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

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الاداري

من إعداد الطالب :

- كريم توفيق

تحت إشراف الأستاذ :

- بافضل محمد بلخير

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....بن عديدة نبيل .....رئيسا

الأستاذ..... بافضل محمد بلخير..... مشرفا مقررا

الأستاذ.....بن بدرة عفيف .....مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت يوم:24./09./ 2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات
الرقم: .....لوائم/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: كريم توفيق الصفة: طالب جامعي - ماستر 2

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم 101784209 والصادرة بتاريخ 2016.11.07

المسجل بكلية العلوم السياسية قسم: الحقوق (قانون إداري عام)

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

تيسير المرفق العام والتحولات الحديثة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18/199.

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

إمضاء المعني

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا " سورة الإسراء - الآية 23

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"أمي "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي "

رحمه الله برحمته الواسعة

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي وخاصة إلى ابن أخي اليتيم جيلالي عبد الرزاق حفظه الله

إلى أستاذي " **بن عديدة نبيل** " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي الفاضل

" بافضل محمد بلخير "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل عليا بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر استاذ **بن عديدة نبيل الذي ساعدني في مشار الدراسي**

اشكر كما أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات

مقدمة

أصبح المرفق العام نظامه القانوني الخاص الذي يميزه عن العديد من المفاهيم وطرق التسيير الأخرى، وهذا نتيجة لتزايد وتعدد مهام ونشاطات المرافق العامة، إذ يعتبر تفويض المرفق العام من التقنيات الحديثة في تسيير المرافق العامة، حيث تعهد بموجبه السلطة المفوضة تسيير بعض المرافق العامة لأحد أشخاص القانون الخاص في إطار القانون وهذا على نفقته ومسئوليته، مقابل الحصول على مورد مالي من المرتفقين في شكل إتاوات[1].

لم نجد تعريف دقيق للمرفق العام فهو مفهوم معقد وقد حاول العديد من الفقهاء تعريفه فقد عرفه العميد دوجي بأنه: "الأنشطة التي تضمن وتضبط وتراقب من طرف الحكومة بسبب طبيعتها والتي يمكن تحقيقها كلي للدولة[2].

تختلف طرق تسيير المرفق العام حسب طبيعة النظام، كما تختلف حسب طبيعة كل مرفق عام فالنظافة العمومية أو الحالة المدنية تختلف عن تسيير الكهرباء أو المياه أو حتى الأسواق العمومية. تنوع المرافق العمومية فرض وجعل من الطبيعي تنوع طرق تسيير المرفق من جهة و لتواكب نوع النظام وكذا تحول الإطار العام من جهة أخرى، فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة، فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة ومرافق قابلة للتفويض جزئيا أو حتى التخلي عنها كليا عن طريق الخوصصة الكلية؛ أي أن أشخاص القانون الخاص هم الأقدر على تسييرها بأكثر فعالية، لهذا تعددت طرق تسيير المرفق العام.[3]

---

[1]– نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، 2010، ص4.

[2] –Jean–louis de corail, l'approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites, la revue AJDA, n°spécial sur le service public, 1997, p20.

[3]– أحمد محيو (ترجمة: محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، م 430

وإذا كان متفقا عليه أن التسيير الكلاسيكي كان يعتمد تسيير المرافق العمومية من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، لكن عجزها وعدم استطاعتها السيطرة على جميع المرافق فرض إيجاد مؤسسات عمومية تقوم على مبدأ التخصص في تسيير المرفق العمومي وتضمن نوعا من الاستقلالية والفعالية. والتحولات الجديدة التي فرضها النظام المتبع بعد 1989 خاصة التي مست الجوانب السياسية والاقتصادية والتي انعكست بالضرورة على الدولة ومؤسساتها وكذا علاقاتها بالمواطن في ظل تزايد حاجياته وكذا ضرورة توفيرها بكل فعالية ونوعية أحسن، و بحثا عن المردودية التي أصبحت من أهداف و نتائج التحولات في محاولة للتقليل من العجز الذي تعرفه المرافق العامة لكن مع ضمان خدمة عمومية في المستوى المطلوب و التي تواكب الانفتاح والإيديولوجية الجديدة، في وقت أصبحت كل المرافق العامة مدعوة لتحقيق مردودية مالية حتى و إن كانت تمس مجالات حساسة كالتربية و الصحة.[4]

إن هذه التحولات في محاولة للتكيف وإعادة التموقع فرضتها عوامل خارجية على غرار العولمة واقتصاد السوق وما يمليانه من رهانات تتمثل في فعالية و مردودية النشاط العمومي والمرفق العام بصفة خاصة، كما فرضتها عوامل داخلية خاصة بالجزائر، منها التحول السريع من دولة اشتراكية إلى نظام أكثر انفتاحا وضرورة قياس الفعالية وضمان خدمة عمومية جيدة ترقى إلى مستوى عال خاصة بنمو

يكتسي موضوع المرفق العمومي أهمية بالغة فيعد محور القانون الإداري، بل حتى أن هناك من يعرف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة، ولأنه من المعروف مرونة القانون الإداري، فإنه من الضرورة معرفة مدى تأثير أي تحول اقتصادي أو سياسي على تسيير هذا الأخير، ومدى مطابقة تسيير المرافق العمومية للحياة العامة والحاجات المتزايدة

[4]– ناصر الباد، القانون الإداري (الجزء الثاني: النشاط الإداري)، مطبعة SARP ، الطبعة الأولى، الجزائر 2004، ص154

والمتطورة للمواطنين وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية، خاصة في إطار النقائص الملاحظة على الطرق الكلاسيكية لتسيير المرفق، سواء التسيير المباشر الذي سنحاول إثبات عجزه على السيطرة على المرافق العمومية في ظل التزايد المستمر لها مع تزايد تدخل ودور الدولة، وحتى لجوء الدولة لتسيير المرافق عن طريق المؤسسات في إطار التخصص للوصول إلى أكثر فعالية، لكنه أثبت عجزه كذلك، مما يطرح ضرورة إصلاح المرافق العامة في ظل أن الدولة لا تستطيع التخلي عن جميع المرافق العامة للخواص بل هناك مرافق بطبيعتها غير قابلة للتفويض، مما يفرض الإصلاح ومحاولة تحسين الخدمات التي تقدمها.

لكن بالمقابل فرضت التحولات الجديدة الاعتماد على طرق أكثر فعالية وذات مردودية لتسيير المرافق العامة أثبتت فعاليتها في أكثر من بلد، فكيف ساير تسيير المرفق العام التحولات الجديدة في إطار تعاقدي ذي علاقة ثلاثية تطرح علاقات جديدة ومناهج جديدة في محاولة تحسين الخدمة العمومية، ومن هنا تظهر الأهمية الجلية لمعالجة موضوع تأثير التحولات الجديدة على طبيعة المرفق العام وكذا طرق تسييره

فيقصد بالمرفق العام الإدارة بشكل عام والمؤسسة الإدارية ، فحيث توجد مؤسسة إدارية يوجد مرفق عام ، أما بالنسبة للمعيار المادي فقد عرفه بأنه كل نشاط يهدف لإشباع مصلحة عامة، فهو يختلف عن النشاط الخاص فهذا الأخير تحركه الأرباح، وتختلف طرق تسيير المرفق العام حسب طبيعة النظام، كما تختلف طبيعية كل مرفق عام، غير أن التحولات الجديدة التي فرضها النظام المتبع بعد 1989 خاصة التي مست الجوانب السياسية والاقتصادية والتي انعكست بالضرورة على الدولة ومؤسستها وكذا علاقتها بالمواطن في ظل تزايد حاجياته وكذا ضرورة توفيرها بكل فعالية ونوعية أحسن ، وبحثا عن المردودية التي أصبحت من أهداف ونتائج التحولات في محاولة التقليل من العجز الذي باتت تعرفه المرافق العامة.

فإن هذه التحولات هي محاولة للتكييف وإعادة التموقع فرضتها عوامل خارجية على غرار العولمة واقتصاد السوق، وما يمليانه من رهانات تتمثل في فعالية ومردودية النشاط العمومي والمرفق العام بصفة خاصة ، كما فرضتها عوامل داخلية بالجزائر[5].

وبالمقابل فرضت التحولات الجديدة الاعتماد على طرق أكثر فعالية وذات مردودية لتسيير المرافق العامة أثبتت فعاليتها في أكثر من بلد، في الجزائر نجد أن المرفق العام لم تكن لها أهمية على غرار الدول الأخرى، إلا أنه ابتداء من سنة 1976 أين أعيد له الاعتبار من طرف المشرع الجزائري ، وبدأ ذلك بتنظيمه وطريقة تسييره ، من خلال صدور العديد من المراسيم والقوانين ذات الصلة بالموضوع ، وأخرى ما استحدث المشرع المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 الذي عرف من خلاله المرفق العام تحولات والتغيرات في المفهوم وطرق الإدارة والتسيير.

تكمن أهمية الدراسة في :

محاولة تبيان مختلف الأساليب الحديثة لتسيير المرفق العام في الجزائر من خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18/199 الجديد، باعتباره موضوعا جديدا ذو أهمية بالغة سواء على مستوى المؤسسات العمومية أو القطاع الخاص

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها :

معرفة التحولات التي عرفها المرفق العام من خلال طرق التسيير المستحدثة ،سواء بضرورة تحدث المرافق العامة من خلال الإصلاح أو تفعيل طرق التسيير الجديدة والهدف طبعا هو

[5]– نادية ضريفي، المرجع السابق، ص7.

تحسين أداء المرافق العامة والخدمة العامة في ظل تزايد الوعي المدني وتزايد دور الدولة وتزايد الاحتياجات

_معرفة طرق إدارة المرافق على ضوء أحكام المرسوم تنفيذي رقم 18-199 وتعديلات الجديدة التي غيرت من مسار التسيير الإداري للمرافق العامة.

_يعمل هذا التحول على تحسين مستوى أداء المرافق العامة من خلال ما تقدمه من خدمات.

أسباب اختيار الموضوع :

يرجع اختيارنا لدراسة هذا الموضوع إلى نقاط عدة نذكر منها :

1-يعتبر هذا الموضوع ذو فائدة علمية ، خاصة للباحثين في مجال تحولات المرفق العام وتفويضاته.

2-تبيين الإجراءات التي تلجأ إليها الإدارة في حالة التعسف أو الإخلال بهذا التفويض، أو بالإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم :18-199.

3-محاولة توضيح أهم التعديلات التي جاء بها المرسوم التنفيذي ،وكذا البنود التي جاء بها والت تسعى إلى حماية حقوق المنتفعين عند الانتفاع من المرافق العامة.

4-من خلال هذه الدراسة الاطلاع على الكثير من القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بتحولات التي عرفها المرفق العام خاصة بعد التعديلات الجديدة.

الإشكالية :

انطلقنا في دراستنا لموضوع تحولات المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18-199" من إشكالية محورية تمثلت في:

ما هي الطرق التحولات التي طرأت على المرفق العام من خلال المرسوم التنفيذي 18-199:

وتندرج ضمن هذه الإشكالية تساؤولات فرعية تمثلت في:

كيف أثرت التحولات الجديدة على طرق تسيير المرفق العام؟

هل الطرق الجديدة لتسيير ترتقي فعلا بالخدمة العمومية؟.

إلى أي مدى نجحت في الاستجابة لمتطلبات المرتفقين من حيث الأداء وتحسين الخدمة العامة؟.

- منهج الدراسة :

اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على العديد من المناهج منها : المنهج الوصفي ومنهج تحليل المضمون الذي يمكننا من تحليل المفاهيم القانونية والإدارية المتعلقة بالموضوع، لأن هذه الدراسة هي عبارة عن بحث وعلمي مستقبلي حول ما يثيره تحول المرفق العام من خلال تعريف بالمرفق العام وتحول المفاهيمي الذي عرفه ، و طرق التسيير الجديدة والمستحدثة، لهذا المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والتغيرات التي طرأت على المرفق العام من خلال هذا المرسوم.

وللإجابة على هذا الإشكالية والتساؤلات المطروحة اتبعنا الخطة التالية ، حيث قسمنا الموضوع إلى ثلاث فصول

تناولنا في الفصل الأول بـ : الاطار المفاهيمي للمرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18_199 وقد قسمنا هذه الفصل الى مبحثين وفي المبحث الأول تحول المفهوم التقليدي للمرفق العام على ضوء تحولات وأما المبحث الثاني: نتائج التحول في مفهوم المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي رقم : 18-199

أما في الفصل الثاني : التحول في طرق إدارة المرفق العام على ضوء المرسوم التفيذي رقم:18-199 وقد قسمنا هذه الفصل الى مبحثين وفي المبحث الأول: أشكال عقود التفويض ودورها فى تحول المرفق العام وأما المبحث الثاني: إبرام عقود التفويض على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي 18-199

الفصل الأول
الاطار المفاهيمي للمرفق العام
على ضوء المرسوم التنفيذي 18_199

يكتسي موضوع المرفق العمومي أهمية بالغة فيعد محور القانون الإداري، بل حتى أن هناك من يعرف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة، ولأنه من المعروف مرونة القانون الإداري، فإنه من الضرورة معرفة مدى تأثير أي تحول اقتصادي أو سياسي على تسيير هذا الأخير، ومدى مطابقة تسيير المرافق العمومية للحياة العامة والحاجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية، خاصة في إطار النقائص الملاحظة على الطرق الكلاسيكية لتسيير المرفق، سواء التسيير المباشر الذي سنحاول إثبات عجزه على السيطرة على المرافق العمومية في ظل التزايد المستمر لها مع تزايد تدخل ودور الدولة، وحتى لجوء الدولة لتسيير المرافق عن طريق المؤسسات في إطار التخصص للوصول إلى أكثر فعالية، لكنه أثبت عجزه كذلك، مما يطرح ضرورة إصلاح المرافق العامة في ظل أن الدولة لا تستطيع التخلي عن جميع المرافق العامة للخواص بل هناك مرافق بطبيعتها غير قابلة للتفويض، مما يفرض الإصلاح ومحاولة تحسين الخدمات التي تقدمها.

وأخذت مضامين متعددة إلى أن تبلور مفهومها وأصبحت معيار التطبيق القانون الإداري وعند ظهور المرافق العامة الاقتصادية تعرض مفهوم المرفق العام لأزمة فلم يعد المعيار الوحيد لتطبيق القانون الإداري، لأن المرافق العامة الاقتصادية تطبق قواعد القانون الخاص بالإضافة إلى بعض أحكام القانون الإداري، كما أكدت على هذا المفهوم العديد من القرارات القضائية ومن أهمها قرار "بلانكو" الشهير الصادر عن محكمة حلا الخلافات الفرنسية في 08 من سنة 1873، كما تبناه مجموعة من الفقهاء الذين أسسوا المرفق العام.

وسوف يتم دراسة تحول المفهوم من خلال مبحثين، ندرس، تحول المفهوم التقليدي للمرفق العام على ضوء تحولات الدولة في المبحث الأول، ثم نتطرق لتأثير عقود التفويض على تحول المفهوم المرفق العام في مبحث ثان.

المبحث الأول : تحول المفهوم التقليدي للمرفق العام على ضوء تحولات

لقد صاحب نشأة المرافق العامة واستمرار وجودها الكثير من التطورات حيث اقترن تطورها بتطور الدولة ومهام هذه الدولة، وإن إنشاء أو إلغاء المرافق العامة مرتبط بالدولة ويعزي ظهور المرافق العامة إلى ظهور الدولة، فظهرت في بداية الأمر بدور محدود، لأن الدولة كان دورها محدود، ومهد نشأة فكرة المرفق العام ووضع قواعد خاصة به يعود إلى الثورة الفرنسية1789[1]م.

إن وظيفة الدولة مرت بعدت تطورات عبر التاريخ وأثر ذلك المقترن على تطور نشأ المرافق العامة، حيث نتطرق إلى دراسة فكرة المرفق العام في المطلب الأول.

[1]– أكثر وجيه عبد الرحمن سليمان، تنظيم المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الشامل للنشر والتوزيع، فلسطين، ط1، 2016م، ص13.

المطلب الأول: فكرة المرفق العام في إطار الدولة الحارسة والدولة الرعاية

تعتبر الإدارة جهاز ضروري لكل أنواع الجماعات والمنظمات مهما اختلقت أشكالها وظروفها لأن الجهد الجماعي لايتم إلا بها وتتلخص فلسفتها في السهر على تنفيذ القانون ، ويقتصر دور الدولة على تنظيم هذا النشاط ومراقبته لتكتمل عدم مساسه بالنظام العام ومظهر هذا التدخل السلبي .

كما خضعت المرافق للأعراف وبعض الأسس الفقهية المستمدة من أعمال القانونين الروماني ، ومن بين هذه الأسس ترجيح فكرة المصلحة العامة على مصلحة الخاصة ، إالى بعد الثورة الفرنسية تكريس مفهوم الدولة الحارسة ، وتكرس معه تبلور مفهوم التقليدي لفكرة والكنيسي أنه المرفق العام.

الفرع الأول: فكرة المرفق العام في إطار الدولة الحارسة

سادت فكرة الدولة الحارسة من عام 1789 إلى عام 1914 ،حيث اقتصر دور الدولة في الحياة الاقتصادية على إشباع الحاجات العامة في ثلاث مجالات تقليدية، هي الدفاع الخارجي والأمن الداخلي وفض المنازعات (القضاء) وقد أطلق على الدولة في تلك الفترة بالدولة الحارسة لاقتصار دورها على هذا المجالات الثلاثة فقط وعدم السماح بترك هذه المجالات بيد الأفراد وهذا يعد الحد الأدنى من تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وهذا أسس للنظام الرأسمالي الذي يعتقد بمقدرة وقدرة المبادرة الفردية على تحقيق التقديم الاقتصاد خارج المجالات التقليدية الثلاث [1].

اقتصر دور الدولة وفقا لمفهوم الدولة الحارسة على تحقيق الأمن الداخلي والدفاع وإقامة العدل بين الناس ولا يحق للدولة أن تتدخل في المجالين الاقتصادي والاجتماعي،

[1]– وجيه عبد الرحمن سليمان المرجع السابق، ص14.

وعليه تترك الدولة للأفراد تدبيرهم بأنفسهم وينحصر دور الدولة في تنظيم سلوك الأفراد والحفاظ على النظام العام، وتقوم الدولة بوظائفها في هذا المجال من خلال إنشاء المرافق العامة كالشرطة والجيش والقضاء والسجون، وهذه المرافق تقوم بها الدولة بصفتها صاحبة سيادة ولا يمكن للأفراد القيام بها، كما أنه لا يمكن للدولة القيام بالأنشطة الاقتصادية والاجتماعية المتروكة للأفراد، وعليه فإن المرافق العامة آنذاك اقتصرت على المرافق الإدارية التي تخضع للقانون العام وللقضاء الإداري [1].

ولقد كان القرار "بلانكو" الشهير الصادر عن محكمة حل الخلافات الفرنسية الفضل في صياغة العديد من المبادئ في مجال القانون الإداري، إذ أن هذا القرار لا يعد قرارا يفصل في منازعة عادية، وإنما اعتمده مجموعة من فقهاء القانوني الإداري لاستخلاص عدة قواعد في مجال القانوني الإداري، ولعل على رأس هؤلاء الفقهاء الفقيه "ديجي" والذي كان له الفضل في إنشاء مدرسة المرفق العام، واعتبرها معيارا في تحديد اختصاص القضاء الإداري فالعميد "ديجي" يرى أن الدولة لا تفرض على المواطنين القواعد إلا بمقدار ما تتطابق مع القواعد الموضوعية، وعملها مقيد لأن سلطة الحكام محدودة بنشاط المرفق العام وكل عمل له هدف آخر لا قيمة له وعليه فإن المرفق العام هو كل نشاط يكون انجازه منظما وتحت رقابة السلطة ولا يمكن تحقيقه إلا بتدخل السلطة، ولا ينشأ بقرار، وإنما يستنتج بشكل موضوعي، ولقد سئل الفقيه" "ديجي" عن النشاطات التي يمكن وصفها بالمرافق العامة فرد قائلا : أنه لا يمكن اعطاء جواب ثابت لأنه يوجد شيء ما يتغير بصورة أساسية، كل ما يمكن قوله هو أنه بقدر نمو المدنية يزداد عدد النشاطات القابلة لأن تستخدم كأساس للمرفق وينمو بالتالي عدد المرافق..

[1]– حميس معمر ،مداخلة ألقيت في ملتقى الدولي بعنوان (المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن)،ألقيت يومي 22 و 23 أفريل 2015 بكلية الحقوق، جامعة خميس مليانه،ص 1 .

وعليه ترى مدرسة المرفق العام أن المرفق العام نشاط يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويدار من طرف شخص عام، ويخضع لقواعد القانون العام القانون الإداري)، كما يخضع لاختصاص القاضي الإداري[1].

ولقد برز المرفق العام كمعيار لتوزيع الاختصاص القضائي منذ صدور قرار محكمة الفرنسية الصادر في 8 فبراير 1873 في قضية بلانكو، أين أصبحت الدولة مسؤولة عن الأضرار التي يسببها مستخدموها العاملين في المرافق العامة وهذا دليل أن القاضي لم يهمل الدور العملي للمرفق العام معتمدا في ذلك على قرار بلانكو الشهير في هذه النظرية رغم أن المرفق العام في الجزائر لم يحظ بالاهتمام والمكانة التي يحتلها المرفق العام الفرنسي[2].

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام في إطار دولة الرعاية

إن الظروف الاقتصادية التي سببتها الحرب العالمية الأولى حملت الدولة على التدخل، وبدأت المرافق العامة الاقتصادية بالظهور، وبعد الحرب العالمية الثانية تأكد ظهورها بصورة واسعة، وأديرت إما بطريقة مباشرة، وإما بإعطائها لأحد أشخاص القانون الخاص في شكل امتياز، وعليه أصبحت هذه المرافق تخضع لقواعد القانون الإداري والتي تحدد القواعد العامة والأساسية للمرفق العام الاقتصادي، وللقانون الخاص والذي ينظم العلاقات بين أفراد القانون الخاص، وكان لذلك أثرا على الاختصاص القضائي إذ عرفت المنازعات في هذا النوع من المرافق تنوع من حيث الاختصاص فمنها من اختصاص القاضي الإداري ومنها من اختصاص القاضي العادي، وهذا ما أكده قرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي "Bac d'Eloka" والذي قرر اختصاص القاضي العادي في منازعة

[1]– استاذ حميس معمر، مداخلة في ملتقى الدولي تحت عنوان: المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن ،22و23 أفريل2015، جامعة خميس مليانه.2

[2]– ادير نصيرة أعزوقن وهيبة استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري (التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2013، 2012، ص 01.

متعلقة بمرفق عام اقتصادي وعليه فقد تم العدول على الفكرة التقليدية والتي كانت تتضمن أن المرفق العام يدار من شخص القانون العام، وأنه يخضع بالضرورة للقضاء الإداري[1].

في إطار الدولة الحديثة وبروز مفاهيم جديدة خاصة منها العولمة وانفتاح الدول على بعضها البعض، أصبحت الدولة ملزمة على تحيين المفهوم التقليدي لفكرة المرفق العام، أين أصبحت الدولة عاجزة عن تلبية كل متطلبات الحياة، لذا كان لا بد عليها من تحديث المرفق العام، وعليه ظهرت شراكة حقيقية بين القطاع العام والقطاع الخاص، أين حلت المشاريع الخاصة محل الجماعات العامة، وقد أصبح التمييز التقليدي بين المرفق العام الإداري الذي لا يجوز إدارته الا بطريقة مباشرة من طرف الدولة، والمرفق العام الاقتصادي أو الاستثماري الذي يمكن أن يدار من طرف أشخاص القانون الخاص، غير موجود وذلك لأنه أصبح للشخص المعنوي العام أن يستعين بأشخاص القانون الخاص من أجل إدارة مرفق عام إداري، وهذا ما برز من خلال قرار Terrier" ، أين اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التنازل عن إدارة مرفق عام إداري لفائدة الخواص، كما ظهرت وسائل حديثة في إدارة المرفق العام وقد قامت الدولة أيضا بالتنازل عن بعض المرافق العمومية الاقتصادية لفائدة الخواص بموجب نصوص قانونية خاصة. [2].

المرفق العام والإدارة المباشرة : يقصد بالإدارة المباشرة هو أن تقوم الدولة بنفسها أو المحافظة أو المدينة أو القرية بإدارة المرفق مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها ، ومستخدمة في ذلك وسائل القانون العام وهذه هي الطريقة التي تدار بها جميع المرافق الإدارية في الوقت الحاضر، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة، فلا يمكن أن يقبل الأفراد عليها ، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة في إدارتها. [3].

---

[1]– حميس معمر، المرجع السابق ، ص1.

[2]– حميس معمر، المرجع السابق، ص1

[3]– أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان المرجع السابق ، ص114.

وهذه هي الطريقة التي تدار فيها المرافق العامة التقليدية وذات الطابع الوطني مثل مرافق الأمن والدفاع والقضاء والصحة والتعليم.

وقد يستخدم أحيانا لإدارة المرافق العامة المحلية، كمرفق النقل داخل المدن ومرافق توريد المياه والكهرباء بحيث يترك أمر إدارة هذه المرافق والإشراف عليها للمجالس المحلية، وقد يستخدم أيضا هذا الأسلوب أيضا لإدارة المرافق الاقتصادية مثل مرفق الاتصالات ومرفق النقل، وإن كان التوجه الآن إلى إدارة مثل هذه المرافق بطرق أخرى[1].

العام أن يستعين بأشخاص القانون الخاص من أجل إدارة مرفق عام إداري، وهذا ما برز من خلال قرار Terrier" ، أين اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التنازل عن إدارة مرفق عام إداري لفائدة الخواص، كما ظهرت وسائل حديثة في إدارة المرفق العام وقد قامت الدولة أيضا بالتنازل عن بعض المرافق العمومية الاقتصادية لفائدة الخواص بموجب نصوص قانونية خاصة.

المرفق العام والإدارة المباشرة : يقصد بالإدارة المباشرة هو أن تقوم الدولة بنفسها أو المحافظة أو المدينة أو القرية بإدارة المرفق مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها ، ومستخدمة في ذلك وسائل القانون العام وهذه هي الطريقة التي تدار بها جميع المرافق الإدارية في الوقت الحاضر، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مريحة، فلا يمكن أن يقبل الأفراد عليها ، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة في إدارتها[2].

[1]– سعيد بو علي وآخرون، القانون الإداري التنظيم اللاإداري – النشاط الإداري)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص183.

[2]– حميس معمر، المرجع السابق، ص1.

وهذه هي الطريقة التي تدار فيها المرافق العامة التقليدية وذات الطابع الوطني مثل مرافق الأمن والدفاع والقضاء والصحة والتعليم[1].

وقد يستخدم أحيانا لإدارة المرافق العامة المحلية، كمرفق النقل داخل المدن ومرافق توريد المياه والكهرباء بحيث يترك أمر إدارة هذه المرافق والإشراف عليها للمجالس المحلية، وقد يستخدم أيضا هذا الأسلوب أيضا لإدارة المرافق الاقتصادية مثل مرفق الاتصالات ومرفق النقل، وإن كان التوجه الآن إلى إدارة مثل هذه المرافق بطرق أخرى[2].

[1]– أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان المرجع السابق ، ص114.

[2]– سعيد بو علي وآخرون، القانون الإداري التنظيم اللاإداري – النشاط الإداري)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص183.

المطلب الثاني: تأثير عقود التفويض على تحول مفهوم المرفق العام

إن التسيير العمومي للمرافق العامة عرف بعض الثغرات لكن رغم هذا عمل على إيجاد طريقة أكثر مرونة بحيث تفرض المنافسة في كافة المجالات وتبحث عن أكثر فعالية في التسيير وبأقل التكاليف مع تحسين نوعية الخدمة العمومية التي تفرضها زيادة الوعي المدني لدى المواطنين خاصة في إطار الانفتاح على العالم وزيادة المنظمات الداعية إلى حقوق المواطنين وضرورة الرقي بالخدمة العمومية، لذلك على الدولة أن تتخلى في هذا الإطار الجديد عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا وصناعيا والتي يمكن أن تكون محلا للمنافسة لتجنب كل ما يحمله التسيير العمومي من نقائص ويكون التخلي عن تسيير هذه المرافق في إطار قانوني يعرف بـ "تفويض المرفق العام" حيث يعد تفويض المرفق العمومي من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية خاصة المحلية منها وهو ملائم لجميع العقود. حيث نتطرق في الفرع الأول إلى تمييز المرفق العام وطرق الادارة الاخرى والفرع الثاني إلى أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة والمؤسسة العامة[1].

[1]– نادية ظريفي، مرجع سابق، ص ص 128–130

الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام وطرق الإدارة الأخرى

تعتبر الإدارة المباشرة من قبل الجهات المركزية والإقليمية هي الطريقة التقليدية والمألوفة والقديمة فدارة المرافق العامة حيث تتولى الوزارات أو الهيئات الإقليمية إدارة المرافق العامة، وفي هذه الفقرة سوف نوضح أوجه التشابه والاختلاف بين تفويض المرفق العا وطرق الإدارة الأخرى[1]..

المرفق العام والإدارة المباشرة : يقصد بالإدارة المباشرة هو أن تقوم الدولة بنفسها أو المحافظة أو المدينة أو القرية بإدارة المرفق مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها، ومستخدمة في ذلك وسائل القانون العام وهذه هي الطريقة التي تدار بها جميع المرافق الإدارية في الوقت الحاضر، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة، فلا يمكن أن يقبل الأفراد عليها، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة في إدارتها . وهذه هي الطريقة التي تدار فيها المرافق العامة التقليدية وذات الطابع الوطني مثل مرافق الأمن والدفاع والقضاء والصحة والتعليم[2].

وقد يستخدم أحيانا لإدارة المرافق العامة المحلية، كمرفق النقل داخل المدن ومرافق توريد المياه والكهرباء بحيث يترك أمر إدارة هذه المرافق والإشراف عليها للمجالس المحلية، وقد يستخدم أيضا هذا الأسلوب أيضا لإدارة المرافق الاقتصادية مثل مرفق الاتصالات ومرفق النقل، وإن كان التوجه الآن إلى إدارة مثل هذه المرافق بطرق أخرى. يعد أسلوب الإدارة المباشرة أو الاستغلال المباشر للمرافق العامة من الأساليب القديمة لإدارة المرافق العامة ويقصد به تولي الإدارة العامة المركزية منها واللامركزية (الإقليمية) إدارة مرافقها العامة وبنفسها ولحسابها، مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ويترتب على الاستغلال المباشر للمرافق العامة ما يلي:

[1]– أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان المرجع السابق ، ص114.

[2]– أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان المرجع السابق، ص114.

– اعتبار موظف المرافق العامة التي تدير بهذا الأسلوب موظفين عموميين، حيث تبقى علاقة العمل بين الموظف والجهة الإدارية المنشئة للمرفق قائمة حتى في حالة إلغاء المرفق العام[1].

– تتمتع أموال المرفق العام باعتبارها أموالا عامة بحماية القوانين المقررة للمال العام.

عدم تمتع هذه المرافق بذمة مالية مستقلة كأصل عام، غير أن مقتضيات التسيير وفعاليته قد تتقضي منح المرفق العام ميزانية مستقلة.

قيام الجهة الإدارية المختصة المنشئة للمرفق بجميع التصرفات قرارات، عقود) المتعلقة بالمرفق العام.

عدم تمتع المرفق العام بالشخصية المعنوية، ومن ثم عدم تمتعه بأهلية التقاضي، حيث يمثل أمام القاضي لدى الطعن في أعماله وتصرفاته أمام الجهة القضائية المختصة ممثل قانوني للجهة الإدارية المنشئة للمرفق العام.

وتجدر الإشارة أن أسلوب الإدارة المباشر يصلح فقط لإدارة المرافق العامة الوطنية والمحلية التي تشبع حاجاتها المواطنين وتقدم خدمات أساسية تشمل كافة سكان الدولة في حين لا يصلح تطبيق هذا الأسلوب في بعض المرافق العامة الصناعية والتجارية نظرا لطبيعة نشاطها ومسؤوليتها من جهة، وخضوعها لقانون مختلط (قواعد القانون العام، والقانون الخاص) من جهة أخرى[2].

[1]– سعيد بو علي، وآخرون، المرجع السابق، ص 183.

[2]– سعيد بو علي وآخرون ، مرجع سابق، ص ص 183–184.

الفرع الثاني : أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة والمؤسسة العامة

تتفق تقنيات التفويض مع الإدارة مباشرة في أن موضوعها يتمثل في إدارة واستغلال المرافق العامة المرتبطة بقواعد القانون الخاص.

أولا : أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والإدارة مباشرة:

تختلف تقنية التفويض مع الإدارة المباشرة في النقاط التالية:

يتولى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام، أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخصا آخر غير الشخص العام المرتبط

به المرفق قد يكون شخصا خاصا كشركة أو جمعية أو شخصا عاما كالمؤسسة العامة. يستطيع الشخص العام في الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به دون قيود تتعلق بنوعية المرفق، فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة المباشرة من قبل الشخص العام شرط التقييد لقواعد الاختصاص، الصلاحية التي حددها الدستور والقوانين والأنظمة النافذة، أما في ظل تقنية التفويض فيوجد مجموعة من المرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يوجز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام[1].

يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة المرتبطة به وفقا لقواعد القانون العام، ويمكن أن تعطى الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام الاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام، أما في ظل تقنية التفويض فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق باستقلال عن الشخص العام من الناحيتين الإدارية والمالية[2].

[1]– مروان محي الدين القطب ، طرق خصصة المرافق العامة (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 ص473

[2]– المرجع نفسه، ص473.

ثانيا : تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة:

المؤسسة العامة هي هيئة عامة تتولى الدولة إنشاؤها وتتمتع بالشخصية المعنوية، وقدر من الاستقلال الإداري والمالي لغرض إدارة مرفق عام، وهي صورة من صور اللامركزية المرفقية. والمؤسسة العامة تمثل إحدى الطرق المباشرة لإدارة المرفق العام، لأنها رغم ما تتمتع به من استقلال تبقى جزءا من الهيكل الإداري للدولة.

ويترتب على ذلك أن الأعمال التي تقوم بها المؤسسات العامة أعمال إدارية، وقراراتها هي قرارات إدارية والعاملين فيها من الموظفين، وأموالها هي أموال عامة تتمتع بحماية خاصة، ولها سلطة إبرام العقود الإدارية.

وتتحمل هذه المؤسسات المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تصرفاتها، وتخضع قراراتها الإدارية للطعن أمام القضاء الإداري شأنها في ذلك شأن القرارات الإدارية الأخرى. ويذكر فقه القانون العام أن غدارة المرافق العامة عن طريق المؤسسات والهيئات العامة تحقق عدة مزايا وهي كما يلي:

التحرير من القيود والتعقيدات الإدارية والحكومية.

اتخاذ أساليب إدارية توافق طبيعة النشاط الذي يقوم به المرفق.

تشجيع الأفراد والهيئات الخاصة على تقديم الهيبات والوصايا لهذه الأشخاص العامة، لكي تخصص للغرض الذي يقوم به الأشخاص المرفقية[1]..

– أنواع المؤسسات العمومية :

[1]– محمود عبد الله حمود، مبدأ القانون الإداري، ماهية القانون الإداري التنظيم الإداري – النشاط الإداري)، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ط2، 2009م، ص174.

إن المؤسسات تنقسم إلى نوعين:

المؤسسة العمومية الإدارية.

المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية.

1- المؤسسة العمومية الإدارية: المؤسسات العمومية الإدارية هي المؤسسات التي تمارس نشاطا ذو طبيعة إداري محضة، وتتخذهما الدولة والمجموعات الإقليمية المحلية (الولاية والبلدية في الجزائر) كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية[1].

وتتمتع المؤسسة العمومية بالشخصية المعنوية، وتخضع في أنشطتها بالقانون العمومي، بحيث أن القضاء الإداري هو الذي يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بها. كما يخولها القانون جملة من الامتيازات ومن أهمها امتيازات السلطة العمومية، ومنها اتخاذ القرارات الإدارية كما تعتبر أموالا عمومية وعمالها موظفين عموميين. 2- المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية نشأت المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، عندما تميزت عن المؤسسة العمومية التقليدية، فخلال المرحلة التي لم تكن فيها الدولة الليبرالية إلا دولة حارسة تقوم فقط بالوظائف الإدارية والحفاظ على النظام العمومي ولا تتدخل في الحياة الاقتصادية التي تعتبر مجال المبادرة الخاصة، فإن إنشاء المؤسسة العمومية التقليدية[2].

(أي المؤسسة العمومية الإدارية)، كان كافيا للتكفل بمهام الدولة الليبرالية التقليدية. ولكن مع التطور الاقتصادي والاجتماعي، وخاصة بعد الأزمة الاقتصادية لعام 1929م الحرب العالمية الثانية، فقد دفعت الدولة الليبرالية للتدخل وممارسة نشاطات ذات طابع صناعي وتجاري، وعليه فقد تبين أن صيغة المؤسسة العمومية التقليدية الإدارية، لم تعد تتماشى وهذه المهمة الجديدة للدولة أي مهمة النشاط ضمن اقتصاد تدخل، ولهذا لجأت

[1]- أكثم وجيه عبد الرحمان سليمان، مرجع سابق، ص119.

[2]- ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف، ط2، ص125.

السلطات العمومية إلى صيغة المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية. وعليه يمكن تعريف المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية بأنها المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجاريا وصناعيا ممثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة وتتخذهما الدولة والجماعات المحلية الولاية والبلدية كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري وهي تخضع في هذه الأحكام القانون العمومي والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد. [1].

وبالتالي فإن المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية تشبه المؤسسة العمومية الإداري في بعض الجوانب وتختلف عنها في جوانب أخرى.

ثالثا: أوجه التشابه والاختلاف بين التفويض والمؤسسة العامة.

أ- أوجه التشابه:

تتفق مفهوم المؤسسة العامة لمفهوم التفويض، على اعتبار أن الدولة في ظل طريقة المؤسسة العامة تنشئ شخصا عاما مستقلا تعهد إليه بإدارة المرفق العام.

ب-أوجه الاختلاف بين التفويض والمؤسسات العامة:

إلا أن المؤسسة العامة تختلف عن تقنية التفويض في عدة مسائل أهمها:

إن العلاقة القائمة بين صاحب التفويض والشخص العام مانح التفويض هي علاقة تعاقدية في حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام الذي يرتبط به هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة[2].

[1]- المرجع نفسه، ص125

[2]- مروان محي الدين القطب ، طرق خصصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق،ص474.

يشترط في تقنية التفويض أن يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال وهذا الشرط ليس قائما في ظل طريقة المؤسسة العامة إذ يمكن أن يمول المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي من قبل الدولة.

يخضع صاحب التفويض في ظل تقنية التفويض لرقابة وإسراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق موضوع التفويض في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على مقررات المؤسسة العامة بحيث لا تصبح نافذة إلا بعد التصديق عليها من قبل سلطة الوصاية.

يتسم الشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام عن طريق المؤسسة العامة بالطابع العام، في حين يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما أو خاصا، ويمكن أن تكون المؤسسة العامة صاحبة التفويض مرفق عام

يخضع التفويض المرفق العام لبنود عقد التفويض وللنظام القانوني المحدد أما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف [1].

[1]– مروان محي الدين المرجع السابق، ص474.

المبحث الثاني: نتائج التحول في مفهوم المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي رقم : 18-199.

يمكننا تلخيص مجموعة من النتائج في خصائص وعناصر المرفق العام المكونة والتي تحولت وتغيرت بناءا على صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

إن الهدف الأساسي لوجود المرافق العامة هو تحقيق مصلحة عامة أونفع عام ،وهذا عن طريق إشباعات الحاجات العامة المادية والمعنوية للأفراد المجتمع ومواطني الدولة ، وذلك في نطاق السياسة العامة المرسومة والمحددة في المواثيق ومصادر النظام القانوني الساري المفعول في الدولة.

المطلب الأول: ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة

حتى تكون بصدد تفويض مرفق عام يجب أن يكون هناك مرفق عام، يمثل محل عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط محل العقد مرفقا عاما لا نكون بصدد عقد التفويض فحقيقة وجود مرفق عام هو السعي في تحقيق وإشباع الحاجيات العامة وأداء الخدمات للجمهور ، سواء كانت هذه الحاجة معنوية كالتعليم والثقافة أو كانت الخدمة مادية كتوفير السلعة...، كما يجب أن يتم تفويض المرفق في إطار احترام مبادئ الاستمرارية، والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاعة[1].

[1]– حمدي قبيلات القانون الإداري ماهية) القانون الإداري – النشاط الإداري)، وائل للنشر والتوزيع، ج 1 ، الأردن، 2008م، ص312.

الفرع الأول : المرفق العام لا يستهدف سوى تحقيق النفع العام

المشرع عندما يستهدف النفع العام يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة، سواء كانت هذه الحاجات أو الخدمات مادية كتوفير المياه والكهرباء ووسائل المواصلات العامة، أو كانت معنوية كتوفير الأمن الداخلي والخارجي للأفراد والتعليم بمراحله المختلفة ،فإذا فقد المشروع هذه الصفة لم يعد مرفقا عاما ، ولو أنشأته الدولة وتولت إدارته، ومع ذلك مع التطور الحديث للقانون الإداري يعترف بصفة المرفق العام للمرافق الصناعية والتجارية التي تنشؤها الدولة مع أنها تعمل على تحقيق الربح والسبب أن هذه المرافق ليس الهدف من تحقيق الربح من إنشاءها وإنما المنفعة العامة وما الربح إلا أثرا من الآثار المترتبة على نوعية هذه المرافق باعتبارها تقوم بأعمال صناعية وتجارية [1].

الفرع الثاني: التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام

أدى التطور في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية إلى أنه مسألة تحقيق الصالح العام لم تعد مقصورة على الدولة، فالنشاط الفردي والخاص يحقق مصالح ومنافع عامة فظهر ما يسمى في فقه القانون العام مشروعات الخاصة ذات النفع العام ، والتي يشبه نشاطها في مظهره المادي والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه كثير من مظاهر نشاط المرفق العام، وأدى ذا الأمر إلى إيجاد معايير يميز بها هذه المشرعات الخاصة للمنفعة العامة [2].

[1]– المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 199–18 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافقل 02 غشت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام ، جردة الرسمية العدد 48 لسنة 2018

[2]– أكثيم وجيه عبد الرحمان سليمان المرجع السابق، ص 38

المطلب الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين طرفين مختلفين:

مفاد العلاقة التعاقدية لعقد تفويض المرفق العام أنه عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، وذلك أنه يحظى لموافقة ورضا المتعاقدين فهو من العقود الإدارية الملزمة للجانبية والتي تحمل في طياتها حقوق والتزامات متبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له. كما أن العلاقة العقدية (التعاقدية) تحدد كافة الشروط، كالتنفيذ المقابل المالي، الرقابة...الخ، وتبرم الاتفاقية المرفق العام وفقا للطلب على المنافسة أو التراضي[1].

الفرع الأول: ضرورة اتصال عقد التفويض باستغلال المرفق العام:

يجب أن يكون محل عقد التفويض هو تيسير واستغلال المرفق العام وتشغيله وفقا للهدف لإنشائه، وذلك من طرف صاحب التفويض لكن تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض ومدى تعقيد المرفق العام[2].

فتحمل مخاطر التشغيل ترد على عاتق صاحب التفويض كما يلقى عليه أيضا القيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل وتنفيذ المرفق العام محل العقد. [3].

ويعتبر استغلال المرفق العام كعنصر مبين لاتفاقية تفويض المرفق العام، في حين المفوض له يسعى جاهدا في استغلال المرفق العام وذلك باستعمال سلطاته الكاملة في تسيير المرفق[4].

[1]– المادة 08 من المرسوم التنفيذي 1999–18، المصدر سابق

[2]– المادة 49 من المرسوم التنفيذي 199–18، المصدر سابق

[3]– صاروخ مليكة، القانون الإداري دراسة مقارنة)، ط7 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010م، ص340.

[4]– مروان محي الدين، مرجع سابق، ص 448.

الفرع الثاني : مقابل مالي متعلق باستغلال المرفق العام:

معظم فقهاء القانون يؤكدون على أن ما يبرر وجود عقد تفويض مرفق عام، هو ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستغلال، فهذ الارتباط يعد صورة مبررة أو بالأحرى المعيار المحدد والمميز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فمصدر هذا المقابل المالي هو الإتاوات التي يدفعها المنتفعون نتيجة الاستفادة من خدمات المرفق العام، وهذا ما نصت عليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

ويمكن أن تكون هذه إعانات من الهيئات العمومية لكن هذا استثناء وبصفة تكميلية فقط، لأن الأساس ان يكون المقابل المالي مرتبطا بالاستغلال[2].

– يستغل المفوض له المرفق العام اسمه وعلى مسؤوليته تحت رقابة جزائية من طرف السلطة المفوضة، ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.

خامسا : وجوب ارتباط عقد التفويض بمدة زمنية:

يجب أن تكون اتفاقية تفويض المرفق بمدة زمنية لأن عملية التفويض ليست مؤبدة، وهذه المدة تختلف باختلاف عقد تفويض، حيث نجد أن عقد الإيجار أقل من مدة عقد

[1]– المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المؤرخ ف : 2:02 ذيالحجة 1436 الموافق ل 16/09/2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية العدد 50 .

[2]– المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199-18، مرجع نفسه.

الامتياز التي تكون طويلة، وذلك بغرض تمكين صاحب الامتياز من استرجاع ما أنفقه والسماح له بتحقيق مقدار من الربح[1].

لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز 30 سنة كما يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل شريطة استثمارات مادية

غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة التمديد 4 سنوات كحد أقصى. أما بالنسبة للإيجار، فتحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار بـ 15 سنة كحد أقصى.

ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل.

لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة التمديد 3 سنوات كحد أقصى[2].

من خلال مما سبق لابد من تحديد مفهوم المصلحة العامة التي يهدف لها المرفق العام والتي لها مفهوم متغير، لارتباطها بتطورات الاقتصادية والسياسية للدولة، وهي تشكل الإطار الذي يحدد مشروعية الدولة ولقد تأثر مفهوم المصلحة العامة لتطور الدولة ففي مفهوم الدولة الحارسة مثلا كان مفهوم ضيقا ومتطابقا مع النظام العام

[1]– المادة 54، ننفس المرجع.

[2]– المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199_18مرجع السابق

إن تقنية تفويض المرفق العام من الأساليب المكملة للطرق التقليدية في تسيير واستغلال المرافق العامة، تماشيا والإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر والتي استلزمت اللجوء لتفويض المرفق العام للشخص الخاص أو العام ليتولى تسييره أو استغلال لانقاض الضغط على القطاعات العمومية التي أثبتت فشلها في تسيير المرافق العامة وعدم تحقيقها لمصلحة العامة [1].

[1]– حساين سامية : قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 24715 والمرسوم التنفيذي 18-199 مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، ص 60.

خلاصة:

إن نتيجة التحول المفاهيم المرفق العام تعود لأزمات اقتصادية واجتماعية، مما أدى إلى التخلي على الدولة الحديثة على مفهوم الدولة الحارسة.

بعد استعراض أهم النقاط الأساسية التي استوجب ذكرها حول محور الإطار التاريخي والمفاهيمي للمرفق العمومي، نجد أنه بات من الضروري إلى كل الأهمية للمرفق العمومي أو الاقتصادي، على الرغم فتو فكرة المرفق العمومي التي تتجلى إلا في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، في المصلحة العامة فلم تعد حكرا على الوظيفة الإدارية فقط بل حتى على المؤسسات التي تسيرها الدولة وتكون غايتها تجارية بحتة كالمؤسسات الاقتصادية وحتى الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون المهم كيف نرتقي بخدمة وإشباع الحاجيات العامة للجمهور ونضمن استمرارية تقديم الخدمة في ظل التحديات التي يواجهها المرفق العام كأداة للخدمة العامة.

الفصل الثاني

التحول في طرق إدارة المرفق العام

على ضوء المرسوم التنفيذي 18_199

إن الخدمات التي يقدمها المرفق العام تزداد وتتطور الطرق التسيير، وذلك تماشيا مع نظام الدولة. ونظرا لهذه التحولات تنوعت المرافق العامة مما أدى إلى تنوع في طرق التسيير فلكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة كما أن هناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظرا لخصوصيته وطبيعتها المتميزة، ومرافق أخرى قابلة للتفويض جزئيا أو التخلي عنها كليا.

أي أن تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي الدولة عن سياستها الاحتكارية وتوجهها نحو الشراكة مع القطاع الخاص في إدارة المرفق العام عن طريق عقود تفويض المرفق العام.

ومن خلال هذا الفصل ندرس أشكال عقود التفويض ودورها في تحول المرفق العام في المبحث الأول وإبرام عقود التفويض على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أشكال عقود التفويض ودورها فى تحول المرفق العام

لقد تطرق ارقم لمشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 18_199 في نص المادة : على أشهر عقود التفويض ، وتتمثل أشكال تفويضات المرفق العام التي تضمنتها المادة

أعلاه في : ان عقود تفويض المرفق العام يخضع للمبادئ العامة التي تخضع لها العقود الإدارية ،كما يلتزم بجملة من الإجراءات ويتدبر تكوينه بتحديد أطرافه

ولدراسة أشكال عقود التفويض ودورها في تحول المرفق العام نتطرق إلى : بيانات اتفاقية المرفق العام في المطلب الأول وأطراف عقد التفويض في المطلب الثاني ، أما أشكال عقود التفويض

بيانات اتفاقية تفويض المرفق العام

بالنظر إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية[1]:

- تعيين الأطراف المتعاقدة، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الاتفاقية وصفتهم.
- موضوع التفويض بدقة.
- صيغة الإبرام.
- شكل التفويض.
- شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا آليات تحيينه ومراجعة. شروط التسديد وبنك محل الوفاء، عند الاقتضاء.
- مدة التفويض.

[1]– عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر ، ط4، 2017م، ص450.

- الاختصاص الإقليمي للمرفق العام.
- حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له.
- جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة عند الاقتضاء.
- انجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام عند الاقتضاء.
- البنود المتعلقة باستغلال منشآت وممتلكات المرفق العام.
- البنود المتعلقة بصيانة منشآت وممتلكات المرفق العام عند الاقتضاء.
- الضمانات.
- حالات دفع التعويضات وآليات حسابها.
- التأمينات.

الواجبات الواقعة على عاتق المفوض له تجاه مستعملي المرفق العام.

التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت وممتلكات المرفق العام والتي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية اتفاقية التفويض.

تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة.

شروط المناولة عند الاقتضاء.

البند المتعلق باستعمال اليد العاملة.

كيفيات مراقبة تنفيذ اتفاقية التفويض.

كيفيات تنفيذ حالات القوة القاهرة.

كيفيات حل النزاعات.

الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع.

العقوبات المالية وكيفيات تطبيقها.

الرقابة البعدية وإعداد حصائل وتقارير دورية.

حالات الفسخ.

إبراء ذمة لفائدة المفوض له بعد نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام. [1]

[1]– عمار بوضياف، المرجع السابق ،ص451.

المطلب الأول : بيانات اتفاقية تفويض المرفق العام

جاءت نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-1997 بصيغة الوجوب، مما سعنى أن الاتفاقية ستكون ملغاة لقوة القانون في حال لم تتضمن الاساس القانوني لابرام الاتفاقية وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي أعلاه، ناهيك عن البيانات المبينة أدناه:

- تحديد بوضوح أطراف الاتفاق أي السلطة المفوضة والمفوض له، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لتوقيع الاتفاقية والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع.
- تحديد النطاق الموضوعي للتفويض والمتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.
- تحديد صيغة الابرام ما إن كانت عن طريق المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة أو بموجب تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض وشكل التفويض والمزايا التي يحققها 37.
- تحديد شكل التقويض ما إن كان في شكل امتياز أو تسيير أو ايجار أو وكالة محفزة
- تحديد المقابل المالي أو الاتاوات التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الاتاوات
- تحديد مدة التفويض التي تختلف حسب شكل التفويض فإذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الايجار فمدته تكون محددة ب15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث وأما الوكالة المحفزة مدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى، والتفويض مدته 5 سنوات قابلة لتمديد سنة واحدة .

- الاختصاص الاقليمي للمرفق العام، خاصة إذا كان المرفق اقليمية وليس مرفقي، ذلك لأن الاختصاص دائما من النظام العام يتم تحديده بموجب نص قانوني.
- تحديد حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالالتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار اعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام لا سيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات وكذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون المرفق مؤشر عليه من السلطة المفوضة وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوضله أو وجود حالة عدم احترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله .... ، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.
- جرد المنشئات والمعدات المسخرة للخدمة العامة عند الاقتضاء، وانجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، ناهيك عن ضرورة تحديد البنود المتعلقة باستغلال تلك المنشآت وبصيانتها.
- تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق وتكريس المبدائ التي تقوم عليها المرافق العامة كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق محل التفويض في المقابل على السلطة المفوضة أن تضمن له المقابل المالي والالتزامات المالية للمفوض له وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتثقل كاهله المالي.
- تحديد حالات الدفع وآليات حساب التعويضات والتأمينات والواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستخدمي المرفق، وتحديد الجهة المسؤولة عن التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار قد تكون مست بمنشئات المرفق ، ثم تحديد تدابير

الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة لأمه في النهاية مرفق عام وجميع المرافق العامة غرضها الأساسي الحفاظ على النظام العام.

في حال اللجوء إلى التفويض من الباطن أو وفق ما يسميه هذا المرسوم التنفيذي المناولة لابد من تحديدها في الاتفاقية.

وهناك أيضا ما يتعلق بالبنود الخاصة باليد العاملة وكيفيات مراقبة تنفيذ الاتفاقية، وهي محددة أساسا في المرسوم التنفيذي -18-1997 بموجب المواد من 74 إلى غاية 83 .

- تحديد كيفيات تنفيذ اتفاقية التفويض في حالات القوة القاهرة الخارجة إرادتي طرفي الاتفاقية، وتحديد كيفية تسوية النزاعات في حال نشوب خلاف بين الطرفين، ما إن كانت ودية أم قضائية، وفي الحالة الأخيرة لابد من تحديد الجهة القضائية المختصة وهي في غالب الأحيان تكون القضاء الاداري على اعتبار أن أحد طرفي الاتفاقية شخص معنوي عام وأن المرفق موضوع الاستغلال هو مرفق عام تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كيفيات تطبيقها ، غير أنه قبل اللجوء اليها يجب على السلطة المفوضة أن توجه له اعذارين التدارك النقائص المسجلة في الآجال القانونية المحددة، وكذا حالات الفسخ والمرتبطة أساسا في استمرار المفوض له بالخلال بالتزاماته على الرغم من الاعذارات الموجهة له عندها فقط

الفرع الاول : أطراف عقد التفويض

في ظل ماجاء به المرسوم التنفيذي رقم : 18_199 المتعلق بتفويضات المرفق العام ،حيث أعطئ المشرع اهتماما كبيرا لتفويض المرفق العام ، وذكر صراحة من خلال المادة 207 كيفية تطبيق أحكام هذا الباب وتتم عملية التسيير الإداري عن طريق التفويض أي

الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق إدارة غير مباشرة من أجل تخفيف العبء المالي للتسيير المباشر ، كل هذه العلمية تتم بين أطراف عقود التفويض

الفرع الثاني : المفوض (مانح التفويض): [1]

إن عملية التفويض لا تكون إلا من خلال عقد إداري يحدد فيه الأطراف، وهما الإدارة مانحة أو التفويض ومفوض له.

يسمى كذلك مانح التفويض، وهو الشخص معنوي من القانون العام الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية له اختصاص أصيل لتسيير المرفق المحدد قانونا.

ويقتضي أن يكون شخصا عاما الدولة) أو أحد هيئاتها، فلا نكون أما تفويض المرفق العام إذا كان مانح تفويض والمفوض له شخصان من أشخاص القانون الخاص، إلا إذا كان التفويض لحساب وباسم الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه وفي هذه الحالة يكون أمام تفويض المرافق العامة بالرغم من إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص.

إن خضوع المرفق لتقنية التفويض، يستوجب صدور قرار ابرام عقد التفويض، بحيث تكون السلطة المختصة تلك هي التي يدخل المرفق العام في اختصاصاته وهي كذلك المسؤول عن إدارته .

1-الدولة:

من بين المرافق التي تفوضها الدولة نجد أن المرافق ذات الطابع الوطني والمؤسسات الوطنية فهي بذلك مرافق قابلة للتفويض إضافة إلى المرافق الإدارية مثل (الطرق السريعة) عكس المرافق السيادية والدستورية الغير قابلة للتفويض مثلا (العدالة الأمن السلطة).

[1]- بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقبل في ادارة المرافق العامة ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع14، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014، ص559.

فالمرافق التي تفوضها الدولة وجدت لكي يستفيد منها كل الأفراد فهي تحقق المصلحة العامة فإذا قامت الدولة بإبرام عقد التفويض بموجبه تتنازل عن تسيير المرفق العام لشخص آخر فالشخص الذي يمثل الدولة هو الوزير المكلف بالمرفق المعني والقطاع المعني[1].

2- الجماعات الإقليمية:

تعتبر شخص من أشخاص القانون العام التي من لها سلطة إصدار قرار تفويض المرفق العام حيث أنها تفوض تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام، وتقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين بحيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من الأمر 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي بالوظيفة العمومية، بحيث تنص على ما يلي <<... يقصد بالمؤسسات الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات العمومية المركزية في الدولة والمصالح الغير ممركزة التابعة لها والجامعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها بأحكام هذا القانون الأساسي>>[2].

[1]- بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقبل في ادارة المرافق العامة مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية المرجع السابق، ص 559.

[2]- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في جمادي الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 يوليو سنة 2006 ، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

الفرع الثالث : المفوض له (صاحب التفويض):

يسمى كذلك صاحب التفويض لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون لشخص طبيعي أو معنوي أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص، فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية[1].

على المفوض له المساوات بين المرتفقين، وضرورة تكييف المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية، وضمان استمرارية وديمومته باعتبار المنفذ الحقيقي للخدمة. ويمكن أن يكون المفوض له شخصا عاما ، كأن تكون مؤسسة عامة، كما يمكن أن يأخذ شكل شركة.

وقد يكون كذلك المفوض له شخصا من أشخاص القانون الخاص.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

هي تلك المؤسسات التي تمارس نشاطها صناعيا أو تجاريا بشكل مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، كما أنها تخض للقانون العام والخاص معا كل في نطاق محدد أي نظام قانوني مزدوج فيما يخصص علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي وهي تخض لقواعد القانون العام، أما علاقتها مع الغير فإنها تخضع لقانون الخاص، حيث يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها

2- الشركات التجارية

قد يكون عادة المفوض له شركة تجارية أي من أشخاص القانون الخاص غير أن التفويض يكثر بشكل ملحوظ لشركات الاقتصاد المختلط. [2]

[1]- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص110.

[2]- محمد محمد عبد اللطيف المرجع السابق، ص 110.

3- شركات الاقتصاد المختلط :

هذه الشركات عبارة عن شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأسماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد أفراد والشركات الخاصة، بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عامة أو إدارة مرفق عام وعليه إن تفويض المرفق لشركات الاقتصاد المختلط يشترط أن تتخذ هذه الأخيرة مشاركة للشخص العام والأفراد المساهمين في تسيير شؤون المرفق العام بشكل شركة مساهمة تخضع للقانون التجاري[1].

المطلب الثاني : أشكال عقود تفويض المرفق العام

كانت عقود تفويض المرفق العام في فرنسا وقبل العمل بقانون sapih محددة في أربعة تتوافر في اثنين منهما معايير التفويض بشكل مطلق وهما عقد الامتياز (الفرع أول) وعقد إيجار المرفق العام (الفرع ثاني).

الفرع الأول : عقد الامتياز : (la concession)

تكون أمام عقد الامتياز عندما : (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤولية تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام[2].

- يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه.

[1]- وليد حيدر جابر، تفويض في إدارة واستثمار المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009، ص4

[2]- فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين تشريع الجزائري والفرنسي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص244

يعتبر هذا التعريف نقلة نوعية بالنسبة لمفهوم الامتياز في القانون الجزائري، وذلك لأن المشرع أصبح له مفهوم عام لعقد امتياز المرفق العام من جهة، ومن جهة أخرى يفضل بين المرفق العام الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام والامتياز خارج عقود[1].

- خصائص عقد الامتياز :

من خلال التعاريف السالفة الذكر لعقد الامتياز يتبين لنا أنه يتميز بجملة من الخصائص والمميزات نوجزها فيما يلي:

يعتبر الامتياز عقدا إداريا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية بل لعل أهم العقود الإدارية، وعلى الأخص في الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب لإدارة مرافقها العامة[2].

هو عقد يتم بين سلطة إدارية مركزية أو لامركزية (محلية أو مرفقية) كمانع للامتياز وبين أحد الأشخاص القانون العام أو القانون الخاص (صاحب الامتياز الإدارة وتسيير مرفق عمومي، وتتمتع الإدارة هنا بسلطات استثنائية خولهما القانون الخاص حتى ولو لم يتضمنها لعقد قصد الحفاظ على المصلحة العامة دون مراعاة برضا الطرف الأخر.

الطبيعة القانونية لامتياز المرفق العمومي:

أصلا أي إلى غاية بداية القرن العشرين، الامتياز يعتبر كليا عملا ذا طبيعة تعاقدية، لأنه كان ينظر للامتياز بصفة اتفاقية تبرم بين شخص عمومي وشخص خاص.

ولكن منذ بداية القرن العشرين فالرأي الغالب في الفقه هو أن الامتياز عمل مختلط. يجب يتضمن هذا العمل في الواقع أحكامها أو بنود تعاقدية وأخرى تنظيمية، فالبنود التعاقدية

[1]– بركيبة حسام الدين تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقبل في ادارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص562.

[2]– بركيبة حسام الدين ، المرجع السابق، ص568.

تلك فهي التي تتعلق خاصة بالجوانب المالية للامتياز ، وكذلك مدته ، أما البنود التنظيمية فهي التي تتعلق بتنظيم وسير المرفق لا سيما ما يتعلق بموضوع المرفق وعلاقة هذا الأخير بالمرتفقين، ويترتب على هذا التمييز أن البنود التعاقدية لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة لمانع الامتياز أما البنود التنظيمية يمكن تعديلها بالإدارة المنفردة لمانح الامتياز دون استشارة صاحب الامتياز لكن يمن لهذا الأخير من جهة أخرى طبقا لنظرية فعل الأمير أن يطالب بالتعويض.

موقف المشرع الجزائري :

لقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف قانوني للامتياز من خلال بعض النصوص القانونية نذكر منها :

الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشأة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤولية تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، ويحول المفوض له بنفسه لإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاض عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.

ولا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين سنة (30 سنة).

ويكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة. على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة أن لا تتعدى 4 سنوات كحد أقصى[1].

[1]– المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المؤرخ في 20ذي القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: عقد الإيجار

تكون أمام عقد إيجار عندما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها وبتصرف المفوض له، حينئذ بحسابي وعلى مسؤوليته تحول

السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الإتاوي مستعملي المرفق.

من خلال هذا التعريف نقف على العناصر التي تميز عقد الإيجار وهي: يتحمل المفوض له في عقد الإيجار مسؤولية تسيير وصيانة المرفق العام دون إقامة المنشآت. تتحمل السلطة المفوضة مهمة إنشاء المباني والإنشاءات التي تمكن المفوض له من القيام بمهمة التسيير والصيانة[1].

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

عقد الإيجار في المرسوم التنفيذي 18/199:

لقد تطرق المشرع الجزائري لأشكال تفويض المرفق العام في الأمر 18-199 وبالضبط في القسم الثاني الخاص بأشكال تفويض المرفق العام[2]

فالمادة 54 تطرقت إلى تعريف الإيجار على أنه هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.

[1]- بركبية حسام الدين: مرجع سابق، ص564.

[2]- بركبية حسام الدين : مرجع سابق، ص562-568.

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

تحول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويتقاضى المفوض له أجر من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار ، بخمسة عشرة (15)سنة كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة

بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل. لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة تمديد ثلاث (3) سنوات كحد أقصى.

الفرع الثالث: طبيعة عقد امتياز المرفق العام وتمييزه عن العقود المشابهة له .

إن امتياز المرفق العام يتميز بالطبيعة التعاقدية ويتضمنهذا العقد بنود تفظي بالتزامات متبادلة بين طرفي العقد ، إلا أنه يتضمن أيضا بنود تملك الإدارة تعديلها بإرادتها نظرا لطبيعتها التنظيمية) وهذا ما نوضحه في (اولا) ، كما يمكن أن يحدث لبس بين عقد الامتياز وغيره من العقود الأخرى كما سنرى في (ثانيا) [1].

أولا : طبيعة عقد امتياز المرفق العام .

عند تكييف عقد الامتياز من حيث انتمائه للعقود الإدارية فإن بعض النصوص في القانون الجزائري ، سكتت عن تكييف الامتياز ، وصرحت نصوص أخرى باعتباره ، عقدا إداريا ، ووصفته طائفة أخرى من النصوص بأنه عقد وكفى ، أما نصوص أخرى فاكتفت

[1]– مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق، ص 90.

بوصفه نمط من أنماط التسيير دون تفاصيل أخرى[1] وسوف نوضح هذه الطبيعة من خلال ما

1- الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز الإداري

فحوى النظرية أن عقد الامتياز ليس بعقد أو اتفاق بين صاحب الامتياز والإدارة العامة (السلطات العامة (بل هو تنظيم يستلزم العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتداخلة بين أطراف مختلفة [2].، وحتى أن مصالح الأطراف تتعارض فيما بينها ، بالرغم من ذلك تقدم الإدارة على هذا التنظيم تسهيلا لسير المرافق العامة .

غير أنه يرد على هذا الرأي الذي ينكر الطبيعة الاتفاقية لهذا العقد . بأن الاتفاقيات الفرعية التي يضمنها، إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وصاحب الامتياز وذهب فريق من الفقهاء إلى أن الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة ويرضخ له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الالتزام . ويعود مصدر هذه النظرية إلى الفقه الألماني [3].

والنقد الموجه لهذه النظرية أنه وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التحكم وتعديل قواعد الإمتياز وإلغائها دون الحاجة لرضا الطرف الثاني، إلا أنه يغالي في إغفال نصيب صاحب الإمتياز في إبرام العقد، وقد يؤدي هذه الرأي إلى تهرب الخواص من إبرام هذه العقود لأنها غير ناجمة عن إرادتهم ولا تعبر عن مصالحهم [4].

[1]- خرشي النوي ، مرجع سابق ، ص 141.

[2]- الضريفي نادية، مرجع سابق، ص 174

[3]- الكلي نعيمة ، مرجع سابق ، ص 71 .

[4]- ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 175.

وهو ما أدى إلى هجرة هذه النظرية ومهد لظهور نظرية أخرى تحل محلها .

2- الطبيعة العقدية للامتياز.

ظهرت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 ومضمون النظرية أن الأحكام التي تعرف بالشروط التعاقدية والتي تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، والتي تعبر عن توافق إرادة الإدارة مع إرادة الملتزم، خاصة فيما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والالتزامات المالية ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين[1].

وبرر أصحاب هذه النظرية ، الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق العام في ان اللائحة المعدة من أجل المرفق العام من قبل الإدارة ، قد تستغرق في دفتر الشروط الذي يتحول من طبيعة تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضا الملتزم بما ورد فيه ، في حين قاموا باستعارة فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تفسيرا لمسألة المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبلين ، على أساس أن الإدارة حين إبرامها عقد الامتياز الإداري اشترطت تقديم الخدمة الصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه يكون دورها بمثابة دور الوعد.

الانتقاد الموجه لهذه النظرية :

تعرضت هذه النظرية لانتقادات حادة من قبل فقهاء القانون الإداري أمثال " دوجي " "هويرو" ، من زاوية أن الأخذ بها يحول دون تدخل الإدارة المانحة للامتياز لتعديل شروط الالتزام وهو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام كما أنه لا يمكن أن تقبل فكرة أن عقد الامتياز كعقد مدني لارتباطه بتسيير المرفق العام ويحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي ولهذا أصبحت الفكرة التعاقدية للامتياز فكرة مرفوضة فقها وقضاء لرفض مجلس الدولة الفرنسي للنظرية العقدية الكلية للامتياز

[1]- شريفي نسرين و آخرون، القانون الإداري، دار بلقيس، الجزائر ، 2014 ، ص 229

3- : الطبيعة التنظيمية والعقدية (المزدوجة) للامتياز

أساس هذه النظرية الأستاذ هو يورالذي اعتبر أن عقد امتياز المرفق العام يتضمن الجمع والتعاون بين صاحب الامتياز والسلطة الإدارية المانحة ، وينتج عن ذلك من الناحية القانونية وضعية معقدة لأن هناك توفيق بين مقتضيات المرفق العام ومصالح صاحب الامتياز الذي يشغل ويدير المرفق وبالتالي فإن التوازن بين المصالح المختلفة تتحقق عند الربط بين :

1- وجود وضعية تنظيمية متصلة بتشغيل المرفق العام واستغلاله وإدارته. 2- إبرام عقد امتياز بين الإدارة المانحة وصاحب الامتياز وفقا لدفتر الشروط يحدد البدلات وينظم الالتزامات المتبادلة [1].

4- الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز

فحوى هذه النظرية أن الامتياز حتى وإن لم يكن عقد ، فهذا لا يعني انه ليس كذلك في كل شروطه ، وتتمثل الطبيعة المختلطة للامتياز في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر طابع التعاقدي ، ويرجع ذلك لأن الامتياز يحقق مصلحتين متناقضتين وهما ، المصلحة العامة) تسيير مرفق عام، والخدمة العمومية التي يجب المروان.

توفيرها والتي يجب على الإدارة حمايتها ويتم ذلك بوضع قواعد سير المرفق العام) ، ومصلحة خاصة وهي مصلحة الملتزم (مصلحة مالية) [2].

وفي الاخير يمكن القول أن صاحب امتياز المرفق العام هو في وضعية ذات طبيعة مختلطة ، من جهة يلتزم بالقيام بتنظيم المرفق العام ، ولا يستند فحسب إلى شروط دفتر الأعباء بل إلى شروط الإدارة العامة ، و باسم المصلحة العامة ، ويتضمن الالتزام بالقيام

[1]- الدين القطب مرجع سابق، ص.92

[2]- ضريفي نادية ، مرجع سابق، ص 52.

بأعمال تمس تشغيل المرفق العام ولا يتعلق الأمر بالعقد لكن يتحدد كذلك باللوائح ، لهذا فإن صاحب الامتياز يقع في وضعية قانونية عامة وشرعية وفقا للوائح .

ثانيا : تمييز عقد عن العقود المشابهة له

لما كان عقد الامتياز لا يخلو عن كونه من بقية العقود الادارية التي تخضع في أحكامها للقانون العام إلا انه انفرد عليها في بعض الخصائص والميزات من حيث الشكل والشروط والآثار المترتبة عليه مما جعله متميزا عن بعض العقود المتشابهة له. وهذا ما سوف نوضحه من خلال الفروع الآتية.

1- عقد الامتياز وعقد البوت B.O.T

يقصد بعقد البوت «مشروع تعهد به الحكومة إلى أحد الشركات وطنية كانت أو أجنبية ، وسواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص) شركة المشروع) وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة[1].

وإصطلاح البوت (B.O.T) هو اختصار لثلاث كلمات بالغة الإنجليزية وتعني (build) البناء او الانشاء (Operate) التشغيل ، (Transfer) نقل الملكية ، ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح ، (CET) وهو اختصار لثلاث كلمة فرنسية : البناء (construire) التشغيل (exploiter) نقل الملكية (1) (transferer). [2].

ومن خلال تعريف عقد البوت ومعرفتنا السابقة لعقد الامتياز نجد ان العقدين يمكن اعتبارهما وجهين لعملة واحدة ، حيث أنه أعتبر جانب من الفقه أن عقد البوت هو عقد

[1]- المحمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الاشغال الدولية والتحكم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 52

[2]- نمحياوي صارة ، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر ، الحقوق تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2013 ، صص 21-22

إداري وصورة حديثة لعقد الامتياز ، لأن كلاهما ينصب على تسيير واستغلال مرفق عمومي ولكن رغم هذا التقارب والتداخل بين العقدين إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الاختلاف بينهما

أ- أوجه الشبه.

كلا العقدين يقوم على أساس منح الامتياز واستغلال المرفق العام حيث تستند مسألة إدارة المرفق الى القطاع الخاص : كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدين[1].

كما يتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد نتيجة الاستغلال حيث ان المقابل المالي الذي يتقاضاه صاحب الامتياز يكون عبارة عن رسم يدفعه المنتفعون من المرفق في كلا العقدين

ب- أوجه الاختلاف

رغم كل التشابه بين النظامين إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الاختلاف بينهما والذي يتمثل أساسا في كون المشروع في عقد الامتياز يسلم لصاحب الامتياز جاهز أو على الأقل مكتمل البنية الأساسية لأجل تسييره وتقديم الخدمات للجمهور ، على عكس ذلك فإن نظام البوت نجد فيه الملتزم هو من يتكفل ماديا وفنيا بإنجاز البنية الأساسية للمرفق العمومي وتسييره فيما بعد طيلة المدة المتفق عليها في العقد ، وفي الاخير ينقل ملكيته لمانح الامتياز، وبالإضافة إلى ذلك فإن نظام البوت يُلجأ اليه عادة لتمويل البناء واستغلال المرافق العمومية الضخمة التي تعجز الدولة عن تسييرها بإمكانيتها البسيطة والصغيرة ، عكس عقد الامتياز الكلاسيكي الذي يستعمل حتى في استغلال المرافق العمومية المتوسطة،

[1]- أكلي نعيمة، مرجع سابق ، ص 87 ، ص 88 .

كما أن مدة العقد غالبا ما تكون طويلة في نظام البوت أكثر منه في عقد الامتياز الكلاسيكي لأن نظام البوت يستلزم مدة لتشيد البنية التحتية ومدة التسيير

2- تمييز عقد الامتياز عن عقد التسيير

لقد خص المشرع الجزائري عقد التسيير بقانون خاص وهو ما يتضح من خلال القانون 89/01 والذي نص في مادته الأولى على تعريف عقد التسيير حيث عرفه « العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى مسير إزاء مؤسسة أو شركة مختلطة الإقتصاد بتسيير كل أموالها أو بعضها ولحسابها مقابل أجر ، فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره و يجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالبيع والترويج :

من خلال هذا التعريف نجد عقد التسيير وعقد الامتياز الاداري يلتقيان في نقطة هامة وهي تسيير أموال تابعة للدولة ، إلا أن هناك اختلاف بين العقدين ، المتمثل في:

تكون الإدارة دائما طرفا في عقد الامتياز والمتمثل في هيئات عمومية تابعة للدولة ، في حين أن أحد اطراف عقد التسيير يتمحور أو يتجسد في المؤسسة العمومية الاقتصادية والشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تعتبر بمثابة شركات تجارية وليست هيئات إدارية من حيث مصدر الأموال

- مصدر الأموال في عقد الامتياز الاداري يعود إلى صاحب الامتياز الذي يتولى تسيير أموال خاصة به عكس ما هو عليه في عقد التسيير حيث يقوم بمهمة تسيير أموال تابعة للدولة .

الأرباح في عقد الامتياز هي الربح الذي يديره المشروع موضوع عقد الامتياز في شكل ما تحصل عليه من رسوم بهامش ربح محدد، أما في عقد التسيير فإن الربح هو عبارة عن اتفاق مسبق بين الإدارة والمسير حول الأتعاب.

نجد أن عقد الامتياز تكون تبعة المخاطر على عاتق صاحب الامتياز ، أما في عقد التسيير تكون تبعة المخاطر على عاتق الادارة .

3- التمييز بين الصفقات العمومية وعقد الامتياز .

لكي نتمكن من التمييز بين العقد الصفقة العمومية المنظم بموجب المرسوم الرئاسي 236-10 وعقد الامتياز يجدر بنا الرجوع الى المادة 04 من المرسوم المذكور أعلاه والتي تقتضي بمايلي: الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الاشغال و اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات ، لحساب المصلحة المتعاقدة "أما تعريف عقد الامتياز على سبيل المثال الوارد في التعليمة الوزارية رقم 94 03/842 المتعلق بامتياز المرافق العامة وتأجيرها [1].

وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب حق الامتياز (الملتزم) على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته ، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق.

ومن خلال هذين التعريفين نستخلص ما يلي :

أن كل من عقد الامتياز وعقد الصفقات العمومية هما عقدين إداريين مكتوبين يخضعان النظام القانون العام ، غير أن موضوع عقد الصفقة العمومية حدد مجاله في إنجاز الاشغال و إقتناء اللوازم والخدمات والدراسات [2].، بينما موضوع عقد الامتياز ينصب على إدارة واستغلال مرفق عام من طرف شخص معنوي عام أو خاص أو شخص طبيعي

[1]- التعليمة الوزارية رقم 49.3/842 ، مرجع سابق .

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم ، المادة 04

مقابل رسوم يدفعها المنتفعين ويكون هذا التسيير بأموال صاحب الامتياز ، في حين أن في الصفقة لا يخرج موضوعها عن المجالات المذكورة أعلاه بمقابل مالي يتفق عليه الطرفين مسبقا، وبهذا تكون الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها ، وتلزم الادارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون[1].

الصفقات العمومية تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 236-10 المعدل والمتمم بينما عقد الامتياز تخضع أحكامه لأحكام وتنظيمات المرفق العام ، والتي تختلف باختلافنشاط المرفق العام.

أما من حيث المدة فإن الصفقة مدتها قصيرة لا تتجاوز المدة المتعارف عليها لإنجاز المشروع أو التوريد أو القيام بالدراسة، بينما المدة في عقد الامتياز غالبا ما تكون طويلة وذلك تماشيا مع طبيعة النشاط الذي يقدمه المرفق العام[2].

كما يظهر من خلال التعريفين المذكورين أعلاه أن عقود الصفقات العمومية عقود مسماة بناء على نص المادة 04 من القانون 08-10-26 بينما عقود الامتياز هي من العقود الغير مسماة تركها المشرع على هذا النحو وذلك راجع لاختلاف الموضوع الذي تنظمه هذه العقود

[1]- التعليمة الوزارية رقم 94 .03/842، مرجع سابق .

[2]- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010 ، ص 41.

الفرع الرابع : الوكالة المحفزة

هي أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له لتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تحول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشر من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء.

وتحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض التعريفات لحساب السلطة المعينة [1].

قد تطرقت المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18/199 للوكالة المحفزة بالشرح والتفصيل.

حيث عرفت لوكالة المحفزة بأنهما الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله المفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تعلق إيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام[2]

[1]– المرجع نفسه، ص568

[2]– بركبية حسام الدين مرجع سابق، ص562–568.

خصائص عقد الوكالة المحفزة:

1- يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التى تحول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية.

2- يستدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء، حصة من الأرباح.

3- تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعينة.

4- تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة (10) سنوات كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز الاستثمارات المادية غير المنصوص عليها في اتفاقية شريطة أن لا تتعدى مدة تمديد سنتين (2) كحد أقصى.

5- عقد التسيير[1]:

التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله المفوض له تسيير المرفق العام أو تسيير وصيانة بدون أي خطر يتحمله المفوض له، ويتميز عقد التسيير بما يلي:

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تعلق إيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام[2]

[1]- المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق. 3 المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق.

[2]- بركبية حسام الدين مرجع سابق، ص562-568

خصائص عقد الوكالة المحفزة:

1- يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التى تحول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية.

2- يستدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء، حصة من الأرباح.

3- تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعينة.

4- تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة (10) سنوات كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز الاستثمارات المادية غير المنصوص عليها في اتفاقية شريطة أن لا تتعدى مدة تمديد سنتين (2) كحد أقصى.

5- عقد التسيير[1]:

التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله المفوض له تسيير المرفق العام أو تسيير وصيانة بدون أي خطر يتحمله المفوض له، ويتميز عقد التسيير بما يلي:

يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها، المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية. ويدفع للمفوض له أجرة مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليهما منحة الإنتاجية.

[1]- المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق. 3 المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق.

ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفروضة التي تحتفظ . بالأرباح.

وفي حالة العجز تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيير خمس(5) سنوات. [1]

هـ) – وجه الشبه والاختلاف بين عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة وعقد الامتياز :

1– يشترك عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة في أن المفوض له يستغل المرفق لحساب السلطة المفوضة فهو يمثل صورة وكيل وتهدف السلطة من تبني عقود التسيير إلى رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانته بالاستفادة من الخبرة والكفاءة الفنية للقطاع الخاص[2].

2– تلجأ الإدارة إلى تطبيق عقود تشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب اللجوء إلى عقد الامتياز المرفق العام وعقود الإيجار لانخفاض أسعار تقديم الخدمة وصعوبة زيادتهما لأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق على نحو يتعذر معه اللجوء إلى هاذين الأسلوبين.

3– أما بالنسبة لطبيعة عقد التسيير فإن مجلس الدولة الفرنسي غير ثابت في كون هذا العقد من عقود تفويض المرفق العام فقد ذهب إلى بعض أحكامه إلى أن عقد التسيير بعد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام[3]

[1]– المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق.

[2]– أبو بكر أحمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص118.

[3]– بركيبة حسام، مرجع سابق، ص 566.

في حين ذهب في أحكام أخرى إلى تصنيفه بأنه عقد من عقود تفويض المرفق العام لكن يبقى معيار التحديد هو استغلال المرفق العام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

المبحث الثاني: ابرام عقود التفويض على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي 18-199

تتضمن عملية اختيار المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام للقيام بمجموعة من الخطوات إذ يتعين على الجهة العامة المانحة للتفويض أن تختار أسلوب تفويض مناسب وبعد ذلك يتوجب عليها الشروع في اتخاذ مجموعة من الإجراءات، وصولا إلى اختيار الشخص المفوض إليه وإجراء الإعلان المسبق ومبدأ المنافسة وأخيرا يجب على السلطة المفوضة احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل. وبناءا على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق إلى إجراءات إبرام عقود التفويض المرفق العام في المطلب الأول، وصيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

وبناء على ماتقدم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لإجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام أما المطلب الثاني : صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

المطلب الأول : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

تكريسا لحرية الوصول إلى اتفاقيات التفويض ووجب الاعتماد على وسائل إشهار والتي تتم عادة ضمن الصحف اليومية والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية والمركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقيه، ويجب أن يتضمن الإعلان مدة تقديم العروض مع بيان الوثائق المطلوبة في العروض وكذا كيفيات التقييم.

ويمكن استلهام نصوص تطبيقية لأحكام مرسوم 2015 في هذا الشأن من تشريعات مقارنة كمرسوم 29/03/1993 المحدد للقواعد الخاصة بالعلانية السابقة، الذي يفرض نشر الإعلان مرتين مرة في دورية لها نشر الإعلانات القانونية ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض[1].

يمكن أيضا اعتماد الإشهار الالكتروني بعد تبني المشروع إمكانية التعامل عن طريق الوسائط الالكترونية، حيث تنص المادة 204 من مرسوم 2015 على انه: تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية حسب جدول زمني يرد المتعهدون أو المترشحون على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية.

أما المرسوم التنفيذي 199-18 فإن المادة 25 فقد حددت أنه يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية[2]

[1]- صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري مجلة القانون المجتمع والسلطة، جامعة وهران2، محمد بن أحمد، رقم 16/2017، ص167.

[2]- المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199-18، مرجع سابق

بغض النظر عن أحكام المادة 25 أعلاه يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية، نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها، من إجبارية الإشهار في الجرائد ، شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى.

ومهما يكن من أمر ، فإنه يتعين على السلطة المفوضية أن تعلل لجوئها لهذا الإجراء .

الفرع الأول: فيما يتعلق بإجراءات تفويض المرفق العام

إن إجراء الطلب على المنافسة يتم حسب نص المرسوم التنفيذي مادتين 12-13 منه على مرحلتين بحيث يتم في المرحلة الأولى الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح والتي يقدم من خلالها المترشح الوثائق المطلوبة والمحددة في الجزء الاول من دفتر الشروط المعنون ب دفتر ملف الترشح" في حين يتم في المرحلة الثانية دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى لسحب دفتر الشروط ثم تقديم عروضهم[1].

يقدم المترشح في المرحلة الأولى ملفا وفي المرحلة الثانية عرضا إلا انه حسب المادة 15 فان إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة يتم فقط في الحالات التالية:

اذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى.

عدم استلام أي عرض.

استلام عرض واحد.

عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

واذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية.

[1]- المادة 08 من المرسوم التنفيذي 1999-18، المصدر السابق.

عدم استلام أي عرض عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

من خلال النص الذي تناولته المادة 15 من المرسوم التنفيذي نفهم أن حالات الجدوى هذه تتعلق فقط بالمرحلة الثانية المذكورة في المادة 12 من هذا المرسوم التنفيذي والمتمثلة في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط وعليه يبقى هناك فراغا قانونيا فيما يتعلق بالمرحلة الأولى المتمثلة في مرحلة تقديم الملفات (حالة عدم استلام أي ملف ، استلام، ملف واحد، عدم مطابقة أي ملف الجزء الأول لدفتر الشروط...). [1]

وفقا لذلك يمكن القول بان المشرع الجزائري عند إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام قد اتبع إجراءات تشبه إلى حد ما تلك المتبعة في إبرام الصفقات العمومية وهذا ربما راجع إلى تأثر المشرع بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية.

[1]– حساين سامية، "المرجع السابق ، ص58.

الفرع الثاني: غموض في كيفية اجراء التراضي بعد الاستشارة

من بين النقاط التي تثير اشكالا ايضا في هذا المرسوم هو استحالة تطبيق اجراء التراضي بعد الاستشارة ويعود ذلك إلى عدة اسباب حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 19 من المرسوم التنفيذي على ان السلطة المفوضة تلجا إلى التراضي بعد الاستشارة عند اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية ويتم في هذه الحالة حسب هذه المادة اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

يفهم من الشرط الاول والمتعلق بالتأهيل ان المترشحين المعينين اجتازوا المرحلة الاولى وقبلت ملفاتها وقدموا عروضا في الطلب على المنافسة للمرة الثانية إلا انه كان غير مجد وبالتالي فان عدم الجدوى اذن مع اخذ شرط التأهيل بعين الاعتبار يتحدد فقط في "عدم مطابقة العرض لدفتر الشروط .

المطلب الثاني: صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

يتحدد نطاق تطبيق هذا المرسوم من خلال الأشخاص الخاضعة له والمعنية بتطبيقه وفقا لنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة 04 من المرسوم 18-199 وكذلك من خلال صيغ إبرام اتفاقات تفويض المرفق العام وهذا ا سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب بحيث نعالج نطاق تطبيق المرسم التنفيذي 189-199 من حيث الأشخاص ثم نتطرق فيه إلى نطاق تطبيقه من حيث صيغ الإبرام.

- إسنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 1999-18 الخاص بعقود تفويض المرفق العام، حيث نظم صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام من خلال المواد 08_09_0 :

1- تبرم اتفاقية المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعد العامة.

التراضي الذي يمثل الاستثناء .

2- يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن مرفق عام، تفويض مرفق عام، بناء على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له وشكل التفويض والمزايا التي يحققها مقارنة مع أنماط التسيير الأخرى[1].

3- يكون الطلب على المنافسة وطنيا.

[1]- المادة 08 وماجاء بعدها من المرسوم التنفيذي 1999-18، المصدر سابق.

4- الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.

الفرع الأول: من حيث الأشخاص المعينة بتطبيق النص

هذا المرسوم التنفيذي جاء تنفيذيا لأحكام المادتين 207 والمادة 210 من المرسوم الرئاسي15-247- فان المادة 207 تفتح إمكانية التفويض أمام أي شخص معنوي خاضع للقانون العام يكون مسئولا عن مرفق عام ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ومجال تطبيقه حسب ما جاءت به هذه المادة واسعا يشمل جميع الهيئات العمومية شرط أن تكون مسؤولة عن المرفق العام موضوع التفويض في حين أن المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تحصر مجال التطبيق فقط في الجماعات الإقليمية الولايات بمصالحها اللامركزية والبلدية) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها [1]

إن حصر مجال التطبيق فالجماعات المحلية لا يجد تفسير له إلا بالعودة إلى السياق العام الذي تم خلاله إعداد هذا النص والذي سبق وان تناولناه فعدم مبادرة وزارة المالية بالنص التنفيذي بحجة غياب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المختصة قانونا بأعداد مشروع يتعلق بقانون تفويض المرفق العام إلا أن المبادرة الوحيدة بهذا النص تمثل في كل من وزارة الداخلية والجماعات المحلية مع مشاركة القطاعات المعنية في جلسات مناقشته على مستوى الأمانة العامة للحكومة مما جعل المسؤولين عن القطاعات الوزارية المختلفة يقترحون تطبيق هذا النص فقط على الجماعات المحلية كونها المبادر الوحيد فهذا الاقتراح لا يمكن أن يفهم إلا رفضا ضمنيا لتطبيق هذا النص على قطاعاتهم.

[1]- حساين سامية، "، المرجع السابق، ص56

حيث أنه جاء في المادة الرابعة من هذا المرسوم خصوصية لمنح هذا الإمتياز، حيث ميزت منح الإمتياز بين المزايدة المفتوحة وإعطاء أولوية للمؤسسات الفندقية المصنفة، وكذا منح الإمتياز بالترضي في حالة عدم جدوى المزايدة المفتوحة ، وجعلت هذا التراضي للمجالس الشعبية والبلدية فقط[1]

الفرع الثاني: من حيث صيغ ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

من خلال المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 1991 تتحدد صيغ ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في صيغتين أساسيتين ألا وهما : الطلب على المنافسة والتراضي.

غير أن الباحث في صيغ الإبرام المعتمدة سواء في الدولة المجاورة من بينها المغرب او في القانون الفرنسي الذي يمثل المرجع في كل ما يتعلق بتفويض المرفق العام نجدها استعملت المفاوضات المباشرة كصيغة استثنائية للقاعدة المتمثلة في الطلب على المنافسة وهذا عوض التراضي البسيط. [2]

وقد حدت المادة 08 من نفس المرسوم الإدارة في هذا المنح من خلال وضع شروط مسبقة حددتها وخاصة إمتلاك الوسائل البشرية والمادية الضرورية ، كما نص المرسوم على إنشاء لجنة المزايدة لفتح وتقييم العروض واختيار الأحسن .

كما يتضح أيضا من خلال المادة 8 من ذات المرسوم، أن ابرام هذه الإتفاقيات يتم في الأصل عن طريق الطلب على المنافسة .

[1]– حساين سامية، "، المرجع السابق، ص56.

[2]– كرميش إيمان، طرق إبرام عقود التفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18_199 مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ،فرع قانون عام ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ، ص 20.

ويلاحظ أن هذه المادة تشبه إلى حد كبير المادة 39 المتعلقة بالصفقات العمومية بنصها : "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي[1].

وتتم صيغة ابرام عقد التفويض من خلال طريقتين :

أولا: إجراءات المنافسة

بالنسبة لاجراء المنافسة فان المادة 10 من نفس المرسوم تقترح أن يتم تفويضات المرفق العام بعد اجراء دعوى للمنافسة تكون وطنيا وكما هو الحال بالنسبة لإجراءات الصفقات "أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية فان تقييم العروض يتم على أساس "أفضل عرض" وذلك من حيث الضمانات المهنية والمالية والتقنية وتعلن عن عدم الجدوى في ثلاث حالات[2]:

1_عدم استلام أي عرض.

2_استلام ملف أو عرض وحيد.

3_ عدم تأهيل أي ملف لعدم المطابقة مع دفتر الشروط.

وبالتالي فان المشرع في مشروع تفويضات المرفق العمومي أعطى أهمية أكبر لموضوع المنافسة فحتى استلام عرض وحيد هو سبب كافي لعدم كفاية المنافسة.

[1]– نادية ضريفي، المرجع السابق، ص269

[2]– بن دراجي عثمان ، تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي، مجلة آفاق علمية جامعة لونيسي علي البليدة 2، المجلد 11، العدد 04، 2019 ، ص189.

ثانيا : إجراءات التراضي

يعتبر ابرام عقد التفويض وفق لاجراء التراضي استثناء للقاعدة العامة المتمثلة في الطلب على المنافسة ،ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي بعد الاستشارة أو شكل التراضي البسيط.

1- التراضي بعد الاستشارة وقد عرفه التنظيم من خلال المادة 17 من المرسوم 18_199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، بأنه اجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاث مترشحيين مؤهلين على الأقل".

ويتم انتقاء المفوض له في اجراء التراضي بعد الاستشارة من خلال المترشحيين[1].

كما يلي:

من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة قبل الإعلان عن عدم الجدوى للمرة الثانية، أو من ضمن قائمة تعدها السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني، ويتم هذا الاجراء في المرافق التي لا تتطلب اجراء على المنافسة ،ويتم تحديدها وفقا لقرار مشترك بين وزير المالية ووزير المكلف بالجماعات المحلية.

2_ التراضي البسيط عرفه التنظيم من خلال المادة 18 _ 199 المتعلق بتفويضات المرفق العام بأنه اجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام ،بعد التأكد من قدراته المالية والتقنية .

ويتم اللجؤ الى التراضي البسيط في حالة محددة محصورة في حالة الخدمات التي لا تكون محل تفويض الا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية وأما في الحالات الاستعجالية.

[1]- بن دراجي عثمان، تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي، مجلة آفاق علمية المرجع السابق، ص189

وتعتبر حالات استعجالية عندما تكون اتفاقية المرفق العام سارية المفعول موضوع اجراء فسخ، أو عند استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له، أو عند رفض المفوض له امضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجال[1].

آثار ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

يترتب على ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام العديد من الآثار القانونية التي تختلف حسب الظروف المحيطة بالابرام وكذا الوضعية القانونية للمفوض له، فبعد اتباع الاجراءات اختيار الفوض له إما عن طريق الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة تكون السلطة المفوضة أمام عدة حالات إما أن تعلن المنح المؤقت أو عدم الجدوى، وفي الحالة الأخيرة تلجأ إلى التراضي عن طريق الاستشارة لكن فقط عن العلان عن عدم الجدوى للمرة الثانية، ويتم بعدها التعاقد مع المترشح المؤهل قانونا ليبدأ باستغلال المرفق العام، وكذلك هو الحال بالنسبة للطلب على المنافسة لأنه في حال المنح المؤقت يتم اصدار القرار بالمنح المؤقت وبعدها يتم ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام لتخضع بعدها للرقابة ولإجراءات أخرى تتحدد حسب مدى التزام المفوض له بالتزاماته التعاقدية مع السلطة المفوضة.

- تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام

يلتزم المفوض له بتنفيذ بنود الاتفاقية واحترام بنودها وشروطها لدى القيام باستغلال الرفق العام عن طريق الامتياز أو الايجار أو التسيير أو نظام الوكالة المحفزة، كما يلتزم باعداد تقارير دورية ترسل بشكل منتظم للسلطة المفوضة ، والواضح أن المشرع ترك أمر تحديد المدة التي يتم خلالها اعداد تلك التقارير لسلطة الادارة المفوضة التقديرية والتنظيمية.

[1]- بن شريط أمين، براوبة ربيع : النظام القانوني لتفويض المرفق العام، مذكرة ماستر، قانون إداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية ادرار ، 2018-2019، ص 37

وفي نفس السياق تلتزم السلطة المفوضة باعداد اجتماعات دورية على الأقل اجتماع واحد كل ثلاثة أشهر مع المفوض له لتقييم مدى فعالية ونجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة للمنتفعين بخدمان المرفق العام ومدى احترام المفوض له لمبادئ المرفق العام.

الفرع الثالث: انتهاء اتفاقية التفويض :

تنتهي اتفاقية تفويض المرفق إما بارادة السلطة المفوضة أو خارج ارادتها، ففي الحالة الأولى تنتهي الاتفاقية عن طريق الفسخ بالارادة المنفردة بموجب نص المادة 62 من نفس المرسوم التنفيذي والالغاء الاداري لموجب نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر، وفي الحالة الثانية تنتهي عن طريق انتهاء المدة القانونية المحددة للشكل التفويض المتفق عليه – فالمدة المقررة للامتياز هي 30 سنة قابلة للتمديد أربع سنوات كحد أقصى والمدة القانونية للايجار هي 15 سنة قابلة

لقد اعتبر المرفق العام الأساس الذي يمكن للدولة تلبية حاجات وانشغالات الأفراد في جميع جوانب الحياة الاجتماعية والسياسية والأمنية والاقتصادية فلا طالما حظي المرفق العام بالدراسات والبحوث في صدد كيفية تسييره وتنظيمه بالأسلوب الذي يجب أن يحقق أهدافه سواء من الناحية النظرية أو الناحية العملية.

وقد تكلم المشرع الجزائري عن انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العم وفسخها وذلك في المرسوم التنفيذي 199/18 الخاص عقود تفويض المرفق العام وبالضبط في القسم الخامس وعنوانه انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام وفسخها كما يلي[1]:

يمكن أن تفوض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية.

[1]– المادة 62 من المرسوم التنفيذي –18–199 ، المصدر السابق.

غير أنه، وقل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعذارين للمفوض له، لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة.

وبانقضاء هذه الآجال، تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام، وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته المكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له[1]

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. يمكن المفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعنا لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات المذكورة في المادة 71 أدناه، في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام، إبتداءا من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية، الذي تم تبليغه إياه[2]

وتدرس لجنة التسوية الودية للنزاعات ملف الطعن وتتخذ القرار المغلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما إبتداءا من تاريخ استلام الطعن.

يمكن أن نلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء، من جانب واحد من قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقا لبنود اتفاقية التفويض[3]

كما يمكن السلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض، من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض المفوض له[4]

---

[1]– المادة 62 المصدر نفسه.

[2]– المادة 63 ، المصدر نفسه.

[3]– المادة 64 من المرسوم التنفيذي 18/199، المصدر سابق.

[4]– المادة 65 ، المصدر نفسه.

يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام.

تحول ممتلكات المرفق العام المعني إلى السلطة المفوضة عند نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام . بعد جرد يقوم به الطرفان، وفقا لبنود اتفاقية التفويض [1]

إذا لم يتفق الطرفان على الجرد، يتم تعيين خبير باتفاق الطرفين للقيام بالجرد. يجب أن تحدد اتفاقية التفويض الإجراءات الواجب إتباعها ، إذا تبين أن الممتلكات المعنية قد لحقت بها أضرار .

تبرز وتزداد أهمية عقود التفويض المرفق العام في ظل أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أهمية عقود التفويض المرفق العام للخواص خاصة في ظل العجز العمومي للتمويل

[1]- المادة 66 ، المصدر نفسه.

الفرع الرابع : المبادئ التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام

نتيجة الإختلالات الكبيرة التي عرفها المرفق العمومي من حيث التسيير وعدم قدرة الدولة على تقديم خدمات ذات جودة ونوعية عالية الأمر الذي حتم الاستعانة بالقطاع الخاص كشريك فاعل في التنمية المستدامة، لاسيما أن العديد من مؤسسات الدولة عرفت عجزا ميزانيا الشيء الذي فرض على الدولة الاتجاه نحو البحث عن مصادر تمويل جديدة عن طريق إبرام عقود تفويض، فتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 جاء في سياق تراجع المداخيل النفطية والتي أدت إلى ضرورة تنويع أنماط تمويل المشاريع العمومية بإبرام عقود بأقل تكلفة مع ضمان جودة الخدمات. "

في هذا السياق ركز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على وضع قواعد إجرائية تكفل تحقيق نجاعة تسيير المرفق العمومي وكذا الاستغلال الحسن للمال العام عن طريق إخضاع المرفق العام لمبادئ تحكمه) إضافة إلى مبادئ أخرى تحكم اتفاقية التفويض

اولا: المبادئ التي تحكم المرفق العام

نصت المادة 209 في فقرتها الثانية صراحة على خضوع اتفاقية التفويض إلى المبادئ يخضع لها المرفق العام مادامت موضوعها محلا له وعلى هذا الأساس جاءت على النحو التالي: ..... وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

إن التساؤل الذي يمكن إثارته في هذا المجال يتعلق بكيفية حماية هذه المبادئ في ظل عقد تفويض المرفق العام؟

من المعلوم أن القيام بإبرام عقد التفويض يخضع لقواعد إجرائية ترتكز أساسا على ضرورة حسن اختيار المفوض له الذي يستجيب لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام والتي سوف

نوضحها في المطلب الثاني، حيث أن هذا الاختيار يقوم على فتح المجال أمام المتنافسين تكريسا لحرية المنافسة من أجل نيل العقد، غير أن قاعدة اختيار أحسن عرض تبقى قاصرة إذا لم تتبع بممارسة رقابة فعلية تضمن حماية مبادئ المرفق العام، ولأجل هذا الغرض فقد نصت المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على خضوع | اتفاقيات تفويض المرفق العام للرقابة القبلية والبعدية بمجرد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ. إضافة إلى ذلك فقد أفرد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ضمانا لاحترام مبادئ المرفق العام فصلا كاملا جاء تحت عنوان العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام وفي هذا الإطار نصت المادة 86 منه على ما يلي:

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

- إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له

عدم احترام المفوض له الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني

- المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه،

سوء استغلال المرفق العام .

وفي هذه الحالات تضع السلطة المفوضة، فورا لجنة تحقيق تعد تقريرا في هذا الشأن، وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع.

كما ألزمت المادة 84 من المفوض له ضرورة نشر الشروط الرئيسية لاستخدام المرفق العام لاسيما مبلغ الإتاوات وساعات العمل والمستفيدين من المرفق، أما المادة 85 فقد أجبرت المفوض له بفتح سجل للشكاوى والاقتراحات مؤشر عليه من طرف السلطة المفوضة.

1- مبدأ الاستمرارية

يقتضي هذا المبدأ أن يعمل المرفق العام بانتظام ما دام يقدم خدمات جوهرية في حياة المواطنين واستمرارية المرفق العام هي تجسيد لاستمرارية الدولة". 19

"وعملا بمبدأ الاستمرارية المكرس في الاجتهاد الفرنسي، ينبغي على المرفق العام أن يعمل باستمرار، دون انقطاع ودون تأخير وعليه تأمين دخول المنتفعين من المرافق العامة إلى المكاتب بشكل منتظم وضمان الدوام الرسمي، وإن إغلاق المكتب قبل انتهاء الدوام الرسمي يشكل خطأ خدمة تسأل عنه الإدارة، بحيث يؤدي الإهمال أو التأخر في تلبيتها من طرف الشخص المكلف بتأمينها إلى تعرضه لجزاءات تتمثل في إبطال الأعمال الصادرة عنه، إضافة إلى إمكانية التعويض على أساس فكرة المسؤولية.

2- مبدأ المساواة بين المرتفقين

يستمد هذا المبدأ مصدره المباشر من المادة 37 من الدستور الجزائري لسنة 2020 والتي تقضي بالمساواة أمام القانون، وقبل أن يكون هذا المبدأ ذا مصدر دستوري فهو مبدأ عام في القانون كرسه مجلس الدولة الفرنسي ومضمون هذا المبدأ يدل على أن كل شخص لابد أن يتم معاملته بنفس الطريقة التي يعامل بها شخص آخر يكون في نفس الوضعية القانونية في هذا المبدأ يستوجب معاملة كافة الأفراد دون مفاضلة بينهم سواء تعلق ذلك بالجنس أو اللون أو الدين أو الحالة الاجتماعية أي التزام الإدارة بالحياد في علاقتها . مع المواطنين.

3- مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف

مؤدى ذلك أن الدولة تملك السلطة في تعديل سير قواعد المرافق العمومية مواكبة للتطورات المعاصرة، ذلك أن المرفق العام يهدف إلى تلبية حاجات الجمهور وهذه الحاجات تتغير بتغير الظروف ولهذا كان لزاما على الدولة التكيف. مع هذه المقتضيات.

ارتباط المبدأ بالظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتحولات الكبيرة في مجال التقدم العلمي والتطور الاقتصادي يستوجب على الدولة إدخال التعديلات التي من شأنها تحسين الخدمة العمومية

إن مبدأ التكيف يتلائم كثيرا مع استعمال تقنية تفويض المرفق العام، فكما هو معلوم فإن احتياجات المواطنين تزايدت مع تطورات الحاصلة ما جعل الدولة غير قادرة على تلبية . جميع هذه الحاجيات واكتفت بالضمانات الأساسية التي يمكن توفيرها لاستتباب الأمن الاجتماعي، ولهذا كان من الضروري إشراك القطاع الخاص من أجل الاستفادة من الإمكانيات التكنولوجية الحديثة التي يمتلكها لضمان جودة الخدمة العمومية ونوعيتها وكذا التسيير الحسن للموارد المالية للتقليل من نفقات الخزينة العمومية التي تذهب هباءا من سوء التسيير، وعلى هذا الأساس فإن المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18- 199 ركزت على الهدف من تقنية التفويض والمتمثل في تحقيق معايير الجودة و النجاعة.

ثانيا : المبادئ التي تحكم عقد تفويض المرفق العام

من أجل إبرام عقد تفويض المرفق العام لابد من أن يخضع لإجراءات تنظيمية نظرا لعلاقة المرفق العام بالمصلحة العمومية والتي ترتكز على ضرورة حماية المال العام ولهذا الغرض أخضع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تطبيق اتفاقية تفويض المرفق العام للمبادئ التي تحكم عقد الصفقة العمومية بحيث تمثلت في كل من مبدأ الشفافية مبدأ المساواة، مبدأ

حرية الوصول للطلبات العمومية وذلك حسب نص المادة 209 التي جاءت في فقرتها الأولى على النحو التالي:

تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم

1- مبدأ حرية الوصول إلى عقود تفويض المرفق العام

كرس الدستور الجزائري مبدأ حرية التجارة والاستثمار في الجزائر، ويتفرع عن هذا المبدأ الدستوري حرية وصول المترشحين لعقد تفويض المرفق العام الذي مؤداه أن يكون المترشح حرا غير مقيد وألزم السلطة المفوضة بخلق جو من المنافسة بين المترشحين حيث لا يجوز لها إقصاء مترشح أو منعه من المشاركة في عقد تفويض المرفق العام إلا على أساس شروط أو اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة 25

وعليه لابد على السلطة المفوضة أن تضع بين المتنافسين دفتر الشروط الذي يوضح كافة البنود التنظيمية والتعاقدية لكيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

يشمل دفتر الشروط حسب نص المادة 13 على جزئين

الجزء الأول : وعنوانه " دفتر ملف الترشح " ، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح وكذا كيفيات تقديمها.

الجزء الثاني : وعنوانه دفتر العروض ويتضمن البنود الإدارية والتقنية والبنود المالية".

إن مبدأ حرية الوصول لعقد تفويض المرفق العام لا يأخذ على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات نظمتها المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 ويتعلق الأمر بالإقصاء المؤقت والنهائي من المشاركة في تفويض المرفق العام بالنسبة للمتعاملين الذين يرتكبون أفعالا تتعلق ب: 270

– الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض. الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح. الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية. الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية.

الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم. الذين قاموا بتصريح كاذب.

– المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.

المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجباية و الجمارك والتجارة.

الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي.

2- مبدأ المساواة بين المترشحين

سبق وأن تم شرح المقصود بمبدأ المساواة أمام المرفق العام لكن هناك معنى آخر لهذا المبدأ حينما يتعلق الأمر بوجود عدة مترشحين للمنافسة على عقد التفويض والمراد بذلك هو معاملة كافة المترشحين بنفس المعاملة التي يقرها القانون حينما يكونون في نفس الوضعية، أي لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الانحياز لمترشح على حساب مرشح أخر، وإلا سقطت المصلحة المتعاقدة في فخ الفساد الإداري والذي يتخذ عدة صور لعل أهمها الرشوة والمحاباة وغيرها من الصور التي يجرمها القانون.

وعليه لابد أن يرتكز اختيار المفوض له على أساس تقديم أفضل عرض من حيث الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط. إذ تحقيق هذا

المبدأ لا يأخذ على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات ويتعلق الأمر بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بحيث لابد على السلطة المفوضة أن توليها الأولية بمنح التفويض حسب المادة 23 دعما للاقتصاد الوطني ولا يتوقف الأمر عند ذلك بل يمتد هذا الاستثناء إلى منع مشاركة المؤسسات الأجنبية في عقود تفويض المرفق العام بدليل أن نص المادة 22 30 كان صريحا حينما أوجب خضوع المفوض له للقانون الجزائري حتى يمكنه المشاركة في الترشح.

3- مبدأ الشفافية

يقصد بمبدأ الشفافية هو قيام إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام على الوضوح وابتعادها عن كل غموض يمكن أن يعتريها، وعليه فإن إجراءات تفويض المرفق العام لابد أن تبتعد عن كل تمييز وترتكز على إعطاء أهمية للمعلومة، والمنافسة الشريفة بين المترشحين لعقد تفويض المرفق العام وتشكل العلانية العنصر الجوهري لتحقيق مبدأ الشفافية في المعاملات

يتطلب مبدأ الشفافية في عقد تفويض المرفق العام ضرورة إعلان للطلب على المنافسة في مرحلة أولية ولهذا الغرض أوجبت المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-19 على السلطة المفوضة أن تقوم بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة واشترطت ضرورة إشهار طلب المنافسة في جريدتين وطنيتين على الأقل إحداهما باللغة الوطنية والأخرى بلغة أجنبية.

لكن أحكام المرسوم المذكور أعلاه استثنت بعض المرافق العمومية من الإشهار في الجرائد نظرا لحجمها الصغير ونشاطاتها الغير واسعة وربما يعود ذلك لعدم قرتها على التكفل بالمبلغ المالي الذي يؤطر الإشهار، لكن في نفس الوقت أجبرتها أن تضمن إعلام الجمهور بكل وسيلة أخرى متاحة لها مثل الإنترنت أو التعليق في البلديات والولايات ومهما يكن من

أمر ونظرا لأهمية الإشهار في الجرائد وضعت المادة 26 من المرسوم الأنف الذكر 3 قيدا على ممارسة السلطة المفوضة لهذا الإجراء بحيث يتعين عليها تبرير لجوئها لهذا الإجراء.

من مظاهر العلانية هو تحديد مضمون الإشهار الذي يتعين على السلطة المفوضة تقديمه بحيث لابد أن يتضمن البيانات الآتية وإلا عد تعديا على مبدأ الشفافية وقد حددت المادة 27 بيانات الإشهار على الشكل التالي:

1. تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد.
2. صيغة الطلب على المنافسة.
3. موضوع وشكل تفويض المرفق العام.
4. المدة القصوى للتفويض.
5. شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي. قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح. آخر أجل لتقديم ملف الترشح.
6. مكان إيداع ملف الترشح.
7. مكان سحب دفتر الشروط.
8. دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة.

كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض.

يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة." إن تطبيق مبدأ الشفافية لا يقتصر على إشهار للطلب للمنافسة بل لابد من توفير ضمانة أخرى

وهي علنية الجلسة التي يتم فيها فتح الأظرفة من أجل تحديد المتعهد الفائز بالاتفاقية. تساهم علانية جلسة فتح الأظرفة في الحد من كل التباس يمكن أن يشوب إبرام

عقد التفويض وعلى هذا الأساس نصت المادة 31 على ضرورة قيام لجنة اختيار وانتقاء العروض حين فتح الأظرفة في جلسة علنية.

في المرحلة الأخيرة ومواصلة لتعزيز تطبيق مبدأ الشفافية عبر مختلف مراحل إبرام عقد تفويض المرفق العام تقوم السلطة المفوضة بإشهار قرار المنح المؤقت للتفويض بنفس الكيفيات التي يمر بها إشهار طلب المنافسة متيحة بذلك لكل مترشح الطعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى 20 يوما إبتداءا من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

خلاصة الفصل الثاني

يعتبر تفويض المرفق العام من الناحية الفقهية تقنية تعهد إلى متعاقد مع الإدارة بتنفيذ مرفق عام وهي من صنف العقود الإدارية ومضمونها يتعلق بإسناد لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص عبء الاضطلاع بإدارة أو تنظيم مرفق عام وذلك لقاء تحصيل رسوم من المنتفعين من المرفق محل العقد بما يغطي تكلفة إدارة المرفق العام ويحقق هامشا من الربح يتقاضاه المتعاقد وتكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق العام والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشئات أو باكتساب أموال لازمة للمرفق

أما من الناحية التشريعية فلقد أشارت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى تعريفه حيث جاء فيها على انه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل باجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية بهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشئات أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر نجد المادة 2 منه تعرف تفويض المرفق العام بأنه تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له بهدف الصالح العام كما أكدت المادة 4 من ذات المرسوم على إمكانية الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابع لها والمسؤولة عن مرفق عام أن تفوض تسيير مرفق عام إلى مفوض له سواء كان شخصا معنويا عام او خاص خاضع لقانون الوطني وذلك بموجب اتفاقية عقد تفويض.

خاتمة

وهذه ما يمكن قوله أخيرا هو أن التحولات الجديدة التي عرفتها وتعرفها الجزائر أثرت على طرق تسيير المرفق العام، لتجعل من الامتياز الوسيلة المفضلة والأولية و التي تهدف إلى الوصول لأكثر مردودية للمرافق مع الحفاظ على خصوصية الخدمة العمومية أي المزج بين المتناقضات و الذي أطرته الطبيعة المختلطة للإمتياز و إن كانت تغلب عليه الطبيعة التنظيمية، دون أن تتخلى الدولة عن الطرق الكلاسيكية التسيير المباشر المؤسسة العمومية، لكن تماشيا مع هذه التحولات يجب القيام بإصلاح إداري لها لجعلها تتماشى مع متطلبات المواطنين والمردودية، لأنه يبقى الهدف الأساسي للمرفق العام هو تقديم خدمة عمومية راقية وفي مستوى جيد كما وكيفا تتماشى مع نمو الوعي ضمن عالم مليء اليوم بالمتغيرات.

وهذ ان تعد دراسة تحولات المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18/199 توصلنا لجملة من النتائج والاقترحات نذكر أهمها

أولا : النتائج:

_تخضع المرافق العامة إلى تحولات وتغيرات تختلف حسب نوع المرفق وطريقة إدارته. تعد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18_199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويضات المرفق العام الحل الأمثل والأنجع في ظل الأزمة الراهنة (انخفاض أسعار البترول) وهذا من خلال تقليص من الانفاق الحكومي والبحث عن أساليب وطرق جديدة للتمويل العمومي، والمتمثلة أساسا في إدخال الخواص كطرف فعال في التنمية والاستثمار العمومي وهذا لا يكون إلا من خلال عقود التفويض.

يهدف هذا المرسوم إلى التوجه نحو الفعالية وإرساء قواعد جديدة غايتها تحسين رؤية المؤسسات وتحقيق الجدية في أدائها مع تشجيع روح المبادرة وعصرنة طرق التسيير والعمل على تدخل الجماعات المحلية في التسيير المباشر لحاجات المواطنين من خلال إعادة توزيع

الثروة بين القطاعين العام والخاص. _التأكيد على أهمية المرسوم التنفيذي المتضمن تفويض المرفق في تطوير أداء الجماعات الإقليمية.

أضاف هذا المرسوم شكلا جديدا لم يكن موجود في ظل المرسوم الرئاسي رقم :

15_247 المؤرخ 16\09\2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

_يعد صدور المرسوم التنفيذي 18_199 المتعلق بتفويض المرفق العام محاولة لتحديد الأطر العامة لاتفاقيات المرفق العام ، إلا أنه أثار العديد من الإشكالات والانتقادات نظرا للظروف الاستعجالية التي صدر فيها

ثانيا : الاقتراحات

من خلال دراستنا لهذا الموضوع نقترح مايلي:

1_ فتح مجال الاستثمار في المرافق العامة لتحقيق تنمية الإنتاج والجودة أي تعميم عقود التفويض في جميع القطاعات

2_تكريس مبدأ المنافسة والشفافية ، أي بتوسيع مجال المنافسة دوليا حتى يتم توسع التجارة الدولية .

3_لنزاهة إبرام عقود التفويض ومحاربة الفساد، لابد من تعزيز الرقابة ،حيث حدد المرسوم 18_199 أحكام التسيير التفويض الاتفاقي وهو في الأصل يتم بشكل إنفرادي لذا يجب إعادة النظر في ذلك حتى لاتكون هناك ثغرة قانونية .

4_العمل على تجسيد مبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام ، لضمان الإستمرارية والمساوة ومساوة المنتفعين وقابلية المرفق للتغيير وشفافية والمجانية

5_العمل على تحسين الأداء حتى يضمن في الواقع أشخاص قائمين مع ابرام عقود التفويض

قائمة المراجع

لقائمة المراجع

الكتب

1. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، 2010
2. عبد الرحمن سليمان، تنظيم المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الشامل للنشر والتوزيع، فلسطين، ط1، 2016م،
3. سعيد بو علي وآخرون، القانون الإداري التنظيم اللاإداري – النشاط الإداري)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص183
4. مروان محي الدين القطب ، طرق خصصة المرافق العامة (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009
5. حمدي قبيلات القانون الإداري ماهية) القانون الإداري – النشاط الإداري)، وائل للنشر والتوزيع، ج 1 ، الأردن، 2008م،
6. صاروخ مليكة، القانون الإداري دراسة مقارنة)، ط7 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010م
7. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر ، ط4، 2017م، ص450.
8. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000،
9. وليد حيدر جابر، تفويض في إدارة واستثمار المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009،
10. أبو بكر أحمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015،
11. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مؤسسة الطوبجي مصر

12. أحمد عثمان عياد ، في ظاهر السلطة العامة العقود الإدارية ، دار الفكر العربي، مصر،1990

13. خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011

14. سامي جمال الدين أصول القانون الإداري ، دار الكتاب الحديث ، مصر ،1993

15. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة – دار الفكر العربي مصر – الطبعة الخامسة، 2005

16. شريفي نسرين و آخرون ، القانون الإداري، دار بلقيس ، الجزائر ، 2014 .

17. ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، دار بلقيس ،الجزائر 2010

18. الطماوي سليمان ، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي ، مصر ،. 2007

19. عزري الزين ، الأعمال الإدارية ومنازعاتها ، مطبوعات مخبر الإجتهاد القضائي واثره على حركة التشريع ، بسكرة ، 2010.

20. عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة جسور للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010 .

21. غسان مدحت خير الدين الخيري مدخل في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الراية للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012

22. محمد الصغير بعلي العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر . 2005.

المذكرات

1. حميس معمر، مداخلة في ملتقى الدولي تحت عنوان: المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن ،22و23 أفريل2015، جامعة خميس مليانه

2. ادير نصيرة أعزوقن وهيبة استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري (التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2013، 2012

3. محمود عبد الله حمود، مبدأ القانون الإداري، ماهية القانون الإداري التنظيم الإداري – النشاط الإداري)، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ط2، 2009م

4. حساين سامية : قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 24715 والمرسوم التنفيذي 18-199 مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية

5. بن شريط أمين، براوبة ربيع : النظام القانوني لتفويض المرفق العام، مذكرة ماستر، قانون إداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية ادرار ، 2019-2018،

6. صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري مجلة القانون المجتمع والسلطة، جامعة وهران2، محمد بن أحمد، رقم 16/2017،

7. كرميش إيمان، طرق إبرام عقود التفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18_199 مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ،فرع قانون عام ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة
8. بن دراجي عثمان ، تفويض المرفق العام كآلية حديثة لتسيير المرفق العمومي، مجلة آفاق علمية جامعة لونيسي علي البليدة 2، المجلد 11، العدد 04، 2019
9. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقبل في ادارة المرافق العامة ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع14، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014،
10. فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين تشريع الجزائري والفرنسي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،

القوانين

1. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافقل 02 غشت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام ، جردة الرسمية العدد 48 لسنة 2018
2. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المؤرخ ف : 2:02 ذيالحجة 1436 الموافق ل 16/09/2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية العدد 50 .
3. الأمر رقم 03-06 المؤرخ في جمادي الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 يوليو سنة 2006 ، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
4. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20ذي القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام.

الفهرس

إهداء

الشكر

مقدمة 01

الفصل الأول : الاطار المفاهيمي للمرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18_199.....09

المبحث الأول : تحول المفهوم التقليدي للمرفق العام على ضوء تحولات 10

المطلب الأول: فكرة المرفق العام في إطار الدولة الحارسة والدولة الرعاية ...11

الفرع الأول: فكرة المرفق العام في إطار الدولة الحارسة 11

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام في إطار دولة الرعاية 13

المطلب الثاني: تأثير عقود التفويض على تحول مفهوم المرفق العام 17

الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام وطرق الإدارة الأخرى 18

الفرع الثاني : أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة والمؤسسة العامة 20

المبحث الثاني: نتائج التحول في مفهوم المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي رقم : 18-199. 25

المطلب الأول: ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة.....25

الفرع الأول : المرفق العام لا يستهدف سوى تحقيق النفع العام.....26

الفرع الثاني: التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام

.....26

المطلب الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين طرفين مختلفين: 25

الفرع الأول: ضرورة اتصال عقد التفويض باستغلال المرفق العام: 25

الفرع الثاني : مقابل مالي متعلق باستغلال المرفق العام: 28

خلاصة الفصل 30

الفصل الثاني:التحول في طرق إدارة المرفق العام على ضوء المرسوم التفيذي

18_199.....33

المبحث الأول: أشكال عقود التفويض ودورها فى تحول المرفق العام.....34

المطلب الأول : بيانات اتفاقية تفويض المرفق العام.....37

الفرع الاول : أطراف عقد التفويض.....39

الفرع الثاني : المفوض (مانح التفويض): 40

الفرع الثالث : المفوض له (صاحب التفويض): 42

المطلب الثاني : أشكال عقود تفويض المرفق العام.....43

الفرع الأول : عقد الامتياز : (la concession).....43

الفرع الثاني: عقد الإيجار 47

الفرع الثالث: طبيعة عقد امتياز المرفق العام وتمييزه عن العقود المشابهة له 48

الفرع الرابع : الوكالة المحفزة 57

المبحث الثاني: ابرام عقود التفويض على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي 18-199

.....62

المطلب الأول : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام. 63

الفرع الأول: فيما يتعلق بإجراءات تفويض المرفق العام.....64

الفرع الثاني: غموض في كيفية اجراء التراضي بعد الاستشارة 66

المطلب الثاني: صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.....67

الفرع الأول: من حيث الأشخاص المعينة بتطبيق النص.....68

الفرع الثاني: من حيث صيغ ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام 69

الفرع الثالث: انتهاء اتفاقية التفويض :.....73

الفرع الرابع : المبادئ التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام.....76

خلاصة الفصل 85

خاتمة 87

قائمة المراجع 91

مـلخص مذكرة الماستر

وهذه ما يمكن قوله أخيرا هو أن التحولات الجديدة التي عرفتها وتعرفها الجزائر أثرت على طرق تسيير المرفق العام، لتجعل من الامتياز الوسيلة المفضلة والأولية و التي تهدف إلى الوصول لأكثر مردودية للمرافق مع الحفاظ على خصوصية الخدمة العمومية أي المزج بين المتناقضات و الذي أطرته الطبيعة المختلطة للإمتياز و إن كانت تغلب عليه الطبيعة التنظيمية، دون أن تتخلى الدولة عن الطرق الكلاسيكية التسيير المباشر المؤسسة العمومية، لكن تماشيا مع هذه التحولات يجب القيام بإصلاح إداري لها لجعلها تتماشى مع متطلبات المواطنين والمردودية، لأنه يبقى الهدف الأساسي للمرفق العام هو تقديم خدمة عمومية راقية وفي مستوى جيد كما وكيفا تتماشى مع نمو الوعي ضمن عالم مليء اليوم بالمتغيرات

الكلمات المفتاحية

1 – التحولات 2- اتفاقية التفويض3- عقد التفويض4- الوكالة المحفزة5- المرفق العام

Abstract of The master thesis

And what can be said finally is that the new transformations that Algeria has known and is knowing have affected the methods of managing the public service, to make the concession the preferred and primary means that aims to reach the highest return for the services while preserving the privacy of the public service, i.e. the combination of contradictions and which was framed by the mixed nature of the concession, even if the organizational nature prevails over it, without the state abandoning the classic methods of direct management of the public institution, but in line with these transformations, an administrative reform must be carried out to make it in line with the requirements of citizens and the return, because the main goal of the public service remains to provide a high-quality public service at a good level in terms of quantity and quality that is in line with the growth of awareness within a world full of variables today. Keywords

1- Transformations 2- Delegation agreement 3- Delegation contract
4- Incentive agency 5- Public service