وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون العام

المرجع:19

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: قانون عام

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالب(ة):

عوالي عبد المالك

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بن طرية معمر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بوسجعة جيلالي.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... بن طرية معمر.....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....حميدة فتح الدين.....مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم:**2019/07/06**

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا" صدق الله العظيم

إلى من زرعني في أرض طيبة، وسقاني بمكارم الخلاف، إلى الذي تعب لأرتاح انا إلى من علمني النجاح قائلا بعد كل نهاية وبعد كل عمل راحة، وكل من تعب نال وكل من كسل خاب... أتعب نفسك ترتاح.

أبي الحبيب أقول شكرا ورعاك الله وأمي أجمل كلمة تتناغم الشفاه عندما تنطقها...

إليك يا من كان جسدك جسدي ودمك دمي إليك يا من يهتز لتضرعها عرش الرحمان ووضعت تحت قدميها الجنان يا أوف صديقة يا توأم الوجدان أمي الحبيبة.

إلى من أتقاسم معهم حنان الوالدين

إلى من ساندوني ولو بكلمة طيبة

إلى من تقاسمت معهم ثمرة أعوام الدراسة

إلى من بنيت معهم مدرسة الصداقة

إلى من توجنا معا صداقتنا بالأخوة

وإلى من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

شكر وعرفان

الشكر لله أولا وأخيرا على توفيقه لي في إتمام هذا العمل المتواضع وعلى كل النعم التي أنعمها علينا.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذي الفاضل بن طرية معمر على اخلاقه ورحابة صدره وحسن إرشاده

والشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بكامل الشكر والتقدير إلى جميع الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم

وفي الأخير أشكر كل من ساعدني في هذا العمل من قريب أو من بعيد

إن تاريخ المرافق العامة قديم بقدم وجود الدولة و هي تقدم خدمات عمومية ولكل منها خصوصياتها لارتباطها بالحياة الجماعية للأفراد وبالتالي أخذت مضامين متعددة , تهدف إلى تلبية المتطلبات المتزايدة للمواطنين ,وهذا التطور المتسارع الحاصل انعكس على المرفق العام , إلى أن تبلورا مفهومها وأصبحت معيارا لتطبيق القانون الإداري , مما أدى إلى ابتكار طرق تسيير جديدة تتماشى مع نوعية هذا النمو المتسارع , فتنوع المرافق العامة يواكب حتما طرق تسيير جديدة تتناسب معها . فإذا كان من البديهي عدم تخلي الدولة عن بعض المرافق لخصوصيتها وطبيعتها , ففي المقابل توجد أخرى يمكن تفويضها للخواص رؤية لتسيير أكثر فعالية وتحقيقا لأهداف المرافق العامة , والمتمثل أساسا في تحقيق المصلحة العامة وعطفا عن ما سبق فإن البحث عن ديناميكية جديدة لتحرير الأشخاص العامة من

القيود الإدارية والمالية المكبل بها , أصبح الحل الأنجع في ظل الرهانات و الظروف التي تمر بها الدولة وأسلوب مرن لارتباطه بعلاقة جديدة مبنية على ثلاثة أطراف , إدارة- خواص- مواطن , و بأهداف متعددة أهمها تحقيق المصلحة العامة وتحسين الخدمة.

أهمية الدراسة :

إن موضوع تفويض المرافق العامة يتعلق بعنصرين هامين هما- المال العام -والأملاك الوطنية , كانت عقود التفويض عبارة عن نصوص قانونية متناثرة لقطاعات مختلفة . المياه -الكهرباء- الاتصالات المناجم- والنقل البري ثم بصدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي نضم عقود التفويض ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لأول مرة , يعتبر خطوة إيجابية فانتظار المزيد, ولأن البحث عن تقنيات وأساليب جديدة بغية تقليص الإنفاق الحكومي وترشيده وإدخال الخواص كطرف فعال في التنمية والاستثمار , لا يكون إلا من خلال تفويض المرفق العام. و بصدور المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي يحدد كيفيات تفويض المرفق العام و هو نمط يشرك الخواص بتسيير الهياكل و البنى التحتية بغرض تشجيع المسيرين على المستوى المحلي على القيام باختيار نمط التسيير الانسب و التفاوض مع الشريك لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في احسن الظروف و باقل تكلفة .

-أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق مجموعة أهداف نحاول الإحاطة بها كما يلي:

-معرفة الجانب التشريعي والتطبيقي لتسيير المرفق العام والإلمام بها ومناقشة المرسوم التنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام

-معرفة الإيجابيات والسلبيات في إطار العلاقة المركبة لعملية التفويض. دولة- خواص-مواطن

– تهدف إلى المساهمة في الوصول إلى نتائج من شأنها العمل على تطوير تسيير المرافق العمومية في إطار قانوني منظم.

أسباب الدارسة :

تعود أسباب الدراسة إلى ثلاثة نقاط رئيسية.

الأول –أسباب ذاتية : رغبة و اعجاب باختصاص تفويض المرافق العامة و ما يكتسيه موضوع تفويض المرفق العام في مجال الصفقات العمومية اهمية بالغة في تحريك عجلة المشاريع لتطوير الاقتصاد الوطني .

الثاني : الأسباب الموضوعية: موضوع تفويض المرفق العام لم يحظى بالدراسة الكافية والدليل أن المشرع الجزائري نضمه لأول مرة ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وهو ذو فائدة علمية كان فيما سبق عبارة عن قوانين قطاعية متناثرة وقد مكنت هذه الدراسة من الاطلاع على الكثير من القوانين والتنظيمات المتعلقة بالتفويض المرفق العام.

الثالث : أسباب اقتصادية :تتمثل في ما يلي :

–انهيار أسعار النفط

–التحول إلى طرق حديثة وسبل جديدة لإدارة المرافق العامة

–التقليل من الأنفاق الحكومي وترشيده

–البحث عن حلول بإشراك الخواص والمساهمة في التنمية والاستثمار.

إشكالية الدراسة :

تعتبر عقود التفويض المرافق العامة من العقود الإدارية المسماة , وقد نظمها المشرع لاعتبارها الحل الأنجع في ظل الأزمة الاقتصادية وعليه فإن إشكاليتنا تدور حول التساؤل الأتي : كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التفويض وما هي أهم تطبيقاته ؟

ويتفرع حول هذا التساؤل مجموعة فرعية من الأسئلة نوجزها في ما يلي:

–ما تفويض المرفق العام ؟

–ما هي الآلية الرقابية على تنفيذ تفويض المرفق العام ونهايته ؟

–ما هي أهم نماذج عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام ؟

الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة : نلخص أهمها في النقاط الآتية ذكرها:

–نقص المراجع وبالأخص في المكتبات العمومية

–صعوبة الوصول إلى المعلومة

–عامل الوقت وصعوبة التوفيق بين الامتحانات وإعداد المذكرة والارتباطات الأخرى

– لم يحظى موضوع تفويض المرفق العام بالاهتمام الكبير تنظيما و تشريعا.

المنهج المتبع : المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي يرتكز على دراسة المرافق المتعلقة بتفويض المرفق العام من خلال تحديد العلاقة بين أطراف التفويض والخصائص المميزة لكل عنصر من هذه العناصر بالإضافة إلى تحليل الوقائع ودعمها بالحجج والبراهين والأحكام القانونية وعليه قمنا برسم خطة مقسمة على فصلين , بدءا بالاحكام المتعلقة بالمرفق العام (الفصل الاول) وصولا الى موضوع التطبيقات تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18 (الفصل الثاني).

تمهيد:

سبق القول أن المرافق العامة أنواع ولهذا كان من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها فما صلح لمرفق لا يصلح بالضرورة لأخر , كما أن المرافق تختلف من حيث صلة نشاطها بالجانب السيادي للدولة فطبيعة مرافق الأمن وكذلك الدفاع والقضاء والضرائب تفرض أن تسير من قبل الدولة مباشرة فلا تتصور أن تعهد به إلى أشخاص القانون الخاص لإدارته لما في ذلك من خطورة كبيرة قد تهز كيان الدولة وهذا خلاف لمرافق أخرى فلا مضرة من أن تعهد إدارتها لأفراد أو لشركات (1) مثل ما هو الحال بالنسبة للاستغلال أبار البترول أو استغلال الكهرباء أو الغاز أو استغلال الموانى وغيرها شريطة أن يتم ذلك بالكيفية والحدود التي يبنيها القانون لذلك على الدولة أن تتخلى في هذا الإطار المحدود عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا وصناعيا والتي يمكن أن تكون محلا للمنافسة لتجنب كل ما يحمله التسيير العمومي من نقائص و يكون التخلي عن تسيير هذه المرافق في إطار قانوني يعرف بتفويض المرفق العام(2) وهو من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية وتأسيسا على ما تقدم نقترح في هذا الفصل مبحثين أساسيان هما:

المبحث الأول : ماهية تفويض المرفق العام

المبحث الثاني : الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته

2- ناية ضريف, تسيير المرفق العام والتحوالات الجديدة , داربلقيس ,دار البيضاء , الجزائر 2010 ,ص 128

1-عمار بوضياف , الوجيز في القانون الاداري ط 2جسور للنشر والتوزيع , الجزائر , السنة 1428هـ 2007م ص 348 ص 349

المبحث الأول : ماهية تفويض المرفق العام

تضطلع الإدارة العامة بالوظيفة في الدولة من اجل تحقيق وإنجاز أهدافها المرسومة في السياسة العامة للأمة والمحددة في المواثيق الوطنية والنظام القانون الساري المفعول في الدولة , وذلك بقصد تحقيق المصلحة العامة بمفهوم القانون الإداري أي تحقيق ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد لإشباع الحاجات العامة المادية والمعنوية والمستقبلية لأفراد المجتمع عن طريق تقديم الخدمات والسلع اللازمة لذلك(1) ولكي تحقق أهدافها تلجأ لابتكار طرق تسيير جديدة وذلك بالتنازل عن إدارتها للخواص , باستخدام أسلوب تفويض المرفق العام اعتبارا على ان المرافق العامة تشكل عبئ عام وأن هذا التوجه الحكومي ترجم بإرادة سياسية واضحة تتمثل في ترشيد الأنفاق على المرافق العامة وفي التوقف على تمويلها,

وهي السياسة التي رسمت دون أن يكون استعدادا لتقبل مسألة التخلي التدريجي عن المرافق العامة ولم يفهم هذا التخلي في البداية إلا بالتطرق للاختصاص كون أن الإدارة هي المختصة في تسيير مرافقها إلا أن فهم الأمر على انه تغيير فقط في أسلوب تسيير المرفق العام , وليس التخلي عنه وهو اقتراح من الإدارة لتغيير نمط تعاملها مع المرفق العام , لذلك سنتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب.

المطلب الأول : تعريف تفويض المرفق العام

المطلب الثاني : عناصر تفويض المرفق العام

المطلب الثالث : المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام

1-عمار عوابدي , القانون الإداري, النشاط الإداري , الجزء الثاني, ط 6 ,ديوان مطبوعات الجامعّة ص 05 ، 2014

المطلب الأول : مفهوم تفويض المرفق العام:

مما لاشك فيه أن تحديد تعريف جامعا مانعا لتفويض المرفق العام يعتبر أمرا بالغ الصعوبة وهذا راجع للتطور الحاصل في المرفق العام وكذا لامتلاكه صورا متعددة وتبعا لذلك يمكن إعطاء تعريف لتفويض المرفق العام ثم نوضح العناصر والمبادئ التي يخضع لها.

أولا التعريف الفقهي: – يعرفه الأستاذ T.DALFAR بأنه يمثل كل وسيلة من خلالها تعهد الجماعة العامة وهو مبدأ تحقيق المرفق العام شخص قانوني أخر وهو يتم إما تعاقد أو بصورة منفردة(1) كما عرفه المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام بحيث يكون المقابل المالي الذي يتحصل عليه(2) وتفويض المرفق يقصد به نقل اختصاص سلطة ومسؤولية الدولة أو أي شخص عام للقطاع الخاص استغلال مرفق عام لفترة محددة لتحقيق مصلحة عامة عرفه الأستاذ auby بأنه العقد الذي يهدف إلى تحقيق:

–تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام باستغلال ضروري للمرفق ويكمن أن يتضمن العقد إقامة منشآت عامة

–أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذي تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة

–ان يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها (3) و مما سبق يمكن ضبط تعريف تفويض المرفق العام بأنه: العقد الذي من خلاله يتولى شخص من أشخاص القانون العام" لتسيير مرفق عام بكل مستوياته وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مال متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك المنشات والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق

1-وليد حيدر جابر , التفويض فِي إدارة واستثمار المرافق العامة, دراسة مقارنة ط1 منشوراة حلبً الحقوقية, لبنان 2009 ص 58 ص 59

2- مروان محي الدين قطب , مرجع سابق, ص 441 – 3

3- نادية ظريف , تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة , مرجع سابق , ص 130

ثانيا: تفويض المرفق العام تشريعا:

إن تبني التفويض ليس وليد اليوم بل سبقته نصوص قطاعية في أهم نوع من عقود التفويض "عقد الامتياز " لكن غياب القانون الإطار وتوحيد المصطلحات وهو ما استدعى ضرورة إ يجاد نص منظم لعقود التفويض (1)

وعليه فإننا نعالج هذا الموضوع من خلال بعض النصوص القطاعية كعقد الامتياز ثم من خلال القانون15 / 247.

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

- 1– **من خلال القوانين المتعلقة بالمياه / المادة 21 من القانون 83 /17(2)**

حيث عرفت امتياز الخدمة العمومية للمياه انه عقد من عقود القانون العام , تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام , والذي لا يتم منه إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية وبالتالي هو عقد من العقود الإدارية يتمثل في اتفاق الإدارة المتعاقدة أو الملتزمة مع الشخص عادة يسمى الملتزم بإدارة وتسيير وتشغيل احد المرافق العامة لمدة معينة,مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين والمستعملين للمرفق العام مع تحمل المخاطر ذلك ربحا او خسارة (3) وهو ما جاء في قرار مجلس الدولة الجزائرية الصادر في2004/03/09 قضية رقم : 11950" ان عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز المستغل باستغلال مؤقت لعقار التابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه وبالتالي ومن خلال هذا القرار يتبين ان مجلس الدولة هو الآخر يعتمد صراحة الشكل الإداري والطابع العام لعقد الامتياز.

1–نادية ظريفي مداخلة في اليوم الدراسي المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم 247/15 بعنوان توسع مجال الصفقات العمومية وإعادة هيكلة إجراءات ابرام الصفقة ,جامعة المسيلة , بتاريخ12.12. 2015

2–راجع المرسوم رقم328/83 في 14ماي 1993 ج.ر.عدد 20 بتاريخ 17 ماي 1993 المتعلق بالمياه

3– محمد الصغير بعلي , قانون الإدارة المحلية ,دار العلوم للنشر والتوزيع , عنابة الجزائر 2004 ص5

ولم يلبث هذا القانون إلا أن ساير التوجه الجديد من خلاله تغير العلاقة القانونية واستدرك أطراف أخرى في تسيير المرفق العام في ظل ظروف عجز القطاع العام وذلك بعد صدور الأمر 96/ 13يتعلق بالمياه(1) . المعدل للقانون رقم17/83 تناولت المادة 04 منه عقد الامتياز الإداري وعرفته على انه عقد من عقود القانون العام, تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما او خاصا قصد أداء خدمة ذات منفعة عامة.

أما القانون رقم 12/05قانون المياه (2) في المادة" 76 تعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفية التي تحدد عن طريق التنظيم.

- 2–عقد الامتياز من خلال المرسوم 96/308 (3) المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة

يمكن منح امتياز الطرق السريعة لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام والخاص , الذي يقدم طلب بذلك وفق تعليمات دفتر الشروط النموذج و يكون منح الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة والملتزم.

- 3—من خلال القانون 10 / 03 الذي يحدد شروط و كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة(4).

حيث تناولت المادة04/ ف1 الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص " المستثمر صاحب الامتياز " حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة كذا الأموال السطحية المتصلة بها بناءا على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (40سنة)قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية.

1–الامر رقم 13/96 المؤرخ في جوان 1996.ج ر 37 بتاريخ 1996/06/15

2– القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/08/04 قانون المياه ج ر عدد 06 بتاريخ 2005/09/04 معدل ومتمم بالقانون رقم 63/08 في 2008/08/04 ج ر عدد 04 بتاريخ 2008/01/27 و القانون 02/09 في 2009/07/22 ج ر عدد 26 الصادر في 2009/07/26

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

4–القانون 03/10 في 2010/08/15 يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي القلاحية التابعة للاملاك الخاصة للدولة ج ر عدد 46 بتاريخ 2010/08/28

ويقصد بمفهوم هذا القانون بالأملاك السطحية مجموعة الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولا سيما منها المباني و الاغراس ومنشآت الري حيث تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا يدعى صاحب الامتياز حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة الخاصة وفق دفتر الشروط.

- 4- تعريف عقد الامتياز الإداري من خلال التعليمات رقم 842/94.03 المتعلقة

بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها: (1) حيث نصت على ما يلي هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال أو أموال يقدمها صاحب حق الامتياز الملتزم على مسؤولياته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانون الذي يخضع له هذا المرفق.

فبموجب هذا العقد يتعهد احد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقته وتحت مسؤولياته المالية بتكلف من الإدارة(الدولة. الولاية البلدية) طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يديرها لمدة من الزمن تحدد ف العقد بحيث يعود المشروع ف نهاية المدة إلى الإدارة.

إلا ان الملاحظ في فحوى هذه التعليمات في الصفحة الرابعة منها أن محتوى عقد الامتياز يحوي نوعين من الشروط- التعاقدية والتنظيمية -حيث جاء في تعريفها لعقد الامتياز انه عبارة عن اتفاق بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز والملتزم طبقا لما نص عليه دفتر الشروط(تقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز) وما على الملتزم إلا احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة وعليه فهو ليس إلا تعاقد ذو طابع تنظيم لأنه اتفاق بين الطرفين طبقا لما ورد في دفتر الشروط وليس لما اتفقت عليه إرادة الطرفين ونتيجة ذلك أن عقد الامتياز ليس له طابع تعاقدي بالقدر الذي هو تنظيم لائحي.

1-بن مبارك راضية التعليق على التعليمات الوزارية 03 .842/94 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

2-مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون , كلية الحقوق الجزائر2002/2001

ب –تحديد تعريف تفويض المرفق العام من خلال المرسوم18/ 199:

حيث تنص المادة 2 منه على ما يلي (يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هدا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة مححدة , الى المفوض له المدكور في المادة 4 ادناه بهدف الصالح العام (1)

ونصت المادة 4 منه على مايلي : (يمكن الجماعات الاقليمية و المؤسسات العمومية دات طابع الاداري التابعة لها و المسؤولة على المرفق العام التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" او تفوت تسيير المرفق العام الى الشخص المعنوي عام او خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص " مفوض له " بموجب اتفاقية التفويض (2)

كما نصت المادة 5 على مايلي :(يمكن تفويض المرفق العام المنشا او المسير من قبل عدوة اشخاص معنوية خاضعة للقانون العام , في ايطار تجمع يعين الاشخاص العموميون المدكزورون اعلاه ممثلا عنهم ضمن التجمع ابموجب" اتفاقية " ويجوز العضو المعين بصفة السلطة المفوضة , و يمثل اعضاء التحمع في تجسيد تفويض المرفق العام (3)

كما عرفت المادة 6 من نفس المرسوم اعلاه ان" اتفاقية تفويض المرفق العام عقد اداري يبرم طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما و احكام هدا المرسوم "(4)

وعليه يمكن ان تستخلص الخصائص الآتية:

أولا– ضرورة وجود المرفق العام يهدف للمنفعة العامة:

–إن الهدف الأساسي لوجود المرفق العام هو تحقيق مصلحة عامة عن طريق إشباع الحاجات العامة المادية والمعنوية مثل الخدمات الصحية والتعليمات وخدمات الثقافة والفكر وخدمات البريد والمواصلات(5)

1–م 2مرسوم 199/18 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام , مؤرخ في 20ذي القغدةة عام 1439 هـ الموافق ل 20 اوت2018.

2- مرسوم 199/18 مرجع السابق المادة 4

3- مرسوم 199/18 مرجع السابق المادة 5

4- مرسوم 199/18 مرجع السابق المادة 6

5- عمار عوايدي , القانون الإداري , النشاط الإداري , المرجع السابق. ص60

ثانيا تفويض المرفق : هو اتفاق توكل من خلاله الإدارة إلى شخص أخر إدارة وتسيير المرفق العام وذلك بمقابل مال من خلال استغلال المرفق.

ثالثا العلاقة بين المفوض و المفوض له : وهي علاقة عقدية , فهذا العقد يحدد كافة الشروط. التنفيذ– المقابل المادي– الرقابة .. الخ , وهو ما يؤكد ان التفويض لا يكون إلا في إطار عقد يضمن الحقوق والواجبات والالتزامات بدقة خاصة قيود المرفق والتي يجب ان يلتزم بها المفوض له بالقواعد الأساسية التي تحكم حسن تسيير المرافق العامة وهي مبدأ استمرارية المرفق(1)

رابعا أطراف التفويض :

1– وجود شخص معنوي خاضع للقانون العام و المسؤول عن مرفق عام* المفوض* عندما يجري الكلام عن الأشخاص العامين يكون المقصود بذلك مجموعة المؤسسات المزودة بالشخصية العامة الدولة الجماعات الإقليمية. المؤسسات العامة ..(2)وعليه فإن مسؤولية الأشخاص العامين عن فعل نشاطاتهم الإدارية تشكل المسؤولية الإدارية (3).

- **المفوض له** : قد يكون فردا طبيعيا أو أي مؤسسة أو جمعية من القانون العام او الخاص.

–**خامسا** : يجب أن يضمن المفوض له أثناء تسيير المرفق العام إلى الالتزامات المتعلقة به والمتمثلة أساس في المساواة والتكيف والاستمرارية....

–**سادسا** : المقابل المالي : يرى الكثير من الفقهاء أن اعتبار كيفية دفع المقابل المالي لتسيير واستغلال المرفق العام هوا المعيار المحدد لوجود المرفق الذي يتحصل عليه صاحب التفويض (المفوض له) على إتاوات من قبل المنتفعين , مقابل الخدمة المأداة من طرفه

سابعا : مدة التفويض : تتحدد مدة التفويض حسب طبيعة عقد التفويض فمثلا تلاحظ

1– نادية ظريف , تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة , مرجع سابق ص22

2– جورج قوديل بيار دلقولقيه , القانون الإداري الجزء الأول ترجمة منصور القاضي ص448

3– جورج قوديل بيار دلقولقيه , المرجع السابق , ص476

مدة أطول في عقد الامتياز عكس بعض العقود الأخرى . حيث أن المدة الزمنية

-محددة بالغرض الذي منح من اجله, أي أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع.

المطلب الثاني : عناصر تفويض المرفق العام : لقد سبقت الإشارة إلى أن صور ومظاهر النشاط الإداري تتخذ مظهرين وصورتين جوهريتين أساسيتين هما صور البوليس (الضابط الإداري)وصورة المرفق العام الذي بواسطة نظامه القانون تستطيع السلطة الإدارية المختصة في الدولة أن تضمن انجاز وتحقيق وظائف إشباع الحاجات العامة في الدولة والمجتمع بانتظام واطراد وعلى أفضل صورة ولفكرة

المرفق العام بالإضافة إلى كونه وسيلة ومظهر من وسائل ومظاهر الوظيفة الإدارية في الدولة ,قيمة علمية ونظرية وفنية وعملية حيوية وفعالة في عالم القانون بصفة عامة وفي القانون الإداري وعلم الإدارة بصفة خاصة(1),ولقد عرفنا انه لكل مرفق عام قواعده الخاصة إلا أن هناك ثلاث مبادئ مشتركة بين المرافق العامة جميعا أيا كانت مرافق عامة للدولة أو مرافق عامة محلية أول مرافق عامة صناعية وتجارية أو مرافق عامة إدارية أو مرافق عامة تدار بشكل إداري REGIE أو في شكل آخر (2)كالتفويض مثلا و لكي نكون أمام تفويض مرفق عام يجب أن تتحقق مجموعة عناصر تتشكل أساسا من ضرورة وجود مرفق عام قابل للتفويض وان تكون علاقة قائمة بين صاحب التفويض ومانح التفويض وفقا للأحكام القانونية المحددة من قبل المشرع , والمنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى وجوب ارتباط موضوع العقد باستغلال المرفق العام وبالمقابل المال , وسنجيب على ذلك وفقا لما يأتي:

الفرع الأول : عنصر المرفق العام : يعرفه الدكتور محمد فؤاد { المرافق العامة هي مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام } (3)

1- عمار عوابدي , القانون الإداري الجزء الثاني , النشاط الإداري , د م ج ط , 6 جامعة الجزائر2014 ص55

2- جورج قوديل ,بيار دالقوليه , القانون الإداري , الجزء الثاني 'ترجمة منصور القاضي المؤسسة 2008 . لبنان ص ,548 الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1

3- محمد فؤاد مهنا , مبادئ واحكام القانون الاداري , مصر , ص254

أما الدكتور توفيق شحاتة(1) يعرفه بأنه كل مشروع يهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام وتعجز المشروعات الفردية عن تحقيقه على وجه مرض فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به الأفراد يديرونه تحت رقابتها ومنه نستخلص ما يلي:

1–المرفق العام تنشئه الدولة : يقصد بذلك إن الدولة هي التي تقدر امتياز نشاط ما مرفقا عاما وتقرر إخضاعه للمرافق العامة على قانون معين , وليس من اللازم أن يكون كل مشروع تحدثه الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته فكثيرا ما تعهد الإدارة إلى أفراد او شركة خاصة بأداء خدمة عامة تحت إشرافها وهو الوضع الذي يجسده نظام الامتياز أو الشركات المختلطة ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة إحداثه أن يكون على قدر من الأهمية و إلا لكان قد ترك للأفراد , وفي هذا المعنى قدم الفقيه ديجي وصف للمرفق العام باعتباره نشاط بأنه : أنواع النشاطات أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة إن على الحكام القيام بها نضرا لأهمية هذه الخدمات للجمع ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام.

وهو الوضع الذي يجسده نظام الامتياز أو الشركات المختلطة(2).

2–هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة : ذلك إن المصلحة العامة هي هدف كل وظيفة إدارية بل وحتى المؤسسات التي تسيرها الدولة والتي تكون غايتها تجارية بحتة كالمؤسسات الاقتصادية إنما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.

كما إن المصلحة العامة ليست حكرا على الإدارة فمن الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون كثيرا ما تتصل كذلك للمصلحة العامة كخدمات البناء والنقل ولقد اقترح الفقه معيارا للخروج من هذه الإشكالية فإذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الأولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانون وتوفرت الأركان الأخرى يكون المرفق العام , أما إذا كانت

1- عمار بوضياف , الوجيز في القانون الاداري , ط , 2 جسور للنشر والتوزيع , الجزائر 1428 ,هـ2007 ص309

2–عمار بوضياف,الوجيز في القانون الإداري ,المرجع السابق . ص 309 ص310

المصلحة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فإن الوظيفة لا ترتق إلى منزلة المرفق العام يقول RèNè CHAPUS في هذا الصدد إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفق عام وإذا كانت تمارس أساسا للصالح الذات للمصلحة التي تتبعها فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع الخاص..

3– خضوع المرفق العام لنظام قانون خاص واستثنائي :

والمقصود بالنظام القانون الخاص والاستثنائي الذي يحكم المرفق العام هو مجموعة الأحكام والقواعد والمبادئ القانونية , التي تختلف اختلافا جذريا عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة وعن قواعد النظام القانون الذي يحكم المشروعات الخاصة بصفة خاصة(1)

4–المرفق العام مشروع عام : والمشروع العام هو عبارة عن نشاط منظم ومتناسق تمارسه مجموعة بشرية قيادية وتوجيهية وإدارية وتنفيذية بوسائل مادية وفنية وقانونية لتحقيق غرض محدد(2)

المطلب الثالث : المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام:

لقد جاء نص المادة 3 من القانون 199/18 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام على ما يلي : (دون الاخلال باحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 المؤرخ في 02 دي الحجة 1436 الموافق ل16 سبتمبر 2015 و المذكور اعلاه و يجب ان يتم توفيض المرفق العام في ايطار احترام مبادئ المساوات و الاستمرارية و التكيف مع ضمان معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العمومية (3)

يخضع اتفاقات المرفق العام لابرامها الى مبادئ المنصوص عليها في المادة المذكورة اعلاه في هدا المرسوم , و زيادة على دلك يخضع المرفق العام عند تنفيد اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف فعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة هي عملية جوهرية وحيوية ومصيرية للحياة العامة في المجتمع والدولة,

1–عمار عوابدي , القانون الإداري , النشاط الإداري , المرجع السابق ص61

2– محمود حافظ , نظرية المرفق العام , ص26

3– المرسوم 199/18 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام ، المرجع السابق مادة 3

حيث تتوقف حسن سير عملية تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وكفاية وملائمة فلا يمكن للحياة العامة في المجتمع ولمواطن الدولة ان يحققوا و يشبعوا حاجاتهم من خدمات المواصلات والصحة العامة و الأمن والعدالة , والتمويل والمياه والكهرباء والتعليم والترفيه , إلا عن طريق ضمان حسن تنظيم وسير المرافق العامة في الدولة ولكي تضبط وتحكم عملية تنظيم المرافق العامة وتسييرها بصورة منتظمة ومطردة ورشيدة وبفاعلية في توفير الخدمات والسلع اللازمة لإشباع الحاجات العامة للمواطنين في الدولة اقر القضاء في القانون الإداري المقارن ثلاث مبادئ قانونية عامة تحكم عملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة (1) , وعليه فإننا نعالج الموضوع من خلال النقاط الآتي ذكرها: المبادئ المرتبطة بالإجراءات كفرع أول ثم المبادئ المرتبطة بالمرفق العام كفرع ثاني.

الفرع الأول : المبادئ المرتبطة بالإجراءات : نصت المادة 3 من المرسوم 18/199على ما يلي " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام , يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم " وقد تؤكد بؤن هذه المادة أنشأت معادلة تتمثل في أن حرية الوصول للطلبات العمومية يساوي الاستعمال الحسن للمال العام مما يعكس أن الإدارة ستبقى موجهة وتوجيهها يمتاز بسيطرتها على المال العام , وان سوق الاقتصاد سيحرر لتلبية الحاجيات العمومية وان تحريره سيكون وفق التعاقد , الذي سيغلب عليه طابع التفاوض وحرية الاتفاق . إن الملفت للانتباه هو تكريس مبادئ الحرية في قانون الصفقات العمومية وان هذا يرم بنا للقول أن المصلحة المتعاقدة يجب أن تعمل وفق التفاوض الحر مع المتعامل المتعاقد لأن هذا سينشأ وسط تعاقديا متحرر للإدارة ك تتعاقد بكل حرية إلا أن هذا سيكون وفق مراعاة المصلحة العامة(2) .

نصت عليه المواد من المرسوم السابق الذكر صراحة على هذه المبادئ في الفصل الثاني ابرام اتفاقيات

---

1 – عمار عوابدي , القانون الإداري الجزء الثان النشاط الإداري , مرجع سابق , ص73

2– مرسوم رقم 199/18متظمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام , مرجع سابق م 3

تفويض المرفق العام القسم الاول : صيغ ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام في مواده 8-9-10-11-12.[1]

أ- حرية الوصول إلى الطلب العمومي من حق كل المتعاملين الاقتصاديين الوصول إلى الطلب العمومي أي فتح الاستثمار العمومي وذلك بتطبيق ما يلي : الإشهار الواسع سهولة الوصول إلى الوثائق , اختيار طريقة إبرام الطلب العموم تبرر بالأهداف المرجوة للمصلحة المتعاقدة , آجال تحضير العروض يكون كافي للمرشحين,

ب- مبدأ مساوات المتعاملين الاقتصاديين وذلك باتخاذ الإجراءات الآتية : الإعلان الوطن أو المحل حسب الحالة , عناصر اختيار المتعامل تكون موضوعية و غير موجهة , التطبيق الصارم والعادي لطريقة التنقيط التقني حسب دفتر الشروط

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

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

الفرع الثاني : المبادئ المرتبطة بالمرفق العام : لقد استقر القضاء والفقه على استخلاص عدد من المبادئ من أحكام القضاء الإداري الفرنسي تعد من القواعد الجوهرية التي تفرضها الاعتبارات العلمية وتمليها العدالة الاجتماعية و يطلق على هذه المبادئ الأساسية والعامة في سير المرافق العامة وهي تتعلق ب:

- ضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام و اطراد
- المساواة أمام المرافق العامة
- مسايرة المرافق العامة للغير والتعديل وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة

1- مرسوم رقم 199/18متظمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام , مرجع سابق مواد 8-9 -10 -11 - 12 .

2- نادية ظريف، مداخلة في اليوم الدراسي التكوين المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي247/15 بعنوان، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم اجراءات ابرام الصفقات العمومية، ص 60.

أولا : مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد:

من أهم واجبات السلطة الإدارية أن تعمل لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد, حيث يجد المنتفع الخدمة المطلوبة متوافرة في الزمان والمكان المحدد لأدائها ويرى الفقهاء AUBY ET DUCOSمبدأ الاستمرارية كما يلي : عندما ينصب نشاط ما كمرفق عام فلأنه يلب حاجة ملحة ذات منفعة عامة للحياة الوطنية او للحياة المحلية , وان تبرير استمرارية المرفق العام يرتكز على مبدأ دستوري وسياسي , ثبات الدولة وعلى هدف اجتماع , ضرورة تفادي الفوضة والاجتهاد بدوره اعتبر منذ قرار WINKELL الصادر في 1909/08/07 " أن الاستمرارية هو جوهر المرفق العام " إذا عملا بمبدأ الاستمرارية المكرس في الاجتهاد الفرنسي واللبناني أيضا من قبل المجلس الدستوري على المرفق العام أن يعمل باستمرار دون تأمين دخول المستفيدين من المرفق العام (سير المكاتب بشكل منتظم وضمن الدوام الرسم و انغلاق مكتب البريد قبل انتهاء الدوام الرسمي يشكل خطئ خدمة تسأل عنه الإدارة قرارANGUET 1911/17/93وأيضا (1) C.ETOUCHEBEUF 13.02.1987. P. 45

ثانيا: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة:

تطرح مسؤولية المساواة بين المستعملين في أول الأمر عند ما يكون المستعملون في وضع نظام وتنظيم لأنهم جميعا خاضعون للقواعد نفسها المتعلقة بالمرفق العام (2).

ومضمون مبدأ المساواة أمام المرافق العامة أن جميع المنتفعين متساوين في الحصول على خدمات وسلع المرافق العامة في الدولة والانتفاع بها إذا توفرت فيهم ذات الشروط المطلوب توفيرها . إذن فمبدأ المساواة أمام المرفق العام يعني عدم التمييز بين المستفيدين من المرفق العام خصوصا إذا كانوا في وضع مماثل.

1- هيام مروة , القانون الإداري الخاص , المرافق العامة الكبرى وطرق ادارتها , الاستملاك الاشغال 5 العامة التنظيم المدن , ط , 1 مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , لبنان , ص50

2-جورج قوديل بيارد لقولقيه . القانون الاداري الجزء الثان ترجمة منصور القاضي الطبعة الاولى 1429 هـ 2008 م

ثالثا : مبدأ مسايرة المرافق العامة للتغيير والتعديل وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة: و يضمن هذا المبدأ لعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة عوامل وعناصر وشروط المرونة الملائمة الواقعية وحرية الحركة و التكييف مع الظروف والمعطيات الطارئة والمستجدة حيث يعطي هذا المبدأ للسلطات الإدارية المختصة بتنظيم وتسيير المرافق العامة ,واقتضت المصلحة العامة ضرورة أحداث تغيرات في قواعد وشروط وأحكام تسيير المرافق العامة (1) ويعود للإدارة وعملا بسلطتها التنظيمية ان يعود سير المرفق العام وتنظيمه في أي وقت وبكافة الوسائل كي يتماشى دائما مع التطور العلمي والتكنولوجي أي على الإدارة تكيف المرفق العام عندما تتبدل الظروف ولا

يحق للمستفيدين من المرفق العام الاعتراض على ذلك وبإمكان الإدارة إلغاء المرفق العام عندما ترى ضرورة لذلك وتبقى قرارات تعديل المرفق العام خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي ينضر في صحة الوقائع التي تدلي بها الإدارة وأيضا في الصلاحية(2).

المبحث الثاني : الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته:

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 السير العمل لتحقيق الأهداف و كشف الأخطاء والتقصير (3) , وتهدف بالأساس إلى حماية الصالح العام وتوعية القيادة الإدارية ومنع الانحراف وتقليل الأخطاء وما لا شك فيه أن العملية الرقابية تتخذ أشكال مختلفة حسب نظام الحكم في الدولة وعليه سنحاول التطرق إلى موضوع الرقابة على تفويض المرفق وفقا للمطالب الآتية:

1- عمار عوابدي , القانون الإداري النشاط الإداري , مرجع سابق و ص80

2- هيام مروة , القانون الإداري الخاص , المرافق العامة الكبرى وطرق ادارتها , مرجع سابق ص58

3- نعيم إبراهيم الظاهر , اساسيات الإدارة المبادئ والتطبيقات , ط , 1 مصر 2009 , ص189

المطلب الأول : سلطات الإدارة المتعاقدة

المطلق الثاني : الآليات الرقابية

المطلب الثالث : نهاية تفويض المرفق العام

-المطلب الأول : سلطات الإدارة:

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

أولا : سلطات الإدارة المتعاقدة : تتمتع الإدارة المتعاقدة ف مواجهة الطرف المتعاقد معها بالسلطات والحقوق التالية:

1**-حق وسلطة الإدارة في الرقابة على الطرق المتعاقد معها** : تمارس سلطة الإدارة المتعاقدة سلطة الرقابة على الطرف المتعاقد معها حتى تتأكد وتتحقق من أن المتعاقد معها ينفذ التزاماته التعاقدية وفقا للشروط المحددة في العقد , ورقابة الإدارة على المتعاقد معها قد تكون رقابة داخلية تتمثل في التوجيه والإرشاد وقد تكون رقابة خارجية تتأكد من تنفيذ العقد طبقا للشروط الفنية(1)

1-عمار عوابدي, القانون الاداري,الجزء الثاني نشاط اداري,ط6, الجزائر2014/6ص217-218

2- **حق وسلطة الإدارة في تعديل الالتزامات وشروط العقد زيادة أو نقصان :**

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

3-**حق وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية مختلفة على المتعاقد معها** :إذا اخل الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية كأن يمهل او يقصر في تنفيذ العقد الإداري أو لم يحترم المدة المحددة للتنفيذ فإن السلطة المتعاقدة تملك سلطة توقيع وتسليط إجراءات إدارية مختلفة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية

وبغير الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء سلفا (الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية هدفها الأساس هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية وإعادة التوازن بين الالتزامات , تنفيذ العقود الإدارية وإعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة)

4- **حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة**

ثانيا: استحدثت سلطة ضبط للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام :تقرر بموجبه المرسوم247/15إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام لدى الوزير المكلف بالمالية وتتمثل صلاحيات هذه السلطة في كل الجوانب المتعلقة بالصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام من إعداد التنظيم الإعلام التكوين إحصاء سنوي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية , والتقنية القانونية للطلب العموم التدقيق بطلب كل سلطة مخولة واستغلال نظام المعلومات للصفقات العمومية ولهذه الصفة تعرض توصيات على الحكومة إلى جانب مهام أخرى تكمن في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب, واستقلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الوطنية والأجنبية في مجال الصفقات وتفويضات المرفق العام (1) المادة 213.

1- لعور بدرة , الإطار المفاهيم للصفقات العمومية ف بالتشريع الجزائري , كلية الحقوق والعلوم السياسية ,2017 ص /12/ 29 جامعة بسكرة , مداخلة بتاريخ 16

نص المادة213 (1) من م.ر247/15 تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية , سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع بالاستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئته وطنية لتسوية النزاعات تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:

-إعداد تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه, وتصدر بهذه الصفقة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين.

-إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

-المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

-إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العموم السنوي

-تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقين للطلب العموم وتقديم التوصيات للحكومة.

-تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد للطلب العمومي.

-التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب كل سلطة مختصة

-البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب

-تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية

إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية و الهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- م ر247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام , مرجع سابق , ص 45

المطلب الثاني : الآليات الرقابية سنتناول أربع أنواع من الرقابة في هذا المطلب:

01- الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية

02- الرقابة الوصائية

03- الرقابة المالية

04- الرقابة القضائية

الفرع الأول : أ- رقابة المصلحة المتعاقدة(الرقابة الداخلية :) تمارس الرقابة وفق النصوص التي تتضمن مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية , ويجب ان تبين الكيفية العملية لهذه الممارسة وعلى وجه الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابية والإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها.

يقصد بالرقابة الداخلية تملك الرقابة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة بنفسها بواسطة أعوانها وموظفيها هذا النوع من الرقابة الذاتية لها أهمية كبيرة فيما يتعلق بالسير الحسن للإدارة وحماية المصالح المالية و إضفاء الشفافية على أعمالها ، وبحسب الدراسات المنجزة من طرف لجنة أنتوسي INTOSAI الرقابة الداخلية التابعة للمنظمة الدولية العليا لمراقبة المالية والمحاسبية تم اعتماد بعض الشروط كأولويات لتجسيد

ب- رقابة داخلية فعالة يتعلق الأمر:

1-وجود تشريع يحدد الشروط العامة والأهداف لوضع الرقابة الداخلية.

2-تحديد الأسس التي ترتكز عمليا الرقابة الداخلية عن طريق سند قوانين خاصة.

3-وجود أجهزة إدارية تعمل على جعل نظام الرقابة الداخلية فعالا.

4-وجود تقييم ذاتي ودوري لمراقبة الداخلية وتحديد نقائصها

5-وجود مؤسسات عليا لمراقبة تعمل على مراجعة أنظمة الرقابة الداخلية (1)

1- فرقان فاطمة الزهراء , رقابة الصفقات العمومية في الجزائر , مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون , 2007 ص / 11 العام , كلية الحقوق بن عكنون , السنة الجامعية2006

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

–حرية الوصول إلى الطلب العمومي – المساواة في معاملة المرشحين

–احترام إجراءات الشفافية وفقا لما اقره القانون وهو ما أشارت إليه المادة5 من القانون 15/ 247السابق الذكر.

ب : الرقابة الخارجية : تتمثل رقابة الرقابة الخارجية في إطار العمل الحكومي في التحقيق مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترقى الرقابة الخارجية إلى التحقيق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية(1)و تهدف الرقابة الخارجية إلى : التحقق من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

الفرع الثاني الرقابة الوصائية :

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

يختلف مفهوم مصطلح الوصاية في القانون الإداري عنه في القانون المدني2 فالوصاية الإدارية هي مجموع السلطات التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم بقصد حماية المال العام وفي مجال الصفقات العمومية لم تخصص

1–عزوز مخلوف , بلقاسم بوفاتح , مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية , المركز الجامع تمنغاست , الجزائر ,عدد (09)سبتمبر2015

التنظيمات المتعاقبة ،ولا التنظيم الحالي حيازا كبيرا لمراقبة الوصائية وتناولها المشرع بشيء من الاغتصاب في مادة وحيدة تاركا تنظيمها لنصوص القانونية الأخرى لاسيما قانون البلدية وقانون الولاية . وسنتطرق في هذا إلى مضمون الرقابة الوصائية و أهدافها كأداة لتفعيل الرقابة الإدارية وأهم العناصر التي تدخل في مجال الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية

- **مضمون الرقابة الوصائية** : تستمد هاته الرقابة وجودها من خلال نص المادة 74 (1) من المرسوم رقم 199/18وقوانين الجماعات المحلية وتنقسم إلى نوعين رقابة شرعية ورقابة ملائمة تهدف هذه الرقابة إلى تأمين احترام تطبيق النصوص و الإجراءات وتحقيق المبادئ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية : تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة الوصاية بموجب قوانين الإدارة الإقليمية والتي تعطى للوالي صلاحيات ممارسة رقابة الشرعية والمشروعية على مداولات المجالس المنتخبة يرسل إلى الوالي ملف الصفقة كاملا وكذا المداولة الخاصة بالصفقة ويمكن إيجاز الوثائق التي يتكون منيا الملف فيما يمي:

-المداولة أو المداولات المتعلقة بموضوع الصفقة

-الإعلانات إشهارية وإعلان المنح المؤقت

-محاضر لجان الفتح والتحليل

-عقد الصفقة العمومية مرفق برسائل العرض ، الاكتتاب والتصريح بالنزاهة

-تأشيرة لجنة الصفقات العمومية مرفقة بنسخة من محضر الجلسة.

-المحاضر التفاوضية الخاصة بالصفقة إن وجدت.

1- عمار بوضياف , شرح قانون الولاية , جسور للنشر والتوزيع ط 1 الجزائر , 2012 ص41 -43

2-المادة 74 من المرسوم 199/18 توضح غاية واهداف الرقابة الوصائية

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

-اتخاذ مداولة مخالفة للأحكام الدستورية وللقوانين والتنظيمات.

-المداولة التي تجرى خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس الشعبي البلدي.

-المداولة التي يشارك في اتخاذها أعضاء من المجلس البلدي لهم مصلحة شخصية[1]

-عيب عدم الاختصاص كأن يتم إمضاء الصفقة من طرف شخص دون الترخيص لو من هيئة التداول أو تناول المداولة لموضوع خارج الاختصاص

-إمضاء وتنفيذ الصفقة دون إخضاع المداولة الخاصة بها لمراقبة من طرف ممثل الدولة في إطار رقابة الشرعية.

-عدم احتواء المداولة على المعلومات التي تسمح لهيئة التداول ،اتخاذ القرار الصائب أو إخفاء معلومات تخص المداولة بغرض تضليل أعضاء المجلس البلدي.

-اتخاذ إجراءات احتيالية للتهرب من الخضوع الى أحكام تنظيم الصفقات العمومية بصدد انجاز المشروع.

-استعمال معايير غير موضوعية لاختيار المتعامل.

-سوء تسيير عمليات فتح العروض وتقييمها.

1-المادة 60من قانون البلدية10/11 مرجع سابق

وعند التسليم النهائي للمشروع تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروف انجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر مسبقا ويرسل هذا التقرير إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعب البلدي (1)

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

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

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

Contrôle rugularite ....وهذا دون تدخل جهاز الرقابة المالية في الملائمة(l'opportunite) وقد نص المشرع الجزائري على ان مشروع أي صفقة أو ملحق يخضع لتأشيرة المراقب المالي

1-عزوز مخلوف , بلقاسم بوفاتح , مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية , المركز الجامع تمنغاست , الجزائر ,عدد (09) مرجع سابق , ص102

-نشير هنا أن المشرع من خلال القانون الجديد 247/15(1) أوضح أن التأشيرة الشاملة (اتخاذ القرار بالإجماع) للجنة الصفقات العمومية تفرض على المصالح المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية.

2-**الرقابة المالية اللاحقة** : تباشر الرقابة المالية اللاحقة بعد تنفيذ التصرفات المالية واتخاذ القرار بصرف النفقات وتحصيل الإرادات , وهي لا تحول دون أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذا كما هو الحال بالنسبة لرقابة المحاسب العمومي ولا تكون إلا بعد استفاء الإجراءات القانونية اللازمة وتمارس من طرف المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة (2)

2- **رقابة المفتشية العامة للمالية** : هي جهاز إنشاء للرقابة المالية اللاحقة أحدثت بموجب المرسوم رقم53/20 المؤرخ في03/01/ 1980المتضمن أحداث المفتشية العامة للمالية والذي ألغى بالمرسوم التنفيذي رقم 78/92 المؤرخ في 1992/02/22.

المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية و الذي ألغى بدوره بموجب المرسوم رقم 08-272 المؤرخ في 2008/09/06.

حيث حدد المادة الثانية في فقرتها الأولى اختصاصات المفتشية العامة للمالية كما يلي م2 /ف1 <<تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسب لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ,وعليه فإن مختلف الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية كما تحدد عمليات الرقابة للمفتشية العامة للمالية في برنامج سنوي يعرض على وزير المالية خلال الشهرين الأولين من كل سنة حسب الأهداف المحددة , وتبعا لطلبات أعضاء الحكومة أو الهيئات والمؤسسات المؤهلة و يتمثل مجال مراقبتها في مايلي:

1-بن دراج عثمان مجال تدخل المراقب المال في الصفقات العمومية على ضوء القانون247 / 15 ص11

2-م ر 247/15 في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام ص84

3- بن دراج عثمان , مجال تدخل المراقب المال ف الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد247 بتاريخ,2015/09/16 جامعة بسكرة في 12/17 /2015ص12

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

-السماح لوحدات المفتشية المالية الدخول إلى جميع المجالات التي تستخدمها المصالح المعنية

-الإجابة على الطلبات المعلومة المقدمة

-إبقاء المحادثين في مناصبهم طيلة مدة المهمة

ولتسهيل مهمتها , لا يمكن لمسؤول المصالح أو الهيئات التي وضعته للرقابة التملص من الوجبات المذكورة أعلاه والتملص باحترام الطريق السليم أو السري المهن أو الطابع السري للمستندات الواجب فحصها في إطار أعمال التحقيق يمكن للمفتشية عامة ان تطلب من مسؤول الإدارات والهيئات العمومية وكذا الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم للاطلاع على كل المستندات

رقابة مجلس المحاسبة:

بعد مجلس مؤسسة للرقابة المالية اللاحقة , احدث لأول مرة بموجب القانون 20- 05 المؤرخ في 1980/03/01 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة , وتمت مراجعته وتعديله عدة مرات آخرها الأمر رقم10-02 المؤرخ في2010/08/26 المادة 170 من الدستور (1) << يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية

-يعد مجلس المحاسبة تقرير سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية

طبيعة وأهداف رقابة مجلس المحاسبة:

-يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة لأموال الدولة

1- المادة 170 من دستور, 1996 ج ر ع 76 بتاريخ12/08/ 1996

والجماعات المحلية يتمتع باختصاص إداري وقضائي والاستقلال الضروري لأداء مهامه.

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

–يتولى مجلس المحاسبة عملية المراقبة بعدة وسائل آليات حددها الأمر رقم25–20 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10–02 المتعلق بمجلس المحاسبة , و هي حق الاطلاع وسلطة التحري او رقابة نوعية لتسيير ورقابة الانضباط (1)

الفرع الرابع الرقابة القضائية : تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري وذلك من خلال قضاء الاستعجال في حالة الإخلال بإعلان أو توفير المنافسة عند اختيار صاحب التفويض أو عن طريف الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود لتجاوز السلطة كما يكمن اللجوء إلى قاضي العقد عند إخلال احد طرفيه في الالتزامات المترتبة عليه أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المال للعقد

أ –**قضاة الاستعجال** : إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لقضاء الاستعجال سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية و إنما كانت هناك إشارات إلى بعض خصائصه ومميزاته في المادة 918 ن ق ا م ا على أن فضاء الاستعجال تتخذ في إطار تدابير مؤقتة لا تمس بأصل الحق , وان يتم الفصل في منازعاته في اقرب الآجال. وقد عرفه الفقه على انه إجراء يطلب بموجبه احد الأطراف الغالب فرد اتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض نتائج يصعب تداركها (2) من خلال نص المادة 917 ق أ م و إدارية نلاحظ أن هناك نوعية من الاستعجال الإداري.

1- بن دراج عثمان , مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد15 247بتاريخ 2015/09/16 جامعة بسكرة في 2015/12/17 ص 12.

2–كلوف عز الدين , نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية, ص119

أ- الاستعجال بالطبيعة : إن الاستعجال بالطبيعة هو ذلك الاستعجال الذي تكون منازعته ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوي الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها تتطلب حلولا استعجاليه.

تتمثل في اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية لا تتحمل التأخير , وشروط الاستعجال بالطبيعية:

1- توفر حالة الاستعجال أشارت إليها المواد 994/921/920 ق ا م وإدارية .

حالة استعجال خاصة بالحريات الأساسية : ونصت عليه المادة 920 وفيه يأمر القاضي بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة انتهاكا خطيرا من الأشخاص العمومية أو الهيئات الخاضعة في تقاضيها لجهات القضاء الإداري حالة استعجال تحفظ :

وفي هذه الحالة يتخذ قاضي الاستعجال بموجب أمر على عريضة حتى في حالة غياب القرار الإداري المسبق تدابير تحفظية دون عرقلة تنفيذ قرار إداري1 .

توجب المادة994 من قانون الإجراءات المدنية على القاضي عرض الوساطة على الخصوم كإجراء أول بداية من أول جلسة وقبل القيام بأي إجراء آخر يخض موضوع الدعوى وهذا في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام.

7- **عدم المساس بأصل الحق** : يشترط في قضاء الاستعجال بالطبيعة ألا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع أن يقض بتدابير وقائية أو إجراءات وقتيه ولا يعتبر حسما للحق المتنازع عليه في الموضوع ولقد أشارت إليه المادة 918 : ق أ م و إ يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة , لا ينظر في أصل الحق و يفصل في اقرب الآجال

3-عدم المساس بالنظام العام: إن هذا الشرط خاص بالقضاء الاستعجال الإداري بالطبيعة دون القضاء الاستعجال العادي.

1-المادة 946 و 947 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري ج ر عدد 21 المؤرخ في 23 افريل 2008.

ب الاستعجال القانوني : إن الاستعجال القانون هو ابرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية وقد اقرها المشرع بنص المادتين 946.947 ق إ م و إ أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر إلى مدى توفير عنصر الاستعجال من عدمه كما انه يتصدى للموضوع وبفصل في أصل الحق(1)

–حالة الاستعجال المتعلقة بإبرام العقود والصفقات : طبعا المقصود هنا بالعقود الإدارية والصفقات العمومية , ويتخلص مضمون هذه الحالة أن عندما يكون هناك إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة المتبعة في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية ولكل متضرر من هذا الإخلال أو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كان العقد أو الصفقة ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية إخطار المحكمة الإدارية بواسطة عريضة حتى قبل إبرام العقد أو الصفقة , وعليه يكون في إمكان المحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بتحمل التزاماته وتحدد له أجل للامتثال وتقرنه بغرامة تهديدية عند انتهاء الأجل , وللمحكمة الإدارية أيضا عند إخطارها الأمر بتأجيل إمضاء العقد حتى تنته الإجراءات على أن لا يتعدي هذا التأجيل مدة 20 يوم من إخطارها على أن تفصل في هذه المدة (المادتين 946–947) (2)

المطلب الثالث : نهاية تفويض المرفق العام

إن عقد تفويض المرفق العام من العقود الإدارية المحددة المدة , فصاحب التفويض يتميز في تسيير واستغلال المرفق طيلة المدة المتفق عليها في العقد (3) وقد أشرنا سابقا أن اختيار صاحب التفويض يخضع للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 وعند انتهاء مدة العقد عليه أن يتقدم شأنه شأن أي عارض مؤهل من الناحية المالية والفنية وسنوضح ذلك كما يلي

1–كلوف عز الدين, نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية . والإدارية , ص123 ص121

2–المادة 946 و 947 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن ق الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية ج ر عدد 21 المؤرخ في 23 أفريل 2008.

3–كلوف عز الدين, نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية .والإدارية , ص 119

الأول : انتهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة Pouvoir de résiliation unilatérale :

تملك الإدارة في العقد الإداري سلطات لا وجود لها في العقود المدنية , ومن هذه السلطات إنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة , دون حدوث خطأ من جانب المتعاقد أو الإخلال بأحد الالتزامات العقد ولا يحد من سلطة الإدارة في هذا الصدد سوى القيد العام على تصرفاتها وهو المصلحة العامة ,والمصلحة العامة تظهر هنا في مصلحة المرفق العام الذي ارتبط به (1) العقد.

كما يمكن إنهاء العقد الإداري بدفع المصلحة العامة من قبل السلطة مانحة التفويض وذلك مقابل تعويض عادل لصاحب التفويض ويتولى القضاء الإداري التحقيق من وجود المصلحة التي تبرر إنهاء العقد.

الثاني : **الإنهاء الاتفاق** : وهذا النوع هو الشائع عمليا ونظمه العقد و يحدد شروطه ويعد هذا الشرط من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للإدارة الخروج عليها المادة 208(2) 247/15 تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد التفويض ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني .

الثالث : **إنهاء العقد بسبب خطئ صاحب التفويض**

يشكل إخلال صاحب التفويض بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد التفويض سببا رئيسيا لإنهاء العقد من قبل السلطة المانحة وبعد ذلك عقوبة توقع على صاحب التفويض من قبل السلطة المانحة.

ويقتضي أن يكون الخطأ المرتكب من قبل صاحب التفويض على درجة من الجسامة ويتولى قاضي العقد تقدير جسامته من أجل تحقيق ما تناسب الخطأ مع العقوبة إنهاء العقد على مسؤولية ونفقة صاحب التفويض المخل بالتزاماته أو يخضع إنهاء العقد بسبب خطئ الإدارة بإضافة إلى شرط جسامة الخطأ إلى درجة شكليه كإنذار صاحب التفويض وإعطائه مهلة

1-مليكة صاروخ , القانون الإداري , دراسة مقارنة , ط 7 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء2010

2–عبد الله طلبة , نجم الأحمد , القانون الإداري , منشورات جامعة دمشق سوريا 2014/2013 ص 425

كافية لكي يصلح الخطأ الذي ارتكبه و يجب عند إنهاء العقد من قبل السلطة المانحة المباشرة بإجراءات اختيار صاحب التفويض جديد وفق المبادئ التي يحددها المشرع.

الرابع : انقضاء وزوال العقود الإدارية سبب الفسخ(1) القضائي وذلك عن طريق الحكم القضائي نطقه القاضي المختص والأسباب التي يمكن للقضاء أن يقضي وينه العقود الإدارية بموجبها هي:

1– القوة القاهرة : لا 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.

إن الظروف الطارئة التي تؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد تؤدي إلى إنهائه وإنما تتحمل السلطة المانحة مع صاحب التفويض الخسائر بحيث تغطي السلطة المانحة المتعاقد معها تعويضا يجنبه جزءا من خسائره , إلا انه قد تطرأ ظروفا تجعل من اختلال التوازن المال للعقد نهائيا إذا اتخذت هذه الظروف حكم القوة القاهرة , وبتال يمكن لطرف العقد مطالبة القاضي بإنهاء العقد.

2–تعسف الإدارة وانحرافها في استعمال سلطتها وامتيازاتها الإدارية في مواجهة الطرق المتعاقد معها.

مما سبق يتضح لنا إنا تحديد وضبط مفهوم المرفق العام أمر بالغ الصعوبة وهذا لأسباب عديدة منها تنوع المرافق وتطورها باستمرار ولكل منها خصوصياته ثم إن موضوع التفويض يرتبط بمجموعة بعناصر أساسية المحددة قانونا وان مخالفتها يؤدي إلى اتخاذ إجراءات إدارية وقضائية خصوصا وان الأمر يتعلق بتسيير المال العام والأملاك الوطنية وان الإدارة تملك من القوة والسلطة ما يمكنها ذلك.

1–المرسوم الرئاسي 247/15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ص88 ,

2– عمار عوابدي , القانون الإداري , النشاط الإداري , المرجع السابق , ص230

لقد جاء في المرسوم الجديد الذي ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه " يمكن أن يأخذ التفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض أو الحظر الذي يتحمله المفوض له , ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير [1]" وبهذا الصدد يقول الفقيه نواف كنعان[2] أن العقود الإدارية المسماة العقود التي لها مسميات شائعة حيث يحدد المشرع لكل عقد منها اسمه المعروف ونظامه القانوني المعروف, مثل عقد التوريد , الخدمات . الأشغال العامة كذلك وفقا لخصائصها الذاتية وليس بالتحديد المشرع , ذلك لان شروط العقد الإداري انطبقت عليه والملاحظ أن المشرع الجزائري نظم عقود التفويض والصفقات العمومٌة من خلال قانون إطار وذلك لان ما يجمع بين العقدين أكثر ما يفرق بينهما . لذا فإننا سنناقش في هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول : من امتياز المرفق العام إلى إيجار المرفق العام

المبحث الثاني : من نموذجي عقد الوكالة و التسيير إلى نموذج عقد المناولة

1- المادة**210** . م.ر **247/15** المتضمن تنظٌم الصفقات العمومٌة وتفويضات المرفق العام ,السابق الذكر .

2-نواف كنعان , القانون الإداري ,الوظيفة العامة ,القرارات الإدارة , العقود الإدارة , الأموال العامة ,ط**1**, الإصدار السادس **2009** , ص **322** .

المبحث الأول : من امتياز المرفق العام إلى إيجار المرفق العام :

إن المشرع الجزائري قد نظم الأحكام المطبقة على تفويض المرفق العام في الباب الثاني للمرسوم الرئاسي السابق الذكر وذلك من خلال أهم عقود التفويض الذي سنتناوله في ثالث مطالب مراعين في ذلك مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له , ورقابة السلطة المانحة المطلب الأول : عقد الامتياز .المطلب الثاني : عقد الإيجار .المطلب الثالث: المميزات المشتركة للعقدين .

المطلب الأول : عقد الامتياز : لقد تبنت الجزائر عقد الامتياز بعد الاستقلال حيثوجد في عدة نصوص قطاعية سبق الإشارة إليها وبالتطور الحاصل في مختلف الميادين للدولة نظم المشرع أهم عقود تفويض المرفق العام ضمن قانون إطار , لذا سنعالج عقد الامتياز من خلال ما يلي :

الفرع الأول: التعريف بعقد الامتياز: يقصد بالامتياز إن تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية إلى احد الأفرادأوأشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق اقتصادي و استغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق ومثال ذلك إن تعهد الدولة الحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو المرجان أو استغلال الميناء أو منطقة حرة ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكلف من الدولة أو بأحد هُباتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين وسنتناول تعريف عقد الامتياز كما يلي :

أولا فقها : يقول الأستاذ حميد بن علية [1] "وعلى هذا فقد عرف الامتياز كالتصرف قانونيا تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مهمة مرفق عام بشكل اتفاق إلى شخص أخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بملء حريتها وتسمى الإدارة بالسلطة المانحة **L'Autorité**

CONCEDANTE أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم **CONCESSIONAIRE** وان الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الامتياز تتمثل في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقا لدفتر الشروط و أن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق, فمقابل أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات-**Redevances**- من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام لمدة محددة هي مدة العقد ذاته والتي بعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحال جُدة.

كذلك عرفه جانب من الباحثين في الجزائر أمثال الدكتور ناصر لباد انه عقد أو اتفاق يكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية , بموجبه شخصا طبيعيا (فردا) أو شخصا معنويا من القانون العام (بلدية) أو من القانون الخاص (شركة مثال). يسمى صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عمال وأمواله , ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل ماليحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق [1]

يلاحظ في هذه التعريف أنها تعرضت لجميع العناصر التي يتعين توفرها في عقد الامتياز الإداري .

ثانيا تشريعا :

لقد تناولت عدة نصوص قطاعيةتعرف عقد الامتياز وهذا قبل صدور المرسوم 747/15.

أ – تعريف عقد الامتياز من خلال التعليمة الوزارية 842/94.3[1] المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها :

موضوع الامتياز من خلال هذه التعليمة >> هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارة المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلالها لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته مقابل رسوم

---

[1] – راجع , مجلة البحوث الإدارة إدارة المرافق العامة عن طرّق الامتياز دراسة التجربة الجزائرية, ص **45**

يدفعها المنتفعون من خدماته , وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق

ب – من خلال قانون الولاية [1] المادة **149** قانون الولاية إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة **146** أعاله عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة عمومية يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به ,يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجيا يحدد عن طريق التنظيم و يصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها , ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشؤون طبقا الحكام المادة 54 من هذا القانون.

المادة **146**: يمكن المجلس الشعبي الولائي أن ينشأ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالي قصد تسيير المصالح العمومية .

المادة 54 ق . و. : **12-07** مع مراعاة أحكام المواد55 و 56 و57 من هذا القانون تصح مداولات المجلس الشعبي الولائي نافذة بقوة القانون بعد واحد وعشرون (71)يوما من إيداعها بالولاية .

المادة 149 ق10/11 : تنص على ما يلي:

مع مراعاة الأحكام المطبقة في هذا المجال تضمن البلدية تسيير المصالح العمومية البلدية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها وإدارة أملاكها وبهذه الصفة فهي تحدث إضافة إلى مصالح الإدارة العامة . مصالح عمومية تقنية قصد التكفل على وجه الخصوص بما يؤتى: التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة

ج – من خلال قانون البلدية:

- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى
- الإنارة العمومية
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية

1-القانون 10/11 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو سنة 2011 يتعلق بالبلدية

- الحظائر ومساحات التوقف
- المحاشر البلدية
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء
- فضائات الرياضة والتسلية
- المساحات الخضراء
- المادة 155/ق11-07 يمكن المصالح العمومية المذكورة في المادة 149 أعلاه أن

تكون محل امتياز طبقا لتنظيم الساري المفعول ,يخضعالامتياز لدفتر شروط نموذجا يحدد عن طرُق التنظيم . المادة 156 ق 11/ 07 يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص في المادة 149 أعاله عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبٌة طبقا الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ثالثا : التعريف القضائي لعقد الامتياز الإداري :

لقد جاء فً قرار المجلس الدولة في قرار صادر عنه : حُث أن عقد الامتياز التابع أملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل باستغلال المؤقت لعقار تابع المالك الوطنية بشكل استثنائييهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه . وهو ما يؤكد بأن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والعام لعقد الامتياز ,مما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فُماٌ تعلق بسلطة أو حق الرجوع .[1]

الفرع الثاني : عقد الامتياز يتضمن نوعين من النصوص[2]

❖ **نصوص لائحية** : وتتعلق بكيفية تسيير تنظيم المرفق العام , موضوع الالتزام أو

1-فرار رقم 1195 فهرس رقم 11952 الصادر عن الغرفة الثالثة مجلة مجلس الدولة 2004 فضية شركة نقل المسافرين ربيع الجنوب و رئيس بلدية وهران (محلف رقم 2)

2-اكلي نعيمة , نظام القانوني لعقد الامتيتاز الاداري في الجزائر , رسالة نيل شهادة ماجستر في الحقوق جامعة تيزي وزو 2012-2013 ص24

❖ الامتياز و إدارته وعلاقته بالمنتفعين والرسوم التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل

الانتفاع بخدمات المرفق.

❖ **العناصر اللائحية التي تحكم الامتياز والمرفق العام معا**[1]: من الضرورة

بما كان أن يتم إصدار لوائح إدارية إذا تصرفت الإدارة في الجزائر عن طريق أسلوب الامتياز ولا تكتفي فقط بوضع شروط البحثية ستوجب وجود مرفق عام تتعاقد الإدارة بموجبه كي يؤمن صاحب الامتيازسير مهمته وفيحالة غياب المرفق لا تظهر عالقة تعاقدية بين الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز بل تظهر عالقة البحُّة انطلاقا من إن التكييف الصائب لها هو كونها علاقة تنظيمية تجعل من صاحب الامتياز (يذعن للوائح الإدارة ومن ثم فالعلاقة بينالإدارة المانحة الامتياز وصاحب الامتياز تخضع لعمل أحادي الجانب من الإدارة فلا وجود امتيازإداري بل امتيازالإدارةفي حد ذاته إلى درجة أن الدارس لمختلف القوانين الجزائرية المنظمة لامتياز يحكم علىاحتكار التجارة الخارجيةأو امتياز الدولة الفلاحيفالأولعرفالامتيازفي الفقرة الأولى من المادة 04 منه فقد اعتبر امتياز عقد بنصه (امتُّاز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها صاحب الامتياز وتبين حقوقهم وواجباتهم) إلا انه افرغ هذا التعاقد من محتواه الحقيقي وهذا في الفقرة الثانية من نفس المادة ينجز صاحب الامتيازفي هذا الإطار تحت مسؤوليته الخاصة وحسب انسب الطرُّق لصالحه , عمليات الاستيراد المطابقة لمخططه المتوسط الأمد , ضمن احترام البرنامج العام للاستيراد والمقصود من ذلك أن صاحب الامتياز يخضع في جلب المواد المستوردة إلى اللوائح

المنظمة لذلك والمعدة من قبل السلطات الإدارة المركزية , وهي اللوائح المنبثقة عن مخطط الدولة وبهذا لا يمكن أن تكون هناك علاقة تعاقديةفي امتياز من هذا الشكل وهذا ما

1- حميد – بن عيلة , إدارة المرافق العامة عن طرُّق الامتياز , دراسة التجربة الجزائرية, مجلة البحوث الإدارة, العدد الثالث مصر 2007, مرجع سابق , ص 49

يستفاد من تفسير خضوع صاحب الامتيازإلى كل من البرنامج العام للاستيراد المادة 05

من دفتر الشروط الملحق بهذا القانون والتي تجعل من المستفيدين من الامتياز في مركز مذعن للوائح الإدارة ولا يستفيد من أي مركز تعاقدي على اعتبار أن هناك يمنح الامتياز احتكار الدولة عمل تنظيمي من قبل الإدارة مانحة الامتياز للتجارة الخارجيةفي مجال الاستيراد لمدة خمس سنوات قابلة للتجديدو يمكن أنيمد أو يحد أويعدل حسب ضغوط توازنات الخارجية المنصوص عليهافي القانون المتضمن المخطط السنوي ومحتوى المخطط الجديد المتوسط الأمد مع العلم أن المستورد هوا الذي يعد صاحب الامتياز. [1]

أما المصدر فيخضع لرخصة ممنوحة من الدولة ولا يستفيد من أسلوب الامتياز والترخيص يعد عملا إداريا منفردا من الإدارية يبتعد عن مفهوم الاعتماد لان الاعتماد " Agrément " هو عملا إداري مختلط يحوي شروطا تعاقدية [2] وأخرى تنظيمية وهذا ما نصت عليه المادة 10 من نفس القانون << يرخص للمؤسسات العمومية في إطار البرنامج العام للتصدير , بتصدير منتجات وخدمات باستثناء المنتجات الخاضعة لنظام قانوني>>و الغريب في الأمر أن نص المادة 11 من نفس المرسوم تجعل للرخصة نفس قيمة الامتياز ولا يعلم إن كان المقصود هنا القيمة القانونية ؟ فإذا كان الأمر كذلك فالامتياز الممنوح للمصدر هو في النهاية مجرد رخسة أي البحة إدارية ولا يبدوا أنالمقصود هنا شيءآخر غير القيمة القانونية ومن هذا فإن التكييف المنطقي يؤكد أن الامتياز اعتمد اللائحة الإدارية كمبدأ عام متجاهلا التعاقد الذي هو قاعدة كل امتياز مبرم. ومن هذا كله فإن المادة الرابعة من المرسوم المتعلق بامتياز الدولة في احتكار التجارة الخارجية والتي عرفت الامتياز على أنه عقد من عقود القانون العام , لم تأت بهذا التعريف الذييوحي فقط بفكرة الطابع التعاقدي لامتياز إلا من باب جعل الامتياز تعاقد إداري سوى استثناء والقاعدة هي

1-حميد بن علّة , مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري تحول النشاط القانونيفي الجزائر , رسالة لنّل شهادة دكتوراه دولة في القانون , جامعة الجزائر , 2006

2-حميد بن علية , دراسة التجربة الجزائرية , مجلة البحوث الادراوية مرجع السابق ص50

تنظيم الامتياز باللائحة الإدارية , مما يؤكد أن حكام الامتياز لدينا لاتشيرإلى ما توصل إليه القانون المقارن من اعتباره عقد إداري ذو طابع تنظيمي , ألن ذلك يفترض أن اكتسبه مركز تنظيمي عام , كالتقليل من القيمة القصوى للرسوم التي يتحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين من المرفق العام ألن الرسوم المفروضة على المنتفعين تدخل في

الشروط التنظيمية للمرفق العام ولا تخص صاحب الامتياز وتخرج بالتالي عن إطار العلاقة التعاقدية التي تربطه مع الإدارة مانحة الامتياز , كما أن الرسوم المفروضة لها , من القوة القانونية التي تجعلها تتعدى حدود التنظيم لان الأصل فيها أنه تصدر بتشريع وذلك من خلال قوانين المالية فال عبء جبائي إلا بنص تشريعي .[1]و يمكن التعريف عن مدى وجود رضائية تعاقديةفي دفتر الشروط من خلال الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين وعند الرجوع للمرسوم التنفيذي المتعلق بالامتياز الفلاحي المذكور سابقا وانطلاقا من الفقرة الثانية من المادة الثامنة التي تنص على عقد الامتياز<<تحرر إدارة الأملاك الوطنية عقد الامتياز بالرجوع إلى دفتر الشروط النموذجي الملحق بهذا المرسوم والذييتضمن الأعباء والشروط الخاصة بكل امتٍّاز >>وهكذا فدفتر الشروطيعد المستند الأساسيفي عقد الامتياز وهذا اقتداء بالنظرٍّة العامة له ومن ذلك وعند الذهاب إلى الملحق المرفق بدفتر الشروط هذا . فنص المادة الرابعة منه تبينالتزامات صاحب الامتياز أي حقوق الإدارة التزامات صاحب الامتياز يلتزم صاحب الامتياز بإنجاز برنامج الاستصلاحفيالآجال المرجعية الملحقة بدفتر الشروط هذا و يتعينعليه أن يرخص له بالعبور لكل هيبةمتخصصة تابعة للإدارة المحلية الفلاحية قصد التقويم الدوري لعمليات الاستصلاح ,يلتزم صاحب الامتياز بتزويد الإدارة بكل المعلومات التي قد تطلبها منه قصد

1-حميد بن علّة, دراسة التجربة الجزائرية , مجلة البحوث الإدارية مرجع سابق , ص ص51 52

متابعة عمليات الاستصلاح يلتزم صاحب الامتياز بتوفير الأموال الضرورية لانجاز عمليات الاستصلاح بصرف النظر عن عمليات الدعم والمساعدة التي تقدمها الدولة ,يتعين بعد قبول طلب الامتياز , من طرف اللجنة التي يحدد تشكيلها وعملها بقرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري والمالية , يرسل هذا المقرر مرفوقا بالملف إلى مدير الأملاك<< الوطنية التابعة للولاية المختص إقليميا لتحرير عقد الامتياز الذي يلحق به دفتر الشروط الممضي من الطرفين وبطاقة التعريف المشروع >>. [1] وعند الحديث عن الجانب الوحيد المتبقى في الامتياز وهو التعاقد فإن التعاقد تحرره الإدارة لوحدها ممثلة في إدارة أملاك الدولة أي بإرادة أحادية الجانب منها أي أن البنود التعاقدية الموجودة فيه لم يصنعها الطرفين بل صنعتها الإدارة لوحدها ,وهذا ما يكيف على انه عقد اكتتاب وهو العقد الوحيد الذي يشبه عقد الإذعان في القانون الخاص بما أن البنود التعاقدية فيه تصنع من طرف واحد في العقيد يملك سلعة حيوية وبهذا فإن الامتياز الفلاحي, ما هو إلا قرار إداري مشروط برضا المخاطب به ينصرف إلى مفهوم اللائحة الإدارية.

❖ **نصوص تعاقدية** : وتشمل كل الأمور المالية بين الإدارة والمتعاقدين, كمدة العقد والإعانات المالية التي تمنحها الإدارة المتعاقدة لتمكينه من الإدارة السلمية وفق الشروط الموجودة في العقد والتي تقرر مزايا مالية للمتعاقد أي أنها نصوص التهم الأشخاص المنتفعين بخدمات المرفق.[2]

وفي هذا يقول الأستاذ حميد بن علية: يمكن الارتكاز على عقود المرافق العامة كبديلة لمعيار الصفقات العمومية, وأن البحث في النظام التعاقدي الامتياز يفي بالغرض[3] , لان

1-م ر رقم 97 /482 المؤرخ في 1997/12/15 الذيٌ يحدد كيفية منح حق الامتياز الاراضي الخاصة التابعة للدولة ج ر عدد 83

2-عبد هلالا طلبة , نجم الأحمد , القانون الإداري , منشورات جامعة دمشق , مرجع سابق , ص 374

3-حميد بن علية , مفهوم العمل الإداري المركب للقانون الجزائري تحول النشاط الإداريفي الجزائر , رسالة لنٌل شهادة دكتواره دولة فً القانون , جامعة الجزائر بن عكنون 2006 , ص9 27

الامتياز يحمل نظاما مألوفا يتمثل في سلطات الإدارة على صاحب الامتياز من سلطة فسخ العقد الرقابة فرض العقوبات والتعديل المنفرد له.

ولكن وإن كانت هذه السلطات تتماشى مع الشروط التنظيمية , والتي وضعناها في العناصر اللائحية الموجودة فيالامتياز , وتنصرف بالتاليإلى مفهوم التصرفاتالإدارية المنفردة فهيلا تتماشى مع الشروط التعاقدية التيأدرجناها ضمن العناصر التعاقدية وبالتالي فإننا نجزم بطابعه التعاقدي الذييبقى بعيدا عن هذا المفهوم , لأنه لا يصلح أن يكون

في الأصل أداة تعاقدية محضة فكي نجعله بديلا وقاعدة لفهم العقود الإدارية في الجزائر

ثم أن الشروط التعاقدية الواردة في عقود الامتياز كلها تنصرففي الجزائر إلى قواعد القانون الخاص غير أن العناصر [1] التعاقدية تتمثل فقط في دفتر الشروط الذييبين العلاقة التعاقدية الموجودة فيه .

وان دراسة الطبيعة القانونية لدفتر الشروط تفيذ أنه عمل مختلط يحوي على نوعين من الشروط , شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية ولا يختلف الأمر إذا ما كنا في دفتر شروط خاص بالصفقات العمومية , أو أي تصرف إداري آخر أو حتى في امتياز المرافق العامة كون انه يخلق دوما نوعين من الشروط ما دام أنه يحكم العالقة بين الإدارة والمتعامل معها فيجعل لهذا الأخير مركزين , مركز تنظيمي ومركز تعاقدي . فالمركز التنظيمي لصاحب الامتياز ينطبق عليه وعل غيره فعليه بموجب هذا المفهوم أن يحترم قانون المرفق العام الذي هو دومايحكم العلاقة بين الطرفين وعلى هذايمكن للإدارة أن تغير ما تشاء من شروطه التنظيمية ليس له أن يحتج بذلك مادام المركز الذي يكون هناك تعاقد منذ البداية , وأن العقديظل هو القاعدة العامة فيالامتياز والتنظيم هو الاستثناء ' بل إننا أمام لائحة إدارية مبنية على موافقة الشخص الممنوح له الامتياز أي أن الامتياز هو اتفاق شرطي يتحقق إذا راعي صاحب الامتياز لوائح المنظمة له. [2]

1-حميد بن علية , دراسة التجربة الجزائرية , مجلة البحوث الإدارية مرجع سابق ,, ص 52

2-حميد بن علية , دراسة التجربة الجزائرية , مجلة البحوث الإدارية مرجع سابق ,, ص53

وخلاصة ما يترتب على هذه المغايرةفي نصوص عقد الامتيازنتيجة قانونية مفادها أن النصوص اللائحية يمكن للإدارة أن تعد لها بإرادتها المنفردة , دونحاجة لموافقة الملتزم على أن يقابل ذلك حقا الشخص في تعديلها تتقيد بضرورة [1] موافقة الطرف الأخر على التعديل .

– يوجب التنويه والإشادة بالإبداع الفكري للبروفيسور حميد بن علية في تكييفه لعقد الامتياز بعض شروط عقد الامتياز تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدي بمعنى أن هذا التصرف في جزء منه تعاقدي وفي جزئه الآخر تنظيمي , ألن هذه

الطبيعة المركبة له على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة تتماشى[2] , وأنواع الشروط التي يمكن تميزها في محتواه بامتياز الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطريقة التنظيميةفي مواجهة كل من الملتزم والمنتفعين على حد السواء.

في الواقع رأينا يذهب إلى اعتبار أن العقد هو عمل إداري مركب لأنهيحوي عالقة تعاقدية خاضعة للقانون المدني وذلك لأنه من المستحيل أن نتكلم على عالقة تعاقدية في القانونالإداري وسلطة تنظيميةفي العقد الإداريبيخضع للقانون الإداري وهنا يؤخذ العقد الإداري من أحكام القانون المدني وأحكام القانون الإداري الشيء الذييجعله خاضع لقضائين مختلفين إن كان النزاع في العالقة التعاقدية نكون أمام القضاء العادي وان كان نزاع في السلطة التنظيمية نكون أمام القضاء الإداريلان العالقة التعاقدية فيالأصل هي عالقة رضائية ولا يمكن أن تكون انفرادية [3].

1–عبد هللا طلبة , نجم الأحمد , القانون الإداري , منشورات جامعة دمشق , مرجع سابق , ص 374

2–مفاد هذه النظرية مبني على الطبيعة المزدوجة لعقد الامتيازالإداري على أساس أن لهذا الأخيرمظهرين :مظهر تعاقديٌ يجسد العالقة بين الملتزم والإدارة المانحة لامتياز ومظهر تنظيم يحكم العالقة بين الملتزم والمنتفعين بخدمات المرفق محل العقد

3–حميد بن علية , مفهوم العمل الإداري, المركب في القانون الإداري الجزائري , تحول النشاط الإداري في الجزائر أطروحة دكتوراه , جامعة الجزائر , غٌر منشورة 2006, ص250

أما الشروط المتعلقة بالأفضليات والمميزات التي تمنحها الإدارة للملتزم[1] مقابل إدارته للمرفق و تتمتع بالطبيعة التعاقدية قابلة للتفاوض وتطبق عليها نظرية العقد شريعة المتعاقدين. ويرجع مضمون الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري إلى كون هذا الأخير يحقق مصلحتين متعارضتين ومتناقضتين من جهة مصلحة الإدارة التي يجب أن تكون سيدة على المرفق المعد والمهيأ لتحقيق المنفعة العامة ومن جهة أخرى مصلحة الملتزم المالية , التي هي محور الخواص وهدفهم الأساسي وعليه يكون عقد الامتياز عقد إداري

ذو طبيعة خاصة يتضمن نوعين من الشروط تنظيمية وشروط [2]لائحة وحسب البروفيسور

حميد بن علية فالامتياز لا يعد فقط اتحاد لعناصر لائحة وعناصر اتفاقية بل يشمل أيضا تركيب أدوات القانون العام وأدوات القانون الخاص , وهنا تبرز بوضوح طبيعة المختلطة , كما أن هناك فرق بين العمل المختلط والعمل المركب.

الفرع الثالث : أطراف عقد الامتياز الإداري: سبق وأن ذكرنا أن الامتياز هو أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له أما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وأما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام وعليه فإن أطراف عقد الامتياز الإداري كما يلي:

أ – **الإدارة مانحة الامتياز** : (السلطة المفوضٌة) :وهي كل شخص معنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام [1]

ب – صاحب الامتياز :(المفوض له) أو الملتزم : وهو الطرف الثانيفي العقد الامتيازالإداري وهذا الذي يتفق مع الشخص المعنوي العام بإنجاز منشآتأو اقتناء ممتلكات الضرورية لسير المرفق العام واستغلاله وأما تعهد له فقط باستغلاله.

3-أكلي نعيمة ,النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر , المرجع السابق .ص 7

4-حميد بن علية , إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز, دراسة التجربة الجزائرية , ص135 . ص136

1-قليل حسناء , المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد , مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق , جامعة محمد خٌضر , 2014 2015 , ص 13

-ففي القانون 12/05[1] المتعلق بالمياه , نجد أن صاحب الامتياز قد يكون شخصا طبيعيا ومعنويا , خاضعا للقانون العام أو الخاص وبالتالي منح الإمكانية لأي شخص أن يكون طرفا في عقد الامتياز الإداري.

-أما التعليمية رقم 94. 3 / 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها قد حصرت الملتزم في الأشخاص الخاصة فقط 247/15 القانون أما[2] فإن المفوض له يمكن أن يكون شخصا يخضع للقانون العام أو القانون الخاص ويمكن أن يكون أجنبيا.ويتميز عقد الامتياز الإداري بمجموعة من الخصائص نوجزها فيما يلي:

1-عقد الامتياز عقد إداري وشرط وجود جهة إدارية طرفا في العقد حتى يعتبر العقد عقدا إداريا يستند إلى كون قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم وتنظم نشاطات وأعمال السلطات الإدارية , فضلا عن اعتبار العقود الإدارية[3]نوعا من أنواع عقود الإدارة العامة وعليه يكون بالضرورة احد أطراف عقد [4]الامتياز الإداري شخصا عاما يوجب أن يرد محل عقد الامتياز الإداري على إدارة واستغلال المرفق العام وكذلك يجب أن يحتوي العقد على شروط استثنائية .

2-موضوع عقد الامتيازينصب على إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام.

3-عقد الامتياز محدد المدة وطويلة نسبيا نظرا لطبيعة هذا العقد وما يترتب عليه من إنفاق الملتزم نفقات كبيرة لإنشاء المشروع وإدارته فغالبا ما تتسم مدة العقد بالطول نسبيا لذلك فإن التشريعات في مختلف الدول غالبا تنص على مدة [5]محددة حرصا على أموال الدول .

1-قانون المياه 12/05 مرجع سابق– 4 .

2-القانون 247/15 المتعلق بتنظيم بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

3-حميد بن علية , إدارة المرافق العامة عن طريقالامتياز , مرجع سابق ص117

4- AUBERT JEAN – LUC .LE CONTRAT DROIT DES OBLIGATION 2 EME. EDITION DALLOZ. PARIS 2000 .P 19

5-عبد اله طلّبة, نجم الأحمد, القانون الإداري , مرجع سابق , ص345

4-تحمل الملتزم نفقات المشروع وتحمل مخاطره حيثيمول المفوض له لانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه ويتقاض مقابل ذلك اتاوي من المنتفعين و يتحمل المخاطر الناجمة على تسيير وكل ذلك تحت رقابة السلطة [1] مانحة التفويض.

المطلب الثاني : عقد الإيجار الإداري : اجمع الفقه على أن كلمة PROPRIERTE LA DE ATTRIBUTIONS تحلل إلى العناصر الآتية:

حق الاستعمالUSER'D DROIT: وهو الحق في استخدام الشيء في جميع أوجه الاستعمال التي تتفق مع طبيعة الشيء المستعمل وفقا لما وضع له . حق الاستغلال :

وهذا الحق يمكن صاحبه من الحصول على ثمار الشيء الذي يكون قابلا لإنتاجها JOUIR DROIT حق التعرف :و يشمل هذا الحق جميع أعمال التصرف سواء كانت مادية MATERIELLEMENT آم قانونية JURIDIQUEMENT والمقصود بالتعريفات المادية تفسير الشيء واستهلاكه وإتلافه أما التصرفات القانونية فتشمل الأعمال القانونية كالبيع والإيجار

و غير ذلك وعليه فإننا سنعرف عقد الإيجار الإداري كما يلي:

الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار :إذ رجعنا إلى المادة 526 من الدستور المصري نجد أنها عرفت عقد الإيجار بما يلي(عقد يلتزم المؤجر لمقتضاه أن يكمن المستأجر من الانتقاء بشيءمعين مدة معينة لقاء اجر معلوم . ويتضح مما سبق أن إنشاء الإدارة تصرفات قانونية مع الأفراد من[2] استعمال أموالها العامة إستعمال عاديا وفق ما أعدت له

2- إن أسلوب تأجير المرفق العام قد ادخل لتسيير المرافق العامة وتم ضبط قواعده التشريعية وأصبحت شهرته توازي أسلوب الامتياز و الإيجار هو مصطلح في واقع ليس بترجمة صالحة باللغة العربية فيحين نجد بعض المنشورات وبعض كتب المشارقة يترجمون الإيجار (مشاطرة الاستغلال) وربما كان هذا الأخير هو الأقرب من المعنى الفرنسي

1-المرسوم الرئاسي 247/15 المادة 210 , مرجع سابق

2-برهان رزّق ,عقد الإيجار الإداري , المكتبة القانونية, الطبعة الأولى 2002 , ص79 ص80.

وعقد الإيجار المرفق العمومي هو اتفاق يكلف بموجبه شخص عمومي AFFERMANT'L شخصا أخر يسمى المستأجر FERMIERLE استغلال المرفق العمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآت والأجهزة إليه Equipement INFRASTRUCTURESLES LESET ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال مستخدما عماله وأمواله وفي مقابل تسيير المرفق العمومي يتقاضى المستأجر مقابل مالي يحدد في العقد يدفع المنتفعين من المرفق في شكل إتاوة على أن يدفع المستأجر مساهمة مالية [1] لشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشآت والأجهزة الأصلية

3-وفي تعريف آخر لعقد الإيجار الإداري للدكتورة هُام مروة [2] يمكن للبلديات أو اتحاد البلديات المعنية أن تتعاقد مع مالكي الأراضي الحرجية أو الطبيعية لفتح هذه المناطق للعموم لاستعمال كمنتزهات لقاء رسم تستوفيه البلدية يؤمن على الأخص نفقات الصيانة والحراسة لهذه المواقع . ففي فرنسا أوجد القانون الصادر عام 1964- 12 – 16 أصولا خاصة لما سمى<< إيجار البناء >>الغاية منه تسهيل عمليات التنظيم المدني وذلك بتشجيع مالكي العقارات على تسليم عقاراتهم للبناء والاختيار بين الاستغلال أو المساهمة في شركة مدنية تنشأ فيها بينهم ولقاء تعويض سنوي مقابل حرمانهم من التصرف بعقاراتهم وبهذا الخصوص يقول العلامة de lauBadère :

La Procédure spéciale prévue Par la loi du 16.12.1962 sur le bail a construction * code art. l .et r 341 – 1 et l 322 -12 et* est destinée a faciliter les opérations d'urbanisation en poussant les propriétaire de terrains a les livres la construction au moyen d'une option qui leur est laisse entre

l'expropriation et la participation a l'opération d'une société civile qui ils peuvent constituer entre eux la procédure débute comme une expropriation

1-حسين طاهري , القانون الاداري و المؤسسات الادارية , النشاط الإداري , دراسة مقارنة ط2 دار الخلدونية النشر و التوزيع الجزائر 2012 ص86

2-هُيام مروة , القانون الإداري الخاص ,المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها, الاستغلال الأشغال العامة , التنظيم المدني , ص 295

par une déclaration d'utilité publique et un arrêté de cessibilité qui entrainent prise de possession moyennant une indemnité annuelle de privation de jouissance Les propriétaires ont a choisir pendant un délai de six mois entre l'expropriation et la constitution d'une société civilequi passera un bail a construction avec le concessionnaire de l'opération d'urbanisation.

4- تعريف الدكتور محمد الصغير بعلي : إن تأجير مرافق القطاع العام لمستثمرين من الخواص بموجب امتياز تمنحه الجهة المختصة من العقود الشائعة والمعروفة , وتعتبر البلديات أكثر الجهات الإدارة استخداما لعقود الإيجار , حيثيمكن اعتبار المرافق العامة أحد النماذج الأساسية لخصخصة طرق تسير المرافق المحلية وهو من العقود التي تتوفر فيها معايير تفويض المرافق بشكل مطلق وهو احد الصيغ القانونية لعقد الامتياز [1]

- 5 –تعريف الإيجار : الإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي(المؤجر) شخصا أخر (المستأجر) باستغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآتوالأجهزةويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدما عماله وأمواله ويتقاضى مقابل ماليا يحدده

العقد ويدفعه المنتفعون عن طريق إتاوات مقابل الخدمة التي يقدمها , وقد يدفع المستأجر مقابلا ماليا للشخص العموميلاسترجاع مصاريفإنشاء المرفق العام.

- 6-عرفه الأستاذ : g .baiteau هو عقد بمقتضاه يتم تفويض هيئة عمومية لشخص أخر قد يكون عاما أو خاصا , استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المنتفعون متعلقة مباشرة بتسيير المرفق[2].

1-محمد الصغيّر بعلّي , دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة ,2005 الطبعة الأولى ,ص81

2-نادية طريفي , المرجع السابق , ص ص155 , 156

– 7 –إن استغلال المرافق العامة ورد كثيرا في القوانين الجزائرية ولا يعلم أن كان المقصود به هو مصطلح المستعار من التشريع الفرنسي تحت اسم affermage وعلى سبِّل المثال القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/17/1989 المتعلق بدفتر الشروط الخاص بامتياز الدولة للبلديات.

والمؤسسات العامة المكلفة بالنشاط السياح وحق استغلال الشواطئ من الأملاك العمومية الذي لم يعتبر بامتياز فيحن انه إذا كان المقصود به affermage فإن الجزائر تضعه تحت تسمية إيجار مرافق العامة في نصوص أخرى مثل التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية المؤرخة في 1994/99/97 النسخة باللغة الفرنسية objet concession affermageet فيحين أن تعريفه في الفقه الفرنسي ينطوي تحت اعتباره اتفاق تكليف بموجبه الإدارة شخصا آخر باستغلال مرفق سلم إليه بإنشاءاته المعدة سابقا من جانبها وذلك مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق محل الاتفاق , ويعتبر الأستاذ فالين أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للتفرقة بين الامتياز والاستغلال[1].

– 8–**تعريف الإيجار في نظر المرسوم199/18–** :الإيجار : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها , و يتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته.

–تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ,ويدفع أجر المفوض له [2]من خلال تحصيل الإتاوي من مستعملي المرفق العام .

1–شرِّيف بن ناجي, امتياز المرافق العامة في الجزائر , مذكرة ملتقى المدرسة العليا للادارة , 96 97 , الجزائر , ص 17

2– المرسوم الرئاسي 199/18 المرجع السابق

الفرع الثاني: تمييز المستأجر الذي يقوم بتحصّل مقابل من المنتفعين.

-أولا : من حيث المسؤولية وأحداث وتأسيس المرفق : إذ كانت الإدارة المحلية تتولى مهام إحداث المرفق وإنشاء المباني المخصصة له وتزويد بالوحدات

والأدواتوالآلات اللازمة لاستغلال والتسيير ,و يتول المستأجر مهام استغلال وتقديم الخدمة فقط , أن الملتزم في عقود الامتياز يتولى من حيث المبدأ إحداث وتأسيس وإنشاء واستغلال المرفق على نفقته الخاصة فأساس التميزبين العقد الإيجار وعقد الامتياز , يمكن في موضوع الإيجارليس إلزاما للمتعاقد مع الإدارة بتنفيذ إنشاءات تتطلب استثمارات هامة , وهذا لا يعني أن المستأجر للمرفق العام لا يتحمل أي استثمارات إنمايعني انه لا يتحمل الجزء الأكبر من الأعباء المالية والاستثمارات الأزمةلإنشاء المرفق و تشغيله كما هو فيالامتياز.

-ثانيا: من حيث أسلوب منح المقابل المالي :يختلف امتياز المرافق العامة عن عقد الإيجار بأسلوب منح المكافئة المالية , وتقاضيالمبالغ النقدية فإذا كان المستأجر في عقود الإيجاريقوم باستغلال المرفق العام بمنح مبلغ إجمالي يدفعه للشخص المعنوي , الذي تعاقد معه فإن الملتزم في عقود الامتيازيتولى إدارة المرفق على نفقته الخاصة ,يمنحمبلغ نقدييتقاضاه من المنتفعين من خدمات المرفق .(1)

ثالثا :من حيث مدة الالتزام:

ما يلاحظ على العقدين من حيث المدة نجدها في عقد الامتياز الإداري طويلة نسبيا عنها في عقد الإيجار الإداري وهذا راجع لتمكين الملتزم من استرجاع ما أنفقه وأستثمره من أموال

في سبيل إقامة المشروع , وحصول على الأرباح التي كانت هدفه ودافعه للتعاقد , فإذا كان مدة عقد الامتياز الإداري تتراوح بين 30و 50 سنة حسب مختلف القطاعات فإنها في

عقد الإيجار الإداري12 سنة كحد أقصى حسب التعليمة الوزارية رقم 3.94 / 842 المتعلقة

1-رزيقة لشلق , تفوّض المرفق العام للخواص ,مذكرة مكملة من متطلبات نّل شهادة الماستر للحقوق جامعة محمد خيضر ,2013 2014, ص 29

بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.[1]

رابعا: من حيث احترام الإجراءات الواجب مراعاتها مع الإدارة : بعد ماكان يطغى على عقد الامتياز الإداري الاعتبار الشخصي نظرا لأهمية صاحب الامتياز ودوره في تعويض الإدارة عن مكانتها في تسيير المرفق العام موضوع العقد فكانت تعهد لذلك لأهل الثقة باختيارها الحر , أصبحت الآن مجبرة بإتباع إجراءات محددة قانونا وهي المبادئ العامة التي سبق وأن ذكرناها والتي تتعلق بتسيير المال العام , شأنها في ذلك شأن عقد الإيجار الإداري حيث تكون الإدارة المتعاقدة مجبرة على احترام هذه المبادئ حرية الوصول إلى الطلب – الإشهار الشفافية والمنافسة.

المطلب الثالث : مميزات العقدين: يعتبر تأجير استغلال المرافق العامة أسلوبا من أساليب التسيير , أين يكلف أحد الأفراد أو احد المؤسسات الخاصة تسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة ,ويشكل وسيلة لاستغلال مرفق عام وليس [2] إداري ,ومن خلال دراستنا للعقدين نستخلص المميزات التالية:

الفرع الأول: من حيث مستوى التفويض :يعتبر العقدين من أساليب تسييرالمرافق العامة , تعهد بموجبهم السلطة المفوضة للمفوض –استغلال وتسيير المرافق العامة لمدة محددة , ويتحملان في ذلك أعباء متفاوتة حيث نكون أكبر في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد

الإيجار الإداري, كما أنهما يخضعان لنفس إجراءات التعاقد والمبادئ المنصوص عليها في القانون.

1-رزيقة لشلق , تفوّض المرفق العام للخواص ,مذكرة مكملة من متطلبات نُل شهادة الماستر للحقوق جامعة محمد خيضر ,2013 2014, ص 29

2-ولّد حيدر جابر , طرق إدارة المرفق العام والخصخصة ,المؤسسة العامة , الطبعة 1,منشورات حلبي الحقوقية لبنان , 2009 ,ص 25

الفرع الثاني: من حيث الخطر الذي يتحمله المفوض له : في عقد الامتياز يمول المفوض له لانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق بنفسه ويدفع أموال قد تكون طائلة لإقامة مشروعه الاستثماري و يتحمل الأخطار التي قد تلحق به وفي المقابل يتقاضى أتاوي من مستخدمي المرفق العام .

-بينما في عقد الإيجار فإن تمويل المشروع يكون من قبل السلطة مانحة التفويض ويقتصر دوره في التسيير وصيانة المرفق العام مقابل اتاوة سنوية يدفعها المؤجر له ويتقاضى أجره من تحصيل الاتاوي من مستعملي المرفق وبالتالي نسبة الأخطار تقل في عقد الإيجار الإداري , و يتصرف المفوض تحت مسؤوليته ولحسابه في تسيير المرفق العام**ج : من حيث رقابة الإدارة مانحة التفويض** : تشكل الرقابة الداخلية للإدارة المتعاقدة أهم الضمانات كونها تمارس من للإدارة نفسها وبموظفيها ويعتبر نجاحها ونجاعتها مؤشرا هاما فيتكريس المبادئ العامة لتنظيم صرف المال العام . وعليه فإن الإخلال بالالتزامات من قبل صاحب التفويض يعني تدخل الإدارة بما تملكه من امتياز السلطة العامة لتقويم العمل لان الهدف يتمثل في تحقيق النفع العام.

المبحث الثاني: من نموذج عقد الوكالة إلى نموذج عقد التسيير

في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي اتبعتها الحكومة الجزائرية والتي تهدف لإعطاء استقلالية كبيرة في تسيير لمؤسسات القطاع العمومي تم اللجوء إلى الاستحداث العقود الجديدة منها عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير فلقد كانت فكرة الوكالة في العقد الإداري معروفة إلا أنها لم تحظى باهتمام كثير من قبل الفقهاء وفي هذا الصددٌ عرفها الدكتور وليد حيدر جابر الوكالة بأنها " عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو بعدة قضايا أو باهتمام عمل أو فعل أو جملة من أعمال أو أفعال ويشترط قبول الموكل ويجوز أن [1]يكون قبول الوكالة ضمنيا وأن يستفاد من قبل

1-وليد حيدر جابر , طرق إدارة المرفق العام والخصخصة المؤسسة العامة مرجع سابق , المرجع السابق 374

الوكيل كذلك , تم استحداث عقد جديد هو عقد التسيير النابع من عالم المال و الأعمال وبالرجوع إلى القانون01/89 المتمم الأمر75-58 المؤرخ في1975/09/26[1] المتضمن القانون المدني أنشأ فصل جديد مخصص لعقد التسيير يفهم على أنه من نوع خاص وحتى جديد من العقود الواردة على العمل وبهذا فإن ترقيةالاقتصاد الوطني , وجدت مؤازرة قانونية في مجال العقود هذا الفصل الجديد يساهم في الواقع في تجسيد إرادة تحرير الاقتصاد الوطني . وتعرف المادة الأولى من القانون 01/89 الصادرة في1989/02/07 من(3)الفصل الجدُد عقد التسيير بأنه " العقد الذييلتزم بموجبه متعامليتمتع بشهرة معترف بهايسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها , باسمها ولحسابها مقابل أجر فيطغى عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج للبيع " وسنتناول هذا المبحث من خلال مايلي:

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

1-القانون 01/89 المتمم لأمر 75-58 المتضمن القانون المدنً ج.ر.رقم 06 , بتاريخ 1989/02/8

المطلب الأول : عقد الوكالة:

الفرع الأول: الوكالة العادية

هي تلك الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني من جهة تكوينها ومن جهة أثارها وانقضائها . وإذا أردنا استخراج الخاصية الأكثر بروزا لعقد الوكالة التي تمنح لها طابعا خصوصا بالنظر إلى كل العقود الأخرى يجب التمسك بهدفه : فهو تصرف قانوني موجه نفسه نحو إبرام تصرفات قانونية أخرى , ونتيجة لذلك وما عدا الحالة التي يفشل فيها الوكيل في تنفيذ المهمة المسندة إليه بموجب عقد الوكالة نجد أنفسنا في آخر المطاف أمام عقدين مركبين , فمن جهة نجد عقد الوكالة نفسه ومن جهة أخرى العقد) أو التصرف القانوني(المبرم من طرف الوكيل تنفيذا لمهمته . ويجب الاحتفاظ بهذه الازدواجية بصفة دائمة في الذهن أثناء الدراسة , حتى ولو كانت هذه الأخيرة تنصب أساسا على عقد الوكالة نفسه , فالتصرف القانوني النهائي المبرم بواسطة ميكانيزم الإنابة) أو التمثيل (يخضع لنظامه الخصوصي طبقا لطبيعة[1] عرفت المادة 571 ق . م ج عقد الوكالة بأنه "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر القيام بعمل شيء لحساب الموكل , و لا يتكون العقد إلا بقبول الوكيل له و هذا مقتبس حرفيا من النص الفرنسي) القانون المدني الفرنسي.

L'article 1984 prévoit que «le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandat et en son nom ».cette définition est insatisfaisante en raison des termes « quelque chose » car cette notion est proche de celle de la définition du contrat d'entreprise.

Définition doctrinale : convention par laquelle une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplie des actes juridiques

1-آ لحسين بن شيخ ,أ ت ملويا. عقد الوكالة , دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة , ص 25

en son nom et pour son compte. Source contractuelle de représentation, d'origine légale ou judiciaire.

Le contrat de mandat est un contrat classique ,synallagmatique ,en principe consensuel , la spécialité provient du fait qu'elle fait intervenir une troisième personne : le tiers concluant le contrat avec le mandataire .il conclu avec le mandataire mais est lié au mandant .il permet de réaliser un dédoublement de la personnalité juridique et permet au mandant d'avoir un certain pouvoir d'ubiquité, il est très utile , ne serait-ce qu'en matière de mandataires sociaux , représentation de la personne morale , fondant ainsi la quasi-totalité du droit des sociétés.

Ce contrat est dangereux car une personne peut exprimer la volonté juridique d'une autre à sa place, avec les engagements que cela implique .seuls certains contrats ne peuvent pas faire l'objet d'une procuration : ex le mariage.

Le mondât doit donc être marqué du signe de la confiance

الفرع الثاني: الوكالة كعقد إداري

عرف الدكتور وليد حيدر جابر الوكالة بأنها " عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو لعدة قضايا أو باهتمام عمل أو فعل أو جملة من أعمال أو أفعال ويشترط قبول الوكيل ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنيا[1]وأن يستفاد من قبل الوكيل بها

-أصبحت فكرة الوكالة في العقد معروفة إلا أنها لم تحظى باهتمام كبير من قبل الفقهاء الذي يفسر على أنها تأخذ صراحه أو ضمنا بفكرة الوكالة

❖ عند مأٌ يتعاقد أحد الأشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام

فهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضفي على العقد الطابع الإداري وان ابرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص.

1-وليد حيدر جابر,طرق إدارة المرفق العام والخصخصة المؤسسة العامة , مرجع سابق , ص54.

ثالثا : تعريف الوكالة من خلال م . ر رقم 18 / 199:

الوكالة المحفزة :

تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسٌر أو تسٌر وصيانة المرفق العام وٌقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته , ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مبوأة من رقم الأعمال يضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء . تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية . الفرع الثاني : انجاز تصرفات قانونية لصالح الغير :

1-**الالتزام بالعمل** : بنصب تعهد الوكيل على التزام بعمل وسبب ذلك رتبت الوكالة ضمن العقود الواردة على العمل أو كما عبر ذلك النص الفرنسي للقانون "على العقود الواردة على تقديم الخدمات حتى ولو كانت مهمة الوكيل تتعلق بمال مثل بيعه أو شرابه أو إدارته , فالتزامه لا ينصب على هذا المال بل فقط على التصرف الذي يجب أن يقوم به بخصوصه وهذا تغيير في المحل الأول تطبيق النظام الخاص لهذا النمط من الالتزامات والمتمثل في الطابع الشخصي وكذا [1] استحالة التنفيذ الجبري بالطبيعة وسلطة القضاء في تحديد ومراجعة المقابل المالي لكن هذا يسمح أيضا بتمييز الوكالة عن البيع في بعض الحالات أن يتقرب الظروف فيها بينهما . ولا يتحمل الوكيل تبعات الشيء " مخاطر الشيء أو ضمان العيوب الخفية لأنه يتعهد بالتزام بعمل وليس بتسليم شيء.

2-التعاقد بالوكالة عن الشخص العام :يمكن تكييف العقد المبرم بين الطرفين من أشخاص القانون الخاص بأنه عقد إداري على الرغم من الصفة الخاصة لأطرافه وذلك في حالة ما إذا كان احدهما يتصرف بصفته وكيلا عن احد أشخاص القانون العام , سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية وفي حقيقة الأمر فإن هذه الصورة لا تعد خروجا على القاعدة

1- المادة 625 ق ا م ا , راجع لحسين بن الشيخ أ ت ملويا مرجع سابق , ص 24.

السابق بأنه الان الوكيل يمثل الموكل قانونا ويحل محله كما لو كان هو المتعاقد نفسه وفي الغرض الذي نحن بصدده ,يعد احد أطراف العقد هوا الأصيل أي الشخص العام وليس الوكيل(الشخص الخاص) الذي مثله. [1]

3-**عمل تصرف قانوني** :يتميز أداء الوكيل في كونه بنصب على انجاز تصرفات قانونية وليس القيام بأعمال مادية مبسطة وهذا وما يميز عقد الوكالة عن عقد المقاولة ,حيث عرفت المادة 549 ق مدني عقد المقاولة يقولها <<المقاولة عقدٌ يتعهد يمكن اللجوء إلى التنفيذ الجبري في الالتزامات المنصبة على الوكيل لأننا بصدد التزام بعمليات وقف على شخص المدني وهو الوكيل لكن لا يمنع ذلك من اللجوء إلى التهديد المالي بواسطة الغرامة التهديدية بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عمال مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الأخر>>[2]

- **تصرف قانوني لحساب الغير** : لا يتصرف الوكيل (المفوض له) لحسابه الخاص ولكن لحساب شخص أخر (المفوض) والذي يكلفه بتسيير أو تسيير وصيانه مرفق عام وهذا هو العنصر الأساسي للوكالة , فالتصرف الذي يقوم به المفوض له سواء ينجز لحساب الموكل وعلى تبعاته بمعنى أنه يتحمل مخاطر ذلك

المقابل : **المالي** : تدفع أجرة الوكيل (المفوض له) مباشرة من السلطة المفوضة (الموكل) وذلك بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء ويقوم الوكيل .بتحصيل الإتاوات من مستعملي المرفق تحدد السلطة المفوضة (الموكل) بالاشتراك مع المفوض له

(الوكيل) تعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض له تعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية[3]

1-عبد هلا طلبة , نجم الأحمد , القانون الإداري منشورات جامعة دمشق 2014/2013 , ص 328

2-لحسن اثي ملويا ,عقد الوكالة دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة , مرجع سابق , ص30ص,31

3-م ر , رقم 15/247 , تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام , مرجع سابق , ص 8

المطلب الثاني : عقد التسيير : في الجزائر , مع سنة 1988 كانت نهاية احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي , وعرفت نقطة انطلاقة الصالحات اقتصادية مهمة , والتي كان الهدف منها توجه البلاد نحو اقتصاد السوق وهذا من أجل إعادة نمو الاقتصاد الوطني كشرط أساسي من اجل لعب دور في السوق الواسع وفي ظل العولمة الاقتصادية هذا التغيير الكبير والجذري نحو اقتصاد السوق, نتج عنه ضرورة وضع نظام قانون جديد موجه نحو إيجاد مؤسسات حرة مع كل النتائج التي أثرت على المحيط القانوني ومنذ هذا التاريخ باشرت السلطة الجزائرية عملية كبرى من الإصلاحات على النسيج القانوني الذي كان يعتبر صلبا , وقد اتخذت هذه العملية عدة أشكال , في المقام الأول خصت هذه التعديلات تنظيم المؤسسات الاقتصادية , وأيضا نشاطاتها ومن هذه التعديلات تنظيم المؤسسات العمومية لم تتوقف عن التطور بداية بالقانون 88-01 المتضمن استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية , ثم القانون 88-04 الذي وضح أكثر هذه الفكرة , بحيث أن احتكار الدولة للتجارة الخارجية تراجع في إطار القانون 8-29 وهذا ما نصت عليه المادة 19 من دستور 1989[1] الذي لم يكسر مبدأ الاحتكار , وإنما منح الدولة تنظيم التجارة الخارجية فقط, وأكده دستور 1996. المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات ذات الاقتصاد المختلط , أصبحت التسري عليها طبقا للمرسوم 88- 72المؤرخ في29 مارس 1988 نصوص قانون الصفقات للمتعامل العمومي الجزائري وهنا يتعلق الأمر بإحدى الإجراءات المتخذة في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي انتهجتها الحكومة الجزائرية و التي كانت تهدف إعطاء استقلالية كبيرة في التسيير لمؤسسات القطاع العمومي والشركات ذات الاقتصاد المختلط , هذا التطور الذي يتلاءم مع المرحلة التي تمر بها الجزائر والعالم , اثر على قانون العقود حيث عرف هذا الأخير نهوض جديد , حيث ترك أكثر مرونة ومكان أوسع لمبادرة المؤسسات العمومية

---

1 -دستور الجمهورية الجزائرية المصادق عليه استفتاء 23 نوفمبر 1989 الصادر بالمرسوم رقم 89-18 مؤرخ في 1989/12/28 , ج,ر,ع ,09 بتاريخ : 1989/12/28 , ص 234

وتنظيم للعالقات الاقتصادية , وبهذا فإن إنشاء عقد جديد نابع من عالم الأعمال وهو عقد التسيير يعكس هذه الإصلاحات ثم بصدور القانون 199/18 جاء برؤية جديدة وطرق تسيير للمرفق العامة لمواجهة الأعباء المختلفة ومواكبة هذا التطور.

الفرع الأول: تعريف عقد التسيير قبل قانون 199/18

أولا – تعريف عقد التسيير :يعرف عقد التسيير على انه ذلك العقد الذي بموجبه يضع المالك (المسير) كل أو بعض من أملاكه تحت تصرف شخص آخر يسمى (المسير) ويمنحه سلطة القيام بكل عمل مادي وقانوني لحسابه وهذا بهدف تثمين هذه الأملاك[1].

أما الأستاذ **PHMERLE** عرفه على انه " اتفاق بين شركة مالكة للعقارات والتجهيزات الخاصة بنشاط المؤسسة تعهد التسيير إلى شركة أخرى متخصصة في النشاط المرغوب ممارسته يكون لديها قدر مهم من الخبرة ,المعرفة الفنية و المهارة ويرى بأن هذا العقد الجديد يمنح للشركة المسيرة سلطة الإدارة ورقابة الاستغلال ويدفع لها على هذا الأساس الأجرة على شكل نسبة بصيغة معينة.

أما الأستاذ **CUIF..FR–P** يعرف عقد التسيير على أن ذلك العقد الذي ينظم نشاط التثمين**VALORISATIONDEACTIVITE'L**ٌقوم به شخص معين [2]على موجودات شخص أخر لحساب ومصلحة هذا الأخير .أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد التسيير من خلال القانون 01/89 الصادر بتاريخ1989/02/07 [3]وقد تطرقنا إليه في مقدمة هذا الفرع ويمكن أن نستخلص ما يلي من هذا التعريف :

–أن محل الالتزام في هذا العقد إتمام أداء خدمات هذه الخدمات تكون على مجموعة

1-كحلولة محمد, APROPOS DU CONTRAT .MANA GEMENT ENTRPRISE DE GESTION - TOURISTRIQUE DE TELEMCEN P39

2-راجع : سعيداني مصطفى, مكان عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات مرجع سابق, ص18 .

3-ج ر رقم 6 بتاريخ 1989/02/08 المتضمن القانون المدني

اقتصادية , تشكل وحدة مستقلة بمعنى مؤسسة أي لاينصب عقد التسيير على محل تجاري.

كما أن العقد يخص كليا أو جزئيا أموال الشركة المالكة والمستثمرة فمثال إذا كان الأمر يتعلق بمطعم أو فندق فإن عقد التسيير يمكن أنيتعلق على إجمالا النشاط , وقديتعلق بجزء من النشاط أما على الفندق أو المطعم , وتبقى دائما الحيطان والتجهيزات ملكية المسير أي المالك والمسير ليس لديه أي حق ملكية على الهيئة التي يقوم بتسييرها بالإضافة إلى تسيير واستغلال هذه الوحدة الاقتصادية يجب أن تكون هذه الشركة المسيرة متخصصة في النشاط الاقتصادي المحدد ويكون لديها قدر مهم من الخبرة والمهارة وتتمتع بشهرة وسمعة وتكون لديها علامة مميزة وشبكة تجارية بالإضافة إلى معرفة كبيرة بالأسواق و إمكانيات للعمليات التجارية على المستوى العالمي وبالمقابل فإن الطرف المسير (أي الشركة المالكة)لا تكون إلا شركةعمومية اقتصاديةأو شركة ذات اقتصاد مختلط إما بالنسبة الجرة الشركة المسيرة فتكون غالبا محددة على أساس نسبة معينة , وليس لها أن تتحمل المخاطر[1] .ولهذا سنتطرق إلى تحدّد مفهوم المرافق العامة الاقتصادية ثم إلى القانون الذي يحكمها:

أ – المرافق العامة الاقتصادية: بفعل الأزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة وظهور نوع آخر من المرافق يزاول نشاطا اقتصاديا وتجاريا دعا الفقه والقضاء على ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد العام والمقصود [2] بالمرافق الاقتصادية "مجموع المرافق العامة التي تمارس وتزاول نشاطا اقتصاديا بهدف تحقيق أهداف اقتصادية لإشباع الحاجات العامة المختلفة . وإذا كانت المرافق العامة الإدارة تدار كقاعدة عامة بوسائل القانون العام واستثناء بوسائل القانون الخاص فإن طبيعة نشاط المرافق الاقتصادية تترك الجانب الأكبر في إدارتها وتسييرها احكام القانون الخاص " ومن ثم لاختصاص القضاء العادي , نظرا لان وسائل القانون العام يمكن بحكم تنافرها والنشاط الخاص أن تعوق نشاط المرافق العامة

1-سعيداني مصطفى , مكانة عقد التسيير تنظّم قطاع الخدمات , مذكرة من اجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق , جامعة وهران 2013/2012 , مرجع سابق , ص 20

2-عمار عوابدي ,القانون الإداري, النشاط الإداري , الجزء الثاني , مرجع سابق , ص63

الصناعية والتجارية .... إلا انه متى رأت الإدارة وقدرة ضرورة الاستعانة بوسائل القانون العام فال شيء منعها بطبيعة الحال.

ب – **القانون الذي يحكم المرافق العامة الصناعية والتجارية:** تشمل المرافق الاقتصادية المرافق الصناعية والتجارية ومرافق التوجيه الاقتصادي التي تحدد موضوع نشاطها في مراقبة النشاط الاقتصادي في الدولة وتوجيهه لوجهة التي تتفق مع المصلحة الوطنية ولتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية التي ترسمها الدولة . ولقد كانت هذه المرافق عام 1921 تخضع لنفس النظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة الإدارة وذلك أن محكمة التنازع الاختصاص في حكمها الشهير في قضية(ELOKA)المتعلقة بالشركة التجارية لغرب إفريقيا التي رفعت الدعوى تطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي تسبب لها نتيجة غرق سياراتها التي كانت تحملها – إلوكا– التي عرفت أثناء عبورها الجزر الصغيرة بساحل العاج وقد تقرر في هذا الحكم وأحكام أخرى تلتها إخضاع المرافق العامة الصناعية والتجارية أحكام القانون الخاص في كل من يتعلق بتسيير [1]العمل فُّها وقد أثار الفقهاء الفرنسيون (ديكي –بونار) ضد هذه الإحكام على أساس أنه يجوز تطبيق الأحكام الخاصة على المرافق العامة الصناعية والتجارية , ويمكن القول بوجه عام أن الرأي السائد في فرنسا في الوقت الحالي يتلخص في أن المرافق العامة الصناعية والتجارية تخضع للقانون الإداري والقانون الخاص معا في نطاق محدد غيرانه لا يوجد معيار محدد متفق عليه فيما يتعلق بتحديد دائرة كل من القوانين.

-1-مصطفى أبو زّد فهمً , القضاء الإداري ومجلس الدولة, مصر 1966 ,ص 873

الفرع الثاني: تعريف عقد التسيير من خلال م –ر 199/18

أولا:التسيير : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له , بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام ويستعمل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته [1], ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال ,تضاف لها منحة إنتاجية, تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام وتحتفظ بالأرباح وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك المسير الذي يتقاض أجرا جزافيا و يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية . إذا فالتسيير هو العقد المبرم بين هيئة عمومٌة وشخص من القانون الخاص , هدفه ضمان تسيير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام وهناك من يعتبر أن عقد التسيير ليس تفوٌض للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه , المسير (جزافي ليس له ارتباط لاستغلال المرفق و ألايتحمل خسائر وأرباح التسيير (المسيرسير المرفق لحساب الجماعة العمومية ويضمن السير العادي للمرفق العام والجماعة العمومية هي التي تتحمل مخاطر تسيير التقنية والمالية , وحتى المقابل الماليغير مرتبط باستغلال وكيفية التسيير بل هو مبلغ جزافي محدد مسبقا فيالعقد النتائج المترتبة على عقد التسيير[2]

1–موظفو المرافق العمومية هم موظفون عموميون يخضعون لقانون الوظيفة العمومية من حقوق والتزامات .

2–تعتبر كل أملاك المرفق العام أمالك عمومية تخضع لأحكام الدومين العام في التنازل

3–تسري على أعمالها وتصرفاتها المسؤولية الإدارية.

1–م.ر.18ٌ/199 , تضمن تنظٌم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام , مرجع سابق

2–نادية ضريفي ,تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ,مرجع سابق ص 59

4-العقود التي تبرمها عقود إدارية

5-تعتمد في تمويلها على الميزانية العامة للدولة أو على مزانية الجماعة المحلية بطريقة مباشرة حسب الإطار الإداري

❖ تخضع لقواعد المحاسبة العامة وللرقابة على المالية العمومية

7-القرارات التي تصدرها قرارات إدارية [1]والملاحظ على هذه التعاريف أنها تشدد أيضا على معيار التمثيل بالنسبة لبعض الفقهاء , فإن عقد التسيير هو اتفاق بين شركة التسيير والشركة المالكة أي المستثمر ويصفون أن عقد التسيير هو عبارة عن وكالة تمنح من مؤسسة معينة إلى شركات خدمات مخصصة تباشر التسيير وزيادة على ذلك فالأطراف أنفسهم يستندون في إنشاء عقد التسيير إلى الوكالة التي هي عبارة عن اتفاق بموجبه يتصرف شخص باسم ولحساب شخص أخر, نفس الاتفاق يسمى عقد التسيير " عقد تسيير المؤسسة (2)وكالة تسيير "أو أيضا استشارة التسيير .بالنسبة للفقه لا تشكل هذه التسميات المختلفة مجرد تنوع أو تحليلات قانونية, وإنما تظهر لنا أن هناك صعوبة في تكييف هذا العقد , ليس هذا هوا الحال بالنسبة لشركات التسيير التي يكون لديها مهمة تسيير مؤسسة الغير تحت غطاء الوكالة حيث يسمح لها هذا الغطاء التحول عن القواعد القانونية الآمرة . لا نستطيع عدم استخلاص التناقض العميق الموجود بيننية الأطراف وجعل الوكالة كمرجعية في حالة ما إذا علمنا بأن الوكالة تتحقق في ما يتعلق بالتصرفات القانونية ولكن لايسمح هذا عند ما يتعلق الأمر بالتصرفات الإدارية , ولقد أظهرت الوكالة محدوديتها بالرغم من المجهودات المبذولة في الممارسة التي تبحث عن محاولة التعديل والتحقيق لهذا النظام ليتجاوب مع المتطلبات عن طريق التسميات الجديدة الوكالة الدائمة MANDAT IRREVOCABLE الوكالة بدون تمثيل MANDAT SANS Représentation

أو في وكالة مدمجة ضمن عقد مركب , وبهذا فعقد التسيير وبخلاف الوكالة يسمح بتسيير

1-سليمان محمد الطهاوي , مبادئ القانون الإداري ط6 دار الفكر العربً القاهرة 2007 ص 50

2-راجع : سعيداني مصطفى, مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات ,مرجع سابق , ص2

مستقر ودائم ودون اللجوء إلى انتقال الأملاك المسيرة وكذا أي تمثيل يقوم به المسير باسمه

وأخيرا فإن عقد التسيير هو عقد خدمات من نوع خاص يحقق بطريقة جديدة الفصل بين الملكية والاستغلال بما أنا الاستغلال يتصرف من طرف المسير لحساب المسير وبهذا يظهر عقد التسيير كعقد فريد. أما كلمة تسيير : GESTION فهي تستعمل كثيرا في الحياة اليومية وبمعاني مختلفة وبصفة عامة فإن مصطلح التسيير يعني الإدارة التوجيهية عملية تسيير الشؤون [1]الشخصية حاليا يعتبر التسيير كعلم مستقل مثل الرياضيات , لديه قواعد خاصة وما يثبت هذا هو النجاح الكبير للمؤلفات المتخصصة , خاصة في ما يتعلق بالمؤسسة –وبالنسبة لرجال القانون فإن للتسيير مفهوم خاص مختلف عن تلك الموجود لدى الاقتصاديين والمسيرين , وقد حاول بعض الفقهاء إيجاد مفهوم قانوني للتسيير وحسب الأستاذ CUIF.PF فإن التسيير هو مفهوم قانوني خاص حيث يعرفه على أنه " ذلك النشاط الذي يكون مضمونه في تدخل شخص على أملاك الغير . فالتسيير هو علم وفن موضوعه ودراسة القرارات الإستراتيجية والتقنية التي تعود إلى أصحاب القرار في التنظيمات وخاصة المؤسسات.

ثانيا : خصائص عقد التسيير:

أ – عقد التسييريحقق تحويل السلطة: وفي هذا الإطار فإن المسير يمارس نفس الوظائف الممنوحة للمدير .

ب – حظر التفويضات العامة للسلطات : عقد التسييريمنح المسير صلاحيات واسعة لتسيير ورقابة استغلال الوحدة الاقتصادية.يبرم العقد . يفاوض .يوظف.....الخ , والمطلوب منه تسيير الوحدة المستقلة , ويعد باطلا أي إجراءيتخذه المسير منصوص عليه في عقد التسيير وفي حالة العجز فإن الإدارة تستبدل لذلك المسير بمسير أخر.

ج – عقد التسيير يحقق الفصل بين سلطة التسيير والمسؤولية : في عقد التسيير يتمتع

1–سعيداني مصطفى , مكانة عقد التسيير في تنظّيم قطاع الخدمات , مرجع سابق , ص 37ص 38.

المسير بالسلطة دون تحمل أي مسؤولية ' بينما نجد أن الشركة المالكة رغم تجريدها من الصلاحيات غير أنها تتعرض للمسؤولية عن الأخطار المرتبطة بالتسيير والاستغلال.

يتميز عقد التسيير بما يلي

– 1 – : من حيث الأطراف المتعاقدة : قبل القانون 199/18 أحد أطراف عقد التسيير يتمحور أو يتجسد في المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركات ذات الاقتصاد المختلط , التي تعتبر شركات تجارية وليست هيئة إدارية , أما من خلال القانون 199/18 ضرورة أن يكون احد الأطراف شخص معنوي عام خاضع للقانون العام والمسؤول عن المرفق العام .

–2 – من حيث الجانب المالي : إن المسير في عقد التسيير يقوم بتسيير أموال تابعة للغير.

المسير في عقد التسيير يتلقى أجر متفق عليه مسبق<<منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية >>وفي حالة عجز المسير على القيام بإلزاماتهم تعويضها باجر – وٌتقاضى أجرا جزافيا

– 3 –من حيث تحمل الأخطار :يتحمل المفوض المخاطر وهذا ما يدل أن دوره يقتصر سوى في عملية التسيير.

المطلب الثالث: عقد المناولة:

الفرع الاول: تعريف عقد المناولة: عند الرجوع الى النصوص القانونية المنظمة لعقد المناولة سواء التشريعية في القانون المدني او التنظيمية في قانون الصفقات العمومية ,نجد انه لا يوجد في موادها تعريف لفكرة التعاقد من الباطن , و على الرغم ان المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية تبنى المفهوم القانوني للمقاولة الفرعية او عقد المناولة في المادتين 564 و 565 من القانون المدني 05/06 حيث بينت هاتين المادتين جواز ابرام عقد المقاولة من الباطن و مفهوم المسؤولية العقدية للغير و الحماية المقررة لهم قانونا

اما تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم لتنظيم الصفقات العمومية 236/10 فقد اورد التعاقد من الباطن , ضم القسم السادس من الفصل الرابع تحت تسمية المناولة مخصصا المواد 140 الى 144 على اعتبار انها تعاقد من الباطن . تتم بين المتعامل و

المتعاقد الاصلي (صاحب الصفقة) و المناول بموجب عقد المناولة , و هما يعملان معا لتنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة .

❖ التعريف الفقهي:

تعددت تعاريف الفقهاء لعقد المناولة , سواء في القانون العام او القانون الخاص نتطرق الى البعض منها كالاتي:

❖ في نطاق القانون العام : دهب بعض الفقهاء العرب الى تعريف التعاقد من الباطن بانه : " التصرف الذي يبرمه المتعاقد في العقد الاصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد او تنفيد التزماته التعاقدية " [1] .

و يعرفه جانب اخر بانه "تلك الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المتعاقد الاصلي التي اختارته الادارة, بالدخول بعلاقة قانونية من الطرف الثالث لتنفيذ جزء من موضوع العقد , بحيث يظل المتعاقد الاصلي مسؤولا على تنفيذ العقد برمته , و ضامنا لهذا الذرف الثالث الذي يطلق عليه المتعاقد من الباطن [2] .

ب-في نطاق القانون الخاص : عرفه جانب من الفقه : " عقد يعهد من خلاله احد المقاولين الى مقاول ثاني يسمى مقاول من الباطن و تحت مسؤوليته تنفيذ جزء او كل العقد المقاولة المبرم مع صاحب العمل فردا عاديا او شخصا عاما [3]

1- م 210 م.ر 15/247 ,تضمن تنظيم الصفقات العمومّة وتفويضات المرفق العام .مرجع سابق

2- علي عبد الأمير قبلان، آثار القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ب د دار النشر، بيروت، 2011، ص.211

3- المرجع نفسه.

❖ التعريف الاقتصادي:

لقد تبنى المشرع الجزائري المفهوم الاقتصادي للمناولة في عديد النصوص القانونية المتعلقة بالقطاع الصناعي كالقانون التوجيهي 02/17 و المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة, و جاء هذا ضمن الفصل الثالث , من الباب الثاني المخصص لتدابير المساعدة و دعم ترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة , حيث ركز على ضرورة الاهتمام بمؤسسات المقاولة , باعتبارها احسن وسيلة لتطوير النسيج الصناعي.

و تناولت المناولة الصناعية على انها جميع الالتزامات في مجالات الانتاج و الخدمات الصناعية (من مكونات , منتجات , اكسسوارات, خدمات) التي تنشا بين مؤسستين او اكثر طبقا لعقد متفق عليه و ملزم للطرفين مما يضمن استمرار العلاقة و الخدمة و المنافع المشتركة [1] .

الفرع الثاني : تعريف عقد المناولة في نظر المرسوم التنفيذي 199/18 :

عقد المناولة : عرف المرسوم التنفيذي 199/18 في مادته 60 كالاتي : يقصد بالمناولة في مفهوم هذا المرسوم . الاجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص اخر طبيعي او معنوي يدعى " المناول " , تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة و المفوض له , شريطة ان يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية انجاز منشات او اقتناء ممتلكات ضرورية لاقامة المرفق العام او لسيره , و ذلك في حدود 40 بالمئة من اتفاقية تفويض المرفق العام [2] .

وكما رخص المشرع الجزائري في نفس المرسوم في مادته 61 : انه " يمكن للمفوض له ان يعهد الى مناول او عدو مناولين انجاز المنشات او اقتناء ممتلكات موضوع اتفاقية التفويض , حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول او المناولين و يبقى المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المفوضة عند تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة .

لا يمكن اللجوء الى المناولة الا اذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك .

كما يجدر الذكر ان الادارة المفوضة او جهة مفوضة اشترطت على عدم تفويض المرفق العام من طرف المفوض له أي المستفيذ الاصلي الى شخص اخر غير انه اذا فرضت متطلبات التسيير يمكن للمفوض له اللجوء الى مناولة جزء من المرفق العام .

ولا يمكن في جميع الحالات ان يكون المرفق العام الذي خص به المفوض له موضوع مناولة بصفة كلية و هذا حسب المادة7 من المرسوم التنفيذي 199/18.

1- صابر حاجي وعبد الباسط قرنازي، المناولة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكادمي في الحقوق، تخصص قانون إداري، جلمعة المسيلة، 2016-2017، ص 09

المطلب الرابع: مميزات بين العقود الثلاثة :

❖ **– عقد التسيير وعقد الوكالة** :إن عقد التسيير يقدم أحيانا على انه عقد وكالة يعوض هذا العقد هو جديد قديم لديه المستقبل أمامه , والذي لمينته من قياس حيوية عقد الوكالة الذي له آلاف الأوجه يسمح بشخص القيام بتصرفات قانونية دون

أن يكون حاضرا فعليا لأنه ممثل , وهذا ما يعطيها عدة مزايا لأنه بواسطة هؤلاء الوكلاء يمكن يكون حاضرا في نفس [1] الوقت وفي عدة أمكنة.

–الوكالة تحفز النشاطات المتعددة وأكثر حداثة , عقد الوكالة أصبح تحت التأثير الثنائي للتطور الاقتصادي والتعقيد المتنامي للحياة القانونية والدليل هو توسع الوكالات في الحياة التجارية وهذا ما أدى إلى ظهور قواعد [2] خاصة بالرغم من القواعد العامة للوكالة الناتجة عن القانون المدني لم تختفي تحت تأثير هذا التطور , بعض الفقهاء يتساءلون إذا ما كان المسير الذي يتصرف باسم ولحساب المؤسسة المالكة يقوم بإتمام مهمته في إطار الوكالة وحتى وكالة خاصة.

في الشركة , وهو بهذا مزود بالسلطات الواسعة للتصرف ويستطيع إبرام جميع العقود و الصفقات[3].

وكخلاصة لهذا الفصل من خلال تطبيقات تفويضات المرفق العام في الجزائر اعتمادا على النماذج الأربعة الامتياز , الإيجار , الوكالة , التسيير , ما يمكن قوله أن هناك تكريس للطابع التنظيمي على حساب الطابع التعاقدي من خلال النصوص القانونية التي تناولناها وكذلك المواقف الفقهية التي ساهمت في دراسة موضوع التفويض فالإدارة مما تملكه امتيازات السلطة العامية يجعلها في مركز أقوى من المتعاقد معها , وان البحث على المساواة في العقد الإداري يقوم على التوازن الدقيق بين مصلحة العامة التي تمثلها السلطة مانحة التفويض والمصلحة الخاصة التي يمثلها صاحب التفويض وهو ما لا نتصوره حين ما تتصرف الإدارة عن طريق الاتفاق , الملاحظ لدفتر الشروط المعد من قبل الإدارة مسبقا تجعل الطرف الثاني المتعاقد معها في مركز اقل لأنه يذعن لهذه الشروط وما عليه إلا التسليم لما جاء في دفتر الشروط عن طريق اللائحة والجانب التعاقدي المتبقي له ما كان ليكون لوال قبول صاحب التفويض وعقد الامتياز اكبر وأحسن دليل على ذلك وهو ما يجعلنا في حيرة ويصعب علينا فهم محتواه الحقيقي , ثم أن الملاحظ لهاته العقود وبالخصوص عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير أراد

منهما مواكبة و ملائمة التطور الذي تمر به الجزائر ولم تكن معروفة قبل المرسوم 247/15 كعقود إدارية بل كانت تنظمها مجموعة من القوانين الأخرى كالقانون المدنً والقانون المتضمن تنظيم أسواق المتعامل الاقتصادي وهو مايجعلنا بحاجة لضبط المفاهيم وتحديد الاحتياجات الوطنية تشريعيا وليس ما يملئ علينا من الخارج.

ب)- **تمييز بين عقد المناولة و عقدي التسيير و الوكالة** :

- ❖ عقد المناولة يكون في تنفيذ جزء من الصفقة ولا يجوز في جميع الحالات ، أن يكون المرفق العام الذي خصى به المفوض له موضوع المناولة بصفة كلية كما هو معمول به في عقد الوكالة و عقد التسيير [1]
- ❖ عقد المناولة تكون إتفاقية جزئية من إتفاقية إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره وذلك في حدود 40 بالمئة من إتفاقية المرفق العام [2]
- ❖ عقد المناولة ينشأ بين المفوض له صاحب عقد الإمتياز أو عقد الوكالة المحفزة و بين المناول أو عدة مناولين لإنجاز المنشآت أو إقتناء ممتلكات موضوع إتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على إختيار المناول أو المناولين
  - ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من إتفاقية التفويض موضوع المناولة
  - ولا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت إتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك [3]

خلاصة الفصل الثاني:

في الشركة ، وهو بهذا مزود بالسلطات الواسعة التصرف ويستطيع ابرام جميع العقود والصفقات [1]

وكخلاصة لهذا الفصل من خلال تطبيقات تقويضات المرفق العام في الجزائر اعتمادا على النماذج الخمسة الامتياز ، الايجار ، الوكالة ، التسيير و المناولة، ما يمكن قولة أن هناك تكريس للطابع التنظيمي على حساب الطابع التعاقدي من خلال النصوص القانونية التي تناولناها وكذلك المواقف الفقهية التي ساهمت في دراسة موضوع التفويض فالإدارة مما تملكه امتيازات السلطة العامة يجعلها في مركز اقوى من المتعاقد معها ، وان البحث على المساواة في العقد الإداري يقوم على التوازن الدقيق بين مصلحة العامة التي تمثلها السلطة مانحة التفويض والمصلحة الخاصة التي يمثلها صاحب التفريط وهو مالا نتصوره حين ما تتصرف الإدارة عن طريق الاتفاق ، الملاحظ لدفتر الشروط المعد من قبل الإدارة مسبقا تجعل الطرف الثاني المتعاقد معها في مركز اقل لأنه يذعن لهذه الشروط وما عليه الا التسليم لما جاء في دفتر الشروط عن طريق اللائحة والجانب التعاقدي المتبقي له ما كان ليكون لولا قبول صاحب التفويض وعقد الامتياز اكبر واحسن دليل على ذلك وهو ما يجعلنا في حيرة ويصعب علينا فهم محتواه الحقيقي ، ثم أن الملاحظ لهاته العقود وبالخصوص عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير وعقد المناولة أراد منهما مواكبة و ملائمة التطور الذي تمر به الجزائر ولم تكن معروفة قبل المرسوم247/15 والمرسوم رقم 199/18 كعقود إدارية بل كانت تنظمها مجموعة من القوانين الأخرى كالقانون المدني والقانون المتضمن تنظيم أسواق المتعامل الاقتصادي وهو ما يجعلنا بحاجة لضبط المفاهيم وتحديد الاحتياجات الوطنية تشريعيا وليس ما يملي علينا من الخارج .

الخـــاتمة

آن ولادة قانون اطار يحكم التعاقدات ذات الطبيعة الإدارية أتى بعد مخاض عسير تحت مسمى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لمواجهة أزمة التمويل العمومي و السقوط الحر لاسعار البترول واعتماد الاقتصاد الوطني على المحروقات وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على المرسوم الرئاسي الجديد 199/18 من جانب عقود تفويض المرفق العام وهذا لارتباطه بالمال العام والاملاك الوطنية وهي حلول وقتية في ظل الأزمة الراهنة ويقول عليها البعض أنها الحل الأنجع لمواجهة الأزمة الاقتصادية التي تمر بها الجزائر ، ومصطلح تفويض المرفق العام لم يرى النور ف ي السياسة التشريعية ولا القضائية بل تردد من خلال أقوال الفقهاء ، حيث كان عبارة عن نصوص قطاعية متناثرة عرفت – بعقود الامتياز المختلفة امتياز الطرق السريعة ' امتياز المياه " امتياز الكهرباء والغاز ' الامتياز الفلاحي .... الخ. وهي نصوص مقتبسة بالطول والعرض من المدرسة الفرنسية الرائدة في هذا المجال ، وبمناسبة صدور المرسوم الرئاسي الجديد السالف الذكر قنن المشرع الجزائري عقد تفويض المرفق العام في قانون جمع بين عقدين هامين هما:

عقد الصفقات العمومية وعقد تفويض المرفق العام .

وهذ لوجود مايربط بينهما أكثر مما ينفرهما ، وهي نقطة تحسب للمشرع الجزائري الا اننا وفي اطار هذه الدراسة أثناء استقرائنا للاحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام لم نجد ما يشفع للمشرع الجزائري ولا للسياسي بالاخص من تطوير وتحديث أساليب وطرق تسيير المرافق العمومية ، ثم أن هذه التقنية المبتكرة وهذا التقنين الجديد ما كان ليكون لولا هذه الأزمة التي تمس كيان الدولة ، مما يدل على فقداننا للدراسات الاستشراقية ومواكبة التطور ، وعلى نفس السياق في مواجهة الدولة لأعباء المحلية – النشاط المحلي في الولاية – البلدية) يفرض بالضرورة اتخاذ إجراءات وتدابير استعجالية لمواجهة الغضب الاجتماعي المتزايد (هو أحد الأسباب الرئيسية لهذه الدراسة) وفي هذا الاطار يجب أن نقف عند النقاط التالية : . لاحظنا عبارة في انتظار صدور المراسيم التنظيمية المتعلقة

بتفويض المرفق العام وهو ما يدل على أن المشرع لم تتبلور لديه بعد فكرة تنظيم تفويض المرفق العام ، وهو بحاجة لكسب الوقت والمعلومات والدليل على ذلك مراسلة من وزارة المالية الى السادة الولاة ، تطلب فيها من الجماعات المحلية تقديم اقتراحات في هذا

المجال . . لم يتم تحديد عقود نماذج استثناء عقد الامتياز فإن عقود الايجار '

والوكالة المحفزة ' وعقد التسيير الإداري غير معروفة في الحياة

الاقتصادية الجزائرية كعقود إدارية ليس الا . . لم يتم تحديد المرفق العام القابل للتفويض أي وضعه مع نفس

الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام

. عند استطلاعنا للمواد المطبقة على عقود تفويض المرفق العام

وخصوصا المادة 209 ، والتي أخضعت هذا العقد للمبادئ المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي محل الدراسة – حرية الوصول الى الطلبات العمومية ، المساواة في معاملة المترشحين ، وشفافية الإجراءات ، هو أكثر من دلالة على تطبيق الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية على عقود تفويض

المرفق العام . و اعتماد المشرع لمصطلح اتفاقية في عقد تفويض المرفق العام وهو

مظهر لتكريس المفاوضات من السلطة مانحة التفويض والمفوض

. تنظيم بعض العقود من خلال القانون المدني فمثلا عقد التسيير الذي

كان الهدف منه البحث عن الأموال وجلب الاستثمار خارج الاطار الحكومي . خصوصا في الجانب السياحي وهو ما يطرح فكرة

القانون الواجب التطبيق و كذلك نسجل نقص في التكوين للموظفين والأعوان العمومين

والمنتخبين المكلفين بالإجراءات الخاصة بإبرام وتنفيذ ومراقبة

عقود تفويضات المرفق العام. النتائج المتوصل إليها : أولا : صعوبة وضع تعريف شامل مانع لتفويض المرافق العامة وهذا راجع لاختلاف المرافق وتطورها وتغيرها بستمرار فماصلح لمرفق لايصلح بالضرورة لاخر

ثانيا : حينما تصرف الإدارة عن طريق الاتفاق تكون في مركز اقوى مع المتعاقد معها أي بمعنى أن الجانب التنظيمي يكون اكبر ومتسع على

حساب الجانب التعاقدي وماعلى هذا الأخير الا الإذعان بما جاء في اللائحة المعدة سلفا ثالثا : صعوبة فهم القانون الواجب التطبيق هل هوا القانون الإداري ام القانون المدني وهذا لاحتواء العقد الإداري على البنود اللائحية تعده الإدارة بإرادتها المنفردة وبنود تعاقدية عن طريق الاتفاق رابعا : اتسام العقد الإداري في الجزائر بالطابع المعقد فهو ليس وليد القضاء الإداري الجزائري ولا الاجتهادات الفقهية (بالرغم من محاولات البعض) بل هو منسوخ من المدرسة الفرنسية خامسا : تفويضات المرفق العام جاء نتيجة ازمة وضغوطات مختلفة يلعب الجانب الاقتصادي الجانب الأكبر فيها وليس نتيجة لدراسات استشرافية مستقبلية.

أن مسألة تفويض المرفق العام أصبحت ضرورة ملحة لا مفر منها وذلك بالتخلي على تسيير المرفق العام لأشخاص من القانون الخاص لكون المرفق العام أصبح يشكل عبء عام يكلف خزينة الدولة الكثير من الأموال والتفويض هو تقنية مبتكرة للدولة الحفاظ على المبادئ التي وجد المرفق العام من أجلها وبالتالي تحسين الخدمة وتخفيف الأعباء وجلب رؤوس أموال وتبقى الدولة هي الحارسة ، تراقب وتوجه و تمارس امتيازاتها ، المخولة لها قانونا متى طلبت الضرورة لذلك .

وعطفا عن ما سبق نقترح التوصيات التالية :

. 1- بناء مجموعة قانونية ضمن قانون اطار يتعلق بتفويض المرفق العام وذلك بإعادة النظر في الترسانة القانونية .

. 2 – ضبط المفاهيم وتحديد المعايير المتعلقة بمختلف العقود .

3- وضع عقود نموذج حسب خصوصية كل عقد .

4- الإسراع في اصدار المراسيم التنظيمية المتعلقة بتفويضات المرفق العام .

5- التكثيف من الملتقيات بإشراك جميع المعنيين من ذوي الاختصاصات – جامعيين باحثيين- موظفين عمومين – أصحاب رؤوس الأموال ، حول الموضوع .

6- تحسين مستوى الموظفين والمنتخبين وتأهيلهم لعملية

تفويض المرفق العام .

7- انشاء مركز للدراسات الاستراتجية المستقبلية .

8 - إعطاء صلاحيات أكبر وأوسع للمنتخبين المحليين - و - اتخاذ إجراءات وتسهيلات لجلب رؤوس الأموال المحلية

والأجنبية .

10 تفعيل دور الرقابة ومكافحة الفساد والحفاظ على المال العام .

. 11 - يجب إعادة تكييف المرافق العامة وذلك بإعادة النظر في

توزيع المهام بين الإدارة المركزية والإدارة الإقليمية .

. 12 - تبني أفكار الحكم الراشد الذي يعرف على انه مجموعة من

القواعد الطموحة الموجهة لاعانة ومساعدة المسيرين وبطريقة شفافة وفي اطار هذه المسائلة على أساس قاعدة واضحة وغير قابلة للتردد او الانتقادات على أن يساهم في ذلك كل الاطارف الفاعلة عبر نشاطات هاؤلاء الأفراد في مجال التسيير .

المراجع باللغة العربية

- سليمان محمد الطهاوي : مبادئ القانون الإداري ط دار الفكر العربي ، القاهرة 2007
- شريف بن ناجي : امتياز المرافق العامة في الجزائر ، مذكرة ملتقى المدرسة العليا للإدارة 97/ 96 الجزائر
- عبد الله طلبة / الدكتور نجم الأحمر : القانون الإداري 2012 2014 م . جامعة دمشق .
- عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري. ط2 جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر 1428هـ 2007 م
- عمار بوضياف : شرح قانون الولاية ط1 جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر 2012
- عمار عوايدي : القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري ديوان المطبوعات الجامعية 06 / 2014 .
- برهان رزيق : عقد الايجار الإداري – المكتبة القانونية – الطبعة الأولى 2002.
- كلوفي عز الدين : نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون ام واد ط 2012
- الحسين بن شيخ أث ملويا: عقد الوكالة دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة
- محمد الصغير بعلي : قانون الإدارة المحلية ، الطبعة الأولى ، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة الجزائر 2004.
- محمد فؤاد مهنا: مبادئ واحكام القانون الإداري . مصر
- مروان محي الدين قطب : طرق خصخصة المرافق العامة ط1، منشورات حلبي لبنان 2009.
- مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الإداري ومجلس الدولة
- مليكة صاروخ : القانون الإداري /دراسة مقارنة .ط7 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2010.
- نادية ظريف : تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، دار بلقيس الدار البيضاء الجزائر 2010.

قائمة المراجع :

- نواف كنعان : القانون الإداري – الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية – الأموال العامة . ط1 الأصدار السادس 2009 .

- جورج قوديل بيار دلقولقيه : القانون الإداري / الجزء الأول ترجمة منصور القاضي 2008. النشاط الإداري ديوان المطبوعات الجامعية 06 / 2014 .

- نعيم إبراهيم الظاهر: اسسيات الإدارة المبادئ والتطبيقات ، ط1 مصر2009

- هيام مروة : القانون الإداري الخاص – المرافق العامة الكبرى وطرق ادارتها – الاستملاك – الاشغال العامة – التنظيم المدني . الطبعة الأولى 1423هـ 2003 م

- وليد حيدر : التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة ط1 – منشورات حلبي الحقوقية لبنان. 2009

- وليد حيدر جابر : طرق إدارة المرفق العام والخصخصة – المؤسسة العامة .. ط1، 2009

- جورج قوديل بيار دلقولقيه : القانون الإداري / الجزء الثاني ترجمة منصور القاضي ط1 1429 هـ – 2008 م دراسة مقارنة طا – منشورات حلبي الحقوقية لبنان .2009.

باللغة الأجنبية:

. AUBERT JEAN-LUC .LE CONTRAT DROIT DES OBLIGATION 2 EME. EDITION DALLOZ. PARIS 2000 .P 19

- le contrat de consesson la lettre juridique wild daw – Chronique legislative et reglementaire la loi de finance pour le principes mesures obtion et documentation actualite juridique alger 2011 p17

. CHAPITRE 1 BIS DU CODE CIVIL. DU CONTRAT DE MANAGEMENT. – CUIF (P-FR) OPCIL. P 17

– petel (ph) le contrat de mandat call connaissance du droit dallooz. 1994p123 – collar – dutilleul.et delbeque(ph) contrats civil et commerciaux op cit 517.

- mohamed kahloula apropos du contrat manag- ement enterprise de gestion touristique de telemcen . p 39

الملتقيات:

– بادية ظريبي ، مداخله في اليوم الدراسي المتعلق بالصفاقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم 247/ 15 بتاريخ 2016/10/18 جامعة المسيله

– حوحو شوي ؛ عضو اللجنة الولائية للصفقات العمومية (مدير التجارة) مداخله بعنوان إجراءات ارام وتنفيذ الصفقة العامة . اشغال اليوم الدراسي التكوين متعلق بالصفقات العمومية المسيله بتاريخ 2016/12/12

– لعور بدرة : مداخله بعنوان الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية بين التيريع الجزايري ، بسكرة بتاريخ 2015/12/12

– عيان ى دراجتي – المراقب المالي لدى ولاية بسكرة بتاريخ 2015/12/12

مداخله بعنوان : مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد 247 /

– يتضمن تنظم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

المجلات

– عزوز محلوف ، بلقاسم بوفاح ، مجله الإجهاد والدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي لتمبراست – الجزاير . ع 09 سبتمبر 2015

– حميدى علية ، : إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز – دراسة التجربة الجزايرية مجلة البحوث الإدارية العدد 03 مصر 2007 .

الأطروحات والرسائل

- حميدى علية : مفهوم العمل الإداري المركب للقانون الجزايري ، محول النشاط الإداري في الجزاير ، رساله لنيل بهادة دكتوراه دوله في القانون ، جامعة الجزاير 2006 . 02- اكلت نعيمة : النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر مذكرة من اجل الحصول على بهادة الماجستار في القانون فرع قانون العقود ، بتاريخ2013/12/12جامعة تيزي وزو 2013

- مبارك راضية : التعليق على التعليمة رم 23:و 04 / 03 /842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وياجيرها ، مذكرة من اجل الحصول على بهادة الماجستار في القانون ،كلية الحقوق الجزاء 2001 . 2002

- فرقان فاطمة الزهراء : رقابة الصفقات العمومية في الجزائر مذكرة من اجل الحصول على بهادة الماجستار في القانون العام كلية الحقوق ى عكنون الجزاير 2006 .2007 .

- سعيدابي مصطفي : مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات مذكرة من الحصول على بهادة الماجستار في الحقوق قانون اعمال ، جامعة وهران 2012 .2013.

- قليل حسناء : مرفق العام بي صرورة التحديث وتحديات واقع القانون الجديد ، مذكرة لنيل شهادة الماسير، جامعة محمد خيضر بسكرة2015/2014

- رزيقة لشلق : تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة لنيل شهادة الماسير في الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة 2014/2013

- سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل القانون 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص لإدارة ومالية، جامعة الجلفة، 2016-2017.

صابر حاجي وعبد الباسط قرنازي، مناولة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، جامعة المسيلة، 2016-2017

قائمة المراجع :

النصوص القانونية

- الدساتير 01 - دستور 1989 المصادق عليه 23 /11/ 1989 الصادر بالمرسوم رقم 18 . 89 بتاريخ12/28/ 1989 جرع 9 بتاريخ 1989

- دستور 1996 الصادر بالمرسوم 96 - 438 المؤرخ في1996 / 12 / 07 ج رع عدد 76 بتاريخ12/08/ 1996

القوانين والمراسيم :

- المادة 21 من القانون الرقم 17/ 83
- القانون رقم 12 / 05 المؤرخ في08/04/ 2005
- قانون المياه جر عدد 06 بتاريخ 2005/ 09 / 04 معدل ومتمم بالقانون رقم 08/63 في 2008 / 08 / 04 جر عدد 04 بتاريخ01/27/ 2008 والقانون02/ 09 في 22/7/2009 جر عدد 26 الصادر في 26 / 2009/03 القانون 03 / 10 في 2010/ 08 / 15 يحدد شروط زكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة جر عدد 46 بتاريخ*28/08/2010*
- القانون 10 /11 المؤرخ في 20رجب علم 1432 الموافق ل 27 يونيو سنة 2011 يتعلق بالبلدية
- القانون 01 / 89 المتمم لأمر 75/58 المؤرخ في 1975 / 09 / 26 المتضمن القانون المدني ج - ر- رقم 06 بتاريخ. 08/02/1989
- القانون رقم 09 / 08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن ق اما الجزائري جرع 21 المؤرخ في أفريل 2008 .
- القانون 20-05 المؤرخ في 1980/ 03 / 01 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة

- القانون رقم 07 / 12 في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 21 افريل 2012 يتعلق بالولاية.

- المرسوم رقم 328/ 83 - 14 ماي 1993 ج. ر. عدد20 بتاريخ 17 ماي 1993 المتعلق بالمياه

- المرسوم الرئاسي 247 / 15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام 2015

- المرسوم التنفيذي رقم 96 -308 في 1996/ 09 / 18 يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ج ر ع 85 الصادر بتاريخ*25/09/1996*

- مرسوم رئاسي 97/ 482 مؤرخ في 1997/ 12 / 15 يحدد كيفة منح حق الامتياز للأراضي الخاصة التابعة للدولة جرع 83

- المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام .

- أمر رقم 59 / 75 بتاريخ 1975/ *09 /*26 ج.ر.ع 101 المتعلق بالقانون التجاري

- تعليمة : تعليمة رقم 3 - 94 /842 المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية الصادرة عن وزير الداخلية مزيان شريف بتاريخ.07/12/1994

. القرارات القضائية :

قرار رقم 95/11 فهرس رقم 11952 الصادر عن الغرفة الثالثة مجلس الدولة 2004 قضية نقل المسافرين ربيع الجنوب ورئيس بلدية وهران ملحق رقم 2

مقدمة.....1
الفصل الأول : الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام 5
المبحث الأول : ماهية تفويض المرفق العام 7
المطلب الأول : تعريف تفويض المرفق العام 8
الفرع الأول: التعريف الفقهي.....8
الفرع الثاني: تفويض المرفق العام تشريعا.....9:
الفرع الثالث: ضرورة وجود المرفق العام 12
المطلب الثاني : عناصر تقويض المرفق العام 14
الفرع الأول : عنصر المرفق العام: 14
الفرع الثاني: خضوع المرفق العام لنظام قانون خاص واستثنائي.....16
المطلب الثالث : المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العام..... 16
الفرع الأول : المبادئ المرتبطة بالإجراءات: 17
الفرع الثاني : المبادئ المرتبطة بالمرفق العام.....18
المبحث الثاني : الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته 20
المطلب الأول : سلطان الإدارة 21
الفرع الأول : سلطات الإدارة المتعاقدة 21:
الفرع الثاني: استحدثت سلطة ضبط للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.....22
المطلب الثاني : الاليات الرقابية 24
الفرع الأول : رقابة المصلحة المتعاقدة(الرقابة الداخلية:) 24
الفرع الثاني الرقابة الوصائية :.....25
الفرع الثالث : الرقابة المالية.....28
الفرع الرابع الرقابة القضائية.....31

المطلب الثالث : بهاية تفويض المرفق العام 33
الفرع الأول : انتهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة.....34
الفرع الثاني : الإنهاء الاتفاق: 34
الثالث : إنهاء العقد بسبب خطئ صاحب التفويض.....34
الفرع الرابع : انقضاء وزوال العقود الإدارية.....35
الفصل الثاني : تطبيقات تفويضات المرفق العام في الجزاير 36
المبحث الأول : من امتياز المرفق العام إلى ايجار المرفق العام.....38
المطلب الأول : عقد الامتياز 38
الفرع الأول: التعريف بعقد الامتياز:.....38
الفرع الثاني : عقد الامتياز يتضمن نوعين من النصوص.....41
الفرع الثالث : أطراف عقد الامتياز الإداري.....48
المطلب الثاني: عقد الإيجار 50
الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار.....50
الفرع الثاني: تمييز المستأجر الذي يقوم بتحصّل مقابل من المنتفعين.....54
المطلب الثالث : مميزات المشتركة العقدين 55
الفرع الأول: من حيث مستوى التفويض.....55
الفرع الثاني: من حيث الخطر الذي يتحمله المفوض له.....56
المبحث الثاني : من نموذجي عقد الوكالة وعقد التسيير الى نموذج عقد المناولة.....56
المطلب الأول : عقد الوكالة 58
الفرع الأول: الوكالة العادية..... 58
الفرع الثاني: الوكالة كعقد إداري.....59

المطلب الثاني : عقد التسيير.....62
الفرع الأول: تعريف عقد التسيير قبل قانون 199/18.....63
الفرع الثاني: تعريف عقد التسيير من خلال م –ر 199/18.....66
المطلب الثالث: عقد المناولة.....69
الفرع الاول: تعريف عقد المناولة:.....69
الفرع الثاني : تعريف عقد المناولة في نظر المرسوم التنفيذي 199/18.....71
المطلب الرابع : المميزات المشتركة بين العقود الثلاثة.....72
خلاصة الفصل الثاني.....74
الخامة 76
قائمة المراجع.....81

مـلخص المذكرة

يشكل تفويض المرفق العام أحد أساليب في تسيير المرافق العامة التي إعتمدتها الدولة الجزائرية التي تبنت فكرة الإنسحاب من الحقل الإقتصادي و فتح مجال أما الطرق الحديثة التي تسعى لإشراك القطاع الخاص في تسيير و إدارة المشاريع العامة .

ترتبط تقنية المرفق العام إذن بفكرة تنظيم الدولة وإعادة هيكلة و ضبط مرافقها العامة بشكل يحدث قفزة نوعية تسموا بالمرافق العامة و الخدمات المقدمة ، بما يضمن معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العمومية في أدائها.

أصبحت بذلك تقنية تفويض المرافق العامة التي كرسها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لأول مرة في الجزائر و المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الجديد المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي يحدد أشكال تفويض المرافق العامة فيما يلي :

عقد الإمتياز ، عقد الإيجار ، عقد الوكالة المحفزة ، عقد التسيير و عقد المناولة .

الكلمات المفتاحية: 1/ تفويض المرافق العامة

2/ الإمتياز 3/ التسيير

4/ المناولة 5/ الإيجار

6/ الوكالة المحفزة 7/ نجاعة الخدمة العمومية