مجلة التعمير والبناء، المجلد 05 /العددين02و03 / العدد التسلسلي18و19/2022
Revue urbanisme & construction, Volume 05 / Numéro 02.03/ Ser. No 18.19/ 2022
Journal of urban planning and construction, Volume 05 / Issue02.03 / Ser. No 18.19/ 2022

خصوصية تفويض المرفق العام في إطار عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة (عقد الامتياز المختلط)

Specificity of delegation of public utility under the concession contract associated with public works (mixed concession contract)

سيهوب سليم ، أستاذ محاضر أ، جامعة ابن خلدون تيارت
seihoubsalim@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2022/12/20 **تاريخ القبول: 2022/12/22**

الملخص:

تتجسد خصوصية عقد امتياز المقترن بالأشغال العامة أو عقد الامتياز المختلط في جانبين .الجانب المتعلق بتسيير المرفق العام وهو ما يجعله متميزا عن عقد صفقة الأشغال العامة .والجانب المتعلق بالقيام بإنشاء بنية تحتية ينطلق منها المفوض إليه في تسيير المرفق العام وهو ما يميزه عن عقود تفويض المرفق العام الأخرى . إن لهذه الخصوصية تأثيرا على النظام القانوني للعقد الامتياز المختلط تظهر بالخصوص فيما يتعلق بالإبرام والأملاك العقارية المرتبطة بالمرفق العام .

الكلمات المفتاحية: عقد الامتياز المختلط –عقد الأشغال العامة –عقود تفويض المرفق العام – الأملاك الوطنية

Abstract:

The specificity of the concession contract associated with public works or the mixed concession contract is embodied in two aspects. The aspect related to the management of the public utility, which makes it distinct from the contract of the public works deal. other year. This specificity has an impact on the legal system of the mixed concession contract, which appears in particular with regard to the conclusion and real estate properties associated with the public utility.

Keywords: **Mixed concession contract - public works contract - public utility delegation contracts - national property**

مقدمة

يتصدر عقد امتياز المقترن بالإشغال العامة عقود تفويض المرفق العام من حيث أهمية المهام الموكلة إلى المتعاقد ، وحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه .إن اللجوء إلى هذه الصورة من التفويض يمثل آلية في يد السلطات العمومية لتفادي الأعباء المالية المرتبطة بنظام الصفقات العمومية في إنجاز الأشغال العامة، وهو أيضا يمثل آلية للتسيير المرافق العامة انطلاقا من الاستثمار الخاص، وعليه فإننا نجد أنفسنا أمام عقد شراكة حقيقي . إلا أن فاعلية هذا العقد في تحقيق مهامه تتطلب نظاما قانونيا يتناسب مع خصوصيته، حيث يطرح هذا الموضوع إشكالية تحديد هوية عقد الامتياز المختلط نظرا لتقاطعه مع عقود أخرى قريبة منه، وذلك بغرض بيان أهمية دور وخصوصية النظام القانوني المرتبط به ،ولذلك فقد اعتمدنا على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا العقد على ضوء المبادئ المستقر عليها في القانون الإداري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية علينا أن نميز عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة عن فئة واسعة من العقود الإدارية وهو ما يستلزم منا تحديد مفهومه بدقة " **المبحث الأول**". وبعد ذلك ننطلق إلى تداعيات هذه الخصوصية على النظام القانوني المرتبط به "**المبحث الثاني**" .

المبحث الأول : تحديد المفهوم القانوني لعقد امتياز

يتميز عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة كصورة من صور تفويض المرفق العام عن عقود الأشغال العامة« **المطلب الأول** » و يتميز أيضا عن باقي صور تفويض المرفق العام « **المطلب الثاني** » .

المطلب الأول : تمييز عقد امتياز المقترن بالأشغال العامة عن عقد الأشغال العامة

يجب الإشارة إلى أن العقدين يتقاربان في بعض العناصر، وهو ما قد يؤدي إلى الالتباس بينهما « **الفرع الأول** » ورغم ذلك فإن هناك حدودا واضحة بين صفقة الأشغال العامة و بين عقد الامتياز المختلط « **الفرع الثاني** »

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

الفرع الأول: مجال الالتباس بين العقدين

يشترك العقدين في بعض العناصر القانونية وهي :

أولا) السلطات العمومية المتعاقدة :

لقد حدد المرسوم 15-247 الأشخاص المعنوية العامة المعنية بإبرام عقود الصفقات العمومية وهي الدولة – الجماعات الإقليمية –المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة لتشريع القانون التجاري استثنائيا أي عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعة الإقليمية [1] ، وبذلك يكون نظام الصفقات العمومية قد وضع إطارا لنوعين من العقود الإدارية ،العقود ذات الطبيعة الوطنية أي التي تبرمها وزارة من الوزارات كسلطات مركزية وعقود ذات طبيعة إقليمية تبرمها الولاية والبلدية وبالإضافة إلى عقود اللامركزية المرفقية أي المؤسسات العامة الإدارية . ولقد سميت هذه الأشخاص بالمصلحة المتعاقدة .

أما بالنسبة للعقود تفويض المرفق العام فنجد أن المرسوم السالف الذكر لم يحدد على وجه الدقة الأشخاص المفوضة، واكتفى بالقول بأنه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسئول عن المرفق العام أن يقوم بالتفويض " المادة 207"، وبذلك قد وضع شرطين أساسيين لإمكانية اللجوء إلى عقود تفويض المرفق العام وهما : – أن نكون أمام شخصي معنوي خاضع للقانون العام وهو ما ينطبق على جميع الأشخاص المعنوية سواء كانت إدارية أو تجارية ، وبذلك تكون الأطراف المعنية هي نفسها الأطراف المندرجة ضمن مفهوم المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وتضاف إليها المؤسسات العمومية التجارية والصناعية . – والشرط الثاني فهو أن يصدر التفويض من قبل السلطة المسؤولة عن المرفق العام أي تلك السلطة المختصة بتسيير المرفق العام وهو ما يجعلنا أمام :عقود تفويض وطنية –عقود تفويض إقليمية –وعقود تفويض للامركزية المرفقية .

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

تعرض المفهوم الموسع للسلطات المفوضة لتحديد من قبل المرسوم التنفيذي18-199 [2] الذي نص في المادة 04 منه على أنه يمكن للجماعات العمومية والمؤسسات العمومية الإدارية التابعة بها والمسئولة عن المرفق العام، وهو ما تترتب عنه استبعاد التفويض في الحالات التالية : -المرافق العامة التي تشرف عليها الدولة أي السلطات المركزية – المؤسسات العامة الوطنية بحيث يقتصر التفويض على المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإقليمية – المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،رغم كونها أيضا تعتبر أشخاصا معنوية وتشرف على مرافق عامة وقد تحتاج إلى تقنية التفويض على غرار المؤسستين العموميتين في قطاع المياه والتطهير [3]، وأن مثل هذا التضييق على نطاق تفويض المرفق العام من شأنه الانتقاص من ألأهمية التي يمكن يحققها عقد الإمتياز المختلط كبديل عن عقد الأشغال العام في تزويد السلطات العمومية بالمنشآت العمومية على المستوى الوطني ،سواء تلك التي تمثل الدولة (الوزارات) أو المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الوطنية . وهو يحرم أيضا المؤسسات العمومية التجارية والصناعية من بناء شراكة مع القطاع الخاص في إطار التفويض .

ثانيا : تعلق موضوع العقدين بعقار

كلا العقدين يتعلقان بعقار، حتى و إن لم يكن مملوكا من قبل الإدارة أو كان يتم على الأملاك الوطنية الخاص. ويستفاد من ذلك بأن كلا العقدين لا يردان على المنقول مهما بلغت قيمة المنقول أو كبر حجمه، وحتى ولو كان هذا المنقول يندرج ضمن الأملاك الوطنية العامة أو كان مخصصا للمنفعة العامة، وعليه فإن كل اتفاق يتعلق بمنقول لا يمكن أن يكون عقد أشغال عامة ولا عقد امتياز مقترن بالأشغال العامة [4] ، ولقد عرف القضاء الإداري المصري عقد الأشغال العامة بأنه "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي وتحقيقا

[2] المرسوم التنفيذي رقم 18 -199 المؤرخ في 2 غشت 2018 ، يتعلق بالتفويض المرفق العام ، الجريدة الرسمية المؤرخة 5 عشت 2018 .
[3] المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 ابريل 2001 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه ، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2001 والمرسوم التنفيذي رقم 01-102 المؤرخ في 21 ابريل سنة 2001 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير ، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2001 .
[4] جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 118 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد " [5]، ولقد نص المرسوم 15-247 على هذه الخاصية، وتم تكريس هذا الشرط بالنسبة للصفقات العامة المتعلقة بعقد الأشغال بشكل غير صريح يستفاد من نص المادة 29 فقرة 03 من المرسوم 15-247 التي بينت موضوع هذا العقد بقولها بأنه يتعلق " ببناء أو تجديد أو صيانة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها ،بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها" . إن جميع هذه الأعمال لا يمكن إلا أن تنصب على عقار .

وعلى نفس المنوال فإن عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة الوارد في المادة 210 من المرسوم السالف الذكر يتعلق بالعقار ، وهو ما يستفاد من قولها بأنه يمكن أن يتعلق الامتياز بإنجاز منشآت لإقامة المرفق العام، ولقد أكد على هذه السمة المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العمومي " المادة 53" .

ثالثا) ارتباط العقدين بالمرفق العام

اعتبر الارتباط بالمرفق العام أحد العناصر الجوهرية في مفهوم عقد الأشغال العامة الجديد وفقا للقضاء الإداري الفرنسي، وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء الإداري المصري الذي وضح بأن "مقاولات الأشغال العامة التي تطرحها الحكومة في مناقصات العامة لها طابعها الخاصة، إذ هي تتناول مرافق الدولة العامة والأموال التي تنفق فيها أموال عامة (...) تستهدف جميعها الصالح العام وتضفي على العقد طابعا يجعله عملا من أعمال الإدارة يهدف إلى حسن سير المرفق العام"[6] . وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري فإن عقد الأشغال العامة يتعلق بتحقيق المنفعة العامة بتزويد الإدارة بالمنشآت اللازمة للسير المرفق العام .

ويفرض الارتباط بالمرفق العام نفسه في عقود تفويض المرفق العام، وبالتحديد في عقد الامتياز لتمييزه عن عقود الامتياز المتعلقة بالأملاك العامة، ذلك أن هذه عقود الأخيرة تعتبر في الأصل الصورة التعاقدية للشغل الخاص للأملاك العامة ولا ترتبط بتسيير المرفق العام. ولقد

[5] حكم محكمة قضاء الإداري في الدعوى رقم 248 ،ق ع جلسة 1956/12/23 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما 1946 -1961 ، ص 2010

[6] حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 204 ، جلسة 20 يوليو 1950 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما 1946 -1961 ص 906 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

أعطى مجلس الدولة تعريفا واضحا للامتياز الأملاك العمومية قبل تعديل قانون الأملاك الوطنية فنص في قراره بتاريخ 9 مارس 2004 بأن "عقد الامتياز التابع للأملاك الدولة يجب تعريف عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تسمح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه "[7].

وللتمييز بين النوعين من عقدي الامتياز فإن القضاء وضع بعض المعايير في حالة غياب التكييف القانوني للكشف عن وجود المرفق العام، وتتمثل هذه المعايير في : استهداف تحقيق النفع العام –وجود سلطة مسئولة عن المرفق – والخضوع للنظام استثنائي ولو جزئيا عند اجتماع هذه المعايير فإننا نكون أمام الامتياز المتعلق بتسيير المرفق العام .غير أنه يجب الإشارة إلى إمكانية اقتران عقد امتياز المقترن بالأشغال العامة بامتياز الشغل الخاص للأملاك العامة وهي الفرضية التي نصت المادة 64 مكرر على أن امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية يمكن أن يتعلق بتمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة " ولقد أكد على ذلك المرسوم التنفيذي 12–427 بشكل واضح وصريح على هذه الإمكانية بمقتضى المادة 75 فقرة الرابعة التي نصت على أنه "عندما يقوم شغل الأملاك العمومية ، طبقا لدفاتر الشروط و(...) على أساس منح الامتياز بإنجاز المنشآت والبنايات والتجهيزات لغرض وحيد وهو استغلال المرفق العام"

الفرع الثاني : أوجه التمايز بين العقدين

رغم التقارب بين العقدين في كثير من الجوانب، إلا أن هناك حدودا فاصلة بينهما تجعل كل منهما يستقل بنظامه القانوني . يتعلق الاختلاف بطبيعة المهام الموكلة إلى المفوض إليه والمقابل المالي الذي يتلقاه .

أولا) نقل مسؤولية تسيير المرفق العام

[7] قرار رقم 11950 /11952 الصادر بتاريخ 2004/03/09 ،شركة المسافرين سريع الجنوب ضد ريس المجلس الشعبي البلدي وهران الغرفة الثالثة

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

تتميز عقود تفويض المرفق العام وبالخصوص عقد الامتياز بنقل مسؤولية تسيير المرفق العام من السلطة المفوضة إلى المفوض إليه بحيث نص المرسوم 15-247 على أن التفويض يرد على تسيير المرفق العام، ويتجلى ذلك بالشكل الأكمل في عقد الامتياز بحيث يتحمل المفوض له باسمه وعلى مسؤوليته ، وهي العبارة المكرسة في القضاء الإداري الفرنسي منذ زمن بعيد أي منذ بداية القرن 20 م [8] « à ses risques et périls » وفي حالة عقد الامتياز المقترن بأشغال عامة فإن المفوض إليه يصبح هو صاحب المشروع maitre d'ouvrage والمسئول عن العمال وعن الأضرار المحتملة ، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي.[9] ويترتب على نقل مسؤولية قيام علاقة مباشرة بين المفوض إليه والمستخدمين في حالة الامتياز بحيث يتلقى منهم الإتاوات .

ولقد اشتمل المرسوم 18-199 على أحكام خاصة بهذه العلاقة وهو ما يجعل المتعاقد المسئول المباشر عن تسيير المرفق العام ، وهذا على خلاف عقود الصفقات العامة التي تظل المصلحة المتعاقدة فيها صاحبة المشروع والمسؤولة عن تسيير المرفق العام وتحتفظ بالعلاقة المباشرة مع الجمهور، وعلى خلاف عقد امتياز المقترن بالأشغال العامة ، فإن المتعاقد في صفقة الأشغال العامة لا يقوم" بتقديم أية خدمات للجمهور بل يقتصر دوره على إنشاء المشروع أو صيانته أو ترميمه ثم تنتهي مهمته بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في صفقة الأشغال العامة [10].

ثانيا) المقابل المالي " وجد الخطر المالي

اقتداء بما كرّس في القانون الفرنسي فإن المشرع الجزائري وضع بمقتضى المرسوم 15-247 الشرط المتعلق بضرورة ارتباط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال كشرط أساسي بالنسبة للجميع عقود تفويض المرفق العام، ومؤدى ذلك تحميل المفوض إليه قدرا من الخطورة الاقتصادية والمالية [11]، وتفسر هذه الخطورة بعدم القدرة على الاسترداد الكامل نفقات الاستثمار كما هو بالنسبة لجميع الأنشطة الاستثمارية، وهذا على خلاف عقود الصفقات العامة التي يتلقى فيها المتعاقد المقابل في شكل سعر تحدده الإدارة دون اعتبار لنتائج الاستغلال، وهو أمر منطقي لكونه

[8] Voir CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.
[9] Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2001, p. 428.
[10] ابراهيم الشهاوي ،عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة ، 2003 ص 49
[11] كرس مفهوم الخطر في القانون الفرنسي بمقتضى قرار préfet des Bouches –du Rhone بتاريخ 15 افريل 1996 وهو ما الهم القانون المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

لا يتحمل مسؤولية إدارة المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، ثم التساؤل في القانون الفرنسي حول تحديد نسبة الخطورة المالية التي يستلزمها تفويض المرفق العام واكتفى مجلس الدولة باشتراط نسبة 30 %كجزء متغير، أما باقي التمويل فلا ضير في أن يتلقاه المفوض إليه بشكل ثابت من قبل الجماعة العمومية [12] .

ولقد كرست فكرة الخطورة أيضا في القانون المجموعي كمعيار للتمييز عقود الامتياز عن عقود الصفقات العامة وثم ذلك بموجب التوجيه الأوروبي 2014/23/UE الذي تجسد في القانون الفرنسي من خلال الأمر رقم 2016-65 المؤرخ في 29 جانفي 2016 والمتعلق بعقود الامتياز .عرفت المادة 05 من هذا الأمر عقود الامتياز بأنها تلك العقود (...) والتي تتضمن نقل خطورة مرتبطة باستغلال منشأة أو مرفق"[13] .

ثالثا) مدة العقد

تبرم عقود الامتياز لمدة طويلة نظرا لاتساع المهام الموكلة إلى المفوض اليه وخصوصا في حالة الامتياز مقترن بالأشغال العمومية الذي يتطلب مدة استهلاك أطول للاستثمارات، وبناء على ذلك فإن المادة 53 نصت على أنه لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز 30 سنة كما يمكن "تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة (...) شريطة أن لا تتعدى مدة التمديد أربع سنوات كحد أقصى، وبذلك فإنه يمكن أن تدوم مدة العقد 34 سنة وهي مدة طويلة قد يلجأ إليه بصدد المشاريع الكبرى .

المطلب الثاني : تميز عقد امتياز الأشغال العامة عن عقود تفويض المرفق العام

يشترك عقد امتياز الأشغال العامة مع بقية صور تفويض المرفق العام في العناصر القانونية التي وضعتها المادة 207 من المرسوم 15-247، ولكن يتميز عنها بشكل واضح ويتعلق الأمر

[12] CE, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*, Req. n° 1999-198147, Dr. Adm., 1999, comm. n° 246.
[13] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

بالتحديد بالعقدين الأقرب للعقد امتياز الأشغال العامة، وهما عقد الامتياز البسيط وعقد إيجار المرفق العام.

الفرع الأول : تميز عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة عن الامتياز البسيط

رغم أن كلاهما يشتركان في التعريف القانوني للامتياز الوارد في المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم 18-199 ، والمستلهم من القانون الفرنسي فان يختلفان في طبيعة المهام الموكلة إليهما وهو اختلاف يتدعم القانون الفرنسي باختلاف في الإجراءات المتعلقة بالإبرام خلافا للقانون الجزائري الذي لم يميز بينهما في هذا الشأن .

أولا) مهام المفوض إليه في ظل الامتياز البسيط أو الخالص

يقوم المفوض إليه باستغلال وتسيير المرفق باسمه و على مسؤوليته ويتلقى المقابل من المستخدمين عن طريق إتاوات، ولكن دون أن يكلف ببناء منشآت الضرورية لتنفيذ مهمة المرفق العام الموكلة إليه، وبذلك يتميز عن عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة فيما يتعلق بمهمة الأشغال العامة .وعليه فإنه لا يمكن أن تمنح للمتعاقد صفة صاحب الأشغال وليس معنيا بأملاك الامتياز كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة كما سنرى في الشطر الثاني من هذه الدراسة .

ثانيا) تميز عقد الامتياز المتعلق بالأشغال العامة فيما يخص إجراءات الإبرام

تخضع في القانون الفرنسي عقود الامتياز البسيط إلى أحكام قانون صابن « loi Sapin » مع الخضوع إلى القواعد والمبادئ المنصوص عليها في المعاهدة المؤسسة للمجموعة الأوروبية .أما بالنسبة لعقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة أو المختلط فإنه يجب التمييز بين حالتين[14] :

[14] Voir directive n° 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* n° L. 134, 30 avril 2004

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

-إذا كان النصيب الأكبر من مهام المتعاقد هو تسيير المرفق العام فإنه يتم الاقتصار على تطبيق أحكام قانون صابن المشار إليه سابقا .

-بينما إذا كان النصيب الأكبر هو الأشغال العامة فانه يتم احترام أحكام قانون صابن وأيضا قواعد التوجيه الاوروبي رقم 2004-18 .

الفرع الثاني: تمييز عقد الامتياز المتعلق بالأشغال العامة عن عقد التأجير

يعرف عقد تأجير المرفق العام بأنه "عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاص استغلال مرفق عام ، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المترفقون وهي تتعلق مباشرة باستغلال المرفق العام" [15] وهو تعريف نجد عناصره في التعريف التشريعي الذي أتى به المرسوم 15-247 بشكل يميز هذا العقد عن عقد الامتياز المختلط كما يلي :

-يتميز عقد إيجار المرفق العام تمكين المستأجر من منشآت على خلاف عقد امتياز المختلط الذي لا يعتمد فيه المفوض إليه كما أسلفنا على أي منشأة أو وسائل من قبل الإدارة فهو يعتمد على إمكانياته اعتمادا كليا للإقامة ما يلزم لاستغلال المرفق العام ، وبناء على ذلك فان المفوض إليه في عقد الإيجار لا يتمتع بصفة صاحبة المشروع وتظل السلطة المفوضة مسئولة عن توسعة المرفق وتجديده وتجهيزه ويقتصر دور المفوض إليه على أعمال الصيانة .

-يلتزم المفوض إليه في عقد الإيجار بدفع إتاوة نظير المنشآت التي قدمت له .

-تكون مدة عقد الإيجار اقصر من مدة عقد امتياز المختلط نظرا لعدم وجود استثمارات تحتاج لمدة استهلاك طويلة، حيث حدد المرسوم 18-199 مدة هذا العقد ب 15 سنة كحد أقصى ويمكن تمديدها بثلاثة سنوات كحد أقصى " المادة 54"، وتبعا لذلك يتبين لنا في نهاية هذا المبحث بأن عقد امتياز المقترن بالأشغال العامة يستقل بخصائصه عن العقود الإدارية الأخرى القريبة منه وهو ما يؤهله ليستقل بنظام قانوني خاص به .

[15] فوناس سهيلة ،تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، 2018/11/26 ، ص94 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

المبحث الثاني: خصوصيات النظام القانوني للعقد الامتياز المختلط

يتسم النظام القانوني للعقد الامتياز المختلط بخصائص تميزه عن عقد الأشغال العامة من حيث الإبرام "**المطلب الأول**" ، وكذلك عن باقي عقود تفويض المرفق العام من حيث كونه يتضمن أشغالا عامة وهو ما يطرح مسألة مصير الأملاك المتعلقة بالامتياز "**المطلب الثاني**".

المطلب الأول : خصوصية نظام إبرام عقد امتياز المختلط

نظرا لكون عقد الامتياز المختلط ينتمي إلى عقود تفويض المرفق العام فإنه محكوم بمبدأ الاعتبار الشخصي الذي لا يعمل به في صفقات الأشغال العامة. سنعرف أولا مبدأ الاعتبار الشخصي L'intuitu personae ثم نبين أسلوب الإبرام الذي يجسد هذا المبدأ.

الفرع الأول : التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي

يأخذ الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام بعين الاعتبار الاعتبارات الشخصية لاختيار المفوض إليه وعليه فإن " شخصية الملتزم تكون موضع اعتبار بالغ الأثر نظرا لما ينفرد به هذا العقد من خصائص وطبيعة ذاتية لارتباطه وصلته بالوثيقة بالمرفق العام والنفع العام ومداه"[16] . للمبدأ ما يبرره بالنسبة لهذه العقود وعلى رأسها عقد الامتياز المختلط فهو يحقق ما يلي

-يمكن هذا المبدأ الإدارة من التأكد مليا في قدرة المتعاقد من تحمل مسؤولية المرفق وتقديم الخدمات للمرتفقين على الوجه الأكمل .

-نظرا لعدم وجود حمل مالي مماثل للصفقات الأشغال العامة ، فإنه لا يلجأ الى تطبيق الأحكام المشددة المعمول بها في الصفقات العمومية .

- إذا كان الهدف من إجراءات الصفقات العامة هو اختيار عرض فإن الهدف في عقود تفويض المرفق العام هو البحث عن شريك للإدارة نظرا لمؤهلاته وخصائصه .

[16] ابراهيم الشهاوي عقد امتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراة جامعة عين شمس 2003 ص126.

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

-نظرا لطول مدة عقود امتياز المختلطة التي قد تصل كما بينا إلى 30 سنة فإن الاعتبار الشخصي يعبر عن الثقة المتبادلة بين المفوض والمفوض إليه .

رغم أهمية هذا المبدأ إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار نظيره الفرنسي قد ارسي إجراءات تنافسية، مع ترك مساحة للإعمال السلطة التقديرية للإدارة .

الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد امتياز الأشغال العامة

تعكس إذن إجراءات إبرام عقد امتياز المختلط مبدأ الاعتبار الشخصي دون الإخلال بمبدأ المنافسة، وهو ما ينعكس في النظام القانوني المتعلق بإبرام هذا العقد الذي يتميز عن النظام الخاص بالصفقات الأشغال العمومية .

أولا) الأحكام المتعلقة بحرية المنافسة :

أحال المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومية فيما يتعلق بالإبرام إلى المبادئ المنصوص عليها بخصوص الصفقات العامة وهي حرية الوصول للطلبات العمومية –المساواة في معاملة المرشحين –شفافية الإجراءات ليأتي المرسوم 18 -199 لتجسيدها من خلال تقرير ما يلي :

-تكريس الشفافية لكونها تؤدي إلى حالة تنافسية من خلال إلزام السلطة المفوضة عند إبرامها لعقود تفويض المرفق العام من خلال إلزامية النشر على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، حيث أكدت المادة 26 من المرسوم 18-199 على إمكانية استثناء بعض المرافق العمومية نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها من الإشهار في الجرائد شريطة ضمان الإشهار على نطاق واسع ويجب على السلطة المفوضة تعليل قرارها .

-تتجسد المساواة بين المترشحين بعد انتهاء مرحلة الإعلان والشروع في مرحلة إيداع العروض بحيث تلتزم السلطة المفوضة عند تحديد مدة تحضير العروض بغرض افساح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

-بعد انتهاء من إيداع العروض فانه تبدأ مرحلة اختيار وانتقاء العروض من قبل اختيار وانتقاء العروض، حيث تبدأ اللجنة في فتح الأظرف وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين ثم في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة تتم دراسة ملفات الترشح ،وعلى إثر هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المرشحين المقبولين الذين استوفوا الشروط والمعايير المحددة لطلب العروض وتقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين والمقبولين وتقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط وتقوم بعدئذ بإعداد قائمة العروض ، مرتبة ترتيبيا تفضيليا بحسب التقاط المتحصل عليها، وبعد إعداد قائمة المرشحين المقبولين تقوم السلطة المفوضة بدعوتهم لكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط .

ثانيا)الأحكام المتعلقة بالاعتبار الشخصي

بخلاف أسلوب طلب العروض المعتمد كمبدأ عام في مجال الصفقات العمومية [17] فإن أسلوب إبرام تفويض المرفق العام يفسح المجال للتفاوض. ويتم ذلك بعد دعوة المرشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط ، وتقديمهم للعروض الخاصة تقوم اللجنة بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا ، كل على حدى من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية، وتحرر اللجنة محضر مفاوضة يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا . ويتم التفاوض بين لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المرشحين المقبولين المعنيين ، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما فيما يتعلق "بمدة تفويض عند الاقتضاء ، والتعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام ، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة (...) كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض" وبذلك يمكن القول بأن هذه المفاوضات تساهم في تحديد معالم تفويض المرفق العام وهو ما يؤكد الطابع المتعلق بالاعتبار الشخصي، ولكن لا يمكن بحسب المادة 40 من المرسوم 18-199 أن تتناول المفاوضات معايير تقييم العروض ولا موضوع التفويض، حيث بعد هذه المفاوضات فإن اللجنة تقوم باقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض فان مسؤول السلطة المفوضة يتخذ قرار المنح

[17] يستخلص ذلك مباشرة من تعريف المادة 40 من المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي بحيث نصت على أن طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض ....."

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

المؤقت وبعد الانتهاء من آجال الطعون المشار إليها في المادة 42 من المرسوم السالف الذكر يتم الإبرام النهائي للتفويض، ونخلص إذن إلى اختيار أسلوب الامتياز المختلط للقيام بأشغال عامة يجعل الإدارة في حل من إجراءات الصفقات العامة ويلزمها بإتباع الإجراءات التنافسية المنصوص عليها في مرسوم 18-188 المتعلق بتفويضات المرفق العام .

المطلب الثاني: خصوصية النظام القانوني الخاص بأملاك امتياز المختلط

بعد أن انتهينا مما يميز النظام القانوني للامتياز المختلط عن صفقة الأشغال العامة فإننا ننتقل إلى ما يميزه عن بقية عقود تفويض المرفق العام وهي مسالة مصير الأملاك العقارية المتعلقة بالامتياز، وهي مسألة لا يمكن دراستها إلا في ظل أحكام المرسوم 18-199 وما استقر عليه القضاء الإداري .

الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكم الأملاك المتعلقة بالامتياز المختلط

نقصد بهذه المبادئ العامة بتلك المبادئ التي تحكم جميع الأموال المرتبطة بتفويض المرفق العام بما في ذلك امتياز الأشغال المختلط ولكن دون أن تحدد على وجه الدقة مصير هذه الأموال .

أولا) الخضوع للأحكام قانون الأملاك الوطنية 90-30 المعدل والمتمم

وهو أمر طبيعي لكون الأملاك المخصصة للمرفق العام قد تندرج ضمن الأملاك العمومية وفقا للشروط التي حددها القانون السالف الذكر . كم يمكن أن يستفيد المفوض إليه من شغل الخاص للأملاك العمومية طبقا للأحكام المقررة في القسم الأول المخصص للاستعمال الأملاك الوطنية العمومية والذي يتبع الجزء الثاني المتعلق بتسيير الأملاك الوطنية[18] .

ثانيا) تحديد وظيفة ممتلكات المرفق العام

بينت المادة 68 من المرسوم 18-199 بأنه لا يمكن للمفوض له أن يستعمل ممتلكات المرفق العام سواء تلك التي أنجزها أو اقتنائها السلطة المفوضة ، لأغراض أخرى غير موضوع

[18] قانون90- 30 المعدل والمتمم المتعلق بالأملاك الوطنية المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية المؤرخة في سنة 1990 ، العدد 52 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

النشاط المرفقي . ومعنى ذلك أن المفوض إليه في إطار عقد الامتياز المختلط مقيد بهذا الشرط فهو يقوم بإنشاء ممتلكات عقارية بهدف ممارسة النشاط المفوض إليه، ويضاف هذا التحديد الالتزام بالاستعمال العقلاني وغير التعسفي و في حالة مخالفة ذلك يلتزم المفوض إليه بالتعويض.

الفرع الثاني : التقسيم الثلاثي للأملاك المتعلقة بالامتياز المختلط

تبني القضاء الإداري تقسيما ثلاثيا للأملاك العقارية المرتبطة بامتياز المرفق العام وهو تقسيم يظل حتى وقتنا محافظا على أهميته بل وثم تدعيمه فيما يتعلق بتحديد طبيعة الأملاك ونظامها القانوني من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 ديسمبر 2012 .

أولا) أملاك العودة: وهي أموال تعتبر كلا غير قابل للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق العام وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل كل الأملاك الضرورية لاستغلال المرفق من عقارات ومنقولات. ترجع هذه الأملاك عند نهاية العقد دون أي تعويض، وكمثال عنها ما نص عليه المرسوم التنفيذي 08-114 من أن أملاك العودة تتألف من "الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه للتوزيع الكهرباء والغاز " وما يلاحظ أن المرسوم جعل مآل الأملاك إلى الدولة وذلك سواء كانت تندرج في الأملاك العامة أو الخاصة" .

ثانيا) أملاك الاسترجاع: وهي تلك الأموال التي يحق للدولة أو الشخص المعنوي شراؤها وهي عبارة عن أملاك المستعملة أثناء التفويض من المفوض إليه فهي ذات فائدة للتسيير المرفق واستغلاله .وعند نهاية العقد يمكن أن تسترد أملاك الاسترجاع من طرف الدولة ، لكن بمحض مبادرتها ولكن مقابل تعويض [19] .

ثالثا) الأملاك الخاصة: وهي الأملاك التي تخرج عن الطائفتين السابقتين فهي خاصة بصاحب الامتياز بحيث لا علاقة لها بالمرفق العام، على أن لا تؤول ملكيتها إلى السلطة المفوضة.

[19] المرسوم التنفيذي 08-114 السالف الذكر

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

الخاتمة

تبين من خلال هذا الدراسة بان مفهوم عقد الامتياز المختلط يطرح نفسه كبديل عن عقد الأشغال العامة لكونه يمثل صورة متقدمة للتفويض المرفق العام فهو آلية وضعت بيد الأشخاص المعنوية للتخطي الأعباء المالية عند إنشاء البنى التحتية وتطوير المرافق العامة، وتبين لنا أيضا بأن النظام القانوني المرتبط بهذا العقد يتميز بمجموعة من الخصائص ذات الصلة بنظام الإبرام ومصير الأملاك العقارية المرتبطة بالمرفق العام .

قائمة المصادر والمراجع :

- إبراهيم الشهاوي ،عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة ، 2003 .

جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 118 .

-فوناس سهيلة ،تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، 2018/11/26 ، ص94 .

Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2001, p. 428.

Req. n° 1999-198147, Dr. Adm., 1999, comm. n° 246.

-Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

-القانون90- 30 المعدل والمتمم المتعلق بالأملاك الوطنية المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية المؤرخة في سنة 1990 ، العدد 52 .

-المرسوم التنفيذي 08-114 المؤرخ في 9 ابريل 2008 يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق الامتياز وواجباته ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 13 ابريل 2008 .

-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564

-المرسوم التنفيذي رقم 18 -199 المؤرخ في 2 غشت 2018 ، يتعلق بالتفويض المرفق العام ، الجريدة الرسمية المؤرخة 5 عشت 2018 .

-حكم محكمة قضاء الإداري في الدعوى رقم 248 ،ق ع جلسة 1956/12/23 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما 1946 -1961 ، ص 2010

-حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 204 ، جلسة 20 يوليو 1950 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما 1946 -1961 ص 906 .

-قرار رقم 11950 /11952 الصادر بتاريخ 2004/03/09 ،شركة المسافرين سريع الجنوب ضد ريس المجلس الشعبي البلدي وهران الغرفة الثالثة الذي كرس مفهوم الخطر في القانون الفرنسي بمقتضى قرار préfet des Bouches –du Rhone بتاريخ 15 افريل 1996 وهو ما الهم القانون المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 .

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.

CE, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*,

ISSN : 2543-3970
EISSN: 2676-1564