



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون - تيارت -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

تخصص قانون إداري

بعنوان:



التسيير غير المباشر للمرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

تحت اشراف الأستاذ:

د - شاشوا نور الدين

من اعداد الطالبتين:

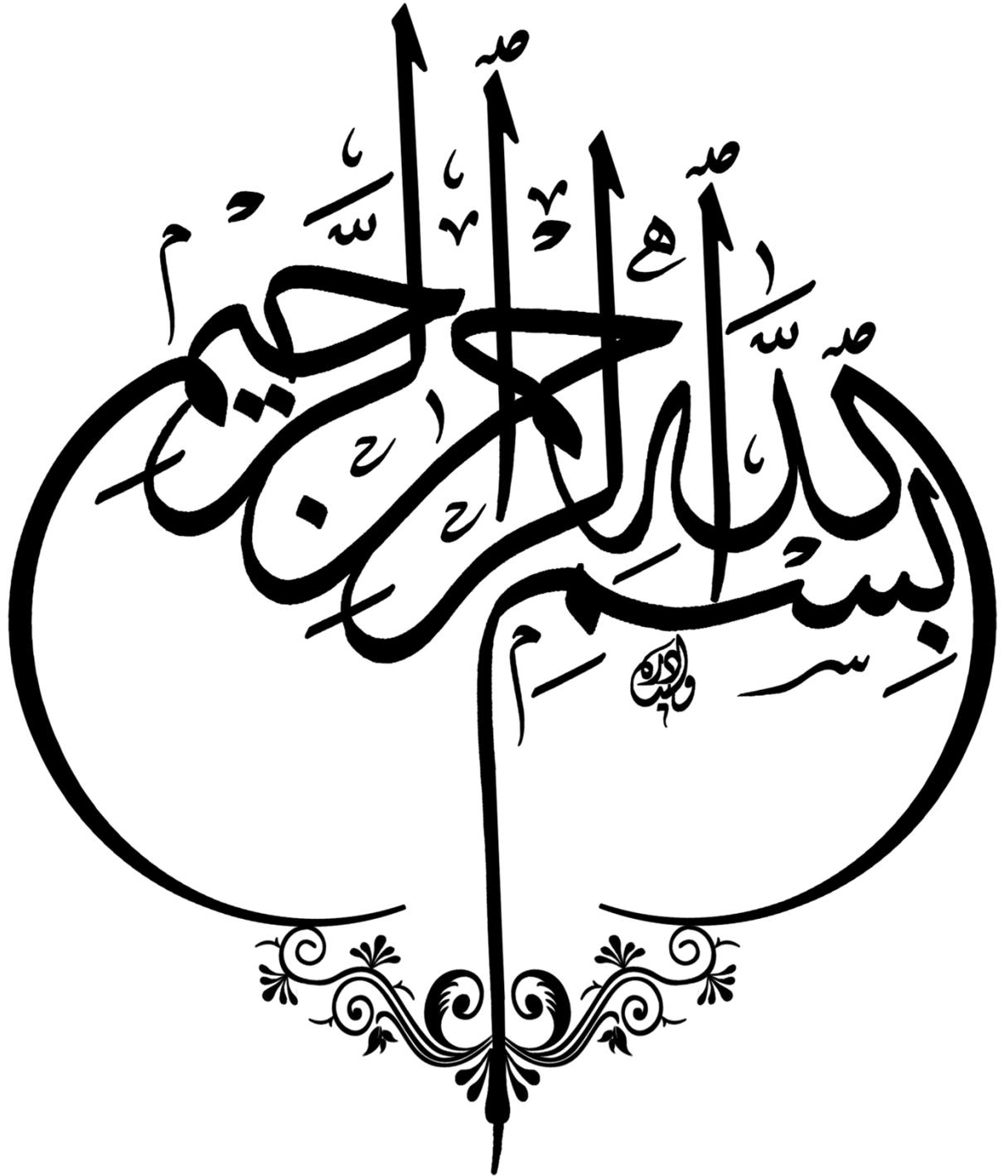
- زينة تركية

- عميرات نبيلة

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر 'أ'	مكي خالدية
مشرفا مقررا	أستاذ محاضر 'أ'	شاشوار نور دين
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر 'أ'	بلجيلالي خالد

السنة الجامعية: 2019/2018



هذا العمل جهد متواضع تقول فيه ما قاله العباد الأصفهاني:

"إني رأيت أنه لا يكتب الإنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أجمل، و هذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

فإذا كان هذا قول الإنسان لنفسه فكيف يقول غيره فيه.

كلمة شكر وعرfan

يقول الله عز وجل : (رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليا ...)

سورة النمل - الآية 19 -

ويقول صل الله عليه وسلم : (من لم يشكر الناس لم يشكر الله)

وعليه فلا يطيب الشكر الا به ، ولا تطيب اللحظات الا بذكره

سبحانه وتعالى نحمده على توفيقه ونستعين به

وايماننا منا لإعطاء كل ذي حق حقه ، وكل ذي فضل فضله ، الشكر قليل في حق استاذنا

الفاضل المشرف الدكتور شاشوا نور الدين

الذي أشرف على هذه المذكرة وتمهدها بالتصويب في جميع مراحل انجازها ، وزودنا بملاحظاته

القيمة وتوجيهاته التي على ضوءها سرنا حتى نهاية هذا العمل .

فجزاه الله عنا كل الخير وأبقاه لطلبته يهد طريق العلم والمعرفة .

إلى جميع أساتذتنا الافاضل بكلية الحقوق

كذلك الشكر موصول إلى اللجنة المناقشة لقبولها مناقشة عملنا

إلى كل من قدم لنا يد العون من قريب او بعيد

نبيلة وتركية

اهداء

أهدي هذا العمل إلى:

الوالدين الكرمين أطال الله عمرهما وحفظهما

إلى اخوتي وأخواتي وابنائهم

إلى زوجي العزيز " خالد " الذي كان خير سند لي

إلى عائلتي الثانية ،الوالدة الكريمة حفظها الله واخوتي

إلى حبيبتي شيراز

إلى جميع صديقاتي

أهدي ثمرة جهدي

نبيلة

إهداء

إلى من ربنتي و أنارت دربي و أعانتني بالدعوات، إلى أعلى حبيبة أمي حفظها الله
و رعاها

إلى من عمل بكد في سبيلي و علمني و أنار دربي بدعواته، رمز العطاء أبي الغالي
حفظه الله و رعاه

إلى ماما فاطمة التي لم تبخل علي بدعائها حفظها الله و رعاها

إلى من أفتخر بهم أخي محمد، و إخوتي كل باسمها حفظهم الله

إلى أساتذتي الكرام من الابتدائي إلى ما بعد التدرج

إلى كل أفراد عائلتي كبيرا و صغيرا.

إلى كل الأصدقاء و الزملاء

بالخصوص:نادية،فاطمة، نادية، أمينة

المختصرات

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

❖ ق م ج : القانون المدني الجزائري.

❖ ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

❖ ع : العدد.

❖ ط : الطبعة .

❖ ص : الصفحة.

❖ ص ص : من صفحة...إلى صفحة...

❖ م ر : مرسوم رئاسي.

❖ م ت : مرسوم تنفيذي.

❖ م : المادة.

❖ ف : الفقرة.

❖ د ب ن : دون بلد النشر.

❖ و م أ : الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- ❖ J.O.R.F : Journal Officiel de la République Française
- ❖ N: Numéro
- ❖ P : Page
- ❖ OP.CIT : Opus Citatum (référence précédemment citée)
- ❖ R.D.P. : Revue du Droit Public et de la science Politique
- ❖ A.D.E : Algérienne Des Eaux
- ❖ O.N.A : Office National d'Assainissement

مقدمة

إن نظرية المرافق العامة لها مكانة هامة في بناء الأسس التي قامت عليها نظريات ومبادئ القانون الإداري، حيث يشكل المرفق العام المظهر الايجابي لتدخل الإدارة من خلال نشاطاتها عبر استخدام وسائل السلطة العامة و التي تهدف من وراء ذلك تحقيق النفع العام للمواطن.

لقد ارتبط مفهوم المرفق العام قديما على ممارسة الدولة لنشاطها على وظائف تقليدية مثل الأمن. العدالة. الدفاع الوطني، ولم يكن لها الحق في التدخل في النشاطات الاقتصادية والتجارية، إلا بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929، أين فرض الواقع تغيير نمط تفكير الدولة للرأسمالية الاحتكارية، وكان لا بد من تدخلها في مجالات شتى خاصة الاقتصادية منها، وهذا ما أدى إلى توسع المرافق العامة، الإدارية إلى ظهور مرافق اقتصادية وأخرى تجارية وصناعية، بهدف إشباع الحاجات العامة للمواطن.

فقد كانت المرافق العامة تخضع في تسييرها من طرف الشخص المسؤول عن المرفق عن طريق الأسلوب المباشر لتحقيق المصلحة العامة، إلا أنها باتت من الأساليب التقليدية نظرا لفشلها في مواكبة متطلبات الخدمة العمومية في ظل الأزمة المالية والاقتصادية، فكان لا بد من إيجاد طرق جديدة لمواكبة وضمان تسيير المرفق العام باعتماد مؤسسات الدولة على الشراكة مع القطاع الخاص بالتسيير غير المباشر للمرفق العام، أو ما يسمى بتفويض المرفق العام كمفهوم جديد للتعاقد الإداري.

من هذه الفكرة ظهرت أهمية تفويض المرفق العام لأشخاص القانون الخاص وإشراكهم في تسيير واستغلال المرفق العام، و ذلك نتاجا للتحويلات السياسية والاقتصادية وما لها من تأثيرات على مؤسسات الدولة، و لتقليل العبء المالي على ميزانية الدولة.

والجزائر باعتبارها شهدت مختلف التحويلات سابقة الذكر، خاصة بعد انتقالها من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، و إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، من هذا تدخل المشرع الجزائري من خلال مختلف القوانين المنظمة للمرافق العامة بداية مع قطاع

المياه لسنة 1996 بموجب الأمر رقم 13/96 المعدل والمتمم للقانون 17/83 المتعلق بالمياه الذي ينص في المادة 21 منه على "... يجب ان تتوفر في هؤلاء الأشخاص الاعتباريين على إشراك أشخاص القانون الخاص..."¹. و توالى بعدها نصوص قانونية كل فترة بحسب النقص الذي يعتريه النص السابق.

كما عرفت الجزائر مطلع سنة 2015 تدهور في أسعار البترول مما اثر على الاقتصاد الوطني فكان لا بد من تكريس تقنية التسيير غير المباشر للمرافق العممة بوضع إطار قانوني لها، فكان صدور المرسوم الرئاسي 247/15² المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليعالج الاختلالات السابقة في مجال تسيير المرفق العام والاستفادة من الخبرة الحديثة التي يتمتع بها القطاع الخاص، بهدف تحسين الخدمة العمومية للمواطن، و تحرير الاقتصاد الجزائري.

• إن أهمية موضوع تفويض المرفق العام تكمن في كونه مجال حيوي للدولة خاصة بتعلقه بالمال العام و يمس كل القطاعات الخاصة بالتنمية، و من جانب آخر أهميته في الغاية من تفويض المرفق العام للخواص تحقيقا للمصلحة العامة و تحسين الخدمة العمومية.

و كذلك تكريس المشرع الجزائري لتفويض المرفق في صيغة قانونية متعلقة بها من خلال القانون رقم 247/15، ومواكبة للتطور صدر المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الذي يتعلق بتفويض المرفق العام تكملة للقانون 247/15 من خلال تنظيم محكم لعقود تفويض المرفق العام للقطاع الخاص.

¹: أمر 13/96 مؤرخ في 15 جوان 1996، المعدل و المتمم للقانون 17/83 المؤرخ في 16 جويلية 1983، المتعلق بالمياه، ج ر ج ج، عدد 37 صادر في 19 جويلية 1983، (ملغى).

²: مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج، ر، ج، عدد 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

- أما من حيث أهداف الدراسة لموضوع تفويض المرفق العام نظرا لما يشكله من أهمية بالغة كونه مجال حيوي بالدرجة الأولى، ارتأينا البحث فيه بهدف
 - معرفة طرق تسيير المرافق العامة، ومدى تأثير التغييرات القانونية عليها.
 - مدى تكريس التقنية الجديدة للمرفق في ظل المنظومة القانونية التي جاء بها قانون 247/15 المنظم للصفقات العمومية و تفويض المرفق العام.
 - و بهدف تشجيع القطاع الخاص في المساهمة لخدمة الصالح العام من خلال إشراك هذا الأخير ونجاعة سير المرفق العام.
- و باعتبار كلا منا نحن صاحبات البحث نعمل بالقطاع العمومي الذي يهدف إلى سير المرفق العام بتلبية الحاجات العامة للمواطن، كان من الدوافع الذاتية إلى اختيار هذا الموضوع لمعرفة المزيد من التقنيات التي تساعد بالنهوض ورفي المرفق العام نحو السير الحسن له، ومعرفة الحلول التي تواجه الإدارة وحدها في تسيير المرفق. و الأسباب الموضوعية التي دفعتنا لاختياره، كونه متجدد ويتسم بالحدثة مواكبة للتطورات الحاصلة في المجتمع، ما أعطى له قدرا من الأهمية، ولمعرفة الفوائد العلمية من خلال دراستنا في الاطلاع على مختلف القوانين التي تنظم العلاقة بين القطاع العام والقطاع الخاص.
- و ككل بحث علمي اعترتنا بعض الصعوبات خلال بحثنا أهمها نقص المراجع العلمية خاصة الجزائرية التي نتحدث عن تفويض المرفق العام للخواص.
- إلا أننا حاولنا من خلال بحثنا هذا التطرق إلى دراسة التعديلات التي أتى بها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام استنادا للنقائص التي سبقت المراسيم الأولى، لذا تمحورت الإشكالية حول هذه الدراسة:

ما مدى نجاعة أساليب التسيير غير المباشر للمرافق العمومية ؟

- و هل سيساهم بذلك إشراك القطاع الخاص في تحسين و تطوير المرفق

والخدمة العمومية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالات اتبعنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تناولت تفويض

المرفق العام، كما اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك بإجراء دراسة مقارنة بين التشريع

الجزائري والتشريع المقارن الذي يصب في موضوع سير المرفق العام.

حيث قسمنا البحث وفق خطة ثنائية من فصلين، تناولنا في الفصل الأول الأحكام المتعلقة

بتفويض المرفق العام، أما الفصل الثاني تناولنا فيه أساليب تفويض المرفق العام.

الفصل الأول

الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام

إن المرافق العامة أنواع ولهذا كان الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها فما صلح لمرفق لا يصلح بالضرورة لآخر، كما أن المرافق تختلف من حيث صلة نشاطها بالجانب السيادي للدولة¹ فطبيعة مرافق الأمن وكذلك الدفاع والقضاء والضرائب تفرض أن تسيّر من قبل الدولة مباشرة فلا تتصور أن تعهد به إلى أشخاص القانون الخاص لإدارته لما في ذلك من خطورة كبيرة قد تهز كيان الدولة وهذا خلاف لمرافق أخرى، فلا مضرة من أن تعهد إدارتها لأفراد أو لشركات مثل ما هو الحال بالنسبة لاستغلال آبار البترول أو استغلال الكهرباء أو الغاز أو استغلال الموانئ وغيرها، شريطة أن يتم ذلك بالكيفية والحدود التي يبينها القانون، لذلك على الدولة أن تتخلى في هذا الإطار المحدود عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا وصناعيا والتي يمكن أن تكون محلا للمنافسة لتجنب كل ما يحمله التسيير العمومي من نقائص ويكون التخلي عن تسيير هذه المرافق في إطار قانوني يعرف بتفويض المرفق العام² وهو من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية وتأسيسا على ما تقدم نقترح في هذا الفصل مبحثين أساسيين هما:

المبحث الأول: ماهية تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: الرقابة على تفويض المرفق العام

¹- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري ، ط 2 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص348.

².نادية ظريفي ، سير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر 2010 ، ص128.

المبحث الأول: ماهية تفويض المرفق العام

ان تسيير المرافق العمومية بطريقة غير مباشرة لم يعد ذلك المفهوم المقتصر على التنظيم القطاعي لكل مرفق على حدة، بل بات يخضع لتأطير قانوني عام وشامل ينطوي 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 لتسيير المرفق العام، ورجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية والذي تتجسد قديما في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة وحالي في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم العديد من الصور ومنها عقد الامتياز.

هذه النظرة المستحدثة لعقود تسيير المرفق العام كانت نتيجة لاجتهادات فقهية وقضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا، وانتقلت إلى الجزائر من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، حيث يعتبر هذا المرسوم مولد نظام قانوني جديد يؤطر مجموعة من العقود كرسست قديما وموازي لعقود الصفقات العمومية ، ويختلف عنها في العديد من النقاط الجوهرية¹، ولكن هل نجح المشرع في إعطاء مفهوم لتفويض المرافق العامة موضح بالقدر الكافي لتحديد مكانته في القانون الإداري، هذا ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث من خلال التطرق إلى تعريف تفويض المرفق العام كمطلب أول، ثم التطرق إلى العناصر والمبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام .

المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام

ان لفكرة تفويض المرفق العام جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي ، إلا أن الفقه والاجتهاد مازال في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها ، كما أن لتفويض المرفق العام صورا متعددة فمن الصعب إيجاد تعريف جامع مانع له ، لذلك تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه والاجتهاد²

¹ . بلكور عبد الغني ، تفويض المرفق العام في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2010 ، ص 10.

² . مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز، الشركات المختلطة،البوت، تفويض المرافق العامة) دراسة مقارنة، منشورات حلب الحقوقية،لبنان، 2009،ص 440.

الفرع الأول: التعريف الفقهي

نستعرض التعريف الفقهي الفرنسي أولاً ثم نتطرق الى التعريف الفقهي الجزائري ثانياً

أولاً: التعريف الفقهي الفرنسي

ينفق الفقه على أن أسلوب تفويض المرفق العام قد ظهر بداية في الواقع العملي للإدارة¹ إلا أن مصطلح التفويض ظهر لأول مرة سنة 1982 على يد الأستاذ JF AUBY ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية حيث عرفه كالاتي: " بأنه العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف التالية :

- أن يعهد إلى شخص آخر يطلق عليه تسمية (صاحب التفويض) تنفيذ مهمة المرفق العام والقيام باستغلال ضروري للمرفق.
- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة .
- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة والتي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها²

بعدها لقي هذا المصطلح اهتماما كبيرا في الدراسات الفقهية في فرنسا خاصة بعد تكريسه من قبل المشرع الفرنسي، حيث عرفه الأستاذ S BRACONNIER :

" بأنه عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى (المفوض) لمدة محدودة تسيير المرفق العام يتولى مسؤوليته لشخص معنوي خاضع للقانون الخاص يسمى (المفوض إليه) فيخول له حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التفويض المذكور أو بهما معا.³

ويعرفه الأستاذ t.dalfar بأنه يمثل كل وسيلة من خلالها تعهد الجماعة العامة وهو مبدأ تحقيق المرفق العام شخص قانوني آخر وهو يتم اما تعاقد أو بصورة منفردة⁴

¹ . يهدف أسلوب المؤسسة العمومية إلى التسيير المستقل للمرفق العام بموجب شخص معنوي يخضع للقانون العام و يتمتع بالشخصية المعنوية، أنظر المادة 153 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية.

²-aby jean francois , op.cit , p 44.

³- braconnier Stéphane , droit des services public , presse universitaire de France , parie , 2004 ,p413

⁴ - وليد حيدر جابر، التفويض في الإدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، ط 1، منشور الحلبي الحقوقية، لبنان 2009 ص 58 و 59.

كما عرفه الأستاذ DROBENCO تفويض المرفق العام بأنه " العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له ، يمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص ، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق . يلاحظ أن هذا التعريف يبرز أهمية دفع الإتاوات كعنصر مكرس لتقنية التفويض ، وهذا ما أكدته الأستاذة BOITEAU ، حيث عرفت عقد التفويض كما يلي : " هو عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض ، ويدفعه المرفقون أو الإدارة المفوضة ويتعلق الأمر مباشرة باستغلال المرفق .

في حين اعتبرته الأستاذة CAROLE FRAZIER آلية تسمح للقطاع الخاص بتسيير مرفق عام من خلال تعريفها للتفويض بأنه التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل كالامتياز و التسيير و الإيجار... الخ¹ يلاحظ أن الفقه الفرنسي أجمع على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق التسيير التي بواسطتها تعهد جماعة عمومية إدارة احد المرافق العمومية إلى أحد أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص.²

ومما سبق يمكن ضبط تعريف تفويض المرفق العام بأنه:

العقد الذي من خلاله يتولى شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام بكل مستوياته وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق³.

ثانيا : تعريف تفويض المرفق العام وفقا للفقه الجزائري

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

¹-CHENARD FRAZIER carole <la notion de délégation de service public) RDP.N01.1995.P176.

² DOUENCE jean claude<les contrats de délégation de service public)RDP .N05.1993 .P939

³- la loi d'orientation n 92/125 du 6 février 1992 ;relative a l'administration territoriale de la république jorf n 33 , du 8 février 1992.

1 . المدلول الأول: وفق لهذا المدلول فان تفويض المرفق العام يعد بمثابة عمل قانوني يسمح أو يخول للهيئات العمومية بنقل مهمة تسيير المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص

2 . المدلول الثاني: يعتبر أسلوب التفويض طريقة من طرق تسيير المرفق العام، ويتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حkra على الهيئات العمومية.¹

أما الأستاذة ظريفي نادية فقد حاولت هي الأخرى إعطاء تعريف جامع ومانع لتقنية التفويض معتمدة على ما وصل إليه الفقه في فرنسا قائلة "تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الإدارية) تسيير واستغلال مرفق عام بكل مسؤولياته وما يتحمله من أرباح وخسائر، ويختلف عن الصفة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي حيث يتحصل المفوض له على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة أو عن طريق الإدارة، لكن يجب أن يكون المقابل المالي مرتبطا باستغلال المرفق ونتاجا عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية أو التجارية ، ويتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة تضمن كل من الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل (أفضل عرض) بهدف ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن للمرتفقين وفق عقد يحدد المفوض له التزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة التكيف مع المحيط الداخلي والخارجي².

ما يمكن قوله هو أن الأستاذة زوايمية عرف تقنية التفويض انطلاقا من التجربة والتحولت التي شهدتها الدولة الجزائرية، وحسب رأيه فان تقنية تفويض المرفق العام جاءت نتيجة العيوب المسجلة في ظل التسيير العمومي للمرافق العامة وأمام فشل هذا الأسلوب والحاجات المتزايدة للمواطن كان لابد من اعتماد التفويض كأسلوب جديد للتسيير ليضع هذا الاحتكار القطاع العام لمهمة تسيير المرفق العام من جهة وتفتح المجال للقطاع الخاص ليتولى هذه المهمة من جهة أخرى .

في حين أن الأستاذة ظريفي فقد اعتمدت في تعريفها للتفويض على المعايير والأسس التي كرسها القانون الفرنسي فيما يعرف بقانون SAPAI في تحديد عقود تفويض المرفق العام

¹ . رشيد زوايمية، تفويض المرفق العام للخواص، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2012 ،ص04.

² - ظريفي نادية، مرجع سابق، ص141.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي

نتناول في هذا الصدد التعريف التشريعي الفرنسي أولا باعتباره السباق إلى تقنية التفويض ، ثم التعريف التشريعي الجزائري وذلك بالرغم من غياب نص قانوني صريح ينظم ويؤطر هذه التقنية فهي نصوص قانونية متناثرة .

أولا . التعريف التشريعي الفرنسي

كرست الدولة الفرنسية تقنية تفويض المرافق العامة منذ القرن الماضي عندما لجأت إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ، لكن دون وضع نظام قانوني لضبط هذا الأسلوب إلا في مطلع التسعينات من خلال القوانين التالية :

. قانون 92 . 125¹، الذي أطلق عليه تسمية loi Joxe يتعلق بالإدارة المحلية .

. قانون رقم 93 . 122²، يتعلق بمكافحة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لسنة 1993 ، الذي أطلق عليه تسمية loi sapai ، وقد تضمن التنظيم الواضح لتفويض المرافق العامة .

ومن خلال هذا القانون أورد المشرع الفرنسي تعريفا واضحا لتفويض المرافق العامة في المادة 38 معدلة بموجب المادة 03 من القانون رقم 01 . 1168 وجاء كالآتي:

" تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من القانون العام تسيير مرفق عام ، بحيث يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص ، بمقابل مالي مرتبط باستغلال المرفق³ ."

إذا كان القانون رقم 125/92 السالف الذكر لا يتعلق سوى بالعقود التي تبرمها الجماعات المحلية فان قانون SAPIN قطع شوطا كبيرا في تطور فكرة تفويض المرفق العام ، حيث وسع من نطاق هذه التقنية لتشمل كل العقود التي يبرمها كل شخص عام بما في ذلك الدولة والمؤسسات العمومية كما ساهم هذا القانون في وضع النظام العام لاتفاقية تفويض المرفق العام

¹-la loi d'orientation n 92/125 du 6 février 1992 ;relative a l'administration territoriale de la république jorf n 33 , du 8 février 1992

²- la loi n 93/122 du 9 janvier 1993 relative a la prévention de la corruption par la loi n 01/1168 du 11 décembres 2001 portant mesures urgentes reformes caractère économique et financier. Jofr n 25 du 30 janvier 1993

³ - النص باللغة الفرنسية جاء على النحو التالي:

Une délégation du service public est un contrat par lequel une personne de droit public confie le gestion d'un service public dont elle a la responsabilité a un délégataire public ou prive , dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service...

وإجراءات إبرامها فأصبح بذلك قانون SAPIN مع التعديلات التي خضع لها لاحقا يشكل الإطار القانوني لتفويض المرفق العام، دعم المشرع الفرنسي أسلوب تفويض المرفق العام بمجموعة من القوانين منها:

- القانون الصادر في 02 فيفري 1995 المتعلق بتقوية حماية البيئة .
 - القانون الصادر في 04 فيفري 1995 المتعلق بتوجيه وإعادة تنمية التراب.
 - القانون الصادر في 08 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.
- أثار التكريس التشريعي لمصطلح تفويض المرفق العام تساؤل حول مدى دقة واستخدام هذا المصطلح، حيث صنف بعض الفقهاء أن استخدام المشرع لمصطلح تفويض المرفق العام اختيار غير موفق على أساس الخلط مع مصطلح تفويض السلطة الذي يتعلق بالقرارات الإدارية، بالإضافة إلى عدم دقة هذا المصطلح، لان التفويض لا يرد على المرفق ذاته وإنما على الإدارة لذلك كان من الأصح استعمال عبارة تفويض المرفق العام كون أن الشخص العام لا يفقد اختصاصه في مواجهة المرفق العام الذي تم تفويضه للغير¹.

فالشخص العام يلتزم بمراقبة مدى احترام المفوض له لقواعد إجراءات تسيير المرافق العامة بالرغم من الانتقادات الموجهة لمصطلح تفويض المرفق العام إلا انه حظي بتكريس المشرع الفرنسي له وأصبح هو المصطلح السائد في التشريعات المقارنة

ثانيا: التعريف التشريعي الجزائري

المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني خاص بتقنية التفويض وإنما أشار إليها في نصوص قانونية متناثرة واستعمل المشرع الجزائري مصطلح تفويض المرافق العامة لأول مرة في نصوص قطاعية كعقد الامتياز ثم من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18

1 . من خلال النصوص القطاعية

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف التفويض من خلال نموذج عقد الامتياز في عدة نصوص قطاعية نوجزها فيما يلي:

- من خلال القوانين المتعلقة بالمياه / المادة 21 من القانون 17/83 .²
- الأمر رقم 13/96 المتعلق بالمياه المعدل للقانون رقم 17/83 في المادة رقم 04 منه.¹

¹ - فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، 2018 ،ص

² - راجع المرسوم رقم 328/83 - 14 ماي 1993 جرع 20 ، بتاريخ 17 ماي 1993 المتعلق بالمياه.

- أما القانون رقم 12/05 قانون المياه² في المادة رقم 101 فقرة 2 منه على أنه: « يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام، على أساس دفتر الشروط ونظام الخدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام والخاص بموجب اتفاقية».

ما يمكن استخلاصه من مضمون هذا النص أن المشرع الجزائري استبق الأمور، وذلك تكريسه لأسلوب من أساليب التفويض (الامتياز) في قانون رقم 12/05، وأغفل نقاط أساسية إلا وهي وضع تعريف دقيق لمصطلح التفويض، وضع نص قانوني صريح يوطر فيه التفويض، فإذا كان المشرع الجزائري قد قلد المشرع الفرنسي، مع العلم أن تفويض المرفق العام في فرنسا يشمل كافة العقود بما فيها من امتياز وإيجار، وعقد مشاطرة الاستغلال، وعقد التسيير، فهل يا ترى يتم تسيير المرافق العامة بموجب كل هذه العقود في الجزائر، أم أن الأمر يتعلق فقط بعقد الامتياز الذي أورده المشرع في نصه واتفاقية التفويض.

• في عقد الامتياز من خلال المرسوم 308/96³ المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة.

• من خلال القانون رقم 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الدولة⁴

• تعريف عقد الامتياز الإداري من خلال التعليمات الإدارية رقم 842/03.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها⁵

¹ . الأمر رقم 13/96 المؤرخ في جوان 1996، ج ر ع 37، بتاريخ 15/06/1996.

² . القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04/08/2005 قانون المياه، ج.ر.ع 06 بتاريخ 04/09/2005 معدل ومتمم.

³ . المرسوم التنفيذي رقم 308/96 في 18/09/1996 يتعلق بمنح عقد امتياز الطرق السريعة ج.ر.ع 85 الصادرة في 25/09/1996

⁴ . القانون رقم 03/10 في 15/08/2010 يحدد شروط و كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة ج.ر.ع 46 بتاريخ 28/08/2010

⁵ . بن مبارك راضية التعليق على التعليمات الوزارية 842/03.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة الماجستير في القانون، كلية الحقوق الجزائر، 2002، ص 08.

2. تحديد تعريف تفويض المرفق العام من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 :

حيث تنص المادة 207 منه على ما يلي: «يمكن للشخص لمعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكليف بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض المرفق العام بموجب اتفاقية وبهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام»¹.

وعليه يمكن أن نستخلص الخصائص التالية:

- ضرورة وجود المرفق العام يهدف للمنفعة العامة: إن الهدف الأساسي لوجود المرفق العام هو تحقيق مصلحة عامة عن طريق اشباع الحاجات العامة المادية والمعنوية مثل الخدمات الصحية والتعليمية وخدمات الثقافة والفكر وخدمات البريد والمواصلات².
- تفويض المرفق : هو اتفاق توكل من خلاله الإدارة الى شخص آخر إدارة وتسيير المرفق العام وذلك بمقابل مالي من خلال استغلال المرفق .
- العلاقة بين المفوض والمفوض له: وهي علاقة عقدية، فهذا العقد يحدد كافة الشروط: التنفيذ . المقابل المادي . الرقابة..الخ، وهو ما يؤكد أن التفويض لا يكون إلا في إطار عقد يضمن الحقوق والواجبات والالتزامات بدقة خاصة قيود المرفق التي يجب أن يلتزم بها المفوض له بالقواعد الأساسية التي تحكم حسن سير المرافق وهي مبدأ استمرارية المرفق.³

- أطراف التفويض: وجود شخص معنوي خاضع للقانون العام والمسؤول عن مرفق عام (المفوض) عندما يجري الكلام عن الأشخاص العامين يكون المقصود بذلك مجموعة المؤسسات المزودة بالشخصية العامة للدولة، الجماعات الإقليمية وكذلك المؤسسات

¹ . المادة 207 من المرسوم 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015.

² . عمار عوابدي، القانون الإداري،النشاط الإداري، د م ج ط 6 ،جامعة الجزائر 2014 ،ص 60

³ .نادية ظريفي، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق،ص 22.

العامة¹... وعليه فان مسؤولية الأشخاص العاملين عن فعل نشاطاتهم الإدارية تشكل المسؤولية الإدارية².

المفوض له : قد يكون فردا طبيعيا أو أي مؤسسة أو جمعية من القانون العام أو الخاص

• يجب أن يضمن المفوض له أثناء تسيير المرفق العام الالتزامات المتعلقة به والتمثلة أساسا في المساواة والتكيف والاستمرارية...

• المقابل المالي : يرى الكثير من الفقهاء أن اعتبار كيفية دفع المقابل المالي لتسيير واستغلال المرفق العام هو المعيار المحدد لوجود المرفق الذي يتحصل عليه صاحب

التفويض (المفوض له) على إتاوات من قبل المنتفعين . مقابل الخدمة المؤداة من طرفه

• مدة التفويض: تتحدد مدة التفويض حسب طبيعة عقد التفويض فمثلا تلاحظ مدة أطول في عقد الامتياز عكس بعض العقود الأخرى، حيث أن المدة الزمنية محددة بالغرض الذي منح من اجله، أي أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع.

كنتيجة لما سبق ذكره نستخلص أن المشرع الجزائري قد كرس بالفعل التفويض كأسلوب جديد

لتسيير المرفق العام بغية منه خوض تجربة الشراكة مع القطاع الخاص من جهة والنهوض بالمرفق العام من خلال تحسين وتطوير الخدمة العمومية من جهة أخرى.

لكن يعاب على المنظم الجزائري عدم تعريفه لأسلوب التفويض وعدم تحديده للصيغة

القانونية التي تتم بها عملية التفويض واكتفى باستعمال مصطلح " بموجب اتفاقية " دون أن يحدد العناصر المكونة للنظام القانوني لعملية التفويض، وإنما أشار إلى بعضها كما ذكرنا أعلاه مثل موضوع التفويض، أطرافه، إلى جانب ذكر الإجراءات المتبعة في منحه دون تفصيلها تاركا المهمة للنصوص التنظيمية.

3- تعريف تفويض المرفق العام من خلال المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق

بتفويض المرفق العام:

¹ . جورج قودي لبيارد القوقية، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ج.02، ط01، المؤسسة الجامعية، لبنان، 2001، ص 448.

² . محمد الصغير بعلي، قانون الإدارة المحلية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر، 2004، ص15.

حيث نصت المادة 01 منه: «يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة إلى المفوض له، بهدف الصالح العام».¹

المطلب الثاني: عناصر ومبادئ تفويض المرفق العام

لقد سبقت الإشارة إلى أن صور ومظاهر النشاط الإداري تتخذ مظهرين وصورتين جوهريتين أساسيتين هما صور البوليس الإداري (الضبط الإداري) وصورة المرفق العام الذي بواسطة نظامه القانوني تستطيع السلطة الإدارية المختصة في الدولة أن تضمن انجاز وتحقيق وظائف إشباع الحاجات العامة في الدولة والمجتمع بانتظام واطراد وعلى أفضل صورة ولفكرة المرفق العام، بالإضافة إلى كونه وسيلة وأحد ومظاهر الوظيفة الإدارية في الدولة، قيمة علمية ونظرية وفنية وعملية حيوية وفعالة في عالم القانون بصفة عامة وفي القانون الإداري وعلم الإدارة بصفة خاصة،² وقد عرفنا انه لكل مرفق عام قواعده الخاصة إلا أن هناك ثلاث مبادئ مشتركة بين المرافق العامة جميعا أيا كانت مرافق عامة للدولة أو مرافق عامة محلية، أو مرافق عامة صناعية وتجارية أو مرافق عامة إدارية أو مرافق عامة تدار بشكل إداري *régie* أو في شكل آخر³ كالتفويض مثلا ولكي نكون أمام تفويض مرفق عام يجب أن نتحقق مجموعة عناصر جوهرية إذا تحققت جميعها يمكن القول حينئذ أننا أمام عقد تفويض المرفق العام، وسنجيب على ذلك وفرعين، الأول لعناصر تفويض المرفق العام، وفي الفرع الثاني نتناول مبادئ تفويض المرفق العام.

الفرع الأول: عناصر تفويض المرفق العام

من المتفق عليه انه ليس كل عملية متعلقة بتنفيذ مرفق تدخل ضمن تقنية تفويض مرفق عام، فهذا الأخير له من العناصر التي تجعله كفاءة قانونية مستقلة تحتوي على عناصر تختلف عن باقي الطرق المستحدثة في تنفيذ المرافق العامة⁴ والتي كان للمشرع الفرنسي دورا كبيرا في إبرازها وتكريسها والتي عمل الفقه والاجتهاد القضائي على تحديدها من خلال قانون SAPIN، الذي أكد على انه لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حال شكل النشاط الإداري موضوع العقد مرفقا عاما، شرط أن يكون المرفق العام قابلا للتفويض، إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر 48، ص 05.

² - عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 55.

³ - جورج قودي لبيارد القوقلية، مرجع سابق، ص 548.

⁴ - وليد جابر حيدر، التفويض في الإدارة و استثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 97.

لا يجوز بأي حال من الأحوال تفويضها (أولا)، كما يقتضي أن يقوم بين صاحب التفويض والسلطة المفوضة له علاقة تعاقدية يخضع فيها المتعاقد مع الإدارة إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد ، كما يجب أن يكون موضوع العقد استغلال المرفق العام ، بالإضافة إلى ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال (ثانيا)

أولا : العناصر المرتبطة بعقد التفويض

يعد تفويض المرفق العام من الأساليب الحديثة التي تسمح بإشراك القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العامة في الدولة، لذلك فوجود المرفق العام يشكل العنصر الجوهري في عملية التفويض إضافة إلى قابلية هذا المرفق للتفويض.

1 . عنصر المرفق العام

بالرغم من صعوبة تحديد تعريف شامل لتفويض المرفق العام، إلا إن أغلب الفقهاء يتفقون عند القيام بتحديد مفهوم المرفق العام أن هذا الأخير يعكس تصورات الدولة،¹ حيث عرفه البعض بأنه نشاط تباشره السلطة العامة لإشباع حاجة ذات نفع عام، وهذا ما أكدته الدكتور محمد فؤاد من خلال تعريفه بأن: « المرافق العامة هي مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام».² أما الدكتور توفيق شحاتة³ يعرفه بأنه: « كل مشروع بهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام، وتعجز المشروعات الفردية عن تحقيقه على وجه مرض فنتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى الأفراد يديرونه تحت رقابتها» ومنه نستخلص ما يلي:

1 . المرفق العام تنشئه الدولة: يقصد بذلك أن الدولة هي التي تقدر امتياز نشاط ما مرفقا عاما وتقرر إخضاعه للمرافق العامة على قانون معين، وليس من اللازم أن يكون كل مشروع تحدته الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته فكثيرا ما تعهد الإدارة إلى أفراد أو شركة خاصة بأداء خدمة عامة تحت إشرافها وهو الوضع الذي يجسده نظام الامتياز أو الشركات المختلطة ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة إحدائه أن يكون على قدر من الأهمية وإلا لكان قد ترك للأفراد

¹ . ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ،ص183.

² . محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري، مصر، ص 254.

³ . عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 2 جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428 هـ 2007 ،ص 309.

وفي هذا المعنى قدم الفقيه ديجي وصف للمرفق العام باعتباره نشاط بأنه: أنواع النشاطات أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها نظرا لأهمية هذه الخدمات للجميع ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام .

وهو الوضع الذي يجسده نظام الامتياز أو الشركات المختلطة.¹

ب . هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة : وذلك أن المصلحة العامة هي هدف كل وظيفة إدارية بل وحتى المؤسسات التي تديرها الدولة والتي تكون غايتها تجارية بحتة كالمؤسسات الاقتصادية إنما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.²

كما أن المصلحة العامة ليست حكرا على الإدارة فمن الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون كثيرا ما تتصل كذلك للمصلحة العامة كخدمات البناء والنقل ولقد اقترح الفقه معيارا للخروج من هذه الإشكالية فإذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الأولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانوني وتوفرت الأركان الأخرى يكون المرفق العام ، أما إذا كانت المصلحة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فان الوظيفة لا ترتقي إلى منزلة المرفق العام يقول René Chaput في هذا الصدد إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفق عام وإذا كانت تمارس أساسا لصالح الذاتي للمصلحة التي تتبعها فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع الخاص

ج . خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص واستثنائي : والمقصود بالنظام القانوني الخاص والاستثنائي الذي يحكم المرفق العام هو مجموعة الأحكام والقواعد والمبادئ القانونية، التي تختلف اختلافا جذريا عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة وعن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة بصفة خاصة.³

د . المرفق العام مشروع عام: والمشروع العام هو عبارة عن نشاط منظم ومتناسق تمارسه مجموعة بشرية قيادية وتوجيهية وإدارية وتنفيذية، بوسائل مادية وفنية وقانونية لتحقيق غرض محدد.⁴

2 . قابلية المرفق العام للتفويض :

¹ . عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 309 و 310.

² . عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 310.

³ . عمار عوابدي ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، مرجع سابق ، ص 61.

⁴ . محمود حافظ، نظرية المرفق العام، ص 26.

لا يكون هناك تفويض المرفق العام، إلا إذا كان المرفق قابلاً للتفويض،¹ وعليه توجد قائمة محدد للمرافق العامة القابلة للتفويض، فمن حيث المبدأ جميع المرافق العامة سواء كانت إدارية أو صناعية وتجارية قابلة لأن تكون موضوعاً لأسلوب التفويض، قد يعبر عنها بالنصوص التشريعية أو وفقاً للاجتهاد، كما هو الحال في فرنسا، فرغم تضارب آراء الفقه حول مدى قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض بحكم القانون المختلط المطبق عليها، مما يشجع الخواص على تسييرها بسبب الربح الذي تسعى إلى تحقيقه، على عكس المرافق العامة الإدارية، كما ذهب البعض الآخر إلى استبعاد تطبيق قانون SAPIN على المرافق العامة الإدارية بالرغم من أن هذا القانون لم يتضمن نصاً يستبعد من دائرة التفويض خاصة في المادة 23 منه، وهذا ما تؤكدته التعليمات الوزارية الصادرة عن الوزير الأول بتاريخ 1993/11/25، حيث لم تحمل في طياتها ما يستبعد المرافق العامة الإدارية من دائرة التفويض، كما أن الأعمال التحضيرية لقانون 1995 المتعلق بالبيئة تؤيد فكرة قابلية كل المرافق العامة للتفويض، حيث كانت إجابة أحد الوزراء عن سؤال في هذا الصدد قائلاً أنه لا يوجد إشارة مضادة في قانون SAPI N لمبدأ تفويض المرافق العامة الإدارية، حتى وإن كان تفويض المرافق العامة الصناعية والتجارية هو الأكثر شيوعاً، كما أن المرافق العامة الإدارية لا تستدرج عادة في نشاطها القطاع الخاص بحكم عدم استهدافها الربح الذي يمثل المعيار المتحرك لهذا القطاع.²

هذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي في رأي مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1986/10/07 كالاتي: «الطابع الإداري للمرفق العام لا يمنع الجماعة المحلية من توكيل تنفيذه لأشخاص خاصة، إلا بعض المرافق بسبب طبيعتها أو إرادة المشرع بأن تسيير بطريقة مباشرة من طرف الجماعة المحلية»، هذا الرأي تبعه رأي آخر في نفس السنة أكمل فيه ما سبق وأعلنه في شأن قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض.

على عكس المشرع والقضاء الجزائريين اللذان لم يفصلا في هذه المسألة، لكن القضاء الفرنسي أجاز تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة بغض النظر عن طبيعتها، إلا أنه في الحقيقة

¹. براهمي فضيلة "التسيير المفوض للمرافق العامة، معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار؟ أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27 و 28 أبريل 2011، ص 100.

². عمار بوضياف، دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، مجلة الدراسات والبحوث البرلمانية، الفكر البرلماني، 2010، ص 177.

يبقى هذا التطبيق نسبيا على أساس أن المرافق العامة الصناعية والتجارية هي التي تجلب الخواص نظرا لخصائصها والوسائل المتبعة في إدارتها، خاصة فيما يتعلق بعنصر تحقيق الربح لكن هناك بعض المرافق المستثناة بسبب طبيعتها الخاصة، أو هي محل منع من المشرع مثل المرافق العامة الوطنية الإدارية كمرفق العدالة، الأمن والدفاع، فطبيعتها الخاصة تتعلق بالسلطة العامة للدولة . ولا يمكن تفويضها للخواص، لأنها تعد من قبل المرافق العامة السيادية.

نشير في الأخير إلى أن تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة تختلف في تطبيقاتها من دولة لأخرى ، فإذا كانت فرنسا تعتمد قاعدة التمييز بين المرافق العامة القابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض ونفس الأمر بالنسبة للجزائر، إلا أن هذه القاعدة لا تجد تطبيقات لها في دول أخرى كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية مثلا، أين نجد أن مرفق الشرطة قابل للتفويض كما أنه بإمكان الأفراد أن يستفيدوا من خدمات الشرطة بصورة خاصة مقابل مبلغ مالي، بالإضافة إلى إمكانية تفويض مرفق السجون إلى شركات خاصة.¹

ثانيا : العناصر المرتبطة بعقد التفويض

لقد توصلنا إلى أن المرفق العام يشكل العنصر الأساسي والقانوني لوجود تقنية التفويض ويشترط في هذا الأخير أن يكون قابلا للتفويض، إلا أنه بوجود عناصر أخرى متعلقة بعقد التفويض يشترط قيامها في عملية التفويض تتمثل أساسا في العلاقة التعاقدية، موضوع العقد هو استغلال مرفق عام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال .

1 . العلاقة التعاقدية بين الهيئة المفوضة والمفوض له :

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام وهو المانح للتفويض، وشخص خاص هو صاحب التفويض، إذن يقتضي أن يكون المانح للتفويض شخصا عاما سواء كانت الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية، وفي حال ما إن كان مانح التفويض شخصا فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام؛ إلا انه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت إشرافه ورقابته، في هذه الحالة نكون أمام عقد تفويض المرفق العام بالرغم من كون أطرافه من أشخاص القانون الخاص.

¹ - فوناس سهيلة ، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، المرجع سابق، ص29 ص 30.

فالعلاقة القائمة بين صاحب التفويض والسلطة المانحة له هي علاقة تعاقدية، وبالتالي يخضع طرفا العقد إلى البنود والأحكام المدرجة في العقد،¹ وقد تضمن قانون المياه أحكاما تتعلق بالتفويض كذلك المتعلقة بإجراءات اختيار صاحب التفويض، خاصة فيما يتعلق بإجراء المنافسة والإشارة إلى اتفاقية التفويض² والتي تشكل بدورها عقدا إداريا كون أحد أطرافها شخصا عاما والمتمثل في الجزائرية للمياه (ADE) والديوان الوطني للتطهير (ONA) موضوعه تنفيذ مرفق عام يتضمن امتيازات السلطة العامة، كحق الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة .

2 . ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام :

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، أي تسيير المرفق وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه ، تحت إشراف ورقابة السلطة المانحة للتفويض، حيث يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام واستغلاله، ويقضي أن يتحمل مخاطر التشغيل التي نعني بها المخاطر المالية والتقنية، والمسؤولية عن الأضرار التي تحدث نتيجة استغلاله للمرفق العام، لأنه إذا اقتصر دور صاحب التفويض على تسيير المرفق دون تحمل مخاطر استغلاله بصورة كلية أو جزئية فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام .

وفي هذا السياق إذا استعرضنا ما توصل إليه الفقه والقضاء الفرنسي يتبين ضرورة وأهمية وجود علاقة بين العائدات المالية المحققة والمخاطر إلى حد اعتبار هذه الأخيرة العنصر الحاسم في قيام تقنية التفويض، باعتبار أنه لا يمكن تصور وجود تفويض لنشاط مرفقي بعائدات لا تصل بالمخاطر والعبء المالي للاستثمار، وهذا ما استقر عليه الفقه الفرنسي حيث اعتبرت مفوضة الحكومة الفرنسية C.BERGEAL في تعليمتها على قرار مجلس الدولة في قضية أن عنصر المخاطر في استغلال المرفق العام يعد العنصر الجوهرى لتمييز تقنية التفويض عن غيره من

¹ . مروان محي الدين قطب ، طرق خصخصة المرافق العامة "الامتياز" ، الشركات المختلطة وتفويض المرفق العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص446.

² . المرسوم التنفيذي رقم 275/10 ، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 ، يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير ، ج ر ج ع 68 ، الصادرة في 4 نوفمبر 2010.

العقود الإدارية وذلك بقولها: «التفويض هو وجود المتعاقد في وضعية يستغل فيها ويستثمر في مرفق عام على نفقته ومخاطره».¹

ففي قضية SMITOM اعتبر الاجتهاد أنه إذا كان التمويل المقدم من الجماعة العامة في إطار مشاركتها في تغطية نفقات الاستثمار جوهرية في المشروع، فإن العقد في هذه الحالة لا يدخل في تقنية التفويض.

وفي قضية Teissriem M Savaryet التي تتلخص وقائعها في تعاقد بلدية Bordeaux عن طريق عقد امتياز المرفق العام مع شركة لإعادة بناء السوق البلدي ، فقد قضت محكمة استئناف بورجو بأن العقد موضوع النزاع يدخل في إطار تقنية التفويض على أساس أن صاحب التفويض يحقق عائدات من المنفعين من السوق بنسبة 75% مقارنة مع ما تدفعه البلدية له، والتي لا تتجاوز نسبة 25% كمشاركة منها لتغطية نفقات الأشغال، وبالتالي فإن صاحب التفويض يتحمل نسبيا المخاطر والعبء المالي المرتبط بعائداته المرتبطة هي الأخرى بنتائج الاستغلال .

لا تختلف نظرة محكمة عدل المجموعة الأوروبية لعنصر المخاطر والعبء المالي ارتباطه باستغلال المرفق العام عن نظرة الاجتهاد القضائي الفرنسي ، حيث أصدرت المحكمة الأوروبية بيانا لها مؤرخ في 12 افريل 2000، أن امتياز المرافق العامة يتميز بتحمل صاحب التفويض العبء المالي والمسؤولية عن المخاطر الناتجة عن استغلاله المرفق العام.²

وعليه فإن كل من الاجتهاد الفرنسي والاجتهاد الأوربي عبرا صراحة على ضرورة ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال من جهة، وارتباطه بالمخاطر والعبء المالي من جهة أخرى، ليكون بذلك عنصر ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال وتحمل مخاطره من الأسس التي يقوم عليها أسلوب تفويض المرفق العام كمفهوم قانوني مستقل عن غيره من طرق تسيير المرافق العامة

الفرع الثاني: المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام

¹ ، فوناس سهيله عقود تفويض المرفق العام . دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان بن ميرة ، ع02 ، 2014 ، ص244.

² . فوناس سهيلة ، تفويض المرفق العام في الجزائر ، مرجع سابق، ص33.

لقد جاء نص المادة 209 من القانون 247/15¹ المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لتحديد المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العمومي حيث نصت على ما يلي: " تخضع اتفاقيات المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف فعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة هي عملية جوهرية وحيوية ومصيرية للحياة العامة في المجتمع والدولة، حيث تتوقف حسن سير عملية تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وكفاية وملائمة فلا يمكن للحياة العامة في المجتمع ولمواطني الدولة أن يحققوا ويشبعوا حاجاتهم من خدمات المواصلات والصحة العامة والأمن والعدالة، ومختلف الحاجيات إلا عن طريق ضمان حسن تنظيم وسير المرافق العامة في الدولة ولكي تضبط وتحكم عملية تنظيم المرافق العامة وتسييرها بصورة منتظمة ومطرده ورشيدة وبفاعلية في توفير الخدمات والسلع اللازمة لإشباع الحاجات العامة للمواطنين في الدولة أقر القضاء في القانون الإداري المقارن ثلاث مبادئ قانونية عامة تحكم عملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة،² وعليه فإننا نعالج الموضوع من خلال النقاط الآتية، المبادئ المرتبطة بالإجراءات (أولاً) ثم المبادئ المرتبطة بالمرفق العام (ثانياً).

أولاً : المبادئ المرتبطة بالإجراءات

نصت المادة 5 من المرسوم 247/15³ على ما يلي: لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ويجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم، وقد تأكد بأن هذه المادة أنشأت معادلة تتمثل في أن حرية الوصول للطلبات العمومية يساوي الاستعمال الحسن للمال العام مما يعكس أن الإدارة ستبقى موجهة وتوجيهها يمتاز بسيطرتها على العام، وأن سوق الاقتصاد سيحرر لتلبية الحاجيات العمومية أن تحريره سيكون وفق التعاقد، الذي سيغلب عليه

¹ . المرسوم 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، مرجع سابق،ص88.

² . عمار عوابدي، مرجع سابق،ص 73.

³ . المرسوم 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام،مرجع سابق،ص 3.

طابع التفاوض وحرية الاتفاق، أن الملفت للانتباه هو تكريس مبادئ الحرية في قانون الصفقات العمومية أن هذا يرمي بنا للقول أن المصلحة المتعاقدة يجب أن تعمل وفق التفاوض الحر مع المتعامل المتعاقد لأن هذا سينشئ وسطا تعاقديا متحررا للإدارة كي تتعاقد بكل حرية إلا إن هذا سيكون وفق مراعاة المصلحة العامة، ونصت المادة 5 من المرسوم السابق¹ الذكر صراحة على هذه المبادئ وهي:

1 . حرية الوصول إلى الطلب العمومي: من حق كل المتعاملين الاقتصاديين الوصول إلى الطلب العمومي أي فتح الاستثمار العمومي وذلك بتطبيق ما يلي: الإشهار الواسع، سهولة الوصول إلى الوثائق، اختيار طريقة إبرام الطلب العمومي تبرر بالأهداف المرجوة للمصلحة المتعاقدة، آجال تحضير العروض يكون كاف للمترشحين.

2 . مبدأ مساواة المتعاملين الاقتصاديين وذلك باتخاذ الإجراءات الآتية: الإعلان الوطني أو المحلي حسب الحالة، عناصر اختيار المتعامل الاقتصادي تكون موضوعية وغير موجهة، التطبيق الصارم والعادي لطريقة التقيط التقني حسب دفتر الشروط.

3 . مبدأ شفافية الإجراءات وذلك باحترام وتطبيق ما يلي: إجراءات واضحة ومفصلة، التأشير المسبق لدفتر الشروط، فتح الأطراف في جلسة علنية، نشر معلومات للنتائج في إعلان المنح المؤقت، تقديم نفس الأجوبة وطلب توضيحات لكافة المترشحين، وأخيرا حق الطعن مضمون قانونا.

تعتبر هذه المبادئ روح للقانون الجديد وظهر هذا من خلال التأكيد عليها وعدة مواد ومحاولة مطابقة الإجراءات الشكلية والموضوع لهذه المبادئ من خلال القانون ولعلنا الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف وإنفاق المال العام اليوم مقيد بضرورة احترام هذه المبادئ مهما كان مبلغ الطلب العمومي.²

ثانيا : المبادئ المرتبطة بالمرفق العام

إن المرافق العامة هي القواعد القانونية واللائحية التي تحكم تنظيمه والتي تختلف من مرفق إلى آخر، وبجانب ذلك توجد بعض المبادئ التي تسري على كافة المرافق أيا كان نوع كل نشاط دون حاجة إلى نص يقرها القانون أو القرار الذي ينشأ المرفق العام أو دفتر الشروط الذي يحرر

¹ - المرسوم الرئاسي 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، مرجع سابق.

² - نادية ظريفي، مداخلة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في 247/15 بعنوان توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة و تنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ص 60.

عندما يدار عن طريق الالتزام إذ تملئها طبيعة النشاط وكونه يساهم بالضرورة إلى إشباع حاجات عامة وجوهية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصولها على خلل أو اضطراب في حياتهم اليومية،¹ وهذه المبادئ تتمثل أساسا في ثلاث مطالب هي:

1 : مبدأ استمرارية المرفق العام

2 : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطور

3 : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

1 : مبدأ استمرارية المرافق العام

إن مبدأ استمرارية المرافق العامة نابع من تصور يجعل عمل الدولة والأجهزة التابعة لها يقوم على المداولة والانتظام لا على التقطع والتوقف وبالتالي فإن نشاط المرافق العامة ضرورية لحياة المجموعة الوطنية ولا ينبغي أن ينفذ لما ينجز عن توقفه من عواقب وخيمة على حياة المجتمع كما يقال " الاستمرارية روح المرافق العامة "، كما أن القانون الجزائري لم يجعل هذا المبدأ يقتصر على المرافق العامة الإدارية بل جعله يمتد حتى على المرافق العامة الصناعية والتجارية كمؤسسة الكهرباء والغاز التي يلزمها على السير بانتظام واطراد وعدم التوقف لأن ذلك قد يسبب انعكاسات خطيرة.²

حيث يكفي أن تتصور مدى الاضطرابات التي تصيب حياة الأفراد إذا تعرض المرفق العام لعوائق تقنية مثلا تحول دون تحقيق عنصر الانتفاع وجب أن يعلم المجتمع بذلك وكذلك الحالة بالنسبة لمؤسسة توزيع المياه، وإذا توقف أحد هذه المرافق ولو لفترة وجيزة فهي مرافق أساسية لسير حياة الأفراد ومن ثم فلا يجوز للموظف أن ينقطع دون سبب عن عمله وكذلك لا يجوز الإضراب حيث تم تحريمه لما له من نتائج وخيمة على سير العمل، فالمرافق العامة تترتب على تطبيق مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد عدة نتائج هامة وهي:³

¹ . زكريا المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص961.

² . محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رجال بن عمر رجال مولاي ادريس، د.م.ج، الجزائر، 1996، ص113 .
114.

³ . عمار بوضياف، مرجع سابق، ص337.

أ. حضر الإضراب: فالإضراب هو توقف بعض الموظفين عن أداء عملهم في مرفق معين لمدة معينة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم أو لما له من نتائج خطيرة فأغلبية الدول تحرمه لضمان دوام سير المرافق.

ب. تنظيم الاستقالة: أي تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهاء خدمتهم بإرادتهم إلا عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

ج. نظرية الظروف الطارئة: تفترض نظرية الظروف الطارئة انه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، وكون هذه الظروف مستقلة عن أطراف العقد كالتقلبات الاقتصادية المرتبطة بالأسعار فهي تحدث اضطرابات في الوضعية المالية للمتعاقد وعليه يمكن لهذا الأخير طلب تعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا كان من أسس المسؤولية الإدارية تقليدياً، فان النصوص القانونية الحالية أصبحت تورد في بنودها ما يعطي هذا النوع من الضرر¹ فان لم يحصل هذا الاتفاق فان للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً، وهذه النظرية من وضع مجلس الدولة الفرنسي التي أقرها خروجاً عن الأصل في القانون الخاص التي هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته التعاقدية وتعطيل المرفق².

د. نظرية الموظف الفعلي: يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي يدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة متخذاً مظهر الموظف الفعلي وذلك عن طريق تولي الوظيفة بموجب إجراءات معينة أو عدم وجود قرار التعيين أصلاً ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحرب و الثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة، اعترف الفقه والقضاء ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسني النية.

¹. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص39.

². مازن ليلو راضي، إبرام العقود الإدارية، ط 1، دار القنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص110.

هـ . عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام: المبدأ العام لدى غالبية فقه القانون العام يقضي بعدم جواز الحجز على أملاك وأموال الدولة أيا كان نوعه وطريقة تسييره، لأنه من شأن ذلك أن يعطل أو يعرقل سير المرفق العام وقد يحول دون أداء خدمات المرفق العام في الوقت المناسب وبالجودة المطلوبة ذلك يحول دون استمرارية المرفق العام بانتظام، وضمانا لذلك أضفى المشرع الجزائري حماية خاصة لأملاك الدولة سواء الأملاك العامة¹ أو الملاك الخاصة،² وأحاطها بالحماية المدنية والجزائية في حالة المساس أو التعرض لها، إلا أن القانون قد يسمح بنزع الملكية الخاصة واستعمالها بشروط معينة (وفقا للمواد 677 إلى 681 مكرر 3 ق.م.ج) وهذا لضمان استمرارية المرافق العامة.

2 : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق العامة بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن توفر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي . ويستمد هذا المبدأ أساسه من الديانات السماوية،³ والمواثيق وإعلانات الحقوق،⁴ ودساتير الدول التي تقضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تميز بين أحد منهم، ولقد اهتم المشرع الجزائري بهذا المبدأ وكرسه في جميع الدساتير الجزائرية من دستور 1963 إلى غاية دستور 1996 وأشار هذا الأخير من خلال نص المادة 29 على أنه: «كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن

¹. تنص المادة 689 من القانون المدني على أنه "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة وحجزها، أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الموال لأحد المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء عدم التصرف فيها "

². تنص المادة 24 من دستور 1996 على أنه " الدولة مسؤولة عن امن الأشخاص و الممتلكات و تكفل بحماية كل مواطن في الخارج ".

³. قال تعالى في كتابه العزيز : "يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر و أنثى لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم " الآية 1،. من سورة الحجرات، و يقول رسول الكريم صلى الله عليه وسلم : " الناس سواسية كأسنان المشط "

⁴. جاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 . 12 . 1984 على أنه : "يولد جميع الناس أحرارا و متساوين في الكرامة و الحقوق ".

أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي»
وعليه يعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون الإداري التي تسري دون الحاجة إلى نص يقرها فهو يعني المساواة بين المواطنين في جميع المجالات كالتعيين في الوظائف العامة، دفع الضريبة، المشاركة في الحياة السياسية، التعليم وكذلك أمام القوانين واللوائح بصفة عامة فالمواطنون متساوون في الانتفاع بخدمات المرافق العامة مهما كان تنوعها دون تمييز في الجنس أو الأصل أو الدين... الخ، وبمعنى آخر أن الإدارة تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون أما إذا توفرت شروط من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للفئة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للفئتين تبعاً لاختلاف ظروفهم كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والغاز بالنسبة لسكان المدينة وسكان القرى .

3 : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل

ويضمن هذا المبدأ لعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة عوامل وعناصر وشروط المرنة الملائمة الواقعية وحرية الحركة والتكيف مع الظروف والمعطيات الطارئة والمستجدة حيث يعطي هذا المبدأ للسلطات الإدارية المختصة بتنظيم وتسيير المرافق العامة، واقتضت المصلحة العامة ضرورة إحداث تغييرات في قواعد وشروط وأحكام تسيير المرافق العامة¹ ويعود للإدارة وعملاً بسلطتها التنظيمية أن يعود سير المرفق العام وتنظيمه في أي وقت وبكافة الوسائل كي يتماشى دائماً مع التطور العلمي والتكنولوجي، أي على الإدارة تكليف المرفق العام عندما تتبدل الظروف ولا يحق للمستفيدين من المرفق العام الاعتراض على ذلك وبإمكان الإدارة إلغاء المرفق العام عندما ترى ضرورة لذلك وتبقى قرارات تعديل المرفق العام خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي ينظر في صحة الوقائع التي تدلي بها الإدارة وأيضا في الصلاحية .

المبحث الثاني: الرقابة على تفويض المرفق العام

¹ . عمار عوايدي، القانون الإداري و النشاط الإداري، مرجع سابق، ص80.

لا يمكن اعتبار تقنية التفويض من طرق إدارة المرافق العامة وحسب، وإنما تشكل أيضا إطارا قانونيا للعقود التي تتولى إدارة المرافق العامة الاقتصادية لاسيما من قبل أشخاص القانون الخاص، كما أن الرقابة التي تخضع لها عقود التفويض مازالت محدودة غير شاملة وتحتاج إلى تنظيم قانوني من أجل تفعيلها وتهدف إلى حسن تطبيق العقد وتأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، كما تكون فيه رقابة الدولة على المرفق ضئيلة ويكون للأفراد مجال كبير في تمويل المرفق وإدارته وقد تخفف العبء على الدولة إداريا وماليا فأنها عرفت التوسع في التطبيق العملي لأن الدولة تكون هي الممول للنشاط المرفقي ويكون لأفراده مجال كبير في تسيير النشاط، بالمقابل النقدي ونظرا لتدخل الدولة في شؤون المرفق كبيرها وصغيرها قد عرقلت أعمال المسيرين فان هذه الطريقة قد تقلص تطبيقها في الواقع العلمي¹ وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين :

المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة

المطلب الثاني: الآليات الرقابية

المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة

إن العقود الإدارية تختلف في آثارها القانونية عن عقود القانون الخاص، فإذا كانت عقود القانون الخاص تخضع في تنفيذها أي في آثارها القانونية من حقوق والتزامات الطرفين تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فان العقود الإدارية لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام بما يتطلبه من مقتضيات تكفل له الاستمرار والدوام وحسن السير بانتظام ومن قابليته للتغيير والتبدل بما يتطلبه الصالح العام لارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام بمبادئه تلك، ما يجعل السلطات الإدارية المتعاقدة تتمتع بسلطات وامتيازات خطيرة تجعل مركز الإدارة المتعاقدة والطرف المتعاقد معها غير متكافئ ومتساوي في الحقوق والالتزامات كما سنبين حسب الآتي:

الفرع الأول : سلطات الإدارة المتعاقدة :

تتمتع الإدارة المتعاقدة في مواجهة الطرف المتعاقد معها بالسلطات والحقوق التالية:

أولا . حق وسلطة الإدارة في الرقابة على الطرف المتعاقد معها : تمارس سلطة الإدارة

المتعاقدة سلطة الرقابة على الطرف المتعاقد معها حتى تتأكد وتتحقق من أن المتعاقد معها ينفذ

¹ . مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 519.

التزاماته التعاقدية وفقا للشروط المحددة في العقد ، ورقابة الإدارة على المتعاقد معها قد تكون رقابة داخلية تتمثل في الإرشاد والتوجيه أو رقابة خارجية تتأكد من تنفيذ العقد طبقا للشروط الفنية¹.

ثانيا . حق وسلطة الإدارة في تعديل الالتزامات وشروط العقد زيادة أو نقصان

تملك السلطة الإدارية أن تعدل في التزامات وشروط العقد الإداري والمتعلقة بالمرفق العام وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي يتمتع به تستمده من ضرورة حسن سير المرفق العام.²

ثالثا. حق وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية مختلفة على المتعاقد معها :

إذا اخل الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية كان يهمل أو يقصر في تنفيذ العقد الإداري أو لم يحترم المدة المحددة للتنفيذ فان السلطة المتعاقدة تملك سلطة توقيع وتسييل إجراءات إدارية مختلفة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء سلفا

رابعا . حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة: ويعتبر هذا أحد نقاط القوة

للإدارة المانحة للتفويض³

الفرع الثاني: استحداث سلطة الضبط للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تقرر بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام لدى الوزير المكلف بالمالية وتتمثل صلاحيات هذه السلطة في كلا الجوانب المتعلقة بالصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام من إعداد التنظيم الإعلام، التكوين إحصاء سنوي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية، والتقنية القانونية للطلب العمومي، التدقيق بطلب كل سلطة مخولة واستغلال نظام المعلومات للصفقات العمومية ولهذه الصفة تعرض توصيات على الحكومة إلى جانب مهام أخرى تكمن في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب، واستقلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الوطنية والأجنبية في مجال الصفقات وتفويضات

¹ . عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 217 ص 218.

² . آكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون العقود ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 15.

³ . عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 113.

- المرفق العام¹ المادة 213 من الرسوم الرئاسي 247/15² تنشئ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات تتولى هذه السلطة الصلاحيات التالية :
- إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين.
 - إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
 - المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
 - إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي السنوي.
 - تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم التوصيات للحكومة.
 - تشكيل حيز للتشاور في إطار مرصد للطلب العمومي.
 - التحقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب كل سلطة مختصة.
 - البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية مع المتعاملين المتعاقدين الجانب
 - تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.
 - إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: الآليات الرقابية على تفويضات المرفق العام

تبدأ الرقابة على عقود تفويض المرفق العام لدى السلطة التشريعية التي تعطي الإجازة للسلطة التنفيذية لإبرام عقود التفويض المتعلق بالمرافق المرتبطة بالدولة ، كما تمارس سلطات

¹ . لعور بدر، الإطار المفاهيم للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، مداخلة بتاريخ 2017/12/16، ص29.

² . المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص45.

الوصاية رقابتها على عقود التفويض العائدة للمرافق العامة المحلية أو المرفقية... الخ¹ وعلية سنتطرق في هذا المطلب إلى أربعة أنواع من الرقابة:

- 1- الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية
- 2 - الرقابة الوصائية.
- 3 - الرقابة المالية.
- 4- الرقابة القضائية.

الفرع الأول: الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية

أولا . الرقابة الداخلية (رقابة المصلحة المتعاقدة): تمارس الرقابة وفق النصوص التي تتضمن مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية، ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة وعلى وجه الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابية والإجراءات اللازمة لتتسق عمليات الرقابة وفعاليتها. ويقصد بالرقابة الداخلية تلك الرقابة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة بنفسها بواسطة أعوانها وموظفيها، هذا النوع من الرقابة الذاتية لها أهمية كبيرة فيما يتعلق بالسير الحسن للإدارة وحماية المصالح المالية وإضفاء الشفافية على أعمالها، وبحسب الدراسات المنجزة من طرف لجنة intosai الرقابة الداخلية التابعة للمنظمة الدولية العليا للرقابة المالية والمحاسبية تم اعتماد بعض الشروط كأولويات لتجسيد رقابة داخلية فعالة يتعلق الأمر ب :

1. وجود تشريع يحدد الشروط العامة والأهداف لوضع الرقابة الداخلية.
2. تحديد الأسس التي يركز عليها الرقابة الداخلية عن طريق سن قوانين خاصة.
3. وجود أجهزة إدارية تعمل على جعل نظام الرقابة الداخلية فعالا.
4. وجود تقييم ذاتي ودوري للرقابة الداخلية وتحديد نقائصها.
5. وجود مؤسسات عليا للرقابة تعمل على مراجعة أنظمة الرقابة الداخلية.²

¹ . مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 519.

² . فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2006/2007، ص 11.

تقييم نظام الرقابة الداخلية : عند محاولة تقييم الرقابة الداخلية للمصلحة المتعاقدة كآلية تعمل على ضمان وتكريس المبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية ، يجب الوقوف عند مجموعة من الملاحظات الجوهرية وهي أن المشرع الجزائري من جهة جسد بنص القانون العديد من المظاهر التي تعمل على تكريس مبدأ شفافية الإجراءات من خلال الآليات التالية :

- حرية الوصول إلى الطلب العمومي
- المساواة في معاملة المترشحين
- احترام إجراءات الشفافية وفقا لما أقره القانون وهو ما أشارت إليه المادة 5 من القانون 247/15 السابق الذكر

وهذا ما نلمسه من خلال الفصل الرابع الذي أتى به المرسوم التنفيذي 199/18 بعنوان رقابة تفويض المرفق العام، موضحا في قسمه الأول المعنون تحت الرقابة القبلية لتفويضات المرفق العام في نص مادته 75 حينما نص على إنشاء لجنة لاختيار وانتقاء العروض، وفق شروط معينة حسب نص المادة 76 ، للقيام بعملية الرقابة بمجرد دخول اتفاقية الرقابة حيز التنفيذ إلى غاية استكمال إجراءاتها وفقا لما وضعه نص لمادة 77 من ذات المرسوم.¹

ثانيا . الرقابة الخارجية: تتمثل الرقابة الخارجية في إطار العمل الحكومي في التحقيق مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترقى الرقابة الخارجية إلى التحقيق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية² وتهدف الرقابة الخارجية إلى :

- التحقق من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد: 78، 79، 80 و 81 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.³

¹ . المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 13 ، ص 14.

² . عزوز مخلوف، بلقاسم بوفاتح، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، عدد 09 ، سبتمبر 2015.

³ . المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام ، المرجع نفسه ، ص 14.

الفرع الثاني : الرقابة الوصائية

تمثل غاية الرقابة الوصائية التي تمارسها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكيد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل في إطار البرامج والأسبقيات المدروسة للقطاع

يختلف مفهوم مصطلح الوصاية في القانون الإداري عنه في القانون المدني،¹ فالوصاية الإدارية هي مجموع السلطات التي يقرها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم بقصد حماية المال العام وفي مجال الصفقات العمومية لم تخصص التنظيمات المتعاقبة ولا التنظيم الحالي حيزا كبيرا للرقابة الوصائية وتناولها المشرع بشيء من الاغتصاب في مادة وحيدة تاركا تنظيمها لنصوص قانونية أخرى لاسيما قانون البلدية وقانون الولاية، وسنتطرق في هذا الصدد إلى مضمون الرقابة الوصائية وأهدافها كأداة لتفعيل الرقابة الإدارية وأهم العناصر التي تدخل في مجال الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية .

مضمون الرقابة الوصائية: تستمد هذه الرقابة وجودها من خلال نص المادة² 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 وقوانين الجماعات المحلية وتنقسم إلى نوعين رقابة شرعية ورقابة ملائمة، تهدف التأمين احترام النصوص والإجراءات وتحقيق المبادئ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

- تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة للوصاية بموجب قوانين الإدارة الإقليمية والتي تعطي للوالي صلاحيات ممارسة رقابة الشرعية والمشروعية على مداوات المجالس المنتخبة، يرسل إلى الوالي ملف الصفقة كاملا وكذا المداولة الخاصة بالصفقة، ويمكن انجاز الوثائق التي يتكون منها الملف فيما يلي :

- المداولات المتعلقة بموضوع الصفقة
- الإعلانات الاشهارية وإعلان المنح المؤقت
- محاضر لجان الفتح والتحليل
- عقد الصفقة العمومية مرفق برسائل العرض ، الاكتتاب والتصريح بالنزاهة
- تأشيرة لجنة الصفقات العمومية مرفقة بنسخة من محضر الجلسة

¹ . عمار بوضيف، شرح قانون الولاية، جسور للنشر والتوزيع، ط 1 ، الجزائر 2012 ، ص 41 . 43.

² . المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 توضح غاية و أهداف الرقابة الوصائية.

- المحاضر التفاوضية الخاصة بالصفقة إن وجدت.

يمكن من خلال الملف للسلطة الوصية أن تدفع بعدم شرعية إبرام الصفقة في حالة مخالفة الإجراءات للأحكام التشريعية لاسيما المبادئ العامة التي تقوم عليها إبرام الصفقات والتي سبق الإشارة إليها، كما يمكن أيضا بالدفع بعدم شرعية المداولة بوسائل خارجية عن المداولة كعيب عدم اختصاص المتداولين بشأن المداولة أو عيب الطابع اللاشعري للإجراءات كما يمكن أن يدفع بعدم شرعية المداولة بوسائل داخلية مثل عيب الانحراف في استعمال السلطة أو خطأ في تطبيق القانون، ومن العيوب التي يمكن أن تكثف مداولة خاصة بصفقة عمومية نذكر على سبيل المثال:

- اتخاذ مداولة مخالفة للأحكام الدستورية وللقوانين والتنظيمات

- المداولة التي تجرى خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس الشعبي البلدي

- المداولة التي يشارك في اتخاذها أعضاء من الكيل الشعبي البلدي لهم مصلحة شخصية¹

- عيب عدم الاختصاص كأن يتم إمضاء الصفقة من طرف شخص دون الترخيص له من

قبل هيئة التداول أو تناول المداولة لموضوع خارج الاختصاص

- إمضاء وتنفيذ الصفقة دون إخضاع المداولة الخاصة بها للرقابة من طرف ممثل الدولة في

إطار رقابة الشرعية.

- عدم احتواء المداولة على المعلومات التي تسمح لهيئة التداول اتخاذ القرار الصائب أو

إخفاء معلومات تخص المداولة بغرض تضليل أعضاء المجلس البلدي.

- اتخاذ إجراءات احتيالية للتهرب من الخضوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية بصدد

انجاز المشروع استعمال معايير غير موضوعية لاختيار المتعامل .

- سوء تسيير عمليات فتح العروض وتقييمها .

وعند التسليم النهائي للمشروع تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروف انجازه

وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر مسبقا، ويرسل هذا التقرير إلى الوزير أو الوالي أو رئيس

المجلس الشعبي البلدي².

¹ . المادة 60 من قانون البلدية 10/11، مرجع سابق.

² . عزوز مخلوف بلقاسم بوفاتح، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد 09 ص، 102.

والملاحظ لجديد هذا النوع من الرقابة حسب المادة 164 هو إرسال نسخة من التقرير المعد من طرف المصلحة المتعاقدة إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفرع الثالث: الرقابة المالية

تستمد رقابة أجهزة وهيئات وزارة المالية أساسها القانوني من التشريع والتنظيم المعمول بهما فالوزارة في هذا المجال تعمل على تحضير ومتابعة ورقابة الميزانية العامة للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات ذات الطابع الإداري، وفي مجال الصفقات العمومية تحديدا يؤدي قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية دورا هاما فيما يخص التحضير وإعداد قانون الصفقات العمومية وكذا الإجابة عن التساؤلات والإشكالات التي تواجه المصالح المتعاقدة أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية أما عن المهام الرقابية قبل وأثناء التنفيذ فيمارسها أعوان يخضعون لسلطة الوزير المكلف بالمالية وهم المراقب المالي والمحاسب العمومي أما الرقابة البعدية فهي من اختصاص المفتشية العامة للمالية .

أولاً- الرقابة القبليّة للمراقب المالي : تقوم هذه الهيئة لمراقبة الالتزامات التي تقوم بها الإدارة سواء تعلق الأمر بالنفقات أو التعاقدات وهذا قبل أن توضع النفقة حيز التنفيذ أي قبل التصفية والأمر بتسديدها أن هذه الرقابة هي عمل وقائي تهدف إلى أن النفقة قد تمت وفقا للقوانين والتنظيمات السارية فهي نوع من المشروعية.

ثانيا - الرقابة المالية اللاحقة : تباشر الرقابة المالية اللاحقة بعد تنفيذ التصرفات المالية واتخاذ القرار بصرف النفقات وتحصيل الإيرادات، وهي لا تحول دون أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذا كما هو الحال بالنسبة لرقابة المحاسب العمومي ولا تكون إلا بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة وتمارس من طرف المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.¹

ثالثا . رقابة المفتشية العامة للمالية: هي جهاز أنشئ للرقابة المالية اللاحقة أحدثت بموجب المرسوم رقم 53/20 المؤرخ في 1980/03/01 المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية والذي ألغى بالمرسوم التنفيذي رقم 78/92 المؤرخ في 1992/02/22 المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية والذي ألغى بدوره بموجب المرسوم رقم 08. 272 المؤرخ في

¹ . بن دراجي عثمان، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد 247/15 بتاريخ 2015/09/16، جامعة بسكرة في 2015/12/17، ص12.

2008/09/06 حيث حدد المادة الثانية في فقرتها الأولى اختصاصات المفتشية العامة للمالية كما يلي م 2 /ف1 " تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسب لصالح الدولة والجماعات الإقليمية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، وعليه فان مختلف الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية كما تحدد عمليات الرقابة للمفتشية العامة للمالية في برنامج سنوي يعرض على وزير المالية خلال الشهرين الأوليين من كل سنة حسب الأهداف المحددة، وتبعا لطلبات أعضاء الحكومة أو الهيئات والمؤسسات المؤهلة ويتمثل مجال مراقبتها فيما يلي :

- الرقابة على الوثائق في عين المكان وبطريقة فجائية ويتعين على مسؤولي المصالح المعنية بعملية الرقابة ضمان شروط العمل الضرورية لوحدات المفتشية العامة للمالية وذلك بما يأتي :

- السماح لوحدات المفتشية المالية للدخول إلى جميع المجالات التي تستخدمها المصالح المعنية -الإجابة على الطلبات المعلومة المقدمة

- إبقاء المحادثين في مناصبهم طيلة مدة المهمة

ولتسهيل مهمتها، لا يمكن لمسؤول المصالح أو الهيئات التي وضعت للرقابة التملص من الواجبات المذكورة أعلاه والتملص من الواجبات المذكورة أعلاه والتملص باحترام الطريق السلمي أو السر المهني أو الطابع السري للمستندات الواجب فحصها في إطار أعمال التحقيق يمكن للمفتشية العامة أن تطلب من مسؤولي الإدارات والهيئات العمومية وكذا الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم للاطلاع على كل المستندات .

رقابة مجلس المحاسبة: يعد مجلس المؤسسة للرقابة المالية اللاحقة ، أحدث لأول مرة بموجب القانون 20. 05 المؤرخ في 01/03/1980 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة ، وتمت مراجعته وتعديله عدة مرات آخرها الأمر رقم 10 . 02 المؤرخ في 26/08/2010 المادة 170 من الدستور¹: «يؤسس مجلس محاسبة يكلف الرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية

يعد مجلس المحاسبة تقرير سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية.»

¹. المادة 170 من دستور 1996 ،الجريدة الرسمية العدد 76 بتاريخ 1996/12/08.

• طبيعة وأهداف رقابة مجلس المحاسبة :

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة لأموال الدولة والجماعات المحلية يتمتع باختصاص إداري وقضائي والاستقلال الضروري لأداء مهامه .

- يتولى مجلس المحاسبة التدقيق في شروط استعمال وتسيير الأموال العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق اختصاصه

- يتولى مجلس المحاسبة عملية المراقبة بعدة وسائل وآليات حددها الأمر رقم 25-20 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02 المتعلق بمجلس المحاسبة، وهي حق الاطلاع وسلطة التحري أو رقابة نوعية لتسيير ورقابة الانضباط.¹

الفرع الرابع: الرقابة القضائية

تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري وذلك من خلال قضاء الاستعجال في حالة الإخلال بإعلان أو توفير المنافسة عند اختيار صاحب التفويض أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لتجاوز حد السلطة، كما يمكن اللجوء إلى قاضي العقد عند إخلال أحد طرفيه في الالتزامات المترتبة عليه أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

أولا : القضاء الاستعجالي

إن قضاء الاستعجال تفرضها تفرشها ضرورة الحفاظ على حقوق ومصالح أحد الأفراد أو حماية المصلحة العامة ولها طابع وقائي أو احتياطي مؤقت تكون قابلة للتطبيق واقعا ولذلك لا يجوز أن تتعرض لأصل الحق أو أساس الدعوى أو مراجعة، فقضاء الاستعجال يختلف عن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بمناسبة دعوى إبطال القرار الإداري ولأعمال الرقابة القضائية ينبغي توفر الشروط التالية:

- مخالفة المبادئ التي تقوم عليها المناقصة أو استندراج العروض كالإعلان المسبق أو المنافسة بين العارضين

¹ . بن دراجي عثمان، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد 247/15، المرجع سابق، ص12.

- اللجوء إلى قضاء الاستعجال من قبل صاحب المصلحة، أي المتضرر من الإخلال بالمبادئ السابقة كالعارضين المشاركين في المسابقة.
- يقتضي ألا يكون العقد قد تم توقيعه، بحيث تصبح صلاحية القضاء الإداري في إطار تنازع الإبطال لتجاوز السلطة أو في تنازع القضاء الكامل.¹

ثانيا . الطعن لتجاوز السلطة :

يوجد عدد كبير من القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد وهذه القرارات تعد منفصلة عن عقد التفويض نفسه، ومنها القرار بإبرام العقد إذا كان هذا العقد صادرا عن سلطة إدارية، والقرار بالتصديق على اختيار صاحب التفويض وهذه القرارات تجعل إبرام العقد ممكنا، ويمكن الطعن لتجاوز السلطة بالبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام،² والبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام والبنود التنظيمية هي البنود المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام، ويمكن للمستفيدين من خدمات المرفق العام والغير أن يطعنوا بالإجراءات المتخذة في إطار تنفيذ العقد التي تشكل خرقا للبنود التنظيمية العائدة لتنظيم وتشغيل المرفق العام.³

ثالثا: طلب التعويض

يملك احد طرفي العقد اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء إخلال الطرف الآخر بالالتزامات التعاقدية، كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عند حدوث ظروف طارئة تلتزم الإدارة إما بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة، وإما بتعديل شروط العقد للتخفيف من الظروف التي تسمح للمتعاقد باستمرار في تنفيذ العقد لضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد الذي اضطرت الإدارة لإعادة هذا التوازن، لأنه ليس من العدل أو المصلحة أن يتحمل المتعاقد تلك الأعباء.⁴

¹ . مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 513.

² . عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 2018.

³ . وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 514.

⁴ . مليكة صاروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص 656.

الفصل الثاني

أساليب تفويض المرفق العام

يعد تفويض المرفق العام الآلية الوحيدة التي تجسد فكرة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، في إطار عقود تسمح للدولة أو احد أشخاص القانون العام بالتنازل عن إدارة واستغلال المرفق العام إلى شخص طبيعي أو معنوي، غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص يخضع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني التي تخضع له باقي العقود الإدارية.

ويعد تفويض المرفق العام من أهم الطرق التي تلجأ إليها الدولة نظرا لأهميتها البالغة لتسيير المرافق العامة كنظام كفيل بتحسين أدائها من جهة، وضمان نظام خدمة بصفة مستمرة ومتكيفة مع الحاجات المتزايدة للمواطن، لذلك يتعين الاهتمام بمسألة تسيير المرفق العام و تبني أساليب أكثر فعالية تحد من احتكار الدولة لمهمة تسيير المرفق العام من جهة، وتفتح المجال للقطاع الخاص تولى مهام تسييره ، في ظل عجز التسيير المباشر، ومن أهم أساليب تسيير المرفق العام والمجمع عليها فقها و قانونا عقود تسيير المرفق والمتمثلة في عقد الامتياز وهو الأكثر شيوعا نظرا لقدمه مقارنة بعقود الأخرى، وعقد الإيجار ونتعرف عليهما من خلال المبحث الأول، وعقد الوكالة المحفزة و عقد التسيير في المبحث الثاني على النحو التالي:

المبحث الأول: عقد الامتياز و عقد الإيجار.

المبحث الثاني: عقد الوكالة المحفزة و عقد التسيير.

المبحث الأول: عقد الامتياز و عقد الإيجار:

لقد اعتمدت الدولة في تسيير المرافق العامة على أساليب تفويض المرفق العام المتمثلة في العقود الإدارية و يعد أهمها عقد الامتياز الذي فصل فيه قانون 247/15 إضافة إلى عقد الإيجار الذي يعتبر مماثلا في العديد من أحكام أسلوب الامتياز لذلك نجد أغلب الدراسات اعتمدت الجمع بينهما تحت تسمية " امتياز و إيجار المرفق العام".

المطلب الأول: عقد الامتياز:

بعد صدور قانون 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ أصبح عقد الامتياز من العقود المسماة بعدما كان عكس ذلك، من خلال تصرفات قانونية تقوم بها الدولة و افرد لها المشرع نظام قانوني، ما جعل بعضا من الأحكام المتعلقة به تتباين من قانون لآخر، نظرا لتباين و اختلاف المرافق العامة محله وأهميتها والخدمة التي توفرها فضلا عن ضرورة الحاجات التي تعمل على إثباعها، وهذا ما يعزز أهميتها بالنسبة الى الخواص برغبتهم في انجاز المشاريع من أجل استثمار أموالهم وكفاءتهم، في ظل صعوبة الحصول عليه بسبب التعقيدات الإدارية، فضل عن الأساليب المعتمدة لتسييره.²

الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز

تلجأ الإدارة إلى التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة، ويعتبر الامتياز من أهم هذه العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص العامة لإدارة المرفق العام، والامتياز عند بعضا الفقهاء هو قلب تفويض المرفق العام وأهم صورة له، إلى درجة جمع كل العقود في عقد الامتياز عند التيار الفرنسي و هذا ما ذهب إليه المنظم الجزائري إلى إعادة الاعتبار لعقد الامتياز.³

¹: المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع سابق.

²: أكلي نعيمة، عقد الامتياز الاداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 11.

³: فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع سابق، ص 82.

أولاً: تعريف عقد الامتياز: يعتبر عقد الامتياز أسلوباً من أساليب تسيير المرفق العام، وهو توكيل المهمة الأصلية للشخص العام الذي يعنى بتسيير المرفق إلى شخص آخر لتأمين هذا المرفق العام فهو طريقة للتسيير تتماشى مع النهج الجديد الذي اتخذته الجزائر في سنة دستور 1989.

التعريف التشريعي: عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية قبل صدور المرسوم التنفيذي 247/15.

أ- تعريف عقد الامتياز من خلال قانون المياه لسنة 1983، حيث جاء في نص المادة 21 منه على تعريف عقد الامتياز كما يلي: « يقصد بامتياز في مفهوم هذا القانون - عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصاً اعتبارياً قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية - عقد إداري يبرم بين الإدارة و شخص طبيعي أو اعتباري خاضعاً كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه».²¹

ب- قانون المياه 2005، تطرقت المادة 101 من هذا القانون لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه دون تعريف عقد الامتياز ولكن بالرجوع إلى المادة 76 من نفس القانون المتضمن النظام القانوني لامتياز استعمال الموارد المائية نجدها عرفت عقد الامتياز كما يلي: «يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون...».

¹: القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه، ج.ر. رقم 30 بتاريخ 19 جويلية 1983.

²: قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04/08/2005 يتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج عدد 60 صادر في 04/09/2005 المعدل و المتمم بموجب قانون 03/08 المؤرخ في 23/01/2008، ج.ر.ج.ج عدد 04 صادر في 27/01/2008 معدل و متمم بموجب الأمر 02/09 مؤرخ في 22/07/2009، ج.ر.ج.ج عدد 44 صادر في 22/07/2009.

ج- قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم: عرفت المادة 64 مكرر منه عقد الامتياز في الفقرة الأولى كما يلي: «يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون و الأحكام التشريعية المعمول بها الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، يمنح لشخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب استغلال ملحق الملك العمومي لطبيعة أو تمويل أو بناء أو استغلال منشأة الامتياز»، كما تضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم: «في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية، يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته على إتاوات يدفعها مستعملو المنشأة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر شروط منح الامتياز».¹

د- قانون رقم 10-11 يتعلق بالبلدية والقانون رقم 07-12 يتعلق بالولاية

لقد تطرق المشرع الجزائري في قانون البلدية 10-11 في نص المادة 155 منه على أنه: «يمكن للمصالح العمومية للبلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول و يخضع الامتياز لدفتر الشروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم».² وبالرجوع إلى قانون الولاية 07-12 في نص المادة 149 تنص على ما يلي: «إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به».³

لكن جاءت التعليمات الوزارية رقم: 94 03-842 الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية وتهيئة العمران تتعلق بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها لتضع نظام قانوني للامتياز وتجعل منه الأسلوب الأكثر ملائمة والمفصل لتسيير المرافق العامة المحلية على أنه: «هو عقد تكلف

¹: قانون رقم 90-30 مؤرخ في ديسمبر 1990، يتعلق بأملاك الدولة، ج.ر. عدد 52، صادر في 02/12/1990 معدل و متمم.

²: قانون رقم 10-11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

³: قانون رقم 07-12 مؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق لـ 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية.

بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا كان أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق.¹

وعرف المشرع الجزائري عقد الامتياز من في نص الماد 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بما يلي: «... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال العام بنفسه».²

و جاء المرسوم 199/18 للتأكيد على أشكال تفويض المرفق في المادة 53 منه في الفقرة 01 على عقد الامتياز بأنه: «الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام».³

وقد عرفه المرسوم التنفيذي رقم 09-152 الذي جاء لتعديل المرسوم رقم 07-121 بموجب دفتر الشروط أنه: «منح الامتياز هو الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري».⁴ من خلال النصوص القانونية والتنظيمية السالفة الذكر يتضح لنا مدى اتجاه المشرع الجزائري نحو اعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية التي تبرم بين الإدارة المانحة للامتياز

¹:التعليمية الوزارية رقم 94. 842/03، تتعلق بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها، المرجع سابق.

²:مرسوم رئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع سابق.

³: المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

⁴:المرسوم التنفيذي رقم 09-152 مؤرخ في 24 مارس 2009، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج. عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

من جهة، وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كصاحب الامتياز من جهة أخرى، لتسيير و استغلال المرفق العمومي مقابل إتاوات يتقاضاها من المنتفعين.

2التعريف الفقهي: لقد أجمع فقهاء القانون الإداري أن عقد امتياز المرافق العمومية هو أشهر العقود الإدارية المسماة ولعله من أهمها على الإطلاق في الدول اللبرالية ونسرد هنا بعض التعريفات لبعض الفقهاء: - يعرفه الدكتور محمد سليمان الطماوي «عقد الامتياز هو عقد إداري يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة- بمقتضاه و على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الغدارة عقد الامتياز».¹

و يعرفه الأستاذ أحمد محيو: «الامتياز هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدية فإن دراسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة للمرفق العام لأن هدفه تسيير مرفق عام، أن دراسته تدخل ضمن نطاق العقود ودراسة المرافق العامة وباعتباره أسلوبا للتسيير يكمن الامتياز بتولي شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء المرفق من خلال فترة الزمن فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق».²

كما عرفه الأستاذ (De L`aubadere) بأنه: «امتياز المرافق العامة هو اتفاق بين الجماعات العمومية (مانحة الامتياز) وشخص من القانون الخاص (صاحب الامتياز)، تسيير مرفق عام مع تحمله لكافة المخاطر مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق».³

و يقول الأستاذ حميد بن علي¹ في تعريف عقد الامتياز على أنه تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مهمة مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بإرادتها

¹: محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، ط.05، 1991، ص106.

²: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ط.03، د. م. ج، الجزائر، 1985، ص.144.

³: بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة، 17المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2006/2009، ص.15.

الحرّة وتسمى الإدارة بالسلطة المانحة L'AUTORITE CONCEDANTE أما المتعاقد معها فيطبق عليه تسمية الملتزم CONCESSIONAIRE وأن الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الامتياز تتمثل في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفتر الشروط وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات -Redevances- من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام لمدة محددة هي مدة العقد ذاته والتي بعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحال جيدة.

وجاء تعريف الأستاذ الدكتور على خطار شطناوي عقد الامتياز بأنه: «هو عبارة عن طريقة من طرق إدارة العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلطة تعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء وتسيير مرفق عام على نفقته الخاصة وعلى مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين ولكن تحت إشراف ورقابة الإدارة المتعاقدة (مانحة الامتياز)².

2 التعريف القضائي لعقد الامتياز:

من خلال تفحص العمل القضائي في الجزائر، نجد أن الاجتهادات القضائية في مجال منازعات عقود الامتياز قليلة جداً إن لم نقل نادرة، وذلك مقارنة بباقي المنازعات الإدارية الأخرى المطروحة على الجهات القضائية الإدارية، ومقارنة بباقي الدول كمصر وفرنسا، حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي عقد الامتياز بموجب القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1916³ الفاصل في نزاع الشركة

¹: راجع مجلة البحوث الإدارية إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز دراسة التجربة الجزائرية، ص 45.

²: علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2003، ص 271.

³: Arrêt de 30 mars 1916 n°59928, Conseil d'Etat, " Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux1

العامة للإنارة في بوردو و بين مدينة بوردو¹ (ARRET GAZ BOURDEAUX) حيث عرفه بأنه : «العقد الذي يخول لفرد أو شركة تسيير مرفق عام على نفقتهم الخاصة، مع أو بدون دعم، مع الحق في جمع الإتاوات على المستخدمين أو أولئك اللذين يستفيدون من المرفق العام».

وعرفه كذلك القضاء المصري في الفتوى رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1946 عن قسم الرأي بمجلس الدولة بأنه: «عقد تعهد بمقتضاه شخص أن تقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إن لزم الأمر ذلك، وذلك مقابل إتاوات من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق»².

كما عرفته محكمة القضاء الإداري الجزائري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 " امتياز المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا بتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته ، وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبق للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوما يحصلها من المنتفعين»³. وفي الجزائر نجد أن أهم قرار عزّف عقد الامتياز القرار الصادر عن مجلس

: تعود وقائع القضية إلى نزاع قائم بين الشركة العامة للإنارة في بوردو و بين مدينة بوردو، بحيث أن الشركة العامة للإنارة كانت تريد¹ أن تحمّل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم التي تضاعفت خمس مرات منذ إبرام عقد بمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية 1916 الامتياز بين الطرفين في التزامات الطرفين، لكن في حالة اضطراب التوازن المالي للعقد إلى درجة لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرفق العام، في هذه الحالة تستمر الشركة بضمان سير المرفق العام، مع تعويضها عن النتائج المالية المترتبة عن الاضطراب المالي.

²: بارة زيتوني ، المرجع سابق، ص.

³: رزيقة لشلق، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة 2013/2014، ص 56.

الدولة،¹ في قضية بين شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" وبين رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، بعد استئناف الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، حيث تناول عقد الامتياز كما يلي: «...وحيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لَكَّته مؤقت وقابل للرجوع فيه...». وهو ما يؤكد بان مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري و العام لعقد الامتياز، مما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فيما يتعلق بسلطة أو حق الرجوع.

ثانيا: خصائص عقد الامتياز

من خلال ما سبق من التعاريف لعقد الامتياز يتبين أنه يتشكل من بعض الخصائص و المميزات والتي نوجزها من خلال ما يأتي:

- 1- عقد الامتياز عقد إداري و شرط وجود جهة إدارية طرفا في العقد حتى يعتبر العقد عقدا إداريا يستند إلى كون قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم وتنظم نشاطات وأعمال السلطات الإدارية، فضلا عن اعتبار العقود الإدارية نوعا من أنواع عقود الإدارة العامة و عليه يكون بالضرورة احد أطراف عقد الامتياز الإداري شخصا عاما.²
- 2- إن موضوع عقد الامتياز ينصب حول إدارة و استغلال المرافق العامة وهي ضرورة حتمية تكتسي العقد صفة المرفق العام، رغم أن تسييره يكون من طرف أحد أطراف القانون العام أو الخاص.

¹: مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة، قرار رقم 11950/11952 الصادر بتاريخ، 09/03/2004 شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، انظر الملحق رقم 02.

²: حميد بن علي، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، ص 117.

3- يتحمل صاحب الامتياز نفقات ومخاطر استغلال المرفق العمومي وتحت مسؤوليته الكاملة لكن هذا لا يعني تدخل الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد عند إخلاله، حفاظا على استمرارية المرفق العام.

إضافة إلى أن الملتزم يتقاضى أتعابه مقابل تسييره للمرفق العام من المنتفعين به، وكل ذلك تحت رقابة السلطة مانحة التفويض.¹

4 - عقد الامتياز محدد المدة بعدم تجاوزه ل30 سنة كحد أقصى طويل نسبيا على ان يمدد مرة واحدة ولا يتعدى 4 سنوات²، فهو ليس أبدي وليس تنازلا عن المرفق العام، إنما مجرد طريقة للتسيير و هذا نظرا لطبيعة العقد وما يترتب عليه من نفقات كبيرة لإنشاء المشروع و إدارته.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

يتميز امتياز المرفق العام بالطبيعة التعاقدية و تتضمن بنود تعاقدية تقضي بالالتزامات متبادلة بين طرفي العقد، إلا أنه يتضمن أيضا بنود تملك الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة نظرا لطبيعتها التنظيمية، وتضمن الطبيعة التعاقدية لامتياز المرفق العام التعامل مع صاحب الامتياز كمتعاقد معه بتولي إدارة المرفق العام على نفقته ومسؤوليته ولغياب طابع التزامات صاحب الامتياز من مصدر تنظيمي يعني الدخول ضمن التنظيم الإداري للشخص العام، وتطبيق القواعد المعمول بها، وتتميز الطبيعة القانونية لعقد الامتياز بنوعين من النصوص سنعرضها في هذا الفرع بالتفصيل.³

أولا: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز

نص الفقه الألماني التقليدي إلى تكييف الامتياز بأنه قرار إداري صادر بإرادة منفردة من الجهة الإدارية مانحة الامتياز لما لها من سلطة أمره ويرضخ له الملتزم اختيار بالقبول شروط الامتياز، في

¹: المرسوم رئاسي رقم 247/15 المادة 210، مرجع سابق.

²: المادة 53 فقرة 4،3 من قانون 199/18، المرجع سابق.

³: آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 24.

حين ذهب الفقه الإيطالي صوب التمييز بين نوعين من الامتياز، الأول الامتياز بإجازة وهو قرار إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة والثاني الامتياز بعقد باعتباره وليد اتفاق إرادتين.

أما في الجزائر فإن تصرفات الإدارة عن طريق أسلوب الامتياز يكون مفاده إصدار لوائح إدارية كون أنها تضع شروط لائحية وهذا ما يستوجب وجود مرفق عام تتعاقد الإدارة بموجبه مع صاحب الامتياز الذي يسعى لسير مهمته وفي حالة غياب المرفق لا يكون هناك علاقة تعاقدية بين الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز، بل نكون أمام علاقة لائحية انطلاقا من تكيف العلاقة التنظيمية لعقد الامتياز والتي تجعل صاحب الامتياز يذعن للوائح الإدارة، هذا يعني أن العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم تكون بعمل أحادي الجانب بالنسبة للإدارة المانحة للامتياز وهذا ما يحقق اعتبارات المصلحة العامة إذ يسمح لها بتعديل وإلغاء قواعد وأحكام الامتياز بإرادة السلطة الإدارية، دون الحاجة إلى موافقة الملتمزم، فتبقى الإدارة صاحبة القرار النهائي كون أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، و يتجلى ذلك في القوانين الجزائرية المنظمة للامتياز، في القانون المتعلق بامتياز الدولة في احتكار التجارة الخارجية الذي تم تنظيم أحكامه¹ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 29/88 المؤرخ في 19/07/1988 والمتعلق بممارسة الدولة للتجارة الخارجية الذي عرف في الفقرة الرابعة (04) منه على انه: «عقد امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها صاحب الامتياز وتبين حقوقهم وواجباتهم؛ إلا أنه افرغ هذا العقد من محتواه الحقيقي وهذا في الفقرة الثانية من نفس المادة بقوله: « ينجز صاحب الامتياز في هذا الإطار تحت مسؤوليته الخاصة وحسب أنسب الطرق لصالحه، عمليات الاستيراد المطابقة لمخططة المتوسط الأمد، ضمن احترام البرنامج العام للاستيراد».²

¹: حميد بن علي، "مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري تحول النشاط الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه فرع القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 275.

²: المرسوم التنفيذي رقم 29 / 88 المؤرخ في 19 / 07 / 1988، متعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر.ع، ص 29.

والمقصود من ذلك أن صاحب الامتياز يخضع في جلب المواد المستوردة إلى اللوائح المنظمة لذلك والمعدة من قبل السلطات الإدارية المركزية، وهي اللوائح المنبثقة عن مخطط الدولة وبهذا لا يمكن أن تكون هناك علاقة تعاقدية في امتياز من هذا الشكل وهذا ما يستفاد من تفسير خضوع صاحب الامتياز إلى كل من البرنامج العام للاستيراد، وهذا ما تؤكد المادة 05 من دفتر الشروط الملحق لهذا القانون والتي تجعل من المستفيدين من الامتياز في مركز مذعن للوائح الإدارة ولا يستفيد من أي مركز تعاقدية على اعتبار أن هناك عمل تنظيمي من قبل الإدارة مانحة الامتياز «الامتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية في مجال الاستيراد لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد ويمكن أن يمد أو يحد أو يعدل حسب ضغوط توازنات الخارجية المنصوص عليها في القانون المتضمن المخطط السنوي ومحتوى المخطط الجديد المتوسط الأمد» مع العلم أن المستورد هو الذي يعد صاحب الامتياز.

أما المصدر فيخضع لرخصة ممنوحة من الدولة ولا يستفيد من أسلوب الامتياز والترخيص يعد عملاً إدارياً منفرداً من الإدارة يبتعد عن مفهوم الاعتماد لأن الاعتماد « L'agrément » هو عمل إداري مختلط يحوي شروط تعاقدية وأخرى تنظيمية¹ وهذا ما نصت عليه المادة 10 من نفس القانون «يرخص للمؤسسات العمومية في إطار البرنامج العام للتصدير، بتصدير منتجات وخدمات باستثناء المنتجات الخاضعة لنظام قانوني».

وحسب هذا القانون فإن التكيف المنطقي يؤكد أن الامتياز اعتمد لائحة إدارية كمبدأ عام متجاهلاً التعاقد الذي هو قاعدة كل امتياز مبرم. ومن هذا كله فإن المادة الرابعة من المرسوم المتعلق بامتياز الدولة في احتكار التجارة الخارجية و التي عرفت الامتياز على أنه عقد من عقود القانون العام، بحيث جعلت الامتياز تعاقد إداري إستثناء و القاعدة هي تنظيم الامتياز باللائحة الإدارية، مما يؤكد حكام الامتياز لدينا لا تشير إلى ما توصل إليه القانون المقارن من اعتباره عقد إداري ذو طبيعة تنظيمية، لأن ذلك يفترض عليه أن اكتسابه مركز تنظيمي عام، كالتقليل من القيمة القصوى للرسوم التي يتحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين من المرفق العام لأن الرسوم المفروضة على

¹: حميد بن علي، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، مجلة البحوث الإدارية، العدد الثالث مصر، 2007، ص 50.

المنتفعين تدخل ضمن الشروط التنظيمية للمرفق العام ولا تخص صاحب الامتياز، وتخر بالتالي عن إطار العلاقة التعاقدية التي تربطه مع الإدارة مانحة الامتياز، كما أن الرسوم المفروضة لها من القوة القانونية التي تجعلها تتعدى حدود التنظيم؛ لأن الأصل فيها أنه يصدر بتشريع من خلال القوانين المالية، فلا عبء جبائي إلا بنص تشريعي¹.

وفي الحديث عن الجانب الوحيد المتبقي في الامتياز وهو التعاقد فإن التعاقد تحرره الإدارة لوحدها ممثلة في إدارة أملاك الدولة أي بإرادة أحادية الجانب منها، هذا يعني أن بنود التعاقد الموجودة فيه لم ينعها الطرفين بل صنتها الإدارة لوحدها، وهذا ما يكيف على أنه اكتتاب والعقد الذي يشبه عقد الإذعان في القانون الخاص بما أن البنود التعاقدية فيه تصنع من طرف واحد في العقد يملك سلعة حيوية وبهذا فإن الامتياز الفلاحي، ما هو إلا قرار إداري مشروط برضا المخاطب به ينصرف إلى مفهوم اللائحة الإدارية.

ثانيا: الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز:

سادت نظرية الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز الإداري في فرنسا في أواخر القرن التاسع عشر والقرن العشرين على أن الامتياز له طابع تعاقدية بصورة حصرية على رغم من احتوائه على بنود غريبة بطبيعتها عن العقود المدنية.

مفاد النظرية التعاقدية أن عقد الامتياز عملية تعاقدية بحتة لأنه يحظى بموافقة ورضا الملتزم ما جعله عقدا إداريا ملزما لجانبين يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الإدارة المانحة للامتياز وبين الملتزم، حيث برر أصحاب هذه النظرية الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق العام في اللائحة المعدة من أجل تنظيم المرفق العام من قبل الإدارة قد استغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته من تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضا الملتزم بما ورد في العقد في حين قاموا باستعارة فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تفسيراً لمسألة تنظيم المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبليين

¹: حميد بن عليّة، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، مجلة البحوث الإدارية، مرجع سابق، ص 52.

على أساس أن الإدارة حين تبرم عقد الامتياز الإداري اشترطت تقديم الخدمة لصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه يكون دور الملتزم بمثابة دور الواعد.

ونجد أن الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز لم تلقى صدى في تكييف الطبيعة التعاقدية له وقد تعرض لانتقادات من قبل فقهاء القانون الإداري كون أن الأخذ بهذه النظرية يحول دون إمكانية الإدارة مانحة الامتياز إلى تعديل شروط الالتزام وهو ما يعرقل السير الحسن لسير المرفق العام، كما لا يمكن تكييف عقد الامتياز على أنه عقد مدني بحت لارتباطه بتسيير المرفق العام ويحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي خاصة وان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدية للامتياز غير مقنعة، فضلا عن عدم ملائمة هذه النظرية مع حق المنتفعين والغير من طريقة الطعن.¹

ثالثا: الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز

إن دراسة الطبيعة القانونية لدفتر الشروط تفيد أن عقد الامتياز يحتوي على نظام مختلط، يحوي نوعين من الشروط شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية ولا يختلف الأمر إذا كان في دفتر الشروط الخاص بالصفات العمومية، أو أي تصرف إداري آخر أو حتى في امتياز المرفق العامة كون أنه يخلق دوما نوعين من الشروط مادام أنه يحكم العلاقة بين الإدارة والمتعامل معها فيعمل لهذا الأخير مركزين، تنظيمي وآخر تعاقدية.

فمضمون الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز تكمن في تحقيق مصلحتين متعارضتين ومتناقضتين من جهة مصلحة الإدارة التي يجب أن تكون سيدة على المرفق المعد والمهيا لتحقيق المنفعة العامة ومن جهة أخرى مصلحة الملتزم المالية التي هي محور الخواص و هدفهم الأساسي، وعليه فإن قد الامتياز هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة يتضمن نوعين من الشروط لائحية و أخرى تنظيمية.

¹: آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر رسالة ماجستير في الحقوق، المرجع السابق، ص 74.

فالمركز التنظيمي لصاحب الامتياز ينطبق عليه و علاا غيره، و عيه بموجب هذا المفهوم أن يحترم قانون المرفق العام الذي هو دوما يحكم العلاقة بين الطرفين، و عل هذا يمكن للإدارة أن تغير ما تشاء من شروطه التنظيمية ليس له أن يحتج بذلك مادام المركز هنا تعاقد منذ البداية، وأن العقد يظل هو القاعدة العامة في الامتياز و التنظيم هو الاستثناء، بل أننا أمام لائحة إدارية مبنية على موافقة الشخص الممنوح له الامتياز، أي أن الامتياز هو اتفاق شطي يتحقق إذا راعى صاحب الامتياز اللوائح المنظمة له.¹

وقد لاقت هذه النظرية صدى واسع وتعبّر أكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وهي ما أخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا ومصر والجزائر؛ إلا أنه ما يمكن أن ملاحظته أن اعتبار عقد الامتياز عمل مختلط فكرة منقّدة جدا من بعض الباحثون في الجزائر، فالامتياز لا يعد فقط اتحاد العناصر اللائحية والعناصر الاتفاقية، بل يشمل أيضا تركيب أدوات القانون العام وأدوات القانون الخاص ، وهنا تبرز بوضوح طبيعة الامتياز في الجزائر المختلفة تماما على الطبيعة المختلطة كما أن هناك فرق بين العمل المختلط والعمل المركب.²

و يدفع هذا الاتجاه أن الامتياز في نشاط الإدارة الجزائرية في شقه التعاقدية يحتوي على علاقة تعاقدية ذات طابع إداري بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم مستمدة من إرادة المشرع حيث أطلق عليه وصف العقد الإداري.³

إلى جانب علاقة تعاقدية ذات طابع مدني والتي تظهر من خلال التعليمات الوزارية رقم:

94-03/842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجرها التي نصت تحت عنوان طبيعة وموضوع عقد الامتياز على أنه يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط شروط

¹: حميد بن علية، دراسة التجربة الجزائرية، مجلة البحوث الإدارية، مرجع سابق، ص 53.

²: حميد بن علية، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 135.

³: المرسوم التنفيذي رقم: 89 / 01 المتعلق بضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الداخلية ، المؤرخ في 18 جانفي ، 1989 ج ، ، عدد، 03، ص 77.

تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين «بالإضافة إلى ما نصت عليه تحت عنوان آثار الامتياز» الامتياز يعتبر عملاً قانونياً مركباً يتضمن شروط اتفاقية وشروط تنظيمية¹.
و عليه فإن طبيعة العلاقة التعاقدية التي تربط بين الإدارة مانحة الامتياز صاحب الامتياز هي علاقة تعاقدية مركبة من عقدين : عقد إداري وعقد مدني، و هذا ما يراه الأستاذ حميد بن عليّة في تكييفه للطبيعة المركبة لعقد الامتياز مادامت تشمل أدوات القانون العام القانون الخاص.

الفرع الثالث: أطراف عقد الامتياز وأثاره

إن ما يميز العقود الإدارية و عقود القانون الخاص أنهما منشأتان للحقوق و الالتزامات بين أطراف العقد إلا أنهما تختلفان في قاعدة المساواة بين المتعاقدين، حيث أن الإدارة تتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد و هذا راجع إلى امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة نتيجة لترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد، و ذلك تحت إطار عدم تعسفها في ممارسة هذا الامتياز، وبما أن عقد الامتياز يمثل في تحقيق المنفعة العامة، و تلبية الحاجات العامة للجمهور، يفرض على الملتزم ضرورة تنفيذ العقد وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية، وهو ما يكسبه حصيلة من الحقوق يقتضيها من الإدارة المتعاقدة، وسوف نعرض جملة الحقوق والالتزامات الخاصة بأطراف عقد الامتياز في البندين، الإدارة مانحة الامتياز (أولاً) ، حقوق الملتزم (ثانياً).

أولاً: حقوق الإدارة مانحة الامتياز

إن جميع الحقوق التي تتمتع بها السلطة مانحة للامتياز والناجئة عن العقد، هي حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام نفسه، حيث تتحمل السلطة الإدارية مسؤولية تامة وكاملة عن تنفيذ المرفق العام،

¹: أنظر إلى ملحق 1 من التعلية رقم 94-03/842، المرجع سابق، ص6.

وهو ما يجعل السلطة المانحة تتمتع بسلطات غير مألوفة بالنسبة للقانون الخاص،¹ حيث يحق للسلطة المانحة أن تطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من ذلك، فالقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى الغير ليتولي إدارتها، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الانتفاع دون الإخلال بحقوق الغير.

- سلطة الإدارة في الإشراف والمتابعة والتوجيه

- باعتبار الامتياز شكل من أشكال اللامركزية المصلحية فإن الملتزم يخضع للرقابة الوصائية التي تعتبر في نفس الوقت حق السلطة مانحة الامتياز في المواجهة الملتزم وواجب عليها في اتجاه المنتفعين من خدمة المرفق العام ، فلا يجوز لها التنازل الجزئي أو الكلي عنها، كما لا يمكن للملتزم الاحتجاج على السلطة المانحة للامتياز عند ممارستها للرقابة بعدم النص عليها في العقد ، لأن الرقابة حق ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليها العقد² وتنقسم الرقابة إلى تقنية و مالية.

• الرقابة التقنية وتتعلق الرقابة التقنية بأشغال إنشاء وإعداد المرفق، كما أن الإدارة تراقب مدى احترام الملتزم لقواعد سير المرفق المحددة في دفتر الشروط، لذا يتعين على الملتزم تقديم تقرير سنوي للإدارة المانحة الامتياز، وتحدد كيفية ممارسة هذه الرقابة عن طريق دفتر الشروط، وقد نصت المادة 18 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة "يتم ضمان المراقبة في مرحلة الاستغلال بما فيها المراقبة التقنية للمنشآت الكبرى من طرف السلطات والمصالح الوثائق و التقارير المحددة بتعليمية من مانح الامتياز".³

¹: رزيقة لشلق، مرجع سابق، ص 76.

²: راضية بن مبارك :التعليق على التعليمية رقم 3-94 / 842 المتعلقة بامتياز المتعلقات المرافق العمومية و تأجرها ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع إدارة مالية ، جامعة الجزائر ،(غير منشورة)، 2001 / 2002 ص 5.

³: المرسوم التنفيذي رقم 96 / 308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة ، الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 1996 ص 14 .

• الرقابة المالية و تتمثل في إعدادها سنويا من طرف السلطة مانحة الامتياز من خلال تحديد تقديرات الإيرادات، فضلا عن تفاصيل النفقات وتطويرها، إلى جانب معرفة المعلومات الضرورية عن تسيير المرفق وحالة نشاطه، و توجيه التعليمات للملتزم متى دعت الضرورة إلى ذلك.

- **سلطة الإدارة في التعديل:** تملك الإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا استدعت مقتضيات المرفق ذلك، دون أن يحتج عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا لاعتبارات السلطة العامة في أساس سلطة التعديل الانفرادي في فكرة امتيازات السلطة العامة، إلى جانب متطلبات المرفق العام قصد ضمان حسن سيره، و ضمان تقديم الخدمات العامة، و أساس ذلك هو مقتضيات المرفق العام و من اعتبارات مصلحة الجمهور و هي تحمل بذلك طبيعة البنود تنظيمية الموجودة في عقد الامتياز، إلا أن الجانب التعاقدى يكمن في عدم مساس الإدارة مانحة الامتياز بالمزايا المالية للمتعاقد، و أن يكون التعديل قائم على ظروف مستجدة طرأت على العقد، بما في ذلك مراعاة القواعد العامة للمشروعية

- **سلطة توقيع الجزاء على الملتزم:** إذا أخل المتعاقد مع الإدارة في التزاماته العقدية كأن يتنازل عن عقده للغير أو أهمل أو قصر في تنفيذ أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد وأدى ذلك التصرف إلى إلحاق أضرار اقتصادية واجتماعية خاصة وأن المرفق مجل التعاقد مرتبط بتقديم خدمات عامة حينئذ ينشئ الحق للجهة الإدارية في توقيع الجزاء منها الجزاء المالي المتمثل في الغرامات التأخيرية¹ أو الجزاءات الضاغطة المتمثلة في توكيل تنفيذ العقد إلى شخص آخر غير الملتزم و على نفقة هذا الأخير، أو حلول الإدارة محل المتعهد.² والجزاءات

¹: الغرامات التأخيرية: هي تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه دون أف تلزم بإثبات أن ضرر ما قد لحقها، حيث أف هذا الأخير مفترض دائما عن مجرد التأخير ما ينجم عنه عدم اشتراط التناسب بين قيمة الغرامة والضرر الحاصل.

²: حاجي مختارية، عقدا لامتياز الإداري في الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، 2017-2018، ص 49.

الجنائية التي تفرضها الإدارة مانحة الامتياز في الظروف الاستثنائية على الملتزم المقصر بصفته سلطة عامة لا بصفته طرفا في العقد.¹

ثانيا: صاحب الامتياز: أو الملتزم، هو الطرف الثاني في عقد الامتياز الإداري وهو الذي يتفق مع الشخص المعنوي العام بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات لسير المرفق العام و استغلاله وإما تهد له باستغلاله، حيث ينص قانون الصفقات العمومية 247/15 وقانون المياه 12/05 على أن يكون الملتزم خاضع للقانون العام أو الخاص، فيما نصت التعليم 94-82/3 المتعلقة بامتياز المرفق العام حصرت الملتزم في الأشخاص الخاصة فقط.²

ويتمتع الملتزم بجملة من الحقوق أهمها:

- الحق في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين لأنه الباعث الحقيقي على التعاقد لسير المرفق العام، في شكل أتاوى (رسوم) تحدد مسبقا من طرف السلطة الإدارية في شكلها التعاقدى أو تحدد لها سقفا معينا يتقيد به الملتزم، و هذا مقابل خدمات المرفق محل الالتزام.

- الحصول على المزايا المالية المتفق عليها من الإدارة نظير تعاقد و التزامه بتحقيق المصلحة العامة، و تكون هذه المزايا مالية و قانونية لمساعدة الملتزم على تشغيل المرفق العام محل الالتزام وذلك بتخصيص بعض الأموال لمشروعه، أو تمنحه احتكارا قانونيا لعدم السماح لغيره بممارسة نفس النشاط في نفس المنطقة.³

- الحفاظ على التوازن المالي للمشروع، بحيث ينفذ الملتزم التزاماته بالثمن المتفق عليه في العقد، إلا أن عض الأحداث قد تطرأ دون سابق إنذار على الملتزم، أو إجراءات عامة تشمل الدولة تؤدي إلى تعطيل سير المرفق بالثمن المتفق عليه نظرا لعجز المتعاقد مع الإدارة على

¹: آكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 114.

²: التعليم الوزاري رقم 94-842/03، المرجع سابق.

³: راضية بن مبارك، المرجع سابق، ص 69.

مواصلة الالتزام، و هذا ما يجعل الملتزم المطالبة بإعادة التوازن المالي من خلال تعويضات من الإدارة حتى لا يتحمل وحده ما ينتج من أعباء جديدة و ذلك حماية له.

- **نهاية عقد الامتياز:** ينتهي عقد الامتياز بالطرق العادية إما بتنفيذ العقد أو انقضاء مدته. وقد ينتهي بالطرق غير العادية قبل الأجل المتفق عليه في العقد.

أولاً- النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

و تكون بتحقيق حالتين و هما:

نهاية لعقد بتحقيق موضوعه، بحيث ينقضي بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفي العقد كاملة، و هذا ببلوغ الهدف المرجو من تسيير الإدارة للمرفق العام. أما الحالة الثانية تكون بانتهاء مدة العقد ب30 سنة كحد أقصى حسب الم 53 من قانون 199/18¹.

ثانياً:النهاية غير طبيعية

- 1-الإسقاط: هو فسخ العقد من طرف الإدارة على حساب المتعاقد نتيجة لخطأ جسيم ارتكبه.
- 2- الفسخ الاتفاقي: يمكن لطرفي العقد الاتفاق على فسخ العقد لاعتبارات معينة قبل انقضاء مدته.
- 3- الفسخ القضائي: يتحقق بصدور حكم قضائي من المحكمة المختصة في حالة إخلال الإدارة بالتزامها، كما يتحقق في حالة القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ².

المطلب الثاني: عقد الإيجار الإداري

إن أسلوب عقد الإيجار الإداري من بين أساليب تفويض المرفق العام، بحيث يعتبر أحد النماذج الأساسية التي من خلالها تقوم الجماعة العامة خصخصة تسيير المرفق العام، لذلك يعد مماثلاً في العديد من الأحكام لأسلوب الامتياز، و نجد أغلب الدراسات تعتمد على الجمع بين هذين الأسلوبين تحت عنوان واحد امتياز وتأجير المرفق العام، إلا انه يختلفان في طبيعة تحمل المصاريف لعمليات

¹: المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 المرجع سابق.

²: علي خطار شطناوي، المرجع سابق، ص 310.

البناء و الاستثمارات فيما يخص المستأجر.¹ وسوف نعرض في هذا المطلب تعريف عقد الإيجار الإداري و خصائصه على النحو التالي.

الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار الإداري

عقد إيجار المرفق العمومي هو اتفاق يكلف بين شخص معنوي عام ويسمى المؤجر بتفويض لشخص آخر يسمى المستأجر باستغلال المرفق العام لمدة زمنية، لتسييره مع تقديم التجهيزات الضرورية مقابل مبلغ مالي محدد في العقد

أولاً: التعريف التشريعي لعقد الإيجار الإداري

سابقاً لم يحض عقد إيجار المرفق العام باهتمام المشرع في غياب تأطير لهذا العقد، و بالرجوع إلى المادة 526 من القانون المدني السوري نجد انه عرف عقد الإيجار على انه: "عقد يلتزم المؤجر لمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم" و هذا ما يترجم لنا حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وهو م يوضح لنا أن إنشاء الإدارة تصرفات قانونية مع الأفراد يمكنهم من استعمال أموالها العامة استعمالاً عادياً وفق ما أعدت له.²

أما النصوص التشريعية في الجزائر نجد التعلية الوزارية رقم 842/0-94 الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية التي عرفت عقد الإيجار الإداري على انه:

" تلك الاتفاقية التي يخول من خلالها شخص عام لشخص آخر و الذي يضمن استغلاله تحت مسؤوليته و في المقابل يدفع المستأجر للمؤجر مقابل الإيجار".³

و في نظر المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 210 تعريفه لعقد الإيجار الإداري على أنه: « ذلك العقد الذي تعهد به السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام و صيانتته مقابل إتاوة

¹: شبل فريدة و افييس سميحة، التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 247/15 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة بجاية، الجزائر، 2016، ص 93.

²: برهان رزيق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى 2002، ص 80.

³: التعلية الوزارية 842/03-94، تتعلق بامتنياز المرفق العام و تأجيره، المرجع سابق.

سنوية يدفعها له فيتصرف حينئذ المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته، بحيث تمول السلطة المفوضة إقامة المرفق العام».¹

و عرفه قانون 199/18 في الم 54 في الفقرة 1 أنه: « هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاة سنوية يدفعها لها، و يتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة».²

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد الإيجار

يعرفه الدكتور محمد بصغير علي على أن تأجير مرافق القطاع العام لمستثمرين من الخواص بموجب امتياز تمنحه الجهة المختصة من العقود الشائعة والمعروفة، وتعتبر البلديات أكثر الجهات الإيجابية استخداما لعقود الإيجار، حيث يمكن اعتبار المرافق العامة أحد النماذج الأساسية لخصصة طرق تسيير المرافق المحلية وهو من العقود التي تتوفر فيها معايير تفويض المرفق بشكل مطلق وهو أحد الصيغ القانونية لعقد الامتياز.³

ويعرفه الأستاذ BRACONIER عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد، ويتولى المستأجر فقط بعض أعمال الصيانة والتجهيزات.

و تعرفه الأستاذة G. BOITEAU: هو عقد يتم بمقتضاه تفويض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا، استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات و يتم دفع المقابل المالي عن طريق إتوات يدفعها المنتفعون متعلقة مباشرة بتسيير المرفق.⁴

ففي فرنسا أوجد القانون الصادر عام 1964/12/16 أصولا خاصة لما يسمى <إيجار البناء> الغاية منه تسهيل عمليات التنظيم المدني وذلك تشجيع مالك العقارات على تسليم عقاراتهم للبناء والاختيار

¹: المرسوم رئاسي رقم 247/15 المادة 210 الفقرة 6، مرجع سابق.

²: المرسوم التنفيذي 199/18 الفقرة 1، المادة 54، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

³: محمد بصغير علي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع عناية، 2005، الطبعة الأولى، ص 81.

⁴: نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 155، 156.

بين الاستغلال أو المساهمة في شركة مدنية تنشأ فيها بينهم ولقاء تعويض سنوي مقابل حرمانهم من

التصرف بعقاراتهم و بهذا الخصوص يقول العلامة **La Procedure Special Prevue : De Labrador**

Par la loi du 16.12.1962 sur le bail a construction * code art. l .et r 341 – 1 et l 322 -12 et* est destinée a faciliter les opérations d'urbanisation en poussant les propriétaire de terrains a les livres la qui leur est laisse entre l'expropriation et la participation construction au moyen d'une option l'opération d'une société civile qui ils peuvent constitue rentre eux la procédure débute comme une expropriation par une déclaration d'utilité publique et un arrêté de cessibilité qui entrainent prise de possession moyennant une indemnité annuelle de privation de jouissance. Les propriétaires ont a choisir pendant un délai de six mois entre l'expropriation et la constitution d'une société civile qui¹passera un bail a construction avec le concessionnaire de l'opération d'urbanisation

و في تعريف آخر لعقد الإيجار الإداري للدكتورة هيام مروة: « يمكن للبلديات أو اتحاد البلديات المعنية أن تتعاقد مع مالكي الأراضي الحجرية أو الطبيعية لفتح هذه المناطق للعموم لاستعمالها كمنتزهات لقاء رسم تستوفيه البلدية يؤمن على الأخص نفقات الصيانة والحراسة لهذه المواقع»².

و هناك من عرفه على أنه: « الإيجار عقد تكلف بموجبه الجماعات المحلية شخص معنوي (الخاص أو العام) مهمة تسيير مرفق عام، مع تحمله مخاطر التسيير»³.

من خلال ما سبق تتوحد التعاريف لعقد الإيجار والذي يتمثل في قيام السلطة المفوضة بتفويض المرفق العام بأسلوب الإيجار إلى المفوض له لتسييره وصيانته مقابل أتاوى تقدم له.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإيجار

بصدور قانون 199/18 الذي حدد مدة عقد الإيجار ب15 سنة، كحد أقصى في الفقرة 3 من الم 54 من نفس القانون، كما يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة

¹: سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل القانون 247/15، مذكرة ماستر، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017، ص 49.

²: هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى و طرق إدارتها، الاستغلال لأشغال العامة، التنظيم المدني، ص 295.

³: ادير نصيرة. اعزوقن وهيبية، استحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013، ص 24.

المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية، على أن لا تتجاوز هذه المدة (3) سنوات كحد أقصى.¹

ثانيا: مسؤولية المستأجر: إذا كانت الإدارة المحلية تتولى مهام إحداث المرفق وإنشاء المباني المخصصة له وتزويدها بالوحدات والأدوات والآلات اللازمة للاستغلال والتسيير، و تقع على عاتق المستأجر المسؤولية كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلاله للمرفق العام مقابل تحصيله على الإتاوات من المنتفعين حسب الفقرة 6 من المادة 210 من قانون 247/15.²

ثالثا: مصاريف المنشآت و أعمال الصيانة: تقع مصاريف المنشأة على عاتق المؤجر و تتولى إنشاء المباني و الإنشاءات التي تمكن المستأجر من القيام بمهمة التسيير والصيانة اللازمة وذلك لحسن سير المرفق العام وتسهيل استغلاله، وهذا دون إقامة المنشآت.

رابعا: منح المقابل المالي: أجرة المستأجر عبارة عن إتاوات يدفعها المرتفقين أو المستفيدين من خدمات المرفق العام على أن يكون مسؤولا عن استغلال المرفق، ولا يحتفظ لنفسه بكافة الإتاوات وإنما يدفع للمؤجر مقابل مالي ناشئ عن الاستغلال، والمقابل عبارة عن رسوم لتغطية نفقات الإدارة أو الهيئة المؤجرة حسب الفقرة 8 من المادة 210 من قانون 247/15.³

¹: المرسوم التنفيذي 199/18، الفقرة 4، المادة 54، المرجع سابق.

²: المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع سابق.

³: المرسوم الرئاسي 247/15، نفس المرجع.

الفرع الثالث: انقضاء عقد الإيجار

ينقضي عقد الإيجار الإداري بالطرق العادية، أو بالطرق غير عادية قبل أجلها الطبيعي وسنتناول هاتين الطريقتين في ما يلي:

أولاً: النهاية الطبيعية

وتتحقق بالانقضاء العادي للعقد و ذلك بـ

1- تنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفي العقد تنفيذا كاملا

2- انقضاء العقد بانتهاء المدة المحددة له، كما أشار إليه قانون 199/18¹ في الم 54 منه في الفقرة 4 أنه تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار، بخمس عشرة (15) سنة، كحد أقصى، وأضافت الفقرة الموالية على إمكانية تمديد المدة بموجب ملحق مرة واحدة شريطة ألا تتعدى (3) سنوات.

ثانياً: النهاية غير العادية

وهي انقضاء العقد في غير آجاله الطبيعية في حالات تتمثل في:

- 1- الفسخ باتفاق الطرفين و يكون بتراضي المتعاقد مع جهة الإدارة لإنهاء العقد قبل إتمام تنفيذه.
- 2- الفسخ بقوة القانون ويكون بحالات معينة تطبيقاً للقانون ومنها:
 - هلاك محل العقد يؤدي إلى انقضائه، إلا أنه في حالة الهلاك بسبب الإدارة فإنها تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء، على عكس ما إذا كان السبب خارج عن إرادة الطرفين.
 - إذا تحققت شروط منصوص عليها في العقد، أو أسباب متفق عليها.
- 3- الفسخ القضائي و ينقرر هذا الفسخ بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة:
 - و يكون بسبب القوة القاهرة، مما يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته، ومتى تحققت القوة القاهرة فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه.

¹: المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18، المرجع سابق.

- الفسخ بسبب إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته العقدية.
- الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد، حيث يمكنها تعديل شروط العقد بهدف الصالح العام.

التمييز بين عقد الامتياز وعقد الإيجار

إن عقود تأجير المرافق العامة وعقود الامتياز من بين أساليب تسيير المرفق العمومي، أين تكلف الجماعات المحلية التابعة للمؤسسات العمومية للدولة أحد الأفراد أو المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع واستغلاله لمدة محددة من الزمن، ومن خلال دراستنا لكلا العقدين نستخلص المميزات الخاصة بهما على النحو التالي:

أولاً: من حيث مستوى التفويض

انطلاقاً من تعريف العقدين نجد أن عقد الإداري قريب جداً من عقد الالتزام إن لم نقل جزء منه، بحيث كلا منهما يعتبران أسلوب من أساليب تسيير المرفق العام حيث عهد بموجبهم السلطة المفوضة للمفوض باستغلال المرفق العام وتسييره لمدة زمنية محددة في العقد، ويتحملان في ذلك أعباء متفاوتة حيث يمثل عقد الامتياز الإداري الأكثر أعباءاً من حيث الالتزام من عقد الإيجار الإداري، كما أنهما يخضعان لنفس إجراءات التعاقد والمبادئ المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: من حيث الخطر الذي يتحمله المفوض له

إن أسلوب الامتياز يمكن المفوض له إنشاء المرفق و تجهيزه و تشغيله و إدارته باستعمال أمواله الخاصة و عماله ثم استغلاله بعد ذلك لمدة زمنية طويلة و يتحمل الأخطار اللاحقة به و في مقابل ذلك يتقاضى أتاوى من مستخدمي المرفق العام

- بينما في عقد الإيجار الإداري فإن المستأجر يقوم باستغلال المرفق و تسييره فقط و هو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية و تجهيز المرفق، إذ نكون أمام عقد الإيجار متى تكون منشآت المرفق موجودة قبل العقد و يتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة فقط، و يتقاضى

الأتاوى من مستعملي المرفق وبالتالي نسبة الأخطار تقل في عقد الإيجار الإداري، ويتصرف المفوض تحت مسؤوليته ولحسابه في تسيير المرفق.

ثالثا: من حيث رقابة الإدارة مانحة التفويض

تشكل الرقابة الداخلية للإدارة المتعاقدة أهم الضمانات كونها تمارس من الإدارة نفسها وبموظفيها ويعتبر نجاحها ونجاحتها مؤشرا هاما في تكريس المبادئ العامة لتنظم صرف المال العام. وعليه فإن الإخلال بالالتزامات من قبل صاحب التفويض يعني تدخل الإدارة بما تملكه من امتياز السلطة العامة لتقويم العمل لأن الهدف يتمثل في تحقيق النفع العام.¹

¹: سيع عبد الرحمان، المرجع سابق، ص 54.

المبحث الثاني: نموذج عقد الوكالة وعقد التسيير

نتيجة للتحويلات التي عرفتها الجزائر في الفترة الأخيرة جراء التطورات الاقتصادية والسياسية التي اتبعتها و مالها من تأثيرات وانعكاسات على مؤسسات الدولة والتسيير العمومي، ولتقليل العبء على ميزانية الدولة والجماعات المحلية، أدى بها إلى اللجوء في استحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العامة و هذا لضمان التسيير الأحسن للمرافق العامة، وهذا بمشاركة القطاع الخاص في ذلك بإعطاء هذا الأخير مهمة توكيله في تولي المشاريع و استغلالها و مشاركته في تسيير المرفق العمومي، وهذا في إطار مشاركة الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية الخاصة في إنشاء و تسيير مؤسسات الدولة، بهدف توسيع مفهوم الاستقلالية للقطاع العمومي في تسييره للمؤسسات التابعة للدولة.

ومن بين العقود المستحدثة في تفويض المرفق العام عقود الوكالة المحفزة، و عقود التسيير التي كرسها المرسوم الرئاسي رم 247/15 و الذي يعتبر مولد لنظام قانوني جديد لتفويضات المرفق العمومي من خلال المادة 210¹ منه و التي تأطر من ضمن عقود التفويض عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير.

و سنتناول من خلال هذا المبحث ما يلي:

- المطلب الأول: عقد الوكالة المحفزة
- المطلب الثاني: عقد التسيير
- المطلب الثالث: مميزات العقدين

¹: المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

المطلب الأول: عقد الوكالة المحفزة (مشاطرة الاستغلال)

يعد عقد الوكالة المحفزة من العقود التي لم تحض بإجماع الفقهاء في فرنسا باعتباره ن بين عقود تفويض المرفق العام، كونه أقل استعمالاً في إدارة المرافق العامة، و بالرجوع إلى اجتهاد القضاء الفرنسي و إلى خصائصه يتحدد لنا إلى احتوائه على المقاييس التي حددها قانون Sapin.

يعتبر أسلوب الوكالة المحفزة (مشاطرة الاستغلال) طريقة من طرق إدارة المرافق العامة وغالباً ما تكون هذه المرافق تجارية وصناعية، تقوم بإبرامه إحدى السلطات العمومية مع هيئة خاصة فرداً كان أو شركة وهذه الأخيرة تديره لا لحسابها الخاص وإنما لحساب الإدارة ذاتها مقابل مبلغ مالي تتقاضاه.

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة المحفزة

عقد الوكالة المحفزة هو من بين عقود تفويضات المرافق العامة تبرمه الإدارة المفوضة مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، سنتناول في هذا الصدد تعريف عقد الوكالة المحفزة بمفهومه التشريعي و الفقهي.

أولاً: التعريف التشريعي

الوكالة العادية هي تلك الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني من جهة تكوينها ومن جهة أثارها و انقضائها، لكن ما يميز عقد الوكالة المحفزة هنا هو الطابع الخاص بها المتمثل في التصرف القانوني له، فهو يشكل عقد الوكالة العادي ومن جهة أخرى عقد مبرم من طرف الوكيل لتنفيذ المشروع و هو ما يمثل التصرف القانوني، بحيث يصب عقد مركب بين الوكالة العادية و التصرف القانوني، حيث عرفت المادة 571 ق.م.ج عقد الوكالة بأنه: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر القيام بعمل شيء لحساب الموكل، ولا يتكون العقد إلا بقبول الوكيل له». وهذا مقتبس حرفياً من النص الفرنسي (القانون المدني الفرنسي)¹.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن قانون البلدية رقم R 6324 عرفه كما يلي: إن المشاريع التي تستغل المرافق العامة بأسلوب الإدارة الغير المباشرة تخضع في ما يتعلق بالاستغلال،

¹: المادة 1884 قانون المدني الفرنسي.

وبالأشغال المنفذة لحساب الإدارة لكل التدابير والرقابة وللالتزامات المفروضة عليهم". والتعريف الثاني ورد في التعليمات الوزارية الصادرة سنة 1975 وجاء فيها "يتمثل أسلوب الإدارة الغير مباشرة بقيام الجماعة العامة في تمويل منشآت المرفق التي تعهد مهمة استغلاله وصيانته إلى شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص لحسابها مقابل عائدات محققة من قبل المنتفعين بل تتمثل في علاوة تحدد بنسبة مئوية من حجم الأعمال يضاف إليها علاوة تحدد وفقا للإنتاجية وبصورة احتمالية سندا لجزء من الأرباح"¹.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة 08 من المادة 210 بأن: «السلطة المفوضة تعهد للمفوض له بتسيير أو صيانة المرفق العام، حيث يقوم المفوض له باستغلال المرفق لحساب السلطة المفوضة التي تمول المرفق العام بنفسها و تحتفظ بإدارته، ويتلقى المفوض له أجره من السلطة المفوضة بواسطة منحة محددة بنسبة مئوية من رقم الأعمال وإضافة إلى ذلك منحة إنتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء».²

ثانيا: التعريف الفقهي: تعددت المفاهيم حول عقد الوكالة المحفزة، حيث عرفه الدكتور سليمان الطماوي على أنه عقد يبرم بين الدولة وفرد أو شركة حيث يتعهد هذا الأخير بإدارة المرفق العام لحساب الدولة مقابل حصوله على عوض من قبل الدولة لا من الأفراد (المنتفعين).³ وعرفه الدكتور وليد حيدر جابر الوكالة بأنها: «عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو لعدة قضايا أو باهتمام عمل أو فعل أو جملة من أعمال أو أفعال و يشترط قبول الوكيل ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنيا، وأن يستفاد من قبل الوكيل بها».⁴ أما الأستاذ حسن محمد علي البنان

¹: بروري هدى، ساولي صونية، الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017/2018، ص 35.

²: المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع سابق.

³: محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، د ب ن، 1997.

⁴: وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرفق العام والخصخصة، المؤسسة العامة، ط1، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2009، ص 54.

أشار انه: «عقد بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص خاص نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقا لحسن سير الاستغلال على أن تتحمل الإدارة المخاطر المالية للمشروع».¹

وعن الفقه الفرنسي فقد عرف الأستاذ Braconnier الوكالة المحفزة على أنه: «العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة نرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية و جزء من الأرباح».²

مما سبق يتبين لنا أن عقد الوكالة المحفزة هو أسلوب لإدارة المرفق العام حيث تعهد الإدارة بموجب عقد إلى فرد أو شركة تسيير وإدارة المرفق على حساب الإدارة نفسها وعلى مسؤوليتها ونفقاتها وتتقاضى الهيئة الخاصة المديرية للمرفق المبلغ المتفق عليه في العقد.

ثالثا: التعريف القضائي

لقد كيف عقد الوكالة في الفقه الفرنسي على أنه طريقة من طرق إدارة المرفق العام خاصة في المرافق العامة التجارية والصناعية، وكان الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال قضية SAMITOM بقرار مجلس الدولة بتاريخ 30 وان 1999 أن عقد الوكالة المحفزة يعتبر عقد من عقود تفويض المرفق العام نظرا لكيفية تحصيله على المقابل المالي وارتباطه باستغلال المرفق، فهو يجسد شراكة الخواص في تسيير المرفق العام دون تحمل الأعباء الخاصة بالبناء و التجهيز، فالمقابل المالي الذي يتحصل عليه نتيجة تسييره للمرفق مرتبط برقم الأعمال و الإنتاجية و الفعالية.³

¹: حسن محمد علي البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير و التطوير (دراسة مقارنة)، المركز القانوني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 230.

²: BRACONNIER STEPHANE, Droit des services public, P U F, Paris, 2004, p 440.

³: بركبية حسام الدين، مجلة الفكر، تفويض المرفق العام مفهوم جديد و مستقل في إدارة المرفق العام، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 565.

الفرع الثاني: خصائص عقد الوكالة المحفزة

يتميز عقد الوكالة المحفزة بعدة مميزات و خصائص مثله مثل باقي عقود تفويض المرفق العام، وهو ما يجعله يختلف عنها والتي تتعلق باستغلال المرفق العام وكيفية إدارته من قبل المفوض له وحصوله على المقابل المالي وذلك لمدة زمنية محددة لتسيير هذا المرفق، وهذا ما سنتطرق إليه في خصائص عقد الوكالة المحفزة.

أولاً- استغلال المرفق لصالح السلطة المفوضة:

في عقد الوكالة لا يتصرف الوكيل (المفوض له) لحسابه الخاص، وإنما لحساب شخص آخر وهو المفوض، والمتمثلة في الإدارة العامة التي تتولى إنشاء وتجهيز المرفق العام وتقوم بالإنفاق المالي عليه وتتحمل مخاطر المشروع مالياً، وهي الجهة التي تؤول إليها الأرباح المالية في حالة تحققها،¹ بحيث أن الرسوم التي تفرض على المنتفعين لا تكون لمدير المشروع وإنما تحصل لحساب السلطة العامة وهذا حسب المادة 210 الفقرة 10 من المرسوم 247/15، التي تنص على ما يلي: « تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية».²

ومن خلال المادة 210 يتبين أن المفوض له يقتصر دوره في إدارة المرفق و تقديم الخدمات اللازمة للمنتفعين و جمع الإتاوات لحساب السلطة المفوضة، وبذلك هو يعمل تحت إشرافها ورقابتها.

ثانياً: إدارة المرفق العام و تمويله من طرف السلطة المفوضة

إن السلطة المفوضة هي التي تنشئ و تمويل المرفق العام في عقد الوكالة، وهذا ما يجسد فكرة احتفاظ السلطة العامة بالمرفق و استرداده في أي وقت رغم تفويضه للخواص، بحيث نصت المادة 210 في الفقرة 08 من المرسوم 247/15 على أنه: «...باستغلال المرفق العام لحساب السلطة

¹: علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع سابق، ص 249.

²: الفقرة 10 من المادة 210 للمرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته»¹ وهذا عكس التمويل في عقد الامتياز الذي يكون من قبل صاحب الامتياز، إضافة إلى أنه تحدد بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق ووضع التنظيم الخاص بالمرفق وممارسة الرقابة على نشاطه على الأشخاص العاملين فيه.

ثالثا: المقابل المالي

يتعلق المقابل المالي في عقد الوكالة بنتائج الاستغلال، بمعنى أنه يقوم على فكرة التشجيع الاستثماري والبحث عن المردودية، تدفع أجرة الوكيل (المفوض له) مباشرة من السلطة المفوضة (الموكل) وذلك بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء ويقوم الوكيل بتحصيل الإتاوات من مستعملي المرفق، وهذا حسب ما جاء في المادة 210 فقرة 09 منه من المرسوم 247/15،² إضافة إلى المنحة المحددة فإن المفوض له يتقاضى مبلغا آخر يتمثل في مكافئة إضافية وهذا حسب نجاح المرفق العام وتحقيق الأرباح، يكون في شكل منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح للمشروع.

رابعا: ارتباط عقد لوكالة بمدة زمنية

إن عقود تفويض المرفق العام عموما مقترنة بمدة زمنية محددة وليست مؤبدة أو متنازل عنها، إلا أن مدة تفويض المرفق تخلف باختلاف العقود الإدارية بحيث استخدم أسلوب الوكالة المحفزة في فرنسا في تسيير مرفق النقل العمومي من طرف Chambéry Métropole لمدة 6 سنوات وهذا لغاية 2017³، أما في التشريع الجزائري ومن خلال المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الصادر سنة 2018 والذي يتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع حدد مدة عقد الوكالة المحفزة كحد أقصى

¹: الفقرة 08 من المادة 210 للمرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

²: فقرة 09 من ذات المرسوم جاء فيها: "و يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية و حصّة من الأرباح عند الاقتضاء".

³: بروري هدى، ساولي صونية، الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع سابق، ص 40.

إلى 10 سنوات مع إمكانية تمديدتها بموجب ملحق إلى سنتين (2) كحد أقصى حسب المادة 55 في الفقرة 5 منه بما يلي: «تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة، بعشر (10) سنوات، كحد أقصى. و يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد سنتين (2) كحد أقصى».¹

الفرع الثالث: آثار وأطراف عقد الوكالة

باعتبار عقد الوكالة عقدا إداريا في تفويض المرفق العام فهو يفترض وجود أطراف متعاقدة في تكوينه والمتمثلة في السلطة المفوضة والمفوض له بالإضافة إلى المنتفعين من المرفق، وكغيره من العقود الأخرى فهو يحمل جملة من الآثار المتمثلة في الحقوق والالتزامات الخاصة بكل طرف من أطراف العقد و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع على النحو التالي:

أولا- السلطة المفوضة:

تسمى أيضا مانحة التفويض، لها اختصاص أصيل لتسيير المرفق العام المحددة قانونا المتمثلة في الدولة أو مؤسساتها، حيث بإمكانها منح تسيير واستغلال المرفق العام للخواص بغرض تحقيق المنفعة العامة، و هذا في إطار الامتيازات المخولة لها قانونا باعتبارها المسؤولة عن المرفق، من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في عقد الوكالة.

سلطة الرقابة والإشراف: إن أسلوب العقد لا يمنع السلطة المفوضة من الإشراف على المرفق ومزاولة الرقابة عليه إزاء المفوض له، و نجد أن المرسوم 247/15² قد كرس هذه السلطات في المادة 210 فقرة 01 منه على أن تبقى السلطة مانحة التفويض مسؤولة على المرفق وتحت إشرافها ومراقبة المفوض له أثناء استغلاله للمرفق لضمان تنفيذ شروط العقد، ولا يمكن للمفوض له الاعتراض عند ممارسة السلطة لحق الرقابة و الإشراف لأنه من النظام العام.

¹: المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

²: انظر المادة 210 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

- سلطة تعديل بنود العقد: يمكن للإدارة اللجوء إلى التعديل في الأحكام التنظيمية و ذلك حسب متطلبات واحتياجات المرفق ويكون بالحد المعقول، أما الأحكام التعاقدية فلا يمكن تعديلها إلا بموافقة و رضائية الطرفين.¹

- سلطة فرض الجزاءات: في حالة إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية، للإدارة فرض الجزاء عليه و هو حق مقرر لها حفاظا على استمرارية المرفق و حمايته، وتتقسم هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية تشمل الغرامات والتعويضات لتغطية الضرر اللاحق بالمرفق، و جزاءات الضغط و الإكراه أين تحل الإدارة محل المفوض له لإدارة المرفق، و قد يصل الجزاء إلى فسخ العقد أو نهايته إذا كان الخطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد.

ثانيا: المفوض له

هو صاحب التفويض يكون شخص طبيعي أو معنوي خاص، يقوم بتسيير و إدارة المرفق، و هذا ما يعطي له جملة من الحقوق و بالمقابل تقع على عاتقه بعض الالتزامات المتمثلة في:

- الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام، فهو مسؤول عن تنفيذه و ضمان التسيير الفعال، و هذا ما نصت عليه م 210 في الفقرة 8 المتعلقة بالوكالة المحفزة².

- احترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، وقد نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 على خضوع المرفق العام إلى مبدأ الاستمرارية وهو من أهم المبادئ التي تضمن ديمومة المرفق بصورة منظمة، إضافة إلى مبدأ المساواة، ومبدأ قابلية التكيف حسب متطلبات المرفق.

- الالتزام بدفع الإتاوات للجهة المفوضة نتيجة استغلاله وتسييره للمرفق العام، حسب ما جاء في الفقرة 10 المادة 210 من المرسوم 247/15 التي نصت على «... يحصل المفوض له التعريفات

¹: نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 182.

²: أنظر المادة 210 الفقرة 8 من المرسوم 247/15، مرجع سابق.

لحساب لسلطة المفوضة المعنية» والتي أكد تكريسها المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في المادة 55
فقرة 04 منه.¹

كما سبق القول يتمتع المفوض له بحقوق خولها له القانون نتيجة تسييره للمرفق و المتمثلة في:
- الحق في المقابل المالي، و هو الدافع الحقيقي على التعاقد بتسيير المرفق بالنسب للمفوض له
ويتم الحصول عليها من طرف الإدارة مباشرة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال
إضافة إلى علاوة إنتاجية من الأرباح طبقا لما جاء في نص م 210 في الفقرة 9 من المرسوم
247/15، و المرسوم 199/18 م 55 فقرة 3 منه.²

- حق استغلال المرفق العام طوال مدة العقد، و هو حق مهم لتنفيذ العقد، و قد حددها المشرع في
المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام في م 55 فقرة 5 ب 10 سنوات قابلة
للتמיד بسنتين كحد أقصى.³

- الحق في الحول على بعض التعويضات في حالة تعرضه لأحداث غي متوقعة تجعل التنفيذ عسيراً
و يلحقه أضراراً جراء تصرفات الإدارة كعدم وفائها.

و من بين آثار العقد حقوق المنتفعين رغم أنهم ليسوا طرفاً في العقد، إلا أن لهم مركز قانوني في
حالات تفويض المرفق العام، وذلك حماية لهم جراء استعمالهم للمنشآت و الاستفادة منها، وقد أقر
لهم القانون حقوقاً تمثلت أساساً في: - حق المنتفعين في مطالبة الإدارة بإجبار المفوض له على
تنفيذ واحترام شروط عقد التفويض كتتنفيذ تعريفات أو رسوم المتفق عليها.⁴

الفرع الرابع: نهاية عقد الوكالة المحفزة

تتحقق نهاية عقد الوكالة المحفزة بطريقتين إحداها طبيعية، والأخرى غير طبيعية.

¹: انظر المادة 55 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع سابق.

²: انظر المادة 55 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نفس المرجع.

³: انظر المادة 55 فقرة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نفس المرجع.

⁴: اكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 60.

أولاً: النهاية الطبيعية

ينتمي عقد الوكالة المحفزة إلى العقود الزمنية الذي يعتبر من أهم عناصرها، ولا يتحلل الطرفين من التزاماتهما؛ إلا بانتهاء مدة العقد المتفق عليها، وعند تحقيق الأغراض المرجوة من وراء العقد فإنه ينتهي هذا العقد عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا كاملاً.¹

ثانياً: النهاية غير الطبيعية

قد ينتهي صلاحية عقد الوكالة المحفزة قبل انتهاء مدته، وذلك لأسباب معينة ومهما كانت فهي نهاية غير طبيعية وغير عادية.

1- الانفساخ

هنا ينتهي بحكم القانون في حالة القوة القاهرة، وتتمثل في الحادث غير المتوقع الذي لا قبل للأطراف بدفعه، فيزول العقد دون رجوع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

2- حالة وفاة المفوض له:

على عكس القانون المدني الذي ينص على انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، فإنه في عقد الوكالة المحفزة فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء العقد إلا في حالة وجود نص في العقد على إمكانية مواصلته للورثة باستغلال المرفق العام.

3-الفسخ:

ونميز هنا بين حالاته:

أ- الفسخ الاتفاقي وفقا للشروط المتفق عليها بين طرفي العقد مع تبيان أن المفوض له لم يقم
بأي تقصير في التزاماته²

¹: عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 229.

²: ايت موسات ليندة، غانم ياقوت، نطاق تطبيق تفويض تسيير المرافق العامة، مذكرة ماستر فرع قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 49.

ب-الفسخ الإداري، فهو إسقاط الحق، وهي العقوبة القصوى تتخذها السلطة المفوضة في حق المفوض له بسبب ارتكابه لخطأ جسيم في تسييره للمرفق العام.

ج- الفسخ القضائي، يمكن لأحد طرفي العقد خاصة المفوض له اللجوء إلى القضاء الإداري المختص للمطالبة بإلغاء العقد بسبب إخلال الطرف الثاني بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد.¹

المطلب الثاني: عقد التسيير

إن أسلوب التسيير لتفويض المرافق العامة لم يحض بإجماع الفقهاء على اعتباره عقد من عقود تفويض المرفق العام، غير أنه بالرجوع إلى القضاء الفرنسي وإلى خصائصه نجد احتوائه على المقاييس التي أتى بها قانون Sapin والذي سار به المشرع الجزائري في تنظيم عقد التسيير خاصة بعد التعديلات التي مست المؤسسات العمومية بداية بقانون 01/88 المتضمن استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية، ثم قانون 04/88 الذي جاء لتوضيحها، واحتكار الدولة للتجارة الخارجية من خلال دستور 1989² في المادة 19 منه في تنظيم التجارة الخارجية، حيث انتهجت الجزائر إصلاحات اقتصادية خلال سنة 1988 وكان الهدف منها إعطاء استقلالية كبيرة لمؤسسات القطاع العمومي والشركات ذات الاقتصاد المختلط وعلى اثر ذلك أعطت الدولة مبادرة أوسع للمؤسسات العمومية من خلال تجسيد عقد التسيير والعمل به لتنظيم العلاقة الاقتصادية لهذا الأخير، وكان صدور قانون 247/15 رؤية جديدة لتنظيم طرق تسييره مع مواكبة التطور، واستكمالاً له صدر المرسوم التنفيذي 199/18 الذي جاء لتنظيم عقود التفويض من بينها عقد التسيير.

الفرع الأول: تعريف عقد التسيير

عقد التسيير كغيره من العقود له تعريف تشريعي و آخر فقهي

¹: بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 256.

²: دستور الجمهورية الجزائرية المصادق عليه استفتاء 1989/11/23 الصادر بالمرسوم رم 89-18 مؤرخ في 1989/12/28، ج.ر.ع 09، بتاريخ: 1989/12/28، ص 234.

أولاً: التعريف التشريعي

إن عقد التسيير لم يتم تقنينه بالنسبة للتشريعات المقارنة حتى في الدول التي ظهر فيها مثل الو.م.أ. و يعد عقد غير مسمى في الدول الأوربية التي انتشر فيها، إضافة الى عدم نص قوانينها على خصصة التسيير، والمشرع الفرنسي فقد تبنى هذا الأسلوب في مجال تفويض المرفق العام و نص على أحكام هذا العقد المتعلق بالنقل العام المحلي الصادر في 29 أوت 1991 كما يلي:

"Dans le contrat de gérance, l'autorité organisatrice, assure en cas d'insuffisance des recettes, la couverture des dépenses exposées par l'exploitation dans la limite d'un budget annuel qu'elle approuve. En cas d'excédent es recettes sur les dépenses, l'excédent est versé à l'autorité organisatrice. L'exploitant perçoit une rémunération déterminée en fonction de la nature et du volume des prestations fournies et éventuellement au moyen d'une prime calculée en fonction de paramètre significatif de l'amélioration de la gestion du réseau".¹

أما المشرع الجزائري فإنه نظم قواد عقد التسيير بموجب القانون رقم 01/89²، في الباب التاسع للقانون المدني الذي يحمل عنوان (العقود الواردة على العمل)، وجاء التعريف في المادة 01 كما يلي: «عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرته ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع».

- وتجدر الإشارة إلى أن عقد تسيير المرفق العام في هذه المادة يدخل في طائفة عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم و استغلال الفنادق³، و بالتالي لا يدخل في طائفة عقود التفويض و رغم عدم تقنين عقد التسيير إلا أنه في سنة 2006 تم اعتماده في قطاع المياه حيث قامت مؤسسة الجزائرية للمياه بتفويض تسيير خدمات التزويد بالمياه من مدينة

¹: فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع سابق، ص 106.

²: قانون رقم 01-89 صادر في 07/02/1989 متمم للأمر 58-75 صادر في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 6، صادر في 08/02/1989.

³: ايت منصور كمال، عقد التسيير في القانون الجزائري، دار بلقيس الجزائر، 2013، ص 7.

الجزائر العاصمة لصال المعال الفرنسي (Suez environnement) لمدة 05 سنوات ونصف تجديد هذا العقد لمدة 05 سنوات أخرى انتهت سنة 2016.

وبصدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تفويض المرفق العام فإنه نظم عقد تسيير المرفق العام في المادة 210 الفقرة 04 كما يلي: «تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته...»، وقد عرفه المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام الصادر سنة 2018 في المادة 56 فقرة 01 ما يلي: «التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له».¹

أما فيما يتعلق بالمقابل المالي للمفوض له تدفعها له السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح، هذا ما أكدته المادة 210 في الفقرة 2 و 3 من قانون 247/15،² وأكدته المادة 56 في فقرة 3 و 4 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ثانيا: التعريف الفقهي

إن دراسة عقد التسيير من النظرية الفقهية قليلة ويرجع ذلك لحدائثة العقد والدراسات المتحصل عليها، فنجد من أهمها الفقه الفرنسي الذي عرفه على أنه عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير طبيعي أو معنوي من الخواص تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره، وذهبت الأستاذة Boiteau إلى القول بأن عقد التسيير ليس تفويضا للمرفق بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير على أنه مبلغ جزافي لا

¹: أنظر المادة 56 فقرة 1 من المرسوم 199/18، المرجع سابق.

²: أنظر المادة 210 في الفقرة 2 و 3 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع سابق.

يرتبط باستغلال المرفق العام و لا يتحمل أعباء التسيير، ونفس الموقف اتخذته الأستاذ Braconnier الذي لم درجه ضمن عقود تفويض المرفق العام في كتابه Droit des services publics¹. أما الأستاذ p-fr.cuif يعرف عقد التسيير على أنه ذلك العقد الذي ينظم نشاط التثمين L'activité de valorisation يقوم به شخص معين على موجودات شخص آخر لحساب ومصلحة هذا الأخير.² وبرغم عدم إجماع الفقهاء حول انتماء عقد التسيير لطائفة عقود تفويض المرفق العام إلا أنه نجد تطبيقه موجود في فرنسا مثلا مجال إدارة ساحات مواقف السيارات، و الشركات الأمريكية في مجال تنظيم و استغلال الفنادق حسب الفقيه الفرنسي Ph. Merle من خلال دراسته لعقد التسيير سنة 1975.³ من خلال التعاريف السابقة يترتب على عقد التسيير نتائج تتمثل أهمها في:

- موظفو المرافق العمومية هم موظفون عموميون يخضعون لقانون الوظيفة العمومية من حقوق والتزامات
- تعتبر كل أملاك المرفق العام أملاكا عمومية تخضع لأحكام الدومين العام في التنازل.
- تسري على أعمالها وتصرفاتها المسؤولية الإدارية.
- العقود التي تبرمها عقود إدارية.
- تعتمد في تمويلها على الميزانية العامة للدولة أو على ميزانية الجماعة المحلية بطريقة مباشرة حسب الإطار الإداري.
- تخضع لقواعد المحاسبة العامة وللرقابة على المالية العمومية (المتفشية العامة للمالية).

¹: فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 106.

²: سعيداني مصطفى، مكان عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران 2012/2013 ص18.

³: أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص7.

الفرع الثاني: خصائص عقد التسيير

من خلال النتائج المترتبة على عقد التسيير نلاحظ أنه يكتسي جملة من الخصائص تمثلت أساسا فيما يلي:

أولاً: من حيث أطراف العقد

فإنه من خلال قانون 247/15 يكون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام يخضع للقانون العام و هو السلطة المفوضة و المسير الذي يقوم بتسيير المرفق العام و صيانته له، فهي بذلك تمارس صلاحيات الاستغلال على المرفق الممنوحة له في إطار التفويض بالتسيير وليس التمليك وهذا تحت الرقابة الكلية السلطة المفوضة.

ثانياً: من حيث تحمل الأخطار

عقد التسيير تتحمل الهيئة العمومية مخاطر التسيير المالية والتقنية، و هذا ما يدل على أن المسير يقوم بالخدمة لحساب الجماعة العمومية بحيث لا يتحمل المخاطر الناتجة عن تسيير المرفق العام.

ثالثاً: من حيث الجانب المالي

لا يتقاضى المسير المقابل المالي من المنتفعين بل أجره محددة بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحققة من استغلال المرفق العام، بالإضافة إلى منحة إنتاجية، و في حالة عجز المسير على القيام بالتزامه يتم تعويضه بآخر و يتقاضى مبلغاً جزافياً، حسب ما ذكر في الفقرة 6 من الم 210 من قانون 247/15¹ ونفس الشيء أكدته الفقرة 03 في الم 56 من قانون 199/18 والتي حددت التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام بواسطة دفتر الشروط.

رابعاً: من حيث مدة العقد

نصت عليها الفقرة 05 في المادة 56 من قانون 199/18 المتعلق بتفويض المرفق على انه « لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيير، خمس (5) سنوات »².

¹: انظر فقرة 6 من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، المرجع سابق.

²: انظر الفقرة 5 في المادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

زيادة على ذلك نصت المادة 57¹ التي تليها من ذات القانون على حالات التمديد إلى سنة (1) واحدة بموجب ملحق و بطلب من السلطة المفوضة.

الفرع الثالث: نهاية عقد التسيير

لا يختلف عقد التسيير الإداري عن غيره من العقود الإدارية الأخرى من حيث نهايته، فهناك نهاية طبيعية و أخرى غير طبيعية سنوجزها في ما يلي:

أولاً: النهاية الطبيعية لعقد التسيير

ينتهي عقد التسيير بهذه الحالة بانقضاء الالتزامات الناشئة عنه، أو عن طريق انتهاء مدة العقد التي نص عليها المرسوم لتنفيذي رقم 199/18 في المادة 56 حيث جاءت في الفقرة 5 منه على أنه: « لا يمكن تجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في التسيير، خمس (5) سنوات»².

ثانياً: النهاية غير الطبيعية

تتحقق هذه النهاية قبل انقضاء مدة العقد و تكون بأسباب معينة:

1- القوة القاهرة

تعد سبباً لانتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد معها، مما يجعل استحالة تنفيذ الغرض من تسيير المرفق العام، و يكون خارج عن إرادة طرفي العقد.

2- وفاة المتعاقد مع الإدارة

يجعل من تسيير المرفق معطلاً أو مستحيلًا إذا لم يشر إليه في بنود العقد على توريث تسيير المرفق العام إلى الورثة.

3- الفسخ: و يكون بحالات مختلفة تتمثل في:

أ- الفسخ الإداري الذي يعتبر من حق الإدارة في فك الرابطة التعاقدية بينها و بين المتعاقد معها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد.

¹: انظر المادة 57 من قانون 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، نفس المرجع.

²: المادة 56 من قانون 199/18، نفس المرجع.

- ب- الفسخ الإرادي باتفاق طرفي العقد على فسخه بالتراضي و دون اللجوء إلى القضاء.
- ج- الفسخ القضائي الذي يكون بحكم قضائي بطلب من احد الطرفين على فسخه بسبب الإخلال ببنود العقد و عدم الالتزام بها.

التمييز بين عقد الوكالة المحفزة و عقد التسيير

من خلال تعرفنا فيما سبق عن مفهوم عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير الإداري من وجهة نظر الفقهاء وحتى التشريع أن مآل عقد التسيير هو نفسه مآل عقد الوكالة المحفزة، بمعنى أن أوجه الشبه بين كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير أكثر منها بين أوجه الاختلاف لهذا اعتبر الكثير من الفقهاء أن عقد التسيير يشبه إلى حد كبير عقد الوكالة المحفزة ويصعب التفرقة بينهما من الناحية النظرية والعملية، حيث يقدم أحيانا على أن عقد التسيير هو عقد وكالة بعوض ويتشابهان في كونهما يهدفان إلى تسيير واستغلال المرفق لحساب السلطة المفوضة، حيث تقوم هذه الأخيرة بتمويل المرفق بنفسها وتحتفظ بإدارته ويتشابهان أيضا في أن المفوض له يتحصل على المقابل المالي من قبل السلطة المفوضة مباشرة.

ولكن بموجب المرسوم 247/15 تغيرت كيفية حصوله على المقابل المالي بالنسبة لعقد التسيير و هو الفرق الموجود بموجب المرسوم الرئاسي أعلاه أنه في عقد الوكالة المحفزة تحدد التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام بالاشتراك مع المفوض له خلافا لعقد التسيير الذي تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق لوحدها دون اشتراك المفوض له، إضافة إلى أن المفوض له لا يتحمل أرباح و خسائر تسيير المرفق،¹ والفرق الثاني يكمن بموجب صدور المرسوم التنفيذي 199/18² الذي حدد مدة عقد التسيير والذي كان غير معروف في القوانين السابقة مثل قانون 247/15 حيث لا تتجاوز مدته خمس (5) سنوات، والذي يختلف مع مدة عقد الوكالة المحفزة المحددة بعشر (10) سنوات كحد أقصى بغض النظر عن مدة التمديد المحددة بسنتين حسب قانون 199/18.

¹: شبل فريدة، افيس سميحة، المرجع سابق، ص 99.

²: انظر المادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

خاتمة

إن ميلاد قانون فعال ينظم العقود ذات الصبغة الإدارية أتى بعد مخاض عسير بشهادة ميلاد تحمل رقم 247/15 تحت تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، لمواجهة أزمة التمويل العمومي والسقوط الحر لأسعار المحروقات واعتماد الاقتصاد الوطني على المحروقات فلما أصبحت الدولة عاجزة عن مواكبة تسيير مرافقها ولا تحقق جميع متطلبات أفراد المجتمع أوجب عليها اتخاذ أسلوب بديل وحديث لعله الناجع لتسيير واستغلال المرفق العام وهو تفويض المرفق العام لصالح أشخاص القانون الخاص .

هذا الأسلوب الذي تبناه المشرع الجزائري والذي هو مقتبس بالطول وبالعرض من المدرسة الفرنسية الرائدة في هذا المجال، فمصطلح التفويض لم يرى النور في السياسة التشريعية ولا القضائية، بل تردد من خلال أقوال الفقهاء، حيث كان عبارة عن نصوص قطاعية متناثرة عرفت بعقد الامتياز المختلفة كامتياز الطرق السريعة، الكهرباء والغاز، إلى جانب قانون المياه 12/05 والذي أسفر عنه إبرام عدة اتفاقيات .

يتضح لنا ن خلال ما سبق دراسته بأن تقنية تفويض المرفق العام تعد من أحدث الأساليب في إدارة واستغلال المرافق العامة والتي تقوم على جملة من الأسس تتمثل في وجود مرفق عام العلاقة التعاقدية بين الجماعة العامة والمفوض له، بالإضافة إلى ارتباطات المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام .

ورغم اختلاف طبيعة نشاط كل مرفق غير أن ذلك لا يمنع من إخضاعها لمبادئ مشتركة اتفق الفقه والقضاء بشأنها، فقد كرس المشرع الجزائري عقد تفويض المرفق العام في قانون الصفقات وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ارتأى إلى تعريف عقود تفويض المرفق العام وتحديد أشكاله والمتمثلة في عقد الامتياز والذي يعد من أكثر العقود انتشارا في الجزائر، إذ يشكل جوهر التفويض مقارنة بالعقود الأخرى المتمثلة في عقد

إيجار المرفق العام، عقد الوكالة المحفزة، عقد التسيير كما ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر.

ويعد اختيار المشرع لأسلوب الامتياز التي لجأت إليه الدولة لإقناعها بصلاحيه الوسائل الرأسمالية الخاصة في تسيير المرافق العامة، فوجد الدولة تكلف في إطار القانون أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بأداء المرفق على نفقته، وأن يتكفل بتوفير اليد العاملة وكل ما يلزم لقيام المرفق بالخدمة للجمهور، على أن يتقاضى رسوما من هؤلاء لفترة زمنية معينة، دون أن تتنازل الدولة عن ملكيتها للمرفق، وسعت الجزائر في عدة مجالات لجعله الوسيلة المفضلة.

ومع توسع دائرة العمل وتزايد اتجاه الدول نحو سياسة الاقتصاد الحر والاعتماد على القطاع الخاص بالإضافة إلى اتجاه النظام الدولي إلى العولمة، وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بن الدول المختلفة، خاصة في أن الحياة المدنية حديثا تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية قد تعجز عنها ميزانيات الدول، فالحل الأمثل هو التوسع في هذه المشاريع عن طريق أساليب وعقود جديدة للتعاقد، ويعتبر عقود البوت أسلوب مغربي وجذاب كون الحكومة تمنح الترخيص لشركة خاصة أو شركة قطاع عام بعد أخذ التراخيص من الجهة الإدارية بتشديد المشروع من مالها الخاص الذي يخفف العبء على الحكومة خاصة في الدول الفقيرة منها لمدة معينة يتم الطرفان الاتفاق عليها مسبقا، وتحمل شركة المشروع وكافة التكاليف وجميع الرسوم والعوائد من الجمهور المستفيد من المشروع وتنقل الملكية إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء المدة بدون مقابل .

إن إصدار المرسوم الرئاسي سالف الذكر، إضافة إلى المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام هو نقطة تحسب للمشرع الجزائري؛ إلا أننا وفي إطار هذه الدراسة أثناء استقرارنا للأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام لم نجد ما يشفع للمشرع الجزائري من تطوير وتحديث

أساليب وطرق تسيير المرافق العامة، ثم أن هذه التقنية المبتكرة، وهذا التقنين الجديد ما كان ليكون لولا هذه الأزمة التي تمس كيان الدولة، مما يدل على فقداننا للدراسات الإستشراقية ومواكبة التطور.

- لم يتم تحديد عقود نماذج استثناء عقد الامتياز، فان عقد الإيجار والوكالة المحفزة ، وعقد التسيير الإداري غير معروفة في الحياة الاقتصادية الجزائرية كعقود إدارية.

- لم يتم تحديد المرفق العام القابل للتفويض أي وضعه مع نفس الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام .

- اعتماد المشرع لمصطلح الاتفاقية في عقد تفويض المرفق العام وهو مظهر لتكريس المفاوضات من السلطة المانحة التفويض والمفوض له.

- تنظيم بعض العقود من خلال القانون المدني فمثلا عقد التسيير الذي كان الهدف منه البحث عن الأموال وجلب الاستثمار خارج الإطار الحكومي ، خصوصا في الجانب السياحي وهو ما يطرح فكرة القانون الواجب التطبيق.

- كما أنه أغفل نقطة هامة أخرى وهي وضع تعريف دقيق لمصطلح التفويض

- طول مدة العقود المتعلقة بتفويضات المرافق العمومية قد ينتج عنه مشاكل الدولة في غنى عنها خاصة في عقد البوت فان ذلك يوجب الحذر ويولد مخاوف اقتصادية وسياسية من سيطرة المال الأجنبي على موارد الدولة، لذلك كان لزاما على الدول وضع آلية للتعامل والتقليص من المدد الزمنية للعقود .

ورغم جميع ما ذكر ألا أن مسألة تفويض المرفق العام أصبحت ضرورة ملحة لا مفر منها لكونه أصبح يشكل عبء عام يكلف خزينة الدولة الكثير من الأموال ، والتفويض هو تقنية مبتكرة للدولة للحفاظ على المبادئ التي وجد المرفق من أجلها وبالتالي تحسين الخدمة وتخفيف الأعباء

- وجلب رؤوس الأموال ، وتبقى الدولة هي الحارسة ، تراقب وتوجه وتمارس امتيازاتها المخولة لها قانونا متى طلبت الضرورة ذلك. وعطفا عما سبق نقترح التوصيات التالية :
- وضع نظام قانوني موحد يحكم تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة.
 - التمييز بين عقود تفويض المرافق العامة: عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد التسيير وتعريفا تعريفيا دقيقا.
 - تحديد طرق منح التفويض وفق إجراءات دقيقة وصارمة لتفادي التحايل والرشوة وضمان المنافسة والشفافية التي يفرضها النظام ووضع دفتر شروط نموذجي كما هو الحال في قانون الصفقات العمومية.
 - ضبط المرافق العامة القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض ووضع معايير للتفرقة بينهما.
 - إخضاع إدارة المرافق العامة لرقابة شاملة تتعلق بمختلف الجوانب الإدارية والمالية والفنية وتفعيل أجهزة الدولة الرقابية .
- وفي الأخير يبقى هذا البحث بالرغم من الجهد المبذول في إعداده بحثا متواضعا، ونتمنى أن يكون إشارة للطلبة اللاحقين والمهتمين بالمواضيع المتعلقة بتفويض المرفق العام.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المصادر

- القرآن الكريم

- السنة النبوية

أولاً: الكتب:

- 1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 2- آيت منصور كمال، عقد التسيير في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
- 3- برهان رزيق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، 2002.
- 4- جورج قوديل بيار دلقوليه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، 2008.
- 5- جورج قوديل بيار دلقوليه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2008.
- 6- حسن محمد علي البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير و التطوير (دراسة مقارنة)، المركز القانوني، الإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 7- رشيد زوايمية، تفويض المرفق العام للخواص، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2012.
- 8- زكريا المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- 9- ضريفي نادية، سير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010.
- 10- عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 11- عزري الزين، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، 2010.

- 12- علي خطار الشطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2003.
- 13- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر و التوزيع، عمان، 2003.
- 14- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 15- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- 16- مازن ليلو راضي، إبرام العقود الإدارية، ط 1، دار الفنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 17- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
- 18- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عنابة، 2005.
- 19- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن عمر رحال مولاي ادريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 20- محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام و أعمال الإدارة العامة- دراسة مقارنة)، الجزء 2، دار الفكر العربي، د ب ن، 1997.
- 21- محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري، مصر.
- 22- مروان محي الدين قطب ، طرق خصخصة المرافق العامة "الامتياز" ، الشركات المختلطة وتقويض المرفق العام ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 23- مليكة صاروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزائر، 2010.
- 24- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 25- هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى و طرق إدارتها، الاستملاك للأشغال العامة، التنظيم المدني، ط 1، 2003.

26- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

27- وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخاصة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

ثانيا- المذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1- أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

2- حميد بن عليّة، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2006.

3- فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

ب- رسائل الماجستير:

1- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

2- بلكور عبد الغني ، تفويض المرفق العام في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2010 ، ص 10.

3- بن مبارك راضية . التعليق على التعليمات الوزارية 842/03.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق الجزائر، 2002.

4- فرقات فاطمة الزهراء ، رقابة الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق بن عكنون، 2007.

ج- مذكرات الماجستير:

- 1- ادير نصيرة، اعزوقن وهيبة، استحداث طرق جديدة لسير المرافق العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 2- ايت موسات ليندة، غانم ياقوت، نطاق تطبيق تفويض تسيير المرافق العامة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة بجاية، 2014.
- 3- بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 17، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2006-2009.
- 4- بروري هدى، ساولي صونية، الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل م ر 247/15، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بجاية، 2018.
- 5- حاجي مخاطرية، عقد الامتياز في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2018.
- 6- رزيقة لثلق، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة محمود خيضر، بسكرة، 2014.
- 7- سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل م ر 247/15، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017.
- 8- شبل فريدة، افييس سميحة، التعديلات الجديدة التي أتى بها م ر 247/15 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
- 9- سعيداني مصطفى، مكان عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة وهران، 2013.

ثالثا- المقالات و المداخلات:

أ- المقالات:

- 1- ارزيل الكاهنة، استخدام المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، عدد 3،

- 2- بركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد و مستقل في إدارة المرفق العام، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 14، 2017، ص 566.
- 3- فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 2، 2014، ص
- 4- حميد بن عليّة، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، مجلة البحوث الإداريّة، العدد الثالث مصر، 2007، ص 50.
- 5- عزوز مخلوف، بلقاسم بوفاتح، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد 09، ص 102.

ب- المداخلات:

- 1- نادية ظريفي، مداخلة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 بعنوان توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ص 60.
- 2- لعور بدرّة، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مداخلة بتاريخ 2017/12/16، ص 29.
- 3- بن دراجي عثمان، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد 247/15 بتاريخ 2015/09/16، جامعة بسكرة في 2015/12/17، ص 12.

المراجع باللغة الأجنبية:

2- braconnier Stéphane , droit des services public , presse universitaire de France , paris , 2004 .

3³ CHENARD FRAZIER carole (la notion de délégation de service public) RDP.N01.1995.

4⁴ DOUENCE jean claude(les contrats de délégation de service public)RDP .N05.1993 .

أ- الدستور:

- دستور 2016 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في: 26 جمادي الأول عام 1436 الموافق ل: 6 مارس عام 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، السنة الثالثة والخمسون، المؤرخة في: 27 جمادي الأول عام 1436 الموافق ل: 7 مارس سنة 2016.
- دستور الجمهورية الجزائرية المصادق عليه استفتاء 1989/11/23 الصادر بالمرسوم ر 89-18 مؤرخ في 1989/12/28، ج.ر.ع 09، بتاريخ: 1989/12/28، ص 234.
- قانون 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه، ج ر 30 في 19 جويلية 1983.

ب- النصوص القانونية:

1- القوانين و الأوامر

- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 2005/08/04 يتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج عدد 60 صادر في 2005/09/04 المعدل و المتمم بموجب قانون 03/08 المؤرخ في 23/01/2008، ج.ر.ج.ج عدد 04 صادر في 2008/01/27 معدل و متمم بموجب الأمر 02/09 مؤرخ في 2009/07/22، ج.ر.ج.ج عدد 44 صادر في 2009/07/22.
- قانون 30/90 مؤرخ في ديسمبر 1990، يتعلق بالأمولاك الدولة، ج ر ج ج عدد 52، صادر في 1990/12/02، معدل و متمم بموجب قانون 14/08 مؤرخ في 2007/07/20، ج ر ج ج عدد 44، صادر في 2008/08/13.
- قانون 07/12، مؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق ل 2012/02/21، يتعلق بالولاية.
- قانون 10-11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.
- القانون رقم 03/10 في 2010/08/15 يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة ج ر عدد 46 بتاريخ 2010/08/28.

- قانون رقم 01/89 صادر في 1989/02/22، متمم للأمر 58/75 صادر في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 6 صادر في 1989/02/08.

2- المراسيم:

1. راجع المرسوم رقم 328/83 . 14 ماي 1993 ج ر عدد 20 بتاريخ 17 ماي 1993 المتعلق بالمياه

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

المرسوم التنفيذي 199/18

المرسوم التنفيذي رقم 275/10 ، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 ، يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير ، ج ر ج ج ع 68 ، الصادرة في 4 نوفمبر 2010

المرسوم التنفيذي رقم 152-09 مؤرخ في 24 مارس 2009، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

المرسوم التنفيذي رقم 88 / 29 / المؤرخ في 19 / 07 / 1988، متعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية العدد، ص 29 .

المرسوم التنفيذي رقم: 89 / 01 المتعلق بضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الداخلية ، المؤرخ في 18 جانفي ، 1989 ج ر ، عدد، 03،.

المرسوم التنفيذي رقم 96 / 308 / المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة ، الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 1996.

أمر 13/96 مؤرخ في 15 جوان 1996، المعدل و المتمم للقانون 17/83 المؤرخ في 16 جويلية 1983، المتعلق بالمياه، ج ر ج ج عدد 37 صادر في 19 جويلية 1983، (ملغى).

النصوص التشريعية الأجنبية:

1-- la loi d'orientation n 92/125 du 6 février 1992 ;relative a l'administration territoriale de la république jorf n 33 , du 8 février 1992.

2- la loi n 93/122 du 9 janvier 1993 relative a la prévention de la corruption par la loi n 01/1168 du 11 décembres 2001 portant mesures urgentes reformes caractère économique et financier. Jofr n 25 du 30 janvier 1993

الاجتهادات القضائية:

1- مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة، قرار رقم ،11952/11950 الصادر بتاريخ،
2004/03/09 شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي
بوهران، انظر الملحق رقم 02.

الملتقيات:

براهمي فضيلة "التسيير المفوض للمرافق العامة ، معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار
"أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص "
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27 و 28 أبريل 2011 ، ص100.

الفهرس

الفهرس

1	مقدمة:
6	الفصل الأول:
6	المبحث الأول: ماهية تفويض المرفق العام
6	المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام
7	الفرع الأول: التعريف الفقهي
7	أولا: التعريف الفقهي الفرنسي
8	ثانيا : تعريف تفويض المرفق العام وفقا للفقهاء الجزائريين
9	1 . المدلول الأول:
9	2 . المدلول الثاني:
10	أولا . التعريف التشريعي الفرنسي
15	المطلب الثاني: عناصر ومبادئ تفويض المرفق العام
16	الفرع الأول: عناصر تفويض المرفق العام
16	أولا : العناصر المرتبطة بعقد التفويض
16	1 . عنصر المرفق العام
17	ا . المرفق العام تنشئه الدولة:
17	ب . هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة :
18	ج . خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص واستثنائي :
18	د . المرفق العام مشروع عام:
18	2 . قابلية المرفق العام للتفويض :
20	ثانيا : العناصر المرتبطة بعقد التفويض
23	أولا : المبادئ المرتبطة بالإجراءات

24	ثانيا : المبادئ المرتبطة بالمرفق العام
24	1 : مبدأ استمرارية المرفق العام
24	2 : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطور
24	3 : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة
24	1 : مبدأ استمرارية المرافق العام
25	ا . حضر الإضراب:
25	ب . تنظيم الاستقالة: .
25	ج . نظرية الظروف الطارئة:
26	د . نظرية الموظف الفعلي : .
27	2 : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة
28	3 : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل
28	المبحث الثاني: الرقابة على تفويض المرفق العام
29	المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة
29	الفرع الأول : سلطات الإدارة المتعاقدة :
29	أولا . حق وسلطة الإدارة في الرقابة على الطرف المتعاقد معها : .
29	ثانيا . حق وسلطة الإدارة في تعديل الالتزامات وشروط العقد زيادة أو نقصان
29	ثالثا. حق وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية مختلفة على المتعاقد معها : .
30	رابعا . حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة:
30	الفرع الثاني: استحداث سلطة الضبط للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
31	المطلب الثاني: الآليات الرقابية على تفويضات المرفق العام
31	4 -الرقابة القضائية.
31	الفرع الأول: الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية
32	أولا . الرقابة الداخلية (رقابة المصلحة المتعاقدة): .

32	تقييم نظام الرقابة الداخلية:
33	ثانيا . الرقابة الخارجية: :
33	الفرع الثاني : الرقابة الوصائية.....
34	مضمون الرقابة الوصائية:.....
35	الفرع الثالث: الرقابة المالية
36	أولا- الرقابة القبلية للمراقب المالي :.
36	ثانيا - الرقابة المالية اللاحقة :.
36	ثالثا . رقابة المفتشية العامة للمالية: :
38	الفرع الرابع: الرقابة القضائية.....
38	أولا : القضاء الاستعجالي
38	ثانيا . الطعن لتجاوز السلطة :
39	ثالثا: طلب التعويض
39	الفصل الأول: عقد الامتياز و عقد الإيجار.....
40	المبحث الأول: عقد الامتياز و عقد الإيجار:.....
40	المطلب الأول: عقد الامتياز:.....
40	الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز
41	أولا: تعريف عقد الامتياز:
41	التعريف التشريعي:
42	د- قانون رقم 10-11 يتعلق بالبلدية والقانون رقم 07-12 يتعلق بالولاية.....
44	2التعريف الفقهي:
46	2 التعريف القضائي لعقد الامتياز:.....
47	ثانيا: خصائص عقد الامتياز
48	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

49	أولاً: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز
51	ثانياً: الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز:
52	ثالثاً: الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز.....
54	الفرع الثالث: أطراف عقد الامتياز وأثاره.....
55	أولاً: حقوق الإدارة مانحة الامتياز
55	-سلطة الإدارة في الإشراف والمتابعة والتوجيه
56	-سلطة الإدارة في التعديل:.....
56	-سلطة توقيع الجزاء على الملتزم:.....
57	ثانياً: صاحب الامتياز:.....
58	□انتهاء عقد الامتياز:.....
58	أولاً- النهاية الطبيعية لعقد الامتياز
58	ثانياً:النهاية غير طبيعية
59	المطلب الثاني: عقد الإيجار الإداري.....
59	الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار الإداري.....
59	أولاً: التعريف التشريعي لعقد الإيجار الإداري
60	ثانياً: التعريف الفقهي لعقد الإيجار
62	الفرع الثاني: خصائص عقد الإيجار
62	ثانياً: مسؤولية المستأجر:.....
62	ثالثاً: مصاريف المنشآت و أعمال الصيانة:.....
62	رابعاً: منح المقابل المالي:.....
63	الفرع الثالث: انقضاء عقد الإيجار
63	أولاً: النهاية الطبيعية
63	ثانياً: النهاية غير العادية

64 التمييز بين عقد الامتياز وعقد الإيجار
64 أولاً: من حيث مستوى التفويض
64 ثانياً: من حيث الخطر الذي يتحمله المفوض له
65 ثالثاً: من حيث رقابة الإدارة مانحة التفويض
66 المبحث الثاني: نموذج عقد الوكالة وعقد التسيير
67 المطلب الأول: عقد الوكالة المحفزة (مشاطرة الاستغلال)
67 الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة المحفزة
67 أولاً: التعريف التشريعي
68 ثانياً: التعريف الفقهي
69 ثالثاً: التعريف القضائي
70 الفرع الثاني: خصائص عقد الوكالة المحفزة
70 أولاً- استغلال المرفق لصالح السلطة المفوضة:
71 ثانياً: إدارة المرفق العام و تمويله من طرف السلطة المفوضة
71 ثالثاً: المقابل المالي
71 رابعاً: ارتباط عقد لوكالة بمدة زمنية
72 الفرع الثالث: آثار وأطراف عقد الوكالة
72 أولاً- السلطة المفوضة:
73 سلطة الرقابة والإشراف:
73 - سلطة تعديل بنود العقد:
73 - سلطة فرض الجزاءات:
73 ثانياً: المفوض له
75 الفرع الرابع: نهاية عقد الوكالة المحفزة
75 أولاً: النهاية الطبيعية

75ثانيا: النهاية غير الطبيعية.
751- الانفساخ.
752- حالة وفاة المفوض له:
763- الفسخ:
76المطلب الثاني: عقد التسيير
77الفرع الأول: تعريف عقد التسيير
77أولا: التعريف التشريعي
79ثانيا: التعريف الفقهي
80الفرع الثاني: خصائص عقد التسيير
80أولا: من حيث أطراف العقد
80ثانيا: من حيث تحمل الأخطار
80ثالثا: من حيث الجانب المالي
81رابعا: من حيث مدة العقد
81الفرع الثالث: نهاية عقد التسيير
81أولا: النهاية الطبيعية لعقد التسيير
81ثانيا: النهاية غير الطبيعية.
82التمييز بين عقد الوكالة المحفزة و عقد التسيير