



جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية: الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل: D.DAD/3C/01/16

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في الحقوق

تخصص: قانون إداري

العنوان:

# النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر

من إعداد الطالبة:

سمية سلامي

تاريخ المناقشة: 2021/09/20

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة:

الاسم و اللقب	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ-د: نادية ضريفي	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
أ-د: مبروك عبد النور	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
أ-د: حمزة خضري	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا
د: المختار ولهي	أستاذ محاضر - أ	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا
أ-د: ساعد العقون	أستاذ التعليم العالي	جامعة زيان عاشور الجلفة	مناقشا
د: الصادق جدي	أستاذ محاضر - أ	جامعة فرحات عباس سطيف	مناقشا

السنة الجامعية: 2021 / 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# إهداء:

- إلى روح جدتي الغالية التي كان دعاؤها سر نجاحي، تغمدها الله برحمته الواسعة.
  - إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى والدي العزيز، متعني الله ببره ورد جميله.
  - إلى معنى الحب والحنان، إلى بسمه الحياة وسر الوجود، إلى أغلى الحبايب أُمي العزيزة، أطال الله عمرها وألبسها ثوب الصحة والعافية.
  - إلى إخوتي الأحباء من صغيرهم لكبيرهم، سندي في الحياة أدامهم الله ووفقهم لكل ما يحبه ويرضاه.
  - إلى زملائي، وكل طالب علم سعى واجتهد في طلبه.
  - إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد سواء بالفعل أو القول أو الدعاء.
- إلى كل هؤلاء أهدي عملي المتواضع هذا.

# شكر و تقدير:

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء محمد رسول الله فشكري كله لله سبحانه وتعالى الذي وهبنا نعمة العلم ونور طريقنا به وأخرجنا من ظلمات الجهل ومتاهته، وأرجو من الله أن يزيدنا علما وينفعنا به في الدنيا والآخرة.

اعترافا بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى:

الأستاذ الدكتور: عبد النور مبروك لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة فقد تفضل علي بوافر علمه وواسع حلمه وأحسن توجيهي، فما توانى في دفعي للعمل بجد واجتهاد وأتمنى أن أكون قد نفذت نصائحه وسرت على منوالها، وأدعو الله أن يجعل ما بذل معي في ميزان حسناته وأن يجازيه عني بخير ما جازى به عالما عن متعلم.

- والشكر موصول إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة على خالص جهدهم المبذول في قراءة هذه الرسالة وكلي أمل أن تنال رضاهم.

- كما أتوجه بالشكر والعرفان بالجميل لأستاذتي الدكتورة: ضريفي نادية فلها من الفضل علي الكثير والكثير مما تعجز معه الكلمات عن شكرها ولو اصطفت العبارات واحترفت حرفة الشكر والثناء، والله ما توفيها حقها، إليك مني كل الشكر والتقدير وأدعو الله عز وجل أن يحفظك ويرعاك.

- كما أتوجه بأسمى آيات الشكر والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور: خضري حمزة الذي لم يدخر جهدا في مد يد العون لي لإخراج رسالتي على هذا النحو أملا من الله عز وجل أن أكون عند حسن ظنه بي.

وأخيرا أشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث العلمي المتواضع أسأل المولى جلت قدرته أن يجازيهم عني خير الجزاء.

## قائمة المختصرات

### أولاً: باللغة العربية:

- ج.ر: جريدة رسمية
- د.د.ن: دون دار النشر
- د.س.ن: دون سنة النشر
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
- ص: الصفحة
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ط: الطبعة
- ج: جزء
- ع: عدد
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

### ثانياً: باللغة الفرنسية:

- Ed : Edition.
- Ibid : (Ibidem), au même endroit.
- OP. cite : (Opère Citato), référence précédente cité.
- N° : Numéro.
- P : Page.
- P P : de la Page jusqu'à la Page.

مقدمة

يعتبر المرفق العام من أهم أوجه تدخل الدولة في حياة الجماعة، من خلال تقديم خدمات للمواطنين بأشكال متعددة سواء تقديم خدمة أو إنتاج سلعة، وبما أن الدولة هي المكلفة بإنشاء المرافق العامة وتنظيمها، فهي الأقدر على تسييرها، غير أن زيادة حجم تدخل الدولة وزيادة المرافق العامة، جعلها مسيرة فاشلة خاصة وأن هدفها الوحيد كان البحث عن المردودية الاجتماعية، أي ضمان الخدمة العمومية التي يفشل الأفراد عن تقديمها، مما أثقل كاهل الخزينة العامة بحجم النفقات العامة المتزايدة بفعل تدخل الدولة في جميع الميادين، وبذلك اقتضت ضرورة توفير خدمات في المستوى المطلوب البحث عن وسائل أخرى في التسيير.

إذا كانت المرافق العامة قد انحصرت في السابق في يد الدولة وحدها، فإن ذلك راجع إلى قلة الحاجات العامة، أما اليوم ومع تزايد الحاجات العامة للمواطنين وعجز الدولة عن تلبيتها، أصبحت غير قادرة على مسايرة التطورات التي طرأت على المرافق العامة خاصة منها الصناعية والتجارية.

بالإضافة إلى أن إنشاء المرافق العامة الضخمة، وخاصة المتعلقة بالبنية الأساسية مثل الطرق والجسور وخطوط السكك الحديدية والموانئ البحرية والمطارات وما إلى ذلك، تحتاج إلى استثمارات ضخمة لتغطي تكاليف الإنشاء كما تتطلب فترات زمنية طويلة لإقرارها ودراسة جميع جوانبها وتنفيذها، هذا إلى جانب أن هذه المشروعات تحتاج في صيانتها إلى أموال ضخمة طوال عمرها، وذلك للحفاظ عليها بالمستوى اللائق لأداء الخدمة المطلوبة وبالجودة المنشودة.

لقد شكلت الأزمات الاقتصادية والحاجات الاجتماعية سببا لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي واحتكارها لمهمة النهوض بالمرافق العامة، إلا أن هذه الأزمات نفسها أدت إلى تخلي الدولة عن سياستها الاحتكارية، وتوجهها نحو الشراكة مع القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، وذلك عن طريق عقود تفويض المرفق العام.

ولقد بات واضحا في كل الدول وبعد انتهاء سياسات اقتصادية كثيرة ومتنوعة أن النهوض بالتنمية الشاملة في أي دولة، لا يمكن أن يضطلع به القطاع العام لوحده أيا كانت وسائله البشرية والمادية، بل ينبغي لضمان أطر ناجحة لإفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الاقتصاد الوطني، فمسألة تفويض المرافق العامة أصبحت ضرورة ملحة وذلك بتنازل الدولة عن تسيير بعض المرافق العامة لصالح أشخاص القانون الخاص.

والجزائر باعتبارها جزء من العالم لم تستثن من هذا التحول، إذ أن المشرع الجزائري قد انتقل نقلة نوعية، وعبر صراحة عن نيته في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، وذلك تماشيا مع التحولات الجديدة التي تبنتها الدولة وتغيير نظرتها الإيديولوجية بشأن تنظيمها الاقتصادي، بعدما كانت هذه الوظيفة حكرا على القطاع العام.

إن فكرة تفويض المرفق العام ليست بال حديثة في التشريع الجزائري، إنما تعود في الأصل إلى عقد امتياز المرافق العامة والذي استعمل منذ الاستقلال، ولا يزال النموذج الأكثر تعبيرا عن تقنية تفويض المرافق العامة في الجزائر.

كما أن الدارس لواقع تفويض المرافق العامة في الجزائر، يلاحظ وجود ترسانة ضخمة للنصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود خاصة بعد سنة 1994، لكن ميزة هذه الترسانة القانونية القطاعية أي لكل قطاع نص قانوني ينظمه، كعقد امتياز الكهرباء والغاز، المواصلات السلكية، الطيران، النقل البحري...إلخ.

فإزاء الانتقادات التي رافقت تجربة التنظيم القطاعي لهذه العقود، وبدافع توحيد النظام القانوني لهذا النوع من التسيير خلاف ما كان عليه سابقا في أحكام قطاعية ضمن نصوص متفرقة كل قطاع على حدا، من أجل ذلك عمل المشرع على وضع تأطير قانوني واضح لهذه التقنية من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>1</sup>، والذي تضمن تنظيم عقود تفويض المرفق العام أول مرة منذ الاستقلال، وأتبعه أكثر تفصيلا في المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>2</sup>. بهدف التطبيق الناجح والسليم لهذه التقنية على أرض الواقع، لما تحققه من جودة في أداء الخدمة العمومية وحل لمشكل التمويل.

**تبرز أهمية هذا الموضوع** كون أن عقود التفويض تعتبر البديل الأنسب للأسلوب التقليدي لتسيير المرفق العام القائم على التدخل الكامل للدولة، خاصة أن الدولة الجزائرية بحاجة إلى موارد مالية إضافية خارج قطاع المحروقات، الذي عرف في الآونة الأخيرة أزمة عالمية غير مسبوقه هوت بالأسعار ورفعت الأخطار وباتت تهدد استقرار الوضع الاقتصادي،

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر ع 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015 .

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر ع 48 الصادر في 5 أوت 2018.

وأنة آن الأوان لإنعاش تقنية تفويض المرفق العام كمفهوم جديد ومستقل راهنت عليه من أجل توسيع الاستثمار في مجال المرفق العام، بعد السكون الذي عرفته السنوات الأخيرة، رغم إقرارها والنص عليها في عدة قوانين باعتبارها محركا للتنمية الاقتصادية.

تسليط الضوء على النظام القانوني لهذا النوع من العقود ومدى نجاعتها في تحسين نوعية الخدمات المقدمة للمواطنين، وتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الدولة والمتمثل في إنجاز مرافق حديثة ومتطورة، وكذا دفع عجلة التنمية وخاصة المحلية.

كما تتمحور أهمية دراسة هذا الموضوع في تبيان مدى نجاعة أشخاص القانون الخاص في تسيير واستغلال المرفق العام في الجزائر، وتبيان أيضا تلك الإجراءات التي جاء بها المشرع لاختيار المفوض له، ومحاولة ضبط الإجراءات القانونية التي يجب على السلطة المفوضة إتباعها أثناء إبرام هذه الطائفة من العقود، حتى لا تخرج عن الإطار المرسوم لها.

والوقوف على الحلول القانونية للمشكلات الناشئة عن إنهاء عقد التفويض وتصفيته، لأن أغلب الدراسات التي تناولت عقد التفويض تنصب على دراسة آثاره دون أن تتناول المشكلات التي يخلفها إنهاؤه، خاصة إذا كانت نهايته مبسترة أي قبل انقضاء مدته.

تقييم أسلوب تفويض المرفق العام، وذلك باستخلاص المزايا والعيوب التي تشوب هذه الطريقة في إدارة المرفق العام.

أما عن أسباب اختيار الموضوع، فتعددت المبررات التي جعلتنا نختار هذا الموضوع منها الذاتية والمتعلقة أساسا بارتباطنا بالقانون الإداري وبالخصوص موضوع المرفق العمومي. ومنها المبررات الموضوعية و التي تتعلق بـ:

- محاولة التعرف على طرق جديدة لتسيير المرفق العام خاصة في الفترة الراهنة، وتأثير ذلك على تحسين الخدمات العمومية والبحث المستمر والدائم على نجاعة المرفق العمومي في ظل التحولات المتسارعة.

- أن عقد تفويض المرفق يجمع بين أمرين كونه عقد يتعلق بإدارة مرفق عام، وهذا ما يمنحه مكانة متميزة في العقود الإدارية هذا من جانب، ومن جانب ثان، فهو يعتبر من بين أهم أساليب الشراكة المستحدثة بين القطاعين العام والخاص التي أخذ بها المشرع الجزائري.

- أنه موضوع جديد وبالغ الأهمية وأنه يتسم بالحدثة وقلة الدراسات والبحوث حوله خاصة على المستوى الوطني، باعتبار أن المشرع الجزائري لأول مرة ينظم عقود تفويض المرفق العام

في قانون واحد وذلك من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام، وجعل من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام مجالاً لتطبيقه، ومحاولة تحليل أحكام المرسومين باعتبارهما محطتين أساسيتين وتوضيح الرؤية بالنسبة لبعض الإشكالات المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام.

نظراً لأهمية الموضوع، ومن خلال بحثي وإطلاعي فقد وقفت على العديد من الدراسات السابقة التي عالجتة ولكن لم تكن بصورة شاملة من حيث مختلف عناصره، ولعل أهمها:

1- دراسة الباحثة: **سوهيلة فوناس**، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2018، وقد تناولت الباحثة الإشكالية الآتية: هل سيساهم التفويض المستحدث في المنظومة القانونية الجزائرية كتقنية جديدة لإشراك القطاع الخاص سواء الأجنبي أو الوطني في تحسين وتطوير المرفق العام من جهة والخدمة العمومية من جهة أخرى؟ ومن أهم النتائج التي توصلت إليها هي: أنه يتم منح التفويض بأسلوبين: إما عن طريق التفويض الانفرادي "القانوني"، وإما عن طريق التفويض الاتفاقي، كما أعطت أمثلة و نماذج عن كل أسلوب.

2- دراسة الباحث: **حسام الدين بركيبة**، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان، (2019/2018)، وقد عالج الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن لأسلوب تفويض المرفق العام أن يؤدي دوراً في تحسين المرافق العامة ويصل بها للمردودية والنجاعة المرجوة، مقارنة مع طرق التسيير التقليدية؟ وقد اعتمد في دراسته على المنهج التحليلي الاستنتاجي للنصوص القانونية الجزائرية والفرنسية في دراسة مقارنة لكلا التشريعين.

وكأي بحث لا يخلو من الصعوبات، فقد واجهت بعض الصعوبات المتمثلة في:

- وجود نقص في المراجع المتخصصة المتعلقة بالموضوع، خاصة الكتب.
- تزامن فترة إعداد البحث مع التطورات التشريعية الحديثة التي صدرت بعد اختيار الموضوع وذلك ليكون منسجماً مع آخر المستجدات القانونية. (صدور المرسوم التنفيذي 199/18، والتعليم رقم 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 199/18).

من خلال ما تقدم نطرح الإشكالية الآتية:

**إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبط الأحكام المنظمة لعقد تفويض المرفق**

**العام؟ وهل هي كفيلة بترشيد النفقات العمومية وضمان جودة الخدمة العمومية؟**

وتتدرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما هي مبررات اللجوء إلى هذا الأسلوب في تسيير المرافق العمومية؟

- هل تعتبر عقود تفويض المرفق العام كرهان جديد وآلية ناجحة وفعالة في التسيير للنهوض بالمرافق العامة؟

- هل تمكن المشرع الجزائري من إرساء إطار إجرائي يضمن التنافسية والموضوعية عند إبرام اتفاقية تفويض المرافق العامة؟

- ما مدى فعالية الآليات الرقابية على تفويض المرفق العام.

ولمعالجة هذه الإشكالية من مختلف جوانبها، ومن أجل تحقيق الدراسة لأهدافها ارتكزنا على **منهجين** أساسيين هما: المنهج الوصفي من خلال تحديد بعض المفاهيم، والمنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15، والمرسوم التنفيذي 199/18، مع تبيان مختلف القوانين والأحكام التي لها صلة بالموضوع، من أجل إرساء هذه الدراسة في صورة علمية واضحة وإعطائها قدرا من الموضوعية.

أما بالنسبة **لتقسيم الدراسة** فقد تم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى بابين، نتناول في الباب الأول: تفويض المرفق العام كآلية مستحدثة لتسيير المرفق العام، من خلال فصلين يتناول الأول: الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام، أما الفصل الثاني يتناول: أسباب اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمه.

أما الباب الثاني تناولنا: الضوابط التي تحكم عقود تفويض المرفق العام من الإبرام إلى النهاية، وذلك من خلال فصلين يتناول الفصل الأول: إجراءات إبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، أما الفصل الثاني يتناول: الرقابة المكروسة على عقود تفويض المرفق العام ونهايته. وقد أنهينا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت جملة من الاستنتاجات وبعض الاقتراحات.

الباب الأول:

تفويض المرفق العام

كآلية مستحدثة

لتسيير المرفق العام

شهدت الآونة الأخيرة تراجعاً لفكرة الدولة المتدخلة ولجوء أغلب الدول إلى نظام اقتصاد السوق و بروز ظاهرة العولمة، وقد أدت هذه التطورات إلى ازدياد الاهتمام بالعقود الإدارية كوسيلة لإشباع الحاجات العامة للأفراد خصوصاً في نطاق المرافق العامة.

نتيجة للتغيرات التي شهدتها الجزائر منذ 1989، واستجابة للتحويلات الاقتصادية التي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي المعتمد على أساليب التسيير المباشر للمرافق العامة إلى النظام الليبرالي الذي يعتمد على مبدأ حرية المنافسة، قامت الدولة بإفصاح المجال للقطاع الخاص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة، وذلك بالبحث عن أسلوب فعال يغطي النقائص التي عرفها التسيير الكلاسيكي والاختلالات التي واجهته، وقد كان عقد الامتياز هو أكثر العقود استعمالاً في مجال تسيير المرفق العام عن طريق الخواص.

وقد انتقل المشرع الجزائري نقلة نوعية، إذ تم وضع نظام قانوني كامل وشامل عن طريق المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وعبر صراحة عن نيته في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، وقد كان ذلك تحت تعبير قديم التطبيق وحديث المظهر يتمثل في تفويض المرافق العامة.

وتبني هذا الأسلوب في هذا الوقت بالتحديد راجع إلى الأوضاع الاقتصادية الراهنة التي تميزت بتراجع أسعار البترول في السوق الدولية، الأمر الذي أثر على المداخيل المالية للدولة، وانعكس سلباً على مختلف جوانبها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، لذلك فإن الاهتمام بعقود تفويض المرافق العامة لارتباطها بتمويل الخزينة العامة أصبح من المسائل الاستراتيجية. كما دفعت ضرورة العمل على تحسين وتطوير الخدمة العمومية بالسلطات العمومية إلى التفكير في خوض تجربة الشراكة مع القطاع الخاص، لعل ذلك سيساهم في إعادة الاعتبار للمرفق العام وتحسين علاقته بالمرتفقين.

وسنتطرق من خلال هذا الباب إلى: الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام (الفصل الأول)، ثم نبحث في أسباب اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمه (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام

بما أن قواعد البحث العلمي تقتضي أن أي دراسة أو بحث يجب أن ينطلق من تأصيل المرجعية النظرية له، إذ يعتبر هذا الأمر بمثابة نقطة البداية المنهجية والمنطقية، كما أن مسألة تحديد مفهوم تفويض المرفق العام، هي من الأمور الهامة والضرورية، باعتبار أن تكوين أي نظام قانوني إنما يستند في وجوده إلى مفهوم واضح يحدد العناصر التي يقوم عليها من جهة ويميزه عن المفاهيم المشابهة له من جهة أخرى، خاصة وأنه في حقل إدارة وتسيير المرفق العام طرق عديدة ومتنوعة للتسيير.

كما أن صور تفويض المرفق العام تتعدد حسب نوع وطبيعة المرفق موضوع العقد، وتتحدد هذه الصور حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له، ومستوى رقابة السلطة المفوضة، ومدى تعقيد المرفق العام.

يستدعي إجراء تفويض المرفق العام وجود المرفق العام باعتباره عنصرا جوهريا في عملية التفويض، كما يجب أن يكون هذا المرفق قابلا للتفويض.

كما يستدعي تفويض المرفق العام باعتباره عقدا وجود أطراف متعاقدة، وهي السلطة المفوضة، مانحة تفويض المرفق العام، والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام، والذي قد يكون شخص من القانون العام أو الخاص، بالإضافة إلى ذلك نجد المستفيدين من المرفق العام.

لغرض الوقوف على ماهية عقود تفويض المرفق العام سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، إذ نبحث في المبحث الأول الإطار النظري لعقود تفويض المرفق العام، ونبين في المبحث الثاني أنواع عقود تفويض المرفق العام وتمييزها عما يشابهها، أما المبحث الثالث فنناقش فيه نطاق وأطراف اتفاقية تفويض المرفق العام.

## المبحث الأول: الإطار النظري لعقود تفويض المرفق العام

الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تلبية الحاجات العامة للمواطنين سواء تقديم خدمة أو إنتاج سلعة، غير أن هذا لا يأتي إلا بإتباع طرق وأساليب أنجع لإدارته وتسييره، فالإدارة العامة عندما تحتاج إلى أسلوب معين لتسيير المرفق العمومي، تراعي الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولمواكبة التطورات التي طرأت على المرافق العامة انتهجت الدولة عدة أساليب لإدارة مرافقها مغايرة للطرق التقليدية التي عرفت سابقا، ويعتبر عقد التفويض من الطرق الحديثة لتسيير المرافق العامة.

بالرغم من أن فكرة تفويض المرفق العام ليست بحديثة العهد، إلا أن الفقه والاجتهاد مازالا في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها. وبغرض الإحاطة بمفهوم تفويض المرفق العام، سيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى مفهوم عقود تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، كما سيتم تناول شروط قيام تفويض المرفق العام (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: مفهوم عقود تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام تشكل طائفة من العقود الإدارية التي من خلالها يُسند إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص عبء إنشاء واستغلال المرفق العام، ويعتبر مصطلح تفويض المرفق العام مصطلحا جديدا في تداوله في النظام القانوني، قديما في تطبيقاته. من أجل الإحاطة بمفهوم عقود تفويض المرفق العام يتطلب منا البحث في نشأة ظهور فكرة تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، ثم دراسة تعريف عقود تفويض المرفق العام (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: نشأة و ظهور فكرة تفويض المرفق العام

إن تقنية تفويض المرفق العام، كأسلوب لإشراك الخواص في إدارة المرافق مر بمراحل عديدة وعرف تطورا ملحوظا، حيث تم اعتماد هذه التقنية في فرنسا، لتأخذ به الجزائر على مراحل متفرقة في نصوص متناثرة بنسب مختلفة، لتستقر في الأخير على التسمية الواضحة لتفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سعاد رابح، "تقنية تفويض المرافق العامة في التجربة القانونية الجزائرية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، ع 01، جانفي 2018، ص 76.

إن فكرة تفويض المرفق العام، ليست بالحديثة في التشريع الجزائري، وإنما تعود في الأصل إلى عقد امتياز المرافق العامة والذي استعمل منذ الاستقلال، فإزاء الانتقادات التي رافقت تجربة التنظيم القطاعي في تسيير المرافق العامة من خلال عقود الامتياز، أدت إلى التفكير في وضع إطار قانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر على غرار الدول الأخرى كفرنسا وتونس والمغرب<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد تدخل المشرع الجزائري وقام بإصدار المرسوم التنفيذي 247/15 والذي تضمن تنظيم عقود تفويض المرفق العام لأول مرة منذ الاستقلال.

### أولاً: تطور تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا والمغرب وتونس

**في فرنسا** ظهر مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة من خلال التطبيق العملي للإدارة عندما ورد في المنشور الوزاري المؤرخ في 7 أوت 1987 الخاص بتفويض إدارة المرافق المحلية. إذ قرر هذا المنشور مجموعة من الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام من حيث شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فإن اصطلاح "تفويض المرفق العام" استخدم لأول مرة في المادة 52 من القانون 92 / 125 الصادر بتاريخ 6 فيفري 1992 المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية، إذ نصت هذه المادة على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام المتمثلة في الإعلان المسبق عن نية التعاقد تطبيقاً للتوجيهات الأوربية، والقيام بالاستشارات السابقة على إبرام عقود تفويض المرفق العام. وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون لا يطبق إلا على العقود التي تبرمها الوحدات المحلية فقط، لذا فإن القانون رقم (93 / 122) الصادر بتاريخ فيفري 1993، المسمى بقانون سابان "Loi Sapin"، المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية<sup>3</sup>، قطع شوطاً كبيراً في تطور فكرة تفويض المرفق العام، إذ وسع نطاق تطبيقها إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة، ووضع نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق، إذ يعد قانون سابان "Loi Sapin" الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام من خلال تضمينه

<sup>1</sup> - سهام سليمان، "تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة الدكتور يحي فارس المدينة، ع 3، رقم 2، بتاريخ: 2017/06/29، ص 2.

<sup>2</sup> - René Chapus, **Droit Administratif Général**, paris, Edition Montchrestion, 2001, p 628

<sup>3</sup> -Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993. modifiée et complétée.

القواعد التي تنظم آلية تنفيذ المرفق العام، إذ تضمنت المادة 38<sup>1</sup> منه والمواد اللاحقة القواعد والأصول اللازمة لإبرام عقود التفويض، وتدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها، وفرض قيود في مضمون عقود التفويض<sup>2</sup>.

وبعد صدور قانون سابان "Loi Sapin" أصبح تداول مصطلح "تفويض المرفق العام" مألوفاً في التشريع الفرنسي، إذ صدرت العديد من القوانين التي تتولى تنظيم النواحي المختلفة لهذا النوع من العقود، ومن هذه القوانين القانون الصادر في 9 فيفري 1994 بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء، والقانون الصادر في 2 ماي 1995 بشأن حماية البيئة، والقانون الصادر في 8 فيفري 1995 بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام. وأخيراً صدر القانون رقم (1168 / 2001) والمعروف بقانون مارسيف "Murcef" المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية، إذ شمل هذا القانون بالتنظيم للصفقات العامة والتفويض في إدارة واستغلال المرفق العام، ولهذا القانون أهمية خاصة لأنه وضع لأول مرة تعريفاً موحداً لصور تفويض المرفق العام كافة<sup>3</sup>، على النحو الآتي: «عقد بموجبه يعهد شخص معنوي من القانون العام بتسيير مرفق عمومي يكون مسؤولاً عنه لمفوض إليه من القانون العام أو الخاص، ويكون المقابل المالي فيه مرتبطاً بصفة جوهرية بنتائج الاستغلال، كما يمكن أن يلتزم المفوض إليه ببناء المنشآت أو توفير اللوازم الضرورية للمرفق» لقد شكل القانون الأوربي بالنسبة للمشرع الفرنسي التزاماً دفعه إلى تحديث نظامه القانوني المتعلق بعقود امتياز الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام، وذلك بإصدار نص قانون يهدف لتنفيذ أحكام القانون رقم 2014/23/EU الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بمنح عقود الامتياز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- نصت المادة 38 منه على: "إن تفويض المرفق العام عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) وسواء كان عاماً أو خاصاً تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب الأموال اللازمة للمرفق."

La délégation de service public est: "un contrat par lequel une personne moral de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service".

- Loi n°93-122, du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n°01-1168, du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes réformes caractère économique et financier, JORF n° 25, du 30 janvier 1993.

<sup>2</sup>- Jean Claude Doueence, **Les Contrats de Délégation Service**, R.F.A, 1993, p 939

<sup>3</sup>- وليد حيدر جابر، **التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 46.

<sup>4</sup>- DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le28.3.2014.

وقد تم إصدار الأمر 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز<sup>1</sup>، والذي يوحد النظام القانوني لإبرام عقد الامتياز في فرنسا ويلغي قانون Sapin المنظم لعقود تفويض المرفق العام<sup>2</sup>. في حقيقة الأمر لقد شكل قانون الامتياز الجديد إشكالية بالنسبة لمفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا والمتمثلة في مدى الانسجام القانوني لمفهوم هذا الامتياز مع تقنية التفويض؟ بمعنى هل أن القانون الجديد يلغي مكتسبات تقنية التفويض والتي عرفت تطبيقا لمدة تفوق 20 سنة، أم أن المشرع الفرنسي يهدف إلى الموازنة بين مفهوم الامتياز الأوروبي من جهة، وتعزيز مكتسبات تقنية التفويض من جهة أخرى؟

لكن عقد الإمتياز في صورته الجديدة، إنما يعزز ويثمن المكتسبات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام، وهو يعتبر تحديث لمفهوم تفويض المرفق العام وامتياز الأشغال العمومية، وفق نظام قانوني موحد يهدف لتطبيق قواعد القانون الأوربي<sup>3</sup>.

وقد مر تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة المرافق العامة الاقتصادية بفترات ازدهار وانكماش تبعا للظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تعرضت لها الدولة، إلا أنها ازدهرت بشكل ملحوظ في منتصف العقد الثامن من القرن الماضي، ويرجع ذلك إلى الاعتبارات الآتية<sup>4</sup>:  
1- عودة أفكار التحرر الاقتصادي التي تعتبر أن إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة أكثر فعالية وإنتاجية، وقد وضعت نظرية الإدارة الخاصة للمرافق العامة نتيجة التأثير بهذه الأفكار.

2- إعطاء الأشخاص القانونية المحلية في فرنسا الحرية التعاقدية وفقا للقانون الصادر في سنة 1992، والذي ألغى خضوع عقود الامتيازات لرقابة سلطة الوصاية ولدفاتر الشروط النموذجية، وحصر الرقابة برقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري.

3- فرض قيود وضوابط على الصفقات العامة لم تفرض على عقود تفويض المرفق العام، هذا ما شجع أشخاص القانون الخاص اللجوء إلى تقنية التفويض لتجنب هذه القيود والضوابط.

<sup>1</sup> -Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016.

<sup>2</sup> - حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2018-2019، ص 137.

<sup>3</sup> - لأكثر تفاصيل أنظر: حسام الدين بركيبة، المرجع نفسه، ص ص 134 - 145.

<sup>4</sup> - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 2015، ص 435.

4- تطور التقنيات المعتمدة في إدارة الأنشطة الاقتصادية، أدى إلى تأسيس شركات كبيرة سيطرت على السوق، وفرضت نفسها في مجال إدارة المرافق العامة الوطنية بسبب خبرتها وإتقانها لممارسة النشاط الاقتصادي<sup>1</sup>.

ولم تنحصر ظاهرة التأطير التشريعي للصور المختلفة للعقود التي تتضمن تفويض المرفق العام في فرنسا وإنما أخذت بها عديد من الدول.

**ففي المغرب**، عرف مصطلح "تفويض المرفق العام" لدى المشرع المغربي ابتداء من سنة 2002 وتحت تسمية "التدبير المفوض"، في قانون الميثاق الجماعي الجديد الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002، إذ نصت المادة 39 منه على أن المجلس الجماعي، "يقرر في طرق تدبير المرافق العمومية الجماعية عن طريق الوكالة المباشرة والوكالة المستقلة والامتياز وكل طريقة أخرى من طرق التدبير المفوض للمرافق العمومية طبقا للقوانين والأنظمة المعمول بها. وقد تأكد مصطلح "تدبير المرفق العام" بصور القانون رقم 05/45 بتاريخ 14 فيفري 2006 المسمى بقانون "التدبير المفوض للمرافق العامة"، إذ أشار القانون في مادته الأولى إلى مصطلح التفويض كطريقة شاملة لصور تدبير المرفق العام كافة<sup>2</sup>. وقد عرفه في المادة الثانية: «يعتبر التدبير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض"، لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه"، يخول له حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا».

**وفي تونس**، فإن المشرع ورغبة منه في توحيد القواعد المطبقة على الصور المختلفة لعقود تفويض المرفق العام، إتجه إلى سن قانون خاص ينظم صور التفويض للمرفق العام كافة تحت تسمية عقود اللزمات وهو القانون رقم 23 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 1 أبريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات، إذ أشارت المادة 2 من هذا القانون وفي معرض تعريف عقود اللزمات إلى مصطلح "التفويض للمرفق العام" كفكرة جامعة لأساليب تفويض المرفق العام كافة.

<sup>1</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 436.

<sup>2</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2014/2015، ص 78.

**أما في مصر،** فإنه بالرغم من أن المشرع عرف التنظيم التشريعي منذ وقت مبكر لواحد من أهم عقود تفويض المرفق العام، وهو عقد التزام المرفق العام من خلال القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة، إلا أنه لم يشاطر نظيره الفرنسي في تطوير القانون المذكور وتوسيع نطاق تطبيقه ليشمل صور تفويض المرفق العام جميعها، وإنما لجأ في أول الأمر إلى إيجاد استثناءات من القانون رقم 129 لسنة 1947، ثم انتهى في نهاية المطاف إلى إصدار القانون رقم 67 لسنة 2001 المسمى بـ "قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة" بديلاً للقانون رقم 129 لسنة 1947، ومن ثم فإن المشرع المصري لم يألف مصطلح تفويض المرفق على وفق الاتجاه الذي أخذ به المشرع في فرنسا والمغرب وتونس.

وهذا الموقف نفسه ينطبق على الوضع في لبنان و العراق والأردن، إذ لم يظهر مصطلح التفويض للمرافق العامة في تشريعات هذه الدول، وإنما اكتفى المشرع بالإشارة إلى بعض تطبيقات المرفق العام ضمن القوانين المنظمة لعملية الخصخصة<sup>1</sup>.

### ثانياً: تطور تفويض المرفق العام في الجزائر

مرت الدولة الجزائرية بعدة مراحل لتكريس أسلوب تفويض المرافق العامة، ومرت فكرة تبني نظام تفويض المرفق العام بمرحلتين أساسيتين هما:

#### 1- مرحلة التردد في تبني أسلوب تفويض المرفق العام

استعملت الجزائر عقود الامتياز باعتبارها أشهر عقود التفويض، واستعملته مباشرة بعد الاستقلال رغم انتهاجها النظام الاشتراكي، إلا أن تطبيقه كان بصفة محتشمة و بنسب متفاوتة، حيث أشار إليه المشرع الجزائري لأول مرة في القانون رقم 166/64 المتعلق بالمصالح الجوية<sup>2</sup>، والذي نصت المادة 8 منه الفقرة 2 على: «...ولا تمنح الرخصة إلا لمدة لا تتجاوز عاماً، قابلة للتجديد إلا في حالة وجود امتياز لمدة محددة بعقد...».

بالرجوع للواقع العملي، فإن إمتياز النقل الجوي العمومي بقي حبراً على ورق وتقهقر هذا الأسلوب وتخلت عنه الدولة رغم تكريسه صراحة في قانون البلدية لسنة 1967 وقانون الولاية لسنة 1969، وعاد المشرع الجزائري ليكرس نظام الامتياز من خلال القانون 17/83 المتعلق

<sup>1</sup>- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، نفس المرجع، ص 79.

<sup>2</sup>- القانون رقم 166/64 المؤرخ في 8 جوان 1964، المتعلق بالمصالح الجوية، ج.ر. ع 6 الصادرة في 16 جوان 1964.

بالمياه، الذي عرف الامتياز لأول مرة بصورة واضحة، وبين كيفية تسيير الملكية الوطنية للمياه من طرف الهيئات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية.

ويفسر موقف المشرع الجزائري في هذه المرحلة للتوجه الاقتصادي الذي كانت تنتهجه الدولة، وهو إتباع النهج الاشتراكي، القائم على التحكم شبه التام للدولة بواسطة هيئاتها في تسيير كل النواحي الاجتماعية والاقتصادية<sup>1</sup>.

ونتيجة للتغيرات التي عرفتتها الدولة الجزائرية منذ 1989 واستجابة للتحويلات الاقتصادية التي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي الذي يعتمد على الأساليب التقليدية في التسيير إلى النظام الرأسمالي الذي سمح للخواص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة، وكانت البداية مع الأمر رقم 13/96 المعدل لقانون المياه لسنة 1983، ثم تتالت النصوص القانونية التي كرست هذا التوجه الجديد للدولة الجزائرية، إلا أن مصطلح التفويض لم يستعمل في المنظومة القانونية إلا سنة 2005 في قانون المياه 12/05، حيث اعتمد المشرع الجزائري على تقنية التفويض في تسيير الخدمة العمومية للمياه<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لكل من قانون البلدية والولاية القديمين فلم ينصا على أسلوب تفويض المرافق العمومية، ويفسر هذا الموقف للمشرع الجزائري بفترة التوجه الاقتصادي الذي كان سائدا في مرحلة صدور هاذين القانونين والذي كان يتسم بالمواصلة غير المعلنة في إتباع النهج الاشتراكي، من خلال التحكم شبه التام للدولة بواسطة هيئاتها في تسيير كل النواحي الاجتماعية والاقتصادية، ومن ثمة بالنسبة للمرافق العمومية الاكتفاء بالمفاهيم التقليدية، وهذا بالرغم من بداية التوجه نحو استقبال قواعد اقتصاد السوق في نفس الفترة<sup>3</sup>.

ورغم فتح المجال للقطاع الخاص، إلا أن الواقع أثبت أن هذا القطاع بقي حكرا على القطاع العام.

<sup>1</sup> - ياسين حجاب، مبروكة محرز، "الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري"، مجلة الأستاذ

الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، ع 02، جوان 2016، ص ص 134-135.

<sup>2</sup> - سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث

القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 10، ع. 2، 2014، (ص ص 242-269)، ص 243.

<sup>3</sup> - الكاهنة إرزيل، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد

الصادق بن يحي جيجل، ع. 03، جوان 2017، ص 12.

أستعمل مصطلح التفويض بداية في القانون 12/05 المتعلق بالمياه، الذي نص في المادة 101 منه على أن التفويض إجراء يأتي في مرحلة ثانية بعد منح الامتياز لأشخاص من القانون العام، والتي يمكنها أن تفوض الخدمة الموكلة إليها لأشخاص من القانون العام أو الخاص. أما النص الثاني فيتمثل في القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، والذي نلاحظ جليا من خلال مواده 155 و 166 خلطا كبيرا في المصطلحات، إذ فرق بين الامتياز وتفويض المرفق العام، وجعل كل من الصفقة العمومية وعقد البرنامج آليتين لتفويض المرفق العام، الأمر الذي يبعث التساؤل عن المغزى المرجو من ذلك أم أن الأمر لا يعدو كونه خطأ غير مقصود من طرف المشرع<sup>1</sup>.

في خضم المعطيات المذكورة أعلاه، يتبين التردد الذي اكتنف موقف المشرع الجزائري في النص على استعمال تفويض المرفق العام في تسيير المرافق العمومية في الجزائر، بين عدم الأخذ به في النصوص المنظمة لتلك المرافق، لاسيما على المستوى المحلي، والأخذ أو النص على استخدامه عندما يتعلق الأمر بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الخاصة بالمرافق العمومية الوطنية<sup>2</sup>.

## 2- مرحلة التكريس الصريح لأسلوب تفويض المرفق العام

اتسم موقف المشرع الجزائري بالتردد في النص على استعمال تفويض المرفق العام في تسيير المرافق العمومية، ويتضح ذلك من خلال عدم الأخذ به في النصوص المنظمة لتلك المرافق، لاسيما على المستوى المحلي من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ أو النص على استخدامه عندما يتعلق الأمر بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الخاصة بالمرافق العمومية الوطنية<sup>3</sup>.

لم تضع الدولة الجزائرية نظاما قانونيا خاصا بتقنية التفويض إلا سنة 2015 بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لكن أشار إليها، خاصة عقد الامتياز، في نصوص قانونية متناثرة، في حين استعمل مصطلح التفويض في مجال تسيير المرفق العام لأول مرة في قانون المياه لسنة 2005 حيث نص في

<sup>1</sup> - سامية حساين، أمينة لميز، "قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي

199/18"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، ع 2، ص 49.

<sup>2</sup> - الكاهنة إرزيل، المرجع سابق، ص 13.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 13.

المادة 101 الفقرة الثانية على: «... يمكن الدولة منح إمتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم، كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب إتفاقية.»

يميز هذا النص صراحة بين أسلوب امتياز المرفق العام وتفويض المرفق العام، الأول يغطي العلاقة بين الدولة صاحبة الملك العام للري والشخص المعنوي العام المستفيد من الامتياز، أما تفويض المرفق العام فيتمثل في إتفاقية بين الدولة الممثلة في الادارة المكلفة بالموارد المائية والمستفيد الذي من الممكن أن يكون متعاملا عاما أو خاصا. أو بين صاحب الامتياز (المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري) والمفوض له<sup>1</sup>. نستنتج أن المشرع الجزائري في قانون المياه اعتبر تقنية التفويض كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل الإمتياز وإنما يختلف عنه<sup>2</sup>.

تقنية التفويض في تسيير المرافق العمومية ليست بالتقنية الحديثة على صعيد التشريع الوطني، بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية التي توطر القطاع العام الإداري والاقتصادي على السواء، إلا أن عودة الاهتمام بتفويض المرافق العامة بموجب أحكام المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، تراكمت مع تطورات تحت تأثير ضغوط العديد من الأسباب الداخلية والخارجية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر حاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص، خاصة إثر أزمة أسعار النفط التي أدت إلى تراجع مواردها المالية، والبحث عن بدائل إضافية لتمويل استثماراتها وبنيتها التحتية، مشاطرا بذلك تجارب دول أوربية<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف عقد تفويض المرفق العام

مما لا شك فيه أن تحديد تعريف جامع مانع لتفويض المرفق العام يعتبر أمرا بالغ الصعوبة، حيث لم يستقر الفقه القانوني والاجتهاد القضائي بعد، على تعريف دقيق وموحد لمفهوم تفويض المرفق العام، مما خلق صعوبة في إيجاد تعريف جامع مانع لتفويض المرفق

<sup>1</sup> - Rachid Zouaimia, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Maison d'édition BELKEISE, Alger, 2012, p.66-67.

<sup>2</sup> - Ibid, p 66.

<sup>3</sup> - صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، *مجلة القانون والمجتمع*، جامعة وهران 2، رقم 6، 2017، ص158.

العام وهذا راجع للتطور الحاصل في المرفق العام، وكذا لامتلاكه صورا عديدة، وتبعاً لذلك، وللوصول إلى تعريف هذا العقد يستلزم الأمر الرجوع إلى مختلف القوانين المنظمة له (أولاً)، ثم استطلاع مختلف تعاريف الفقه الفرنسي والجزائري (ثانياً).

### أولاً: التعريف القانوني لعقود تفويض المرفق العام

إن تبني التفويض في الجزائر ليس وليد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>1</sup>، بل سبقته نصوص قطاعية في أهم نوع من عقود التفويض ألا وهو عقد الامتياز. حيث غاب لفترة طويلة القانون الإطار وتوحيد المصطلحات إلى أن جاء المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي يعتبر أول نص عام في الجزائر ينظم عقود تفويض تسيير المرفق العام بعد المعالجة القطاعية و المتذبذبة له.

ولقد تعزز هذا القانون أخيراً وبعد طول انتظار بالنص التنظيمي المطبق لأحكام المواد من 207 إلى 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 ألا وهو المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>2</sup>.

\* التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 207: «يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

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

1- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر. ع 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015 .

2- المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر. ع 48 الصادرة في 5 أوت 2018.

من خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يمكن القول بأن<sup>1</sup>:

- تفويض المرفق العام في الجزائر أمر جوازي لابتداء المشرع بكلمة "يمكن"، أي أن اللجوء لتسيير المفوض للمرفق العام من عدمه متروك للسلطة التي يتبعها المرفق.

- إن تفويض المرفق العام هو إجراء مؤقت ينصب على تفويض التسيير دون أن يتم التنازل عن المرفق كلية، أي عند نهاية عقد التفويض تصبح كل ممتلكات واستثمارات المرفق العام ملكا للشخص المعنوي العام المعني، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 208 من المرسوم الرئاسي 247/15.

- إن طرفي اتفاقية التفويض هما من جهة شخص معنوي خاضع للقانون العام تقع على عاتقه مسؤولية تسيير مرفق عام (قد تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية) ممثل في السلطة المفوضة التي تتصرف لحسابه، من جهة ومن جهة أخرى مفوض له لم يقيد به المشرع بشكل خاص، فقد يكون أحد الأفراد أو الشركات الخاصة أو حتى شركة القطاع العام.

- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له يكون مرتبطا بعوائد استغلال المرفق، ويكون في شكل أتاوى من المنتفعين بخدمة المرفق مثلما هو الحال في عقدي الوكالة المحفزة والتسيير، ولكن تكون لقيمتها علاقة باستغلال المرفق تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال.

\* التعريف الوارد في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام في المادة 2: «يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام.»

\* التعريف الوارد في التعلية رقم: 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام: «يعد تفويض المرفق العام وسيلة تمكن مسيري الجماعات الإقليمية من تسيير المرافق التي تقع على عاتقهم بشكل فعال ومرن، بغية ضمان خدمات ذات نوعية لمستعملي المرفق العام.»

<sup>1</sup> - إيمان دميري، مراد بن قيطة، "إيجار المرفق العام في الجزائر على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15: المفهوم، الخصائص والفروق مع أشكال التفويض الأخرى"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، مركز جيل البحث العلمي، ع 16، جويلية 2017، ص ص 56-57.

يستخلص من هذه المواد أن المشرع الجزائري كرس فعليا 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.

نلاحظ في هذا الصدد إدراج تفويضات المرفق العام في نص واحد، ضمن المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية من خلال تخصيصها بباب ثان يتضمن أربع مواد فقط، المواد من 207 إلى 210 من هذا النص. ولعل السبب في ذلك هو الحاجة الماسة له بعد ما آلت إليه المرافق العامة (كثرة المرافق العامة غير المستغلة). فلجوء الجزائر إلى هذه التقنية كان نتيجة للعيوب المسجلة في ظل التسيير العمومي للمرفق العام، وأن فشل الجماعات العمومية على تسيير المرفق العام وعدم تمكينها من تحقيق الحاجيات المتزايدة للمواطنين، ويأخذ انتقال الخدمة العمومية في هذا الإطار إما تفويض اتفاقي أو تفويض انفرادي. بالإضافة إلى العبء المالي لتسيير المرافق العامة في ظرف مالي واقتصادي غير مريح للدولة. بالإضافة إلى هذا فإن تفويض المرافق العامة أصبح ينظر إليه من زاوية المردودية وإمكانية مساهمته في دعم التنمية المحلية<sup>1</sup>.

أما عن الإطار التشريعي لعقود تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي، باعتبار أنها التطبيق الأول لمشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة قد ارتبطت نشأة وتطورا بالتاريخ الفرنسي الحديث، إلا أن هذه العقود لم تعرف لها تنظيما تشريعا سوى من وقت قريب جداً. ولعل السبب في هذا التأخر يرجع إلى وجهة النظر التي كان يتبناها مجلس الدولة الفرنسي والقائمة على أن تفويض المرفق العام بصورة المختلفة يجب أن تتكيف قواعده التنظيمية مع تطور حاجات الجهات المنظمة، وكذلك مع متطلبات الاستغلال إذ يتطلب عدم وجود إطار تشريعي من شأنه إعاقه مرونة هذا المفهوم الذي يستند أصلا على أساس تعاقدية<sup>2</sup>.

يتحدد التنظيم التشريعي لعقود تفويض المرافق العامة في فرنسا في الوقت الحاضر وفق عدد من التشريعات التي صدرت ابتداء من سنة 1992 والتي يمكن ترتيبها كالاتي<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> - سامية حساين، أمينة لميز، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> - Christian Bettunger, La Gestion Deleguee des Services Publics dans monde , concession ou BOT, Berger Levraut, Paris, 1997, p 43.

<sup>3</sup> - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 48-49.

- القانون رقم 92 / 125 المؤرخ في 6 فيفري 1992، و الخاص بالإدارة المحلية للجمهورية الفرنسية و المسمى بقانون "Loi Joxe"، إذ استخدم لأول مرة تعبير التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة.

- القانون رقم 93 / 122 المؤرخ في 29 فيفري 1993، والمسمى بقانون سابان "Loi Sapin"، والمتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية<sup>1</sup>، ويشكل هذا القانون مع التعديلات التي خضع لها الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام.

- القانون 8 فيفري 1995 بشأن العقود العامة وتفويض المرفق العام.

- القانون رقم 2001 / 1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المسمى بقانون مارسيف "Murcef".

ويشير الفقه الفرنسي على هذه القوانين أنه لا يوجد من بينها قانون واحد يعالج عقود تفويض المرفق العام فقط، ومن ثم اقتصر التدخل التشريعي على مجموعة متفرقة من القواعد تنظم بعض جوانب عقود التفويض، لأن المشرع كان يهدف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والتي يشكل تفويض المرفق العام عنصرا أساسيا فيها<sup>2</sup>. فلم يقصد المشرع منذ البداية إعادة بناء قانون العقود الإدارية وفقا لتحليل فقهي للأفكار الخاصة بالموضوع.

ومع واقعية هذه الملاحظة، فإنه لا يجوز التقليل من أهمية تدخل المشرع في مجال عقود تفويض المرفق العام، فالقانون يضع عددا من القواعد تخضع لها عقود تفويض المرفق العام كافة، وأنه وضع لأول مرة تسمية لهذه العقود، ومن ثم أدى تدخله إلى تكريس ظهور نوعية من العقود الإدارية، التي ظلت حتى هذا الوقت كامنة<sup>3</sup>.

عرفت المادة 38 من قانون "سابان"، المعدلة بموجب المادة 03 من قانون "مارساف" تفويض المرفق العام كما يلي: "تفويض المرفق العام هو عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير سواء كان عاما أو خاصا، تسيير مرفق عام هو مسؤول عنه، حيث يكون المقابل

<sup>1</sup>- Loi N°93-122, du 09 Janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la Loi N°2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, J.O.R.F, N° 25 du 30 janvier 1993. In <https://www.legifrance.gouv.fr>, consulté le : 11 avril 2019.

<sup>2</sup>- G. Marcou, La Notion de Délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA, 1994, p693.

<sup>3</sup>- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص50.

متصل بصفة أساسية بنتائج استغلال المرفق العام، المفوض له يمكن أن يكلف بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق<sup>1</sup>.

- القانون رقم 2016/65 عرف عقد الامتياز في المادة 05 والتي تنص على: «عقود الامتياز هي عقود مكتوبة، تبرم من طرف سلطة واحدة أو مجموعة من السلطات المرخص لهم وفق هذا الأمر. من أجل تنفيذ أشغال أو تسيير مرفق عام، مع متعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين وذلك بنقل مخاطر تشغيل المنشآت أو تسيير مرفق عام. وفي المقابل يحق له استغلال المنشآت أو المرفق العام موضوع العقد، أو يحق له استغلالهما معا مقابل ثمن.»<sup>2</sup>

### ثانيا: التعريف الفقهي لعقود تفويض المرفق العام

تجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك تعريف فقهي محدد بقدر ما هناك محاولات فقهية لتعريف تفويض المرافق العامة، ويبدو أن حداثة هذا المفهوم جعلته مشوبا بالغموض، فليس له تعريف واضح، وسنستعرض بعض التعريفات الفقهية:

تعريف الاستاذ عبد الله حداد "التدبير المفوض طريقة جديدة من بين الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة تتشابه مع عقد الامتياز وتختلف عنه لأن المدة الزمنية لعقد الامتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة، كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم"<sup>3</sup>.

وقد عرفه الاستاذ أحمد بوعشيق "التسيير المفوض أو المنتدب هو أسلوب قانوني تعاقدى بين طرفين أو عدة أطراف، يهدف إلى خوصصة أسلوب تدبير المرفق العام الصناعي والتجاري من قبل شركة خاصة لمدة محدودة من أجل توسيع وتحسين الخدمات المقدمة للمستفيدين، وذلك تحت مراقبة السلطات المانحة للتدبير بهدف تجنب أي خلل من شأنه أن يؤثر سلبا على المردودية. ويلتزم الطرفان، كل فيما يعنيه، بتنفيذ اتفاقية التدبير المفوض ضمن

<sup>1</sup> - « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la énumération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Voir la loi N°93-122, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Op. Cit.

<sup>2</sup> - Ordonnance n° 2016-65. Article 05 : " Définition des contrats de concession comme « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix».

<sup>3</sup> - عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، 2001، ص 152 وما بعدها.

احترام التوازن الاقتصادي والمالي لاستغلال المرافق المفوضة، وكذا ضمن احترام المبادئ الأساسية للاستمرارية وقابلية التكيف بالنسبة للمرافق المفوضة، وكذا المساواة في معاملة المرتفقين<sup>1</sup>.

وعرفه الدكتور **وليد حيدر جابر** "كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها ومسئولياتها، لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء لمنشآت عامة ولمدة محددة وتحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية للاستثمار، وللقواعد التي ترعى التفويض"<sup>2</sup>.

كما عرفه الدكتور **مروان محي الدين القطب** بأنه "يعني تفويض المرفق العام، أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستغلال مرفق عام، إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص"<sup>3</sup>.

أما الأستاذ **زوايمية رشيد فيري** بأن أسلوب التفويض له مدلولين:

- 1- المدلول الأول: وفقا لهذا المدلول فإن 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، يتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكرًا على الهيئات العمومية.
- لقد عرف الأستاذ **زوايمية رشيد** تقنية تفويض المرفق العام انطلاقًا من التجربة والتحولت التي شهدتها الدولة الجزائرية، وحسبه فإن هذه التقنية، 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 حدا لاحتكار القطاع العام لمهمة تسيير المرفق العام من جهة وفتح المجال للقطاع الخاص لتولي هذه المهمة من جهة أخرى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بوعشيق، الأساليب الحديثة لتدبير المرافق العامة المحلية بالمغرب، بحوث وأوراق عمل المؤتمر العربي الثاني في الإدارة القيادة الإبداعية في مواجهة التحديات المعاصرة للإدارة العربية 6-8 نوفمبر 2001، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع سابق، ص 65.

<sup>3</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع سابق، ص 435.

<sup>4</sup> - Rachid Zouaimia, OP. cite .p.p 6-7.

وتعرف الأستاذة ضريفي نادية عقد تفويض المرفق العام كما يلي: "تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يحمله من أرباح وخسائر، يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصل المفوض له على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة، أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون هذا المقابل المالي مرتبطا باستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة، قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية، ويتم اختيار المفوض وفق إجراءات واضحة تضمن الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل وبذلك ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين، وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة تكيف مع المحيط الداخلي والخارجي"<sup>1</sup>.

ومن التعاريف التي أوردها الفقه الفرنسي بصدد تفويض المرفق العام تعريف الأستاذ G.Drou الذي عرف تفويض المرفق العام بأنه: "عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص ويقوم على الاعتبار الشخصي، بغية تنفيذ مرفق عام. وهو من ثم يأخذ عدة أشكال هي من صنع القضاء: الامتياز، الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام"<sup>2</sup>.

أما الأستاذ Auby فعرف تفويض المرفق العام بأنه: "العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- أن يعهد إلى شخص آخر يسمى "صاحب التفويض" تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن أن يتضمن إقامة منشأة عامة.
- 2- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة.
- 3- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 141 - 142.

<sup>2</sup> - Negociier- Gerer et controller une delegation de service public, Institut de la gestion déléguée. La documentation Française, Parise, 1999, p 43.

<sup>3</sup> - J-F. Auby: La Délégation de Service Public, Guide Pratique , Dalloz, Paris, 1997, p 44.

وعرفه الأستاذ BRACONNIER بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع لقانون عام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه"<sup>1</sup>.

أما الأستاذ CHAPUS فقد عرف تفويض المرفق العام على أنه: "عقود تفويض المرفق العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة، مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أو تجاري أو صناعي بصورة جزئية أو كلية"<sup>2</sup>.

ويظهر من هذه التعاريف وغيرها التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام وعلى الرغم من اتفاقها على بعض العناصر اللازمة لقيام التفويض للمرفق العام ومنها وجوب وجود مرفق عام وأن يتم التفويض من خلال إبرام عقد، إلا أنها مع ذلك لم تتفق على معنى جامع يمكن من خلاله تمييزه عن غيره من العقود التي تتضمن اشتراك الغير في تنفيذ المرفق العام<sup>3</sup>.

أما عن الطبيعة القانونية لعقد التفويض، لا شك أنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على اعتبار أحد العقود عقدا إداريا، أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في بعض أنواع العقود مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء، والمشرع الجزائري اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد تفويض المرفق العام بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة (السلطة المفوضة) تمارسها تجاه الطرف المتعاقد معها (المفوض له) وذلك في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي نصت على أن: «اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم»<sup>4</sup>.

من خلال التعاريف السابقة، وإذا حاولنا اختزال كل هذه المحاولات الفقهية، يمكن القول بأن عقد تفويض المرفق العام عقد إداري تعهد بمقتضاه السلطة العامة المفوضة للمفوض له باستغلال وتسيير المرفق العام لمدة محددة تنتهي بانتهاء مدة العقد مع إمكانية تمديد مدته، كما نجد أن تقنية تفويض المرفق العام لا تؤدي إلى خصوصية المرافق العامة بل أن الإدارة تحتفظ بسيادتها عليها.

<sup>1</sup> -BRACONNIER STEFANE, **Droit de services public**, PUF, Paris, 2004, p 413.

<sup>2</sup> - René CHAPUS, **Droit administratif général**, Tome 1, 9<sup>ème</sup> édition, Edition Montchrestien, Paris, 1995,P555.

<sup>3</sup> - أبو بكر أحمد عثمان، **عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)**، المرجع السابق، ص 81.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي 199/18.

**المطلب الثاني: شروط قيام تفويض المرفق العام**

إن تحديد عقد التفويض يستند إلى مرتكزات قانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام. من خلال التعاريف السابقة، يلاحظ أنها تتفق على أن تفويض المرفق العام يشترط لتحقيقه توفر مجموعة من العناصر، وعند تخلف أحدها لا نكون أمام تفويض للمرفق العام. إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام (الفرع الأول)، وأن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين الجهة العامة صاحبة التفويض وبين المفوض له (الفرع الثاني)، كما يلزم أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال (الفرع الثالث)، وإرتباط عقد تفويض المرفق العام بمدة زمنية (الفرع الرابع).

**الفرع الأول: ضرورة وجود مرفق عام**

حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقا عاما. ومن المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة أو يمكن أن تعهد للغير لتحقيقها ليست كلها مرافق عامة، لذا فإنه يلزم ابتداءً تحديد ما إذا كان النشاط الذي يتم تفويضه يشكل مرفقا عاما، ويجب أن يكون المرفق قابلا للتفويض<sup>1</sup>.

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض. وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام<sup>2</sup>.

ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة، والتي قررت السلطات العامة والقانون وجودها وضرورة ضمانها كمرفق عام ويجب إشباعها من طرف الدولة إما كمسيرة مباشرة، أو تفويضها للخواص<sup>3</sup>.

تسعى هذه المرافق إلى إشباع الحاجات العامة للجمهور وكذا أداء الخدمة على أحسن وجه، سواء كانت هذه الحاجيات معنوية كالتعليم، أو مادية كتوفير السلع.

<sup>1</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع سابق، ص 442.

<sup>3</sup> نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 130.

يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم غموضاً وتطوراً في القانون الإداري، فحتى الآن لا يوجد تعريف موحد للمرفق العام، فالإحجام عن إعطاء تعريف للمرفق العام، يعود إلى اعتبارات تتعلق ببيئة المرفق العام القابلة للتطور والتبدل والتي تختلف في الزمان والمكان<sup>1</sup>.

وقد لحق بمفهوم المرفق العام الكثير من التطور، فلم يعد قاصراً على المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليدياً في مفهوم المرفق العام، وقد ساهم هذا التطور في اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة وبصورة واسعة. إلا أن الدستور والقوانين منعت أشخاص القانون العام من تفويض إدارة بعض المرافق العامة نظراً لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها<sup>2</sup>.

يشكل المرفق العام المرتكز القانوني لتقنية التفويض، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام<sup>3</sup>. ولقد أكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة وجد مرفق عام لقيام عقد التفويض.

من الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام، هي ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض، فالمشرع لا يفصل بين المرافق العامة الإدارية والاقتصادية فكلها يمكن أن تكون محل تفويض، وهذه النظرة المستحدثة لم تكن في عقود الامتياز لأن المشرع أقر قديماً أنه لا وجود لامتياز إلا إذا نص قانون على ذلك، لذلك نجد أن التنظيم يكون وفق النظرية القطاعية لكل مرفق على حدى، هذا الأمر يدل على أن المشرع كرس الفكر الليبرالي جزئياً في عقود الامتياز، وكلها في عقود تفويض المرفق العام<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية

وفقاً لقانون سابان Sapin لسنة 1993 فإن تفويض المرفق لا يتحقق إلا من خلال علاقة تعاقدية بين الدولة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع سابق، ص 191 - 192.

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع سابق، ص 443.

<sup>3</sup> - حسام الدين بركيبة، "تعزيز تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا وتحديات تطبيقها في الجزائر"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 11، ع. 2، جوان 2019، ص 112.

<sup>4</sup> - حسام الدين بركيبة، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، مجلة المفكر، ع. 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص 574.

بالإرادة المنفردة، والذي يعرف بأسلوب الترخيص، لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نضمه المشرع الفرنسي.

العلاقة بين السلطات المفوضة والمفوض له هي علاقة تعاقدية، فهذا العقد يحدد كافة الشروط: التنفيذ، المقابل المالي، الرقابة... إلخ. فهي اتفاق بين إرادتين (الجماعة العمومية، والمتعامل معها) ويحتوي هذا العقد على بعض الأحكام غير المألوفة في القانون الخاص، وهي التي تجعلنا نصنف هذا العقد كعقد إداري، خاصة وأنه مسير لمرفق عام، وبذلك فهذا النشاط هو نشاط تعاقدي وهذا ما ذهبت إليه كل تعاريف تفويض المرفق العام. وهذا يؤكد أن التفويض لا يكون إلا في إطار عقد يضمن الحقوق والواجبات والالتزامات بدقة، خاصة قيود المرفق التي يجب أن يلتزم بها المفوض له<sup>1</sup>، وبالتالي يلتزم أطرافها بالتقيد بالبنود والشروط المحددة في اتفاقية التفويض ومختلف الإجراءات المتعلقة باختيار المفوض له.

إن للعلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض طبيعة تعاقدية. فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة. وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لطبيعة عقود تفويض المرفق العام، فهي عقود إدارية لتوافرها على الشروط التي يتطلبها هذا النوع من العقود، فأحد أطراف عقود التفويض جهة إدارية والموضوع الذي تنصب عليه عقود التفويض يتضمن تنفيذ مقتضيات المرفق العام، وأخيرا فإن هذه العقود تخول مانح التفويض امتيازات السلطة العامة، وبذلك تكون عقود تفويض المرفق العام مستوفية للشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية<sup>3</sup>.

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض، وشخص خاص هو صاحب التفويض، ويطلب من الأخير إدارة واستغلال المرفق العام موضوع العقد. ويمكن أن يأخذ صاحب التفويض شكل الشركة التجارية أو المختلطة أو الجمعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 131.

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع سابق، ص 446.

<sup>3</sup> - نادية تياب، "تفويض المرافق العامة مفهوم جديد لتطور وظيفة الدولة في النظام الجزائري"، كتاب أعمال الملتقى الدولي الأول الموسوم بـ: التحويلات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، المنظم بجامعة يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 28-29 نوفمبر 2018، منشورات مخبر السيادة والعولمة، ص 20.

<sup>4</sup> - C. Boiteau: Délégation de service public. JCA. Fsc 660, p3.

كما يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما، كأن يكون مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة واستغلال مرفق عام، والمثال على ذلك عقد الإمتياز الذي كان مبرما بين كهرباء فرنسا، التي كانت مؤسسة عامة، والدولة، وكان موضوع العقد تشغيل مرفق الكهرباء. ويقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وفي حال كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب ويأسم الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه، فنكون بصدد عقد تفويض مرفق عام بالرغم من إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص<sup>1</sup>.

إن تفويض المرفق العام لا يمكن أن يمنح إلا من قبل شخص معنوي عام، يكون مسؤولا عن إدارته وتنظيمه وأحيانا عن إنشائه، وعليه لا يمكن لأشخاص القانون الخاص منح تفويض المرفق العام، لأن هذا المنح يدخل في الاختصاص الحصري لأشخاص القانون العام، النابع أصلا من امتيازات السلطة العامة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: استغلال المرفق والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال

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

#### أولا: استغلال المرفق العام

يشترط لقيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام بأن يقوم المفوض إليه بتشغيل المرفق العام واستغلاله متحملا المخاطر المترتبة على ذلك. ومن ثم إذا اقتصر دور هذا الأخير على إدارة المرفق من دون تحمل مخاطر تشغيله وإدارته بصورة كلية أو جزئية فسوف لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، كما لو قام المفوض له بإدارة المرفق لقاء بدل محدد من دون أن يقع على عاتقه تحمل أية مخاطر وإنما تتحملها الجهة مانحة

<sup>1</sup> - J-F. Auby, OP. cite , p 36.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 66.

التفويض كالعقود مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء، أو إدارة الحاويات في المرفق، فهذه العقود لا تعد من قبيل عقود تفويض مرفق عام<sup>1</sup>.

وبالتالي يعتبر استغلال المرفق العام كعنصر معرف لاتفاقية تفويض المرفق ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية<sup>2</sup>:

- يملك نوعا من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة لسلطة تنظيم المرفق.
  - وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق.
  - للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.
  - يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح (مالية وتقنية).
  - توفير الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك.
- يجب أن يكون موضوع عقد التفويض إستغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق وتشغيله وفقا لل غاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض.
- ويلقى على عاتق صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد، ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث يتولى الشخص الخاص أو صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام<sup>3</sup>.

ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، ويلقى على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام. ويقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام، أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة. ويجب أن يكفي المقابل المالي لتشغيل المرفق العام نفقات التشغيل وتحقق لصاحب التفويض الأرباح التي يسعى إليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 448.

<sup>2</sup> نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 131-132.

<sup>3</sup> - C.Chenuand-Frazier, La notion de délégation de service public, RDP, 1995, p183.

<sup>4</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 449.

ويشكل تحمل صاحب التفويض لمخاطر إستغلال المرفق العام المعيار الذي يلجأ إليه القضاء الإداري لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية. ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مجموعة من النتائج، أهمها:

- 1- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض صاحب الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام موضوع التشغيل والمتعلقة بتأدية الخدمات وعمليات التشغيل.
- 2- يجب على صاحب التفويض استخدام الأجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، وتقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لاسيما قانون العمل.
- 3- تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص.
- 4- يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن تنفيذ المرفق العام، كحق طلب الاستملاك.
- 5- يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام. وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد لظالما أنها مرتبطة بتشغيل المرفق<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال ليس على درجة واحدة، فقد يكون شاملا في بعض العقود كعقد الامتياز والإيجار، وعلى درجة أقل في عقود الوكالة المحفزة والتسيير.

كما أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار بمفرده قد طرأ عليه عدة تطورات، فلم يعد صاحب التفويض يواجه هذه المخاطر بمفرده، بل أصبح هناك نوع من التضامن بين طرفي العقد وذلك بهدف تمكين صاحب التفويض من مواجهة مخاطر التشغيل ومواجهة الصعوبات من دون تعطيل للمرفق.

ومن أهم الوسائل التي تحقق التضامن المالي بين طرفي العقد، هي:

- 1- ضمان القروض التي يقترضها صاحب التفويض من المؤسسات المالية.

<sup>1</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 449.

2- أداء السلطة المانحة مساهمات مالية إلى صاحب التفويض بهدف تأمين التوازن المالي للعقد، وتغطية الخسائر التي تلحق بصاحب التفويض خصوصا بالنسبة للمرافق التي يلحق بها خسائر دورية ومزمنة كمرفق النقل الحضري.

3- دفع الأشخاص العامة جزءا من المقابل المالي، يكون متغيرا حسب نتائج الاستغلال وتطوره.

4- أداء التعويضات إلى صاحب التفويض عن حدوث ظروف طارئة غير متوقعة عند إبرام العقد<sup>1</sup>.

باستقراء نص المادة 210 من أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، يتضح جليا اعتماد المشرع في تحديده لأنواع عقود تفويض المرافق العامة على درجة استغلال المفوض له للمرفق العام وعلى نسبة تحمله للمخاطر، وبذلك إذا اقتصر دور المفوض له على إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام.

### ثانيا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال. وهذا الشرط هو الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى، ولاسيما عقد الأشغال العامة وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعروفة في القانون الفرنسي. ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل "ثمن محدد" ويتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة، وهذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق<sup>2</sup>.

يشترط لكي نكون أمام عقد تفويض مرفق عام أن يتم تحديد المقابل المالي بناءً على النتائج الاقتصادية لاستغلال المرفق، أما إذا كان هذا المقابل يتم تحديده في صورة ثمن محدد ينص عليه في العقد أو على الأقل ينص على الأسس الكفيلة بتحديدده لاحقا بصورة واضحة، فإن العقد يخضع للقواعد العامة التي تطبق على العقود العمومية.

1 - مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 450.

2 - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 95.

إن شرط ارتباط المقابل المالي للمتعاقدين بنتائج الاستغلال في عقود تفويض المرفق العام فكرة ليست بالحديثة وإنما تطورت مع تطور هذا النوع من العقود، إذ أن البداية الأولى لفكرة ارتباط المقابل المالي للمتعاقدين بنتائج الاستغلال نشأت لأول مرة في رحاب قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بعقود امتياز المرفق العام والعقود المشابهة له، وقد كان مجلس الدولة يربط بين حصول المتعاقدين على جعالات في صورة تعريفية وبين وجود عقد امتياز المرفق العام، وقد اعتبر المجلس في قراره الصادر في 11 ديسمبر 1963 أن المقابل المالي في الامتياز لا تؤمنه الإدارة المتعاقدة، وإذا أمنتها للمتعاقدين معها فلن يكون هناك امتياز مرفق عام<sup>1</sup>.

إلا أن هذا التصور التقليدي لامتياز المرفق العام القائم على حصر وجوده بحصول المتعاقدين على جعالات من المنتفعين لم يدم طويلاً، بفعل تطور طرق إدارة واستغلال المرفق العام، ولذلك ذهب الفقه والقضاء الفرنسي أنه لا يمكن حصر امتياز المرفق العام وغيره من طرق إدارة المرفق العام بحصول المتعاقدين على جعالات من المنتفعين، وأن فكرة العائد أو المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال هي عملية واسعة ويمكن أن تتحقق بوسائل أخرى غير فكرة الجعالات التي يدفعها المنتفعون من المرفق. وتأييداً لهذا الرأي فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يحفل بالعديد من القرارات التي تقر إمكانية قيام امتياز المرفق العام من دون أن يكون هناك جعالات يدفعها المنتفعين، فقد ذهب المجلس ومنذ فترة مبكرة إلى وصف العقد المتعلق بتوزيع المياه بأنه امتياز، بالرغم من أن العوائد التي كان يحصل عليها المتعاقدين لم تكن تأتي في صور جعالات يدفعها المنتفعين، وإنما يحصل عليها من جهة الإدارة المتعاقدة<sup>2</sup>.

وبعد ظهور عقود تفويض المرفق العام، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن اعتبار الجعالات الميزة الأساسية لامتياز المرفق العام يجب أن لا ينسحب على فكرة تفويض المرفق العام، ومن ثم يجب عدم ربط قيام تفويض المرفق العام بنوع معين من المقابل المالي (الجعالات) وإنما يمكن أن يتحقق تفويض المرفق العام بأنواع متعددة من المقابل المالي بشرط أن تكون جميعها متصلة بالنتائج المالية والاقتصادية للاستغلال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> جورج فوديل، بيار دلفولفييه، القانون الإداري، ترجمة: منصور القاضي، ج 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 574.

<sup>2</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 102.

وإزاء هذا الفهم الجديد لشرط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال، أصبح من المتصور قيام تفويض المرفق العام حتى في الأحوال التي لا يكون المقابل الذي يحصل عليه المفوض إليه يتخذ صورة جعالات (تعريفية) من المنتفعين وإنما من مصادر أخرى، كما في الأحوال التي تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بدفع هذا المقابل بشرط أن لا يكون ثمنًا محددًا وإنما يحدد وفق نتائج الاستغلال. فعقد مشاطرة الاستغلال وعقد إدارة مرفق عام يعدان من عقود تفويض المرفق العام بالرغم من أن المتعاقد يحصل على المقابل المالي من الإدارة المسؤولة عن المرفق العام، طالما كان هذا المقابل يجري تحديده وفقًا لنتائج الاستغلال.

وقد يأتي المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من مصدر غير المنتفعين أو الإدارة كحالة استغلال المتعاقد للمرفق مقابل حقه في الحصول على العائدات التي تأتي من الإعلانات المترتبة عن استغلال هذا المرفق<sup>1</sup>.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو للمستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق<sup>2</sup>.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune de Guilhaud-Grange حيث أبرم عقد إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، عهد الأول إلى الثاني تنفيذ مرفق توزيع المياه الشفة، وحدد المقابل المالي بحيث تحصل مؤسسة التوزيع على جزء ثابت بدل استعمال العدادات وجزء آخر متغير حسب استهلاك المياه. والجزء الثابت يساوي عشرين بالمئة (20%) من المقابل المالي يدفعه الشخص العام، في حين يشكل الجزء المتغير ثمانين بالمئة (80%) يدفعه المستفيدون من خدمات المرفق مقابل استهلاكهم للمياه الموزعة. وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين إلا أن مجلس الدولة اعتبر أن العقد يشكل صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام<sup>3</sup>.

1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 98.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 450.

3- C.E. 7 avril 1999 Commune de Guilhaud-Grange, AJDA, 1999, p 517

لأن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال، لاسيما وأن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه، والمياه تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين ولا يمكن الاستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطرة اقتصادية.

وأكد مجلس الدولة على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار في قضية SMITOM، حيث قام بالتعامل مع هذه الفكرة بصورة مرنة وعمل على تطويرها، فأكد على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن الجزء المتغير من المقابل المالي والذي يدفع من قبل المستفيدين هو الجزء الأقل. وملخص هذه القضية أن إحدى النقابات عهدت إلى شركة خاصة جمع النفايات ومعالجتها، وحدد العقد المقابل المالي بجزء ثابت يشكل سبعين بالمئة (70%) كأجر يدفع من قبل النقابة، وجزء آخر متغير يشكل ثلاثين بالمئة (30%) من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين من خدمات المرفق بالاستناد إلى نتائج معالجة النفايات. وبالرغم من أن الجزء الأصغر من المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال، إلا أن مجلس الدولة أكد على أن العقد هو تفويض مرفق عام وليس صفقة عامة.

واستبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق عقد تفويض المرفق العام الاتفاقيات التي تبرمها أشخاص القانون العام، والتي تتضمن دفع مساهمات إلى الجمعيات مقابل الخدمات المؤداة. على اعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لأية مخاطر اقتصادية، ما يعني أنه لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال<sup>1</sup>.

وأكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على هذه الخاصية بنصها: «ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.» ويتم تحديده من طرف الإدارة المفوضة لأنه يدخل ضمن الأحكام التنظيمية، وقد يكون مصدر المقابل المالي من الإدارة كما هو الشأن في عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير، بحيث يقوم المفوض له بتسيير مرفق عمومي باسم ولحساب السلطة العامة وبالتالي فالإدارة هي التي تقوم بدفع المقابل المالي للمفوض له.

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 452.

## الفرع الرابع: ارتباط عقد تفويض المرفق العام بمدة زمنية

يجب أن تكون إتفاقية تفويض المرفق مقترنة بمدة زمنية لأن عملية التفويض ليست مؤبدة، وهذه المدة تختلف باختلاف عقد التفويض، حيث نجد عقد الإيجار أقل مدة من عقد الإمتياز. إلا أن هذا الوضع قد شهد تطورا في الآونة الأخيرة تمثل في تدخل المشرع في وضع ضوابط تحكم مسألة مدة عقد التفويض، من حيث مدتها. ففي فرنسا نص "قانون سابان" على تقييد عقود التفويض من حيث مدتها، إذ قضى بأن يتضمن عقد التفويض تحديدا لمدة تنفيذه في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه ووفقا لطبيعة الاستثمارات المطلوب تنفيذها على أن لا تزيد مدة العقد المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه<sup>1</sup>.

تشكل المدة في عقد تفويض المرافق العامة إحدى العناصر الأساسية التي توضع ضمن الاهتمامات الأولية لأطراف العقد. فهي تلعب دورا مركبا من خلال التوفيق بين مصالح متعارضة: من جهة مصلحة السلطة المفوضة في حماية ملكية المرفق العام المفوض، ومن جهة أخرى مصلحة المفوض له في ضمان تسيير المرفق لأطول مدة بهدف تحقيق أكبر ربح ممكن<sup>2</sup>.

إذا كان المرسوم الرئاسي 247/15 قد أغفل تماما ذكر عنصر المدة عندما عرف عقد التفويض في المادة 207 منه، فلقد استدرك المنظم الجزائري الوضع من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي 199/18 بالنص على عنصر المدة وجعلها من بين الأركان الجوهرية التي تقوم عليها عقود التفويض، ولقد أرسى مبدأ تأقيت عقود التفويض من خلال فرض إلزامية تحديد مدتها، والذي يعد بمثابة التزام مطلق يهدف إلى حظر إبرام عقود لمدة غير محددة. ويتفحص باقي مواد المرسوم التنفيذي 199/18 نسجل الملاحظات الآتية:

- تشترط المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة وجوبا مجموعة من البيانات التي يجب نشرها بشكل واسع وبكل وسيلة، ومن بين هذه البيانات المدة القصوى للتفويض. فمن خلال هذه المادة نستنتج أنه مبدئيا السلطة المفوضة هي التي تحدد المدة بصفة انفرادية في دفتر ملف الترشيح، متمتعة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المدة،

<sup>1</sup> محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2000، ص ص 104 - 105.

<sup>2</sup> باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، ع 3، 2019، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، ص 90.

على اعتبار أنه لم يرد في هذا المرسوم التنفيذي أي ضابط يقيد حرية الهيئة المفوضة باستثناء الحد الأقصى الوارد في المواد من 54 إلى 56 من المرسوم نفسه.

- بالرجوع إلى المادة 40 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجدها تنص على أن لجنة اختيار وانتقاء العروض، بعد تحديد قائمة المترشحين المقبولين، تجري معهم مفاوضات في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لا سيما حول مدة التفويض عند الاقتضاء، وعليه فالمدة التي تم تحديدها في دفتر الشروط بصفة انفرادية من قبل السلطة المفوضة يمكن تعديلها بالتشاور والتفاوض مع المترشحين المقبولين. وبالتأكيد هؤلاء المترشحين سوف يعتمدون في تقديرها على مجموعة من العوامل كطبيعة الخدمات المطلوب أدائها، حجم الاستثمارات إذا كان تسيير المرفق يتطلب ذلك، صف إلى ذلك الربح الذي سوف يجنى من استغلال المرفق المعني.

بل هو بالنتيجة، تحديد المدة يكون مبدئياً من قبل الهيئة المفوضة في دفتر الشروط، لكن هذا التحديد ليس نهائي قابل للتفاوض في المراحل اللاحقة لإبرام اتفاقية التفويض. وهذا التفاوض يكون في حدود الحد الأقصى المفروض من المشرع الجزائري. وعليه فعنصر المدة يبدأ عنصراً لائحياً تنظيمياً لينقلب إلى عنصر تعاقدي<sup>1</sup>.

وبالنسبة لضبط نقطة بداية سريان هذه المدة، فإن المرسوم التنفيذي 199/18 لم يضع أي مؤشر واضح وصريح حول النقطة التي تبدأ فيها هذه المدة في السريان. هل يبدأ سريان اتفاقية التفويض من تاريخ صدور قرار المنح المؤقت أم من تاريخ التوقيع على الاتفاقية؟ أم من تاريخ التأشير عليها؟

عموماً، إن نقطة سريان مدة عقد تفويض المرفق العام ستكون من التاريخ الذي يتم فيه التأشير على اتفاقية التفويض، لأن مثل هذا الإجراء هو الذي يؤكد مدى مشروعية العقد المبرم من خلال التأكد من مدى احترام مختلف الإجراءات والشكليات المقررة في النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول<sup>2</sup>.

وعليه، لا بد من تعديل هذا النص القانوني الذي يتعلق بالمدة بالشكل الذي يتم من خلاله إدراج نظام قانوني واضح لعنصر المدة، ويجب أن يتم ربط تأطيره بعدة اعتبارات تتعلق بطبيعة المرفق وخصوصيته وبحاجاته، كما ينبغي إدراج معايير واضحة في تقدير هذه المدة كالأخذ

<sup>1</sup> - باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المرجع نفسه، ص 96.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 97.

مثلا بفكرة المدى الزمني المطلوب لاستهلاك الخدمات والاستثمارات المطلوب إنجازها. والهدف من إرساء نظام قانوني واضح لعنصر المدة هو تحقيق مبدأ الشفافية المنصوص عليه في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فهذا ما يسمح للحيلولة من استغلال مثل هذه الفراغات من أجل ارتكاب ممارسات غير نزيهة، سواء بالنسبة للسلطة المفوضة أو المفوض له.

يمنع أيضا على السلطة المفوضة استنادا إلى عنصر المدة، تجديد العقد بعد انقضائه مع نفس المفوض له أو تمديده إلا ضمن الشروط المسموح بها قانونا. كل ذلك حماية لمبدأ المنافسة الحرة الذي تقوم عليه عقود التفويض عند إبرامها. أما بالنسبة للمفوض له، فتأقيت عقد التفويض يفرض على هذا الطرف التزام هام وهو التنفيذ الشخصي، إذ يمنع عليه كأصل القيام بتفويض المرفق لشخص آخر إلا في حدود الشروط التي يقرها القانون<sup>1</sup>.

نظرا لأن هذه الطائفة من العقود تتعلق بمشروعات حيوية تخص إنشاء المرافق العامة، وإنشاء مشروعات البنية الأساسية، التي تعد معولا للتنمية وتحتاج بطبيعتها إلى تمويل ضخم قد يرهق ميزانية الدولة إذا لجأت الدولة إلى إنشائها بنفسها، ولذا فإن المدة الخاصة بعقود تفويض المرفق العام يجب أن تراعي عدة اعتبارات منها:

- أن المفوض له هو شخص يهدف أولا وأخيرا إلى تحقيق أقصى ربح ممكن، فالمفوض له عند قيامه بتحمل نفقات إنشاء المرفق وتشغيله، لا يفعل ذلك إلا بغرض جني أقصى ربح ممكن، لذا فإن مدة التفويض يجب أن تكون كافية لسداد نفقات انجاز المرفق وديونه وقروضه، وتوفر للمفوض له في ذات الوقت ربحا على الأقل يكون معقولا، وإلا فإن المستثمرين الخواص سوف يحجمون عن الاستثمار في مثل تلك المشروعات التي تعد محركا للتنمية، وترهق ميزانية الدولة إذا لجأت إليها مباشرة.

- هناك مشروعات غالبا ما تتضمن وضع احتكاري، لذا فإن الأرباح التي يحققها المشروع سوف تكون ضخمة لعدم وجود منافسة للمستثمر في بيع الخدمة، لذا فيجب أن تكون مدة تلك المشروعات قصيرة باعتبار أن المستثمر سوف يتحصل على تغطية نفقاته وتحقيق أرباح خلال فترة وجيزة لاتسام المشروع بالوضع الاحتكاري.

<sup>1</sup> - باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المرجع نفسه، ص 100.

- أن هناك مشروعات تتطلب تمويلا ضخما وفي ذات الوقت فإن العائد المتوقع منها سوف يكون بسيطا، فكل مشروعات الطرق العامة والتي تتكلف مبالغ كبيرة، يكون العائد عبارة عن رسوم تفرض على المرور عليها، وقد تكون هذه الطرق بعيدة عن العمران ويكون المرور عليها ضعيفا، عندئذ يجب أن تكون المدة من الطول بحيث تكفي لتغطية تلك النفقات، مع مراعاة ما يمكن أن تساهم به الدولة ماليا في هذه الحالة<sup>1</sup>.

يقوم عقد تفويض المرفق العام على مجموعة من الأركان تتعلق بالأطراف (المفوض والمفوض له) وبالموضوع (التسيير والاستغلال)، وبالمحل (مرفق عام)، وبالمدة التي تعد من العناصر الجوهرية التي يضعها المتعاقدون ضمن اهتماماتهم الأولى عند التعاقد، فالمدة تعد حكم ناتج عن تصرف قانوني (اتفاقية التفويض) هدفه تحديد المدى الزمني الذي يسري فيه هذا التصرف. من هذا المنطلق، فإن عقود التفويض تتدرج ضمن العقود الزمنية المرتبة لآثارها على طول المدة المتفق عليها من قبل أطراف العقد، فالمدة تعد ركنا هاما يلعب دورا بارزا في التوفيق بين مصلحتين متناقضتين، من جهة مصلحة السلطة المفوضة في عدم التنازل الأبدي عن المرفق العام، ومن جهة أخرى مصلحة المفوض له في ضمان تسيير واستغلال المرفق للفترة الزمنية الكافية من أجل استهلاك الاستثمارات المنجزة لهذا الاستغلال وتحقيق الربح<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام وتمييزها عما يشابهها

أمام الاختلاف الموجود بين المرافق العمومية من حيث طبيعة النشاط أو الخدمة التي تؤديها فإنه من البديهي اعتماد عدة أشكال لتسييرها، حيث أنه وباستقراء المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، نلاحظ أن المشرع الجزائري عدد صور عقود تفويض المرفق العام وذكر أربعة منها وهي: الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة وعقد التسيير، إلا أنه لم يحصر عقود تفويض المرفق العام في هذه النماذج الأربعة، وإنما يمكن أن تقبل أية عقود أخرى تتوافر فيها معايير التفويض، وذلك بناء على ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 210 بنصها: «كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى، غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.»

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص ص 794 - 795.

<sup>2</sup> باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة، المرجع السابق، ص 92.

وباستقراء المرسوم التنفيذي 199/18 في القسم الثاني من الفصل الثالث المعنون بـ: "أشكال تفويض المرفق العام"، نجد أن تفويض المرفق العام يأخذ أربعة أشكال: الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير وفقا للمادة 52 منه.

وسيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى أنواع عقود تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم تمييزها عن المفاهيم وطرق التسيير المشابهة لها (مطلب ثاني).

### **المطلب الأول: أنواع عقود تفويض المرفق العام**

إن تفويض المرفق العام له العديد من الأشكال المرتبطة بإنجاز واستغلال وتسيير وصيانة المرفق العام، فقد تشترك هذه التصرفات في عقد واحد وقد تتخذ نموذجا مستقلا حسب طبيعة العقد، ولكل شكل من أشكال عقود التفويض أحكامه الخاصة، وذلك حسب طبيعة التصرف الذي يقوم عليه التفويض وما يترتب عليه من حقوق والتزامات لأطراف التفويض<sup>1</sup>.

حدد المرسوم التنفيذي 199/18 أشكالا للتفويض حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له، ومستوى رقابة السلطة المفوضة، ومدى تعقيد المرفق العام. فبالنسبة لمستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له يكون وفقا لنسبة مشاركته في تمويل المرفق، وهو على ثلاث مستويات:

**المستوى الأول:** وهو الحالة التي لا يتحمل فيها المفوض له أي خطر.

**المستوى الثاني:** وهو الحالة التي يتحمل فيها المفوض له جزءا من الخطر.

**المستوى الثالث:** هو الحالة التي يتحمل فيها المفوض له كل الخطر.

بينما يتحدد مستوى رقابة السلطة المفوضة في مستويين:

**المستوى الأول:** وهي الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض، عندما تحتفظ بإدارته. (الفرع الثاني).

**المستوى الثاني:** هي الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة جزئية على المرفق موضوع التسيير، عندما يتولى المفوض له الإدارة والتسيير. (الفرع الأول)

### **الفرع الأول: الأساليب الخاضعة لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة**

لقد اعتمد المشرع الجزائري على أسلوب الامتياز وإيجار المرفق العمومي، اللذان يعتبران من أهم عقود تفويض المرفق العام، وقد اعتمدهما خاصة في تسيير المرفق العمومي المحلي.

<sup>1</sup> - محمد خليفي، "الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، ع 7، جانفي 2018، ص 16.

تمارس رقابة جزئية في أسلوب الإمتياز والإيجار على المفوض له من طرف السلطة المفوضة أثناء تسييره للمرفق العام، حيث أن الغرض من هذه الرقابة هو الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام وتقديم الخدمة العمومية على أحسن صورة

### أولاً: عقد الامتياز

يعد عقد امتياز المرفق العام من أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام، وقد احتل هذا النوع من أساليب مشاركة القطاع الخاص دورا بارزا خاصة بعد الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، وصدور تعليمية وزير الداخلية والجماعات المحلية رقم 94. 3/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي اعتبرته الطريقة المثلى لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل.

بالرغم من أن امتياز المرفق العام هو أسلوب وليد للإيديولوجية الليبرالية، إلا أنه عرف تطبيقا في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا<sup>1</sup>، ولكن بنسب متفاوتة بين مختلف المراحل

<sup>1</sup> - لقد أستعمل عقد الامتياز منذ الاستقلال، حيث تم تكريسه بصفة صريحة في قانون البلدية الصادر بموجب الأمر 24/67 لاسيما المادة 220 منه، ومن طرف قانون الولاية الصادر بموجب الأمر 38/69 لاسيما المادة 136 منه، واستعمل خاصة لإقامة علاقات قانونية بين الدولة من جهة والبلدية من جهة أخرى، نذكر على سبيل المثال: المرسوم 53/67 الذي يتعلق بالامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، والمرسوم 167/67 الذي يتضمن منح امتياز المحلات التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، وكذا المرسوم 16/68 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها. ثم دخل هذا الأسلوب في تقهقر ومن بين الأسباب التي أدت إلى ذلك، الاستبدال التدريجي للمقاولات العمومية بالمقاولات الاشتراكية، وقد دام هذا التقهقر إلى غاية نهاية الثمانينات.

ثم عاد المشرع الجزائري لإحياء أسلوب الامتياز تدريجيا بعد الثمانينات، من خلال القانون 17/83 المتضمن قانون المياه، ثم صدرت نصوص قانونية أخرى تنظم الامتياز خاصة مع بداية التسعينات، نذكر منها قانون البلدية وقانون الولاية لسنة 1990، وكذا قانون الأملاك الوطنية. وتعتبر سنة 1994 سنة مهمة في إعادة الاعتبار للامتياز في الجزائر من خلال صدور عدة نصوص قانونية أعطت الأولوية له، نذكر منها: المرسوم التنفيذي 41/94 المتعلق بتعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، والمرسوم التنفيذي 320/94 المتعلق بالمناطق الحرة، وكذا المرسوم التنفيذي 322/94 المتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، وكذا التعليم الوزاري رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

ثم توالى صدور النصوص القانونية التي تضمنت الامتياز، نذكر منها المرسوم التنفيذي 323/95 ينظم استغلال الموارد المرجانية، والمرسوم التنفيذي 308/96 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، والقانون 06/98 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، والمرسوم التنفيذي 417/04 والذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين و/أو تسييرها، والمرسوم التنفيذي 114/08 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، والمرسوم التنفيذي 57/08 الذي يحدد شروط منح الامتياز لاستغلال خدمات النقل البحري وكيفياته.

التي مر بها النظام القانوني الجزائري، والذي تأثر بمختلف الأنظمة السياسية والاقتصادية التي مرت بها الجزائر<sup>1</sup>.

لقد كان عقد الامتياز أكثر العقود استعمالا في مجال تسيير المرفق العام عن طريق الخواص. لكن عقود الامتياز وإن عرفت انتعاشا عند تغيير الإيديولوجية بقت في بعض المجالات حبيسة نصوص قانونية لم ينجح تطبيقها، نظرا للتخوف الكبير من هذه الطريقة والذهنية الجزائرية حول المنفعة العامة والخدمة العمومية، وتخوف السلطات العمومية من تحرير بعض القطاعات لصالح الشركات الأجنبية، وكذا عدم وضع إطار قانوني موحد ومحفز للاستثمار في المرفق العام<sup>2</sup>.

يعرّف عقد الامتياز بأنه: "هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية (شخص عام) شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"<sup>3</sup>.

عرفه إلياس ناصيف بأنه: "عقد إداري تعهد الإدارة بمقتضاه، إلى فرد أو شركة خاصة، إدارة مرفق عام اقتصادي، واستثماره لمدة من الزمن، تحت إشراف الإدارة ورقابتها. فيقوم الملتزم بإدارة المرفق العام، على مسؤوليته ونفقاته، وبواسطة عماله، مقابل بدلات مادية وعينية، من أهمها الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق العام"<sup>4</sup>.

يعد عقد امتياز المرافق العامة سواء المحلية أو الوطنية قلب تفويض المرفق العام وأهم صورة له، وذلك نتيجة لفعاليتها ومردوديته في مجال استثمار واستغلال المرافق العامة، وهو من أقدم العقود الإدارية حيث تطرق إليه المشرع الجزائري في القانون 01/88 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، والمتضمن إعادة الاعتبار وإحياء الطرق القديمة لتسيير المرفق العام<sup>5</sup>. يحقق عقد الامتياز فوائد كبيرة للسلطة المفوضة خاصة في المجال المالي، وذلك باعتبار أن الملتزم يتحمل تسيير المرفق العام على مسؤوليته ونفقاته وفي ظل احترام دفتر الشروط.

<sup>1</sup> ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2010، ص 222.

<sup>2</sup> حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، المرجع السابق، ص 3.

<sup>3</sup> Stéphane Braconnier, droits des services publics, presses universitaires de France, Paris, 2004, p 436.

<sup>4</sup> إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2006، ص 42.

<sup>5</sup> محمد خليفي، المرجع السابق، ص 20.

إن التعليمات 842/94.3 هي الأولى من نوعها التي وضعت نظام قانوني لامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، ولم يسبقها إلى ذلك أي نص قانوني آخر لا بالنسبة لامتياز المرافق العمومية العامة ولا المحلية وهذا ما يزيد من أهميتها<sup>1</sup>.

حيث عرفت التعليمات عقد الامتياز كالاتي: «وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق.»

كما أن التعليمات لم تشترط الجنسية الجزائرية في الملتزم وبالتالي فتحت المجال أمام الوطنيين والأجانب، وهذا دليل على أن هناك تفتح أكبر، وتراجع للتخوف الذي كان يسود تدخل الخواص في تسيير المرافق العمومية وخاصة الأجانب منهم<sup>2</sup>.

كما عرفه المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 53: «الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة. ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.»

التعريف السابق يعتبر نقلة نوعية لمفهوم الامتياز، حيث أصبح للمشرع مفهوم عام لعقد امتياز المرفق العام الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام والامتياز خارج عقود تفويض المرفق العام. فالامتياز الذي يكون عقد من عقود التفويض يجب أن ينصب على استغلال المرفق العام كشرط ضروري (إنجاز، أو اقتناء ممتلكات مع الاستغلال، أو استغلال فقط) والمقابل المالي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - راضية بن مبارك، التعليق على التعليمات رقم 94 / 3 / 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2001-2002، ص 8.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 42.

<sup>3</sup> - عثمان بن دراجي، "تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي"، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، ع 04، 2019، ص 194.

فالامتياز الذي ينصب على بناء المنشآت فقط دون استغلال لا يدخل في مفهوم الامتياز الذي يشكل عقد من عقود تفويض المرفق العام، لأن مهمة صاحب الامتياز في امتياز الأشغال العامة تقتصر على بناء منشآت عامة، ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محدودة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية<sup>1</sup>.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك في المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 بين أن عقد الامتياز يمكن أن ينصب فقط على استغلال المرفق دون تحمل نفقات إنشاء المرفق أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامته: «الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة المفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.»

وهذه الحالة تؤدي إلى الخلط بين عقد الامتياز وعقد الإيجار، ذلك أن الأصل أن استغلال المرفق دون تحمل نفقات إقامة المشروع هو موضوع عقد الإيجار.

وعليه فمن الصعب أحيانا التفريق بين الامتياز والإيجار، وفي هذا الإطار يقول البعض أن بين النظامين فارق درجة لا فارق طبيعة، وعندما يقتضي البت يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار دور الشريك في التعاقد في تكوين المباني الضرورية في المرفق إذا كان هذا الدور هاما كان هناك امتياز، وإذا كان صغيرا كان هناك إيجار<sup>2</sup>.

وعليه يجب على المشرع الجزائري إزالة اللبس الذي يعتري تعريف الامتياز ويؤدي إلى الخلط بينه وبين إيجار المرفق العام.

صاحب الامتياز يتقاضى مقابلا ماليا يرتبط مباشرة بنتائج الاستغلال وليس فقط بحسن سير الاستغلال، كما أن صاحب الامتياز لا يتقاضى ثمنا من الشخص العام مانح الامتياز، فهو يتقاضى إتاوات "Redevances" من المنتفعين، لكن ذلك لا يمنع إمكانية حصوله على موارد مالية أخرى، فيمكن أن يكون المقابل المالي في صورة أخرى مثل الإعلانات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسام الدين بركبية: "تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر"، المرجع السابق، ص 259 - 260.

<sup>2</sup> جورج فوديل، بيار دلفولفيه، المرجع السابق، ص 589

<sup>3</sup> سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 252.

يتولى صاحب الإمتياز استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، ويقتضي أن يغطي المقابل المالي الأعباء التي تكبدها صاحب الامتياز وتحقق له الأرباح المنشودة. كما قد يتضمن عقد الإمتياز دعما ماليا من قبل الشخص العام، يتجلى في ضمان القروض أو مساهمات مالية أو تعويضات تعيد التوازن المالي للعقد<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى مساعدة المفوض له وكان صريحا في ذلك بنصه: "... يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".

وتستقل السلطة المفوضة بتحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الامتياز<sup>2</sup>. وتتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المفوض له حول إعانات التجهيز وإعانات التوازن التي تقدمها السلطة المفوضة، لأن هذا الشكل من العقود يكلف نفقات استثمار ضخمة ويكون لمدة طويلة. تمارس السلطة المفوضة في أسلوب الامتياز على المفوض له خلال تسييره للمرفق العام رقابة جزئية، حيث يكون الهدف منها هو الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام، وتقديم الخدمة العمومية على أحسن وجه.

حددت المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 مدة عقد الامتياز بمدة قصوى لا يمكن أن تتجاوز ثلاثين (30) سنة.

### ثانيا: عقد الإيجار

لم يحض عقد الإيجار باهتمام من طرف السلطة التنفيذية في الحقبة الماضية، الأمر الذي يتبين من خلال غياب تعريف عقد الإيجار في النصوص التشريعية والتنظيمية، ما عدا ما جاءت به التعليمات الوزارية رقم 842/3.94 المؤرخة في 17 ديسمبر 1994، التي عرفت عقد الإيجار من خلال تمييزه عن عقد الامتياز وتطبيق نفس الإجراءات التي يخضع إليها هذا الأخير كضرورة احترام قواعد الإشهار والشفافية إلى جانب أحكام دفتر الشروط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 454

<sup>2</sup> وفاء محمود أحمد البيبواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 2018، ص 69.

<sup>3</sup> سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2018/11/16، ص 95.

يعتبر الإيجار أحد الأساليب التي اتبعها المشرع الجزائري في تسيير المرفق العمومي المحلي، بدليل نص المادة 156 من قانون البلدية الحالي، والتي تنص: «يمكن البلدية أن تفوض تسيير المرافق العمومية ... عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها»، كما جسدت ذلك المادة 82 فقرة 3 من ذات القانون بنصها: «يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي...»

- إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات و الإيجارات ...»

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الأسلوب كطريقة لتسيير المرفق العمومي الولائي، إلى أن تم التنصيص على هذا العقد صراحة كشكل من أشكال تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي 247/15، وكذلك في المرسوم التنفيذي 199/18.

عرفت المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18 الإيجار على أنه: «الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.»

كما عرفته الأستاذة ضريفي نادية بأنه: «الإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي (المؤجر) شخصا آخر (المستأجر) باستغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآت والأجهزة، ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدما عماله وأمواله ويتقاضى مقابلا ماليا يحدده العقد ويدفعه المنتفعون عن طريق إتاوات مقابل الخدمة التي يقدمها، وقد يدفع المستأجر مقابلا ماليا للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف إنشاء المرفق العام»<sup>1</sup>.

تتولى السلطة المفوضة تحمل عبء إقامة المرفق العام وإقامة المنشآت الأساسية العائدة له، فالمستأجر ليس هو من يحقق المباني، وإنما الإدارة هي التي تسلمه هذه المباني<sup>2</sup>، حيث

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، المرجع السابق، ص 589.

يسلم الشخص العام المعني المرفق العام إلى المفوض له (المستأجر) جهازا لتشغيله، ويتولى هذا الأخير إدارته واستغلاله، وسواء أقيمت هذه المنشآت من طرف الشخص العام نفسه مانح الإيجار أم من طرف صاحب امتياز سابق<sup>1</sup>.

وإذا كان يقع على عاتق الشخص العام (المؤجر) إقامة المنشآت الأساسية للمرفق، فإن المستأجر يقع على عاتقه تأمين بعض المنشآت الثانوية الضرورية لتشغيل المرفق العام. أما نفقات توسيع المرفق وتطويره تعود على المؤجر، إلا أنه يمكن أن ينص العقد على أن توزع النفقات بين طرفي العقد وفقا لآليات يحددها دفتر الشروط<sup>2</sup>.

المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له (المستأجر) عبارة عن أتاوى يدفعها مستعملي المرفق العام المستفيدين من خدماته، ولا يحتفظ المستأجر لنفسه بكافة الأتاوى وإنما يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي متمثل في إتاوة سنوية، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، وهو أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار. وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18.

إن تقدير مقابل الإيجار يكون بحسب الأصل من طرف الشخص العام المفوض للمرفق، ولا يلعب فيه المفوض له (المستأجر) أي دور، ذلك أن هذا التقدير يعتبر من قبيل البنود التنظيمية في العقد التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة لا التعاقدية<sup>3</sup>.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدى من قبل المستأجر إلى السلطة المانحة لعقد الإيجار ليس له الطابع الضريبي، بل يشكل عنصرا مكونا للثمن الذي تكبدته الإدارة والمتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق العام، ويدخل هذا الثمن في الكلفة الشاملة للخدمة المؤداة من قبل المرفق، والتي يجب أن يتحملها المستفيدون من المرفق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نعيمة آكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2013/12/12، ص 83.

<sup>2</sup> - سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 256.

<sup>3</sup> - إيمان دميري، مراد بن قيطة، المرجع السابق، ص 60.

<sup>4</sup> - C.C.29 déc 1983.Rec. p77.

تقع على عاتق المستأجر مسؤولية كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلال المرفق العام مقابل تحمله لقاء ذلك على اتاوى يدفعها المنتفعون من المرفق وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وفقا لنص المادة 50 من المرسوم السالف الذكر، مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له في شكل الإيجار هو من المستوى الثالث أين يتحمل كل المخاطر.

على اعتبار أن مهام المفوض له (المستأجر) تتمثل في استغلال المرفق واقتصار نفقاته على التشغيل والصيانة فكانت مدة العقد قصيرة نوعا ما وهذا ما أشارت إليه المادة 54 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي جاء فيها: «تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار، بخمسة عشرة (15) سنة، كحد أقصى.»

ولما كانت الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة وتقتصر على نفقات التشغيل والصيانة دون تحمل نفقات إنشاء المرفق فمن الطبيعي أن تكون مدة العقد قصيرة نسبيا<sup>1</sup>.

فالإيجار كطريقة لتسيير المرافق العمومية أسلوب قديم جديد، حيث استعمل في الماضي وكذلك في الوقت الحاضر خاصة على مستوى الجماعات المحلية، حتى وإن كان بصفة محدودة. بحيث يجيز قانون البلدية للبلدية كراء أملاكها، ولاسيما منها بعض المنشآت والتجهيزات وذلك عن طريق إجراء المزايمة، مثل كراء أسواق البلدية وكراء حقوق الوقوف، والمسالك البلدية...، إن هذا الأسلوب يمكن الجماعات المحلية من تسيير مرافقها بصفة أنجع.

عقد إيجار المرفق العمومي l'affermage، هو اتفاق يكلف بموجبه شخص عمومي L'affermant شخص آخر يسمى المستأجر le fermier، استغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم إليه المنشآت والأجهزة Les infrastructures et les équipements، ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدما عماله وأمواله، وفي مقابل تسيير المرفق العمومي، يتقاضى المستأجر مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين من المرفق في شكل إتاوة، على أن يدفع المستأجر مساهمة مالية للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشآت والأجهزة الأصلية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - إيمان دميري، مراد بن قيطة، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> - ناصر لباد، المرجع السابق، ص 226.

بالرغم من أن عقد الامتياز يقترب جدا من عقد إيجار المرفق العام، بحكم أن كلاهما يتفقان في كونهما وجه من أوجه تفويض المرفق العام، كما أن المقابل المالي لكل من صاحب الامتياز والمستأجر يكون بتحصيل أتاوى من المنتفعين، ولكن مع ذلك توجد اختلافات بين عقد امتياز المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام والتي تتمثل في:

- السلطة المفوضة في عقد إيجار المرفق العام هي التي تتحمل نفقات إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، حيث يقتصر دور صاحب التفويض بإدارة المرفق العام، على عكس عقد الامتياز الذي قد ينص على إقامة المنشآت الأساسية للمرفق.

- مدة عقد إيجار المرفق العام تكون أقصر من مدة عقد الامتياز التي تكون طويلة نسبيا.  
- يلتزم المفوض له في عقد إيجار المرفق العام بدفع جزء من المقابل من حسيبة ما تقاضاه من المنتفعين للسلطة المفوضة، بخلاف عقد الامتياز إذ يتحمل الملتزم الأعباء والنفقات جميعها، وبالتالي يحق له الحصول على جميع عوائد استغلال المرفق، ولكن مع ذلك فيتصور أن الملتزم بدفع مقابل للجهة الإدارية المتعاقدة.

أما عن امتياز المرفق العام دون أشغال عامة فإن الأمر يطرح تساؤل نظرا لتشابه صاحب الامتياز والمستأجر في مهمة الاستغلال فقط دون الأشغال العامة. لعل مسألة الفرق تكمن في المقابل المالي الذي يدفعه المستأجر للسلطة المفوضة عكس الامتياز الذي يستأثر صاحبه بكل الأتاوى لتغطية النفقات التي استثمرها في المرفق.

وعليه فإن عقد الإيجار كأحد طرق تفويض المرفق العام لا يعرف تطبيقات في الواقع العملي الجزائري ما عدا البلديات التي تلجأ إلى هذا الأسلوب لتأجير السوق الأسبوعي أو مرافق السيارات أو حافلات النقل المدرسي على عكس نظيره الفرنسي.

### الفرع الثاني: الأساليب الخاضعة لرقابة كلية من طرف السلطة المفوضة

بالإضافة إلى كل من عقد الامتياز وعقد إيجار المرفق العام، نص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 على نوعين آخرين من عقود تفويض المرفق العام، وهما الوكالة المحفزة والتسيير.

## أولاً: عقد الوكالة المحفزة

تعرف أيضا باسم "مشاطرة الاستغلال"، وتعددت التعريفات الفقهية حول أسلوب الوكالة المحفزة، حيث عرف الأستاذ Braconnier عقد مشاطرة الاستغلال على أنه: "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية بتسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"<sup>1</sup>.

وعرف البعض الآخر من الفقهاء عقد الوكالة المحفزة بأنه: "عقد بموجبه يعهد شخص عام مرفق عام إلى شخص خاص، نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة، وفقا لحسن سير الاستغلال، على أن تتحمل الإدارة المخاطرة المالية للمشروع"<sup>2</sup>.

أما المرسوم التنفيذي 199/18 عرفها في المادة 55: «الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته. وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

ويدفع للمفوض له أجره مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الانتاجية وعند الاقتضاء، حصة من الأرباح.

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

ينصب موضوع عقد الوكالة المحفزة على تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام (أعمال الصيانة العادية) لحساب الشخص المعنوي العام، الذي يمول بنفسه إقامة المرفق العام وكل المنشآت العائدة له ويحتفظ بإدارة المرفق العام. كما يحدد المفوض له بالاشتراك مع السلطة

<sup>1</sup>– Stéphane Braconnier, OP. cite , p 440.

<sup>2</sup>– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 83.

المفوضة، التعريفات التي يدفعها المستفيدون من خدمات المرفق العام، ويتولى تحصيلها عن طريق الوكالة المحفزة ويحولها إلى الشخص العام مانح التفويض<sup>1</sup>.

يحصل المفوض له على أجر يدفع له مباشرة من السلطة المفوضة وهو يتكون من عنصرين:

أ- **عنصر ثابت "مضمون"**: وهو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يتقاضاه المفوض له، سواء كان المرفق ناجحاً في نشاطه أم خاسراً.

ب- **عنصر متغير**: وهو عبارة عن مكافأة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق وتقدر إما على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي، وهذا ما يشكل حافزاً أمام المفوض له يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق وتحسين إنتاجيته.

المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء. ويتولى المفوض له تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة. وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وتتشارك السلطة المفوضة مع المفوض له في تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، وهذا ما جاء في المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18: «... تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام...»، إلا إذا كان هناك نص صريح في الاتفاق يقضي بخلاف ذلك، وذلك من أجل إضفاء نوع من الحرية للمفوض له لمنحه مجال للتنافس<sup>2</sup>. وعليه إذا أصيب بالعجز أثناء التسيير، فإنه لا يتحصل على أي تعويض.

من حيث تحمل المسؤولية والمخاطر: إن مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية (السلطة المفوضة)، ويتحمل المسير جزءاً منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، وفي بعض الأحيان وكضمان للمفوض له، فإن هناك حداً أدنى مضمون يحدد جزافياً في العقد.

<sup>1</sup> - إلهام فاضل، " أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15"، حوليات جامعة قلمة للعلوم

الاجتماعية والانسانية، ع 25، ديسمبر 2018، ص 7.

<sup>2</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 154.

وتجدر الإشارة إلى أن استقلالية المفوض له محدودة، مقارنة بالصلاحيات الواسعة التي تملكها السلطة المفوضة في هذا العقد.

تمارس السلطة المفوضة وفقا للفقرة 03 من المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18 على المفوض له رقابة كلية وهذا لاحتفاظها بإدارة المرفق العام، حيث تكون رقابة السلطة المفوضة على المفوض له من المستوى الأول، كونها تحافظ على إدارة المرفق العام. يتبين من خلال تقنية الوكالة المحفزة بأن درجة المخاطر بالنسبة للمفوض له قليلة جدا مقارنة بالأشكال السابقة للتفويض، غير أنه مقابل ذلك حريته في إدارة المرفق تنعدم فهو لا يتمتع إلا بالتسيير<sup>1</sup>.

تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة، بعشرة (10) سنوات، كحد أقصى<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق، نخلص إلى أن المشرع الجزائري قام لأول مرة بالنص على عقد الوكالة المحفزة في المرسوم الرئاسي 247/15، والذي ميزه عن بقية أشكال التفويض الأخرى، بأنه عقد يضمن فيه المسير استغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة دون تحمله لعبء البناء والتجهيز، ويتلقى نتيجة تسييره المقابل المالي من السلطة المفوضة، بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصصة من الأرباح، وهذا لتشجيع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية، وترقيتها والزيادة من فعالية وإنتاجية المرفق العام<sup>3</sup>.

### ثانياً: عقد التسيير

عقد التسيير أو ما يعرف بعقد إدارة المرفق العام أو ما يطلق عليه أحيانا بعقد تشغيل وصيانة المرفق العام، هو عقد تعهد جهة الإدارة بمقتضاه إلى القطاع الخاص عبء تشغيل المرفق وصيانته لفترة من الزمن، وطبقا للواقع العملي المستقر في هذا الخصوص تتراوح مدة هذا العقد بين ثلاثة وخمسة أعوام، ويظهر فيه الشخص المكلف بالإدارة كوكيل يعمل باسم

<sup>1</sup> يحي بدير، "الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام"، *المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، عين تموشنت، ع 03، 2017، ص 137-138.

<sup>2</sup> - المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>3</sup> - إلهام فاضل، المرجع السابق، ص 15.

ولحساب الجماعة العامة، مقابل عائدات يتقاضاها بصورة جزافية وثابتة، وقد يقترن أحيانا بحوافز تتعلق بنتائج الاستغلال، لذا يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى<sup>1</sup>. هذا النوع من العقود يرفع كفاءة تشغيل المرفق العام وصيانتته بالاستفادة من الخبرة والكفاءة الفنية للقطاع الخاص، ويتم اللجوء إلى هذا العقد عندما يصعب اللجوء إلى عقود امتياز وعقود إيجار المرفق العام لانخفاض أسعار تقديم الخدمة وصعوبة زيادتها، لأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق العام، ويبقى معيار التحديد هو استغلال المرفق العام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال<sup>2</sup>.

عرف المرسوم التنفيذي 199/18 عقد التسيير في المادة 56: «التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانتته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له. يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية. ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، تعوّض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.»

المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة يحدد بصفة جزافية دون أي إضافات أو علاوات إضافية مرتبطة بالإدارة الحسنة للمرفق العام على، عكس عقد الوكالة المحفزة الذي يكون فيه المبلغ المالي مشكل من عائدات يتقاضاها صاحب التفويض بصورة جزافية وثابتة من الجماعات العامة<sup>3</sup>.

فالمقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له في عقد التسيير يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف لها منحة إنتاجية<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> - حسام الدين بركبية، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، المرجع السابق، ص 566.

<sup>3</sup> - سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 264.

<sup>4</sup> - وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18.

ولا تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له بخصوص التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حيث يتم تحديدها مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة لوحدها والتي تحتفظ كذلك بالأرباح، فالمفوض له يقوم بمهمة تحصيل هذه التعريفات لحساب السلطة المفوضة. أما في حالة العجز التي من الممكن أن تلحق بالمفوض له خلال تسييره للمرفق العام فإن السلطة المفوضة تقوم بتعويض المسير بأجر جزافي، لأن عقد التسيير هدفه ضمان سير المرفق العام وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، فالمفوض له هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسييره<sup>1</sup>.

ويمكن للمفوض له تحصيل التعريفات وتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تقوم بدفع الأجرة المحددة في العقد، كما يمكن أن يحتفظ المفوض له بالإيرادات فإن زادت عن المبلغ المحدد في العقد يعاد الفرق إلى الشخص العام وإن نقصت عن المبلغ المحدد تدفع السلطة المانحة المبلغ المتبقي<sup>2</sup>.

يتميز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة في أن المقابل المالي يحدد في العقد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة تدفع من قبل الشخص العام إلى المفوض له ترتبط بنتائج الاستغلال. لذلك بعض الفقهاء الفرنسيين لم يدرجوا عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام، بالنظر إلى المقابل المالي على أنه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق العام ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير.

تحتفظ السلطة المفوضة في إطار اتفاقية التسيير بإدارة المرفق العام ومن ثمة فهي تمارس رقابة كلية على المرفق العام، وبالتالي فتحمل المخاطر لا يكون على عاتق المفوض له بل يقع على السلطة المفوضة.

في هذه الحالة، السلطة المفوضة المتعاقدة هي التي تتحمل المسؤولية الإدارية والمالية للمرفق محل التفويض، والمسير يظهر على أنه وكيل يتصرف باسم ولحساب السلطة المفوضة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 460.

<sup>3</sup> - Fouaz LADJELAT, Hatem DEBIH, "Les nouvelles modalités de gestion du service public en Algérie : défis et perspectives", revue repères pour les études juridiques et politiques, N°02, Centre universitaire Ali KAFI Tindouf, 2017, p.86

عقد التسيير هو عقد مبرم بين هيئة عمومية وشخص من القانون الخاص هدفه ضمان سير المرفق ولا يتحمل هذا الأخير (الشخص الخاص) أعباء البناء والتجهيز، بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام<sup>1</sup>.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن طريقة التسيير تبقى قريبة جدا من طريقة الوكالة المحفزة يصعب التفرقة بينهما من الناحية النظرية والعملية<sup>2</sup>.

أما عن مدة عقد التسيير فلا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيير، خمس (5) سنوات.

من خلال تعريف عقد التسيير، يتضح التشابه الكبير بينه وبين الوكالة المحفزة، بحيث أن كلا العقدين يتولى صاحب التفويض إدارة واستغلال المرفق وكذا تحصيل التعريفات من المستفيدين لحساب الشخص العام مانح التفويض، مقابل أجر يحدد في العقد ويدفع من طرف الشخص العام، كما يتشابهان في كون أن الشخص العام هو الذي يتولى إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، بحيث يقتصر دور صاحب التفويض على القيام بتسيير المرفق العام أو بالتسيير والقيام بأعمال الصيانة الضرورية للمرفق العام، كما يشتركان في مدة العقد، والتي تكون قصيرة فهي لا تتجاوز الخمس سنوات.

لقد حدد المرسوم الرئاسي 247/15 على سبيل المثال أهم الأشكال التي يمكن أن يتخذها تفويض المرفق العام، غير أنه يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير العقود التي تم الإشارة إليها، علما بأن المشرع الجزائري استعمل أسلوب مرن في صياغة نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، أين نجد المشرع قد ترك مجالا مفتوحا لتعدد أشكال تفويض المرفق العام، لمسايرة التطورات المستقبلية وعدم حصرها في أشكالها الأربعة، حيث نصت المادة: «...كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي...».

إذ يمكن أن تكون هناك عقود إدارية غير المسماة تتضمن تفويض مرفق عام من قبل السلطة المفوضة إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، وبالتالي فإن عقود تفويض المرفق

<sup>1</sup> -نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> -سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 264.

العام لا يمكن حصرها بمجموعة من العقود المسماة، وإنما كل عقد تتحقق فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام هو صورة من عقود التفويض<sup>1</sup>.

ما يمكن ملاحظته هو أن جميع أشكال وأساليب عقود تفويض المرفق العام تقوم على تفويض التسيير باستثناء عقد الامتياز الذي يمكن أن يكون فيه إنجاز أو اقتناء ممتلكات و/أو استغلال المرفق العام.

كما أن المرسوم التنفيذي 199/18 حدد أشكال عقود التفويض وفق مدى مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحملها، ونطاق السيطرة والرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المرفق. والمتمثلة في الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير، كما وضع لها المعالم والأطر القانونية التي تقوم عليها، ليبقى التطبيق العملي لها هو من سيفرز عن مدى نجاعتها وكذا الصعوبات أو النقائص التي من الممكن أن تطالها.

### **المطلب الثاني: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن المفاهيم وطرق التسيير المشابهة له**

إن تفويض المرفق العام أصبح يشكل فئة قانونية مستقلة، له نظامه القانوني الخاص الذي يميزه عن العديد من المفاهيم وطرق التسيير الأخرى.

مما لا شك فيه أن عقد تفويض المرفق العام قد يتداخل في المفهوم مع غيره من الأساليب المعتمدة من قبل الإدارة في تسيير المرافق العامة، ومع المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري، لذلك يتعين تمييزه عن غيره من المصطلحات والمفاهيم المشابهة له (الفرع الأول)، وكذلك تمييزه عن باقي طرق تسيير المرفق العام الأخرى (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة له**

إن استعمال تقنية تفويض المرافق العامة ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، طرح ضرورة تحديد التفرقة بين هذه التقنية وغيرها من المعاني والمصطلحات الأخرى المتداولة في هذا المجال، ذلك أن التفويض الإداري يمثل موضوعا مشتركا بين موضوعات القانون الإداري، ونخص بالذكر تفويض الاختصاصات الإدارية، الخصوصية، وكذا الصفة العمومية، على اعتبار أن هذه الأساليب تشترك فيما بينها في نقطة أساسية، ألا وهي المتعلقة بنقل الاختصاص أو تحويله وذلك حسب خصوصية كل أسلوب، وهو ما نقف على توضيحه وفقا للآتي:

<sup>1</sup> حسام الدين بركيبة: "تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر"، المرجع السابق، ص 262-263.

**أولاً: تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية**

إن مصطلح التفويض معروف في اللغة القانونية في مجال القانون الإداري، بارتباطه باختصاصات السلطة العامة. وانتقل مؤخراً إلى ميدان جديد يتعلق بتسيير المرافق العامة، بحيث بعدما كان هذا المصطلح ذو صلة بموضوع القرارات الإدارية، وبالتحديد بركن الاختصاص، تغيرت طبيعته القانونية في مجال تسيير واستغلال المرافق العامة ليشكل عقداً إدارياً، ضف إلى ذلك فإن مصطلح التفويض مصطلح جديد الاستعمال في اللغة القانونية قديم التطبيق، إذ يعبر عن علاقة قانونية قديمة الانتشار عرفت منذ ظهور عقد الامتياز<sup>1</sup>.

يعتبر تفويض الاختصاص استثناء اقتضته ضرورة المصلحة العامة بمفهومها الواسع، وقد ورد العديد من التعريفات لمفهوم تفويض الاختصاص، ولعل أهمها تعريف الأستاذ سليمان الطماوي، حيث يعرفه أنه: " إجراء يعهد بمقتضاه صاحب الاختصاص نقل جانباً أو بعضاً من اختصاصاته، سواء في مسألة معينة أو في نوع من المسائل، إلى فرد آخر أو سلطة أخرى"<sup>2</sup>.

ومنه نستنتج أن تفويض المرافق العامة والتفويض في السلطة الإدارية يشتركان في نقل الاختصاص من جهة إلى أخرى إلا أنهما يختلفان في المسائل الآتية:

1- من حيث الطبيعة القانونية لعملية التفويض، يتميز تفويض الاختصاص بطابعه الانفرادي، كونه عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة في شكل قرار إداري، يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد تفويض السلطة أم تفويض التوقيع، بينما تفويض المرفق العام الذي يأخذ شكل العقد يمتاز بطابعه الاتفاقي.

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

1- باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المرجع السابق، ص 92.

2- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 97.

3- التفويض في الاختصاص لا يكون إلا جزئياً بحيث لا يشمل كل اختصاصات المفوض، فلا يكون صحيحاً إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط، أما تفويض المرفق العام فإنه يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها إدارة واستغلال المرفق العام. فهو ليس محصوراً بمهمة أو عمل دون غيره<sup>1</sup>.

4- نجد أن المفوض إليه في تفويض الاختصاص لا يمكنه إعادة تفويض الاختصاصات التي فوضت إليه لغيره، وهو ما يجعل تفويض الاختصاص يتم دائماً على درجة واحدة، على عكس تفويض المرفق العام الذي يمكن فيه لصاحب التفويض التنازل الجزئي عن العقد لشخص ثالث، مع الالتزام بشرط أن تجوز الموافقة المسبقة من السلطة التي منحت التفويض وضمن الشروط والضوابط المحددة في القوانين والأنظمة وينود العقد.

5- يجوز في تفويض السلطة الإدارية تعديل السلطات المفوضة أو استردادها فيحق للرئيس الذي فوض الصلاحيات أن يقوم بتعديل نطاق التفويض كما يحق له الإلغاء. أما في تفويض المرفق العام فإن تعديل عقد التفويض ممكن أيضاً إلا أنه يقتضي أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون أن يؤدي إلى تغيير جوهر في موضوع العقد أو طبيعته ودون أن يحدث اختلال كبير في العقد، ومع ذلك يمكن إلغاء تفويض المرفق العام في حالات معينة كأن يخل المفوض له بالتزاماته<sup>2</sup>.

أثار التكريس التشريعي لمصطلح تفويض المرفق العام تساؤل حول مدى دقة استخدام هذا المصطلح، حيث صنف بعض الفقهاء أن استخدام المشرع الفرنسي لمصطلح تفويض المرفق العام اختيار غير موفق، على أساس الخلط الذي قد يحدثه هذا المصطلح مع مصطلح تفويض السلطة الذي يتعلق بالقرارات الإدارية، بالإضافة إلى عدم دقة هذا المصطلح لأن التفويض لا يرد على المرفق ذاته وإنما على إدارة المرفق العام، لذلك كان من الأصح استعمال عبارة تفويض تسيير المرفق العام، كون أن الشخص العام لا يفقد اختصاصه في مواجهة المرفق العام الذي تم تفويضه للغير، فالشخص العام يلتزم بمراقبة مدى احترام المفوض له لقواعد وإجراءات تسيير المرفق العام<sup>3</sup>. وبالرغم من الانتقادات الموجهة لمصطلح تفويض

<sup>1</sup> حسام الدين بركيبة، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، مجلة المفكر، ع 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص 568.

<sup>2</sup> سعاد رابح، المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> PIERRE DELVOLVER, "Les Contradictions de la délégation de service public" *AJDA*, N° 09, 1996, P678.

المرفق العام إلا أنه حظي بتكريس المشرع الفرنسي، وأصبح هو المصطلح السائد في كل التشريعات المقارنة<sup>1</sup>.

### ثانياً: تفويض المرفق العام والوكالة

تعرف الوكالة بالمعنى القانوني بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

يختلف مفهوم الوكالة في القانون الإداري عن مفهوم تفويض المرفق العام في العناصر الآتية:  
1- إن موضوع الوكالة ليس محصوراً بإدارة واستغلال المرافق العامة وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى حتى الأشغال العامة، في حين يحصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة واستغلال المرفق العام، كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض، أما الوكالة العامة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سياديه غير قابلة للتفويض، كمرفق الشرطة أو التعليم أو الصحة<sup>2</sup>.

2- يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه. أما في تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام واستغلاله على نفقته ومسؤوليته.

3- يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً وفقاً لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، أما في تفويض المرفق العام فلا يحق لمناح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقاً للمصلحة العامة أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم أو في حال حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية.

4- يتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه له الشخص العام الذي وكله، أما في ظل تقنية التفويض فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام.

<sup>1</sup> - عبد اللطيف محمد محمد، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> - صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي - تبسة، 2017/2018، ص 110.

**ثالثا: تفويض المرفق العام والتأهيل**

التأهيل هو تقنية تمكن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أن تعهد بإرادتها المنفردة بتفويض أحد الأشخاص سواء من الأشخاص العامة أو الخاصة، إدارة مرفق عام . ويجري التأهيل إما بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية أو بموجب نظام صادر عن السلطة التنفيذية أو بقرار صادر عن السلطة التقديرية لأحد الأشخاص العامة المستقلة. ويشترك عقد التفويض مع التأهيل في أنهما يشكلان وسيلة لإدارة المرافق العامة، إلا أن طبيعة العلاقة بين الشخص العام والشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام هي التي تحدد الفرق بينهما حيث يتسم تفويض المرفق العام بالطابع التعاقدية وذلك بقيام علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض، ويخضع طرفا العقد للأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض، أما في ظل تقنية التأهيل فإن العلاقة بين الشخص العام والشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام هي علاقة نظامية وليست تعاقدية<sup>1</sup>. يشترك التأهيل مع التفويض في أنهما يشكلان وسيلة لإدارة المرافق العامة غالبا ما يكون الشخص الذي يعهد إليه إدارة المرفق العام هو من أشخاص القانون الخاص، إلا أنهما مختلفان في عدة نقاط أهمها:

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

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

**رابعا: تفويض المرفق العام والصفقة العمومية**

تتشترك الصفقات العامة مع تفويض المرفق العام في الطبيعة القانونية باعتبارها عقد في الحالتين، والصفقة العامة تبرم غالبا مع أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين اللوازم

1 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 470.

والمواد وتقديم الخدمات وإعداد الدراسات والقيام بالأشغال التي تحتاج إليها الدولة، مقابل ثمن محدد في دفتر الشروط تؤدي إلى التعاقد مع الإدارة من قبل الشخص العام، أما التفويض فإنه يتضمن استغلال مرفق عام من قبل شخص آخر مقابل حصوله على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال.

أما الفرق بينهما يكمن في معيارين أساسيين هما:

### أولاً: معيار المقابل المالي

بالنسبة للمقابل المالي في الصفقات العمومية لا تكون له أي علاقة بمرودية استغلال المرفق، بل يكون عن طريق سعر تحدده الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين ويكون هذا السعر محدد في العقد، أما تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة استغلال المرفق، كما يقول الأستاذ Claudie "ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير"، في أغلب الأحيان هي إتوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة، وعليه فإن معيار كيفية دفع المقابل المالي هو معيار مغري لتفويض المرفق ومميز له عن الصفة العمومية.

### ثانياً: معيار الاستغلال

إن موضوع عقد التفويض هو استغلال مرفق عام ولا يوجد عقد تفويض إن لم يكن موضوعه نشاط شكل مرفقا عاما، أما الصفقات العامة فإن موضوع الصفة هو تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الدولة، والمبادئ العامة للصفقات العامة تسمح للمتعاقد مع الإدارة بأن يتولى تنفيذ جزء من مرفق عام، أي القيام بمهام أو خدمات للمرفق دون أن تبلغ إدارة واستغلال المرفق العام، كإدارة محطة توليد الطاقة في مرفق الكهرباء أو تنظيم الحاويات في المرافق البحرية.

### خامساً: تفويض المرفق العام والخصوصية

وفقاً للأمر 22/95 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية المعدل والمتمم<sup>1</sup>، أعطى المشرع للخصوصية مفهوم واسع إذ أنها تشمل على الخصوصية بنقل الملكية، ويقصد بها تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو بجزء منها أو كل رأسمالها أو جزء لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص.

<sup>1</sup> - الأمر 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995، المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية المعدل والمتمم

والخصوصة بنقل التسيير، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحول التسيير وممارسته وشروطه.

كما نظم المشرع الجزائري عملية الخصخصة في الأمر رقم 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها<sup>1</sup>، من خلال ما نصت عليه المادة 13: «يقصد بالخصخصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية...»

وقد أعطى المشرع معنى ضيق للخصخصة، حيث تراجع عن المفهوم الواسع لها وحصرها في معنى ضيق هو "نقل الملكية"، واستبعاد خصخصة التسيير، وبهذا أصبح معنى الخصخصة هو نقل الملكية فقط دون دمج عقود التسيير فيها.

ما يميز عقد تفويض المرفق العام عن عملية الخصخصة التي تعتبر صفقة تبرمها الإدارة مع طرف آخر من القطاع الخاص، وبمقتضاها تنقل له جزئيا أو كليا ملكية مشروع أو شركة عامة مملوكة للدولة، ومن آثار هذا العقد اعتبار هذا الطرف الآخر شريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه من رأسمال، أما في حالة نقل الملكية كليا فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع نهائيا.

بينما عقد تفويض المرفق العام لا يكون فيه نقل ولا خصخصة للملكية، إنما خصخصة التسيير واستغلال المرفق لمدة محددة من الزمن دون انقطاع صلة الإدارة بالمرفق نهائيا بل تبقى لها حق الرقابة والإشراف.

كما يهدف عقد تفويض المرفق العام إلى تحقيق المصلحة العامة بينما الخصخصة تهدف إلى تحقيق الربح.

يتضح من خلال هذا السرد البسيط للخصخصة في التشريع الجزائري أن تقنية تفويض المرفق العام هي بحد ذاتها خصخصة لكن ليس بالمعنى الواسع، بل فقط في الشق الذي ينصب على إدارة واستثمار مرفق عام من قبل أشخاص القانون الخاص، لكن هذا التعارض بين التفويض والخصخصة في معناها النقل للملكية ليس مطلق إذ تبقى هناك بعض نقاط الشبه بينهما نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر. ع 47 الصادرة في 23 أوت 2001.

- كل من الخوصصة والتفويض يؤديان إلى نقل عامل الاستثمار إلى شخص خاص وفق مجموعة من القواعد والإجراءات التي تحكم آليات اختيار المستثمر<sup>1</sup>.
- لا تعفي الخوصصة والتفويض حق السلطة العامة في الرقابة على النشاط الذي أصبح بيد القطاع الخاص. ففي الخوصصة هناك فكرة السهم النوعي الذي يسمح بتدخل الدولة في حال وجود مصالح وطنية عامة تستوجب الحماية.
- كل من الخوصصة والتفويض يؤديان إلى احتكار القطاع الخاص والذي ينجم عنه صغر في حجم القطاع العام، وهنا ننتقل من احتكار القطاع العام إلى الاحتكار الخاص.
- إن عائدات الخوصصة والتفويض تشكل عنصرا يدخل في السياسات المالية العامة للدولة والسلطة العامة، فالدولة عندما تنتهج سياسة الخوصصة أو التفويض فهي تهدف إلى حل مالي لخلق عائدات تستخدمها في سد عجزها، ومن ناحية أخرى في الحد من النفقات التي تتكبدها الدولة أو الجماعة العامة في مشروع عام لا يحقق ربحا.
- أما عن أوجه الاختلاف فهي عديدة أهمها:
- المستثمر في التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، بينما في الخوصصة فإن المستثمر لا يمكن أن يكون إلا من أشخاص القانون الخاص.
- في التفويض تبقى السلطة المفوضة صاحبة السلطة والرقابة والتنظيم على المرفق العام، لأن بتفويضها للغير إدارة واستثمار المرفق العام فهي لا تتخلى عنه ككيان في القطاع العام، إنما هي تعهد إلى الغير فقط وظيفة تسييره، لهذا تبقى السلطة العامة مسؤولة عن نشاط المرفق العام في حالات معينة والمالكة للمنشآت العامة، ويبقى المفوض له يستفيد من امتيازات السلطة العامة لأن المرفق العام هو ملك للدولة أو للجماعة العامة.
- بينما في الخوصصة فإن السلطة العامة ترفع يدها عن المرفق محل الخوصصة ويختفي دورها في التنظيم وتؤدي إلى تجريد المرفق محل الخوصصة من امتيازات السلطة العامة لأن بقاءها لا ينسجم مع دوره لاحقا في القطاع الخاص.
- تشكل الخوصصة حسب عدد كبير من الفقهاء تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، لأن الدولة تسعى إلى بيع المرفق العام بأعلى الأسعار تأميناً لمصلحة الخزينة وتجنباً

<sup>1</sup> حسام الدين بركيبة، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، المرجع السابق، ص 568.

للاتهامات المستقبلية في إهدار المال العام، أما المستهلك فمصلحته تكمن في دفع أقل الأثمان عند الاستهلاك، ويكمن التعارض أنه في حالة الخصوصية يرتفع ثمن الخدمة عن الثمن الذي كان يدفعه المستهلك قبل الخصوصية، بينما في التفويض تتدخل السلطة المفوضة في العلاقة بين المستثمر وتقرض في أغلب الأحيان تسعيرة الخدمة<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى ذلك في عقد التفويض تبقى السلطة المانحة للتفويض محتفظة بسلطة الرقابة والتنظيم على المرفق العام، ذلك أنها فقط تنقل وظيفة التسيير على العكس من ذلك بالنسبة للخصوصية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى

من الضروري تحديد هذه الطرق وتمييزها عن تفويض المرفق العام، لأن كثرة الطرق المعتمدة في التسيير قد تؤدي إلى الخلط بين المفاهيم، خاصة وأن مفهوم تفويض المرفق العام يؤطر مجموعة من العقود كفئة جديدة ومستقلة عن الطرق الأخرى المعتمدة في تسيير المرفق العام.

### أولاً: تفويض المرفق والإدارة المباشرة

يقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام أن تقوم الدولة أو الجماعة العامة بإدارة المرفق مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام. ويعرف كذلك بأنه التسيير المضمون من طرف الجماعة العمومية بنفسها، بوسائلها الخاصة، لا يملك المرفق العام استقلالية مالية، وليس له جهاز تسيير خاص به، ولا يملك شخصية معنوية مستقلة، وفي حالة نزاع مع الآخرين فإن مسؤولية الجماعة العامة هي التي تثار.

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

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

<sup>1</sup> حسام الدين بركبية، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، المرجع نفسه، ص 569.

<sup>2</sup> سعاد رايح، المرجع السابق، ص 86.

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

- يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرفق العامة المرتبطة به وفقا لقواعد القانون العام، ويمكن أن تعطي الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام الاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام. أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق العام باستقلال عن الشخص العام من الناحية الإدارية و المالية.

### ثانيا: تفويض المرفق العام والمؤسسة العمومية

تعرف المؤسسة العمومية بأنها الطريقة الوسطى لتسيير المرفق العام بين التسيير المباشر والتفويض<sup>1</sup>. وتتميز بمجموعة من امتيازات السلطة العامة لكنها بالمقابل تخضع لقيود مرتبطة بالقانون العام مثل الرقابة، المحاسبة، الصفقات العمومية... الخ.

كما تعرف أيضا بأنها (شخص إداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرفق العمومية من نفس الطبيعة).

ويعرفها الأستاذ أحمد محيو: بأنها هي شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو البلدية أو لشخص آخر<sup>2</sup>.

قد يختلط مفهوم المؤسسة العامة بمفهوم التفويض، على اعتبار أن الدولة وفي طريقة التسيير بالمؤسسة العامة تنشئ شخصا عاما مستقلا يعهد إليه مهمة إدارة المرفق العام، إلا أن المؤسسة العامة تتميز عن تقنية التفويض في عدة مسائل أهمها:

- إن العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام في تفويض المرفق العام هي علاقة تعاقدية، في حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة ذات الصلة ويمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما أو خاصا، ولكن المؤسسة العامة في علاقتها مع الشخص العام لا يمكن أن تكون إلا شخصا عاما، ومع الإشارة إلى أنه يمكن للمؤسسة العامة أن تكون هي صاحبة التفويض.

<sup>1</sup> - Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004, p 383.

<sup>2</sup> - أحمد محيو، ترجمة محمد صاصيلا، محاضرات في المؤسسة الإدارية، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص 443.

- يرتبط المقابل المالي في تقنية تفويض المرفق العام بنتائج استغلال المرفق العام، بينما في التسيير بالمؤسسة العمومية يمكن للدولة أن تمول المرفق عن طريق المساهمات والدعم المالي.

- يخضع صاحب التفويض لرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التفويض، في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على أعمال المؤسسة العامة بحيث لا تصبح نافذة إلا بعد المصادقة عليها من قبل سلطة الوصاية. ويخضع تفويض المرفق العام للنظام القانوني المحدد له ولبنود العقد، بينما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف يحدده المشرع سواء كان نص قانوني أو تنظيمي، وهو الذي يحدد صلاحياتها واختصاصاتها وهيكلها الأساسية.

### ثالثا: تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط

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

وما يمكن قوله أن شركات الاقتصاد المختلطة تشكل الأسلوب الثالث لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، الذي يأتي كحل وسط بين التدخل المباشر لأشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وبين تفويض إدارة المرفق.

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

- العلاقة بين شركة الاقتصاد المختلط وبين الشخص العام هي علاقة نظامية، بينما العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام هي علاقة تعاقدية.
- تعد الشركات المختلطة من أشخاص القانون الخاص وتخضع للأنظمة والقوانين الصادرة عن المشرع لاسيما لكيفية الإنشاء والنظام الداخلي الذي يحكمها، أما في تقنية تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص ويخضع في علاقته مع الشخص العام لبنود العقد والنظام القانوني الخاص بالتفويض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حسام الدين بركيبة، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، المرجع السابق، ص 569-574.

## رابعاً: تفويض المرفق العام وعقود البوت

يعد الظهور الأول لعقود البوت تحت هذه التسمية إلى بداية عقد الثمانينات من القرن الماضي<sup>1</sup>، نظراً لحدثة هذا النظام على المستوى الدولي وكونه يضم عدد من العناصر التعاقدية المختلفة فإنه ولغاية الآن لم يتم وضع تعريف موحد جامع ومانع لتعريف هذا النظام وتحديد ماهية العقود التي تندرج تحت هذا المسمى من غيرها من العقود<sup>2</sup>.

هذا الإصطلاح هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي: البناء (Build) والتشغيل (Operate) ونقل الملكية (Transfer) ويقابلها بالفرنسية مصطلح (C.E.F)، تمثل عقود (B.O.T) صوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية وتستهدف القيام بمشاريع ضخمة يعهد بها إلى إحدى الشركات للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيتها إلى الطرف الآخر سواء كان الدولة أو شخصاً معنوياً أو طبيعياً.

وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL): بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، أحد الإتحادات المالية، ويدعى "شركة المشروع" امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات فتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع، واستثماره تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة<sup>3</sup>.

وهناك أشكال مختلفة لعقود البوت (B.O.T) ، والذي يعني البناء والتشغيل ونقل الملكية، وإن كان هذا النوع يمثل الشكل الرئيسي، إلا أنه ليس الوحيد بل أن هناك أشكالاً أخرى اشتقت منه وسميت بعدة تسميات بالنظر إلى مدى تحويل أو نقل ملكية الأصول والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وما يرافق ذلك من مخاطر مالية وفنية وتجارية<sup>4</sup>.

1 - يعد الرئيس التركي الراحل (توركت أوزال) أول من استخدم هذا المصطلح للدلالة على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بمناسبة تنفيذ مشروع جسر البوسفور، ومن هنا شاع التعامل بهذه العقود في مختلف الدول حتى بلغ أوجه في نهاية القرن الماضي وخصوصاً بعد أن أصبحت الخصخصة عاجزة عن القيام بمثل هذه المشاريع. أنظر: أبو بكر أحمد عثمان، "عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، ع38، 2008، ص353-354.

2- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 32.

3- إلياس ناصيف، عقد B.O.T، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 81-82.

4 - للتعرف على هذه الأشكال أنظر: أبو بكر أحمد عثمان، "عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، المرجع السابق، ص 357 - 361.

لقد كان لهذا النوع من العقود نجاح كبير في الدول الأنجلوسكسونية بسبب مساهمة الشركات الخاصة في إنجاز البنى التحتية وتحملها تبعه المخاطر التي قد تترتب عنها في المدى الطويل من خلال استغلالها، كما تجنب الدولة الخسائر المالية التي تنجم عن إبرامها لعقود أخرى تتعلق بالأشغال العامة<sup>1</sup>.

أما عن العلاقة بين عقود تفويض المرفق العام وعقود البوت، يرى البعض من الفقهاء أن المفهوم الحديث لعقود تفويض المرفق العام يتضمن عقود البوت، غير أن الفرق بين عقود تفويض المرفق العام وعقود البوت تختلف من حيث موضوع العقد، حيث أن عقود البوت تمثل العديد من العمليات على عكس عقود التفويض بالرغم من وجود تشابه بينهما من خلال أهم صورة أو أسلوب وهو عقد الامتياز، لكون هذا الأخير يشمل الإنجاز والاستغلال معا أو الاستغلال فقط، غير أن عقود البوت كما ذكرنا سابقا تشمل البناء والتشغيل وتحويل المرفق بعد انتهاء المدة وغالبا ما تكون طويلة المدى، ومتعلقة بمرافق كبرى وإنجاز بنى تحتية ضخمة، كما أن شركة المشروع في عقد البوت تتحمل جميع المخاطر الأمر الذي يلزمها باللجوء إلى عملية التأمين<sup>2</sup>.

كما أن أوجه التشابه بين عقد البوت وعقد الامتياز تكمن في أن كلا العقدين يكون باسم المتعاقد وعلى مسؤوليته وتمويله، كما أنه يتقاضى أتاوى من طرف مستعملي المرفق خلال مدة العقد، وتكتفي السلطة المانحة بالرقابة على كيفية إنجاز و تسيير واستغلال المرفق.

### خامسا: تفويض المرفق العام وعقود الشراكة العمومية الخاصة (P.P.P)

تعرف هذه العقود على أنها ترتيب قانوني ومؤسساتي بواسطته يشترك القطاع العام ويتعاون مع القطاع الخاص من أجل إنتاج وتوزيع سلع وخدمات عمومية، ويحترم فيه مبادئ التنمية الاقتصادية والاجتماعية المشتركة بحيث لا يغلب أي جانب على الآخر، ويظم مختلف الصيغ التعاقدية كعقود الإدارة وعقود تأجير المرفق العام، عقود الامتياز وأنظمة البوت بمختلف أشكالها، التي تربط القطاع العام بالمستثمر الخاص ليتولى هذا الأخير التمويل والإدارة وتقع على عاتقه مسؤولية المخاطر التي كانت تقع من قبل على عاتق الدولة مع إتاحة الفرصة للدولة للقيام بوظائف الرقابة والتوجيه للاستثمارات وتحديد السياسات السعرية وسياسة استرجاع

<sup>1</sup> - محمد خليفي، المرجع السابق، ص17.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص18.

التكاليف وتدابير الدعم لبعض الأنشطة حتى تلك التي يتم إدارتها من طرف القطاع الخاص، فالمبدأ الأساسي في عقود الشراكة هو المساهمة المشتركة للقطاع العام والخاص وفق مهام ومسؤوليات محددة وتقاسم الأخطار المحتملة بصفة متوازنة بحيث يتحمل كل طرف في إطار المرونة التفاوضية المسؤولية والأخطار التي يتحكم فيها بدرجة أكبر بما يضمن مصالح جميع الأطراف المتدخلة (الدولة، المستثمر، المواطن أو المستهلك).

تعد عقود الشراكة من أحدث الطرق والأساليب التي تلجأ إليها الدولة لإدارة المرافق العامة بصورة حديثة لأن هذا النوع من العقود يؤدي إلى تكوين علاقة طويلة الأجل ما بين الإدارة والمتعاقد معها في النواحي الإدارية والمالية بغرض إنشاء مرافق تتعلق بالبنى التحتية أو بتنظيم المرافق العامة بدء من الإنشاء ثم الاستغلال والصيانة حتى نهاية فترة العقد<sup>1</sup>.

أما عن نشأة عقود الشراكة العمومية الخاصة (P.P.P) فقد كان تاريخ 1990 بمثابة تاريخ ميلاد عقود الشراكة في المملكة المتحدة البريطانية، ولم تكن تعرف بتسمية Public-Privé Partenariat وإنما بتسمية Private Finance Initiative (P.F.I)، والمصطلحان يشيران إلى نفس المضمون وينحصر في مشاركة القطاع الخاص في المؤسسات العامة والاستغلال والصيانة بمقابل مالي محدد في شكل مبالغ شهرية أو نصف سنوية.

كانت البداية في عهد حكومة "مارجرت تانتشر" حين أجرت بعض الدراسات التي نتج عنها السماح للقطاع الخاص بتمويل المؤسسات العامة لتخفيف العبء واقتسامه مع الميزانية العامة للدولة، أما التطبيق الفعلي لهذه العقود فكان سنة 1992 بعد إلغاء الحكومة للقواعد التي كانت سارية في عام 1989 والتي كانت تجعل الدولة هي الممول الأول والوحيد للمؤسسات والمنشآت العمومية<sup>2</sup>.

وكان الهدف من هذا النظام هو إحداث قواعد لبنى تحتية جديدة في المجالات الحيوية التي لها علاقة مباشرة مع المواطن كالصحة والتعليم ومياه الشرب من جهة وتخفيض الدين العام باللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل هذه المشاريع من جهة أخرى. ومما شجع على ذلك أيضا إلزامية احترام المقاييس الأوروبية التي فرضت على الدول الأعضاء خفض نسبة العجز في

<sup>1</sup> - نعيمة فوزي، غراس عبد الحكيم، "عقود الشراكة العمومية الخاصة في القانون الوضعي الحديث للنشأة والأهداف"، مجلة

القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة غيليزان، ع 1، (المجلد الأول)، جانفي 2010، (صص 123-133)، ص 125.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 126.

ميزانيتها إلى 30 % مما جعل الحكومة البريطانية ملتزمة بألا تزيد نسبة اقتراضها عن 60 % تطبيقاً لهذه التوجهات الأوروبية.

ومن ناحية أخرى جاء تطبيق هذا النوع من العقود متوافقاً وامتزانياً مع ما شهده العالم من تغيرات في بداية التسعينات نحو الخصوصية وفتح المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في الحياة الاقتصادية بعد أن ثبت أن سيطرة الدولة على القطاع الاقتصادي أدى إلى نتائج سلبية كبيرة على المدى الطويل، أهمها فقدان روح المنافسة التي هي من أهم ركائز النشاط الاقتصادي.

ومن إيجابيات عقود (P.F.I) المذكورة السماح للدولة باللجوء إلى التمويل الخاص في الإنشاء والاستغلال، وتطبيق الطرق الحديثة في إدارة المرفق العام دون فقدانها لأصل المرفق حيث تمارس رقابتها على هذا النشاط الخاص.

وابتداءً من عام 1994 وجد نظام (P.F.I) مجالاً للتطبيق الفعلي والعملي، فقبل هذا التاريخ كانت عقود Design Build Finance Operate (D.B.F.O) هي المطبقة بصورة أساسية في مجال مشروعات البنية التحتية المتعلقة بالطرق التي تدفع فيها الدولة نفسها رسوم استخدام هذه الطرق وليس المنتفع كما هو الحال في عقود الالتزام.

وفي نوفمبر 1994 قررت الحكومة عدم تقديم الدعم لتطبيق نظام (D.B.F.O) إلا بعد أن تدرس إمكانية تطبيق نظام (P.F.I) بدلاً من النظام القديم ولكن اعتباراً من سنة 1995، غير أن هذا النوع من العقود واجه مقاومة من قبل بعض الإدارات متحججة بعدم قناعتها بنجاح هذا النظام وعدم رغبتها في تغيير طريقة إدارتها للمرافق العامة. وأما مجال تطبيق (P.F.I) فكان بالخصوص في قطاع الصحة بسبب ما أقدمت عليه الحكومة آنذاك من تخفيض في ميزانيته، فكان لابد من دعوة القطاع الخاص إلى التدخل بسرعة من خلال تفعيل نموذج (P.F.I) المشار إليه آنفاً<sup>1</sup>.

أما في القانون الفرنسي، شرعت عقود الشراكة بمقتضى الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004<sup>2</sup>، والمسمى بالأمر المتعلق بعقود الشراكة. ثم صدر مرسوم رقم 1119-2004 المؤرخ في 19 أكتوبر 2004 باستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع

<sup>1</sup> - نعيمة فوزي، غراس عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص 127.

<sup>2</sup> - JO N° 14 du 19 juin 2004.

من العقود<sup>1</sup>، وعهد للجنة دعم تطبيق عقود الشراكة مهمة تقديم الخبرة والمساعدة في هذا المجال. والمرسوم رقم 1145-2004 المؤرخ في 27 أكتوبر 2004 لتطبيق المواد 3، 4 و7 من الأمر المشار إليه، والمرسوم 953-2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المعدل للمرسوم رقم 1145-2004 المؤرخ في 27 أكتوبر 2004 المشار إليه والمعدل بالمرسوم رقم 1740-2005 الصادر في 3 ديسمبر 2005، وأخيرا التعليمات الإدارية الصادرة في 29 نوفمبر 2005 بالإضافة إلى ذلك فقد تم إنشاء لجنة برلمانية سنة 2006 لدراسة هذه العقود ومقارنتها بالتشريعات الأوروبية وتقديم مقترحات لتطويرها على أسس الإفصاح، المنافسة والشفافية<sup>2</sup>.

تمثل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آخر حلقات التطور القانوني في إطار إدارة تسيير المرافق العامة، فعقد الشراكة يجمع بين القطاعين العام والخاص من أجل تحقيق هدف محدد يخضع لإجراءات يحددها القانون تتمثل في قيام المتعاقد (القطاع الخاص) بإنشاء وصيانة أحد مشاريع البنية التحتية مقابل الحصول على مقابل مالي يأخذ صورة الأجرة<sup>3</sup>.

### المبحث الثالث: نطاق وأطراف اتفاقية تفويض المرافق العامة

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا إذا شكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما، ويعرف المرفق العام بالنشاط الذي تباشره السلطة العامة لإشباع حاجة ذات نفع عام، وهذا هو المعنى المادي للمرفق العام، ويعرف بأنه هيئة عامة تعمل بانتظام على تزويد الجمهور بالحاجات العامة، والتي تستعين بسلطات الإدارة لتحقيق أهدافها وهذا هو المعنى العضوي للمرفق العام. يستدعي إجراء تفويض المرفق العام وجود المرفق العام باعتباره عنصرا جوهريا في عملية التفويض، كما يجب أن يكون هذا المرفق قابلا للتفويض.

إن تفويض المرفق العام باعتباره عقدا يفترض وجود أطراف متعاقدة، وهي السلطة المفوضة، مانحة تفويض المرفق العام، والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام، والذي قد يكون شخص من القانون العام أو الخاص، بالإضافة إلى ذلك نجد المستفيدين من المرفق العام.

وسيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى نطاق تطبيق تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم التعرف على أطراف عقد تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - JO N° 246 du 21 Octobre 2004.

<sup>2</sup> - نعيمة فوزي، غراس عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 129.

<sup>3</sup> - سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

**المطلب الأول: نطاق تطبيق تفويض المرافق العامة**

إن نطاق تطبيق عقود تفويض المرفق العام يختلف باختلاف طبيعة المرفق، وسابقا في ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز، كان المشرع يكرس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلا إذا نص القانون على ذلك، أما حاليا فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك، حيث لا توجد قائمة محددة للمرافق العمومية القابلة للتفويض والغير قابلة للتفويض، والمشرع لم يقدّر بتحديد طبيعة المرفق الخاضع للتفويض بشكل دقيق ومفصل، حتى بعد صدور المرسوم التنفيذي 199/18.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 من خلال المادة 207 قد ذكر عبارة "مالم يوجد حكم تشريعي مخالف لذلك"، أما بالنسبة للمرسوم التنفيذي 199/18 فأوضح الأمر بعبارة "المهام الغير سيادية". ومادامت المرافق التي تقوم بالمهام السيادية والغير سيادية غير واضحة، تكون هنا السلطة التقديرية ملك للدولة فقد ترى أن هذا المرفق هو حساس وهام وجب عدم تفويضه والعكس صحيح.

وعليه سنحاول التعرف على المرافق العامة القابلة للتفويض (الفرع الأول)، ثم المرافق العامة غير القابلة للتفويض (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: المرافق العامة القابلة للتفويض**

نعني بالقابلية للتفويض تلك المرافق التي تشكل ميدانا لتقنية التفويض في تسيير المرفق العام، جميع المرافق باختلاف أنواعها قابلة للتفويض من حيث المبدأ، ذلك أن أي قيد أو مانع على مبدأ جواز تطبيق تقنية التفويض يعلن عنه المشرع بموجب نص قانوني أو قد يكون موضوع اجتهاد قضائي وهو ما عبرت عنه المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 بـ: "... ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف".

رغم أن كلا من التشريع والاجتهاد أجاز تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها، إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبيا وتبقى المرافق العامة ذات الطابع الاستثماري الاقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض، دون أن نستبعد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 227.

لذا يمكن أن نميز نوعين من المرافق العامة على الصعيدين المحلي والوطني مرافق عامة قابلة للتفويض، وأخرى غير قابلة للتفويض.

لقد دل الاستقراء على أن القليل من المجالات مستبعد من نطاق تطبيق عقد تفويض المرفق العام. وتشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماته<sup>1</sup>.

ويمكن تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة ذات الطابع الإداري، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على إمكانية تفويض إدارة المرافق العامة الإدارية وليس فقط المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وذهب الفقه الفرنسي إلى البحث في مدى قابلية المرافق العامة التي تتمتع بالطابع الاجتماعي والثقافي للتفويض، خصوصا أن قانون سابان Loi Sapin لم يستبعد هذه المرافق من مجال تطبيقه. وصدر تعميم وزاري في عام 1998 أكد على إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق الاجتماعية<sup>2</sup>.

وعلى المستوى المحلي نجد أن المشرع الجزائري قد قام بتحديد المرافق العامة القابلة للتفويض بموجب القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية في مادته 149، والقانون 07/12 المتعلق بالولاية.

من حيث المبدأ، فإن جميع المرافق العمومية إدارية كانت أو صناعية وتجارية قابلة لأن تكون موضوعا لتقنية التفويض، وهذه القابلية قد يعبر عنها بالنص أو وفقا للاجتهاد القضائي، والعكس صحيح، فالمنع أو القيد في تطبيق هذه التقنية في مرفق عمومي قد يكون وارد في نص قانوني أو عن طريق الاجتهاد القضائي<sup>3</sup>.

1 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 444.

2 - المرجع نفسه، ص 444.

3 - خالد مسعودي، مرئق المرفق العمومي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 47.

بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية، وبحكم القانون المختلط المطبق عليها، فإنها أسهل للتفويض، ويتشجع الخواص لتسييرها بسبب ربحيتها، أما المرافق الإدارية، وبالنظر لخصوصيتها، فإنها تطرح بعض الإشكالات<sup>1</sup>.

خلافًا لما يظنه البعض، فقد كرس الاجتهاد القضائي الإداري خاصة في فرنسا، ومنذ فترة طويلة قابلية المرفق العمومي الإداري للتفويض، وذلك عندما اعترف للخواص بإدارتها، وأولى هذه القرارات كانت في قضية TERRIER، حيث وصف القضاء مهمة المتعاقد مع الجماعة المحلية من أجل التخلص من الأفاعي القائلة بأنها امتياز لمرفق عام إداري<sup>2</sup>.

وهو ما تم تأكيده في عدة مرات لاسيما في قضيتي Société des établissements Vezia وكذا رأيه في 1986/10/07 غير منشور، والذي جاء فيه: "الطابع الإداري لمرفق عام لا يمنع الجماعة المحلية من تفويض تنفيذه إلى أشخاص خاصة، شرط أن لا يدخل المرفق ضمن الفئات التي يستلزم ضمانها من طرف الجماعة المحلية بنفسها بسبب طبيعتها أو لإرادة من المشرع"<sup>3</sup>.

فعملاً بهذا الاجتهاد فإن القضاء الإداري الفرنسي قد أوجد استقلالية قانونية بين طبيعة المرفق العمومي من جهة وطريقة إدارته واستثماره من جهة أخرى، وهو ما سايره فيه الفقه، حيث أن أغلب الفقهاء في هذا المجال يرون أنه لا يوجد ما يمنع المرافق العمومية الإدارية من أن تكون موضوعاً للامتياز<sup>4</sup>.

جميع المرافق باختلاف أنواعها قابلة للتفويض من حيث المبدأ، ذلك أن أي قيد أو مانع على مبدأ جواز تطبيق تقنية التفويض يعلن عنه المشرع بموجب نص قانوني أو قد يكون موضوع اجتهاد قضائي، وهو ما عبرت عنه المادة 207 من الرسوم الرئاسي 247/15 بـ: «... مالم يوجد حكم تشريعي مخالف». رغم أن كلا من التشريع والاجتهاد أجازا تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها، إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبياً وتبقى

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، المرجع السابق، ص 135.

<sup>2</sup> - خالد مسعودي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> - « Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même ». Disponible sur : [http://alainvanzella.fr/images/files/avis\\_CE\\_7-10-1986.pdf](http://alainvanzella.fr/images/files/avis_CE_7-10-1986.pdf)

<sup>4</sup> - خالد مسعودي، المرجع السابق، ص 48.

المرفق العامة ذات الطابع الإستثماري الإقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض، دون أن نستبعد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق<sup>1</sup>.

تجد فكرة ملاءمة المرافق العامة الاقتصادية للتفويض أساسها في فكرة الاستثمار خاصة إذا تعلق الأمر بطرق التسيير عن طريق الإمتياز أو الإيجار مثلا، وما يرتبط بها من نتائج مالية والأرباح والمخاطر التي يتحملها المستثمر، مما يجعل المرافق العامة الاقتصادية مشابهة للمشاريع الخاصة من حيث مصادر التمويل والتقنيات والطرق المالية والمحاسبية المتبعة. ومن قبيل المرافق الاقتصادية التي كانت موضوع تفويض في التشريع الجزائري نذكر ما يلي<sup>2</sup>:

- القانون رقم 03/2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية<sup>3</sup>، والذي يجيز فيه إمكانية إستغلال شبكات عمومية أو منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية، وتوفير خدمات الإتصالات والذي يمكن أن يأخذ شكل رخصة أو ترخيص أو تصريح بسيط<sup>4</sup>، والذي يتم بحسب دفتر شروط يلتزم به المتعامل الذي يرسو عليه المزاد بعد الدعوة للمنافسة.

- القانون 12/05 المتعلق بالمياه<sup>5</sup>، الذي يعد من أهم المرافق، والذي يرسى فيه المشرع أحكام النظام القانوني لإستغلال الموارد المائية بموجب أحكام الباب الخامس، وذلك عن طريق عقدين إداريين الأول يتمثل في عقد الامتياز والثاني بموجب عقد الرخصة وذلك ضمن أحكام المواد 74 و 76 على التوالي.

- القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات<sup>6</sup>، الذي يجيز منح إمتياز توزيع الغاز والكهرباء تطبيقا لأحكام المادة 73 منه.

1 - صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 159-160.

2 - المرجع نفسه، ص 160.

3 - القانون 03/2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 05 أوت 2000، ج.ر.ع 48 الصادرة في 06 أوت 2000.

4 - المادة 28 وما يليها من أحكام القانون 03/2000.

5 - القانون 12/05 المتعلق بالمياه المؤرخ في 04 أوت 2005، ج.ر.ع 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم.

6 - القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرخ في 05 فيفري 2002، ج.ر.ع 08 الصادرة في 06 فيفري 2002.

أما بالنسبة للمرافق العمومية المحلية فإن كل من قانون البلدية والولاية ومنذ سنة 1967 قد نصا على الإمتياز، لكن كطريقة إستثنائية لتسيير المرافق العمومية المحلية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المرافق غير القابلة للتفويض

جميع المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت ذات طابع تجاري أو صناعي أو إداري، إلا بعض المرافق المستثناة بسبب خصوصيتها وطبيعتها الخاصة وهذا ما أكدته القرار الصادر في 1986 من مجلس الدولة الفرنسي حيث أشار إلى المرافق الغير قابلة للتفويض بسبب طبيعتها الخاصة، وقد أكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 إمكانية تفويض المرافق العمومية ما لم يوجد حكم مخالف لذلك.

ومن المرافق غير القابلة للتفويض المرافق السيادية والتي ترتبط وظائفها بسيادة الدولة كمرفق الدفاع الوطني والأمن والعدالة، فطبيعتها الخاصة تدخل في السلطة العامة للدولة ولا يمكن توكيلها للخواص.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا توجد لائحة محددة وشاملة بالأنشطة التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد تفويض المرفق العام. إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددا مجموعة من الضوابط للمرافق العامة القابلة للتفويض، وهي<sup>2</sup>:

1- لا يجوز تفويض إدارة واستغلال المرافق العامة الدستورية، نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها، كمرفق الدفاع والعدل والشرطة والتعليم والصحة.

2- يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرافق العامة الدستورية كأن يتم تفويض إدارة المطاعم في مرفق التعليم. ولا يجوز أن يؤدي إبرام العقد إلى تفويض إدارة المرفق برمته وليس بعض الأنشطة الملحقة به. وأكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على أن المؤسسات العامة الصحية لا تستطيع تفويض إيواء المرضى إذا كان هذا الإيواء يتضمن العناية الصحية، على اعتبار أن هذا النوع من الإيواء يشكل أحد العناصر الأساسية للمرفق، في حين يمكن تفويض الإيواء الفندقية الذي لا يتضمن الإشراف الطبي.

3- لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية المناطة بالأشخاص العامة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحياتها الزراعية إلى أحد

1 - صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص161.

2 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص445-446.

أشخاص القانون الخاص، كما لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط، ولا يجوز تفويض عدد المهام الأساسية التي يقتضي على الدولة والأشخاص العامة القيام بها كالانتخابات والأحوال الشخصية<sup>1</sup>.

4- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي تحتكر إدارتها واستغلالها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كمرفقي توزيع الغاز والكهرباء في فرنسا. كما أن المشرع قد يحدد طرق معينة لإدارة بعض المرافق، وبالتالي لا يجوز إدارة هذه المرافق إلا وفقا لهذه الطريقة، كاعتماد طريقة الشركة المختلطة أو المؤسسة العامة لإدارة مرفق معين.

5- لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي.

وتجد هذه المسألة أساسها في الاستثناء الوارد في نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15، وقبله الاجتهاد الفرنسي الذي وضع استثناء فيما يخص المرافق العامة الإدارية في رأي مجلس الدولة الفرنسي الذي تضمن تحفظات على مبدأ قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض، نظرا لطبيعة هذه المرافق. وفي حال عدم وجود قائمة تحدد المرافق العامة غير القابلة للتفويض لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام، كما أن المنع يرد كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته<sup>2</sup>.

يرى الأستاذ "جون ماركو" بأن تفويض المرفق العام لا يخص المرافق الإدارية بل هي مستبعدة من التفويض لكن تبقى المعايير غير واضحة لتمييز المرافق الإدارية القابلة للتفويض. حيث توجد زمرة من العقود تستبعد من تفويض المرفق العام وذلك نظرا لخصوصيتها وطبيعتها وهي:

### أولا: المرافق السيادية

فالمرافق السيادية تعتبر من المرافق الوطنية الإدارية غير القابلة للتفويض، باعتبارها تضطلع بوظائف ترتبط بسيادة الدولة، مثل مرفق الدفاع الوطني، العدالة، الشرطة، الدرك الوطني... إلخ

<sup>1</sup> - ياسين مقدم، "عقد التسيير المفوض"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، ع 02، جانفي 2020، ص 139.

<sup>2</sup> - صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 163.

وهذا يعود إلى أن ميزة وطبيعة هذه العقود التي تدخل في السلطة العامة للدولة لا يمكن توكيلها للخواص نظرا لحساسيتها وأهميتها.

فمثلا المهام المنفذة من قبل الجماعات المحلية كممثلة للدولة هي غير قابلة للتفويض، وهي نشاطات تدخل في امتيازات السلطة العامة للدولة وبذلك لا يمكن تنفيذها من طرف الخواص، مثلا: المهام المتعلقة بالحالة المدنية، الانتخابات، التزامات الخدمة الوطنية، فهي ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض<sup>1</sup>.

### **ثانيا: المشروعات المجانية**

هذا النوع من المشروعات يجب أن تكون مجانية وعلى عاتق الدولة مثل: مجال التعليم، مجال الصحة... إلخ بحيث تقوم الدولة بتقديم خدمات للمواطن مجانا دون دفع مقابل مالي حيث أنه في هذا الإطار أو المجال لا يمكن أن تكون هذه المجالات محلا للتفويض. ولقد أبدى مجلس الدولة رأيا في هذا الشأن في 14 أكتوبر 1980، حيث أكد وأقر على أن هذا النوع من العقود لا تشكل التزامات مرفق عام، لأنها تقتقد إلى العنصر الأساسي ألا وهو أن يدفع المستفيدون مقابلا للملتزم مقابل تقديم الخدمة لهم، وأن هذا العنصر هو الذي يميز التزام المرفق العام، وانتهى الرأي إلى اعتبار هذه العقود من عقود الخدمات. وفي حال عدم وجود قائمة تحدد المرافق العامة غير القابلة للتفويض لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام، كما أن المنع يرد كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته<sup>2</sup>.

### **أ- الأساس الدستوري:**

يمكن تعريف المرفق العام الدستوري على أنه المرفق العام الوطني ذو الطبيعة الإدارية، لا يقوم على فكرة الإستثمار وما يرتبط بها من نتائج مالية، لكونه يمثل المهام الأساسية للدولة التي قد ترتبط أساسا بسيادة الدولة. ومن قبيل المرافق التي يشملها المنع:

- المرافق الدستورية السيادية: ومنها الجيش فتحرص معظم الدساتير على احتكار السلطة السيادية إنشاء القوات المسلحة، وعدم السماح بتكوين مليشيات خارج هذا الإطار، كذلك مرفق القضاء الذي يعد من المرافق الدستورية السيادية التي تختص بها الدولة حصرا، أما بالنسبة

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 163.

لمرفق الشرطة الذي يعد مرفقا دستوريا كذلك تحظر دساتير الدول تفويض مرفق الشرطة للقطاع الخاص، أما مرفق السجون فأصبح في الآونة الأخيرة قابلا للتفويض في تجارب لبعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا.

• المرافق الدستورية غير السيادية: وهي تلك المرافق التي تتصل بإشباع حقوق اجتماعية وثقافية مكفولة دستوريا، ومن أمثلة ذلك مرافق التعليم والصحة والمساعدات الاجتماعية، رغم أن هذه الأخيرة أصبحت تقبل وجود مبادرات القطاع الخاص في تحقيقها، ينص الدستور الجزائري على أن مرفق التعليم مجاني ضمن أحكام المادة 65<sup>1</sup>، وكذلك تضطلع الدولة بتحقيق مرفق الصحة وفقا لنص المادة 66<sup>2</sup>.

### ب- الأساس التشريعي:

وجب التأكيد على أن المنع يكون بموجب نص قانوني لا تنظيمي، ذلك أنه إذا كان بإمكان السلطة المفوضة تنظيم تقنية التفويض عن طريق دفتر الشروط بوضع قيود على حرية التعاقد مثلا، إلا أن ذلك لا يجيز لها منع مرفق عام أن يكون موضوع لتقنية التفويض<sup>3</sup>. ولقد عبر الاجتهاد الفرنسي عن المنع وفقا لنصوص قانونية في عدة قرارات قضائية نذكر منها: Syndicat des psychiatres français، حيث رفض مجلس الدولة تفويض مرفق عام إداري لوجود حظر بموجب نص قانوني<sup>4</sup>. أما الاجتهاد القضائي الجزائري فإنه لم يتطرق لمسألة تفويض المرافق العمومية، عمد المشرع إلى سن قوانين منع من خلالها صراحة تفويض تسيير المرفق العام، نذكر منها قانون النقد والقرض الذي يمنح بنك الجزائر دون غيره امتياز إصدار النقد دون سواه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 2 من القانون 11/03 المتعلق بالنقد والقرض<sup>5</sup>،

1- نص المادة 65 من الدستور: «الحق في التعليم مضمون. التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري. تنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني.»

2- نص المادة 66 من الدستور: «الرعاية الصحية حق للمواطنين. تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها. تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين.»

3- صالح زمال بن علي، «أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري»، المرجع السابق، ص 164.

4- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 243.

5- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، تنص المادة 2 فقرة 2 و3: «يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني، ويفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه...»

بالإضافة إلى وجود حالات احتكار طبيعية حصرية في بعض المجالات، نذكر منها على سبيل المثال مرفق الغاز والكهرباء الذي ينظمه القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات<sup>1</sup>، لا سيما المادة 29 منه التي تنص على أنه: «تعد شبكة نقل الكهرباء احتكاراً طبيعياً، ويتم تسييره من طرف مسير وحيد».

### المطلب الثاني: أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام

تشكل تقنية التفويض تعبيراً لعلاقة ثلاثية الأطراف. فهي تبدأ في العلاقة القائمة بين الجماعة العامة مانحة التفويض تعبيراً لعلاقة ثلاثية الأطراف. فهي تبدأ في العلاقة القائمة بين دخول الأولى في علاقة مباشرة مع شخص آخر عهدت إليه مهمة تحقيق المرفق العام يدعى "المفوض له" (الفرع الثاني)، لتنتهي في علاقة ما بين الأخير من جهة والمنتفع من جهة أخرى وهم "مستخدمي المرفق العام" (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: السلطة المفوضة

إن المرفق العام لا يمكن أن يفوض إلا إذا صدر قرار إبرام عقد التفويض والسلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك السلطة التي يدخل المرفق في اختصاصها<sup>2</sup>. لا يمكن الحديث عن تقنية تفويض المرفق العام بدون وجود قرار تفويض، ولا يمكن ذكر قرار تفويض بدون سلطة التفويض، وهي التي يدخل المرفق وتسييره وإدارته ضمن اختصاصها فالسلطة المفوضة هي شخص معنوي خاضع للقانون العام يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو مؤسسة عامة ذات طابع إداري والمسؤولة تنظيمياً عن المرفق.

تعرف السلطة المفوضة بأنها شخص معنوي خاضع للقانون العام، مختصة بإصدار قرار إبرام عقد التفويض ويدخل المرفق في اختصاصاتها، كما أنها هي التي تقدر المصلحة العامة في تفويض المرفق أم لا.

وباستقراء نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن السلطة المفوضة تتمثل في: الجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام.

<sup>1</sup> القانون 01/02 المؤرخ في 5 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، ج.ر ع 8 الصادرة بتاريخ 6 فيفري 2002.

<sup>2</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 103

ووفقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي 199/18، يمكن أن تكون السلطة المفوضة عبارة عن مجموعة من الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام في إطار تجمع. حيث يقومون بتعيين ممثل عنهم ضمن التجمع، بموجب "اتفاقية". ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة، ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام.

فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق.

ونصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: «يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.»

لم يحدد المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام تشكيلة السلطة المفوضة واكتفى بذكر هذه الجهات (الجماعات المحلية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري)، وقد أشار إلى ذلك من خلال المادة الرابعة من هذا المرسوم، وهنا يجب تحديد من هو المسؤول الرئيسي عن مرفق الجماعات المحلية فبالنسبة للبلدية يتمثل في رئيس المجلس الشعبي البلدي، والوالي بالنسبة للولاية أما عن المؤسسة العمومية هو المدير العام أو المدير، أما بالنسبة للمرفق العام المسير وفقا للتجمع فتعين الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام بموجب اتفاقية ممثلا عنهم ويحوز على صفة السلطة المفوضة، وينوب عن أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

وما يعاب عن تشكيلة السلطة المفوضة التي جاء بها المرسوم التنفيذي 199/18 من خلال المادة الرابعة منه أنها غير محددة الأطراف (الأفراد) والمؤهلات الواجبة توفرها فيهم وتم ذكرها بصفة عامة، كما لم تتطرق المادة إلى أدوار المجالس المنتخبة من طرف الشعب، هل تعتبر كجهة مسؤولة عن المرفق شأنها شأن رئيس السلطة المفوضة، كما تم إغفال دور مجلس الإدارة والمجلس التنفيذي بالنسبة للمؤسسات ذات الطابع الإداري.

<sup>1</sup> فوزيل شريط، مصطفى رباحي، "صلاحيات السلطة المفوضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقا للمرسوم 199/18"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر، المجلد 30، ع 3، ديسمبر 2019، ص 248.

كما يلاحظ أن الجهة المسؤولة عن المرفق العام (القيادة) قبل تفويضه والتي يمكن أن نقول لو أنها لم تحقق في تسيير وإدارة المرفق العام لما تم اللجوء إلى تقنية التفويض، وهي نفس الوجوه التي منحها المرسوم التنفيذي 199/18 القيادة والإشراف على التفويض، فكيف لشخص فاشل أن يقيم ويختار الأشخاص الخاصة التي تقدم العروض؟

أما بالنسبة لرئيس السلطة المفوضة فيلاحظ عدم الثبات في منصبه حسب الحالة سواء كان بانتهاء العهدة الانتخابية أو التغيير بموجب مرسوم رئاسي ما يؤدي إلى تغير الآراء والخطط وتعارض في الأفكار، والمسؤول الجديد يلغي خطط وبرامج المسؤول السابق والذي بدوره يؤثر حتى على الأعضاء ويبرز تأثيراتها في العقود الطويلة نوعاً ما<sup>1</sup>.

### أولاً: الدولة

من بين المرافق التي تفوضها الدولة نجد المرافق ذات الطابع الوطني، والمؤسسات الوطنية فهي بذلك مرافق قابلة للتفويض، إضافة إلى المرافق الإدارية مثل (الطرق السريعة) عكس المرافق السيادية الدستورية الغير قابلة للتفويض مثل: (العدالة، الأمن، السلطة). فالدولة شخص معنوي يمكن أن يفوض المرافق ذات الطابع الوطني والمؤسسات الوطنية والمرافق الإدارية، وبالمقابل فإنه لا يجوز تفويض بعض المهام الخاصة بالأشخاص العامة (العدالة - الأمن - ... الخ)، وهذا لكي لا تتخلى الدولة عن مهامها الأساسية في تسيير مصالحها، ونجد أن المشرع الفرنسي على سبيل المثال لا يجيز تفويض سلطة "الضبط" كامتياز من امتيازات السلطة العامة<sup>2</sup>.

### ثانياً: الجماعات المحلية

بالرجوع إلى المادة 17 من الدستور نجد أن "الجماعات المحلية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية "

ومن خلال هذه المادة فإن الجماعات المحلية تتمثل في كل من الولاية والبلدية، بحيث يمكن لكل منهما إبرام اتفاقية تفويض المرافق العامة بغرض تحقيق الصالح العام وتحقيق التنمية المحلية، فعند قيام الولاية بإبرام اتفاقية التفويض فإنّ الوالي هو الذي يمثلها وذلك بعد

<sup>1</sup> - فوضيل شريط، مصطفى رياحي، المرجع نفسه، ص 248 - 249.

<sup>2</sup> - عثمان بن دراجي، المرجع السابق، ص 187.

مصادقة المجلس الشعبي الولائي على ذلك، أما بالنسبة للبلدية فيمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد مصادقة المجلس الشعبي البلدي.

أعطى القانون الصلاحية للجماعات الإقليمية بتفويض المرافق العمومية حيث بإمكانها منح تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، إذ تبرم عقود تفويض المرفق العام إذا كانت تحقق المصلحة العامة.

### ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام التي تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين، بحيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية<sup>1</sup>: "يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي".

وقد جاء ذكرها أيضا في المرسوم الرئاسي 247/15، فيمكن لهذه المؤسسات العمومية أن تفوض تسييرها إلى أشخاص القانون الخاص، وجهات أخرى كالجمعيات أو شركات ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تخضع للقانون العام والقانون الخاص.

هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام، هدفها تقديم خدمات عمومية للمواطن والمنشأة بموجب القانون فهذه المؤسسات كشخص عام يمكن لها أن تفوض إلى أشخاص القانون الخاص تفويض التسيير ما لم يوجد نص تشريعي مخالف.

### رابعا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية

نص عليها القانون 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية، في الفصل الثالث تحت عنوان المؤسسة العمومية البلدية في كل من المادتين 153 و 154، حيث جاء في نص المادة 15: "يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها"، ونصت المادة 154 على أنه: "تكون

<sup>1</sup> - الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر. عدد 46 الصادرة في 16 جويلية 2006.

المؤسسات العمومية ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري ويجب على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن توازن بين إيراداتها ونفقاتها .  
كما نص عليها القانون 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، و ذلك في المواد 146 و 147 تحت عنوان المؤسسات العمومية الولائية، حيث جاء في نص المادة 147 بأنه: "تأخذ المؤسسة العمومية الولائية شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حسب الهدف المرجو منها".

وعليه تعتبر الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها من المعنيين الأوائل بهذا النمط لتسيير المرفق العام، حيث يمكن اللجوء إليه عند تنفيذ مختلف مهام المرفق العام التي يقع تسييرها على عاتقها قصد التكفل بمايلي:  
التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة،  
النفائات المنزلية والفضلات الأخرى،... إلخ<sup>1</sup>.

كذلك بالنسبة لقانون الولاية اين يمكن للولاية أن تنشئ مصالح عمومية ولائية، تتكفل على وجه الخصوص بما يلي:

- الطرق والشبكات المختلفة... إلخ<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : المفوض له

إن المفوض له هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام، على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به، فيمكن أن يكون المفوض له شخصا طبيعيا أو معنويا<sup>3</sup>، أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية .

يشترط في المفوض له وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 199/18 أن يكون شخصا معنويا سواء من القانون العام أو الخاص، وينبغي أن يكون خاضعا للقانون الجزائري. في حين أنّ المرسوم الرئاسي لم يميز في الطبيعة القانونية للمفوض له، فحسبه يمكن أن يكون شخص من القانون العام أو الخاص سواء معنوي أو طبيعي ، وطني أو أجنبي.

1 - المادة 149 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية

2 - المادة 141 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية

3- محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 109.

المفوض له شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري، بمعنى أن النص يستبعد الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الأجنبي.

حدد المرسوم التنفيذي 199/18، عدة شروط يجب أن تتوفر في الشخص المفوض له وهي:

- التفويض لا يكون إلا للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري<sup>1</sup>، وأن يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين<sup>2</sup>.

- وعندما تكون المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قادرة على القيام بما يتطلبه موضوع تفويض المرفق العام فإنه يتعين على السلطة المفوضة إعطاءها الأولوية في منح التفويض، في محاولة مستمرة من المشرع الجزائري لتشجيع هذه الأخيرة<sup>3</sup>.

- القدرة على تحمل مسؤولية التفويض، لذا لا بد من مراعاة قدراتهم المهنية والمالية والتقنية في انتقائهم أول مرة، و التأكد منها بكل الوسائل الممكنة.

- التزام المفوض له بالتنفيذ الشخصي وذلك استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية وقد نص المشرع في هذا الصدد أنه: «لا يمكن المفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة. ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خصّ به المفوض له، موضوع مناولة بصفة كلية.»<sup>4</sup>

- أن لا يكون المترشح للمشاركة في عقد التفويض في حالة من حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة، والتي أحالت المادة 47 من المرسوم التنفيذي 199/18 إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

كما أنه يمكن للمفوض له أن يكون تجمع وهو المنظم بمقتضى أحكام القانون التجاري في المواد 796 إلى 799 مكرر، استنادا للمادة 5 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي

<sup>1</sup> المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> المادة 22 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>3</sup> المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>4</sup> المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18.

تنص على ما يلي: "يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام في إطار تجمع...".

ويطلق عليه كذلك صاحب التفويض، بحيث يتم تحويل له مرفق عام عن طريق اتفاقية تفويض المرفق العام، مضمونها تسيير المرفق العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18 السابق الذكر، نجد أنه قد تم حصره في شخص معنوي قد يكون عام أو خاص، شريطة أن يكون خاضع للقانون الجزائري (بمعنى له موطن وعنوان، له قانون أساسي وهذا بالنسبة للشركات التجارية، ويكون في شكل شركة أو مؤسسة أو تجمع، سواء كان أجنبي أو وطني).

### 1- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

تعتبر المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، أكثر الأشكال شيوعا لتدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وهو شكل ورثته الجزائر من النظام الاستعماري يقوم أساسا على جهازين أساسيين أحدهما للمداولة والآخر للتنفيذ، مجلس الإدارة والمدير.

تخضع لنظام قانوني مختلط، يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها، حيث تخضع لقواعد القانون العام في علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي، وتخضع لقواعد القانون الخاص في علاقتها مع الغير، ويختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإغائها.

ومن أمثلتها المؤسسة الوطنية للكهرباء والغاز، المؤسسة الجزائرية للمياه، الوكالة الوطنية للسياحة.

### 2- الشركات التجارية

قد يأخذ المفوض له شكل شركة تجارية، أي شخص من أشخاص القانون الخاص، غير أن التفويض يكثر بشكل ملحوظ في شكل شركات الاقتصاد المختلط<sup>1</sup>.

### 3- شركات الاقتصاد المختلط

هذه الشركات عبارة عن شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأسمالها وإدارتها أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة، بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام.

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع سابق، ص110.

وعليه نجد في كثير من الأحيان أن شركات الاقتصاد المختلط أصبحت تستعمل كأسلوب الاستغلال المباشر والامتياز.

#### 4- الجمعيات أو التجمعات المهنية

يمكن للسلطة المفوضة أن تمنح استغلال المرفق العام لهذه الجمعيات أو التجمعات المهنية ذات الصلة بالنشاط ونوعية التخصص الذي تمارسه هذه الجمعيات المهنية، والتي يرتبط عملها بصورة قانونية بأعمال المؤسسة التي تقوم باستغلالها.

تنشأ الجمعية باتفاق جماعة من الأشخاص الراشدين على تحقيق هدف غير مادي، قد يكون هدفا خيريا، أو ثقافيا، أو علميا، أو رياضيا، مواردنا تتكون من اشتراكات أعضائها، العائدات المرتبطة بأنشطتها، الهبات والوصايا، الإعانات المحتملة التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية.

#### الفرع الثالث: المرتفقون

يمثلون مختلف الأشخاص الذين يستعملون المنشآت العامة، أو يستفيدون منها، فرغم الأهمية التي يشكلونها إلا أنهم ليسوا أطرافا في العقد، لكن القانون منح لهم مركز قانوني هام، خصوصا في حالات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال الحقوق الممنوحة لهم.

فيكون الحق الأساسي لمستعملي المرفق العام في مطالبة الإدارة بإجبار المفوض له على تنفيذ واحترام شروط عقد التفويض كتنفيذ التعريفات، أو الرسوم المتفق عليها، وخاصة منها واجب المساواة بين المنتفعين عند تقديم الخدمات، والذي يعتبر أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام.

كذلك يحق لهم إعلام السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في حالة، إهماله أو تجاوزه أو عدم احترامه للشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني، أو سوء استغلاله له، وذلك في سجل خاص يوضع تحت تصرفهم، فمن واجب المفوض له تقديم خدمات المرفق على أحسن وجه للمنتفعين وبالرسوم التي تقررها الإدارة.

كذلك حقهم في ديمومة واستمرارية الخدمة العمومية، وهو حق مستمد من المبادئ العامة للمرفق العام، كما توجد حقوق مستمدة من نوعية النشاط الممارس من طرف المفوض له، متمثلة في سلامة وجوده المنتوج، والإعلام الجيد.

فالهدف من وجود المرفق هو السعي في تحقيق واشباع الحاجات العامة وأداء الخدمات للجمهور بأنواعه.

المعلوم أن المشرع الجزائري يميز بين المرافق العمومية ذات الطابع الإداري والمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (حسب القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية لاسيما المادة 5 منه) بما لهذا التمييز من نتائج.

فالمرافق العمومية الاقتصادية تخضع للقانون العادي (خاصة في علاقتها مع الغير بما فيهم المنتفعين أو المرتفقين) في مجالات الإنتاج والتوزيع.

فالمرتفق في علاقته مع هذه المرافق ليس في مركز تنظيمي لائحي إنما في مركز تعاقدية ناشئ عن توافق الإرادتين، غير أن هذا التوافق يبقى صوري لاسيما في وضعية الاحتكار الممارس من قبل بعض المرافق حيث يبقى المنتفع في حالة تبعية. غير أنه وبعد الانفتاح على المنافسة وتلاشي الاحتكار والانتقال لوضعية العرض الفائض تحولت العلاقة إلى تجارية بحتة حيث أصبح المرفق العمومي الاقتصادي لا يقدم أداء عاما كما كان، بل يقدم خدمة أو منتوجا أكثر فردية، وتحول المنتفع إلى مستهلك<sup>1</sup>.

توعية المنتفعين من المرفق العام على الطريقة المثلى للانتفاع والحصول على خدمات ذات جودة تصل إلى تطلعات المواطن، إضافة إلى الاعتماد عليهم في ممارسة عملية الرقابة على المفوض له عن طريق تبليغ السلطة المفوضة عن أي تجاوزات قد تحصل من طرفه. وخصص المرسوم التنفيذي 199/18 الفصل الخامس لتنظيم العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام،

حيث ألزم المفوض له، طوال مدة استغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الاستغلال، بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق العام، لاسيما منها مبلغ الأتاوى أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - راضية شيبوتي، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ع 35، جوان 2011، (ص 183 - 192)، ص 188.

<sup>2</sup> - المادة 84 من المرسوم التنفيذي 199/18.

كما يلتزم المفوض له، أثناء استغلال المرفق العام، بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق العام، بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم، ويكون مؤشرا عليه من السلطة المفوضة<sup>1</sup>.

ويمكن مستعمل المرفق العام المفوض أن يعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له، في حالة:

- إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له،
  - عدم احترام المفوض له الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني،
  - المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه،
  - سوء استغلال المرفق العام، وفي هذه الحالات، تضع السلطة المفوضة فوراً لجنة تحقيق تعد تقريراً في هذا الشأن، وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع<sup>2</sup>.
- وهنا نتساءل على مدى استعداد المواطن الجزائري الذي اعتاد أن يتعامل مباشرة مع الإدارة أن يتدخل طرف ثالث ليقدم الخدمة ومع ما يصاحب ذلك من تحسين ونوعية بأن هذه التقنية هي في صالح التنمية بصفة شاملة وخاصة بالنسبة للجماعات المحلية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 85 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> - لمادة 86 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>3</sup> - عثمان بن دراجي، المرجع السابق، ص 198.

## الفصل الثاني:

### أسباب اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمه

شكلت الأزمات المالية والاقتصادية للدولة وكذا تطور متطلبات الخدمة العمومية، إلى جانب فشل الطرق التقليدية في تسيير المرافق العامة، العامل الأساسي في خروج الدولة من سياسة احتكارها للقطاع العام، وتوجهها نحو الشراكة والتعامل مع القطاع الخاص في مجال تسيير وإدارة المرافق العامة، وكان ذلك تحت تعبير مصطلح قديم التطبيق وحديث المظهر، يتمثل في تفويض المرفق العام.

إن التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن، هو لماذا لجأت الدول إلى تفويض تسيير المرافق العامة الموجودة لديها؟ وللإجابة على ذلك، يمكننا القول بأن الأسباب تختلف من دولة إلى أخرى وفقا لأوضاعها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، لأن الدول على اختلاف انظمتها السياسية واجهت العديد من المشاكل في إدارتها للمرافق العامة، وبصفة خاصة المرافق العامة الاقتصادية.

ويعتبر تفويض المرفق العام أحد أوجه الشراكة الاقتصادية بين القطاع العام والقطاع الخاص، تهدف من خلاله السلطات العمومية إلى دعم مجالات تتطلب تعبئة رؤوس أموال مهمة وخلق نوع من المنافسة داخل الاقتصاد الوطني، وكون هذه العقود هي طريقة وسطى، تهدف إلى تجنب خصوصية المرافق العامة بحيث تضمن بقاء ملكية المرفق العام للدولة مع خصوصية الاستغلال والتسيير. إلى جانب تطوير وتوفير خدمة عمومية بصفة مستمرة ومنتكيفة مع الحاجات المتزايدة لمستعملي المرفق العام في ظل تزايد الوعي المدني للمواطنين وتزايد دور الدولة. غير أن تنازل الدولة عن تسيير المرافق العمومية لأشخاص القانون العام أو الخاص، يفرض عليها السهر على احترام المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، إذ نبحت في المبحث الأول دوافع تبني عقود تفويض المرفق العام بين تحسين الخدمة العمومية وترشيد الانفاق العام، ونبين في المبحث الثاني المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام، أما المبحث الثالث فنناقش فيه تقدير تقنية تفويض المرفق العام وآليات تفعيله.

## المبحث الأول: دوافع تبني عقود تفويض المرفق العام بين تحسين الخدمة العمومية وترشيد الانفاق العام

تلخص لنا التعليمية الصادرة عن وزير الداخلية سنة 1994 مجموعة من الأسباب التي كانت وراء فتح القطاع العام أمام القطاع الخاص كما يلي: «بالفعل فإن التجربة التي مر بها تسيير المرافق العامة المحلية تبرز بوضوح عجز هذه الأخيرة عن تحقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة الخدمات ونوعيتها، وسبب ذلك يعود إلى عجز الجماعات المحلية عن توليها تسيير المرافق العامة مباشرة وذلك لقلّة الكفاءات ونقص الموارد البشرية والمالية الضرورية»<sup>1</sup>.

وفي ظل الظروف الاقتصادية الصعبة التي تعيشها الجزائر نتيجة تراجع أسعار البترول منذ منتصف سنة 2014، واعتماد سياسة النقشف وترشيد الإنفاق العام، كان لزاما على الدولة الجزائرية اعتماد إجراءات وتدابير للمحافظة على قدرتها في تقديم خدماتها لأفراد المجتمع، ومن بين التقنيات التي اعتمدها الجزائر من أجل ذلك هو إعادة النظر في النظام القانوني لتفويض المرافق العامة والذي كان يعاني فراغا قانونيا كبيرا- واعتماد ميثاق الشراكة بين القطاع العام والخاص المنبثق عن اجتماع الثلاثية (ممثلي الحكومة، ممثلي أرباب العمل، ممثلي العمال) في 23 ديسمبر بالجزائر العاصمة<sup>2</sup>.

وسيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى: تحسين الخدمة العمومية من خلال عقود تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى ترشيد الإنفاق العام من خلال عقود تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تحسين الخدمة العمومية من خلال عقود تفويض المرفق العام

يعبر المرفق العام عن مدى تدخل الدولة والجماعات المحلية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية... إلخ، الأمر الذي يؤدي بالمواطن إلى استشعار مدى قرب أو بعد الدولة وهيئاتها عنه بالنظر لحجم و جودة الخدمات التي تقدم له.

وفي العصر الحالي المتميز بالعولمة والأسواق والمنافسة الحادة، وانتشار وسائل الإعلام وتكنولوجيات الاتصال الحديثة، وبروز مفاهيم جديدة كالتسيير الحديث والحكامة الجيدة، جعلت

<sup>1</sup> - التعليمية رقم: 94. 03 / 842 ، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994.

<sup>2</sup> - خديجة سعدي، "تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 كآلية لتحديث تسيير المرافق العامة في الجزائر"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، ع 7، 2017، ص 33.

كلها المرفق العام في الجزائر أمام تحديات كبرى فرضت عليه الارتقاء بمستوى أداء الخدمات العمومية المقدمة للمواطنين من قبله إلى مستويات أعلى من الكفاءة والفعالية والجودة. وعليه أصبح من الضروري إصلاح وتحديث طرق تسيير المرافق العمومية في الجزائر، لتواكب التطورات العالمية والإقليمية وتأخذ بعين الاعتبار التحولات المجتمعية. وسنحاول التعرف على الخدمة العمومية وخصائصها (الفرع الأول)، وكيف تساهم عقود تفويض المرفق العام في الارتقاء بالخدمات المرفقية (الفرع الثاني)، واستخدام الأدوات العالية الجودة ومواكبة التطور الحاصل في مجال المعلوماتية (الفرع الثالث)، وكذلك تحسين العلاقة مع المواطنين و تقريب الإدارة منهم (الفرع الرابع).

### الفرع الأول: تعريف الخدمة العمومية وخصائصها

تكون الخدمة عمومية عندما ترتبط بمرفق عمومي، سواء كان مسيرا بشكل مباشر أو غير مباشر، فقد ارتبط مفهوم الخدمة العمومية بنشأة الدولة كسلطة ذات سيادة، وزيادة تدخلها في مختلف المجالات من أجل إشباع الحاجات العامة هو الذي حفز الفقهاء لدراسة هذه الخدمات، وحاولوا من خلال هذه المعطيات تعريف الخدمة العمومية.

إذا فالخدمة العمومية تتمثل في ذلك النشاط الذي تقوم به السلطات العمومية مركزية كانت أم محلية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق مختلف هيئاتها ومؤسساتها، والذي تستهدف من خلاله تلبية وإشباع حاجات عامة ضرورية وأساسية وتحقيق من ورائها المصلحة العامة للدولة والمجتمع. وبالتالي فهي من الأهمية بما يجعلها تعبر عن كيان الدولة ووجودها وتحقيق مختلف أهدافها وخططها التنموية في جميع المجالات، خاصة في ظل تطور الحياة وتعقدتها بما يفرض تدخل الدولة في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية... إلخ وضرورة التسيير الجيد والفعال والرشيد للموارد المالية والمادية والبشرية والطبيعية... بما يحقق للأفراد تطور وتقدم وتنمية ورفاهية وارتفاع مستويات المعيشة وتيسير للأمور والاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي وتبادل الثقة بين المواطن والدولة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - رزيقة يطو، دور الخدمات العمومية في تحقيق التنمية البشرية في الجزائر (دراسة حالة قطاع التعليم العالي 2004-2014)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، قسم التنظيم السياسي والإداري، (2018-2019)، ص31.

"الخدمة" مصطلح اقتصادي بالأساس، وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء حولها، ما أدى إلى تعدد التعاريف وتوسعها بحسب وجهة نظر كل منهم، ومدى تركيزهم على جانب معين. وتعرف الخدمة بأنها:

- "نشاطات غير ملموسة تهدف أساسا إلى إشباع حاجات ورغبات المستهلك وتحقق له المنفعة"<sup>1</sup>.

- وهناك من يعرفها بأنها: "أوجه نشاط غير ملموس تهدف إلى إشباع الرغبات والاحتياجات عندما يتم تسويقها إلى المستهلك الأخير أو المشتري الاصطناعي مقابل دفع مبلغ معين من المال، ولا يجب أن تقتصر هذه الخدمات ببيع منتجات أخرى"<sup>2</sup>.

- كما تعرف: "أي فعل أو أداء يمكن أن يحققه طرف ما إلى طرف آخر، ويكون جوهره غير ملموس، ولا ينتج عنه أي تملك، وأن إنتاجه قد يكون مرتبطا بإنتاج مادي".

يقصد بعدم التملك أن الخدمة يمكن الانتفاع بها ولا يمكن التمتع بحق امتلاكها عند الحصول عليها<sup>3</sup>.

فتعرف الخدمات العمومية على أنها: "منتجات غير ملموسة تستهدف إشباع الحاجات العامة التي يفشل الأفراد في إشباعها كليا أو جزئيا".

وهناك من يقدم تعريف آخر يبدو أكثر شمولية ودقة يعتبر أن الخدمات العمومية هي: "المنتجات التي تستهدف إشباع الحاجات العامة وأفراد المجتمع بصورة دائمة، والتي يحترم القائم على إدارتها المساواة والاستمرارية، والموجه إلى أكبر عدد من الجمهور سواء على المستوى الوطني أو المحلي، وهذه الخدمات يمكن أن تقدم من طرف القطاعين العام والخاص، ولكن عادة ما تقدم من طرف القطاع العام".

<sup>1</sup> - رزيقة يطو، دور البلديات في تقديم الخدمات العمومية المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والإعلام، 2012، ص 45.

<sup>2</sup> - دليلة تيتام، تسويق خدمة الطرود البريدية في قطاع البريد والمواصلات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، فرع تسيير، 2001-2002، ص 30.

<sup>3</sup> - أنظر، مريزق عدمان: واقع جودة الخدمات في المؤسسات الصحية العمومية: دراسة حالة المؤسسات الصحية بالجزائر العاصمة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، قسم علوم التسيير، 2007-2008، ص 36. 38.

أما خبراء الإدارة فقد عرفوا الخدمات العمومية بأنها: "تلك الحاجات الضرورية لحفظ حياة الإنسان وتأمين رفاهيته، والتي يجب توفيرها للسواد الأعظم من الشعب، على أن تكون مصلحة الغالبية من المجتمع هي المحرك الأساسي لكل سياسة في شؤون الخدمات"<sup>1</sup>.

إذن فالخدمة العمومية هي وجه من أوجه نشاط المرافق العامة الحكومية أو المفوضة من طرفها لتقديم خدمة عمومية، فيصبح مصطلح الخدمة العامة أو الخدمة المدنية هي تلك الرابطة التي تجمع بين الإدارة العامة والمواطنين على مستوى تلبية الرغبات وإشباع الحاجات المختلفة للأفراد من طرف الجهات الإدارية والمنظمات العامة.

وبالتالي فإن أساس ومبرر قيام الحاكم بتقديم الخدمات العمومية عن طريق إنشاء المرافق العامة باختلاف أنواعها هو مدى حاجة المواطنين لهذه المرافق والتي تلبي حاجياتهم العامة التي لا يمكنهم توفيرها لأنفسهم دون تدخل من الحكام<sup>2</sup>. نستنتج أن الخدمة أساسا إنما هي:

- عبارة عن أعمال أو نمط من الأداء الفعال الهادف.
- تكون في الغالب غير ملموسة، وهو فارق جوهري للتمييز بين السلعة والخدمة، مثلما ركزت عليه معظم التعاريف.
- قد ترتبط أو لا ترتبط بالخدمة بمنتوج مادي ملموس.
- الهدف الأساسي للخدمة هو تحقيق منفعة للمستفيد وإشباع حاجته وتحقيق رضاه<sup>3</sup>.

تحتل الخدمات العمومية دورا مهما في حياة الأفراد والدول على حد سواء، فعلى مستوى الأفراد فهي تتعلق بالمتطلبات والحاجات الأساسية الخاصة بهم والتي بدونها لا يتحقق للأفراد العيش الكريم والحياة السوية والكرامة الإنسانية وبالتالي فهي من ضرورات الحياة البشرية يسعى الأفراد والمجتمعات لتأمينها بشتى الوسائل، كما وتلتزم الدول والحكومات بتوفيرها خاصة في ظل التطورات الاقتصادية والمشاكل الاجتماعية والتحديات التي يعرفها العالم بصفة عامة بهدف تلبية حاجات عامة بطرق وأساليب مختلفة تحقيقا لسيادتها واستقرارها الاجتماعي والاقتصادي وكسب مشروعيتها بتحقيق رفاهية مواطنيها باعتبارها من أهم وسائل تدخلها في

<sup>1</sup> - رزيقة يطو، دور البلديات في تقديم الخدمات العمومية المحلية في الجزائر، المرجع السابق، ص.ص 51. 54.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، ط1، 2004، ص 208.

<sup>3</sup> - رزيقة يطو، دور البلديات في تقديم الخدمات العمومية المحلية في الجزائر، المرجع السابق، ص45.

الحياة الاقتصادية والاجتماعية وفي إشباع حاجات المجتمع في ظل تطور وظائف الدولة واتصافها بدولة الخدمات أو الرفاهية<sup>1</sup>.

تعاني الخدمة العمومية على المستوى المحلي في الجزائر مجموعة من مشكلات الخدمة العمومية إنعكست بصورة جلية على الحياة اليومية للمواطن وأختزلت في المظاهر التالية<sup>2</sup>:

\* بطء في أداء الخدمة العمومية لأسباب تعود إلى طول وتعقيد الإجراءات والعمليات اللازمة لإنتاج الخدمة.

\* سوء الخدمات العمومية المقدمة وعدم القدرة على المحافظة على جودتها ومستواها بفعل غياب المعايير الخاصة بالرقابة.

\* إنتشار الرشوة وتفشي ظاهرة الوساطة بين الكثير من موظفي الخدمة العمومية في البلديات.

\* غياب الإتصال بين الجمهور والهيئات المقدمة للخدمات العمومية محليا مما أنتج فجوة بين ما يتم تقديمه وبين ما يتوقعه الجمهور.

\* إفتقار الإبتكار والتطوير الناتج عن السياسات المخططة والمدروسة للتغيير في عمليات وإجراءات إنتاج وتقديم الخدمة العامة للأفراد.

\* ضعف نظم المتابعة والتقييم للخدمة العامة وتحقيق الرقابة الفعالة بغرض التحقق من وصول هذه الخدمات للمواطنين.

\* سوء إستخدام الموارد التنظيمية المتاحة في إنتاج وتقديم الخدمة العامة بسبب الإهمال أو اللامبالاة أو عدم الخبرة والكفاءة.

\* إفتقار الإحساس بالمظاهر الجمالية في الخدمات العامة كالنظافة والجاذبية.

\* تفشي مظاهر الفساد الإداري في الهياكل والعلاقات التنظيمية لوحدات الخدمة العامة وعلى قيم العمل ومستوى أداء وجودة الخدمات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رزيقة يطو، دور الخدمات العمومية في تحقيق التنمية البشرية في الجزائر (دراسة حالة قطاع التعليم العالي 2004-2014)، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> - ناصر عساسي، "طرق إدارة المرفق العام البلدي ودورها في تحسين الخدمة العمومية في الجزائر"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، ع 08، ديسمبر 2018، ص 11.

<sup>3</sup> - مريزق عدنان، التسيير العمومي بين الاتجاهات الكلاسيكية والاتجاهات الحديثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015، ص 21-22.

حقيقة إن الوضعية الراهنة التي يتواجد عليها المرفق العام جعلته محل أزمة تستوجب إعادة النظر في السياسات المتبعة من أجل إعادته إلى السكة الصحيحة التي يجب أن يكون عليها.

- تعاني المرافق العامة من مجموعة من النقائص جعلت من الخدمة التي تقدمها هذه الأخيرة لا ترقى لتطلعات المواطن.

- لكن البحث عن جودة الخدمة العمومية يفترض بالضرورة معرفة المعوقات التي تعترض إصلاحها، فكما سبق وقلنا يستهدف الإصلاح الإداري للمرفق العام أو ما يعرف بإصلاح الخدمة العمومية بالدرجة الأولى القضاء على الإختلالات التي تعاني منها هذه المرافق، لكنه في المقابل يواجه عوائق تحول دون الوصول لمرافق عمومية فعالة ترقى بالخدمة العمومية للمستوى المطلوب الذي فرضته التحولات الجديدة والانفتاح الذي تعرفه الجزائر<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الارتقاء بالخدمات المرفقية

نتيجة للنمو الديمغرافي الذي تعرفه الجزائر، وتنامي وتيرة تزايد حاجات المواطنين، أصبحت الدولة مرغمة للبحث عن حلول لهذه الإشكاليات عن طريق البحث عن الاستثمار وإعطاء الأولوية للقطاع الخاص لتسيير بعض المرافق العمومية التي تساهم نوعا ما في تخفيف هذه الظواهر واستيعابها كلما حلت محل القطاع الذي أصبح يكتفي بوضع ضمانات لمستخدمي المرافق العمومية تحقيقا للأمن الاجتماعي وللحفاظ على المصالح العامة<sup>2</sup>.

إن زيادة حجم الحاجيات الناجمة عن النمو السكاني المرتفع أدى إلى عجز السلطة المركزية والهيئات الإقليمية عن توفير كل مستلزمات الحياة اليومية للمواطن في بعض المناطق، مما جعلها تبحث عن طرق أخرى لتلبية وتقديم هذه الخدمات عن طريق منح فرصة أكبر للقطاع الخاص في هذا الشأن<sup>3</sup>.

1 - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحول الجديد، المرجع السابق، ص 78.

2 - سعيد نكاوي، التسيير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، دار الآفاق العربية للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010، ص 45.

3 - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، "التفويض كآلية مستحدثة لتسيير المرافق العمومية بين متطلبات العصرنة وحتمية تراجع الإنفاق الحكومي"، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، يومي 18-19 أكتوبر 2016، ص 5.

كما أن تنامي الوعي الإنساني مع تطور العصر وسرعة التكنولوجيا التي صاحبته، جعلت معه من الضروري تحسين جودة الخدمات التي توفرها المرافق العمومية للمجتمع، بالإضافة إلى تسهيل الوصول إليها والاستفادة من الخدمات التي تقدمها، باعتبارها أحد أهم روافد التنمية المستدامة في أي دولة. هاته الغاية لن يتم الوصول إليها إلا إذا تضافرت الجهود التي تبذلها الدولة بمختلف إداراتها ومصالحها، مع مثيلاتها في القطاع الخاص، هذا الأخير الذي لا غنى عن مشاركته في الحياة اليومية للمواطنين، فالجهود التي تبذلها الدولة لوحدها غير كافية وتبقى مبتورة أمام التزايد المستمر والمتعاضم للاحتياجات اليومية للمجتمع<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار كان لابد من خلق آليات جديدة وقانونية تجعل من القطاع الخاص شريك إيجابي إلى جانب القطاع العام، الذي أنقله تعدد وتنوع وتوسع المجالات التي يجب عليه ضمانها وتوفيرها لسد احتياجات المجتمع. ومن بين هاته الآليات ما يصطلح عليه بـ: "تفويض المرفق العام أو التسيير المفوض للمرفق العام"<sup>2</sup>.

وبما أن الغرض المرجو من هذه العقود هو تحقيق المنفعة العامة كونها مرتبطة بفكرة المرفق العام الذي هو محور القانون الإداري والدولة بصفة عامة، أضحي من الضروري معرفة مدى تأثير أي تحول سياسي و إقتصادي على تسييره ومدى مطابقة طريقة تسييره للحياة العامة والاحتياجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية<sup>3</sup>.

تعتبر مسألة تقديم خدمات عمومية نوعية للمواطن من أهم انشغالات الحكومة الحديثة، حيث أصبح مؤشر "جودة الخدمة العمومية" محددًا رئيسيًا لرضى المواطنين عن حكوماتهم، وبالتالي زيادة مشروعيتها.

تعد عقود تفويض المرفق العام كوجه من أوجه الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من الآليات الأساسية التي تساهم في تحقيق جودة الخدمات العمومية، فقد كانت الخدمات العمومية تقدم من طرف القطاع العام بصفة شبه كلية، ولكن لعجز هذا الأخير عن تقديم خدمات ذات جودة من جهة والطلبات المتزايدة من طرف المواطنين على الخدمات العمومية من جهة أخرى،

1 - أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، "إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية - واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر"، مجلة معهد العلوم الاقتصادية (مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، المجلد 21، ع01، جامعة الجزائر 03، 2018، ص 65.

2 - المرجع نفسه، ص 65.

3 - نعيمة آكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، المرجع السابق، ص3.

لجأ القطاع العام إلى إبرام عقود تفويض المرفق العام بمختلف أنواعها مع القطاع الخاص، وهذا من أجل تلبية حاجات الأفراد وتوفير خدمات أفضل لهم.

### الفرع الثالث: استخدام الأدوات العالية الجودة ومواكبة التطور الحاصل في مجال المعلوماتية

من مميزات تفويض المرفق العام هو الاستعانة بالخواص لتسيير المرافق العامة. ومادام الأمر يتعلق بالمرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري فيتم الاستعانة أكثر بالخواص كمتعاملين اقتصاديين، الذين يمتلكون المؤهلات التكنولوجية والخبرانية في أبعديات التسيير بذلك فهي متخصصة في المجال، مسألة ستؤثر لا محالة على جودة الخدمات التي ستقدمها تلك المرافق للمنتفعين بها. بمعنى آخر فالدولة من خلال تفويض تسييرها للمرافق العامة للخواص على وجه التحديد، فذلك من باب أنها غير متخصصة في بعض المجالات خاصة التي يطبع عليها الطابع التجاري والصناعي، كونها لا تتوافر على التقنيات والتكنولوجيات العالية في هذا الشأن، واستناد إلى الواقع الاقتصادي في المعرفة الفنية وامتلاك حقوق الملكية الفكرية في جانبها الصناعي كبراءات الاختراع، أمر يجعلها تستعين بأهل الاختصاص للاستفادة منهم، ومن ثم تحسين أداء مرافقها من حيث تلبية حاجات المواطنين والذي يتجلى في تقديم جودة عالية للخدمات. فإذا أخذنا على سبيل المثال مرفق المياه فهو يحتاج إلى تقنيين وخبراء لتحسين الاستفادة من خدماتها لاسيما فيما يتعلق بقنوات صرف المياه وأساليب تطهير المياه فلا مناص من اللجوء إلى الخواص. نفس الوضع ينطبق على الأسواق التجارية من حيث توفير المساحات الواسعة للتزود بمختلف السلع والخدمات باستعمال أحدث التقنيات لتوزيعها وكيفية اقتنائها من خلال بناء فضاءات تجارية راقية<sup>1</sup>.

وقد أكد المشرع الجزائري على استعمال هذه التقنيات العالية في تفويض المرفق العام من خلال قانون المياه في المادة 104 فقرة 1 منه عندما تم التركيز على أن السلطة المفوضة عند اختيارها للمفوض له سواء كان شخصا معنويا أو خاص فيجب أن يكون ذلك الشخص الذي يقدم ضمانات كافية في مجال التقنيات العالية والجودة ذات الصلة بالتكنولوجيا والخبرة. في حين نلاحظ عدم النص على ذلك في النص المتعلق بتفويض المرفق العام. وهذا على خلاف المشرع المغربي الذي أكد صراحة على ذلك من خلال مضمون نص المادة 7 من القانون رقم 54/05 المتعلق بالتدبير المفوض بنصها على: «يمكن لأي شخص يجيد استعمال تقنية أو

1 - الكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص28.

تكنولوجيا من شأنها أن تكون مفيدة في تدبير المرفق العام، أن يقدم، بصفة تلقائية، ترشحه مصحوبا بعرض يتضمن دراسة جدوى تقنية واقتصادية ومالية إلى السلطة المختصة قصد اتخاذ قرار بشأن تفويض تدبير المرفق العام المعني».

يعد الاتصال وسرعة انتقال المعلومة في وقتنا الحالي مجالا خصبا ينبغي مسايرته من قبل الدولة في جميع مجالاتها، ولذلك تطلب الأمر عصرنه المرفق العمومي، والجزائر وغيرها من الدول السائرة في طريق النمو تسعى إلى مواكبة هذا التطور لتحسين تسيير المرفق العام بتقريب الإدارة من المواطن من جهة وتسهيل الاتصال بالإدارة من جهة أخرى، فتحسين المرفق العمومي يلزمه بالضرورة تحسين الاتصال بالسلطة المفوضة من قبل الهيئات المفوض لها، وهذا باستعمال تقنيات وسائل الاتصال الحديثة لبلوغ ركب الحكومة الالكترونية، الأمر الذي ينعكس بالإيجاب على التطور الاقتصادي والنهوض بالتنمية المحلية، علاوة على تحسين الجانب الاجتماعي للمواطنين.

وقد أظهر المشرع تطلعه لمواكبة التطور الحاصل في مجال المعلوماتية في كافة الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية<sup>1</sup>، فالتطور التكنولوجي المستمر وكذا تقنية المعلومات أصبح يشكل جزء من الاتجاه الهادف إلى انجاز المهام المتداولة بفعالية أكبر، وبناء على ذلك أصبحت المرافق العمومية مجبرة على مجاراة التغيرات التكنولوجية الحاصلة في البيئة من أجل الصمود أمام المنافسة من خلال اتباع سياسة الانفتاح حيال كل تطور تكنولوجي مما يساعدها على انجاز أهدافها بكفاءة وفعالية.

ومن آثار تبني المشرع تقنية التفويض هو ضرورة مواكبة عصرنه المرفق العام وهذا ما يظهر جليا من خلال تبني المشرع لفكرة الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية وهو ما يظهر أيضا من خلال الفصل السادس من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المواد 203 إلى 206، والتي جاء فحواه يدعو إلى أن يكون الاتصال بين الاطراف المتعاقدة بالطريقة الالكترونية أي بالتواصل مع البوابة

1 - وهذا ما يتضح من خلال سنه لجملة من القوانين المتعلقة بالتطور التكنولوجي أهمها: القانون 03/15 المتعلق بعصرنه العدالة الصادر في 1 فيفري 2015، والقانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني الصادر في 1 فيفري 2015، والقانون رقم 04/18 المحدد للقواعد العامة بالبريد والاتصالات الالكترونية الصادر في 10 ماي 2018.

الإلكترونية للصفقات العمومية المسيرة من طرف الوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: تحسين العلاقة مع المواطنين و تقريب الإدارة منهم

لقد اتجهت السلطات العمومية نحو الرفع من نوعية الخدمة العمومية وتعزيز ثققتها بالمواطن، حيث أنه في إطار الشروع في عملية الإصلاح صدرت بتاريخ 20 أكتوبر 2013 تعليمة الوزير الأول تحت عنوان "إصلاح الخدمة العمومية"، ومما جاء في إحدى فقراتها: "...عزم الحكومة على الشروع في إصلاح معمق للخدمة العمومية في بلادنا بغرض إستعادة الثقة بين المواطن والدولة وتعزيزها". وكان قبل هذا صدر منشور وزاري من طرف وزارة الداخلية يتعلق بتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وإعادة تأهيل المرافق العمومية الإدارية، حيث جاء فيها: "...على أن الدولة بذلت مجهودات كبيرة لتزويد الإدارات المحلية بمنشآت قاعدية وتجهيزات ضرورية لأداء مهامها... وأنه من المؤكد أن كل هذه المجهودات ستساعد في تطوير نشاط هيكلها، وتعد بالكثير من التحسينات الجديدة مستقبلا غير أنه ينبغي أن نشير أن الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية تبقى دون مستوى الطموحات، الأمر الذي يشكل مصدر انشغال السلطات العمومية وإحباط لمستعملي المرفق العام، ما من شأنه توسيع الهوة بين الدولة والمواطن لاسيما بعد استفحال ظواهر بيروقراطية مختلفة معيبة لمؤسساتنا."

لقد شكل هذا اعترافا للسلطات العمومية على فشل المرافق العمومية في تقديم خدمة عمومية تليق بتطلعات المواطن وبالتالي فشل الإصلاحات السابقة بجميع جوانبها وخاصة الجانب القانوني منها لذلك شكل محور الإصلاح نقطة جوهرية في مخططاتها اللاحقة.

من النتائج الهامة التي تنتظر من آلية تفويض المرفق العام هو استفادة المنتفعين أو المواطنين من الجودة العالية المنتظرة من قبل المسيرين له. فانتفاع المواطن من المرفق العام بموجب تفويضه إلى الغير خاصة عندما يكون هذا الغير شخصا خاصا هو أحد عناصر اكتمال أهداف وجود المرفق العام باعتبار المنتفع هو الطرف الثالث المستفيد من آلية تفويض المرفق العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - لامية لعجال، "إنعاش الاقتصاد عبر تقنية تفويض المرفق العمومي في التشريع الجزائري"، مجلة حوليات جامعة الجزائر<sup>1</sup>، ع 33، الجزء الثالث، سبتمبر 2019، ص 166.

<sup>2</sup> - الكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص 29.

ومشاركة القطاع الخاص لا تعني كف يد الدولة عن القيام بدورها في تقديم الخدمات العمومية للمواطنين بل تعني في الغالب انسحابها من الأدوار على المستوى التنفيذي المباشر بل التركيز على الأدوار التنظيمية والتخطيطية والإشرافية العامة والغير مباشرة بهدف ضمان متطلبات المصلحة العامة كمنع الاحتكار والانسجام مع الأطر القانونية وتوفير الآليات المناسبة للرقابة والمتابعة والتقييم والمساءلة.

كما أن تقريب الخدمة العمومية من المواطن لم تحظ بالاهتمام اللازم، ففي الوقت الذي راعت فيه الكثير من الدول مسألة تقريب الخدمة العمومية من المواطن بهدف تبسيط الحياة الإدارية، وتخفيف العبء على مواطنيها من حيث الجهد، الوقت والمال لا يزال المواطن الجزائري يعاني من مسألة تناثر المصالح التي يسعى إليها لقضاء خدماته.

رغم المجهودات التي قامت بها الدولة الجزائرية في تدعيم سياسة انفتاح الإدارة على محيطها الداخلي والخارجي لتجاوز أزمة التواصل التي تتخبط فيها المرافق العمومية وتقريبها من المواطن أكثر فأكثر، يبقى تأثير هذه الإجراءات محدوديا نظرا للطبيعة البنوية من جهة والآليات التدبيرية ذات الطابع البيروقراطي والمركزية المفرطة من جهة أخرى، هذه الأخيرة التي كانت تشكل في وقت سابق ضرورة أساسية وحصانة لوحدة الدولة وإستمراريتها فإنه لم يبقى لبقائها أي مبرر اليوم، ولم تعد تستجيب لحاجيات المواطنين، ذلك أن انتشار المركزية المفرطة في المرافق العامة يؤدي إلى فقدانها لمصداقيتها مما يؤدي إلى تفاوت يدفع إلى طلاق بين المواطن والإدارة، وذلك نتيجة نقص معلومات متخذي القرار على المستوى المركزي، هذه المعلومات غالبا ما تكون بعيدة عن الحقيقة ولا تعطي نظرة كاملة عن واقع الأفراد، كما يؤدي إلى ببطء اتخاذ القرار وتضييع مصالح المواطنين، وإبتعاد الإدارة عن المواطن وقطع حبال الإتصال والتواصل معهم. إن هذه الوضعية السلبية تفرض على القائمين على أمور الدولة أن يبادروا إلى إصلاح هذه الأعطاب التي تعاني منها المرافق العمومية ضمن منظور جديد للتسيير العمومي.

**المطلب الثاني: ترشيد الإنفاق العام من خلال عقود تفويض المرفق العام**

إن تحقيق التوسع المطلوب في مشروعات البنية الأساسية، وكذلك تقديم خدمات جديدة وعلى مستوى أفضل قد أوجد رغبة في البحث عن أساليب جديدة لتمويل تلك المشروعات دون الحاجة إلى زيادة الضرائب أو زيادة تعريفات، فكان الاتجاه نحو القطاع الخاص ليشترك في عملية التمويل، وذلك لأن مشاركة القطاع الخاص في التمويل تعني مصادر تمويل إضافية (تضاف إلى الموارد العامة المحدودة)، كما أنها تضمن استخدام الموارد بأكثر الأساليب كفاءة، لذا بدأت الحكومات في الأخذ بفكرة الوصول إلى أفضل الأساليب الممكنة للتكامل بين التمويل العام والخاص<sup>1</sup>.

تعتبر عقود تفويض المرفق العام من أهم العقود الإدارية المسماة، وقد نظمها المشرع لتعلقها بالمال العام والأملاك الوطنية، كما تعد الحل الأمثل والأنجع في ظل الأزمة الراهنة (انخفاض أسعار البترول)، وهذا من خلال التقليل من الإنفاق الحكومي وترشيده والبحث عن أساليب وطرق جديدة للتمويل العمومي، والمتمثلة أساساً في إدخال الخواص كطرف فعال في التنمية و الاستثمار العمومي، وهذا لا يكون إلا من خلال عقود التفويض، كما تبرز وتزداد أهمية عقود تفويض المرفق العام للخواص خاصة في ظل العجز العمومي في التمويل، وكذا من خلال إعادة تنظيم صرف المال العام وترشيده.

ويتحقق الترشيح من خلال: عدم تولي الإدارة تسيير المرفق العام بنفسها مباشرة (الفرع الأول)، وإيجاد بدائل لتمويل المرافق العامة (الفرع الثاني)، وكذلك تشجيع الاستثمار عبر تقنية تفويض المرفق العام (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: عدم تولي الإدارة تسيير المرفق العام بنفسها مباشرة**

إن الإدارة لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، ولا تقدم الأموال اللازمة لإدارته كما في طريقة الاستغلال المباشر، ولكن تعهد إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة بإدارة المرفق، ويتولى المفوض له أعمال إدارة المرفق مستخدماً عماله وأمواله، ضامناً سيراً حسن و منتظماً، متحملاً وحده المسؤولية، غير أن حرص السلطة المانحة للتفويض على تسيير المشروع

<sup>1</sup> - عبد القادر فتحي لاشين وفريق خبراء، نظم المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية للنقل (نماذج من بعض الدول العربية)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص6.

سيرا منتظما يحملها على مساعدة المفوض له عند الاقتضاء بإعادة التوازن المالي للعقد إذا اختل هذا التوازن<sup>1</sup>.

كما أن عدم قدرة الجماعات العمومية على تسيير كل المرافق العامة وكثرة العبء المالي عليها، وزيادة الأزمات الوطنية، دفع الدولة إلى محاولة التقليل من تدخلها المفرط في تسيير المرافق العامة خاصة في المجال الصناعي والتجاري، وهو ما ألزمها التفكير في أطر أخرى وسيطة بين خوصصة المرافق العامة والتخلي عنها للقطاع الخاص، وبين التسيير المباشر من طرف القطاع العام من خلال إشراف الدولة على المرافق العامة، مع التخلي عن تسييرها لشخص آخر، ولا يمكن أن يتم ذلك إلا من خلال تفويض المرفق العام لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، أي تفويض التسيير، دون التنازل الكلي عن المرفق العام<sup>2</sup>.

إن المرفق العمومي في الأصل هو نشاط غير خاضع للسوق وهو موجه لخدمة المصلحة العامة، لكن النظريات الليبرالية طورت من مفهوم المرفق العمومي، فأصبحت المرافق الصناعية والتجارية تخضع لذات الضوابط السعرية وقواعد المنافسة التي تخضع لها المؤسسات الخاصة، ولذلك فالمرافق العامة في الوقت الحالي عليها الموازنة في السعي لتحقيق المصلحة العامة من جهة، وتحقيق الأرباح من جهة أخرى وهو ما يسمح بفاعلية اقتصادية أكبر للمرافق العامة، ومن أجل الوصول إلى هذه المعادلة لابد من توفير ضمانات قانونية تسمح بذلك<sup>3</sup>.

إن ديمومة التمويل في ظل ذوبان الموارد المالية للبلد وتقليل حجم الإنفاق العام يرهن في كثير من الأحيان تجسيد مختلف السياسات التنموية في جميع القطاعات ذات الصلة بالخدمات اليومية للمواطن، هاته السياسات القائمة على دمج الحاجيات والمتطلبات الآنية والمستقبلية للمواطن يفرض على صانعي القرار إيجاد بدائل تمويلية كمفاتيح جديدة والتوفيق بين غياب الموارد المالية ومواجهة حجم الطلب على الخدمات والوفاء بالسياسات الاجتماعية، فضلا عن التوسع المطلوب وتطوير البنى التحتية والهيكل العمومية الأمر الذي سيسهم في تحسين نوعية الخدمة العمومية وفقا لتكاليف معقولة، وفي الآجال المحددة وضمن الميزانيات المخصصة للمشاريع الإستراتيجية العمومية المسطرة لتحقيق النفع العام والوصول الى التنمية

<sup>1</sup> - قدور بوضياف، عقد الإمتياز في مجال تسيير الموارد المائية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 15.

<sup>2</sup> - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، ص 126-127.

<sup>3</sup> - نوال بوهالي، الجزائرية للمياه (مرفق عام)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2008، ص 337.

الاقتصادية المنشودة، فقد أدى ذلك إلى البحث عن أساليب جديدة غير تقليدية لتمويل تلك المشروعات دون حاجة إلى زيادة الضرائب أو زيادة التعريفات، وظهر الاتجاه نحو القطاع الخاص ليشارك في عملية التمويل العام<sup>1</sup>، من أجل إيجاد حل لمشكلة الصعوبات المالية والتقنية التي تواجهها الدولة والجماعات المحلية.

تسعى الحكومات في مختلف دول العالم إلى توفير الخدمات العامة، والتوسع في تقديمها لما لها من أهمية كبرى في عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وفي سبيل تحقيق هذه الخدمات تستخدم الحكومات حيلة الضرائب لتمويل مشروعات بنيتها الأساسية، هذا بالإضافة إلى الانفاق على صيانة وتطوير هذه البنية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: إيجاد بدائل لتمويل المرافق العامة

المرافق العامة كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فهي بحاجة إلى الأموال اللازمة لتطويرها وتلبية حاجات المواطنين من الاستفادة من خدماتها، في هذا الإطار فالأصل أن الدولة بواسطة الخزينة العمومية هي التي تتولى تمويل المرافق العامة سواء بالنسبة لإنشائها أو تسييرها. لكن مع تطور الحياة الاقتصادية وظهر أهمية المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري وبالنظر إلى حيويتها أصبحت الدولة بواسطة الخزينة العمومية عاجزة على الاستجابة لإنشاء وتسيير هذه المرافق الأمر الذي أدى بها إلى البحث عن بدائل أخرى لتمويلها خارج الخزينة العمومية من خلال إشراك القطاع الخاص في هذا الإطار بواسطة آلية تفويض المرفق العام<sup>3</sup>.

يعتبر تمويل المشاريع بشكل عام أساس نجاح أي نشاط سواء كان اقتصادي أو اجتماعي كون توافر الأموال يلبي حاجات طالبيها ويحقق نتائج هامة تعود بالفائدة على اقتصاد الدولة. من هذا المنطلق فالقدرة المالية للدولة أو الهيئات المحلية هي المحدد الرئيسي للجوئها لآلية تفويض المرفق العام على أساس أن تسيير المرافق العامة يستدعي الاستعانة بموارد بشرية ومالية كبيرة وضخمة لا تستطيع الدولة والهيئات المحلية لوحدها مواجهتها بواسطة الخزينة العمومية وذلك بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي الذي قد يطرأ والذي يجعلها لا تستطيع تأمين

1 - عبد القادر فتحي لاشين وفريق خبراء، المرجع السابق، ص ح.

2 - المرجع نفسه، ص 5.

3 - الكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص 23.

الموارد المالية اللازمة<sup>1</sup>. فالأزمات الاقتصادية العالمية التي تحدث أثرت ومازالت تؤثر لا محالة على سيرورة المرافق العامة وعليه فالاستعانة بالقطاع الخاص لتأمين تلك الموارد أضحت أمر ضروري نظرا لأن هذا الأخير يمتلك من الأموال ما يجعله يشارك الدولة في تأمين السيولة المالية لمرافقها العمومية وهذا عندما تفوض له تسيير المرافق العامة، وهو ما يطلق عليها البعض **نقل المسؤولية المالية من الدولة إلى الخواص**<sup>2</sup>.

فاستناد إلى النصوص المنظمة لتفويض المرفق العام في الجزائر نستنتج ذلك من حيث النص في أشكال التفويض على تولى الشخص المفوض له تمويل المرفق العام الموكل له تسييره. فنذكر في هذا الشأن نص المادة 210 في الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تضمنت: **«يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه»**.

بهذا المعنى يكون المشرع الجزائري قد وفر العبء على الخزينة العمومية للدولة وأوجد لها وسيلة أخرى إضافية لتمويل مشاريعها ذات الطابع الاقتصادي، الأمر الذي قد يساعدها على تطوير اقتصادها خاصة على المستوى المحلي سواء بالنسبة لتشغيل اليد العاملة واستعمال الأموال بواسطة المؤسسات المصرفية ومن ثم المحافظة على مالية الدولة.

يتأكد الأمر أكثر في هذا الإطار حتى عند اختيار الشخص الذي يفوض له تسيير المرفق العام على أساس أنه يتم دائما اختيار الشخص الذي يقدم ضمانات مالية كافية لتسيير المرفق العام وهو ما يعبر عنه بالاعتبار الشخصي عند اختيار المفوض له. وقد تم التأكيد على هذه المسألة بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 104 من قانون المياه بنصها صراحة على: **«يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المالية... أو تفوض كل أو جزء من تسيير نشاطات خدمة المياه أو التطهير لمتعاملين عموميين أو خواص... و ضمانات مالية كافية»**<sup>3</sup>.

إذن الهدف الأساسي من تطبيق تقنية تفويض المرفق العام هو تخفيف اللجوء إلى سياسة الاقتراض<sup>4</sup>، بمعنى الحد من التمويل المباشر للمرفق (إبرام الصفقات العمومية). و توفير القدرة على تسريع مشاريع التنمية، بدلا من الانتظار لفترات طويلة لتأمين الاعتمادات المالية اللازمة.

1 - وليد حيدر جابر، ص 302.

2 - الكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص 23.

3 - المرجع نفسه، ص 23.

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

كما أن الاعتماد على التمويل الذاتي المحلي هو التوجه الجديد للحكومة، بعد إعلانها إيقاف دعم المؤسسات والجماعات المحلية فيما يتعلق بالمشاريع منعدمة المردودية، والتحول إلى منح البلديات قروضا من دون فوائد، من خلال صندوق التضامن مع الجماعات المحلية، بهدف الاستثمار في مشاريع ذات مردودية تمكن البلديات من إرجاع القروض التي استفادت منها في بضع سنوات.

إنها مرحلة صعبة تتطلب من المسؤولين المحليين الاعتماد على التمويل الذاتي للبلديات، من خلال خلق استثمارات تتساير وخصوصياتها الاقتصادية قادرة على جلب الثروة لفائدة خزينتها والحرص على تفعيل عمليات التحصيل الاجباري للضريبة<sup>1</sup>،

### الفرع الثالث: تشجيع الاستثمار عبر تقنية تفويض المرفق العام

إن هدف أي استثمار الربح أي المردودية المالية، ولا يمكن التكلم عنه دون إهمال هذه الميزة المعرفة له، يعتبر عنصر الاستثمار من أهم المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام، وهو المرتكز الحاسم في تكييف وتحديد صور عقود تفويض المرفق العام<sup>2</sup>.

يعد تفويض المرفق العمومي أهم تقنية لتشجيع الاستثمار بإشراك الخواص أو أشخاص من القانون العام بهدف تطوير إقتصاد الدولة، لذلك أدرك المشرع أنه ينبغي تخصيص مواد مستقلة تنظمه وكان ذلك نتيجة دوافع أدت إلى اقراره لهذه التقنية.

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

عرف المشرع الاستثمار في المادة 2 من القانون 09/16 المؤرخ في 3 أوت 2009 المتعلق بترقية الاستثمار كالاتي: «يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1 - محمد دينوري سامي، حنان حاقة، "التمويل الذاتي للجماعات المحلية بالجزائر بين تسيير تفويض المرفق العام وضمان أداء خدمات عمومية"، مجلة البحوث الاقتصادية المتقدمة، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، العدد 02، جوان 2017، ص 186.

2 - نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، (2011-2012)، ص 144.

1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الانتاج و/أو إعادة التأهيل.

2- المساهمة في رأسمال الشركة.»

الملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد ربط فكرة الاستثمار باقتناء الأصول ورأسمال الشركة، فتعريفه جاء بصيغة العموم، كما أنه لم يحصر النشاطات الاقتصادية محل استثمار في مجال معين، ومادام أن الاستثمار يهدف إلى اقتناء أصول في إطار استحداث نشاطات جديدة فإن تقنية تفويض المرفق العمومي تعد من النشاطات القائمة على أصول مختلفة تتعلق أساسا بالمرافق العمومية، ومن ثم فتح المجال أمام الخواص بدرجة أولى وحتى أمام أشخاص القانون العام عبر تقنية تفويض المرفق العام يساهم في تنمية الاقتصاد وتشجيع المستثمرين للإقدام لجلب مشاريعهم، ومن مقومات الاستثمار هو منح المستثمرين الأجانب والمواطنين على السواء كل الامتيازات، والتسهيلات وذلك بتوفير مناخ استثماري مشجع، وهو ما عبر عنه دستوريا بتحسين مناخ الأعمال<sup>1</sup>، فالاستثمار الجيد يقوم على أساس المحفزات التي توفرها وتقدمها الدولة المستقبلية له، وقوامه هو توفير مناخ أعمال جيد للمستثمرين، ومن ثم يظهر جليا العلاقة التي تربط الاستثمار بمناخ الأعمال، فمصطلح الاستثمار يشمل تحت طياته مناخ الأعمال.

إن الهدف المرجو من خلال تفويض المرفق العمومي هو السعي لتطوير اقتصاد الدولة بدعوة إشراك أطراف أخرى، أهمها الخواص في تسيير بعض القطاعات على نحو يحترم فيه المبادئ التي يقوم عليها إبرام اتفاقية المرفق العام، و المتمثلة في حرية الوصول للطلبات، المساواة في المعاملة، شفافية الإجراءات واحترام مبادئ تنفيذ اتفاقية التفويض والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف هذا وفقا لمقتضيات المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وعلى أساس هذه المبادئ ظهرت مبادرة الدولة في محاولة التأطير المحكم لبعض القطاعات الحساسة كالاستثمار والمنافسة، وفتح المجال للخواص قصد إشراكهم في تطوير اقتصاد الدولة من خلال عدة أطر أهمها تفويض المرفق بقصد التسيير، وهذا ما يتبين من خلال فكرة تحسين مناخ الأعمال التي جاء النص عليها في المادة 43 من التعديل الدستوري

1 - المادة 43 من دستور 2016

لسنة 2016، فالنص على هذه الفكرة جاء بعد إقرار المشرع لتقنية تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي 247/15، واستتبعته ضرورة إلغاء بعض التشريعات قصد مواكبته، وإصدار تشريعات أخرى كقانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بالاستثمار<sup>1</sup>، ويمكن تعريف مناخ الأعمال على أنه تهيئة كل السبل الجيدة لتوفير مناخ مناسب للمتعاملين الاقتصاديين قصد دعوتهم للاستثمار بعيدا عن كل المعوقات التي تؤثر على نشاطاتهم التجارية في جو تنافسي حر وشريف.

والملاحظ أن إقرار الجزائر لفكرة مناخ الأعمال لم يكن على سبيل الصدفة وإنما لما له من أهمية في تحقيق تنمية الاقتصاد بجلب المستثمرين، بقصد إبرام عقود ذات أهمية كالعقود الإدارية وبصفة خاصة عقود تفويض المرفق العام، علاوة على أنه لا يمكن إنكار أن الجزائر صنفت حسب تقرير نشر سنة 2014 صادر عن مجلة "فوريس الأمريكية" في المرتبة 137 دوليا من قائمة تحتوي على 146 دولة الأسوأ عالميا من حيث مناخ الأعمال، وهو الأمر الذي تم تداركه مؤخرا حيث صنفت الجزائر سنة 2017 في المرتبة 156 بعد أن كانت مرتبتها 163 سنة 2016 وهذا لقائمة تحتوي على 190 دولة فالملاحظ أن الجزائر حسنت ترتيبها بحسب عدد الدول المشاركة، وذلك بسبع مراتب في تصنيف أقامته المؤسسة المالية الدولية "دوينغ بيزنس" 2017 التابعة للبنك العالمي.

فقد تيقنت الجزائر وأدركت أن تحسين مناخ الأعمال يتطلب ضرورة النص عليه دستوريا وهذا ما تم إدراجه في المادة 43 من دستور 2016، وتبني هذه الفكرة لا يتعارض مع المنع المقرر في شأن الأشخاص غير الخاضعين للقانون الجزائري والذي تم الإشارة إليهم في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام التي جاء نصها كآتي: «يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة"، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري...» فهذا النص يستثني الشخص غير الخاضع للقانون الجزائري من تسيير المرفق العمومي، والعلة في ذلك أن منح التسيير لشخص غير خاضع للقانون الجزائري قد يطرح إشكالات في حال الاختلاف حول ما يتعلق بتنفيذ العقد، وكذا تجنباً للنزاعات التي قد تحدث اختصاص جهة قضائية لبلد أجنبي يكون

<sup>1</sup> - ج.ر. عدد 46 الصادرة في 03 أوت 2016.

المفوض له حاملا لجنسيته، أو مقيم على أراضيه، لذا تم اقرار من الشخص غير الخاضع للقانون الجزائري، والأساس في ذلك مبدأ إقليمية القوانين، وهذا ما قد يدفع بالمستثمر الأجنبي إلى الاستقرار بالجزائر قصد حصوله على عقد إداري كتفويض التسيير فالمنع هنا لا يتعلق بسبب أن الشخص أجنبي، ولكن يتعلق بضرورة أن يكون لديه إقامة مشروعة (مقر اجتماعي للشخص المعنوي) في الجزائر الأمر الذي يسهل معه تطبيق القانون الجزائري.

وتحسين مناخ الأعمال يتطلب جملة من التدابير وجب الحرص على تحقيقها، والتي تسعى الدولة لبلوغها خاصة وأنها تتأهب لتبني النظام الرأسمالي الليبرالي، أهم هذه التدابير هو الدعوة للاستثمار القائم على المنافسة الشريفة وكذا تحسين النظام المصرفي فيحتاج المستثمر الوطني، والأجنبي إلى ضمانات تتعلق أساسا بالمنافسة الشريفة وكذا أن يكون النظام المصرفي في مأمن لا يحمل مخاطر، خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات البنكية الالكترونية.

### أولا: المساهمة (رأس المال)

يقدم المستثمر مساهمة نقدا أو عينا، سواء كان المستثمر شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عموميا<sup>1</sup>.

فكل استثمار أعباء وهي مجموع المصاريف المتعلقة بالاستغلال، يتحملها المستثمر من أجل تحقيق أهدافه المتجسدة أساسا في الربح الذي يحسب بعد خصم مجموع الأعباء كما سبق بيانه.

بالنسبة لامتياز المرفق العام، في البداية كان صاحب الامتياز يتحمل كل الأعباء لحدده ولا تتحمل السلطة (الإدارة) مانحة الامتياز أي مسؤولية فكانت استقلالية حقيقية للمرفق من منطلق تفويضه لمستثمر خاص، لكن الاستثمار في المرفق العام له خصوصية تتعلق بالمصلحة العامة يستدعي تأمينها استمرارية سير المرفق العام بكل فعالية.

مما جعل الإدارة تتدخل لضمان خاصة في الظروف الطارئة والقوة القاهرة من خلال إعادة التوازن المالي للعقد وضمان استمرارية الاستثمار في المرفق العام، واستقر القضاء

<sup>1</sup> - عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هوم، الجزائر، ط 2، 2006،

الإداري على التزام الإدارة بالمحافظة على التوازن المالي للعقد وهذا يمثل حقا للمتعاقد حيث يستطيع المطالبة به أمام الجهات القضائية أو المحكمين<sup>1</sup>.

### ثانيا: المخاطرة

إن نية الحصول على الربح لا تعني بالضرورة التحقيق الفعلي لذلك الربح، فالمساهمة أو الأعباء التي يتحملها المستثمر مجازف بها، وقد يحقق المستثمر أرباحا كبيرة أو صغيرة وقد يتحمل قدرا من الخسارة مناسبة لقيمة مساهمته. فرغم أن الهدف الأساسي للاستثمار هو الربح إلا أن المستثمر قد يواجه مخاطر لم تكن متوقعة وصعوبات واقعية تجعله يتعرض لخسارة فهذه ميزة الاستثمار فهل ينطبق هذا على تفويض المرفق العام؟

فهاذه الوسيلة تتيح للدولة الاستفادة من خبرات وإمكانيات القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية، كما تتيح له التخفيف من الأعباء التي تتحملها الخزينة العمومية لتمويل هاته الخدمات خاصة على المستوى الإقليمي الذي بات اليوم وأكثر من ذي قبل مطالبا بخلق منابع للتمويل خاصة به بعيدا عن دعم الدولة، ولم لا فوائض توجه إلى استغلال آخر<sup>2</sup>.

ونستطيع إيجاز أهم أسباب اللجوء إلى تفويض المرافق العامة فيما يلي:

أ- فشل الأساليب التي اتبعتها حكومات هذه الدول حيث ثبت عدم كفاءتها في إدارة المرافق العامة، ولم يقتصر هذا الفشل على دولة ما أو في ظل إيديولوجية ما بل شمل دولا تعد من الدول المتقدمة، كفرنسا وألمانيا وإيطاليا وغيرها، مما أدى إلى تراجع مستمر في الأداء الاقتصادي لتلك الدول، وإلى عجز كبير في ميزان مدفوعاتها وتراجع أيضا معدل نموها الاقتصادي.

ب- تخفيف الأعباء المالية والإدارية التي تقع على كاهل الدولة وإيقاف أو الحد من الخسائر المالية بسبب العجز المالي في بعض المرافق العامة، من خلال تحقيق الدعم المالي لهذه المرافق والسماح للقطاع الخاص بالمشاركة في تنظيمه وإدارته.

ج- إيجاد موارد مالية جديدة من خلال إتاحة الفرصة للمستثمرين الوطنيين والأجانب في تنظيم إدارة المرافق العامة التي يتم تحويلها إلى القطاع الخاص، مما يؤدي إلى زيادة إيرادات الدولة.

1 - جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة و تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء في فلسطين، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، كلية الحقوق، 2013، ص 222.

2 - أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 77.

د- من أجل تحسين أداء بعض المرافق العامة ورفع كفاءتها الاقتصادية أي بمعنى آخر فإن من أهم هذه الأسباب زيادة الكفاءة الاقتصادية للمرافق التي يتم تحويلها إلى القطاع الخاص إذ أثبتت التجارب أن القطاع الخاص يعتمد على طرق تتميز بالتنظيم الدقيق، بغية رفع المستوى الاقتصادي لهذه المرافق. وفتح حيز اقتصادي لدخول -ليس فقط- الشركات الكبيرة بل أيضا الصغيرة والمتوسطة إلى أسواق كانت مستبعدة منها أو غير مستقرة.

ز- حاجة الدولة إلى هياكل قاعدية وتجهيزات عمومية ضخمة، والتي بدون شك تكلف الدولة أموالا طائلة لذلك تلجأ الدولة لتفويض المرفق ليتولى المفوض له انجاز هذه الهياكل واستغلالها لمدة معينة، تسمح بتغطية الأعباء التي دفعها.

ط- كثرة تعيين الموظفين والعاملين في المرافق العامة، مما أدى إلى اغراق هذه المرافق باليد العاملة الفائضة عن الحاجة الفعلية، مما أدى إلى استنزاف الموارد المالية لهذه الدول.

ل- تعتبر عقود تفويض المرفق العام الحل الوسيط في الشراكة بين القطاع العام و الخاص، تهدف إلى تجنب خصوصية المرافق العامة بحيث تضمن بقاء ملكية المرفق العام للدولة مع خصوصية الاستغلال والتسيير.

م- الإستفادة من القطاع الخاص وما يمتلكه من المعرفة والخبرة في إدارة المشاريع التي يعتبر عنصر الوقت حاسما فيها وتقليل المدد الزمنية اللازمة لتنفيذها و بالتالي تحسين موقف الإدارة العامة، وتوزيع المخاطر الناجمة عن إقامة المشاريع بين أكثر من طرف من أطراف الشراكة. وما يمكن استخلاصه أن لجوء السلطة العمومية لتفويض بعض القطاعات الحيوية للشركات الخاصة من أجل تسييرها وتحمل ذلك العبء عنها جاء نتيجة أسباب متعددة، منه ما هو قانوني وتقني واجتماعي واقتصادي<sup>1</sup>.

- قانوني يبقى الدولة جزئيا بمعزل عن تحمل المسؤولية والمخاطر حيث الشركات المتعاقدة في هذا الخصوص هي التي تتحمل مخاطر وخسائر المرفق.

- تقني، الشركات الخاصة لها إمكانيات تقنية كبيرة ووسائل تكنولوجية متطورة ما يؤهلها لتسيير بعض القطاعات الكبرى.

- من الناحية الاقتصادية مبدئيا يوفر الأعباء على الخزينة العامة، ويشكل وسيلة إضافية لتمويل استثمارات الدولة.

<sup>1</sup> - سعيد نكاوي، المرجع السابق، ص 45 .

### المبحث الثاني: المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام

إن تنازل الدولة عن تسيير المرافق العمومية لأشخاص القانون العام أو الخاص، يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العمومية، وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلفة.

لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب عقد التفويض مرتبط بداية باحترام مبادئ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، التي تعتبر الضامنة الأساسية لحسن إختيار المفوض له القادر على الاستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام المرتبطة بالاستمرارية، المساواة، والقابلية للتكيف.

جاء نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام لتحديد المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العمومي حيث نصت على ما يلي: «دون الإخلال بأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية».

فهناك إذن مبادئ مرتبطة بالإجراءات أو متعلقة بالإبرام (المطلب الأول) ومبادئ تحكم سير المرفق العام أي مبادئ مرتبطة بتنفيذ اتفاقيات التفويض (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: المبادئ التي تحكم عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

هي المبادئ التي تحكم غالبية العقود الإدارية على اختلاف أنواعها وأصنافها أثناء مرحلة الإبرام وقد نصت عليها صراحة المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15، وتعتبر هذه المبادئ روح القانون الجديد وظهر هذا من خلال التأكيد عليها في عدة مواد<sup>1</sup>، حيث نصت عليها الفقرة 01 من المادة 209 من ذات المرسوم، والمتمثلة في ثلاثة مبادئ أساسية تركز المنافسة، وتعتبر ضمانا لحماية المال العام من التبذير من جهة، وحماية المتنافسين من تعسف الإدارة من جهة أخرى.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، "توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية"، مداخلة في اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، يوم 23 فيفري 2016، ص6.

وتتمثل هذه المبادئ في: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (الفرع الأول) ومبدأ المساواة في معاملة المتعاملين (الفرع الثاني)، ومبدأ شفافية الإجراءات (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

وتستدعي دراسة هذا المبدأ في عقد تفويض المرفق العام تحديد تعريف له ثم التطرق لأهم ضمانات تطبيقه وفقا لما جاء في المرسوم الرئاسي 247/15، والمرسوم التنفيذي 199/18.

### أولا: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

إن اقتصاد السوق والتحرر الاقتصادي كأفكار جديدة، أصبحت تفرض على الإدارة اختيار أفضل المتعاملين من أجل تلبية حاجات المواطنين المتزايدة في ظل انفتاح عالمي يطبعه تنافس محكوم على جودة الخدمات والأسعار، والتي لا يمكن توفيرها إلا بإتباع أسلوب المنافسة. فتطبيق هذا الأسلوب يعتبر ضامنا لتسيير المرفق العمومي بانتظام واضطراد من طرف المتعاقد الأفضل<sup>1</sup>.

يمكن القول بأن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، يرتبط بحرية المنافسة والتمثلة في تمكين المواطنين الراغبين في الاشتراك من أن يتقدموا بطلباتهم بحيث لا يمنع أي شخص من هذا الحق إلا للأسباب التي تمس بالمصلحة العامة، مما يعني فسح المجال أمام جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة ويرغبون في المشاركة من أجل تقديم عروضهم للمصلحة المتعاقدة التي يجب عليها أن تقف موقف الحياد من جميع المتنافسين، دون أن تستخدم سلطتها التقديرية في تقرير الفئة التي ستدعوها من أجل تقديم العروض دون أخرى إلا لدواعي المصلحة العامة.

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية مبدأ المنافسة بقولها: "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا" أما محكمة القضاء الإداري المصرية فاعتمدت على نفس التعريف تقريبا مع النص على حق الإدارة في تقييد هذا المبدأ بشروط معينة ترى وجوب توفرها في المتنافسين تتعلق بالكفاءة والنزاهة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أمال بلقاسمي، إيجار المرافق العمومية المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 60.

<sup>2</sup> - سعاد طيبي عمروش، "المبادئ العامة لعقد تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، ع 02، جوان 2019، ص 395.

مقتضى المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على السواء والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي تريد السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة<sup>1</sup>.

وعملا بأحكام المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وفقا للشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط، ولا يتحقق مبدأ حرية وصول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كفاءات إبرام عقد التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه<sup>2</sup>. وهو ما جاء في أحكام المرسوم التنفيذي 199/18.

أما بالنسبة لتعريف مبدأ الوصول للطلبات العمومية في عقد تفويض المرفق العام فالمقصود به هو منح كل شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص المختصين بنوع معين من النشاط الذي تهدف السلطة المفوضة تفويض تسييره، حق التقدم قصد التعاقد دون تمييز بينهم، وحظر كل ممارسة مدبرة من شأنها الحد من ذلك أو تطبيق شروط غير متكافئة عليهم تحرمهم من منافع المنافسة، باستثناء الشروط التي تكون واردة ضمن دفاتر الشروط، ومتى استوفى المتعامل كافة هذه الشروط فليس للإدارة سلطة تقديرية في رفض عرضه.

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 نجد أنه نص على خضوع عقد تفويض المرفق لهذا المبدأ، بموجب أحكام المادة 05 والفقرة 01 من المادة 209 من نفس المرسوم، متوقفا عند هذا الحد دون أن يضع ضمانات وآليات من شأنها ضمان التطبيق الفعلي له حماية للمتعاملين من إمكانية التحيز الذي يتصرف باسم ولحساب الإدارة المفوضة في هذا الشأن لأحد المتعاملين على حساب البقية وبالتالي إهدار مبدأ المنافسة من جهة، ومن جهة ثانية ضمانا لنجاعة الطلبات العمومية عن طريق الحصول على أفضل العروض من الناحية المالية وبالتالي الحفاظ على المال العام ومن الناحية التقنية بتوفير أفضل الخدمات.

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 262.

<sup>2</sup> - صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، ع 32، الجزء الأول، 2018، ص 501.

أما عن الضمانات التي كرسها المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام لتحقيق فاعلية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في عقد تفويض المرفق العام، فنجد أن أهم هذه الضمانات هي:

- إشهار الطلب على المنافسة

- اختيار طرق إبرام تضمن حرية الوصول للطلبات العمومية

وسنفضل في هاذين العنصرين في الباب الثاني من هذه الدراسة.

### ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

كاستثناء على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في عقد تفويض المرفق نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن الطلب على المنافسة يكون وطنيا، وأضافت المادة 22 أنه لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري. وهذا ليس بأمر غريب يخص المرسوم التنفيذي 199/18، حيث نجد أن الدول عادة تفضل مواطنيها على سواهم في التعاقد، وذلك لاعتبارات تتصل بطبيعة العقد الإداري، وأخرى تتعلق بتشجيع الصناعات الوطنية وهو أمر تحرص عليه كافة الدول المتقدمة أو النامية، وهو أكثر أهمية في الدول النامية نظرا لأن تقرير أولوية المنتجات الصناعية الوطنية يمكن أن يكون وسيلة فعالة في تشجيعها، فالمسألة ذات أبعاد اقتصادية بالأساس.

### الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المتنافسين

تمتاز العقود الإدارية بأن حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين معها مقيدة بقيد المساواة بين المتنافسين، على عكس القانون الخاص حيث أن للشخص كامل الحرية في أن يختار من يتعاقد معه كونه يتصرف في أمواله وشؤونه الخاصة. وتستدعي دراسة هذا المبدأ في عقد تفويض المرفق العام تحديد تعريف له ثم التطرق لأهم ضمانات تطبيقه والاستثناءات الواردة عليه.

### أولا: تعريف مبدأ المساواة بين المتنافسين

يقصد بالمساواة بين المتنافسين منح نفس الفرص لكل من يريد أن يتقدم ليتعاقد مع الإدارة، دون تمييز بين شخص أو آخر بحيث لا يتم فرض شروط أو إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون الآخرين، إذ يجب أن تكون هناك مساواة تامة بين من تماثلت مراكزهم

القانونية، ويقوم هذا المبدأ على أساس وقوف الإدارة موقفا محايدا أمام المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية في اختيار فئة دون أخرى.

ويقتضي مبدأ المساواة بين المترشحين، ألا تنطوي معايير اختيار المفوض له على طابع تمييزي، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية. وتلتزم الهيئة العمومية بوضع معايير موضوعية تتعلق بـ:

- شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات تفويض المرفق العام.

- معايير تقييم وآليات إرساء العقد<sup>1</sup>.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى هي تكافؤ الفرص بين المتعهدين، بالزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضيفي الشفافية على العملية بل ويمتد ليشمل عدم إمكانية التفاوض مع المتعهدين قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة متخصصة مستقلة عن السلطة المفوضة.

كما يمكن أن ترد بعض الاستثناءات على مبادئ المنافسة وذلك في طرح الدعوة للمنافسة وطنيا فقط دون الدعوة للمنافسة الدولية، وذلك حماية للمتعاملين الوطنيين.

ولقد كرس المرسوم الرئاسي 247/15، مبدأ المساواة في المادة 78 منه والتي تنص على أنه: «يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط...»

وفي هذا الشأن نصت أيضا الفقرة الثانية من المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: «يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها».

وبما أن عقد تفويض المرفق العام عقد إداري حسب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 199/18، فما هي الضمانات التي كرسها لتحقيق المساواة بين المتنافسين؟

## ثانيا: ضمانات مبدأ المساواة بين المتنافسين في عقد تفويض المرفق العام

<sup>1</sup> - إلهام فاضل، المرجع السابق، ص 14.

من أجل التمكن من تقرير ضمان مبدأ المساواة بين المتنافسين في عقد تفويض المرفق العام لابد من وضع مجموعة من المعايير على أساسها يكون المشرع قد حقق هذا المبدأ وتكمن في شرطين هما توحيد معايير الانتقاء واختيار أفضل العروض وذلك على أساس موضوعي.

### 1- توحيد معايير الانتقاء:

لقد حاول المرسوم التنفيذي 199/18 وضع مجموعة من المعايير الموضوعية الموحدة التي على أساسها يتم انتقاء العروض، حيث تنص المادة 11 منه على أنه يمنح تفويض المرفق للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، حسب سلم التتقيط المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 من نفس المرسوم، التي نصت على أن معايير اختيار عروض المترشحين تتعلق على الخصوص بالقدرات المهنية وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام، وبالقدرات التقنية والتمثلة في الوسائل المادية والبشرية والمهنية والمالية وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية، وهي تبدو معايير موضوعية كافية لتحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين لكنها تحتاج لمزيد من التوضيح والتفصيل الذي لم تتكفل به المادة، كما هو الحال على سبيل المثال في المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلقة بمعايير اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، والتي تضمنت تفاصيل انتقاء المتعاملين في حالة اعتماد معيار واحد (السعر) أو مجموعة معايير.

### 2- اختيار أفضل العروض بشكل موضوعي:

لضمان اختيار أفضل العروض بشكل موضوعي تكريسا لمبدأ المساواة بين المتنافسين، نصت المادة 31 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح أظرفة العروض وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف المترشحين، ثم تقوم في مرحلة ثانية في جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشيح بداية من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وعلى إثر المرحلة الثانية يتم إعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط الترشيح، ثم تقوم اللجنة بدراسة عروضهم وتقييمها حسب سلم التتقيط المحدد في دفتر الشروط، وتقوم بعدها بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المحصل عليها، وقد حددت المواد 75 إلى 77 من المرسوم التنفيذي بشكل مفصل عمل هذه اللجنة.

**ثالثا: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة بين المتنافسين في عقد تفويض المرفق العام**

استثناء على مبدأ المساواة بين المتنافسين يمكن للمصلحة المتعاقدة حرمان بعض الأشخاص من التعاقد معها، حيث تستبعد التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية بعض الأفراد أو الأشخاص أو الفئات من التعاقد معها وذلك لتجنب الإضرار بالمصلحة العامة، وهذا ما ذهب إليه على سبيل المثال المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 75 منه، حيث استنتجت هذه المادة بعض المتعاملين الاقتصاديين من حق التعاقد مع الإدارة والمشاركة في الصفقات العمومية، وقد حدد القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 كفيات السحب والتسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وبالنسبة للمرسوم التنفيذي 199/18 فقد نصت المادة 47 منه على أن يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام المتعامل الذي ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهذا أمر تبرره مصلحة المرفق العام وجمهور المنتفعين بالنظر لخطورة أو عدم مشروعية الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

يعتبر مبدأ شفافية الإجراءات من العوامل الأساسية التي تضمن نزاهة الطلبات العمومية وحرية الوصول لها في جل العقود الإدارية دون استثناءات ترد عليه. الشفافية تسمح للمرشحين الراغبين في تسيير المرفق العام، بمرافقة الإدارة عند اختيارها للمتعاقدين معها، وهو ما يفرض عليها الابتعاد عن المحاباة والرشوة، وبالتالي التزام الموضوعية في ذلك. فيمكن للمرشحين إذا لاحظوا عكس ذلك أن يقدموا احتجاجات أو شكاوى لدى الجهة الإدارية المختصة، مما يسمح للإدارة المركزية بممارسة نوع من الرقابة الخاصة على الجهة الإدارية المتعاقدة<sup>2</sup>.

وتعرف الشفافية بأنها: "النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار التعاقد من الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة" أو أنها "النظام الذي يتميز بقواعد واضحة وبأدوات تساعد على التحقق من أن هذه القواعد قد اتبعت وأدوات التحقق هذه تفتح للمراقبين من ديوان المحاسبة وللأطراف

<sup>1</sup> - سعاد طيبي عمروش، المرجع السابق، ص 399.

<sup>2</sup> - أمال بلقاسمي، المرجع السابق، ص 50 - 60.

ذوي المصلحة مثل مقدم العطاء الخاسر الذي يرغب بأن يعرف أسباب عدم قبول عرضه"، ومن بين المعايير التي تحقق شفافية الإجراءات:

- علانية الطلبات

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة

- تحديد معايير موضوعية لانتقاء العروض

- منح المتنافسين حق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الإبرام.

إن المقصود بمبدأ علانية الطلبات أن يعلم كافة برغبة الإدارة العامة بالتعاقد سواء كان العقد عقد أشغال عمومية أو عقد لوازم أو خدمات، ولا يجوز اللجوء إلى السرية كقاعدة عامة عند إبرام العقود الإدارية، وذلك حتى لا تبرم في أجواء يشوبها الشك والريبة، فالعلانية دليل على النزاهة والشفافية من قبل المصلحة المتعاقدة، وتتحقق العلانية من خلال الإعلان على رغبة الإدارة في التعاقد، ويتم ذلك بمختلف الوسائل سواء الصحف الوطنية أو الإذاعة أو التلفاز أو وسائل الإعلام الأخرى بما فيها الأنترنت.

إن المرسوم الرئاسي 247/15 لم ينص على تطبيق هذا المبدأ في عقود تفويضات المرافق العامة، لكن المادتان 25 و 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 قد تداركتا ذلك. أما بالنسبة للإعداد المسبق لشروط المشاركة نجد أن المرسوم الرئاسي 247/15 قد اشترط ضرورة أن تتضمن الصفقة العمومية دفتر شروط يتم إعداده مسبقاً قبل مرحلة إبرامها، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص: "توضح دفاتر الشروط المحينة دورياً، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية."

وتنص الفقرة الأولى من المادة 63 من المرسوم السابق على أنه: "تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفاتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك".

دون الإشارة لعقود تفويضات المرفق العام في المادتين، أما المرسوم التنفيذي 199/18 فقد اکتفى بالنص في المادة 13 منه على أن دفتر الشروط هو الذي يحدد البنود التنظيمية والتعاقدية المتعلقة بتفويض المرفق العام.

وبخصوص المعيار الثالث المتعلق بتحديد معايير موضوعية لانتقاء العروض نجد أن المرسوم الرئاسي 247/15 لم يشر لا من قريب ولا من بعيد لذلك فيما يتعلق بعقد تفويض المرفق العام، وهذا ما تداركه المرسوم التنفيذي 199/18 في المواد 11 و 13 و 31 السابقة الذكر، وأخيرا بالنسبة لمنح المتنافسين حق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الإبرام في عقد تفويض المرفق، نجد أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام المنصوص عليها في المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 يمكن أن تلعب دورا فعالا في تكريس مبدأ شفافية الإجراءات، بالإضافة إلى ذلك قد نصت المادة 74 من المرسوم التنفيذي 199/18 على خضوع عقود تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية وبعديّة زيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به<sup>1</sup>.

إن المبادئ العامة المنصوص عليها في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تعتبر بشكل عام آلية هامة تركز من جهة ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام وتضمن من جهة ثانية ديمومة السير الحسن للمرافق العمومية، لكنها مازالت تحتاج لمزيد من التفعيل في الجزائر من خلال النصوص القانونية والأحكام القضائية.

كما أن المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جاءت بشكل مختصر رغم أهمية هذه المبادئ كما تضمنت إحالة للمادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلقة بالصفقات العمومية وليس بعقود تفويضات المرفق العام حيث أنه بالرجوع للمادة 05 لا نجد ذكر لمصطلح عقد تفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> - سعاد طيبي عمروش، المرجع السابق، ص 400.

بالرجوع للمادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أنها جعلت المبادئ التي يخضع لها عقد تفويض المرفق العام أثناء مرحلة الإبرام هي نفسها المبادئ التي تخضع لها الصفقة العمومية دون مراعاة طبيعة الاختلاف بينهما.

إن المرسوم التنفيذي 199/18 رغم بعض النقائص التي شابته إلى أنه ساهم في وضع الآليات الضرورية لتكريس المبادئ العامة لعقد تفويض المرفق العام في القانون الجزائري<sup>1</sup>.

### **المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم عملية تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام**

يتفق الفقهاء على أن هناك مبادئ أساسية مشتركة ما بين مختلف المرافق العمومية تحكم تسيير هذه المرافق، فقد قام أحد الفقهاء وهو "لويس رولان" بتنظيم هذه المبادئ بصفة متناسقة في شكل ثلاث مبادئ أساسية وتسمى في بعض الأحيان بقوانين رولان Lois de Rolland، وهي: مبدأ استمرارية المرفق العمومي، مبدأ المساواة أمام المرفق العمومي، ومبدأ التكيف الدائم للمرفق العمومي<sup>2</sup>.

لكن تطور المرفق العام فرض ضرورة تطور المبادئ التي تضمن نوعية المصلحة العامة و من هنا ظهرت مبادئ جديدة واكبت التطورات الحديثة للمرفق العام خاصة مع تدخل أشخاص القانون الخاص في تسيير المرفق العام.

حيث أن من أهم الشروط القانونية الواجب مراعاتها عند قيام الإدارة بتفويض المرفق العام ضرورة مراعاة أعمال المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة. هناك صلة وثيقة بين تفويض المرفق العام والمبادئ العامة التي تسود نظرية المرفق العام، بل أن وجود تقنية التفويض مرتبط أساسا بتطبيق هذه المبادئ.

وتتمثل المبادئ الراحية لتنفيذ عقد التفويض في المبادئ الكلاسيكية (فرع أول)، والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف، إضافة إلى ظهور مبادئ مستحدثة (فرع ثاني)،

### **الفرع الأول: المبادئ الكلاسيكية التي تحكم سير المرافق العامة**

لقد نص المرسوم الرئاسي 247/15 على نفس المبادئ التقليدية المعروفة بقوانين (رولان) التي تحكم المرافق العامة وتهدف لضمان ديمومة سيرها تحقيقا للمصلحة العامة، حيث أكدت

<sup>1</sup> - سعاد طيبي عمروش، المرجع نفسه، ص 402.

<sup>2</sup> - ناصر لباد، المرجع السابق، ص 150.

عليها الفقرة الثانية من المادة 209 بنصها على خضوع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية المرفق للتكيف.

كما نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 199/18: «دون الإخلال بأحكام المادة 05

من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.»

لقد استخدمت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 عند نصها على المبادئ التي يخضع لها المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه عبارة "على الخصوص" ما يعني إلى جانب المبادئ التقليدية المذكورة هناك مبادئ أخرى يخضع لها المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، فقد أسفر التقدم عن ظهور مبادئ جديدة يقوم عليها المرفق العام<sup>1</sup>.

### أولاً: مبدأ استمرارية المرفق العام

تستدعي دراسة هذا المبدأ في عقد تفويض المرفق العام تحديد مضمونه ثم التطرق لأهم ضماناته التي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك المرسوم التنفيذي 199/18.

#### 1- مضمون مبدأ الاستمرارية:

مبدأ الاستمرارية، أو مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد يعد من أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة. ويقتضي هذا المبدأ ضرورة سيرها بانتظام، دون توقف، أو انقطاع في تقديم الخدمات الأساسية للجمهور، وإشباع حاجاته العامة، التي رُتِبَ على أساسها تنظيم أحوالهم المعيشية. وبذلك فإن حدوث أي انقطاع، أو تعطيل في سير أي مرفق من المرافق العامة، يترتب عليه حدوث اضطراب، وإلحاق أضرار بالأفراد، ومن اليسير أن يتصور الإنسان مدى الارتباك الذي ينجم عن تعطل مرفق من المرافق ولو لمدة قصيرة.

تحمل الاستمرارية معنى الديمومة لوجود بعض المرافق العامة كالاستشفاء والأمن، ومعنى الوجود الطبيعي والعادي للبعض الآخر من المرافق من جهة ثانية، حيث أن المنتفعين يستطيعون وفقاً للسير العادي للمرفق الاستفادة منه كالطاقة والمياه والنقل. وتبرير مبدأ

<sup>1</sup> - نوال بوهالي، "التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، ع 12، (ص ص 331-345)، ص 340.

استمرارية المرفق العام يرتكز على مدلولين أحدهما دستوري سياسي هو تواجد الدولة، والثاني مدلول اجتماعي هو ضرورة تفادي الفوضى<sup>1</sup>. ولهذا فإن من أهم واجبات السلطة العامة أن تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام وديمومة، ويضطلع موظفوها بالعمل على تحقيق الأهداف والأغراض التي أنشئ من أجلها المرفق.

مبدأ الاستمرارية كقيد يقع على عاتق المفوض له المتعاقد مع السلطة المفوضة سواء كان شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، له نتائج القانونية على صعيدي الالتزامات والمزايا والحقوق الناشئة عن عقد التفويض.

لصيانة مبدأ الاستمرارية عمل الاجتهاد على تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، عند وجود تضارب بينهما، قد يصل إلى تحمل المكلف بتسيير المرفق العام إلى خسائر لم تكن متوقعة عند تنفيذ اتفاقية التفويض<sup>2</sup>.

وتترتب على مبدأ الاستمرارية مجموعة من النتائج، تتمثل في تنظيم الإضراب والاستقالة وعدم جواز الحجز على أموال المرفق بالإضافة للاعتراف بنظريتي الموظف الفعلي والظروف الطارئة، وهذا ما يجب أخذه بعين الاعتبار كذلك في المرحلة الزمنية التي حددها عقد أو اتفاقية تفويض المرفق، مع تكييفها مع المقتضيات والخصائص المتعلقة بذلك.

## 2- ضمانات مبدأ الاستمرارية في عقد تفويض المرفق العام:

إن مسؤولية تحقيق هذا المبدأ بالنسبة لعقد تفويضات المرفق تقع بالدرجة الأولى على عاتق السلطة المفوضة والمفوض له وعماله الذين يضطلعون بمهام المرفق، وفي هذا الإطار نصت المادة 82 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن السلطة المفوضة تتابع تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق، وتقوم في هذا السياق بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض، وكذا التقارير الدورية السداسية التي يلتزم المفوض له بإعدادها وإرسالها للسلطة المفوضة، وتقوم حسب المادة 83 من نفس المرسوم بعقد اجتماع واحد على الأقل في كل ثلاثة أشهر مع المفوض له في إطار هذه الرقابة، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وهذا ما من شأنه أن يضمن مبدأ استمرارية المرفق العام المفوض.

<sup>1</sup> صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 504 - 505.

<sup>2</sup> وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 322.

وتحت عنوان انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام وفسخه نص القسم الخامس من المرسوم التنفيذي 199/18، في المادة 64 منه على أنه يمكن للمصلحة المفوضة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد قصد ضمان استمرارية المرفق العام.

حيث يجب على المرفق العام أن يعمل بصورة مستمرة ودون انقطاع حتى لا يختل التوازن في الحياة العامة، خشية أن يؤدي هذا الخلل في عمل المرفق العام إلى إحداث اضطراب وتشويش في الحياة العامة وإلى إلحاق الضرر بالمنتفعين منه الذين نظموا حياتهم واعتادوا على طريقة تلبية احتياجاتهم العامة على أساس قيام المرفق العام بمهمته وبشكل مستمر ومنتظم<sup>1</sup>.

وعليه، فإن وضع هذا المبدأ موضع التنفيذ يؤدي إلى اعتبار أن أي انقطاع في سير المرافق العامة يشكل عملاً خاطئاً وليس له أي تبرير قانوني. بيد أن انقطاع العمل في المرفق العام قد يعتبر قانونياً في بعض الأحيان إذا كان الباعث عليه حصول قوة قاهرة، أي أنه ناجم عن حدث خارجي غير متوقع ولا يمكن مقاومته<sup>2</sup>.

### ثانياً: مبدأ المساواة

تتعدد مجالات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الإداري من حيث المساواة في تولي الوظائف العامة وأمام القانون وأمام المرافق العامة، هذا الأخير موضوع الدراسة الذي سنتطرق لمضمونه والضمانات الكفيلة بتطبيقه في عقود تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15.

### 1- مضمون مبدأ المساواة

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي ولهذا فإن المساواة أمام الإدارة والمرفق العمومي ليس إلا نتيجة على المستوى الإداري للمبدأ العام المتمثل في المساواة أمام القانون، ويمثل هذا الأخير اليوم حقا من حقوق الإنسان.

<sup>1</sup> - ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 40.

<sup>2</sup> - فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط الأولى، 2004، ص 241.

المساواة لا تقوم فقط في العلاقة بين المرافق العامة والمنتفعين، إنما أيضا تقوم في العلاقة بين المكلفين بتسيير المرافق العامة وعمالها والغير كالمتعهدين.

إلا أن هذا المبدأ قد تشوبه بعض الاستثناءات التي قد يستفيد منها المفوض له بتسيير المرفق العام كما السلطة المفوضة نفسها، وقد تكون محل بنود ضمن دفتر شروط اتفاقية التفويض أو حتى الإفادة منها وفقا لأحكام القانون الإداري واجتهادات القضاء، وهي كالاتي<sup>1</sup>:

أ- **وجود نص قانوني:** اعتبر الاجتهاد القضائي أن مبدأ المساواة بين المنتفعين لا يتعارض مع إمكانية أو حق المشرع في وضع نصوص تمييزية في مسألة الانتفاع من المرفق العام، وذلك بإجراء نوع من التفرقة في المعاملة بين الأشخاص التي تنتمي إلى مركز قانوني واحد، عن طريق منح ميزة قانونية لطائفة محددة، وذلك بهدف تعويضها عن الحرمان الذي تتعرض له قبل تدخل المشرع، وتمكينها من الممارسة الفعلية للحقوق التي يكفلها الدستور والقانون، والتي لم تستطع ممارستها فعليا بسبب أوضاع خاصة بها، ومن أمثلة ذلك تخصيص حق أسبقية أو أولوية لفائدة ذوي الاحتياجات الخاصة، أو إعفاءات ضريبية للمشروعات القائمة في المناطق الجغرافية المتأخرة اقتصاديا والتي تهدف الدولة لتنميتها.

وبالتالي لا يتنافى هذا الاستثناء مع قاعدة المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام، ولا خروجا على هذه الأخيرة لكونها تهدف لتحقيق المصلحة العامة لفئة معينة من المجتمع تعاني الحرمان.

**ب- التمييز بين المنتفعين في المزايا التي يقدمها المرفق العام:** وذلك لأسباب كثيرة منها:

\* **التمييز بين المنتفعين بسبب المكان:** كاشتراط دفع مبلغ أو رسم مالي على الخدمة المقدمة لسكان الأرياف أعلى من الرسم الذي يدفعه سكان المدينة، نظرا للتكلفة العالية التي يتكبدها المرفق العام في أثناء تقديم الخدمات للمنتفعين، كما يمكن للمكلف بتسيير المرفق العام دعم الأسعار كالدعم المقدم لسكان الجنوب الجزائري بسبب الاستهلاك المفرط للكهرباء الناجم عن ارتفاع درجات الحرارة في فصل الصيف.

\* **التمييز بسبب نوع الخدمة:** كاشتراط دفع سعر أعلى لخدمات النقل البحري أو الجوي لراكبي الدرجة الأولى دون عن بقية الركاب، ولا يعد هذا انتهاكا لمبدأ المساواة نظرا لتنوع مستوى ودرجة الخدمة المطلوبة ونوعيتها.

<sup>1</sup> - صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع"، المرجع السابق، ص 507-508.

\* التمييز بسبب الغرض: يمكن التمييز بين فئات المنتفعين وذلك لاختلاف الغرض من استعمال الخدمة المقدمة من قبل المرفق العام، كالإختلاف في سعر المياه في الحمامات ومحطات غسل السيارات والشاحنات والتي تفرض عليها أسعار أعلى من سعر الاستخدام المنزلي، أو أختلاف أسعار الكهرباء باختلاف الغرض كالاستخدام الصناعي أو المنزلي. إذ بمعنى يجب أن يخضع الشخص المكلف بتسيير المرفق العام إلى التوازن بين تحقيق مهام المرفق من جهة وبين شروط تسيير المرفق من جهة أخرى.

## 2- ضمانات مبدأ المساواة بين المنتفعين في عقد تفويض المرفق العام:

بالرجوع دائما لمقاصد المشرع في نص المادة 209 نرى أن المرفق المفوض بالضرورة يخضع لنفس الأمر المتعلق بالمرافق غير المجانية، وهذا ما أكدت عليه المادة 84 من المرسوم التنفيذي 199/18، التي ألزمت المفوض له طيلة مدة استغلاله المرفق العام بنشر وإشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام جمهور المنتفعين المرفق المفوض، لاسيما منها ساعات العمل والفئة المعنية ومبلغ الأتاوى أو التعريفات، كما منحت المادة 86 من نفس المرسوم جمهور المنتفعين حق إعلام السلطة المفوضة في حالة عدم احترام المفوض له مبادئ تسيير المرفق العام أو الشروط المتعلقة باستغلاله<sup>1</sup>.

من أهم واجبات السلطة الإدارية أن تعمل لضمان تسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد. حيث يجد المنتفع الخدمة المطلوبة متوفرة في الزمان والمكان المحدد لأدائها. وتبرير مبدأ استمرارية المرفق العام يرتكز على مدلولين أحدهم دستوري سيادي هو تواجد الدولة والثاني مدلول اجتماعي وهو ضرورة تفادي الفوضى

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المساواة المقصودة في هذا المبدأ هي ليست المساواة المطلقة والتامة بين كل الأفراد، التي يطلق عليها المساواة الرياضية أو الحسابية. فهذه المساواة لا يمكن تحقيقها، لأن الناس متفاوتون في المواهب، و مختلفون في القدرات والاستعدادات الفطرية، بل المراد بها هنا المساواة النسبية أو القانونية، التي تعني وجوب معاملة المرفق العام لطالبي الانتفاع بخدماته على قدم المساواة و إذا كانت مراكزهم القانونية التي يتواجدون فيها متماثلة.

<sup>1</sup> - سعاد طيبي عمروش، المرجع السابق، ص 401.

ولقد كرست هذه القاعدة كل الدساتير الجزائرية بداية بدستور 1963 إلى غاية دستور 2020، الذي أشار صراحة إلى هذا المبدأ لاسيما من خلال المادة 27 منه التي تنص: «تضمن المرافق العمومية لكل مرتفق التساوي في الحصول على الخدمات، وبدون تمييز.»  
 وبمعنى آخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم. أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبن إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب<sup>1</sup>.

### ثالثاً: مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف والتغير

إن قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل تعطي الإدارة الحق في تعديل قواعد تنظيم المرفق وقواعد سيره وقت ما تشاء، وهو حق ينسجم مع الطبيعة اللائحية لتنظيم سير المرفق. ومؤدى ذلك أنه مادامت الحياة الإدارية متغيرة، لأنها وليدة رغبات الأفراد المتجددة، فإن مقتضيات بقاء المرفق تستلزم من السلطات الإدارية تحديثه، وإدخال التعديلات عليه، وفقاً لما يستجد من اكتشافات علمية، وابتكارات تقنية.

### 1- مضمون مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف:

المقصود بمبدأ قابلية المرفق للتكيف هو ضرورة استجابة القواعد التي تحكم المرفق في تنظيمه وسيره للمستجدات والتطورات الحاصلة في الحاجات العامة لجمهور المنتفعين بما يحقق المصلحة العامة، وذلك عن طريق تقديم أفضل نوعية من الخدمات بما يخدم استمرارية ومواكبة المرفق للعصر ويحقق حاجيات مستخدميه في نفس الوقت، فقد ترى السلطة الإدارية إعادة تنظيم المرفق أو تجديد نوعية الخدمات التي يقدمها أو كيفية الانتفاع بها.

<sup>1</sup> - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 209.

بمقتضى هذه الفكرة منحت للإدارة في تسيير المرفق العام امتيازات استثنائية تتمثل في قدرتها على تعديل نظام سير المرافق العامة والعقود المتعلقة بها بإرادتها المنفردة، وتعديل القواعد التي تحكمها بما يتماشى والمصلحة العامة التي تتقدم على جميع الاعتبارات، دون أن يملك المنتفعين أو المتعاقدين في مواجهة هذا التعديل، وهذا ما يجب كذلك أن يحكم عقود تفويضات المرفق التي لا تعتبر استثناء عن القاعدة العامة.

بما أن المرفق العمومي يهدف إلى الاستجابة إلى حاجيات المواطنين ومتطلبات الصالح العام و تأمينها. وبما أن هذه المتطلبات وهذه الحاجيات تتطور بالضرورة، لهذا يجب على المرفق العمومي أن يدخل التغييرات ليلبي المتطلبات والحاجيات الجديدة.

## 2- ضمانات قابلية المرفق العام للتكيف في عقد تفويض المرفق العام:

إن قابلية المرفق العام للتكيف تستدعي كما أشرنا له أعلاه منح الإدارة حق تعديل نظام سير المرفق العام والعقد المتصل به بما يتماشى مع المستجدات، هذا الأمر الذي لم تشر إليه المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 أو المرسوم التنفيذي 199/18، بل أكثر من ذلك فإن المادة 58 من المرسوم التنفيذي التي جاءت تحت عنوان الملحق، تخالف هذا المبدأ حسب رأينا حيث نصت على أنه يمكن للمصلحة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 التي تنص بدورها على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخص الملحق تعديل موضوع الاتفاقية أو مدتها، وهذا ما يشكل انحرافاً على مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف والتطور يجب تداركه من قبل المشرع في اعتقادنا<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات هذا المبدأ حق الإدارة في تعديل القواعد التي تحكم عمل هذا المرفق، كأن تعدل في شروط الانتفاع أو في مقدار الرسوم أو آلية تقديم الخدمة، فمثلاً قد يقوم أحد المرافق بتعديل شروط تقديمه للخدمة بحيث تصبح عبر شبكة الانترنت بدلاً من الطريقة التقليدية بواسطة الورق وعبر مكاتب المرفق، حيث تصبح هذه المرافق تقدم جزء من خدماتها عبر شبكة الأنترنت، ومن خلال البريد الإلكتروني متجاوزة الإجراءات التقليدية<sup>2</sup>.

كما أنه ليس من حق المتعاقد مع الإدارة في عقد التفويض أن يحول دون ممارسة حقها في تغيير بعض بنود العقد بما يخدم مصلحة المنتفعين مع الاحتفاظ بحقه في التوازن المالي.

<sup>1</sup> - سعاد طيبي عمروش، المرجع السابق، ص 402.

<sup>2</sup> - حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط الأولى، 2008، ص 312.

ونخلص مما سبق إلى أنه بما أن إدارة المرافق العامة وتنظيمها تتحدد في ضوء الظروف القائمة آنذاك، ولما كانت هذه الظروف تتطور وتتغير بصورة دائمة فإنه أيضا يلزم تطوير المرفق العام سواء من حيث نشاطه أو أسلوب إدارته، حتى يمكن للمرفق العام أن يواكب الحاجات المستجدة تحقيقا للصالح العام، ومن ثم يحق للإدارة أن تتدخل في أي وقت لتعدل من قواعد سير المرفق بإرادتها المنفردة بما تراه متفقا مع الصالح العام، و لها في ذلك سلطة تقديرية واسعة، دون أن يكون لأي فرد الادعاء بحق مكتسب له في استمرار نظام معين<sup>1</sup>. ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضا حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: المبادئ الحديثة التي تحكم سير المرافق العامة

بالإضافة إلى خضوع عقود تفويض المرفق العام إلى المبادئ العامة التقليدية التي تحكم فئة العقود الإدارية، بحكم أن تفويض المرفق العام ينتمي إلى هذه العقود، وهي المبادئ الثلاث التي تم تناولها سابقا، والتي يرجع ظهورها إلى القرن التاسع عشر، فإنها تخضع كذلك إلى قواعد جديدة ظهرت في أواخر القرن العشرين، خاصة مع تدخل أشخاص القانون الخاص في تسيير المرفق العام.

لعبت النصوص القانونية للمجموعة الأوروبية في مجال تفويض المرفق العام دورا بارزا في تكريس وإرساء مبادئ مستحدثة، والتي قد تكون مصدر إلهام للمشرع الجزائري في تبنيها في النصوص المنظمة للعقد أو تضمينها ضمن دفتر الشروط عقد التفويض. إلا أن هذه المبادئ الجديدة لا يوجد إجماع حولها وغير محددة على سبيل الحصر ولا تطبق على جميع المرافق العامة فيمكن أن تطبق على مرفق دون الآخر، ومن بينها: الشفافية، الفعالية، النوعية والجودة، السرعة... إلخ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حمدي القبيلات، المرجع نفسه، ص 313.

<sup>2</sup> - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 207.

<sup>3</sup> - انظر: نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية، المرجع السابق، ص 229 - 237.

## أولاً: مبدأ الشفافية

تعتبر الشفافية عنصراً أساسياً وضرورياً لضمان حقوق المنتفعين حتى أصبح بعض الفقهاء يعتبرونها من المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة وخصوصاً المحلية منها إلى جانب مبدأ المساواة والإستمرارية، وهذا المبدأ الجديد يفرض على السلطة المسؤولة عن تسيير المرفق سواء تعلق الأمر بشخص عمومي أو شخص خاص بإخبار المنتفعين بشروط الاستفادة من خدمات المرفق وخاصة الشروط المالية المتعلقة بتقديم خدمات المرفق، وبالقرارات الفردية المتخذة في حقهم، وأحياناً ذكر الأسباب الداعية إليها، وكذا وضع جميع الوثائق التي تسمح بتقييم سير المرفق رهن إشارة الجمهور<sup>1</sup>.

يمكن القول أن الشفافية كمبدأ حديث يحمي المصلحة العامة، ظهر حديثاً حيث أصبحت سواء المنظمات الدولية أو المرافق العامة أو الخواص تطلبه في خطاباتها، حيث أننا أصبحنا اليوم أكثر من أي وقت في حاجة إلى مبدأ الشفافية والذي له وجهان أساسيان .

**1 - الوجه الأول :** ضرورة احترام الأشخاص العامة عند منح تفويض المرافق العامة لشفافية إجراءات المنح مما يسمح بالمنافسة النزيهة لاختيار الأحسن لتسيير المرفق العام وبذلك تختار الأحسن لضمان المصلحة العامة .

**2 - الوجه الثاني :** احترام مبدأ الشفافية في تسيير المرفق العام وتقديم خدمات المرفق العام، فهو بذلك قيد على مسير المرفق العام ويضمن احترام المبادئ الكلاسيكية ويمكن تقديم تعريف لهذا المبدأ من طرف الأستاذ **Michel Bazex**: "الشفافية هي وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام ، بغية التأكد من أن المصالح الإقتصادية للمنتفعين قد روعيت فعلاً من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام"<sup>2</sup>.

فهذا المبدأ هو قيد يقع على عاتق مسير المرفق العام الهدف منه ضمان المصلحة العامة، فشفافية المرفق العام تقود إلى إعادة الاعتبار لهذا المرفق عبر انفتاحه على محيطه. إن الشفافية تسمح بتقييم نوعية الخدمة ومدى احترام المسير للقوانين وكذا لمقتضيات المصلحة العامة، وهي تتطلب إقرار الحق في الإعلام للمرتفقين خاصة من خلال المطبوعات

<sup>1</sup> - سهيل البعمرى، التدبير المفوض والمرفق العام، نشر في الاتحاد الاشتراكي يوم 2011/8/04، من الانترنت

تاريخ التصفح: 2018/06/17 الساعة: 19:30 <https://www.maghress.com/alittihad/133050>

<sup>2</sup> - Michel Bazex, obligation communautaires de transparence et prestation des Service Public, édition juriscasseur, octobre 1993 , p 15.

الرسمية لمسير المرفق العام والتي تتضمن مجموعة من المعطيات المساعدة على اختيار نوع الخدمة المرغوب فيها<sup>1</sup>.

والملاحظة التي يمكن إيرادها في هذا المجال هي مشكلة تتعلق باللغة التي تحرر بها الوثائق التي تربط المرفق المفوض بالمنافع، هذه الوثائق يجب أن تكون في متناول أغلب المنتفعين وتحرر باللغة العربية، لأن اللغة الفرنسية لا تزال تستعمل في بعض المرافق العامة، ويجب أن يذكر هذا الأمر في دفتر الشروط، حتى يتسنى لأغلب المنتفعين التعرف على الخدمات التي يقدمها المرفق المفوض، وهذا من أجل تفعيل الرقابة على هذا الأخير، ولإشراك المنتفعين في هاته العملية، وهو ما يقودنا إلى الحديث عن مشاركة المواطنين في تسيير المرافق العمومية خاصة المحلية.

لقد كان لغياب الشفافية في تسيير المرفق العام آثاره التي تمثلت بتحميل المنتفعين وكذلك الجماعة العامة على السواء أعباء تقنية التفويض بحيث أصبح الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام المستفيد الأول والأخير من هذا الغياب<sup>2</sup>.

مبدأ الشفافية يشكل نقطة صراع بين المرتفقين والشخص المكلف بتسيير المرفق العام فالمرتفق من حقه ومصالحته إعلامه بكيفية تأدية المرفق العام لنشاطه ونوعية الخدمة التي سيقدمها وتسعيرتها وشروط الاستفادة منها والامتيازات الإضافية وكذا في حالة الإخلال بكيفية الرقابة وكيفية الاعتراض، وفي الجانب الآخر للصراع يوجد المسير للمرفق العام الذي من مصالحته عدم إعلام المرتفقين بكيفية تسيير المرفق العام وكذا بوضعه المالي ولا حتى التسعيرة فمن مصالحته إخفاء كيفية تسييره للمرفق العام لكن هدف المصلحة العامة كخصوصية للمرفق العام تفرض عليه قيد ضرورة احترام الشفافية في كل تسييره للمرفق العام<sup>3</sup>.

ولقد وضع المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 199/18 حدا لهذا الصراع بتبنيه فكرة التوازن بين المصالح وذلك بإلزام المفوض له بتقديم تقرير سنوي يبين فيه نوعية وجودة الخدمات المؤداة إلى المنتفعين. إلا أن القضاء الإداري يبقى في رقابته الضامن الأكبر في الحفاظ على مبدأ الشفافية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الحديثة، المغرب، 2009، ص 280.

<sup>2</sup> وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 92

<sup>3</sup> صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 510.

<sup>4</sup> - Michel Gribal, transparence et délégation de Service Public, les petites affiches, septembre 1995, p16.

إن الشفافية تظهر خاصة عند تحديد التسعيرة وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري عند منح الامتياز حين حدد التسعيرات مسبقا، وذلك من خلال عدة مراسيم نذكر منها:

- المرسوم التنفيذي 174/05<sup>1</sup> من خلال المادة 4/17 التي فرضت على مسير الشبكة إعلام الزبون وتسليمه نسخة من العقد المبرم مع المتعامل، وفي حالة التعديل لا يسري هذا التعديل إلا بعد 30 يوم من تسليم نسخة مكتوبة من هذه التعديلات للزبون المعني.

كما نصت المادة 21 على ضرورة إعلام الجمهور بالتعريفات ونشرها.

إذا سلمنا بأن غياب الشفافية في تسيير المرفق العام وحجب المعطيات والمعلومات والإجراءات، تؤدي إلى نوع من الاستكار والرفض لدى المرتفقين والرأي العام بصفة عامة، ووجود الشفافية ستؤدي إلى إعادة الاعتبار للمرافق العمومية عبر انفتاحها على محيطها وتوفير مصادر جديدة للمعلومات يمكن أن يستفيد منها المرتفقين في حياتهم اليومية إدارية كانت أو اجتماعية وغيرها<sup>2</sup>.

وتظهر بوضوح الأهمية التي تكتسيها شفافية المرافق العمومية، في كون هذه الأخيرة تعمل بالإضافة إلى تقديم الخدمات ذات جودة وبفعالية للمرتفقين، فإنها تحقق المشروعية في عملها عبر خلق ارتياح وتوافق حول أدائها وحسن تقديم الخدمات وتلبية الحاجيات التي يطلبها المرتفق بشفافية بعيدا عن الضبابية وحجب المعطيات والحقائق والبرامج والمشاريع والأنشطة<sup>3</sup>.

### ثانيا: مبدأ الفعالية

يجد هذا المبدأ أساسه في أحد أسباب اللجوء إلى تقنية التفويض ذاتها المتعلقة بالدوافع الاجتماعية، التي تتلخص في النمو الديمغرافي الذي تعرفه الجزائر خلال العقود الأخيرة، وعدم مسايرة الدولة لهذا الارتفاع وكذا تزايد حاجات المواطنين، حتى أصبحت الدولة مرغمة للبحث عن حلول لهذه الإشكالات عن طريق البحث عن الاستثمار وإعطاء الأولوية للقطاع الخاص لتسيير بعض المرافق العمومية، التي تساهم نوعا ما في تحقيق هذه الظواهر واستيعابها كلما

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي 174/05، المؤرخ في 9 ماي 2005 و المتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية و إستغلالها و توفير خدمات هاتفية ثابتة دولية و ما بين المدن في الحلقة المحلية للجمهور، ج.ر.ع 34.

<sup>2</sup> مونية جليل، "تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، ع 04، 2019، ص 97.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 95.

حلت محل القطاع العام، الذي أصبح يكتفي بوضع ضمانات لمستخدمي المرافق العمومية تحقيقاً للأمن الاجتماعي وللحفاظ على المصالح العامة<sup>1</sup>.

بما أن المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة وبذلك أولى بالحماية لذلك وجب على المرفق العام البحث عن الفعالية في تسييره سواء كان من يسيره شخص عام أو خاص، هذه الفعالية يمكن التعبير عنها بقياسها بعدة طرق حسب نوع وطبيعة كل مرفق عام فالفعالية في معناها الواسع هي تحقيق الأهداف المسطرة مسبقاً سواء كانت هذه الأهداف اقتصادية، مالية، إدارية، خدماتية، إجتماعية... إلخ، ومن هنا فالتعبير الكمي عن الفعالية يخص فقط المرافق العامة الاقتصادية أما المرافق العامة الإدارية فالفعالية تقاس بمدى جودة الخدمة المقدمة والوقت المستغرق... الخ .

فالمصلحة العامة وحمايتها تستدعي قيام المرافق العامة بتقديم خدماتها بكل فعالية، فالفعالية هي في الأصل قياس مدى تحقيق المصلحة العامة التي كانت مرجوة من هذا المرفق العام.

فهذا المبدأ الحديث حاول جعل المرفق العام فعالاً في تقديم خدمات عمومية للمنتفعين، وذلك من خلال الاستعمال الأمثل للموارد و الإمكانيات<sup>2</sup>.

ويمكن تقسيم الفعالية إلى :

\_ فعالية إقتصادية : ونعني بالفعالية الاقتصادية تحقيق ربح من وراء تسيير المرفق العام، وذلك للقدرات المادية للمفوض له والتي تعد ضماناً أكثر لفاعلية اتفاقية التفويض خاصة وتحقيق النشاط المرفقي عامة،

\_ فعالية إجتماعية : أما الفعالية الاجتماعية فتكمن في ما يؤديه المرفق العام من خدمات للجمهور بصورة متساوية وفقاً للشروط التي تحكم المرفق العام، أي تحقيق المصلحة العامة التي يربوها المرفق العام، والفعالية الاجتماعية هي الضمانة المؤمنة لكل شخص في الاستفادة من المرفق العام وفقاً للقواعد التي تحكم سيره<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، المرجع سابق، ص 511.

<sup>2</sup> - Amel Aouij Mrad, **droit des services publics**, centre de recherche et d'études administratives (ENA), tunis, 1998, p85.

<sup>3</sup> وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 96

وبالتالي تشكل الفعالية الاقتصادية والاجتماعية التزاما في ذمة المكلف بتسيير المرفق العام تستهدف تأمين الخدمة بأفضل الوسائل والشروط، وإن كان من الصعب أن يتم تضمينها ضمن نصوص قانونية إلا أن الفعالية الاجتماعية الاقتصادية قد تكون أحد الالتزامات التي ترد ضمن دفتر شروط اتفاقية التفويض، حسب كل نمط من أنماط المرافق العامة<sup>1</sup>.

### ثالثا: مبدأ النوعية و الجودة

لقد تزامن ظهور هذا المبدأ مع المناداة بإرساء أسس الحكم الراشد أو الحكامة، وبالتالي نجد هذا المبدأ يرتبط ارتباطا وثيقا بسابقه -مبدأ الشفافية-، كما يرتبط كذلك بالمبدأ التقليدي المتمثل في القابلية للتكيف والتطور، ذلك أن التكيف والتطور يكون أساسا من أجل تطور الخدمات المقدمة من المرفق العام.

يعود في أصوله للقواعد المطبقة على الخدمات التي يؤديها القطاع الخاص لكن التطور الحاصل وكذا أهمية المصلحة العامة فرضت ضرورة وجود وخضوع الخدمة المقدمة من طرف المرافق العامة لمراقبة النوعية وضرورة تحسينها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة .

ويقصد بمبدأ النوعية أن يحق للمنتفع الحصول على خدمة بأفضل نوعية وجودة وبأحسن الأسعار، ويمكن أن ينص على نوعية الخدمة المقدمة بنص قانوني أو في إطار عقود التفويض، حيث يبين القانون أو العقد نوعية الخدمة المراد تقديمها وكيفيات تحسينها.

لأن الأسباب الحقيقية التي استدعت اللجوء إلى أسلوب تفويض المرافق العامة هو تحسين أداء المرافق العامة، سواء على المستوى الوطني أو المحلي، وبالخصوص المرافق العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري. ويعد تقديم الجودة في الخدمة العمومية من بين المبادئ الجديدة التي فرضها المفهوم الجديد للمرفق العام الذي يهدف إلى ضمان القدر الأدنى من الخدمات ذات نوعية تحت تصرف الجميع<sup>2</sup>.

فمفهوم الجودة أصبح يقدم نفسه كمبدأ من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة ابتداءً من سنوات الثمانينات ، إذ أنه يشكل تجسيدا للريفة في تحديث المرافق العامة، وعلى هذا الأساس تأتي الريفة من السلطات العمومية في التخلي عن المنطق الكمي والاستجابة للنوعية،

<sup>1</sup>-صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ص 512.

<sup>2</sup>- فتحي عكوش، "ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص853.

فالمواطن أصبح يطالب بالخدمة مع ضمان الجودة، فتغيرت نظرة المرتفق من النظرة له كهبة أو منحة من الدولة إلى نظرة كحق ينتزعه بشروطه الخاصة.

وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ النوعية والجودة من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 435/03 من خلال المادة 03 من دفتر الشروط الملحق حيث نصت: "يجب أن تساهم الخدمات المنتظمة في النقل التي تستغلها المؤسسة في توفير حاجيات التنقل في أحسن الظروف من حيث التكلفة وجودة الخدمة والأمن للجماعة والمستعملين"، كما نصت كذلك المادة 09: "يمكن للدولة في أي وقت وبواسطة المصالح والأعوان المؤهلين قانوناً أن تفتش وتراقب حالة وسائل النقل والمنشآت وجودة الخدمات المقدمة للمستعملين"، و المادة 10 " يتعين على المؤسسة أن تجدد.....وتضمن جودة الخدمات المقدمة."

كما نص على هذا المبدأ و بأكثر تفصيل المرسوم التنفيذي 174/05 من خلال دفتر الشروط في مادته 02/15 " يلتزم صاحب الرخصة برصد كل الوسائل لتوفير خدمات بنوعيات تكون مستوياتها مطابقة للمقاييس الدولية، و يلتزم كذلك بالإحترام الدقيق لمعايير النوعية الدنيا المحددة من خلال الملحق"، و هذا تكريس لأهمية هذا المبدأ خاصة في مجال الإتصالات، ليخصص المرسوم ملحق كامل معنون بـ " نوعية الخدمة" و ضع معايير دقيقة متعلقة بالحد الأدنى لنوعية الخدمات المقدمة سواء من حيث النفاذ و السرعة و النوعية الصوت....إلخ.

أما تطبيقات المبدأ فهي تغلب في المرافق العامة الاستثمارية أكثر مما هي عليه الحالة في المرافق العامة الإدارية<sup>1</sup>.

وإذا حاولنا دراسة وتقييم هذا المبدأ نجد أن المرافق العامة الصناعية والتجارية هي محور هذا المبدأ ففي أغلب الأحيان تنص على النوعية، القوانين أو العقود أما المرافق الإدارية فتطبق المبدأ محدود جداً.

والوصول للجودة يكون من خلال إعادة تأهيل العنصر البشري واستخدام التكنولوجيا الحديثة والموازنة بين النوعيات وحسن الاختيار وفق آليات السوق ومتطلبات المرتفقين، ويكون ذلك خاصة من خلال إستطلاعات الرأي و دراسة نفسية للمرتفقين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> إبراهيم كومغار، المرجع السابق، ص 281.

## رابعاً: مبدأ السرعة

المقصود بهذا المبدأ تقديم الخدمة من طرف المرفق العام في أقل وقت ممكن أي مبدأ السرعة الذي هو من أولويات النشاط الخاص أدخل كمبدأ في المرفق العام لضمان تأدية الخدمة في وقتها لمستحقيها، خاصة وأنه انتشرت ظاهرة التأخر كلما ارتبطت الخدمة بالمرفق العام عكس ما هو عليه الحال في القطاع الخاص فمثلا المستشفيات الحكومية يلزمك أيام لأخذ موعد عند طبيب مختص عكس ما هو في المستشفيات الخاصة حيث لا يستدعي الأمر سوى بضع دقائق، ربما يبرر هذا التأخر في المرافق العامة بالاحتفاظ وعدد طالبي الخدمة لكن المرافق العامة وخاصة الاقتصادية منها والمسيرة من قبل الخواص مدعوة لإعادة النظر في سرعة تقديم الخدمة لأنها بلا شك تؤثر على المصلحة العامة، ولم لا جعل مبدأ السرعة مبدأ قانوني محترم في جميع المرافق العامة<sup>1</sup>.

وقد نصت المادة 02/17 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 174/05 على هذا المبدأ خاصة في حالة وجود احتجاجات أو خلل و ذلك من خلال التوفر على مستخدمين مكونين قانوناً لاستقبال المشتركين و تخصيص الإجابة لهم بسرعة.

بالإضافة إلى هذه المبادئ الحديثة والتي تبقى بعضها نظرية فقط من الصعب تطبيقها في المرافق العامة هناك مبادئ أخرى مثل : مبدأ اللوجية، المسؤولية، مبدأ التخصص، مبدأ مشاركة المواطنين في تسيير المرفق العام، مبدأ التوازن المالي، المنافسة، الثقة... الخ، وهي متطورة بتطور المرفق العام وبلا شك هدفها ضمان المصلحة العامة وحمايتها من كل التجاوزات التي يمكن أن تشوب تسيير المرفق العام.

ما يمكن استنتاجه هو أن المشرع أكد على احترام مبادئ المرفق العام، الأمر الذي يصب في حفظ المصلحة العامة للمرتفقين، وإذا كان يلاحظ أن المادة 03 من المرسوم التنفيذي 199/18، ألزمت المفوض له أن يتقيد باحترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية. و لم تشر إلى بعض المبادئ الجديدة التي أصبحت تنص عليها بعض التشريعات والمواثيق فيما يخص تسيير المرافق العمومية. الأمر الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار عند أي تعديل لقانون تفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، المرجع السابق، ص ص 236-237.

لأن المبادئ التي تحكم المرفق العام، سواء التقليدية أو الحديثة منها، ما وجدت إلا لأن تكون صمام أمان يحمي كلتا المصلحتين العامة والخاصة على السواء، في مواجهة سلطة المفوض له التي لا يجب الاستهانة بها، كون منطوق الحصول على الربح الذي يشكل فلسفة لدى رجال الأعمال قد يحيد بهم عن مراعاة مبادئ المرفق العام، مما قد يؤثر سلباً على جودة الخدمات، وبالتالي يترتب عنه المساس بالمصلحة العامة للإدارة والمصلحة الخاصة للمنتفعين<sup>1</sup>، وأن سلطة المفوض له لا توقفها إلا سلطة إدارية قوية تتحكم في زمام الأمور، وتفرض رقابة صارمة، متسلحة بالمبادئ التي تحكم المرفق العام التقليدية منها والحديثة.

### المبحث الثالث: تقدير تقنية تفويض المرفق العام وآليات تفعيله

وبما أن الجزائر تعيش حالياً مرحلة الإقلاع الاقتصادي الجديد بعيداً عن النفط، وذلك عبر إيجاد بدائل للاقتصاد المعتمد على المحروقات والتحرر من هذه التبعية خاصة في ظل تهاوي أسعار النفط، فإن أهم سبيل لذلك هو إشراك الخواص في تسيير المرافق العامة. ومن أجل ضمان نجاح المشاركة بين القطاعين العام والخاص، يلزم وضع أسس ومعايير تمكن من الحكم على مدى نجاح هذه المشاركة و تحقيقها لأهدافها وعلى مدى فاعليتها، والتي يمكن عن طريق هذه المعايير أن تكون العلاقة السليمة بين أطراف العقد. وعليه ينبغي تقدير تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة (المطلب الأول)، والبحث عن آليات تفعيل أسلوب تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تقدير تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة

تشكل التنمية الاقتصادية والاجتماعية مسؤولية كل دولة، وهي بذلك يقع على كاهلها أمر البحث عن أفضل الأساليب المادية والقانونية من أجل تحقيق هذا الهدف، وفي هذا الإطار تعتبر عقود تفويض المرافق العامة أحد هذه الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة. إلا أن الملاحظ هو أن عقود تفويض إدارة المرافق العامة، قد لا تؤمن دائماً نتائج إيجابية وجيدة تخدم التنمية الاقتصادية والاجتماعية، بل على العكس فقد تسير في اتجاه مناقض ومخالف للغاية التي وجدت من أجلها.

<sup>1</sup> - سليمان حاج عزام، "دور المبادئ العامة للمرفق العام المفوض في حماية حقوق المنتفع"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد السادس، 2018، ص 153.

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على أهم مزايا و إيجابيات عقود تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، التي جعلت غالبية الدول اليوم تتجه إلى ضرورة تبني عقود تفويض المرافق العامة ومشاركة القطاع الخاص في إدارتها، ثم التعرف على المخاطر أو السلبيات التي يتعرض لها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إيجابيات التفويض

إن التسيير المفوض له انعكاسات إيجابية على المصلحة العامة من خلال السماح لمؤسسات مختصة في خدمات معينة بتسيير المرافق العامة بطريقة تقنية تتضمن نجاعة ومردودية أكثر للمرافق العامة مخففة بذلك هذا العبء على الدولة.

كما أنها وسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة من قبل الشركات الأجنبية، لكن حتى لا تذهب هذه الاستثمارات والمشاريع في مهب الريح، وحتى لا يتم التلاعب بالممتلكات العامة ينبغي توفير ضمانات قانونية تكفل ذلك، فالقانون المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام قد وفر بعض الضمانات التي من شأنها حماية المصلحة العامة، إلا أنه وعلى اعتبار أن التسيير المفوض هو الجسر الذي من خلاله يتم نقل التكنولوجيا من طرف الشركات الأجنبية المتخصصة نجد أن هذه المسألة أغفلها تماما المرسوم الرئاسي 247/15، فلتحقيق المصلحة العامة وتغليبها على مصالح أخرى كان ولا بد في إطار نصه على استرجاع الاستثمارات والممتلكات العامة عند نهاية مدة عقد تفويض المرفق أن ينص صراحة على اشتراط نقل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة عند نهاية عقد التسيير المفوض من قبل الشركات الأجنبية ولا يترك الأمر لدفتر الشروط الذي يمكنه إغفال ذلك، وهو ما من شأنه فتح المجال أمام الشركات الأجنبية التي يهملها الربح الفاحش على حساب تحقيق المصلحة العامة إلى التلاعب بالمرافق العامة حسب أهوائها أو بالتواطؤ مع المصالح المتعاقدة، خاصة وأن الشركات الأجنبية المعروف عنها أنها تبحث عن الثغرات القانونية في القانون الجزائري لتحقيق مصالحها والتهرب من المسؤولية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نوال بوهالي، "التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" المرجع السابق، ص 344.

تعتمد الدولة في إدائها تفويض مرافقها العامة على: توسيع وتحسين وعصرنة الخدمات، توفير الفعالية وجودة أفضل في الخدمات المقدمة، تمويل البنية التحتية، توفير مناصب الشغل واحترام حقوق العمال... إلخ فإلى أي حد يتم احترام هذه المعايير<sup>1</sup>؟

إن تفويض إدارة المرفق العام لا يجب أن ينظر إليه كمجرد طريقة من الطرق القانونية البحتة لإدارة المرافق العامة، بل يجب النظر إليه كأحدى الوسائل الهامة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وجعل المفوض إليه المتعاقد مع الدولة أو الجماعة المحلية، بحسب الأحوال مساهما في التنمية وليس كمسير للمرفق العام فقط<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار فإن عقود تفويض تدبير المرافق العامة، يمكنها أن تتسم بالعديد من المزايا الإيجابية، نذكر منها على سبيل المثال:

1- المرونة في التسيير: إن طرق التسيير المعتمدة من قبل الفاعلين الخواص والتمتية ببساطتها وسرعتها، ستمكن لا محالة من تقديم الخدمة العمومية في وقتها المناسب، وبأعلى جودة ممكنة، مما يلبي حاجيات المواطن في إطار علاقات تجارية محضة، تعتبر هذا الأخير كزبون وليس مجرد مستهلك، وبالتالي سيتم الحرص على أداء هذه الخدمة باحترام المقاييس العالمية المتعلقة بالجودة.

بالإضافة إلى ذلك فإن خضوع العاملين بالمقاولات الخاصة للقانون الخاص، سواء من حيث التعيين أو التكوين أو الترقية، تشكل أحد العناصر الضرورية التي تسعى الشركات الخاصة من خلالها إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الفاعلية في الأداء العام للعمل.

2- الاستفادة من الوسائل التكنولوجية المتطورة: تسمح تقنية تفويض المرافق العامة كذلك بالاستفادة من التطورات التكنولوجية ومن التقنيات الحديثة المستخدمة في المجال الخاص، لاسيما التدبير والإدارة وما يرتبط بهما من عقلنة التسيير، وترشيد النفقات، ودراسة السوق، واعتبار الزبون أو المستهلك المحور الأساسي لكل الانشغالات.

وفي هذا الإطار، يمكن اعتبار الوسائل التكنولوجية التي تستفيد منها المقاولات الخاصة، إحدى العناصر المهمة التي تراهن عليها هاته الأخيرة لتحسين مردودية المرفق من جهة،

1 - يسير بلهيبية، "لا للتدبير المفوض... نعم لرقابة شعبية على الممتلكات" مقال منشور بتاريخ 30 أوت 2011، موجود على الرابط:

<file:///C:/Users/MAISON%20XP/Desktop.html> تاريخ التصفح : 2018/11/09 على الساعة 22:00

2 - سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 233.

والعمل على أداء الخدمات من جهة أخرى، وبالتالي الوصول إلى الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه كل من المفوض والمفوض إليه، والمتمثل في الحفاظ على المصلحة العامة.

لكن الملاحظ أن إدخال التقنيات الحديثة والمتطورة من طرف الشركات الخاصة تقود حتما إلى التخلي عن الكثير من اليد العاملة، وهي وضعية لا تتفق مع أوضاع الجزائر الراهنة سواء الاقتصادية أو الاجتماعية<sup>1</sup>.

3- المساهمة في إنجاز البنيات التحتية: إذا كان من المعلوم أن مسؤوليات الدولة والجماعات المحلية قد عرفت تزايدا في الوقت الحاضر، فإنه من المسلم به أيضا أن هاته الأخيرة أصبحت غير قادرة على إنجاز ما تحتاج إليه من بنى تحتية كالموانئ والمطارات، والطرق السريعة، وإنتاج وتوزيع الكهرباء والماء والقيام بعمليات التطهير، وجمع النفايات الصلبة... إلخ.

فإشراك القطاع الخاص في تحمل تكلفة إنجاز هذه البنى، يسمح بالتمويل المباشر للتجهيزات العامة بواسطة رؤوس أموال ضخمة، وبالتالي تتحول مسؤولية تمويل الاستثمارات إلى المفوض إليه، الأمر الذي ينتج عنه استفادة السلطة المفوضة على مستوى الميزانية من عنصرين في غاية الأهمية:

- يجعلها تتفادى تزايد الضغط الضريبي.

- يمكنها من الحصول على موارد إضافية، توظفها في مجالات أخرى.

هكذا إذن، يتحمل القطاع الخاص مخاطر التشييد والاستغلال والتمويل، وفي المقابل تعفى السلطة المفوضة من مسؤولية التسيير.

4- المساهمة في إنعاش الاقتصاد المحلي: تظهر مساهمة عقود تفويض تدبير المرافق العامة في إنعاش وتقوية الاقتصاد المحلي على مستويين:

فمن جهة، يؤدي التفويض من خلال الاستثمارات التي يؤديها المفوض له في مجال البنيات التحتية إلى مضاعفة وتكثيف النشاط الاقتصادي المحلي، وذلك عبر تشغيل اليد العاملة الوطنية والتعامل مع المتعاملين الإقتصاديين والمقاولات المحلية.

ومن جهة أخرى، فالبنوك المحلية تتاح لها فرصة التصريف وترويج رؤوس أموال محلية مهمة، دون أن ننسى أن عمليات وصفقات من هذا الحجم تشكل وسيلة فعالة لتقوية الولوج إلى الأسواق المالية العالمية، وإقحام مستثمرين أجنب داخل النظام البنكي المحلي يمكن أن يكون

<sup>1</sup> - سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 234.

مصدر تفاعل بين المجموعة البنكية الدولية والبنوك المحلية، هذا فضلا على تعزيز مصداقية البلد المضيف في هذا المجال.

وهكذا نستخلص أن انعكاسات عقود تفويض إدارة المرافق العامة يمكنها توفير أحدث الأساليب التقنية، ونقل تكنولوجيا متطورة ومناهج للتسيير تتسم بالعصرنة من شأنها المساهمة في إنعاش الاقتصاد المحلي، وإحداث مناصب للشغل في القطاعات محل التفويض<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: سلبيات التفويض

موازاة مع الإيجابيات التي تتميز بها عقود تفويض إدارة المرافق العامة، فإن هاته الأخيرة تتسم مقابل ذلك بالعديد من السلبيات التي يمكنها أن تحد من أهميتها، تتمثل عموما في:

1- التقليل من حرية السلطة المفوضة في المراقبة والتعديل: من المعلوم أن السلطة المفوضة في حالة تفويض أحد مرافقها العامة، يجب عليها أن تحتفظ بحقها في المراقبة والمتابعة، لكن هاته الأخيرة كثيرا ما تصطدم بعدة عراقيل تفرضها طبيعة هذه العقود التي قد تتطلب تقنيات عالية قد تستدعي اللجوء إلى الإستعانة بالخبرة الأجنبية.

فمدة هذه العقود مثلا، تكون طويلة نسبيا مما يحتم ترك هامش من الحرية في التصرف للمفوض إليه وعدم تقييده بتطبيق ترسانة من القوانين، التي تكون بمثابة عرقلة أمام تطور ونمو الاقتصاد سواء على المستوى الوطني أو المحلي.

هذا فضلا على أن المستثمر الخاص عندما يلتزم بتسيير مرفق عام، فهو يأخذ في الاعتبار عدة أبعاد عند توقيعه للعقد (التكلفة، تحملات الاستغلال، الرسوم...)، وإذا ما استعملت السلطة العمومية الامتيازات التي تمتلكها ليس في الإطار التعاقدية، ولكن في الإطار التنظيمي من أجل تنظيم بعض الأبعاد، فإنها حتما ستساهم في تعجيز هذا المستثمر في تحقيق الأهداف المتفق عليها.

وهكذا نلاحظ أن السلطة المفوضة تجد نفسها مضطرة لعدم التدخل المباشر والقيام بالتعديلات المتكررة بهدف الحفاظ على هذا التعاقد، وهذا ما يعني تقليص حريته في مجال المراقبة والتعديل<sup>2</sup>.

1 - سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 235.

2 - سهيلة فوناس، المرجع نفسه، ص 236.

2- المخاطر المالية للسلطة المفوضة: تظهر هذه المخاطر على الخصوص عند إسترداد المرفق العام محل التفويض أو عند انتهاء العقد بصفة عادية بعد مضي المدة المتفق عليها. ففي حالة استرداد التفويض للمصلحة العامة، وبدون خطأ من المفوض إليه، يكون حق هذا الأخير الحصول على تعويض على الخسارة التي لحقت به، بالإضافة إلى ما فاتته من ربح، وفي هذا الإطار يتوجب على السلطة مانحة التفويض لتفادي هذه المخاطر المالية أن تتوقع مسبقا مثل هذه الأمور السلبية وتحددها بصفة دقيقة في الاتفاقية التي أبرمتها.

أما في حالة نهاية مدة عقد تفويض تدبير المرفق العام بصفة عادية، فتوجد عمليات التصفية التي تنصب أساسا على المسائل المادية، حيث تثار مشكلة استرداد السلطة المفوضة لبعض الأغراض دون أن يكون ذلك محدد مسبقا في العقد.

لتفادي مثل هذه المخاطر المالية التي يمكن أن تثقل ميزانية السلطة المفوضة، يتعين على هاته الأخيرة أن تتوقع سبعا جميع هذه الحالات والاحتمالات، وأن تحدد بشكل دقيق وواضح قبل أن تقدم على توقيع مثل هذا النوع من العقود.

كما يكون من الأفضل في هذا الإطار أن يضع المشرع نماذج لهذه العقود (contrat-type) لتساعد الجهة المفوضة وتسهل عليها عملية التعاقد هاته<sup>1</sup>.

3- المخاطر الاجتماعية: إذا كانت السلطات العامة تعتبر المرافق العمومية آلية من الآليات التي تستطيع بواسطتها إنعاش التشغيل، فإن المستثمر الخاص يبحث دائما عن الإنتاجية وعن الربح، الشيء الذي يمكن أن ينتج عنه تخفيض أو تقليص عدد العاملين تماشيا مع الظروف الاقتصادية للمفوض له، مستندا في ذلك على المرونة التي تطبع تسييرها سواء في التوظيف أو الإعفاء.

ولتفادي مختلف هذه المشاكل المتعلقة بالمستخدمين، يجب على السلطة المفوضة أن تراعي مصالح وحاجيات العاملين بهذه المرافق المفوضة وإحاطتهم بكافة الضمانات والحقوق اللازمة، وذلك قبل التوقيع على العقد، هذا فضلا على تتبع ذلك بالمراقبة، لأن كل ما يمكن أن يترتب عن ذلك من مشاكل اجتماعية تتحمله السلطة المفوضة في نهاية المطاف مما يزيد حتما عن أعبائها<sup>2</sup>.

1 - سهيلة فوناس، ، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 236.

2 - المرجع نفسه، ص 237.

4- إرتفاع ثمن الخدمة المقدمة للمستفيدين: الشيء الملاحظ عموماً هو أن عقود تفويض المرفق العام قد تؤدي إلى الرفع من رسوم الاستفادة من الخدمات المقدمة، حيث يتم اعتماد هذه الزيادة في حالتين:

- إرتفاع التعريف في الوقت الذي يتم فيه انتقال تدبير المرفق إلى المفوض إليه  
- إرتفاع مهم للتعريف وبصفة سريعة أثناء استغلال المرفق من طرف المفوض إليه، وهذا ما يعني مراجعة الأثمان بعد مرور مدة معينة من تنفيذ العقد.

مما لا شك فيه أن مثل هذه الزيادات تؤثر على القدرة الشرائية للمستهلك، خصوصاً إذا تعلق الأمر بالفئات الأكثر فقراً، لذلك يتعين على السلطات المفوضة مراعاة هذا الجانب عند تحضيرها لإبرام هذا الصنف من العقود، وبالتالي ضمان نوع من التوازن في إطار هاته العلاقة، لأن الهدف الأساسي من التفويض هو تقديم الخدمة الجيدة وفي أسرع وقت للمواطن وبأقل تكلفة ممكنة.

- تسجيل عديد الاختلالات في مجال تنفيذ العقود من قبل المفوض إليهم، كعدم احترام دفتر الشروط واختلال في تقديم الخدمات للمواطنين أو عدم ارتقائها للنوعية المطلوبة في هاته الدفاتر<sup>1</sup>.

- تسجيل بعض التلاعبات في تحصيل الأموال من المنتفعين بالخدمات وعدم صبها في حسابات الدولة أو التأخر عن المواعيد المحددة لذلك.

- تسجيل عديد النزاعات في مجال تضارب المصالح خاصة في مجال الشركات التابعة للمفوض له التي يتم التعاقد معها من الباطن *la sous-traitance*.

- ضعف آليات الرقابة خاصة من طرف الجهات الموكلة لها بذلك، مع اتخاذ قرارات بناء على معلومات مقدمة من المفوض له دون التأكد من مصداقيتها.

- تسجيل ارتفاع في أسعار بعض الخدمات العمومية التي لا تخدم شريحة كبيرة من المجتمع خاصة ضعيفي الدخل والفقراء.

- غياب نظرة إستراتيجية طويلة الأمد في مجال تفويض المرفق العام.

1 - أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 71.

- تسجيل قصور في الكفاءات والكوادر الإدارية خاصة على مستوى الجماعات الإقليمية والتي تعجز عن تطبيق الالتزامات الواردة بالعقود أمام خبرات قوية ومهارات يتمتع بها المفوض إليهم في ذات المجال<sup>1</sup>.

- يمثل تفويض قطاعات الخدمات، أحد أوجه الاستغلال، وإعادة إنتاج منظومة الاستعمار المتجددة، المتمثلة في التعاقد مع الشركات الفرنسية و عدم فعالية الرقابة، وذلك تحت شعار تشجيع المستثمر أكثر من حماية المواطن المتضرر<sup>2</sup>.

- تصل أحيانا نسبة استغلال العمال بما يفوق الساعات القانونية للعمل، في ظل غياب حماية اجتماعية وصحية، أو تأمين في بعض التجارب، ويدعي المستثمر بأن هدفه الدائم توفير فرص الشغل، في حين تدعي الدولة الحياد والاحتكام الى المؤسسات والقوانين، بما يضمن للطرفين حقوقهما، وهذا ما ينفي الواقع صحته<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: آليات تفعيل أسلوب تفويض المرفق العام

بالرغم من المزايا التي استعرضناها أعلاه وغيرها، إلا أن هناك بعض السلبيات والمخاطر التي تعترض تقنية تفويض المرفق العام، إلا أنه أضحى حقيقة لا بد منها حيث أن القوة الاقتصادية للدول أضحى تقاس بمدى تطور ونمو وحدثة استثماراتها ومدى مقاومتها ومنافستها لمثيلاتها في الأسواق الدولية، كما أن الاستثمار الخاص لا بد أن ينفذ للمرافق العامة الصناعية والتجارية للدولة من أجل تخفيف العبء عن الدولة و ضمان جودة الخدمات وتحقيق مردودية أمثل.

ومن خلال هذا المطلب سنتعرف على العقبات التي تواجه أسلوب تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، والآليات اللازمة لتفعيله (الفرع الثاني).

1 - أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، المرجع نفسه، ص 72.

2 - يسير بلهيبية، "لا للتدبير المفوض ... نعم لرقابة شعبية على الممتلكات"، المرجع السابق.

3 - المرجع نفسه.

**الفرع الأول: عقبات تطبيق أسلوب تفويض المرفق العام**

للتسيير المفوض عدة معوقات تعيق تطبيقه وستتولى في هذا العنصر إبراز أهم العقبات القانونية والعملية المتعلقة بتطبيق نظام التسيير المفوض على مستوى المرافق العامة المحلية.

**أولاً: زعزعة معيار المرفق العام من الناحية القانونية**

إن انتقال عملية تسيير المرافق العامة في نظام التفويض من القطاع العام إلى القطاع الخاص يثير إشكالية في غاية الأهمية تتعلق أساساً بمدى احتفاظ المرفق العام بمفهومه القانوني الكلاسيكي باعتباره المعيار المميز لنشاط الدولة عن نشاط الأفراد وبالتالي كمعيار أساسي للقانون الإداري، لأن في ظلّه تقوم الإدارة بإشباع حاجيات المواطن اليومية مستعملة موظفيها وأموالها العامة ولا تهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الربح، أما في ظل أسلوب التفويض فقد أصبح للقطاع الخاص الدور الأكبر في تسيير هذه المرافق مستعملاً أمواله الخاصة وعماله وتحت مسؤوليته وكل ذلك من أجل تحقيق غاية وحيدة هي الربح<sup>1</sup>.

**ثانياً: المساس بمبدأ مجانية الخدمات العمومية**

كما أن فكرة مجانية الخدمات العمومية أصبحت على المحك، بحكم أن الخواص ملزمون بفرض رسوم قد تكون مرتفعة في بعض الأحيان لتعويض نفقاتهم المتعلقة بالتسيير أو الاستثمار، كما أن اتفاقية التفويض تجيز ذلك، فالمواطن هو الحلقة الأضعف في اتفاقية التفويض، حيث يتغير موقعه من موقع المرتفق إلى موقع الزبون يخضع لمنطق العرض والطلب والربح والخسارة.

**ثالثاً: المساس بالمبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة**

أشارت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة خضوع المرافق العامة بمناسبة تنفيذ اتفاقية التفويض للمبادئ المنظمة للمرافق العامة وهي على الخصوص مبدأ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف والتغيير.

والملاحظ أنه من الصعب في ظل تفويض التسيير إلى القطاع الخاص أن تحترم المبادئ المذكورة أعلاه وخاصة مبدأ المساواة، حيث غالباً ما تشهد المرافق المسيرة من الخواص تمييزاً كبيراً، خاصة إذا كانت الرسوم مرتفعة حيث يستفيد من خدماتها الغني دون الفقير وفي هذا إجحاف كبير وتمييز ضد فئة من فئات المجتمع.

<sup>1</sup> - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص 8-9.

أما بالنسبة لخاصية الاستمرارية فقد لا تحترم في جميع الأحوال من قبل الخواص لأنهم يسعون لتحقيق الربح وترك المرفق يعمل أيام العطل والمناسبات التي لا تشهد إقبالا قد تعرضه لمخاطر مالية كبيرة ونفقات زائدة.

هذا وقد لا يواكب المرفق المسير بأسلوب التفويض التطورات التكنولوجية والتقنية ولا التحولات الاجتماعية والاقتصادية والإدارية التي تقتضي منه إعادة النظر في نوعية وجودة الخدمة المقدمة من خلال تكييفه والمستجدات في هذا المجال.

### رابعا: صعوبة أعمال الرقابة على كل المرافق العامة المسيرة بأسلوب التفويض

رغم تفويض الدولة تسيير المرفق العام لشخص معنوي أو خاص خاضع للقانون العام أو الخاص إلا أنها لا تتصل كليا من مسؤوليتها عن الإشراف على المرفق العام ومراقبته أثناء تقديم الخدمات العامة للمواطنين، إلا أن أهم المعوقات التي قد تعترضها أثناء القيام بهذا الأمر هو نقص وعدم كفاءة الإطار البشري المكلفة بالرقابة على هذه المرافق، خاصة إذا كان المفوض له بالتسيير إحدى الشركات الأجنبية الكبيرة التي تتوافر على إمكانيات بشرية عالية المستوى، كما أن نقص الإمكانيات المادية قد تعيق عمل الجهات الرقابية، مما يجعل الدولة عاجزة عن توفير الحماية للمواطنين الذين يصبحون فريسة سهلة لهذه الشركات التي تتفنن في فرض الإتاوات والرسوم كيفما شاءت.

يجب على الدولة بما فيها الإدارة المحلية ألا تتخلى عن تسيير المرفق العام إلا في حالة الضرورة، كعدم نجاعة أسلوب التسيير المباشر في بعض المرافق الاقتصادية أو عدم توافر الاعتمادات المالية الكافية للاستثمار في قطاع معين، أما إذا كانت الظروف ملائمة والوسائل المادية والبشرية متوفرة، فلا حاجة لترك المرفق بيد المتعامل الخاص، ونحن نؤيد في هذا مسعى المشرع الجزائري في قانون الولاية الذي لم يسمح بتفويض تسيير المصالح العمومية الولائية إلا في حدود ضيقة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: آليات تفعيل أسلوب تفويضات المرفق خاصة على المستوى المحلي

إن المشكل الكبير الذي قد يعترض تفويض المرافق العامة المحلية في الجزائر هو تفعيله من الناحية العملية وهذا لسببين أساسيين هما:

<sup>1</sup> - عبد العالي حاحة، آمال يعيش تمام، المرجع نفسه، ص 10.

- غياب القطاع الخاص الحقيقي وبصفة قوية الذي يتدخل لمساعدة الجماعات المحلية في تحسين أداء مرافقها العامة. فبالرغم من التفتح الاقتصادي للدولة الجزائرية فيبقى القطاع الخاص خاصة المؤسسات الاقتصادية الجزائرية بعيدة كل البعد عن تقديم أجود الخدمات التي ينتظرها المواطنين من المرافق العامة.

- مدى استعداد المواطنين للتعامل مع الخواص الذين سيفوض لهم المرافق العامة. فالمواطن الجزائري تعود التعامل مع السلطات العامة مباشرة دون وساطة، فكيف له أن يغير اتجاهه للتعامل مع المرافق العامة بواسطة الخواص. لذا لا بد من تكثيف حملات النشر والإشهار لآلية التفويض أولا للمؤسسات الراغبة في التفويض ثم للمواطنين ثانيا باعتبارهم المستفيدين الأكبر من تفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

### أولا: الصعوبات التي تواجه البلدية في عملية تفويض مرافقها العمومية:

إضافة إلى جملة المشاكل المالية والتسييرية التي تعاني منها البلدية في الجزائر، تعاني أيضا أثناء تفويضها لمرافقها العمومية من بعض المشاكل والعراقيل:

- التعقيدات والعراقيل القانونية والإدارية والإجرائية: تتجلى أهم هذه التعقيدات التي تصب من عملية تفويضات المرفق العام البلدي هو غياب إحصاء حصري ودقيق وشامل لجميع المرافق العمومية البلدية خصوصا الممتلكات المنتجة للمداخيل، إضافة إلى الطبيعة القانونية لأغلب المرافق البلدية حيث تعرف غياب سندات الملكية لأغلبها والتي تعد بمثابة شرط مسبق لعملية ترميمها وتأهيلها وشرطا ضروريا للحصول على السعر الإفتتاحي من طرف مصالح أملاك الدولة لمباشرة عملية تفويضها خصوصا الإيجار وعقود الإمتياز.

- عدم التحكم في إحصاء المرافق العامة البلدية: حيث تتميز أغلب البلديات الجزائرية بضعف تحكمها في أملاكها ومرافقها العمومية والتي غالبا ما تكون في حالة متدهورة، كما أنها لا تولي الأهمية اللازمة لتسيير مرافقها العمومية حيث تهمل عملية إحصائها وعدم تسجيلها ضمن سجل مكونات أملاك البلدية ولا تعرف بالأخص الطبيعة القانونية لمرافقها وأملاكها مما يؤدي أحيانا إلى رفض عمليات ترميمها وصيانتها.

- مركزية بعض القرارات الإدارية: تعتبر مركزية بعض القرارات الإدارية من أكبر معيقات تفويضات المرفق العام البلدي في الجزائر ويتجلى هذا في أن العديد من دفاتر الشروط

<sup>1</sup> - الكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص30.

النموذجية المتعلقة بعقود التسيير أو الامتياز تعد على المستوى المركزي دون أدنى علم أو إشراك للبلديات في إعدادها ودونما أي مراعاة للأوضاع الاجتماعية أو الاقتصادية والثقافية المميزة للبلدية الجزائرية، هذه الدفاتر ساوت في أعباء الامتياز أو التسيير بين بلديات حضرية وغنية تقع في قلب أكبر الولايات كالعاصمة ووهران وقسنطينة مع بلديات شبه حضرية أو ريفية تقع في مناطق نائية بعيدة ريفية أو صحراوية، ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز دور الحضانة.

- الفساد الإداري المحلي: يعتبر الفساد الإداري ظاهرة معقدة تبدأ من الأسفل إلى الأعلى وتفقد الثقة بين الحاكم المحلي وباقي الأطراف المجتمعية غير الرسمية من مواطنين ومتعاملين خواص بفعل الصفات السلبية اللصيقة بالمجالس البلدية والجهاز البيروقراطي المحلي من اللهث وراء المناصب لتحقيق مآرب شخصية.

- عدم مراجعة أسعار تفويضات بعض المرافق العامة البلدية: حيث أن العديد من المرافق البلدية مؤجرة بأسعار رمزية لا تغطي حتى تكاليف الصيانة ومنها ما هو مؤجر بدون مقابل وبدون إتفاقيات، فزيادة الإنفاق العمومي وإرتفاع الأسعار لم يصاحبه مراجعة الأسعار الإيجارية لبعض المرافق<sup>1</sup>.

- تسعيرة المرفق العمومي: وتعتبر من أهم العوامل لعدم نجاح أسلوب التفويض لأن المواطنين في العادة يرفضون دفع المقابل المالي للخواص (تسعيرة الخدمات) خاصة إذا كان قد تعود على مجانية هذه الخدمات<sup>2</sup>.

### ثانيا: آفاق تطبيق تفويض المرفق العام على المستوى الإقليمي في الجزائر

الجماعات الإقليمية اليوم يمكن لها الاستفادة من شراكة القطاع الخاص بما يضمن لها توفير خدمات لائقة وذات نوعية لمواطنيها، لكن اللجوء إلى القطاع الخاص لضمان هاته الاستمرارية لا بد له من أن يأخذ في عين الاعتبار وقبل اللجوء إلى أي نوع من هذه العقود ما يلي<sup>3</sup>:

- إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية يمكن أن ينتج عنه تهديد لبعض المجالات التي تعتبر إستراتيجية للدولة، لذا يجب التشديد على فعالية سن القوانين ونجاعة تطبيقها الصارم بما يضمن الحفاظ على حق الدولة في التحكم في القطاعات الحساسة وغير

1 - ناصر عساسي، المرجع السابق، ص ص 13-14.

2 - ياسين حجاب، مبروكة محرز، المرجع السابق، ص 149.

3 - أمين بن سعيد، نادبة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ص 75-77.

الحساسية تقاديا لاحتكار القطاع الخاص لها، وما يمكن أن ينجر عن ذلك من مخاطر على أكثر من صعيد.

- إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية لا يجب أن يتخذ ذريعة لانسحاب الدولة وتملصها وتخليها التام عن الخدمات العمومية وبالتالي استغلاله كخصوصية مقنعة، فالدولة من تضمن المساواة بين المواطنين في الاستفادة وتحافظ على تماسك الجبهة الاجتماعية في الدولة، من باب أن المرفق العام يقع تحت المسؤولية الدائمة للدولة والتي تقوم عليه مادامت قائمة.

- إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية، لا يجب أن يحيد بالمرفق العمومي عن هدفه الأساسي، خاصة من ناحية حق الاستفادة لجميع فئات المجتمع، أو من ناحية الكلفة التي يجب أن يراعى فيها الفئات البسيطة والمعوزة.

- إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية يجب أن لا يكون وبأي شكل من الأشكال حافزا لتخلي الدولة عن تطوير هيكلها وإدارتها، هاته الأخيرة التي يجب أن تكون على قدر من الجاهزية والتحديث بما يواكب مثيلاتها في الدول المتطورة لضمان توريد صورة قوية وممتينة للبنية الإدارية للدولة.

- إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية يجب أن يعطي الأولوية للقطاع الخاص المحلي بالدرجة الأولى، في سبيل الحيلولة دون تحكم القطاع الخاص الدولي في قطاعات حساسة داخل الدولة مما يمس باستقرارها واستقلالها.

- قبل اللجوء لهذا نوع من العقود، يجب أولا أن نقيم مدى قدرة الدولة أو جماعاتها الإقليمية على المراقبة والمساءلة، وعلى مدى قدرتها في تفعيل القوانين.

- قبل الجوء لهذا نوع من العقود، يجب تقييم مدى خلقها للثروة المستدامة في البيئة التي ستطبق بها، خاصة في البيئة المحلية والإقليمية.

- وضع مخطط استراتيجي لكيفية تطبيق التسيير المفوض للمرفق العام، يأخذ بعين الاعتبار عديد المستويات، مع تحديد شكل التطبيق الذي يجب أن يكون ممنهجا، مثال ذلك:

- فتح المجال للهيئات العمومية: كل بحسب خصوصيته، لاختيار العقود الأنسب لها، وهذا يعتمد على مقدرة كل هيئة عمومية على التسيير والتقييم والتحكم في مثل هكذا أساليب.

- استحداث هيئة وطنية مستقلة تتولى توجيه هكذا نوع من أساليب التسيير.

- استكمال تدعيم الترسانة التشريعية والقانونية لمثل هكذا أساليب تسيير، لتبيان حقوق وواجبات كل طرف، وغلق الباب أمام التلاعب والفساد.
- تعزيز الجانب القانوني لعقود القطاع العام خاصة المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وسد الثغرات وأبواب التلاعب للحفاظ على المكتسبات وتعزيزها.
- ضمان استمرارية تحقيق المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام<sup>1</sup>، خاصة المرافق العامة المحلية.
- إصلاح قانون الجماعات المحلية: إن تبني نظرة شاملة ومندمجة للبلدية سيكون الإطار الأنسب لتعزيز دور البلديات في تنمية إقليمها بالتعاون مع باقي الفاعلين في المجتمع على رأسهم المتعاملون الخواص ما من شأنه إضفاء الوضوح والعقلانية في تقاسم الصلاحيات العمومية ويضمن تنسيق العمل العمومي مع ضرورة مراعاة مد البلديات بالصلاحيات الكاملة والاختصاصات التي لها علاقة مباشرة بتسيير الشأن المحلي والتكفل باهتمامات المواطنين، كل هذا من شأنه جلب المستثمرين والخواص وضبط النشاطات الاقتصادية الممارسة وبالتالي تسهيل وتفعيل تفويضات المرافق البلدية العمومية.
- القضاء على التعقيدات الإدارية البيروقراطية: وذلك بتبسيط الإجراءات الإدارية للقضاء على الفساد في الإدارة المحلية واعتماد الشفافية وحرية الحصول على المعلومات من قبل مختلف الفواعل المجتمعية المحلية غير الرسمية في مقدمتها المتعاملين الخواص، حيث أن هذه التعقيدات الإجرائية كانت ولا زالت العامل الرئيس في عرقلة وتأجيل تفويضات العديد من المرافق البلدية مما تسبب في حرمان المواطنين من خدمات عمومية هم في أمس الحاجة إليها.
- التحكم في المرافق البلدية من خلال الإحصاء الحصري والشامل: مما يساعد على الإستغلال الأمثل للمصالح والمرافق العمومية البلدية وتفعيل تسييرها عن طريق مختلف صيغ تفويضات المرافق العامة المتاحة ما من شأنه في النهاية تثمين المداخل البلدية وتحسين جودة الخدمات العمومية المقدمة.
- تفعيل دور المرصد الوطني للمرفق العام: والذي جاءت به أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 لتابعة تنظيم تفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه.

1 - أمين بن سعيد، نادبة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 77

- تكوين الأعوان المكلفين بتفويضات المرفق العام على مستوى البلديات: بحيث يتلقى هؤلاء الأعوان دورات تكوين وتأهيل وتحسين المستوى وتجديد مؤهلاتهم وكفاءاتهم بصفة دورية ومستمرة.

كما ينبغي تفعيل دور القطاع الخاص في تسيير المرفق العام البلدي لتقديم خدمة عمومية لائقة وذات جودة عبر الآليات الآتية:

- تحسين العلاقة بين القطاع العام والخاص: جعلها قائمة على الشفافية والوضوح لتأمين جو تشاركي في عملية الإرتقاء بالواقع التنموي وإيجاد رؤية تنموية بعيدة المدى ترقى لتقديم خدمات عمومية عصرية للمواطن.

- تعبئة الموارد البشرية وإرساء دعائم التنمية المستدامة: عبر إنتهاج الحوار والتواصل بين المتعاملين الخواص وأجهزة الدولة محليا لتعبئة الموارد البشرية والإرتقاء بمستوى المعيشة للأفراد.

- إستعمال أفضل للموارد المالية المتاحة وتوجيه الاستثمار لزيادة الأداء والخدمات العمومية.  
- المساعدة في نقل التكنولوجيا النظيفة والاستفادة من الخبرات المتوفرة.  
- إدخال البعد البيئي ضمن أنظمة العمل واعتماد سياسة واضحة تؤكد على تحقيق التنمية المستدامة من خلال الترويج لنظم الإدارة البيئية، واغتنامها في المسعى التنموي المحلي

### خلاصة الباب الأول:

إن تبني تفويض تسيير المرفق العام في الجزائر ليس وليد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقط بل سبقته نصوص قطاعية في أهم نوع من عقود التفويض ألا وهو عقد الامتياز. حيث غاب لفترة طويلة القانون الإطار وتوحيد المصطلحات إلى أن جاء المرسوم الرئاسي 247/15 الذي يعتبر أول نص عام في الجزائر ينظم عقود تفويض تسيير المرفق العام بعد المعالجة القطاعية والمتذبذبة له. ولقد تعزز هذا القانون أخيرا وبعد طول انتظار بالنص التنظيمي المطبق لأحكام المواد من 207 إلى 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 ألا وهو المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

إن اتجاه المشرع الجزائري إلى إصدار المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة، يسمح بتعزيز أسلوب تفويض المرافق العامة لكونه وسيلة ناجحة تتخذها الدولة والجماعات الإقليمية، لتسيير مرافقها العامة بغرض الرفع من جودة الخدمة العمومية وتقريب الإدارة من المواطن، وكذلك التخفيف من الأعباء التي تتحملها الخزينة العمومية.

حيث تطرق هذا المرسوم إلى توضيح مختلف الجوانب التي يركز عليها هذا الأسلوب، الذي يكون وفقا لأشكال متعددة تتمثل في: الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير.

تعتبر المبادئ التي تحكم عقد تفويضات المرفق العام من بين أهم الضمانات القانونية التي تهدف في مرحلة الإبرام لحماية المنافسة والمساواة بين المتنافسين وضمان شفافية الإجراءات، أما في مرحلة تنفيذ عقد تفويض المرفق العام، فتتجلى هذه المبادئ في مبادئ كلاسيكية وهي الاستمرارية والمساواة والتكيف، ومبادئ حديثة تتمثل في الشفافية والمردودية والسرعة وغيرها...، وكل ذلك من أجل المساهمة في حسن سير المرفق وتحقيق المصلحة العامة التي تعتبر هدف كل نشاط إداري.

بعد التعرف على الإطار النظري لعقود تفويض المرفق العام سنحاول في الباب الثاني التعرف على مختلف المراحل والإجراءات التي يمر بها هذا العقد من البداية حتى النهاية.

**الباب الثاني:**  
**الضوابط التي تحكم**  
**عقود تفويض**  
**المرفق العام من**  
**الإبرام إلى النهاية**

تشهد الجزائر وكغيرها من الدول تحولا كبيرا في مجال تسيير المرافق العامة، ولعل المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة، خير دليل على هذا الاتجاه الجديد في تسيير المرافق العامة التابعة للجماعات الإقليمية، حيث جاء بمختلف الإجراءات التي تتضمن العديد من المراحل المتسلسلة والمنظمة، التي تسهل على اللجنة المختصة عملية اختيار المترشح الملائم لضمان تسيير المرفق العام، بغرض استمرارية ذلك المرفق وكذا تلبية الحاجيات العامة للمواطنين.

للإدارة في الأصل الحرية في اختيار أسلوب التعاقد الملائم إلا إذا وجد نص قانوني يلزمها بإتباع طريق معين للتعاقد، ولقد شهدت عملية اختيار المفوض له تطورا مهما، فبعدما كانت السلطة المفوضة تتمتع بحرية تامة في اختيار الشخص الذي تتنازل لمصلحته عن تسيير المرفق العام، أصبحت هذه الحرية مقيدة بمجموعة من الإجراءات التي تهدف في مجملها إلى تكريس مبدأ المنافسة الحرة والمحافظة على المصلحة العامة والمال العام.

ولأن نظام انتقاء المفوض له يكتسي رهانا أساسيا، سيكون من المهم التركيز على مرحلة منح التفويض والتي تحدد الاقتصاد العام لعقد التفويض والتسيير المستقبلي له. كما أحاط المشرع عقود تفويض المرفق العام بنظام رقابي فعال يشمل جميع المراحل التي يمر بها العقد سواء عند الإبرام أو عند التنفيذ.

وتعد عقود تفويض المرفق العام من العقود الزمنية، إذ يتحدد نفاذها بمدة زمنية يجري الاتفاق عليها بين طرفي العقد، وتنتهي بانقضاء هذه المدة، غير أن عقود التفويض يمكن أن تنتهي نهاية غير طبيعية، قبل حلول أجلها الطبيعي، وهو ما يطلق عليه النهاية المبسترة، وأيا كانت أسباب انتهاء عقد تفويض المرفق العام فإنه من المهم تمكين الشخص العام المسؤول عن المرفق من ضمان استمرار سير المرفق العام.

وسيتم التطرق في هذا الباب إلى: إجراءات إبرام و تنفيذ عقود تفويض المرفق العام (الفصل الأول)، ثم نبحت في الرقابة المكرسة على عقود تفويض المرفق العام ونهايتها (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### إجراءات إبرام و تنفيذ عقود تفويض المرفق العام

إن العملية العقدية هي عملية مركبة تمر بمراحل عدة، تبدأ بالإجراءات التمهيديّة أو التحضيرية، وصولاً إلى إبرام اتفاقية التفويض.

إن السلطة المفوضة لا تتمتع بالحرية التي يتمتع بها الأفراد في نطاق القانون الخاص في اختيار من يرغبون بالتعاقد معهم وبالطريقة التي يريدونها، لأن مقتضيات المنافسة وتطور هذا المبدأ أفرز ضرورة تقييد الإدارة في اختيار صاحب التفويض، وهذا ضماناً لحسن الاختيار وكرهاناً لتحديث وإصلاح تسيير المرافق العامة من خلال تفويضات المرفق العام.

تتضح تلك الإجراءات التي أتى بها المشرع الجزائري لاختيار المفوض له في عقد تفويض المرفق العام من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18، وذلك من خلال تبني وسيلة قانونية تضمن مبادئ المنافسة الحرة والنزاهة في إطار إجراءات إبرام عقود تفويض المرافق العامة، التي سنحاول توضيح الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها في إطار إبرام هذه الطائفة من العقود، والوقوف على القيود التي وضعها المشرع للحد من حرية السلطة المفوضة حتى لا تخرج عن الإطار المرسوم لها.

ونظراً للأهمية البالغة التي تكتسبها مرحلة التنفيذ في عقود تفويض المرفق العام، نجد المشرع الجزائري قد أحاط هذه لمرحلة بمجموعة من الضوابط غاية في الأهمية تبين حقوق وواجبات كل طرف من أطراف عقد تفويض المرفق العام.

ومن خلال هذا الفصل سندرس: طرق أو صيغ إبرام عقود تفويض المرفق العام (المبحث الأول)، ثم إجراءات ومراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (المبحث الثاني)، ثم تنفيذ عقود تفويض المرفق العام و التعرف على حقوق والتزامات أطراف عقد التفويض (المبحث الثالث).

### المبحث الأول: طرق أو صيغ إبرام عقود تفويض المرفق العام

للإدارة في الأصل الحرية في اختيار أسلوب التعاقد الملائم إلا إذا وجد نص قانوني يلزمها باتباع طريق معين للتعاقد، ففي هذه الحالة يجب أن تلتزم به وإلا وقع تصرفها باطلاً، غير أنها تظل مقيدة بمقتضيات المصلحة العامة والمبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية<sup>1</sup>. ولأن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن للمفوض له، قام المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 199/18 بتوضيح مختلف الجوانب التي يركز عليها هذا الأسلوب، وبين فيه مختلف الطرق التي تتم من خلالها عملية الإبرام، وفي نفس الوقت حدد جميع الإجراءات والشروط الواجب توفرها في هذه العقود. بالرغم من اختلاف أشكال تفويض المرافق العامة -إمتياز، إيجار، وكالة محفزة، تسيير- إلا أنها تخضع لنفس القواعد القانونية التي تضبط طرق إبرامها، وباستقراء نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن اتفاقية تفويض المرفق العام تبرم وفقاً لإحدى الصيغتين الآتيتين:

- الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة (المطلب الأول).
- التراضي، الذي يمثل الاستثناء (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة

إن الإدارة تعتمد إلى أعمال المنافسة في اختيار المتعاقد معها بهدف تحقيق هدفين أساسيين وهما تحقيق أكبر قدر مالي لصالح الخزينة العامة وهو الأمر الذي يستلزم اختيار العارض الذي يقدم أحسن الشروط والضمانات المالية، وكذا مراعاة المصلحة العامة، وهذا يتطلب اختيار أحسن وأكفأ المتنافسين لأداء الخدمة العامة التي يتطلبها المرفق العام، والطلب على المنافسة مصطلح جديد لم ينص عليه المشرع في النصوص القانونية السابقة، فقد نظم المشرع الجزائري هذا الأسلوب باعتباره القاعدة العامة لإبرام عقود تفويض المرفق العام. وعليه سنتناول تعرف الطلب على المنافسة (الفرع الأول)، وحالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة (الفرع الثاني)، ثم التعرف على حالات الإقصاء من المشاركة (الفرع الثالث)

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص62.

**الفرع الأول: تعرف الطلب على المنافسة**

إن تفييد الإدارة بإعمال المنافسة في اختيار المتعاقد معها ليس الهدف منه كبح حرية الإدارة في التعاقد بل الهدف منه هو تفعيل المرفق العام<sup>1</sup>.

تعد هذه الطريقة القاعدة العامة في تعبير الإدارة عن نيتها في تفويض المرفق العام، حيث عرفت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 كما يلي: «الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.»

مع ضرورة احترام المبادئ التي كرستها المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك المادة 03 من المرسوم التنفيذي 199/18، والمتمثلة في حرية المنافسة والوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات<sup>2</sup>، لكي تتمكن من اختيار أفضل العروض من ناحية المزايا الاقتصادية. وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص: «يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 أدناه.»

عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة انطلاقاً من أهدافه، التي حصرها في الحصول على عروض من عدة متنافسين، مع منح التفويض للمتفاس الذي يقدم أحسن عرض.

كما حدد المرسوم التنفيذي 199/18، عدة شروط يجب أن تتوفر في المفوض له وهي:

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، فواز لجلط، "دور إعمال مبدأ المنافسة في عقود الامتياز (مجال الاتصالات الإلكترونية، والمنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق)"، جوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، المجلد 34، ع 04، 2020، ص 140.

<sup>2</sup> - أكدت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 على احترام مبادئ المادة 05 من نفس المرسوم والتي تنص: « 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.»

1- التفويض لا يكون إلا للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري<sup>1</sup>، وأن يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين<sup>2</sup>.

2- وعندما تكون المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قادرة على القيام بما يتطلبه موضوع تفويض المرفق العام فإنه يتعين على السلطة المفوضة إعطاءها الأولوية في منح التفويض<sup>3</sup>، في محاولة مستمرة من المشرع الجزائري لتشجيع هذه الأخيرة.

على غرار المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199/18، كرس المشرع الجزائري الأولوية في تفويض المرافق العامة في المادة 23 من القانون رقم 02/17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كآلاتي: "تسهر على تطوير الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتعمل على توسيع مجال منح الامتياز في مجال الخدمات العمومية لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة"<sup>4</sup>.

كما تحدد المادة 02 من هذا القانون الأهداف من إعطاء الأولوية في مجال تفويض المرافق العامة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فيما يلي:

- بعث النمو الاقتصادي وتحسين بيئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،
- تشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لاسيما المبتكرة منها، والحفاظ على ديمومتها،
- تحسين تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وقدراتها في مجال التصدير،
- ترقية ثقافة المقاول.
- تحسين معدل الاندماج وترقية المناولة<sup>5</sup>.

3- القدرة على تحمل مسؤولية التفويض، لذا لا بد من مراعاة قدراتهم المهنية والمالية والتقنية في انتقائهم أول مرة، و التأكد منها بكل الوسائل الممكنة.

<sup>1</sup> - المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> - المادة 22 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>3</sup> - المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>4</sup> - قانون رقم 02/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر.

ع 02 الصادرة في 11 جانفي 2017.

<sup>5</sup> - مونية جليل، المرجع السابق، ص 107.

4- التزام المفوض له بالتنفيذ الشخصي، وذلك استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، وقد نص المشرع في هذا الصدد أنه: «لا يمكن للمفوض له الاستفادة من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة. ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خص به المفوض له، موضوع مناولة بصفة كلية»<sup>1</sup>.

5- أن لا يكون المترشح للمشاركة في عقد التفويض في حالة من حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة، والتي أحالت المادة 47 من المرسوم التنفيذي 199/18 إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

مما سبق يظهر لنا جليا بأن المشرع الجزائري قام بتضييق مجال المنافسة وجعلها وطنية فقط من خلال ما جاء في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص على: «يكون الطلب على المنافسة وطنيا»، واشترط أن يكون المفوض له شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري، ولعل السبب في ذلك يكمن في:

- العنصر الوطني له القدرة على التكفل بتفويض المرافق العامة المحلية، بحكم أنها لا تحتاج إلى كفاءة وخبرة أجنبية كالعديد من المرافق الخاصة بالمساحات الخضراء، المذابح البلدية، الإنارة العمومية... إلخ.

- يمكن أن يعتبر كإستراتيجية اعتمدها المشرع من أجل ترقية الإنتاج الوطني، وتشجيع المنتجات والصناعات المحلية، مما يشجع الاستثمار في القطاع العمومي. إضافة إلى اعتبار هذا الإجراء بمثابة محاباة للإنتاج الوطني، ووضع حد لمبدأ المساواة بين المتعاملين، وهو ما لا ينسجم مع قواعد التجارة الدولية، خاصة وأن الجزائر وافقت وصادقت على العديد من المعاهدات في هذا الشأن<sup>2</sup>.

حبذا لو أن المشرع يجعل من الطلب على المنافسة إضافة على الصعيد الوطني أن تكون على الصعيد الدولي، بغية أن يكون ذلك:

<sup>1</sup> المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> منال حلبي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016، ص 19.

- وسيلة لترقية الإنتاج الوطني، واتساع مجال المنافسة بما يتلاءم مع متطلبات قواعد التجارة العالمية،
- إتاحة الفرص للعنصر المحلي للاحتكاك بالكفاءات الأجنبية والاستفادة من خبراتها،
- ضمان النزاهة الحقيقية للعنصر الأجنبي وجدديته في تنفيذ التزامه التعاقدية.

### الفرع الثاني: حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة

إن تقييم العروض يتم على أساس "أفضل عرض" وذلك من حيث الضمانات المهنية والمالية والتقنية وتعلن عن عدم الجدوى في ثلاث (3) حالات:

- 1- عدم استلام أي عرض (أي ملف)،
  - 2- استلام ملف أو عرض وحيد،
  - 3- عدم تأهيل أي ملف لعدم مطابقته مع دفتر الشروط.
- وبالتالي نجد أن المشرع في تفويضات المرفق العمومي أعطى أهمية أكبر لموضوع المنافسة فحتى استلام عرض وحيد هو سبب كاف لعدم جدوى المنافسة وبالتالي نلجأ إلى إعادة الإجراء وهذا للحصول على بدائل أكبر وممكن بتكلفة أقل.
- وتبين الفقرة الثانية من المادة 15 حالات عدم الجدوى للمرة الثانية هي:

- 1- عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.
- 2- عدم استلام أي ملف أو أي عرض.
- 3- عدم تأهيل أي ملف أو عدم مطابقة لدفتر الشروط.

لكن ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، عكس ما هو معمول به في الصفقات العمومية، ذلك من خلال التحديد المشرع للأشكال التي يتخذها طلب العروض مما يسمح توسيع مجال مبدأ المنافسة.

### الفرع الثالث: حالات الإقصاء من المشاركة

رغم أن الإدارة تسع إلى تكريس مبدأ المنافسة في اختيار المفوض له، إلا أن القانون قد وضع جملة من القيود أو الاستثناءات حول حرية المنافسة، وتؤدي هذه القيود إلى حرمان بعض الأشخاص والشركات من المشاركة في الطلب على المنافسة، لكن دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال أو المساس بمبدأ المنافسة الواجب توفرها في إجراء التفويض.

ومن بين الحالات التي تؤدي إلى الإقصاء من المشاركة نذكر:

- في حالة تأخر المفوض له في تنفيذ اتفاقية التفويض دون وجود مبرر مقنع.
  - في حالة وقوع الغش أو حدوث خطأ جسيم في عملية إبرام وتنفيذ اتفاقية التفويض.
- وبالرجوع إلى المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 نجد أن المشرع قد جعل حالات الإقصاء من المشاركة في إجراءات التفويض نفسها في الإجراءات التي تخص الصفقات العمومية، وذلك في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على: «يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و72 أعلاه،
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم،
- الذين قاموا بتصريح كاذب،
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم،
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة،
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،

-الذين أخذوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم، توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.»

إضافة إلى ذلك يمكن إقصاء بعض الأشخاص من المشاركة وذلك تبعاً لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية، ويكون ذلك الحرمان حرمان جزائي وذلك في حالة أن المفوض له قد أخل بالتزاماته التعاقدية، أو حرمان وقائي وذلك من خلال قيام الإدارة بإقصاء بعض الأشخاص الذين تراهم غير مؤهلين لسير المرفق العام، أو لضعف قدرتهم سواء الفنية أو المالية لأداء الأعمال الموكلة لهم، وكل هذا راجع إلى دواعي الحفاظ على المصلحة العامة.

في الأخير يمكن أن نستنتج أن الطلب على المنافسة هو إبداء السلطة المفوضة الرغبة في التعاقد من خلال إعلام المتعاملين بالشروط العامة للتعاقد، وكيفية الحصول على دفتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار.

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط والمنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18، لعل الغرض من وراء هذا الإجراء ضمان المساواة في معاملة المتنافسين، والموضوعية في انتقائهم، والشفافية في العمليات<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: التراضي كاستثناء

إذا كان الطلب على المنافسة يقتضي خضوع الإدارة لجملة من القيود والضوابط الشكلية والإجرائية، التي تلتزم بمراعاتها عند إبرامها لاتفاقيات تفويض المرفق العام بهذا الأسلوب، فإن لجوؤها إلى التراضي يحررها من تلك الإجراءات الصارمة التي تحكم الطلب على المنافسة.

بموجب هذا الإجراء، تقوم السلطة المفوضة بكل حرية باختيار المفوض له مباشرة، إلا أن هذه الحرية لا تمنع من إخضاع أسلوب التراضي لتنظيم قانوني معين في حالات محددة قانوناً. نظم المشرع الجزائري أسلوب التراضي لأول مرة وجعله أسلوب استثنائي تلجأ إليه السلطة المفوضة وقيدها في اللجوء إليه سواء بصيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، جاعلاً اللجوء إليه لا يكون إلا بتوفر حالات منصوص عليها قانوناً.

وعليه سنتناول تعريف التراضي وأنواعه (الفرع الأول)، وحالات اللجوء إلى التراضي

(الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18.

**الفرع الأول: تعريف التراضي وأنواعه**

سننتظر من خلال هذا الفرع إلى تعريف التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام، ثم التعرف على أنواعه التي حددها المشرع..

**أولاً: تعريف التراضي**

إن التعاقد بأسلوب التراضي هو اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث تتحرر فيه السلطة المفوضة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة.

واللجوء إلى التراضي قصد تفويض المرافق العامة يعد استثناء وليس قاعدة عامة، تحكمه ضوابط وشروط وجب التقيد بها.

بالرجوع إلى أحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18 اعتبر المشرع الجزائري إجراء التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، كنتيجة لعدم جدية إجراء المنافسة، وبموجبه تتحرر الإدارة من تلك القيود الشكلية والإجرائية الطويلة والمعقدة المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة، وهذا الإجراء (التراضي) يفتح المجال للسلطة المفوضة باختيار المفوض له مباشرة وبكل حرية، إلا أن المشرع أخضع إجراء التراضي لتنظيم قانوني محدد في حالات معينة.

إن المظهر المميز لإجراء التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد، أنه أسلوب بسيط يعفي السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تفرضها صيغة الطلب على المنافسة لاختيار المفوض له.

**ثانياً: أنواع التراضي**

ويأخذ أسلوب التراضي صورتين حددتهما المادة 16 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصها: «يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.»

**1- التراضي بعد الإستشارة**

عرفته المادة 17 على أنه: «التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل.»

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، وذلك في كونه يخلق نوع من المنافسة بين المترشحين على عكس التراضي البسيط الذي تتعدم فيه المنافسة،

حيث تقوم من خلاله السلطة المفوضة إلى اختيار المفوض له من بين ثلاثة (03) مترشحين تتوفر فيهم الكفاءة والقدرة على تسيير المرفق العام، دون اللجوء إلى مختلف الإجراءات الشكلية الطويلة والمعقدة المتبعة في أسلوب الطلب على المنافسة.

تحليلاً لنص المادة 17 من المرسوم التنفيذي 199/18، نستخلص أن المشرع الجزائري اعتمد على أسلوب التراضي بعد الاستشارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام أين مزج بين مبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له وبين مبدأ المنافسة، ويظهر ذلك في دعوة ثلاثة (03) مترشحين مؤهلين على الأقل لاستشارتهم ووضعهم في منافسة فيما بينهم قصد اختيار المتنافس الأفضل لتسيير المرفق العام.

ما يلاحظ جلياً من مضمون المادة 17 أن المشرع قيد نوعاً ما حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له، بإلزامها إتباع إجراءات قصد منح اتفاقية التفويض لصالح مفوض له يختار ضمن عدة متنافسين، ما يقيد السلطة المفوضة في اختيار متعامل معين، هذا ما يكرس المبادئ التي تقوم عليها المنافسة من أجل الوصول إلى الطلب العمومي، عن طريق الشفافية والمساواة في اختيار المفوض له ولو بصفة جزئية.

## 2- التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط استثناء عن الاستثناء، المتمثل في أسلوب التراضي بعد الاستشارة لإبرام عقود تفويض المرافق العامة، حيث تقوم السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض مع مفوض له وحيد بمجرد تطابق إرادتهما على محل العقد، طبقاً لدفتر الشروط دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة للمنافسة.

وقد عرفته المادة 18: «التراضي البسيط إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.»

بتحليل نص المادة 18 المذكورة أعلاه، نستنتج أن إجراء التراضي البسيط يعد استثناء على الاستثناء، بحيث تقوم السلطة المفوضة بإبرام عقد التفويض مع مفوض له وحيد بمجرد تطابق إرادتهما على محله، ووفقاً لدفتر الشروط المعد مسبقاً من طرف السلطة المفوضة، دون اللجوء إلى نوع من أنواع الإعلان والإشهار أو الدعوة إلى المنافسة.

نفهم أن المشرع الجزائري عندما اعتمد أسلوب التراضي البسيط في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، استند على مبدأ الاعتبار الشخصي في شخص المفوض له مما يملكه من قدرات مالية، تقنية ومهنية تجعل منه المتعامل الوحيد والكفاء في تسيير والاستثمار في المرفق العام مع مراعاة ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.

بالرجوع إلى نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18، اعتبر المشرع صيغة التراضي استثناء عن القاعدة العامة التي هي الطلب على المنافسة في تفويض المرفق العام، وباعتبار التراضي بشكله أسلوب استثنائي لا تلجأ إليه السلطة المفوضة إلا في حالات محددة جاءت على سبيل الحصر في المواد 19، 20 و 21 من ذات المرسوم.

### الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي

لقد قيد المشرع السلطة المفوضة عند لجوئها إلى أسلوب التراضي، سواء التراضي بعد الاستشارة أو التراضي البسيط بحالات محددة.

#### أولاً: حالات التراضي بعد الاستشارة

ويتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات محددة، وهي الحالات التي نص عليها المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 19: «تلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة:

- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية. وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.
- عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لاتستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية. وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقاً السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.»

وباستقراء نص المادة 19، نجد أن المشرع قد حصر عملية اختيار المفوض له في حالة الإعلان عن عدم جدوى المنافسة للمرة الثانية في المترشحين الذين قدموا الطلب على المنافسة فقط، أما الحالة الثانية فقد ألزم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة ما إذا كانت اتفاقية

التفويض تتمحور حول مرافق عمومية لا تستدعي بالضرورة اللجوء إلى الطلب على المنافسة، وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة باختيار المفوض له استنادا للقائمة التي أعدتها مسبقا.

### 1- حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عدم جدوى الطلب على المنافسة إلا أنه حدد حالات اللجوء إلى إعلانه، لكن يمكن أن نعرفه أنه إجراء تقوم به السلطة المفوضة عند عدم تحقيق غاية الطلب على المنافسة وفعاليتها وعدم الاستجابة لشروطه كما لم ينتج عن الإعلان فحواه وأهدافه. تلجأ السلطة المفوضة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة إذا تم الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.

بالرجوع إلى المادة 15 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أنها حددت على سبيل الحصر حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وهي:

- عدم استلام أي عرض.

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

يفهم من نص هذه المادة أن السلطة المفوضة سلكت أولا المبدأ الأصل ألا وهو الطلب على المنافسة، وعند عدم جدوى هذا الأسلوب للأسباب المذكورة في المادة 15 تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة كاستثناء.

### 2- حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة

تعتبر الحالة الثانية التي بموجبها تلجأ السلطة المفوضة إلى إتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة، حيث أقر المشرع في نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 199/18 أن المرافق التي لا تستدعي الطلب على المنافسة لتفويضها يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، إلا أنه يعاب على المشرع عدم تحديد المعايير الدقيقة في إظهار المرافق العامة المعنية بهذا الإجراء.

يتم اختيار المفوض له في هذا الإطار ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني، وما يعاب على المشرع كذلك في هذه الحالة هو عدم تبيان المعايير التي يتم فيها إعداد قائمة المترشحين، وتضييق مجال المنافسة لعدم السماح لأكثر عدد ممكن من المتنافسين المشاركة

في المنافسة هذا من جهة ومن جهة أخرى يفسح المجال لمستخدمي ومسؤولي السلطة المفوضة في تفضيل المترشحين عند إعداد القائمة.

### ثانياً: حالات التراضي البسيط

ولقد قيد المشرع السلطة المفوضة عند لجوئها إلى أسلوب التراضي البسيط بحالات محددة نص عليها في المادة 20 و تتمثل في:

#### 1- الوضعية الاحتكارية

هي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ خدمات المرفق العام إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية الاحتكار.

تعتبر الوضعية الاحتكارية للمترشح بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي البسيط، اعتباراً أن الخدمة التي تطلبها السلطة المفوضة لا يلبسها إلا مترشح واحد يحتل وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة من طرف السلطة المفوضة، وقد أحسن المشرع تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما يوجد مترشح وحيد يحتل وضعية الاحتكار وتتوفر فيه المؤهلات المطلوبة قصد ضمان استمرارية المرفق العام.

تتعدد أوجه الاحتكار وأهمها الاحتكار القانوني والاحتكار الفعلي، ويظهر أن المشرع لم ينص على هذين النوعين من الاحتكارات، إلا أنه مهما كان نوع هذه الاحتكارات فإنها تعتبر نقيض المنافسة الحرة، التي فحواها ممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات من قبل أعوان متعددين يتساوون في حظوظ ممارسة هذه الأعمال التجارية والوصول إلى الطلب العمومي وفقاً للمبادئ التي تقوم عليها المنافسة.

#### 2- حالة الاستعجال

تنص المادة 21 من المرسوم التنفيذي 199/18 على: «تعتبر حالات استعجالية، الحالات الآتية:

- عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ،
  - استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له،
  - رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.
- ويتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني.».

باستقراء نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري منح للسلطة المفوضة الحرية في إبرام عقد تفويض المرفق العام عن طريق التراضي البسيط لأسباب استعجالية ضامنا لاستمرارية وديمومة المرفق العام، حيث حصر صور الاستعجال في الحالات الآتية:

#### أ- حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول

يقصد بالفسخ، انحلال الرابطة التعاقدية لعدم قيام أحد طرفي العقد بالتزاماته. ويتخذ فسخ عقد تفويض المرفق العام ثلاث صور هي الفسخ الاتفاقي، الفسخ القانوني، وأخيرا الفسخ القضائي.

#### ب- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له

في حالة عدم إمكانية المفوض له أثناء تنفيذ عقد تفويض المرفق العام أن يضمن استمرارية وديمومة المرفق العام وتسييره وعدم تمكنه من أداء الخدمة الموكلة له، يحق للسلطة المفوضة الفسخ الانفرادي للاتفاقية واسترداد المرفق العام.

#### ج- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال

إن رفض المفوض له الإمضاء على ملحق لاتفاقية تفويض المرفق العام إذا كان موضوعه تمديد الآجال، فتكون السلطة المفوضة أمام إلزامية فسخ العقد وتفويضه بموجب إجراء التراضي البسيط، ذلك من أجل ضمان استمرارية المرفق العام. ما يلاحظ عن الحالات الاستعجالية الواردة في نص المادة 21 أعلاه، أن هدف المشرع من اللجوء إلى التراضي البسيط رغم تعارضه مع المبادئ التي تقوم عليها المنافسة هو ضمان لاستمرارية المرفق العام والسرعة في التفاوض، بعيدا عن الإجراءات الشكلية التي يتطلبها الطلب على المنافسة التي تستغرق مدة طويلة.

ما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه في أسلوب التراضي في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يعد نوعا ما مساسا بمبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين وكذا الشفافية، علاوة على ذلك نجد المشرع الجزائري في المادة 19 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 لم يحدد ولم يعرف ما هي المرافق العامة التي لا تستدعي اللجوء إلى الطلب على المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض المرافق العامة عن طريق انتهاج أسلوب التراضي بعد الاستشارة، هذا ما يفتح المجال للسلطة المفوضة خرق مبدأ المساواة بين المترشحين والجو التنافسي فيما بينهم، وكذا التلاعب بالمال العام.

ويتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني. فكل هذه الحالات الاستعجالية تؤدي إلى عرقلة سير واستمرارية المرفق العام الذي أوجب المشرع في هذه الحالات اللجوء إلى التراضي البسيط لتجنب ضرر قد يلحق بالمرفق العام.

### المبحث الثاني: إجراءات ومراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين والشفافية في المعاملات، يمر الطلب على المنافسة بإجراءات عديدة.

قام المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 199/18 بتوحيد الإجراءات المتعلقة بتسيير تفويض المرافق العامة، بعد أن كانت متناثرة ضمن نصوص متفرقة، وتحديد المراحل التي تمر بها مختلف أشكال تفويض المرفق العام، ليتم وضعها في قالب عام وموحد، وهو اتفاقيات تفويض المرفق العام.

إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام مثلها مثل باقي العقود الإدارية التي تستلزم مجموعة من المراحل والإجراءات التي يجب إتباعها قبل البدء في التنفيذ.

وتتضمن عملية اختيار المتعاقد القيام بمجموعة من الخطوات، إذ يتعين على الجهة العامة مانحة التفويض أن تحدد أسلوب التفويض المناسب، وبعد ذلك يتوجب عليها الشروع باتخاذ مجموعة من الإجراءات، وصولاً إلى اختيار الشخص المفوض له<sup>1</sup>.

و لذلك سوف نتناول مختلف المراحل بدءاً بالمرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم مرحلة الإعلان والانتقاء الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح (المطلب الثاني)، ثم مرحلة دعوة المترشحين المقبولين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط وإتمام إجراءات الإبرام (المطلب الثالث)، وفقاً لما جاء في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 129.

**المطلب الأول: المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام**

إن العملية العقدية هي عملية مركبة تمر بمراحل عدة تبدأ بالإجراءات التمهيدية أو التحضيرية، التي تمهد لإبرام العقد الإداري كاتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض (الفرع الأول)، وإعداد دفاتر الشروط قبل نشر الإعلان والدعوى للمنافسة (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: مرحلة إتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام**

معناه إبداء الرغبة من طرف الإدارة بأن تسلك في استغلالها للمرفق العام إما الطرق المباشرة لإدارة المرفق أو الطرق غير المباشرة، وكيف هذا الإجراء بأنه منح جزء من المسؤولية لأحد الأشخاص، وبالتالي اللجوء إلى عملية التفويض من طرف الجهة المؤهلة لاتخاذ قرار اللجوء إلى تقنية التفويض.

يعد اختيار الإدارة لأسلوب التفويض أول إجراء لإبرام عقد التفويض، حيث تقوم السلطة المختصة بوضع تقرير تبين فيه رغبتها في تفويض المرفق العام والتعريف به وتقديم معلومات عنه، وعلى ذلك يتعين على السلطة المفوضة أن تحدد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام في ضوء دراسة مجموعة من الاعتبارات تتمثل في<sup>1</sup>:

**أولاً- إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام:**

قد تتضمن مهمة المفوض إليه إقامة المنشآت والأبنية اللازمة للمرفق، وفي هذه الحالة فإن الشخص العام يلجأ إلى اختيار أسلوب الإمتياز، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن السلطة المفوضة يمكنها أن تختار طريقة إيجار المرفق العام أو الوكالة المحفزة أو التسيير<sup>2</sup>.

**ثانياً- تغطية تكاليف الاستغلال:**

إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق الامتياز، أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف، فيختار الشخص العام مانح التفويض طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير، إذ يحصل المفوض إليه مقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، فضلاً على علاوات تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة

<sup>1</sup>- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 130.

<sup>2</sup>- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 255.

الخدمة. أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة تكفي لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة طريقة الإيجار، إذ يلتزم المفوض إليه بدفع بدلات إيجار لمانح التفويض مقابل استغلاله للمرفق<sup>1</sup>.

### ثالثا - نطاق رقابة الشخص العام:

إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية وشدة فيختار طريقة الامتياز أو الإيجار، أما إذا أراد ممارسة رقابة محدودة فيختار في هذه الحالة طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير<sup>2</sup>.

### رابعا - نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر:

في الحالات التي يرغب مانح التفويض بتحميل المفوض له القسم الأعظم من مسؤولية المرفق والمخاطر التي تترتب على إدارته، فإنه سيختار طريقة الامتياز أو الإيجار. أما إذا أراد تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع المفوض إليه، فيختار طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير<sup>3</sup>.

### خامسا - العنصر المالي:

يقتضي دراسة إمكانية تحقيق المرفق العام لإيرادات ذاتية تكفي لتغطية الاستثمارات التي يتكدها المفوض له عند إدارته للمرفق العام، وإجراء مقارنة بين الإيرادات التي يمكن أن تتحقق في حال إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه، وتلك التي يمكن أن تتحقق من قبل شخص آخر سواء كان شخصا عاما أو خاصا، وكذلك دراسة كلفة إدارة الشخص العام للمرفق وكلفة إدارته من قبل شخص آخر، وفي حال تبين أن إدارة المرفق من قبل شخص آخر تحقق وفرا للشخص العام أو تجنبه عجزا، فإن ذلك يشكل إحدى مبررات اللجوء إلى تقنية التفويض<sup>4</sup>.

بعد دراسة كل هذه العناصر والتحقق من جدوى عملية التفويض والتأكد من قدرة شخص آخر غير الشخص العام من تشغيل المرفق العام المعني وتحقيق استمراريته، تصدر الجهة الإدارية المختصة -الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها- قرارا باعتماد تقنية التفويض تكون قد اختارت فيه صورة أو نوع تفويض المرفق العام التي تتلاءم مع طبيعة المرفق موضوع التشغيل.

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 482.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 255.

<sup>3</sup> - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 482.

<sup>4</sup> - J.F Auby, OP. cite , P 145.

يعد اتخاذ قرار تفويض المرفق العام وتقدير الحاجة إليه من بين القرارات الحاسمة التي تتخذ كمرحلة أولية، والتي تفتح الباب نحو إبرام عقود تفويض المرافق العامة. وأبرز مكونات الدولة الضابطة والبدائل اللازمة لمواجهة عدم الفاعلية التي تشوب التسيير المحلي، وأساسا لترشيد المال العام عن طريق الانتقاء الصائب والحسن للمفوض له.

لقد منح المرسوم التنفيذي 199/18 السلطة المفوضة جملة من الصلاحيات، أهمها حرية اتخاذ قرار اللجوء إلى تفويض المرفق العام المحلي، الذي يتأسس على تقرير معلل تبين فيه دوافع اللجوء إليه ويتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له وشكل التفويض والمزايا التي يحققها مقارنة مع أساليب التسيير الأخرى.

كما يمكن الاستعانة برأي المنتفعين من مرافق الجماعات المحلية في عملية تفويضه للأشخاص الخاصة، على سبيل الإرشاد ومعرفة أذواق الجمهور.

### الفرع الثاني: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

تعتبر تفويضات المرفق العام عقود إجرائية تقيد فيها الإدارة بإجراءات دقيقة، فقبل قيام السلطة المفوضة بالإعلان عن إجراء الطلب على المنافسة، وجب عليها إعداد الشروط المتصلة بالعقد والمواصفات المراد التعاقد من أجلها، على أن تكون هذه الشروط عامة ومحددة للجميع، فتضع الإدارة دفتر الشروط الذي يعتبر المرآة العاكسة لموضوع العقد، باعتباره الإطار الذي يحدد ضوابط العلاقة التعاقدية التي ستجمع بين الإدارة مانحة التفويض والمفوض له.

### أولا: تعريف دفتر الشروط

من التعاريف الفقهية الشائعة لدفاتر الشروط في القانون الجزائري، التعريف الذي قدمه الأستاذ "عمار عوابدي" و الذي اعتبره: « وثيقة أساسية في تشكيل وإبرام العقود الإدارية تتضمن بنودا غير مألوفة في عقود القانون الخاص»<sup>1</sup>.

يجسد دفتر الشروط مظهرا من مظاهر ممارسة السلطة العامة لوظائفها، ذلك أن الإدارة عندما تضع شروطا ما في هذه الوثيقة، فإنه لا يجوز للمتنافسين التفاوض بشأنها أو القيام بطلب تعديلها، إلا في حدود ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني - النشاط الإداري)، د.م.ج، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008، ص 53.

تعتبر دفاتر الشروط حجر الأساس في إبرام العقود الإدارية، سواء كانت صفقات عمومية أو عقود تفويض مرفق عام، إذ تعتبر بمثابة المرجع الذي يستند عليه في كل مرة<sup>1</sup>، وذلك لما تحتويه دفاتر الشروط من الجوانب الخاصة بكل عقد لاسيما الجانبين التقني والقانوني، وبعد أن تقوم السلطة المفوضة بتحضير مشروع دفتر الشروط تقوم بعرضه أمام لجنة تفويضات المرفق العام المختصة للموافقة عليه<sup>2</sup>.

إلا أن المرسوم التنفيذي 199/18 لم يحدد الأجل الذي يجب أن يتم فيه دراسة مشروع دفتر الشروط من قبل لجنة تفويضات المرفق العام، عكس المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 178 الذي حددها في غضون 20 يوما، وبحسب هذا الأجل من إيداع ملف مشروع دفتر الشروط كاملا أمام لجنة الصفقات العمومية. وبخصوص اللجنة القطاعية للصفقات وفقا لنص المادة 189 من المرسوم الرئاسي 247/15 ينبغي أن تتم دراسة مشروع دفتر الشروط في أجل 45 يوما.

### ثانيا: مضمون دفتر الشروط (البند التنظيمية و التعاقدية)

يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها. ويشمل دفتر الشروط جزأين<sup>3</sup>.

- الجزء الأول: وعنوانه "دفتر ملف الترشيح"، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كيفية تقديمها. ويحدد هذا الجزء معايير اختيار وانتقاء المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

- \* القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام،
- \* القدرات التقنية: ويقصد بها الوسائل البشرية وما تتضمنه من قائمة العمال بالعدد الكافي، وكذلك أصحاب الاختصاص وذوي الشهادات الذين استفادوا من تكوين له علاقة بموضوع العمل المراد تنفيذه، كالمهندسين في مجال صيانة المرفق العام و البيطرة في المذابح.

<sup>1</sup> خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 30.

<sup>2</sup> المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199/18: «تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بما يأتي: - الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام.»

<sup>3</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18.

أما فيما يخص الوسائل المادية، فيقصد بها تقديم قائمة المعدات والأدوات والآلات المطلوبة والكافية لتغطية حجم العمل المراد تنفيذه، عادة ما يتم تثبيتها في محاضر معاينة معدة من طرف محضرين قضائيين عندما يصعب تبرير وجودها. وكذلك المراجع المهنية.

\* القدرات المالية: ويتم تبرير هذه الوسائل المالية بالحصائل المالية كرأس مال الشركة وذلك عن طريق الدفاتر المحاسبية والميزانيات الجبائية، والمراجع المصرفية كالودائع المصرفية والكشوفات البنكية السنوية.

- الجزء الثاني: وعنوانه "دفتر العروض" ويتضمن قسمين هما:

**البنود الإدارية والتقنية:** تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له، والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

**البنود المالية:** التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة، حسب الشكل الذي تم تحديده من طرف السلطة المفوضة، سواء كان منحة بنسبة مئوية أو إتاوات من مستعملي المرفق العام. وكذلك المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض.

يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه.

كما أن الإعداد المسبق لدفتر الشروط يقيد الإدارة، من خلال تبيان شروط المشاركة والانتقاء مما لا يسمح بالتلاعب والتحايل من قبل المصلحة المتعاقدة، كما يمكن المفوض له من الاطلاع مسبقاً على الشروط والبنود التي بمقتضاها سيبرم العقد مع السلطة المفوضة<sup>1</sup>.

وحسب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 199/18، يمكن أن يكون هناك دفاتر شروط نموذجية لبعض المرافق العمومية، ويكون ذلك بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية<sup>2</sup>.

1- خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، د.ت.ن، ص 15

2- أصدرت وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية دفتر شروط نموذجي يتعلق بمرفق المكتبة البلدية، بموجب التعليم رقم: 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام.

تظهر صيغة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام في دفتر الشروط الذي تم إعداده من قبل الإدارة المفوضة، بناء على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، وكذلك اختيار شكل من أشكال التفويض كما أشارت إليه المادة 09 من المرسوم التنفيذي 199/18. عندها يتم تحويل مشروع دفتر الشروط مباشرة إلى لجنة تفويضات المرفق العام (حسب الاختصاص سواء كانت بعنوان الولاية أو البلدية)، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199/18، وهو الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، وبها يتم البدء في إجراءات الإبرام وفق الصيغتين الواردتين في نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18.

### **المطلب الثاني: مرحلة الإعلان والانتقاء الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشيح**

تقليدياً لم تكن الإدارة مقيدة بإجراءات معينة أو بمقتضيات المنافسة والشفافية، لكن التطور الحاصل أثر على الاختيار وأصبحت النصوص شيئاً فشيئاً تقيد حرية الإدارة في الاختيار<sup>1</sup>. وجاء المرسوم الرئاسي 247/15، ليقيد السلطة المفوضة وذلك باحترام جملة من الإجراءات التي من شأنها ضمان المبادئ الموجودة في المادة 5 منه لضمان الشفافية وحرية المنافسة، والتي أكدها المرسوم التنفيذي 199/18.

وتمر هذه المرحلة المهمة و الأساسية في إبرام عقد التفويض بعدة خطوات ابتداء بنشر إعلان الطلب على المنافسة (الفرع الأول)، مروراً بتحضير وإيداع العروض (الفرع الثاني)، وصولاً إلى دعوة المترشحين المقبولين (الفرع الثالث).

### **الفرع الأول: نشر إعلان الطلب على المنافسة**

يهدف الإعلان المسبق إلى السماح بتقديم عدة طلبات ترشح، الأمر الذي من شأنه خلق مناخ تنافسي بين المتعاملين الاقتصاديين الأمر، الذي سيسمح بدوره للإدارة باللجوء إلى مقارنة فعلية بين العروض المهنية، التقنية والمالية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، المرجع السابق، ص 251.

<sup>2</sup> -باهية مخلوف، "تأثير المنافسة الحرة على فكرة المرفق العام"، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية يومي 11 و 12 أبريل 2011، ص 85.

الإعلان يضع إذن المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنه هو الذي يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة<sup>1</sup>.

### أولاً: إلزامية الإعلان

ألزم المشرع الإدارة بإجراء الإعلان، وهو إجراء جوهري يجب احترامه وتطبيقه، وفي حالة عدم مراعاته أو الإخلال بأحكامه سيؤدي إلى عدم شرعيته، وبالتالي بطلان الاتفاقية. يؤدي الإعلان المسبق إلى السماح بتقديم عدة طلبات ترشيح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخاً تنافسياً ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض<sup>2</sup>. وهذا بهدف تكريس مبدأ الشفافية ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة.

حرص المشرع بجعله الطلب على المنافسة إلزامي، يعد بمثابة فرصة أكيدة تضمن مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، مما يفتح المجال أمام المنافسة، إضافة إلى تكريس الشفافية والمساواة من خلال هذا الإجراء. كما أن الهدف من هذه الإجراءات هو تجسيد مبدأ العلنية.

### ثانياً: كيفية الإعلان ومضمونه

تقوم السلطة المفوضة بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة. ويجب إشهاره على الأقل، في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية<sup>3</sup>. نص المشرع الجزائري في إطار المرسوم التنفيذي 199/18 على أن نشر الطلب على المنافسة يجب أن يكون على أوسع نطاق وبكل وسيلة مناسبة، كما ألزم السلطة المفوضة بالإشهار عن طريق الجرائد، على أن تكون هذه الجرائد يومية وليست أسبوعية أو شهرية، وأن تكون جرائد وطنية وليست أجنبية، أما الحد الأدنى من الجرائد التي ينبغي النشر فيها فقد حدده المشرع بجريدتين على الأقل، وهي الشروط التي حددتها المادة 25 السالفة الذكر.

<sup>1</sup> - أحمد عميري، "دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، *المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية*، ع 18، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2017، ص 226.

<sup>2</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 120.

<sup>3</sup> - المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع نص في المادة 26 من نفس المرسوم على إعفاء بعض المرافق العامة من إجبارية الإشهار في الجرائد، نظرا لحجمها ونطاق نشاطاتها، بشرط ضمان الإشهار بكل وسيلة أخرى.

تكريسا لحرية الوصول إلى اتفاقيات التفويض، وجب الاعتماد على وسائل إشهار، والتي عادة تكون ضمن الصحف اليومية والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية والمركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقية، ويجب أن يتضمن الإعلان مدة تقديم العروض مع بيان الوثائق المطلوبة في العروض وكيفيات التقييم، ويمكن أيضا اعتماد الإشهار الإلكتروني طبقا للمادة 204 من المرسوم 247/15.

ضبط المشرع الأطر التي تعلن بها السلطة المفوضة عن المنافسة، فأوجبت المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18 على السلطة المفوضة إعلان الطلب على المنافسة، وذلك من خلال النشر والإعلان الواسع، وبكل وسيلة مناسبة لذلك.

لم يكتف المشرع الجزائري بفرض نشر الطلب على المنافسة على السلطة المفوضة فقط، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما حدد الجوانب الشكلية للإعلان، بحيث أوجب أن يكون الإعلان محررا بلغتين، اللغة الوطنية واللغة الأجنبية واحدة على الأقل، وأن يحتوي على البيانات الجوهرية المحددة في نص المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي تنص على:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد،

- صيغة الطلب على المنافسة،

- موضوع وشكل تفويض المرفق العام،

- المدة القصوى للتفويض،

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح،

- آخر أجل لتقديم ملف الترشيح،

- مكان إيداع ملف الترشيح،

- مكان سحب دفتر الشروط،

- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة،

- كفيات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض).

كما يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، مع الأخذ في الحسبان مدة تحضير العروض، وفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الملفات التي يتم استلامها بعد فوات الآجال المحددة في الإعلان.

- يترتب على عدم احترام السلطة المفوضة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان المنصوص عليها في المادة 27 البطلان.

هذه أهم البيانات التي تسمح بتقديم عرض من طرف المتنافسين، وهذا الإعلان يكون مرفقا بدفتر الشروط الذي سيسحبه المتنافسون الذين يودون تقديم عروض، لهذا وجب أن يكون دفتر الشروط في أيدي كل من يرغب بتقديم عرض تنافسي<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق، نلاحظ أن المشرع فرض في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18، نشر الإعلان في جريدتين يوميتين باللغتين الوطنية واللغة الأجنبية، دون تحديد أي لغة أجنبية، ونفس الشيء بالنسبة للغة الوطنية، فهل اللغة العربية أو اللغة الأمازيغية؟ علما أن كلتا اللغتين تعتبران وطنيتين ورسميتين، ذلك بموجب ما نص عليه المؤسس الجزائري في المادتين 3 و4 من المرسوم الرئاسي 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري<sup>2</sup>، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، فتتص المادة 03 منه على أن: «اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية. تظل العربية اللغة الرسمية للدولة»، وكذا المادة 04 منه تتص على أن: «تمازيغت هي كذلك لغة وطنية ورسمية.»، لذا لا بد من توضيح المصطلحات والابتعاد عن كل مصطلح يشوبه الغموض واللبس، مما يؤدي إلى التأويل والتحايل.

<sup>1</sup> - نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المربودية حالة (عقود الإمتياز)، المرجع السابق، ص258.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر ع 82 الصادرة في 3 ديسمبر 2020.

**الفرع الثاني: تحضير وإيداع العروض**

بعد نشر الإعلان، وبعد حصول المتنافسين على دفتر الشروط وتمكينهم من الوثائق والمعلومات الضرورية، يتعين على كل المترشحين تقديم عروضهم المتمثلة في ملف الترشيح.

**أولاً: مدة إيداع العروض (أجل إيداع العروض)**

بالرجوع إلى نص المادة 28 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن المشرع نص على وجوب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، وذلك لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين، إذ يتم تحديد آجال تحضير العروض من طرف السلطة المفوضة، وهو بذلك ترك السلطة التقديرية للسلطة المفوضة.

كما نص المشرع على تمديد تاريخ إيداع العروض، فإذا صادف تاريخ الإيداع يوم عطلة أو يوم راحة رسمية يمدد الأجل إلى اليوم الموالي للعمل، على أن يتم تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة، سواء كان ذلك بناء على مبادرة من السلطة المفوضة أو على طلب معتل من أحد المترشحين، وفي حالة التمديد فإن تاريخ إيداع العروض يخضع إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18.

تجدر الإشارة إلى أنه لا تؤخذ بعين الاعتبار الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة.

**ثانياً: محتوى العروض**

نصت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 199/18، على أن ملف الترشيح يحتوي على الوثائق الآتية:

- تصريح بالنزاهة،
- القانون الأساسي للشركة،
- مستخرج السجل التجاري،
- رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر،
- كل وثيقة تسمح بتقديم القدرات المذكورة في دفتر الشروط.

لأجل حماية المنافسة بين المتعهدين، أوجب المشرع أن يكون الإيداع في مكان واحد تكريسا للشفافية والمساواة، ويجب أن يقدم الملف في ظرف مغلق و مبهم تكتب عليه عبارة: "لا

يفتح إلا من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض"، وفقا للأجل المعلن عنه، وإذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة رسمية، فإنه يتم تمديده إلى يوم العمل الموالي.

### ثالثا: فتح الأظرفة وانتقاء العروض وإعداد قائمة للمترشحين المقبولين

أحاط المرسوم التنفيذي 199/18 هذه المرحلة بمجموعة من الضوابط ألزم السلطة المفوضة بإتباعها، وذلك عبر مرحلتين يتقرر من خلالهما الفائز بمنح التفويض، عملا منه على ضمان أكبر قدر ممكن من الشفافية، وتجسيدا لمبدأ المنافسة، وتتجلى هذه الضوابط في مرحلتين، تتمثل المرحلة الأولى في انتقاء العروض، أما المرحلة الثانية يتم فيها منح التفويض. تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض والمنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199 /18 في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين. ويحضر هذه الجلسة أصحاب العروض، وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية. تقوم بعدها نفس اللجنة في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشيح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة.

يقصى مؤقتا أو نهائيا من المشاركة في إجراء تفويض المرفق العام، المتعامل الذي ارتكب فعلا أو عملا محل إجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

تعد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط، مرتبة ترتيبيا تفضيلا حسب النقاط المتحصل عليها، وذلك بعد دراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييم الضمانات المالية والمهنية والتقنية، وكذا كفاءاتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق حسب سلم التنقيط المحدد مسبقا في دفتر الشروط، دون تمييز أو انحياز، حسب المادة 31 من المرسوم التنفيذي 199/18.

و في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة<sup>1</sup>، في المرحلة الأولى وذلك بعدم استلام أي عرض، أو استلام عرض واحد، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، يعاد إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية. وإذا تبين للمرة الثانية عدم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، فإن السلطة المفوضة ملزمة بإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة،

<sup>1</sup> - المادة 15 من المرسوم التنفيذي 199/18.

أما في حالة استلام عرض واحد فقط، وتبين أن العرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.

ويتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض، التي تقوم بإعداد محضر عدم جدوى الطلب على المنافسة يوقعه كل الأعضاء الحاضرين<sup>1</sup>. وتسجل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة.

### الفرع الثالث: مرحلة دعوة المترشحين المقبولين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط وإتمام الإجراءات

بعد استنفاد المراحل والإجراءات السالف ذكرها، تأتي مرحلة أخرى أكثر أهمية لأن إجراءات اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام تعتمد على آليتين متكاملتين وهي إجراءات تنافسية مع مفاوضات، ما يطلق عليه أحيانا بالحوار التنافسي، على عكس عقود الصفقات العمومية التي تعتمد على آلية الإرساء التي تركز على المنافسة لوحدها. والغرض من ذلك هو اختيار المترشح الأحسن لخدمة المرفق والمرتفقين. وتتم هذه المرحلة بالخطوات الآتية:

#### أولاً: استدعاء المترشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض

يعتبر دفتر الشروط أساس التعاقد، وهو جزء لا يتجزأ من العقد، فكما يقول الأستاذ A. De Laubadère أن دفتر الشروط هو دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، فالإيجاب هنا يتقدم به العارض، وإن كانت معالم الإيجاب وشروطه تتحدد بناء على الشروط التي قررتها الإدارة في دفتر الشروط<sup>2</sup>.

تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين، بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط للجزء الثاني عنوانه: "دفتر العروض" المتضمن: البنود الإدارية والتقنية و البنود المالية، وتقديم عروضهم في الآجال المحددة و التي تحددها السلطة المفوضة تبعا لحجم ونطاق نشاط المرفق.

<sup>1</sup> - المادة 77 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> - نقلا على ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع سابق، ص ص 189-190

وبعدها تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض بإعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم وإرسال نسخة من دفتر الشروط لكل مترشح، أين يتبين له عرضاً دقيقاً حول المرفق العام وكذا الخصائص الكمية والنوعية وشروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون انحياز، وعلى كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضاً دقيقاً وفق ما هو مبين سابقاً، وذلك بطريقة حرة وبدون أي ضغوط من طرف الهيئة المفوضة.

والسلطة المفوضة ملزمة بذكر كل المعايير التي اعتمدت عليها من أجل اختيار المفوض له في دفتر الشروط، ومن بين هذه المعايير : الضمانات المالية والتقنية، السعر والنوعية ومدة التنفيذ، شروط التمويل، وكل العوامل الأخرى اللازمة.

في حالة التراضي بعد الاستشارة، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة ثلاث (03) مترشحين مؤهلين على الأقل، يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، بعد الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية<sup>1</sup>، من أجل تقديم عروضهم وفقاً لدفتر الشروط. وقد ألزم المشرع في المادة 38 من المرسوم التنفيذي 199/18 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط الذي اعتمدته في الطلب على المنافسة للمرة الثانية، والذي كان نتيجته عدم الجدوى للمرة الثانية<sup>2</sup>. وهذا ما يجب على المشرع تداركه بإعطاء إمكانية تعديل بعض الشروط المرهقة للأطراف المترشحة وذلك لضمان إستمرارية سير المرفق العام.

### ثانياً: إجراء المفاوضات

بعد إتمام مرحلة إيداع العروض وتقييمها، يمكن للسلطة المفوضة عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض القيام بمفاوضات مع العارض أو العارضين الذين قدموا أحسن العروض.

1 - على السلطة المفوضة أثناء انتقائها واختيارها للمترشحين الثلاثة أن تأخذ بالحسبان الاعتبار الشخصي لهم والتأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية وذلك بكل الوسائل والإمكانات المناسبة التي تملكها، هذا ما نصت عليه المادة 22 فقرة 2 من المرسوم 199/18 : «... ويجب على السلطة المفوضة، أثناء انتقاء المترشحين التأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل المناسبة». إذا يتبين أن الاعتبار الشخصي في اختيار المترشحين له وزن عند الإبرام وهذا بالنظر إلى صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 17، 19، 37، 38 من المرسوم التنفيذي 199/18

تهدف المفاوضة مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم، والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام<sup>1</sup>. ولقد أدرج المشرع مرحلة المفاوضات نظرا لطول مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، كما أنها تسمح في الحد من دواعي النزاع بين أطراف العقد مستقبلا.

على خلاف ما هو متعارف عليه في عقود الصفقات العمومية فيما يخص اختيار المتعاقد، فإن هذا الاختيار في عقود تفويض المرفق العام، يتسم بفضاء أكبر من الحرية والمرونة من حيث التفاوض بين السلطة المانحة ومختلف المترشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم، فالسلطة المفوضة لا يقتصر دورها في تأمين العقد، وإنما عليها أن تضمن تأمين المرفق العام للمنتفعين باستمرار وإطراد لمدة نوعا ما طويلة، هذا ما يفرض عليها فتح حوار مع المترشحين المقبولين للتأكد من قدرتهم على تسيير المرفق العام<sup>2</sup>، وذلك عبر مرحلة المفاوضات، وهي مرحلة مهمة في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام. ففتح المنافسة وتعدد العروض لا يعني أن الإدارة ستختار المتعاقد عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية<sup>3</sup>.

ومن المبادئ الموجهة للمفاوضات والضابطة لها والتي على السلطة المانحة احترامها:

- مبدأ المساواة، والذي هو من المبادئ العامة للقانون.
  - مبدأ السرية، بحيث يمنع على الإدارة تسريب معلومات تضر بالمنافسة أثناء جلسات الحوار.
  - مبدأ التعقب، بالبحث على الأدلة ووقائع الإجراءات وتتبع مختلف القرارات التي تتخذها<sup>4</sup>.
- أقر المرسوم التنفيذي 199/18 في المواد 35 و 40 مرحلة المفاوضات كخطوة أساسية في إختبار المفوض له من بين المترشحين المقبولين، وتتمثل مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة المفاوضات في العناصر التالية:

<sup>1</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ص 486.

<sup>2</sup> - NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public), Revue AJDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.

<sup>3</sup> محمد شرميطي، "حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة المسيلة، المجلد 05، ع 01، 2020، (ص.ص 629-643)، ص 632.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 633.

- تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدى من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية،
- ترسل الدعوات عن طريق السلطة المفوضة، بكل وسيلة ملائمة ويحدد فيها الموضوع والمكان واليوم والساعة على أن يكون أول يوم الذي يلي يوم استنفاد مدة إيداع العروض،
- يمكن للجنة أن تطلب، عند الاقتضاء، من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدود،
- تحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا.
- و تشمل المفاوضات العناصر الآتية:
- مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء،
- التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض،
- كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام،
- ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلى موضوع التفويض، وكذلك معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط،
- تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقاؤه بناء على أحسن عرض، وذلك بعد انتهاء لجنة اختيار وانتقاء العروض من عملها.
- وتمتلك السلطة المفوضة صلاحية منح التفويض، على اعتبار أن الاقتراح لا يعد ملزما لمسؤول السلطة المفوضة، فيمكن إلغاء جميع الإجراءات إذا لم تبلغ الأهداف المسطرة سابقا أو تعارضها مع الصالح العام عن طريق الإعلان عن عدم الجدوى.

### ثالثا: الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض المرفق العام

- عرف الدكتور "عمار بوضياف" المنح المؤقت بأنه: "إجراء إعلامي تخطر بموجبه الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت، وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي".

يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15، ويتم إشهار هذا القرار بنفس الكيفيات التي تم بها الإعلان عن المنافسة. وفي حالة المنح المؤقت الخاص بصورة التراضي بعد الاستشارة، فأشهار هذا القرار يكون بكل الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام<sup>1</sup>. وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية والعلانية في الإجراءات.

وقرار المنح المؤقت كغيره من القرارات الإدارية يجوز الطعن فيه، ويمكن الاحتجاج على المنح المؤقت لكن ذلك مقتصر على من شارك في الطلب على المنافسة، ويكون ذلك بموجب طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام خلال أجل عشرين (20) يوما تحتسب من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت، وهنا تبرز لنا أهمية تحديد كيفية الإشهار وسهولة الاطلاع عليه لممارسة هذا الحق، وتتولى هذه اللجنة دراسة الطعن وتتخذ القرار المعطل في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ استلام الطعن، وتبلغه للسلطة المفوضة وصاحب الطعن<sup>2</sup>.

وفي حالة ما إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض ورفض استلام إشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، تقوم السلطة المفوضة بإلغاء المنح المؤقت لهذا المترشح واللجوء إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض.

ومهما يكن من أمر فإنه يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض، مع إخضاع إشهار قرار الإلغاء إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة.

ما يعاب على المشرع أنه لم ينص على أي أساس يتم إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، أو الأسباب التي تؤدي بالسلطة المفوضة إلى إلغاء هذا الإجراء، كأن يتعلق الأمر بالصالح العام مثلا، كما هو منصوص عليه في المادة 73 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أنه " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة... "

<sup>1</sup> المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> المادة 42 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

**رابعاً: إعداد إتفاقية تفويض المرفق العام**

بعد استنفاد مدة الطعون، يجب مباشرة إجراءات المرحلة الأخيرة والأهم المتمثلة في تجسيد وتنفيذ هذه الاتفاقية على أرض الواقع، أين تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض مكتوبة ويتم توقيعها من الطرفين، وتسلم نسخة منها للمرشح المقبول<sup>1</sup>. وحسب المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18 يجب أن تشير كل اتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص، البيانات الآتية:

- تعيين الأطراف المتعاقدة وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الاتفاقية وصدقتهم، أي المفوض والمفوض له والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع.
- موضوع التفويض بدقة، أي تحديد النطاق الموضوعي للتفويض والمتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.
- صيغة الإبرام، ما إن كانت عن طريق الطلب على المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.
- شكل التفويض، ما إن كان في شكل امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة أو تسيير.
- شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا آليات تحيينه ومراجعتة، تحديد المقابل المالي أو الإتاوات التي يدفعها المنتفعون بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الإتاوات.
- شروط التسديد والبنك محل الوفاء.
- مدة التفويض، التي تختلف حسب شكل التفويض، فإذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الإيجار فمدته تكون محددة بـ15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث سنوات، وأما الوكالة المحفزة فمدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى، والتسيير مدته 5 سنوات قابل للتمديد سنة واحدة.
- الإختصاص الإقليمي للمرفق العام، خاصة إذا كان المرفق إقليمي وليس مرفقي، ذلك لأن الإختصاص دائماً من النظام العام يتم تحديده بموجب نص قانوني.

<sup>1</sup> المادة 44 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

- حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له، تحديد حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام، لاسيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، وكذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له أو وجود حالة عدم احترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله...، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.

- جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة، إنجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، البنود المتعلقة باستغلال منشآت وممتلكات المرفق العام، البنود المتعلقة بصيانة منشآت وممتلكات المرفق العام،

- الضمانات، تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق وتكريس المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة، كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق محل التفويض، في المقابل على السلطة المفوضة أن تضمن المقابل المالي والالتزامات المالية للمفوض له، وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتنقل كاهله المالي.

- حالات دفع التعويضات وآليات حسابها، التأمينات، الواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستعملي المرفق العام، التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت وممتلكات المرفق العام والتي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية اتفاقية التفويض، تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة، شروط المناولة، البند المتعلق باستعمال اليد العاملة، كفيات مراقبة تنفيذ اتفاقية التفويض، كفيات تنفيذ حالات القوة القاهرة،

- كفيات حل النزاعات، تحديد كيفية تسوية النزاعات، سواء ودية و قضائية، مع تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة نزاع.

- العقوبات المالية وكفيات تطبيقها، تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كفيات تطبيقها.

- الرقابة البعدية وإعداد حصائل وتقارير دورية، حالات الفسخ، إبراء ذمة لفائدة المفوض له بعد نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام.

- تحديد التعويض لصالح السلطة المفوضة الذي يلتزم به المفوض له في حال الاستعمال غير العقلاني والتعسفي لممتلكات المرفق العام<sup>1</sup>.

ثم تقوم السلطة المفوضة بتسليم المرفق العام للمفوض له، ليبدأ في تنفيذ بنود الاتفاقية متمثلة في إدارة واستغلال المرفق العام والقيام بجميع الأعمال الموكلة له ضمن الاتفاقية، في إطار احترام المبادئ الأساسية للمرفق العام من مساواة واستمرارية وتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، كما جاء في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 199/18 لتحقيق الأهداف المرجوة منه.

إن المبدأ المعمول به في قانون الجماعات المحلية بأن كل العقود الإدارية التي تبرمها الجماعات المحلية تخضع إلى التنظيم، وهذا الأخير ينص على أن جميع العقود الإدارية التي تبرمها الولاية والبلدية يجب أن تخضع للمصادقة من طرف المجالس المحلية المنتخبة، كما ينص قانون البلدية على أن يصادق المجلس الشعبي البلدي على الرسوم والأتاوى المحصلة فوق إقليم اختصاص البلدية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمادة 09 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي تنص على أن تفويض المرافق العامة يتخذ بناء على تقرير معمل من طرف السلطة المفوضة. وهنا يقع تناقض عند تطبيق قانون البلدية والولاية والرسوم التنفيذي 199/18، وخاصة إذا تم تفويض المرفق العام باعتباره عقد إداري إذا ما تم تطبيق المبدأ المعمول به الخاص بقيد العام وكذلك حسب قاعدة تدرج القوانين، فإن قانون البلدية يسمو على المرسوم التنفيذي 199/18. كما أن منح أولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي نص عليها في مواد المرسوم تعتبر بمثابة إخلال بمبدأ المنافسة والشفافية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سهيلة بوخميس، محمد علي حسون، "اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية (دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 199/18)"، أعمال الملتقى الوطني بعنوان: التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد النفقات، المنظم بكلية الحقوق، جامعة باتنة، يوم 22 نوفمبر 2018، (ص ص 9 - 20)، ص 10.

<sup>2</sup> أنظر المواد 196-197 من قانون البلدية 10/11

<sup>3</sup> فوزيل شريط، مصطفى رباحي، المرجع السابق، ص 250.

### المبحث الثالث: تنفيذ عقود تفويض المرفق العام

يلعب العقد الإداري دوراً هاماً في تسيير النشاط الإداري، فمن خلاله تتمكن الجهة الإدارية من إنشاء وتسيير وصيانة المرافق العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، الأمر الذي يتعين معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، وهو ما يتجلى من خلال تحويل الجهة الإدارية بحسبانها السلطة القائمة على شؤون المرفق العام وانتظام سيره بإطراد - سلطات إستثنائية في مجال تلك العقود لا نظير لها في مجال العقود الخاصة<sup>1</sup>.

ومن جانب آخر فإنها تتقيد بوجوب ألا يكون من شأنها تبديل موضوع العقد أو محله أو إفسار المتعاقد بتكليفه ما يجاوز إمكانياته المادية والفنية، فتلك التعديلات يجب أن تكون في الحدود الطبيعية والمعقولة.

وبالتالي السلطة المفوضة في سبيل سعيها لتحقيق المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرفق العام محل التفويض واستمراريته في تقديم خدماته لجمهور المنتفعين، تمنح لها مجموعة من الحقوق والسلطات الاستثنائية في مواجهة المفوض له، تستعملها لضمان حسن تنفيذ العقد. وبالمقابل من ذلك وبناء للدور الفعال الذي يلعبه المفوض له في عقد تفويض المرفق العام، تفرض عليه مجموعة من الالتزامات التي يجب عليه تنفيذها، ومن بينها تولي استغلال المرفق العام بنفسه وعلى مسؤوليته، إلى جانب استفادته بمجموعة من الحقوق.

وعليه سنتعرف على حقوق والتزامات السلطة مانحة التفويض (المطلب الأول)، ثم التعرف على حقوق والتزامات المفوض له (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة مانحة التفويض

للجهة مانحة التفويض حقوق مستمدة من طبيعة عقد التفويض وصلته الوثيقة بإنشاء المرافق العامة وإدارتها وتسييرها، كما أن عليها التزامات.

تتمتع السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بوسائل تحولها العديد من السلطات في مواجهة المفوض له للحفاظ على حسن سير المرفق العام، وتستند تلك السلطات الاستثنائية إلى أن نية طرفي العقد الإداري انصرفت عند إبرامه إلى ضرورة الوفاء باحتياجات المرفق العام.

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية)، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 7.

وسنحاول التعرف على حقوق السلطة مانحة التفويض (الفرع الأول)، والالتزامات الواقعة عليها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حقوق السلطة مانحة التفويض

تتمتع الإدارة في مجال تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بوسائل تخولها العديد من السلطات في مواجهة المفوض له للحفاظ على حسن سير المرفق العام، وهي سلطات وقائية الغرض منها استمرار العقد وضمان حسن تنفيذه.

لقد خول القانون للسلطة مانحة التفويض صلاحيات واسعة لممارسة وظائفها، وتسيير المرفق العام بما يضمن تطبيق واحترام المبادئ المقررة والمتمثلة في مبدأ ضمان استمرارية سير المرفق العام، وضمان المساواة أمام المنتفعين و غيرها من المبادئ التي تم ذكرها سابقا. للجهة مانحة التفويض الحق في الرقابة والإشراف والتفتيش على المفوض له، كما يحق لها تعديل الشروط اللاتحوية في العقد بالإرادة المنفردة ودون الرجوع للمفوض له، ويحق لها كذلك سلطة توقيع الجزاءات عليه.

### أولا: حق الرقابة والإشراف والتوجيه

يعرف بعض الفقهاء الرقابة طبقا لمفهومها الضيق بأنها: "التأكد من أن المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقا لشروط العقد"<sup>1</sup>، وبالتالي فإن هذا المفهوم يقصر سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة عند حد الإشراف وتتم ممارسة حق الإشراف من خلال إرسال مندوبين إلى موقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد وجودة الخدمات المستخدمة.

بينما يعرف البعض الآخر الرقابة طبقا لمفهومها الواسع فيقصد بها: "تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه ولا تقتصر على الإشراف فقط"<sup>2</sup>.

ويتخطى حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية المفهوم العام للرقابة والمستنبط من القواعد العامة في تنفيذ العقود بصفة عامة، والمتمثل في الإشراف على أعمال التنفيذ للتأكد من توافقها مع نصوص العقد، إلى مفهوم أوسع نطاقا يتناسب مع طبيعة العقود الإدارية، والغرض من إبرامها فيما ينطوي عليه من منح الإدارة سلطة توجيه تعليمات للمتعاقد معها فيما

<sup>1</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 540.

<sup>2</sup> - R Chapus, Le Droit administratif général, 1988, Tome 1, Paris, n.1377, p.1203.

يتعلق بكيفية التنفيذ ووسائله، مما يعكس هيمنتها الكاملة على هذا التنفيذ تحقيقا للمصلحة العامة<sup>1</sup>.

كما أن حق الرقابة على المفوض له حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام، وما يقتضيه حسن سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة التفويض ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام. ولا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه كلياً أو جزئياً، فالتفويض غالباً ما يكون محله مرفق عام حيوي يمس حاجات أساسية للمنتفعين بالمرفق، لذا فإن فرض رقابة من قبل الإدارة على تنفيذ المرفق يعد ضماناً لأداء الخدمة المكلف بها على الوجه الأكمل.

يتميز تطبيق المبادئ العامة التي تخضع لها عملية تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام في الكثير من الأحيان بتشديد الرقابة على المفوض له من قبل السلطة المفوضة، وحق الرقابة والتوجيه مرتبط بالنظام العام الذي يستوجب عدم جواز الاتفاق على تقييده أو استبعاده أو الحد منه، ذلك أنها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، فيعد باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق من هذا القبيل ولو ورد النص عليه في العقد، فهو حق ثابت بالنسبة للسلطة المفوضة، تمارسه ولو لم يتم النص عليه في دفتر الشروط فهي مقررة للإدارة، وهذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام وبالتالي يجوز لها توسيع هذه الرقابة لأنها من النظام العام، وهو ما جاءت به المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأولى، فالإدارة لها حق الإشراف على المفوض له أثناء استغلال المرفق العام كما يكون لها الحق في أن تجبره على تنفيذ كافة الشروط الواردة في دفتر الشروط.

وتضيق وتتسع هذه الرقابة حسب نوع عقد التفويض، وهو ما جاءت به المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فقرتها الأولى، ويحتل حق الرقابة في متابعة تنفيذ العقد إحدى المدلولين:

### **1- الحق في الإشراف على المرفق العام محل التفويض:**

وهو المدلول الضيق للرقابة، الذي يفيد بأن للإدارة حق الإشراف على المتعاقد معها طوال مراحل التنفيذ وخطواته تحت بصر الإدارة وسمعتها، وتتم ممارسة هذه الرقابة عن طريق

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 33.

الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، كزيارة ورشات العمل، والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص والاختبار، أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها، أو تلقي شكاوي من مستعملي المرفق العام والتأكد من صحتها.

كما تتم هذه الرقابة بأعمال قانونية كإصدار أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها، وهذا النوع من الرقابة هو حق مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه العقد.

فيكون للسلطة المفوضة حق الإشراف على المفوض له أثناء استغلال المرفق، وفي المقابل يستوجب على المفوض له أن يضع تحت تصرف الإدارة المفوضة كافة الوثائق التي تطلبها<sup>1</sup>.

## 2- الحق في التوجيه على المرفق العام محل التفويض:

وهو المدلول الواسع للرقابة الذي يعطي للإدارة الحق في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب السبل التي تؤدي إليه، ويتضمن هذا المعنى تدخل الإدارة بصورة أكبر وأكثر فعالية من صورة الإشراف على تنفيذ العقد، حيث لا يقتصر حق الإدارة في الرقابة على التأكد من تنفيذ الشروط الواردة في العقد بل يتعداه إلى التدخل في توجيه أعمال التنفيذ، وذلك باختيار أفضل السبل وأصلحها لحسن إدارة المرفق العام والتأكد من سيره بانتظام واطراد، وقد يكون ذلك بالتدخل بأمر لم ينص عليها في العقد كمطالبة المتعاقد بالإسراع في تنفيذ العقد أو طريقة التنفيذ.

غير أن الرقابة عن طريق التوجيه تتم بأعمال قانونية فقط ولا يمكن ممارستها بأعمال مادية.

والرقابة ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية، بهدف التأكد من أن مستوى الأداء والطرق المتبعة في التنفيذ سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلافات بين الأداء والمعايير الموضوعية وإنما تبيّن أيضا وسائل وسبل إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -وكمثال: ما نصت عليه المادة 110 من القانون 12/05 المتعلق بالمياه، التي تنص: «يتعين على المفوض له أن يضع تحت صاحب الامتياز كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبية الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية».

<sup>2</sup> -حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 541.

ولقد نظمت المادة 82 من المرسوم التنفيذي 199/18 حق الرقابة والإشراف والتوجيه بنصها: «تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام. وتقوم بهذه الصفة، بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له.

ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل احترام الكيفيات والآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام.»  
وتضيف المادة 83: «يجب أن تقوم السلطة المفوضة، في إطار الرقابة المذكورة أعلاه، بعقد اجتماع واحد، على الأقل، كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض له، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام.  
وتقوم السلطة المفوضة على إثر هذا الاجتماع، بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية، عند الاقتضاء.»

وحق الرقابة والإشراف والتوجيه ليس من الشروط التعاقدية، ولكنه من الشروط اللائحية لأنه ينطوي على مجرد الخضوع لمركز تنظيمي، فرقابة الإدارة للمفوض له في تنفيذه للمرفق تجد أساسها في طبيعة النشاط موضوع التفويض، وبما أن المفوض له يقوم على إدارة مرفق عام، فإنه لا يمكن أن يترك وشأنه ينفذه كما يشاء في حرية مطلقة، وإنما لابد أن يخضع في ذلك لإشراف الإدارة حتى تتأكد من أن المرفق يعمل دائما في حدود الغرض الذي يستهدفه وهو إشباع حاجات جماعية لا يستطيع النشاط الفردي أن يشبعها، لذا تمتد هذه الرقابة إلى سائر أجزاء المرفق العام من النواحي الفنية والإدارية والمالية<sup>1</sup>.  
ورقابة السلطة الإدارية على الملتزم تتضمن أمرين:

- 1- معرفة المعلومات الضرورية عن حالة المرفق وسيره ونشاطه، الأمر الذي يفرض على المفوض له تسهيل مهمة الأعوان أو الموظفين الذين ترسلهم الإدارة للمراقبة الميدانية لجمع هذه المعلومات، بأن يقدم لهم ما طلبوه من وثائق ومستندات ويجيب على ما يوجهونه من أسئلة.
- 2- لفت نظر المفوض له إذا حاد عن الهدف الرئيسي للمرفق وتوجيهه، وإعطائه بعض التعليمات من أجل تحقيق أكبر استفادة للمنتفعين بالمرفق.

وتبدو أهمية حق الرقابة والتوجيه والإشراف في عقود التفويض في النواحي الآتية:

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 542.

- أن المفوض له يسعى إلى تقليل تكاليف إنشاء وبناء المرفق العام في حلة عقود الامتياز بغية الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح على حساب تحقيق المصلحة العامة، وقد يقوم باستخدام مواد خام رديئة ومعدات قديمة أو استخدام أساليب في البناء والتشييد قديمة لكي يوفر مبالغ مالية كبيرة لنفسه. كما أن طول مدة عقد الامتياز قد يؤدي إلى عدم ظهور مساوئ المواد الرديئة إلا بعد أن تتسلم السلطة المفوضة المرفق العام وتجد نفسها أمام مرفق في وضعية مهترئة وكارثية.

- للرقابة أهميتها الجلية في اكتشاف الأرباح الضخمة التي قد يحققها المفوض له، وحتى لا تعد عقود التفويض مغنما يحقق من ورائه أرباحا ضخمة على حساب المواطنين البسطاء.

- وللرقابة أهميتها ليس فقط في مرحلة بناء المرفق العام ولكن أيضا في مرحلة تشغيله وصيانته.

وتقتصر رقابة الإدارة على الملتمز بالتحقق من كفاءة سير المرفق العام محل الالتزام بانتظام واطراد، من خلال الإشراف على عمليات الاستغلال دون أن تمتد لتتضمن الحق في التوجيه أو التدخل في إدارة المرفق على نحو يعوق الملتمز من مباشرة نشاطه.

يحق للسلطة مانحة التفويض أن تراقب إنشاء المرفق العام موضوع التفويض وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها المفوض له لاستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك للسلطة مانحة التفويض<sup>1</sup>.

وعلى المفوض له أن يقدم إلى مندوبي السلطة المفوضة، كل ما يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق السلطة المفوضة في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت<sup>2</sup>.

وتشمل رقابة السلطة المفوضة على المفوض له رقابة النواحي الفنية والإدارية والمالية، فمن الناحية الفنية يكون لموظفي الإدارة الحق في الدخول إلى جميع الإدارات في منطقة الاستغلال، والإطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسوم ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية، وإجراء الفحوص للتأكد من معدلات الإنتاج وكفاءة الاستغلال ومطابقته للشروط المتفق

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 70.

عليها في العقد، وذلك من أجل التأكد من أن استغلال المرفق وتسييره يتم وفقا للشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط الملحق به.

وتتم الرقابة على الناحية الإدارية من خلال قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية، من خلال إحدى الوسيطتين: أولهما: تعيين مندوب يحضر اجتماعات مجلس الإدارة ويكون له حق التصويت والاعتراض على الموضوعات المطروحة والمتعلقة بإدارة المرفق،

ثانيهما: أن تقوم بتعيين مدير المرفق أو بعض أعضاء مجلس الإدارة.

ويقصد بها إشراك السلطة المفوضة في إدارة المرفق العام، للتأكد من كفاءة المرفق ومدى فعاليته في تقديم الخدمات التي يستهدفها، بحيث تجبر السلطة المفوضة المفوض له على تنفيذ كافة الشروط الواردة في العقد مع تصحيح الأخطاء، حيث يقوم المفوض له بإعداد تقارير دورية ويرسلها إلى السلطة المفوضة، وهو ما نصت عليه المادة 82 من المرسوم التنفيذي 199/18. تعتبر هذه التقارير كوسيلة لتعزيز الشفافية لعقد تفويض المرفق العام، وكذا مدى احترام مبادئ المرفق العام والتأكد من جودة الخدمات المقدمة.

أما الرقابة المالية فيقصد بها حق الجهة مانحة التفويض في التفتيش على دفاتر حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها والمعمول بها، وكذلك مراجعة العقود التي يبرمها مع الغير لصالح تسيير المرفق العام<sup>1</sup>.

والهدف من هذه الرقابة هو التحقق من أن المفوض له لا يتقاضى من المنتفعين رسوما تفوق تلك المتفق عليها، وذلك من أجل تجنب أي نتائج سلبية تهدد السير الحسن للمرفق العام كالاختلاس و الإفلاس. كما تشمل النفقات والإيرادات التي حققها المفوض له خلال استغلاله للمرفق العام محل التفويض كالرقابة على سياسة التمويل المحاسبي.

ويختلف نطاق استعمال الإدارة لحق الرقابة بحسب نوع عقد التفويض من حيث ارتباطه بالمرفق العام ومن ثم يتسع نطاقه بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير والذي تكون فيه الإدارة هي صاحبة المرفق وإن كان المتعاقد يتولى التسيير، الأمر الذي يخضعه لتعليماتها المباشرة ويفرض عليه احترام تدخلها المستمر في أوضاع التنفيذ، وبضيق نطاق استعمال تلك

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 81.

السلطة في عقود الامتياز والإيجار والتي يقتصر دور الإدارة فيها على الإشراف للتأكد من أداء الخدمة محل عقد التفويض للمنتفعين على النحو المنصوص عليه في العقد<sup>1</sup>.

ويجوز للسلطة المفوضة توسيع مجال رقابتها إلى خارج الحدود المسطرة لها في دفتر الشروط بشرط ضمان عدم مساس ذلك باستقلالية التسيير التي يتمتع بها المفوض له وإلا تحول التفويض إلى تسيير مباشر<sup>2</sup>. لأن ضعف رقابة الإدارة مانحة التفويض قد يؤدي إلى المساس بنوعية الخدمة المقدمة لجمهور المنتفعين، أو إلى التدخل في شؤون الدولة من قبل المفوض له خاصة إذا كان إحدى الشركات الكبرى ومنح تفويضا أو امتيازاً في إحدى القطاعات ذات الأهمية القصوى<sup>3</sup>.

تخضع سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها لضوابط تعمل على توفير بعض الضمانات لهذا المتعاقد ويمكن رد هذه الضوابط إلى ثلاث ضوابط هي:

**1- إحترام مبدأ المشروعية:** فلا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها الرقابية لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلا كان في ذلك إساءة لاستعمال السلطة يخرج عن نطاق المشروعية ويخضع لرقابة القضاء<sup>4</sup>.

**2- عدم تعديل موضوع العقد:** يجب على الإدارة عندما تمارس سلطتها الرقابية أن تستخدمها في إطار نصوص العقد وشروطه، ولا تتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة، وسواء كانت تلك السلطة مستمدة من القوانين واللوائح أو من نصوص العقد أو من طبيعة العقد الإداري ذاته، هي سلطة استثنائية يجب أن تقدر بقدرها دون أن تزيد. فسلطة الإدارة لها نطاق معين لا يجوز لها أن تتعداه، وهذا هو الحد الفاصل بين سلطة الرقابة وسلطة تعديل نصوص العقد، فإذا ما تجاوزت الإدارة نطاق سلطة الرقابة وقامت بتعديل نصوص العقد، فإن المتعاقد يستحق في هذه الحالة تعويضا ماليا إذا لحق به ضرر.

**3- عدم تدخل السلطة المفوضة في إدارة المرفق:** إذا كان حق الرقابة مقرر لمناح التفويض، إلا أن ذلك لا يمتد إلى التدخل في طرق التسيير، ويجب أن تكون رقابة الإدارة بالمعنى

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 32-33.

<sup>2</sup> حسين أوكال، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010، ص 124.

<sup>3</sup> نعيمة أكلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/10/25، ص 371.

<sup>4</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 559-560.

الضيق، فهي دائما حريصة على الموازنة بين اعتبارين هما: كفالة حرية المفوض له في إدارة المرفق، وضمان سير المرفق موضوع التفويض بانتظام وإضطراد، لذا تقف سلطة رقابة الإدارة عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال دون أن تتعداه إلى التدخل في إدارة المرفق. إن الإدارة تتمتع بسلطات تمكنها من التمسك بحق الرقابة والإشراف وفق الأسلوب الذي تراه مناسباً، في ظل احترام النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها، بهدف السهر على حماية المصلحة العامة، والتحقق من الأداء الجيد للخدمة المقدمة للجمهور، وفق ما يتناسب مع مقتضيات المجتمع وأهداف وجود المرافق العامة المبني على مبادئ أقرها الفقه منذ القديم. وبالتالي لا تتنازل السلطة العمومية عن المرفق كلياً بل تبقى في يدها سلطة الرقابة، لكونها صاحبة الاختصاص والمسؤول الأول عن ضمان تقديم الخدمة العمومية، بذلك تتمتع بسلطة الإشراف على المفوض له خلال فترة الاستغلال، من خلال حمله على احترام وتنفيذ مجمل الشروط المتضمنة في العقد<sup>1</sup>.

### ثانياً: حق تعديل البنود اللائحية بالإرادة المنفردة

يخضع عقد التفويض لقواعد استثنائية غير واردة في القانون الخاص، بحيث تتمتع الإدارة بصلاحيات واسعة لتحديد مضمونه، شروطه وكيفية تنفيذه، تطبيقاً لمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، فلها حق إدخال التعديلات التي تراها ضرورية، في أي مرحلة من مراحل العقد لتمكين المرفق العام من مواكبة ومسايرة التطورات والظروف بهدف تلبية الحاجات المستجدة لتحقيق المصلحة العامة وضمان الأداء الجيد، دون تدخل الأفراد أو الادعاء والتمسك بحق مكتسب في استمرارية وسريان نظام محدد<sup>2</sup>.

تنص المادة 58: «يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه. ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية.» حيث يمكن للسلطة مانحة التفويض تعديل الشروط التنظيمية، والمتعلقة على الخصوص بسير وتنظيم المرفق العام، وذلك

<sup>1</sup> - رحمة شكلاط زيوش، "مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، ع 3، الجزء الأول، ديسمبر 2013، ص 206.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 206.

حتى يتماشى هذا الأخير مع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية الضرورية غير أن ممارسة السلطة لهذا الحق محكوم بشروط<sup>1</sup>.

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد بصفة عامة و عقود التفويض بصفة خاصة، وإن كانت سلطة أصيلة توجد في حالة سكوت الاتفاقية أو دفتر الشروط، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل يرد عليها بعض القيود ومنها:

### 1- القيود التشريعية:

وهذه القيود منصوص عليها في المادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصها: «لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يخص الملحق:

- تعديل موضوع الاتفاقية،

- إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له،

- تعديل مدة الاتفاقية، باستثناء الحالات المذكورة في القسم الثاني أعلاه.»

### أ- إجراء التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:

يجب أن يصدر قرار الإدارة بتعديل العقد الإداري من السلطة المختصة قانونا بإصداره مع مراعاة الأشكال والأوضاع المقررة وفقا للقوانين واللوائح، وإذا لجأت الإدارة إلى التعديل بإجراءات غير مشروعة فإن للمتعاقد الحق في طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق القضاء<sup>2</sup>.

### ب- موافقة السلطة المختصة:

تنص المادة 81: «تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بما يأتي: ...

- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام،...».

### ج- أن يصدر قرار التعديل أثناء سريان العقد:

إن تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان لا يرد إلا على عقد قائم وساري، ويجب على الإدارة عند رغبتها في التعديل أن تفصح عن تلك الرغبة في صورة قرار صادر منها بالتعديل. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 58: «ولا يمكن إبرام الملحق خارج الأجل التعاقدية.»

<sup>1</sup> - جمال رواب، "واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، 2014، ص16. موجودة على الموقع الإلكتروني: <https://platform.almanhal.com/Files/2/53218> تاريخ التصفح:

2020/06/27 على الساعة 23:20

<sup>2</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 41.

**2- القيود العامة:**

هناك عدة قيود أخرى ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ومن هذه القيود نجد:

**أ- أن يقتصر التعديل على الشروط اللائحية فقط دون الشروط التعاقدية**

أي إقتصار قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، والتي تتعلق بحسن سير المرفق وانتظامه، وكيفية إشباع احتياجات الأفراد، وضرورة مواكبته التطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام، ومثالها الجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ، والجوانب الفنية والإدارية للتنفيذ، وتعريفات الأسعار، فهذه الشروط يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة للإدارة دون النظر إلى موافقة المتعاقد، أما الشروط التعاقدية والتي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد<sup>1</sup>.

إن عقد التفويض عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط: شروط تعاقدية، وشروط لائحية تنظيمية، وهذه الشروط فقط هي التي يجوز لمانح التفويض تعديلها بالإرادة المنفردة، أما الشروط التعاقدية والتي تتعلق أساساً بحقوق المفوض له والتوازن الاقتصادي للعقد فلا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة.

**ب- استهداف المصلحة العامة:**

إن فكرة التعديل هي فكرة ملازمة لقاعدة قابلية المرفق العام للتغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها للمنتفعين، وسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة، فإنه يجب أن نمكنا من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن. كما أن المتعاقد إنما هو شخص يسعى إلى الربح وبالتالي فإن مصلحته ليست في بقاء العقد، بقدر ما هي في المحافظة على المزايا المالية التي تعاقد من أجلها<sup>2</sup>.

**ج- توافر مبرر التعديل:**

يتعين لصحة قيام الإدارة بتعديل العقد أن تستجد ظروف لاحقة لإبرامه تستوجب ممارسة تلك السلطة، فإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها ولم تعد الشروط التي تقررت

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 36.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 45.

وقت إبرامه ملائمة لحسن سير المرفق العام، فإنه يكون للإدارة سلطة تعديل هذه الشروط بما يحقق مصلحة المرفق وفقا لما إستجد من ظروف.

ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة، ويقوم التعاقد فيها على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة -هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره- تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة مع ضرورة تحقيق المصلحة<sup>1</sup>.

#### د - أن يتصل التعديل بموضوع العقد وأن يكون جزئيا:

لا يسوغ للإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات خارجة عن العقد، فإذا خرجت الإدارة عن هذا الإطار وقامت بتكليفه بأعمال لا علاقة لها بالعقد الأصلي فلا يكون المتعاقد ملزما بتنفيذها، ولا تستطيع الإدارة إجباره على ذلك ويسوغ له الامتناع عن تنفيذ التكاليف المنطوية على تغيير في محل العقد وموضوعه، ويكون له الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب فسخ العقد، كما لا يسوغ أن يكون التعديل كاملا لكافة شروط العقد، فالتعديل الكلي هو في الحقيقة عقد جديد يلزم لسريانه قبول الطرف الآخر له.

ويعد التعديل متصلا بموضوع العقد إذا طلبت الإدارة تعديل طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها، إذا رأت الإدارة أن هناك وسائل وأساليب تكنولوجية وتقنية لم تكن معروفة وقت التعاقد قد تكون أكثر اقتصادا أو أكثر تقدما، تفوق الوسائل التي يستخدمها المتعاقد، فلها أن تطلب من المتعاقد إحلال تلك الوسائل الحديثة محل الوسائل التقليدية، واستخدام معدات أكثر تطورا أو أكثر أمانا للبيئة وتقلل من نسبة التلوث.

#### هـ - عدم تجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية:

فسلطة الإدارة المفوضة في تعديل عقد التفويض لا ينبغي أن تستطيل إلى حد قيامها بفرض عقد جديد على المفوض له تحت ستار ذلك التعديل، ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة، وألا يكون التعديل بنسبة كبيرة تقلب اقتصاديات العقد، ويجب ألا تتجاوز التعديلات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد حدود إمكانياته المالية والاقتصادية أو الفنية،

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 44.

فإذا ما تجاوز التعديل هذا الحد فيحق للمتعاقد إما أن يطلب فسخ العقد، أو أن يطلب تعويضا عن كافة النتائج الضارة التي ترتبت عن قيامه بتنفيذ تلك التعديلات على النحو الذي سوف نوضحه عند الحديث عن الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

وخلاصة القول أن حق التعديل المعترف به للإدارة مرهون بظروف وشروط وأهداف محددة، فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة وتطوير المرفق العام لمواكبتها، وفي غير الحالات وبالشروط والأهداف المشروعة لممارسة حق التعديل.

### ثالثا: سلطة توقيع الجزاءات

حتى يكون لحق الإشراف والرقابة فعالية وأثر لابد وأن يتقرر للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وتستطيع الإدارة، كأصل عام، توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا أخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد، أو بتنفيذها بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو التأخير عن المواعيد المحددة بالجدول الزمني للتنفيذ، أو باستعمال الغش أو التلاعب في معاملاته مع الإدارة، أو مخالفة تعليمات الإدارة وتوجيهاتها. فالهدف من توقيع الجزاءات التعاقدية يتمثل في ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وليس عقاب المتعاقد على إخلاله بالتزاماته<sup>1</sup>.

### 1- خصائص الجزاءات الإدارية:

تتفرد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بعدد من السمات المميزة وهي:

#### أ- حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها تلقائيا بمجرد ثبوت المخالفة، دون اشتراط اللجوء المسبق إلى القضاء لاستصدار حكم بالجزاء، ويشترط أن يتناسب هذا الجزاء مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد، وتخضع الإدارة في هذا لرقابة القضاء للتأكد من خلو الجزاء من الانحراف بالسلطة والمغالاة، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الحق مقدما، كما أن هذا الحق يثبت لها حتى ولو لم ينص عليه في العقد، والنص في العقد على بعض الجزاءات لا يمنع الإدارة من استعمال الجزاءات الأخرى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 99.

<sup>2</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 599 - 600.

**ب- الضرر ليس شرطاً لتوقيع الجزاء الإداري**

إن الهدف من الجزاء الإداري ليس عقاب المتعاقد على خطأ ارتكبه بقدر ما هو تأمين لسير المرفق العام بانتظام وإضطرابه، لذا فإن الإدارة ليست ملزمة بإثبات أن إخلال المتعاقد معها بالتزامه التعاقدية قد أصابها بضرر، فلا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه بالعقد.

**ج- حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء**

تستطيع الإدارة اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، بما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة، طالما لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء في وقت معين. فإنه يكون لها سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، وفقاً لما تراه محققاً لضمان سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام. ومن ثم فإنه لا حرج عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تترتب في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر، وقد يكون في هذا الترتيب تحقيق لهذه المصلحة<sup>1</sup>.

**د- جواز الجمع بين عدة جزاءات إدارية:**

ليس هناك ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة طالما تحقق السبب الذي يستوجب كل منها، إذ أن كل سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقيع الجزاءات متميز ومستقل عن الآخر في الطبيعة والوجهة والغاية.

**هـ- توقيع الجزاء الإداري دون نص يقره:**

تستخدم الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وبالتالي فإن استعمال الإدارة لتلك السلطة لا يحتاج إلى نص يقرها.

**2- القيود الواردة على حق الإدارة في توقيع الجزاءات**

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته ليست سلطة مطلقة وإنما تخضع لبعض الضمانات والقيود أهمها<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 601-604.

**أ- خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات للرقابة القضائية**

وتشمل رقابة المشروعية التي تتناول مشروعية القرارات الصادرة من حيث الشكل والاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف، وتمتد إلى البواعث التي أدت بالإدارة لتوقيع الجزاء، كما تشمل رقابة الملاءمة وما إذا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ من عدمه، كما تتفاوت سلطة القاضي في مواجهة الجزاء من جزاء لآخر.

**ب- ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع العقوبة**

الإعذار هو إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً من أجل إعطاء المتعاقد مهلة معقولة من الوقت تسمح له بتنفيذ التزاماته، وأن يبدي ملاحظاته ويقدم أوجه دفاعه.

**ج- تطبيق نصوص العقد الإداري**

يجب إذا ما توقع المتعاقدان خطأ معيناً ووضعوا له جزاء، فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد. أي إذا حدد العقد الإداري الجزاءات الملائمة لكل مخالفة يرتكبها المتعاقد، ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة سوى تطبيق توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد. كما لا يجوز للقضاء أن يحكم على غير مقتضاه<sup>1</sup>.

**3- أنواع الجزاءات الإدارية:**

تتخذ الجزاءات التي تمتلك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عدة صور، سوف نتناول منها الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، تاركين باقي صور هذه الجزاءات إلى مواضع لاحقة من هذا البحث.

**أ- النوع الأول: الجزاءات المالية**

يقصد بالجزاءات المالية، المبالغ التي يحق للهيئة المفوضة المطالبة بها إذا أحل المفوض له بالتزاماته العقدية، سواء إمتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة، وتشمل التعويضات والغرامات المالية التي يتم النص عليها في دفتر الشروط، أو مصادرة التأمين النهائي.

وسوف نتناول كل نوع من هذه الجزاءات فيما يلي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 605 - 626.

• **غرامات التأخير:** غرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة جزاء إخلاله للوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد، أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة. غير أن اقتضاء الإدارة للغرامة المنصوص عليها في العقد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب لجبر الأضرار التي قد تصيبها. وتتميز غرامة التأخير بالخصائص الآتية:

- 1- غرامة التأخير هي غرامة إتفاقية.
- 2- تستحق غرامة التأخير بمجرد إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية في الميعاد المحدد ودون حاجة إلى إثبات حدوث الضرر.
- 3- تختلف غرامة التأخير عن الشرط الجزائي في العقود المدنية.
- 4- ضف إلى ذلك أن الغرامة المالية تطبق بمقتضى قرار إداري تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة وذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم توقيعها، وفي حالة تبين للقاضي عدم مشروعيته يحكم بإلغائه. حيث نصت عليها المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18: «يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية.» غير أنه لا يمكن فرضها إلا بعد توجيه إعدارين للمفوض له لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة.

• **مصادرة التأمين:** التأمين هو مبلغ من المال يؤديه الراغب في التعاقد مع الإدارة، إما لضمان جديته في الاستمرار في إجراءات التعاقد أو لضمان تنفيذ العقد، وهو نوعين:

- تأمين ابتدائي، وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد، يقدمه مقدم العطاء لإثبات جديته في التعاقد، ويرد إليه بغير طلب إذا تم اختيار عرضه ويفقد قيمته إذا عدل عن عطائه قبل فتح الأظرفة.

- وتأمين نهائي، وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودع من طرف المترشح الفائز في أحد البنوك لصالح الجهة الإدارية كضمان تنفيذ.

والتأمين الذي يصادر هو التأمين النهائي وليس التأمين الابتدائي، وقد يتم الاتفاق بين المتعاقدين على سلطة الإدارة في مصادرة التأمين بإدراج ذلك في العقد ذاته عند حدوث تقصير.

• **التعويضات:** هي المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المفوض له إذا أخل بالتزاماته العقدية في حالة سكوت الاتفاقية أو دفتت الشروط عن النص على جزاء مالي لمواجهة هذا الإخلال، ويشترط للحكم بالتعويض:

- استحالة التنفيذ العيني، فإذا كان التنفيذ العيني مازال ممكناً فلا محل للحكم بالتعويض.
- حدوث خطأ عقدي من المفوض له يترتب عليه ضرر مباشر للجهة الإدارية.
- توافر علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه المفوض له، وبين الضرر الذي لحق الجهة الإدارية.
- أن يكون مبلغ التعويض المحكوم به متناسباً مع الضرر الناجم عن الخطأ العقدي<sup>1</sup>.

### ب- النوع الثاني: الجزاءات الضاغطة

الجزاءات الضاغطة هي إجراءات مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء العقد، ومن ثم يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة وتتم العملية على حسابه وعلى مسؤوليته، وتباشر الإدارة تلك الإجراءات استناداً إلى سلطتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد في أداء التزاماته، لإجباره على الوفاء بالتزامه التعاقدية، وذلك ابتغاء ضمان وكفالة حسن سير المرافق العامة<sup>2</sup>. وسنتناول صور الجزاءات الضاغطة على النحو الآتي:

• **وضع المرفق تحت الحراسة:** ويقصد به رفع يد المفوض له المقصر وإبعاده مؤقتاً عن إدارة المرفق وإحلال الجهة مانحة التفويض محله في الإدارة، لتضمن للمرفق سيره المنتظم والمستمر، حيث يحق للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة إذا قصر المفوض له تقصيراً جسيماً في إدارة المرفق، كأن يتوقف المرفق كلياً أو جزئياً عن العمل نتيجة لعجز المفوض له أو عدم قدرته على الإدارة، كما يحق للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة ولو لم يحدث خطأ من الملتزم إذا كان ثمة ما يهدد المرفق بالتوقف كإضراب أو قوة قاهرة.

وهذا الجزاء لا يؤدي إلى فسخ عقد التفويض ولا إلى إسقاط حقوق المفوض له الأصلي، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد المفوض له الأصلي مؤقتاً عن إدارة المرفق، وللإدارة في هذه الحالة إما أن تقوم بإدارته بنفسها أو أن تعهد بإدارته إلى شخص آخر تعينه كحارس مؤقت أو أن تعين أحد وكلاء المفوض له نفسه كحارس على المرفق، ويخضع هذا الجزاء لرقابة قاضي

<sup>1</sup>- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 133.

العقد، والذي له إلغاء هذا الجزاء إذا تبين له عدم مشروعيته، وله الحق في الحكم بتعويض المفوض له الأصلي عما لحقه من أضرار.

ويتعين صدور قرار فرض الحراسة متضمنا مدته التي بانقضائها تعود الإدارة إلى المفوض له، كما يحق للمفوض له أن يطالب الإدارة بإنهاء وضع المرفق تحت الحراسة إذا استعاد قدرته على استغلال المرفق بنفسه، كما يستطيع المفوض له أن يطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط التفويض لعدم قدرته على إدارة المرفق، وقد يكون إجراء فرض الحراسة مقدمة لإسقاط التفويض فتنتهي الحراسة بإنهاء الالتزام.

أما عن أسباب وضع المرفق تحت الحراسة، فيكون للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة عند توافر أحد سببين:

الأول: وقوع مخالفات جسيمة من المفوض له يكون من شأنها أن تتال من إنتظام سير المرفق، وهو ما يتوافر في حالة التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة لعجز المفوض له أو عدم قدرته على إدارته بالشكل الملائم.

الثاني: وجود قوة قاهرة يستحيل معها ضمان سير المرفق، من أمثلة ذلك وجود حالة إضراب عام من العاملين بالمرفق، وتتميز هذه الحالة بأن فرض الحراسة فيها يعلن بغير خطأ المفوض له.

و يترتب على وضع المرفق تحت الحراسة عدة آثار قانونية هي:

1- إستبعاد المفوض له مؤقتا من إدارة المرفق طوال فترة وضعه تحت الحراسة، وعلى ذلك فإن عقد الالتزام لا ينتهي بهذا الإجراء بل يبقى وبطل للملتزم حقه في الالتزام، ويستطيع دائنو الملتزم أن يتمسكوا بحق الضمان العام على القيمة المالية لهذا الحق على الرغم من فرض الحراسة.

2- تنظيم الجهة الإدارية الاستغلال المؤقت للمرفق، فإما أن تتولاه هي بنفسها بواسطة وكلائها، وإما أن تعهد به إلى الغير وفقا لما تقدره أكثر إتساقا وتحقيقا للصالح العام، وللملتزم حق الرقابة عليها.

3- تلتزم الجهة الإدارية بتنظيم إستغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فيحق لها تحصيل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذلك كافة إيراداته طوال فترة الحراسة. إلا أنه لا يجوز لها تخفيض رسوم الانتفاع أو زيادة التكاليف.

4- يجوز للإدارة الإستيلاء المؤقت على جميع المنشآت والأدوات اللازمة لإستغلال المرفق، وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه المنشآت والأدوات وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها، حتى يمكن إعادتها للملتم -بإعتباره مالكة- عند نهاية فترة الحراسة في حالة جيدة، وبذلك تكون الإدارة مسؤولة عن كل ما يلحقها من تلف بسبب إهمالها في الحراسة.

5- في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ جسيم من جانب الملتم، فإن الاستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل الملتم كافة المصاريف اللازمة لضمان سير المرفق. أما إذا كان وضع الحراسة لا يرجع إلى خطأ الملتم، فإن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق.

ويخضع قرار الإدارة بوضع المرفق محل الالتزام تحت الحراسة لرقابة القضاء إلغاء وتعويضاً، خلافاً لإجراءات الضغط الأخرى، فالقاضي يمكنه أن يلغي قرار فرض الحراسة لعدم مشروعيتها أو لعدم ملاءمته لجسامة الخطأ، أو إذا لم يكن هناك ما يبرره قانوناً<sup>1</sup>.

**•تنفيذ العقد على حساب المتعاقد:** هذا الجزاء خاص بعقد الامتياز، حيث للإدارة الحق في سحب العمل من المفوض له وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعن عنها، وهذا الجزاء مقرر للإدارة ولو لم ينص عليه في الإتفاقية ويخضع لرقابة القاضي الإداري، وهذا القاضي لا يملك حق إلغاءه على عكس جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، بينما يملك حق التعويض عن آثاره الضارة، ولكن يشترط أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد معها بالتنفيذ على حسابه برسالة موصى عليها بإشعار الوصول على عنوانه المبين في الاتفاقية.

ولا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هي وسيلة للضغط عليه، وبالتالي فهو لا يعد قراراً إدارياً وإنما هو مجرد إجراء وقائي تتخذه الإدارة تنفيذاً للعقد الأصلي، دون أن يترتب عليه إنهاء الرابطة العقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة .

ويتحمل المتعاقد المقصر بفروق الأسعار المترتبة على التنفيذ على حسابه، وجميع ما تكبدته الإدارة من مصروفات مع حفظ حق الإدارة بالرجوع إليه بالتعويضات عما لحقها من أضرار.

<sup>1</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 138.

● **استرداد المرفق قبل نهاية المدة:** الأصل أن التفويض ينتهي بنهاية المدة المحددة، ولكن قد يخفق ويسيء المفوض له ويعيق سريان المرفق العام، ومن ثم تكتشف السلطة مانحة التفويض بعدم جدوى الأسلوب المتبع في التسيير لتحقيق المصلحة العامة والهدف الذي أنشئ من أجله، بالتالي يمكنها استرداد المرفق العام وتعويض صاحبه عن الأضرار التي لحقت به، ويمنع الاحتجاج بالحق المكتسب ولا بالقاعدة القانونية: "القوة الملزمة للعقد"، ذلك ما تقرر من الناحية الفقهية والقضائية<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن للسلطة المفوضة الحق في توقيع جزاءات عديدة على المتعاقد معها، وهذه الجزاءات مستمدة من المبادئ العامة للعقود الإدارية، وبما أن عقد التفويض عقد إداري فإن السلطة المفوضة تملك توقيع هذه الجزاءات على المتعاقد معها، وغالبا تكون إتفاقية التفويض تتضمن تلك الجزاءات، مثل غرامة التأخير ومصادرة مبلغ التأمين النهائي والاتفاق على قيمة التعويضات، وإذا كانت بعض هذه الجزاءات نادرة الحدوث كوضع المرفق تحت الحراسة، والذي يعد جزاء نظريا، إلا أن المبادئ العامة للعقود الإدارية تكفل للسلطة المفوضة سلطة توقيع هذه الجزاءات<sup>2</sup>.

وبوجه عام فإن ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر في التزاماته التعاقدية يكون تحت رقابة القضاء، فهو يراقب ممارستها لتلك السلطة من حيث توافر شروط توقيع الجزاء، وأن الإدارة قد قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع فيه المتعاقد دون غلو وتعسف في استعمال ذلك الحق.

والملاحظ أن الامتيازات الكثيرة الممنوحة للسلطة المفوضة من جانب واحد خاصة فسخ العقد بسبب استمرارية المرفق، والقوة القاهرة أداة لنفور الأشخاص الخاصة وخاصة الناجحة منها بسبب اختلال المراكز، كما أن هذه الضمانات الممنوحة للسلطة المفوضة بسبب استمرارية المرفق تصبح ذريعة تشجع على الفساد الإداري، ووسيلة للتعسف تستعمل ضد المفوض له حتى وإن كان ناجح، كما يلاحظ أن صلاحيات السلطة المفوضة قد تم فيها تغليب الجانب الإداري على الجانب العملي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رحمة شكلاط زيوش، المرجع السابق، ص 207.

<sup>2</sup> - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> - فوزيل شريط، مصطفى رياحي، المرجع السابق، ص 251.

**الفرع الثاني: التزامات السلطة مانحة التفويض**

إذا كان القانون منح للإدارة حقوق بهدف تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه بالمقابل ألقى على عاتقها التزامات، ومن أهم هذه الالتزامات، الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية والالتزام بمنح التراخيص اللازمة والتزام الإدارة باحترام شروط العقد لذا سوف نتناول هذه الالتزامات على النحو الآتي:

**أولاً: الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية**

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الراسخة والثابتة في التشريعات المختلفة، ويعد من الأصول العامة في القانون.

ومفاد هذا المبدأ أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود وشروط بطريقة تتفق وما توجهه اعتبارات حسن النية في التعامل، وتعد من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي، حيث يقدر مدى الجهد المبذول من جانب السلطة المفوضة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، أخذاً في الاعتبار الظروف التي تحول دون هذا الوفاء كحالة الحرب مثلاً. ومن أهم الالتزامات المفروضة على السلطة المفوضة في عقود التفويض، العمل على تنفيذ هذا العقد بمجرد إبرامه، ولا يحق لها أن تفسخ العقد بحجة التحلل من الالتزامات التي يفرضها عليها العقد وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، ومن أبرز الشروط التي ينبغي على السلطة المفوضة احترامها في عقود التفويض، هو شرط عدم المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج السلطة المفوضة على هذا الشرط، كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال وسائل تكنولوجية أكثر تطوراً من المستعملة. ولتنفيذ عقود تفويض المرفق العام بحسن نية أهمية خاصة في تشجيع الاستثمار في الحقل العمومي وجذب المستثمرين وزيادة الثقة في الإدارة العامة، وتطبيقاً لهذا المبدأ يجب أن تقوم الدولة وجهاتها الإدارية بتنفيذ كافة البنود والنصوص الواردة في عقد التفويض بحسن نية، إذ يجب عليها القيام بما هو ضروري لتمكين المفوض له من تشييد المرفق، ومن ذلك ضرورة التزامها بتسليم موقع بناء المرفق خالياً من أي مشاكل، ليتمكن من البدء في تنفيذ الأعمال المتفق عليها.

ويترتب على إخلال السلطة المفوضة بمبدأ حسن النية حق المتعاقد في التعويض بما لحق به من ضرر دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي<sup>1</sup>.

### ثانياً: الالتزام بمنح التراخيص اللازمة للمفوض له

يجب على السلطة المفوضة أن تمكن المفوض له من كل التراخيص اللازمة لاستغلال المرفق العمومي كوضع الارتفاقات والاستفادة من إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة<sup>2</sup>.

### ثالثاً: التزام الجهة الإدارية باحترام شروط العقد

يقع على السلطة المفوضة احترام ما تضمنته شروط العقد الصريحة منها والضمنية من تعهدات والتزامات وتنفيذها كلها وبدون تراخ، كما يقع عليها احترام ما يعد من مستلزمات هذا العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التفويض. ومن بين الشروط التي يجب على السلطة المفوضة احترامها ما يلي:

#### 1- التزام السلطة المفوضة بتنفيذ التزاماتها بمجرد إبرام العقد

يجب على السلطة المفوضة البدء في تنفيذ التزاماتها التعاقدية بعد التصديقات اللازمة من السلطات المختصة وسداد الملتزم مبلغ التأمين النهائي، لذا يجب على السلطة المفوضة تسليم موقع المرفق العام للبدء في تنفيذ المشروع، ويترتب على إخلال السلطة المفوضة وتراخيها وتقاعدتها في تسليم الموقع المسؤولية العقدية التي تستوجب فسخ العقد مع تعويض المفوض له عما لحقه من أضرار.

#### 2- التزام السلطة المفوضة باحترام مدد التنفيذ في عقود التفويض

غالباً ما يتضمن العقد أنواع مختلفة من مدد التنفيذ، هناك المدة الإجمالية لتنفيذ عقد التفويض على حسب نوعه - امتياز، إيجار، وكالة محفزة، تسيير - وهناك المدة المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية. فإذا كانت المدة محددة تحديداً واضحاً، فعلى الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها خلال تلك المدة، كموعد تسليم موقع العمل مثلاً أو استكمال مهمات معدات نقل الخدمة، فإذا ما تأخرت في تنفيذ التزاماتها، فإنها تلتزم بتعويض المتعاقد معها، فضلاً عن

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 631.

<sup>2</sup> ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 144.

العرامات المنصوص عليها في الاتفاقية والتي تلتزم بدفعها، كما تمتد مدة الاتفاقية لصالح المفوض له بقدر أيام التأخير التي تأخرتها السلطة المفوضة<sup>1</sup>.

خلاصة الأمر أنه يستوجب الإقرار للجهة الإدارية بتعديل العقد عند اللزوم، ولو لم ينص على ذلك في شروط العقد باعتباره مستمدا من طبيعة المرفق وغايات العقد الإداري. ومن الجدير بالذكر أن سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقود الإدارية شأنها كشأن أية سلطة، فهي ليست مطلقة دون قيد، إذ يقيدتها إقتصارها على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام ومقتضيات الصالح العام.

ومن جانب آخر فإنها تتقيد بوجوب ألا يكون من شأنها تبديل موضوع العقد أو محله أو إفسار المتعاقد بتكليفه ما يجاوز إمكانياته المادية والفنية، فتلك التعديلات يجب أن تكون في الحدود الطبيعية والمعقولة. كما قد تتخذ تلك السلطة صورة حق الجهة الإدارية في إلغاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد، إذا زالت المصلحة التي استوجبت إبرامه، أو إذا لم يعد العقد متوافقا مع المصلحة العامة. كما يكون لها الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد -في حالة إخلاله بالتزاماته- دون حاجة إلى نص عقدي بذلك، أو استلزام اللجوء المسبق للقضاء<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض له

نظرا للدور المهم الذي يحتله المفوض له في عقد التفويض، مُنحت له مجموعة من الحقوق تتمثل أساسا في تحقيقه لمصلحته الخاصة، وبالمقابل تقع على عاتقه التزامات اتجاه السلطة المفوضة يجب عليه تنفيذها، تحقيقا للمصلحة العامة والحفاظ على استمرارية المرفق العام، وتقديم الخدمة العمومية، وسوف نبحت في هذا المطلب حقوق المفوض له (الفرع الأول)، ثم نتناول التزاماته (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حقوق المفوض له

تتحدد حقوق المفوض له في عقود تفويض المرفق العام، في حصوله على المقابل المالي، وفي الحصول على الامتيازات التي يحتاجها في مجال تنفيذ العقد، وله الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد، لذا سنستعرض هذه الحقوق الثلاثة تباعا.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 638.

<sup>2</sup> هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 8.

**أولاً: حق المفوض له في الحصول على المقابل المالي**

بما أن المفوض له يقوم بتسيير واستغلال المرفق العام، فمنطوقاً أنه يتقاضى مقابل مالي لقاء خدماته سواء من المنتفعين أو من طرف السلطة المفوضة، لأنه شخص سواء كان عاماً أو خاصاً يسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح، فالسعي وراء الربح يعد أمراً طبيعياً ومشروعاً ولا يمكن لشخص أو جهة أياً كانت انكاره على المتعاقد.

إن المقابل المالي للمفوض له وكما ذكرنا سابقاً يشترط فيه أن يرتبط بالنتائج المالية للاستغلال، وتختلف صور هذا المقابل وطرق تحديده حسب نوع العقد<sup>1</sup>، فقد يأخذ شكل أتاوى وتعريفات يدفعها مستعملو المرفق العام أو شكل منحة تدفعها السلطة المفوضة.

**1- المقابل المالي في عقد الامتياز**

هو المقابل الذي يتقاضاه المفوض له (صاحب الامتياز) جراء تسييره واستغلاله للمرفق، والذي يتحصل عليه عن طريق الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام مقابل الخدمة التي قدمت لهم، حيث يتحمل صاحب الامتياز الأعباء المالية المتعلقة بإنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والفقرة 2 من المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18.

يتولى صاحب الإمتياز استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، ويفتضي أن يغطي المقابل المالي الأعباء التي تكبدها صاحب الامتياز وتحقق له الأرباح المنشودة. كما قد يتضمن عقد الإمتياز دعماً مالياً من قبل الشخص العام، يتجلى في ضمان القروض أو مساهمات مالية أو تعويضات تعيد التوازن المالي للعقد<sup>2</sup>.

إذن يتحمل المفوض له في الامتياز كل أعباء بناء وتجهيز واستغلال وتسيير المرفق العام، وهذا هو الفرق بين التسيير المباشر والتسيير عن طريق الامتياز، الذي يعد الصيغة الأنجع لتجنب تحمل ميزانية الدولة مبالغ ضخمة توجه لإنجاز وتسيير المرافق العمومية<sup>3</sup>.

1 - أنظر: نادية ضريفي، سمية سلامي، "المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام"، مجلة صوت القانون، جامعة

خميس مليانة، المجلد السابع، ع 02، نوفمبر 2020، ص. ص 843-846.

2 - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 454.

3 - سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص 90-91.

وتستقل السلطة المفوضة بتحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الامتياز<sup>1</sup>.

وتتفاوض لجنة اختيار وإنتقاء العروض مع المفوض له حول إعانات التجهيز وإعانات التوازن التي تقدمها السلطة المفوضة لأن هذا الشكل من العقود يكلف نفقات استثمار ضخمة ويكون لمدة طويلة.

## 2- المقابل المالي في عقد الإيجار

المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له (المستأجر) عبارة عن أتاوى يدفعها مستعملو المرفق العام المستفيدين من خدماته، ولا يحتفظ المستأجر لنفسه بكافة الأتاوى وإنما يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي متمثل في إتاوة سنوية، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، وهو أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار. وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18.

تكون هذه الأتاوى محددة مسبقا في دفتر الشروط و لا يمكن التفاوض في شأنها. ويتولى المستأجر تسيير وصيانة المرفق العام لحسابه مع تحمل كل المخاطر، دون إقامة المنشآت لأن السلطة المفوضة هي من تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتسلمه جاهزا للمستأجر.

المقابل المالي الذي يتلقاه المستأجر يكمن في الفرق بين الإيرادات ( الأتاوى ) التي

يحصلها من المنتفعين و المقابل الذي يدفعه للشخص العام<sup>2</sup>.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدى من قبل المستأجر إلى السلطة المانحة لعقد الإيجار ليس له الطابع الضريبي، بل يشكل عنصرا مكونا للثمن الذي تكبدته الإدارة والمتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق العام، ويدخل هذا الثمن في الكلفة الشاملة للخدمة المؤداة من قبل المرفق، والتي يجب أن يتحملها المستفيدون من المرفق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وفاء محمد أحمد البيواتي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> - ZOUAIMIA Rachid, (2017), La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015, *Revue Académique de Recherche Juridique*, N°01, (p.p 07-35), p..17

<sup>3</sup> - C.C.29 déc 1983.Rec. p77 456 عن: محي الدين القطب مروان، المرجع السابق، ص 456

**3- المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة**

المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء. ويتولى المفوض له تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة. وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18.

ويتكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له من جزء ثابت يحدد في العقد وجزء متغير يرتبط بنتائج استغلال المرفق، وهذا ما يشكل حافزا أمام المفوض له يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق وتحسين إنتاجيته.

- **جزء ثابت "مضمون":** و هو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق يتقاضاه المفوض له من السلطة المفوضة، سواء كان المرفق ناجحا في نشاطه أو خاسرا.

- **جزء متغير:** المتمثل في مكافأة إضافية يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام وتحقيقه الأرباح، وتقدر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي<sup>1</sup>. وتشارك السلطة المفوضة مع المفوض له في تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، وهذا ما جاء في المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18 : «... تحدد السلطة المفوضة بالإشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام...»، إلا إذا كان هناك نص صريح في الإتفاق يقضي بخلاف ذلك، وذلك من أجل إضفاء نوع من الحرية للمفوض له لمنحه مجالا للتنافس<sup>2</sup>. وعليه إذا أصيب بالعجز أثناء التسيير، فإنه لا يتحصل على أي تعويض.

**4- المقابل المالي في عقد التسيير**

المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له في عقد التسيير يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف لها منحة إنتاجية،

1 - أبوبكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص115.

2 - محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق، ص154

وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18.

ولا تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له بخصوص التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حيث يتم تحديدها مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة لوحدها والتي تحتفظ كذلك بالأرباح، فالمفوض له يقوم بمهمة تحصيل هذه التعريفات لحساب السلطة المفوضة. أما في حالة العجز التي من الممكن أن تلحق بالمفوض له خلال تسييره للمرفق العام فإن السلطة المفوضة تقوم بتعويض المسير بأجر جزافي.

لأن عقد التسيير هدفه ضمان سير المرفق العام و عدم تحمل أعباء البناء و التجهيز، فالمفوض له هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسييره<sup>1</sup>. ويمكن للمفوض له تحصيل التعريفات وتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تقوم بدفع الأجرة المحددة في العقد. كما يمكن أن يحتفظ المفوض له بالإيرادات، فإن زادت عن المبلغ المحدد في العقد، يعاد الفرق إلى الشخص العام، وإن نقصت عن المبلغ المحدد تدفع السلطة المانحة المبلغ المتبقي<sup>2</sup>.

يتميز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة في أن المقابل المالي يحدد في العقد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة تدفع من قبل الشخص العام إلى المفوض له ترتبط بنتائج الاستغلال. لذلك بعض الفقهاء الفرنسيين لم يدرجوا عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي، على أنه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق العام ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير.

### ثانيا: حق المفوض له في الحصول على المزايا والتسهيلات المتفق عليها

تسعى الإدارة من خلال منح التفويض لتحقيق المصلحة العامة، تلبية حاجيات المجتمع وتحسين نوعية الخدمات المقدمة، لذلك فمن الطبيعي وبهدف تحسين العلاقة بين المفوض له والمنتفعين على أحسن وجه، تسهر على توفير الظروف المناسبة وتقديم بعض التسهيلات والمزايا، منها المساعدات المالية، القروض، شرط عدم المنافسة، الحصول على تسهيلات قابلة

1 - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 159.

2 - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 460.

للاسترجاع. وتعتبر هذه التدابير من بين الشروط العقدية التي يتم الاتفاق عليها من قبل أطراف العقد<sup>1</sup>.

يتحمل الشخص المفوض إليه ولاسيما في عقود الامتياز وعقود الإيجار تكاليف باهضة في سبيل إنشاء المرفق وإدارته، لذا غالبا ما تقرر الإدارة مانحة التفويض للمتعاقد معها بعض الامتيازات والمزايا التي تساعده على القيام بالمرفق موضوع التفويض، فطبيعة المرفق العام تقتضي أن يمنح المفوض له بعض الرعاية في مقابل ما يبذله من جهد في سبيل المصلحة العامة<sup>2</sup>.

وفي سبيل ذلك غالبا ما تتضمن عقود الامتياز وعقود إيجار المرفق العام النص على تمتع المفوض له بمجموعة من الامتيازات التي يمكننا أن نحددها بما يأتي:

### 1: توفير الحماية من المنافسة

من أبرز الامتيازات التي تمنح للمفوض له في عقود تفويض المرفق العام، ميزة عدم المنافسة من خلال منح المفوض له الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع عقد التفويض<sup>3</sup>.

والاحتكار قد يكون قانونيا بأن يصرح به المشرع، ولكن هذا التصريح لا يكفي وحده لتمتع المفوض له بميزة عدم المنافسة، وإنما لابد أن ينص في عقد التفويض على منح هذا الحق للمفوض له، ومن تطبيقات الاحتكار القانوني الاحتكار الممنوح لشركة كهرباء وغاز فرنسا إذ منحها القانون حقا حصريا بالنسبة لمرفقي إنتاج وتوزيع ونقل الغاز والكهرباء.

ولا يتحدد تحقيق الحماية للمفوض إليه من المنافسة بحالة إقرار المشرع لها فقط، وإنما يمكن أن تتحقق من خلال وسائل أخرى، لأن معظم المرافق التي تدار بطريقة الامتياز أو عن طريق عقد إيجار المرفق العام تتطلب تراخيص لشغل الدومين العام كمرفق المياه والكهرباء والاتصالات وغيرها، وهذا يتطلب صدور إذن من الإدارة لاستعمال الأموال العامة مثل مد أنابيب المياه واستخدام الأرصفة والشوارع العامة لتوصيل خطوط الطاقة الكهربائية، وفي هذه الحالة يمكن للإدارة أن تتعهد للمفوض له بعدم منح تراخيص بشغل الدومين العام للمشروعات

<sup>1</sup> - رحمة شكلاط زيوش، المرجع السابق، ص 208.

<sup>2</sup> - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup> - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 274.

الخاصة المماثلة له في النشاط، وهو الأمر الذي يحقق له الحماية من المنافسة من دون الحاجة إلى وجوب تصريح قانوني خاص بمنح الاحتكار<sup>1</sup>.

وتثار بصدد الحماية من المنافسة بعض التساؤلات المتعلقة في مدى حق المفوض له بالمطالبة بهذا الامتياز في حالة عدم النص عليه في عقد التفويض أو دفتنر الشروط من ناحية، ومدى إمكانية خروج الإدارة على شرط عدم المنافسة في حالة تغيير الظروف وتطلب المصلحة العامة ذلك من ناحية أخرى كما في حالة حصول تطورات تقنية. فبالنسبة للحالة الأولى والمتعلقة بحق المفوض له بالمطالبة بتوفير الحماية من المنافسة على الرغم من عدم النص في العقد على ذلك، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد مر بمرحلتين، إذ رفض في البداية الحكم بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بإحدى الشركات صاحبة الامتياز لموقف السيارات جراء عدم كفاية التدابير المتخذة من جانبها لحمايتها من المنافسة الناتجة عن وجود مواقف أخرى، معللاً قراره بأن العقد لم ينص على التزام الإدارة بضمان الحماية من المنافسة، ومن ثمة فهي غير مسؤولة لعدم مخالفتها التزاماتها التعاقدية. إلا أن المجلس عاد وتبنى في مرحلة لاحقة موقفا مغايراً في قضية (Tramways de Cherbourg)، إذ عد فيها أن حماية المفوض له من المنافسة يشكل التزاماً على الإدارة، حتى لو لم ينص على ذلك صراحة في دفاتر الشروط<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لحالة خروج الإدارة على شرط توفير المنافسة المنصوص عليه في عقد التفويض، فالمسألة قد أثرت في فرنسا بخصوص اتفاقية امتياز إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية ومر قضاء مجلس الدولة بمرحلتين مختلفتين:

**المرحلة الأولى:** تميزت هذه المرحلة بتشدده في تفسير أحكام اتفاقيات الامتياز الخاصة باحتكار المفوض إليه لممارسة النشاط ضمن منطقة الامتياز مهما كان التقدم العلمي والتقني، إذ يجب على الإدارة احترام هذه الأحكام بصورة كاملة وتامة<sup>3</sup>.

**المرحلة الثانية:** عدل المجلس فيها جزئياً عن موقفه السابق وقرر أنه يجب على الإدارة المتعاقدة إخطار المفوض بضرورة تطوير وتحسين ظروف استغلال المرفق العام استجابة

1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 156.

2- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 223.

3- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 157.

للتقدم التقني، عن طريق إحلال أجهزة فنية متقدمة ومتطورة محل الأجهزة القديمة إذا كانت تؤدي إلى تحسين خدمة المرفق بشكل أفضل، فإذا ما رفض الاستجابة لطلب الإدارة وامتنع عن تنفيذ طلبات الإدارة ورغباتها أو تباطأ في الاستجابة لها فلها أن تسترد حريتها لعقد اتفاقية امتياز جديدة أو منح ترخيص لأحد الأشخاص لممارسة النشاط ذاته في منطقة الامتياز<sup>1</sup>.

## 2- تمتع المفوض له ببعض التسهيلات المالية:

نظرا لضخامة المهمة التي توكل للمفوض في عقود التفويض، ولا سيما إذا كان يقع عليه عبء إقامة المرفق وإدارته، فإن الإدارة قد تقدم له بعض التسهيلات المالية، ومن ذلك تقديم القروض له على أن يسدها على دفعات، أو منحه دفعات مالية على شكل إعانات غير قابلة للرد، وقد تتمثل المساعدات التي تقدمها الإدارة بضمانها للقروض التي يحصل عليها المفوض له من البنوك. وقد تقوم الإدارة بتوفير الأراضي اللازمة لإقامة المرفق، أو تضمن له حد أدنى من الربح.

ومن المزايا التي يمكن أن يحصل عليها المتعاقد تمتعه بالإعفاء من بعض أنواع الضرائب، بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد.

وجدير بالإشارة إلى أن البنود المقررة للامتيازات الممنوحة للمفوض له التي تم ذكرها سلفا، هي بنود تعاقدية ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية مانحة التفويض إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها بإرادتها المنفردة، وإلا ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها الموجبة لتعويض المفوض له، أما إذا كانت المزايا الممنوحة كلها أو بعضها جوهرية بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق من دونها، كان للمفوض له حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض<sup>2</sup>.

## 3- امتيازات المفوض له بالنسبة للأموال العامة والأملاك الخاصة:

تتطلب مهمة إنجاز المرفق، في أغلب الأحوال، تخويل المفوض له حقوق إزاء الأملاك العامة والأملاك الخاصة. فبالنسبة للأملاك العامة، يجب التمييز بين الأملاك العامة المخصصة لنشاط المرفق والأملاك المخصصة لاستعمال الجمهور:

<sup>1</sup>- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 158.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 159.

فالأملك العامة المخصصة أصلاً لنشاط المرفق، فإن المفوض إليه يتمتع بحق الاستغلال لهذه الأموال لإنجاز نشاط المرفق العام، ولأجل ذلك تعد الأشغال الضرورية لغرض استغلال المرفق أشغالا عامة يتمتع بموجبها بالامتيازات كافة التي تترتب على قيام هذه الصفة. إلا أن الامتيازات التي تخول للمفوض له بصدد الأملك العامة المخصصة لنشاط المرفق لا تترتب تملكها، إذ تبقى هذه الأملك مملوكة للدولة وليس للمفوض له.

وبالنسبة للأملك العامة المخصصة للجمهور: فإن إنجاز نشاط المرفق العام غالبا ما يتطلب تقرير حق المفوض له في استعمال الأملك المخصصة لاستعمال الجمهور، كالأرصعة والشوارع، فنقل أسلاك الطاقة الكهربائية أو إمدادات المياه يتطلب حتما المرور من خلال أملك عامة مخصصة لاستعمال جمهور الأفراد.

ولا تقتصر امتيازات المفوض له على الأملك العامة، وإنما تتجاوزها إلى الأملك الخاصة للأفراد، فيخول في سبيل إنجاز نشاط المرفق العام الحق في نزع الملكية الخاصة للأفراد.

ومن الطبيعي أن منح المفوض له سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة لا يكون لحسابه بل لحساب الإدارة التي منحتها التفويض، ومن ثم تعود هذه العقارات التي كانت موضوعا لنزع الملكية إلى الإدارة عند انتهاء التفويض.

وقد يخول المفوض له أيضا حق الاستيلاء والإشغال المؤقت على الأملك الخاصة، والقانون هو الذي يحدد الجهات والهيئات التي تستفيد من هذه الامتيازات، وأن الاستملاك يتم لحساب الجهة العامة وعن طريقها وليس لحساب المفوض له<sup>1</sup>.

### ثالثا: الحق في الحفاظ على التوازن المالي

ويعد هذا المبدأ من أهم الحقوق المعترف بها للمفوض له في عقد التفويض، فالمفوض له إنما يقبل توظيف أمواله في إدارة المرفق العام واستغلاله اعتمادا على ربح معقول يطمع في تحقيقه، وأن هذا الربح الذي كان من حق المتعاقد وقت التعاقد يجب أن تضمنه له السلطة مانحة التفويض، فلا يسقط حقه في الحصول على هذا الربح المعقول إلا إذا كان ذلك ناشئا عن خطئه، فإذا أساء في إدارة المرفق العام وأخطأ في تنفيذ تعهداته وناله ضرر بسبب هذا الخطأ فلا تلتزم السلطة المفوضة بتعويضه، أما إذا كان ضياع حقه في هذا القدر من الربح

<sup>1</sup> - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 161.

المعقول ناشئاً عن فعل السلطة المفوضة نفسها، أو عن ظروف خارجة عن إرادته ولم تكن متوقعة وقت التعاقد، فإن السلطة المفوضة تكون ملزمة بمنحه تعويضاً عادلاً يحفظ للعقد توازنه المالي<sup>1</sup>.

إن استغلال صاحب التفويض لمرفق عمومي ما بمقتضى عقد التفويض لا يخلو من المخاطرة، والمقصود بالتوازن المالي للمرفق العمومي محل التفويض، كأن تقوم السلطة المختصة بمنح التفويض بإجراء تعديلات جوهرية في نظام سير المرفق العمومي أو تخفيضات بليغة في أسعار الخدمات، بحيث ينجم عن ذلك خسائر وأضرار تصيب صاحب التفويض، الأمر الذي يخول له الحق في الرجوع على الإدارة لإعادة التوازن المالي، وفقاً لنظرية فعل الأمير<sup>2</sup>، وفي ذات السياق تنص المادة 140 من قانون المياه أنه: «في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له، يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء المالية التي تحملها في هذا الصدد».

إن توفر التوازن المالي للعقد ليس بالمسألة الهينة وإنما هي عملية متشعبة ومتجددة، فهي يمكن أن تثار في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ومعالجتها تختلف باختلاف وقت قيامها، وأن أسباب قيامها سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ليست واحدة ويترتب على ذلك اختلاف طرق وأساليب تحقيق المحافظة على التوازن المالي<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي، فإن البعض يرجعه إلى فكرة العدالة ومصصلحة المرفق العام الذي يعاون المفوض له الإدارة في تسييره، ويرجعه البعض الآخر إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إذ يرى الفقيه (جيز) أن أساس مبدأ التوازن المالي يكمن في النية المشتركة التي انصرفت إلى تحقيق التوازن المالي.

ولأن من شأن ذلك دفع المتعاقد إلى عدم الاستمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، تحت وطأة الأضرار التي مر بها، مما ينعكس سلباً على المصلحة العامة المقصود تحقيقها من التعاقد، فإنه يقع على الإدارة بوصفها الحريصة على تحقيق تلك المصلحة في كافة تصرفاتها

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 695.

<sup>2</sup> جمال رواب، المرجع السابق، ص

<sup>3</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 162.

ومنها العقود الإدارية التزام بمساعدة المتعاقد معها في تجاوز تلك الظروف بتعويضه جزئياً أو كلياً عن آثارها الضارة بحسب الأحوال. وهذا الالتزام يفرضه أيضاً اعتبارات العدالة. وما يتعين أن يكتنف تنفيذ العقود الإدارية من حسن نية متبادلة بين طرفيها<sup>1</sup>.

ويكون أداء الإدارة للتعويض في إطار و جوب توافر شروط نظرية فعل الأمير، أو شروط نظرية الظروف الطارئة، وأخيراً نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

### 1- التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

تعتبر هذه النظرية من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، وبالرغم من انتشارها وتداولها في القضاء الإداري فإنها ما تزال غير واضحة المعالم، وأحياناً يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة، ويقصد بها صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها، فيترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، ويستوجب تعويضه<sup>2</sup>.

عمل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه الإدارة المتعاقدة غير متوقع من المتعاقد معها، يؤدي إلى إلحاق ضرر خاص به لا يشاركه فيه سائر من يسهم هذا الإجراء، يستوي في ذلك أن يكون إجراء عاماً أو خاصاً<sup>3</sup>.

وعبارة المخاطر الإدارية أو ما يطلق عليها بتسمية أفعال الأمير، هي تصرفات أو إجراءات مشروعة تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، أو أية جهة إدارية أخرى، أو عن السلطة التشريعية، أو أي سلطة من سلطات الدولة، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد أكثر صعوبة، أو أكثر تكلفة، أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وقد تكون في شكل لائحة أو تشريع أو قرار أو عمل فردي أو عمل مادي، وقد يكون تأثيرها في تنفيذ العقد مباشرة كالتعديلات التي تفرضها في العقد، أو غير مباشرة زيادة الضرائب ورسوم الجمارك التي يكون لها تأثير على سعر السوق، ومن بين الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة، والتي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن المالي للعقد ما يلي:

- الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي تتناول شروط العقد بالتعديل.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> - حمزة خصري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر

01، (2014/2015)، ص 311.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 170.

- الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي لا تنصب مباشرة على العقد، ولكنها تؤدي بطريق غير مباشر إلى الاختلال بتوازنه المالي، كحالة رفع الرسم على بعض المواد الضرورية لتنفيذ العقد.

- صدور تشريع يفرض ضرائب على نشاط المتعاقد لم تكن مفروضة.

وعليه فإن هذه الإجراءات، أيا كان شكلها، تأتي بأعباء مالية على عاتق المفوض له، لهذا استقر الفقه والقضاء على أحقية المتعاقد في التفويض الكامل، كما رتبته هذه الإجراءات من أعباء إضافية حتى ولو كان العقد خاليا من النص على ذلك.

### أ- شروط التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

ولا يستحق المتعاقد تعويضا عما ينزل به من أضرار، نتيجة ما تتخذه أي من السلطات العامة في الدولة من إجراءات إلا إذا تحققت شروط فحواها:

- أن لا تكون الإجراءات التي زادت من أعباء المتعاقد متوقعة وقت التعاقد وإنما يجب أن تكون إجراءات مفاجئة غير متوقعة.

- ولا يكفي أن تكون الإجراءات المتضرر منها مفاجئة وغير متوقعة، وإنما يجب أن يترتب عليها نتائج ضخمة، ينتج عنها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا واضحا وملموسا، ويعلن أن تنفيذ العقد أصبح مرهقا للمتعاقد، أما إذا كانت نتائج الإجراءات ضئيلة الأثر، لا ترهق ولا تخل بالتوازن، فإن الإدارة لا تلتزم بأي تعويض لأنه لا يتأثر بها المتعاقدون عادة.

- ولا يستحق المفوض له تعويضا، إلا عما تحقق وقوعه من أضرار نتيجة أفعال الأمير، أما الأضرار المحتمل حدوثها فلا تعويض عليها، وما ذلك إلا إعمالا للقاعدة العامة التي لا تعترف بالأضرار المحتملة، وإنما تعوض فقط عن الأضرار التي تحقق وقوعها فعلا.

- صدور التصرف عن السلطة المفوضة أو من إحدى سلطات الدولة.

- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً.

**ب- نتائج نظرية فعل الأمير**

تنتج عن نظرية فعل الأمير عدة آثار منها:

- تحرر وتحلل المفوض له مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ، إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، مثل حال صدور قانون يمنع استيراد سلعة متعلقة بالمرفق العام، ولا يمكن الحصول عليها من الخارج<sup>1</sup>.

- حق المفوض له المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير، وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة ومتأخرة.

- حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما زادت إجراءات فعل الأمير من أعبائه وتكاليفه المالية بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته وقدرته المالية.

**2- التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة**

تعتبر الظروف الطارئة مستقلة عن أطراف العقد، بحيث قد يحصل أن تحدث خلال تنفيذ العقد ظروف اقتصادية غير متوقعة، تفرض على المفوض له أعباء باهظة، فتحدث اضطرابا في الشروط المالية المتعلقة بتنفيذ العقد، وتحدث بالمفوض له خسائر تتجاوز الحدود المألوفة في هذا المجال، حيث أن المفوض له لم يتوقع حدوث هذا الظرف أثناء إبرام العقد، ولم يكن بوسعه توقعه أو باستطاعته دفعه، الأمر الذي يلزم السلطة المفوضة بتعويضه، إما بتحمل جزء من الخسارة، وإما بتعديل شروط العقد وذلك حتى يستقر التوازن المالي على حالته الأولى.

ومن أمثلة الظروف الطارئة، وقوع كوارث طبيعية مثل الزلازل والفيضانات، وقوع اضطرابات ومظاهرات داخلية، ارتفاع أسعار سلع معينة يحتاج إليها المفوض له في تنفيذ العقد، إضراب عمالي جماعي، فرض حصار اقتصادي على الدولة، مما يكون له أثر على الظروف الاقتصادية بوجه عام، وعلى الأحوال المالية للمفوض له مع السلطة المفوضة بوجه خاص.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من ق.م.ج، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعاقد

<sup>1</sup> - سعد لقليب، بن الشيخ النوي، "حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15"، العدد السادس، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017، ص 60.

يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست في هذه الظروف الجديدة، وإذا كنا نسجل أن المادة 107 من ق.م.ج جاءت واضحة وأبلغ، فلا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري. تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وتستند إلى فكرة العدالة وحسن سير المرفق العام بانتظام ودون توقف في تقديم خدماته<sup>1</sup>.

### أ- شروط التعويض على أساس الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلي:

- أن تقع الظروف الطارئة فجأة ودون علم مسبق بها، بمعنى أنه يجب أن لا يتوقع المتعاقدان أو أحدهما وقوع هذه الظروف أثناء إبرام العقد.
- أن تكون الظروف الطارئة حوادث عامة، ليست من فعل الإدارة ولا أي من السلطات العامة، ولا بإرادة أي منهما، ولا يفعل المتعاقد مع الإدارة ولا دخل لإرادته فيها، أنها حوادث تقع خارج دائرة العقد والمتعاقدين.
- يجب أن تكون نتائج الظروف الطارئة وأثاره جسيمة، بحيث يترتب عليها عجز المتعاقدين عن الاستمرار في التنفيذ، ويصبح المرفق مهددا بالتوقف.

### 3- نظرية العقبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ثالث نظرية تؤمن المفوض له ضد المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها أثناء تنفيذ التزاماته. فإذا ما صادف المفوض له خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية استثنائية وغير مألوفة تعرقل التنفيذ، ولا يمكن توقعها وقت إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فيحق للمفوض له مطالبة الإدارة صاحبة التفويض بتعويضه عن كل ما سببته هذه الصعوبات المادية من أضرار وخسائر. من أمثلة هذه العقبات، أن يجد المفوض له تحت أرض موقع الأشغال محل العقد، خرسانات مجاري، أساسات خرسانية. من ذلك أيضا أن يبدأ المفوض له بحفر الأساسات، فيفاجأ بمياه جوفية غزيرة، بشكل غير عادي، إلى درجة ترهقه ماليا بما يكلفه من نفقات رفع هذه المياه.

<sup>1</sup> - سعد لقليب، بن الشيخ النوي، المرجع نفسه ، ص60

**أ- شروط التعويض على أساس نظرية العقوبات المادية غير المتوقعة**

ولتطبيق هذه النظرية يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- أن تكون هذه العقوبات مادية إستثنائية (غير عادية) أثناء التنفيذ، وهذا شرط مركب أي يشترط شروط معينة من العقوبات، ثم يشترط وقتا معيناً لظهور هذه العقوبات.
- أما عن العقوبات ذاتها فيشترط فيها أن تكون مادية، لأنها إن لم تكن مادية فإنها تكون تشريعية أو قرار، مما يجعلها في طائفة شروط نظرية فعل الأمير، وإما أن تكون ظروف إقتصادية مما يدخل في شروط نظرية المخاطر الإقتصادية.
- يشترط في هذه العقوبات أن تكون غير عادية (إستثنائية) أي مما لا يجري العمل ويتواتر على ظهورها، ولم تكن في حسابان أي طرف من أطراف العقد، ليست بفعل السلطة المفوضة ولا المفوض له.
- أن لا تكون العقوبات المادية غير العادية متوقعة وقت إبرام العقد، وعلّة ذلك أنه لو كانت متوقعة تنتفي علّة التعويض عنها.
- أن تحقق العقوبات ضرراً، ويستوي هنا أن يكون الضرر جسيماً أو طفيفاً، فالعبرة بمجرد تحقق الضرر، ولا غيره بمقدار هذا الضرر.

**ب- نتائج نظرية العقوبات المادية غير المتوقعة**

- إلزام المفوض له بعدم التوقف عن التنفيذ، ذلك أن استحالة التنفيذ تكون بصدد نظرية الظروف الطارئة، وأما تكون مما يجعل التنفيذ ممكناً، ولكن بتكلفة أكبر، وبمشقة وجهد، وإن إمتنع المفوض له عن التنفيذ يكون قد إرتكب خطأ يحرمه من التعويض، وقد توقع عليه السلطة المفوضة عقوبات.
- أحقية المفاوض في الحصول على تعويض كامل، عما أصابه وتحمله نتيجة ظهور عقوبات مادية غير عادية وغير متوقعة.

**الفرع الثاني: إلتزامات المفوض له**

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها المفوض له، والكامنة أساساً في تنمية رصيده الإقتصادي والمحافظة على توازنه المالي، حمّله المشرع مسؤوليات و إلتزامات غير مألوفة في القانون الخاص، منصوص عليها قانوناً بإعتباره الدعامة والركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد

الإداري بصفة عامة، يكون ذلك بعد توقيعه للعقد مباشرة مع السلطة المفوضة، حرصا على سير ديمومة المرافق العامة وحفاظا على المال العام.

### أولا: إلتزام المفوض له بتنفيذ العقد بنفسه وفقا للمواصفات المتفق عليها

يعد المفوض له المسؤول عن التنفيذ الشخصي لعقد تفويض المرفق العام، فيجب عليه أن يضمن التسيير الفعال والجدي للمرفق العام، يقوم باستغلاله بنفسه، فلا يجوز له التنازل عن هذا الإلتزام للغير إلا بعد حصوله على الموافقة الصريحة من السلطة المفوضة، وذلك إذا فرضت متطلبات التسيير هذا التنازل.

ولا يقصد بالتنفيذ الشخصي للعقد موضوع التفويض أن يلزم المتعاقد وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ العقد، بل المقصود به أن المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسئوليته إلى تعهد بالوفاء بها إلى الغير، بما يؤدي إلى تحلله من بعض التزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للعقد، حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل.

ذلك أنه كقاعدة عامة، أوجب المشرع المفوض له بالتنفيذ الشخصي لإلتزامه وبالطريقة المتفق عليها ووفقا للشروط الواردة في العقد، أو في دفاتر الشروط، لكن كإستثناء يمكن للمفوض له الاستعانة بأشخاص آخرين ومنحهم تنفيذ جزء من الاتفاقية، ويكون ذلك بواسطة عقد مناولة التي بواسطتها يعهد المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى المناول تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه: «لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة». كما أن هذه المناولة لا يمكن أن تكون بصفة كلية للمرفق العام الذي خص به تفويض المرفق العام، حيث تعرف المناولة بأنها: "الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى المناول تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له".

قد تكون هناك أسباب ودوافع يلجأ إليها المفوض له في مسألة تنفيذ الاتفاقية، عندما يتعلق الأمر بالعامل الزمني، وعدم كفايته لتلبية جميع متطلبات وأهداف المرفق العام، نتيجة توسع نشاط وزيادة رغبات وحاجات مستعملي المرفق العام.

غير أن هذه المناولة تم تقييدها بشروط وهي كالاتي:

- 1- موضوع مناولة المرفق العام المفوض يكون بصفة جزئية و غير كلية.
  - 2- يجب أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية موضوع المناولة إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو سيره، حيث حصر المشرع الجزائري مسألة المناولة في الانجاز والاقتناء فقط، على اعتبار أن مسألة التسيير متاحة لجميع المنافسين، بما فيهم المناولين بحيث لا يمكن الاستعانة بأشخاص في تسيير جزء من المهام الموكلة للمفوض له، والتي قد تعكس مدى القدرات والمعايير التي من خلالها قد تم اختيار المفوض له.
  - 3- المناولة في جزء من الإتفاقية تكون في حدود 40% من إتفاقية تفويض المرفق العام، لكي لا يختل التوازن بجوهر العقد أو الإتفاقية.
  - 4- وجوب إخضاع اختيار المناول أو المناولين إلى الموافقة المسبقة للسلطة المفوضة، كمراجعة المناول وإجراء رقابة عليه ما إذا كان يشكل خطرا على المرفق العام.
  - 5- لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت إتفاقية التفويض على ذلك.
- إلا أنه وبالرغم من السماح للمفوض له بإبرامه لعقد المناولة بغرض تنفيذ الاتفاقية لا يمكنه أن يتنازل أو يلقي بالمسؤولية على الغير (المناول)، بل يبقى المسؤول الوحيد عن التنفيذ الكامل والتام لاتفاقية تفويض المرفق العام اتجاه السلطة المفوضة.
- إذ يجب التمييز بين التنازل الكلي أو الجزئي عن عقد التفويض، ففي حالة التنازل الكلي يترتب عنه خروج المتعاقد من العلاقة التعاقدية مقابل دخول المتنازل له، و تنتقل عندئذ المسؤولية من المتعاقد الأصلي إلى المتنازل له مباشرة مع بقاء مسؤولية المتعاقد عن ضمان سلامة الأشغال التي نفذها.
- أما مسؤولية المفوض له في حالة التنازل الجزئي عن تنفيذ العقد، وبموافقة من الهيئة تبقى مسؤولية أصلية لا تتأثر بتعاقد من الباطن، بل يبقى المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المانحة للتفويض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 228.

كما يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت على التفويض، ومكنت المتعامل من دفتر الشروط، واطلع عليه وتعهد بتنفيذ الالتزام مع الإدارة، فوجب أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ العقد حسب ما تم التعاقد عليه.

كما يجب أن ينفذ موضوع العقد في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعاقد تجاوز هذا الأجل، بل أن تجاوزه يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي، وتحمل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك.

### ثانيا: التزام المفوض له بنقل التكنولوجيا الحديثة

من أهداف إبرام القطاع العام أو الدولة لعقود تفويض المرفق العام هو تخفيف العبء على ميزانيتها، بحيث تتطلب مشاريع عقود التفويض تكلفة مالية مرتفعة جدا، خاصة وأن هذه المشاريع تتطلب استخدام التكنولوجيا المتطورة التي تكون تكلفتها باهضة. كما أنها تهدف أيضا إلى الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في المجالات الفنية والتقنية المتطورة عن طريق استخدام التكنولوجيا المتطورة في هذه المشاريع. واستعمال التكنولوجيا الحديثة والمتطورة يعود بالفائدة على كلا طرفي العقد، فالدولة تكون مصلحتها في ذلك عن طريق الحصول على التكنولوجيا الحديثة التي تساعد في تحقيق التنمية الاقتصادية، أما المفوض له الخاص فتكون مصلحته في ذلك عن طريق تسهيل إدارة المرفق العام موضوع العقد وتقليل الاعتماد على الأيدي العاملة، مما يساعده على تحقيق أكبر قدر من الفوائد والأرباح، فضلا عن تقديم خدمات متطورة لجمهور المنتفعين من خدمات المرفق ورفع كفاءة هذه الخدمات عن طريق تقديمها بشكل أسرع وعلى نحو أفضل<sup>1</sup>.

### ثالثا: التزام المفوض له بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق

بانتهاؤ مدة العقد، يلتزم المفوض له بتسليم المنشآت و التجهيزات، ويشمل هذا التسليم بالإضافة إلى المنشآت والتجهيزات المملوكة من طرف السلطة مانحة التفويض، المنشآت والتجهيزات المنجزة من أجل تسيير المرفق العمومي والتي هي جزء منه.

<sup>1</sup> - أحمد حريير، "النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودوره في تمويل الاستثمار في مجال البنى التحتية"، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه بغيليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 7، ع 1، 2018، (ص77 - ص98)، ص 94.

ويجب أن يقوم المفوض له دوريا بصيانة تلك الأموال طيلة مدة العقد، حتى تؤول إلى الدولة وهي بحالة جيدة وصالحة للاستعمال. فالمفوض له يعلم مقدما أن تلك الأموال سوف تؤول إلى الدولة مجانا، لذا فإنه يهمل في صيانتها حتى يحقق أقصى ربح له، لذا فإن الالتزام بصيانة تلك الأموال من الأمور المسلم بها، سواء نص على ذلك في العقد أم لم ينص، ولإدارة أن تخصص المبالغ اللازمة لهذه الصيانة من حسابات الملتزم عند التصفية في حالة تقصيره في صيانة تلك الأموال<sup>1</sup>.

للإدارة واستنادا إلى سلطتها في الرقابة أن تجبر المفوض له على القيام بكافة الإصلاحات والصيانة اللازمة للمرفق، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب تقضي بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها في كل وقت، وإهمال المفوض له في الصيانة يعرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة<sup>2</sup>.

#### رابعا: الالتزام بدفع أتاوة للجهة المفوضة

يلتزم المفوض له بدفع إتاوات لصالح الهيئة صاحبة المرفق العام محل التفويض، وتكون هذه الإتاوات نتيجة لاستغلاله وتسييره للمرفق العام، ويتحقق ذلك في وجه خاص في عقود الإيجار، فالإتاوات توجد بالضرورة دائما في عقود الإيجار، لكنها يمكن أن توجد أحيانا في عقد الامتياز بدفع الإتاوات للسلطة المفوضة.

فالمفوض له في عقد الإيجار لا يقوم بإنشاء المرفق ولا بتمويله، وإنما يقوم بالاستغلال فقط وكذلك تحمله لتكاليف الصيانة، أما السلطة المفوضة هي التي تقع عليها مصاريف إنشاء المرفق العام، مما يستوجب على المستأجر بأن يقوم بدفع إتاوة سنوية للسلطة المفوضة تعوضها ما أنفقته في عملية إنشاء المرفق محل التفويض.

كما يمكن في عقد الامتياز أن ينص العقد على قيام المفوض له بدفع إتاوة للسلطة المفوضة، إلا أن وجه التمييز بين عقد الإيجار وعقد الامتياز هو أنه في عقد الإيجار المستأجر لا يتحمل تكاليف الإنشاءات الأولى، على عكس عقد الامتياز، والتزام المستأجر بدفع الإتاوة ليس إلا نتيجة لهذا العامل الأساسي المتمثل في عدم تحمله لهذه التكاليف

<sup>1</sup>- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 920.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 920.

## الفصل اثناني:

### الرقابة المكرسة على عقود تفويض المرفق العام ونهايتها

إن الرقابة هي وسيلة لتحقيق نوع من التنظيم والفعالية داخل المؤسسة فالرقابة الإدارية هي الوسيلة التي تستطيع بها السلطات الإدارية معرفة كيفية سير العمل داخل المنشأة وذلك للتأكد من حسن سير العمل لتحقيق الأهداف وكشف الأخطاء والتقصير<sup>1</sup>.

إن ترقية المرفق العام ضرورة حتمية لرفع إنتاجية ومردودية الإدارة وتطوير الاقتصاد الوطني وتشجيع الاستثمار في محيطها المعاصر، الذي يتسم بالتنافسية الشديدة والانفتاح والعلومية، وهذا يقتضي بالضرورة الاندماج التام للجهاز الرقابي في هذا المسلسل، والتأكيد على أهمية حضوره الفعلي في تحسين الحياة العامة بما يلزم من الشفافية، وذلك لن يتم إلا برفع إيقاع أدائه وفعاليتته، وتجاوز انعزاله عن الرأي العام، وتأكيد مبدأ التنسيق بين مكوناته، وإشراكه في سيرورة التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة<sup>2</sup>.

يجب أن لا تنصرف الرقابة فقط إلى حرص الإدارة على السير الحسن لمرافقها والحفاظ على المال العام، ولكن أيضا إلى تسيير علاقة المواطنين بالإدارة وخدمة مصالحهم المشروعة ودراسة شكاويهم بما يلزم من العناية وحمايتهم من التعسف، حيث أنه أثناء تنفيذ عقد تفويض المرفق العام قد تنشأ بعض النزاعات بين أطرافه المختلفة، والتي يجب تسويتها إما بالطرق الودية أو عن طريق اللجوء للقضاء حسب الأحوال.

وكل العقود الإدارية لا تنتهي عقود تفويض المرفق العام نهاية موحدة، وإنما تنتوع نهايتها إلى نوعين: قد تنتهي نهاية طبيعية، أو نهاية غير طبيعية قبل حلول أجلها الطبيعي. كما أن تصفية العلاقات المالية بين السلطة المفوضة من جهة والمفوض له من جهة أخرى هو إجراء حتمي يستتبع انتهاء العقد، غايته معالجة متعلقات المرفق كافة المالية والمادية.

ومن خلال هذا الفصل سندرس: الرقابة المكرسة على عقود التفويض (المبحث الأول)، ثم تسوية منازعات عقود تفويض المرفق العام (المبحث الثاني)، ثم نهاية إتفاقية تفويض المرفق العام ومآل الأموال وتصفياتها (المبحث الثالث).

<sup>1</sup> - نعيم إبراهيم الظاهر، أساسيات الإدارة المبادئ والتطبيقات، ط 1، مصر، 2009، ص 189.

<sup>2</sup> - أحمد بوعشيق، محمد بنيحي، الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء التجارب الأجنبية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة "تصوص ووثائق"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط 2، 2008، ص 80.

### المبحث الأول: الرقابة المكرسة على عقود التفويض

أولى المرسوم التنفيذي 199/18 اهتماما كبيرا بأساليب الرقابة على عقود التفويض، لما لها من دور في مجال الحفاظ على المبادئ التي تحكم المرافق العامة من جهة، وكذا حماية المصلحة العامة وحسن تطبيق الأحكام التي تنظم عملية إبرام عقود التفويض من جهة أخرى. تُبنى الرقابة في مجال عقود تفويض المرفق العام على ضرورة التأكد من احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها عملية إبرام إتفاقية تفويض المرفق واختيار المفوض له، والمتمثلة أساسا في حرية المنافسة، المساواة بين العارضين وشفافية الإجراءات. وحرصا منه على ضمان احترام هذه المبادئ وضمان فعالية الإجراءات والأساليب المنظمة لعملية اختيار المفوض له، فقد أخضع المنظم السلطة المفوضة لنظام رقابي صارم، وذلك بتخصيصه فصلا كاملا لرقابة تفويضات المرفق العام (الفصل الرابع من المرسوم التنفيذي 199/18).

لقد حدد المرسوم التنفيذي 199/18 الآليات الرقابية التي تخضع لها تفويضات المرفق العام، حيث نصت المادة 74: «تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعدية، بمجرد دخول إتفاقية التفويض حيز التنفيذ. وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة.»

وعليه يشمل النظام الرقابي المسلط على عملية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 و المرسوم التنفيذي 199/18، مختلف أنواع الرقابة، إدارية كانت (المطلب الأول) أو قضائية تمارس من خلال الطعون التي يرفعها المترشحون ضد اختيار السلطة المفوضة (المطلب الثاني)

### المطلب الأول: الرقابة الإدارية القبليّة على عملية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام

يقصد بالرقابة الإدارية في المفهوم القانوني، ذلك النظام الرقابي الممارس من قبل الإدارة العمومية على نفسها، حيث ينصرف مفهومها ليشمل المرافق العامة المركزية واللامركزية بهدف ضمان احترام القانون وحماية المصلحة العامة، فهي رقابة خارجية تفرض من قبل أجهزة مستقلة، أو داخلية ذاتية تمارس من داخل الجهاز الإداري نفسه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - حمدي سليمان سحيّمات القبيلات، الرقابة الإدارية والمالية على أجهزة الحكومة، دراسة تحليلية وتطبيقية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1998، ص 14.

حدد المرسوم التنفيذي 199/18 نوعين من الرقابة، وهما الرقابة القبلية والرقابة البعدية، كما أن الفصل السادس نص على أن العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق هو نوع من الرقابة الميدانية المكتملة للرقابة البعدية<sup>1</sup>.

نظرا لأهمية الرقابة في الحفاظ على المال العام وضمان المنافسة في الوصول إلى أحسن العروض من جهة، واتساع هذه الرقابة وشمولها جميع أنواع التفويضات ولجميع المراحل التي تمر بها، تطرقنا إلى الشق الأول من الرقابة القبلية وهي الرقابة الداخلية (فرع أول)، ثم إلى الشق الثاني وهو الرقابة الخارجية (فرع ثان).

### الفرع الأول: الرقابة الإدارية الداخلية

تمارس الرقابة الداخلية من طرف السلطة المفوضة على يد موظفيها أو من طرف المصالح التابعة لها، فهي نوع من الرقابة الذاتية التي يسميها البعض بالرقابة الروتينية. تعرف الرقابة الداخلية بأنها الرقابة الذاتية للإدارة على نفسها، لذلك تعتبر أكثر تعمقا و تغلغا في صميم النشاط الإداري، و في ذات الوقت تسعى فيه لمنع الانحراف وتحديد أسبابه ووسائل معالجته، وما من شك أن الرقابة الداخلية من شأنها أن تؤدي إلى ضبط و إيقاع العمل و إحكام السيطرة عليه، حيث يكون من السهل اكتشاف الخطأ<sup>2</sup>.

لقد ألزم المنظم كل سلطة مفوضة بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على عقود تفويض المرفق العام التي تبرمها، وفق ما تقتضيه النصوص المنظمة لمختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الداخلية، كما ألزم السلطة الوصية بذلك أيضا، عندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطتها، وهذا تماشيا مع آليات الرقابة المقررة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

اعتنى المرسوم التنفيذي 199/18 بموضوع الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام، بحيث خصص لها فصلا كاملا إشتمل على مختلف أنواع الرقابات من رقابة داخلية، خارجية،

<sup>1</sup> - شعبان دفاف، "الرقابة على اتفاقية تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 199/18 حماية للمال العام والوقاية من الفساد وضمان لجودة الخدمات"، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، يومي 11 و 12 ديسمبر 2018 (غير منشورة)، ص7

<sup>2</sup> - وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2013/10/20، ص 152

قبلية أو بعدية كانت، باعتبار الرقابة هي الحصن المنيع للحفاظ على المال العام ولا أحد ينكر دورها المهم في ذلك، إلى جانب اتساع هذه الرقابة وشمولها لجميع أنواع التفويضات ولجميع المراحل التي تمر بها<sup>1</sup>.

في إطار الرقابة الذاتية للإدارة، عادة ما يلجأ المشرع إلى الاعتماد على آليات رقابية داخلية عن طريق إنشاء اللجان الإدارية، وتقوم هذه الأخيرة برقابة بعض أعمال الإدارة بالرغم من خضوعها هي نفسها للسلطة السلمية للرئيس الإداري، وانطلاقاً من ذلك أورد المرسوم التنفيذي 199/18 المتضمن تفويض المرفق العام، وتحديداً في الفصل الرابع المعنون بـ: "رقابة تفويضات المرفق العام" بالمادة 75 منه تحديداً لأهم جهات الرقابة الداخلية ألا وهي لجنة اختيار وانتقاء العروض، وأحاطها بمجموعة من الأحكام والإجراءات سواء ما تعلق بتشكيلتها (أولاً) أو اختصاصاتها (ثانياً).

### أولاً: تنظيم لجنة اختيار وانتقاء العروض (التشكيلة)

نصت الفقرة الثانية من المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199/18 على: «تتكون هذه اللجنة من ستة (06) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة. ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.»، واستناداً لذلك تنشأ لجنة اختيار وانتقاء العروض من طرف السلطة المفوضة، يعين أعضاؤها من طرف رئيس السلطة المفوضة بموجب مقرر يتضمن عادة أسماء أعضاء اللجنة ورئيسها لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد.

وأما عن معايير الاختيار لعضوية اللجنة، فحسب نص المادة 76 من المرسوم التنفيذي 199/18، الذي جعل مسألة اختيار الأعضاء قائمة على أساس الكفاءة، وهو أمر منطقي كون مهام اللجنة وخاصة المتعلقة بفحص العروض والتفاوض، يحتاج إلى قدر كبير من الدراية والمعرفة بمعايير التحليل والترجيح والمفاضلة المبينة في دفاتر الشروط، زيادة على ذلك فإن المشرع اشترط لعضوية لجنة اختيار وانتقاء العروض تبعية العضو للسلطة المفوضة، وبذلك

<sup>1</sup> - ليندة أونيسي، "الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور - خنشلة، ع 14، جوان 2020، ص 29.

يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج السلطة المفوضة لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على السلطات المفوضة<sup>1</sup>.

والملاحظ هنا بشأن تشكيلة اللجنة، أن المشرع قد قام بتحديد عدد أعضائها، تاركا مسألة تنظيم عملها لمسؤول السلطة المفوضة الذي يحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر، دون أن يفوت الفرصة على السلطة المفوضة في الاستعانة - عند الاقتضاء - بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينير اللجنة في أشغالها.

فلمسؤول المصلحة المتعاقدة كامل الحرية و السلطة التقديرية في تحديد الأعضاء، وهذه الحرية المطلقة الممنوحة له قد تؤثر سلبا على عمل اللجنة، لأنه يفتح المجال لاختيار من يشاء من الأعضاء و هذا بدوره يشكل عائقا أمام السير الحسن لعمل اللجنة<sup>2</sup>.

إلى جانب تحديد عدد الأعضاء، اشترط المشرع شرط الكفاءة في العضو المعين، و هذا ما نستشفه من نص المادة 76 التي تنص " يتم اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض نظرا لكفاءتهم "... تقاديا من تعيين أشخاص غير مؤهلين.

كان من الأجدر إضافة شرط التخصص، بأن تضم تشكيلة الأعضاء خبراء ماليين وتقنيين وقانونيين، لأن غياب التخصص قد يولد إشكالية اتخاذ قرارات غير مشتركة للجنة، التي يفترض فيها أن تكون مبنية على أساس قانوني موحد بين أغلبية الأعضاء.

لعل اللجوء إلى عقد دورات تكوينية و تأهيلية سوف يؤدي إلى تدارك هذا الأمر، وفق ما جاء في المواد 211 و 212 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تضمنت ضرورة قيام الموظفين بدورات تكوينية لتحسين كفاءاتهم ومؤهلاتهم.

يمكن الاستعانة بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينير اللجنة في أشغالها، وهذا ما نصت عليه المادة 75 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 " يمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيرها في أشغالها".

<sup>1</sup> - ليندة أونيسي، المرجع السابق، ص31.

<sup>2</sup> - نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 23 نوفمبر 2013، ص 119.

**ثانياً: مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض**

عهد المشرع للجنة اختيار وانتقاء العروض باختصاصات ومهام تتلاءم مع دورها الهام كرقابة إدارية داخلية هدفها الوصول إلى اختيار أحسن العروض، وتحقيق سلامة وصحة وشفافية إجراءات التعاقد، ولأجل ذلك أوكل لها عدة مهام إدارية وتقنية دقيقة حددتها المادة 77 من المرسوم التنفيذي 199/18، التي جعلتها مكلفة بفتح العروض وفحص ملفات التعهد وفحص العروض والتفاوض كما يلي:

**1- مرحلة فتح العروض:**

إن اختصاص لجنة اختيار وانتقاء العروض وفي مرحلة فتح ملفات العروض، التي تعد أولى مراحل عملها، مقيدة تقييداً دقيقاً بموجب المرسوم التنفيذي 199/18. فبعد أن يتم استدعاء كل أعضاء اللجنة من طرف السلطة المفوضة، وفي آخر يوم وآخر ساعة من أجل تحضير العروض تباشر اللجنة عملها بفتح الأظرفة، ويتم ذلك في جلسة علنية تكريماً لشفافية الإجراءات وخلال هذه المرحلة تقوم اللجنة بالمهام الآتية:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص،
- القيام بفتح الأظرفة،
- إعداد القائمة الاسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تمّ انتقاؤهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة،
- إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد وكل عرض،
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كلّ الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة.

باكتمال مرحلة فتح العروض تكون لجنة اختيار وانتقاء العروض قد قامت بالدور الإعدادي الأول اللازم لعملها التالي المتعلق بفحص ملفات التعهد.

**2- مرحلة فحص ملفات التعهد**

بعد إتمام عملية فتح الأظرفة على النحو السابق ذكره، تأتي مرحلة فحص ملفات التعهد في جلسة مغلقة ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وتتولى ذلك نفس اللجنة وبهذه الصفة تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بالمهام الآتية:

اعتمادا على المعايير المحددة في دفتر الشروط تقوم اللجنة في هذه المرحلة بما يلي:

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

من خلال ما تقدم، نجد أن عمل اللجنة في هذه المرحلة هو التدقيق في الملفات وما تحويه من ضمانات مختلفة حسب دفتر الشروط، والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة ليمروا إلى المرحلة الموالية.

**3- مرحلة فحص العروض**

الظاهر أن أهم أدوار اللجنة، يبرز تحديدا بعد اكتمال عملية فحص ملفات التعهد لتتولى نفس اللجنة وفي نفس الجلسة السرية بفحص العروض، وتعتبر مرحلة مهمة جدا تقتضي الدقة، وتتولى اللجنة في هذه المرحلة القيام بالمهام الآتية:

تكلف لجنة اختيار وانتقاء العروض خلال هذه المرحلة بما يلي:

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا، حسب سلم التقييط المحدد في دفتر الشروط،
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط،
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا، حسب النقاط المتحصل عليها،
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،

- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، وذلك عند عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
  - تسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة،
  - دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم، كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم، عند الاقتضاء.
- وفي حالة تقديم ملفات ناقصة، يمكن للجنة أن تطلب من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العروض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد<sup>1</sup>.

#### 4- مرحلة المفاوضات

تعتبر مرحلة المفاوضات آخر مرحلة من عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض، حيث تقوم بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدى، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المدروسة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18، حيث يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مدة تفويض المرفق العام، كذلك التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة له حسب شكل التفويض، كما يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي حال من الأحوال، إلى موضوع التفويض، وتشكل المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقا للمصلحة العامة، ومرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية، لأنه قد يترتب عليها اقتراح اللجنة للمترشح الذي يتم انتقاؤه والذي قدم أحسن عرض والذي يمكن أن تتعاقد معه، وبعد ذلك تقوم بتحرير محضر مفاوضة بعد انتهاء كل جلسة تفاوض، وتحرر إلى جانب ذلك محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفضيليا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 02/36 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>2</sup> - ليندة أونيسي، المرجع السابق، ص 34.

وإجمالاً لما سبق، يمكن القول أن اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي تخضع لرقابة داخلية مهمة تتجسد في عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض، يعود السبب الرئيس لإحداثها على مستوى كل سلطة مفوضة إلى تحقيق مبدأ التسيير الجماعي لاتفاقية التفويض، وإضفاء إطار رقابي فعال عليها، حيث تعد الرقابة التي تتولاها من قبل الرقابة الذاتية التلقائية التي تمارسها السلطة المفوضة على نفسها، وباستحضار مقتضيات المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن دور اللجنة في مرحلتها فتح الأظرفة وفحص الملفات، يتخذ شكل مراقبة الوثائق والعروض وتقييمها. زود المشرع لجنة اختيار وانتقاء العروض بصلاحيات متعددة بهدف التحكم في إجراءات إبرام التفويضات، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية تجسيدا لمبدأ الشفافية، إلا أن دورها، يتخذ شكل مراقبة الوثائق والعروض وتقييمها، وفي المراحل اللاحقة فدورها استشاري وخاصة أنها هي التي تقوم باقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض وتبدي الملاحظات والتحفظات التي تساعد بها السلطة المفوضة لاتخاذ القرار السليم في الاختيار أو الرفض بين المترشحين المتنافسين<sup>1</sup>.

### ثالثاً: مدى فعالية رقابة لجنة اختيار وانتقاء العروض:

تكمن أهمية الرقابة عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء، فهي تبنى على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام التفويضات وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية وتجسيدا لمبدأ الشفافية.

لقد زود المرسوم التنفيذي 199/18 هذه اللجنة بمجموعة من التدابير والأحكام الجديدة بتحقيق مبادئ الطلب العام وتكريس الشفافية، بما يحقق حماية المال العام، وتتمثل في التأكيد على ضرورة تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، وكذلك ضرورة أن يتلقوا تكويناً مؤهلاً في مجال التفويضات والاستفادة من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة. وتجدر الإشارة في هذا الإطار، أن المادة 88 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من إعداد

<sup>1</sup> - ليندة أونيسي، المرجع السابق، ص 34.

المدونة الخاصة بأدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذين يطلعون عليها ويوافقون عليها بموجب تصريح، كما يجب عليهم التوقيع على تصريح آخر بغياب تضارب المصالح.

إلا أن ما يؤخذ على المرسوم التنفيذي 199/18 أنه جعل رأي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض استشاري فقط وغير ملزم. والكلمة الأولى والأخيرة للسلطة المفوضة التي لها حق إبرام التفويض، كما أنها تملك سلطة تقديرية في إتمام التعاقد أو العدول عنه بإلغاء التفويض عندما ترى أن الظروف المحيطة لا تتلاءم مع المصلحة العامة.

### الفرع الثاني: الرقابة الإدارية الخارجية المنفذة من قبل لجنة تفويضات المرفق العام.

بالإضافة إلى الرقابة الداخلية التي تمارسها لجنة اختيار وانتقاء العروض، تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الخارجية لجنة تفويضات المرفق العام.

خلافا للرقابة الإدارية الداخلية التي تتبع من داخل السلطة المفوضة، فإن الرقابة الإدارية الخارجية تمارس من طرف هيئات إدارية متخصصة خارجة عن نطاق تشكيلة السلطة المفوضة، كما أن صلاحيات هذه الأخيرة تقريرية مهمة، وتعد الرقابة الإدارية الخارجية رقابة لاحقة زجرية للضرب على أيدي المخلين بقواعد العقود والصفقات العمومية والإنفاق العام، وإذا كانت لجنة اختيار وانتقاء العروض لا تملك أي رأي ملزم للسلطة المفوضة كون رأيها استشاري، فإن رأي هيئة الرقابة الخارجية ملزم فعليا للسلطة المفوضة.

تنشئ السلطة المفوضة وفقا للمادة 78 من المرسوم التنفيذي 199/18 وفي إطار الرقابة الخارجية، لجنة تفويضات المرفق العام، وبهذا تكون هذه اللجنة مساعدة للسلطة المفوضة في مجال التحضير لإبرام اتفاقية التفويض بكل مراحلها، سوف نتطرق إلى تشكيلتها (أولا)، ثم الاختصاصات والمهام التي تقوم بها (ثانيا).

### أولا: تنظيم لجنة تفويضات المرفق العام (التشكيلة):

تتشكل لجنة تفويضات المرفق العام من ستة (06) أعضاء سواء على مستوى الولاية أو البلدية محددین كما يلي:

#### 1- لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،

- ممثلين (02) عن السلطة المفوضة،

- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

## 2- لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
- ممثلين (02) عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للأماك الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للميزانية.

وبإمعان النظر في تشكيلة اللجنة، فإن أعضاءها يختارون نظرا لكفاءتهم بالنظر لأهمية وقيمة العمل الذي تتولاه اللجنة، سواء على مستوى الولاية أو البلدية، كما أن رئاسة اللجنة تم إسنادها إلى ممثل عن الوالي المختص إقليميا، وعادة ما يكون هذا الممثل من ذوي الكفاءات المهنية المطلوبة، أما بالنسبة للبلدية أسندتها إلى ممثل رئيس المجلس الذي غالبا ما يتم اختياره من النواب، كما أن تشكيلة اللجنة الولائية والبلدية تضم صنفين من الأعضاء، الأمر الذي يضيف جانبا من التنوع على هذه التشكيلة، أول الصنفين يتمثل في الأعضاء المنتخبين الممثلين عن المجلس الشعبي الولائي والبلدي والذين يمارسون مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام اتفاقية تفويضات المرفق العام، أما الفئة الثانية فتتألف من الأعضاء المنتخبين والمعنيين من مختلف المديريات والمصالح الولائية وغير المركزية التي لها علاقة دائمة بالتفويض.

إلى جانب تشكيلة اللجنة ضمت عضوين (02) ينتميان لوصاية واحدة وهي وزارة المالية، الشيء الذي يؤكد علاقة تفويض المرفق العام بالخزينة العمومية، هذان العضوان لم يحدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر هويتهما بل فقط أشار إلى المصلحة التي يشتغلان بها.

لم يبين المرسوم التنفيذي 199/18 طريقة تعيين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام، سواء على مستوى الولاية أو البلدية، إلا أنه واقعا يكون تعيين أعضاء اللجنة من قبل إدارتهم وبأسمائهم، وبالتالي فهذه المهمة تقع على عاتق كل إدارة ينتمي إليها أعضاء اللجنة، كما يتكفل المجلس الشعبي الولائي والبلدي باختيار ممثليه في اللجنة بعد مداولة المجلس.

وتطبيقاً لأحكام المادة 80 من المرسوم التنفيذي 199/18، فإن تعيين لجنة تفويضات المرفق العام يكون بموجب مقرر من رئيس السلطة المفوضة والمتمثل في الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب الحالة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمي إليها باقي الأعضاء، هذا المقرر يعتبر تنصيباً للجنة حتى يمكنها مباشرة عملها، لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد، ويحدد النظام الداخلي للجنة وتشكيلها بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.

لم يشر المرسوم التنفيذي 199/18 إلى القواعد المنظمة لسير وعمل لجنة التفويضات وطريقة ممارسة عملها الرقابي وأجالها، إلا أنه أحال ذلك إلى النظام الداخلي للجنة الذي يحدد بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.

تتميز تشكيلة لجنة تفويضات المرفق بمشاركة المنتخبين فيها، إلا أن مشاركتهم في هذه اللجنة تبقى جد محدودة أو تكاد تكون معدومة، بالإضافة إلى عدم اشتراط المشرع لشرط الكفاءة لأعضاء لجان تفويضات المرفق العام.

أما بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام التي تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تندرج ضمن اختصاص لجنة تفويض المرفق العام المنشأة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.

والواضح في تشكيلة لجنة تفويض المرفق العام على المستوى الولائي أو البلدي، التي تعد من أهم وأبرز لجان تفويض المرفق العام، بأنها قليلة العدد مقارنة مع المهام المنوطة بها لإنجاح عملية بحجم تفويض المرفق العام. ويلاحظ كذلك غياب المختصين في التسيير، واختيار الأعضاء من الوجوه السابقة التي كانت تسير المرفق العام والتي قد أخفقت في ذلك، وقد تم وضع ممثلين عن الميزانية وأملاك الدولة وغياب المختصين في التسيير، الذي يعد مهم في هذه الحلقة. أما بخصوص الممثلين عن المجالس المنتخبة والسلطة المفوضة وممثل عن الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي على مستوى البلدية أو الولاية، فيلاحظ عدم تحديد الشروط الواجب توفرها فيهم كما لم يشترط المرسوم التنفيذي 199/18 هل هم إداريون أم تقنيون، وترك الحرية المطلقة لاختيار الأعضاء لرئيس السلطة المفوضة، بناء على اقتراح من الإدارات التي ينتمون إليها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - فوضيل شريط، مصطفى رباحي، المرجع السابق، ص 251.

**ثانياً: اختصاصات لجنة تفويضات المرفق العام**

باكتمال تشكيلها تقبل اللجنة على ممارسة مهامها وصلاحياتها العديدة والمنوطة بها، والتي تنصب أساساً حول الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، وكذلك الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، إلى جانب الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام، ومنح التأشيريات للاتفاقيات المبرمة، ودراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.

**1- الاختصاص الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام في مجال تحضير التفويض**

أكدت المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بمراقبة دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن هذه الرقابة تكمن في دراسة مشاريع دفاتر الشروط من قبل اللجنة، الذي يكون قبل الشروع في مرحلة الإعلان عن العملية، وعليه فالسلطة المفوضة لا يمكنها الشروع في عملية إبرام اتفاقية التفويض قبل الحصول على موافقة على مشاريع دفاتر الشروط.

إن الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط هي خطوة فعالة، أراد من خلالها المشرع تطبيق الرقابة على جميع الوثائق المتعلقة بالتفويض وكذا مراحلها وهذا بدء من التحضير له، وهي خطوة شأنها أن تغني السلطة المفوضة من إضاعة الوقت بتقاضي الأخطاء المادية قبل الشروع في الإبرام.

**2- الاختصاص الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام قبل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ**

لا تتوقف اختصاصات اللجنة عند مراقبة مشاريع دفاتر الشروط كرقابة أولية على العقد وإنما تمتد لتشمل مشاريع الاتفاقيات ومشاريع الملاحق ويكون ذلك قبل دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ.

**• مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام:**

بعدما تتحصل السلطة المفوضة على دفتر شروط مصادق عليه من قبل لجنة تفويضات المرفق العام، تودع السلطة المفوضة مشروع اتفاقية تفويض المرفق العام لدى اللجنة الولائية أو البلدية لمراقبته والتأشير عليه، وذلك من خلال رقابة كل البيانات المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18. تقدم السلطة المفوضة هذا المشروع مرفقاً بملف كامل

لتشرع لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة وتفحص كل وثيقة والتأكد من مطابقتها شكلا ومضمونا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، خاصة ما تعلق بتنظيم تفويضات المرفق العام. تعتبر التأشيرة التي تمنحها لجنة تفويضات المرفق العام من النتائج التي تعكس رقابة هذه اللجنة، وهي إلزامية تطلبها السلطة المفوضة قصد استكمال إبرام التفويض وتنفيذه.

### • مشاريع الملاحق:

تعتبر لجنة تفويضات المرفق العام وهي تمارس مهامها الرقابية، مركز اتخاذ القرار في مجال رقابة تفويضات المرفق العام، وهو ما أكدته المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199/18 حيث تتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة، فالتأشيرة التي تمنحها لجنة تفويضات المرفق العام تعبر عن إرادة هذه الأخيرة، وهي تعتبر أهم خطوة في عملية الرقابة القبلية على إبرام اتفاقية التفويض، حيث تملك هذه اللجنة الحرية في منح التأشيرة أو رفضها، فبعد دراسة الملف والتأكد من أنه كامل ويستوفي الشروط القانونية، تقرر اللجنة منح التأشيرة التي تعتبر تصرفا قانونيا. أما حالة الرفض التي لم ينص عليها المرسوم التنفيذي السابق الذكر، يمكن أن يعود سببها إلى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما.

### • دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين

لقد كرس المرسوم التنفيذي 199/18 المتضمن تفويض المرفق العام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، وهو ما يظهر جليا من خلال تنظيمه لإجراء الطعن في المنح المؤقت للتفويض في مادته 42، التي جاءت فاصلة في هذا المجال مانحة الحق للمترشح المحتج على رفع الطعن في المنح المؤقت للتفويض أمام لجنة تفويضات المرفق العام وذلك في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوم، من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية. وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر وفي الفقرة الثانية منها، نجد أن لجنة تفويضات المرفق العام تقوم بدراسة ملف الطعن وتفصل فيه بموجب قرار تصدره في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن، وتبلغ قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن، كما يمكن لأي مترشح أن يحتج على قرار إلغاء إجراء التفويض وأن يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ

إشهار قرار الإلغاء، مع العلم أن المرسوم التنفيذي 199/18 منح السلطة المفوضة إلغاء إجراء التفويض في أي مرحلة من مراحل التفويض، وتقوم بإشهاره وتبليغه للجنة تفويضات المرفق العام.

### ثالثا: مدى فعالية رقابة لجنة تفويضات المرفق العام:

إن دراسة مدى فعالية الدور الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام، لا بد أن ننظر إليه من خلال الصلاحيات الممنوحة لها في إطار الرقابة القبلية لتفويض المرفق العام، التي تبرمها الهيئات العمومية والتي تدخل ضمن اختصاصات هذه اللجنة.

إن الاختصاص الأصيل للجنة هو رقابة مطابقة مشاريع دفاتر الشروط والاتفاقيات والملاحق التي تدخل في اختصاصها للتنظيم والتشريع المعمول به، لتنتهي هذه الرقابة بالموافقة ومنحها التأشير. إلا أن الدراسة المعمقة لهذه الرقابة أظهر لنا محدودية في فعاليتها، وذلك بالنظر إلى ما جاءت به المادة 45 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص على: «يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض...»، هذه المادة تشير إلى النهاية غير الطبيعية للتفويض، وذلك بإلغاء التفويض من طرف الإدارة بالإرادة المنفردة، مما سبق يتبين لنا أن رقابة لجنة تفويضات المرفق العام ذات فعالية نسبية في ظل كل الأشواط التي مر بها التفويض (تحضير، طرح للمنافسة، استقبال المترشحين، اختيار المترشح المتعاقد) والتي خضعت للرقابة الخارجية للجنة، لتأتي السلطة المفوضة في نهاية الأمر لتعلن عدولها عن الإبرام أو إلغاء التفويض في أي مرحلة لاحقة، وتقوم فقط بتبليغ اللجنة بعد إلغاء إجراء التفويض والإشهار.

كما يجب الإشارة إلى أن رقابة لجنة تفويضات المرفق العام هي رقابة مطابقة فقط لا ترتقي إلى رقابة الأداء ونوعية التسيير.

تكمن أهمية الرقابة الإدارية عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض في الكشف عن الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء، فهي تبنى على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام التفويضات، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية وتجسيدها لمبدأ الشفافية.

لقد زود المرسوم التنفيذي 199/18 هذه اللجنة بمجموعة من التدابير والأحكام الجديرة بتحقيق مبادئ الطلب العام وتكريس الشفافية بما يحقق حماية المال العام، تتمثل في التأكيد على ضرورة تشكيل لجنة اختيار وانتقاء العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، وكذلك ضرورة أن يتلقوا تكويناً مؤهلاً في مجال التفويضات والاستفادة من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة. وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من إعداد المدونة الخاصة بأدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذين يطلعون عليها ويوافقون عليها بموجب تصريح، كما يجب عليهم التوقيع على تصريح آخر بغياب تضارب المصالح.

إلا أن ما يؤخذ على المرسوم التنفيذي 199/18 أنه جعل رأي لجنة اختيار وانتقاء العروض استشاري فقط وغير ملزم والكلمة الأولى والأخيرة للسلطة المفوضة التي لها حق إبرام التفويض، كما أنها تملك سلطة تقديرية في إتمام التعاقد أو العدول عنه بإلغاء التفويض عندما ترى أن الظروف المحيطة لا تتلاءم مع المصلحة العامة.

إن دراسة مدى فعالية الدور الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام لا بد أن ننظر إليه من خلال الصلاحيات الممنوحة لها في إطار الرقابة القبلية لتفويض المرفق العام التي تبرمها الهيئات العمومية والتي تدخل ضمن اختصاصات هذه اللجنة.

إن الرقابة الإدارية التي أقرها المشرع على تفويضات المرفق العام المحلي، تبقى الوسيلة الكفيلة لضمان حسن ونجاح التفويض، وإرساء اتفاقيات وفقاً للمبادئ التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15، وكذلك لضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، ولهذا نقترح:

- التأكيد على شرط الكفاءة بالنسبة لأعضاء لجنة تفويضات المرفق العام.
- تطوير قدرات ومهارات المنتخبين المحليين وكذا موظفي الإدارات العمومية على تحليل وفهم النصوص القانونية، خصوصاً تلك المتعلقة بمهامهم الرقابية، من خلال تنظيم برامج تكوين دورية وفعالة حول تفويض المرفق العام المحلي.

- تسريع إجراءات صدور مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام المحلي، المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15.

نستنتج في الأخير أن جل النصوص القانونية التي فرضت رقابة السلطة المفوضة على المفوض له جاءت على صيغة الأمر، وبالتالي لا يمكن للمفوض له التهرب منه، لكن وجود مثل هذه النصوص القانونية في الأصل لا تشكل الأساس القانوني للرقابة بل تقتصر فقط على التأكيد بإعلان وجودها<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الرقابة الوصائية

تستمد هذه الوصاية وجودها من خلال نص المادة 169 من المرسوم الرئاسي 247/15 وقوانين الجماعات المحلية، وتنقسم إلى نوعين : رقابة نوعية و رقابة ملائمة ، تهدف هذه الرقابة إلى تأمين الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام.

تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة للوصاية بموجب قوانين الإدارة الإقليمية والتي تعطي للوالي صلاحيات الرقابة الشرعية على مداوات المجالس المنتخبة. يرسل إلى الوالي ملف عقد التفويض كاملا وكذا المداولة الخاصة بها.

يمكن من خلال الملف للسلطة الوصية أن تدفع بعدم شرعية إبرام عقد التفويض في حالة مخالفة الإجراءات للأحكام التشريعية، لا سيما المبادئ التي تقوم عليها إبرام عقد تفويض المرفق العام، كما يمكن أيضا الدفع بعدم شرعية المداولة، مثل عيب الانحراف في استعمال السلطة أو الخطأ في تطبيق القانون.

ومن العيوب التي يمكن أن تكتنف المداولة يذكر على سبيل المثال:

- إتخاذ مداولة مخالفة للأحكام الدستورية و للقوانين والتنظيمات،
- المداولات التي تجري خارج الإجتماعات الشرعية ،
- المداولة التي يشارك فيها أعضاء من المجلس لهم مصلحة شخصية.

<sup>1</sup>- صبرينة عصام، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2020/07/08، ص 242.

والملاحظ أن تحديد هذا النوع من الرقابة حسب المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 هو إرسال نسخة من التقرير المعد من طرف المصلحة المتعاقدة إلى سلطة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام.

وانطلاقاً من هذا، يجب دعم دور الرقابة والرفع من فعالية أجهزة التفتيش من خلال النقاط الآتية:

- التأكيد على توفر إرادة سياسية حقيقية للعناية بأجهزة الرقابة وترسيخ مصداقيتها وتمكينها من وسائل العمل ومتابعة توصياتها،
- تفعيل القوانين و التشريعات المتعلقة بالرقابة وكذا إقرار مبدأ إطلاع السلطات المفوضة على سير العمل داخل المرافق و ذلك بإعداد تقارير عمل دورية عن أنشطتها.
- أما على مستوى الرفع من فعالية أجهزة الرقابة، فقد تم التأكيد أولاً على تطوير مفهوم اختصاصات الرقابة وطرق عملها وذلك على الأصعدة الآتية:
- عدم الاقتصار على مراقبة مدى احترام القوانين والتنظيمات والقواعد الإجرائية والاهتمام كذلك بمراقبة فعالية وإنتاجية الوحدات الإدارية ومدى تحقيق الأهداف المسطرة والتأكد من درجة الإنجاز الفعلي للطلبات العمومية وفق المواصفات والكميات المتعاقد بشأنها،
- عدم الاقتصار على مراقبة العمليات المنجزة والاهتمام أيضاً بمدى وضوح وصلاحيات وملاءمة القوانين و التنظيمات المتبعة واقتراح إدخال التعديلات الضرورية عليها.
- ينبغي أن يكون انشغال المراقب ليس بالأساس البحث عن الأخطاء والانحرافات، وإنما يقوم بدور الموجه و المكون والمساعد،
- ينبغي ألا ينصب الاهتمام على الجانب الجزري فقط وإن كان واجبا تجاه المخالفات والسلوكات الأخلاقية-، بل وكذلك على الجانب الوقائي بالمساهمة في توضيح البرامج وإعداد القواعد الإجرائية وتبسيطها.
- اعتبار الرقابة عملاً طبيعياً عادياً ومستمرًا يمكن أن يشمل كل المستويات الإدارية المركزية منها والتخطيطية منها والمسؤولة على العمليات التنفيذية. واعتبار هذا العمل عملاً يتم بصفة دورية ومنتظمة وليس عملاً استثنائياً لا يطبق إلا عندما توجد الشبهات والتبليغ بالمخالفات،
- إقرار مبدأ حق لفائدة المراقبين بإبلاغهم بالتقارير وتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم وبياناتهم.

- العناية اللازمة بمتابعة تقارير الرقابة وتنفيذ توصياتها: فلا يكفي التعرف على الخلل الموجود في القوانين والتنظيمات والإطلاع على المخالفات المرتكبة بل تقويم القوانين والتنظيمات وإصلاحها وكذا متابعة مرتكبي المخالفات ومعاقتهم عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة أنه يجب ألا ينظر إلى التفتيش من الجانب التأديبي فحسب، ولكن أيضا من الجانب التحفيزي والتشجيعي لكل المرافق والعاملين الذين يؤدون عملهم على الوجه الحسن وبالفعالية والإنتاجية والسرعة المرجوة.

تعميق ثقافة الشفافية والإعلام والتواصل وذلك عبر السبل الآتية:

- رفع نتائج تقارير مختلف هيئات الرقابة إلى السلطات العليا، إعداد تقارير سنوية عن عمل هيئات الرقابة ونشرها، عقد اجتماعات دورية منتظمة تشمل مجموع أجهزة الرقابة قصد تنسيق عملها وتبادل خبراتها وتقنيات تدخلها،

- التقييم الدوري لعمل هيئات الرقابة نفسها والتعرف على مدى إنجازها لبرامج التفتيش التي تعدها ومدى فعاليتها وحرصها على تحقيق المهام المنوطة بها<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تجدر الإشارة إلى أن السلطة المفوضة ليست الجهة الوحيدة التي تملك صلاحية الرقابة على تفويض المرفق العام، ولكن يبقى لها الدور الرقابي الرئيسي، وذلك رغم أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام استحدث بموجب المادة 213 سلطة تسمى "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، إلا أن الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الأخيرة تجعل من آرائها لا تعد أن تكون مجرد آراء بسيطة غير ملزمة للمصالح المتعاقدة، كما أن عملية التدقيق التي تقوم بها في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا تكون إلا بناء على طلب من السلطة المختصة، وهو ما يعني إمكانية تجاوزها<sup>2</sup>.

نص المشرع على إنشاء سلطة ضبط تتولى ضبط مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك ضمن القسم الأول من الباب الرابع من المرسوم الرئاسي 247/15 المعنون بـ: "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، ويتمثل الإطار القانوني لتعريفها

<sup>1</sup>- أحمد بوعشيق، محمد بنيحي، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup>- نوال بوهالي، المرجع السابق، ص 342-343.

وتحديد اختصاصاتها في مادة وحيدة هي المادة 213 حيث نصت على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات..."

أحالت هذه المادة في فقرتها الأخيرة إلى أن تحديد تنظيم وكيفيات سير سلطة الضبط إلى التنظيم، حيث يتمثل في مرسوم تنفيذي. وهنا نسجل اهتمام المشرع بهذه الهيئة فلم يترك تحديد تنظيمها وتسييرها لقرار وزاري على غرار كل الإحالات الأخرى التي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15 بل حدد إطارها التنظيمي بمرسوم تنفيذي، غير أن التأخر الكبير في إصدار هذا النص، فمنذ صدور المرسوم الرئاسي 247/15 بتاريخ 20 سبتمبر 2015 إلى يومنا لم يتم إصدار المرسوم التنفيذي المعني، وبالتالي عدم التجسيد العملي للهيئة أدى إلى وجود بعض الإشكالات والتي ظهرت حقيقة من خلال إصدار النص المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى المادة 213 التي تعتبر النص الأساسي للسلطة والذي يحدد صلاحياتها نلاحظ أن من بين صلاحياتها: "إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" أي الجمع بين الوظيفتين، التي وإن اعتبرت مسألة تنظيم الصفقات من الوظائف التي يمكن أن تقوم بها هذه السلطة إلا أن تفويض المرفق هي من اختصاص السلطة التنفيذية وهو ما يتم مرة أخرى على الاستعجال في إصداره وعدم التريث في تكييف الأمور، بل وعدم اشراك أهل الاختصاص من رجال القانون<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام

أحاط المشرع العقود الإدارية ومنها عقود التفويض بمجموعة من الأحكام والاجراءات في مجال الرقابة، وتعد الرقابة القضائية إحدى الآليات الفعالة إذ تكمن أهميتها في توفير ضمانات ضد تعسف الإدارة وخروجها عن الأحكام القانونية من جهة، وحماية المال العام من كل أشكال الفساد والتبديد من جهة أخرى.

منح المشرع للقاضي سلطات واسعة سواء في المجال الإداري عن طريق رقابة القاضي الإداري فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء، التعويض، والاستعجال (فرع أول)، أو في المجال الجزائي عن طريق رقابة القاضي الجزائي في مكافحة مختلف أنواع الجرائم المتعلقة بالفساد (فرع ثان).

<sup>1</sup> - سامية حسانين، أمينة لميز، المرجع السابق، ص ص 53-54.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 54.

**الفرع الأول: الرقابة القضائية في المجال الإداري**

تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري، وذلك من خلال قضاء الإستعجال في حالة الإخلال بإعلان أو توفير المنافسة عند إختيار صاحب التفويض، أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود لتجاوز 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.

**أولاً: قضاء الإستعجال**

إن قضاء الاستعجال تفرضه ضرورة الحفاظ على حقوق ومصالح أحد الأفراد أو حماية المصلحة العامة، وله طابع وقائي احتياطي مؤقت يكون قابلاً للتطبيق واقعياً، ولذلك لا يجوز أن يتعرض لأصل الحق أو أساس الدعوة فقضاء الإستعجال، يختلف عن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بمناسبة دعوى إبطال القرار الإداري، ولأعمال الرقابة القضائية ينبغي توفر الشروط التالية:

- مخالفة المبادئ التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام.
- اللجوء إلى القضاء الإستعجالي من قبل صاحب المصلحة.
- يقتضي أن لا يكون العقد قد تم توقيعه.

**ثانياً: الطعن لتجاوز السلطة**

يوجد عدد من القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد وهذه القرارات تعد منفصلة عن عقد التفويض نفسه ومنها القرار بإبرام العقد، إذا كان صادراً عن سلطة إدارية أو القرار بالتصديق على إختيار صاحب التفويض وهذه القرارات تجعل إبرام العقد ممكناً، يمكن الطعن فيه لتجاوز السلطة بالبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام، وهذه البنود هي المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام.

ويمكن للمستفيدين من خدمات المرفق العام أن يطعنوا في الإجراءات المتخذة في إطار تنفيذ العقد.

**الفرع الثاني: الرقابة القضائية في المجال الجزائي**

نص المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جرائم الصفقات العمومية، حيث جرم الاعتداء على المال العام عند إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية، منها جريمة المحاباة، استغلال النفوذ، قبض عمولات من الصفقات والحصول على امتيازات غير مبررة<sup>1</sup>. تقتضي القواعد العامة أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص، فالأصل أن كل الأفعال مبررة إلا ما تم تجريمه بواسطة قانون، وهو الإشكال الذي يتمحور هنا والمتعلق بمدى إمكانية تطبيق جرائم الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام؟ يجب الوقوف عند الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ومعرفة مدى إمكانية تكيفها مع عقود تفويض المرفق العام.

**أولا : المحاباة**

تقوم جريمة المحاباة على توافر ثلاثة أركان: هي صفة الجاني والركن المادي والقصد الجنائي. فالركن الأول يتعلق بصفة الجاني، حيث يشترط أن يكون مرتكب الجريمة موظفا بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهو كل من يشغل منصبا أو يتولى وظيفة أو وكالة في الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، وكل شخص آخر يتولى وظيفة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية. أما الركن المادي، فيتمثل في قيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو تأشيرة دون مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها وذلك بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير. أما الركن المعنوي، أو ما يسمى بالقصد الجنائي فيتمثل في قيام الجاني بإعطاء امتيازات للغير مع علمه أنها غير مبررة.

قرر المشرع لجريمة المحاباة عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي أما الشخص المعنوي فالغرامة تتراوح من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج.

**ثانيا: استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة**

تقوم هذه الجريمة على توافر ثلاثة أركان هي: صفة الجاني و السلوك الإجرامي والقصد الجنائي حيث يشترط أن يكون الجاني تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من

<sup>1</sup> - المواد 26، 34، 27 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

القطاع الخاص يقوم بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة تتمثل في الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني عادة أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين .

وقد قرر المشرع عقوبة لهذه الجريمة تتمثل في الحبس من سنتين الى عشر سنوات وبغرامة تتراوح بين 200.000 دج و 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج.

### ثالثا: قبض العمولات من الصفقات العمومية

وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهي قيام موظف عام من المخولين بإبرام الصفقات العمومية بقبض عمولة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق باسم الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها. قرر المشرع لجريمة المحاباة عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي أما الشخص المعنوي فالغرامة تتراوح من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

جرم المشرع فعل الحصول على امتيازات غير مبررة بموجب أحكام المادة 26 من قانون الفساد، إذ نصت على أنه: " كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات ."

والغاية من وراء تجريم هذا الفعل هو ضمان المساواة بين المرشحين ومكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين. وقيام هذه الجريمة تقتضي توافر صفة خاصة في الجاني، وهي أن يكون موظفا عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد الإداري.

وبطبيعة الحال فإن عملية إبرام عقود التفويض تتم من قبل موظف عمومي. بالإضافة أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في النشاط الإجرامي وهو قيام الموظف بإبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

فالمشرع لم يقتصر هذه الجريمة على الصفة العمومية فقط، بل جاءت عامة ودون تخصيص لنوع معين من العقود التي تبرمها الإدارة والتي تكون عقود تفويض المرفق العام منها.

وهو نفس الأمر لباقي الجرائم، فالمشرع يأخذ بصفة عامة كل العقود التي تبرمها السلطات العامة سواء كانت عقود إدارية أو عقود الإدارة.

غير أن المشرع عليه مراعاة مدى خصوصية عقود تفويض المرفق العام، لأن الغرض من تقيدها بمبادئ المنافسة والشفافية ليس تقييد الإدارة في حرية تسيير مرافقها بل إضفاء الشفافية على إجراءات المنح، وتبقى سلطة الاختيار والتفاوض محفوظة يمكن للإدارة استعمالها، ولكن ضمن نطاق وحدود الأفعال المبررة قانونا. وذلك لأن السلطة المفوضة تتمتع بسلطة إنشاء المرافق العامة وتنظيمها ومن ثم تحديد طرق ووسائل إدارتها واستثمارها، فهي تستند إلى سلطاتها التقديرية في الاختيار بين أسلوب الإدارة المباشرة أو أسلوب الإدارة غير المباشرة والمتمثلة في التفويض، باعتبار أن الاختيار يشكل مسألة الملازمة يعود تقديرها للشخص العام المسؤول عن المرفق العام وفقا لحاجياته وقدراته.

وعليه يجب على المشرع الجزائري تطوير وتحديث قوانين مكافحة الفساد، لأن نجاح تفويض المرفق العام لا يرتبط فقط بمعطيات قانونية وتقنية وإنما يرتبط بمعطيات ومحددات ذهنية وبيئية، أهمها الفساد في البيئة المحيطة، خاصة إذا تعلق الأمر بالاختيار والرقابة أثناء التنفيذ.

### المبحث الثاني: تسوية منازعات عقود تفويض المرفق العام

ولأن تنفيذ العقد الإداري يثير تنازعا بين الإدارة والمتعاقد معها، تكون وسيلة تسويته واقفة على إرادة طرفيه، حيث تتم تلك التسوية إما عن طريق التسوية الودية أو عن طريق القضاء على حسب الأحوال.

لقد كرس المشرع الجزائري طرق ودية لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، لكن يمكن أن لا يتم حل هذه المنازعات وديا، ففي هذه الحالة تم ترسيخ ضمانات قضائية يتم اللجوء إليها (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: إقرار التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام**

تعتبر التسوية الودية لحل النزاعات الناشئة عن تفويضات المرفق العام الخطوة الأولى التي يجب على السلطة المفوضة والمفوض له أن يبادرا بها قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر لحل هذا النزاع، وذلك على مستوى لجنة التسوية الودية للنزاع (الفرع الأول)، كما يمكن حلها وديا عن طريق الوسائل البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك نظرا لكونها من العقود الإدارية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: ضرورة التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع**

فرض المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام بضرورة تسوية المنازعات التي تثور بين السلطة المفوضة والمفوض له حول تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام أمام لجنة التسوية الودية (أولا) التي تتميز بتشكيلة مختلطة (ثانيا)

**أولا: استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات**

عزز تنظيم تفويضات المرفق العام من فرص أولوية التسوية الودية للنزاعات في تفويضات المرفق العام، إذ خصص المرسوم التنفيذي رقم 199/18 قسم خاص، وهو القسم السابع منه تحت عنوان: "التسوية الودية للنزاعات"، تضمن 04 مواد حول استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات، وتشكيلتها واختصاصاتها وإجراءات إخطارها وذلك من المواد 70 إلى 73.

نصت المادة 70 من المرسوم التنفيذي 199/18: «يجب على السلطة المفوضة والمفوض له، في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية، من خلال اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في المادة 71 أدناه.»

يلاحظ من خلال هذه المادة التأكيد على أولوية التسوية الودية للنزاعات، وتعزيز فرص تطبيقها وذلك من خلال:

- إلزام السلطة المفوضة والمفوض له بالسعي إلى البحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ بينهما في مرحلة التنفيذ،
- جعل التسوية الودية إجراء إجباري يحظى بالأولوية عن التسوية القضائية للنزاع،

- تأسيس لجنة مختصة مخول لها التسوية الودية للنزاعات في حالة عدم توصل الطرفين للاتفاق.

كما أشار المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 71 فقرة 01: «تتشأ لدى كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها في المادة 04 من هذا المرسوم، لجنة للتسوية الودية للنزاعات.»، بمعنى إذا كانت على مستوى البلدية تنشأ لدى رئيس البلدية أما إذا كانت السلطة المفوضة ولاية فإنها تنشأ لدى الوالي أما إذا كانت السلطة المفوضة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري فإنها تنشأ لدى السلطة الوصية.

### ثانيا: التشكيلة المختلطة للجنة التسوية الودية للنزاعات

حسب نص المادة 71 من المرسوم التنفيذي 199/18، تتشكل لجنة التسوية الودية للنزاعات من:  
بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،

- ممثل عن السلطة المفوضة،

- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،

- ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

- بعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،

- ممثل عن السلطة المفوضة،

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأماك الوطنية،

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

يعين أعضاء اللجنة بموجب مقرر من السلطة المختصة ويختارون لكفاءتهم، ويتم اختيارهم من بين موظفين غير معنيين بإجراءات الإبرام والمراقبة وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، ولقد أقر تنظيم تفويضات المرفق العام هذا من أجل ممارسة هؤلاء الأعضاء لمهامهم بشكل حيادي، لكن رغم ذلك نجد أن هذه اللجنة لا تتمتع بالاستقلالية، لا من الناحية العضوية ولا من الناحية الوظيفية.

أما فيما يخص إجراءات عمل لجنة التسوية الودية للنزاعات، أشارت المادة 73 من المرسوم التنفيذي 199/18 على الأشخاص الممكن إخطارها. يتعلق الأمر بكل من السلطة المفوضة أو المفوض له، لكن هذا المرسوم لم يحصره في هذين الشخصين كون النص أقر كلمة يمكن، بمعنى أنه يمكن لأشخاص خارج هذه الأشخاص أن تخطر هذه اللجنة، مثلا المنتفعين كونهم هم المستفيدون من تفويض المرفق العام، وعليه في حالة نشوب نزاع بين المفوض له والسلطة المفوضة المتضرر الرئيسي هو المنتفع، لذا لا بد من تخويله هو الآخر صلاحية إخطار اللجنة عن النزاعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له لهدف ضمان السير الحسن للمرفق العام<sup>1</sup>.

يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لآجال دراسة وتسوية هذه اللجنة للنزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، في حين حددها عندما يتعلق الأمر بالطعن ضد قرار فسخ تفويض المرفق العام، إذ خولها مدة عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ استلام الطعن لاتخاذ قرارها، وهذه المدة هي نفسها بنسبة لكل النزاعات المعروضة عليها لدراستها وتسويتها.

كما يعاب عليه عدم نصه على كيفية اتخاذ هذه اللجنة لقراراتها، هل تتخذها عن طريق التصويت أم لا؟ وفي حالة التصويت كيف يتم هذا التصويت؟ هذه النقطة يمكن أن نجد تنظيمها في النظام الداخلي لسير هذه اللجنة، والذي خول هذا المرسوم صلاحية إعداده لمسؤول السلطة المخولة<sup>2</sup>، وهذا شيء سلبي في هذه اللجنة لا بد أن تقوم هي بإعداد نظامها الداخلي وليس جهة وصية، هذا من شأنه خلق التبعية وعدم استقلالية هذه اللجنة، وبالتالي فإن القرارات التي تتخذها لا تتصف بالشفافية.

وبناء على كل ذلك، نجد أن المرسوم التنفيذي 199/18 لم ينص على مدى إلزامية القرارات التي تتخذها اللجنة، هل هي ملزمة لأطراف النزاع أم لا؟

### ثالثا: محدودية صلاحية لجنة التسوية الودية لنزاعات تفويض المرفق العام

نصت المادة 71 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: «تختص هذه اللجنة بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وتسويتها».

<sup>1</sup> - صبرينة عصام، المرجع السابق، ص ص 270 - 271.

<sup>2</sup> - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 73 من المرسوم التنفيذي 199/18: «... يحدد سير اللجنة ونظامها الداخلي الذي يعده مسؤول السلطة المخولة.»

يتضح من هذه المادة أن لجنة التسوية الودية تختص بدراسة النزاعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام بين السلطة المفوضة والمفوض له، إلى جانب دراستها لهذه النزاعات تتولى كذلك مهمة تسويتها وحلها بشكل ودي.

كما نص هذا المرسوم على أنه يمكن للمفوض له أن يحتج على قرار الفسخ للطعن أمام لجنة التسوية الودية في آجال عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ اتفاقية الذي تم تبليغه إياه، لكن هذا الإجراء اختياري وليس إجباريا ويستشف ذلك من المصطلح الذي أقره في نص المادة 63 الفقرة الأولى المتمثل في مصطلح "يمكن"<sup>1</sup>.

يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لطبيعة القرارات التي تصدرها هذه اللجنة ومآل هذه النزاعات في حال فشلها للوصول إلى الحل الودي، لذا على المشرع الجزائري إضافة نصوص قانونية تنظم بشكل محكم ودقيق هذه المسائل اللصيقة بهذه اللجنة نظرا لدورها الأساسي الذي تلعبه في حل نزاعات تفويضات المرفق العام، خاصة من حيث توفير الوقت والمال وهي الأهداف التي يسعى المفوض له إلى توفيرها<sup>2</sup>.

ويلاحظ غياب ممثل عن المفوض له في التشكيلة الخاصة باللجنة الودية لتسوية النزاعات على مستوى البلدية والولاية، كما لم يشر المرسوم التنفيذي 199/18 في مواده عن إلزامية اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات القائمة. كما لم يحدد المرسوم التنفيذي 199/18 الحالة التي لم يتوصل فيها إلى حل ودي للخلاف القائم بين السلطة المفوضة والمفوض له ومحضر عدم الصلح الذي يحرر من قبلها هل هو شرط من شروط قبول الدعوى شكلا أم لا؟<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: إمكانية التسوية الودية للنزاعات عن طريق الوسائل البديلة

إضافة إلى حل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن تفويضات المرفق العام عن طريق اللجنة المستحدثة، يمكن كذلك حل هذه النزاعات بموجب الطرق البديلة والمتمثلة خاصة في إجراء الصلح وذلك في دعاوى التعويض (أولا)، أما بالنسبة للتحكيم فنجد أن هذه الطريقة تثير نوعا من الإشكال، إذ الأصل لا يمكن حل نزاعات تفويضات المرفق العام التي تحصر

<sup>1</sup> - تنص المادة 63 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: «يمكن المفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعنا لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات...»

<sup>2</sup> - صبرينة عصام، المرجع السابق، ص 272.

<sup>3</sup> - فوزيل شريط، مصطفى رياحي، المرجع السابق، ص 254.

المفوض له في الشخص الوطني، واستثناء يمكن في حالة تفويض تسيير المرفق العام لفائدة مفوض له أجنبي (ثانياً)

### أولاً: اللجوء إلى الصلح في دعاوى التعويض الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام

خص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الباب الخامس من الكتاب الأربعمئة تحت عنوان: "في الصلح والتحكيم".

أجاز هذا القانون للجهة القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل، في أية مرحلة تكون عليها الخصومة<sup>1</sup>، بناء على ذلك ينحصر نطاق تطبيق إجراء الصلح في منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام في تلك النزاعات المتعلقة بالتعويضات، لعل أهمها مثلاً: دعوى تعويض في حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد، ففي مثل هذه الدعاوى يجوز اللجوء إلى إجراء الصلح فيها لأنها دعوى القضاء الكامل.

إن إجراء الصلح يمكن أن يكون بمسعى من طرفي الخصومة دون تدخل من القاضي الإداري، كما يمكن أن يكون بمبادرة من القاضي الإداري، وفي هذه الحالة يعتبر الصلح صلح قضائي وهو عمل تصالحي يدخل في وظيفة القاضي، ويكون جزء من نشاطه القضائي، ولا يجوز أن يصدر هذا العمل إلا من قاضي مختص في النزاع موضوع الصلح، ويوصف على أنه عمل تصالحي لأنه يعتمد على اتفاق الأطراف وتصالحهم على إنهاء النزاع القائم بينهما تصالحيًا<sup>2</sup>.

وفي حالة ما إذا حصل الصلح بين الأطراف المتنازعة ترتب على ذلك مجموعة من الآثار:

- إفراغ محتوى الصلح في محضر: يقوم رئيس تشكيلة الحكم بتحرير محضر يبين فيه ما تم الاتفاق عليه ويحدد بدقة ما تم التراضي عليه.
- تسوية النزاع ونهايته: يترتب عن إجراء الصلح أن يأمر رئيس التشكيلة القضائية بتسوية النزاع وغلق الملف ويصدر في هذا الشأن أمر غير قابل لأي طعن<sup>3</sup>.

1 - أنظر المادة 970 و 971 من القانون 09/08 ق.إ.م.إ.

2 - صبرينة عصام، المرجع السابق، ص 273.

3 - أنظر المادة 973 من القانون 09/08 ق.إ.م.إ.

تتدرج دراسة النزاعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام المبرمة مع مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاصات لجنة التسوية الودية للنزاعات التي تنشأ لدى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.»

### ثانياً: مدى إمكانية التحكيم في عقود تفويض المرفق العام

يعرف التحكيم على أنه: "هو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض نزاعهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد العدالة، أو وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد الأطراف بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها"<sup>1</sup>.

إن اشتراط التحكيم في العقود الإدارية مرتبط بالطرف المتعاقد مع الإدارة، فإذا كان الشخص المتعاقد خاضع للقانون الجزائري فإنه لا ضرورة لإدراج بند التحكيم. الجزائر كباقي دول العالم النامي كانت متخوفة من التحكيم الدولي، حيث وقفت وقفة المراقب فقط لكن فتح مجال الاستثمار للأجانب وانفتاح النظام الجزائري دعى بالضرورة إلى إعادة النظر في التحكيم الدولي وضرورة الاعتراف به، وهو ما جاء فعلاً من خلال المرسوم التشريعي 09/93، ومصادقة الجزائر على معاهدات دولية تتعلق بالتحكيم: (معاهدة نيويورك سنة 1989، ومعاهدة واشنطن سنة 1995)<sup>2</sup>، ليأتي بعدها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008، ليكرس مفهوم التحكيم الدولي وكيفية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي<sup>3</sup>. يعتبر تكريس المشرع الجزائري للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص أجنبي، هو تأكيداً منه على احترام

1 - تعريف: العصار يسري محمد، نقلاً عن : نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، المرجع السابق، ص 301.

2 - إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المعروفة بـ: إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تم التوقيع عليها في 10 جوان 1958، بدأ سريانها في 7 جوان 1959، بالنسبة للجزائر صادقت عليها بتاريخ 07 فيفري 1989.

الاتفاقية الثانية إتفاقية واشنطن 1965 الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أبرمت في 08 مارس 1965 ودخلت حيز النفاذ في 14 أكتوبر 1966، بالنسبة للجزائر صادقت عليها في 30 أكتوبر 1995، هذه الاتفاقية بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ورعايا الدول الأخرى (CIRDI).

3 - أنظر المادة 1006 فقرة 3 ، والمادة 975 من القانون 09/08 ق.إ.م.إ.

الالتزامات الدولية وذلك تطبيقا للاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي وتحدد كيفية حل النزاعات الناشئة عنه.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 1006 فقرة 03 من ق.إ.م.إ التي تنص: «... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

كما تنص المادة 975 من ق.إ.م.إ على: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية».

من خلال هاتين المادتين يتضح أن نطاق لجوء الأشخاص المعنوية إلى التحكيم منحصر في مجال الصفقات العمومية والعقود ذات البعد الدولي، ما يقصي إمكانية اللجوء للتحكيم في عقود تفويض المرفق العام التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة مع المتعاملين الوطنيين، لأنه بالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر خاصة أحكام المادة 05 و 04 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن المرسوم لا يسمح للأشخاص الأجنبية بالمشاركة في الطلب على المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام. فالمفوض له يجب أن يكون خاضع للقانون الجزائري.

ومن هنا يكون اللجوء إلى التحكيم في عقود تفويض المرفق العام غير مشروع كونه لا يتطابق والنصوص القانونية المنظمة لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر<sup>1</sup>.

### **المطلب الثاني: التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام**

إن منازعات عقد تفويض المرفق العام متنوعة، بعضها يخضع لاختصاص المحاكم الإدارية، وبعضها يخضع لاختصاص المحاكم العادية.

وهكذا فإن المنازعات التي تخص عقد تفويض المرفق العام تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية، لأن السلطة المفوضة مانحة التفويض طرفا في النزاع وهي الجماعات المحلية (الولاية أو البلدية) حسب المادة 800 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، فالدعاوى التي ترفعها السلطة المفوضة صاحبة التفويض فإنها من اختصاص المحاكم الإدارية، متى كان النزاع بين السلطة المفوضة مانحة التفويض والمفوض له (فرع أول)، أو بين السلطة المفوضة

1 - حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، المرجع السابق، ص 263.

مانحة التفويض والمنتفعين من المرفق العام (فرع ثاني)، بينما يكون النزاع من اختصاص المحاكم العادية عندما يكون قائم بين المنتفعين من المرفق العام والمفوض له (فرع ثالث).

### الفرع الأول: المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له

إن تحديد نوع المنازعات الناشئة بين طرفي عقد الإيجار، تطرح إشكاليتين مهمتين. وتكمن الأولى في الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها، والثانية في نوع الدعاوى الناشئة عن عقود تفويض المرفق العام.

وسنحاول الإجابة على هاتين الإشكاليتين بإيجاز كما يلي:

### أولاً: تحديد الجهة القضائية المختصة

من النتائج المترتبة عن الاعتراف للعقد الإداري بصفة عامة، وعقود التفويض بصفة خاصة بالطبيعة الإدارية، اختصاص القضاء الإداري وحده بالمنازعات الناشئة عنه. فكل ما يتعلق بتفسير العقد وبطلانه وتنفيذه،... لا يخضع لنفس القواعد التي تطبقها المحاكم المدنية. حيث أن هناك ارتباط دقيق بين فكرة العقد الإداري وبين قواعد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة. فعلى أساس تحديد طبيعة العقد، تحدد جهة الاختصاص القضائي. فإذا كان العقد إدارياً اختص به القضاء الإداري، وإذا كان مدنياً اختص به القضاء العادي. ويظهر ذلك واضحاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الإداري المزدوج كما هو الحال في فرنسا ومصر<sup>1</sup>.

وتحديد الجهة القضائية المختصة في الجزائر، يعتمد على المعيار العضوي. حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 800 من ق.إ.م.إ، نجدها تجعل المنازعات التي تكون كل من الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري طرفاً فيها، من اختصاص المحاكم الإدارية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: إذا كان القضاء الإداري مختصاً بنظر الدعاوى الناشئة عن عقود تفويض المرفق العام، فما الدعاوى التي يمكن رفعها ضد هذا النوع من العقود؟

### ثانياً: تحديد نوع الدعاوى الممكنة ضد عقود تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد بأن من أهم الدعاوى التي يمكن رفعها ضد العقود الإدارية، هي دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

<sup>1</sup> - أنظر: مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 239.

وفيما يخص عقود تفويض المرفق العام، فإنه وفي حالة اتخاذ السلطة المفوضة بعض القرارات كتعديل بعض الشروط أو فسخ العقد، فهنا لا يمكن للمفوض له أن يطعن ضد هذه القرارات بدعوى الإلغاء، لأنها من قبيل الأعمال الداخلية لتنفيذ العقد، وليست أعمالاً منفصلة عنه. فهي سلطات مقررة للإدارة بموجب العقد، سواء كان ذلك بصفة صريحة أو بصفة ضمنية. وبالتالي لا يملك المفوض له إلا أن يرفع دعوى القضاء الكامل، حيث تسمح له بالحصول على التعويض المناسب<sup>1</sup>.

أما فيما يخص الدعاوى التي يمكن رفعها في هذا العقد هي دعوى القضاء الكامل لأن المسلم به أن كل منازعة إدارية محلها عقد إداري تؤول أساساً إلى القضاء الكامل. تدخل القرارات التي تصدرها السلطة المفوضة مانحة التفويض، استناداً إلى أحد بنود عقد التفويض في مجال اختصاص القضاء الكامل وذلك فيما يخص قرارها المتمثل في سحب العمل ممن تعاقدت معه، تطبيقاً للمادة 801 من ق.إ.م.إ. والتي تنص على:

«تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الإدارية الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية».

فضمن القضاء الكامل، نجد أن القاضي يتمتع بسلطات واسعة من حيث الرقابة والإلغاء والتعديل والحكم بالتعويض، وهذا عكس دعوى الإلغاء التي يقتصر دور القاضي في فحص مدى مشروعية القرار والحكم بالإلغاء إذا كان غير مشروع، كما يكون محل دعوى الإلغاء قرار إداري، عكس دعوى القضاء الكامل التي لا تنصب على قرار إداري.

فيتضح من خلال هذه المادة، أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالفصل في المنازعات، التي تكون الإدارة طرفاً فيها إضافة إلى اختصاصها في النظر في دعاوى القضاء الكامل، ويرجع السبب في استبعاد العقود الإدارية من اختصاص قاضي الإلغاء، وذلك حسب الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إلى افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو

<sup>1</sup> - أنظر: حميد بن عليّة، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 11 وما يليها.

الإقرار الإداري كما أن دعوى الإلغاء جعلت حماية لمبدأ المشروعية، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة فمن بين الاختصاصات التي تؤول إلى القضاء الإداري الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد<sup>1</sup>، في حين نجد أن الدعاوى التي تنشأ عن عقد التفويض، والتي تدخل ضمن القضاء الكامل تتفرع إلى:

### 1- دعوى بطلان عقد التفويض

يمكن لأحد أطراف العقد أن يقيم دعوى البطلان، على عقد التفويض حتى يتمكن من إبطاله لتخلف أحد أركانه أو شروط صحته، سواء تعلق الأمر بركن الرضا، المحل أو السبب. - بطلان عقد التفويض لعيب يتعلق بعنصر الرضا: فعقد تفويض المرفق العام لا ينعقد إلا بعد

توافق إرادتي السلطة المفوضة والمفوض له، فيكون التعبير عن إرادة قبول إبرام العقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، ولصحة العقد ينبغي أن يكون التراضي صحيحا صادرا عن ذي أهلية وخاليا من العيوب، وإلا كان للمتعاقد الذي عيب رضاه حق التمسك بإبطال العقد. - بطلان عقد التفويض لعيب في ركن المحل: يقصد بالمحل موضوع العقد الذي من شأنه تم إبرام العقد بهدف تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

يبطل عقد تفويض المرفق العام متى كان محل الالتزام مستحيلا، حيث وان جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أن جميع العقود الإدارية أو المدنية يجب أن تتوفر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحل.

- بطلان عقد تفويض المرفق العام لتخلف ركن السبب: يعد سبب عقد تفويض المرفق العام الدافع الذي أوجب على الإدارة إبرامه، وبالتالي يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد دونه وتخلفه يحول بعدم قيام العقد.

### 2- الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه

تخضع هذه الدعاوى لاختصاص القضاء الكامل، فهي تلك الدعاوى التي يمكن أن تنشأ في مرحلة التنفيذ، مثلا دعاوى الحصول على مبلغ مالي، الذي يتحصل عليه المفوض له مع الإدارة مقابل ما يقدمه من خدمات للمستفيدين، بهدف تحقيق مصلحة عامة، وهناك دعاوى أخرى تتمثل في إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية، فكل إخلال من

<sup>1</sup> - حول شروط قبول دعوى إلغاء القرار المنفصل أنظر: حمزة خضري، المرجع السابق، ص ص 264 - 268

جانب الإدارة صاحبة التفويض بتلك البنود المنصوص عليها في العقد، تجعل المفوض له يقوم بتأسيس دعوى إبطال هذه التصرفات المخالفة، ويؤول الاختصاص فيها إلى القضاء الكامل، ومن بين الدعاوى الأخرى نجد دعوى فسخ عقد التفويض والتي تخضع إلى القضاء الكامل.

### 3- دعاوى الأمور المستعجلة لعقد تفويض المرفق العام

قد يلجأ أحد طرفي عقد تفويض المرفق العام، سواء كانت سلطة مفوضة أو مفوض له إلى رفع دعوى إدارية مستعجلة للمطالبة بالحصول على حكم في أجل قريب، وذلك في حالة تستدعي الضرورة أو حفاظا على الدليل المثبت للحق.

ولما كانت المنازعات العادية لهذا العقد تخضع لاختصاص القضاء الكامل، فإن منازعاته المستعجلة كذلك تخضع بالتبعية لولاية هذا القضاء، حيث أن ما يختص به الأصل ينسحب اختصاصه إلى الفرع.

### ثانيا: الآثار الناتجة عن إخضاع عقود تفويض المرفق العام للقضاء الكامل

يترتب على اختصاص القضاء الكامل بالنظر في المنازعات الإدارية نتائج بالغة، خاصة فيما تعلق بالسلطات المقررة للقاضي، وتتمثل هذه النتائج في تقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى، وبعد ذلك يحدد حقوق المدعي كما تمتد سلطاته إلى تعديل هذا القرار أو الحكم بتعويض مالي، وهناك نتائج أخرى تتمثل في تحلل دعوى القضاء الكامل، كون أنها تختلف عن دعوى الإلغاء من نواحي عدة، فمحل دعوى الإلغاء هو قرار إداري نهائي صادر عن سلطة إدارية وصية، فإن نطاق دعوى القضاء الكامل يتسع ليشمل العقود الإدارية والقرارات المتصلة بتلك العقود بصورة لا يمكن فصلها عنها.

وما يبرر أيضا تحلل دعوى القضاء الكامل، هو أنه في دعوى الإلغاء يكون لرافعها مجرد مصلحة لا ترقى درجة الحق، حيث يشترط لقبولها أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة من شأن القرار الإداري. أما بالنسبة لقبول دعوى القضاء الكامل التي تشترط أن يكون رافعها يستند إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة، أو حق معرض بالاعتداء عليه من قبلها كما أن دعوى القضاء الكامل غير مقيدة بمعاد معين وهي 4 أشهر، حيث يكون الحق في ذلك متاحا طالما بقي الحق موضوع المطالبة ولم يسقط بالتقادم.

يخضع الطعن على هذا القرار الإداري لاختصاص القضاء الكامل، إذا ما اتصل بعقد إداري وذلك انعقادا أو تنفيذًا أو انقضاء، وأن يكون هذا القرار صادرا في مواجهة المتعاقد مع

الإدارة، والشرط الثاني يكمن في أن يكون القرار صادر عن الجهة الإدارية بوصفها جهة تعاقده، حيث يجب أن تستمد الإدارة سلطة إصدار القرار من نصوص العقد ذاته، وأن تصدره في مواجهة المتعاقد الآخر بوصفها طرفا في العقد.

### الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين

إن المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين من خدمات المرفق العام يختص بالفصل فيها القضاء العادي وذلك لأن العقد المبرم بين هذين الطرفين هو عقد خاص بطبيعة الحال وليس عقدا إداريا.

تعد العلاقة بين المفوض له والمنتفعين أكثر العلاقات تعقيدا فيصعب دور القاضي العادي عندما يتعلق النزاع باحتياجات أو مطالبة ضد المفوض له، إذا ما كان هذا الأخير شخصا خاصا، وذلك لانعدام المعيار العضوي لاعتبار النزاع إداريا، والإمكانية المتاحة لأن يكون الملتزم شخصا عاما تخول القضاء الإداري صلاحية الفصل في ما قد ينشأ من نزاع. وعليه وطبقا للمعيار العضوي والذي نصت عليه المادة 800 من ق.إ.م.إ والتي سبق وأن أشرنا إليها، ولانتفاء شرط وجود شخص عام كطرف في هذه العلاقة، فإن النزاع الذي يثور بينهما، يختص بالفصل فيه القضاء العادي، حتى وإن كانت العلاقة التي تربط كل من المفوض له والمنتفعين، معتمدة في دفتر الشروط.

### الفرع الثالث: المنازعات الناشئة بين الإدارة المفوضة والمنتفعين

ذكرنا سابقا، بأن لكل من طرفي عقد التفويض حقوقا وعليهم واجبات، ولعل من أهم الواجبات الملقاة على عاتق السلطة الإدارية رقابة المفوض له، والتي تعتبر في نفس الوقت من أهم حقوق المستفيدين من المرفق العام. فالهدف الأساسي من هذه الرقابة، هو تحقق السلطة الإدارية من مدى احترام المتعاقد معها للشروط المتفق عليها. فإذا اكتشفت عكس ذلك، أي حدوث اختلالات من المتعاقد، لا بد أن ترتب على ذلك جزاءات شديدة، وذلك بهدف تنفيذ الالتزام وإبعاد كل خلل يلحق به. فأبي تقصير من طرف الإدارة في استعمال سلطتها ضد المفوض له في حال إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، يسمح للمنتفعين باللجوء إلى القضاء، لحثها على إجبار المستأجر على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العمومي موضوع الإيجار، لأن التزامات المتعاقد مع الإدارة (المفوض له) لها نتائج خطيرة بالنسبة للحالة الاقتصادية والاجتماعية.

فهذا الحق، مقرر للمستفيدين من المرفق العمومي لضمان حقهم في الانتفاع والتمتع بالخدمات التي يقدمها. فيمكنهم رفع دعوى تجاوز السلطة ضد الإدارة المؤجرة والتي تكون أمام القضاء الإداري، وترفع على أساس خرق السلطة الإدارية للأحكام المتفق عليها في دفتر الشروط.

بالإضافة إلى هذا كله، فإن من أهم الحقوق المقررة للمستفيدين من المرفق العام، الطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بتنفيذ عقد الإيجار، والتي تتضمن إخلالا بشروط العقد التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.

وأساس ذلك، أن الشروط التي تنظم كيفية أداء الخدمة، هي شروط ذات طبيعة لائحية وبالتالي لا يجوز للإدارة أو المفوض له مخالفتها، لأن المخالفة هنا ليست مجرد إخلال بالتزام شخصي مرجعه العقد، وإنما يتعلق الأمر بمخالفة قاعدة لائحية تضمنها العقد. وتصدق هذه الحماية المقررة للمستفيدين سواء كانت المرافق إدارية أو صناعية أو تجارية، وسواء صدرت الأعمال المخالفة من الشخص العام الذي أنشأ المرفق أو الذي عهد إليه تنفيذ هذا المرفق<sup>1</sup>.

وبما أن السلطة المفوضة هي شخص معنوي عام يتمثل أساسا في الولاية أو البلدية، فالنزاعات التي قد تشوب بينها وبين المنتفعين من المرفق العام يؤول اختصاص الفصل فيها إلى جهات القضاء الإداري.

### المبحث الثالث: نهاية إتفاقية تفويض المرفق العام ومآل الأموال وتصفيته

عقود تفويض المرفق العام بأشكالها المختلفة هي عقود مؤقتة بمدة معينة، فإذا عهدت الإدارة مانحة التفويض إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو القانون العام بمهمة إنشاء أو تسيير واستغلال مرفق عام فلا يعني ذلك أنها عهدت بهذه المهمة بصفة نهائية ومطلقة، فمن غير المتصور أن يكون عقد التفويض أبديا وذلك باعتباره من العقود الزمنية التي لا بد من مآل ساعة زوالها. لأن السلطة المانحة لا تستطيع التخلي عن المرافق العامة إلا بصورة مؤقتة، فالمرافق العامة تشكل جزءاً من كيان الدولة.

وكل العقود الإدارية لا تنتهي عقود تفويض المرفق العام نهاية موحدة، وإنما تنتوع نهايتها إلى نوعين: قد تنتهي نهاية طبيعية، وذلك بتنفيذ الالتزامات التي تتضمنها بالكامل، أو

1 - أمال بلقاسم، المرجع السابق، ص 105.

بانقضاء المدة المحددة لسريانها، كما يمكن أن تنتهي نهاية غير طبيعية قبل حلول أجلها الطبيعي، وهو ما يطلق عليه النهاية المبسترة.

لا تختلف القواعد التي تحكم نهاية عقد تفويض المرفق العام عن القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية، باستثناء القواعد التي فرضها المشرع على عقد التفويض.

يثير موضوع نهاية عقد تفويض المرفق العام إشكالا هاما فيما يتعلق بكيفية تصنيفه، ولمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة في إدارة المرفق والتي تكون في الغالب أموالا ضخمة، وبالتالي فنهاية التفويض سواء كان بطريقة طبيعية أو غير طبيعية ينتج آثارا، وهنا نتساءل عن مصير مجموع الأملاك العقارية والمنقولة المتصلة باستغلال المرفق العام؟

وعليه سنعالج صور انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم الآثار الناتجة عن تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: إنتهاء عقد تفويض المرفق العام

يتصدر طول مدة عقد تفويض المرفق العام أهم خصائصه، نظرا لما يسمح به للمفوض له من استعادة الأعباء التي أنفقها في سبيل إعداد المرفق العام وتجهيزه لتقديم الخدمات فضلا عن تحقيق جانب من الربح وأن يسود العلاقة التعاقدية مبدأ حسن النية طول مدة العقد<sup>1</sup>، تتحقق نهاية اتفاقية التفويض إما بطريقة عادية وذلك بنهاية المدة الزمنية المحددة له أو التنفيذ الكلي للالتزامات التعاقدية (الفرع الأول)، وإما بطريقة غير عادية وذلك بقوة القانون أو عن طريق الإسقاط أو الفسخ (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: النهاية الطبيعية (العادية)

يميز الفقه<sup>2</sup> بين نوعين من العقود الإدارية:

- **العقود الفورية:** وهي العقود التي لا يلعب عنصر الزمن فيها دورا رئيسيا، وتنتهي بمجرد تنفيذها من جانب الطرفين، ولا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن.

- **العقود الزمنية:** فهي تلك التي يلعب الزمن فيها دورا جوهريا، وتنتهي بانتهاء المدة التي يحددها العقد ما لم يتم الاتفاق بين طرفيها على تجديدها.

<sup>1</sup>- نعيمة أكلي، النظام القانون لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 145.

<sup>2</sup>- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 790.

وعقود التفويض من العقود الإدارية الزمنية التي تنتهي بانتهاء المدة التي يحددها أطراف العقد، ولكن قد يتفق الطرفان على تجديد تلك العقود أو تمديدتها.

وتتفاوت مواقف التشريعات من تحديد مدة عقود التفويض، فبعضها يذهب إلى الاكتفاء بالنص على أن عقد التفويض يجب أن يتضمن تحديد مدة العقد، في حين أن بعض التشريعات تتولى بنفسها تحديد المدة القصوى للعقد<sup>1</sup>. وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في القسم الثاني من المرسوم التنفيذي 199/18، الذي حدد المدة الزمنية الخاصة بكل شكل من أشكال تفويض المرفق العام، فاتفاقية التفويض تنتهي بمجرد نهاية المدة المحددة لها قانوناً. وهذا ما يؤدي إلى نهاية جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عنها.

وعقد التفويض لا يمكن أن يكون مؤبداً، ويرجع ذلك للأسباب الآتية:

- من ناحية محل العقد، هو مرفق عام والدولة لا تستطيع أن تتنازل عن هذا المرفق العام مؤبداً. فمن غير المتصور أن يكون عقد التفويض أبدياً لما يمثله ذلك من تخلي وتنازل عن سلطاتها في تنظيم المرافق العامة<sup>2</sup>.

- من ناحية ثانية، فإن أسلوب التفويض هو طريق استثنائي لإدارة المرافق العامة، إلى جانب أسلوب الإدارة المباشرة الذي يلعب الأسلوب الأصلي العادي لإدارة هذه المرافق. ومن ناحية ثالثة، فإن تطورات الحياة الجماعية، قد تقضي بإحداث ما يشبه الانقلاب في تنظيم المرفق العام، وسلطة الإدارة في إجراء التعديلات لا تخولها الذهاب إلى هذا المدى البعيد، فوسيلتها الوحيدة إذن هي تأقيت عقود التفويض لتستطيع أن تراجع نفسها في تنظيمه عقب كل مدة.

وبنهاية المدة المتفق عليها بين المفوض له والسلطة مانحة التفويض تتوقف وتنتهي جميع الالتزامات والحقوق، لكن المنظم في المرسوم التنفيذي 199/18، أجاز تمديد اتفاقية التفويض في الأشكال الأربعة، وذلك بموجب ملحق ولمرة واحدة، وذلك بطلب من السلطة المفوضة، وعلى أساس تقرير مغل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية أو لحاجات استمرارية المرفق العام<sup>3</sup>. وفي حالة تجديد عقد التفويض يحافظ العقد على نفس النوع

1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 220.

2- المرجع نفسه، ص 219.

3- أنظر المواد من 53 إلى 57 من المرسوم التنفيذي 199/81.

فإذا كان امتياز فيبقى امتياز، لكن في حالة عدم تمديده ورغبة الإدارة المفوضة في إعادة تسييره من طرف الخواص تلجأ هنا إلى التأجير لأن الاستثمارات والمنشآت اللازمة لتسيير المرفق موجودة<sup>1</sup>.

وللإدارة كامل الحرية بعد نهاية مدة عقد التفويض في اختيار طريقة أخرى لإدارة المرفق العمومي المسترجع، لأنها هي صاحبة السلطة التقديرية في هذا المجال حسبما تراه الإدارة محققا للمصلحة العامة.

يتعين على السلطة المفوضة إذا ما قررت الاستمرار في تسيير المرفق العمومي عن طريق التفويض إبرام اتفاقية جديدة، وحتى وإن وقع الاختيار على نفس المفوض له<sup>2</sup>. لأنه في الأصل لا يجوز تمديد مدة اتفاقية التفويض بالطريق الضمني، فمثل هذا الإجراء يعد باطلا ولعل السبب في ذلك هو أن التمديد الضمني سيؤدي إلى استبعاد مبدأ جوهرية تقوم عليه عملية إبرام الاتفاقية، وهو مبدأ المنافسة وما يقتضيه من ضرورة الإعلان والمساواة بين المترشحين<sup>3</sup>.

باستقراء المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن المنظم في المواد من 53 إلى 57، أجاز تمديد اتفاقية التفويض في الأشكال الأربعة، وما لا بد أن نشير إليه، هو أن التمديد يختلف عن تجديد عقد التفويض بنفس المدة المتفق عليها في الاتفاقية، وتكون مدة التمديد حسب كل نوع من أنواع التفويض.

يقصد بتمديد العقد استمرار نفس العقد القديم بكل شروطه لمدة زمنية إضافية يتم تحديدها في العقد، أما التجديد فهو إبرام عقد جديد يعقب العقد السابق لكنه مستقل عنه وليس استمرارا له. وعليه فوجود فكرة الاستمرارية تقضي فكرة التجديد وتغيير العقد " L'idée de continuation exclue celle de changement"<sup>4</sup>

أجاز المرسوم التنفيذي 199/18 تمديد اتفاقية التفويض وفق ضوابط محددة، وعدم احترامها من قبل طرفي العقد يجعل من مسألة التمديد باطلة قانونا. وتتمثل هذه الضوابط في:

<sup>1</sup> - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحول الجديده، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> - باهية مخلوف، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2019/01/09، ص ص 71-72.

<sup>3</sup> - باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المرجع السابق، ص 97.

<sup>4</sup> - GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Droit des services publics, 3eme Ed, Montchrestien- Lextenso éditions, Paris, 2009, P.480

أ- احترام الحالات التي يجوز فيها تمديد اتفاقية التفويض: حسب المرسوم التنفيذي 199/18 تتمثل في حالتين دون غيرهما، وتكون السلطة المفوضة ملزمة بتقديم تقرير يعلل توفر هاتين الحالتين المستوجبتين لتمديد مدة اتفاقية التفويض وهما:

- حالة انجاز استثمارات مادية جديدة غير منصوص عليها في الاتفاقية: إذا كانت عملية تسيير واستغلال المرفق المعني تتطلب إقامة منشآت جديدة ضرورية لم يتم الاتفاق عليها من قبل، فللهيئة المفوضة الحق في إضافة مدة زمنية لتحقيق هذا الغرض وذلك بناء على تقرير معمل (المواد 53، 54، 55 من المرسوم التنفيذي 199/18)

- حالة ضمان استمرارية المرفق العام: وعليه في الحالة التي يكون فيها استمرار المرفق المفوض مهدد لأي سبب من الأسباب بالتوقف عن تقديم الخدمة، فإن ذلك يشكل مبررا يمكن أن تستند إليه السلطة المفوضة لتمديد مدة اتفاقية التفويض.

ب- يجب أن يتم تمديد المدة بطلب من السلطة المفوضة: لا يجوز تمديد اتفاقية التفويض إلا بناء على طلب السلطة المفوضة، فهي الوحيد التي بمقدورها أن ترى مدى ضرورة انجاز استثمارات إضافية (الحالة الأولى) أو حماية استمرارية المرفق المفوض (حالة ثانية). هذا الإجراء في حقيقة الأمر ما هو إلا تجسيد لإحدى الامتيازات التي تتمتع بها الهيئة المفوضة وهي سلطة الرقابة.

ج- يجب أن يتم تمديد المدة بموجب ملحق: يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة لاتفاقية التفويض، مع وجوب خضوعه لضوابط جوهرية عند إبرامه.

د- احترام الحد الأقصى المحدد قانونا: قام المنظم الجزائري بتسقيف الآجال التي يمكن إضافتها للاتفاقية الأصلية. ففي عقد الامتياز لا يجب أن تتعدى مدة التمديد أربع (04) سنوات كحد أقصى، أما في عقد الإيجار فيمكن التمديد لمدة ثلاث (03) سنوات، أما في عقد الوكالة المحفزة فالتمديد يكون لسنتين (02) كحد أقصى. زيادة إلى هذه الحالات، فإنه وحسب المادة 57 من المرسوم التنفيذي 199/18 يمكن أن تمدد اتفاقية التفويض لسنة واحدة إذا اقتضت استمرارية المرفق العام ذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المرجع السابق، ص 99.

**الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية (المبسترة)**

سميت غير عادية لأن الأصل أن نهاية الاتفاقية يكون عند نهاية المدة المحددة قانوناً، فنهايتها قبل هذه المدة ومهما كانت الأسباب يكون حالة غير طبيعية وغير عادية، وقد تنتهي عقود تفويض المرفق العام كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر العقود الإدارية قبل المدة المحددة لنفاذها، ولكن عقود التفويض تنفرد دون سائر العقود الإدارية الأخرى بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما:

- صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل مياعده المحدد.
  - جسامه المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق التي تستوجب حماية المفوض له.
- وتكون النهاية غير الطبيعية بإحدى الطرق الثلاث، فقد ينتهي بقوة القانون (أولاً)، وقد ينتهي بالاسترداد (ثانياً)، وقد ينتهي بالفسخ (ثالثاً).

**أولاً: إنهاء العقد بقوة القانون**

تتحقق نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام في هذه الحالة إما عن طريق القوة القاهرة أو وفاة المفوض له.

**1- القوة القاهرة:**

تتمثل في الحادث الخارجي المفاجئ غير المتوقع والذي لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه كالزلازل أو الحرائق التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد، وبذلك يزول الهدف من إبرامه وتنتهي آثاره بالنسبة للطرفين، ويعفى المفوض له من كل مسؤولية تعاقدية اتجاه السلطة المفوضة لزوال محل العقد.

وكرس المشرع الجزائري نهاية اتفاقية التفويض بسبب القوة القاهرة في نص المادة 64 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي لا يترتب عنها أي تعويض للمفوض له. الطرف الوحيد الذي يعفى المفوض له من التزاماته التعاقدية، هو حالة القوة القاهرة، بمعنى الحادث الذي يجعل التنفيذ المادي مستحيلاً<sup>1</sup>.

كما نص المشرع الجزائري على ضرورة نص اتفاقية التفويض على كيفية تنفيذ حالات القوة القاهرة، في نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18.

<sup>1</sup>— André De Laubader, Manuel de droit administratif spécial, 1<sup>ère</sup> éd, 1<sup>er</sup> trimestre P.U.F, France, 1977, p.78.

ولا تؤدي القوة القاهرة إلى إنهاء عقد التفويض إلا في حالة كانت هذه الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية أو لا يمكن زوالها وأدت إلى استحالة التنفيذ بصورة نهائية، أما في حال كانت القوة القاهرة مؤقتة أو يمكن للظروف القاهرة أن تزول فتؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد إلى حين زوالها<sup>1</sup>.

وهي حسب المادة 12 فقرة 03 من الاتفاقية النموذجية لامتيياز الطريق السريع: مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمتلك توقيعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة وخارجة عن نطاق إرادة صاحب الامتياز، وبإستحالة تنفيذ العقد فإن الهدف من إبرامه يختفي، وبالتالي ينتهي العقد وتحرر القوة القاهرة الأطراف من التزاماتهم التعاقدية، ويعفى الملتزم من كل مسؤولية تعاقدية إزاء مانح الامتياز، وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة مانحة الامتياز نتيجة الفسخ، دفع تعويض مستحقا بعنوان القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل الامتياز<sup>2</sup>.

## 2- وفاة المفوض له:

في الأصل وانطلاقاً من نص المادة 108 من ق.م.ج<sup>3</sup>، فإن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة، وبالتالي فإن وفاة أحد المتعاقدين لا تعني انتهاء آثار العقد، لكن نفس هذه المادة وضعت شرطاً لذلك وهو كما نصت عليه، «ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام»، وما نستنتج من نص المادة أن طبيعة التعامل قد تمنع انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ويدخل في إطار طبيعة التعامل أن يكون الشخص المتعاقد محل اعتبار، وبالتالي فإن وفاة المتعاقد تؤدي إلى انقضاء العقد<sup>4</sup>.

وإذا عدنا إلى عقد التفويض نجد أن شخصية المفوض له لها أهمية كبيرة في العقد، إذ أنه عقد ذو طابع شخصي، وتطبيقاً للقاعدة العامة، فإن وفاة المفوض له تؤدي إلى انقضاء عقد تفويض المرفق العام. فالمفوض له تم اختياره استناداً إلى اعتبارات موجودة فيه دون غيره،

<sup>1</sup> - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 518.

<sup>2</sup> - المرسوم 308/96 المتعلق بامتياز الطرق السريعة.

<sup>3</sup> - تنص المادة 108 من القانون المدني على ما يلي: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

<sup>4</sup> - راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 79.

وعليه زوال هذه الاعتبارات عن طريق نهايته يؤدي إلى نهاية اتفاقية التفويض بقوة القانون<sup>1</sup>، هذا من جهة ومن جهة أخرى انطلاقاً من عقد التفويض في حد ذاته والذي يلتزم المفوض له بموجبه على التنفيذ شخصياً، فإن وفاة المفوض له ستحول حتماً وتنفيذ عقد التفويض، وبالتالي يؤدي ذلك إلى نهاية التفويض، أي أن آثار العقد لا تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة بمجرد نهاية العقد، إلا في حالة ما وجد نص يؤكد خلاف ذلك<sup>2</sup> ضمن دفتر الشروط بالنص على إمكانية مواصلة الورثة باستغلال المرفق العام، فإن وفاة المفوض له لن تؤدي إلى نهاية العقد<sup>3</sup>.

### ثانياً: إسترداد المرفق العام

استرداد المرفق قبل نهاية مدته هو عبارة عن عمل منفرد من جانب الإدارة يدخل في سلطتها التقديرية، ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطاء من طرف المفوض له وإنما رغبة الإدارة في تحسين سير المرفق العام وإدارته بأحد الطرق الأخرى تكون أكثر ملاءمة<sup>4</sup>.

1- باهية مخلوف، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، المرجع السابق، ص 78.

2- وكمثال على هذه الحالة نجد المادة 12 من المرسوم التنفيذي 417/04 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها نصت على: «يكون الامتياز شخصياً وغير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون موضوع إيجار أياً كان شكله. ويكون مؤقتاً وقابل للإلغاء. غير أنه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال الامتياز حتى انقضاء الأجل شريطة إبلاغ السلطة المانحة الامتياز بذلك في أجل أقصاه شهران (2) وأن يمتثلوا لأحكام دفتر الشروط.» وأيضاً في هذا الصدد نصت المادة 11 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي 57/08 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر عدد 09 الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008، والتي نصت على أنه: «في حالة وفاة صاحب الامتياز يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري إلى غاية نهاية مدة الامتياز، شريطة أن يبلغوا بذلك السلطة المانحة للامتياز في أجل لا تتجاوز مدته شهرين (02) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط.»، والمادة 40 من المرسوم التنفيذي 69/07 المؤرخ في 19 فيفري 2007 المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007 التي نصت على أنه: «في حالة وفاة صاحب الامتياز، يستطيع ذوو حقوقه الاستمرار في استغلال الامتياز بشرط أن يعلموا الوزير المكلف بالمياه الحموية بذلك عن طريق الوالي المختص إقليمياً في أجل لا يتعدى شهرين (02) وأن يمتثلوا لأحكام هذا المرسوم في أجل لا يتعدى ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة.» رغم أن المادة 24 من ذات المرسوم تقضي بأن: «الامتياز غير قابل للتنازل عنه وغير قابل للتحويل، يمكن أن يرخص منبع المياه الحموية كله أو جزء منه. لا يمكن أن يكون موضوع تأجير من الباطن من طرف صاحب الامتياز من الغير.»

3- راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 80.

4- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري (تنظيم الإدارة العامة)، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 345.

إن استرداد المرفق العام يكون في حال ما اتضح للإدارة صاحبة التفويض أن طريقة التفويض لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، رغم أن مدة العقد لم تنته بعد أو أن المرفق العام محل العقد فقد صلاحيته ولا حاجة لوجوده.

ويتم الاسترداد بقرار إداري حتى لو لم يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في الالتجاء إليه، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد، لان الاسترداد بالمعنى السابق يمثل أحد تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك.

وقد تحدد وثيقة التفويض شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته (الاسترداد التعاقدية)، وقد تمارس الإدارة سلطاتها في استرداد المرفق خارج الحدود المتفق عليها، أو تمارسها في حالة إغفال العقد تنظيم الاسترداد (الاسترداد غير التعاقدية)، كما قد تقرر الاسترداد قوانين خاصة (الاسترداد القانوني).

### 1- الاسترداد التعاقدية:

الاسترداد التعاقدية هو الاسترداد الذي يكون منصوصا على حق الإدارة في ممارسته أثناء تنفيذ العقد، بمقتضى نص صريح في اتفاقية التفويض يتولى تنظيمه وكيفية ممارسته. وتقرير الاسترداد التعاقدية قد يكون أمرا وجوبيا يفرض المشرع تنظيمه<sup>1</sup>، كما قد يتقرر من دون وجود نص قانوني يقره وينظمه، وذلك بأن ينص الأطراف في عقد التفويض على هذا الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته.

و المشرع الجزائري من خلال المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18 أغفل أن تنص اتفاقية التفويض بندا يتعلق بشروط تنظيم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده، وعليه نقترح إضافة بند: «تحدد اتفاقية التفويض شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته».

ويهيمن على موضوع الاسترداد التعاقدية قاعدة أساسية، هي أن حق الاسترداد وإن كان حقا أصيلا للإدارة، فإن النصوص الواردة بخصوصه في عقد التفويض هي نصوص تعاقدية،

<sup>1</sup> - تبنى المشرع المغربي هذه الصورة من الاسترداد في المادة 10 من قانون التدبير المفوض للمرافق العامة لسنة 2006 على أنه يجب أن يتضمن العقد مقتضيات تتعلق بإنهاء العقد قبل أوانه ومنها استرداد التدبير المفوض بعد مضي مدة محددة في العقد.

وفي تونس ألزم المشرع في المادة 22 من قانون اللزمات رقم: 23 لسنة 2008 أن يتضمن العقد فضلا عن الأحكام المتعلقة بنهايته أحكام تتعلق بإنهائه قبل حلول أجله ومنها استرداد اللزمة من صاحب اللزمة (المفوض إليه) بعد انقضاء مدة محددة.

يتعين على الإدارة احترامها ويتعين على القاضي تفسيرها بدقة، وبالطبع فإن القاضي لا يستطيع أن يقضي بنفسه باسترداد المرفق المفوض لأن ذلك يعتبر تدخلا من جانبه في سير المرافق العامة<sup>1</sup>.

ويشترط لممارسة حق الاسترداد التعاقدى عددا من الشروط يمكن إجمالها بما يأتي<sup>2</sup>:

- 1- أن يتم النص على حق الاسترداد صراحة في العقد.
- 2- يجب أن يتم الاسترداد التعاقدى بعد انقضاء المدة التي تنص اتفاقية التفويض على عدم جواز الاسترداد خلالها، فإذا تضمن دفتر الشروط أو اتفاقية التفويض مدة معينة، لا يجوز الاسترداد خلالها فإنه يتعين على السلطة المفوضة احترام هذا الشرط، والهدف منه هو حماية المفوض له ضد استبعاده المبكر قبل أن يتمكن من جني رؤوس الأموال التي أنفقها لاستغلال المرفق. ولكن هذا لا يعني تنازل الإدارة عن حقها في استرداد المرفق العام خلال تلك المدة، غير أنه إذا ما قامت بالاسترداد خلال المدة المحظورة فإنه يعد استرداداً غير تعاقدياً<sup>3</sup>.
- 3- السلطة المختصة بتقرير الاسترداد هي السلطة التي قامت بإبرام عقد التفويض، وذلك تطبيقاً لمبدأ توازي الاختصاصات.

4- شرط الإعذار: أي ضرورة تنبيه المفوض له قبل استعمال حق الاسترداد بمدة كافية، حتى لا يفاجأ بقرار الاسترداد، والسلطة المختصة بتقرير الاسترداد هي المختصة بالقيام بإخطار المفوض له عن الرغبة في الاسترداد.

5- استناد الاسترداد إلى أسباب تتعلق بالمصلحة العامة: قد يتضمن عقد التفويض أسباباً على سبيل الحصر لممارسة الاسترداد، حينئذ يتعين على الإدارة أن تحترم هذا الشرط، ويكون استرداد المرفق العام غالباً لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة، ومن أمثلة الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة هو أن المرفق أصبح يمثل تهديداً عاماً ملوثاً للبيئة أو مدمراً لمكامن الثروة الطبيعية. أما إذا كانت الأسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة، فإن قرار الاسترداد يعد قراراً تعسفياً من جانب مانح التفويض، كأن يسترد مانح التفويض المرفق من أجل تحقيق أغراض

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 813.

<sup>2</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 222.

<sup>3</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 814.

مالية، كالرغبة في حرمان المفوض له من الأرباح أو الرغبة في إحلال مفوض له جديد محل المفوض له القديم<sup>1</sup>.

6- يجب أن يستوفي قرار الاسترداد الشروط الشكلية المنصوص عليها في العقد.

ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد التعاقدية انتهاء العقد، وقيام حق المتعاقد في الحصول على تعويض، ويمتاز في هذه الحالة بكونه اتفاقياً ومن ثم فإن القاضي يطبق النصوص الخاصة به في ضوء الأصل العام الذي يقضي بأن يكون كاملاً في مثل هذه الحالات، ويكون التعويض إما بدفع مبلغ إجمالي للمفوض إليه أو بطريقة دفع أقساط سنوية لمدة محددة، وكثيراً ما يتم الجمع بين الطريقتين<sup>2</sup>.

## 2- الاسترداد غير التعاقدية:

وهو الاسترداد الذي تقرره الجهة الإدارية مانحة التفويض بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره عندما يتم الاسترداد خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خلالها، وبعد الاسترداد على هذا النحو تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد غير التعاقدية للمرفق العام استحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وبالنظر لضخامة المبالغ التي يتكبدها المفوض إليه في إنشاء المرفق وتشغيله والتي يستحقها في حالة استرداد المرفق من الإدارة، لذا فإن هذه الأخيرة غالباً ما تتردد في القيام بهذا الإجراء<sup>3</sup>.

وهناك فرضان للاسترداد غير التعاقدية:

الفرض الأول: عندما لا يتضمن عقد التفويض أي نص صريح يسمح للإدارة باسترداد المرفق المفوض.

الفرض الثاني: عندما يتم استرداد المرفق المفوض خلال المدة التي يحظر العقد الاسترداد فيها، فإذا نص العقد على مدة معينة لا يجوز الاسترداد خلالها، وقامت الإدارة

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع نفسه، ص 814.

<sup>2</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 223.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 223.

باسترداد المرفق خلال تلك المدة، فإن الاسترداد يكون في هذه الحالة استرداد غير تعاقدي، أما إذا تم الاسترداد بعد نهاية تلك المدة، فإن الاسترداد يصبح استرداداً تعاقدياً<sup>1</sup>.

ويشترط لممارسة حق الاسترداد غير التعاقدي مجموعة من الشروط تتمثل في:

1- يتعين على الإدارة عدم استعمال هذه السلطة إلا لدواعي المصلحة العامة، باعتبار أن هذا الأثر ناتج عن المبادئ العامة لقانون العقود الإدارية، وليس من شروط العقد ذاته، وبالتالي فإن الاسترداد غير التعاقدي يشترك مع الاسترداد التعاقدي في هذه النقطة، لذا يجب أن يكون الغرض من الاسترداد بنوعيه ابتغاء المصلحة العامة وليست مصلحة مالية لجهة الإدارة<sup>2</sup>.

2- نظراً لأن الاسترداد غير التعاقدي للتفويض ما هو إلا تطبيق لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في مجال عقد تفويض المرفق العام، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإدارة غير ملزمة بمراعاة إخطار المفوض له قبل الاسترداد، فهذا الإخطار وإن كان ينشئ للمفوض له حقا في التعويض إلا أنه لا يؤثر على مشروعية قرار الاسترداد ذاته.

3- يترتب على استعمال الإدارة لسلطتها في استرداد المرفق المفوض خارج نصوص العقد، حق المفوض له في التعويض، ويمكن أن يتم تحديد مبلغ التعويض بالتراضي والاتفاق بين مانح التفويض والمفوض له، ولكن عند الاختلاف يتم تطبيق القواعد العامة، دون التقيد بالنصوص الواردة في العقد بشأن الاسترداد التعاقدي، ويقوم القاضي الإداري بتحديد مقدار التعويض ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية عند تحديده لذلك.

4- يكون التعويض المستحق للمتفرغ هو تعويض كامل، يغطي جميع ما يلحقه من خسارة وما يفوته من كسب، وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الصدد.

5- الاسترداد غير التعاقدي على النحو السابق يكلف الإدارة نفقات ومبالغ طائلة، حيث أن المفوض له يحصل على تعويض كامل وفقاً للقواعد العامة، ولهذا نادراً ما تلجأ الإدارة إليه.

6- لا يجوز للمفوض له أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب لاستغلال المرفق طوال مدة التفويض بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 827.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 838 - 840.

7- أنه يحق للمفوض له أن يطلب من قاضي العقد الحكم بإلغاء القرار الصادر بالاسترداد إذا ما صدر مخالفا للقانون أو كان مشوبا بعيب يبطله.

### 3- الاسترداد التشريعي:

ويتحقق هذا النوع من الاسترداد من خلال صدور قانون خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين. وطبقت هذه الصورة في فرنسا في الماضي في حالات متعددة، إذ تدخل المشرع الفرنسي بالفعل منذ سنة 1845 في مجال عقود الامتياز، فأصدر قوانين خاصة، نظم بها استرداد بعض المرافق العامة المهمة ومنها قانون: 25 ماي 1845 الخاص بقنوات الملاحة في فرنسا، وقانون 11 جوان 1880 و 31 جويلية 1913 المتعلقان بإنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة التزام، وقانون 31 جويلية 1947 الذي خول استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من صدوره. وفي مصر لجأ المشرع إلى أسلوب الاسترداد غير التعاقدية في إنهاء امتياز شركة قناة السويس بموجب القانون رقم 285 لسنة 1956.

وغالبا ما يرتبط هذا النوع من الاسترداد بالظروف السياسية والاقتصادية للدولة<sup>1</sup>.

### ثالثا: الفسخ

يعد إجراء الفسخ من أخطر الآثار التي يمكن أن تنتج عن عقود تفويض المرفق العام، إذ يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية، حيث يعتبر فسخ العقد جزاء أو عقوبة توقعه الإدارة على الطرف الذي تماطل في التزاماته التعاقدية، أو إخلاله الجسيم بشروط وأحكام عقد تفويض المرفق العام، حيث تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي متى ثبت لديها ارتكاب المفوض له لمخالفات جسيمة لا ينفع معه أساليب الضغط والإكراه التي تستعملها الإدارة لردعه، وعليه فالفسخ يشكل إحدى طرق إنهاء عقد تفويض المرفق العام بصورة مبسطة على شرط الإنذار المسبق للمفوض له قبل توقيع هذا الجزاء.

ويتخذ الفسخ صورا متعددة، فيمكن أن يكون هذا الفسخ اتفاقي كما يمكن أن يكون إداري ويصدر من قبل السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة، ويكون قضائي بسبب إخلال الإدارة لالتزاماتها.

<sup>1</sup> - حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، المرجع السابق، ص 249.

**1- الفسخ الاتفاقي:**

يقصد بالفسخ الاتفاقي، اتفاق كل من طرفي العقد على إنهائه قبل حلول أجله، وهذا الفسخ قد يتضمن تعويضا لصاحب التفويض، وذلك طبقا للقواعد والأحكام المحددة في الاتفاق الفاسخ للعقد<sup>1</sup>.

وقد يختلط الفسخ الاتفاقي بالاسترداد التعاقدية إلا أن الطريقتين مختلفتين، على اعتبار أن حق الاسترداد هو حق أصيل للإدارة حتى إن لم ينص عليه العقد، وتمارسه الإدارة بموجب قرار صادر عنها بإرادتها المنفردة، أما الفسخ الاتفاقي فيتم بناء على توافق تام لإرادة أطراف العلاقة العقدية<sup>2</sup>، وفق الشروط والكيفيات المتفق عليها في دفتر الشروط قبل انتهاء مدة الاتفاقية، فيكون باتفاق بين السلطة المفوضة والمفوض له.

تمت الإشارة إلى هذه الصورة في المرسوم التنفيذي 199/18 في نص المادة 65: «يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام. تحدد كيفيات حساب التعويض لصالح المفوض له في اتفاقية تفويض المرفق العام.»

أقرت هذه المادة بحق المفوض له في الحصول على التعويض من طرف السلطة المفوضة، وأن يتم اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي وفقا للشروط والكيفيات المتفق عليها، ومن المؤكد أن تبرر السلطة المفوضة موقفها في قطع هذه العلاقة التعاقدية وتبين أن المفوض له لم يحم بأبي تقصير في التزاماته التعاقدية وتقوم بوضع حل للآثار الناتجة عن هذا الفسخ. وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يتحصل عليه المفوض له وكيفية دفعه ولا تلجأ الإدارة لهذه الطريقة إلا إذا قدرت صعوبة اللجوء إلى طريقة الاسترداد.

ومن أمثلة ذلك الاتفاق الذي تم بين الحكومة الفرنسية وشركات الامتياز الخاصة بمرافق السكك الحديدية سنة 1937، حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكلف الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها، وبالتالي فضلت الاتجاه إلى طريقة الفسخ الودي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسام الدين بركبية، المرجع نفسه، ص 249.

<sup>2</sup> مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 862.

## 2-الفسخ الإداري: ( الإسقاط)

يسمى كذلك إسقاط الحق، وهي العقوبة القصوى التي يمكن أن تتخذها السلطة المفوضة في حق المفوض له، حيث يتم إقصاء هذا الأخير نهائياً من تسيير واستغلال المرفق محل التعاقد بسبب ارتكابه لخطأ جسيم في تسيير المرفق مع مراعاة الإجراءات التمهيدية وكذا إنذار المفوض له وتعليل قرار الفسخ وفق ما يحدده دفتر الشروط.

وحق توقيع هذا الجزاء لا يحتاج إلى استصدار حكم قضائي متى ثبت لديها ارتكاب المفوض له لمخالفات جسيمة لا تتفع معه أساليب الضغط والإكراه التي تستعملها السلطة المفوضة لردعه<sup>1</sup>.

وهو ما يختلف عن وضع المرفق تحت الحراسة كون هذا الأخير إجراء مؤقت لا ينهي الرابطة العقدية أما الإسقاط فهو إنهاء العقد بصورة نهائية<sup>2</sup>. ولخطورة إجراء إسقاط التفويض فغالبا ما يتم النص عليه في بنود العقد، ولكن عدم النص عليه لا يعني أن الإدارة مانحة الامتياز لا تملك سلطة توقيعه.

ونظمه المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 62 فقرة 03: «وبانقضاء هذه الآجال، تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام. وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد، إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له.»

ونظرا لجسامة هذه العقوبة -إسقاط التفويض-، فيجب توفر بعض الشروط لإعطائها طابع المشروعية والتي تتمثل فيما يلي:

أ- أن يكون المفوض له قد ثبت ارتكابه لخطأ جسيم في إدارته للمرفق العام ويخل بالسير العادي له، مثل عدم احترامه للرسوم المحددة في عقد التفويض، أو التنازل عن تسيير جزء أو كل المرفق دون موافقة الإدارة المانحة للتفويض، أو عجزه عن تسيير المرفق العمومي وعن أدائه للخدمات المطلوبة، فمثلا نصت المادة 30 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق

<sup>1</sup>- نعيمة آكلي، النظام القانون لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 152.

<sup>2</sup>- نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحول الجديدة، المرجع السابق، ص 199.

السريعة: «يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت ويسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا»<sup>1</sup>.

ب- ضرورة إعدار أو إخطار المفوض له بالأخطاء المنسوبة إليه وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه وإعطائه فرصة لتدارك الوضع، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من المرسوم التنفيذي 57/08 المحدد شروط منح امتياز خدمات النقل البحري التي جاءت كآلاتي: «عندما يتوقف صاحب الامتياز خدمات النقل البحري عن استغلال الامتياز كلياً أو جزئياً لأي سبب من الأسباب يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية وإعداره باستئناف الاستغلال في أجل مدته 03 أشهر....»<sup>2</sup>. وفي حالة عدم استجابة صاحب الامتياز لإعدار الإدارة، واستمراره في الإخلال بتسيير المرفق العام، فيصبح من حق الإدارة إسقاط الامتياز وبدون تعويض الملتزم الذي تسبب بخطئه في ذلك.

### 3- الفسخ لحماية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام

تم تكريس هذه الصورة من طرف المنظم بموجب المرسوم التنفيذي 199/18 بموجب المادة 64، حيث يجوز للسلطة المفوضة فسخ الاتفاقية إذا كان تنفيذها يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة أو بالمرفق العام، وقصد ضمان استمرارية هذا الأخير يتم الفسخ مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له طبقاً لبنود اتفاقية التفويض.

يمنح هذا الحق للإدارة في كامل العقود الإدارية، حيث نجده مطبقاً في مجال تفويضات المرفق العام، لكن مهما كان سبب الفسخ من طرف الإدارة، دون خطأ من المفوض له، يعطي الحق لهذا الأخير في تعويض عادل عن الضرر الذي لحق به، حيث يستحق صاحب التفويض مقابل إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة تعويضاً عادلاً يغطي الأصول والأموال غير المستهلكة، وقيمة الأموال التي يقتضي إعادتها إلى الدولة والتي لم تستهلك بعد، وقيمة الأموال الممكن إعادتها. كما يشمل التعويض الخسائر التي لحقت بصاحب التفويض من إجراء إنهاء الإدارة للعقد، والأرباح التي فاتته. إلا أنه يجب ألا يتجاوز مقدار ما يمكن أن يحققه من فوائد

<sup>1</sup> المادة 30 من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطرق السريعة من المرسوم التنفيذي 308/96

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي 57/08، المحدد شروط منح امتياز خدمات النقل البحري.

وأرباح في حال الاستمرار في تنفيذ العقد، لأنه لا يجوز إثراء صاحب التفويض على حساب الإدارة<sup>1</sup>. ويتولى القضاء الإداري التحقق من وجود المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد. وتتحقق المصلحة التي تبرر إنهاء عقد التفويض عند فرض نظام جديد على عقد التفويض، بحيث يصبح صاحب التفويض فاقدا للشروط وللمؤهلات المهنية والفنية والمالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد. كما تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسة الشخص العام.

وأعطى المشرع للمفوض له حق الطعن في قرار الفسخ من خلال المادة 63 من المرسوم التنفيذي 199/18: «يمكن المفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعنا لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات المذكورة في المادة 71 أدناه، في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية، الذي تم تبليغه إياه.

وتدرس لجنة التسوية الودية للنزاعات ملف الطعن وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ استلام الطعن.»

#### 4-الفسخ القضائي:

قد يلجأ المفوض إليه إلى القضاء طالبا إنهاء العقد قبل انتهاء مدته في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية إخلالا يخل بالتوازن المالي للعقد بما يفوق الإمكانيات الاقتصادية أو الفنية للمفوض إليه<sup>2</sup>. ويتم تأسيس الطلب في هذه الحالة إما على نظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير.

ف نجد مثلا قيام الإدارة بتعديل بنود العقد بما يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالا جسيما يفوق إمكانيات المفوض له، أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمنزلة عقد جديد ما كان المفوض له ليقبله عند تعاقدته في الأول، أو تعسف الإدارة وانحرافها في استعمال سلطتها وامتيازاتها الإدارية في مواجهة الطرف المتعاقد معها وانقضاء وزوال العقود الإدارية بسبب الفسخ القضائي يتم عن طريق حكم قضائي ينطقه القاضي المختص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 516-517.

<sup>2</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 225.

<sup>3</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 230.

ويتحقق الفسخ القضائي إذا أصبح عقد التفويض غير قابل أو صعب التنفيذ، كما إمكانية استمرار الظروف الطارئة لمدة طويلة، بحيث يصبح المفوض له في حالة عجز مالي دائم مما يقضي مساعدته مالياً بصفة شبه دائمة. ففي حالة غياب الأمل في إعادة التوازن المالي للعقد بصورة سريعة، يمكن لأحد طرفي التفويض تقديم طلب للقضاء لفسخ العقد. كما يتحقق الفسخ القضائي كذلك نتيجة لتصفية الشركة المفوض لها في حالة الإفلاس، فإذا صدر حكم أو قرار قضائي نهائي بتصفية الشركة ينقضي التفويض حتماً. كما يمكن أن يتحقق أيضاً في حالة القوة القاهرة إذا توافرت شروطها والتي يتشدد القضاء الإداري في الأخذ بها.

فإذا تحققت إحدى الحالات تمكن المفوض له من طلب فسخ عقد التفويض من الجهة القضائية المختصة التي تقدر حجم الأضرار اللاحقة بالمفوض له وتقرر التعويض المناسب.

### المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام

المفوض له في تنفيذه لعقد التفويض يكون حتماً قد استعمل أموال ثابتة ومنقولة في إدارة المرفق العام، وتنظيمه لعمليات التحاسب مما يطرح التساؤل عن مصير هذه الأموال عند انتهاء عقد التفويض.

وسنبحث تصفية الأموال المستعملة في إدارة المرفق العام (فرع أول)، ثم تصفية الحسابات بين طرفي عقد تفويض المرفق العام (فرع ثان).

### الفرع الأول: تصفية الأموال المادية المستعملة في استغلال المرفق العام

يستخدم المفوض له أموالاً مختلفة من أجل استغلال وتسيير المرفق العام محل التفويض، وهذه الأموال في طبيعتها قد تكون عقارات (كالمباني والأراضي والقنوات...)، وقد تكون منقولات (كالسيارات، المواد والمعدات لاستغلال المرفق...)، ومن حيث المصدر فإن البعض منها عهدت به السلطة المفوضة إلى المفوض له، كوضع أجزاء من الدومين العام اللازمة لاستغلال المرفق العام تحت تصرفه، أما البعض الآخر فإن المفوض له هو الذي اكتسبه سواء في بداية أو أثناء تفويض المرفق العام<sup>1</sup>، وعادة ما ينص العقد على أيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاناً عند نهاية العقد، واحتفاظ المفوض له على ما لم ينص عليه العقد، مع الاتفاق على حق السلطات العامة في شراء ما يلزم من تلك الأموال لإدارة المرفق العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 234.

<sup>2</sup> نعيمة آكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 156.

بالعودة إلى نص المادة 208 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين هذه الأموال حيث نص: «تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني».

كما نصت المادة 66 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام على: «تحول ممتلكات المرفق العام المعني إلى السلطة المفوضة عند نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام، بعد جرد يقوم به الطرفان وفقا لبنود اتفاقية التفويض.».

لا خلاف وسط فقه القانون الإداري على إعمال نصوص اتفاقية التفويض إذا بينت مصير هذه الأموال عند نهاية العقد نهاية طبيعية أو مبسترة، ولكن مع غياب النص يفرق الفقه بين هذه الأموال على النحو الآتي:

### أولاً: الأموال التي توّول إلى السلطة المفوضة مجاناً (أموال العودة)

يمكن أن تكون مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية ويمكن أن يكون المفوض له هو الذي قام بها أو اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض<sup>1</sup>.

وهي الأموال التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق، ويجب أن ينص عليها العقد صراحة، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المرفق كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص، وقد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في هذه القائمة كالعربات في مرافق السكك الحديدية أو السيارات<sup>2</sup>.

يعني مجموع المنقولات والعقارات المتصلة بالمرفق المفوض والضرورية لاستغلاله طوال مدة العقد، وتعود هذه الأملاك عند نهاية العقد للإدارة المفوضة بكل حق دون أن تكون ملزمة بتفويض المفوض له. فمثلا في مجال تفويض قطاع المياه، فإنه يدخل ضمن أملاك العودة كل التجهيزات والوسائل الضرورية لتوزيع المياه الصالحة للشرب وكذا أنابيب توزيعها<sup>3</sup>.

والغالب أن تكون أيلولة هذه الأموال إلى الدولة بدون مقابل وبقوة القانون بمجرد انقضاء عقد التفويض، إلا إذا قررت الإدارة ترك بعض تلك الأموال باختيارها، إذا تبين لها أنها غدت أثناء العقد غير صالحة لاستغلال المرفق، وتفترض الأيلولة المجانية لهذه الأدوات أن المفوض

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 235.

<sup>2</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 919.

<sup>3</sup> - ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p. 99.

له كان لديه الوقت الكافي لاستهلاك ثمنها من الأرباح، فإذا قامت الدولة باسترداد المرفق المفوض قبل نهاية مدة العقد، فإنها تلتزم بتعويض المفوض له عن تلك الأموال لأن الوقت يكون غير مسعفا له لاستهلاك ثمنها<sup>1</sup>.

وهذا وفقا للمادة 208 من المرسوم الرئاسي 247/15، وأيضا ما جاء في التعلية 306 المؤرخة في 09 جوان 2019: «... كما تكمن هذه الأهمية في كون جميع إستثمارات وممتلكات المرفق العام التي ينجزها أو يقتنيها المفوض له، تصبح عند نهاية اتفاقية التفويض ملكا للسلطة المفوضة»<sup>2</sup>.

وبعد نهاية مدة التفويض، يرجع المرفق العام بكل أمواله المنقولة والعقارية للإدارة المتعاقدة مانحة التفويض، وتحل هذه الأخيرة محل المفوض له في كل الحقوق والالتزامات المرتبطة بالتفويض.

وإن كان الأصل أن يتم النص في العقد على عودة الأموال السابقة إلى الهيئة المفوضة بقوة القانون بمجرد انقضاء العقد، فإنه قد يحدث أن يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد أصبحت غير ضرورية لاستغلال المرفق العام<sup>3</sup>،

إن رجوع هذه الأملاك للسلطة مانحة التفويض مجانا في نهاية التفويض بطريقة عادية، أي انتهاء مدة التفويض المتفق عليها في العقد، أمر معقول وعادل. لأن المفوض له يكون خلال مدة التفويض الطويلة قد استرجع ما دفعه لإنشاء المنشآت. لكن في حالة انتهاء عقد التفويض قبل نهاية المدة أي بالطرق غير العادية، فإنه يكون قد خسر ما دفعه مقابل إنشائها - وخاصة إذا لم يكن الفسخ كعقوبة- وهذا غير منصف ولهذا يجب أن يتم تعويض المفوض له<sup>4</sup>.

تجد أملاك العودة أساسها ومبرراتها في مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام، فمواصلة المرفق العمومي في تأدية نشاطه حتى بعد نهاية عملية التفويض لا تتحقق إلا بإعادة

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 920.

<sup>2</sup> أنظر التعلية رقم: 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي

199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، ص 2.

<sup>3</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 235.

<sup>4</sup> راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 81.

الأملك الضرورية التي يرتبط وجود المرفق بها إلى السلطة المفوضة، التي سوف تضمن استمرار نشاطه، من خلال اختيار الأسلوب المناسب لتسييره. كما أن مبدأ الاستمرارية يستلزم صلاحية أملك العودة لأداء الخدمة المعدة لها في أي وقت، لهذا السبب عادة ما يقع على عاتق المفوض إليه الالتزام بصيانتها<sup>1</sup>.

وعادة تحتوي اتفاقيات التفويض على بنود مفصلة تخص موضوع صيانة الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة المرفق العام، إذ يجب أن تسلم بحالة جيدة وصالحة للاستخدام عند نهاية عقد التفويض، مع ذلك فإن صيانة هذه الأموال المستخدمة مقرر ولو لم ينص عليه العقد صراحة، ومن حق الإدارة أن تقوم بخصم المبالغ اللازمة من مستحقات المفوض له لغرض إصلاح الأدوات التي قصر في صيانتها عند تصفية الحساب النهائي لعقد تفويض المرفق العام<sup>2</sup>.

### ثانياً: الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل (أموال الإسترجاع)

هي الأموال المستعملة من طرف المفوض له طوال مدة العقد، فهي أملك ذات فائدة لتسيير المرفق واستغلاله، وعند نهاية عقد التفويض يمكن للإدارة أن تسترجعها وتأخذها إذا ما وجدت أن هذه الأموال لا يمكن فصلها عن المرفق، لكن في هذه الحالة الإدارة ملزمة بتعويض المفوض له<sup>3</sup>.

يتم تحديد هذه الأموال التي تعود إلى السلطة المفوضة بمقابل في دفتر الشروط وبصفة عامة، حيث أن هذه الأموال تشكل جزء لا يتجزأ من الاستغلال ولكن هذه الأموال تكون لها صفة المنقولات. ومع ذلك ليس هناك ما يمنع أن ينص عقد تفويض المرفق العام على أيلولة هذه الأموال مجاناً وبالمقابل أيضاً، في حين أن الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل تعتبر أنها مملوكة للمفوض له أثناء مدة عقد تفويض المرفق العام، وهذا على خلاف الأموال التي تؤول مجاناً إلى الدولة إذ تعتبر مملوكة لها منذ البداية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> الياس ناصيف، العقود الدولية - عقود البوت BOT، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 398.

<sup>3</sup> ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p. 100.

<sup>4</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 239.

وعادة تحدد بنود اتفاقية تفويض المرفق العام الأموال التي تنتمي لهذا النوع، مع إعطاء الحرية للإدارة بشرائها، فضلا عن تحديد الأساس الذي يقدر به ثمن هذه الأموال.

والأساس الذي يستند إليه في تحديد قيمة هذه الأموال لا يخرج عن الآتي<sup>1</sup>:

1- يتم تقدير قيمة الأموال لحظة انتهاء مدة التفويض وفقا للقيمة السوقية للأموال، وبالتأكيد يكون ذلك بالاستعانة بأهل الخبرة.

2- يكون تقدير قيمة الأموال وفقا لقيمة الاستثمارات الأولى مخصوما منها الاستهلاك الذي تحقق، ومعنى ذلك، أن يكون أساس التقييم هو القيمة الأساسية للمال، أي التكاليف التي أنفقتها المفوض له من أجل الحصول على هذه الأموال، ثم يتم خصم وحدة تمثل الاستهلاك العادي، وهذه الوحدة تتضاعف بعدد السنوات التي انقضت منذ تاريخ الاستثمار، ويصطلح على هذا الأساس الثمن بعد خصم الاستهلاك (prix de revient).  
وإذا أردنا التمييز بين أملاك العودة وأملاك الاسترجاع نجد أن:

- أملاك العودة توصف بأنها ضرورية لاستغلال المرفق العام ولا يمكن قيامه من دونها، فهي أملاك لا يمكن الاستغناء عنها، أما أملاك الاسترجاع فهي مهمة ولكن يمكن الاستغناء عنها.  
- أملاك العودة ملكيتها تظل للسلطة المفوضة طيلة مدة التفويض، حتى وإن كان المفوض له هو من أوجدها وأنشأها، بينما أملاك الاسترجاع فملكيتها تعود إلى المفوض له خلال مدة التفويض وبعد نهايته.

- عند نهاية التفويض، أملاك العودة تعود للسلطة المفوضة بقوة القانون وبصفة مجانية، في حين تلتزم السلطة المفوضة بدفع تعويض للمفوض إليه إذا ما قررت استرداد الأموال التي تدخل ضمن أملاك الاسترجاع<sup>2</sup>.

### ثالثا: الأموال التي تبقى ملكا للمفوض له (الأموال الخاصة)

هي مجموعة الأملاك الخاصة بالمفوض له، ونجد أنها ليست ضرورية وليست أساسية لعقد تفويض تسيير المرفق العام، وتشمل هذه الأملاك كل العقارات والمنقولات التي تساعد على استغلال المرفق العام محل التفويض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 240.

<sup>2</sup> باهية مخلوف، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، المرجع السابق، ص

<sup>3</sup> - ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p. 101.

وباعتبار أن كل الأموال التي تعد جزءاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق يعود للإدارة، يمكن أن نستخلص ما يبقى للمفوض، وهي الأموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنها والمتمثلة في الأموال الشخصية الخاصة بالمفوض له، بالإضافة لتلك التي لا تعتبر جزءاً لا يتجزأ عن المشروع الأساسي للتفويض، مثل مكاتب الإدارة بالمشروع ولا يمكن للإدارة المانحة للتفويض شراءها ما لم يوافق المفوض له على ذلك<sup>1</sup>.

إذن يمكن تحديد تلك الطائفة من الأموال باللجوء إلى الطريقة السلبية، بمعنى أن كل ما لم يرد النص على أيلولته للإدارة المفوضة في العقد يبقى ملكاً للمفوض له. وعندما تكون الأموال المادية جزءاً مكملاً ومتمماً للتفويض فإن هذه الأموال تبقى ملكاً للمفوض له، وعلى هذا الأساس يبقى ملكاً للمفوض له ما يلي:

- الأموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنه.
- الأموال التي لا تعتبر كلاً لا يتجزأ عن المشروع الأساسي للتفويض، ومثال ذلك مكاتب الإدارة الخاصة بالمرفق<sup>2</sup>.

ولا يمكن أن تكتسبها السلطة المفوضة في نهاية العقد إلا بالاتفاق مع المفوض له لأنها ملكية خاصة به.

وقد ألزم المنظم الجزائري، في المادة 66 من المرسوم التنفيذي 199/18، السلطة المفوضة القيام بعملية الجرد بالتعاون مع المفوض له وفقاً لما تم الاتفاق عليه في الاتفاقية. وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على الجرد يتم تعيين خبير ليقوم بذلك. وفي حالة الاستعمال التعسفي أو غير العقلاني أو تبين بعد القيام بعملية الجرد بأن الأملاك قد لحق بها ضرر، يقع على عاتق المفوض له تقديم تعويض يحسب وفقاً لبنود الاتفاقية لمصلحة السلطة المفوضة.

### الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين المفوض له والإدارة مانحة التفويض

إذا انتهى عقد تفويض المرفق العام، سواء بانقضاء مدته أو قبلها، كان من اللازم تصفية العلاقات المالية بين السلطة المفوضة من جهة والمفوض له من جهة أخرى بما تنطوي عليه من ديون وحقوق.

<sup>1</sup>- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 158.

<sup>2</sup>- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 919.

وتخضع تصفية العلاقات المالية إلى مبادئ أساسية تحاول أن تأخذ بعين الاعتبار ما حققه المفوض له من أرباح أو خسارة في إدارة المرفق العام.

يقوم المفوض له عادة بتغطية نفقاته وما يُعول عليه من ربح من الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين، وقد تقوم الإدارة بإنهاء عقد التفويض نهاية مبسّرة قبل انقضاء مدته، وقد تكون الإدارة بتصرفاتها هذه قد حملت المفوض له أعباء، وقد تكون لها التزامات في مواجهة المتعاقد بأن تضمن له حد أدنى من الأرباح.

وقد يكون من ناحية أخرى المفوض له مهملًا فيما يتعلق بصيانة الأموال التي سوف تعود مجانًا إلى الدولة، أو فيما يتعلق بالإتاوة التي يتعين عليه دفعها لها.

فضلا على أن المفوض له يستطيع استعادة الكفالة أو الباقي منها إذا كان قد استرد جزء منها سابقًا، ويفقد المفوض له الكفالة كاملة إذا أسقط من التفويض، كما تستطيع الإدارة مانحة التفويض استقطاع حقوقها من الكفالة، مثل المبالغ التي صرفتها على صيانة المنشآت والآلات والمعدات التي قصر المفوض له في صيانتها من الكفالة<sup>1</sup>.

فكل هذه الأمور وغيرها تقتضي تصفية الحسابات على أساس المقاصة بين الحقوق والواجبات، واستئزال المبالغ المستحقة للإدارة من ثمن الأموال التي يتعين عليها شرائها<sup>2</sup>.

فالمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدية الذي يتم من خلاله تطبيق أحكام وشروط العقد، اعتبارًا بأن النصوص الواردة في عقد التفويض ذات طبيعة تعاقدية ملزمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين<sup>3</sup>.

فإجراء التسوية المالية يأخذ في الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين، من ذلك إهمال الملتزم في صيانة المنشآت أو الفسخ الجزائي غير المشروع<sup>4</sup>. ويباشر إجراء التسوية المالية للحسابات تحت مراعاة بعض المبادئ منها:

1- أن التصفية المالية تخضع لشروط العقد، على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد تفويض المرفق العام في هذا الصدد هي نصوص تعاقدية ملزمة للطرفين تخضع لقاعدة العقد

<sup>1</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 245.

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 921.

<sup>3</sup> محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ص 242-243.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 242.

شريعة المتعاقدين وليست لائحية. وبالتالي لا يجوز للإدارة، طبقا لما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، من تعديل هذه الشروط بإرادتها المنفردة<sup>1</sup>.

2- أن التسوية المالية تتم وفقا للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة وذلك بالتطبيق والتفسير الضيق للشروط المتعلقة بالتسوية<sup>2</sup>.

3- أن التسوية المالية تتطلب من المفوض له أن يقوم بتقديم حسابات مثل: حسابات الاستثمارات الأولى وحساب الاستغلال، وتقديم الحسابات أمر وجوبي حتى ولو لم يقرر العقد ذلك<sup>3</sup>.

وفي جميع الحالات تحدد اتفاقية التفويض مصير الأموال التي تؤول مجانا إلى السلطة المفوضة، وما عداها يبقى مملوكا للمفوض له، مالم يحتفظ مانح التفويض بحقه في شراءها بنص خاص وصريح في اتفاقية التفويض<sup>4</sup>.

وفي النهاية نود أن نشير إلى أن ثمة تطورات لحقت بعقود تفويض المرفق العام، جعلت من الممكن أن يكون المفوض له مع الإدارة شخص من أشخاص القانون العام أو شركات الاقتصاد المختلط، يقف فيها المال العام إلى جانب المال الخاص جنبا إلى جنب، هنا فإن أحكام تصفية التفويض لا تحضى بذات القدر من الأهمية، عن حالة ما إذا كان المفوض له شخصا من أشخاص القانون الخاص، باعتبار أن أموال الجهة مانحة التفويض وأموال المفوض له تصب في النهاية في وعاء واحد وهي الخزينة العامة للدولة، فأموال طرفي العقد هنا تكون أموالا عامة<sup>5</sup>.

الخلاصة أن أحكام التصفية ذات أهمية خاصة، وغالبا ما تكون اتفاقية التفويض هي الدستور الذي يحدد الخطوط العريضة لأحكام تلك التصفية، ويجب مراعاة حق المفوض له في التعويض في حالة إنهاء عقد التفويض، وأن يكون هذا التعويض شاملا ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وتبقى لأعمال الخبرة في النهاية الدور الأكبر في التصفية، حيث غالبا ما تقوم

<sup>1</sup> - C.E,Section, 11 mai 1956, co, pagnie des transports en commun de la region douai, REC,P 203.

<sup>2</sup> - نعيمة آكلي، **النظام القانون لعقد الامتياز الإداري في الجزائر**، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 243.

<sup>4</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 921-922.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص ص 926-927.

مجموعة من الخبراء الفنيين والمتخصصين على عملية التصفية، حتى تتم عملية التصفية ونقل الملكية بشكل فعال وسلس.

كما وجدنا أن المنظم الجزائري قد حسم موقفه، سواء في المرسوم الرئاسي 247/15 أو في المرسوم التنفيذي 199/18، بحيث نص في كل منهما على أولوية كل الاستثمارات والأموال بعد نهاية مدة اتفاقية التفويض إلى السلطة المفوضة.

لكن مثل هذا الحكم المتبنى من قبل المنظم الجزائري حول النظام القانوني للأموال في مجال عقود التفويض من شأنه أن يثير عدة إشكالات قانونية. فمن جهة أولى عودة كل الأموال للسلطة المفوضة بدون أي استثناء حكم لا يشجع القطاع الخاص على التنافس من أجل الفوز بعقد من عقود التفويض، من باب أن هذا الحكم سوف يحرم المفوض له من بعض الأموال التي يصنفها الفقه وبعض القوانين -مثل القانون الفرنسي- ضمن طائفة أموال الاسترجاع التي تعود ملكيتها للمفوض له، والتي تلتزم فيها السلطة المفوضة بدفع مقابل مالي في حالة ما إذا قررت استرجاع ملكيتها.

من جهة ثانية مثل هذا الحكم إذا كان يعبر عن شيء إنما يكشف عن تخوف السلطة العامة الجزائرية من القطاع الخاص ومن فقدان السيطرة على أموال مرافقها العمومية، وترددها في تبني أسلوب التفويض كطريق ليبرالي يعزز الشراكة مع الخواص.

كما تحضى أموال التفويض أيضا بحماية إدارية وذلك عندما ألزم المنظم الجزائري السلطة المفوضة القيام بعملية الجرد بالتعاون مع المفوض له وفقا لما تم الاتفاق عليه في الاتفاقية. وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على الجرد يتم تعيين خبير ليقوم بذلك. وفي حالة الاستعمال التعسفي أو غير العقلاني أو تبين بعد القيام بعملية الجرد بأن الأملاك قد لحق بها ضرر، يقع على عاتق المفوض له تقديم تعويض يحسب وفقا لبنود الاتفاقية لمصلحة السلطة المفوضة.

وعليه، مثل هذه الأحكام القانونية المتعلقة بأموال التفويض قد تكون عائقا أمام نجاح ونجاعة أسلوب تفويض المرافق العامة المحلية كطريق لبرالي يقوم على الشراكة مع القطاع الخاص كون أن الشريك الخاص سوف لن يشعر بالأمان والطمأنينة تجاه السلطة المفوضة.

على هذا الأساس ينبغي إخضاع هذه الأموال لحرية التفاوض بين الطرفين وترك لهم جانب من الحرية في تصنيفها ضمن بنود اتفاقية التفويض.

### خلاصة الباب الثاني

تطرق المرسوم التنفيذي 199/18 إلى توضيح مختلف الجوانب التي يركز عليها أسلوب التفويض، الذي يكون وفقا لأشكال متعددة تتمثل في: الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير. وتبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لأسلوبين: الأول يتمثل في الطلب على المنافسة والذي يمثل القاعدة الأساسية، أما الثاني فيتمثل في التراضي الذي يشكل الاستثناء.

كما جاء بمختلف الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب، ضمانا لنزاهة وشفافية عملية إبرام عقود التفويض، إذ تعد أهم وأخطر مرحلة، والتي ينبغي على الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها التقيد بها وعدم مخالفتها وإلا اتصفت إجراءاتها بعيب عدم المشروعية وأصبحت عرضة للإلغاء.

كما أحاط المشرع عقود تفويض المرفق العام بنظام رقابي صارم حرصا منه على ضمان احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها عملية إبرام اتفاقية التفويض وكذلك المبادئ المتعلقة بتنفيذ وحسن سير المرفق العام المفوض، حيث تخضع لرقابة إدارية قبلية ورقابة بعدية، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ، وزيادة على الرقابة الخارجية تخضع للرقابة الداخلية للسلطة المفوضة، بالإضافة إلى الرقابة القضائية.

كما فرض المشرع التسوية الودية لحل النزاعات الناشئة عن تفويضات المرفق العام كخطوة أولى يجب على السلطة المفوضة والمفوض له أن يبادرا بها قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر لحل هذا النزاع، وذلك على مستوى لجنة التسوية الودية للنزاع.

وعقود تفويض المرفق العام بأشكالها المختلفة هي عقود مؤقتة بمدة معينة، وتعد من العقود الزمنية ويمكن أن تنتهي نهاية طبيعية أو غير طبيعية قبل حلول أجلها، مما ينتج عنها حتمية إجراء تصفية عقد تفويض المرفق العام ومعالجة كل ما يتعلق بالمرفق سواء كانت أملاك مادية أو مالية.

ومع ذلك يبقى هذا الإطار غير كاف، فهو في حاجة إلى نصوص تطبيقية وإلى إرادة سياسية حقيقية لإشراك القطاعات الأخرى (عام - خاص) في شكل شراكة تؤدي إلى الرفع من نوعية تسيير المرفق العمومي بما يحقق التنمية المحلية ويضمن مشاركة فعالة للقطاع الخاص في تسيير الشأن المحلي، بما يضمن تحسين الخدمات المقدمة محليا.

خاتمة

من خلال ما سبق، يتضح أن تفويض المرفق العام في الجزائر هو تقنية ليست بالحديثة، وإنما تقنية زاد الحديث عنها مؤخرا والقيام بإدخال بعض التعديلات عليها بما يتماشى مع ظروف المرحلة الراهنة.

تفويض المرفق العام ما هو إلا أسلوب للتسيير، يعبر عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق الإدارة غير المباشرة لتسيير المرافق العمومية، وجد للحد من احتكار القطاع العام لمهمة تسيير المرافق العامة، بمنحها إما للقطاع الخاص أو العام دون التنازل الكلي وذلك من أجل الوصول إلى الفعالية والنجاعة في تسيير الشؤون العمومية. ومما لا شك فيه أن إدخال الخواص في تسيير المرفق العام سيعطي للإدارة العمومية نفسا جديدا في مسيرة تحسين الأداء الإداري، ومن ثم النهوض بمستوى الخدمات المقدمة، وتحقيق الفعالية في تسيير الشؤون العمومية للمواطنين.

ويرجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، والذي تجسد قديما في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة، وحاليا في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم أربع أنواع لكيفيات التفويض فيها ما هو جديد مثل الوكالة المحفزة والتسيير، وفيها ما كان معتمدا سابقا من طرف المشرع الجزائري مثل الإيجار والامتياز.

وعلى الجماعات المحلية الحرص على التوجه نحو التمويل الذاتي كأسلوب يمنحها الاستقلالية عن الدولة، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق تفويض المرفق العام للخواص كأسلوب حديث للتسيير يتسم بالبساطة وسرعة تقديم الخدمة العمومية في الوقت المناسب.

ولقد تم التوصل إلى جملة من النتائج نوجزها في الآتي:

- لقد بات مصطلح تفويض المرفق العام يستخدم في إطار سياسة تحديث المرافق العامة، ونظرا للعناصر المشروطة لقيام تفويض المرفق العام، بالإضافة إلى المبادئ التي يخضع لها، بات تفويض المرفق العام يشكل فئة قانونية مستقلة لها نظامها القانوني الخاص.

- على الرغم من اعتبار المرسوم التنفيذي 18-199 نقلة نوعية في مجال تفويض المرفق العام إلا أن هذا المرسوم يخص الجماعات المحلية (البلدية، الولاية) فكنا ننتظر بعد المرسوم الرئاسي 15-247 والذي تضمن أربع مواد فقط خاصة بالتفويض أن يأتي قانون آخر يتعلق بجميع المرافق الوطنية والمحلية.

- يحضى أسلوب تفويض المرافق العامة بأهمية بارزة، كونه يهدف إلى التحكم في متطلبات الدولة الحديثة، خاصة مع تطور وتنوع طلبات المرتفقين كما وكيفا، كما يسعى إلى تقليص العبء المالي على ميزانية الجماعات الإقليمية وتثمين مواردها المالية، وحاجة هذه الأخيرة إلى هياكل قاعدية وتجهيزات عمومية ضخمة، توكل عملية انجازها للمفوض له في إطار اتفاقيات تفويض المرفق العام، مقابل استغلالها لمدة معينة لتغطية نفقات الانجاز، والذي يتحمل كذلك من خلالها مسؤولية التسيير بكل المخاطر التي يحملها.

- إن الدولة الجزائرية بلجوتها لتقنية تفويض المرافق العامة وقيامها بكل هذه الإجراءات كانت مجبرة لا مخرية، اعتنقتها كحل لمواجهة أزمة التمويل العمومي في ظل انهيار أسعار البترول، وفي ظل العجز المالي الذي تعانیه، إضافة إلى ضرورة الارتقاء بخدماتها ومرافقها العمومية مواكبة للتطورات العالمية.

- إن نجاح مشاركة القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العمومية في الجزائر بموجب تقنية تفويض المرفق العام يبقى مرهونا ليس فقط بالإمكانيات المادية والمهنية والتقنية للمفوض له فحسب، بل بصورة أساسية بوجود ضوابط تتضمنها مبادئ وأسس تفرض على طرفي العقد منذ بدأ تكوينه وحتى مرحلة تنفيذه.

- إن اتفاقية تفويض المرفق العام تعد من العقود الإدارية التي تجمع بين طرفين هما المفوض والمفوض له، يتمثل محتواها في تسيير مرفق عام وفقا لإجراءات محددة وبالتالي فهو يشكل نظاما قانونيا قائما بذاته.

- عدم الاستعانة بالكفاءة الأجنبية وذلك عن طريق حصر طرف عقد تفويض المرفق العام (المفوض له) على الأشخاص المعنوية الوطنية.

- إن الجماعات الإقليمية باتت اليوم وأكثر من أي وقت مضى، مطالبة بإيجاد بدائل للتمويل بعيدا عن خزينة الدولة، ويعتبر تفويض المرفق العام أحد البدائل الإستراتيجية التي يمكن أن تنتهجها الدولة خاصة على المستوى الإقليمي للحفاظ على استمرارية تقديم الخدمات العمومية وتحسين للنوعية وفعالية في الأداء ونجاعة التوزيع، في ظل عدم قدرة خزينة الدولة على تحمل أية أعباء إضافية في هذا المجال.

- لقد حظيت عقود تفويض المرافق العامة المحلية بتنظيم قانوني مفصل نوعا ما وذلك بموجب المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، من خلال تبيان مختلف الجوانب

الإجرائية الواجب احترامها عند اختيار الجماعات الإقليمية مثل هذا الأسلوب لتسيير مصالحها. غير أنه بحكم حداثة هذه التجربة، فهناك العديد من الفراغات القانونية التي يعاني منها هذا النص القانوني قد يتم استدراكها لاحقاً.

- تبقى تقنية تفويض المرفق العام بالنسبة للجزائر من الأساليب المكتملة للطرق التقليدية في تسيير واستغلال المرافق العامة تماشياً والإصلاحات الاقتصادية التي عرفتتها والتي استلزمت اللجوء إلى تفويض المرافق العامة للشخص الخاص أو العام، يتولى تسييره أو استغلاله لإنقاص الضغط على القطاعات العمومية التي أثبتت فشلها في تسيير المرافق العامة وعدم تحقيقها الجودة في أداء الخدمة العمومية، خاصة وأن عقود تفويض المرفق العام من أهم أنواع العقود الإدارية التي تتميز بمزايا وخصائص لا وجود لها في العقود الأخرى.

- وجدنا أن صياغة الإطار القانوني الخاص بتفويضات المرافق العامة مازال بحاجة لبعض التعديلات وهذا قصد التماشي على أحسن وجه مع هذه التقنية لتحقيق الغاية منها، والتي تهتم أساساً بتطوير مردودية المرافق العامة وإنجاز الخدمة في أحسن الظروف ووفق أفضل مقاييس الجودة التي ترضي المواطن.

غير أن الدولة من خلال تبنيها عقد تفويض المرافق العامة كأحد الأساليب الحديثة لإدارة المرافق منذ 2015 لم تحقق الأهداف المخطط لها والمرجوة منه، وبقي عقد تفويض المرافق العامة أسلوب معطل ومؤجل التطبيق، والسبب في ذلك عزوف السلطة العامة على المستوى الوطني والمحلي أن تلجأ إلى تفويض المرافق العامة.

بناء على النتائج السابقة، تقترح الباحثة جملة من الاقتراحات لعلها تثري المنظومة القانونية في هذا المجال والتي تتمثل في:

- ترقية القانون المتعلق بتفويض المرفق العام إلى مصف التشريعات العادية وليس التنظيمية، حيث نجد المؤسس الدستوري في الدستور الأخير لسنة 2020 في المادة 139 المطة 10 أدرج القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ضمن الميادين التي يشرع فيها البرلمان، ومادام في السابق جمعهم في نص واحد لماذا لم ينص الدستور أيضاً على القواعد المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

- إعادة تنظيم هذا الموضوع في قانون وليس مرسوم رئاسي، منفصل عن الصفقات العمومية، يوضح وينظم جميع المسائل ذات الصلة بهذا العقد بشكل مستقل، مفصل ودقيق، ويكون موحد

تخضع له جميع القطاعات المرفقية مهما كانت محلية أو وطنية، نظرا لما يشكله هذا العقد من أهمية خاصة في ظل المرحلة الحالية وتوجه الدولة الجزائرية نحو تفعيل الشراكة بين القطاع العام والخاص.

- إن نجاح تقنية التفويض لا يتوقف على تنظيمه في قانون خاص، بل يمتد ليشمل الكثير من القواعد القانونية والتي هي في حاجة إلى تعديل وتطوير لنتناسب مع هذا العقد. والقيام بإدخال بعض التعديلات عليها بما يتماشى مع ظروف المرحلة الراهنة.

- ضرورة الإسراع بمراجعة وتعديل القوانين المتعلقة بالجماعات الإقليمية (القانون 07/12 المتعلق بالولاية، والقانون 10/11 المتعلق بالبلدية)، خاصة المواد التي تحيلنا إلى التفويض وجعلها تتناسب مع النصوص القانونية الجديدة المتعلقة بتفويضات المرفق العام. وذلك حتى تشجع الإدارات المحلية على اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام.

- تطوير وتحيين قانون الوظيفة العمومية ليتلاءم مع وضع الموظفين العموميين في المرافق العمومية الإدارية التي تكون محل تفويض إلى شخص خاص.

- كما يجب سد الفراغ الذي يعرفه قانون المنافسة، مادام أن تفويض المرفق العمومي أصبح يشكل فئة قانونية مستقلة وله نظام قانوني خاص به، فلا بد من أن تكون له قواعد منافسة خاصة به وتضمنه في قانون المنافسة، مثله مثل الصفقات العمومية.

- إصدار قوانين ترسخ مبادئ حرية الإدارة في تسيير مرافقها العمومية ما يشجع على اختيار طريقة التفويض في تسيير المرافق العمومية.

- وفي نفس الوقت ضمان الاستقرار القانوني والأمن التشريعي، بانتهاج سياسة تشريعية واضحة ومستقرة ومتكاملة من حيث التأطير القانوني والتطبيق الفعلي لها، باعتبار أن ذلك يعطي الطمأنينة للمستثمرين، كما يجب أن يعكس التطوير الذي يدخل على هذه التشريعات روح وفلسفة سياسة الشراكة، وهو ما يقضي بزيادة هامش الحرية والمرونة المتاحة للقطاع الخاص مع وضع ضمانات وضوابط حاسمة لقيامه بمسؤولياته تجاه البيئة والمستهلك والعاملين.

- تفعيل العمل بهذا الأسلوب من طرف السلطات المختصة ودخوله حيز التنفيذ الفعلي، باعتبار أن عقد التفويض يساهم في النهوض بالبيئة الاستثمارية وتدعيم الاقتصاد المحلي.

فبالرغم من أن تاريخ إصداره يقارب الثلاث سنوات إلا أنه عمليا لا يزال خارج حيز التنفيذ، وأنه يجب إرفاقه بإرادة سياسية حتى تدر ثماره.

- لابد من تجسيد أشكال التفويض الأخرى - غير عقد الامتياز - في الواقع، بالإضافة إلى ضرورة وضع "عقود نموذج" لكل شكل من الأشكال، فمثلا عقود الإيجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير هي عقود غير معروفة في الحياة الاقتصادية الجزائرية إلا كعقود إدارية.

- ضرورة إعداد دفاتر شروط نموذجية لكل الأشكال الموجودة في المرسوم التنفيذي 199/18، مع مراعاة طبيعة المرفق محل التفويض، لتسهيل تفويض المرافق العمومية المحلية.

- تحديد معايير من خلالها يتم تحديد المرافق العامة التي تستدعي إجراء الطلب على المنافسة والتي لا تستدعي ذلك.

- تحديد وبدقة قواعد وإجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بما لا يحمل التأويل أو الشك، وذلك بتوفير إطار قانوني متكامل.

- تطوير مجال التعاقد الالكتروني في عقود تفويض المرفق العام وأن لا يقتصر الأمر على تبادل الاتصال والمعلومات، من أجل مواكبة توجه الدولة في التحول من الإدارة التقليدية إلى الإدارة الالكترونية، مع فرض استعمال تقنيات الإدارة الإلكترونية ورقمنة المرفق العام و اشتراط هذا الأمر في دفتر الشروط.

- جعل الطلب على المنافسة وطنيا ودوليا لتوسيع وتحقيق مجال المنافسة تماشيا مع مقتضيات التجارة العالمية والاقتصاد العالمي، وفتح المجال أمام المستثمرين الأجانب للاستفادة من خبراتهم في التسيير.

- يجب على السلطة المفوضة وقبل إبرام عقد تفويض المرفق العام أن تقوم بإعداد دراسة شاملة للمرفق موضوع التفويض، تهتم بجميع الجوانب المالية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية والبيئية، والتأكد من الأسلوب المناسب لتسيير واستغلال المرفق، حتى تتمكن من وضع برنامج تقييمي للمرفق المزمع تفويضه.

- صياغة اتفاقية تفويض المرفق العام بشكل بسيط وواضح لتفادي تأويلات بعيدة عن المعنى الحقيقي لمقتضيات العقد، بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وظروف استغلال المرفق المفوض، وكيفية تسيير الممتلكات، والمقتضيات المالية (كالنظام المحاسبي، ووسيلة التمويل، والرسوم، وبرامج الاستثمارات).

- توفير ضمانات قانونية فعالة للمفوض له سواء عند التفويض وإبرام اتفاقية التفويض، أو ما تعلق بتنفيذ ومتابعة ومراقبة عقد التفويض.
- ضرورة التكوين المكثف والمستمر، للموظفين والأعوان العموميين والمنتخبين المكلفين بالإجراءات الخاصة بإبرام وتنفيذ ومراقبة عقود تفويض المرفق العام. ونخص بالذكر أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض، وعلى الجهات الإدارية توفير برامج تدريبية متخصصة لهم من أجل الإلمام والفهم الصحيح بكل القوانين والأنظمة والإجراءات الضرورية المتعلقة بتفويض المرفق العام، و مواكبة ما قد يستجد من تعديلات.
- ضرورة النص على أن تضم لجان التسوية الودية (م70 +71) ولجنة اختيار وانتقاء العروض (م75)، لجنة تفويضات المرفق العام (م78)، عضوا قانونيا تكون مهمته التثبيت من مراعاة اللجنة لعملها طبقا لصحيح القانون خاصة وأن الأعضاء الفنيين والماليين غالبا ما لا تكون لديهم دراية عن أحكام القانون بما يضمن مشروعية العمل برمته، واتفاقه مع صحيح حكم القانون، خاصة و أن دفاتر الشروط تتضمن الكثير من المسائل القانونية الهامة، كما أن دفاتر الشروط تعد بمثابة دستور الاتفاقية أو العقد.
- تحديد سلطة الجهة المفوضة تجاه المفوض له في حال الإخلال بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والجزاء المترتبة على مخالفتها.
- على السلطة في حال التفويض ألا تتخلى عن جميع سلطاتها خاصة فيما يتعلق بمراقبة التزامات المفوض إليه والتأكد من مراعاته للصالح العام.
- بما أنه أصبح هناك نص قانوني خاص بتنظيم تفويض المرفق العام فإنه يتعين النص ضمنه على الجزاءات المالية والإدارية الممنوحة للسلطة المفوضة.
- تحديد وتفعيل الوسائل التي تضمن رقابة وإشراف الدولة على تنفيذ مختلف مراحل انجاز المرفق العام من قبل القطاع الخاص، وكذا الاستمرار في ذلك بعد الانتهاء من انجاز المرفق وفي مرحلة تشغيله وتسييره إلى غاية انتهاء مدة العقد.
- إن منح السلطة المفوضة إمكانية اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض من جانب واحد في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 64 من المرسوم التنفيذي 199/18، يحتاج إلى مراجعة لأن حق المفوض له قائم في التعويض لأن سببه لا يتعلق بعدم وفائه بالتزاماته.

## خاتمة

- حتى يضمن تفويض المرفق العام رفع نجاعة المرفق العام وترقية الخدمة العامة لابد من تفعيل دور الرقابة ومكافحة الفساد وحماية المال العام على أرض الواقع وعدم تركها حبرا على ورق.

- تعديل المرسوم الرئاسي 247/15 فيما يتعلق بتوسيع صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، إلى الإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب، ضمانا لنزاهة وشفافية عملية إبرام عقود التفويض، إذ تعد أهم وأخطر مرحلة، لأن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن للمفوض له. وتمتد رقابتها لتشمل أيضا كيفية تنفيذ العقد حماية لمستعملي المرفق العام.

- يجب الرقي بأسلوب تفويض المرفق العام إلى المستوى المطلوب، وذلك بإيجاد حلول لسلبياته وتشجيع إيجابياته.

وفي الأخير يمكن القول أن نجاح عقود تفويض المرفق العام في الجزائر ليس بالأمر السهل، ويتطلب ذلك توفير العديد من العوامل والشروط التي يجب أن تساعد على ذلك وهي كالاتي:

- ضرورة الانفتاح على القطاع الخاص، بحيث أنه بهدف توفير جو استثماري مزدهر فيجب على الحكومة أن تقوم بتسهيل كافة الإجراءات والإمكانيات والوسائل القانونية والمادية للمستثمرين الخواص حتى يتمكنوا من استغلال رؤوس أموالهم وتحويلها إليها، من خلال تقديم الحوافز المالية والقانونية والامتيازات كالإعفاء من الضرائب لمدة زمنية معينة وتسهيل الإجراءات الإدارية وتوفير المساحات أو العقارات التي تقام عليها مختلف المرافق العمومية. والخلاصة المتوصل إليها أن هناك العديد من التحديات التي مازالت تواجه هذه الوسيلة الحديثة في تقديم الخدمات العامة على المستوى المحلي خاصة.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع:

قائمة المراجع باللغة العربية:

**أولاً: النصوص التشريعية و التنظيمية :**

**1- الدساتير**

1- التعديل الدستوري لسنة 1989 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ع 9 المؤرخ في 03/1/1989.

2- التعديل الدستوري لسنة 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ع 76 المؤرخ في 12/8/1996.

3- التعديل الدستوري لسنة 2016، الصادر بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع 14 المؤرخ في 07/03/2016.

4- المرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر.ع عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

**2- القوانين**

1- القانون 166/64 المؤرخ في 8 جوان 1964، المتعلق بالمصالح الجوية، ج.ر.ع عدد 6 الصادرة في 16 جوان 1964.

2- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ع عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ع عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005، و القانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع عدد 31 الصادرة في 13 ماي 2007.

3- القانون 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ع عدد 12.

4- القانون 09/89 المتعلق بتنظيم المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية المؤرخ في 14 فيفري 1989، ج.ر.ع عدد 07 الصادرة في 15 فيفري 1989.

5- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج.ر.ع عدد 06 الصادرة في 07 فيفري 1990.

6- قانون 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتعلق بالأموال الوطنية، معدل ومتمم بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر.ع عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008.

## قائمة المراجع

- 7- القانون 03/2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 05 أوت 2000، ج.ر. عدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.
- 8- الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، ج.ر. عدد 47 الصادرة في 23 أوت 2001.
- 9- القانون 01/02 المؤرخ في 5 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، ج.ر. عدد 8 الصادرة بتاريخ 6 فيفري 2002.
- 10- الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم بالقانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003.
- 11- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010.
- 12- القانون 07/05 المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر. عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005، المعدل والمتمم بالقانون 10/06 المؤرخ في 24 جوان 2006، ج.ر. عدد 48 الصادرة في 30 جوان 2006، والقانون 01/13 المؤرخ في 20 فيفري 2013، ج.ر. عدد 02 الصادرة في 24 فيفري 2013.
- 13- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. عدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010 ج.ر. عدد 50 الصادرة في 1 سبتمبر 2010، المعدل و المتمم بقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر. عدد 44 الصادرة في 10 أوت 2011.
- 14- الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر. عدد 46 الصادرة في 16 جويلية 2006.
- 15- الأمر 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج.ر. عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.
- 16- الأمر 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر. عدد 49 الصادرة في 3 سبتمبر 2008.
- 17- القانون 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج.ر. عدد 37 الصادرة في 3 جويلية 2011.
- 18- القانون 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر. عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.

## قائمة المراجع

19- القانون 07 /12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 29 فيفري 2012.

20- القانون 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.

21- قانون رقم 02/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر عدد 02 الصادرة في 11 جانفي 2017.

### 3- المراسيم الرئاسية:

1- المرسوم 167/67 المؤرخ في 24 أوت 1967 الذي يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات،

2- المرسوم 16/68 المؤرخ في 23 جانفي 1968 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها.

3- المرسوم 131/88 المؤرخ في 04 جويلية 1988 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج.ر عدد 27

4- مرسوم رئاسي رقم 247/15 التعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج.ر عدد 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015 .

### 4- المراسيم التنفيذية:

1- مرسوم تنفيذي 419/91 المؤرخ في 2 نوفمبر 1991، يتعلق بالتنازل عن المنشآت الرياضية، ج.ر عدد 54، الصادرة في 3 نوفمبر 1991.

2- المرسوم التنفيذي 174/05، المؤرخ في 9 ماي 2005 و المتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية و إستغلالها و توفير خدمات هاتفية ثابتة دولية و ما بين المدن في الحلقة المحلية للجمهور، ج.ر عدد 34.

3- المرسوم التنفيذي رقم 69/07 المؤرخ في 19 فيفري 2007 المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007

4- المرسوم التنفيذي 121/07 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن تنظيم أحكام الأمر 11/06 الذي يحدد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

5- المرسوم التنفيذي 57/08 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر عدد 9 الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008،

6- المرسوم التنفيذي 220/11 المؤرخ في 12 جوان 2011 المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج.ر عدد 34 الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011.

## قائمة المراجع

- 7- المرسوم التنفيذي 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011 المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدرو كهربائية، ج.ر عدد 54 الصادرة بتاريخ 2 أكتوبر 2011.
- 8- المرسوم التنفيذي 305/15 المؤرخ في 5 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج.ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 9 ديسمبر 2015.
- 9- المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ: 5 أوت 2018.

### **(5) - التعليمات:**

- 1- التعليمات رقم: 94. 03 / 842 ، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994، الصادرة عن وزير الداخلية.
- 2- التعليمات رقم: 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام.

### **(6) - القرارات:**

- 1- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، المحدد لشروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي 281/15 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 ج.ر عدد 62 الصادرة بتاريخ 23 أكتوبر 2016.

### **ثانيا: الكتب**

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2014/2015.
- 2- أحمد أبو عشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الرباط، المغرب، 2004.
- 3- أحمد أبو عشيق، محمد بني حي، الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء التجارب الأجنبية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة "تصوص ووثائق"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط 2، 2008، ص 80.
- 4- أحمد محيو، ترجمة محمد صاصيلا، محاضرات في المؤسسة الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 5- إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الحديثة، المغرب، 2009.

## قائمة المراجع

- 6- ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
- 7- إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2006.
- 8- الياس ناصيف، العقود الدولية - عقود البوت BOT، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- 9- جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة: منصور القاضي، ج 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- 10- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 11- حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.
- 12- حمدي سليمان سحيمات القبيلات، الرقابة الإدارية والمالية على أجهزة الحكومة، دراسة تحليلية وتطبيقية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1998.
- 13- خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
- 14- خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، د.ت.ن.
- 15- سعيد نكاوي، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، دار الآفاق العربية للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010.
- 16- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 18- عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومه، الجزائر، ط 2، 2006.
- 19- عبد القادر فتحي لاشين وفريق خبراء، نظم المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية للنقل (نماذج من بعض الدول العربية)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- 20- عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، 2001.

## قائمة المراجع

- 21- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2014.
- 22- فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 23- مازن ليلو راضي ، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، مصر، 2005.
- 24- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، ط2004، 1.
- 25- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006.
- 26- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2000.
- 27- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز - الشركات المختلطة - BOT- تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 2015.
- 28- مريزق عدمان، التسيير العمومي بين الاتجاهات الكلاسيكية والاتجاهات الحديثة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015.
- 29- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 30- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري (تنظيم الإدارة العامة)، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.
- 31- نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 32- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، ط 4، 2010.
- 33- نعيم إبراهيم الظاهر، أساسيات الإدارة المبادئ والتطبيقات، ط 1، مصر، 2009.
- 34- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 35- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية)، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.
- 36- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 37- وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 2018.
- 38- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.

**ثالثاً: المقالات العلمية**

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، "عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008.
- 2- أحمد حرير، "النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودوره في تمويل الاستثمار في مجال البنى التحتية"، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بجليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 7، العدد 1، 2018.
- 3- أحمد عميري، "دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2017.
- 4- إلهام فاضل، " أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15"، حوليات جامعة قالة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 25، ديسمبر 2018.
- 5- أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، "إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية - واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر"، مجلة معهد العلوم الاقتصادية (مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، المجلد 21، العدد 01، جامعة الجزائر 03، 2018.
- 6- إيمان دمبيري، مراد بن قيطة، "إيجار المرفق العام في الجزائر على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15: المفهوم، الخصائص والفروق مع أشكال التفويض الأخرى"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 16، جويلية 2017.
- 7- باهية مخلوف، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2019.
- 8- جمال رواب، "واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، 2014. الموقع الإلكتروني: <https://platform.almanhal.com/Files/2/53218>
- 9- حسام الدين بركبية: "تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 2، أكتوبر 2019.
- 10- حسام الدين بركبية، "تعزيز تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا وتحديات تطبيقها في الجزائر"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 11، العدد الثاني، جوان 2019.
- 11- حسام الدين بركبية، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة.

## قائمة المراجع

- 12- خديجة سعدي، "تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 كآلية لتحديث تسيير المرافق العامة في الجزائر"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، العدد 7، 2017.
- 13- راضية شيبوتي، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، عدد 35، جوان 2011، (ص ص 183-192).
- 14- رحمة شكلاط زيوش، "مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، العدد الثالث، الجزء الأول، ديسمبر 2013.
- 15- سامية حساين، أمينة لميز، "قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2.
- 16- سعاد رايح، "تقنية تفويض المرافق العامة في التجربة القانونية الجزائرية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي 2018.
- 17- سعاد طيبي عمروش، "المبادئ العامة لعقد تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، عدد 02، جوان 2019.
- 18- سعد لقليب، بن الشيخ النوي، "حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15"، العدد السادس، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017.
- 19- سليمان حاج عزام، "دور المبادئ العامة للمرفق العام المفوض في حماية حقوق المنتفع"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر -بسكرة، العدد السادس، 2018.
- 20- سهام سليمان، "تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة الدكتور يحي فارس المدينة، ع 3، رقم 2، بتاريخ: 2017/06/29.
- 21- سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 10، عدد 2، 2014.
- 22- صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة وهران 2، رقم 6، 2017.
- 23- صالح زمال، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.
- 24- عثمان بن دراجي، "تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي"، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 04، 2019.

## قائمة المراجع

- 25- فتحي عكوش، "ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، العدد 01، 2020.
- 26- فوزيل شريط، مصطفى رياحي، "صلاحيات السلطة المفوضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقا للمرسوم 199/18"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 30، العدد 3، ديسمبر 2019.
- 27- الكاهنة إرزيل، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد الثالث، جوان 2017.
- 28- لامية لعجال، "إنعاش الاقتصاد عبر تقنية تفويض المرفق العمومي في التشريع الجزائري"، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الثالث، سبتمبر 2019.
- 29- ليندة أونيسي، "الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور - خنشلة، العدد 14، جوان 2020.
- 30- محمد خليفي، "الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، ع 7، جانفي 2018.
- 31- محمد دينوري سالم، حنان حاقة، "التمويل الذاتي للجماعات المحلية بالجزائر بين تسيير تفويض المرفق العام وضمان أداء خدمات عمومية"، مجلة البحوث الاقتصادية المتقدمة، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، العدد 02، جوان 2017.
- 32- محمد شرميطي، "حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة المسيلة، المجلد 05، العدد 01، 2020.
- 33- مونية جليل، "تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، 2019.
- 34- نادية ضريفي، فواز لجلط، "دور أعمال مبدأ المنافسة في عقود الامتياز (مجال الاتصالات الإلكترونية، والمنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق)"، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 04، ديسمبر 2020.
- 35- نادية ضريفي، سمية سلامي، "المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام"، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد السابع، العدد 02، نوفمبر 2020.
- 36- ناصر عساسي، "طرق إدارة المرفق العام البلدي ودورها في تحسين الخدمة العمومية في الجزائر"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، العدد 08، ديسمبر 2018.

## قائمة المراجع

37-نعيمي فوزي، غراس عبد الحكيم، "عقود الشراكة العمومية الخاصة في القانون الوضعي الحديث النشأة والأهداف"، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة غيليزان، العدد الأول (المجلد الأول)، جانفي 2010.

38- نوال بوهالي، "التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، العدد 12.

39- ياسين حجاب، مبروكة محرز، "الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة المسيلة، العدد 02، جوان 2016.

40- ياسين مقدم، "عقد التسيير المفوض"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، ع 02، جانفي 2020.

41- يحي بدير، "الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، عين تموشنت، العدد الثالث، 2017.

### رابعاً: أطروحات الدكتوراه

1- باهية مخلوف، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2019./01/09

2- جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة و تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء في فلسطين، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، كلية الحقوق، 2013.

3- حسام الدين بركبية، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2018-2019.

4- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، (2014/2015).

5- رزيقة يطو، دور الخدمات العمومية في تحقيق التنمية البشرية في الجزائر (دراسة حالة قطاع التعليم العالي 2004-2014)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، قسم التنظيم السياسي والإداري، (2018-2019).

6- سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2018/11/16.

## قائمة المراجع

- 7- صبرينة عصام، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزيوزو، تاريخ المناقشة: 2020/07/08.
  - 8- صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي- تبسة، (2018/2017)
  - 9- مريزق عدمان: واقع جودة الخدمات في المؤسسات الصحية العمومية: دراسة حالة المؤسسات الصحية بالجزائر العاصمة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، قسم علوم التسيير، 2007-2008.
  - 10- منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016.
  - 11- نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزيوزو، تاريخ المناقشة: 23 نوفمبر 2013.
  - 12- نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، (2011- 2012).
  - 13- نعيمة آكلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزيوزو، تاريخ المناقشة: 2018/10/25.
- خامسا: مذكرات الماجستير**
- 1- أمال بلقاسمي، إيجار المرافق العمومية المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.
  - 2- حميد بن علي، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
  - 3- حسين أوكال، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010.
  - 4- خالد مسعودي، مرتفق المرفق العمومي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.
  - 5- دليلة تيتام، تسويق خدمة الطرود البريدية في قطاع البريد والمواصلات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، فرع تسيير، 2001-2002.
  - 6- راضية بن مبارك، التعليق على التعليم رقم 94 /3 /842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2001-2002.

## قائمة المراجع

- 7- رزيقة يطو، دور البلديات في تقديم الخدمات العمومية المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والإعلام، 2012.
- 8- قدور بوضياف، عقد الإمتياز في مجال تسيير الموارد المائية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013.
- 9- نعيمة آكلي، النظام القانون لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2013/12/12.
- 10- نوال بوهالي، الجزائرية للمياه (مرفق عام)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2008.
- 11- وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2013/10/20.

## سادسا: مداخلات

- 1- أحمد بوعشيق، "الأساليب الحديثة لتدبير المرافق العامة المحلية بالمغرب"، بحوث وأوراق عمل المؤتمر العربي الثاني في الإدارة القيادة الإبداعية في مواجهة التحديات المعاصرة للإدارة العربية 6-8 نوفمبر 2001، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- 2- رشيد لرقم، "قراءة في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة التابعة للجماعات الإقليمية"، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، يومي 11 و 12 ديسمبر 2018 (غير منشورة).
- 3- سهيلة بوخميس، محمد علي حسون، "اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية (دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 199/18)"، أعمال الملتقى الوطني بعنوان: التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد النفقات، المنظم بكلية الحقوق، جامعة باتنة، يوم 22 نوفمبر 2018.
- 4- شعبان دفاف، "الرقابة على اتفاقية تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 199/18 حماية للمال العام والوقاية من الفساد وضمان لجودة الخدمات"، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، يومي 11 و 12 ديسمبر 2018 (غير منشورة).
- 5- عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، "التفويض كآلية مستحدثة لتسيير المرافق العمومية بين متطلبات العصرية وحتمية تراجع الإنفاق الحكومي"، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي للصفقات العمومية وتفويضات

## قائمة المراجع

المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، يومي 18-19 أكتوبر 2016.

6- مخلوف باهية، "تأثير المنافسة الحرة على فكرة المرفق العام"، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية يومي 11 و 12 أبريل 2011.

7- نادية تياب، "تفويض المرافق العامة مفهوم جديد لتطور وظيفة الدولة في النظام الجزائري"، كتاب أعمال الملتقى الدولي الأول الموسوم بـ: التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، المنظم بجامعة يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 28-29 نوفمبر 2018، منشورات مخبر السيادة والعولمة.

8- نادية ضريفي، "توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية"، مداخلة في اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، يوم 23 فيفري 2016.

### سابعا: المواقع الإلكترونية

- 1- مجلة مجلس الدولة، العدد 1004، 5، [www.conseild'Etat.dz](http://www.conseild'Etat.dz)
- 2- رشيد بن عياش، مفهوم المصلحة العامة، [www.ahewar.org](http://www.ahewar.org).
- 3- عادل ياسر ناصر الكنعاني، السلطة السياسية ودورها في تحقيق الاستقرار الاجتماعي والسياسي، [www.lahadhariya.net](http://www.lahadhariya.net)
- 4- سهيل البعمري، التدبير المفوض والمرفق العام، نشر في الاتحاد الاشتراكي يوم 04/8/2011، من الانترنت <https://www.maghress.com/alittihad/133050>
- 5- يسير بلهيبية، "لا للتدبير المفوض ... نعم لرقابة شعبية على الممتلكات" مقال منشور بتاريخ 30 أوت 2011، موجود على الرابط: <file:///C:/Users/MAISON%20XP/Desktop.html>

### قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

#### **I - Les Ouvrages :**

- 1- Amel Aouij Mrad, **droit des services publics**, centre de recherche et l'études administratives (ENA), tunis, 1998, p85.
- 2- André De Laubader, **Manuel de droit administrative spécial**, 1<sup>ère</sup> éd, 1<sup>er</sup> trimestre P.U.F , France, 1977.
- 3- C.Chenuand-Frazier, **La notion de délégation de service public**, RDP, 1995.
- 4- CHAPUS René, **Droit administratif général**, Tome 1, 9<sup>ème</sup> édition, Edition Montchrestien, Paris, 1995.

- 5-Christian Bettinger, la concession de service et de travaux publics, édition Berger-Levrault collection, l'administration nouvelle, paris, 1978.
- 6-Christian Bettunger, La Gestion Deleguee des Services Publics dans monde , concession ou BOT, Berger Levrault, Paris, 1997.
- 7-CLAUDIE BOITEAU, Les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, paris, 1999.
- 8- G. Marcou, La Notion de Délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA, 1994
- 9- Gerame bon , Albert louppe , **marketing des services publics** : paris.
- 10- G.Vedel, P.Dévolvé, droit administratif, édition Themis, tome 2, Paris , 1990.
- 11- GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Droit des services publics, 3eme Ed, Montchrestien- Lextenso éditions, Paris, 2009.
- 12- J.F.Lachaume, Grands service publics, masson, 1989.
- 13- Jean Claude Douence, Les Contracts de Délégation Service, R.F.A, 1993.
- 14- J-F. Auby: La Délégation de Service Public, Guide Pratique, Dalloz, Paris, 1997.
- 15- jacques Chevallier, le service public, paris: presse universitaire de France , 1971.
- 16- Maris Christine Rounalt, Droit Administratif, paris, Gualino édition,2001.
- 17- Michel Bazex ,obligation communautaires de transparence et prestation des Service Public ,édition juris-classeur, octobre 1993.
- 18- Michel Gribal ,transparence et délégation de Service Public ,les petites affiches ,septembre 1995.
- 19- M-Waline, droit administrative,paris,1963.
- 20- pierre bauby , le service public en avenir , paris :l 'harmattan , 2001.
- 21- Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées , Maison d'édition BELKEISE, Alger, 2012.
- 22- René Chapus, Droit Administratif Général, paris, Edition Montchrestion, 2001.
- 23- René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, 9<sup>ème</sup> édition, Edition Montchrestien, Paris, 1995,P555.
- 24- Stéphane Braconnier, droits des services publics, presses universitaires de France, paris, 2004.

## II - Les Revue :

- 1- Carole Chenuaud-Frazier, " la notion de délégation de service public", Revue de droit public n° 01,1995.
- 2- Laurent Richer, "Remarques sur les entreprises privées de service public\_" Revue AJDA, n° spécial sur le service public, 1997.
- 3- Rémi.Rouquette, "contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration", AJDA, 1995.

- 4- Fouaz LADJELAT, Hatem DEBIH , "Les nouvelles modalités de gestion du service public en Algérie défis et perspectives ", **revue repères pour les études juridiques et politiques**, N°02, Centre universitaire Ali KAFI Tindouf, 2017.
- 5- PIERRE DELVOLVER, "Les Contradictions de la délégation de service public" **AJDA**, N° 09, 1996, P678.
- 6- NIL Symchawicz. "La notion de délégation de service public", **Revue AJDA**, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.
- 7- Zouaimia Rachid, "La Délégation Conventionnelle de service public au profit au des personnes privées", **Revue IdaraENA**, N° 41, 2001.
- 8- ZOUAIMIA Rachid,, "La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015", **Revue Académique de Recherche Juridique**, Université Abderrahmane Mira Béjaia, N°01, 2017.

الفهرس

الفهرس:

الصفحة	الموضوع
5 - 1	مقدمة
7	الباب الأول: تفويض المرفق العام كآلية مستحدثة لتسيير المرفق العام
8	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام
9	المبحث الأول: الإطار النظري لعقود تفويض المرفق العام
9	المطلب الأول: مفهوم عقود تفويض المرفق العام
9	الفرع الأول: نشأة وظهور فكرة تفويض المرفق العام
17	الفرع الثاني: تعريف عقود تفويض المرفق العام
26	المطلب الثاني: شروط قيام تفويض المرفق العام
26	الفرع الأول: ضرورة وجود مرفق عام
27	الفرع الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية
29	الفرع الثالث: استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال
36	الفرع الرابع: ارتباط عقد تفويض المرفق العام بمدة زمنية
39	المبحث الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام وتمييزها عما يشابهها
40	المطلب الأول: أنواع عقود تفويض المرفق العام
40	الفرع الأول: الأساليب الخاضعة لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة
49	الفرع الثاني: الأساليب الخاضعة لرقابة كلية من طرف السلطة المفوضة
56	المطلب الثاني: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن المفاهيم وطرق التسيير المشابهة له
56	الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة له
64	الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى
71	المبحث الثالث: نطاق وأطراف اتفاقية تفويض المرفق العام
72	المطلب الأول: نطاق تطبيق تفويض المرافق العامة
72	الفرع الأول: المرافق العامة القابلة للتفويض
76	الفرع الثاني: المرافق العامة الغير قابلة للتفويض

80	المطلب الثاني: أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام
80	الفرع الأول: السلطة المفوضة
84	الفرع الثاني: المفوض له
87	الفرع الثالث: المرتفقون
90	الفصل الثاني: أسباب اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمه
91	المبحث الأول: دوافع تبني عقود تفويض المرفق العام بين تحسين الخدمة العمومية وترشيد الإنفاق العام
91	المطلب الأول: تحسين الخدمة العمومية من خلال عقود تفويض المرفق العام
92	الفرع الأول: تعريف الخدمة العمومية وخصائصها
96	الفرع الثاني: الارتقاء بالخدمات المرفقية
98	الفرع الثالث: استخدام الأدوات العالية الجودة ومواكبة التطور الحاصل في مجال المعلوماتية
100	الفرع الرابع: تحسين العلاقة مع المواطنين وتقريب الإدارة منهم
102	المطلب الثاني: ترشيد الإنفاق العام من خلال عقود تفويض المرفق العام
102	الفرع الأول: عدم تولي الإدارة تسيير المرفق العام بنفسها مباشرة
104	الفرع الثاني: إيجاد بدائل لتمويل المرافق العامة
106	الفرع الثالث: تشجيع الاستثمار عبر تقنية تفويض المرفق العام
112	المبحث الثاني: المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام
112	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
113	الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
115	الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المتنافسين
118	الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات
121	المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم عملية تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام
121	الفرع الأول: المبادئ الكلاسيكية التي تحكم سير المرافق العامة
129	الفرع الثاني: المبادئ الحديثة التي تحكم سير المرافق العامة
137	المبحث الثالث: تقدير تقنية تفويض المرفق العام وآليات تفعيله

137	المطلب الأول: تقدير تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة
138	الفرع الأول: إيجابيات التفويض
141	الفرع الثاني: سلبيات التفويض
144	المطلب الثاني: آليات تفعيل أسلوب تفويض المرفق العام
145	الفرع الأول: عقبات تطبيق أسلوب تفويض المرفق العام
146	الفرع الثاني: آليات تفعيل أسلوب تفويض المرفق العام خاصة على المستوى المحلي
154	الباب الثاني: الضوابط التي تحكم عقود تفويض المرفق العام من الإبرام إلى النهاية
155	الفصل الأول: إجراءات إبرام و تنفيذ عقود تفويض المرفق العام
156	المبحث الأول: طرق أو صيغ إبرام عقود تفويض المرفق العام
156	المطلب الأول: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة
157	الفرع الأول: تعرف الطلب على المنافسة
160	الفرع الثاني: حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة
160	الفرع الثالث: حالات الإقصاء من المشاركة
162	المطلب الثاني: التراضي كاستثناء
163	الفرع الأول: تعريف التراضي وأنواعه
165	الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي
169	المبحث الثاني: إجراءات ومراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
170	المطلب الأول: المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام
170	الفرع الأول: مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام
172	الفرع الثاني: الإعداد المسبق لدفتر الشروط
175	المطلب الثاني: مرحلة الإعلان والانتقاء الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح
175	الفرع الأول: نشر إعلان الطلب على المنافسة
179	الفرع الثاني: تحضير وإيداع العروض
181	الفرع الثالث: مرحلة دعوة المترشحين المقبولين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط وإتمام الإجراءات

189	المبحث الثالث: تنفيذ عقود تفويض المرفق العام (حقوق والتزامات أطراف عقد التفويض)
189	المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة مانحة المفوضة
190	الفرع الأول: حقوق السلطة مانحة التفويض
209	الفرع الثاني: التزامات السلطة مانحة التفويض
211	المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض له
211	الفرع الأول: حقوق المفوض له
225	الفرع الثاني: التزامات المفوض له
230	الفصل الثاني: الرقابة المكرسة على عقود تفويض المرفق العام ونهايتها
231	المبحث الأول: الرقابة المكرسة على عقود التفويض
231	المطلب الأول: الرقابة الإدارية القبلية على عملية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
232	الفرع الأول: الرقابة الإدارية الداخلية
239	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية الخارجية المنفذة من قبل لجنة تفويضات المرفق العام
246	الفرع الثالث: الرقابة الوصائية
248	الفرع الرابع: رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
249	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام
250	الفرع الأول: الرقابة القضائية في المجال الإداري
251	الفرع الثاني: الرقابة القضائية في المجال الجزائي
253	المبحث الثاني: تسوية منازعات عقود تفويض المرفق العام
254	المطلب الأول: إقرار التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن إتفاقية تفويض المرفق العام
254	الفرع الأول: ضرورة التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع
257	الفرع الثاني: إمكانية التسوية الودية للنزاعات عن طريق الوسائل البديلة
260	المطلب الثاني: التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
261	الفرع الأول: المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له
265	الفرع الثاني: النزاعات الناشئة بين المفوض له والمنتهجين
265	الفرع الثالث: النزاعات الناشئة بين الإدارة المفوضة والمنتهجين
266	المبحث الثالث: نهاية إتفاقية تفويض المرفق العام ومآل الأموال وتصفياتها

## الفهرس

267	المطلب الأول: إنتهاء عقد تفويض المرفق العام
267	الفرع الأول: النهاية الطبيعية (العادية)
271	الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية (المبسترة)
283	المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام
283	الفرع الأول: تصفية الأموال المادية المستعملة في استغلال المرفق العام
288	الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين المفوض له والإدارة مانحة التفويض
294	خاتمة
302	قائمة المراجع
320	الفهرس

## **العنوان: النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر**

**ملخص:** عقود تفويض المرفق العام، إحدى طرق تسيير المرافق العمومية، تلجأ إليها السلطات العمومية لاسيما المحلية عندما ترى بأنها الأسلوب الأمثل لإدارة هذا المرفق. وانطلاقا من التجربة والتحولات التي شهدتها الدولة الجزائرية، فإن هذه التقنية جاءت نتيجة العيوب المسجلة في ظل التسيير العمومي للمرافق العامة، فكان لا بد من اعتماد التفويض كأسلوب جديد للتسيير ليضع حدا لاحتكار القطاع العام لمهمة تسيير المرفق العام من جهة وفتح المجال للقطاع الخاص لتولي هذه المهمة من جهة أخرى. من أجل ذلك عمل المشرع على وضع تأطير قانوني واضح لهذه التقنية من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأول مرة في الجزائر، وأتبعه أكثر تفصيلا في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، بهدف التطبيق الناجح والسليم لهذه التقنية على أرض الواقع، لما تحققه من جودة وتحسين في أداء الخدمة العمومية، لتكون متكيفة مع الحاجات المتزايدة لمستعملي المرفق العام في ظل تزايد الوعي المدني للمواطنين. وكحل لمشكل التمويل، إذ يعد الحل الأمثل والأنجع لترشيد المال العام، باعتباره طريقة جديدة للتمويل العمومي، عن طريق إشراك القطاع الخاص كطرف فعال في التنمية والاستثمار في المرفق العمومي.

### **Titre : Le système légal des contrats de délégation du service public en Algérie**

**Résumé:** Les contrats de délégation du service public est l'un des moyens de la gestion à laquelle recourent les autorités publiques notamment locales lorsqu'elles en voient l'intérêt et l'utilité.

Compte tenu de l'expérience et des changements qu'a connus l'Etat algérien, cette technique est venue en réponse aux résultats des défaillances enregistrées dans la gestion publique de ces services.

De ce fait, il a été obligatoire d'adopter la délégation comme une nouvelle méthode de gestion pour mettre fin à la monopolisation de la gestion du service public par le seul intervenant qui est l'État et l'ouvrir par conséquent au secteur privé pour qu'il prenne en charge cette mission.

Pour ce faire, le législateur a mis en place un cadre légal en promulguant pour la première fois en Algérie le décret présidentiel 15/247 portant règlementation des marchés publics et des délégations de service public puis il l'a suivi par le décret exécutif plus détaillé 18/199 relatif à la délégation de

service public et ce, pour que l'application de cette technique sur le terrain soit réussie et correcte , réalise le bon fonctionnement du service public qui doit s'adapter aux besoins croissants de ses usagers notamment avec la prise de conscience civile des citoyens et soit enfin la solution idéale du problème de financement et de la rationalisation des fonds publics puisque cette technique est considérée comme une méthode nouvelle de financement public qui se fait à travers l'implication du secteur privé en tant qu' acteur efficace au développement et à l'investissent dans le service public.

### **Title: The legal system of public service delegation contracts in Algeria**

**Abstract:** Public service delegation contracts are one of the management tools used by public authorities, especially local authorities, when they see their interest and usefulness.

In view of the experience and changes experienced by the Algerian state, this technique came in response to the results of the failures recorded in the public management of these services.

As a result, it was obligatory to adopt delegation as a new management method to put an end to the monopolization of the management of the public service by the only actor which is the State and consequently to open it up to the private sector in ordre to take charge of this mission.

To do this, the legislator set up a legal framework by promulgating for the first time in Algeria a Presidential Decree 15/247 regulating public contracts and public service delegations, then followed it by a more detailed executive decree. 18/199 relating to the delegation of public service and this, in order that the application of this technique on the ground be successful and correct, achieves the proper functioning of the public service which must adapt to the growing needs of its users, particularly with the civil awareness of citizens and finally be the ideal solution to the problem of financing and the rationalization of public funds since this technique is considered as a new method of public financing which is done through the involvement of the private sector as an effective development actor and invest in the public service.