيجة للاستثمار، والاجتهاد ربط بين المقابل المالي والاستثمار دون أن يحدد طبيعة هذه العائدات.

وهو ما ذهب إليه الفقه فالأستاذ P.Delvolvé يقول أن هذه العائدات تكمن في أنها منافع استثمار المرفق العام، التي لا يمكن حصرها في الإتاوات، فعقد تفويض المرفق العام ليس مشروطا بعائدات تجد أساسها في الإتاوات².

ومن هنا فالعائدات يجب أن تكون مرتبطة بالاستثمار وإلا خرجنا عن إطار تفويض المرفق العام، فسواء كانت ثمن تدفعه السلطة المفوضة أو إتاوات يدفعها المنتفعون فالمهم هو ارتباطها مباشرة باستغلال واستثمار المرفق العام.

وهو أيضا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعريفه لعقد تفويض المرفق العام الذي اعتبر أن أجر المفوض له يجب أن يرتبط مباشرة بنتائج استغلال المرفق العام، سواء كانت إتاوات يتقاضاها من المنتفعين لحسابه كما هو الحال في عقد الامتياز وعقد الإيجار أو ثمن يتقاضاه من السلطة المفوضة كما هو محدد في عقد التسيير والوكالة المحفزة.

في الحقيقة إن ارتباط عقود تفويض المرفق العام بالمفهوم الواسع للاستثمار، يجعل المقابل المالي يتعدى فكرة الإتاوات أو الثمن إلى مصادر أخرى في إطار النشاط المرفقي موضوع الاستثمار نفسه.

وسبب ربط العائدات بالاستغلال هو تحمل المستثمر ولو جزء من مخاطر الاستثمار أي أن مفهوم الاستثمار لا يكتمل إلا بتحمل المفوض له جزء من المخاطر التي يتحملها الاستثمار وإلا لما كنا في إطار

¹ CE 30 Juin 1999, SMITOM, Rec.Leb, p: 229

² Pierre.Dévolvé, les contradictions de la délégation e service public, Op Cit , p : 683.

استثمار وتفويض المرفق العام.

الفرع الثاني : المخاطر والأعباء

ويقصد بها المخاطر المالية والتقنية ومسؤولية الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام عن الأضرار التي تحدث نتيجة استثماره للمرفق¹.

وتختلف المخاطر والأعباء التي يتحملها المفوض له من عقد إلى آخر، فالمشرع الجزائري عندما حدد صور عقود تفويض المرفق العام أخذ بمعيار الخطر الذي يتحمله المفوض له، فقد تكون المخاطر مطلقة وقد تكون مشتركة بين السلطة المفوضة والمفوض له، وقد تكون بنسبة متفاوتة.

أولاً: تحمل المتعاقد للأعباء والمخاطر بصفة مطلقة

وهنا يتحمل المستثمر (المفوض له) كل الأعباء والمخاطر لوحده بحيث أنه بمجرد منح التفويض لا تتحمل السلطة المفوضة أي مسؤولية للمرفق العام وينفرد المفوض له بتحمل المخاطر والأعباء مع حصوله على الربح المتوقع كما هو الشأن في عقد الامتياز وعقد الإيجار.

ولكن لهذا الاستثمار خصوصية تتعلق أساساً بالمصلحة العامة التي تستدعي تأمين استمرارية سير المرفق العام بكل فعالية، هذه الاستمرارية العامة تفرض على السلطة المفوضة باعتبارها المسؤولة على المرفق العام التدخل لضمانها خاصة في الظروف الطارئة والقوة القاهرة، حيث أنه من واجبها كراعية أولى للمصلحة العامة ضمان هذه المصلحة، من خلال إعادة التوازن المالي للعقد لضمان استمرارية المستثمر في تنفيذ المرفق العام².

ومن هنا ظهرت ضرورة تدخل السلطة المانحة لتحمل جزء من المخاطر التي قد يتحملها المستثمر من أجل هدف أسمى وهو المرفق العام، وهو ما يعطي خصوصية للاستثمار في المرفق العام.

من هذا فإن الأصل هو تحمل المفوض له للمخاطر والأعباء بصفة مطلقة خاصة في عقود الامتياز وعقود الإيجار، وكاستثناء يمكن للسلطة المفوضة تحمل بعض المخاطر والأعباء من أجل الحفاظ على مبادئ استمرارية المرفق العام وذلك لضمان المصلحة العامة.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 110.

² المرجع نفسه، ص 111.

ثانيا: شراكة الشخص العام والمستثمر في تحمل الأعباء والمخاطر

هناك بعض العقود تفرض طبيعتها على السلطة المفوضة التدخل لضمان مبدأ الاستمرارية بمشاركة المفوض له في الأعباء والمخاطر وهذا من أجل الحفاظ على المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق¹.

فبالرجوع إلى عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة نجد أن المقابل المالي للمفوض له محسوب وفقا لرقم الأعمال بمعنى وفقا لنتائج الاستثمار، دون أن يتحمل كل المسؤولية المالية، على اعتبار أن السلطة المفوضة تبقى هي المسؤولة عن تحقيق المرفق العام.

ولكن هل هذا ينفي وجود رابط بين تقنية تفويض المرفق العام وتحمل المخاطر؟ بمعنى هل هناك رابط بين المقابل المالي وتحمل المفوض له للمخاطر؟

يمكن القول أنه ما يميز تفويض المرفق العام عن سائر الوسائل المستخدمة في تحقيق المرفق العام هو ما يمثله من وجود لعملية استثمار حقيقية تؤدي بطبيعتها إلى احتمال كبير في وقوع مخاطر وأعباء يعود للمستثمر تحملها، وهو بالنتيجة قد غلب عنصر المخاطر والعبء المالي على عنصر المقابل المالي وارتباطها بنتائج الاستثمار للقول بقيام تقنية تفويض المرفق العام.

فبالرجوع إلى الاجتهاد الفرنسي في قضية SAMITOM نجد أنه طبق عنصر المخاطر في الاستثمار للقول بوجود تقنية تفويض المرفق العام، وذلك عندما اعتبر أن " التفويض هو بوجود المفوض له في وضعية يستثمر فيها المرفق العام على نفقته ومسؤوليته"².

وأیضا في قضية³ Commune de Guilhaud-Granges حيث أبرم عقد إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، موضوعه تفويض مرفق توزيع المياه، وحدد المقابل المالي بحيث تحصل مؤسسة التوزيع على جزء ثابت بدل استعمال العدادات وجزء آخر متغير حسب استهلاك المياه، والجزء الثابت يساوي 20% من المقابل المالي يدفعه الشخص العام في حين يشكل الجزء المتغير 80% يدفعه المستفيدين، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين، إلا أن مجلس

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 112

² Laurent Richer, Remarques sur les entreprises privées de service public, Revue AJDA, n° spécial sur le service public, 1997 P 106

³ CE 7 Avril 1999, Commune de Guilhaud- Grange, AJDA, 1999, p: 517.

الدولة اعتبر العقد صفقة وليس عقد تفويض. ويرجع السبب في ذلك إلى المقابل المالي الذي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال لاسيما أن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه التي تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين ولا يمكن الاستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطر¹.

وأيضاً في قضية Société Régale des îles أعطى مجلس الدولة مرة أخرى أهمية لمعيار مخاطر الاستغلال، الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية عندما قضى بأن " الاتفاق المبرم بين بلدية Saint-Benit و شركة Dupont Restoration Meeting غير مرتبط بالمخاطر الاقتصادية لأنها ترتبط فقط بالفرق بين وجبات الطعام المطلوبة وتلك التي يتم تقديمها بالفعل، وبالتالي ليس هناك مخاطر تتعلق بتشغيل المرفق، هذا ما يجعل العقد صفقة وليس عقد تفويض مرفق عام².

ومن هذا فإنه رغم كون المفوض له في عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير لا يتحمل المخاطر بصفة مطلقة، إلا أنه من الضرورة ارتباطه بجزء منها وإلا لما كنا في تقنية تفويض المرفق العام.

الفرع الثالث: الاستقلالية

تعتبر الاستقلالية عنصراً أساسياً في تقنية تفويض المرفق العام. فالمفوض له يقع على عاتقه تأمين المرفق بكل جوانبه التي يحملها، وتظهر استقلالية المفوض له من خلال العناصر الأساسية التي تجعله يتخذ القرار دون الرجوع للسلطة المفوضة، وتتلخص فيما يلي³:

- إمكانية وضع الخطط التي تمكنه من تسيير المرفق وكذلك شكل وكيفية تأدية الخدمة ؛
- التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة المساعدة له لتأدية مهامه ؛
- سلطة اتخاذ القرارات المساعدة على التسيير؛

¹ S.Braconnier, Op.Cit, p : 432

² CE, 24 mai 2017, n°407213, société Régale des îles." que, dans ces conditions, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché et le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ; qu'il en résulte que la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'un contrat de concession, et donc d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public ». Cité par <https://www.legifrance.gouv.fr> 25/10/2018

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 118

- استقلالية إقامة علاقات مع العمال من جهة ومع الموردين والمتعاملين مع المرفق من جهة أخرى¹؛

- تحصيل مقابل مالي من المستفيدين مما يجعله مستقل عن السلطة المفوضة؛
- الحرية في اختيار التوجيهات الكفيلة بضمان المصلحة العامة ونوعية الخدمة؛
- الحرية في توظيف المستخدمين.

من خلال هذه العناصر يمكن الإقرار بالاستقلالية، وهذه الاستقلالية لا يمكن أن تتأثر بامتيازات السلطة المفوضة اتجاه المفوض له ، وكذلك في مشاركتها في عملية الاستثمار وما ينجم عنه من مخاطر.

فالاستقلالية تبقى قائمة بمعزل عن طبيعة العلاقة المالية بين السلطة المفوضة والمفوض له، فقد اعتبر الاجتهاد أن العقد يبقى داخلا في تقنية تفويض المرفق العام على الرغم من تحمل السلطة المفوضة لنفقات المنشآت العامة، وذلك مقابل تحصيل المفوض له لإتاوات من المنتفعون². كذلك إن القروض والمساعدات المالية الممنوحة من السلطة المفوضة لا تؤثر على وجود الاستقلالية كعنصر ضروري في تقنية التفويض³.

ما يمكن قوله أن المفوض له يملك استقلالية جزئية أو نسبية في تسييره للمرفق العام وهذا من منطلق أن للسلطة المفوضة صلاحيات واسعة في التنظيم والرقابة والفسخ وتسليط عقوبات... إلخ. مما يؤثر على الاستقلالية الحقيقية للمستثمر بالرغم من وجود بعض الامتيازات غير المتوفرة في الاستثمار في المجالات الخاصة، وهذا بسبب خصوصية الاستثمار في المرافق العامة.

الفرع الرابع: المنتفعون

يعبر عقد تفويض المرفق العام عن علاقة ثلاثية : السلطة المفوضة- المفوض له- المنتفعين بالمرفق العام ، فالعلاقة لا تقتصر على أطراف العقد بل تتعداها للمستفيدين من المرفق العام وهم في نفس الوقت الممولين للمفوض له ففي الأخير المنتفع هو من يتحصل على نتائج الاستثمار وهو من يستطيع تقييم مدى جودة الخدمة المقدمة وفي إطار عقود تفويض المرفق العام يصبح للمفوض له علاقة مباشرة

¹ Claudie Boiteau, Op Cit. p 92

² TA de Nice 6 mars 1998. Cne Menton. Petites affiches 1998. P 113 Cite par وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 121

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 121

بالمنتفعين، وهذا هو العنصر المميز لعقد التفويض.

ويجتمع التفويض والاستثمار في أن كلاهما يوجه نتائج استغلاله للمنتفعين مباشرة وبدون أية وساطة، وهذه العلاقة هي التي تميز عقد التفويض عن الصفقة العمومية.

وقد اعتبر الأستاذ R.Rouquette¹ أن المنتفع هو أساس وجود التفويض، فالمستثمر ولكونه سيتحصل على عائدات مرتبطة بنتائج الاستثمار، هو ملزم في أن يكون في علاقة قانونية مع المنتفعين وفق لشروط العقد.

واعتبر الأستاذ Marcou أن من بين العناصر المكونة لتقنية تفويض المرفق العام هو تأسيس علاقة تعاقدية مع المنتفعين².

وقد تكون العلاقة بين المستثمر والمنتفع مباشرة أو غير مباشرة وهذا حسب طبيعة كل مرفق ولا يشترط أن يدفع الإتاوات المنتفعين مباشرة للمستثمر فقد يدفعها للإدارة وهي بدورها تدفعها أو تدفع ثمن ثابت لمستثمر.

إن وجود المنتفعين إنما يعبر عن وجود استثمار حقيقي يؤسس لعلاقة قانونية واضحة بين المنتفعين والمستثمر.

من خلال هذه العناصر المتمثلة في (المقابل المالي- المخاطر- الاستقلالية- المنتفعين) يتبين لنا أن تفويض المرفق العام هو استثمار حقيقي يكفل من خلاله المفوض له استغلال المرفق العام بكل أعبائه ومخاطره من أجل تحقيق الربح ولكن لهذا الاستثمار حدود تتعلق أساسا بالامتيازات التي تملكها السلطة المفوضة في سبيل تأمين المصلحة العامة، فهذه الحدود هي منع خروج المستثمر عن هدف المرفق الأساسي.

¹ Rémi.Rouquette, contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration, AJDA, 1995,p 486

² G.Marcou, la notion de délégation de service public après la loi du 29 Janvier 1993, Op Cit, p 884

المطلب الثاني: حدود الاستثمار في المرافق العامة

فكرة الاستثمار في المرافق العامة وبحثها عن المردودية لا يجب أن تحيد عن مراعاة المصلحة العامة، إذا يجب أن تكون هناك حدود لهذا الاستثمار، وهذه الحدود أو الضوابط تشكل صمام أمان للسلطة المفوضة و المفوض له لعدم الحياد عن فكرة المصلحة العامة¹ والتي تتعلق بـ:

- حدود تجد أساسها في طبيعة المرفق العام ومدى قابليته للتفويض؛

- حدود ترتبط بالنظام الاقتصادي ومفهوم الليبرالية؛

- حدود تتعلق بالمهام والنشاطات المطلوب تحقيقها.

لقد سبق دراسة طبيعة المرافق العامة القابلة للتفويض و غير القابلة للتفويض لذا ستقتصر الدراسة عن البحث في الحدود الأخرى،

الفرع الأول: حدود متعلقة بالنظام الاقتصادي

هناك صلة وثيقة بين النظام الاقتصادي من جهة وتقنية تفويض من جهة أخرى. فالأخيرة لا يمكن أن تقوم أو أن تكون مقياساً لدرجة نجاح الدولة وجماعتها المحلية، ضمن سياسة النهوض في القطاع العام إلا في نظام ليبرالي حر، هنا تبرز القيمة الحقيقية لمعانٍ تقنية التفويض كأحد التطبيقات للحريات الاقتصادية.

ويتجسد الفكر الليبرالي للنظام الاقتصادي من خلال مبدأ حرية الاستثمار والتجارة²، وهذا المبدأ لا يستفيد منه الأفراد والشركات الخاصة فقط، بل أيضاً أشخاص القانون العام، فهو لا يشكل عائقاً في دخول الشخص المعنوي العام ميدان الاستثمار والتجارة، طالما ليس هناك نص يمنعه ومتى كان عمله هذا لا يشكل تدخلاً في السوق.

إن منع المرافق العامة من أن تكون منافسة للمشاريع الخاصة يجد أساسه في مبدأ التخصص الذي تخضع له امتيازات المرافق العامة، والذي يقصد به أن ينفذ الشخص المكلف بتسيير المرفق العام،

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 367

² المادة 34 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

مهامه ضمن الحدود المرسومة ، بمعنى أن للمشاريع الخاصة مجال والمرافق العامة مجال آخر لا ينافس أحدهما الآخر إلا إذا أجاز نص قانوني ذلك.

لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي أقر إمكانية منافسة المرافق العامة خاصة الصناعية والتجارية للمشاريع الخاصة متى بررت ذلك المصلحة العامة في حالة عجز أو غياب المبادرات الفردية على المستويين الكمي والنوعي¹.

لقد أقر الاجتهاد القضائي نظرية النشاطات المرفقية التابعة، حيث يجوز للمفوض له القيام بنشاطات تابعة للمرفق العام ومتصلة به، والتي تساهم في تطوير الخدمات أو زيادة الإنتاجية للمرافق العام محل التفويض. لكن بشرط أن تكون مرتبطة بالنشاط الرئيسي للمرفق العام، فالصلة الاقتصادية لا تكفي وحدها في تبرير العمل التابع فلا بد أيضا من وجود صلة مادية².

ومثال على ذلك ما جاء في قضية Ville de bordeaux حين اعتبر القاضي أنه يشكل عملا تابعا، قيام صاحب امتياز مرفق توزيع الغاز ببيع أجهزة تدفئة لأن بيع هذه الأخيرة يساهم في زيادة استهلاك الغاز وبالتالي في تطوير إنتاجية المرفق العام³.

ولكن يجب الإشارة إلى أن تبرير النشاطات التكميلية من أجل المصلحة العامة يجب أن لا يرتبط باستخدام المفوض له لامتيازات السلطة العامة، لأنه من غير الجائز أن يسمح له بمنافسة المشاريع الخاصة باستخدام هذه الامتيازات الممنوحة له لنشاط مرفقي محدد مسبقا.

الفرع الثاني: حدود متعلقة بطبيعة عقد التفويض

إن تقنية تفويض المرفق العام تقوم على مجموعة من الضوابط والقيود، تلتزم بها كل من السلطة المفوضة والمفوض له ، وذلك من أجل ضمان المصلحة العامة.

ومن هذه القيود والضوابط المتعلقة بالمهام والنشاطات المطلوب تحقيقها نجد اختصاص السلطة المفوضة في: منح التفويض، السلطة التنظيمية ومدة العقد.

¹ CE.30 Mai 1930, chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.Leb, p 583

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 279

³ CE.29 Mai 1936, Rec.Leb, p 623

أولاً: اختصاص السلطة المفوضة

يجب أن تكون السلطة المفوضة صاحبة الاختصاص في تسيير وتنظيم المرفق، لتمتلك صلاحية تفويضه لشخص آخر ومن هنا فهي لا تملك الحق في تفويض نشاطات لا تدخل في اختصاصها، وهو ما أكدت عليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له..." والتي تقابلها أحكام المادة 38 من قانون Sapin¹.

ثانياً: السلطة التنظيمية

تشكل السلطة التنظيمية المكونات الأساسية في وجود الجماعة العامة، وبهذا فهي تدخل في صميم عملها حتى بغياب نص يقر بها².

وتعرف السلطة التنظيمية بأنها السلطة التي تمارسها بعض السلطات الإدارية والتي تتمثل في إصدار قواعد قانونية عامة ومجردة في أشكال متعددة (مراسيم، قرارات...إلخ)، تطبق على جميع الأفراد أو على فئة معينة منهم دون تحديد ذواتهم وتسمى بالقرارات الإدارية التنظيمية³.

وتملك السلطة المفوضة صلاحية التنظيم للمرفق العام وهي تعبر عن امتياز أصيل لها مرتبط بامتيازات السلطة العامة لا يجوز لها التخلي عنها أو تفويضها.

فالتنظيم هو صلاحية حصرية للسلطة المفوضة في مجال تفويض المرفق العام، عكس ما هو معمول به في مجال الاستثمار الخاص أين يملك المستثمر صلاحية تنظيم مشروعه، ولهذا فإن التنظيم المرتبط بالمرفق العام يشكل حد من حدود الاستثمار في المرافق العامة.

ثالثاً: المدة

تحدد مدة عقد التفويض بالاستناد إلى الاستثمارات المكرسة من قبل صاحب التفويض بهدف تشغيل المرفق، أي إلى قيمة الأموال المخصصة لتشغيل المرفق بالإضافة إلى تمكين صاحب التفويض

¹ Voir l'Art 38 de la loi n° 93-122 « Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité... »

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 282

³ ناصر لباد، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 101

من تحقيق مقدار من الأرباح، والتي يمكن تمديدها لعدة اعتبارات حددها المشرع الفرنسي بدقة¹:

لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ويكون ذلك لمدة سنة واحدة عندما يكون تنفيذ استثمارات غير مخطط لها مسبقا في العقد الأصلي ويتطلب لتحقيق هذه الحالة مجموعة من الشروط:

– أن تكون الاستثمارات ضرورية لحسن تنفيذ المرفق العام أو توسيع نطاقه الجغرافي.

– أن تكون الاستثمارات مطلوبة من الشخص العام مانح التفويض.

وبهذا فإن المشرع الفرنسي ترك لأطراف العقد التفاوض بحرية على تحديد المدة إلا أن تقديرهم يجب أن يتأسس وينحصر في المادة 40 المذكورة.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يحدد مدة عقد تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي 247-15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لكن بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نص المشرع في أحكام المواد 53 إلى 56 على مدة عقد التفويض والتي تختلف حسب شكل التفويض وفق ما يلي:

- تحدد مدة عقد الامتياز بـ 30 سنة تكون قابلة للتجديد مرة واحدة، وبطلب من السلطة المفوضة لمدة 4 سنوات؛

- تحدد مدة عقد الإيجار بـ 15 سنة تكون قابلة للتجديد مرة واحدة، وبطلب من السلطة المفوضة لمدة 3 سنوات؛

- تحدد مدة عقد الوكالة المحفزة بـ 10 سنوات تكون قابلة للتجديد مرة واحدة، وبطلب من السلطة المفوضة لمدة 2 سنتين؛

تحدد مدة عقد التسيير بـ 5 سنوات غير قابلة للتجديد، ولكن بالعودة إلى أحكام المادة 57 من نفس المرسوم نجد أن المشرع أجاز في كل الحالات وزيادة على التمديدات السابقة، أن يمدد العقد بسنة واحدة، هذا ما يجعل عقد التسيير قابل للتجديد مرة واحدة ولمدة سنة.

¹ Voir l'Art 40-2 de la loi n° 93-122 modifiée et complétée par Art 126 de la ordonnance n° 2010-420 portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la comptabilité public.

إن المدة لها دور أساسي في تقييم واسترجاع المستثمر لأمواله المستغلة في المرفق وتحقيق الربح وهي قيد على المستثمر باعتباره مرتبط بزمن معين عكس الاستثمار الخاص لذلك وجب عليه وضع خطط دقيقة لكيفية تنفيذ استثماره خلال المدة المتفق عليها.

الفصل الثالث

تقييم التفويض كأسلوب هدفه البحث عن مردودية المرافق العامة

إن التحولات الجديدة للمرافق العامة فرضت اعتماد خيارات جديدة للتنمية تتجلى في المردودية¹، والتي تتيح لكل المرافق تنمية إمكانياتها وتوجهها نحو الإنتاجية والمردودية و تحسين طرق الإدارة وضبط الموارد. وذلك منذ اختيار المرفق العام إما في مرحلة قبل اتخاذ القرار أو بعد اتخاذه لتبرير الاختيار والقرارات المتعلقة بالمرفق العام².

فالمرفق العام اليوم لم يعد مطالب فقط بتحقيق المصلحة العامة ، بل أصبح أيضا كالمؤسسات الخاصة مطالب بتحقيق مردودية مالية تسمح باستمراره.

فدراسة المردودية هي دراسة قانونية بالنظر لأنها تدرس الآليات القانونية المستعملة لتفعيل المرافق العامة والتي تزيد من مردوديتها، وسواء كانت مرافق اقتصادية أو إدارية أو كانت مسيرة من الدولة أو الجماعات المحلية أو مسيرة من الشخص الخاص، الهدف منها هو البحث عن السبل والطرق وكيفية تأطير هذه المردودية التي تحمل خصوصية المصلحة العامة³.

هذا ما يجعل البحث عن المردودية في المرافق العامة المسيرة عن طريق التفويض، يقتضي التعمق في مبررات استحداث نظام تفويض المرفق العام (المبحث الأول).

¹ محمد الصالح صبحي، المردودية الاقتصادية، دار الكتاب، مصر، 2001، ص 02. " المردودية هي ترجمة للكلمة الفرنسية Rentabilité وهي مصدر الفعل Rente والكلمة اللاتينية Rendita وتعني ما تنتجه الأموال المستثمرة أو المستعملة أي هي عائد الأموال المستثمرة ، وتعرف المردودية بأنها هي قدرة رأس مال مستثمر على خلق ناتج أو ارباح مالية، أي هي ربط النتيجة المالية بالمال المستثمر، وبصفة أدق هي النسبة بين النتيجة المحققة ورأسمال المستثمر لتحقيق هذه النتيجة".

² Pascale Defline, Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics, Thèse, Ecole doctorale arts et métiers, Conservatoire des arts et métiers, 2011, p 18.

³ خالص صافي صالح، من أجل رقابة تسيير ذات فعالية في المؤسسات العمومية الاقتصادية، المجلد 10 العدد 01، مجلة إدارة ، سنة 2000، ص 137.

وأيضاً البحث عن أسباب تحديث تقنية التفويض في فرنسا وتحديد التحديات التي تواجه الجزائر من خلال تحديث مرافقها عن طريق هذه الألية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مبررات استحداث نظام تفويض المرفق العام

إن فكرة المردودية لها معنى مالي ونقدي بحت ويبحث ويقارن بين النتائج والوسائل المالية، وتعتبر المردودية من أهداف المشاريع العامة والخاصة، وإذا كانت هي هدف للمرفق العام هي كذلك معيار لتقييم المرافق العامة و الخاصة والتي يكمن من خلالها اتخاذ القرارات الاستثمارية ومقارنة المرافق العامة والبحث في سبل تفعيلها وتطويرها لجعلها قادرة على المنافسة.

وباعتبار أن المرافق العمومية متعددة ومختلفة فإنه تبعاً لذلك تختلف الطرق التي تسييرها، وبالتالي فإن طرق البحث عن مردودية المرفق العام تختلف باختلاف طرق تسيير المرافق العامة، لذا تقتضي الدراسة تقييم طرق تسيير المرفق العام التقليدية وإبراز مدى تحققها للمردودية (المطلب الأول). ومقارنتها مع مميزات تقنية تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عيوب طرق التسيير التقليدية

تبحث الدولة دائماً عن أليات قانونية جديدة لتفعيل فكرة الخدمة العامة والوصول بالمرفق العام للمردودية أو الفعالية والنجاعة المرجوة، وتختلف طرق تسيير المرفق العام باختلاف المرافق العامة فهناك مرافق عامة يمكن تسييرها مباشرة أو عن طريق المؤسسة العمومية وتضمن مردوديتها، وهناك مرافق عامة لا يمكن أن تضمن مردوديتها من خلال هذه الطرق، لذا نجدها تسيير عن طريق تدخل الغير في تسييرها عن طريق التفويض أو الشراكة أو الخوصصة ولكن ما يهم هو التفويض كطريقة جديدة ومستقلة في تسيير المرافق العامة.

الفرع الأول: تقييم طريقة التسيير المباشرة للمرفق العام

إن التسيير المباشر هو نتيجة حتمية لاحتكار الإدارة لبعض المجالات وطبيعية لأنها هي المنشئة للمرافق العامة، ولكن التسيير المباشر عجز عن تلبية حاجيات المواطنين نظراً للاختلالات التي يعرفها والعجز في السيطرة على متطلبات المواطن في ظل انفتاح السوق وكذا العولمة التي زادت في نمو الوعي المدني لدى المواطنين.

فالإدارة من خلال التسيير المباشر مقيدة بقوانين ولوائح تحد كثير من نشاطاتها، وبذلك يخشى الموظفون الابتكار والتحديث ويميلون إلى إتباع الروتين البيروقراطي تجنباً للمسؤولية خاصة في ظل نظام لا يهدف إلى التحفيز ويعتمد على الترقيّة بالأقدمية أكثر منه على المردودية والفعالية والنجاعة¹.

كما أن خضوع المرافق العامة المسيرة مباشرة لأهواء السياسة، يولد عدم استقرار من حيث التمويل و من حيث الفعالية والمردودية، فنجد أن هذا يشجع بعض المرافق العامة على التطور والازدهار ويمنحها كل التحفيزات اللازمة فيما يهمل بعض المرافق الأخرى، وهذا على حسب ما تركّز عليه السلطات.

أيضاً إن حجم المرافق العامة المسيرة من قبل الدولة مباشرة مثل الوزارات وضخامة المصالح التابعة لها قد يصعب السيطرة عليها والتحكم الفعال في كل الخدمات والنشاطات التي تؤديها².

ويمكن تقسيم الاختلالات التي تحد من مردودية المرفق العام عن طريق تسييره مباشرة في الجزائر كمايلي:

أولاً: الاختلالات التنظيمية

والتي تتمثل في تضخم الجهاز الإداري وفي عدد الموظفين على مستوى المرافق المسيرة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية.

1- تضخم الجهاز الإداري:

والمتمثل في تعدد مستويات بناء التنظيم من خلال التزايد المستمر لعدد الوزارات والذي يترتب عليه³:

- كثرة أجهزة الرقابة وما يترتب عنها من تضارب بشأن مسائل محتوى التقارير التقييمية ؛

¹ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري : نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 61.

² Amel Aouij MRAD. Op Cit; p 10

³ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 47.

- كثرة الأجهزة واللجان الفرعية التي تزيد من حجم نفقات الدولة المرتبطة خاصة بالأجور¹؛

- زيادة طول مدة الاتصالات وتعقيد الإجراءات بطريقة تنتهي إلى التقليل من الفعالية التنظيمية بشكل عام.

2- تضخم عدد الموظفين:

ويتجسد في العدد الهائل للموظفين الذين يفتقدون إلى مهام واضحة ودقيقة والتي يعود أسبابه إلى غياب منطق تسييري تستند إليه عملية التوظيف ، من خلال تشخيص حقيقي لاحتياجات الموارد البشرية ، والذي يعود سببه إلى عدم الاستناد إلى معايير موضوعية وهذا ما ينعكس على فعالية العمل الإداري في أساليب سيره وكيفية أدائه².

ثانيا: الاختلالات المتعلقة بالتسيير

وتتمثل في الاختلالات المتعلقة بالجانب التشريعي وغياب الأساليب الحديثة وأيضا عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة.

1- المشكل التشريعي: والذي يتجسد في الاختلالات المرتبطة بالتشريع وغياب الالتحام القانوني بالواقع، والذي يظهر في عملية وضعه ثم كيفية تطبيقه وممارسته، والتي تكون معظمها مقتبسة من دول أخرى بطريقة غير متكيفة.

2- غياب أساليب الحديثة في التسيير: والمتمثلة في الاعتماد على المناهج التقليدية مما انعكس سلبا على أدائها ومردوديتها وشكل عانقا حقيقيا أمام التحولات الجديدة للمرافق العامة وما تفرضه المنافسة³.

3- عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة: والمتمثل في الإسراف الذي يؤدي إلى ارتفاع تكلفة الخدمات المقدمة، ويظهر في:

- استخدام قدر من الموارد أكبر مما تتطلبه طبيعة الإنتاج أو الخدمة، ومثال ذلك استخدام عدد كبير

¹ عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر، 2008، ص 213 و 214

² المرجع نفسه، ص 214.

³ خيرى خليل الجميلي، التنمية الإدارية في الخدمات الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة الإسكندرية، 1997. ص 58.

من الموظفين في الإدارة، مما يؤدي إلى ارتفاع التكاليف.

– استخدام نوعيات من الموارد أكفأ وأعلى قدرا مما تحتاجه ظروف الإنتاج أو الأداء، وتؤدي عيوب الإسراف إلى الحد من قدرة الإدارة على تحقيق أقصى عائد ممكن من الموارد المتاحة ومن ثمة تنخفض الإنتاجية الحقيقية وترتفع التكلفة الفعلية للإنتاج أو الأداء.

4- الاتصال: إن الاتصال على درجة كبيرة من الأهمية لأنه كلما كان للمسؤول شبكة كبيرة من الاتصالات كلما أمكنه ذلك من تأدية وظيفته الرقابية بشكل أحسن وطريقة أسرع ولكن ما يعاب على نجاح عملية الاتصال يمكن إجماله في ما يلي¹:

- حجم المنظمة الادارية، إذ تؤثر تأثير واضحا في نظام الاتصالات فيها خاصة بالنسبة للمرافق التي تتميز بضخامة جهازها الإداري الذي يتجسد من خلال تعدد المستويات في داخلها من جهة، وتشعب فروعها في أرجاء الدولة من جهة أخرى، بحيث ينجر عن ذلك كله تشابك قنوات الاتصال العديدة ومضاعفة احتمالات تأخير الاتصال أو تغيير مضمونه و الإنقاص من محتواه.

- احتكار المسؤولين للمعلومات والوثائق الرسمية التي توضح أهداف المرفق الذي يسيره وطرق سيره لإحكام السيطرة على الموظفين.

ثالثا: الاختلالات المتعلقة بالعنصر البشري

عدم الفعالية التي تشهدها المرافق العمومية المسيرة بطريقة مباشرة لا تقتصر على الاختلالات التنظيمية والتسييرية فقط بل تتعداها إلى الموظف الذي يساهم في الخلل من خلال سوء أدائه الوظيفي.

1- غياب الكفاءة: توظيف أشخاص لا يتمتعون بالكفاءة اللازمة وذلك بالرغم من توفرهم على الشهادات العليا، وذلك بسبب غياب المفاهيم الحديثة المتعلقة بالسلوك والمهارات وهو الطابع الغالب في معظم الموظفين الذين يتميزون بعدم الدراية الكافية بالمهام والوظائف المسندة إليهم مع استبعاد إمامهم بكيفية التصرف في حال وقوع إشكال يتعلق بمجريات أدائهم لمهامهم².

2- غياب التحفيز: يعتبر التحفيز أهم عناصر فعالية المرفق العام وذلك في كونه العامل الذي يجذب

¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 53-54

² المرجع نفسه، ص 53-54

الموظفين ذات الكفاءة العالية ويجعلهم يفجرون طاقتهم وتقديم ما لديهم¹.

رغم كون طريقة التسيير المباشر مهمة بالنسبة للدولة في تسيير مرافقها التي لا تستطيع التخلي عنها نظرا لخصوصيتها، كالأمن، العدالة، الدفاع... إلخ. إلا أن الاختلالات التي تشوب هذه الطريقة في التسيير أثرت على فعالية ومردودية هذه المرفق ونوعية الخدمة التي تقدمها وحتى على علاقتها بالمواطن الذي فقد ثقته بهذه المرافق.

الفرع الثاني: تقييم طريقة التسيير عن طريق المؤسسة العمومية

للمؤسسة العمومية دورا هاما في تسيير المرافق العمومية، فهي تحقق نتائج جد إيجابية من حيث تخفيف العبء الكبير على الدولة والجماعة المحلية، خاصة في إطار تخصصها الذي جعلها تؤدي وظائفها بكل فعالية مما ينعكس على تحسين نوعية الخدمة العمومية².

ولكن رغم كل هذا النجاح واعتماد أغلب الدول لهذا النوع من التسيير، إلا أنه يعرف اختلالات ونقائص بسبب تعدد نشاطات الدولة وضعف التسيير العمومي بصفة عامة والتي يمكن إجمالها في:

- ارتباطه بأغلب اختلالات التسيير المباشر لكن بصورة أقل حدة خاصة بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية، التي تحكمها نفس القوانين مثل قانون الوظيف العمومي، وبذلك فهي تحمل في طياتها كل النقائص المتعلقة بالعنصر البشري وتسييره.

- من أهم الاختلالات هو زيادة العبء المالي على الميزانية، فمن المفروض أن يكون لهذه المؤسسات خاصة منها التجارية والصناعية ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة الدولة، لكننا إذا تصفحنا الميزانية العامة للدولة فإننا نجد أنها تحوي إعانات لهذه المؤسسات خاصة منها الإدارية، وفي أغلب الأحيان تكون هذه الإعانات هي المورد الوحيد لها وتعتمد عليها بصفة أساسية، وبذلك فهي لم تكن حلا للعبء المالي بل زادت العبء المالي على الدولة خاصة بالنظر لحجم ميزانيتها وعددها المتزايد يوميا وحجم الإعانات الموجهة من طرف الدولة.

- غياب استقلالية حقيقية لهذه المؤسسات فهي على حسب تعبير الأستاذة Théron استقلالية نظرية

¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، 55

² أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، (ترجمة محمد صاصيلا)، مرجع سابق، ص 443

فقط¹. وتتجلى مظاهر عدم الاستقلالية من :

الناحية العضوية: من المفترض انتخاب أعضاء مجلس المداولة، وهي الطريقة التي تجسد فعلا اللامركزية التقنية لأن فكرة اللامركزية مرتبطة بتفويض صلاحيات واختصاصات واستقلالية إدارية ومالية لهيئة منتخبة، لكن في الواقع نجد أغلب أعضاء مجلس المداولة معينون من قبل الجهة الوصية². ولهذا تأثير كبير على استقلالية المؤسسات العمومية فهي تفقد معناها الحقيقي خاصة في مجال اتخاذ القرارات وتنفيذها.

الناحية الوظيفية: وتظهر عدم استقلالية المؤسسة العمومية من الناحية الوظيفية في النقاط التالية:

- بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية لا يوجد لها نظام خاص بموظفيها فهي خاضعة للتوظيف العمومي وهو ما يؤثر على استقلاليتها.

- تعيين الوصاية لأهم هياكل المؤسسة العمومية، وبذلك فهي السلطة المعنية بإنهاء المهام بنفس أشكال التعيين، وهذا أيضا له تأثير على الاستقلالية خاصة عند اتخاذ المؤسسة العمومية القرارات، لأنه في أي لحظة يمكن أن تقوم الوصاية بإنهاء مهام المدير.

الناحية المالية: تتجسد الاستقلالية المالية من خلال ميزانية مستقلة تماما عن ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعة المحلية، لكن عمليا نجد هناك ارتباطا بينهما من خلال الإعانات الموجهة للمؤسسات العمومية، وأيضا بالنسبة لضرورة المصادقة المسبقة على ميزانية المؤسسة وخضوعها للمحاسبة العمومية وقيودها، وكذلك خضوعها للرقابة السابقة ولاحقة³.

- غياب دراسات تقييمية للمؤسسات العمومية وتطابقها مع حاجيات المواطنين، ومدى تحسينها لنوعية الخدمة العمومية، خاصة وأن هدف وجودها هو التخصص الذي بدون شك يفضي إلى نوع من الفعالية، لأنها الوحيدة القادرة على التحكم في الخدمة العمومية، وذلك لمرونة نظامها القانوني خاصة الصناعية والتجارية منها⁴.

¹ J-P Théron, recherche sur la notion de l'établissement public, Prais, LGDJ, 1977, P 15 .

² Amel Aouij MRAD, Op-Cit, P 117.

³ Ibid, P 117

⁴ Ibid, p 118

إن تسيير المرافق العمومية بطريقة مباشرة أثبت عدم فعاليته وبحته عن المردودية الاجتماعية على حساب المردودية الاقتصادية، لذلك مع التطور لجأت الدولة إلى نوع جديد لتسيير مرافقها العمومية وهو التسيير بالمؤسسة العمومية في إطار التخصص والاستقلالية ومنحها نوعا من المرونة من خلال أنظمتها القانونية والهدف تحسين نوعية الخدمة العمومية ، لكن حتى هذه الأخيرة وإن أثبتت نجاحها في عدة مجالات وفي فترات معينة إلا أنها عرفت العديد من الاختلالات والتي قللت من فعاليتها وبلا شك على نوعية الخدمة التي تقدمها.

وبسبب الاختلالات الكبيرة التي عرفها التسيير المباشر والتسيير عن طريق المؤسسة العمومية، وجب إيجاد طريقة أكثر مرونة وفعالية خاصة مع التحولات الجديدة التي عرفتها الجزائر والتي أدخلتها مرحلة أكثر انفتاحا فرضت عليها فتح مجالات على المنافسة، والبحث عن مردودية وفعالية أكثر في تسيير مرافقها العمومية، وتحسين نوعية الخدمة العمومية التي فرضها زيادة الوعي المدني لدى المواطنين خاصة في إطار الانفتاح على العالم وزيادة المنظمات الداعية إلى حقوق المواطنين، وضرورة الرقي بالخدمة العمومية.

وتماشيا مع الاختيارات الايديولوجية الجديدة للدولة، انتهجت سياسة الخوصصة بحثا عن المردودية في القطاع الخاص، وبالأخص خوصصة التسيير التي تعتبر الطريقة الوسطية بين التسيير المباشر للمرفق العام والتنازل عنه للخواص والمعبر عنها بعقود الامتياز سابقا¹. ولكن هل يمكن الحديث عن المردودية في عقود الامتياز؟

الفرع الثالث : تقييم عقد الامتياز كمحور ووجه قديم لتفويض المرفق العام في

الجزائر

إن التحولات التي عرفتها الجزائر وانتهاجها للنظام الليبرالي فرض عليها ضرورة اللجوء لعقد الامتياز الذي يعتبر محور تفويض المرفق العام في الجزائر، ولكن ما يؤخذ عليه هو ضعف تنظيمه ومحدودية تطبيقه في الواقع العملي.

أولا: ضعف التنظيم القانوني لعقد الامتياز

يتضح الضعف القانوني لعقد الامتياز في الجزائر من خلال النقاط التالية:

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 320

– عدم ثبات المعيار القانوني المنظم لعقد الامتياز، فالنصوص القانونية التي تأطره متناثرة ولا تنظمه في قانون واضح يحدد مبادئه وأساسه العامة والقيود التي يخضع لها، فالمشروع لم يعطي تعريفاً موحداً لعقد الامتياز، ولهذا هناك تعريفات مختلفة، وفي الكثير منها لم يميز بين الامتياز والإيجار رغم الفرق الواضح بينهما¹.

– سكوت العديد من النصوص القطاعية عن مسألة ضبط الشروط والإجراءات التي يتم بمقتضاها منح الامتياز.

– من حيث المدة القانونية، فمعظم النصوص القانونية التي حاولت الجزائر تنظيمها، جعلت مدة العقد غير كافية لإنجاز المشروع واستغلاله والحصول على ربح، ثم إعادة تملكه للدولة خاصة وأنه في الكثير من المرافق تكون الرسوم التي تدفع مقابل الانتفاع منها بسيطة، لا يمكن الحصول بواسطتها على المردود المالي الذي يحقق الربح المناسب، وقد يكون هذا بسبب عدم إجراء دراسات دقيقة على موضوع محل الامتياز قبل الشروع في انجازه.

ثانياً: الصعوبات العملية

بالإضافة إلى ضعف التنظيم القانوني لعقد الامتياز هناك مجموعة من الصعوبات العملية التي تحول دون نجاح عقد الامتياز في الواقع العملي وأهمها:

تخوف القطاع الخاص الجزائري من الدخول في هذه الامتيازات لضخامة مشاريعها وتكلفتها المالية، فمثلاً في مجال الطرق السريعة التي تقترب امتيازاتها كثيراً لعقود الـ BOT المعروفة في الدول الانجلوسكسونية، لم يتقدم أي مستثمر وطني للاستفادة من الامتياز، وفي هذا الصدد صرح السيد محمد صالح منتوري رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجريدة الخبر في ديسمبر 2002 قائلاً (كان عقد البوت حلاً للتنمية وتطوير لقطاع النقل، وقد تبين أن مشروع الطريق السريع (شرق – غرب) الاستراتيجي يمكن أن يظل لسنوات ينتظر دون أن يجد مهتما خاصة في الأماكن المعزولة، والأمر ينطبق على مشروع بناء مطار الجزائر، ميترو الجزائر، وتحديث الطرق السريعة...)².

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 320

² موسي عتيقة، الامتياز كوسيلة لتسيير المرفق العام في إطار التحولات الجديدة في الجزائر مع دراسة تجريبية الجزائر في مجال الطيران المدني، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص المنعقد أيام 27 و28 أفريل 2011. كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية. ص 128.

ونتيجة عدم تقدم أي مستثمر في الطريق السريعة، أنشأت الجزائر الوكالة الوطنية للطرق السريعة لإنجاز الطريق السريع شرق-غرب، عن طريق إبرام صفقات عمومية بحسب المقاطع، مع شركات أجنبية، وقد كلف ذلك الخزينة العمومية العامة مبالغ ضخمة¹.

ويعود كذلك عدم نجاح الامتياز في الواقع، إلى تخوف السلطات العمومية المعنية من تحرير بعض القطاعات الضرورية الضخمة لحساب الشركات الأجنبية الكبيرة، وقد يكون ذلك لأسباب سيادية أو تخوف السلطات من عدم قدرتها على ممارسة الرقابة على صاحب الامتياز إذ قام برفع الأسعار أو خفض نوعية الخدمة، خاصة إذا كان صاحب الامتياز إحدى الشركات الدولية الكبيرة التي تملك أموالا ضخمة ونفوذ كبيرين، من شأنها الضغط على الدولة، مما يهدد سيادتها، ويظهر هذا التخوف في العديد من الأمثلة أبرزها:

تخوف الجزائر من منح امتيازات على ميناء جيجل في أواخر سنة 2007، وهذا الميناء يعتبر من أكبر الموانئ الإفريقية القادرة على شحن وتفريغ البضائع، واستقبال البواخر الضخمة، ورغم ذلك فقد عرف ركود منذ الثمينيات، ولكن بعد فتح الخطوط البحرية، خاصة الخط البحري الذي يربط بالإمارات العربية المتحدة، حاولت مؤسسة دبي للموانئ الاستفادة من الامتياز على هذا الميناء لكن الجزائر أبدت تحفظات وتخوفا من هذا الامتياز، وبالمقابل أبدى السيد جمال ماجد بن ثنية نائب رئيس موانئ دبي استعداداه للالتقاء بممثلين عن التنسيق الوطنية لنقابات الموانئ الجزائرية وذلك لتقريب وجهات النظر².

يظهر كذلك تخوف الجزائر من عقود الامتياز في طبيعة الشروط التي تتضمنها مراسيم تنظيم الامتياز التي في معظمها تشترط كضمان تواجد رؤوس أموال في الجزائر، وهذا في الواقع لا يتوفر إلا في المستثمرين الوطنيين، وهؤلاء غالبا لا يملكون الإمكانيات المالية أو التقنية لإنجاز المشاريع الضخمة، وهناك من فسر هذا التردد والغموض في تنظيم الامتياز في القانون الجزائري بعدم وجود إرادة صريحة لدى السلطات المعنية في تبني الطرق التفويضية لتسيير المرافق العامة، وبرغبتها في التحكم دائما في المرافق العمومية، لذا تعاملت بنوع من الازدواجية في تنظيم الامتياز، فمن جهة نظمت الامتياز من الناحية القانونية نتيجة الضغط من المؤسسات الاقتصادية الدولية، لكن عندما تشرع في تطبيقها في أرض

¹ موسي عتيقة ، مرجع سابق، ص 129

² نادبة ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 223.

الواقع تضع لها شروط في شكل قيود تعيق تجسيدها في أرض الواقع¹.

إن عقود الامتياز وإن عرفت انتعاشا عند تغيير الأيدولوجية لكن تبقى في بعض المجالات حبيسة نصوص قانونية لم ينجح تطبيقها، بالنظر للتخوف الكبير من هذه الطريقة والذهنية الجزائرية حول المنفعة العامة والخدمة العمومية، وتخوف السلطات العمومية من تحرير بعض القطاعات لصالح الشركات الأجنبية، وكذا عدم وضع إطار قانوني موحد ومحفز للاستثمار في المرفق العام².

ولكن بصدر المرسوم الرئاسي 15-247 و الذي وضع إطار عام لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، والتي يعتبر عقد الامتياز أحد أهم صورها، أصبح المشرع ينظر إلى هذا الأسلوب كإطار قانوني يضم مجموعة من العقود تتوفر فيها أسس معينة تميزها عن العقود الإدارية الأخرى، وهنا يثار التساؤل حول فعالية تقنية تفويض المرفق العام ومدى تحقيقها للمردودية التي فشل عقد الامتياز في تحقيقها؟

المطلب الثاني: مميزات نظام التفويض

يعرف تفويض المرفق العام انتشاراً وسعاً في فرنسا ويرجع السبب في ذلك إلى البيئة القانونية والثقافية الملائمة (الفرع الأول) وإلى النتائج الايجابية التي يحققها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بيئة قانونية وثقافية ملائمة لتفويض المرفق العام

تعتبر فرنسا الرائد في مجال تطبيق عقود تفويض المرفق العام ويرجع ذلك إلى العديد من الأسباب أهمها:

1- تكريس حرية الجماعة العامة في اختيار طريقة التسيير: إن حرية الجماعة العامة في الاختيار بين الإدارة المباشر والإدارة المفوضة تستند إلى السلطة التنظيمية الممنوحة لها لتسيير وتنظيم مرافقها. وهي ناتجة عن تطبيق أحكام المادة 34 و37 من الدستور الفرنسي، والتي تخول لها اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتقديم الخدمة العامة للجمهور وبالوسائل التي تراها مناسبة³.

ولقد كرس الاجتهاد قاعدة حرية الجماعة العامة في اختيار الوسيلة المناسبة في تحقيق المرافق

¹ موسى عتيقة، مرجع سابق، ص 129.

² نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة ، مرجع سابق، ص 325

³ Willy Brandt, La délégation de service public : un modèle à repenser, RENA, 2009, P 05

العامة منذ فترة طويلة، حين اعتبر أن للجماعة العامة سلطة استثنائية في ذلك، باعتبار أن هذه الحرية هي جزء من ممارسة السلطة التنظيمية¹. هذا ما أدى بالنتيجة إلى جعل رقابة القاضي الإداري على حريتها في الاختيار رقابة دنيا تنحصر في البحث عما إذا كان هناك خطأ في القانون أو في صحة الوقائع².

فالمبدأ أن الجماعة العامة تتمتع بحرية واسعة في اختيار طرق إدارة مرافقها العامة بغض النظر عن طبيعتها، إلا أنه قد يرد على ذلك استثناء يتمثل بوجود نص قانوني يقيد بها بطريقة معينة. مثال ذلك أن تقنية تفويض المرفق العام لا يمكن تطبيقها على المرافق العامة التي ترتبط طبيعتها بسيادة الدولة التي تتكفل بتسييرها مباشرة.

2- تعدد صور التفويض: إن تفويض المرفق العام لا ينحصر في فئة محددة فهو يأخذ أشكالاً وصوراً متعددة حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة.

فإذا كان موضوع تفويض المرفق العام يتطلب بالضرورة إنشاء منشآت عامة، فالغالب ما يكون امتياز المرفق العام هو الوسيلة المختارة من جانب السلطة المفوضة، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن الخيار قد يتحدد في عقد الإيجار أو عقد التسيير أو الوكالة المحفزة (الاستغلال والمشاركة).

أما إذا أرادت السلطة المفوضة تحميل المفوض له كامل مخاطر الاستثمار أو الجزء الأكبر منها فإن أسلوب الامتياز والإيجار يشكلان إحدى الوسائل الملائمة لذلك.

ويضاف إلى هذا رغبة السلطة المفوضة التي قد تتجه إلى فرض رقابة أكثر شمولية، فتختار طريقة امتياز المرفق العام أو الإيجار، أما إذا أرادت ممارسة رقابة محدودة فتختار في هذه الحالة طريقة عقد التسيير أو عقد الاستغلال والمشاركة.

والملاحظ أن هذه العقود ليست محصورة في الامتياز والإيجار والتسيير والاستغلال والمشاركة بل هناك عقود أخرى غير مسماة يمكن أن تكون أحد صور عقد تفويض المرفق العام.

¹ CE, 24 janvier 1973, Syndicat national des conseillers du développement agricole.N° 8170, Rec Leb.

² Willy BRANDT, Op Cit, P 06-07

إن هذا التعدد في صور تفويض المرفق العام هو الذي ساهم في الانتشار الواسع لهذه التقنية في تسيير المرفق العام في فرنسا¹.

3- تعزيز شفافية الإجراءات: إن قانون Sapin المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والذي تضمن قواعد إجرائية خاصة تعزز الشفافية والمنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، ولكن بمفهوم مختلف عن الصفقات العمومية التي فرض فيها المشرع قيوداً وضوابط أكثر شدة من المعمول بها في عقود التفويض، هذا ما دفع بأشخاص القانون الخاص إلى اختيار تقنية تفويض المرفق العام لتجنب القيود والضوابط المفروضة في الصفقات العمومية².

4- الفوائد التي تحققها إدارة الخواص: إن إدارة الخواص للمرافق العامة أثبتت تفوقاً بارزاً على الإدارة المباشرة، وذلك لكون إدارة الخواص لها ثلاث فوائد أساسية وهي³:

– توفير مصادر تمويل خارجية لتغطية نفقات الاستثمار وتشغيل المرفق محل التفويض؛

– بيئة أكثر ملاءمة في المجال الخدمات العامة؛

– الحصول على عرض شامل يحتوي على التصميم والبناء والتشغيل مما ينقص التكاليف على السلطة العامة.

وكانت البيئة الثقافية في فرنسا والتي تقوم على المبدأ اللبرالي في التسيير بالإضافة إلى قوة الشركات الخاصة هي التي شجعت على انتشار تقنية تفويض المرفق العام. فلو أخذنا على سبيل المثال الشركات المسيرة لمجال المياه في فرنسا نجد:

شركة La compagnie générale des eaux والتي تعتبر أول شركة خاصة لتسيير الخدمة العمومية للمياه في فرنسا، وكلفت بتسيير كل من مدينة ليون عام 1853 لمدة 20 سنة، ومدينة نانت سنة 1854 ومدينة باريس عام 1880، وقد أسندت لها كذلك بموجب عقد مبرم مع بلدية Olivet في 1931

¹ Willy BRANDT, Op Cit, P 05

² Ibid, P 06

³ Ibid, P 07

مهمة تسيير المياه البلدية لمدة 99 سنة¹، وقد وسعت الشركة من نشاطها وأنتشت فروع تابعة لها مثل Société française des eaux، Compagnie des eaux، Générale des eaux أعمال الشركة في تسييرها لهذا المرفق الحيوي 52,5 مليار فرنك فرنسي سنة 1993 وهي تشغل 26000 شخص، كما أنها تسيطر على السوق الفرنسية بنسبة 39% وعلى السوق الخارجية بنسبة 30%.

ومن بين الشركات الفرنسية التي تتمتع بامتياز تسيير الموارد المائية شركة Groupe lyonnaise des eaux-Dumez والتي أنشأت سنة 1880 وكلفت في إطار الامتياز بتسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير لما يقارب 10 ملايين فرنسي، حيث بلغ رقم أعمالها سنة 1996 إلى 21,5 مليار فرنك فرنسي وهي توظف 12400 شخص، وتمتلك هذه الشركات العديد من الفروع التابعة لها مثل Eau et force، Dégréement³.

بالإضافة إلى شركة فرنسية أخرى تسمى Société d'aménagement urbain et rural et Bouygues والتي نشأت سنة 1933 تتمتع بتفويض تسيير وتوزيع المياه في فرنسا وبالتحديد في البلديات الريفية، وقد بلغ رقم أعمالها في سنة 2001 ب 2,4 مليون أورو⁴.

الفرع الثاني: النتائج البنوية والتنظيمية التي تحققت إدارة التسيير المفوض

إن تقنية تفويض المرفق العام تحقق مجموعة من النتائج البنوية والتنظيمية في المرافق العامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إنشاء مرفق عام

إن تفويض المرفق العام يقتضي بالضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض، وهذا يعني أنه يجب مسبقاً وجود مرفق عام لتطبيق تقنية التفويض عليه، ولكن هناك بعض المرافق العمومية وبالأخص مشاريع البنى التحتية كالاتصالات والطرق السريعة والجسور ومواقف السيارات، فهذه المرافق العامة

¹ Edouard Geffroy, L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats, R.F.D.A, N°3, Mai-Juin 2009, P 450.

² Jean - François Auby , La délégation de service public , Op Cit , P 108

³ François Trogir , Services publics faire ou déléguer , Librairie Vuibert , Paris , 1995, P 89.

⁴ Ibid, P 89

لا وجود فعلي لها بدون الأشغال والمنشآت المنفذة لها في إطار عملية إدارتها واستثمارها.

ثانياً: تمتع المفوض له بامتيازات ومزايا

ينتج عن تطبيق تقنية التفويض ، تمتع المفوض له بامتيازات السلطة العامة بحكم ضرورتها في تنفيذ المرفق العام والتي تتحدد في :

- توفير الحماية من المنافسة التي تخول للمفوض له الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع عقد التفويض، والاحتكار يكون قانونياً بأن يصرح به المشرع بالإضافة إلى النص عليه في عقد التفويض.

في فرنسا استقر الاجتهاد القضائي على قاعدة وجوب توفير الحماية للمستثمر من قبل السلطة المفوضة دون جواز التنازل عنها لكونها تتعلق بالنظام العام، وسواء وردت في دفتر الشروط أم لم ترد¹.

- تمتع المفوض إليه ببعض التسهيلات مالية نظراً لضخامة المهمة التي توكل للمفوض في عقود التفويض ولاسيما إذا كان يقع عليه عبء إقامة المرفق وإدارته فإن الإدارة قد تقدم له بعض التسهيلات المالية ومن ذلك تقديم القروض له على أن يسدها على دفعات، أو منحة دفعات مالية غير قابلة للرد، وقد تتمثل المساعدات التي تقدمها الإدارة بضمانات القروض التي يحصل عليها المفوض إليه من البنوك².

أيضاً من المزايا التي يمكن أن يحصل عليها المتعاقد تمتعه بالإعفاء من بعض أنواع الضرائب، بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد.

- امتيازات المفوض إليه بالنسبة للأماكن العامة وهنا يجب التمييز بين الأماكن العامة المخصصة لنشاط المرفق والأماكن العامة المخصصة للجمهور، فبالنسبة للأولى والتي تكون موضوعاً تحت تصرفه طبقاً لأحكام دفتر الشروط، أما الثانية والتي تخول للمفوض إليه الانتفاع منها واستغلالها كالانتفاع من الطرقات العامة للقيام ببعض الأعمال المتعلقة بنشاطه، كمد شبكات اتصال أو كهرباء أو مياه. مع الإشارة أنه لا يترتب للمفوض إليه أي حق للملكية على الملك العام³.

¹ CE 25 juillet 2001. Ville de Toulon. Rec. Leb. P 1039

² أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق، ص 158

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 326 .

ثالثا: المحافظة على صفة العمال والمستخدمين

يمكن أن يتناول التفويض مرفقا عاما إداريا أو استثماريا، وهو قد يمنح لشخص عام أو لشخص خاص.

فالتفويض للأشخاص العامة لا يطرح إشكالية الوضعية القانونية للعمال والمستخدمين في المرفق العام فهي تبقى على حالها دون تغيير فالعامل والمستخدم الذي له صفة العامل أو الذي يخضع للقانون الخاص يبقى محتفظا بالصفة والوضعية القانونية التي كانت له ما قبل التفويض¹.

لكن الإشكال هنا يرتبط في الحالة التي يمنح فيها التفويض إلى شخص خاص، وبالأخص إذا كان المرفق محل التفويض إداريا، القاعدة العامة هي تطبيق القانون الخاص والمتمثل في قانون العمل فالموظفون وعلى الرغم من مشاركتهم في تنفيذ المرفق العام يخضعون لأحكام القانون الخاص، ولا يمكن أن تكون لهم صفة العامل العام.

ولكن وفقا للتجربة الفرنسية في هذا المجال يمكن استخدام الموظف مع بقائه منتبيا إلى إدارته العامة لدى المستثمر وفقا للحالات التالية:

- الانتداب détachement : الانتداب هو وضع الموظف الدائم الذي أعفي مؤقتا من مهام وظيفته الأصلية، واسندت إليه مهمة أخرى، على أن يحتفظ بحقه في الراتب والتدرج والترقية والترفيح والتقاعد في إدارته الأصلية، لكن كاستثناء في تقنية تفويض المرفق العام فإن الموظف المنتدب يتقاضى راتبه من المستثمر وليس من الجماعة العامة وفقا للعقد الموقع بينهما والذي يعد من العقود الخاصة². ويتم هذا الانتداب بناء لطلب الموظف ولمدة معينة غالبا ما ترتبط بمدة التفويض، ويخضع طوال مدة انتدابه لأنظمة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 327

² Voir L'Art 2/5 du Décret n°86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration. (Détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels).

المشروع الخاص إلا في حالات العزل والتوقيف التي يبقى خاضعا فيها للسلطة العامة¹.

- **الوضع بالتصرف** Mise à disposition: هو إجراء يتم فيه إعفاء الموظف من مهامه وإحاقه في الوظائف ومهام أخرى².

والوضع في التصرف هي عملية معقدة تدرج وفقا للمراحل التالية:

- صدور قرار من الجماعة العامة التي ينتمي إليها الموظف، والذي يتم غالبا بناء لطلبه؛

- اتفاق بين الجماعة العامة والمستثمر يتضمن استخدام الموظف وشروطه؛

- عقد بين الموظف والمستثمر يندرج في فئة عقود العمل.

ويستمر الموظف الموضوع في التصرف بتقاضى رواتبه من الجماعة العامة التي ينتمي إليها، وليس من المستثمر، إلا أنه يبقى له أن يتقاضى بعض التعويضات وفقا لما هو ملحوظ في الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والجماعة العامة التي ينتمي إليها الموظف، والأخير يبقى خاضعا لنظام الوظيفة العامة لاسيما لجهة التأديب، فالمستثمر لا يمكنه أن يطبق أية عقوبة عليه إنما في هذه الحالة يتوجب عليه الطلب من الجماعة العامة اتخاذ ما يلزم من تدابير تأديبية في حال قدر اتخاذها³.

- **الوضع خارج الإطار** Mise hors cadre: وهي الحالة التي يوضع فيها الموظف بصورة مؤقتة

خارج الإطار الوظيفي الذي ينتمي إليه من أجل الالتحاق في وظائف ومهام أخرى، والموظف يبقى في هذه الحالة محتفظا بحقه في الترقية، وكذلك في التعويض والتقاعد إلا أنه ينقطع عن تقاضيه راتبه، ليقضى أجر عمله لدى المستثمر⁴.

رابعا: زيادة في إيرادات الحسابات العامة

إن الجماعة العامة أثناء تحقيق المرفق العام بنفسها تتحمل جميع التكاليف المالية اللازمة لاستثماره، وما يتبع ذلك من تحمل لأعبائه ومخاطره بالإضافة إلى الاعفاءات الضريبية التي تستفيد منها،

¹ Gilles Chatelier, Institut de la gestion déléguée : Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, Rapport du Groups d'études, Lyon, 2007.P 17

² Ibid , P 20

³ Ibid , P 20

⁴ Ibid, P 21

هذه العوامل تؤثر بدورها على الحسابات العامة¹.

هذه العوامل التي تؤثر على الخزينة العمومية تتبدد عند اللجوء إلى التفويض، فهو ينقل مهمة تحقيق المرفق العام في الغالب إلى شركات خاصة تخضع لسلسلة من الضرائب، فالتفويض ينتج عنه توسيع دائرة التكاليف الضريبي، وبالتالي زيادة في إيرادات خزينة الدولة وجماعتها العامة².

المبحث الثاني

أسباب تحديث عقد التفويض في فرنسا وتحديات تطبيقه

في الجزائر

تعتبر التجربة الفرنسية هي الرائدة والسبابة في تطبيق تقنية تفويض المرفق العام من سنة 1993 أي ما يفوق 20 سنة من التطبيق، ومن المؤكد أن هذه التجربة أثارت العديد من النتائج سواء كانت إيجابية أو سلبية على المرافق العمومية، من هذا فإنه يجب الوقوف على هذه النتائج وتقييمها ومعرفة مدى انعكاسها على مردودية المرفق العام في فرنسا. وأيضاً معرفة أسباب ودوافع إلغاء النظام القانوني لتفويض المرفق العام في فرنسا وإدراج عقود الامتياز الجديدة، وهل حقيقة أن عقد الامتياز الجديد ألغى مفهوم التفويض في فرنسا أم أنه يعزز مكتسبات تقنية تفويض المرفق العام في قالب جديد يهدف للموازنة بين النظام القانوني الأوروبي والنظام الداخلي الفرنسي (المطلب الأول).

وباعتبار أن التجربة الفرنسية انتقلت إلى الجزائر وإن لم تتجسد بجميع معالمها لحد الآن، إلا أنه يجب معرفة مدى الصعوبات التي واجهت تطبيق عقود الامتياز باعتبارها الوجه القديم لتفويض المرفق العام في الجزائر، وهل يمكن أن تنعكس على تقنية تفويض المرفق العام في الجزائر وذلك بمقارنة مع التجربة الفرنسية والاستفادة منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب تحديث عقد التفويض في فرنسا

يعتبر عقد تفويض المرفق العام في فرنسا من أهم طرق تسيير المرافق العامة، فهو يعرف تطبيقاً واسعاً خاصة بالنسبة للمرافق المحلية، وقد ساهم في تنمية العديد من المجالات في فرنسا أهمها في مجال:

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 329.

² المرجع نفسه، ص 330

(توزيع وإنتاج المياه، توزيع الطاقة عن طريق الشبكات، مجال بناء مواقف السيارات، النقل الحضري... إلخ.¹

ويرجع هذا الانتشار الواسع إلى العديد من الأسباب أهمها البيئة القانونية والثقافية التي تتلاءم مع طريقة التسيير المفوض للمرفق العام، بالإضافة إلى النتائج البنوية والتنظيمية التي يحققها هذا الأسلوب في التسيير. ولكن رغم هذا الانتشار الواسع في التطبيق، إلا أنه شاب هذه التقنية العديد من العيوب والمساوئ التي لم تمكنها من النجاح في العديد من المجالات (الفرع الأول).

هذا ما دفع بالمشروع الفرنسي إلى تحديث نظام عقد التفويض عن طريق الأمر رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز، في حقيقة الأمر لقد شكل قانون الامتياز الجديد إشكالية بالنسبة لمفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا والمتمثلة في مدى الانسجام القانوني لمفهوم هذا الامتياز مع تقنية التفويض؟ بمعنى هل أن القانون الجديد يلغي مكتسبات تقنية التفويض والتي عرفت تطبيقاً لمدة تفوق 20 سنة، أم أن المشروع الفرنسي يهدف إلى الموازنة بين مفهوم الامتياز الأوروبي من جهة وإلى تعزيز مكتسبات تقنية التفويض من جهة أخرى؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عيوب ومساوئ تفويض المرفق العام

رغم الانتشار الواسع لعقد تفويض المرفق العام في فرنسا، إلا أنه لا يخلو من العيوب والمساوئ التي من شأنها أن تشكل عائق في نجاحه، ومن أهمها عدم استقرار معايير تحديده (أولاً)، وأيضاً تأثير قانون المجموعة الأوروبية (ثانياً).

أولاً: عدم استقرار معايير تحديد عقد تفويض المرفق العام

إن تحديد عقد التفويض يستند إلى مرتكزات قانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام ولكن التجربة التطبيقية لعقد التفويض في فرنسا أثبتت عدم استقرار معايير تحديده.

1- صعوبة تحديد معيار المرفق العام: يشكل المرفق العام المرتكز القانوني لتقنية التفويض، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام.

¹ Willy BRANDT, Op Cit, P 05 .

ولتحديد المرفق العام وضع الاجتهاد معايير للدلالة على وجوده، أولى هذه القرارات تمثلت في قضية Nancy¹ حين اعتبر الاجتهاد أنه لوصف نشاط ما بالمرفق العام، يجب توفر ثلاثة معايير وهي: وجود مصلحة عامة، وجود لامتيازات السلطة العامة، رقابة من جانب الجماعة العامة.

ولكن المتغيرات المتسارعة في قرارات مجلس الدولة وسعت في مفهوم المرفق العام، حيث أنه اعترف بالطابع المرفقي لعدة نشاطات بعد أن كان من غير المتصور القول أن هذه النشاطات قد ترتقي يوماً ما إلى مستوى المرفق العام والتي منها: إدارة وتنظيم حفل لموسيقى الـ Jazz²، إدارة واستثمار قصر للمؤتمرات³، إدارة وتنظيم مهمة وإعداد ونشر إعلانات ذات طابع اقتصادي وسياحي على صعيد البلدية⁴.

هذا الامتداد لمفهوم المرفق العام، الذي شكل تعبيراً عن تساهل ومرونة من قبل القاضي الإداري في تحديد المرفق العام لم يعد ينحصر بالضرورة بتلك التي وضعها في قضية Nancy، بل القاضي الإداري له الحرية الواسعة في البحث عن مؤشرات وعلامات تسمح له بتكوين قرائن على وجود المرفق العام.

إن تقنية التفويض تقوم على وجود مرفق العام كمرتكز ومعيار للدلالة عليها ولكن عدم ثابت واستقرار معايير تحديد النشاط إذا كان يشكل مرفق أم لا من شأنه أن لا يلعب دوراً حاسماً في تحديد عقد تفويض المرفق العام⁵.

2- الشكوك حول معيار المقابل المالي: إن المعيار المالي لم يعد يلعب دوراً حاسماً كما كان في التسعينات قبل ظهور مفهوم التفويض، إذ ربط العلم والاجتهاد قديماً ولفترة طويلة وجود امتياز المرفق العام (النموذج الأكثر تطبيقاً لعقود تفويض المرفق العام) بإتاوات يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين، ولقد شكلت الإتاوات المحصلة من جانب المنتفعين المعيار الذي ميز به الاجتهاد امتياز

¹ جورج فيدال و بيار دلفوليه القانون الإداري، (ترجمة منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان بيروت، 2001، ص 539.

² CE 2 juin 1995, ville de Nice. Rec. Leb. P 685.

³ TC 19 decembre 1988 ponce C/ville de Cannes. Rec. Leb. P 497

⁴ CE 10 juillet 1996. Coisine. Rec. Leb. P1006.

⁵ Willy BRANDT, Op .Cit. P 09

المرفق العام عن سائر العقود الإدارية.

لكن التطور أفرز إمكانية أن لا تنحصر العائدات المالية على الإتاوات التي يدفعها المنتفعون قد تضاف إليها عائدات تدفعها السلطة المانحة، ليصبح المعيار المعرف ليس الإتاوات من طرف المنتفعين بل ارتباط العائدات المالية بنتائج استثمار المرفق العام.

وسبب ربط العائدات بالاستغلال هو تحمل المستثمر ولو جزء من مخاطر الاستثمار أي أن مفهوم الاستثمار لا يكتمل إلا بتحمل المفوض له جزء من المخاطر التي يحملها الاستثمار وإلا لما كنا في إطار استثمار وتفويض المرفق العام¹.

إلا أنه وبالعودة إلى قرار Commune de Guilhaumand-Granges² حيث أبرم عقد إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، موضوعه تفويض مرفق توزيع المياه، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين إلا أن مجلس الدولة اعتبر العقد صفقة وليس عقد تفويض، على اعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال لاسيما أن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه التي تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين ولا يمكن الاستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطر، وهذا يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني بالنسبة لمعيار المخاطر فهو يفترق لتحديد عتبة المخاطر وقاعدة حسابها³.

إن عدم تحديد عتبة المخاطر من شأنه أن يؤدي إلى تفسير مرن من قبل القاضي وهو ما يثير الشك حول مدى جدية هذا المعيار في تحديد عقد تفويض المرفق العام.

ثانياً: تأثير قوانين المجموعة الأوروبية

إن قوانين المجموعة الأوروبية لم تتطرق إلى مفهوم تفويض المرفق العام بل عملت على وضع القواعد والنصوص المنظمة لعقود الصفقات العمومية و امتيازات الأشغال العامة⁴، دون التطرق

¹ Willy BRANDT, Op .Cit P 10

² CE 7 Avril 1999, Commune de Guilhaumand- Grange, AJDA, 1999, p: 517.

³ Willy BRANDT, Op .Cit. P 13

⁴ Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989.et Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 et directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

لموضوع المرفق العام وطرق إدارته واستثماره ، إلا أن فرنسا حافظت على نموذج التسيير المفوض للمرفق العام من خلال قانون Sapin وذلك من خلال تعميم مبادئ الاتفاقية الأوروبية على عقد امتياز المرفق العام والعقود الأخرى.

إلا أن التوجيه رقم EC/18/2004¹ والمتعلق بإجراءات التنسيق لمنح عقود الصفقات العامة وعقود الأشغال العامة والخدمات، في إطار التنسيق الأوروبي تطرق في الفقرة 4 من المادة الأولى منه إلى تعريف عقد امتياز المرفق العام كقائمة تشمل غالبية عقود تفويض المرفق العام في فرنسا². ولكن بالعودة إلى أحكام المادة 17 من نفس القانون نجد أنها تستثني تطبيق كل أحكام القانون الأوروبي على عقد امتياز المرفق العام³، باستثناء المادة 03 منه والتي تقتضي تطبيق أحكام المنافسة والشفافية وعدم التمييز⁴.

من خلال التوجيه الأوروبي رقم EC/18/2004 يمكن القول أن عقد امتياز المرفق العام ينتج عنه ما يلي:

– إن قاضي المحكمة الأوروبية ليس مؤهلاً للفصل في عقد امتياز المرفق العام بالمعنى المعمول به في القوانين الوطنية، لكن له الحق في مراقبة مدى الالتزام بالمفهوم الأوروبي لعقد امتياز المرفق العام ومبادئ الشفافية والمساواة وعدم التمييز.

– إن مبدأ الشفافية لا يعني بالضرورة الالتزام بتطبيق إجراءات الإبرام الواردة في أحكام القانون

¹ DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE. N° L 134/114, 30.4.2004.

² Directive 2004/18/CE, article 01: La «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

³ Directive 2004/18/CE, article 17: Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3, la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 1er, paragraphe 4.

⁴ Directive 2004/18/CE, article 03: Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

الأوروبي، لكن الغياب التام للمنافسة في حالة منح عقود امتياز المرفق العام لا يتوافق وأحكام القانون والمبادئ الشفافية وعدم التمييز.

إن التوجه الأوروبي بخصوص عقد امتياز المرفق العام من شأنه أن يؤثر على تفويض المرفق العام في فرنسا، فالقاضي الأوروبي يمكن أن يوسع في إجراءات تطبيق قانون المنافسة في عقود الامتياز، هذا ما يفرض تهديدا محتمل على عقود تفويض المرفق العام في فرنسا.

حقيقة الأمر أن التوجيه الأوروبي EC/18/2004 غير ملزم التطبيق على عقود تفويض المرفق العام في فرنسا، فغياب إطار قانوني يحدد إجراءات ابرام وتنفيذ عقود امتياز المرفق العام على المستوى التشريعي الأوروبي، من شأنه أن يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني خاصة وأن له خصوصية تميزه عن عقود الصفقات العمومية وعقود امتياز الأشغال العمومية.

إلا أنه بصدور القانون الأوروبي رقم 2014/24/UE المتضمن إجراءات منح الصفقات العمومية¹، والقانون رقم 2014/23/UE المتعلق بمنح عقود الامتياز². تم إلغاء أحكام القانون رقم EC/18/2004 الذي نظم عقود الصفقات العمومية وعقود امتياز الأشغال العامة على المستوى الأوروبي، والذي شابه الكثير من الغموض حول مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا.

التوجه الأوروبي الجديد فصل بين عقود الصفقات العمومية وعقود الامتياز وأفرد كل منهما بنظام قانوني خاص ومستقل عن الآخر، ولكن التساؤل هنا هو مدى تأثير النظام القانوني لعقد الامتياز الأوروبي على مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا؟

بالعودة إلى أحكام القانون رقم 2014/23/UE المتعلق بإجراءات منح الامتياز، نجد أن المشرع الأوروبي يعتبر عقود الامتياز³، هي تلك العقود التي تبرم من طرف سلطة متعاقدة واحدة أو أكثر أو تبرم

¹DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE n° L 94/65 le 28.3.2014.

²DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014.

³ DIRECTIVE 2014/24/UE article 05 defini la concession: «concessions», des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b):

«**concession de travaux**», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un

من طرف هيئة متعاقدة واحدة أو أكثر بشرط أن يعهد إليها مهمة تنفيذ الأشغال أو تحقيق مرفق، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والذي يلتزم بـ:

– إنشاء أو استغلال المنشآت العامة والتي تكون موضوع العقد أو إنشاء و الاستغلال معاً، وذلك مقابل ثمن.

– إنشاء أو استغلال المرفق والذي يكون موضوع العقد أو انشاء والاستغلال معاً، وذلك مقابل ثمن.

يؤكد التوجه الأوروبي على أن منح امتياز الأشغال أو امتياز المرفق، يجب أن ينصب على نقل مخاطر الاستغلال لصاحب الامتياز، سواء مخاطر تشغيل واستغلال المنشآت العامة أو مخاطر إدارة وتسيير المرفق العام. ويقصد بالمخاطر عندما يعمل صاحب الامتياز تحت ظروف عادية، فإنه ليس من المؤكد أن يعوض الاستثمار تكاليف التي تحملها في عملية تشغيل واستغلال (الأشغال أو الخدمات) والتي هي موضوع العقد.

بالإضافة إلى إلزامية ارتباط كمية المخاطر بتقلبات السوق الفعلية وليس على سبيل التقدير، بمعنى أن تحمل المخاطر يجب أن لا يكون محتمل الوقوع بل يجب أن يكون فعلي.

لقد شكل القانون الأوروبي بالنسبة للمشرع الفرنسي التزاماً دفعه إلى تحديث نظامه القانوني المتعلق بعقود امتياز الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام، وذلك بإصدار نص قانون يهدف لتنفيذ أحكام القانون رقم 2014/23/EU الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بمنح عقود الامتياز.

وقد تم إصدار الأمر رقم 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز¹. والذي يوحد النظام القانوني لإبرام عقد الامتياز في فرنسا ويلغي قانون Sapin المنظم لعقود تفويض المرفق العام.

ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix"

«**concession de services**», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix;

¹ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016.

ولكن هل النظام القانوني لعقد الامتياز الجديد والذي ينص على عقد امتياز المرفق العام يلغى جميع عقود تفويض المرفق العام الأخرى أم أنها تنضوي تحت تعبير عقد امتياز المرفق العام؟ لعل الإجابة تكمن في دراسة وتحليل مفهوم عقد الامتياز وقياس مدى انسجام عقود تفويض المرفق العام معه.

الفرع الثاني: عقد الامتياز الجديد وموقع تقنية التفويض منه

لقد شكل قانون الامتياز الجديد إشكالية بالنسبة لمفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا والمتمثلة في مدى الانسجام القانوني لمفهوم هذا الامتياز مع تقنية التفويض؟ بمعنى هل أن القانون الجديد يلغى مكتسبات تقنية التفويض والتي عرفت تطبيقاً لمدة تفوق 20 سنة، أم أن المشرع الفرنسي يهدف إلى الموازنة بين مفهوم الامتياز الأوروبي من جهة وإلى تعزيز مكتسبات تقنية التفويض من جهة أخرى؟

لقد عرف القانون رقم 65-2016 عقد الامتياز في المادة 05 والتي تنص على أن (عقود الامتياز هي عقود مكتوبة، تيرم من طرف سلطة واحدة أو مجموعة من السلطات المرخص لهم وفق هذا الأمر. من أجل تنفيذ أشغال أو تسيير مرفق عام، مع متعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين وذلك بنقل مخاطر تشغيل المنشآت أو تسيير مرفق عام. وفي المقابل يحق له استغلال المنشآت العامة أو المرفق العام موضوع العقد، أو يحق له استغلالهما معا مقابل ثمن)¹.

إن المشرع الفرنسي في تعريفه لعقد الامتياز جمع بين عقد امتياز الأشغال العمومية، وعقد امتياز المرفق العام في تعريف واحد، ولكنه أبقى على خصوصية كل عقد إذ أن موضوع العقد يختلف من امتياز الأشغال العمومية والذي يكون موضوعه تشغيل و استغلال منشأة عامة وليس المرفق ككل، بينما يكون موضوع امتياز المرفق العام ، تشغيل واستغلال المرفق بكل مخاطره وليس المنشأة فقط .

وقد حدد المشرع من خلال المادة 06 من الأمر 65-2016 موضوع عقد امتياز المرفق العام وعقد

¹ Ordonnance n° 2016-65. Article 05 : " Définition des contrats de concession comme (Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix"

امتياز الأشغال العمومية¹.

الملاحظ من خلال هذا التحديد لمفهوم عقد الامتياز أن المشرع الفرنسي أطره بمعايير قانونية تفصله من جهة عن العقود الإدارية الأخرى، ومن جهة تحدد متى نكون أمام عقد امتياز المرفق العام ومتى نكون أمام عقد امتياز أشغال عمومية (أولا).

بالإضافة إلى أن المشرع استعمل مصطلح التسيير المفوض للمرفق العام، في عقد امتياز المرفق العام²، وهو ما يشير إلى أن المشرع لم يستغن عن العقود الأخرى مثل عقد الايجار وعقود الاستغلال والمشاطرة (الوكالة المحفزة) وعقود الادارة وعقود أخرى غير مسماة، وهذا ما يؤكد على أن عقد الامتياز الجديد ما هو إلا تعزيز لتقنية تفويض المرفق العام في فرنسا لكن بمصطلحات ومعايير تنسجم مع التوجه الأوربي (ثانيا).

أولا: معايير تحديد عقد امتياز الجديد في فرنسا

من تعريف عقد الامتياز يحدد المشرع الفرنسي مجموعة من المعايير التي تميز عقد الامتياز عن العقود الأخرى وهي: عندما يكون عقد مكتوب مبرم من قبل سلطة أو هيئة معترف بها وفق هذا القانون، وذلك من أجل استغلال منشأة أو تسيير مرفق عام. ويكون المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز مرتبط بمخاطر التشغيل.

فالمشرع الفرنسي يؤسس لمجموعة من المعايير التي تميز الامتياز عن غيره من العقود وهي على النحو التالي:

1- المعيار الشكلي

يتضح من تعريف عقد الامتياز أنه يعتمد على الشكل و لا يمكن أن يبرم شفاهية ، و هو إجباري لأنه يحمل في طبيعته دفتر الشروط الموضوعة من قبل الإدارة و يحدد للقواعد العامة و حقوق و التزامات الطرفين.

¹ Ordonnance n° 2016-65. Article 06

² Ordonnance n° 2016-65. Article 06/3:(Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister **à déléguer la gestion d'un service public**. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

ويستوجب العقد الشكلي توفر ركن الشكالية كركن رابع إلى جانب التراضي و المحل و السبب ، و إذا انعدمت فإن العقد غير صحيح و لا يتم انعقاده ، حتى و لو كانت الأركان الثلاثة صحيحة و كاملة الشروط.

فالعقد الشكلي هو العقد الصحيح لأن القانون يقضي بأن يكون الرضا في قالب شكلي ، لأن هنالك حقوق و التزامات تترتب على عاتق طرفيه ، كما أن دفتر الشروط هو وثيقة مكتوبة و بالتالي بالنظر لأهمية هذا العقد فالكتابة شرط جوهري فيه لدرجة أنه لا يمكن تصور وجود عقد امتياز غير مكتوب لأنه يحتاج إلى شكليات لإبرامه منها موافقة السلطة صاحبة الصلاحية في الإبرام.

2- المعيار العضوي

لقد حدد المشرع الفرنسي من خلال الأمر 65-2016 الجهات المخول لها إبرام عقود الامتياز وأطلق عليها تسمية: السلطات المتعاقدة Les pouvoirs adjudicateurs والهيئات المتعاقدة Les entités adjudicatrices والمحددة على التوالي في المادتين 09 و10 من الأمر.

- **السلطات المتعاقدة:** والتي ذكرتها أحكام المادة 09 من الأمر 65-2016 كما يلي¹:

- الأشخاص المعنوية في القانون العام: ويقصد بها وفق للأمر رقم 65-2016 الدولة ومؤسساتها سواء الإدارية أو الصناعية والتجارية أو السلطات المحلية ومؤسساتها من الأشخاص التي يعترف لهم بالشخصية المعنوية العامة.

- الأشخاص المعنوية في القانون الخاص التي تم إنشاؤها من أجل تلبية احتياجات المصلحة العامة والتي لها طابع صناعي وتجاري: ولكن بشرط أن تكون هذه الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص. إما ممولة معظمها من السلطة المتعاقدة أو خاضعة لسلطة إشراف ورقابة السلطة المتعاقدة أو يتم تعيين معظم أعضاء مجلس إدارتها من قبل السلطة المتعاقدة.

- الهيئات الخاصة ذات الشخصية القانونية التي أسستها السلطة المتعاقدة من أجل تحقيق بعض الأنشطة المشتركة: وتعتبر هيئات خاصة أنشئت من قبل السلطات المتعاقدة بهدف تحقيق بعض الأنشطة

¹ Voir l' Art 09 de l' Ordonnance n° 2016-65.

المشتركة، تجمعات المصلحة العامة¹ (les groupements d'intérêts publics (GIP) وهي هيئة قانونية تتمتع بالشخصية المعنوية ولها استقلالية إدارية ومالية وأنشئت بموجب اتفاق بين الأشخاص المعنوية في القانون العام وبين أشخاص معنوية من القطاع الخاص، وذلك من أجل ممارسة الأنشطة التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة. وتعتبر GIP وفق هذا الأمر سلطة متعاقدة.

– الهيئات المتعاقدة: ويطلق تسمية الهيئات المتعاقدة على السلطات المتعاقدة أو المقاولات العمومية أو على الأشخاص الخاصة عندما تمارس أحد الأنشطة المحددة في المادة 11 من الأمر 65-2016²، والملاحظ أن المشرع يعتمد في تحديد الهيئات المتعاقدة على المعيار المادي والمعيار العضوي:

أ – تحديد الهيئات المتعاقدة وفق المعيار العضوي:

تسمي وفق هذا القانون هيئات متعاقدة عندما تمارس أحد أنشطة الشبكية (مشغل الشبكة) الواردة في المادة 11 من الأمر وهي³:

– السلطات المتعاقدة: وهي السلطات المذكورة في المادة 09 من الأمر 65-2016

– الشركات أو المقاولات العمومية: وهي وحدة اقتصادية وقانونية خصصت لإنتاج السلع والخدمات ولكن تحت سلطة الأشخاص العمومية (السلطات المتعاقدة). و تكون إما ممولة معظمها من السلطة المتعاقدة أو خاضعة لسلطة إشراف ورقابة السلطة المتعاقدة أو يتم تعيين معظم أعضاء مجلس إدارتها من قبل السلطة المتعاقدة.

– التنظيمات الخاضعة للقانون الخاص: وهي هيئات خاصة لا تنتمي إلى السلطات المتعاقدة أو إلا المقاولات العمومية، وتمارس نشاط تشغيل أحد الشبكات الواردة في المادة 11 من هذا الأمر وذلك عن طريق حق حصري تم منحه من قبل السلطة المختصة بناء على نص قانوني أو حكم قضائي.

ب – تحديد الهيئات المتعاقدة وفق المعيار المادي: يطلق تسمية الهيئات المتعاقدة عندما تمارس أحد الهيئات المحددة في النقطة السابقة أحد الأنشطة التالية⁴:

¹ Voir l'Art 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et plus généralement sur les GIP voir le chapitre II de cette même loi. JORF n°0115 du 18 mai 2011

² Voir l'Art 09 de l'ordonnance n° 2016-65.

³ Voir l'Art 10 de l'ordonnance n° 2016-65

⁴ Voir l'Art 11 de l'ordonnance n° 2016-65.

- في مجال الطاقة: والأنشطة المعنية هي المتعلقة بتوفير أو تشغيل أو نقل وتوزيع الغاز، الحرارة أو الكهرباء.

- في مجال المياه: توفير أو تشغيل أو توريد الشبكات في مجال الإنتاج والنقل والتوزيع مياه الشرب، بالإضافة إلى تصريف أو معالجة مياه الصرف الصحي أو مشاريع الهندسة الهيدروليكية والري أو الصرف الصحي، شريطة أن تكون كمية المياه المستخدمة للشرب إمدادات المياه أكثر من 20٪ من إجمالي حجم المياه المستخدمة لهذه المشاريع.

- في مجال استغلال المناطق الجغرافية: وهي الأنشطة المتعلقة باستغلال منطقة جغرافية لغرض التنقيب واستخراج النفط و الغاز و الفحم أو أنواع أخرى من الوقود الصلب.

- في مجال المطارات والموانئ البحرية والنهرية ومحطات النقل المختلفة:

وهي الأنشطة التي تمارسها الهيئات المتعاقدة وذلك من أجل تشغيل أو تسيير شركات الطيران أو الموانئ البحرية أو النهرية بالإضافة إلى تشغيل وتسيير محطات النقل البحرية والجوية.

- في مجال النقل: الأنشطة المتعلقة بتقديم خدمات للجمهور في مجال النقل عن طريق السكك الحديدية، أو عن طريق الكوابل (تيريفريك) أو الحافلة وغيرها من الأنشطة النقل.

- في مجال البريد: وهي الأنشطة التي تهدف إلى جمع وفرز وتسليم وتوزيع الرسائل البريدية، أو تلك النشاطات التي تمارسها الهيئات المتعاقدة من خدمات بريدية أو عناصر غير بريدية مثل البريد بدون عنوان.

3- المعيار الموضوعي

لقد حدد المشرع من خلال المادة 06 من الأمر 65-2016 موضوع عقد امتياز المرفق العام وعقد امتياز الأشغال العمومية¹:

¹ Voir l' Art 06. de l'ordonnance n° 2016-65.

إذ يهدف عقد امتياز الأشغال العمومية إلى¹ :

- تنفيذ أو تصميم وتنفيذ للأشغال المحددة من قبل المشرع الفرنسي.
- تحقيق أو تصميم وتحقيق بأي وسيلة كانت منشأة لتلبية احتياجات السلطة المانحة والمنشأة هي نتيجة مجموعة من الأشغال البناء أو الهندسة المدنية المعدة لأداء وظيفة اقتصادية أو تقنية.

ويهدف عقد امتياز المرفق العام إلى²:

تسيير المرفق العام، أو تفويض تسيير المرفق العام، وبهذه الصفة فإن صاحب الامتياز يكون مسؤول عن إنجاز منشآت عامة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير المرفق العام.

ويمكن أن يجتمع عقد امتياز الأشغال العمومية مع عقد امتياز المرفق العام، في عقد واحد، وهنا يكون التكيف على حسب الهدف الرئيسي للعقد، بمعنى أنه إذا كان العقد الرئيسي يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية ويتضمن تسيير مرفق عام فإن العقد يكون عقد امتياز أشغال عمومية وليس عقد امتياز مرفق عام³.

إلى أن المشرع الفرنسي حدد مجموعة من الاستثناءات التي ترد على عقود الامتياز والتي تيرمها كل من السلطات المتعاقدة والهيئات المتعاقدة ولا تكون خاضعة لأحكام الأمر 65-2016⁴. وذلك نظرا

¹ Voir l' Art 06/1. de l'ordonnance n° 2016-65. " Les contrats de concession de travaux ont pour objet :

- Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française؛

- Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique..."

² Voir l' Art 06/2 de l'ordonnance n° 2016-65 "... Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service .

³ Voir l' Art 06/3 de l'ordonnance n° 2016-65 "... Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux..."

⁴ Voir l'Art 13,14, de l'ordonnance n° 2016-65

لطبيعة المرافق العام محل عقد الامتياز.

4- المعيار المالي

لقد أكد المشرع الفرنسي على المعيار المالي ودوره في الدلالة على عقد الامتياز، والمقصود به هو ضرورة ارتباط المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز بنتائج استغلال المنشأة العامة (امتياز الأشغال العمومية) أو المرفق العام (امتياز المرفق العام)، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب الامتياز لمخاطر الاستثمار التي تنتج عن إدارته واستغلاله على نفقته ومسؤوليته.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو المستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تشغيل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل السلطة أو الهيئة مانحة الامتياز.

ويشكل المقابل المالي المعيار الأساسي للتمييز بين الصفقات العمومية وعقود الامتياز، إذ أنه في حال شكل المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز ثمنا للخدمة المؤدة دون أن يتحمل أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد امتياز.

ويجب أن ينصب عقد الامتياز على نقل مخاطر الاستغلال لصاحب الامتياز، سواء مخاطر تشغيل واستغلال المنشآت العامة أو مخاطر إدارة وتسيير المرفق العام.

ويقصد بالمخاطر وفق المفهوم الفرنسي؛ أنه عندما يعمل صاحب الامتياز تحت ظروف عادية، فإنه ليس من المؤكد أن يعرض الاستثمار تكاليف التي تحملها في عملية تشغيل واستغلال (الأشغال أو الخدمات) والتي هي موضوع العقد. مع إلزامية ارتباط كمية المخاطر التي يتعرض لها صاحب الامتياز بتقلبات السوق الفعلية أي العرض والطلب، ولا تكون على سبيل التقدير، بمعنى أن تحمل المخاطر يجب أن لا يكون محتمل الوقوع بل يجب أن يكون فعلي¹.

¹ Voir la Art 2/05, de l'ordonnance n° 2016-65 " ...La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service

ثانياً: تعزيز تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا

إن تكيف النظام القانوني لعقد الامتياز الجديد لم يخرج عن المؤلف في تسيير الطلبات العمومية في فرنسا، فهو يعتبر تحديث لمفهوم تفويض المرفق العام وامتياز الأشغال العمومية، وفق نظام قانوني موحد يهدف لتطبيق قواعد القانون الأوروبي.

والملاحظ من خلال دراسة عقد الامتياز في صورته الجديدة، أنه يعزز ويثمن المكتسبات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام، وذلك من خلال تحديد طبيعة المرفق العام القابل للتفويض من جهة، ومن جهة أخرى يعزز المعيار المالي ويحدد كيفية تقييم وتقدير مخاطر الاستثمار.

بالرجوع إلى أحكام المادة 06/2 من الأمر 65-2016، نجد أن المشرع عرف عقد امتياز المرفق العام كمايلي: " تهدف عقود امتياز المرفق العام إلى تسيير المرفق، ويمكن تتمثل في التسيير المفوض للمرفق العام، ويكون صاحب الامتياز مسؤول عن إنجاز منشآت عامة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير المرفق العام"¹. وهو نفس تعريف عقد تفويض المرفق العام.

ولم يقف المشرع عند هذا الحد، بل عمل على تأكيد أن مصطلح امتياز المرفق العام، ما هو إلى بديل لمصطلح تفويض المرفق العام، وخير دليل على ذلك ما ورد في أحكام المادة 58 من نفس الأمر، والتي عدلت أحكام المادة L1411-1 من قانون الجماعات الإقليمية. " إذ تنص على تفويض المرفق العام هو عقد امتياز مرفق عام بالمعنى المقصود في الأمر رقم 65-2016 الصادر في 29 جانفي 2016 المتعلق بعقود الامتياز، و هي عقود مكتوبة، تعهد من خلالها السلطة المفوضة إلى متعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين تسيير وإدارة المرفق العام. وذلك بنقل مخاطر تشغيل المرفق، مقابل الحق في الاستفادة من خدمات المرفق التي تقدم في موضوع العقد، أو هذا الحق مع ثمن.

وفي جزء المخاطر المنقولة للمفوض له فإنها خاضعة لقاعدة تقلبات السوق، بحيث أن أي خسارة يتحملها المفوض له يجب أن لا تكون محض تسمية أو مخاطر محتملة، فالمفوض له يتحمل مخاطر تشغيل المرفق في الظروف العادية، والتي ليس من المؤكد أن يعوض الاستثمار تكاليف التي تحملها في عملية تسيير وإدارة المرفق العام.

ويكون المفوض له مسؤول عن إنجاز أشغال أو منشآت عامة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير

¹ Voir l'Art 06/2, de l'ordonnance n° 2016-65

المرفق العام¹.

إن هذه المادة تؤكد على أن المشرع الفرنسي من خلال عقد الامتياز الجديد، عزز مكتسبات تقنية تفويض المرفق العام، والتي يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- تحديد المرافق العامة القابلة للتفويض بدقة وذلك من خلال ترخيص للسلطات والهيئات المتعاقدة والتي تم تحديدها وفق المعيار العضوي والمادي، ما يجعل معيار وجود المرفق العام يلعب دورا حاسما في تحديد تقنية تفويض المرفق العام، وأيضا يحد من التساهل ومرونة القضاء الإداري في تحديد المرافق العامة القابلة للتفويض.

- الحد من إشكالية قابلية المؤسسات العمومية في منح تفويض المرفق العام. والذي عرف تذبذب بالنسبة للقضاء الإداري، فبعض المؤسسات العمومية أجاز لها إمكانية منح عقود تفويض المرفق العام وأخرى لا، ليأتي قانون الامتياز الجديد ويحدد بدقة المؤسسات العمومية التي لها الحق في منح عقود التفويض (امتياز المرفق العام)، وسواء كانت خاضعة للقانون العام أو الخاص².

- من حيث المعيار المالي، التأكيد على ضرورة ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال وتسيير المرفق العام، ما يجعل المبلغ المالي الذي يتحصل عليه المفوض له يأخذ شكل أتاوى يتقاضاها من المستفيدين، أو في شكل مقابل مالي يدفع من السلطة المفوضة (السلطات أو الهيئات المتعاقدة)، أو معاً، وهو ما يجعل عقد امتياز المرفق العام يأخذ صور متعددة (عقد الإيجار، وعقود التسيير، والوكالة المحفزة.) وعقود أخرى غير المسماة والتي تتوفر فيها معايير عقد امتياز المرفق العام.

¹ Voir l'Art 58/2, de l'ordonnance n° 65-2016. « Art. L. 1411-1.-Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

« La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

« Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public. » ;

² Voir les Art 09,10,11,12,13,14 de l'ordonnance n° 2016-65

_ من حيث معيار الاستدلال على مخاطر التشغيل، لطالما شكل معيار تحديد مخاطر التشغيل معيار غير مستقر في الدلالة على عقد تفويض المرفق العام، وبتعريف عقد امتياز المرفق العام الجديد حدد المشرع، المقصود بمخاطر التشغيل، وهي التي تكون عرضة لتقلبات السوق، أي خاضعة لقاعدة العرض والطلب، و أيضا أكد على ضرورة ارتباط المخاطر بالظروف العادية لتشغيل المرفق محل التفويض، بحيث أنه ليس من المؤكد أن يعوض الاستثمار تكاليف التي تحملها في عملية تسيير وإدارة المرفق العام.

- من حيث الانسجام القانوني مع القانون الأوروبي، إذ أصبحت معالم تقنية تفويض المرفق العام منسجمة مع القانون الأوروبي، على عكس ما حمله القانون رقم EC/18/2004، الذي طبق مبادئ الصفقات العمومية على عقد امتياز المرفق العام.

المطلب الثاني: تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر

إن الجزائر وفي ظل الرهانات¹ التي أصبحت تواجهها من أجل تحديث مرافقها العامة والبحث عن مردوديتها، تبنت النظام القانوني لتفويض المرفق العام، ولكن هذا لا يعني أن الجزائر لم تعرف عقود الامتياز كوجه قديم لتقنية تفويض المرفق العام ولكن الصعوبات العملية والقانونية التي واجهت الامتياز جعلته لم يتجسد على أرض الواقع.

وما يمكن قوله أن المشرع وفي ظل تركيزه على عقود الامتياز دون غيرها من العقود الأخرى راجع إلى الافتقار للهيكل القاعدية الكبرى في الجزائر.

أما حاليا وفي ظل نظام تفويض المرفق العام، فإن المشرع اتخذ العديد من التغييرات التي من شأنها توسيع مجال تدخل الغير في تسيير المرفق العام مثلما هو معمول به في فرنسا والتي منها تعدد مجالات التدخل (المرافق القابلة للتفويض)، وتعدد صور التدخل عقود تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، والذي من شأنه تحقيق العديد من النتائج التنظيمية والبنوية (الفرع الثاني). ولكن القول بنجاح تقنية تفويض المرفق العام مرتبط بالقدرة على مواجهة العديد من التحديات والصعوبات العملية والقانونية التي ينبغي الوقوف عندها وتحديدها.

¹ انخفاض أسعار البترول أدى إلى إقرار مفهوم " تفويض الخدمة العمومية " الذي يفضله يمكن للدولة تفويض مرافقها التي يسمح بها القانون، التفكير في انجاز منشآت أو اقتناء الممتلكات الضرورية لسير الخدمة العمومية من خلال موارد التمويل خارج الميزانية.

الفرع الأول: توسيع مجال التطبيق

إن المشرع الجزائري ومن خلال تبني تقنية تفويض المرفق العام، يهدف إلى توسيع مجال التطبيق، والمقصود هنا هو عدم اقتصر التفويض على المرافق الاقتصادية فقط. بل يمتد ليشمل المرافق الإدارية. بالإضافة إلى تعدد عقود التفويض ما يجعلها ملائمة للعديد من المرافق وهذا راجع في اعتقادنا لعدة اعتبارات أهمها:

- الميزة الإنتاجية لم تعد محصورة في المرافق الاقتصادية بل أصبحت ميزة لكثير من المرافق الإدارية، بمعنى أن تقنية تفويض المرفق العام تقوم على فكرة الاستثمار والنتائج المالية المرتبطة بها، وبالتالي لم يعد من الضروري أن تكون العائدات المستثمر محصلة مباشرة من المنتفعين، بل يكفي أن تكون هناك علاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له، كما هو الحال في عقود التسيير (Gérances) وعقود الوكالة المحفزة (Régie intéressée) والتي يكون المقابل المالي فيها مرتبط بنتائج استغلال المرفق العام الذي تمنحه السلطة المفوضة هذه الميزة يمكن أن تخول المرافق العامة الإدارية من التفويض.

- من الاعتبارات التي تجعل من المرافق العامة الإدارية قابلة للتفويض هو زوال فكرة ارتباط المرافق الإدارية فقط بمهام الدولة، فهذه الفكرة لم تعد قائمة أو على الأقل ليست مطلقة، باعتبار أن هناك مجموعة من المرافق الاقتصادية يرتبط وجودها أيضا بالمهام الأساسية للدولة، كمرافق الكهرباء والغاز، و مرافق المياه.

ولكن توسيع مجال تطبيق تقنية تفويض المرفق العام يجب أن لا يقف عند هذا الحد بل يجب على الدولة تجاوز عدة تحديات المرتبطة بالظروف العامة للدولة مثل الاعتبارات السياسية والاقتصادية والقانونية والتي قد تحول دون نجاح تقنية تفويض المرفق العام أهمها:

- توفر الحد الأدنى من التوافق السياسي على تبني سياسة خاصة للتسيير لإدارة المرافق العامة، وعدم وجود هذا التوافق يسبب صدور قرارات متناقضة ويهدد استمرارية عقد تفويض المرفق العام. لأنه من دون هذا الاستقرار تضطر الدولة إلى التدخل بشكل واسع من أجل تأمين حسن تنفيذ العقد، وهو ما يؤدي إلى إحجام المستثمرين عن المشاركة في عقود تفويض المرفق العام¹.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 322

- كما أن الظروف المالية المحيطة بالعقد متغيرة وتتأثر بعوامل داخلية وخارجية وتتجم عن عدم وجود استقرار اقتصادي سواء بالنسبة للسلع والخدمات أو النقد والصرف وتحويل الأموال، فكل هذه المخاطر تؤثر على التفويض وتزيد من أعباء صاحب التفويض¹.

- كما أن عقد التفويض في الجزائر يعتبر من العقود الحديثة والمستمد أحكامه من النظام القانوني الفرنسي، لذلك فإن نجاح تقنية التفويض لا يتوقف على تنظيمه في قانون خاص، بل يمتد ليشمل الكثير من القواعد القانونية والتي هي في حاجة إلى تعديل وتطوير لتناسب مع هذا العقد.

- إصدار قوانين ترسخ مبادئ حرية الإدارة في تسيير مرافقها العمومية ما يشجع على اختيار طريقة التفويض في تسيير المرافق العمومية.

- تطوير وتحسين قوانين مكافحة الفساد، لأن نجاح تفويض المرفق العام لا يرتبط فقط بمعطيات قانونية وتقنية وإنما يرتبط بمعطيات ومحددات ذهنية وبيئية أهمها الفساد في البيئة المحيطة، خاصة إذا تعلق الأمر بالاختيار والرقابة أثناء التنفيذ.

- تطوير وتحسين قانون الوظيفة العمومية، ليتلاءم مع وضع الموظفين العموميين في المرافق العمومية الإدارية التي تكون محل تفويض إلى شخص خاص.

الفرع الثاني : النتائج المرجوة من توسيع مجال التطبيق

إن المشرع وفي تبني تقنية تفويض المرفق العام، يسعى إلى تحقيق العديد من النتائج التنظيمية والبنوية أهمها:

أولاً: استخدام أموال القطاع الخاص كمصدر أساسي في تمويل المرفق العام

الهدف الأساسي من تطبيق تقنية تفويض المرفق العام هو تخفيف اللجوء إلى سياسة الاقتراض²، بمعنى الحد من التمويل المباشر للمرفق (إبرام الصفقات العمومية). و توفير القدرة على تسريع مشاريع التنمية، بدلاً من الانتظار لفترات طويلة لتأمين الاعتمادات المالية اللازمة.

¹ المرجع نفسه، ص 321-322

² بيان مجلس الوزراء الصادر في 2015/07/22 والذي صادق على المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات الخدمات العمومية

ثانياً: الاستعانة بخبرات وفعالية القطاع الخاص في إدارة واستثمار المرفق العام

تبادل التكنولوجيا وتدريب العمال المستخدمين لتسيير المرفق العام والتي ستنقل لاحقاً إلى السلطة المفوضة، بالإضافة إلى تحمل القطاع الخاص كل أو جزء من مخاطر وأعباء التشغيل، والتي كان من الممكن أن يتحملها القطاع العام.

ولكن هذه النتائج لا يمكن تحقيقها إلا بتوفير أطر قانونية متكاملة تضمن حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له، وتضع جميع الآليات القانونية التي تسمح بنجاح عقد تفويض المرفق العام في أحسن الظروف. وسواء كانت آليات قانونية مرتبطة مباشرة بتقنية تفويض المرفق العام أو آليات تكميلية تضمن نجاحه وفعاليته.

خلاصة الباب الأول

إن تفويض المرفق العام يشكل إطار قانونيا للعقود التي تهدف إلى إدارة وتسيير المرافق العامة وهو يقوم على مجموعة من الأسس والمرتكزات القانونية ما إن توفرت يقوم عقد التفويض، وتتمثل في ثلاث أسس وهي: أن يكون المرفق العام قابلا للتفويض، أن يكون عقد إداريا مكتوب، وأن يكون المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال.

من هذه الأسس يمكن تمييز عقد التفويض عن العديد من المفاهيم المشابهة (الوكالة، الخصومة، تفويض التوقيع والاختصاصات، الإنابة...). وأيضا تميزه عن العديد من طرق التسيير المختلفة (التسيير المباشر، المؤسسة العمومية، التفويض الانفرادي، الشركات المختلطة...) وكذلك تلعب الأسس دورا أساسيا في تميزه عن عقود الإدارية الأخرى وبالأخص عقود الصفقات العمومية.

ويتضمن عقد التفويض عدة صور، البعض منها عقود إدارية مسماة كامتياز المرفق العام وعقد الإيجار وعقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة. والبعض الآخر عقود غير مسماة تتحقق فيها الأسس التي يقوم عليها عقد التفويض، وبالتالي لا حصر لصور عقد تفويض المرفق العام.

وقد انتشر عقد تفويض المرفق العام بصورة واسعة في فرنسا وذلك بسبب توفر البيئة القانونية والثقافية الملائمة لهذا النوع من التسيير بالإضافة إلى النتائج البنوية والتنظيمية التي يحققها.

أما في الجزائر وبالرغم من تبني نفس مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا، إلا أن نجاحه مرهون بتذليل العديد من الصعوبات العملية والتحديات القانونية. أهمها توفير أطر قانونية متكاملة تضمن حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له، وتضع جميع الآليات القانونية التي تسمح بنجاح عقد تفويض المرفق العام في أحسن الظروف. وسواء كانت آليات قانونية مرتبطة مباشرة بتقنية تفويض المرفق العام أو آليات تكميلية تضمن نجاحه وفعاليته.

الباب الثاني

النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام تعرف انتشاراً واسعاً في فرنسا وذلك بسبب توفر البيئة القانونية والثقافية الملائمة لهذا النوع من التسيير بالإضافة إلى النتائج البنوية والتنظيمية التي تحققها. فالمنظومة القانونية الفرنسية اعتمدت في إنجاح عقود تفويض المرفق العام على مجموعة من الآليات القانونية كرسها قانون Sapin وتم تعزيزها بالقانون 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز.

وانتقلت فكر تفويض المرفق العام إلى الجزائر، بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي وجد تطبيقه في أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

فعقود تفويض المرفق العام تستند في تطبيقها إلى نظام قانوني يحدد كيفية اختيار المفوض له ضمن مبادئ المنافسة و الشفافية، وذلك لأن نجاح عقد التفويض وتحقيق مردودية المرفق العام تتمثل في حسن اختيار المتعاقد مع الإدارة، سواء من حيث الأساليب المستعملة أو المعايير التقييمية التي تمكن السلطة المفوضة من اختيار أحسن عرض (الفصل الأول).

وأيضاً يستند النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام، إلى تحديد حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له أثناء تنفيذ العقد، فنجاح عقد التفويض يتمثل أساساً بتحقيق أفضل للمصلحة العامة، التي قد يضاف إليها تبعاً تحقيق عائدات مالية بشكل ربح. أما بالنسبة للمستثمر فإن نجاحها هو في تحقيق أكبر قدر الأرباح، وهذا النجاح لا يمكن تحقيقه إلا بوجود توازن وتحديد واضح في موجبات وحقوق كل من أطراف التفويض (الفصل الثاني).

كما أن النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام لا يقف عند تأطير آليات إبرامه، وآليات تنفيذه، فخصوصية المرفق العام الجزائري، تفرض تأطير مجموعة من الآليات التكميلية تتعلق بتكوين وتأطير الموظفين القائمون على المرافق العمومية القابلة للتفويض، وأيضاً خلق آليات قانونية تحارب الفساد في منح هذا النوع من العقود (الفصل الثالث).

الفصل الأول

كيفية اختيار المفوض إليه في عقد التفويض

بعد أن كان مستقراً قاعدة حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض من دون أن يتقيد هذا الاختيار بأي قيد يذكر استناداً لمبدأ الاعتبار الشخصي في منح عقود التفويض، أصبح حالياً الوضع الجديد الذي تبناه المشرع الفرنسي وتبعه المشرع الجزائري يقوم على خضوع عقود التفويض بصورها المختلفة لمجموعة من القيود والمبادئ التي لم يكن لها مجال للتطبيق في هذا النوع من العقود (المبحث الأول).

وفقاً لهذا التحديث المتبنى من المشرعين الفرنسي والجزائري يجب أن تخضع هذه العقود لمجموعة من الإجراءات للوصول إلى اختيار الشخص المفوض له (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الضوابط التي تحكم آليات اختيار المفوض له

أفرزت النظرة الحديثة في تأطير عقود تفويض المرفق العام مجموعة من المبادئ والأحكام التي يتعين مراعاتها عند اختيار المفوض له، وذلك لضماناً حسن الاختيار وحسن التنفيذ بأكمل صورة ممكنة، وسنتناول في هذا المبحث أهم مبادئ إبرام وتنفيذ عقود التفويض (المطلب الأول)، وأيضاً أهم القيود التي تلزم على السلطة المفوضة إتباعها قبل إبرام عقود التفويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم إبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام

إن أهم التعديلات التي جاءت بها التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام، تنصب على تقبيد حرية الإدارة في اختيار المفوض له والتي تعتبر من مقتضيات مبدأ الاعتبار الشخصي لعقود التفويض.

بناء على هذا نصت المادة 38 من قانون Sapin الفرنسي لسنة 1993 على أن تفويض المرفق العام يتم وفق إجراءات تحترم الشفافية والإشهار وتتم بناء على طلب العروض وفي إطار منافسة

محدودة¹. وقد عدل المشرع الفرنسي أحكام هذه المادة بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز لتصبح " تخضع عقود الامتياز بموجب هذا الأمر لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"².

نفس الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي نصت على أنه " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم" وتنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي نفسه على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

فالمستقر عليه سواء في فرنسا أو الجزائر، أن إبرام عقود تفويض المرفق العام يجب أن يكون ضمن ثلاثة مبادئ وهي: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية أو ما يعرف بمبدأ المنافسة و مبدأ المساواة في معاملة المرشحين و مبدأ الشفافية (الفرع الأول).

ولكن هذه المبادئ مقترنة بتطبيق مجموعة من المبادئ الأخرى ، فالسلطة المفوضة أثناء منح عقد تفويض المرفق العام يجب أن تراعى مدى قدرة المفوض له في ضمان استمرارية وديمومة المرفق محل التفويض و أيضا مبدأ المساواة في المعاملة بين المرتفقين و مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199³ (الفرع الثاني).

¹ Voir l'Art 38/2 de la 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."... Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat..."

² Voir L'Art 1 de la loi n° 2016-65 relative de la concession " Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures..."

³ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق. " دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 ... يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنزاهة في الخدمة العمومية".

الفرع الأول: مبادئ إبرام عقد التفويض

إن مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام شبيهة إلى حد ما بالمبادئ المخصصة لإبرام عقود الصفقات العمومية سواء في فرنسا أو الجزائر، ولكن الفرق هو أن المشرع الفرنسي أطر هذه المبادئ وفق قوانين خاصة أبرزت خصوصية عقد تفويض المرفق العام، عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بإحالتها إلى مبادئ الصفقات العمومية دون الخوض في خصوصيتها. و هذا الأمر من شأنه أن يؤثر على نجاح عقود التفويض في الجزائر.

وقبل أن نتطرق إلى خصوصية مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام، يجب أن ندرس أولاً تطور مبدأ الاعتبار الشخصي في إبرام هذه العقود.

أولاً: مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له

إن مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له، يستند إلى قاعدة تتمتع السلطة المفوضة بحرية واسعة في اختيار المستثمر، لإدارة مرافقها العامة طالما ليس هناك أي نص تشريعي أو تنظيمي وكذلك أي مبدأ يقيد هذا الاختيار. ولهذا فإن مبدأ الاعتبار الشخصي مفهومان مفهوم تقليدي قبل تأطير عقود تفويض المرفق العام ، ومفهوم حديث كرسه النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام.

1- المفهوم التقليدي لمبدأ الاعتبار الشخصي:

يقوم الاتجاه التقليدي في إبرام عقود تفويض المرفق العام على مبدأ الاعتبار الشخصي البحت دون قيود وضوابط، فالإدارة كانت لها سلطة تقديرية واسعة في اختيار الشخص الذي تعهد إليه مهمة تسيير المرفق العام دون أن تتبع في ذلك أي أصول أو تكون مقيدة بأية قواعد.¹

ومن هنا فالإدارة المانحة للامتياز عند اختيارها كأصل عام لا تتبع الأساليب المعتادة في العقود الإدارية خاصة منها الصفقات العمومية.

قد أيد هذا المبدأ جانب كبير من الفقه الفرنسي، إذ يقول الفقيه Jése " إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملزم التامة على

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 100

المرفق الذي يتولى شؤون إدارته.¹

ويقول الفقيه فيدل ودفوليفه انه (إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معينة عند ابرامها كالمناقصات والمزايدات، فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند ابرام عقود الامتياز بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرفق العام، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتمزم وزناً عند ابرام العقد).²

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد استقر على مبدأ الاعتبار الشخصي، في العديد من المراحل، ففي البداية صدرت العديد من الاحكام المتناقضة عن القضاء الاداري تمثلت في اعتبار عقد الامتياز عقد صفقة عامة عبر تقرير وجوب احترام امتياز المرفق العام للوسائل المتبعة في ابرام الصفقات العمومية من منافسة واستدراج عروض³. ومن ناحية ثانية اعتراف بخضوع عقد الامتياز كعقد اداري لمبدأ حرية اختيار الغير في تحقيق المرفق العام.⁴

ولكن هذا التناقض بين الصفقات العمومية والامتياز ما لبث أن عدل عنه ، ففي البداية استقر القضاء الاداري على ان العقد الذي لا يدخل في حقل تطبيق اجراءات المناقصة يتم وفقاً لمشيئة أطرافه⁵. حتى ان غياب قواعد تفرض اللجوء الى إجراءات المناقصة في الامتياز يستتبع القول بوجود مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار المستثمر.

لكن القضاء الاداري لم يقف عند هذا الحد بل اعلن صراحة موقفه اتجاه هذا المبدأ. عندما اعلن (أن قواعد المناقصة لا تطبق في الامتياز، الأمر الذي يسمح للإدارة في ابرام العقد وفق لمشيئتها الحرة)⁶. وفي قضية Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion أقر أن القاعدة هي حرية الجماعة العامة في اختيار صاحب الامتياز، وفي ظل غياب نص يخالف هذا المبدأ، إن الحكومة تستطيع منح الامتياز دون أن تعتمد مسبقاً الى وضع الشركة في إطار منافسة مع شركات أخرى، إذ لها الحرية في

¹ ابو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق، ص 120

² إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة)، دار الكتاب، مصر، 2003، ص 97

³ CE 5 février 1909- Barta-Cassieu et autres.Rec. Leb. P 134

⁴ CE 24 janvier 1919 Clauzel. Rec.Leb. P 68.

⁵ CE juillet 1909. Combret. Rec. Leb.P 728

⁶ CE 19 juin 1936. Gromeck.Rec. Leb. P 672.

اختيار من تشاء من المرشحين¹.

خلاصة المبدأ أن الشخص العام يتمتع بحرية واسعة في اختيار المستثمر لإدارة واستثمار مرافقها العامة طالما ليس هناك أي نص تشريعي أو تنظيمي وكذلك أي مبدأ يقيدها في هذا الاختيار.

إن الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقود التفويض، إذ أن منح إدارة مرفق عام لشخص آخر إنما يعد من قبيل تنظيم هذا المرفق، وإن السلطة التي تملكها الإدارة في اختيار شريكها في عقود التفويض بحرية كاملة إنما تبرر في ضوء الالتزام الذي يقع على عاتقها و المتمثل في اشباع الحاجات العامة، عن طريق تأمين أفضل إدارة للمرفق العام².

من جهة ثانية فالأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض إليه، الذي يجب أن يسهر شخصياً على التنفيذ الجيد للمرفق محل التفويض، بل هو لا يستطيع أن يتوقف عن تنفيذ المرفق الذي فوض به، حتى حين ينشأ بينه وبين الإدارة خلافات من أي نوع، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح أن عدم وفاء الإدارة المفوضة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من احترام التزاماته. ولا شك أن متعاقد بهذه المواصفات تقع عليه التزامات بهذه الصرامة يجب أن يخضع اختياره ومنحه إدارة المرفق العام للسلطة التقديرية للإدارة التي تستطيع أن تنتقي الأكثر قدرة على الوفاء بهذه الالتزامات، على وفق المتطلبات للمرفق محل التفويض³.

أما بالنسبة للجزائر ومن خلال النصوص القانونية التي أطرت عقد الامتياز باعتباره أهم عقد من عقود تفويض المرفق العام، يتضح أنها لم تعالجه من حيث طرق منحه كما فعلت مع طرق منح عقود الصفقات العمومية، فقد أهملت تقييد الإدارة.

كانت الإدارة تمنح عقود الامتياز وفق التراضي بينها وبين صاحب الامتياز بدون أدنى تقييد، ولكن هذه الحرية المطلقة وابتعادها عن المنافسة والشفافية والتقييد أدى إلى تدهور تسيير المرافق العامة وطغيان المصالح الخاصة على المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق العام خاصة وأن الهدف من الامتياز هو

¹ CE 16 avril 1986. Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion - RDP 1986.p 860

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 122

³ RenéChapus, Droit Administratif général , Op cit. P 509

بالدرجة الأولى البحث عن المردودية¹.

2- المفهوم الجديد لمبدأ الاعتبار الشخصي:

شهد العقد الأخير من القرن العشرين ظهور اتجاهات جديدة تنادي بضرورة توقيف المفهوم التقليدي السائد في نطاق ابرام عقود تفويض المرفق العام على أساس الاعتبار الشخصي مع مقتضيات الإدارة الحديثة.

بموجب ذلك تم إخضاع عملية اختيار الشخص المفوض إليه لمجموعة من الإجراءات المتعلقة بتحقيق الشفافية والمنافسة كهدف ينبغي تحقيقه في إطار ابرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال قانون Sapin الفرنسي رقم 93-122 المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية، فتضمن هذا القانون لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم ابرام عقود تفويض المرفق العام، فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتم وفق إطار إجرائي حدده القانون ولا يجوز للإدارة تجاوزه إلا أصبح تصرفها مشوباً بالبطلان².

إلا أن هذا الإطار الإجرائي الجديد لم يكن مطابقاً لما هو مقرر بالنسبة لعقود الصفقات العمومية³، ذلك أن قانون Sapin اعتبر أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام هي التقنية التفاوضية التي تتم ضمن علانية كاملة ومنافسة مسبقة، بمعنى أن الإدارة لا تمنح التفويض إلى بعد إجراء مفاوضات مع أفضل العروض، وبهذا فإن القانون Sapin حقق الانسجام المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية و الإجراءات العامة من جهة وبين ضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية في اختيار المتعاقد معها في عقود التفويض نزولاً عند ما تطلبه فكرة الاعتبار الشخصي من جهة أخرى⁴.

إن تطور مبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض له أفرز تقيد الإدارة في اختيار صاحب الامتياز ضماناً لحسن الاختيار و ضمان تنفيذ المرفق العام بأكمل صورة ممكنة لأن المنافسة بالدرجة الأولى هدفها ضمان اختيار الأحسن لتنفيذ المرفق العام، لأن المنافسة هي جزء من المصلحة العامة التي يعود للجماعة

¹ نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 252

² Voir l'Art 38 de la loi n° 93-122 « Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité... »

³ أبو بكر أحمد عثمان، ابرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة قانون و الأعمال، جامعة الشارقة، 06 أفريل 2017، د ص

⁴ مهند مختار نوح الإجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 321

حمايتها¹.

لذلك سواء في فرنسا أو الجزائر أو دول أخرى فالمبدأ العام هو حرية الاختيار لكن يمكن أن يرد نص يقيد هذه الحرية صراحة ويكرس المنافسة، وقد يدعو النص المقيد إلى احترام المنافسة ويسكت عن أساليب ضمانها.

يمكن القول أنه من خلال النصوص القانونية التي تضع القيود والضوابط على مبدأ حرية الاختيار، وكذلك إلى المعايير الواجب مراعاتها في اختيار الغير، كتأمين الضمانات المالية والمهنية، والقدرة على تأمين استمرارية المرفق العام وأيضا المساواة أمام المنتفعين منه، يتبين أن تقنية تفويض المرفق العام وغيرها من الطرق تتشابه إلى حد ما مع الصفقات العامة.

لكن هذا التقارب يبقى محدوداً بفضل اجراء المفاوضات القائم في تقنية التفويض دون الصفقة العامة. وهذا ما يؤدي إلى القول أن هذه القيود و الضوابط لم تستهدف إلى الغاء مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار الغير، انما أرادت أن تعقلن هذه الحرية بحيث لا تتحول الجماعة العامة إلى سلطة اعتبارية تحكمية².

ثانياً: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

يتجسد مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العام في مبدأ المنافسة الحرة، والذي يستند إلى جملة من الأفكار القانونية والجوهرية، ولكن لا تكون مفتوحة بشكل مطلق بل مقيدة بقيود ذات طبيعة مختلفة تؤدي إلى حرمان بغض المتعاقدين من الدخول في العطاءات، كما تتمتع الإدارة بسلطة استبعاد بعض العطاءات، ولغرض الإحاطة بمبدأ المنافسة الحرة يجب التطرق إلى مفهوم هذا المبدأ، ثم إلى الاستثناءات التي ترد عليه.

1- مفهوم مبدأ المنافسة الحرة: يقصد بمبدأ المنافسة الحرة حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي حددها القانون³. وعرف آخرون مبدأ المنافسة الحرة بكونه من المبادئ الأساسية

¹Muriel Dreifuss, l'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA, 2002, p 1373

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 283

³ هاني عبدالرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، 2007، ص 88

والتقليدية التي تحكم إبرام العقود الإدارية سواء بالنسبة للقواعد والاجراءات المنظمة لعملية التعاقد أو بالنسبة للتطبيق العملي¹. والمنافسة بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز اعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم، وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة².

ووفقا لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية SOCIETE JEAN-LOUIS BERNARD CONSULTANTS ، أكد على أن مبدأ المنافسة ضروري لتشجيع المنافسة الفعالة، وذلك من خلال الإعلان الذي يضمن حرية الوصول إلى الطلبات العامة. فلا يوجد نص أو مبدأ يحظر على شخص نظرا لطبيعته من أن يكون مرشحا للفوز بعقد الصفقة العامة أو عقد تفويض المرفق العام. ولكن على الشخص الذي ينوي إبرام العقد أن يخضع للالتزامات المحددة في الإعلان والعطاءات التنافسية³.

ولكن هل مفهوم مبدأ المنافسة في قانون الصفقات العمومية هو نفسه في عقود تفويض المرفق العام؟

بالطبع هناك اختلاف في المعنى لا بل في التطبيق، فخصائص عقد تفويض المرفق العام تختلف عن نظام الصفقات العمومية، كون هدفها مرتبط باستثمار المرفق العام واستغلاله، وليس تأدية خدمات أو مشتريات للمرفق العام كما هو في الصفقات العامة⁴.

ويقول الأستاذ Richer (أن هناك اختلاف هام بين اتفاقيات التفويض والصفقة العامة، فالأولى ليست خاضعة إلى إجراء الاعلان الذي سنتبعه مفوضات)⁵.

وتجدر الإشارة هنا أن المنافسة في نطاق عقود تفويض المرفق العام لا تتطلب بالضرورة مشاركة عدد كبير من مقدمي العروض في عملية اختيار المفوض إليه، إذ أن الطبيعة الضخمة والمعقدة لهذا النوع

¹ نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية ، مجلة دراسات، جامعة الأردن، كانون الأول، المجلد 25، العدد 02، 1998، ص 453 ،

² ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 101

³ CE, 8 novembre 2000, SOCIETE JEAN-LOUIS BERNARD CONSULTANTS. Rec.Leb

⁴ ابو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق، د ص

⁵ Laurent , Richer , Droit des contrat administratifs , LGDJ 1995. P 376

من العقود قد يدفع الجهات الإدارية إلى جعل مقدمي العروض مقتصرًا على عدد من الأشخاص أو الشركات التي تملك من المؤهلات الفنية المالية التي يحتاجها هذا النوع من العقود، على أن تراعي تلك الجهات الإدارية تحقيق مبدأ التنافس بالنسبة لهؤلاء المتنافسين المؤهلين¹.

2- الاستثناءات على مبدأ المنافسة: على الرغم من أهمية مبدأ المنافسة، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن أن يكون مطلقًا وإنما ترد عليه قيود عديدة، فضلًا عن القيود التي تتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توفرها فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة، ومن خلال النظام القانوني لإبرام عقود تفويض المرفق العام سواء في فرنسا أو في الجزائر تم تحديد القيود التي ترد على حرية المنافسة وهما على النحو التالي:

1-2 الحرمان من تقديم العروض: إن فكرة الحرمان من تقديم العطاءات من قبل المرشحين في عقود تفويض المرفق العام هي جديدة مقارنة بما حملته قانون تفويض المرفق العام الفرنسي Loi Sapin، إذ كانت تقتصر على الجوانب الاجتماعية فقط، كإلزامية توظيف العمال المعوقين، واحترام الالتزامات الاجتماعية، واحترام قوانين العمل².

لكن بصدور الأمر رقم 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز أقر مجموعة من الاستثناءات العملية على مبدأ المنافسة، وبالأخص بالنسبة للحرمان من الترشح. وقسمها من خلال المادة 39 والمادة 42 إلى نوعين الحرمان الإلزامي و الحرمان الاختياري³:

1-1-2 الحرمان الإلزامي: ويكون الحرمان إلزامياً للمرشحين وفق الحالات التالية:

- الأشخاص المحكوم عليهم نهائياً في الجرائم التالية: المشاركة في التنظيمات الإجرامية، جرائم الفساد، الاحتيال والغش، غسل الأموال، تشغيل الأطفال، إهمال أو خرق إجراءات دفع الضرائب أو دفع اشتراكات التأمين الوطني⁴، والذين يمنعون من تقديم العروض لمدة خمسة سنوات من تاريخ صدور

¹ ابو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريعات الفرنسية و التشريعات العربية، د ص

² Voir l'Art 38/3 de la 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.

³ Voir L'Art 39 de la loi n° 2016-65 relative de la concession.

⁴ Voir L'Art 39/1 de la loi n° 2016-65 relative de la concession. " Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11,

الحكم؛

- الحرمان لمدة ثلاث سنوات وذلك في حالة الاخلال بالاتفاقيات الأوروبية المتعلقة ب الصفقات العمومية، عقود الامتياز، اتفاقية البيئة الاجتماعية، اتفاقية العمل الجماعي و ساعات العمل؛
- عقوبة الإقصاء من عقود الصفقات العمومية التي يرجع تاريخها لأقل من ثلاث سنوات.
- استبعاد الشركات المتعثرة نتيجة التصفية القضائية أو الإفلاس؛

كما أشار قانون الامتياز الفرنسي إلى إمكانية قبول ترشح هذه الفئات المشار إليها كاستثناء من أجل المصلحة العامة في حالة القوة القاهرة¹.

2-1-2 الحرمان الاختياري: ويسمى بالحرمان الاختياري لأن للسلطة المفوضة السلطة التقديرية في استبعاد المرشح الذي وقع في الحالات التالية²:

- الأشخاص الذين وقعوا في الثلاث السنوات الأخيرة في اخلال تنفيذ عقد امتياز أو عقد صفقة عمومية؛

- الأشخاص الذين تصدر عنهم مواقف من شأنها تغيير سير إجراءات ابرام عقد الامتياز: كجذب المعلومات السرية، أو تضارب المصالح.

2-2 شروط الكفاءة والقدرة: منها الشروط العامة التي تقرر مدى تناسب قدرات المرشح مع موضوع او شروط العقد: كالقدرة على ممارسة النشاط المهني و القدرة الاقتصادية و المالية ، بالإضافة إلى القدرات التقنية والمهنية.

أما الشروط الخاصة والمتمثلة في الظروف التي يمكن ان تؤثر على قدرة المرشحين في ضمان

432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne".

¹ Voir L'Art 41 de la loi n° 2016-65 relative de la concession

² Voir L'Art 42 de la loi n° 2016-65 relative de la concession

استمرارية الخدمة العامة والمساواة بين المستخدمين في تقديم الخدمة العامة¹.

يكون هنا الحرمان اختياري للسلطة المتعاقدة طبقاً لأحكام المادة 42 من قانون الامتياز الفرنسي.

2-3 التحفظ على بعض المرشحين: على الرغم من كون مبدأ المنافسة من أهم مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلا أن المشرع الفرنسي أقر أحكام من خلال المادة 29 من قانون الامتياز والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 2016/86 المتعلق بتطبيق عقد الامتياز، جعلت هذا العقد حكراً على بعض الأشخاص التي تتوفر فيهم الشروط التالية:

- الهيئات أو الشركات المتعاقدة والتي تستخدم أكثر من 50% من العمال المحرومين، والتي تنص عليهم أحكام المادة 4-5132 L من قانون العمل الفرنسي²؛

- الهيئات والشركات المتعاقدة والتي تستخدم أكثر من 50% من العمال المعوقين طبقاً لأحكام المواد 13-5213 من قانون العمل³ و 2-344 L من قانون العمل الاجتماعي و الأسرة⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فهو لم يحدد الاستثناءات على مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام كما فعل نظيره الفرنسي، بل اكتفى بتحديد الاستثناءات على مبدأ المنافسة في عقود الصفقات العمومية فقط⁵.

ويمكن أن تطبق هذه الاستثناءات على عقود تفويض المرفق العام، لأن المشرع الجزائري نظم كل

¹ Voir L'Art 42/2 de la loi n° 2016-65 relative de la concession. " **Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'autorité concédante d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.**"

² Voir L' Art 5132-4 Code du travail.

³ Voir L' Art 5213-13 Code du travail. Modifié par L'Art 16 de la loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap.

⁴ Voir L'Art 344-2 Code de l'action sociale et des familles. Modifié par Loi n°2005-102 du 11 février 2005 - art. 39 JORF 12 février 2005.

⁵ المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 متعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

من عقد الصفقة وعقد التفويض في مرسوم رئاسي واحد، ما يجعل أحكام كل منهما متقاربة، وهو ما كده المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199¹.

ثالثاً: مبدأ المساواة في عقود تفويض المرفق العام

إن مبدأ المساواة هو مفهوم قانوني يشمل على عدة معاني وتطبيقات قد تصل إلى جعله من المفاهيم المعقدة، وفي عقود تفويض المرفق العام فإن مبدأ المساواة يأخذ اتجاهين الأول مبدأ المساواة بين المرشحين أثناء إبرام عقد التفويض، والثاني أثناء تنفيذ العقد والذي يشمل المنتفعين من المرفق العام فالقائم على المرفق العام يجب أن يقدم الخدمة للمنتفعين وفق مبدأ المساواة.

1- مبدأ المساواة أثناء إبرام عقد تفويض المرفق العام: مفاد هذا الشرط أن تساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقد، ومن ثم لا يجوز لها أن تخلق نوعاً من التمييز بينهم أو تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة من دون البعض الآخر أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين، سواء أكانت عقبات قانونية أو مادية كإعفاء أحد المرشحين من دفع التأمين².

ولإحاطة بمبدأ المساواة نستعرض مفهوم مبدأ المساواة أثناء إبرام عقد التفويض، ثم نتناول الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة أثناء إبرام العقد.

يقصد به إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة من دون تمييز بين شخص وآخر، وذلك بأن لا تتم إعفاء بعض المتنافسين من شرط دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض دون الآخرين³. ويقتضي تطبيق هذا المبدأ أن تكون الفرصة متاحة وبصورة متساوية لكل الراغبين في التقدم بعروضهم ممن تتشابه مراكزهم القانونية، والمساواة بين هؤلاء المتنافسين بالمعاملة سواء من الناحية الفعلية أو القانونية، ويتفرع من هذا الأصل أنه لا يجوز للإدارة أن تعفي البعض من الشروط المطلوبة من دون البعض الآخر كما أنه لا يجوز لها أن تضيف شروطاً أو تحذفها أو تعديلها بالنسبة لبعض المتنافسين.

¹ المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. " يقصى، مؤقتاً أو نهائياً، من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب فعلاً أو عملاً محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247...".

² أبوبكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق، د ص

³ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - العراق بغداد، 1989، ص 52.

لأهمية مبدأ المساواة فقد جرم كل من المشرع الفرنسي والجزائري أي أسلوب من جانب الإدارة يهدف إلى منح أفضلية غير مبررة قانوناً لأحد المتنافسين من دون غيره في معرض إبرام عقد تفويض المرفق العام، وذلك بمخالفة القوانين والأنظمة المنظمة لمبدأ المساواة.

على الرغم من أهمية مبدأ المساواة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلا أنه ليس بالمبدأ المطلق وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات.

فالمشرع قد يعطي أولوية لبعض الشركات عند تقديم العطاءات، كما قد يعطي للإدارة سلطة تقديرية في أن تفرض بعض من الشروط التي ترى وجوب توافرها في من يتقدم لإبرام عقد التفويض. وأيضاً للإدارة سلطة استبعاد بعض الأشخاص الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية مستهدفة بذلك ألا يتقدم للعقد إلا الصالحين من الأشخاص القادرين منهم¹.

1- مبدأ المساواة أثناء تنفيذ العقد : يقصد به تساوي المرتفقين أمام المنافع التي يوفرها لهم

المرفق العام دون تمييز لا مبرر له²، وينتج عن هذه القاعدة مظاهر أساسية وهي:

- تقديم خدمات المرفق العام لكل شخص يرغب في الاستفادة منها وفق ما يقره القانون الأساسي للمرفق العام وكذا شروط اتفاقية تفويض المرفق العام.

- مساواة المرتفقين أمام تسير المرفق العام وهو يقضي بمساواة المنتفعين بخدمات المرفق العام بتمكين جميع المواطنين من الحصول على خدمات المرفق العام بالتساوي بينهم في الحقوق والواجبات، إلا أن المساواة لا تكون إلا بالنسبة للأشخاص الذين يوجدون في مراكز قانونية متماثلة، ولذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن اختلاف تعريف مرفق توزيع المياه بين المستفيدين من خدماته لا يعد خرقاً لمبدأ المساواة لأن الاختلاف في التعريف يبرره اختلاف تكلفة تمديد شبكة المياه بالنسبة لكل قسم من أقسام المقاطعة و اختلاف شروط الاستثمار³.

إذا كان مبدأ المساواة قيد من قيود المصلحة العامة يرد على الشخص المكلف بتسيير واستثمار المرفق العام، فهذا لا يعني أن مساواة المنتفعين أمام المرفق العام يفهم منها انتفاعهم منها بصورة متساوية

¹ ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 110

² ناصر لباد، مرجع سابق، ص 158.

³ CE 267-1996, D.IR, 1996, p 236

ومطلقة، وإنما ما يعني به المساواة وفقا للشروط والقيود المحددة قانونا، فمبدأ المساواة أمام المرافق العامة يوجب احترام القانون وتطبيقه بالسواء على جميع المواطنين دون الانتقاص من أحكامه¹.

إن مبدأ المساواة ليس مبدأ مطلقا ويمكن للمشرع أن يشذ عنه ويميز بين المرتفقين إذا كان هذا التمييز ناشئا عن دستور أو إذا وجد المواطنون في أوضاع قانونية مختلفة وإذا اقتضت المصلحة العامة ذلك².

- إن وجود اختلاف في الأوضاع والمراكز العائدة للمنتفعين يعود أمر تقديره للشخص المفوض إليه القائم على تسير المرفق العام. والذي يعود له تقسيم خدمات المرفق إلى عدة فئات بحيث ترتبط كل فئة من المنتفعين بتعرفة متميزة عن التعريفات الأخرى التي تؤدي من منتفعي الفئات الأخرى، لكن هذا التقسيم للخدمات وللمنتفعين ضمن المرفق الواحد، لا يقوم إلا إذا كانت ضرورات استثماره تتطلب ذلك، إذا كانت مقتضيات المصلحة العامة المرتبطة بشروط استثماره تستدعي ذلك أيضا³. ومن مبررات المساواة في تقديم الخدمات للمنتفعين هي السير السليم للمرفق العام⁴.

مبدئيا الشخص المسير للمرفق العام غير ملزم بتقديم ذات الخدمات لمنتفعين لا يتواجدون في أوضاع متماثلة⁵. فالمنتفع ليس له الحق في الحصول على خدمات متميزة. بل إن حقه يتمثل في حصوله على الخدمة بنفس الطريقة التي حصل عليها منتفع آخر في نفس الوضعية⁶.

ولكن من المهم الإشارة إلى أن خرق مبدأ المساواة أمام المرفق العام وفقا لهذا الاستثناء يجب أن يتم ضمن عمل المرفق العام نفسه. ففي فرنسا اعتبر القضاء أن تخفيض شركة كهرباء فرنسا EDF تعرفه الكهرباء من 12% إلى 07% للمساكن المجاورة للمنشآت النووية لا يدخل في ضمن عمل الشركة الذي

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 87.

² مروة هيام، مرجع سابق، ص 56

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 88

⁴ محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 113

⁵ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 88

⁶ Joël. Carbajo, Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public. A J D A. 1981. P 176

يبرر التمييز في التعرفة¹.

- إن مبدأ المساواة له قيمة دستورية أطرها وحماها الدستور لكن هذا لا يمنع المشرع من إيجاد بعض الاختلافات في الخضوع والاستفادة من المرفق العام وذلك من خلال نص قانوني ينظم المرفق العام وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وبدأ يكرسه تدرجياً، وحتى المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة لا يتعارض مع امكانية أو حق المشرع في إيجاد تمييز لناحية الانتفاع من المرفق العام إما لوجود أوضاع مختلفة تبرر ذلك، وإما أن المصلحة العامة تتطلب ذلك².

- إن سبب وجود مبدأ المساواة هو ضمان المصلحة العامة بصفة متساوية فهو راعي للمصلحة العامة إلا أن هذه الأخيرة قد تقتضي التمييز وعدم المساواة أمام المرافق العامة ومن هنا تصبح المصلحة العامة كاستثناء يرد على مبدأ المساواة وقد كرس هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي من خلال قضية Société des concerts du Conservatoire³.

هذا الاستثناء يبرز في الدور الواسع للقاضي الإداري في مراقبة كيفية سير المرفق العام واحترامه للمبادئ، لا سيما مبدأ المساواة أمام المنفعين باعتبار أنه قد يكون هناك تمييز في التعريفة بين منفعي المرفق الواحد دون أن تبرره مقتضيات المصلحة العامة⁴.

رابعاً: مبدأ شفافية الإجراءات

يعد مبدأ الشفافية أحد المبادئ المهمة التي تحكم إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، فمن دون الشفافية لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

فالشفافية هدفها المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة التي تولدت فيما مضى بين الحكومة والقطاع الخاص، وبهذه المثابة تعد العلانية صورة معبرة لمدلول

¹ CE 1 février 1985. Union des consommateurs de Paris. AJDA 1985. Conclusion. B . Strirn. P 212

² CC 23 juillet 1999 .converture maladie universelle, Rec.Leb, p : 335

³ CE 09 Mars 1951 ,Rec.Leb ,p: 151

⁴ Jean –françois la chaume ,la notion de service public ,droit public centre de formation des personales. communaux ,édition económico ,tome : 02 , paris, 1987 ,p810.

الشفافية¹.

ومبدأ الشفافية في عقود تفويض المرفق العام يأخذ وجهين:

الوجه الأول: ضرورة احترام الأشخاص العامة عند منح عقود تفويض المرفق العام لشفافية إجراءات المنح مما يسمح بالمنافسة النزيهة بين المرشحين. ومن أبرز إجراءات الشفافية هو الإعلان فمن دونه لا وجود لمجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، والعلانية هي أن تتم جميع إجراءات التعاقد وفق نطاق علني، وهذا الأمر قرره قانون تفويض المرفق العام سواء الفرنسي أو الجزائري.

الوجه الثاني: احترام مبدأ الشفافية في تسيير المرفق العام وتقديم خدمات، فهو بذلك قيد على مسير المرفق العام ويقول الأستاذ Michel Bazex أن الشفافية هي وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين قد روعيت فعلا من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام².

إن مبدأ الشفافية في عقود تفويض المرفق العام يشكل نقطة صراع بين المرتفقين والشخص المكلف بتسيير المرفق العام، فالمرتفق من حقه ومن مصلحته إعلامه بكيفية تادية المرفق العام لنشاطه ونوعية الخدمة التي سيقدمها وتسعيرتها وشروط الاستفادة منها والامتيازات الإضافية وكذا في حالة الإخلال بكيفية الرقابة وكيفية الاعتراض، وفي الجانب الآخر للصراع يوجد المسير للمرفق العام الذي من مصلحته عدم إعلام المرتفقين بكيفية تسيير المرفق العام وكذا بوضعه المالي ولا حتى التسعيرة، فمن مصلحته إخفاء كيفية تسييره للمرفق العام. لكن هدف المصلحة العامة كخصوصية للمرفق العام تفرض عليه قيد ضرورة احترام الشفافية في كل تسييره للمرفق العام.

الفرع الثاني: مبادئ تنفيذ عقد التفويض

هي المبادئ التي تحكم المرافق العامة و تكون قانونا يحكم المرافق العامة وهي الراعي والضامن للمصلحة العامة وتعتبر قيودا بالنسبة لمسير المرفق العام وحدودا له.

¹ ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 102

² Michel Bazex, obligation communautaires de transparence et prestation des Service Public ,édition juriscasseur, octobre 1993 , p 15.

أولاً: مبدأ استمرارية المرفق العام

إن أساس مبدأ الاستمرارية يكمن في تمكين المرفق العام من إشباع الحاجات العامة للمواطنين دون انقطاع وعلى السلطات الإدارية تأمين تشغيل المرافق العامة بصورة منتظمة¹.

ويقول في هذا الإطار الأستاذ محمد أمين بوسماح إن مبدأ استمرارية المرفق العام ينبع من تصور يجعل عمل الدولة والأجهزة التابعة لها يقوم على الدوام والانتظام لا على الانقطاع والتوقف وبالتالي فإن نشاط المرفق العام ضروري لحياة المجموعة الوطنية ولا ينبغي أن ينقطع، لأن توقفه قد تنجر عنه عواقب وخيمة على حياة المجتمع².

وتجدر الإشارة أن مضمون مبدأ الاستمرارية ليس واحد في جميع المرافق العامة، فإذا كانت بعض المرافق تستدعي السير الدائم والمتواصل كالمستشفيات ومرفق الأمن، فإن بعض المرافق الأخرى تعني الاستمرارية فيها العمل وفق دوام محدد كمرفق العدالة، ويكفي المنتفع من المرفق أن يحصل على الخدمة في أوقات العمل الرسمية المعلن عنها، ويعود للقاضي تحديد مضمون الاستمرارية بشكل يسمح للمواطنين من الحصول على الخدمات من المرفق العام³.

فمبدأ الاستمرارية قيد يقع على الشخص المكلف بإدارة وتسيير المرفق العام. سواء كان من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص وله نتائج القانونية التي تتمثل في الالتزامات والمزايا:

1 – الالتزامات: إن الشخص المكلف بتسيير المرفق العام، ينبغي أن يستمر في تسيير المرفق العام بصورة مطردة و دون توقف وملزم باتخاذ كل التدابير الكفيلة بمواجهة أي طارئ قد يعيق استمراريته.

ولضمان استمرارية العقود التي تضمن تسيير المرفق العام، أقر مجلس الدولة الفرنسي ضمان حقوق الأفراد في التوازن المالي الذي يسمح بمواصلة تنفيذ هذه العقود وأطر بعض الظروف التي يمكن أن تؤثر على تنفيذ العقود، وبذلك ضمان السير العادي واستمرارية المرفق العام⁴.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 46

² Mohamed bousomah , op cit , p 467

³ Depuis et Gordon , op.cit, p 540

⁴ نادية ضريفي، المرفق العام بين المصلحة العامة وهدف المردودية حالة الامتياز، مرجع سابق، ص 207

في قضية Gaz bordeaux أقر مجلس الدولة نظرية الظروف الطارئة ومقتضاها أنه وجدت ظروف لم تكن في الحسبان، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء المالية الملقاة على عاتق مسير المرفق العام إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما فالمكلف بتسيير المرفق العام له الحق أن يطلب من الإدارة المساهمة في الخسائر التي تلحق به، والهدف من إقرار هذه النظرية هو ضمان استمرارية المرفق العام¹.

ويقول وليد حيدر جابر أن هذه القضية تعتبر المرتكز الأساسي المعبر عن موقف الاجتهاد القضائي في صيانة مبدأ الاستمرارية وبالتالي المصلحة العامة وتغليبها على المصلحة الخاصة من خلال ابتكار نظرية الظروف الطارئة حيث في هذه القضية اعتبر مفوض الحكومة chardenet أن كل نشاط مرفقي يجب أن ينظم في شروط تسمح في الاعتماد على سيره بطريقة منتظمة دون انقطاع².

2 - الامتيازات والمزايا: تقابل الالتزامات التي تقع على عاتق الشخص المكلف بإدارة وتسيير المرفق العام مزايا أو امتيازات تهدف أيضا إلى الحفاظ على مبدأ الاستمرارية ومنها³:

- استعمال امتيازات السلطة العامة (بعضها أو كلها حسب طبيعة الشخص القائم بالمرفق العام كما يقره عقد الامتياز في دفتر الشروط).

- منح بعض الأشخاص احتكارا وحقاً حصرياً.

- الحق نزع الملكية من أجل المصلحة العامة.

- الحق في التوازن المالي وتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ثالثا: مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف

يقصد بهذا المبدأ تكيف المرفق العام مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية والقانونية التي تدخل في الإطار العام للبيئة التي يعيش فيها المرفق، والتي تفرضها المصلحة العامة من جهة وتطور حاجات الجمهور من جهة أخرى، فهدف المرفق العام هو الاستجابة إلى حاجيات المواطنين ومتطلبات المصلحة العامة وتأمينها، وبما أن هذه المتطلبات والحاجيات تتطور بالضرورة فيجب على المرفق أن

¹30 mars 1916 - Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux - Rec. Lebon p. 125

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 82

³ المرجع نفسه، ص 83

يتبنى التغييرات ليلبي المتطلبات والحاجيات الجديدة¹.

ولمبدأ قابلية المرفق العام للتكيف خصائص عملية ووظيفية تميزه عن المبادئ الكلاسيكية الأخرى فإذا نظرنا إلى مبدأ الاستمرارية نرى أنه على صلة بسيادة الدولة و استمراريته أما مبدأ المساواة فإنه يتمتع بصفة عامة تجعل تطبيقاته غير محصورة في النشاط المرفقي فقط، وذلك بعكس ما هو حال مبدأ تكيف المرفق العام الذي وإن كان له صلة بمبدأ الاستمرارية إلا أن ميزته تكمن في أن يتصل بصورة خاصة بنشاطات ذات مصلحة عامة تستند إلى التبدل في الظروف وسواء كان ذلك في إطار تقنية التفويض أو خارجها كالصفقات العمومية².

ويجد هذا المبدأ أساسه في التغييرات التي تحصل إما بدافع المصلحة العامة والتي تتبدل في الزمان والمكان، باعتبار أن المرفق المنشأ في زمان ومكان معين قد لا يصبح نافعا اليوم أو في المكان نفسه، وإما بدافع التقنيات الحديثة التي فرضت على المرفق أن يتكيف معها³.

المطلب الثاني: القيود التي ترد على السلطة المفوضة في إبرام عقود التفويض

على الرغم من أن السلطة المفوضة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلا أن المشرع قيد هذه السلطة في بعض جوانبها، وأهم هذه القيود هي القيد الخاص بحق الدخول وباختيار إجراءات التفويض وهو إجراء جديد مستحدث بموجب القانون الفرنسي سنة 2016 (الفرع الأول)، القيد الخاص بجدوى التفويض (الفرع الثاني)، القيد الخاص باختيار أحد صور التفويض (الفرع الثالث)، القيد الخاص بتحديد مدة العقد (الفرع الرابع).

الفرع الأول: القيد الخاص بحق الدخول وباختيار إجراءات التفويض

إن السلطة المفوضة وقبل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، ألزمها القانون بتحديد حقوق الدخول والمتمثلة في المبالغ المالية التي تحددها السلطة المفوضة (أولا)، وأيضا يجب تحديد إجراءات التفويض (ثانيا).

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 162

² Gilles, J Guglielmi, Genevieve.Koubi, droit de service public, édition Montchrestien, Paris, 2000, p :427

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 83

أولاً: حقوق الدخول

تشكل حقوق الدخول مقابلاً للاستثمارات التي كرسها مانح التفويض أو صاحب التفويض السابق، ويتولى صاحب التفويض استرداد هذه المبالغ من التعريفات التي يحصلها من المستفيدين من خدمات المرفق العام، لأنه يقتضي أن تغطي هذه التعريفات جميع الأعباء التي يتكبدها صاحب التفويض وتحقق له مقداراً من الأرباح¹.

هذا يعني أن حق الدخول أو المقابل المالي يشكل قيداً خاصاً، لأنه عبارة عن مبالغ يقوم المفوض له بدفعها أو أشغال يقوم بتنفيذها، أو خدمات يقوم بأدائها من أجل اقناع السلطات المتعاقدة أن تبرم عقد التفويض، ثم يقوم بعكس قيمة هذه المبالغ أو الأشغال أو الخدمات على السعر الذي يدفعه المنتفعون من المرفق².

نظراً للإشكالات التي رافقت تطبيق حق الدخول في عقود تفويض المرفق العام و المتمثلة بالتعسف وسوء التطبيق فضلاً عن اختلاطه بالعمولات أو المبالغ التي كان يدفعها المفوض إليه، إذ ظهر أن هذه التفضيلات أصبحت تترد سلبياً على المنتفعين من خدمات المرفق العام محل التفويض، لأن ما يقدمه المفوض إليه للإدارة يقوم باسترداده من المنتفعين عن طريق عكسه على قيمة الانتفاع من المرفق.

تدخل المشرع الفرنسي من خلال قانون Sapin لينظم حقوق الدخول، فقد نص على أنه لا يجوز أن يتضمن عقد التفويض أي بند يلقي على عاتق صاحب التفويض تنفيذ خدمات أو أداء مدفوعات لا علاقة لها بموضوع التفويض، كما نص القانون المذكور على ضرورة أن يتضمن عقد التفويض كيفية احتساب حقوق الدخول عند وجودها³.

وهو ما أكد عليه قانون الامتياز الفرنسي رقم 2016/65 في الباب المتعلق بمضمون عقد الامتياز في المواد 30 و 31، فعقد الامتياز يجب أن لا يتضمن احكاماً يقوم فيها صاحب الامتياز بتغطية اداء

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 496

² أبوبكر أحمد عثمان، ابرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق، د ص

³ Voir l'Art 40 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

الخدمات أو الأشغال أو المدفوعات الخارجية عن موضوع عقد الامتياز¹.

بالإضافة إلا أن طريقة حساب المبالغ و رسوم دخول ورسوم المقدمة من صاحب الامتياز ينبغي على السلطة المتعاقدة تبريرها في عقود الامتياز.

كما أن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من أحكام المادة 31 على عدم جواز تضمين عقود الامتياز المتعلقة بقطاع المياه والنظافة وجمع النفايات المنزلية والنفايات الأخرى على بنود تفرض على صاحب الامتياز دفع حقوق الدخول².

وتختلف البدلات التي يدفعها صاحب التفويض Redevance عن حقوق الدخول Droits D'entrée، فالبدلات هي مبالغ تلقى على عاتق صاحب التفويض مقابل حقوق محددة يتمتع بها أو مقابل نفقات تتكبدها السلطة المفوضة ومنها:

البدلات التي تدفع لاستغلال الأملاك العامة: كحقوق إشغال بعض أجزاء من الأملاك العامة التي تعطى له من قبل السلطة المانحة³.

بدلات المشاركة: وهي رسوم المشاركة التي تهدف إلى إشراك المجتمع في نتائج الاستغلال. ويمكن ان تشمل على سبيل المثال:

- نسبة من العائدات عندما يتجاوز مبلغ معين؛

- نسبة من الفرق بين الإيرادات المقدرة وعدد من الأعمال التي أجريت؛

ويجب أن ترتبط هذه البدلات بموضوع عقد تفويض المرفق العام، فقد نص المشرع الفرنسي بأنه

¹ Voir l'Art 30 de la loi n° 2016-65 relative de la concession " **Le contrat de concession ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession**".

² Voir l'Art 31 de la loi n° 2016-65 relative de la concession " **Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans les contrats de concession.**

Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand la concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets ".

³ Voir l'Art L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques

يجب على أن اتفاقية التفويض لا يجب أن تتضمن بنوداً تلقي على عاتق صاحب التفويض تنفيذ خدمات أو أداء مدفوعات غريبة عن موضوع عقد التفويض.

ثانياً: القيد الخاص بتحديد إجراءات التفويض

يشكل هذا القيد الأساس في تحديد إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، فمن خلال القانون رقم 2016/65 المتعلق بالامتياز والمرسوم رقم 2016/86 حدد المشرع الفرنسي إجراءات لأبرام عقود الامتياز، والتي يعتبر عقد تفويض المرفق العام أحد أنواعه، فالمشرع الفرنسي ومن خلال تطبيقه للتوجيهات الأوروبية، قام بتوحيد إجراءات إبرام عقد الامتياز ولم يعد يميز بين عقود الامتياز بسبب موضوعها سواء كانت عقود امتياز الأشغال أو عقود تفويض المرفق العام فجميع عقود الامتياز تخضع لنفس القواعد.

لكن القانون الجديد فيما يخص إبرام عقود تفويض المرفق العام وضع شروطاً وقيوداً جديدة تتمثل في عتبة القيمة المالية والمحدد بـ 5.225.000 euros¹ وخصوصية بعض الأنشطة محل عقد التفويض حتى ولو تعدت العتبة الأوروبية².

وعليه فإن إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام تنقسم إلى إجرائيين:

- الإجراءات العادية³: وتطبق هذه الإجراءات في حال تساوت أو فاقت قيمة عقد الامتياز

¹ Règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

² Voir l'Art 09 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession"
Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles procédurales communes prévues par le présent chapitre.

Le présent chapitre fixe également les règles de passation particulières respectivement applicables:

1° Aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen publié au Journal officiel de la République française؛

2° Aux contrats définis à l'article 10."

³ Voir l'Art 13 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession"
Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation".

euros 5.225.000 وتعتبر هذه الاجراءات عادية لأنها تبرم بطريقة رسمية ودون تبسيط عكس الإجراءات المبسطة.

- **الإجراءات المبسطة:** وهي الإجراءات التي تطبق في حالة عدم تجاوز المبلغ المالي لعقد التفويض euros 5.225.000. وأيضا إذا اشتمل العقد على المجالات التالية: (قطاع المياه ، الصرف الصحي، النقل العام للركاب، الخدمات الاجتماعية، وخدمات أخرى يمكن تحديدها). وتكون الإجراءات في هذه الحالة مبسطة عكس الإجراءات العادية¹.

ولكن رغم كونها إجراءات مبسطة إلى أن المشرع الفرنسي ألزم السلطة المفوضة باحترام مبادئ حرية الوصول للطلب العام ومبدأ الشفافية ومبدأ المساواة².

ولكن التساؤل هنا هو كيف يمكن للسلطة المفوضة تقدير قيمة عقد التفويض؟

فالقيمة التقديرية المقصودة هي إجمالي الإيرادات بدون الضرائب لصاحب التفويض خلال مدة العقد، وذلك بالنظر إلى طبيعة الخدمات محل التفويض، وسلطة المفوضة في تقديرها لقيمة العقد يجب عليها مراعاة الاعتبارات التالية³:

- قيمة الإيرادات التي يدفعها مستخدمو المرفق العام؛

- المبالغ المدفوعة من قبل السلطة المفوضة أو أي سلطة عامة أخرى أو أي فوائد مالية قدمت

¹ Voir l'Art 10 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession"
Les contrats de concession mentionnés au 2° de l'article 9 sont les contrats suivants:

1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 9؛

°2Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet:

a) Les activités relevant du 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisé؛

b) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement du 23 octobre 2007 susvisé؛

c) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française."

²Laure Lagasse et Emeric Chabanne, passation et rédaction des contrats de concession, IGD, Paris 2017, P 07

³ Laure Lagasse et Emeric Chabanne, Op Cit, p 08

للمفوض إليه؛

- قيمة الإعانات أو المنافع المالية المقدمة من أطراف العقد؛

- قيمة اللوازم والخدمات المتاحة للمفوض إليه من قبل السلطة المفوضة شرط أن تكون ضرورية لتسيير المرفق محل التفويض.

كما تجدر الإشارة أنه في حال كان عقد التفويض على شكل خدمات منفصلة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار القيمة الاجمالية لجميع الخدمات.

ولقد أكدت المادة 07 من المرسوم رقم 2016/86 على أنه يجب ذكر القيمة المقدرة للعقد في وثائق الابرام¹.

الفرع الثاني: القيد الخاص بجدوى تفويض المرفق العام

إن قرار تفويض المرفق العام يصدر عن السلطة المختصة في الدولة أو في الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، ويقتضي على الشخص العام أن يعمد إلى إجراء دراسة لمجموعة من العناصر قبل اتخاذ قرار التفويض².

إن المبدأ المستقر هو أن الدولة هي المسؤولة عن توفير الخدمات العامة التي يحتاجها الأفراد وذلك من خلال إنشاء المرافق العامة، لذلك فإنها إذ ما قررت جهة ادارية تفويض جهة أخرى غيرها عامة أو خاصة لتنفيذ هذه المهمة التي تقع على عاتقها بالأساس فإن الأمر يقتضي إثبات جدوى هذا التفويض من خلال القيام بدراسة مجموعة من العناصر للتأكد من قدرة شخص آخر غير الشخص العام من تأمين استمرارية تشغيل المرفق المعني³، وذلك قبل اتخاذ قرار التفويض. وأهم هذه العناصر هي:

أولاً: الجدوى المالية

ذلك بدراسة التكاليف المبدئية التي يتطلبها المرفق المراد تفويضه مثل الأرض والمعدات والآلات فضلاً عن التكاليف الإدارية الخاصة ومقارنة هذه التكاليف بين الشخص العام المسؤول عن المرفق وبين

¹ Voir l'Art 07 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 479

³ ابو بكر أحمد عثمان، ابرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق، د ص

الشخص المفوض إليه والوصول إلى مدى تحقيق أسلوب التفويض و فرأ للشخص العام أو تجنبه للعجز.

كما يستهدف من القيام بالجدوى المالية التحقق من حجم الإيرادات التي يفترض أن يدرها إليه ومن ثم تغطيتها للتكاليف التي يتطلبها المرفق موضوع محل التفويض.

ثانيا: الجدوى الاجتماعية

ينصرف هذا النوع من الدراسات إلى التحقق من ناحيتين، الأولى هي ثمن الخدمة التي سوف يدفعها المنتفعون من المرفق المفوض ومدى قدرتهم على تحملها، فالرأي العام له تأثيراً كبيراً على نجاح إدارة المرفق العام وفقاً لنظرية التفويض، ويقتضي دراسة تأثير الإدارة بالتفويض على المستفيدين من خدمات المرفق العام، لأن عنصر الزبائن له أهمية الكبرى على العناصر الأخرى لاسيما العنصر المالي. مع الإشارة إلى أن دراسة هذا العنصر تواجهها صعوبات كثيرة، ويمكن اللجوء إلى إجراء دراسات ميدانية والقيام بالتحقيقات الضرورية¹. ومن الناحية الثانية دراسة جودة الخدمة التي يقدمها المرفق محل التفويض ومقارنة كلتا الناحيتين بين إدارة المرفق من الشخص العام والشخص المفوض إليه للوصول إلى تحقق الجدوى من اتباع أسلوب التفويض².

ثالثا: الجدوى البيئية

أصبح للتقدم التقني الذي يشهده عالمنا المعاصر الأثر الواضح في ضرورة إخضاع المشاريع المتعلقة بتوفير خدمات المرافق العامة للاشتراطات المتعلقة بسلامة البيئة، لذا فإن دراسة الجدوى المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام باتت تشمل تقييم التأثير البيئي لهذا النوع من المشاريع، ويلحظ بهذا الصدد أن دراسة الآثار البيئية هنا يجب ألا تقتصر على دراسة الأسلوب التقليدي للجدوى المقتصر على المنفعة والتكاليف، بل يتطلب الأمر منهجية جديدة قائمة على حساب المنفعة و التكاليف والبيئة، وذلك بالأخذ بالحسبان الموارد المستهلكة وتكلفة إصلاح الأضرار البيئية الناتجة عن تشغيل المرفق وصولاً إلى حقيقة حساب الناتج الإجمالي لمشروع المرفق بمعنى تقدير تكاليف البيئة³.

¹ هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 79

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 481

³ أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق، ص

رابعاً: الجدوى التقنية

قد تواجه المرفق العام، الذي يتم إدارته من قبل أحد أشخاص القانون العام، مصاعب على المستوى الفني و التقني، يمكن أن يكون ذلك بسبب طبيعة نشاط المرفق المعقدة من الناحية الفنية، أو بسبب تطور تجهيزات المرفق والبرامج المتبعة بصورة بطيئة نتيجة التعقيدات المالية والإدارية المعتمدة في القطاع العام، أو بسبب تطور المرفق واكتساب تقنيات حديثة تكبد الإدارة العامة نفقات باهظة لا تقدر عليها، لذلك فإن تفويض المرفق العام إلى أحد الأشخاص القانونية الخاصة هو أكثر فعالية وجدوى، لأن القطاع الخاص يضم شركات تمتلك مؤهلات عالية في مجال التقنيات الحديثة، وتمتلك قدرة على إدارة المرفق بفعالية وبكلفة أقل، مما يؤدي إلى ارتفاع جودة الخدمات المقدمة من قبل المرفق، وإلى تخفيض الأعباء عن الأشخاص العامة¹.

وتعتبر هذه الدراسات هي المعايير الأساسية في منح تفويض المرفق العام، وأساس المفاوضات مع المرشحين لإدارة وتسيير المرفق العام.

الفرع الثالث: القيد الخاص باختيار أحد أنواع عقود التفويض

إن تفويض المرفق العام كما سبق الدراسة له مجموعة من الصور يدرج بعضها ضمن العقود الإدارية المسماة كامتياز المرفق العام و إجارة المرفق العام و الوكالة المحفزة و عقد التسيير والبعض الآخر يندرج تحت العقود الغير مسماة بحيث يتضمن العقد الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام دون أن يعطي اسماً محدداً، وعلى ذلك ينبغي على السلطة المفوضة أن تحدد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام وذلك بدراسة مجموعة من الاعتبارات.

أولاً: تكليف المفوض إليه بإقامة المرفق

فإذا كان تحقيق المرفق العام يتطلب بالضرورة إنشاء منشآت عامة، فالغالب ما يكون عقد امتياز المرفق العام هو الوسيلة المختارة من قبل السلطة المفوضة، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن الإدارة تختار عقد الإيجار أو الوكالة المحفزة أو عقد التسيير².

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 481

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 255

ثانياً: تغطية تكاليف الاستثمار

تختار السلطة المفوضة عقد الامتياز إذا كان المرفق المراد تفويضه ينتج إيرادات كافية لتغطية الأعباء التي يتكبدها صاحب التفويض أو عقد الإيجار.

أما إذا كانت إيرادات المرفق غير كافية لتغطية أعباء التشغيل. فتختار السلطة المفوضة عقد الوكالة المحفزة أو عقد التسيير حيث يحصل المفوض إليه على مقابل تشغيله بواسطة أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، بالإضافة إلى علاوة تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال تحفز على اتقان العمل وتحسين جودة الخدمات.

أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة جداً، تكفي لتغطية أعباء التشغيل وتزيد عنها، وكانت السلطة المفوضة هي من تكبدت إقامة المرفق العام، تتجه السلطة المفوضة إلى عقد الإيجار حيث يلتزم المفوض إليه بدفع البدلات مقابل استعماله للمرفق¹.

ثالثاً: رقابة السلطة المفوضة

إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية وشدة فيختار طريقة امتياز المرفق العام أو الإيجار، أما إذا أراد ممارسة رقابة محدودة فيختار في هذه الحالة عقد الوكالة المحفزة أو عقد التسيير.²

رابعاً: نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر

كلما كانت الإدارة ترغب في إلقاء القدر الأكبر من المسؤولية في إدارة المرفق وفي تحمل مخاطر التشغيل على عاتق المفوض إليه فإنها تختار عقد الامتياز أو المرفق العام، أما إذا أرادت تقاسم مسؤولية المرفق و مخاطره فإن مع المفوض إليه فتختار عقد الوكالة المحفزة أو عقد التسيير.³

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482

² أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 131

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482

الفرع الرابع: القيد الخاص بتحديد مدة عقد التفويض

لقد شكل قانون Sapin الإطار والانطلاقة الأولى في رسم المشرع الفرنسي لمعالم جديدة في سياسة تحديث وعقلنة المرافق العامة¹، فلقد خص القانون المذكور في المادة 40 منه مفهوماً جديداً للمدة وقد جاء فيها (أن اتفاقيات تفويض المرفق العام ينبغي أن تكون محددة بمدة من جانب السلطة المفوضة بالنظر للمهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض له، أما تحديد هذه المدة فيتم بالنظر لطبيعة وحجم الاستثمار، دون أن تتجاوز المدة العادية لاستهلاك المنشآت المستخدمة). لقد لخصت هذه المادة المفهوم الجديد لمدة التفويض والمشرع الفرنسي لم يتخلى عن هذا المفهوم في الأمر 2016/65 المتعلق بعقد الامتياز الجديد الذي يلغي أحكام قانون Sapin بل عزز مكتسباته وثمنها وفق ما يلي:

أولاً: تحديد المدة

من خلال نص المادة 34 من قانون الامتياز رقم 2016/65 أكد المشرع على أن عقود الامتياز محدودة بمدة وهذه المدة تحددها السلطة المفوضة على حسب طبيعة ومستوى الخدمات أو الاستثمارات المطلوبة من صاحب الامتياز في الظروف المنصوص عليها عن طريق الاجراءات التنظيمية². ومن خلال المادة 6 من المرسوم رقم 2016/86 المتعلق بتنفيذ عقود الامتياز نص المشرع على انه " يجب أن لا تقل عقود الامتياز عن مدة خمس سنوات، ويجب أن لا تتجاوز الوقت المعقول من جانب صاحب امتياز الأشغال أو الخدمات وذلك لإمكانية استرجاع رؤوس الاموال المستثمرة نظراً لحجم الاستثمارات اللازمة لتنفيذ العقد"³. فالمشرع لم يبتعد عن ما قرره في أحكام قانون Sapin بل عزز الرابط الوثيق بين مدة تفويض المرفق العام والواقع الاقتصادي وذلك بإضافة اثنين من التزامات محددة كما يلي:

تحديد المدة بـ 5 سنوات كحد أدنى، وذلك مراعاة لحجم الاستثمار بالمعنى الواسع وذلك لتمكين المفوض إليه من تغطية تكاليف الاستثمار. وتعتبر هذه العتبة جديدة؛

تحديد المدة بـ 20 سنة كحد أقصى في مجال توزيع المياه والنظافة وجمع النفايات المنزلية والنفايات الأخرى، ويقتضي التقيد بهذه المدة إلا في حال كانت مدة استهلاك الأصول والأموال المكرسة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 284

² Voir l'Art 34/1 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

³ Voir l'Art 6 de du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession

لتنشغيل المرفق العام تتجاوز المدة المحددة فيمكن تجاوزها بعد أخذ رأي مدير إدارة المالية العامة¹ Directeur Départemental des Finances Publiques (DDFiP).

من خلال نص القانوني يتبين أن تحديد مدة عقد التفويض من طرف السلطة المفوضة تقوم على عنصرين أساسيين وهما حجم الاستثمار المنجز من طرف صاحب التفويض و على فكرة تحقيق المستثمر لعائد مع الربح المعقول.

1- بالنسبة لفكرة الاستثمار: تقوم فكرة الاستثمار في عقود امتياز المرفق العام على تغطية تكاليف الاستثمارات اللازمة لاستغلال المرفق العام. وترد قائمة غير حصرية من الأمثلة في المادة 6 من المرسوم رقم 2016/86.² فالنص يحدد بوضوح أن مفهوم "الاستثمارات" يجب أن تفهم في أوسع معانيها، إذ لا تقتصر على مفهوم المحاسبة الصارمة. ويشمل على وجه الخصوص صراحة النفقات التي قدمت خلال فترة العقد.

2- أما بالنسبة لفكرة تحقيق الربح المعقول: فإن الاتفاقية الأوروبية في الحثية 52 أكدت على أن مدة العقد يجب أن تكون في الحد المعقول لتمكين صاحب الامتياز من تغطية تكاليف الاستثمار لاستغلال المرفق في ظروف عادية مع مراعاة الأهداف التعاقدية المتمثلة في جودة الخدمة و تسعيرة الخدمة المقدمة للمستخدمين.³

¹ Voir Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement JORF n°29 du 3 février 1995 page 1840.

² Voir l'Art 6/1 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession " Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel"

³ Voir DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014 "la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels

وبالعودة إلى النصوص القانونية الفرنسية نجد أنها لا تحدد معنى الحد المعقول لمدة العقد، لكن أكد مجلس الدولة في القضية *Sté Maison Combat précitée* على أن المدة يجب أن تحسب لتحقيق التوازن بين التكاليف وتحقيق المعدل الطبيعي للربح¹.

أما في الجزائر فإن المشرع ومن خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، حدد مدة عقد التفويض بدقة أكثر مقارنة مع المشرع الفرنسي، وذلك استنادا إلى أشكال التفويض فالمدة تختلف من عقد إلى آخر وذلك كما يلي:

- من خلال المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حدد المشرع مدة عقد الامتياز بـ 30 سنة كحد أقصى.
- تحدد مدة عقد الإيجار حسب أحكام المادة 54 من نفس المرسوم التنفيذي بـ 15 سنة كحد أقصى.
- تحدد مدة عقد الوكالة المحفزة طبقا لأحكام المادة 55 بـ 10 سنوات كحد أقصى.
- تحدد مدة عقد التسيير طبقا لأحكام المادة 56 بـ 5 سنوات كحد أقصى.

وملاحظ أن القيد على حرية تحديد مدة التفويض لا ينحصر بالمشرع والسلطة المفوضة، إنما يتعداه إلى أطراف العلاقة أيضا، فهؤلاء إذا كان لهم أن يتفاوضوا بحرية ويتفقوا على تحديد المدة إلا أن تقديرهم في وضعها إنما يجب أن يتأسس وينحصر بالمعايير المنصوص عليها. وبالتالي إن أي تجاوز أو مخالفة في هذا الشأن يعطي للقاضي الإداري، الصلاحية في إعلان عدم صحة البند المتعلق بالمدة متى كان هناك خطأ في التقدير.

ثانيا: شروط تمديد مدة العقد

يشكل احترام المهلة أحد الموجبات التي تقع على عاتق السلطة المفوضة، فالمتعاقدين يستهدف من وراء دخوله للاستثمار في المرفق العام، الحصول على أكبر قدر ممكن من المنافع، وتحقيق ذلك لا يتم إلا

spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs"

¹ CE 11 août 2009, *Sté Maison Comba précitée*, N° 303517 , Rec.Leb

بتوفير مدة كافية تسمح له في استهلاك المنشآت والأموال اللازمة لتحقيق المشروع¹. فتحديد المدة يشكل ضماناً تسمح للمتعاقد تحقيق مشروعه وفقاً لتقديراته الخاصة ومن ناحية أخرى تعتبر المدة تأميناً للمنتفع وللغير لضمان استمرارية المرفق العام. وهذا ما يجعل التمديد في مدة العقد ضماناً بالنسبة للمتعاقد. فالمادة 40 من قانون Sapin رسمت الإطار القانوني للمدة وحددت الحالات التي يمكن فيها تمديد عقد التفويض وذلك في حالتين²:

1- لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة: يمكن تمديد العقد في حال كان الباعث من وراء التمديد هو تحقيق المصلحة العامة، ومفهوم المصلحة العامة واسع جداً، يمكن أن يشمل صعوبة اختيار الشخص العام لصاحب تفويض جديد أو عدم إمكانية الشخص العام استعادة المرفق العام لإدارته بصورة مباشرة³ أو حصول تبدل في سياسات الحكومة حيال مرافقها العامة.

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن استمرارية المرفق العام تحقق المصلحة العامة التي تبرر تمديد مدة عقد تفويض المرفق العام⁴.

2- لأسباب مرتبطة بتنفيذ استثمارات غير منظورة في العقد الأساسي: وهي أسباب مادية تتعلق باقتصاديات المشروع، وهذه الحالة تتطلب توفر مجموعة من الشروط⁵:

- ~ أن يكون التمديد ضرورياً لتحقيق الاستثمارات ؛
- ~ أن يكون بناء على مبادرة من السلطة المفوضة فقط ؛

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 533

² Voir l'Art 40/2 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 " **Une délégation de service ne peut être prolongée que :**

a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ؛

b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive" .

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 491

⁴ CE 8 juin 2005 Commune de Ramatuelle n° 255985. Rec. Leb

⁵ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 536

~ أن تكون الاستثمارات المراد تحقيقها ضرورية في التنفيذ الحسن للمرفق العام ؛
~ أن لا تكون الاستثمارات ملحوظة في العقد الأساسي.

ويعتبر تمديد العقد امتدادا للعقد الأساسي بكل أحكامه وهو بذلك لا يؤدي إلى انشاء عقد جديد¹.

أما المشرع الجزائري ومن خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، أجاز تمديد مدة عقد التفويض وذلك بالاستناد إلى الشروط التالية:

- يجب أن يتم تمديد مدة العقد بموجب ملحق يبرم طبقا لأحكام المادة 59 التي تحدد شروط إبرامه؛

- يجب أن يكون طلب تمديد مدة العقد وفق الحالات المنصوص عليها في أحكام المواد من 53 إلى 57 من المرسوم التنفيذي؛

- يجب أن يكون التمديد بطلب من السلطة المفوضة وعلى أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي وسع في شروط تمديد مدة عقد التفويض مقارنة مع المشرع الجزائري، لأن المشرع الفرنسي أجاز تمديد مدة عقد التفويض لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .

المبحث الثاني

إجراءات اختيار المفوض له في عقود التفويض

إن القاعدة العامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام تقتضي تكريس نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له عقود الصفقات العمومية. و بالتالي فإن اختيار صاحب التفويض لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

وعلى هذا الأساس نظم المشرع الفرنسي بموجب الأمر رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز، وبموجب المرسوم رقم 86-2016 المتعلق بتطبيق عقود الامتياز، إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق

¹ Voir l'Art 55 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Et l'Art 36 et 37 du décret n°2016-86 du 1 er février 2016 relatif aux contrats de concession.

العام بنظام قانوني خاص يتشابه إلى حد ما بالنظام القانوني المخصص لإبرام عقود الصفقات العمومية، لكنه حافظ على خصوصية عقود التفويض (المطلب الأول).

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أفرد ولأول مرة نظاماً قانونياً مستقلاً عن النظام المعمول به في إبرام عقود الصفقات العمومية. بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجراءات اختيار المفوض له في فرنسا

نضم المشرع الفرنسي إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بنظام قانوني خاص يتشابه إلى حد ما بالنظام القانوني المخصص لإبرام عقود الصفقات العمومية، لكنه حافظ على خصوصية عقود التفويض وذلك ضمن مرحلتين، مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض (الفرع الأول)، ومرحلة التفاوض ومنح التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض

إن مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض مهمة وأساسية في إبرام عقد التفويض، كونها مرحلة تجسد كل المبادئ المنصوص عليها في أحكام المادة 01 من الأمر 65-2016، وتنقسم بدورها إلى مرحلة نشر الإعلان (أولاً)، ومرحلة اعداد قائمة المرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم (ثانياً)، ومرحلة إيداع العروض (ثالثاً).

أولاً: نشر الإعلان

يشكل الاعلان المسبق واجراءات المنافسة لاختيار صاحب التفويض قيدين على مبدأ حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض، وعدم التقيد بهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار المتخذ من قبل السلطة المختصة باختيار صاحب التفويض.

كما تم الإشارة سابقاً، إلى أن النظام القانوني الفرنسي يضع معياراً مالياً ومعياراً موضوعياً في تحديد نوعية الاجراءات التي تطبق في منح عقود تفويض المرفق العام، وذلك على النحو التالي:

1 - الاجراءات العادية: حددت المادة 14 من المرسوم رقم 86/2016 الفرنسي المتعلق بتطبيق عقود الامتياز أن الإعلان عن الامتياز يجب أن يكون متفق مع القانون الأوروبي، وذلك حسب اللائحة

التنفيذية رقم 2015/1986 الصادرة بتاريخ 11 نوفمبر 2015 ، المتعلقة بإنشاء النماذج القياسية لنشر الإعلانات في إطار الصفقات العمومية¹، وتحدد هذه اللائحة مجموعة من شروط المشاركة والمعلومات التي يجب أن يتضمنها الإعلان والوسائل المعتمدة في الاعلان².

حيث حددت الفقرة الأولى من المادة 15 من المرسوم رقم 2016/86 المتعلقة بتطبيق عقد الامتياز الفرنسي، أنه يجب على السلطة المفوضة الالتزام بنشر الإعلان المتعلق بتطبيق الإجراءات العادية والذي يفوق فيها مبلغ العقد EUROS 5.225.000 في ثلاث وسائل رسمية للإعلان وهي³:

- الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي le Journal Officiel de l'Union Européenne (OJEU)؛

- الجريدة الرسمية للإعلانات الصفقات العامة le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP)؛ أو جريدة الإعلانات القانونية un journal d'annonces légales ؛

- مطبوعة متخصصة.

ويجب أن يتضمن الإعلان المنشور لعقد الامتياز المعلومات التالية⁴:

- **معلومات حول السلطة المفوضة:** وذلك بتحديد اسمها وعنوانها الطبيعية النشاط الرئيسي الذي تمارسه؛

- تحديد هدف العقد: وذلك تحديد نطاق العقد من حيث القيمة المقدرة و معايير المنح و مدة العقد؛

- تحديد المعلومات القانونية، الاقتصادية، التقنية والمالية ؛

- تحديد الإجراءات: وصف الاجراء المتبع مع تحديد الموعد النهائي لتقديم الطلبات؛

¹ Règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution

² Laure Lagasse et Emeric Chabanne, Op cit, P 07

³ Voir l'Art 15/1 du décret n°2016-86. " - **Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au Journal officiel de l'Union européenne, au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné "**

⁴ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 08

- معلومات إضافية: والمتعلقة بإمكانية تجديد العقد و المعلومات المتعلقة بالتداول الالكتروني وأيضا تحديد إجراءات الطعن والمراجعة والهيئة المسؤولة عن إجراء الوساطة، بالإضافة إلى تحديد تاريخ الإعلان.

2- الإجراءات المبسطة: حددت الفقرة الثانية من المادة 15 من المرسوم رقم 2016/86 على أن نشر الإعلان في الإجراءات المبسطة يتم من خلال وسائل الإعلام التالية¹:

- النشرة الرسمية للإعلانات الشراء العام (BOAMP)؛

- جريدة الإعلانات القانونية.

وتتص هذه المادة كذلك على إمكانية السلطة المفوضة من نشر الإعلان، في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي (OJEU).

ويجب أن يتضمن الإعلان عن عقد الامتياز البسيط المعلومات التالية²:

- معلومات عن السلطة المفوضة اسمها و عنوانها؛

- الهدف من إبرام عقد التفويض مع تحديد المدة والقيمة المقدرة للعقد؛

- المعلومات القانونية والاقتصادية والتقنية والمالية؛

- تحديد الموعد النهائي لتقديم الطلبات.

والملاحظ أن الاعلان في الاجراء المبسط مختلف عن الاعلان في الاجراءات العادية، وذلك من حيث ذكر المعلومات حول السلطة المفوضة، وأيضا بالنسبة لشروط المشاركة.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نص يمنع السلطة المفوضة من نشر جميع المعلومات.

ثانيا: اعداد قائمة المرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم

يتم إجراء اعداد قائمة المرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم في فرنسا بعدة مراحل أساسية وهي على التوالي:

1 - استلام طلبات المرشحين : النقطة الرئيسية عند استلام الطلبات هو ضمان احترام المدة

¹ Voir l'Art 15/2 du décret n°2016-86."Pour les contrats de concession qui relèvent de l'article 10, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales".

² Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 09

الزمنية طبقا للمادة 18 من المرسوم رقم 2016/86. و هذه الفترة ليست هي نفسها فهي تختلف حسب الإجراء المتبع إما مبسط أو عادي، أو إذا كان الملف المسلم عن طريق البريد الإلكتروني¹:

- بالنسبة للإجراء العادي تحدد مدة تسليم طلبات الترشح بـ ثلاثين يوما من تاريخ نشر الإعلان. ويمكن تقليص هذه المدة إلى 25 يوما إذا كان الطلب مسلم عن طريق البريد الإلكتروني.

- أما بالنسبة للإجراء المبسط فإن المشرع لم يحدد مدة معينة بل اكتفى بتقرير أن تكون فترة معقولة².

2- فتح طلبات المرشحين ودراستها: ويتولى في فرنسا القيام بإجراءات اختيار صاحب التفويض

هيئة خاصة كانت تسمى لجنة تفويض المرفق العام La Commission de la délégation de service public، أما حليا تعرف باسم لجنة الامتياز Commission de concession، وتقوم هذه اللجنة باستلام طلبات المترشحين وتقوم بفتحها ودراستها لتعد قائمة المرشحين المقبولين للمشاركة في تقديم العروض³، وذلك بعد التحقق من تقديم الضمانات المهنية والمالية وقدرتهم على تأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المساواة بين المستفيدين من خدماته⁴.

وتلتزم لجنة الامتياز بقبول جميع المرشحين الذين تتوفر فيهم شروط التي يتطلبها الأمر 2016/65 والمرسوم 2016/86، هذا ما يجعل أعمالها تخضع لرقابة المشروعية التي يقوم بها القاضي الإداري، وبالتالي يمكن الطعن بقرار عدم قبول أحد المرشحين في قائمة المقبولين لتجاوز حد السلطة، وينظر القاضي هنا في مدى توفر الشروط والضمانات المالية والمهنية والمعايير المطلوبة لدى المرشح صاحب الطعن.

وتجد الإشارة أنه يمكن للسلطة المفوضة أن تطلب من المرشحين تسوية طلباتهم المقدمة وذلك

¹ Voir l'Art 18 du décret n°2016-86. "... Le délai de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession..." et "... Ces délais peuvent être réduits de cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures ou les offres soient transmises par voie électronique".

² Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 09

³ Voir l'Art 55 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁴ Voir l'Art 19 , 20 , 21 et 23 du décret n°2016-86 " conditions de candidatures"

ضمانا لتعدد العروض ولكن ضمن احترام مبادئ إبرام العقد وقبل فتح الطلبات من طرف لجنة الامتياز¹.

3- **نشر قائمة المرشحين المقبولين:** بعد إعداد قائمة المرشحين المقبولين من لجنة الامتياز وارسالها إلى السلطة المفوضة تقوم هذه الأخيرة بإعلام المرشحين المقبولين وتمكينهم من المعلومات اللازمة لإعداد عروضهم و المحددة في المادة 4 من المرسوم 2016/86 على النحو التالي²:

- موضوع وهدف إبرام العقد؛

- المواصفات التقنية والمالية؛

- شروط الإبرام العقد؛

- شروط تنفيذ عقد الامتياز؛

- مدة إيداع المرشحين لعروضهم؛

- تحديد تسعيرة خدمة التي يدفعها المستفيدين.

وهذه المعلومات ملخصة في الوثائق التالية: الإعلان عن الامتياز، دفتر شروط الامتياز والدعوة الى تقديم عرض.

أما المادة 05 من المرسوم 2016/86 المتعلق بعقد الامتياز، فقد أكدت على أن تبادل الوثائق والمعلومات بين السلطة المفوضة وصاحب التفويض يكون إلكترونيا، مجاني، حرا وشاملا لكل الوثائق الضرورية واللازمة لتمكين المترشحين من تقديم عروضهم³.

بمعنى أن اعلام المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وكذلك المعلومات الضرورية لتقديم عروضهم، يكون عن طريق موقع إلكتروني خاص يطلق عليه اسم: profil d'acheteur. وقد أوكلت مهمة إنشاء هذا الموقع إلى وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي وأصدر هذا الأخير قرار بتاريخ 2017/04/27 يحدد فيه كل المعلومات الضرورية لكيفية الاستخدام سواء من السلطة المفوضة أو

¹ Voir l'Art 23/1 du décret n°2016-86 " Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 peuvent demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition..."

² Voir l'Art 04 du décret n° 2016/86.

³ Voir l'Art 05 du décret n°2016-86 "

المفوض إليه¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد وضع استثناء في التعامل إلكترونيا وذلك لأسباب أمنية أو تقنية أو حساسية خاصة تهدد المصلحة العامة. في هذه الحالة فإن التعامل يكون عن طريق نقل الوثائق اللازمة للمرشحين².

وأخيرا، بعد فحص قدرات ومهارات المرشحين، وإعداد قائمة المرشحين المقبولين وتمكينهم من الوثائق والمعلومات اللازمة لإعداد عروضهم تأتي المرحلة التالية وهي مرحلة إيداع العروض.

ثالثا: إيداع العروض

بعد ارسال السلطة المفوضة إلى المرشحين الوثائق والمستندات التي تبين الخصائص الكمية والنوعية والمالية للخدمات المراد تأديتها من قبل صاحب التفويض. تحدد السلطة المفوضة مدة لإيداع العروض لتقوم بفتحها ودراستها.

1 - مدة إيداع العروض: تحدد مدة إيداع العروض بمقتضى أحكام المادة 18 من المرسوم 2016/86، فأخر موعد لاستلام العروض حدد بـ اثنين وعشرين يوما من تاريخ إرسال الدعوة لتقديم العروض، ويمكن تخفيض هذه المدة إلى سبعة عشر يوما عندما يكون الإيداع إلكترونيا هذا بالنسبة لإجراءات الإبرام العادية. أما بالنسبة للإجراءات المبسطة، لم يفرض المشرع مدة محددة ولكنه ألزم على السلطة المفوضة أن تحدد مدة معقولة. لذا يمكنها استخدام المدة المحددة لإجراءات الإبرام العادية.

2 - فتح العروض: تشرف على عملية فتح العروض ودراستها لجنة الامتياز، والمشرع لم يحدد إذا كان فتح العروض يكون في اجتماع منفصل عن اجتماع دراسة العروض.

وهذا ما يجعل اللجنة، إما أن تجتمع لفتح العروض وتقوم بدراستها في نفس الاجتماع وذلك إذا كانت لا تنوي توفير فرصة لتعديل العروض المقدمة، أما إذا كان التعديل ممكن فيصبح من الضروري عقد اجتماع آخر للجنة من أجل دراسة العروض³.

¹ Voir Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs, JORF n°0099 du 27 avril 2017 texte n° 24.

² Voir l'Art 5/2 du décret n°2016-86

³ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 38

وفي ما يخص تعديل العروض فإن المشرع لم يحدد المقصود منه لكن بالعودة إلى اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2006 أذن بتصحيح العرض إذا كان هناك نقص في وثائق الإبرام لكن بشروط¹:

- أن لا يمس التعديل موضع تقدير مدى التطابق العرض مع مواصفات العقد.

- و من جهة أخرى، أن لا يكون له تأثير على المقارنة بين العروض التي تم قبولها للمفاوضات.

3- دراسة وتحليل العروض: قد كان المشرع في قانون Sapin يأخذ بكل العروض التي تستوفي الشروط القانونية والقدرة والكفاءة المطلوبة لتسيير المرفق العام²، أما حالياً ومن خلال المرسوم الجديد أصبح يحدد الحد الأدنى والحد الأقصى لعدد العروض وذلك بوضع مجموعة من المعايير يتم من خلالها ترتيب العروض من الأفضل إلى الأقل.

وعليه بالعودة إلى أحكام المادة 25 من المرسوم رقم 2016/86 نجدها تحدد نوعين من العروض محل الرفض وهي³:

- العرض غير اللائق، والذي ليس له علاقة بموضوع العقد لأن العارض غير قادر بشكل واضح على تلبية احتياجات المرفق محل التفويض.

- العرض الذي لا يلبي الحد الأدنى من الشروط والمعايير المحددة في وثائق الإبرام.

تقوم اللجنة المختصة بدراسة العروض وفق لمجموعة من المعايير، التي من خلالها يتم اقضاء وترتيب العروض ومنها يتم تطبيق قاعدة الحد الأقصى والحد الأدنى للعروض المقبولة للتفاوض، وهذه المعايير يجب أن تكون مدرجة في وثائق الإبرام منها دفتر الشروط أو الدعوة الرامية إلى تقديم المرشحين لطلباتهم أو في الإعلان عن الامتياز⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه في عقود الامتياز المبرمة وفق الإجراءات العادية يجب أن تكون هذه

¹ CE, 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, Rec.Leb.

² Voir l'Art 38 de la 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.

³ Voir l'Art 25 du décret n°2016-86

⁴ Voir l'Art 27/1 du décret n°2016-86

المعايير مرتبة ترتيباً تنازلياً من حيث الأهمية¹. و يتم ترتيب العروض تنازلياً على أساس مجموعة من المعايير التي تحدد أفضل عرض من حيث المنفعة الاقتصادية². وقد حددت هذه المعايير من خلال المادتين 27 و 47 من المرسوم 2016/86 على النحو التالي³:

- معيار الأهداف المحددة من العقد؛
 - معايير تتعلق بموضوع العقد؛
 - معايير تتعلق بشروط التنفيذ.
- و يمكن أن تكون المعايير متعلقة ب⁴:

- البيئة؛
- الجانب الاجتماعي كتوظيف ذوي الاحتياجات الخاصة؛
- الابتكار؛
- على نوعية الخدمة المقدمة للمستخدمين.

بعد دراسة العروض المقدمة وإقصاء الغير مطابقة منها مع معايير المحددة في وثائق الإبرام. ترسل اللجنة تقريراً إلى السلطة المفوضة تقترح فيه اسم مرشح أو أكثر للتفاوض معهم مع تبيان العوامل الدافعة.

الفرع الثاني: مرحلة التفاوض ومنح التفويض

تشكل مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة، ذلك أن تبيني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة اختيار المفوض إليه⁵.

لذلك فإن فتح المجال للمنافسة بما يؤدي إلى تعدد العروض لا يعني أن الإدارة ستختار عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإنه يعقب عملية الترشيح للمتعاقد من

¹ Voir l'Art 27/2 du décret n°2016-86

² Voir l'Art 28 du décret n° 2016-86

³ Voir l'Art 47 du décret n° 2016-86

⁴ Voir l'Art 27/1 du décret n°2016-86

⁵ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 487

جانب هيئة المرفق العام الدخول في المفاوضات مع هذا الأخير للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة، ومرحلة التفاوض في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عليها أحد الأمرين إما اتمام عملية التعاقد مع المرشح، أو أن تنتهي بعدم اتمام تلك الإجراءات¹.

لكن بالعودة إلى أحكام المادة 36 من الأمر 2016/65 نجد أن المشرع أعطى الامكانية لسلطة المفوضة أن تبرم العقد وفق الإجراءات التي ترى أنها مناسبة بشرط مراعاة المبادئ المنصوص عليها في المادة 01 من الأمر. ولكن يجب أن تكون في حالات استثنائية تتناسب مع متطلبات العقد². ما يفهم من أحكام هذه المادة أن العقد قد يبرم بإجراءات الصفقات العمومية.

يمكن القول أن المشرع الفرنسي ورغم تبنيه لنظام قانوني استثنائي عن قانون الصفقات العمومية إلا أنه لم يقيد السلطة المفوضة به، بل ترك لها حرية الملاءمة في اختيار الإجراءات المناسبة، بمعنى أنه يمكن تطبيق إجراءات إبرام عقود الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام إذا كانت تتناسب مع متطلبات العقد.

أولاً: حرية اختيار مبدأ التفاوض

إن قانون الامتياز الفرنسي الجديد يعطي الحرية الكاملة للسلطة المفوضة في اختيار الإجراءات الضرورية لإبرام عقد التفويض، عكس ما حمله قانون Sapin الذي أكد على ضرورة المفاوضات كإجراء حتمي لبد منه في عقود تفويض المرفق العام.

إن تطبيق قانون الصفقات العمومية يعني أن منح الصفقة يكون طبقاً لأفضل عرض أي أن المفوض إليه يفوز بالعقد إذ تطابق عرضه مع المعايير والمواصفات المحددة في دفتر الشروط دون اللجوء إلى مفاوضات مع السلطة المفوضة، وذلك طبقاً لأحكام قانون الصفقات العمومية، وهذا الاستثناء تمليه ضرورة ومتطلبات المرفق محل التفويض.

ويقول الأستاذ Laure LAGASSE إن إبرام العقد دون اللجوء إلى المفاوضات من شأنه التأثير

¹ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 23

² Voir l'Art 36 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

على الخدمة العمومية وذلك لأنه لا يسمح بمناقشة العرض من جميع جوانبه وتفقدته بهدف التحسين. فالتفاوض يمكن السلطة المفوضة من إجراء تغييرات وتعديلات على العرض المقدم وذلك لتحقيق أكبر قدر من التوافق مع احتياجات السلطة المفوضة، لأن أغلبية عقود التفويض تمتاز بمدة طويلة بالإضافة إلى الحجم الكبير للاستثمارات المعقدة¹.

فيجب على السلطة المفوضة إذا كانت لا تريد استخدام التفاوض في إبرام عقد التفويض، أن تحتفظ به كإجراء يتم اللجوء إليه عند الضرورة تملئها المصلحة العامة أثناء إبرام العقد².

يمكن القول أن فكرة إمكانية تطبيق الإجراءات المقررة للصفقات العمومية على عقود التفويض، تجد تبريرها في طبيعة عقود التفويض التي تشكل صور من العقود غير محصورة بأشكال محددة، بالإضافة إلى تقارب بعض العقود مع عقود الصفقات العمومية مثل ذلك عقود الخدمات وعقود التسيير.

ثانيا: المبادئ التي تحكم إجراءات التفاوض

إذا اختارت السلطة المفوضة إبرام عقد التفويض عن طريق التفاوض فيجب عليها أن تلتزم بالمبادئ التالية:

1- مبدأ المساواة في التفاوض مع المرشحين: وهو المبدأ الذي يقتضي تطبيق القواعد القانونية التي تهدف إلى عدم تشجيع مرشح على آخر وينطبق ذلك على ما يلي³:

- تطبيق مراحل التفاوض وذلك بالمساواة في المعاملة أثناء تقديم العروض، و السماح للعارض بمناقشة عرضه طبقا لقاعدة السؤال والجواب والتي تشمل جميع فصول العرض ليتمكن من اثبات خصائص وأصالة عرضه في ظروف تكون محددة مسبقا.

- احترام مبدأ المساواة في التفاوض يجب على السلطة المفوضة أن تلتزم بالمعايير والمواصفات المحددة مسبقا في دفتر الشروط.

¹ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 24

² Ibid, P 25

³ Ibid, P 26

- عند تعديل معايير إبرام العقد يجب على السلطة المفوضة الالتزام بعد تكريس معايير تمييزية¹.

2- مبدأ السرية: وضعت هذا المبدأ أحكام المادة 38 من الأمر 2016/65 والتي نصت على " أنه دون المساس بالأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالوصول إلى الوثائق الإدارية، لا يمكن للسلطة المفوضة أن تقدم أي من المعلومات التي تحتفظ بها لإبرام العقد، والتي من شأنها أن تؤثر على المنافسة العادلة بين المرشحين..."². ويترتب على مبدأ السرية ما يلي:

- أنه لا يمس بالأحكام التشريعية والتنظيمية، بمعنى أنه لا يمكن الاحتجاج به أما الهيئة القضائية من أجل التحقق من الوثائق الإبرام في حالة طعن أحد المترشحين.

- يعتبر هذا المبدأ وسيلة لحماية عروض المرشحين وذلك لضمان المنافسة النزيهة بينهم.

- يمكن خرق هذا المبدأ من طرف المعارض وموافقته في الكشف بعض المعلومات عن عرضه، وتكون موافقته كتابية.

ثالثاً : سير المفاوضات

ويتم وفق مجموعة من الخطوات كما يلي:

- تحديد جدول زمني لإجراء المفاوضات مع المعارض أو مجموعة من المعارضين المحددين في القائمة المعدة من طرف لجنة الامتياز، والمشرع هنا لم يحدد مهلة محددة للتفاوض في قانون الامتياز ولكن بالرجوع إلى أحكام قانون الجماعات الإقليمية الفرنسي CGCT وبالأخص المادة 7-1411 L. نجدتها حددت مهلة بشهرين من يوم فتح العروض³.

- امكانية تخفيض العروض الغير مناسبة والغير مطابقة، لا يوجد نص قانوني يمنع السلطة

¹ CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, Rec.Leb.

² Voir l'Art 38 de l'ordonnance n°2016-65 " **Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques...**"

³ Voir l'Art L 1411-7 du Code général des collectivités territoriales.

المفوضة من تطبيق أحكام المادة 27 من المرسوم 86-2016 السابقة الذكر، وذلك بتخفيض عدد العروض المقدمة أثناء المفاوضات ولكن يجب عليها التقيد بالمعايير والمواصفات المحددة سابقا في دفتر الشروط¹.

- أما بخصوص شكل المفاوضات فإن القانون لم يحدد شكلا معيناً تتخذه السلطة المفوضة أثناء المفاوضات فلها السلطة التقديرية في تقرير شكل المفاوضات سواء كانت في جلسات الاستماع أو عن طريق الرسائل ولكن يجب أن تحترم مبدأ المساواة بين العارضين.

- محتوى التفاوض يجب أن يركز على موضوع التفويض، طبقاً لما هو وارد في دفتر الشروط².

- يمكن للسلطة المفوضة إجراء تعديلات على العرض محل التفاوض وذلك بهدف ضمان نجاح عقد التفويض³.

رابعاً: اختيار العرض ومنح التفويض

بعد إجراء التفاوض مع العروض يتم اختيار العارض الأكثر قدرة على تحمل أعباء تسيير المرفق العام من طرف السلطة المتعاقدة. والمشرع ألزم على السلطة المفوضة بعد اختيار المفوض إليه القيام بما يلي:

- تبليغ المرشحين الغير معنيين بإبرام العقد⁴، ويعتبر هذا الإجراء مهم لأنه يحدد مدة الطعن، والتي تحدد بـ 16 يوماً من تاريخ التبليغ وتخفيض إلى 11 يوماً إذا كان التبليغ إلكترونياً⁵.

- إعلان منح عقد التفويض: وقد أكد المشرع من خلال أحكام المادة 32 من المرسوم 86/2016 على إلزامية نشر إعلان المنح في نفس وسائل الإعلام التي تم الإعلان فيها عن عقد الرغبة في إبرام العقد، وذلك في مدة لا تزيد عن 48 ساعة من يوم توقيع العقد⁶.

¹ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 27

² Voir l'Art 46 de l'ordonnance n°2016-65

³ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 30

⁴ Voir L'Art 48 de l'ordonnance n° 2016/65.

⁵ Voir L'Art 29 du décret n°2016/86.

⁶ Voir L'Art 32 du décret n°2016/86.

المطلب الثاني: إجراءات اختيار المفوض له في الجزائر

إن المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لم يحدد نظاماً قانونياً يكفل إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، بل أسند تطبيق أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي للتنظيم، ومن خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نظم إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، بنظام قانوني خاص يتشابه إلى حد ما مع النظام القانوني الفرنسي، لكن وفق أطر ونظم تتسجم مع خصوصية المرفق العام الجزائري.

فالمادة الأولى من المرسوم التنفيذي نصت على أن " ... هذا المرسوم يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية". فالمرافق العمومية القابلة للتفويض في الجزائر هي: الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها¹.

لكن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حافظ على خصوصية عقود التفويض بتحديد طريقة إبرامه (الفرع الأول) وذلك وفق مرحلتين، مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض (الفرع الأول)، ومرحلة التفاوض ومنح التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صيغ إبرام عقد تفويض المرفق العام

تبرم عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، وفقاً لطريقة الطلب على المنافسة كقاعدة عامة (أولاً)، وفي حالة إعلان السلطة المفوضة عدم الجدوى من الطلب على المنافسة بمفهوم المرسوم التنفيذي رقم 18-199 (ثانياً)، تبرم عقود التفويض وفقاً لطريقة التراضي الذي يمثل الاستثناء على القاعدة العامة (ثالثاً).

أولاً: الطلب على المنافسة

عرفت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الطلب على المنافسة كمائلي: " الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة

¹ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط...".

فالتنظيم ومن خلال تعريف الطلب على المنافسة، يهدف إلى تكريس مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام للوصول إلى أفضل عرض، وتطبيقاً لهذا أكد في أحكام المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي على أن طلب على المنافسة يكون وفق مرحلتين¹:

المرحلة الأولى: تتمثل في الاختيار الأولي على أساس ملف الترشيح. ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، وعنوانه "دفتر ملف الترشيح" الذي يضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كفاءات تقديمها. وذلك وفقاً للمعايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم و المتعلقة على الخصوص بمايلي²:

- **القدرات المهنية:** وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام،

- **القدرات التقنية:** وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية،

- **القدرات المالية:** وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

المرحلة الثانية: وتتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط وعنوانه "دفتر العروض"، ويتضمن البنود الإدارية والتقنية والبنود المالية³:

- **البنود الإدارية والتقنية:** تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

- **البنود المالية:** التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه، عند الاقتضاء، مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض.

¹ المادة 12 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 13 ف 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 13 ف 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ثانياً: عدم الجدوى

بعد الإعلان عن طلب المنافسة لإبرام عقد التفويض، فإنه من الممكن أن لا تستلم السلطة المفوضة أي عرض أو تستلم عرض واحد فقط أو تستلم عروض غير مطابقة لدفتر الشروط.

في هذه الحالة ألزم النص السلطة المفوضة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة، وإعادة إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية قبل اللجوء إلى إبرام العقد وفقاً لإجراء التراضي¹.

ووفقاً للتنظيم فإن الإعلان عن عدم الجدوى واللجوء إلى التراضي يكون في مرحلتين²:

المرحلة الأولى والتي يتم إعلان عدم الجدوى فيها إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى:

- عدم استلام أي عرض،

- استلام عرض واحد،

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

المرحلة الثانية والتي يتم فيها إعلان عدم الجدوى واللجوء إلى إجراء التراضي، إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

عدم استلام أي عرض،

عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

أما إذا استلمت السلطة المفوضة عرض واحد في الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتبين أنه مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.

ثالثاً: التراضي

يعتبر إبرام عقد التفويض وفقاً لإجراءات التراضي استثناء للقاعدة العامة المتمثلة في الطلب على المنافسة، وهو إجراء يهدف إلى منح التفويض لمعامل واحد دون اللجوء إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي

¹ المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

التراضي شكل التراضي بعد الاستشارة أو شكل التراضي البسيط.

1- التراضي بعد الاستشارة

عرف التنظيم التراضي بعد الاستشارة من خلال المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بأنه " إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل".

ويتم انتقاء المفوض له في إجراء التراضي بعد الاستشارة من خلال المترشحين كمايلي¹:

- من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في طلب على المنافسة، قبل الإعلان عن الجدوى للمرة الثانية.

- من ضمن القائمة التي تعدها السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني، ويكون هذا الإجراء في المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، والتي يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

2- التراضي البسيط

عرفه التنظيم من خلال أحكام المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، بأنه " إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية".

ويتم اللجوء إلى التراضي البسيط في حالة محددة ومحصورة ، في حالة الخدمات التي لا تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية وإما في الحالات الاستعجالية².

وتعتبر الحالات الاستعجالية في تفويض المرفق العام كالتالي³:

¹ المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

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

الفرع الثاني: مرحلة تأهيل المترشحين المقبولين للتفاوض

إن مرحلة تأهيل المترشحين المقبولين للتفاوض مهمة وأساسية في إبرام عقد التفويض، كونها مرحلة تجسد كل المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، والتي تنص على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". ويمكن تقسيم هذه المرحلة إلى إجراء نشر الإعلان (أولاً)، وإجراءات اعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم (ثانياً)، ومرحلة إيداع العروض (ثالثاً).

أولاً: إعلان الطلب على المنافسة

يشكل الإعلان المسبق قيداً على مبدأ حرية الشخص العام في اختيار المفوض له، وعدم التقيد به وبشروطه من شأنه أن يؤدي إلى عدم مشروعية القرار المتخذ من قبل السلطة المفوضة.

فالنص الجزائري، وضع أهمية لإجراء الإعلان وحدد شروطه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199. وتجدر الإشارة هنا بأن النص الفرنسي أولى هذا الإجراء أيضاً اهتماماً كبيراً كما تم الإشارة سابقاً. إذ وضع معياراً مالياً ومعياراً موضوعياً في تحديد نوعية الاجراءات التي تطبق في نشر الإعلان .

والنص الجزائري من خلال المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ألزم السلطة المفوضة نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، وذلك في جريدتين يوميتين على الأقل، واحدة باللغة العربية و واحدة باللغة الفرنسية.

¹ أنظر المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص " تخضع اتفاقية تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم...".

وألزم السلطة المفوضة أن تُضمّن إعلان الطلب على المنافسة البيانات التالية¹:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد،
 - صيغة الطلب على المنافسة،
 - موضوع وشكل تفويض المرفق العام،
 - المدة القصوى للتفويض،
 - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
 - قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح،
 - آخر أجل لتقديم ملف الترشيح،
 - مكان إيداع ملف الترشيح،
 - مكان سحب دفتر الشروط،
 - دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة،
 - كفاءات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب فيه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)،
 - الإشارة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة.
- وتجدر الإشارة إلى أن التنظيم أجاز لبعض المرافق العمومية، التخلي عن الإعلان في الجرائد اليومية، نظراً لحجمها ونطاق نشاطها، شرط أن تلتزم بالإعلان بكل الوسائل الأخرى². ولكنه لم يحدد حجم ومجال هذه المرافق كما أنه لم يحدد هذه المرافق، ما يجعل الأمر صعب التطبيق. خاصة وأن شروط الإعلان ضرورية، تصل أهميتها إلى إلغاء عقد التفويض.

ثانياً: إعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم

بعد الإعلان عن المنافسة يشرع في إعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم، هذا ضمن مجموعة من الخطوات حددها التنظيم الجزائري، وتجدر الإشارة هنا إلى أنها متطابقة نوعاً ما مع ما هو معمول به في النظام القانوني الفرنسي لكن مع بعض الاختلاف.

¹ المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

1- استلام طلبات المترشحين

إن التنظيم الجزائري على عكس الفرنسي لم يحدد مدة محددة لاستلام طلبات المترشحين، بل ترك الأمر للسلطة المفوضة في تقديرها، لكنه ألزمها أن تكون المدة معقولة تمكن المترشحين من تحضير عروضهم، وأيضاً أن تفسح هذه المدة لعدد معتبر من المتنافسين¹.

بالإضافة أن التنظيم أجاز تمديد مدة استلام طلبات المترشحين لمرة واحدة، وذلك سواء بطلب من السلطة المفوضة أو بطلب من أحد المترشحين، شرط أن يتم الإعلان عن التمديد بنفس إجراءات الإعلان عن التفويض².

كما أكد التنظيم على أن طلب المترشحين يجب أن يتضمن الوثائق التالية³:

- تصريح بالنزاهة،
- القانون الأساسي للشركة،
- مستخرج من السجل التجاري،
- رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر،
- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين.

2- فتح الطلبات من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض ودراستها

تقوم "لجنة اختيار وانتقاء العروض"⁴ باستلام طلبات المترشحين وتقوم بفتحها ودراستها لتعد قائمة

¹ المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 28 ف 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

⁴ المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. "تشئ السلطة المفوضة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة اختيار وانتقاء العروض تقوم طبقاً لأحكام المادة 77 أدناه، باقتراح مترشح تم انتقاؤه لتسيير المرفق العام.

تتكون هذه اللجنة من ستة (6) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة. ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة..."

المرشحين المقبولين وذلك من أجل سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم، وذلك وفق ما يلي¹:

- تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في المرحلة الأولى بفتح الأظرفة في جلسة علنية وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المرشحين في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة، وذلك في اليوم والساعة المحددة في إعلان الطلب على المنافسة.

- تقوم اللجنة في المرحلة الثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات المرشحين، وذلك ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة. وتقوم اللجنة في هذه المرحلة بتحديد قائمة المرشحين المقبولين لإيداع عروضهم، وتكون القائمة المعدة من طرف اللجنة مرتبة تفضيلاً حسب النقاط المتحصل عليها. وترسلها للسلطة المفوضة التي بدورها تقوم باستدعاء المرشحين المقبولين لإيداع عروضهم بكل الوسائل الملائمة.

ثالثاً: إيداع العروض ودراستها

بعد إرسال لجنة اختيار واقتناء العروض قائمة المرشحين المؤهلين لإيداع عروضهم إلى السلطة المفوضة، تقوم هذه الأخير بدعوتهم بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم².

والملاحظ أن التنظيم لم يحدد مدة إيداع العروض من طرف المرشحين المؤهلين، واكتفى بالمدة التي تحددها السلطة المفوضة استناداً إلى حجم ونطاق نشاط المرفق محل التفويض³.

وتقوم لجنة اختيار واقتناء العروض بفتح العروض ودراستها، والملاحظ أن التنظيم لم يحدد إذا كان فتح العروض يكون في اجتماع منفصل عن اجتماع دراسة العروض. هذا ما يجعل اللجنة، إما أن تجتمع لفتح العروض وتقوم بدراستها في نفس الاجتماع وذلك إذا كانت لا تنوي توفير فرصة لتعديل العروض المقدمة، أما إذا كان التعديل ممكن فيصبح من الضروري عقد اجتماع آخر للجنة من أجل دراسة العروض⁴.

¹ المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

⁴ المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وتقوم اللجنة عند فحص العروض ب¹:

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا،
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط،
- إعداد قائمة العروض المطابقة بدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا،
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة،
- دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم، كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم، عند الاقتضاء

الفرع الثالث: مرحلة التفاوض ومنح التفويض

تشكل مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة، ذلك أن تبيني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة اختيار المفوض إليه².

لذلك فإن فتح المجال للمنافسة بما يؤدي إلى تعدد العروض لا يعني أن الإدارة ستختار عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإنه يعقب عملية الترشح للمتعاقد من جانب هيئة المرفق العام الدخول في المفاوضات مع هذا الأخير للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقا للمصلحة العامة، ومرحلة التفاوض في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عليها أحد الأمرين إما اتمام عملية التعاقد مع المرشح، أو أن تنتهي بعدم اتمام تلك الإجراءات³.

وقد أسند النص الجزائي مهمة التفاوض في منح عقود التفويض إلى لجنة اختيار واقتناء العروض وذلك ضمن شروط محددة (أولا)، وأعطى منح عقد التفويض للسلطة المفوضة (ثانيا).

¹ المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 487

³ Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 23

أولاً: مرحلة التفاوض

بعد إيداع المترشحين المؤهلين لعروضهم تقوم لجنة اختيار واقتناء العروض بدعوة المترشحين، كتابيا كل واحد منهم على حدة، من أجل مفاوضة العروض المقدم من قبلهم، وتقوم اللجنة بتحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبيا تفضيليا. مع اقتراحها للعرض الأفضل بين العروض المدروسة¹. وترسل المحضر للسلطة المفوضة التي تقوم بمنح التفويض.

والملاحظ هنا أن النص الجزائري أخذ بعكس النص الفرنسي، الذي أعطى مهمة التفاوض مع المؤهلين للسلطة المفوضة، هذا يجعل دور لجنة الامتياز في فرنسا ينحصر فقط في مهمة تأهيل أحسن عرض وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط. عكس لجنة اختيار واقتناء العروض التي لها صلاحية التفاوض.

وتقوم لجنة اختيار واقتناء العروض بالتفاوض وفقا للحدود والمعايير الواردة في دفتر الشروط لاسيما ما يأتي²:

- مدة تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء،
- التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض،
- يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط،
- لا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي حال من الأحوال، إلى موضوع التفويض.

ثانياً: منح التفويض

بعد تحديد أفضل العروض من قبل لجنة اختيار واقتناء العروض، يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض³، ويمكن لهذا الأخير بالاستناد إلى الصالح العام أن يقوم بإلغاء الإجراء أو

¹ المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

المنح المؤقت للتفويض، ولا يمكن للمتعاملين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم¹.

ويتم نشر الإعلان عن المنح المؤقت للتفويض وفقاً لنفس إجراء إعلان الطلب على المنافسة المحدد في أحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي.

كما يمكن للسلطة المفوضة، إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، أن تقوم بإلغاء المنح المؤقت للتفويض، وأن تلجأ إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار واقتناء العروض².

ويمكن لكل مترشح شارك في الطلب على المنافسة سواء في المرحلة الأولى أو الثانية، أن يقدم طعن في قرار المنح المؤقت للتفويض، لدى لجنة تفويضات المرفق العام³، في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوماً، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وتقوم اللجنة بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوماً من تاريخ استلامها للطعن، وتبلغ السلطة المفوضة قرارها إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن⁴. وعند انتهاء آجال المحدد للطعون، تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم المترشح المقبول، وتسلم نسخة من الاتفاقية له⁵.

ما يمكن قوله، أنه رغم تكريس التنظيم لإجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام وفق نظام قانوني خاص وتميز عن الصفقات العمومية، إلا أنه حصرها في المرافق المتعلقة بالجماعات الإقليمية والمؤسسات التابعة لها فقط، إذ على التنظيم توسيع نطاق تطبيق عقود تفويض المرفق العام، وذلك بتنظيم المزيد من المراسيم التنفيذية لتفعيل إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، والتأكيد على بعض الخصوصيات كون ما أتى به غير متكامل ولم يرتق بعد إلى مصف النظم القانونية المتكاملة، بالأخص إذا

¹ المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية".

² المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام " تنشئ السلطة المفوضة، في إطار الرقابة الخارجية، لجنة تفويضات المرفق العام.

يحدد النظام الداخلي للجنة تفويضات المرفق العام وتشكيلتها، بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة".

⁴ المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

⁵ المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

تم مقارنته مع المنظومة القانونية الفرنسية.

الفصل الثاني

أليات تنفيذ عقود التفويض و طرق انتهائها

إن تقنية تفويض المرفق العام تُعبر عن مصالح مزدوجة، فنجاح هذه التقنية بالنسبة للسلطة المفوضة يتمثل أساساً بتحقيق أفضل للمصلحة العامة، التي قد يضاف إليها تبعاً تحقيق عائدات مالية بشكل ربح. أما بالنسبة للمفوض إليه فإن نجاحها هو في تحقيق أكبر قدر من الأرباح.

هذا الجمع بين تحقيق الربح والمصلحة العامة، لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود توازن وتحديد واضح في موجبات وحقوق كل من أطراف التفويض (المبحث الأول).

وأيضاً يتأكد احترامه من خلال السلطات المخولة للسلطة المفوضة على المفوض له (المبحث الثاني).

كما أن تنفيذ عقد التفويض ينتهي بصورة طبيعية عند انتهاء مدته المحددة مسبقاً، ولكن يمكن للسلطة المانحة أن تنهي هذا العقد وفق طرق غير عادية والتي تعرف بالنهاية المبسترة لعقد التفويض (المبحث الثالث).

المبحث الأول

حقوق والتزامات المفوض له

بمجرد إبرام عقد تفويض المرفق العام تنتج عنه حقوق والتزامات للمفوض له باعتباره طرف في العقد، فمنها ما هو منصوص عليه في العقد، ومنها ما يقرره له القضاء دون أن تتضمنه بنود العقد. وعليه فإنه يتحمل حقوق يلتزم بها (المطلب الأول)، والتزامات يتحملها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقوق المفوض له

إن حقوق صاحب التفويض هي نتيجة طبيعية لرابطة قانونية تتجسد في عقد التفويض، فترتبط به

حقوق بصفته مستثمر يأمل في تحقيق الأرباح من استثمار المرفق العام¹، وهذه الحقوق وإن كانت لصاحب التفويض فإنها تصب في قالب المصلحة العامة والقيام بجميع الفروض الممكن أن تؤدي إلى تحقيقها بصفة فعالة.

وكما يقول الأستاذ فيدال بعض الحقوق ترتبط بالمنفعة العامة ومنفعة صاحب التفويض وكذا تكون أموال الإدارة تحت تصرفه، إنشاء اتفاقيات لتحقيق المصلحة العامة، الحماية من خلال حمايته من المنافسة الحصرية².

لمسير المرفق العام المتعاقد مع الإدارة حقوقا مقابل الالتزامات التي يتحملها ومقتضيات المصلحة العامة وهي حقه في المقابل المالي (الفرع الأول) وحقه في ضمان التوازن المالي للعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحق في تقاضي مقابل المالي

يمثل الحق في تقاضي المقابل المالي الباعث والدافع الحقيقي من إبرام عقد التفويض، ويحصل الملتزم على هذا المقابل في صورة أتاوى أو تعريفات يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق المفوض، وتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بهذا المقابل -كقاعدة عامة- بأنها من قبيل شروط اللائحة، بحيث تستطيع الإدارة تعديل المقابل المالي المستحق للملتزم بإرادتها المنفردة³.

والملاحظ من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 أن هناك اختلاف في تسمية المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض⁴.

فالمشرع الجزائري أطلق عليه اسم أتاوى كما هو مبين في عقود الامتياز والايجار و بالتعريفات كما هو مبين في عقد التسيير والوكالة المحفزة، وما يمكن قوله أن التعريفات تختلف عن الأتاوى، من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤداة.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 210 من المرسوم الرئاسي، التي حددت عقود تفويض المرفق العام نلتمس فيها أن المشرع يعتبر التعريفات هي الثمن المدفوع من المستخدمين لحساب السلطة المفوضة

¹ جورج فيدال وبيار دلفوفيه (ترجمة منصور القاضي)، مرجع سابق، ص 579

² المرجع نفسه، ص 577

³ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 223

⁴ المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15

وليس لحساب صاحب التفويض، أما إذا كان الثمن المدفوع من المستخدمين لحساب صاحب التفويض فهنا تعتبر أتاوى . كما هو معمول به في عقد الامتياز والايجار.

ما يمكن استنتاجه هو أنه في التعريفات دائما ما يكون المقابل المالي عبارة عن ثمن يضاف إلى التعريفات لتغطية تكاليف التسيير للمفوض إليه مع ضمان قدر من الربح، عكس الأتاوى التي تغطي تكاليف التسيير مباشرة ودون تدخل السلطة المفوضة، بمعنى أن التعريفات لا تساوي قيمة تكلفة تسيير المرفق العام ما يقتضي تدخل السلطة المفوضة للموازنة، عكس الأتاوى التي تعبر عن الثمن الحقيقي لقيمة الخدمة المؤداة من صاحب التفويض.

وسواء كانت أتاوى أو تعريفات " فهي تعتبر اقتطاعات تؤدي من المنتفعين بغية تغطية أعباء مرفق عام معين، أو نفقات لتشبيد وصيانة منشأ عام، وذلك كمقابل للخدمات المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام للمنشأ"¹.

ويعتبر المقابل المالي وفقا لهذا التعريف الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي مرتبط بشروط²:

- أن يكون مقابل لخدمة مؤداة: يجب أن يكون المقابل المالي على صلة بأمرين: الأول أن لا يفرض إلا مقابل لخدمات أديت فعلا للمنتفع بصورة مباشرة وأكيدة، و الأمر الثاني أن يكون متساويا ومشملا على تغطية لنفقات الخدمة موضوع الانتفاع فقط.

- أن يكون متعادلا ومتكافئا: ويعني أن يكون المقابل المالي المقتطع من المنتفعين متناسبا مع قيمة الخدمة المؤداة، وذلك عكس الرسم الذي لا يتناسب في قيمته مع الخدمة المقدمة، بمعنى آخر يجب أن تكون هناك صلة وثيقة بين معدل الأتاوى من جهة والخدمة المؤداة أو المستهلكة من جهة أخرى. وهذا ما أكد عليه الاجتهاد القضائي في رأيه " إن رسوم المرافق الصناعية والتجارية والتي تشكل الأساس في تحديد الأتاوى المطلوبة من المنتفعين بغية تغطية أعباء المرفق، تجد المقابل لها في الخدمة المؤداة

¹ CE 21 novembre 1958. Syndicat national des transports aériens – AJDA 58. Not trotabas . P 471. " Un prélèvement demandé à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouve sa contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage".

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 180

للمنتفعين"¹.

- أن يستهدف تحقيق مصلحة خاصة: فالتعريف أو الأتاوى التي يحصلها المفوض إليه من المنتفعين يجب أن تكون مقابلا لخدمات يستفيد منها المنتفع بصورة خاصة، ومن ثم إذا كانت المبالغ التي يدفعها المنتفع لخدمات لا ينحصر الانتفاع بها بالشخص المكلف بدفعها، إنما بمجموع الجمهور، أي إذا استهدف تأمين مصلحة عامة أكثر من المصالح الخاصة للأشخاص المكلفين بدفعها، ففي هذه الحالة لا ينطبق وصف التعريف أو الأتاوى على المبالغ التي يتحصل عليها المفوض إليه من المنتفعين وهذا الشرط أكده القضاء الفرنسي إذ جاء فيه " إن التعريف لا يمكن قانونا اقتطاعها إلا بتوفر شرطين، من جهة أن لا تكون العمليات التي تستهدف تمويلها محققة أصلا ضمن المصلحة العامة للمنتفعين من النقل الجوي، ومن جهة أخرى أن تجد التعريف المقابل لها في الخدمة المؤداة مباشرة"².

ولكن التباين يقع في تحديد نوع الأحكام المتعلقة بالتعريفات والأتاوى التي ينص عليها دفتر الشروط. هل هي أحكام تنظيمية يعود تقديرها للسلطة المفوضة أم أنها تعاقدية يتم تقديرها بالاتفاق مع المفوض له؟

في الحقيقة إن تحديد الأتاوى والتعريفات له طبيعة مختلطة، فهي من جهة تدخل في صميم قانون المرافق العامة (مبادئ الاستمرارية والمساواة، قابلية المرفق للتطور والتعديل) الأمر الذي يجعل منها أداة تنظيمية للمرافق العامة، ترعى علاقة المنتفعين بالمرفق العام وتجعلهم في مركز مواجهة مع الشخص المكلف بإدارته واستثماره، وبالتالي فإن أي تعديل لها يستهدف مباشرة المنتفعون.

ومن جهة أخرى يكمن في أن الأتاوى والتعريفات هي اتفاق رضائي يتم بصورة متبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له بحيث أن أي تعديل لها يجب أن يكون بإرادة الطرفين.

وبالعودة إلى المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع أكد على اشتراك المفوض له في تحديد التعريفات مع السلطة المفوضة أثناء إبرام عقد الوكالة المحفزة فقط³، دون العقود الأخرى. ما يجعل تحديدها مقتصر على السلطة المفوضة فقط دون امكانية مشاركة المفوض له في تقديرها.

¹ CE 21 octobre 1988. Syndicat national des transporteurs aériens. Note Gaudemet RDP 89. P 1464.

² CE 10 février 1995. AJDA. 1995. Not Broussole. P 403.

³ المادة 3/210 من المرسوم الرئاسي 247/15

كما قد يحدد المشرع صراحة سعر الخدمة مثل ما هو عليه الحال في النقل الجوي أو البحري، الكهرباء... الخ، فحينئذ لا تستطيع الإدارة ولا صاحب التفويض أن يخرج عن النصوص القانونية.

الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي

تقوم فكرة عقود تفويض المرفق العام على قاعدة المخاطر المرتبطة بالاستثمار في المرفق العام بحيث يتحمل المفوض إليه التبعات المترتبة على عملية إقامة المرفق واستغلاله، إلا أن تطبيق هذه القاعدة لا يعني التخلي المطلق من الإدارة عن المشاركة في تحمل جانب من المخاطر التي قد تطرأ على عملية استغلال المرفق من المفوض إليه، ولذلك فإن الفقه والقضاء قد استقر على التزام الإدارة بالمحافظة على التوازن المالي لعقد التفويض¹.

وللتوازن المالي مفهوم واسع يتعدى مفهوم تغطية أعباء التسيير، بل يمتد ليشمل الأرباح بمعنى تحقيق المستثمر لأهدافه من الاستثمار وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي².

وهو أيضا ما عبر عنه الأستاذ Jeze في تعليقه على القرار الصادر في قضية Ville de Aoulon " تحتسب العائدات بطريقة تؤدي إلى تغطية نفقات الاستغلال، فالتوازن المالي للامتياز يؤمن لصاحب الامتياز تغطية نفقاته وتحقيق عائدات معقولة وأرباح طبيعية فكل امتياز لمرفق عام يضمن توازن مالي"³.

ويعتبر تطبيق مبدأ التوازن المالي في عقود تفويض المرفق العام واسعا وشاملا. ولا يقتصر على الظروف الاستثنائية فقط، بل يتم تطبيقه في الظروف العادية، طالما أن الغاية منه تأمين السير الحسن للمرفق العام.

أولا: تطبيقات مبدأ التوازن المالي في الظروف العادية

إن احترام مبدأ التوازن المالي لا يتعلق بظرف معين أو خاص، فهو قابل للتطبيق حتى في الظروف العادية، طالما أن الغاية منه هي تأمين استمرارية وديمومة المرفق العام.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 162

² CE 30 Juin 1999, SMITOM, op.cit, AJDA 1999, p 714

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 330

ويظهر التوازن المالي في الظروف العادية بالمساعدات والتقديمات المالية المقدمة من السلطة المانحة للمستثمر ومثال على ذلك: التضامن المالي للاستثمارات في الدول النامية، فالأخيرة ونظراً لعدم استقرار ظروفها السياسية والاقتصادية والمالية والأمنية. تقتقر إلى توفير الحد الأدنى من الضمانات اللازمة للاستثمار¹.

ويقول Christian Bettinger أن مبدأ التوازن المالي في الظروف العادية يظهر في تعبير البنك الدولي عن هذه الحالة التي أولاها قدراً من الاهتمام عندما فرض على الحكومات في الدول النامية العمل على توفير بيئة استثمارية تتأمن فيها الضمانات²، وتتجسد هذه الضمانات المالية أساساً في:

- تقديم قروض بدون فوائد أو فائدة بسيطة؛

- تقديم تسبيقات مالية للمستثمر؛

- أحكام تتعلق بمواجهة التضخم والتقلبات المالية.

وهذه الامتيازات المالية هدفها التوازن المالي للعقد وتمكين المستثمر من تحقيق أهدافه، وهدف المرفق العام، وهي لا تؤثر على طبيعة العقد ولا تؤثر على مفهومه، خاصة وأن المقابل المالي للخدمة يدفع من طرف المنتفعون، لكن هذه الإعانات والامتيازات المالية إنما هدفها الاستثمارية والديمومة للمرفق العام، وتشجيع الاستثمار في حقل المرفق العام.

وقد يتحقق من خلال إقرار صيغ محددة لإعادة النظر بالتوازن للعقد الاقتصادي خلال فترة محددة أو في حالة تحقق حالات معينة، وهذه الصيغة قد يتم إقرارها بواسطة العقد نفسه أو من خلال نصوص قانونية.

ففي فرنسا أشارت مدونة العقود الإدارية الفرنسية بمراجعة الثمن أو المرسوم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية. إذ جاء بهذا الصدد " بأنه يدخل في اختصاص شعبة الثمن المنبثقة عن اللجنة المركزية للعقود، اقتراح الصيغ النمطية الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد، في ضوء الشروط الواردة بالعقد، في هذا الصدد وانطلاقاً من المفهوم التعاقدية تقرر في المادة 87 و80 من المدونة ضرورة النص في العقد على شروط مراجعة الثمن. وفي حالة احتواء العقد على نص خاص بمراجعة الثمن

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 333

² Christian Bettinger, op.cit, p 99

المستحق للمتعاقد، فإن العقد ينبغي أن يشتمل على الأوضاع المحددة لمراجعة الثمن)¹.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، في رأي له سنة 1995. على أن الضمانات المالية الممنوحة لصاحب الامتياز بغية مساعدته على تمويل المنشآت اللازمة للمرفق العام، وتخفيف نسبة المخاطر عليه تبقى دون تأثير على وصف العقد طالما أن هذه الضمانات ليس من شأنها أن تجعل العائدات المحصلة من المنتفعين وهمية².

هذا بالنسبة للحالات العادية التي تمنح الدولة فيها بعض الامتيازات المالية لكن ليس دائماً، فقد لا يقر هذه الامتيازات دفتر الشروط لكن في الحالات غير العادية يختلف الوضع والمعالجة القانونية.

ثانياً: تطبيقات مبدأ التوازن المالي في الظروف الغير عادية

إن طبيعة عقود تفويض المرفق العام تقتضي توفير مبالغ مالية ضخمة من طرف المستثمر لتسيير المرفق العام، وتنفيذها يمتد على سنوات عديدة، ويمكن أن تطرأ على العقد وقائع خارجية تؤثر على التوازن المالي للعقد على نحو مغاير لما تم الاتفاق عليه أثناء إبرامه، وحينئذ تُحتم اعتبارات العدالة و مصلحة المرفق العام تدخل الإدارة لمعاونة المتعاقد معها لمواجهة تلك الظروف بما يؤدي إلى إعادة التوازن المالي للعقد لحالته الأولى التي كان عليها وقت إبرام العقد³.

وتحقيقاً لهذه الاعتبارات أقر مجلس الدولة الفرنسي حلوياً لمواجهة هذه الظروف الغير عادية التي ترافق تنفيذ العقد، وقد اختلف الأساس القانوني الذي استند عليه مجلس الدولة في اقرار التوازن المالي للعقد باختلاف السبب في ذلك، فإذا نتج الاختلال عن فعل السلطة المانحة فتطبق نظرية فعل الأمير، وإذا نتج الاختلاف عن ظروف غير متوقعة فتطبق نظرية الظروف الطارئة، وفي حالة عجزه المادي تطبق نظرية الصعوبات المادية⁴.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 168

² Avis CE 19 Décembre 1995, droit administratif, édition Juris classeur, 2002, p 08

³ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995، ص 272

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 158

1- نظرية فعل الأمير:

عندما يختل التوازن المالي للعقد بسبب إجراء عام أو خاص صادر عن السلطة المفوضة، كأن تتخذ تدابير قانونية من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وصعوبة، وفي هذه الحالة تتصرف السلطة المفوضة بصفة غير صفتها كمانحة للتفويض وذلك بإصدار قرارات فردية أو تنظيمية تؤثر على التوازن المالي للعقد.

وقد عرف الأستاذ walin فعل الأمير بصفة عامة بأنه " عمل يصدر عن سلطة عامة من دون خطأ من جانبها، يؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي"¹.

ويقول الأستاذ وليد حيدر جابر أن هذه التصرفات غير المتوقعة والمتخذ في ظروف عادية يمكن أن تكون خاصة، ففي هذه الحالة يعرض بالكامل على المستثمر عن الأضرار اللاحقة به، وفقاً لهذه النظرية، أما إذا كانت تصرفاتها عامة فلا تؤدي حتماً إلى ترتيب تعويض².

ويقول الأستاذ محيو أن هناك اتجاه للقاضي في التمييز بين الإجراءات ذات الطابع العام والتي تطبق على جميع المواطنين، وبالتالي لا ينتج عنها تعويض، والإجراءات ذات الطابع الخاص والتي لا تمس إلا عدداً من الأشخاص وتسبب لهم ضرراً قابلاً للتعويض³.

ويشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير توفر مجموعة من الشروط الآتية:

- وجود عقد إداري: يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يوجد بين الإدارة والمتعاقد عقد إداري على وفق المعيار المتفق عليها في الفقه والقضاء، ويعد هذا الشرط طبيعياً لأننا بصدد تطبيق نظرية تتعلق بعقود القانون العام وتتميز بطابع خاص يميزها عن عقود القانون الخاص، ومن ثم لا تطبق نظرية عمل الأمير على عقود الإدارة المدنية⁴.

¹ Marcel Waline, Traite de droit Administratif, Paris, 1963 .P 642

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 335

³ أحمد محيو، (ترجمة محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسة الإدارية، مرجع سابق، ص 225

⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 576

- أن يكون الفعل الضار صادراً عن السلطة المفوضة: تتجه أغلب اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي إلى تطبيق هذا الشرط بجعل نظرية عمل الأمير مقتصرًا على الأعمال التي تصدر من جهة الإدارة وحدها، في حين تطبق نظرية الظروف الطارئة على ما عداها من الأعمال¹.

- أن يكون الضرر خاصا بالمتعاقد: وهذا الشرط يلزم أن يكون فعل الأمير خاصا بالمتعاقد والذي لا يشترط أن يبلغ درجة معينة من الجسامة، المهم أن يكون ضررا فعليا وقع على المتعاقد.

- أن لا يشكل عمل الأمير خطأ من جانب الإدارة المانحة: يجب أن يدخل العمل الذي قامت به السلطة المانحة في نطاق السلطات التي تتمتع بها في عقودها الإدارية، ومسؤوليتها بالتعويض إنما تقوم في هذه الحالة على أساس أنها مسؤولية عقدية من دون خطأ.

- أن يكون الضرر الصادر من السلطة المانحة غير متوقعا².

2- نظرية الظروف الطارئة:

يمكن أن يواجه المفوض له ظروف غير مرتقبة بسبب تقلبات اقتصادية، تحدث اضطراباً في اقتصاديات التفويض، دون أن يكون مسؤولاً عنها ودون أن يستحيل عليه بنتيجتها تنفيذ موجباته، الأمر الذي يوجب على السلطة المفوضة، التدخل والتعويض عليه بصورة جزئية، بقصد المحافظة على التوازن المالي وتأمين سير المرفق العام³.

وإذا كان فعل الأمير ينتج عن إرادة السلطة المفوضة، تعتبر الظروف الطارئة مستقلة عن أطراف العقد، بحيث قد يحصل أن تحدث، خلال تنفيذ العقد ظروف اقتصادية غير متوقعة تفرض على المتعاقد مع الإدارة أعباء باهظة مثال ذلك الارتفاع الشديد للأسعار أو تخفيض العملة⁴.

وقد ابتدع هذه النظرية مجلس الدولة الفرنسي بحكمه في قضية "غاز بوردو" إذ يعد هذا القرار هو الأساس في تحديد معالم نظرية الظروف الطارئة، وأعقب مجلس الدولة هذا القرار بقرارات عديدة طبق فيها هذه النظرية ثم طورها ووسع من نطاق تطبيقها، فامتد إلى العقود الإدارية جميعها ولم يقتصرها

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 173

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 576

³ وليد حيدر جابر، المرجع السابق، 336

⁴ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 298

المجلس على الظروف الاقتصادية التي تطرأ على تنفيذ العقد وتكون أجنبية تماماً عن الإدارة والمتعاقد معها، بل طبقها على الظروف الطارئة كافة التي تؤدي إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد سواء كانت هذه الظروف اقتصادية أم طبيعية أم سياسية، مما وسع من نطاق تطبيق النظرية¹.

إن استقراء قرارات مجلس الدولة الفرنسي يظهر أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر الشروط التالية:

- حدوث ظرف طارئ غير متوقع: ويقصد به الحادث الغير متوقع الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد فيؤدي إلى اختلال واضطراب في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان بما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به أضرار لا يستطيع وحده دفعها.

- أن يكون من شأن الظرف الطارئ الإخلال بالتوازن المالي للعقد: ويقصد به أن يكون الظرف الطارئ من شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد، فلا يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض لمجرد الانخفاض البسيط في الفائدة المالية التي تعود عليه، وإنما يشترط أن يتجاوز الضرر الموجب للتعويض الحدود المعقولة للمخاطر العادية على نحو يخلل معه التوازن المالي للعقد اختلالاً جسيماً.

3- نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة:

تتلخص نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة في أنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، فجعلت تنفيذ العقد مرهقاً، كان من حقه المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات².

تجد نظرية الصعوبات المادية تطبيقها في مجال عقود الأشغال العامة، وهو الأمر الذي دعا جانب من الفقه الفرنسي يقول بأنه لا يوجد تطبيق لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أن جانب آخر من الفقه يحتفظ على هذا الرأي وينوه إلى أنه لا توجد أسباب مقنعة تحول دون إعمال النظرية في نطاق العقود الإدارية الأخرى، مدام قد توافر شروط تطبيقها³.

تتطلب قيام نظرية الصعوبات المالية الغير متوقعة مجموعة من الشروط:

¹ أبوبكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 176

² ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، 2008، ص 182

³ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 180

- أن تكون الصعوبات من طبيعة مادية: بحيث تطرأ ظواهر طبيعية على تنفيذ العقد مثل طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأعمال، كأن تنكشف الأرض عن طبيعة صخرية في حين يفترض التنفيذ الطبيعي للعقد في أرض سهلة؛

- أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة الطرفين؛

- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد؛

- أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحيث لا تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد؛

- أن تؤدي الصعوبات المادية إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً مالياً على المتعاقد.

المطلب الثاني: التزامات المفوض إليه

تتحدد الالتزامات الأساسية للمفوض إليه في القيام باستغلال المرفق العام محل التفويض بنفسه ويقتضي تحقيق هذا الالتزام من المفوض له، أن يتحمل مسؤولية الاستغلال للمرفق من جهة، وأن يقوم بتنفيذ التزامه باستغلال المرفق بصورة شخصية¹.

وتجد قاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري تطبيقاتها الأوضح في عقود التفويض لصلتها الشديدة بالمرفق العام، لذا فإن تنفيذ عقود تفويض المرفق العام ولا سيما عقد امتياز المرفق العام يتم وجوباً بواسطة المفوض إليه شخصياً، ويجب عليه أن يبذل الجهد اللازم بالتعاون الشخصي مع الإدارة في التنفيذ بنفسه، وتعد التزامات المتعاقد مع الإدارة وما يتفرع عنها من التزامات شخصية يسأل عنها وليس من سبيل للتحلل من هذه المسؤولية حتى في حالة وقوع الفعل من أحد تابعيه ودون علمه أو بغير رضائه، بما مؤداه أن مخالفة المتعاقد التزامه بالتنفيذ بنفسه يشكل خطأ عقدياً يجيز للإدارة توقيع الجزاء العقدي المناسب عنه².

ويترتب على قاعدة الاعتبار الشخصي والتي مناطها أن ينفذ المفوض إليه العقد بنفسه، مجموعة من الآثار تتمثل في إمكانية التنازل عن العقد للغير بصورة كلية، أو التنازل الجزئي عن العقد والذي

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 173

² إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 190-191

يعرف بالتعاقد من الباطن¹.

إن دراسة التزام المفوض إليه المتمثل في استغلال المرفق العام، تتطلب البحث عن الجهة التي يتم الاستغلال لحسابها والطرف الذي يتحمل نفقات إقامة المرفق العام (الفرع الأول)، وعن مدى التزامه باستغلال المرفق بنفسه وبصفة شخصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجهة التي يجري الاستغلال لحسابها

تتشترك عقود التفويض بأن موضوعها هو استغلال المرفق العام، وتختلف في الجهة التي يجري الاستغلال لحسابها، ففي عقود الامتياز وعقود الايجار يتولى المفوض إليه إدارة المرفق العام لحسابه، اما في عقود الوكالة المحفزة والتسيير يتولى المفوض إليه الاستغلال لحساب السلطة المفوضة، ويترتب على هذا الاختلاف في الجهة التي يجري الاستغلال لحسابها والاختلاف في الجهة التي تتحمل نتائج الاستغلال والجهة التي تعود إليها التعريفات أو الأتاوى.

أولاً: في عقود الامتياز وعقود الايجار

يتولى صاحب التفويض تحصيل الأتاوى من المستفيدين من خدمات المرفق لمصلحته²، أي أنه يحصل هذه الأتاوى ويدخلها في ذمته المالية المستقلة عن السلطة المفوضة³. فالمفوض له في هذه العقود لا يتقاضى أجراً من الجهة مانحة التفويض مقابل تشغيل المرفق وتقديم الخدمة للمنتفعين، وإنما يؤمن تكاليف الاستغلال للمرفق والأرباح المراد تحقيقها من المقابل المالي المتحصل عليه مباشرة من المنتفعين من خدمات المرفق العام، ومن ثم هو من سيتحمل بصورة أساسية نتائج الاستغلال، ويجب أن تكفي الإيرادات لتغطية النفقات التي بذلها وتحقيق الأرباح التي ابتغاه، وفي حالة ما إذا كانت هذه الإيرادات عاجزة عن تغطية نفقات التشغيل، فالمفوض إليه هو من سيتحمل هذا العجز من دون الجهة العامة مانحة التفويض⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الامتياز يتضمن التزام تشغيل المرفق العام على حساب ونفقة المفوض

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 173

² المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 500

⁴ محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 166

إليه، ويمكن أن يتضمن العقد إقامة المرفق العام، وفي الحالة الأخيرة نكون بصدد عقد امتياز وأشغال عامة في الوقت عينه.

وفي ظل عقد الايجار يتحمل الشخص العام نفقات إقامة المرفق العام موضوع العقد، ويقتصر دور صاحب التفويض على إدارة وتشغيل المرفق العام. وبالتالي فإنه يتحمل نفقات وأعباء تشغيل المرفق وتأمين الصيانة الضرورية لمنشأته. ويفرض على صاحب التفويض دفع بدلات مقابل استعماله للمنشآت المكونة للمرفق الذي يملكه الشخص العام، لأن صاحب التفويض لم يتكبد أي نفقات تتعلق بإقامته.

ثانياً: في عقود الوكالة المحفزة والتسيير

في هذه العقود يتولى صاحب التفويض تحصيل التعريفات من المستفيدين لمصلحة السلطة المفوضة¹، أي أن التعريفات المحصلة لا تدخل في الذمة المالية للمفوض إليه، وإنما يجري تحصيلها من طرفه ويحولها إلى السلطة المفوضة التي تدخلها في ذمتها المالية².

وتجدر الإشارة إلى أن طبيعة هذه العقود تقتضي حصول المتعاقد على نوعين من العوائد المالية، يتمثل الأول بشكل أجر محدد تدفعه السلطة المفوضة أما الآخر فيدفع للمفوض إليه على ضوء نتائج استغلال المرفق محل التفويض³.

الفرع الثاني: التزام المفوض إليه باستغلال المرفق العام بصورة شخصية

يقوم عقد تفويض المرفق العام كما سبق وأشرنا على مبدأ الاعتبار الشخصي، ما يجعل تنفيذ العقد يرتبط بشخص المتعاقد، ولكن تطبيق هذا المبدأ يجب أن لا يتناقض مع مصلحة المتعاقد الذي ولا اعتبارات خاصة قد يضطر إلى التنازل عن مهمة استغلال المرفق العام إلى شخص ثالث.

وقد استقر الفقه والاجتهاد القضائي على قاعدة جواز التنازل في عقود تفويض المرفق العام متى توافرت فيها شروط معينة. وفي ذلك توفيق بين ثقة الجماعة العامة الممنوحة الى المتعاقد من جهة وبين

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 500

³ أوبكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 176

مصلحة الأخير في التنازل من جهة أخرى¹.

ويقصد بالتنازل عن العقد، التصرف القانوني الذي يبرمه الملتزم مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد، ويعد التنازل بهذه الصورة إهداراً واضحاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في العقد، لذا يشترط الحصول على موافقة جهة الإدارة مسبقاً على هذا التصرف حتى ينتج أثره في مواجهتها².

ويوجد نوعان من التنازل: الأول هو التنازل الكلي عن العقد Cession، والثاني هو التنازل الجزئي عن العقد Trait-Sous. وتوجد قواعد عامة تحكم التنازل الكلي والجزئي للعقود الإدارية رغم اختلاف مفهوم كل منهما³.

وقد فرض النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام قيوداً وضوابطاً لم تكن موجودة في ظل نظام الامتياز.

أولاً: التنازل الجزئي (المناولة)

التعاقد من الباطن أو التفويض الفرعي أو المناولة هو تصرف قانوني يسمح للمتعاقد الأصلي بتكليف شخص ثالث القيام بصورة جزئية بالمهام الموكلة له أساساً⁴.

وينشأ التنازل الجزئي عن العقد بموجب عقد بين كل من المتنازل له وصاحب التفويض، ويتعلق بجزء من العقد وليس العقد برمته، ولا يحل المتنازل له محل صاحب التفويض، ولا ينشأ علاقة تعاقدية بين المتنازل له والشخص العام مانح التفويض، وإنما تبقى العلاقة التعاقدية محصورة بين صاحب التفويض المتنازل من ناحية، والمتنازل له من الناحية الأخرى⁵.

ولا يشكل العقد القائم بين صاحب التفويض المتنازل من ناحية والمتنازل له من ناحية أخرى عقد تفويض مرفق عام، ولا يخضع للنظام القانوني لعقود التفويض، إلا إذا كان صاحب التفويض شخصاً عاماً

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 539

² ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 193

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 504

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 529

⁵ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 505-506

وتضمن العقد الأسس التي يقوم عليها التفويض¹.

إن المشرع الفرنسي ومن خلال أحكام المادة 54 من الأمر رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز، عرف التنازل الجزئي بأنه " يجوز لصاحب الامتياز أن يعهد إلى طرف ثالث جزء من الخدمات أو الأشغال الواردة في عقد الامتياز، بشرط أن يظل مسؤولاً عن أداء جميع الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز"². وأكد من خلال المادة 35 من المرسوم 86-2016 المتعلق بعقود الامتياز، على أن التنازل يجب أن يكون أقل من 10% من القيمة الإجمالية لعقد الامتياز³.

أما التنظيم الجزائري ومن خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، أجاز إمكانية التنازل عن التفويض، إذا فرضت متطلبات التسيير ذلك. ويمكن للمفوض اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة⁴. وعرف المشرع المناولة من خلال المادة 60 من نفس المرسوم بأنها " الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول" تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو إفتاء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40% من اتفاقية تفويض المرفق العام".

كما أن المتنازل له لا يسأل من قبل الشخص العام عن الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد التفويض الأساسي، لأن صاحب التفويض هو المسؤول أمام الشخص العام وليس المتنازل له.

والملاحظ من خلال أحكام تنظيم التنازل الجزئي لعقد التفويض، أن النصين الفرنسي والجزائري يتفقان على أنه يجب:

- أن يكون التنازل جزئياً بموافقة السلطة المفوضة؛

¹ J-françois Auby , le service public, Op cit , p475

² Voir l'Art 54 de l'ordonnance n°2016-65. " **Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession...**".

³ Voir l'Art 35/1 du décret n°2016/86. " **... des tiers ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession...**".

⁴ المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 18-2016 المتعلق بتفويض المرفق العام.

- أن يكون التنازل منصوحاً عليه في اتفاقية تفويض المرفق العام؛
- أن يكون التنازل في نسبة مئوية من القيمة الإجمالية للعقد، رغم أنهم يختلفان في قيمتها المشرع الفرنسي أجاز التنازل عن 10 % أما التنظيم الجزائري أجاز 40.40 %

ثانياً: التنازل الكلي (التفرغ) Cession

يعد التفرغ أو التنازل الكلي من التصرفات القانونية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد أو حتى قبل تنفيذه والتي تبررها مصلحة المتعاقد الأساسية. وقد كرسها الاجتهاد القضائي منذ فترة طويلة كأحدى خصائص العقود التي تهدف إلى تحقيق مرفق عام، لا سيما عقود تقنية تفويض المرفق العام¹.

يمكن تعريف التنازل الكلي عن العقد بأنه العمل الذي يحل صاحب التفويض شخصاً آخر محله في عقد تفويض المرفق العام. وذلك بالنسبة لتنفيذ العقد برمته وليس جزءاً منه².

ويترتب على التنازل الكلي عن العقد أن يحل المتنازل له محل صاحب التفويض في جميع حقوقه والتزاماته، ويتخلص المتنازل من التزاماته التعاقدية، لأن العلاقة التعاقدية تنشأ بين المتنازل له والشخص العام مانح التفويض، بحيث يسأل المتنازل له عن جميع الالتزامات دون صاحب التفويض الأساسي أو المتنازل³.

ولكن هل التنازل الكلي عن العقد هو بحد ذاته عقد جديد يحل محل العقد الأساسي؟

لقد حسم الاجتهاد القضائي الأمر بعد إقراره قاعدة الحفاظ على وجود العقد الأساسي باعتبار أن التنازل الكلي ما هو إلا استمرارية للعقد الأساسي في أحكامه وشروطه كافة، وهو بالتالي لا يولد عقداً جديداً إلا إذا أدى إلى إحداث تعديلات في بنود العقد الأساسية كالمدة أو في القواعد التي تحكمه كمبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، بصورة تجعل تنفيذه مغايراً لما اتفق عليه الفرقاء أساساً، وفي هذه الحالة فقد قضى الاجتهاد بوجوب تطبيق قواعد المنافسة والعلنية نظراً لما ينتجه التنازل من علاقة تعاقدية جديدة⁴.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 539

² Jean-françois Auby , le service public, Op cit , p473

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 504

⁴ CAA de Paris 11 octobre 1998. Commune de Paita- AJDA 2000. P 108

CAA de Douai 17 mai 2000. Commune de Lens. RCDSP 2001. P 52

ورغم أن التنظيم الجزائري لم ينص على التنازل الكلي، إلا أنه بالعودة إلى أحكام المادة 18 التي تجيز للسلطة المفوضة منح عقد التفويض عن طريق التراضي في الحالات الاستعجالية الواردة في المادة 20، نلاحظ أن هناك تنازلاً كلياً عن العقد للشخص آخر يحل محل المفوض له في جميع التزاماته، دون الخوض في إجراءات الطلب على المنافسة.

أما المشرع الفرنسي لم يشر إلى التنازل الكلي عن عقد التفويض، فهو أقر التنازل الجزئي فقط كما سبق الإشارة.

المبحث الثاني

سلطات الجهة المانحة للتفويض

تتمتع السلطة المفوضة في نطاق عقود تفويض المرفق العام بمجموعة من الحقوق والسلطات التي تفرضها طبيعة المرفق موضوع عقد التفويض. وتختلف السلطات التي تتمتع بها السلطة المفوضة عن الحقوق، فالسلطة المفوضة بصفتها مانحة التفويض وكطرف في علاقة قانونية لها حقوق كأبي طرف آخر.

فالسلطة المفوضة تتمتع بحق الملكية على المنشآت والمعدات المستخدمة من المستثمر، والمخصصة لعمل المرفق العام باعتبارها تدخل أصلاً في ملكيتها قبل التفويض. وحق الملكية لا يقتصر على أموال السلطة المفوضة، إنما يمتد ليشمل أموال المستثمر الذي غالباً ما يضطر إلى تشييد منشآت واستخدام معدات تكون لازمة لتحقيق مهمته، وعند نهاية مدة التفويض للسلطة المفوضة على الرغم من تملك المستثمر لهذه الأموال، الحق في أن تملكها إذا ما قدرت أنها ضرورية لسير المرفق العام، مقابل التزامها بدفع قيمتها للمستثمر¹.

وايضاً للسلطة المفوضة حقوق مالية والتي تأخذ عدة أشكال مثالها: المبالغ المالية التي يتم الاتفاق عليها كمقابل للرخصة الممنوحة للمستثمر، في إدارة واستثمار المرفق العام يتم احتسابها إما بصورة مقطوعة أو وفقاً لعناصر ومعايير معينة. أو تكون الحقوق المالية على شكل مبالغ يدفعها المستثمر لقاء اشغاله ملكاً عاماً أو استخدامه لمنشآت عامة.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 226

أما سلطات الإدارة في مجال عقود تفويض المرفق العام فهي تتحدد في ثلاثة نواحي، سلطة الرقابة والتوجيه (المطلب الأول)، سلطة تعديل العقد (المطلب الثاني) وسلطة فرض الجزاءات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: سلطة الرقابة

تعتبر الرقابة هي حجر الأساس في عقود تفويض المرفق العام بالنظر لأهميتها ضمن هذا الإطار سواء كانت رقابة الجهة مانحة التفويض أو الجهة القضائية أو التشريعية.

فالرقابة المعنية هي الرقابة بمفهومها الواسع، أي التي لا تقتصر على رقابة سلطة المفوضة، إنما تشمل أيضا رقابة سلطات أخرى كالسلطتين التشريعية والقضائية¹.

فالرقابة التشريعية تكون خاصة بتأطير النصوص القانونية المنظمة لعقد التفويض ووضع الآليات الكفيلة بذلك، بالإضافة للرقابة القضائية التي تعتبر مستقلة عن الجهة الإدارية وبذلك من شأنها حماية حقوق الأطراف بكل حياد، وأيضا هناك الرقابة التي يمارسها المنتفعون من المرفق العام (الفرع الأول). أما الرقابة الإدارية أو رقابة الجهة مانحة التفويض وهي رقابة فعلية وأكثر فعالية وهي من تحدد نجاح عقد التفويض (الفرع الثاني).

فالرقابة هي نقطة مهمة في عقد التفويض من منطلق أنها تضمن نجاح التفويض وترعاه وترعى المصلحة العامة، فمتى كانت هذه الرقابة فعالة وموضوعية تنعكس بصورة فعالة ووفق الإطار القانوني المرسوم له، فالرقابة تضمن الاستمرارية وتضمن حماية المصلحة العامة ومن هنا نبعث أهمية الرقابة كأحد محددات نجاح التفويض².

ويقول وليد حيدر جابر أن الرقابة تعتبر صمام الأمان في إنجاح سياسات الدولة في تحديث مرافقها العامة³.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 239

² نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 294

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 339

الفرع الأول: الرقابة بمفهومها الواسع

وهي الرقابة الشاملة لكل التصرفات القانونية والتي تتجسد في الرقابة البرلمانية (أولاً)، والرقابة القضائية (ثانياً)، وتصل حتى إلى رقابة المنتفعين (ثالثاً).

أولاً: الرقابة البرلمانية

تبدأ الرقابة على عقود تفويض المرفق العام لدى السلطة التشريعية، التي تعطي الإجازة للسلطة التنفيذية لإبرام عقود التفويض المتعلقة بالمرافق المرتبطة بالدولة¹. وهي أيضاً تسمى بالرقابة السياسية، تمارسها السلطة التشريعية بغض النظر عن طبيعة النظام الدستوري للدولة، من خلال وسائل تختلف بين دولة وأخرى باختلاف النصوص القانونية المطبقة².

أما في فرنسا و الجزائر فإن الدستور يعطي الصلاحية للدولة والجماعات الإقليمية اللجوء إلى تفويض المرفق العام دون المرور بالسلطة التشريعية، لأخذ إجازة مسبقة، الأمر الذي جعل رقابة هذه السلطة محصورة في الأسئلة والاستجواب وتشكيل لجان التحقيق البرلمانية.

بمعنى أن السلطة التشريعية يقتصر دورها في تكريس مبدأ قابلية تفويض المرافق العامة فقط، لتفويض المجال للسلطة التنفيذية بإصدار نصوص تنظيمية تنظم آليات إبرام وتنفيذ عقد التفويض.

فالرقابة البرلمانية ورغم أهميتها إلا أنها رقابة مسبقة على النص القانوني للتفويض وليست رقابة فعلية على عقود تفويض المرفق العام.

ثانياً: الرقابة القضائية

تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري، وذلك من خلال قضاء الاستعجالي في حال الإخلال بموجبات الإعلان أو توفير المنافسة عند اختيار صاحب التفويض أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد عند إخلال أحد طرفيه بالموجبات المحددة فيه أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

وهي رقابة مستقلة عن أطراف العقد ومن هنا فهي أكثر حيادية، واحتراماً لمبدأ المشروعية فإن

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 508

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 339

للمستثمر أن يرفع دعوى في حال المساس بحقوقه أو عدم التزام السلطة المفوضة بالتزاماتها، فنجاح الامتياز مرهون بوجود رقابة قضائية مستقلة وحيادية تسمح باحترام جميع الحقوق¹.

ثالثا: رقابة المنتفعين

إن إعطاء المنتفعين من خدمات المرفق العام موضوع التفويض، حق الرقابة أثناء تسييره، إنما يجد مصدره في كون المنتفع، يشكل المحور الثلاثي في تقنية التفويض بعد السلطة المفوضة والمستثمر من جهة، ولأن الرقابة وممارستها ليست حق بل واجب على عاتق السلطة المفوضة من جهة أخرى. والمنتفع لا يستطيع ممارسة هذه الرقابة إلا إذا أعطيت له الوسائل الكفيلة بذلك².

في فرنسا كُرس هذا النوع من الرقابة من خلال عدة قرارات لمجلس الدولة الفرنسي أهمها: القرار الصادر في قضية Cayzeele أجاز القاضي للغير ومنهم المنتفعين اللجوء للقضاء الإداري لإبطال البنود التنظيمية في العقد الإداري³.

وكذلك في قضية C ne toulon أقر القاضي الإداري للمنتفع الحق في إبطال قرارات رفض السلطة المفوضة احترامها لالتزاماتها المتعلقة بتنظيم المرفق العام⁴.

وكذلك في قضية Société Eaux du nord حيث أقر عدم جواز إدراج بنود أو فرض شروط تعسفية على المنتفعين في علاقاتهم بالمرفق العام، كتضمن العقد الموقع بين المنتفعين والمستثمر لئلا يتحمل فيه المنتفع كامل الأضرار التي تقع جراء انتقاعه من خدمات المرفق العام⁵.

وفي الجزائر أعطى التنظيم من خلال أحكام المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199، صلاحية ممارسة الرقابة من قبل المنتفعين من المرفق محل التفويض، وذلك بأن يعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في حالة⁶:

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 299

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 355

³ CE 10 juillet 1996 , ADJA, 1996 , p 732

⁴ CE 14 Janvier 1998, droit administratif, édition du juris- classeur 1998, p 14

⁵ CE 11 Juillet 2001, Société Eaux du nord, droit administratif, édition du juris-classeur 2001, p 21

⁶ المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

- إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له؛

- عدم احترام المفوض له الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني؛

- المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه؛

سوء استغلال المرفق العام.

وفي هذه الحالات، تضع السلطة المفوضة فوراً لجنة تحقيق تعد تقريراً في هذا الشأن وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية

يقصد بالرقابة الإدارية رقابة السلطة المفوضة على المرفق العام الذي تدخل مهمة تحقيقه أصلاً في صلب مهامها. وتشكل الرقابة الإدارية المفروضة على المستثمر، أحد خصائص تقنية التفويض، فالسلطة المفوضة في تفويضها إدارة واستثمار المرفق العام، تبقى القيمة وصاحبة الكلمة الأخيرة في سيره وتنظيمه وكيفية استمراره، وهي انطلاقاً من هذه الاعتبارات تتمتع بسلطة واسعة في إجراء رقابتها عليه¹.

فالسلطة المفوضة تمارس الرقابة الإدارية وفي أغلب الأحيان ينص عليها دفتر الشروط وهي من البنود التنظيمية فهذه الرقابة تبررها المصلحة العامة، وسواء نصت عليها الأطر القانونية أو لا فهي تابعة من امتيازات السلطة العامة.

لكن لهذه الرقابة ضوابط حتى لا تحد من استقلالية تسيير المستثمر للمرفق العام فهي ليس هدفها السيطرة على المرفق العام، بل هي ضامنة للمصلحة العامة فقط. فالرقابة الإدارية يجب أن تنحصر في البحث عن مدى تقييد واحترام المستثمر لبنود دفتر الشروط، وانسجاماً مع ذلك فإن السلطة المفوضة لا يسعها مراقبة كيفية تحقيق المستثمر للمرفق موضوع التفويض، فالأخير يبقى القيم على الاستثمار أو الاستغلال وهو من أجل ذلك يتمتع بالوسائل القانونية اللازمة لتحقيق المرفق العام.

وتختلف الرقابة الإدارية في مجال تفويض المرفق العام من دولة إلى أخرى وبالأخص في تعداد الجهات المناط بها أمر الرقابة والأصول المتبعة في هذا المجال، وسنقتصر البحث عن الرقابة الإدارية في مجال تفويضات المرفق العام في فرنسا (أولاً) وفي الجزائر (ثانياً).

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 341

أولاً: في فرنسا

فرض المشرع الفرنسي من خلال أحكام المادة 40 من قانون Sapin¹ على صاحب التفويض إعداد تقريراً كل عام، يرفعه إلى السلطة المفوضة، يتضمن بشكل خاص الحسابات التي تبين العمليات المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام جميعها وتحليلاً لجودة الخدمة، ويرفق بهذا التقرير ملحق يمكن من خلاله للسلطة المانحة للتفويض أن تقوم بعملية الرقابة وتقييم أداء المشروع.

وهو أيضاً ما تم تأكيده من خلال أحكام الأمر رقم 2016/65 المتعلق بعقد الامتياز الذي نص على أنه "يقدم صاحب الامتياز تقريراً كل عام يتضمن على وجه الخصوص الحسابات التي تبين جميع العمليات المتعلقة بأداء عقد الامتياز وتحليلاً لنوعية المصنفات أو الخدمات"².

وحدد المرسوم رقم 86-2016 المتعلق بعقود الامتياز هذا الالتزام ونص على أن مبررات العناصر المنتجة في التقرير هي "توفير السلطة المانحة، في إطار حقها في السيطرة"³.

ويشكل التقرير المعد من قبل صاحب التفويض وسيلة لتحسين الشفافية في تفويض المرفق العام ولم يحدد قانون Sapin المعلومات التي يقتضي تضمينها التقرير السنوي لا سيما فيما يخص طبيعة نشاط المرفق العام محل التفويض أو المعلومات التي تعد ضرورية ويجب أن تدرج فيه.

إلا أن الفقه ذهب إلى اعتبار أن الحسابات العائدة للعمليات المتعلقة بتنفيذ المرفق العام هي تلك المتعلقة بالمواد والأصول المكرسة لتشغيل المرفق العام، وكيفية تحديدها، وكلفتها، وحالتها الفنية، وكذلك تلك المتعلقة بالتزامات المالية المتعلقة بالعقد والاحتياجات المكونة، والاستهلاكات العائدة لأصول

¹ Voir l'Art 40 de la 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.

² Voir l'Art 52 de l'ordonnance n°2016-65. " **Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.**

Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, y compris dans le cas prévu au III de l'article 6 de la présente ordonnance, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public".

³ Voir l'Art 33 du décret n°2016/86.

والأموال¹.

لكن وبالعودة إلى أحكام المادة 33 من المرسوم رقم 2016/86 المتعلق بعقود الامتياز، نجد أن المشرع حدد بدقة المعلومات التي يجب أن يتضمنها التقرير السنوي، إذ يودع صاحب الامتياز التقرير الذي تنص عليه المادة 52 من الأمر رقم 2016/65 قبل 1 جوان. ويأخذ في الاعتبار خصوصيات القطاع المعني ويتوافق مع المبادئ المحاسبية لاستقلال السنوات المالية ودوام الطرق المعتمدة لإعداد كل من أجزائه، مع السماح بمقارنة بين العام الحالي والسنة السابقة. وجميع الوثائق الداعمة لعناصر هذا التقرير يحتفظ بها صاحب الامتياز تحت تصرف السلطة الممنوحة، في إطار حقها في السيطرة. ويشمل هذا التقرير، على وجه الخصوص²:

1- البيانات المحاسبية التالية:

- تقرير عن حالة الأصول والأصول الثابتة اللازمة لتشغيل الخدمة العامة، بما في ذلك وصف للأصول، وعند الاقتضاء، برنامج الاستثمار، بما في ذلك المعايير البيئية ومعايير السلامة؛

- بيان برصد البرنامج التعاقدى للاستثمارات في المؤسسات لأول مرة وتجديد الأصول والأصول الثابتة اللازمة لتشغيل الخدمة العامة الممنوحة وعرض طريقة حساب الرسوم الاقتصادية المفروضة على السنة نتيجة التشغيل للامتياز؛

- جرد للسلع المحددة في العقد كسلع عودة واسترجاع؛

- الالتزامات ذات الآثار المالية، بما في ذلك الموظفين، المتصلة بالامتياز وضرورية لاستمرارية الخدمة العامة؛

2- مرفق يتضمن تقريراً تقنياً ومالياً يتضمن المعلومات ذات الصلة بأداء الخدمة، ولا سيما التعريفات المطبقة وطريقة تحديدها وتطورها والإيرادات التشغيلية الأخرى.

لكن المشرع الفرنسي وفي إطار تعزيزه للامركزية الإدارية عمل على تخصيص قواعد وأصول

¹ Claudie Boiteau, Op Cit. p19

² Voir L'Art 1/33 du décret n°2016/86. " - Le rapport prévu par l'article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée est produit chaque année par le concessionnaire, avant le 1er juin...".

معينة في الرقابة على عمليات التفويض التي تصدر عن الجماعات المحلية، فالمحافظات والمناطق هي وفقاً للقانون الفرنسي من أشخاص القانون العام، وقد فرض القانون رقابة مؤخره عليها¹.

ففي مرحلة الأولى تلتزم الجماعات بعرض كافة المداولات، والأعمال المتعلقة بتفويض الغير إدارة واستثمار المرفق العام والممهدة لذلك، على ممثل الدولة في المحافظات والمناطق².

وقد اعتبر القانون أن توقيع العقد قبل عرض على المداولات المتعلقة به وفقاً للأصول المذكورة يؤدي إلى اعتباره صادراً عن السلطة غير صالحة³.

أما في المرحلة الثانية فقد فرض القانون إرسال العقد موقعاً مع الأوراق الأساسية إلى ممثل الدولة لإجراء الرقابة عليه وذلك في مهلة 15 يوماً من تاريخ التوقيع على العقد⁴.

أما بالنسبة لعقود التفويض التي تبرمها البلديات فهي لا تكون نافذة إلا بعد عرضها على ممثل الدولة في المحافظة، وللأخيرة مهلة شهرين للتأكد من صحتها، وهو في النتيجة إما أن يقرر صحتها أو يطلب إجراء بعض التعديلات أو يلجأ أخيراً إلى إحالة العقد إلى القاضي الإداري لإبطاله أو وقف تنفيذه⁵.

إلى جانب هذه القواعد وبهدف إنجاح تقنية التفويض قدر الإمكان من خلال تحقيق رقابة فعالة، فقد أنشأت بعض المجالس واللجان التي تختص بالتحقق والرقابة في مواضيع معينة وهي:

- **لجنة التحقيق الوزارية** : وهي تهتم بمدى احترام السلطة المانحة للنصوص القانونية، وذلك في مراحل الإعداد والتنفيذ لتقنية تفويض المرفق العام. وتتألف هذه اللجنة من قضاة وموظفين من الفئة الأولى وضباط يعينون من قبل رئيس الحكومة ووزير العدل والاقتصاد والمال، ويتم اللجوء إلى هذه اللجنة من قبل رئيس الحكومة أو أي وزير مختص، إضافة إلى ديوان المحاسبة، و المحافظ بالنسبة

¹Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 94

² Ibid , P 94

³ Ibid , P 94

⁴Voir article L. 1411-13 du CGCT: « Les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués (...) sont mis à la disposition du public [...] dans les quinze jours qui suivent leur réception par voie d'affihs apposée ».

⁵ Jean - François Auby , La délégation de service public , Op Cit , P 216

لعمليات التفويض الحاصلة في إطار الجماعات المحلية¹.

- **الجهاز المركزي لمكافحة الفساد** : وهو المنشأ وفقا لقانون Sapin وتابع لوزير العدل. من صلاحياته جمع وتنسيق المعلومات. حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرافق العامة موضوع التفويض العائدة للجماعات المحلية، والتأكد من انطباق تقنية التفويض على القوانين والأنظمة².

وفي حالة التأكد من وجود مخالفة لها طابع جرمي. ففي هذه الحالة يعد تقرير بذلك ويرسل إلى النيابة العامة³.

ثانيا: في الجزائر

خلافا لما هو عليه الحال في فرنسا، ليس في الجزائر إطار قانوني منظم لكيفية وشروط ممارسة الرقابة الإدارية في عقود تفويض المرفق العام، فالأخيرة تمارس وفقا للنصوص القانونية التي تنظم المرفق العام موضوع عقد التفويض وأيضا لبنود العقود ودفاتر الشروط التابعة لها والتي تفرض رقابة مالية وتقنية.

وبالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي يطبق على الجماعات الإقليمية فقط، نجد أن المشرع فرض أحكاماً للرقابة الإدارية، مشابهة إلى حد ما مع ما هو معمول به في النظام القانوني الفرنسي.

فقد نصت المادة 82 من نفس المرسوم التنفيذي على أنه " تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام. وتقوم بهذه الصفة، بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له". فالرقابة الإدارية حسب المشرع الجزائري تقوم بها السلطة المفوضة ، وذلك بالاستناد إلى التقارير المقدمة من المفوض له كل ستة أشهر عكس المشرع الفرنسي الذي حددها بكل سنة.

كما أن المشرع الجزائري ألزم على السلطة المفوضة عقد اجتماع مع المفوض له على الأقل كل 3

¹ Loi n° 91-03 du 03 janvier 1991 relative à la transparence des marchés et à leur régularité.

² Voir l'Art 1 de la 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.

³ Claudie Boiteau, Op Cit. p 222

أشهر، وذلك من أجل تقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة¹.

إن السلطة المفوضة لها السلطة الكاملة في توجيه تنفيذ العقد في مختلف مراحلها. ويعترف غالبا بهذه السلطة في العقد نفسه، و حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف.

وقد أحدث المرسوم الرئاسي 247/15 سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وأسند لها مهمة تنظيم ومتابعة تنفيذ عقود تفويض المرفق العام²، وأيضا مهمة الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، إذ تعد السلطة المفوضة بطاقات إحصائية وترسلها إليها³.

فمهمة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مراقبة كل من السلطة المفوضة وصاحب التفويض، ولم يصدر بعد المرسوم التنفيذي الذي يحدد تشكيلتها وصلاحياتها.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لا يعتمد على رقابة السلطة المفوضة فقط ولكن أشرك سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الرقابة.

المطلب الثاني: سلطة التعديل

تتمتع الإدارة إلى حد ما بسلطة تعديل أحكام العقد بصفة انفرادية. وسلطة التعديل المعترف بها للإرادة باعتبارها طرفا في العقد، تميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص. بحيث إن هذا الأخير لا يمكن تعديله إلا بإرادة وموافقة الطرف الآخر⁴.

وإن كانت سلطة التعديل تشمل العقود الإدارية جميعها ومنها عقود التفويض، إلا أنها ليست مطلقة بحال من الأحوال، بل يرد عليها مجموعة من القيود يجب على الإدارة مراعاتها وهي تمارس تلك السلطة. وعلى هذا فإن لسلطة التعديل أساس قانوني يجب الاسناد إليه (الفرع الأول)، وحدود قانونية يجب الوقوف عليها (الفرع الثاني).

¹ المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ المادة 214 من المرسوم الرئاسي 247/15

⁴ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 294.

الفرع الأول: أساس حق السلطة المفوضة في تعديل بنود العقد

في السنوات الأولى من القرن العشرين لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي للسلطة المانحة بحقها في تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، وبرز ذلك مع قرارها الصادر سنة 1903 المتعلق بشركة السكة الحديد في الشمال، حيث قضى مجلس الدولة بأن قرار الإدارة العامة الصادر سنة 1881 يعطي المحافظ الحق في تحديد جدول خدمة القطارات، وهذا القرار يجب أن يتطابق مع أحكام العقد الذي يحدد عدد الرحلات المطلوب القيام به من قبل صاحب الامتياز، وبالتالي لا يحق للإدارة أن تعدل العدد المحدد للرحلات في العقد، كما لا يحق لها تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة. إلا أنه في قرار آخر لمجلس الدولة الفرنسي الصادر في سنة 1910 المتعلق بالشركة العامة الفرنسية للترامواي، عدل مجلس الدولة الفرنسي عن اجتهاده السابق، واعتبر أن تنظيم المرافق العامة لا يمكن تقييده بالحالة المحددة في دفتر الشروط، وللسلطة المانحة الحق في إدخال تعديلات على بنود العقد من أجل تحقيق المصلحة العامة والسير الطبيعي للمرفق العام¹.

أما على الصعيد الفقه فقد شهد أيضاً تبايناً، فهناك جانب من الفقه أنكر إمكانية السلطة المفوضة في تعديلها للعقد بإرادتها المنفردة، الأستاذ l'huillier ينكر وجود هذه السلطة للجماعة العامة طالما ليس هناك نص عليها، وأيضاً فقد اعتبر الأستاذ Benoit أن الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز تنفي ممارسة الجماعة العامة تلقائياً لسلطة التبديل والتعديل. وإن هذه السلطة لا يمكن إعمالها إلا في مجال الصفقات العمومية².

وفي ذات المعنى يقول الأستاذ Dufau أن ممارسة سلطة التبديل والتعديل تتطلب وجود نص يجيزها. وعند عدم وجود الأخير، فإن للسلطة المانحة أن تدعو المتعاقد إلى توقيع ملحق معها، يتضمن القيام بأعمال لم يلحظها العقد أساساً، وفي حالة الرفض من جانب المتعاقد، تلجأ السلطة المانحة عند إذ إلى أسلوب الإدارة المباشرة أو إلى التعاقد مع شخص آخر لتحقيق النشاط الجديد مع الإبقاء على العلاقة التعاقدية الأساسية³.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 116

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 550

³ Jean Dufau, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les concessions de service public, AJDA 1955. P 65

وأمام هذا الإنكار فإن أغلب الفقهاء اعترفوا بحق السلطة المانحة في تعديل العقد لا سيما في بنودها التنظيمية. ويقول الأستاذين Jeze وHauriou أن عقد امتياز المرفق العام لا يشكل في كل عناصره عملية تعاقدية صرفة، فإذا كانت البنود المالية هي ذات طابع تعاقدية لا يجوز للسلطة المانحة تعديلها تلقائياً، إلا أن البنود التنظيمية الأخرى المتعلقة بسير وتنظيم المرفق العام تبقى دائماً قابلة للتعديل من جانب السلطة المانحة تلقائياً وفي أي مرحلة، لأن المرفق العام يجب أن يكون دائماً متكيفاً مع مقتضيات المصلحة العامة¹.

ويقول الأستاذ وليد حيدر جابر، في الواقع وخلافاً لرأي مؤيدي فكرة الإنكار لسلطة الجماعة العامة في تعديلها للعقد، من المهم القول بأن سلطة التعديل لا تتناقض مع القوة الإلزامية للعقد التي تناسب من "مبدأ العقد هو شريعة المتعاقدين". فالجماعة العامة عندما تتعاقد تبقى مرتبطة بالعقد. وتدخّلها المحتمل لا يتم دون شروط. فهو يبقى مرتبطاً بوجود ضرورة تبررها المصلحة العامة. وأكثر من ذلك إن ممارسة الجماعة العامة لسلطة التعديل تبقى تحت رقابة القاضي الإداري².

ولكن بصدور الأمر 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز في فرنسا وضع المشرع تأسيساً قانونياً لممارسة سلطة التعديل وذلك ضمن مجموعة من الشروط حددها المرسوم 2016/86.

حيث نصت المادة 55 من الأمر 2016/65 على ما يلي: "يمكن تعديل شروط عقد الامتياز أثناء التنفيذ دون الحاجة إلى إجراءات جديدة للمنافسة، ولكن لا يمكن أن يغير التعديل طبيعة عقد الامتياز..."³. فالمشرع من خلال أحكام هذه المادة كرس سلطة تعديل في عقود الامتياز، والتي يشكل عقد التفويض أحد صورته بحسب مفهوم القانون الجديد. بمعنى أن الأساس القانوني لسلطة تعديل عقود تفويض المرفق العام في فرنسا يكرسها نص قانوني، ويجب أن تمارس ضمن حدود وشروط حددها المرسوم رقم 2016/86 في المادتين 36 و37.

أما في الجزائر فإن المرسوم الرئاسي 247/15 لم يحدد إمكانية ممارسة سلطة تعديل عقود

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 551

² المرجع نفسه، ص 552

³ Voir l'Art 55 de l'ordonnance n°2016-65 " Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession..."

التفويض. ولكن بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع أجاز للسلطة المفوضة تعديل عقد التفويض وذلك بإصدار ملحق، ولكن ضمن مجموعة من الحدود¹.

الفرع الثاني: شروط وحدود ممارسة سلطة تعديل عقد التفويض

إن ممارسة السلطة المفوضة لسلطتها في تعديل بنود عقد التفويض، تعد مظهراً لامتيازات السلطة العامة. التي لا يمكن ممارستها دون قيود ترد عليها، والتي تفرض عليها مراعاتها عند ممارستها.

وحدد المشرع الفرنسي من خلال المادة 36 و 37 من المرسوم 2016/89 مجموعة من القيود والشروط التي تؤد عليها.

أولاً: أن يكون التعديل منصوصاً عليه في العقد الأولي

نصت الفقرة الأولى من المادة 36 من المرسوم 2016/86 على أنه يتم تعديل العقد، عندما تكون التعديلات أياً كانت قيمتها منصوص عليها في الوثائق التعاقدية الأولية، في شكل بنود مراجعة أو خيارات واضحة ودقيقة لا لبس فيها². وتشير هذه البنود إلى نطاق وطبيعة التعديلات أو الخيارات التي يمكن تصورها، فضلاً عن الشروط التي يمكن أن تستخدم فيها. ولذلك فإن السلطة المفوضة ملزمة بإبلاغ المرشحين المحتملين في وثائق الإبرام بإمكانية إعادة النظر في بعض شروط أداء عقدها. وبالتالي يمكن أن يتوقع تعديل محتمل لشروطه من تغير السعر في حالة حدوث بعض الأحداث التي يمكن أن تغير أثناء التنفيذ الميزان المالي للعقد³.

¹ المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. " يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه ، ولا يمكن إبرام الملحق خارج الأجل التعاقدية".

² Voir l'Art 36/1 du décret n°2016/86 " Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque..."

³ Benait Navau, Le nouveau régime des modifications des contrats de concession , Chronique, N° Sécial; 20016, P 46

ثانيا: أن تكون التعديلات ضرورية أو نتيجة ظروف غير متوقعة

إذا أصبح العمل الإضافي أو الخدمات ضروريا ولم يتم إدراجه في عقد الامتياز الأولي، وذلك نتيجة لأسباب اقتصادية أو تقنية، من شأنها أن تشكل إزعاجا رئيسيا للسلطة المانحة أو أن تؤدي إلى زيادة كبيرة في التكاليف¹. فإنه يجوز للسلطة المفوضة أن تدرج في عقد قائم أعمالا أو خدمات إضافية أصبحت ضرورية إلى الحد الذي لا تؤدي فيه هذه الخدمات الإضافية إلى زيادة في السعر بنسبة 50% من المبلغ الإجمالي للعقد².

وتجرى التغييرات اللازمة بسبب ظروف غير متوقعة برغم أن السلطة المفوضة بذلت العناية الواجبة في إعداد العقد الأولي، إلا أنها لم تتوقع مع مراعاة الوسائل المتاحة لها خصائص العقد، ومع ذلك يجب أن يقتصر التعديل على 50% من مبلغ العقد الأولي ويجب أن لا يغير الطبيعة العامة للعقد³.

ثالثا: تعديل العقد بتغيير الطرف المتعاقد في حالات معينة

إن استبدال صاحب العقد من قبل السلطة المفوضة بآخر هو من حيث المبدأ تغييرا كبيرا في العقد ولذلك يجب أن يخضع هذا النقل لدعوة جديدة للمنافسة.

¹ Voir l'Art 36/2 du décret n°2016/86 " Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire :

a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ;

b) Présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ;

² Voir l'Art 37/1 du décret n°2016/86 " Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 36 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification".

³ Voir l'Art 36/3 du décret n°2016/86 " Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ;

ومع ذلك يعترف بإحالة عقد لصالح حامل جديد في الحالتين التاليتين¹:

- عندما يتدخل بموجب عرض لا لبس فيه للعقد الأولي؛

- في حالة إحالة عقد الامتياز، بعد عمليات إعادة هيكلة صاحب الامتياز الأصلي. ويبرر صاحب الامتياز الجديد القدرات الاقتصادية والمالية والتقنية والمهنية التي تحددها سلطة الترخيص في البداية. ولا يمكن القيام بهذه المهمة لغرض إزالة عقد الامتياز من متطلبات الدعاية والمنافسات التنافسية.

رابعاً: حظر إجراء تغييرات "جوهرية" على العقود قيد التنفيذ

باستثناء الفرضيات المذكورة أعلاه، يمكن اعتبار أي تعديل متوخى للعقد جوهرياً وفي هذه الحالة يؤدي إلى تنظيم إجراء جديد لمنح العقد، و مفهوم التعديل الجوهري يكمن في إدراج التعديلات التي يتعين على السلطة المفوضة إبرام عقد جديد، وحددها المشرع في مايلي²:

- عندما يدخل شروطاً كانت تسمح بقبول في إجراءات الإبرام الأولية بقبول مقدمي العطاءات بخلاف مقدمي العطاءات الذين كانوا مقبولين أو كان من الممكن أن يحتفظوا بعرض غير العرض الذي كان مقبولاً في البداية؛

- عندما يتم توسيع نطاق العقد إلى حد كبير؛

- عندما يغير التوازن الاقتصادي للعقد لصالح صاحب العقد، بطريقة لم تكن متوقعة في شروط العقد الأولي.

- في حالة تغيير الطرف المتعاقد دون مراعاة الاستثناءات المحددة.

خامساً: نشر إعلان بتعديل العقد

من أجل شفافية الإجراءات، يجب على السلطة المفوضة نشر إشعار بتعديل عقد الامتياز في

¹ Voir l'Art 36/4 du décret n°2016/86.

² Voir l'Art 36/5 du décret n°2016/86 Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie

الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في الحالتين التاليتين: في حالة إدراج عمل إضافي في الخدمات، وعندما تكون التغييرات ضرورية بسبب ظروف غير متوقعة¹.

أما النص الجزائري فقد حدد شروط ممارسة سلطة تعديل عقد التفويض من خلال أحكام المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام كمايلي:

- لا يمكن تعديل عقد التفويض خارج الآجال التعاقدية: ويقصد التنظيم هنا مدة التفويض والتي تختلف حسب أشكال التفويض.

- تعديل موضوع الاتفاقية: إذ لا يمكن تغيير البنود المتفق عليها في الاتفاقية والمتعلقة بموضوع تفويض المرفق العام وشكله.

- لا يمكن أن يمس التعديل الاستثمارات والخدمات التي تكون على عاتق المفوض له: والمقصود هنا أنه لا يمكن تحميل المفوض استثمارات أو خدمات خارجة عن الاتفاقية، لكن يمكن أن تتحملها السلطة المفوضة.

- لا يمكن تعديل مدة الاتفاقية: بمعنى أنه لا يمكن تعديل مدة العقد إلى في الحالات التي نص عليها في أحكام المواد 54 إلى 56 من نفس المرسوم التنفيذي.

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات

تخضع عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية، ومن ثم فإن المفوض إذا ما اخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد أو القيام بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو التأخير في تنفيذ التزاماته أو التنازل للغير عن العقد من دون موافقة السلطة المفوضة، فإن هذه الأخيرة تملك توقيع الجزاء بحقه بإرادتها المنفردة من خلال

¹ Voir l'Art 37/3 du décret n°2016/86 "Pour les contrats de concession relevant du 1° de l'article 9, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux 2° et 3° de l'article 36.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées à l'article 16, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé.

قراراتها الإدارية التي تصدرها بهذا الصدد¹.

غير أن هذه الجزاءات في أحكام القانون الخاص محدودة مقارنة مع تلك المطبقة في العقود الإدارية بشكل عام، ومنها عقد تفويض المرفق العام، أين تملك الإدارة في مواجهة المفوض إليه سلطة واسعة في توقيع الجزاءات أكثر من باقي العقود الإدارية الأخرى، وهو ما يستلزم البحث في الأساس القانوني لهذه السلطة (الفرع الأول)، وأنواع هذه الجزاءات الموقعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني لممارسة سلطة توقيع الجزاءات

إن الجزاءات التي توقعها السلطة المفوضة على صاحب التفويض من شأنها أن تحمله على تنفيذ التزاماته بشكل يلائم مستلزمات الصالح العام، ويتفق الفقه على أن الجزاءات متعددة ومتنوعة ويختلف نظامها القانوني عما هو معروف في عقود القانون الخاص، إلا أن أساسها القانوني لم يكن واحد أو متفق عليه منذ البداية²، حيث حدث خلاف فقهي حول تحديد أساس هذه السلطة ما إذا كانت ترجع إلى فكرة المرفق العام أم أن مردها فكرة السلطة العامة، وما يترتب عليها من امتيازات.

بمعنى أن الإشكال يتعلق في التنفيذ المباشر للجزاء، فكل الفقهاء يجمعون على أحقية السلطة المانحة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إلا أنهم اختلفوا في تحديد أساسها القانوني، فمنهم من يرد هذه السلطة إلا فكرة امتياز التنفيذ المباشر، ومنهم من ينكر ذلك على السلطة المانحة.

يقول الأستاذ Jeze إن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة بشأن هذه المرافق دقيقاً في تنفيذ التزاماته، وحتى تضمن الإدارة هذه الدقة يجب أن تكون مزودة بجزاءات حازمة في إطار القانون العام، بعيداً عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص والتي تتميز بإجراءات الطويلة والمعقدة، خاصة مع ضرورة تدخل القاضي في إقرارها، وما يتمتع به هذا الأخير من سلطة تقديرية في تكيف أفعال أو تصرفات المتعاقد³.

وير أيضاً الأستاذ Vedel أن امتياز الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها هو من بين امتيازات متعددة تملكها، وأن بعض هذه الجزاءات هو ناتج عن نظام السلطة العامة، ويمكن للإدارة

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 213

² على بن شعبان، مرجع سابق، ص 99

³ Gaston Jeze. Les Principes Genereux du Droit Administratif , 3emme edition , Paris 1934 , P 856

تطبيقها متى دعت ضرورة ضمان حسن سير المرفق العام ذلك، وهذا دون حاجة أن تتضمنها بنود العقد¹.

وينكر بعض الفقهاء إمكانية الإدارة توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها دون وجود نص بذلك، ويشترط وجوب اللجوء إلى القضاء للحكم لتوقيعه، وملخص آراء هذا الاتجاه أن الإدارة ملزمة بالتقيد بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" حسب القواعد العامة، ولا يمكن لها أن تُعمل التنفيذ المباشر في علاقتها العقدية مع الأفراد إلا إذا تضمن العقد ذلك².

ويبدو أن أصحاب هذا الاتجاه الفقهي قد بنو رأيهم على أوضاع ما قبل صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الملاحة جنوب الأطلنطي سنة 1929. حيث كان قبل ذلك على الإدارة إذا ما رغبت في الحصول على تعويض من المتعاقد المقصر أن تلجأ إلى القضاء بطلب التعويض إذا كان ذلك جزاء غير عقدي، كما حدث في قضية Deplauque سنة 1907³.

غير أن الأوضاع قد تطورت بعد ذلك حيث أن القضاء أصبح يقر للإدارة بسلطة توقيع الجزاء بنفسها حتى خارج ما نص عليه العقد، ولكن تحت رقابته⁴.

وهو أيضا ما تبناه المشرع الجزائري في القوانين التي نظمت عقود الامتياز، فالمشرع أقر للسلطة المانحة إمكانية تسليط الجزاءات بإرادتها المنفردة عند إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته، ولكن بشرط الإعذار المسبق له قبل توقيع العقوبة عليه⁵.

الفرع الثاني: خصائص و أنواع الجزاءات التعاقدية

تتشترك الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المفوض إليه بمجموعة من الخصائص مع العقود الإدارية الأخرى، ولكنها بعد ذلك تستقل بصورة معينة من الجزاءات التي تتناسب مع طبيعة عقد التفويض المرفق العام.

¹ George Vedel , Droit Administratif , 4eme ed. Paris 1968

² علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 109

³ Laurent Richer., Droit des Contrats Administratifs , L G D J , 1995 , P 206.

⁴ Ibid. P 209

⁵ المادة 62 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. " يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية غير أنه، وقبل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعدارين (2) للمفوض له، لتدارك النقائص المسجلة في الأجل المحددة...".

أولاً: الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية

تتميز الجزاءات التي بإمكان الإدارة فرضها على المتعاقد معها بسمات خاصة تميزها عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص ويمكن إجمال هذه الخصائص في ما يلي:

1- حق السلطة المانحة في توقيع الجزاء بنفسها: فالسلطة المانحة في هذا الصدد تتمتع بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ومن ثم سيكون بإمكانها أن توقع الجزاء بنفسها من دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً. ويغطي هذا الحكم صور الجزاءات كلها التي توقعها الإدارة باستثناء ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بخصوص عقوبة إسقاط الالتزام من وجوب صدورها من القضاء¹.

2- حق السلطة المانحة في توقيع الجزاء حتى لو لم ينص عليه العقد: وعلى هذا استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فسلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وإذا نص العقد على بعضها فذلك لا يعني تقييد حرية المتعاقدين فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات جميعها المقررة تحت رقابة القضاء².

3- إن توقيع الجزاء لا يحتاج إلى إثبات الإدارة لوقوع ضرر معين: فالضرر في هذه الحالة مفترض نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، ومن ناحية أخرى فإن الغاية من هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما تكمن هذه الغاية بالدرجة الأولى في تأمين سير المرفق العام³.

4- خضوع السلطة المانحة لرقابة القضاء: إذ يراقب القضاء الإداري استعمال الإدارة لحق توقيع الجزاءات على المتعاقد، فهو يراقب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، من حيث دفتر شروط توقيعه، وإن الإدارة قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع من جانب المتعاقد من دون تجاوزه⁴.

ثانياً: أنواع الجزاءات الخاصة بعقود تفويض المرفق العام

تتعدد العقوبات التي توقعها السلطة المفوضة على صاحب التفويض، فبعضها يتسم بالطابع المالي،

¹ سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، 353

² أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 214

³ المرجع نفسه، ص 214

⁴ المرجع نفسه، ص 215

والأخر له طابع قسري كالحلول محله لتسيير المرفق، بالإضافة إلى عقوبة الفسخ.

1- **الجزاءات المالية:** وهي مبلغ مالي تقدره الإدارة وتنص عليه في العقد تستحقه عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. تفرض الغرامات على صاحب التفويض لا يحتاج إلى اللجوء للقضاء، وإنما يوقع بقرار صادر عن السلطة المانحة بإرادتها المنفرد وغالبا ما تتضمن دفاتر الشروط تحديداً لها ولطريقة حسابها¹. وهذا يعني أن للغرامات طابع تعاقدي ينتج عنه عدة نتائج أهمها:

- أن القيمة المحددة في دفتر الشروط لهذه الغرامات تلزم الإدارة، بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها²، و بالمقابل ليس للمتعاقد الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم يصحبها ضرر أو أن الضرر لا يتناسب مع الغرامة³.

- لا تلتزم الإدارة بإثبات ضرراً ما قد لحقها من جراء تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو مقدار الضرر، وليس للمتعاقد أن يعترض على توقيع الغرامة استناداً إلى عدم تناسبها مع الحادث للإدارة⁴.

- إعدار المتعاقد قبل توقيع الغرامة، فبموجب القانون الفرنسي وأيضا الجزائري، فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تعذر المتعاقد معها بالغرامة قبل توقيعها.

- يمكن للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من دفع الغرامات التي فرضتها عليه كلها أو بعضها في حالات محددة منها، حالة القوة القاهرة، أو إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى عدم قيام الإدارة بتعهداتها في مواجهة المتعاقد معها أو إذا قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير⁵.

2- **الحلول:** أو كما يسمى سلطة وضع المرفق تحت الحراسة، ويعني حلول الإدارة محل المتعاقد صاحب التفويض بصورة مؤقتة لضمان سير المرفق العام من دون توقف أو انقطاع على حساب المفوض إليه ونفقتة، أو كما يعرفه الأستاذ وليد حيدر جابر بأنه " تدبير له في الغالب طابع العقوبة المؤقتة، يفرض جبراً على المستثمر ويسمح للجماعة العامة في إدارة واستثمار المرفق العام كممثل عن

¹ المادة 1/62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 121

³ جابر جاد ناصر، العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، 2004، ص 289

⁴ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 215

⁵ المرجع نفسه، ص 216

المستثمر وعلى مسؤوليته ونفقاته"¹.

ووضع المرفق العام تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ عقد التفويض، ولا إلى إسقاط حقوق صاحبه، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد صاحب التفويض بصورة مؤقتة عن إدارة المرفق العام موضوع التفويض².

وبطبيعة الحال فإن فرض عقوبة الحلول لها مجموعة من الشروط التي تلزم أطراف عقد التفويض وهي وفق ما يلي:

- يجب أن يكون الحلول صادراً عن سلطة مختصة. يعود لها التنظيم و الإشراف والرقابة على المرفق موضوع التفويض.

- وجود رفض أو إهمال في تنفيذ الالتزامات.

- لا يمكن اللجوء إلى الحلول إلا إذا انعدم وجود البديل القانوني لاستمرار تنفيذ عقد التفويض.

- يجب توجيه إنذار مسبق إلى المتعاقد. وتجدر الإشارة إلى أنه توجد حالتان تؤديان إلى الإعفاء من توجيه الإنذار المسبق، وهي عندما يتضمن العقد نصاً مسبقاً بالإعفاء أو عندما يكون المتعاقد في وضعية تجعله خارج تنفيذ العقد، كحالة القوة القاهرة³.

3- **الاسقاط:** وقد استعمل مصطلح الاسقاط من طرف مجلس الدولة الفرنسي وخص به عقد امتياز المرافق العامة من دون سائر العقود الإدارية الأخرى، حيث يستعمل لفظ الفسخ بالنسبة لهذه الأخيرة. وقد جرت العادة أن تتضمن عقود تفويض المرفق وتحديداً عقود الامتياز شروطاً يبين فيها حق الإدارة في فسخ العقد بوصفه جزاءً، لكن المسلم به أن الإدارة تملك هذا الحق حتى لو لم يكن منصوصاً عليه في العقد استناداً لسلطتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة المختلفة. لكن المفضل وهو المعتاد أن يكون في العقد نص ينظم هذه الحالة نظراً لأهمية موضوع هذا العقد الذي يهدف إلى تنظيم المرافق العامة⁴.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 556

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 122

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 557

⁴ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 118

المبحث الثالث

نهاية عقد التفويض

لا تختلف القواعد التي تحكم نهاية عقود تفويض المرفق العام عن القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية باستثناء القواعد التي فرضها المشرع على عقد التفويض.

فقد تتضمن العقود الإدارية بنداً يعطي المتعاقد مع الإدارة حق الأولوية لاختياره مجدداً لإدارة المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد، إلا أن هذا البند لا يمكن تطبيقه في ظل النظام القانوني لتفويض المرفق العام الذي فرض تحديد مدة العقد والتقييد بها ولم يسمح بالتمديد إلا في حالات محصورة، كما أن اختيار صاحب التفويض يخضع للإعلان المسبق ولإجراء منافسة بين عدة عارضين، ويمكن لصاحب التفويض عند انتهاء مدة العقد أن يتقدم كأبي عارض مؤهل من الناحية الفنية والمالية، ويمكن للسلطة المانحة التعاقد معه مجدداً بالاستناد إلى عقد جديد.

فبعد التفويض ينتهي بصورة طبيعية عند انتهاء مدته المحددة مسبقاً، ولكن يمكن للسلطة المانحة أن تنتهي عقد التفويض وفق طرق غير عادية والتي تعرف بالنهاية المبسترة لعقد التفويض¹، والتي تكون على شكل، استرداد المرفق العام بدافع المصلحة العامة أو إنهاء العقد بالفسخ والذي يأخذ أشكال متعددة (المطلب الأول). وبطبيعة الحال فإن إنهاء عقد التفويض ينجم عنه مجموعة من الحقوق كون المستثمر خصص أموال ضخمة لإدارة المرفق العام ما يوجب تصفية هذه الأموال وتحديد ما هو مستحق له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النهاية غير العادية لعقد التفويض

إن صاحب التفويض يلتزم خلال مدة عقد التفويض بالتزاماته ويحقق أيضاً ما يسعى إليه من أرباح، لكن قد يحدث أن يخل بهذه الالتزامات أو يرتكب خطأ جسيماً أثناء تنفيذه لبنود العقد، وهو ما يؤدي إلى وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله في صورة نهاية مبسترة من خلال استرداد المرفق بهدف تحقيق المصلحة العامة، أو أن يتم فسخه والذي يكون وفق عدة أشكال متعددة (الفرع الأول) وبطبيعة الحال هذه النهاية تلزم تصفية الحسابات وتحديد مصير الأموال المستعملة (الفرع الثاني).

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 124

الفرع الأول: استرداد المرفق بدافع المصلحة العامة

استرداد المرفق العام محل عقد التفويض قبل نهاية المدة المحددة له هو عبارة عن إجراء انفرادي من جانب السلطة المفوضة، ولا يكون سببه تقصير أو خطأ من جانب الملتزم، وإنما رغبة من السلطة المفوضة في تحسين سير المرفق محل التفويض وإدارته بطريقة أخرى أكثر ملاءمة.

وفي هذه الحالة تقوم السلطة المفوضة بدفع مقابل مالي للمفوض إليه كتعويض عن الضرر الذي لحق به، وبهذا يتميز الاسترداد عن الاسقاط فيما يلي:

- أنه ليس هناك تقصير من جانب صاحب التفويض في قيامه بأعباء المرفق؛

- أن استرداد المرفق يقتضي أن تدفع السلطة المفوضة لصاحب التفويض تعويضاً يغطي الضرر الذي لحق به.

ويتم الاسترداد بقرار إداري حتى لو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في الالتجاء إليه¹، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد، لأن الاسترداد بالمعنى السابق يمثل أحد تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك.

تتحقق المصلحة العامة التي تبرر إنهاء عقد التفويض عند فرض نظام جديد على عقد التفويض، بحيث يصبح صاحب التفويض فاقداً للشروط وللمؤهلات المهنية الفنية والمالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد. كما تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسة الشخص العام².

ويتحقق استرداد المرفق العام من خلال ثلاثة صور نوجزها وفق ما يلي:

أولاً: الاسترداد التعاقدية

وتتحقق هذه الصورة من الاسترداد عندما ينص في العقد على حق السلطة المفوضة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الأجل المحدد للعقد.

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 726

² Claudie Boiteau, Op Cit.P 18

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي لممارسة حق الاسترداد الاتفاقي عدداً من الشروط وهي¹:

- يجب أن يكون حق الاسترداد منصوصاً عليه في العقد؛

- يجب على الإدارة قبل تقرير الاسترداد إعداد المتعاقد معها؛

- إذ تضمن العقد شرط عدم استرداد المرفق خلال مدة معينة فيجب احترام هذا الشرط؛

- إذ تضمن العقد تحديد أسباب استرداد المرفق العام، فلا يجوز ممارسة الاسترداد إلا في

حالة تحقق الأسباب المنصوص عليها، أو الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق.

وقد نصت المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على الاسترداد التعاقدية بأنه " يمكن

أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب

الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام...".

ثانياً: الاسترداد غير التعاقدية

وهو الاسترداد الذي تقررته السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود

نص في العقد يقرره عندما يتم الاسترداد خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خلالها، ويعد

الاسترداد على هذا النحو تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي

المصلحة العامة². لكن هذا يترتب لصاحب التفويض تعويضاً يغطي جميع ما لحقه من ضرر³. ونظراً

لضخامة المبالغ المالية التي يتكبدها المفوض إليه في إنشاء المرفق وتشغيله والتي يستحقها في حالة

استرداد المرفق من الإدارة لذا فإن هذه الأخيرة غالباً ما تتردد في القيام بهذا الإجراء⁴.

وقد نص المشرع الجزائري على الاسترداد غير تعاقدية من خلال أحكام المادة 64 من المرسوم

التنفيذي 18-199، بأنه " يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام،

عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع

تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقاً لبنود اتفاقية التفويض".

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 222

² المرجع نفسه، ص 223

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 773 و774

⁴ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 382

ثالثاً: الاسترداد التشريعي

ويتحقق هذا النوع من خلال تدخل المشرع بإصدار قوانين خاصة، ينظم بها استرداد المرفق العام محل التفويض، ويعتبر هذا الأمر طبيعي طالما أن التفويض يتم منحه بقوة القانون¹. وغالبا ما يرتبط هذا النوع من الاسترداد بالظروف السياسية والاقتصادية للدولة.

الفرع الثاني: الإسقاط و الفسخ

ويتم فسخ عقد التفويض قبل نهاية مدته، إما باتفاق طرفي العقد، أو بقوة القانون أو عن طريق حكم قضائي.

أولاً: الفسخ الاتفاقي

يقصد بالفسخ الاتفاقي، اتفاق كل من طرفي العقد على إنهائه قبل حلول أجله، وهذا الفسخ قد يتضمن تعويضاً لصاحب التفويض، وذلك طبقاً للقواعد والأحكام المحددة في الاتفاق الفاسخ للعقد.

وقد يختلط الفسخ الاتفاقي بالاسترداد التعاقدية إلا أن الطريقتين مختلفتين، على اعتبار أن حق الاسترداد هو حق أصيل للإدارة حتى إن لم ينص عليه العقد، وتمارسه الإدارة بموجب قرار صادر عنها بإرادتها المنفردة، أما الفسخ الاتفاقي فيتم بناء على توافق تام لإرادة أطراف العلاقة العقدية².

ثانياً: الفسخ بقوة القانون

يتحقق الفسخ بحكم القانون إذا استنفذ محل عقد التفويض، فانعدام محل العقد يؤدي من دون شك إلى فسخ عقد التفويض بحكم القانون استناداً إلى المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية³.

ثالثاً: الفسخ القضائي

ويحدث الفسخ القضائي في حالتين:

بطلب من صاحب التفويض: والذي يحدث إما في حالة إخلال الإدارة المانحة للتفويض

¹ ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 401

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 176

³ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 225

بالتزاماتها التعاقدية اتجاه صاحب التفويض، وإما بوقوع أضرار لصاحب التفويض تؤثر على التوازن المالي للعقد، بسبب استعمال السلطة المانحة حقها في تعديل بنود العقد.

بطلب من السلطة المفوضة: حيث أنه يترتب على كل تقصير من طرف صاحب التفويض، فسخ العقد بمبادرة من الإدارة مانحة التفويض، بعد استثناء الإجراءات القانونية والمتمثلة أساساً في توجيه إذار مسبق لصاحب التفويض، وإخطاره بالمخالفات المنسوبة إليه وطلب إزالة الأسباب المؤدية إلى فسخ عقد التفويض.

ولا يترتب على الفسخ القضائي بطلب من السلطة المفوضة أي تعويض لصالح صاحب التفويض كونه محل بالتزامات تم الاتفاق عليها مسبقاً.

المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام

تشكل عقود تفويض المرفق العام استثماراً لأموال باهظة، وبالتالي فإن نهايتها سواء كانت طبيعية أو غير طبيعية تثير مصير هذه الأموال والأدوات (الفرع الأول)، فضلاً عن تصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصير الأموال المستعملة في تسيير المرفق العام

إن الأموال التي ترتبط بعملية تفويض المرفق العام متنوعة من حيث طبيعتها ومصدرها، فمن حيث الطبيعة قد تكون أموال عقارية وقد تكون منقولة أيضاً، ومن حيث المصدر فإن البعض منها عهدت به السلطة المفوضة إلى المفوض له كوضع أجزاء من الدومين العام اللازمة لاستغلال¹ المرفق العام تحت تصرفه أما البعض الآخر فإن المفوض له هو الذي اكتسبه سواء في بداية أو أثناء تفويض المرفق العام.

وبالعودة إلى أحكام المادة 208 من المرسوم الرئاسي 15/247 نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين هذه الأموال حيث نص على أنه " تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهايته ملكاً للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المعني". دون تحديد إذا كانت هذه الأيلولة مجانية أو مقابل الاشتراء ما يؤول إلى صاحب التفويض. إذ ليس هناك قاعدة قانونية مسلم بها تقضي أيلولة تلك

¹ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 234

الأموال مجاناً إلى الدولة عقب نهاية عقد التفويض.

أولاً: الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً

وهي الأموال الغير قابلة للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص. وقد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في قائمة الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً.¹

ويمكن أن تكون هذه الأموال مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية ويمكن أن يكون المفوض له هو الذي قام بها أو اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض.²

وإن كان الأصل أن يتم النص في العقد على عودة الأموال السابقة إلى هيئة المفوضة بقوة القانون بمجرد انقضاء العقد فإنه قد يحدث أن يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة في ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد أصبحت غير ضرورية لاستغلال المرفق العام.³

ثانياً: الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها

تستطيع الدولة اشتراء الأموال المنقولة التي تعتبر جزء لا يتجزأ بالاستغلال المرفق وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في اشتراء هذه الأموال، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه.⁴

ومع ذلك ليس هناك ما يمنع أن ينص عقد التفويض على أيلولة هذه الأموال مجاناً، في حين أن الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل، تعتبر أنها مملوكة للمفوض له أثناء مدة العقد وهذا خلاف للأموال التي تؤول مجاناً إلى الدولة إذ تعتبر مملوكة منذ البداية.⁵

¹ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 433

² محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 234

³ المرجع نفسه، ص 235

⁴ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 433

⁵ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 239

الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له

من المؤكد أنه عند نهاية عقد التفويض نهاية مبسترة (غير طبيعية) تثير مسألة هامة حول مدى تحقيق المفوض له للأهداف المرجوة من إبرامه عقد التفويض، في الوقت الذي تكون الإدارة قد عهدت في مواجهته بأن تضمن له حداً أدنى من الربح، أو تكون الإدارة قد تسببت بتصرفاتها في تحميله بعض الأعباء، وفي بعض الأحوال قد يكون المفوض له مقصراً في صيانة الأموال وتجديد المعدات والمنشآت التي تؤول إلى الدولة في نهاية عقد التفويض... الخ،

فكل هذه الأمور وغيرها تقتضي تصفية الحسابات على أساس المقاصة بين الحقوق والواجبات¹، فالمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدية الذي يتم من خلاله تطبيق أحكام وشروط العقد اعتباراً بأن النصوص الواردة في عقد التفويض ذات طبيعة تعاقدية ملزمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين².

الفصل الثالث

آليات تكميلية لتفعيل عقود التفويض والنهوض

بالمرفق العام الجزائري

لا يقف نجاح عقود تفويض المرفق العام في الجزائري عند تحديد آليات قانونية تضمن حسن اختيار المفوض له وأيضاً تأطير نظام قانوني يكفل حسن تنفيذها، بل الأمر يمتد ليشمل العديد من الآليات القانونية التكميلية التي يجب على السلطات المعنية توفيرها، لنتمكن من الحديث عن مردودية المرافق العامة المسيرة وفق هذه العقود.

ولعل أهم هذه الآليات هو إقرار الطرق الودية في حل النزاعات التي تنشأ بين السلطة المفوضة والمفوض له (المبحث الأول)، وأيضاً خلق آليات قانونية تحارب الفساد وتحفز المستثمرين للاستثمار في المرفق العام عن طريق عقود التفويض (المبحث الثاني).

¹ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 434

² محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 242-243

المبحث الأول

تعزيز الطرق الودية في حل النزاعات

تشكل الطرق الودية في حل النزاعات أحد المظاهر الأساسية والهامة في تشجيع القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي بالدخول في شراكة مع الدولة وجماعتها العامة. ونتيجة ذلك تصبح الطرق الودية مؤشراً للدلالة على نجاح أو فشل سياسة الشخص المعنوي العام في إطار عقود تفويض المرفق العام.

فالمستثمر غالباً ما يشترط قبل الدخول في علاقة مع الشخص المعنوي العام المانع للتفويض أن يتم إدراج بند يتعلق بتسوية المنازعات ودياً وذلك للمنافع التي يوفرها (المطلب الأول). وهذا يطرح اشكال يتعلق بمدى قبول الشخص المعنوي العام اللجوء إلى الطرق الودية في عقود التفويض المرتبطة بإدارة واستثمار المرافق العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرق الودية في حل النزاعات الناشئة عند إبرام وتنفيذ

عقود التفويض

إن عقود تفويض المرفق العام ، تعتبر من العقود الفنية المتخصصة وذات أطراف متعددة تخشى اللجوء إلى القضاء. وتفضل اللجوء إلى الطرق الودية في حل النزاعات، باعتبارها الوسيلة البديلة عن القضاء لفض المنازعات القائمة بين أطراف العلاقة العقدية وذلك لعدة اعتبارات عامة (الفرع الأول)، واستناداً لهذه الاعتبارات أقر المشرع الجزائري من خلال القانون المنظم لعقود تفويض المرفق العام طرق لتسوية النزاعات الناشئة بين المفوض والمفوض له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبررات اللجوء إلى الطرق الودية في حل النزاعات

تعتبر الطرق الودية في حل النزاعات طرفاً بديلة عن القضاء. فهي تتسم بالعديد من المميزات كالسرعة والسرية، بالإضافة إلى أنها تعبر عن رضا أطراف العلاقة العقدية.

أولاً: بساطة الإجراءات وسرعة القرار

تمتاز الطرق الودية في حل النزاعات بالبساطة وسهولة اللجوء إليها إذا ما قورنت باللجوء إلى القضاء، فإجراءات اللجوء إليها لا تتطلب على التعقيد الذي ينطوي عليه اللجوء إلى القضاء. كما أنها

تنسم بالقدر الكبير من المرونة في نظر المنازعات التي تطرح عليها، وتضمن التوافق بين المصالح المتضاربة و الآراء المختلفة¹.

ثانياً: السرية

تؤمن الطرق الودية في حل النزاعات سرية كبيرة، كونها تتم في إطار هيئة خاصة خلافاً للجلسات العلنية التي تتم في المحاكم. فالسرية تبقى مطلوبة لا سيما في المشاريع الكبرى التي تحتوي على أسرار تكنولوجية ومالية².

ثالثاً: اختيار أطراف النزاع للمحكمن

تحافظ الطرق الودية في حل النزاعات على العلاقات الودية بين أطراف النزاع ، لاسيما وأن اللجوء إليها يستند إلى اتفاق الأطراف المتنازعة. أما اللجوء إلى القضاء فلا يحتاج إلى اتفاق وإنما يجري بعد الفشل في تسوية النزاع.

رابعاً: الاقتصاد في المصروفات

تساعد الطرق الودية في حل النزاعات على تخطي المخاطر السياسية والأمنية والاقتصادية في الدول النامية من ناحية وكذلك مسألة الافتقار إلى ضمانات قانونية تتمثل بإطار تشريعي يبرعي الاستثمارات من ناحية أخرى³.

يشوب اللجوء إلى القضاء استغراقه الكثير من الوقت والجهد والمال ، أما في ظل التسوية الودية فإن إجراءاتها لا تحتاج إلى وقت طويل وغالباً ما يحدد الاتفاق المهلة التي يجب ضمنها إصدار الحكم في النزاع القائم ، وعادة تكون نفقاتها أقل من نفقات اللجوء إلى القضاء⁴.

¹ شفيق جورجى ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص 67

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، 617

³ المرجع نفسه، ص 617

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 416

الفرع الثاني: الطرق الودية في حل نزاعات عقود التفويض

لقد أكد التنظيم الجزائري على الطرق الودية في حل النزاعات الناشئة عن عقد تفويض المرفق العام، من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، حيث ألزم السلطة المفوضة والمفوض له اللجوء إلى لجان محددة في النصوص القانونية، عند ظهور أي نزاع أثناء إبرام أو تنفيذ عقد التفويض، تنقسم هذه اللجان إلى : لجنة تفويضات المرفق العام (أولا)، ولجنة التسوية الودية للنزاعات (ثانيا)، وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ثالثا).

أولاً: لجنة تفويضات المرفق العام

أنشأ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، لجنة لتسوية النزاعات الناشئة أثناء إبرام عقد التفويض، وأطلق عليها تسمية لجنة تفويضات المرفق العام، وحدد تشكيلتها، وصلاحياتها.

1- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام:

إن لجنة تفويضات المرفق العام التي أحدثها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، وحدد تشكيلتها، تخص فقط الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.

وقد حدد المرسوم أعضاء اللجنة الذين يتم اقتراحهم من السلطات التابعة لها، ويعينهم مسؤول السلطة المفوضة بموجب مقرر لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد¹، وفق مايلي²:

بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليمياً، رئيساً،
- ممثلين عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأماكن الوطنية.

¹ المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

بعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً،
- ممثلين عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للأماكن الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير مركزية للميزانية.

2- صلاحيات لجنة تفويضات المرفق العام:

حدد المرسوم التنفيذي صلاحيات لجنة تفويضات المرفق العام بموجب أحكام المادة 81 منه كما

يلي¹:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام،
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.

الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام،
منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة،

دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.

ثانياً: لجنة التسوية الودية للنزاعات

إن التنظيم الجزائي ألزم كل من السلطة المفوضة والمفوض له، وقيل اللجوء إلى القضاء، أن يتم تسوية النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام بطريقة ودية، أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات²، وقد حدد من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تشكيلتها واختصاصاتها.

1- أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات:

يتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات من بين الموظفين غير المعنيين بإجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام. وذلك بموجب مقرر يصدر من مسؤول السلطة المعنية، كما

¹ المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.
² المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

يمكن للجنة أن تستعين، على سبيل الاستشارة، بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيروها في أشغالها¹.

وتتحدد تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات على حسب السلطة المفوضة وذلك كمايلي²:

بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،
- ممثل عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأموال الوطنية.

بعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
- ممثل عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للأموال الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للميزانية.

2- اختصاصات لجنة التسوية الودية للنزاعات

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها³، وذلك عن طريق إخطارها بموجب تقرير مفصل عن الشكوى ويرفق بكل وثيقة ثبوتية، عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام. وسواء من السلطة المفوضة أو المفوض له.

ويحدد سير اللجنة في نظامها الداخلي الذي يعده مسؤول السلطة المفوضة⁴.

ثالثا: سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

قام المشرع الجزائري بإحداث هذه السلطة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي نصت على أنه " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية

¹ المادة 72 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

² المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 2/71 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

⁴ المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات...". الملاحظ من خلال هذه المادة أن التنظيم أحدث جهازاً تابعاً لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مهمته تسوية النزاعات، وأطلق عليه اسم هيئة وطنية لتسوية النزاعات. ولكن التنظيم لم يحدد اختصاصات هذه اللجنة و تشكيلتها.

لكن الملاحظ من خلال الصلاحيات العامة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن هذه الهيئة تقوم بتقديم رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين، ولكن رأياً غير إلزامي فهي هيئة استشارية فقط.

أما إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي يكون فيها المتعامل الاقتصادي أجنبياً، تصبح لها سلطة البت في النزاعات الناشئة مع المتعامل الأجنبي والهيئة المتعاقدة¹، ولكن ليس لها سلطة البت في النزاعات المتعلقة بتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام فدورها محصور في الصفقات العمومية فقط.

المطلب الثاني: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الجزائر

إن تطور العلاقات الاقتصادية فرض اللجوء إلى التحكيم خاصة منه الدولي ليصبح ضرورة أكثر منه اختيار، والجزائر كباقي دول العالم النامي كانت متخوفة من التحكيم الدولي حيث وقفت وقفة المراقب فقط لكن فتح مجال الاستثمار للأجانب و انفتاح النظام الجزائري أدى بالضرورة إلى إعادة النظر في التحكيم الدولي وضرورة الاعتراف به، وهو ما جاء فعلاً من خلال المرسوم رقم 233/88 والمرسوم الرئاسي رقم 34/95، المتعلقين بالمصادقة على المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم². لتأتي القوانين الداخلية³ وتكرس مفهوم التحكيم الدولي وكيفية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي (الفرع الأول) ولكن

¹ المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
² المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية، ج ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 1988.

المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1955.

³ المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993.

القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 فيفري 2008.

هل يمكن إدراج بند التحكيم في عقود تفويض المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

لقد أكد المشرع الجزائري موقفه من خلال السياسة التي انتهجتها الدولة الجزائرية في ظل الإصلاحات الاقتصادية، على رفع الحظر الذي فرضه على أشخاص القانون العام في طلب التحكيم، من خلال الاجازة الصريحة في مجال العقود الإدارية. وذلك بداية من المصادقة على الاتفاقيات الدولية (أولا) وصولا إلى المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، والقانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية (ثانيا).

أولا: المصادقة على الاتفاقيات الدولية

حتى تؤكد الجزائر موقفها المبدئي من قبول التحكيم في علاقات القانون العام صادقت على عدة اتفاقيات دولية أهمها اتفاقية نيويورك و اتفاقية واشنطن.

1- المصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1952

في سبيل تأكيد الجزائر لموقفها اتجاه قبول التحكيم في العلاقات التعاقدية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها، صادقت على اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وقد حدد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية بنص المادة الأولى والثانية ومفادهما اعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية و التزامها بتنفيذها طبقا لنظامها القانوني الداخلي.

وعلى الرغم من أن هدف هذه الاتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية، إلى أنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجاريا، ومن ثم يستوي أن يكون حكم التحكيم الأجنبي محل التنفيذ صادرا في منازعة تعاقدية مدنية أو تجارية أو إدارية.

وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية سنة 1988 وبذلك تعتبر هذه المصادقة بمثابة تحول في موقفها اتجاه نظام التحكيم، خاصة وأن المعاهدة تسمو على القانون، ولكن بالرجوع إلى المرسوم المتعلق بالمصادقة على اتفاقية التحكيم، نجد أن الجزائر تحفظت على نقطتين الأولى تتعلق بشرط التبادل والثاني

خاص بالطابع التجاري¹.

2- المصادقة على اتفاقية واشنطن 1995

صادقت الجزائر سنة 1995 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وبالرجوع الى هذه الاتفاقية نجد أنها قد أنشأت صرحا دوليا لفض منازعات الاستثمار والمتمثل في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار². ويعتبر هذا المركز الهيئة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب، ويقوم هذا المركز بإدارة العملية التحكيمية من خلال محكمين يعينون لهذا الغرض طبقا لنصوص الاتفاقية³.

إضافة لذلك فإن هذا المركز يتميز بالاستقلالية وقوة الزامية الأحكام التي يصدرها من جهة ومن جهة أخرى يراعي المراكز القانونية لأطراف النزاع من خلال تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة⁴.

كما أن نطاق اختصاص المركز طبقا لأحكام المادتين 25 و26 من المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، لا يقتصر على الدولة أو أحد أشخاص القانون العام التقليديين الأخرى التابعة لها، بل يمتد ليشمل المؤسسات التي تتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية عن الجهة الإدارية التي أنشأتها شريطة أن تقوم الدولة المتعاقدة بتعيين المؤسسات والهيئات التابعة لها لدى المركز حتى يشملها الاختصاص مع بقاء حق هذه الأخيرة أي الدولة في سحب موافقتها من خضوع مؤسساتها لاختصاص المركز، إلا إذا كان

¹ محند عيبوط، التحكيم الدولي في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق عدد 3، الكويت، 2013، ص 622

² المادة 01 من المرسوم الرئاسي 346/95 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى. مرجع سابق.

³ يتم تعيين المحكمين طبقا لما تقتضي به الاتفاقية حيث تلتزم كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص لدى هذه الهيئة ويكون هؤلاء الأشخاص من جنسية الدولة المتعاقدة التي تولت التعيين، كما يمكن أن يكونوا من جنسيات مختلفة. ويشترط أن يكون المعينون في هيئة التحكيم من الشخصيات المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة في مجال القانون أو التجارة أو الصناعة.

⁴ محند عيبوط، مرجع سابق، ص 624

الطرف الآخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجود هذه المؤسسة¹.

ثانياً: الإجازة الصريحة للتحكيم في النصوص القانونية الوطنية

إن التعديلات التي مست القانون الاجرائي من خلال إعادة النظر في ما ورد في نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية²، وذلك إثر التعديل الذي طرأ عليها بموجب المرسوم التشريعي 09/93 والذي كرس لأول مرة "التحكيم الدولي"³، وذلك في الفصل السادس تحت عنوان "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"⁴.

وقد حدد المشرع من خلال هذا المرسوم ماهية التحكيم الدولي بموجب المادة 458 مكرر والتي نصت على أنه "يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

وبناء على ذلك فإن المشرع الجزائري يكون قد تبنى معياراً مختلطاً يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي⁵. وبالتالي التحكيم يسري على ما تبرمه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى من عقود دولية تتعلق بمصالح التجارة الدولية، دون المصالح الداخلية حيث يؤول الفصل في منازعاتها للقضاء الوطني.

و بمقتضى القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أقر المشرع صراحة لجوء الأشخاص العامة للتحكيم وذلك فقط إذا كان متعلقاً بالعلاقات الاقتصادية للدولة والصفقات العمومية

¹ محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن "الصفقات العمومية نموذجاً"، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015، ص 62

² المادة 3/442 من الأمر رقم 154/66 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الملغى. "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين طلب التحكيم"

³ المادة الثانية من المرسوم 09/93 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. " ... لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية "

⁴ المواد 458 إلى 458 مكرر 28 من المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، مرجع سابق.

⁵ كمال عليوش، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2004، ص 330

، وما دون ذلك فالأشخاص العامة لا يمكن لها أن تخضع للتحكيم¹.

ومن هذا فإن التحكيم في العقود الادارية أصبح معترفاً به صراحة، عكس ما حمله المرسوم التشريعي 09/93.

الفرع الثاني: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في عقود التفويض

إن الاشكال المطروح هنا هو مدى شمولية تطبيق أحكام التحكيم كآلية لتحفيز الاستثمار، بمعنى هل التحكيم مقتصر على عقود الصفقات العمومية فقط دون العقود الإدارية الأخرى كعقود تفويضات المرفق العام؟

يعتبر تكريس المشرع الجزائري للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص أجنبي، هو تأكيداً منه على احترام الالتزامات الدولية وذلك تطبيقاً للاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي وتحدد كيفية حل النزاعات الناشئة عنه.

فالتحكيم كآلية لتفعيل عقود الصفقات العمومية إنما يكون عندما يكون المتعامل المتعاقد شخص أو مؤسسة أجنبية. ومن هنا نكون أمام التحكيم الدولي الذي نص عليه قانون الاجراءات المدنية والادارية. والهدف منه هو تحفيز الأجانب للاستثمار في المرافق العام وفتح المجال أوسع للمنافسة وللسلطة المفوضة في البحث عن أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

فالتحكيم يشكل محور من محاور تفعيل عقود الصفقات العمومية والنهوض بالمرفق العام الجزائري وذلك من منطلق أنه، يفتح مجال أوسع للاستثمار، بالإضافة إلى منح أطراف العقد الضمانات الكافية للاستثمار في المرفق العام².

فاستراط التحكيم في العقود الإدارية مرتبط بالطرف المتعاقد مع الإدارة ، فإذا كان الشخص المتعاقد خاضع للقانون الجزائري فإنه لا ضرورة لإدراج بند التحكيم، وهذا هو الأساس في الإجابة على الإشكال

¹ المادة 1006 من القانون رقم 09/08 المتعلق بالاجراءات المدنية والادارية، '...لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية'. وعرفت المادة 1007 التحكيم بأنه " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

² نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 304

المطروح، لأنه بالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر خاصة أحكام المادة 05 و04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، نجد أن المرسوم لا يسمح للأشخاص الأجنبية بالمشاركة في الطلب على المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام. فالمفوض له يجب أن يكون خاضع للقانون الجزائري.

ومن هنا يكون اللجوء إلى التحكيم في عقود تفويض المرفق العام غير مشروع كونه لا يتطابق والنصوص القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر.

المبحث الثاني

تعزيز وترقية آليات مكافحة الفساد الإداري

إن نجاح عقود تفويض المرفق العام في الجزائر لا يرتبط فقط بالمعطيات القانونية والتقنية وإنما يرتبط بمعطيات ومحددات ذهنية وبيئية أهمها على الإطلاق هي الفساد في البيئة المحيطة بالتفويض خاصة إذا تعلق الأمر بالاختيار والرقابة أثناء التنفيذ، لهذا قد يحيد المرفق العام عن أهدافه الأساسية وتتأثر نوعية الخدمة العمومية، وبذلك فإن عقود التفويض التي من المفروض أن تزيد من مردودية المرفق العام وتحسن نوعية الخدمة العامة، تصبح بعيدة كل البعد عن هذه الأهداف وعن المصلحة العامة، وتغلب المصلحة الخاصة.

إن الفساد الإداري ظاهرة مركبة يكتنف جوانبها الكثير من الغموض ويرجع عوامل انتشارها إلى مجموعة من الأسباب والدوافع المتداخلة (المطلب الأول). ولهذا يجب توفير آليات قانونية فعالة لمحاربتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب الفساد الإداري ودوافعه

تختلف الأسباب المؤدية إلى تفشي الفساد وانتشاره في البلدان النامية ومنها الجزائر عنها في الدول المتقدمة، رغم أن طرق ممارسة الفساد الإداري متشابهة إلى حد كبير، وترجع الأسباب الأساسية في ذلك إلى الشبكة المعقدة من العوامل الإدارية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية والسياسية والتي توحد هذه العوامل معا في مركب واحد تتداخل عناصره وأبعاده، بحيث يصعب التمييز بينها تمييزاً واضحاً من الناحية العملية.

ولتشخيص أسباب الفساد الإداري في عقود تفويض المرفق العام ارتأينا إلى تقسيمها إلى أسباب

عامة وهي المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام، بالإضافة إلى العوامل السياسية والاقتصادية (الفرع الأول)، وإلى أسباب خاصة وهي المتعلقة مباشرة بعقود تفويض المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسباب العامة لتفشي ظاهرة الفساد الإداري

تنقسم الأسباب العامة للفساد الإداري إلى عنصرين أساسيين: عوامل وأسباب مرتبطة بالموظف العام، و بالمرفق العام التي يعمل بها الموظف العام (أولاً). وأسباب مرتبطة بالعوامل السياسية والاقتصادية (ثانياً).

أولاً: الأسباب المرتبطة بالموظف العام والمرفق العام

والتي بدورها تنقسم إلى أسباب مرتبطة بالموظف العام وأخرى بالمرفق العام.

1- **الأسباب المرتبطة بالموظف العام:** هناك العديد من الأسباب التي تؤدي بالموظف العام إلى الوقوع في الفساد الإداري وفي مقدمتها العوامل الشخصية والنفسية ومن أهمها:

الأسباب الوراثية والتي يقصد بها مجموع الدوافع المتعلقة بالحاجات الأساسية للإنسان والقدرات العامة، والقدرات العقلية الخاصة، وتتمثل الدوافع المتعلقة بالحاجات الأساسية للإنسان والتي لا غنى للفرد عن إشباعها، حتى يبقى على قيد الحياة في: الأكل والشرب، والمسكن... وقد يؤدي النقص في إشباع الحاجات الفسيولوجية إلى إصابته بالقلق والتوتر والتفكير الدائم في كيفية إيجاد مصادر أخرى¹ لإشباع النقص الأمر الذي يوقع الموظف في الفساد الإداري².

أما القدرات العقلية العامة كالذكاء والغباء فلها تأثير على الأعمال الإدارية للموظف، فإذا انخفض ذكاء الفرد إلى الغباء والقصور العقلي فإن ذلك سيدفع الموظف إلى عدم التمييز بين السلوك السوي والسلوك المنحرف، الأمر الذي قد يوقعه في الفساد الإداري، وهذا الأخير غير مرتبط بالنقص العقلي فقط ولكن يوجد في الكثير من الحالات المرتبطة بالذكاء والقدرات العقلية الخارقة، وذلك عندما يتعلق الأمر بجرائم التزوير والاحتيال والرشوة والاختلاس³.

¹ محمد الصيرفي، أخلاقيات الموظف العام، دار الكتاب الاسكندرية، 2007، ص 74

² عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 74

³ محمد الصيرفي، مرجع سابق، ص 75

2- العوامل المتعلقة بالمرفق العام أو الوظيفة العامة: هناك العديد من الأسباب المتعلقة بالمرافق

العامة التي تخلق بيئة عمل تساعد على انتشار الفساد الإداري داخلها والتي يمكن اجمالها في ما يلي:

1-1 الأسباب الإدارية للفساد الإداري: إن للفساد الإداري ارتباط وثيق بالبيئة الداخلية للمرافق

العامة، فله ظروف مشجعة ومحفزة¹.

ومن أبرز العوامل الإدارية التي تساعد على انتشار الفساد الإداري داخل المرافق العامة هي:

تضخم الجهاز الإداري : ويتمثل في إسراف القيادة الإدارية والسياسية العليا في تعيين بعض الأنصار والأتباع بصرف النظر عن كفاءتهم وحاجة المنظمة إليهم². ولهذا آثار سلبية على سير العمل الإداري، بعض منها يدخل ضمن مظاهر الفساد الإداري كالإهمال والتكاسل والمحاباة والمحسوبية والرشوة كوسيلة لإنهاء الخدمة.

ضعف الرقابة والمساءلة الإدارية : تعتمد الكثير من الإدارات على المتابعة المكتبية دون الميدانية، أو على معلومات غير كاملة مستسقة من مصادر مشبوهة، مما يجعل العملية الرقابية دون جدوى، الأمر الذي يساعد على فتح المجال لتوغل الفساد. فالرقابة تمثل صمام الأمان للعملية الإدارية، فهي وظيفة مهمتها التثبت من صحة الاتجاه نحو الهدف وتقويم هذا الاتجاه إذا انحرف³.

عدم موضوعية طرق التوظيف والترقية في الإدارة العامة: من بين مظاهر انتشار الفساد الإداري هو عدم وضع الإنسان المناسب في المكان المناسب، لهذا فإن نجاح الإدارة في تنفيذ مهامها يتوقف إلى حد كبير على مدى حسن اختيارها الموظف الكفاء وتعيينه في الوظيفة التي تتلاءم ومؤهلاته وقدراته واستعداداته.

إلا أن الشيء الملاحظ أن سياسات التوظيف والترقية في الدول النامية لا تحترم المبادئ والمعايير الموضوعية في تعيين الموظفين وترقيتهم وإحالتهم على التعاقد، الأمر الذي يؤدي إلى تفشي كثير من

¹ عامر كيسي، الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتحليل والمعالجة، المجلة العربية للإدارة عدد 01، عمان، 2000، ص 98

² محمد الصيرفي، مرجع سابق، ص 78

³ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 75

مظاهر الانحراف في العمل الإداري، ويرجع ذلك إلى عوامل أهمها¹:

- تداخل العوامل السياسية في الاختيار والتعيين لبعض الوظائف الحكومية؛

- عدم إتاحة فرصة الالتحاق بالوظائف العامة أمام الجميع ؛

- إعطاء أفضلية لفئات على حساب أخرى في شغل الوظائف العامة.

عدم مواكبة سياسة الأجور للظروف الاقتصادية ومتطلبات المعيشة: إن جمود وضعف سياسات الأجور والمرتبات والحوافز والمكافآت وعدم مواكبتها للظروف الاقتصادية والتغيرات الجذرية في المجتمع، يجعلها عاجزة عن توفير الحد الأدنى من مستلزمات العيش الكريم لشرائح الموظفين، فيضطرون إلى سد حاجياتهم بوسائل وطرق غير مشروعة، كقبول الرشاوى والهدايا².

تخلف القيادة الإدارية وفسادها: إن نقص المعرفة الوثيقة بالعمل الإداري لدى المديرين وتخلف القيادات الإدارية، حيث يكون العمل يتطلب معرفة ومهارة تفوق معرفتهم ومهارتهم، الأمر الذي ينعكس سلبا على أداء العمل، مما يؤدي إلى تفشي أنواع مختلفة من الفساد. والقيادات الإدارية يجب أن تكون تجسيد حي لكل المثاليات حتى تكون قدوة صالحة وسدا منيعا في وجه الفساد أما انتشاره بين مستويات العليا للإدارة فإنه يؤدي حتما إلى تجرأ صغار الموظفين إلى سلوكهم الفساد³.

1-2 الأسباب القانونية والقضائية للفساد الإداري: إن هناك مجموعة من الأسباب القانونية

والقضائية التي تساهم في انتشار وتوسع ظاهرة الفساد الإداري ولعل أبرزها هي:

التسرع في إصدار تشريعات كثيرة خاصة بالإدارة العامة: إنه من بين أهم منافذ الفساد هو الإسراف والتسرع في إصدار تشريعات وتداخلها بما يسميه البعض التلوث القانوني، حيث تنطوي على عيوب الصياغة القانونية الشكلية والموضوعية كالتناقض والغموض والنقص والتعارض بين القوانين، وكذلك كثرة التعديلات على هذه التشريعات رغم حدوثها، كل هذا يؤدي إلى خلل في المنظومة القانونية وعجزها على مكافحة والحد من الفساد الإداري.

¹ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 75

² عامر كبيسي، مرجع سابق، ص 99

³ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 76

تعطيل وعدم تطبيق النصوص القانونية : ويرجع السبب في ذلك إلى ضعف السلطة القضائية وذلك من خلال المحاباة والمجاملة والتساهل لصالح الأقوياء والأغنياء وذوي النفوذ على حساب الضعفاء والإجراءات الروتينية المعقدة وهذا سواء من طرف الإدارة العامة أو القضاء¹.

جمود وقصور الكثير من القوانين: وهنا يقتصر الحديث عن النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة الفساد الإداري سواء كانت جزائية أو إدارية، فقصورها وعدم تنظيمها للسلوكيات الفاسدة المستجدة التي ينفذ منها المحتالين والفاستدين مستغلين الفراغ أو السكوت القانوني عنها، كما قد تكون هذه القوانين والتنظيمات قديمة وغير مراكبة للواقع فتظل حبرا على ورق. هذا بالإضافة إلى عدم سن التشريعات والأنظمة الصارمة المصحوبة بالإجراءات العقابية والردعية للحد من الفساد الإداري وتجريم كل صوره وأشكاله، ومتابعة تنفيذها لتتلاقى جوانب القصور والنقص وسد الثغرات فيها بما يتماشى والتحويلات والتغيرات في المجتمع ويواكب أساليب الإدارة الحديثة².

ثانيا: الأسباب الخارجية للفساد الإداري

ويقصد بها الأسباب التي تكون غير مرتبطة بالموظف العام أو المرفق العام بل هي وليدة العوامل الاقتصادية والسياسية وتساعد في تكريس الفساد الإداري.

1- العوامل السياسية: تعتبر الأسباب السياسية في تفتشي ظاهرة الفساد الإداري أخطر الأسباب وذلك لأن المستويان الأدنى تحتمي وتنتشر بقياداتها المتواطئة معها.

وفي مايلي تفصيل العوامل والأسباب السياسية المؤدية إلى ظهور وانتشار الفساد الإداري.

1-1 عدم الاستقرار السياسي : إن عدم الاستقرار السياسي يعني عدم استقرار السياسة الإدارية، نظرا لعدم وجود خطة تنمية إدارية مستقرة، لأن الأهداف الإدارية والخطط التنموية تتغير بتغير المسؤولين السياسيين كالوزراء مثلا، والذين بمجرد تعيينهم يغيرون السياسات الإدارية رأس على عقب، مما يؤدي إلى قطيعة مع المرحلة السابقة، وهذا يعيد العمل الإداري إلى الصفر نظرا لعدم استقرار الخطط

¹ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 77

² نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 305-

والبرامج الإدارية بحيث ينعكس سلباً على الأداء والأهداف الإدارية¹.

2-1 الانتخابات والفساد الإداري: يحدث الفساد السياسي من خلال الانتخابات واستقطاب المؤيدين وجمع التبرعات لها، ومحاولات كسب تأييد الناخبين بالوسائل التي تنسجم أو تتلاءم مع مطالب واحتياجات كل شريحة على انفراد، والتي تبدأ بتقديم الوعود الزائفة من قبل المرشح للانتخابات، وتنتهي بشراء الأصوات من الناخبين بمبالغ نقدية وعينية وبعدها يجد المرشح نفسه ملزماً بالبحث عن السبل التي تمكنه من استعادة المبالغ التي أنفقها للوصول إلى الحكم². وهكذا تصبح الانتخابات وسيلة للوصول إلى الحكم لمباشرة مختلف صور الفساد الإداري.

2- العوامل الاقتصادية: إن للعوامل الاقتصادية دوراً بارزاً في تفشي الفساد الإداري وذلك

راجع لعدة أسباب أهمها:

1-2 تأثير النظام الرأسمالي في تفشي الفساد: إن النظام الحر يعظم القطاع الخاص على حساب القطاع العام ويشجع أيضاً بيع المؤسسات العمومية للقطاع الخاص، ما يسمح للسماسرة والوسطاء والوكلاء بعقد اتفاقات ودفع العمولات لشراء الذمم والمساومة على الملكية العامة لصالح قلة من الرأسماليين، وهذا ما يروج له أنصار النظام العالمي الجديد الداعي إلى احتكار السوق وحرية التجارة والأسواق الحرة المنافسة، وكلها آليات تفتح الأبواب على مصرعها في وجه المفسدين والمستغلين لنفث سمومهم وتوسع دائرة نفوذهم³.

2-2 البطالة والفقر وتدني القدرة الشرائية: إن انخفاض مستوى دخل الفرد نتيجة التضخم وارتفاع الأسعار يجعل الدخل عاجزاً عن إشباع الحاجات الأساسية والضرورية، فيلجأ إلى الرشوة والاختلاس والاتجار بالوظيفة للحصول على المال بطريقة غير مشروعة من مختلف الوسائل المتاحة للجريمة⁴.

3-2 الشركات المتعددة الجنسيات والفساد الإداري: تؤثر الشركات المتعددة الجنسيات على الإدارة العامة في الدولة التي تنشط بها هذه الشركات العملاقة، فارتفاع درجة المنافسة الدولية في الوقت الراهن جعل من الرشاوي ودفع العمولات والتجسس الاقتصادي أدوات فعالة للحصول على العقود الإدارية في

¹ محمد الصيرفي، مرجع سابق، ص 93

² عامر كبيسي، مرجع سابق، ص 90

³ المرجع نفسه، ص 17

⁴ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 88

مختلف المجالات¹.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لتفشي الفساد الإداري في عقود تفويض المرفق العام

لا تختلف عقود تفويض المرفق العام عن عقود الصفقات العمومية في أهميتها، بل على العكس فعقود التفويض تعتبر عقود استثمارية بامتياز، فالمستثمر المفوض له يهدف إلى دخول مجال المرافق العامة من أجل الاستثمار وتحقيق الربح، وهو ما يجعلها ميدانا خصبا لتفشي الفساد بمختلف مظاهره لا يقل أهمية عن عقود الصفقات العمومية.

وتبرز مظاهر الفساد في مجال عقود تفويض المرفق العام في العديد من العناصر أهمها عدم احترام مبادئ ابرامها، وعدم مراعاة الموضوعية في اختيار المفوض له.

أولاً: عدم احترام مبادئ ابرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام

إن صور الفساد الإداري المتفشية في عقود التفويض متعددة وهي مصاحبة لجميع مراحل ابرامها ابتداء من اختيار أشكال التفويض ومرورا بإجراءاتها وشكلياتها وانتهاء باختيار صاحب التفويض ثم التنفيذ، فكل هذه المراحل هي عرضة لمخاطر الفساد.

والملاحظ من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 أنه لم يحدد إجراءات موحدة و خاصة بتفويضات المرفق العام كما سبق وأشرنا، بل أسندها إلى التنظيم، كما هو معمول به في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الخاص بالجماعات الإقليمية. بمعنى أن تطبيق مبادئ المنافسة والشفافية وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية في عقود تفويض المرفق العام لا تحكمها إجراءات موحدة بل تختلف حسب المرافق العمومية، هذا من شأنه التشجيع على تفشي مظاهر الفساد في ابرام هذه العقود. رغم أنه بالعودة إلى النص الفرنسي نجد أن الدافع الأساسي في تقنين عقود تفويض المرفق العام وتأطيرها وفق مرتكزات قانونية هو محاربة الفساد حتى أن القانون رقم 93-122 المنظم لعقود تفويض المرفق العام يتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية. وذلك وفق نظام قانوني عام وشامل وموحد.

¹ عبد العالي حاحة، مرجع سابق، ص 88

ثانياً: عدم مراعاة الموضوعية في اختيار المفوض له

بعد الإعلان عن عقود التفويض يفتح المجال للمنافسة بين جميع المرشحين الذين يهتمهم الأمر لتقديم عروضهم وفق الشروط المطلوبة وفي الأجل المعلن عنها، والسلطة المفوضة في هذه المرحلة ليست حرة في اختيار المفوض له الذي يحلو لها وإنما سلطتها أضحت مقيدة بمعايير موضوعية ودقيقة في الاختيار، وهذا لأجل ضمان نجاعة وقدرات المفوض له في النهوض بأعباء المرفق العام .

أما في حالة عدم مراعاة الموضوعية والدقة في اختيار المفوض له وذلك كالاستناد على معايير شخصية لمنح التفويض كالمحاباة أو الوساطة أو عدم الالتزام بإجراءات وشكليات اختيار المفوض له فإن ذلك يعد مظهراً من مظاهر الفساد.

المطلب الثاني: آليات الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال عقود التفويض

تعتبر تفويضات المرفق العام تقنية استراتيجية لتجسيد البرامج التنموية وتحقيق التنمية الشاملة، وتعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير المرافق العامة. ولكن قد تشوبها تجاوزات تؤدي إلى إهدار وتبديد المرافق العامة. هذا ما يحتم على المشرع الجزائري تأطير مجموعة الآليات للوقاية من الفساد (الفرع الأول) ومحاربه في مجال عقود التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آليات الوقاية من الفساد في مجال عقود التفويض

تعمل الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية على تشجيع النزاهة والأمانة وروح المسؤولية بين موظفيها وإضفاء الشفافية في تسيير الشؤون العمومية.

ووضع المشرع مجموعة من المبادئ يجب احترامها عند توظيف الموظف العام منها النجاعة والشفافية ومبدأ الجدارة والكفاءة، وكذلك دفع المرتب المناسب والتعويضات اللازمة، إعداد برامج تكوينية¹. وجرم الأفعال المنصوص عليها في المادة 02 من القانون رقم 01/06¹. ولأجل تأدية الإدارة

¹ المادة 211 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، " يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويناً مؤهلاً في هذا المجال " ونصت المادة 212 على أنه " يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد

العامة لمهامها بأحسن وجه ينبغي أن تكون عقود التفويض ضمن حدود وصلاحياتها ووفقا للنصوص القانونية والتنظيمية ويهدف القانون رقم 01/06 إلى:

- تسهيل ودعم التعاون الدولي في مكافحة الفساد؛

- إيجاد تدابير هدفها الوقاية من الفساد؛

- تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاع العام والخاص.

ولتحقيق هذه الأهداف في مجال عقود التفويض يجب وضع مجموعة من الآليات للوقاية من الفساد

وهي:

أولاً: مدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين

إن وجود مدونات قواعد السلوك على مستوى الإدارة والتي تتضمن مبادئ تشجع على النزاهة والأمانة ويخلق روح المسؤولية ومن ثم يضمن الأداء السليم للوظائف ويبعد الإدارة عن الفساد.

وهو ما أكد عليه المشرع في بشكل عام في قانون الفساد 06-01²، وبشكل خاص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. إذ نصت المادة 88 منه على أنه " تعد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم، مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوافق عليه الوزير المكلف بالمالية.

يطلع الأعوان العموميون المذكورون أعلاه على المدونة، ويتعهدون باحترامها بموجب تصريح.

المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم".

¹ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 ، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006

² المادة 07 من قانون رقم 01/06 نصت على أنه " من أجل دعم مكافحة الفساد، تعمل الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية، على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها، لا سيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية والعهد الانتخابية". وتنص المادة 08 منه على " يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد"

كما يجب عليهم الإمضاء على تصريح بعدم وجود تضارب المصالح. ويرفق نموذجاً هذين التصريحين بالمدونة".

ثانياً: الإعداد المسبق لشروط المشاركة وتحديد طرق اختيار المفوض له

تعمل السلطة المفوضة قبل الإعلان للمنافسة بإعداد الشروط المتعلقة بموضوع التفويض، وطريقة منحه والوثائق المطلوبة من المرشحين والمعايير التي يعتمد عليها في انتقاء المفوض له، والأحكام المتعلقة بتنفيذ عقد التفويض.

ثالثاً: تنظيم إجراءات إبرام عقود التفويض

تنشأ لجنة مختصة بدراسة وتقييم العروض لدى كل سلطة مفوضة وفقاً للإجراءات القانونية والتنظيمية تثبت صحة تسجيل العروض وتعد قائمة المتعهدين وتبين الوثائق التي يتكون منها كل عرض، وتحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة، وتدعو المتعهدين كتابياً لاستكمال عروضهم التقنية بالوثائق المطلوبة عند الاقتضاء وتحرر محضر بعدم جدوى العملية عند استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض.

وأيضاً تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع العقد ولمحتوى دفتر الشروط، وتقوم بدراسة العروض للمرشحين الذين تم انتقائهم.

تمكن المنافسة السلطة المفوضة من تحليل العروض ومنحها حرية اختيار العرض الأفضل لها من حيث المزايا الاقتصادية، بتجسيد مبدأ المساواة في معاملة المتعاملين وشفافية الإجراءات.

رابعاً: سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تنشأ سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير، وتتولى هذه السلطة مجموعة من الصلاحيات أهمها¹:

- إعداد تنظيم تفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه؛
- إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بتفويضات المرفق العام؛

¹ المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق

- التدقيق في إجراءات إبرام تفويضات المرفق العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة.

الفرع الثاني: آليات مكافحة الفساد في مجال عقود التفويض

لمعرفة كيفية اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بتفويضات المرفق العام، لأن مخالفة إجراءات إبرام هذه العقود تعد جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات وقانون مكافحة الفساد إذا كان الهدف منها منح امتيازات غير مبررة للغير أو الحصول على فائدة منها.

كرس المشرع مجموعة من المبادئ منها المتعلقة باحترام قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وحسن اختيار المفوض له، وأنشأ لحماية هذه المبادئ مجموعة من الهيئات الإدارية والقضائية تختص بمكافحة الفساد وتتمثل في:

أولاً: الهيئات الإدارية

وتتجسد الهيئات الإدارية في الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد والديوان المركزي لقمع الفساد.

1- **الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد:** تعد الهيئة الوطنية سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتعمل على تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد ومهمته اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد بتقديم توجيهات استشارية تخص الوقاية من الفساد ولها مهام ذات طابع استشاري تعمل على تجسيد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الأموال العمومية، رغم أنها تسمى بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، لكن يتبين أن دورها هو الوقاية من الفساد، تستعين بالنيابة العامة في جمع الأدلة والتحري عن الوقائع التي لها علاقة بالفساد، إذا تبين أن الوقائع ذات وصف جزائي يحال الملف إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية. ترفع تقرير سنوي لرئيس الجمهورية يتضمن تقييم الأنشطة التي لها علاقة بالوقاية من الفساد ومكافحته وتبين النقائص والتوصيات المقترحة¹.

2- **الديوان المركزي لقمع الفساد:**² يختص الديوان المركزي بالبحث والتحري عن جرائم الفساد،

¹ المادة 2، 17-22 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومحاربه، مرجع سابق.

² المادتان 24 مكرر، 24 مكرر 1 من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010

ويمارس ضباط الشرطة القضائية التابعون للديوان المركزي مهامهم وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية وأحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. ويمتد اختصاصهم المحلي في جرائم الفساد المرتبطة بها إلى كامل إقليم الدولة.

لقد وسع المشرع الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان من أجل منحهم فرص أكبر لمكافحة الفساد¹.

ثانياً: الهيئات القضائية

الرقابة القضائية يباشرها القضاء بعد وقوع الأخطاء، لكن لها دور فعال إذ تحقق ضمانات أكثر للأفراد لما يتوفر في القضاة من الحياد والاستقلال للفصل في المنازعات وبعده عن المؤثرات السياسية.

رقابة القضاء الإداري: تنحصر سلطات القاضي المختص بالبحث عن مشروعية القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم المشروعية، والحكم بإلغائها إذا تم التأكد من عدم مشروعيتها بحكم قضائي ذي حجية عامة ومطلقة. ويختص القاضي الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد سواء في تكوينه أو في تنفيذه أو في إنهائه ويفصل في الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية².

تتخذ الإدارة مجموعة من القرارات الإدارية من أجل إبرام العقد وتسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة عن التفويض، كأن تقوم السلطة المفوضة بإصدار قرارات رفض الترشيح، قرار الإقصاء من التأهيل بحجة عدم المطابقة، قرار منح التفويض، قرار فرض الجزاءات، قرار فسخ العقد... الخ. هذه التصرفات تعد قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بإلغاء أمام جهة القضاء الإداري، يتم إلغاء القرار المفصل لعدم اختصاص السلطة التي اتخذته أو مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة... الخ.

بين المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية حل المنازعات التي تنشأ بخصوص إجراءات الإشهار والمنافسة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، حيث تخطر المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه بعريضة في حال الإخلال بالالتزامات بالإشهار والمنافسة في

¹ فريدة مزياني، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جامعة باتنة، 2014، ص 14

² المرجع نفسه، ص 15

مجال إبرام العقود الإدارية¹.

لقاضي الاستعجال أن يأمر الجهة المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامتثال للالتزامات ويحدد له المدة القانونية التي يجب أن يمثل فيها، وفي حالة الامتثال يمكن للمحكمة المختصة أن تحكم بغرامة تهديدية².

يمكن للمحكمة الإدارية المختصة بعد الإعلان عن العقد وتبين أن هناك إخلال بالالتزامات أن تأمر بتأجيل إبرام العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين يوماً.

لقاضي الاستعجال على مستوى المحكمة الإدارية المختصة أن يأمر الجهة المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة بالامتثال للالتزامات، ويحدد له المدة القانونية التي يجب أن يمثل فيها.

بالغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة المنفصلة عن عقود التفويض يعمل القضاء الإداري على مكافحة الفساد الإداري.

رقابة القاضي العادي: نص المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جرائم الصفقات العمومية، حيث جرم الاعتداء على المال العام عند إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية منها جريمة المحاباة، واستغلال النفوذ وقبض عمولات من الصفقات والحصول على امتيازات غير مبررة³.

تقتضي القواعد العامة أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص، فالأصل أن كل الأفعال مبررة إلا ما تم تجريمه بواسطة قانون، وهو الإشكال الذي يتمحور هنا والمتعلق بمدى إمكانية تطبيق جرائم الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام؟

يجب الوقوف عند الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ومعرفة مدى إمكانية تكيفها مع عقود تفويض المرفق العام.

جرم المشرع فعل الحصول على امتيازات غير مبررة بموجب أحكام المادة 26 من قانون الفساد إذ نصت على أنه " كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالف لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين

¹ المادة 804 من القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² المادة 946 من نفس القانون.

³ المواد 26، 27، 34، من قانون رقم 01/06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومحاربتة، مرجع سابق.

المرشحين وشفافية الإجراءات". والغاية من وراء تجريم هذا الفعل هو ضمان المساواة بين المرشحين ومكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين. وقيام هذه الجريمة تقتضي توافر صفة خاصة في الجاني، وهي أن يكون موظف عمومياً، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد الإداري. وبطبيعة الحال فإن عملية إبرام عقود التفويض تتم من قبل موظف عمومي. بالإضافة أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في النشاط الاجرامي وهو قيام الموظف بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. فالمشرع لم يقتصر هذه الجريمة على الصفة العمومية فقط، بل جاءت عامة ودون تخصيص لنوع معين من العقود التي تبرمها الإدارة والتي تكون عقود تفويض المرفق العام منها.

وهو نفس الأمر لباقي الجرائم فإن المشرع يأخذ بصفة عامة كل العقود التي تبرمها السلطات العامة سواء كانت عقود إدارية أو عقود الإدارة.

غير أن المشرع عليه مراعاة مدى خصوصية عقود تفويض المرفق العام لأن الغرض من تقيدها بمبادئ المنافسة والشفافية ليس تقييد الإدارة في حرية تسيير مرافقها بل إضفاء الشفافية على إجراءات المنح، وتبقى سلطة الاختيار والتفاوض محفوظة يمكن للإدارة استعمالها، ولكن ضمن نطاق وحدود الأفعال المبررة قانوناً. وذلك لأن السلطة المفوضة تتمتع بسلطة إنشاء المرافق العامة وتنظيمها ومن ثم تحديد طرق ووسائل إدارتها واستثمارها، فهي تستند إلى سلطتها الاستثنائية¹ في الاختيار بين أسلوب الإدارة المباشرة أو أسلوب الإدارة الغير مباشرة والمتمثلة في التفويض باعتبار أن الاختيار يشكل مسألة الملاءمة يعود تقديرها للشخص العام المسؤول عن المرفق العام وفقاً لحاجياته وقدراته.

¹ Pierre.Delvové. L'acte administratif, Sirey collection droit public. Paris 1983. P07

خلاصة الباب الثاني

ما يمكن استخلاصه من دراسة آليات تفعيل عقود تفويض المرفق العام، هو التباين بين المشرع الفرنسي والجزائري في كيفية إبرام هذه العقود و أيضا في آليات تنفيذها.

فالمشرع الفرنسي وضع نظاما قانونيا خاصا بإبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، والذي حدد فيه مجموعة من القيود والضوابط سواء تلك المتعلقة بإجراءات اختيار صاحب التفويض، أو تلك العائدة إلى مدة العقد وتمديده، أو إلى دوافع اختيار الصورة المناسبة للتفويض التي تتلاءم مع طبيعة المرفق وتهدف هذه الضوابط إلى تحقيق الشفافية والمساواة في ادارة المرفق العام وتأمين حسن تنفيذها.

كما حدد المشرع الفرنسي آليات خاصة بتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، كالرقابة والتي تمتاز بالتنوع. فهي رقابة إدارية ومالية وقضائية. وتمتاز بالشمول، وايضا حدد بدقة كيفية ممارسة سلطة تعديل العقد من السلطة المفوضة، كما حدد المشرع كيفية التنازل عن عقد التفويض للطرف الثالث، ليس عن طريق التعاقد من الباطن فقط ، بل يمتد ليشمل التفرغ والذي يعتبر إجراء تمتاز به عقود تفويض المرفق العام.

عكس المشرع الجزائري الذي سعى إلى تغيير النظام القانوني لإبرام عقود الصفقات العمومية محاولا إيجاد نظام قانوني يتوافق مع إبرام الصفقات العمومية وينظم عقود تفويض المرفق العام. فالمشرع وإن وضع مفهوم عام وشامل يوطر عقود تفويض المرفق العام وفق مرتكزات قانونية بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، إلا أنه لم يفوق في وضع نظاما قانونيا موحد يكفل إبرام وتنفيذ هذه العقود، كما هو معمول به في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي اقتصر تنظيمه على الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها فقط.

فالمشرع في تنظيمه لعقود تفويض المرفق العام انطلق من فكرة تنظيم عقود تفويض المرفق العام وفق نظام قانوني عام وموحد، ليصل إلى فكرة التنظيم الإقطاعي لكل مرفق عام على حدا بإجراءات خاصة تكفل إبرام وتنفيذ عقد التفويض.

لكن يبقى على المشرع اصدر المزيد من المراسيم التنفيذية لتفعيل إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، والتأكيد على بعض الخصوصيات كون ما أتى به غير متكامل ولم يرتق بعد إلى مصف النظم القانونية المتكاملة، بالأخص إذا تم مقارنته مع المنظومة القانونية الفرنسية.

وذلك لان نجاح عقود تفويض المرفق العام في الجزائر لا يقف عند تحديد آليات قانونية تضمن

حسن اختيار المفوض له وأيضا تأطير نظام قانوني يكفل حسن تنفيذها، بل الأمر يمتد ليشمل العديد من الآليات القانونية التكميلية التي يجب على السلطات المعنية توفيرها، لنتمكن من الحديث عن مردودية المرافق العامة المسيرة وفق هذه العقود والتي من أهمها إقرار الطرق الودية كألية لحل النزاعات التي تنشأ بين السلطة المفوضة والمفوض له، وأيضا خلق آليات قانونية تحارب الفساد وتحفز المستثمرين للاستثمار في المرفق العام عن طريق هذه العقود.

خاتمة

لقد كانت للتجربة الفرنسية المتنوعة والغزيرة في عمليات إدارة واستثمار المرافق العامة وقعها الذي بدأ منذ القرن الثامن عشر وشمل في تأثيره الكثير من الدول منها الجزائر. لهذا الاعتبار وجدنا من الأنسب بحث موضوع تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر. وذلك ضمن إشكالية : إلى أي مدى يمكن لأسلوب تفويض المرفق العام أن يؤدي دوراً في تحسين المرافق العامة ويصل بها للمردودية والنجاعة المرجوة، مقارنة مع طرق التسيير التقليدية ؟ وتوصلنا بذلك إلى جملة من النتائج والاقتراحات.

إن تفويض المرفق العام كمصطلح حديث بات يستخدم في إطار سياسة تحديث المرافق العامة ونظراً للمرتكزات القانونية المشروطة لقيامه من ناحية بالإضافة إلى القواعد والمبادئ التي يخضع لها من ناحية أخرى، أصبح يشكل فئة قانونية مستقلة له نظامه القانوني الخاص مختلف عن العديد من المفاهيم والنظريات الأخرى .

إن مفهوم تفويض المرفق العام ليس بالجديد في مجال تسيير المرافق العامة سواء في فرنسا أو الجزائر، بل هو امتداد لعلاقة قديمة تم تحديثها بإطار قانوني عام وشامل يقوم على مجموعة من المرتكزات القانونية، وهي وجود مرفق عام يكون قابل للتفويض، وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له، وضرورة الاستثمار كعنصر حاسم في تحديد هذا المفهوم.

إن تبني النظام القانوني لتفويض المرفق العام سواء في فرنسا أو الجزائر يهدف إلى تحقيق العديد من النتائج على المرافق العامة أهمها:

تكريس حرية واسعة للشخص المعنوي العام في اختيار طرق إدارة المرافق العامة بغض النظر عن طبيعتها، فالمشرع وفي ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز كرس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلى إذا نص القانون على ذلك، بمعنى أن كل المرافق العامة غير قابلة للتفويض ما عدا تلك التي صدر نص قانوني صريح بإباحة الامتياز فيها ، أما حالياً فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك.

كما أن تفويض المرفق العام لا ينحصر في فئة محددة فهو يأخذ أشكالاً وصوراً متعددة حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحملة المفوض له ورقابة السلطة المفوضة. فإذا كان موضوع تفويض المرفق العام يتطلب بالضرورة إنشاء منشآت عامة. فالغالب ما يكون امتياز المرفق العام هو الوسيلة المختار من جانب السلطة المفوضة، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن الخيار قد يتحدد في عقد الإيجار أو عقد التسيير أو الوكالة المحفزة ، أما إذا أرادت السلطة المفوضة

تحميل المفوض له كامل مخاطر الاستثمار أو الجزء الأكبر منها فإن أسلوب الامتياز والإيجار يشكلان إحدى الوسائل الملائمة لذلك. ويضاف إلى هذا رغبة السلطة المفوضة التي قد تتجه إلى فرض رقابة أكثر شمولية، فتختار طريقة امتياز المرفق العام أو الإيجار، أما إذا أرادت ممارسة رقابة محدودة فتختار في هذه الحالة طريقة عقد التسيير أو عقد الاستغلال والمشاطرة. والملاحظ أن هذه العقود ليست محصورة بل هناك عقود أخرى غير مسماة يمكن أن تكون أحد صور عقد تفويض المرفق العام.

إن المشرع وفي تبني تقنية تفويض المرفق العام، يسعى إلى تحقيق العديد من النتائج التنظيمية والبنوية أهمها، استخدام أموال القطاع الخاص كمصدر أساسي في تمويل المرفق العام، مما يخفف من اللجوء إلى سياسة الاقتراض، بمعنى الحد من التمويل المباشر للمرفق (إبرام الصفقات العمومية). توفير القدرة على تسريع مشاريع التنمية، بدلاً من الانتظار لفترات طويلة لتأمين الاعتمادات المالية اللازمة. الاستعانة بخبرات وفعالية القطاع الخاص في إدارة واستثمار المرفق العام، والتي ستنتقل لاحقاً إلى السلطة المفوضة، بالإضافة إلى تحمل القطاع الخاص كل أو جزء من مخاطر وأعباء التشغيل، والتي كان من الممكن أن يتحملها القطاع العام. تبادل التكنولوجيا وتدريب العمال المستخدمين لتسيير المرفق العام بعد نهاية عقد تفويض المرفق العام.

هذا على صعيد النتائج المشتركة بين النظام القانوني الفرنسي والجزائري في تكريس تقنية تفويض المرفق العام، أما على صعيد النتائج المختلفة يتبين أن التجربة الجزائرية ما تزال دون مستوى النجاح الذي حققته التجربة الفرنسية في مجال إدارة واستثمار المرافق العامة.

المشرع الفرنسي أوجد لتقنية تفويض المرفق العام مدفوعاً باجتهادات وأراء مجلس الدولة، وأيضاً باقتراحات وسياسات الحكومات المتعاقبة، ديناميكية جديدة وذلك تحت تأثير عوامل قانونية وسياسية.

فعلى المستوى القانوني، فقد توصل المشرع الفرنسي إلى وضع إطار قانوني عام، يشمل كل تطبيقات تقنية تفويض المرفق العام في قانون Sapin لعام 1993 وما تبعه من قوانين لاحقة، وصولاً إلى الأمر رقم 2016/65 الذي عزز هذه التقنية بأليات قانونية تلخص كل الاجتهادات القضائية والفقهية.

وقد هدف المشرع الفرنسي من هذه القوانين إلى التوفيق بين فكرتين، الأولى تمكين الأشخاص العامة من تفويض مرافقها العامة وفقاً للمرونة والشفافية، الموجودة في القطاع الخاص من ناحية، وأيضاً في إطار الضوابط المستمدة من المرافق العامة من ناحية أخرى. أما الثانية فتتمثل في تأمين المصلحة العامة بأقصى الحدود، من خلال الحفاظ على المال العام وذلك بوضع قواعد تصل إلى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 بتحديد مفهوم وصور هذه التقنية مع إحالة قواعد إبرامها إلى التنظيم دو تخصيص آليات قانونية موحدة وخاصة بعقود التفويض .

ولعل الأهمية والغاية من دراسة هذا الموضوع تكمن في تسليط الضوء على درجة نجاح تقنية تفويض المرفق العام في الجزائر أو إخفاقها في تحديث المرافق العامة، إزاء التجربة الفرنسية كنموذج للمقارنة من ناحية، وأيضاً التوصل إلى حلول واقتراحات من شأنها تعزيز مساوئ التجربة الجزائرية في عمليات إدارة واستثمار المرافق العامة. بغية تحقيق مستوى من النجاح أسوة بتجارب الدول الأخرى، التي عبرت عن تحديثها للمرافق العامة عبر جعل الأخيرة في مرتبة منافسة للقطاع الخاص من ناحية أخرى.

أما عن أهم الاقتراحات التي تستطيع هذه الرسالة تقديمها تكمن في الآتي:

ضرورة إجراء عملية مسح شاملة للقطاع العام، لتحديد حجمه ومواطن ضعفه، ومدى قدرته على منافسة القطاع الخاص، ومعرفة الجدوى الاقتصادية والمالية والاجتماعية العائدة له، وذلك بغية تشخيص الاختلالات التي يعاني منها، واجاد الحلول التي تتلاءم مع خصوصيته.

ضرورة وضع المشرع الجزائري إطاراً تشريعياً عاماً وشاملاً، لكيفية منح عقود تفويض المرفق العام ، بواسطة قانون يرتق إلى مصف التشريعات العادية وليس التنظيمية، وذلك لضمان عدم التداخل بين المفاهيم خاصة وأن أغلب عقود الامتياز كرسست بموجب تشريعات عادية.

ضرورة وضع آليات قانونية خاصة وموحدة بإبرام وتنفيذ عقود التفويض مراعاة للخصوصية التي تبقى ملازمة لهذه العقود، وهذا من أجل تعزيز الرقابة ومنع التحايل على القوانين أو التأثير على نزاهة إبرام وتنفيذ هذه العقود.

ضرورة توفير الاستقرار السياسي داخل الدولة لأنه من دون هذا الاستقرار تضطر الدولة إلى التدخل بشكل واسع من أجل تأمين حسن تنفيذ العقد، وهو ما يؤدي إلى إحجام المستثمرين عن المشاركة في عقود تفويض المرفق العام.

إنشاء أجهزة رقابة فعالة على المستويات الإدارية والمالية والتقنية تكون كفيلة بمراقبة شروط تنفيذ عملية التفويض وكذلك مراقبة مداخل المستثمر.

تحديد وضبط التعريفات التي يحصل عليها صاحب التفويض من المستفيدين من خدمات المرفق العام، لا سيما تلك التي توجد على تماس مباشر مع حاجيات المواطنين، لأنه لا يجوز إثراء الشركات التي تتولى إدارة المرافق العامة على حساب المواطنين.

إصدار قوانين تشجع وتدعم المؤسسات الوطنية الخاصة على الاستثمار في مجال المرافق العمومية، فبالجوع إلى النظام القانوني الفرنسي كما سبق وأشرنا أن من عوامل نجاح هذا الأسلوب في فرنسا هو قوة الشركات الخاصة الفرنسية.

تطوير وتحديث قوانين مكافحة الفساد، لأن نجاح تفويض المرفق العام لا يرتبط فقط بمعطيات قانونية وتقنية وإنما يرتبط بمعطيات ومحددات ذهنية وبيئية أهمها الفساد في البيئة المحيطة، خاصة إذا تعلق الأمر بالاختيار والرقابة أثناء التنفيذ.

تطوير وتحديث قانون الوظيفة العمومية، ليتلاءم مع وضع الموظفين العموميين في المرافق العمومية التي تكون محل تفويض إلى شخص خاص.

تكوين وتدريب الإطارات القادرة على تقييم الحاجة إلى إبرام عقود تفويض المرفق العام، وتحديد الأهداف المرجوة منه، بالإضافة إلى قدرتهم على اختيار المفوض له القادر على نهوض بأعباء المرفق العام.

قائمة المراجع

أولاً: المصادر و المراجع باللغة العربية

1- النصوص القانونية

- 1- القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ، عدد 53،
الصادرة سنة 1963
- 2- الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر، عدد 80،
الصادرة سنة 1966
- 3- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر، عدد 22 المعدل
والمتمم .
- 4- الأمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة في
30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- 5- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، ج ر عدد 34
الصادرة سنة 1982
- 6- القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها،
ج ر، عدد 35، الصادرة سنة 1982 المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986، ح
ر، عدد 35 الصادرة سنة 1986.
- 7- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالأموال الوطنية، معدل ومتمم بموجب
القانون 14/08 مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008
- 8- القانون رقم 90-33 المؤرخ في 25 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية، ج ر، رقم 56
الصادرة في 26 ديسمبر 1990.
- 9- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66/154
المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

-
- 10- الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 2001، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج ر العدد 48 الصادرة في 3 سبتمبر 1995.
- 11- قانون رقم 2000-03، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوية و اللاسلوية، ج.ر عدد 48 ، لسنة 2000.
- 12- الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خصوصيتها، ج ر العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001
- 13- القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، عدد 08 الصادر في 06 فيفري 2002.
- 14- القانون 04-10 المؤرخ 14 أوت 2004، يتعلق بالتربية الرياضية، ج ر، رقم 52 الصادرة في 18 أوت 2004.
- 15- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، الصادر في 4 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم
- 16- قانون 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات. ج ر عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005.
- 17- الأمر 05-07 المؤرخ في 23 أوت 2005، الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، رقم 59 الصادرة في 28 أوت 2005.
- 18- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 ، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006
- 19- القانون رقم 06-07 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المعدل لأحكام القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، رقم 47 الصادرة في 19 جويلية 2006.
- 20- القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 فيفري 2008 .
- 21- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010

22- القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011، والمتضمن قانون البلدية، ج ر، عدد 37 الصادر في 03 جويلية 2011.

23- القانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، ج ر، رقم 02 الصادرة في 15 جانفي 2012

24- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016 .

25- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية، ج ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 1988.

26- المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1955.

27- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50 الصادرة في 21 ديسمبر 2015.

28- المرسوم التنفيذي رقم 88-204 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 الذي يحدد شروط إنشاء العيادات الخاصة ، ج ر، العدد 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-380 المؤرخ في 13 أكتوبر 1992 ، ج ر، العدد 75 الصادرة في 18 أكتوبر 1992.

29- المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991 يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها. ج ر ، عدد 25 الصادرة في 29 ماي 1991.

30- المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر عدد 55 الصادرة في 25 سبتمبر 1996.

31- المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المؤرخ في 24 جوان 2003، المتعلق يحدد مضمون الخدمة العمومية للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، ج ر عدد 29. الصادرة في 29 جوان 2003.

- 32- المرسوم التنفيذي رقم 05-432 المؤرخ في 08 نوفمبر 2005، الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر، عدد 74 الصادرة في 13 نوفمبر 2005.
- 33- المرسوم التنفيذي رقم 07-371 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 الذي يحدد شروط إنشاء المؤسسات الاستشفائية الخاصة، ج ر، عدد 67 الصادرة في 24 أكتوبر 2007.
- 34- المرسوم التنفيذي رقم 08-53 المؤرخ في 09 فيفري 2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ، عدد 08 الصادرة في 13 فيفري 2008.
- 35- المرسوم التنفيذي رقم 10-92 المؤرخ في 14 مارس 2010، يتضمن إنشاء مؤسسات عمومية للنقل الحضري و شبه الحضري، ج ر، عدد 18 الصادرة في 17 مارس 2010 .
- 36- المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 يحدد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه، ج ر عدد 68، الصادرة في 10 نوفمبر 2010.
- 37- المرسوم التنفيذي رقم 10-318 المؤرخ في 21 ديسمبر 2010، المتعلق يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية في الأنظمة الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد وكذا دفتر الشروط المتعلق به. ج ر ، عدد 77. الصادرة في 22 ديسمبر 2010.
- 38- المرسوم التنفيذي رقم 11-220 المؤرخ 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 الصادرة 19 جوان 2011.
- 39- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48، الصادر بتاريخ 05 أوت 2018

2- الكتب العامة:

- 39- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، (ترجمة محمد صاصيلا)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 40- ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1966.

41- جورج فيدال و بيار دلفولفيه القانون الإداري، (ترجمة منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2001.

42- حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الأول :نظرية المرافق العامة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984.

43- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري : نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، 1979.

44- عبد الله حداد ، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى ، منشورات عكاظ، الرباط ، المغرب، سنة 2001.

45- عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر، 2008،

46- عيد قريطم، التفويض في الاختصاصات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

47- محمد الصالح صبحي، المردودية الاقتصادية، دار الكتاب، مصر، 2001.

48- محمد الصيرفي، أخلاقيات الموظف العام، دار الكتاب الاسكندرية، 2007.

49- ناصر لباد، القانون الإداري (الجزء الثاني: النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، مطبعة SARP ، 2004.

50- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

3- الكتب المتخصصة:

52- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة)، دار الكتاب، مصر، 2003.

53- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

54- إلياس القاضي ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.

-
- 55- جابر جاد ناصر، العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، 2004.
- 56- خيرى خليل الجميلي، التنمية الإدارية في الخدمات الاجتماعية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1997.
- 57- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- 58- شفيق جورجى ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
- 59- كمال عليوش، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 60- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، 2008.
- 61- محمد أمين بوسماح (ترجمة رحال بن عمر و رحال مولاي إدريس)، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 62- محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995.
- 63- محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 64- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر بغداد، 1989.
- 65- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- 66- مهند مختار نوح الإجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- 67- نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 68- هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

69- هاني عبدالرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، 2007

70- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير:

- الرسائل:

71- عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014

72- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012

73- فراح رشيد، سياسة إدارة الموارد المائية في الجزائر ومدى تطبيق الخصخصة في قطاع المياه في المناطق الحضرية، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير فرع التخطيط، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 03، 2010-2011.

74- مراد بالكعبيات، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012.

75- نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة، سنة 2011-2012.

-المذكرات:

76- بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، 2001-2002.

77- سعاد بودودة، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة الجزائر -يوسف بن خدة- بدون تاريخ مناقشة.

78- محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن " الصفقات العمومية نموذجاً"، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014-2015.

79- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1996.

5- المقالات:

80- أبو بكر أحمد عثمان، ابرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة قانون و الأعمال، جامعة الشارقة، 06 أبريل 2017

81- جوزيف زين الشدياق، تفويض السلطة وتفويض التوقيع في الحق الاداري، المقالات الحقوقية، 1969.

82- خالص صافي صالح، من أجل رقابة تسيير ذات فعالية في المؤسسات العمومية الاقتصادية، مجلة إدارة المجلد 10 العدد 01، سنة 2000

83- فريدة مزياني، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان 2014.

84- عامر كيسي، الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتحليل والمعالجة، المجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عمان، عدد 01، 2000.

85- محند عيبوط ، التحكيم الدولي في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق الكويت، عدد 3، 2013.

86- نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات، تصدر عن عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، المجلد 25، علم الشريعة والقانون، العدد 02، كانون الأول، 1998

6- المدخلات:

86- أحسن عمروش، ماهية المرفق العام، أعمال الملتقى الدولي حول المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جلاي بونعامة خميس مليانة، يومي 22 و 23 أفريل 2015.

87- موسي عتيقة، الامتياز كوسيلة لتسيير المرفق العام في إطار التحولات الجديدة في الجزائر مع دراسة تجربة الجزائر في مجال الطيران المدني، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص المنعقد أيام 27 و28 أفريل 2011. كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية.

ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

1- Législation

1- Constitution du 4 octobre 1958

2- DIRECTIVE 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989.et Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 et directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

3- DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE. N° L 134/114, 30.4.2004.

4- DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014.

5- DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE n° L 94/65 le 28.3.2014.

6- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

7- Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF n°4 du 5 janvier 1991 page 236

8- Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992.

9- 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.

10- Loi n° 1168-2000 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001. modifiée et complétée. La loi 93-122.

11- Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, JORF n°0162 du 16 juillet 2009

12- loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et plus généralement sur les GIP voir le chapitre II de cette même loi. JORF n°0115 du 18 mai 2011 .

13- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016.

14- Décret n°86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration.

15- Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs, JORF n°0099 du 27 avril 2017 texte n° 24

2- Ouvrages généraux:

16- André. De Laubadère, traité de droit administratif, tome 1, 08 éd, LGDJ, 1980

17- Armand.Laferrère, Finance Publique , La documentation française, Paris 2000

18- Gaston Jeze. Les Principes Genereux du Droit Administratif , 3emme edition , Paris 1934

19- George Vedel , Droit Administratif , 4eme ed. Paris 1968

20- Jacques Chevallier, Fondements idéologiques du droit administratif Français, Tome 2.édition PUF. Paris 1979

21- Jean Rivero, Existe til un critere du droit administratif, RDP, 1953

22- Léon.Duguit, Droit constitutionnel, Tome 2, 3 ème édition, 1928

23- Pascal Quiry et Yann Le Fur Pierre Vernimmen, Finance d'Entreprise, dalloz, 2010

24- Paul Lignières , Partenariats publics privés. Lites.Paris 2000

25- Pierre Délvolvé, le droit administratif, Dalloz, collection connaissance du droit , 1994

26- René Chapus, droit administrative générale, Edition Montchrestien 1998.

27- René Chapus , droit administratif général. Tom 2 , Edition Montchrestien. Paris 2000

28- Marcel Waline, Traite de droit Administratif, Paris, 1963

3-Ouvrages spéciaux:

29- Amel Aouij Mrad, droit des services public, E.N.A centre de recherche et l'études administratives tunis, 1998.

30- André.de laubadère. Traité théorique et pratique des contrats administratif. Tome 1. Paris 1956

31- André.DE Laubadère , F.Moderne, P.Dévolvé, traité des contrats administratifs, LGDA, tome 1, 2emè édition , Paris , 1983.

32- Auby et Ducos , Grands service public et entreprises nationales , PUF, Paris 1975.

33- Dominique Laurent et Olivier Rousset , convention de délégation de service public local et loi sapin, la transparence dans le brouillard, petites affiches 11 Mars 1994.

34- Cheristian Bettinguer, la gestion déléguée des services public dans le monde concession ou Bot, Edition Berger Levrault Paris, 1997,

35- Claudie Boiteau, les convention de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999 ,

36- Gilles J.Guglielmi, Introduction au droit des services public , LG.D.J. Paris 1994 .

37- Gilles J-Guglielmi et KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000.

38- Jacques Chevallier, le service public, P.U.F Collection, que sais –je, Paris, 1997

-
- 39- Jean -De Soto, grands services publics, Monchrestien, Paris, 1971
- 40- Jean-Francois Lachaum, Claudie Boiteau, Méléne Pauliat, Grands services publics , édition Armand Colin , 2ème édition , Paris 2000
- 41- Jean-françois Auby, la délégation de service public, Guide pratique, Edition Dalloz, Paris 1997
- 42- Jean-françois Auby , le service public, édition du Moniteur, Pari, 2003.
- 43- Jean –françois la chaaume ,la notion de service public ,droit public centre de formation des personales. communaux ,édition económico ,tome : 02 , paris, 1987 .
- 44- Joël Carbajo, droit de services publics, Dalloz. Paris, 1997.
- 45- Laurent Richer., Droit des Contrats Administratifs , L G D J , 1995
- 46- Marguerite Canedo, le mandat administratif. LGDJ, Paris 2001
- 47- Paul Oriane, la loi et le contrat dans les concessions de service public, Maison Ferdinand larcier.S.A. Bruxelles ,1961.
- 48- Pierre Delvové. L'acte administratif, Sirey collection droit public. Paris 1983.
- 49- Rachid Zouaimia, la délégation de service public au profit de personnes prives, Edition Belkeise, Alger, 2013.
- 50- Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004.

4- Mémoires et Thèses :

- 51- Pascale Defline, Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics, Thèse, Ecole doctorale arts et métiers, Consrvatoire des arts et métiers, 2011

52- Yves Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administrative unilatéral, recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français, thèse ,Paris, 1971

5- Articles publiés :

53- Alexandre carpentier, le contrat de régie intéressé, Un labyrinthe juridique, petites affiches 29septembre, 1997

54- B. Touret , le régime juridique des concessions d'autoroutes. AJDA 1972.

55- Benammer Rahal, la concession de service public en droit algérien, Revue IDARA, n°01, 1994.

56- Chenuand Frazier, la notion de délégation e service public.RDP, 1995.

57- Christian Bettinger , la gestion déléguée des services publics dans le monde, Concession ou BOT. Berger-Levrault.Paris 1997

58- Didier Trichet, label de service public et statut de service public, AJDA, 1982

59- Edouard Geffroy, L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats,R.F.D.A,N°3, Mai-Juin 2009

60- François Trogir ,Services publics faire ou déléguer , Librairie Vuibert , Paris , 1995

61- Gérard Drou , Négociier-Gérer et contrôler une délégation de service public , Institut de la gestion déléguée, la documentation française,Paris,1999.

62- G Liet – Veaux. Identification de la concession de service public. Revue administratif 1968.

63- Gérard Marcou, la notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, R.F.D.A 1994.

-
- 64- Gilles Chatelier, Institut de la gestion déléguée : Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, Rapport du Groupe d'études, Lyon, 2007
- 65- Jean-claude Douence in repertoire Dalloz . Collectivités locales- cité ADJA 1997
- 66- Jean claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A , 1997.
- 67- Jean-Claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A, 1993.
- 68- Jean Dufau, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les concessions de service public, AJDA 1955.
- 69- Jean Dufau. les concessions de service public, Edition JCA.Fasc , 1997.
- 70- Jean Bouirot, comment assurer l'égal accès à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de son renouvellement, RFDA, 1997.
- 71- Jean-Paul Buffelan - Lanore : Entreprise Publiques. JCA.Fascule 1998.
- 72- Laure Lagasse et Emeric Chabanne, passation et rédaction des contrats de concession, IGD, Paris 2017
- 73- Laurent Richer, Remarques sur les entreprises privées de service public, Revue AJDA, n° spécial sur le service public, 1997
- 74- Philippe Teynere, le notion de convention de délégation élément constitutif et tentative de délimitation sommaire, AJDA, 1996.
- 75- Pierre Délvolvé, les contradictions de délégation de service public. AJDA. 1996.

76- Rémi Rouquette, contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration, AJDA, 1995

77- René Chapus, le service public et la puissance publique, RDP, 1968.

78- S. Manni , La commission de la privatisation ,AJDA ,1997

79- Victor haim, Une délégation de service public est-elle assimilable à un marché public , RCDSP.2000

80- Willy BRANDT, La délégation de service public : un modèle à repenser, RENA, 2009

6- Etudes spécialisées:

81- Actualité juridique du droit administratif, 1958-2002

82- Juris- Classeur droit administratif 1998-2002

83- Revue de concession et de délégation de service public 2001.

84- Revue du droit public 1989.

85- Revue française de droit administrative 1987

7- Cour et conférence:

86- François Meyer. Préparation aux concours, les modes de gestion des S.A, paris 2004

8- Sites Internet :

http://www.conseil-etat.fr

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/communiqués/recherche.htm>

فهرس المحتويات

07	الباب الأول : تأطير عقود تفويض المرفق العام وفق مرتكزات قانونية
09	الفصل الأول: تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة
09	المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام
10	المطلب الأول: ظهور فكرة تفويض المرفق العام
10	الفرع الأول: فرنسا أصل نشأة أسلوب تفويض المرفق العام
17	الفرع الثاني : انتقال فكرة تفويض المرفق العام إلى الجزائر
20	المطلب الثاني: تحديد تعريف و خصائص تقنية تفويض المرفق العام
21	الفرع الأول: معنى التفويض في الحق العام
22	الفرع الثاني: التعاريف الفقهية والقانونية لتفويض المرفق العام
27	الفرع الثالث: خصائص تقنية تفويض المرفق العام
29	المطلب الثالث: دوافع اللجوء إلى أسلوب التسيير المفوض للمرفق العام
30	الفرع الأول: دوافع توحيد النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام
33	الفرع الثاني: دوافع اختيار أسلوب تفويض المرفق العام من طرف الشخص المعنوي العام
35	الفرع الثالث: دوافع لجوء المستثمر لتقنية تفويض المرفق العام
36	المبحث الثاني: تمييز عقد التفويض المفاهيم والطرق التسيير المشابهة
36	المطلب الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة
36	الفرع الأول: تفويض المرفق العام وتفويض الاختصاصات الإدارية
39	الفرع الثاني: تفويض المرفق العام والوكالة

44	الفرع الثالث: تفويض المرفق العام و الخصوصية
47	المطلب الثاني: تميز التفويض عن طرق التسيير الأخرى
48	الفرع الأول: طرق التسيير من طرف الشخص العام وتفويض المرفق العام
51	الفرع الثاني: طرق تسيير المرفق العام من طرف الغير و تفويض المرفق العام
61	الفصل الثاني: المرتكزات القانونية لتفويض المرفق العام
62	المبحث الأول: ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلا للتفويض
62	المطلب الأول: تحديد المرفق العام
63	الفرع الأول: معايير تحديد المرفق العام
70	الفرع الثاني: المرفق العام صفة يضيفها القانون على بعض النشاطات
72	المطلب الثاني: المرافق العامة القابلة للتفويض
73	الفرع الأول: الموافقة بين المرافق العامة الاقتصادية وتقنية التفويض
74	الفرع الثاني: التقارب بين تقنية تفويض والمرافق العامة الإدارية
76	المطلب الثالث: المرافق العامة الغير قابلة للتفويض
76	الفرع الأول: المرافق الغير قابلة للتفويض بحسب طبيعتها
79	الفرع الثاني: المرافق العامة الغير قابلة للتفويض بواسطة قانون
81	المبحث الثاني: ضرورة وجد علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة و المفوض له
82	المطلب الأول : انسحاب نظريات الطبيعة القانونية لعقد الامتياز إلى عقد التفويض
82	الفرع الأول : نظريات الطبيعة القانونية لعقد الامتياز
86	الفرع الثاني: عقد التفويض بين التنظيم والتعاقدية

87	المطلب الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام
88	الفرع الأول: عقد امتياز المرفق العام
96	الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام
97	الفرع الثالث : الوكالة المحفزة
99	الفرع الرابع: عقد التسيير
101	المبحث الثالث: ضرورة الاستثمار في المرفق العام
101	المطلب الأول: الاستثمار في المرافق العامة
102	الفرع الأول: العائدات أو المقابل المالي
105	الفرع الثاني : المخاطر والأعباء
107	الفرع الثالث: الاستقلالية
108	الفرع الرابع: المنتفعين
110	المطلب الثاني : حدود الاستثمار في المرافق العامة
110	الفرع الأول: حدود متعلقة بالنظام الاقتصادي
111	الفرع الثاني: حدود متعلقة بطبيعة عقد التفويض
114	الفصل الثالث: تقييم التفويض كأسلوب هدفه البحث عن مردودية المرافق العامة
115	المبحث الأول: مبررات استحداث نظام التفويض
115	المطلب الأول: عيوب طرق التسيير التقليدية
115	الفرع الأول: تقييم طريقة التسيير المباشر
119	الفرع الثاني: تقييم طريقة التسيير عن طريق المؤسسة العمومية

121	الفرع الثالث : تقييم عقد الامتياز كمحور ووجه قديم لتفويض المرفق العام في الجزائر
124	المطلب الثاني: مميزات نظام التفويض
124	الفرع الأول: توفير بيئة قانونية وثقافية ملائمة للتفويض
127	الفرع الثاني: النتائج البنوية والتنظيمية التي تحققتها إدارة التسيير المفوض
131	المبحث الثاني: أسباب تحديث عقد التفويض في فرنسا وتحديات تطبيقه في الجزائر
131	المطلب الأول: أسباب تحديث عقد التفويض في فرنسا
132	الفرع الأول: عيوب ومساوئ تطبيق تقنية عقد تفويض المرفق العام في فرنسا
138	الفرع الثاني: التنظيم الجديد لعقد الامتياز في فرنسا وموقع تقنية التفويض منه
147	المطلب الثاني: تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر
146	الفرع الأول: توسيع مجال تطبيق عقود التفويض
148	الفرع الثاني: النتائج المرجوة من توسيع مجال التطبيق
151	خلاصة الباب الأول
152	الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام
154	الفصل الأول: كيفية اختيار المفوض إليه في عقد التفويض
154	المبحث الأول: الضوابط التي تحكم كيفية اختيار المفوض إليه
154	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم عقود تفويض المرفق العام
156	الفرع الأول: مبادئ إبرام عقد التفويض
169	الفرع الثاني: مبادئ تنفيذ عقد التفويض
172	المطلب الثاني: القيود التي ترد على السلطة المفوضة في إبرام عقود التفويض

172	الفرع الأول: القيد الخاص بتحديد حق الدخول واختيار اجراءات التفويض
177	الفرع الثاني: القيود الخاصة بدراسة جدوى التفويض
179	الفرع الثالث: القيد الخاص باختيار أحد أنواع عقود التفويض
181	الفرع الرابع: القيد الخاص بتحديد مدة العقد
185	المبحث الثاني: اجراءات اختيار المفوض إليه في عقد التفويض
186	المطلب الأول: اجراءات اختيار المفوض إليه في فرنسا
186	الفرع الأول: مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض
193	الفرع الثاني: مرحلة التفاوض ومنح التفويض
198	المطلب الثاني: اجراءات ابرام عقود التفويض في الجزائر
198	الفرع الأول: صيغ ابرام عقد تفويض المرفق العام
202	الفرع الثاني: مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض
206	الفرع الثالث: مرحلة التفاوض ومنح التفويض
209	الفصل الثاني: آليات تنفيذ عقد التفويض وطرق انتهائه
209	المبحث الأول: حقوق والتزامات المفوض إليه
209	المطلب الأول: حقوق المفوض إليه
210	الفرع الأول: الحق في تقاضي مقابل مالي
213	الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي
219	المطلب الثاني: التزامات المفوض إليه
220	الفرع الأول: الجهة التي يجري الاستغلال لحسابها

221	الفرع الثاني: التزام المفوض إليه باستغلال المرفق العام بصورة شخصية
225	المبحث الثاني: سلطات الجهة المانحة للتفويض
226	المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه
227	الفرع الأول: الرقابة بمفهومها الواسع
229	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية
234	المطلب الثاني: سلطة التعديل
235	الفرع الأول: أساس حق السلطة المفوضة في تعديل بنود العقد
237	الفرع الثاني: شروط وحدود ممارسة سلطة تعديل عقد التفويض
240	المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات
241	الفرع الأول: الأساس القانوني لممارسة سلطة توقيع الجزاءات
242	الفرع الثاني: خصائص وأنواع الجزاءات التعاقدية
246	المبحث الثالث: نهاية عقد التفويض
246	المطلب الأول: النهاية الغير عادية لعقد التفويض
247	الفرع الأول: استرداد المرفق بدافع المصلحة العامة
249	الفرع الثاني: الإسقاط والفسخ
250	المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام
250	الفرع الأول: مصير الأموال المستعملة في تسيير المرفق العام
252	الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له
252	الفصل الثالث : آليات تكميلية لتفعيل عقد التفويض والنهوض بالمرفق العام الجزائري

253	المبحث الأول: تعزيز الطرق الودية في حل النزاعات
253	المطلب الأول: الطرق الودية في حل النزاعات الناشئة عند إبرام وتنفيذ عقد التفويض
253	الفرع الأول: مبررات اللجوء إلى الطرق الودية في حل النزاعات
255	الفرع الثاني: الطرق الودية في حل نزاعات عقود التفويض
258	المطلب الثاني: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الجزائر
259	الفرع الأول: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
262	الفرع الثاني: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في عقود التفويض
263	المبحث الثاني: تعزيز وترقية آليات مكافحة الفساد الإداري
263	المطلب الأول: أسباب الفساد الإداري ودوافعه
264	الفرع الأول: الأسباب العامة لتفشي ظاهرة الفساد الإداري
269	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة بقابلية تفشي الفساد الإداري في عقود التفويض
270	المطلب الثاني: آليات الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال عقود التفويض
270	الفرع الأول: آليات الوقاية من الفساد في مجال عقود التفويض
275	الفرع الثاني: آليات مكافحة الفساد في مجال عقود التفويض
277	خلاصة الباب الثاني
279	خاتمة
282	قائمة المراجع
299	الفهرس

ملخص الرسالة

إن تفويض المرفق العام سواء في فرنسا أو الجزائر، يشكل إطار قانوني للعقود التي تهدف إلى تحقيق المرفق العام بنقل مسؤولية تسييره للغير بأسلوب جديد وواضح يفتح المجال للاستثمار في المرافق العامة، بغرض تنمية امكانياتها وتحقيقها للإنتاجية والمردودية المرجوة، ولكن نجاح هذا الأسلوب مرهون بمجموعة من المعطيات المتعلقة بالسلطة المفوضة والمفوض له، أهمها تكريس نظام قانوني يضمن حسن اختيار المفوض له وفق مبادئ المنافسة والشفافية، ويضمن حسن تنفيذه وفقا للمبادئ العامة المتصلة بعمل المرفق العام ، كما أن نجاحه في الجزائر يمتد ليرتبط بالمحددات الذهنية والبيئية المحيطة به أهمها محاربة الفساد .

الكلمات المفتاحية: المرفق العام، عقد التفويض، السلطة المفوضة، المفوض له، الاستثمار.

La délégation de service public en France comme en Algérie constitue le cadre légal des contrats visant à la réalisation du service public et ce, par le transfert de la responsabilité de sa gestion à un tiers via un système nouveau et clair qui permettrait l'ouverture de l'environnement d'investissement dans les services publics en vue de développer ses capacités et par conséquent réaliser la productivité et la performance souhaitées. Néanmoins, la réussite de ce système est subordonnée à plusieurs données ayant relation avec le pouvoir délégué et le déléataire lui-même. Parmi ces données on citera la mise en place d'un régime légal qui garantirait le bon choix du déléataire selon les principes de concurrence et de transparence, mais qui garantirait, en particulier, sa bonne exécution, selon des principes généraux liés au fonctionnement de service public, Sa réussite en Algérie s'étend jusqu'à établir une relation avec les paramètres mentaux et environnementaux qui l'entourent, notamment la lutte contre la corruption. capacités, Mais succès le contrat délégué Dépend de surmonter des nombreux défis juridiques des difficultés pratiques,

Mots clés : le contrat délégué , le service public , le pouvoir délégué , déléataire l'investissement .

The delegation of Public Service in France like in Algeria constitutes the legal basis of contracts aiming to perform the public service by transferring its managing responsibilities to a third party via a new and clear system that allows the opening of the investing environment inside the public service, in order to develop its capacities, and therefore to perform the required productivity and efficiency. Nevertheless, the success of this system is closely related to many criteria linked to the delegate authority as well as to the delegated person himself among these criteria we can notice the Implementation of a legal regime that guarantees the good choice of the delegated person, according to the principles of competition and transparency but that should essentially guarantee its good execution according to general principles related to the function of the public service. Its success stretches as to establish a relation with surrounding mental and environment parameters, especially the fight against Corruption.

Keys words: contract delegated, public service, the delegate authority, delegated person the investing,